

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00205

## vom 7. Dezember 2020

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2020.00205](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2020.00205)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00205 du 7 décembre 2020

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00205 del 7 dicembre 2020

### Erwägungen

#### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 1972, war seit dem 1. Februar 2019 als Geschäftsführer der Y.\_\_\_\_ GmbH tätig (Urk. 11/237-250, Urk. 11/300-301 Ziff. 2-3). Am 27. November 2019 wurde über die Y.\_\_\_\_ GmbH der Konkurs eröffnet (Urk. 11/27-29). Das Konkursamt Höggi-Zürich teilte dem Versicherten mit Schreiben vom 5. Dezember 2019 die Konkursöffnung mit und sprach unter Einhaltung der Kündigungsfrist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 31. März 2020 aus, wobei der Versicherte per sofort von der weiteren Arbeitspflicht freigestellt wurde (Urk. 11/216, Urk. 11/284-287 Ziff. 18-20). Am 12. Mai 2020 wurde das Konkursverfahren über die Y.\_\_\_\_ GmbH in Liquidation mit Urteil der Konkursrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Mai 2020 mangels Aktiven eingestellt (Urk. 11/43).

Am

#### E. 1.1

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem voraus, dass die versicherte Person die Beitragszeit (Art. 13 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung; AVIG) erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 14 AVIG; Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG).

#### E. 1.2

). Nachdem der Beschwerdeführer erst seit dem 1. Februar 2019 eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat, hat dies ohne weitere notwendige Ausführungen zur Folge, dass er in den zwei Jahren vor dem 5. Dezember 2019 die für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erforderliche Beitragsdauer von zwölf Monaten nicht erreicht.

Zudem liegt mit der vom Beschwerdeführer beschriebenen, in der Zeit von Dezember 2017 bis Januar 2019 erfolgten, insbesondere rechtlichen Unterstützung seiner Mutter, die er neben der Stellensuche geleistet habe (vgl. Urk. 5 S. 4), kein Grund für eine Beitragsbefreiung vor. Der Wegfall dieser Unterstützung war nicht die Ursache für die (Wieder-)Aufnahme der unselbständigen Tätigkeit, sondern die stellenlose Zeit ermöglichte es dem Beschwerdeführer, die Mutter neben der Stellensuche zu unterstützen (vgl. Kupfer Bucher, a.a.O., S. 84). Eine Beitragsbefreiung fällt nicht in Betracht.

Bei der massgebenden rückblickenden Betrachtungsweise ändert daran auch die vom Beschwerdeführer gerügte Nichtbeachtung der dreimonatigen Kündigungsfrist nichts. 3.2

Was die vom Beschwerdeführer gerügte Nichtbeachtung der dreimonatigen Kündigungsfrist anbelangt, ist anzumerken, dass gemäss AVIG-Praxis ALE Rz

B158 Tage, an denen die versicherte Person zwar nicht mehr gearbeitet hat, die aber vom Arbeitgeber im Falle der ungerechtfertigten Entlassung bis zum Ablauf der massgebenden Kündigungsfrist noch zu entlöhen sind, als Beitragszeit gelten, sofern die strittigen Lohn- und Entschädigungsansprüche mit rechtskräftigem Urteil zugesprochen worden sind. Gleich zu behandeln ist eine im Konkursverfahren rechtskräftig kollozierte Forderung für Kündigungslohn, eine Einstellung des Konkurses mangels Aktiven sowie der Abschluss eines Vergleichs (vgl. das entsprechende Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 9. April 2020,

Urk. 11/57; vgl. auch Kupfer Bucher, a.a.O., S. 66 mit Hinweis auf BGE 119 V 494).

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2019 (Urk. 11/216) stellte das Konkursamt Höngg -Zürich den Beschwerdeführer per sofort von der Arbeit frei und sprach die Kündigung auf den nächsten zulässigen Termin und damit auf den 31. März 2020 aus (Urk. 11/237-250 S. 12 Ziff. 5.1).

Am 18. Dezember 2019 reichte der Beschwerdeführer beim Konkursamt Altstetten Zürich unter anderem seine Forderung für den Kündigungslohn ein (Urk. 11/165-167). Mit in Rechtskraft erwachsenem Urteil der Konkursrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Mai 2020 wurde der Konkurs über die Y. \_\_\_ GmbH mangels Aktiven eingestellt (Urk. 11/43). Demzufolge sind vorliegend die Voraussetzungen erfüllt, um die Kündigungsfrist dem Beschwerdeführer noch als Beitragszeit anrechnen zu können. Damit hat er, ausgehend vom Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1. Februar 2019 (Urk. 11/300-301 Ziff. 2), mit dem 31. Januar 2020 die für eine Anspruchsberechtigung erforderliche Beitragszeit von zwölf Monaten erfüllt.

Daran ändert im Übrigen nichts, dass mittlerweile das Konkursverfahren mit Entscheid des Konkursrichters vom 29. September 2020 wieder eröffnet und somit seit dem 29. September 2020

ein neues Konkursverfahren läuft (vgl.

zur Wiedereröffnung: Urteil des Bundesgerichts 5A\_306/2014 vom 17. Oktober 2014; vgl. auch Lorandi, Wiedereröffnung des Konkurses, in: AJP/PJA 2018 S. 56, S. 64 ff.). Anders zu entscheiden hiesse, dass die Anrechnung des Kündigungslohnes als Beitragszeit in der Arbeitslosenversicherung bei einer rechtskräftigen Einstellung des Konkurses mangels Aktiven

und Löschung der Gesellschaft gleichsam unter dem steten Vorbehalt einer Wiedereröffnung des Konkurses und damit suspensiv bedingt wäre. Da sodann ohne Weiteres davon auszugehen ist, dass die Parteien im Verfahren, namentlich aber die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Beschwerdeantwort vom 19. Oktober 2020 Kenntnis über die Wiedereröffnung des Konkurses hatten (Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblattes vom 8. Oktober 2020, Meldungsnummer: ...; vgl. zur Publizitätswirkung des Handelsregisters: Art. 932 f., insbesondere Art. 933 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht [OR]) – auch wenn sie sich dazu nicht äusserten –, erübrigt sich insoweit

eine zusätzliche Gewährung des rechtlichen Gehörs.

Da die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 AVIG ab 6. Dezember 2019 nicht allesamt erfüllt waren und dem Beschwerdeführer bis anhin keine Arbeitslosentaggelder ausbezahlt worden sind, steht so dann einer Neufestsetzung

der Rahmenfrist nichts entgegen (vgl. AVIG-Praxis ALE Rz B44 und B47). 3.3

Soweit die Beschwerdegegnerin, wie aus ihrer Entscheidung (Urk. 2) hervorzugehen scheint, den Beschwerdeführer aufgrund einer arbeitgeberähnlichen Stellung (vgl. vorstehend E. 1. 5)

generell von der Anspruchsberechtigung ausschliessen (vgl. vorstehend E. 2.1) oder den Lohn bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht berücksichtigen will, ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung, wonach ein Geschäftsführer einer GmbH, der nach Aufgabe seiner Stelle im Handelsregister eingetragen bleibt und infolge seiner arbeitgeberähnlichen Stellung weiterhin Entscheidungen für die Firma treffen kann und demzufolge

keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, nicht greift, wenn - wie vorliegend - der Konkurs über die GmbH eröffnet worden ist (vgl. Kupfer

Bucher, a.a.O., S. 19 mit Hinweisen). Abgesehen davon war der Beschwerdeführer kein Gesellschafter der Y.\_\_\_\_ GmbH, zumal deren Stammanteile zu 100 % bei der Z.\_\_\_\_ AG gelegen hatten, bei welcher der Beschwerdeführer kein Verwaltungsratsmandat ausgeübt hatte

(www.zefix.ch; vgl. auch Urk. 11/4-5 S. 1). Ob dem Beschwerdeführer vor der Konkurseröffnung massgebliche Entscheidungsbefugnisse zukamen, obwohl er weder Vorsitzender der Geschäftsführung noch Gesellschafter war, und er denn etwa am Auflösungsbeschluss vom 25. November 2019 nicht beteiligt war (vgl. Urk. 11/28, 11/4-5), kann

offenbleiben. Nach der Konkurseröffnung bestand

jedenfalls keine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers, welche einer Anspruchsberechtigung entgegenstehen

und welche ihn für einen fehlenden Lohnfluss ab 1. Dezember 2019 verantwortlich zeichnen würde. Bei der vom Beschwerdeführer dargelegten Information über die Auflösung der Gesellschaft durch die massgeblichen Entscheidungsträger

erst am 19. November 2019 (vgl. Urk. 5 S. 3; vgl. auch Urk. 11/4) kann sodann auch nicht gesagt werden, er habe seine eigene Kündigung in rechtsmissbräuchlicher Weise hinausgezögert. 3. 4

Aufgrund des Gesagten hat der Beschwerdeführer ab dem 6. Dezember 2019 mangels Erfüllens der Beitragszeit von zwölf Monaten keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Der angefochtene

Einspracheentscheid (Urk. 2) erweist sich in soweit als rechtens.

Für die Zeit ab 1. Februar 2020 ist jedoch die Beitragszeit erfüllt und es besteht grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, soweit die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Insoweit ist die Beschwerde damit teilweise gutzuheissen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der Einspracheentscheid des Amtes für Wirtschaft und Arbeit vom 13. Juli 2020 wird insoweit aufgehoben, als damit ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab 1. Februar 2020 verneint wird. Es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer ab dem 1. Februar 2020 die Beitragszeit erfüllt und

er ab diesem Zeitpunkt grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.\_\_\_\_ - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 4.

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 Gräub Schucan

### **E. 1.3**

Nach Art. 14 Abs. 2 AVIG sind unter anderem Personen von der Erfüllung der Beitragszeit befreit, die wegen Trennung oder Scheidung der Ehe, wegen Invalidität (Art. 8 ATSG) oder Todes des Ehegatten oder aus ähnlichen Gründen oder wegen Wegfalls einer Invalidenrente gezwungen sind, eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder zu erweitern. Diese Regel gilt nur dann, wenn das betreffende Ereignis nicht mehr als ein Jahr zurückliegt und die betroffene Person beim Eintritt dieses Ereignisses ihren Wohnsitz in der Schweiz hatte (Art. 14 Abs. 2 AVIG). 1. 4

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c 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 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).

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). 2.

## 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Einspracheentscheid

(Urk. 2) damit, dass der Beschwerdeführer in der hier massgebenden Rahmenfrist für die Beitragszeit (6. Dezember 2017 bis 5. Dezember 2019) lediglich vom 1. Februar 2019 bis zum Konkurs der Y. \_\_\_ GmbH (heute in Liquidation) am 27. November 2019 eine beitragspflichtige Beschäftigung habe nachweisen können. Ausdrücklich sei er durch das Konkursamt Högg -Zürich über die Konkursöffnung informiert und per sofort von der Arbeit freigestellt worden, wobei das Anstellungsverhältnis auf den nächstmöglichen Termin (31. März 2020) gekündigt worden sei.

Vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdeführer bei der Y. \_\_\_ GmbH eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe, und nachdem erstellt sei, dass er ab dem 6. Dezember 2019 unbestrittenermassen nicht mehr beitragswirksam für seine ehemalige Arbeitgeberin tätig gewesen sei, sondern das Arbeitsverhältnis infolge Freistellung hinsichtlich der geschuldeten Arbeitsleistung am 6. Dezember 2019 faktisch beendet worden sei, könne ihm keine Beitragszeit zugestanden werden. Der Beschwerdeführer sei für den fehlenden Lohnfluss bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge seiner arbeitgeberähnlichen Stellung als Mitarbeiter mit erheblicher Entscheidungsbefugnis mitverantwortlich

(S. 3 f. Ziff. 5).

Auch seien die Voraussetzungen für die Befreiung von der Beitragszeit nicht erfüllt (S. 4 f. Ziff. 7-8). 2.2

Dagegen machte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde (Urk. 5) sinngemäss geltend, dass er Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. So trage er keine Schuld am Konkurs der Firma, und er habe keine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne von Art. 31 AVIG innegehabt (S. 2 Mitte, S. 3 oben, S. 3 Mitte). Auch sei die dreimonatige Entlassungsfrist von der Beschwerdegegnerin nicht respektiert worden. So wäre es ihm nämlich in dieser aussergewöhnlichen Situation möglich gewesen, die zwölfmonatige

Beitragszeit zu erfüllen (S. 3 unten f.). Er fühle sich schlecht behandelt (S. 4 Mitte). Er habe auch seine Mutter im Zusammenhang mit Mängeln an ihrer Wohnung unterstützt und jede gesund heitliche Entscheidung genau verfolgt und teilweise auch organisiert (S. 4 unten). 2.3

Strittig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 6. Dezember 2019 zu Recht verneint hat. 3. 3.1

Unbestrittenermassen war der Beschwerdeführer seit dem 1. Februar 2019 als Geschäftsführer bei der Y. \_\_\_ GmbH an gestellt, wobei am 27. November 2019 über diese der Konkurs eröffnet wurde

(Urk. 11/27-29, Urk. 11/237-250, Urk. 11/300-301 Ziff. 2-3) . Am 5. Dezember 2019 kündigte das Konkursamt Höngg -Zürich das Arbeitsverhältnis auf den nächst möglich en Termin per 31. März 2020 und stellte den Beschwerdeführer umgehend frei (Urk. 11/216) . Nach Anmeldung des Beschwerdeführers vom 6. Dezember 2019 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 2019 (Urk. 11/284-287 Ziff. 2, Urk. 11/316), eröffnete die Beschwerdegegnerin die zweijährige Rahmenfrist zur Beurteilung, ob der Beschwerdeführer während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat, vom 6. Dezember 2017 bis 5.

Dezember 2019 (vorstehend E.

#### **E. 6**

. Dezember 201

#### **E. 9**

meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Dezember 2019 an (Urk. 11/284-287 Ziff. 2, Urk. 11/316).

Mit Verfügung

vom

#### **E. 14**

Februar 2020 (Urk. 11/67-69) verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (nachfolgend: Kasse) den Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 6. Dezember 2019

mangels Erfüllens der Beitragszeit .

Die vom Versicherten am

#### **E. 18**

. Februar

und am 26. Mai 2020 erhobene Einsprache (Urk. 11/40-42, Urk. 11/63-65) wies die Kasse mit Entscheid

vom 13. Juli

#### **E. 20**

(Urk. 9 ) beantragte die Kasse die Abweisung der Beschwerde. Dies wurde dem Beschwerdeführer am 30. Oktober 2020 zur Kenntnis gebracht (Urk. 13). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

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