

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00023

vom 19. August 2020

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-08-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2020.00023

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00023 du 19 août 2020

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00023 del 19 agosto 2020

Erwägungen

E. 1

Oktober 2019 Anspruch auf ALE, sofern die übrigen gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, und der Versicherte sei für die für Februar und März 2019 zu Unrecht ausbezahlte ALE im Umfang von Fr.

13'972.35 rückerstattungspflichtig (Ziff. 6).

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, so wie 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 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 123 V 234 E. 7a).

E. 1.2

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, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 18 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung).

E. 1.3

Bei der Aufnahme einer arbeitgeberähnlichen Tätigkeit während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug kann der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit.

c AVIG abgelehnt werden. Darin ist vielmehr ein gewichtiges Indiz für eine fehlende Vermittlungsbereitschaft zu erblicken (Urteile des Bundesgerichts 8C_378/2010 vom 4. November 2010 E. 2, 8C_635/2009 vom 1. Dezember 2009 E. 3.3).

E. 1.4

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 51 E. 6a). Hierzu genügt die Willenshaltung oder die bloss verbal erklärte Vermittlungsbereitschaft nicht; die versicherte Person ist vielmehr gehalten, sich der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen, angebotene zumutbare Arbeit anzunehmen und sich selbst intensiv nach einer zumutbaren Stelle umzusehen (Urteil des Bundesgerichts 8C_99/2012 vom 2. April 2012 E. 2 mit Hinweis).

E. 1.5

Gemäss Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist.

E. 2

Gegen den Einspracheentscheid vom 29. November 2019 (Urk. 2) erhob der Versicherte am 15. Januar 2020 Beschwerde (Urk. 1) und beantragte (S. 2 oben), dieser sei mit Ausnahme von Dispositivziffer 2 und 7 aufzuheben (Ziff. 1), die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm bereits ab 17. Dezember 2018 Leistungen auszurichten (Ziff. 2), und sie sei zu verpflichten, auf eine Rückforderung zu verzichten (Ziff. 3).

Die Kasse beantragte mit Beschwerdeantwort vom 24. Februar 2020 (Urk. 6) die Abweisung der Beschwerde. Am 11. Mai 2020 erstattete der Beschwerdeführer eine Replik (Urk. 15) und am 9. Juni 2020 verzichtete die Beschwerdegegnerin auf eine Duplik (Urk.

17). Das Gericht zieht in Erwägung:

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin ging im angefochtenen Entscheid (Urk. 2) davon aus, Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung hätten rechtsprechungsgemäss keinen Anspruch auf ALE (S. 4 Ziff. 3). Dies treffe bis zum Zeitpunkt der definitiven Löschung im Handelsregister am 30. September 2019 auf den Beschwerdeführer zu (S. 5 Ziff. 4), auch wenn sich die GmbH ab 29. Januar 2019 in Liquidation befunden habe (S. 5 Ziff. 5). Die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG, insbesondere die zweifellose Unrichtigkeit des Einspracheentscheids vom 26. April 2019, seien erfüllt (S. 5 Ziff. 6). Die Auszahlung von ALE für die Monate Februar und März 2019 sei zu Unrecht erfolgt, weshalb der Beschwerdeführer im Umfang von Fr. 13'972.35 Rückerstattungspflichtig sei (S. 5 f. Ziff. 7).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt (Urk. 1), der Einspracheentscheid vom 26. April 2019 sei nicht zweifellos unrichtig gewesen (S. 8 Ziff. 24.3), weshalb dessen Wiedererwägung nicht statthaft sei. Die erhaltenen Förderungstaggelder stünden seinem Anspruch aus näher dargelegten Gründen nicht entgegen (S. 8 ff. Ziff. 24.7). Überdies habe das Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, mit Einspracheentscheid vom 7. Oktober 2019 rechtsverbindlich festgehalten, dass der Anspruch nicht wegen der arbeitgeberähnlichen Stellung verneint werden könne (S. 10 Ziff. 25.1), und sei mit der am 10. Januar 2019 verfügten Einstellung in der Anspruchsberechtigung ab 17.

Dezember 2018 (vgl. Urk. 3/4) zudem davon ausgegangen, dass diese gegeben sei (S. 10 Ziff. 25). Rechtsprechungsgemäss könne der ALE-Anspruch nicht wegen arbeitgeberähnlicher Stellung verneint werden, wenn eine versicherte Person während laufender Rahmenfrist eine entsprechende Tätigkeit aufnehme (S. 11 Ziff. 28). Zudem habe er sich bereits Mitte September 2018 erkundigt, was er vorzukehren habe und hätte, wäre er richtig beraten worden, entsprechend gehandelt (S. 11 Ziff. 29).

E. 2.3

Strittig und zu prüfen ist somit, ob der Beschwerdeführer in der fraglichen Zeit anspruchsberechtigt war, ob die erfolgte Wiedererwägung zulässig ist, ob er ungenügend beraten wurde, und wie es sich mit einer allfälligen Rückerstattungs pflicht verhält.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer hat nach Eintritt der Arbeitslosigkeit eine selbständige Tätigkeit aufgenommen (und wurde diesbezüglich auch mit Förderungstaggeldern unterstützt). Als Selbständigerwerbender nahm er eine arbeitgeberähnliche Stellung ein. Das Projekt der selbständigen Erwerbstätigkeit scheiterte und der Beschwerdeführer meldete sich erneut zum Bezug von ALE an.

E. 3.2

Im Regelfall haben Versicherte, solange sie in der Gesellschaft, bei der sie tätig waren, eine arbeitgeberähnliche Stellung einnehmen, gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf ALE (vorstehend E. 1.2).

Dies gilt jedoch nicht für Versicherte, die eine mit arbeitgeberähnlicher Stellung verbundene selbständige Erwerbstätigkeit während einer laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug aufgenommen haben. In diesem Fall unterbleibt die analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG; stattdessen ist ihre Vermittlungsfähigkeit zu prüfen (vorstehend E. 1.3).

E. 3.3

Angesichts der diesbezüglich unzweideutigen Rechtsprechung erweist sich der Einspracheentscheid vom 26. April 2019 (der mit dem angefochtenen Entscheid wiederwägungsweise aufgehoben werden soll) als vollkommen zutreffend: Die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit mit arbeitgeberähnlicher Stellung steht einem ALE-Anspruch nicht entgegen, zu prüfen bleibt lediglich, wie im genannten Entscheid richtig angeführt, die Vermittlungsfähigkeit, über die das Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, zu verfügen hat (vgl. vorstehend E. 1.3).

War der Einspracheentscheid vom 26. April 2019, wie dargelegt, zutreffend, so kann er umso weniger zweifellos unrichtig gewesen sein. Er kann deshalb nicht in Wiedererwägung gezogen werden, sondern hat weiterhin Bestand.

Mit dieser Feststellung ist der vorliegend angefochtene Einspracheentscheid vom 29. November 2019 dahingehend abzuändern, dass dessen Dispositiv-Ziffern 1 sowie 3 bis 6 aufgehoben werden, was zur teilweisen Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde führt.

E. 4

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Adrian Zogg, unter Beilage des Doppels von Urk. 17 - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

E. 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 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel 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 Vorsitzende
Die Gerichtsschreiberin
Mosimann
Tiefenbacher

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