

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00132 vom 2. Oktober 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-10-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2019.00132

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00132 du 2 octobre 2019

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00132 del 2 ottobre 2019

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1964, war seit dem

1. April 2017 als Geschäftsführer bei der Y.____ angestellt (Urk. 7 S. 112-113). Seit dem 25. April 2017 war der Versicherte als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift dieser Firma im Handelsregister eingetragen (www.zefix.ch

). Infolge geplanter Einstellung des Geschäftsbetriebs wurde das Arbeitsverhältnis des Versicherten bei der Y.____

per 31. Januar 2018 aufgelöst (Urk. 7 S. 118). Am 26. Februar 2018 meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Z.____ zur Arbeitsvermittlung (Urk. 7 S. 252). Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 13. März 2018 wurde die Y.____ aufgelöst und der Versicherte als Gesellschafter, Geschäftsführer sowie Liquidator mit Einzelunterschrift

im Handelsregister eingetragen (Urk. 7 S. 53-54; www.zefix.ch). Am 20. März 2018 beantragte der Versicherte Arbeitslosenentschädigung ab dem

E. 1.1

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich zwar in Art. 8 ff. AVIG keine Regelung, die dieser Norm zur Kurzarbeit entsprechen würde. Nach der Rechtsprechung gilt diese Regelung jedoch grundsätzlich auch für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 145 V 200 E. 4.1, BGE 123 V 234 E. 7b/bb).

Die Frage, ob eine arbeitnehmende Person einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen kann, ist aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt (BGE 145 V 200 E. 4.2, BGE 123 V 234 E. 7a).

Damit eine versicherte Person in arbeitgeberähnlicher Stellung oder deren mitarbeitender Ehegatte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss sie mit dem Ausscheiden aus

dem Betrieb definitiv auch die arbeitgeberähnliche Stellung verlieren. Behält sie nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann sie dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfügt sie nach wie vor über die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Diese Rechtsprechung will nicht bloss dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (Urteile des Bundesgerichts C 255/05 vom 25. Januar 2006 und C 92/02 vom 14. April 2003; vgl. Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genève 2013, S. 15 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung).

E. 1.2

Laut Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis

Abs. 4 AVIG nach Art. 25 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG). Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung. Wird der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend (Art. 25 Abs. 2 ATSG).

E. 1.3

Eine Rückforderung rechtsbeständig zugesprochener Kassenleistungen unterliegt den üblichen Rückkommensvoraussetzungen entweder der prozessualen Revision oder der Wiedererwägung wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (BGE 129 V 110 E. 1.1 mit Hinweisen).

Das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG ist in der Regel erfüllt, wenn die gesetzeswidrige Leistungszusprechung aufgrund falscher oder unzutreffender Rechtsregeln erlassen wurde oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (BGE 103 V 128 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts C 151/94 vom 30. Mai 1995 E. 3c, publ. in: ARV 1996/97 Nr. 28 S. 158). 2.

E. 2

6. Februar 2018 (Urk.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Entscheid damit, dass der Beschwerdeführer als geschäftsführender Gesellschafter, Liquidator sowie massgeblich finanziell Beteiligter der Y.____ keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe, bis er diese Stellungen definitiv aufgebe. Daran ändere nichts, dass die Geschäftstätigkeit vollständig eingestellt und der Betrieb dauerhaft und endgültig aufgegeben worden sei. Der Nachweis eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens sei nicht erforderlich, da ein alleiniges abstraktes Risiko eines Rechtsmissbrauchs genüge. Überdies sei allenfalls

so gar ein rechtsmissbräuchliches Verhalten gegeben. Denn der Beschwerdeführer habe eine Bestätigung der A.____ vom 23. Februar 2018

eingereicht, aus welcher hervor gehe, dass diese mit der Liquidation der Y.____ betraut werde und er selber über keinerlei Befugnisse mehr verfüge. Dies sei aber in der Folge offensichtlich nicht umgesetzt worden, zumal der Beschwerdeführer nach wie vor als Liquidator im Handelsregister eingetragen sei (Urk. 2 S. 3).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, dass die Beschwerdegegnerin ein konkretes Risiko eines allfälligen Missbrauchs nachzuweisen habe.

Ein solches Risiko habe sie vorliegend jedoch nicht einmal ansatzweise nachweisen können. Deren Hinweis auf die Stellung des Beschwerdeführers als Liquidator der Y.____ genüge dazu nicht. Unabhängig davon sei die Anspruchsbeurteilung auch dann zu bejahen, wenn die versicherte Person angesichts der konkreten Umstände aufzeigen könne, dass überhaupt keine Missbrauchsgefahr drohe. Dies sei hier der Fall, da die Geschäftstätigkeit der Y.____ endgültig aufgegeben worden sei und der Betrieb nicht mehr reaktiviert werden könne. Der Betrieb sei überschuldet und die Liquidation zügig durchgeführt worden. Zudem habe der Beschwerdeführer die Geschäftsschulden privat übernommen. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 26. Februar 2018 sei daher zu bejahen (Urk. 1 S. 5 ff.). 3. 3.1

Aus dem Handelsregister geht hervor, dass der Beschwerdeführer

seit dem 25. April 2017 einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift und seit dem Auflösungsbeschluss

vom 13. März 2018 alleiniger Gesellschafter, Geschäftsführer und Liquidator mit Einzelunterschrift

der Y.____

war. Am 17. September 2019 wurde die Y.____ aus dem Handelsregister gelöscht (www.zefix.ch

). Eine mögliche massgebliche

Einflussnahme des Beschwerdeführers auf die

Y.____

ergab sich daher bereits

aus dem Gesetz (Art. 804 ff. und Art.

810 ff.

des Obligationenrechts). Auch nach seiner Entlassung per 31. Januar 2018

verfügte er somit über eine arbeitgeberähnliche Stellung in der Firma , welche einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich ausschliesst . Ein allfälliger Anspruch kann erst dann entstehen , wenn der Beschwerdeführer effektiv und endgültig aus der Y.____

aus scheidet (vgl. E. 1.1) . Dies war vorliegend im Zeitpunkt der Löschung der Y.____ am 17. September 2019 der Fall . Dass die A.____ die Liquidation der Y.____ im Februar 2018 übernommen habe n soll (Urk.

E. 7

S. 221) und auf die Angaben in Ziff. 28 des Antrags auf Arbeitslosenentschädigung, worin der Beschwerdeführer jegliche Arbeitgebereigenschaft verneint hatte (Urk. 7/247), fälschlicherweise davon ausging, dass der Beschwerdeführer nicht mit der Liquidation der Y.____ betraut war. Dies hatte zur Folge, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht zur Anwendung gelangte . Ein

Rückkommenstitel im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG liegt damit vor. Schliesslich wurde die in masslicher Hinsicht nicht zu beanstandende Rückforderung mit Verfügung vom 8. März 2019 (Urk. 7 S. 69-72) rechtzeitig innert Jahresfrist seit Kenntnisnahme des Rückforderungsanspruchs geltend gemacht. 5.

Der angefochtene Einspracheentscheid (Urk. 2) erweist sich damit als rechens, was zur Abweisung der Beschwerde führt. 6.

6.1

Da der Beschwerdeführer bedürftig ist (Urk. 3-4), der Prozess nicht als von vorn herein aussichtslos bezeichnet werden kann und die anwaltliche Vertretung des Beschwerdeführers geboten war, ist ihm antragsgemäss (Urk. 1 S. 2) Fürsprecher Urs Kröpfl als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren zu bestellen.

Fürsprecher Kröpfl machte mit Honorarnote vom 20. Juni 2019 (Urk. 11) einen Aufwand von 6,86 Stunden und Barauslagen von Fr. 58.30 geltend. Bei einem gerichtsblichen Stundenansatz von Fr. 220.-- resultiert eine Entschädigung von Fr. 1'688.20 (inkl. Barauslagen und MWSt).

Der Beschwerdeführer ist auf § 16 Abs. 4 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hinzuweisen, wonach er zur Nachzahlung der Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist. 6.2

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung (Urk. 1 S. 2) ist im Übrigen obsolet, da das vorliegende Beschwerdeverfahren kostenlos ist (Art. 61 lit. a ATSG). Das Gericht beschliesst : In Bewilligung des Gesuchs vom 23. Mai 2019 wird dem Beschwerdeführer Fürsprecher Urs Kröpfl , Frauenfeld, als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren bestellt, und erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Fürsprecher Urs Kröpfl , Frauenfeld, wird mit Fr. 1'688.20

(inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Beschwerdeführer wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Fürsprecher Urs Kröpfli - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich unter Beilage der Doppel von Urk.

E. 10

und Urk. 12 - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) sowie an:
- Gerichtskasse 5.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 1 5. Juli bis und mit 1 5. August sowie vom 1 8. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzu stellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweis mittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der VorsitzendeDer Gerichtsschreiber HurstKreyenbühl

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.