

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00137 vom 18. August 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-08-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2021.00137

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00137 du 18 août 2021

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00137 del 18 agosto 2021

Erwägungen

E. 1

Ziff.

E. 1.1

X.____, geboren 1966, war ab dem Jahr 2007 für die Y.____ AG tätig und zuletzt als deren Geschäftsführer und Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen (Urk. 7/176-178, Urk. 7/180, 7/140 und 7/135 -136). Am 27. August 2019 kündigte er

dieses Arbeitsverhältnis

(Urk. 7/179) und schloss

mit der Y.____ AG

am 30. September 2019 eine Aufhebungsvereinbarung ab, welche die Beendigung

sämtlicher Arbeits- und Dienstverhältnisse

des Versicherten (einschliesslich derjenigen mit verbundenen Gesellschaften) sowie sein Ausscheiden als Mitglied der Geschäftsleitung und als Verwaltungsrat per 31.

Oktober 2019 vorsah

(Urk. 7/180).

Die Löschung der entsprechenden Einträge im Handelsregister erfolgt e
noch im Jahr 2019 (Urk. 7/135 -136).

Darüber hinaus

nahm der Versicherte ab dem Jahr 2006 Einsitz

in der Geschäftsleitung und im Verwaltungsrat diverser Firmen (vgl. dazu im Detail: E. 4). Den Grossteil dieser Mandate wickelte er über die von ihm im Jahr 2006 gegründete

Z.____ AG (zeitweise umfirmiert in A.____ AG) ab, deren Verwaltungsrat er ist. Zweck dieser Gesellschaft ist die Unternehmensberatung, wofür insbesondere Projektleitungen im Auftragsverhältnis sowie Leitungen von Gewerbebetrieben aller Art übernommen werden können

(Urk. 7/146, Urk. 7/134 und Urk.

E. 1.2

Am 17. August 2020 meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 7/183) und beantragte ab diesem Datum die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung (Urk. 7/144). Mit Verfügung vom 23. Dezember 2020 verneinte die Syna Arbeitslosenkasse einen entsprechenden Anspruch des Versicherten unter Hinweis auf eine arbeitgeberähnliche Stellung in der Z.____ AG (Urk. 7/62-65). Die von

ihm dagegen erhobene Einsprache (Urk. 7/41-46) wie sie sie am 29. März 2021 ab (Urk. 2). Inzwischen hatte sich der Versicherte per 31. Januar 2021 von der Arbeitsvermittlung abgemeldet (Urk. 7/39; Urk. 1 Ziff. 3). 2.

Gegen den

Einspracheentscheid

vom 29. März 2021 erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt Wolfer, mit Eingabe vom 28. April 2021 Beschwerde (Urk. 1). Darin beantragte er, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei ihm für den Zeitraum vom 17. August 2020 bis 31. Januar 2021 Arbeitslosenentschädigung auszurichten; unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWSt.) zulasten der Syna Arbeitslosenkasse (Urk. 1 S. 2). Diese schloss mit Beschwerdeantwort vom 31. Mai 2021 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6). Die Beschwerdeantwort wurde dem Versicherten mit Verfügung vom 1. Juni 2021 zur Kenntnis gebracht (Urk. 9). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

Streitgegenstand bildet der Anspruch

auf Arbeitslosenentschädigung vom 17. August 2020 bis 31. Januar 2021. Danach war der Beschwerdeführer nicht mehr bei der Arbeitsvermittlung angemeldet und erfüllte nach eigenen Angaben auch die Kontrollvorschriften nicht mehr (Urk. 7/39; Urk. 1 Ziff. 3). Trotz des beschränkten Zeitraums fällt die Beschwerde aufgrund des bei der Y.____ AG erzielten Verdienstes (vgl. Urk. 7/128 und 7/141) nicht in die einzelrichterliche Zuständigkeit (vgl. § 11 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer, in der ab 1. Juni 2020 geltenden Fassung). 2. 2.1

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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. Darunter fallen etwa (mitarbeitende)

Verwaltungsräte einer AG, deren massgebliche Entscheidungsbefugnis sich bereits aus dem Gesetz ergibt (vgl. BGE 145 V 200 E. 4.2 mit Hinweisen).

Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich zwar in Art.

E. 6

und 8).

Für seine Tätigkeit bei der B.____ AG (zuletzt mit dem Zusatz «in Liquidation»), die vorübergehend die Tätigkeit bei der Y.____ AG als primäre Einkommensquelle ablöste, bezog er in den Jahren 2013 bis 2015 direkt einen Lohn (vgl. Urk. 7/75-76 und 7/127).

E. 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 mit Hinweis insbesondere auf BGE 123 V 234 E. 7b/ bb). 2.2

Damit eine versicherte Person in arbeitgeberähnlicher Stellung oder deren mit arbeitender 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 E. 2.2 und C 92/02 vom 14. April 2003 E. 4 ; 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). 2.3

Einer besonderen Regelung bedarf gemäss Bundesgericht die Konstellation , dass jemand in einer ersten Firma arbeitgeberähnliche Person bleibt, daneben in einem Drittbetrieb unselbstständig erwerbstätig wird, dort die Anstellung verliert und hierauf Arbeitslosenentschädigung beantragt. Einerseits besteht auch in solchen Fällen das Risiko eines Missbrauchs: die versicherte Person könnte im Erstbetrieb die arbeitgeberähnliche Stellung beibehalten und lediglich pro forma für kurze Zeit eine Drittanstellung suchen . Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die betreffende Person im Drittbetrieb keine arbeitgeberähnliche Stellung bekleidet und Beiträge an die Arbeitslosenversicherung entrichtet hat . Sie sollte somit grundsätzlich den selben Versicherungsschutz geniessen wie andere Arbeitnehmer , weshalb ihr im Falle einer dortigen Entlassung ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht für unbegrenzte Zeit mit dem Hinweis auf die arbeitgeberähnliche Stellung im Erstunternehmen versagt werden kann.

Rechtsprechungsgemäss ist solchen Versicherten daher analog zu Art. 37 Abs. 4 lit . a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) nach Verlust einer während mindestens sechs Monaten ausgeübten Arbeitnehmertätigkeit in einem Drittbetrieb die Berechtigung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung zuzuerkennen, selbst wenn die arbeitgeberähnliche Stellung im Erstbetrieb noch andauert (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 171/03 vom 31. März 2004 E. 2.3; ferner Urteile des Bundesgerichts C 32/04 vom 23. Mai 2005 E. 4.2 und 4.3 sowie C 291/05 vom 13. April 2006 E.

2.1 ; Audit Letter des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO] Ausgabe 2014/1 S. 2 ff.) . 2.
4

Andauernd selbstständig erwerbende Personen sind in der Regel bereits von vorn herein vom Arbeitslosentaggeldbezug ausgeschlossen. Soweit allerdings vor der Tätigkeit als selbstständig erwerbende Person innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt wurde (vgl. dazu Art.

E. 13

bis

E. 18

Uhr und Samstag von 9 bis 16 Uhr (Urk. 7/121) . Er habe nicht die Absicht, die Tätigkeit bei der Z.____ AG zu erweitern. Dies wäre nur der Notfallplan, würde er längere Zeit keine Festanstellung finden (Urk. 7/122). 5.4

Im Einklang mit diesen Angaben sieht Ziffer 4 der Vereinbarung mit der E.____ GmbH (sowohl in der vor als auch nach dem 1. August 2020 geltenden Fassung) vor, dass die Laufzeit des Vertrages drei Monate beträgt und sich jeweils stillschweigend für drei Monate verlängert. Die Kündigung des Vertrages kann innerhalb von vier Wochen zum Ende der Dreimonats-Periode erfolgen (vgl. Urk. 7/55 und 7/98) .

Für dieses Mandat wurde eine monatliche Pauschale (inkl. Spesen) von zunächst EUR 4'000.-- vereinbart , die (angeblich infolge der Covid-19-Pandemie , Urk. 7/119) ab 1. August 2020 auf EUR 2'000.-- pro Monat reduziert wurde (vgl. Urk. 7/54 , und 7/97) . Dabei handelt es sich nach Angaben des Beschwerdeführers um sein grösstes Mandat (Urk. 7/44 Ziff. 10).

Bezüglich der weiteren Tätigkeit für die Z.____ AG ergibt sich aus der Einsprache vom 14. Januar 2021 (Urk. 7/44-45

Ziff. 10 und 15) ,

dass der Beschwerdeführer im Jahr 2020 wie in den Vorjahren einen Umsatz von insgesamt rund Fr. 50'000. -- (grösstenteils aus dem Vertrag mit der E.____ GmbH stammt)

erwirtschaftet und haben will , wobei die Einnahmen hauptsächlich zur Deckung der «laufenden Betriebskosten» benötigt worden seien. Auch die übrigen Einnahmen (neben denjenigen bei der E.____ GmbH) seien auf Verwaltungsratsmandate mit sporadischen Einsätzen meist ausserhalb der gängigen Bürozeiten zurückzuführen. Für diese bestünden keine schriftlichen Vereinbarungen, sie könnten bei Bedarf jedoch genauer erläutert werden.

Neben dem Mandat bei der E.____ GmbH nannte der Beschwerdeführer konkret noch Mandate bei der C.____ AG und der D.____ AG, die er offenbar bereits früher neben seiner Vollzeitstelle ausübte, was angesichts des angegebenen Umfangs von einem halben Tag pro Quartal auch nachvollziehbar ist (vgl. E. 4.3). Aktenkundig im Jahr 2020 neu hinzugekommen ist ein Mandat als Verwaltungsrat bei der I.____ AG, die ein Café am Bahnhof betreibt (vgl. Urk. 7/71), das seitens der Beschwerdegegnerin keinen Anlass zu weiteren Abklärungen und Diskussionen gab. Eine kurze Internetrecherche förderte schliesslich zu

Tage, dass der Beschwerdeführer seit mehreren Jahren als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsleitung der J.____ GmbH im Handelsregister eingetragen ist (vgl. Firmeneintrag unter www.zefix.ch).

Der angegebene Umsatz erscheint mit Blick auf die vorhandenen Angaben und die effektiven Lohnbezüge bis ins Jahr 2015

plausibel (vgl. Urk. 7/127). Mit «Betriebskosten» dürften insbesondere

Spesen (z.B. Reisekosten, Telefon, Übernachtungen, Repräsentationsspesen) gemeint sein, die teilweise explizit durch die vereinbarte Entschädigung abgegolten wurden. Insoweit ergibt sich daraus kein offensichtlicher Widerspruch zu den Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach er in Bezug auf die Z.____

AG weder Investitionen getätigt hat, noch vertragliche Verpflichtungen im Sinne eines Mietvertrages oder dergleichen eingegangen ist (vgl. E. 5.3) und auch

keine

Zeit ausserhalb der Mandate aufwendet (vgl. Urk. 1 Ziff. 13). Zumindest im Hinblick auf die sich im vorliegenden Verfahren stellenden Fragen bedarf es somit keiner weiteren Abklärung zu einzelnen Mandaten.

Von der Beschwerdegegnerin wurde nicht behauptet, der Beschwerdeführer hätte es als Organ der vorstehend genannten Unternehmen in der Hand gehabt, dort mehr zu arbeiten oder sich einen höheren Lohn auszubezahlen, um seinen Verdienstausfall wettzumachen. Es bestehen in den Akten

denn auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass er in diesen Unternehmen jemals eine Arbeitnehmer Tätigkeit ausübte oder eine solche zumindest geplant respektive von den Auftraggebern erwünscht war. Zu Recht wurde der Leistungsanspruch daher nur im Hinblick auf die arbeitgeberähnliche Stellung in der Z.____ AG hinterfragt.

Schliesslich erhielt der Beschwerdeführer im März 2021 einen Arbeitsvertrag von der K.____ AG mit Arbeitsbeginn am 3. Mai 2021 zugestellt (Urk. 3/2). Gemäss seinen Angaben handelt es sich um eine vollzeitige Festanstellung, welche er angenommen hat (vgl. Urk. 1 Ziff. 3 und 9). 5.5

Zusammenfassend kann aus den vorhandenen Unterlagen und Angaben mit dem im Sozialversicherungsrecht massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer bereit und dazu in der Lage war, ab August 2020 eine vollzeitige Festanstellung anzunehmen. Fast alle über die Z.____ AG abgewickelten Mandate übte er bereits zuvor neben seiner Vollzeitstelle als CEO bzw. Business Unit Leiter (Urk. 7/140) der Y.____ AG aus und trat auch nach der gemeldeten Arbeitslosigkeit wieder einer Vollzeitstelle an.

Für das einzige der

drei erst danach angenommenen Mandate, das bei der Anmeldung zum Leistungsbezug tatsächlich noch bestand und insbesondere mit grosser Wahrscheinlichkeit auch einen (wenn auch geringen) Aufwand während der Bürozeiten generierte, wurde eine kurzfristige Kündigungsmöglichkeit vereinbart.

Allein der Umstand, dass er sich der Arbeitsvermittlung am Freitagvormittag nicht zur Verfügung stellte, dafür aber am Samstag ganztags, schränkt seine Vermittlungsfähigkeit

nicht sichtlich ein, zumal höhere Kadermitglieder in der Regel nicht an Bürozeiten gebunden sind.

Letztlich bieten weder der Umfang noch die Ausgaben für die Tätigkeit bei der Z.____ AG noch die Erwerbsbiografie des Beschwerdeführers Anlass daran zu zweifeln, dass es ihm ab August 2020 objektiv möglich und er subjektiv bereit war, eine vollzeitige Festanstellung anzunehmen. 6.

Nach dem vorstehend Ausgeführten ist die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers in der Z.____ AG unter dem Aspekt des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit zu prüfen. Unter diesen Aspekten ist ein Leistungsausschluss für den strittigen Zeitraum vom 17. August 2020 bis 31. Januar 2021 unbestritten. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen und die Sache zur Abklärung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

Aufgrund der von den Parteien ebenfalls aufgeworfenen Frage des Neben- und Zwischenverdienstes sei Folgendes angemerkt: Ein Nebenverdienst ist jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit erzielt (Art.

E. 23

Abs. 3 AVIG). Ein solcher bleibt bei der Anrechnung eines Zwischenverdienstes grundsätzlich unberücksichtigt (Art.

E. 24

Abs. 3 AVIG). Eine erhebliche Steigerung des Nebenverdienstes kann aber zur Annahme von Zwischenverdienst führen (Urteil des Bundesgerichts 8C_74/2017 vom 16. Mai 2017 E. 5.1 mit Hinweis insbesondere auf BGE 123 V 230). Wird die Tätigkeit erst nach Eintritt der Arbeitslosigkeit aufgenommen, lässt dies auf einen Zwischenverdienst schliessen, auch wenn diese Tätigkeit nicht während der Normalarbeitszeiten ausgeführt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_265/2014 vom 27. August 2014 E. 3.6). Beide Betrachtungsweisen sprechen vorliegend für die Anrechnung eines Zwischenverdienstes, zumal es unstrittig ist, dass sich der Beschwerdeführer trotz fortbestehender Mandate nach jahrelanger Einstellung der Zahlungen erst mals wieder mit der Anmeldung zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenkasse einen Lohn aus der Z.____ AG ausbezahlt. 7.

Mangels entsprechender Regelung im Bereich der Arbeitslosenversicherung ist das Verfahren kostenlos (Art. 61 lit. f bis

des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG), in der ab 1. Januar 2021 geltenden Fassung). Nach Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende Beschwerde führende Person sodann Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer). Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen, vollumfänglich obsiegenden Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu bezahlen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Syna Arbeitslosenkasse vom 29. März 2021 aufgehoben und festgestellt, dass seitens des Beschwerdeführers keine arbeitgeberähnliche Stellung oder auf Dauer gerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit vorlag, die einen Leistungsausschluss begründen würde. Die Sache wird zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen an die Syna Arbeitslosenkasse zurückgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Marc Wolfer - Syna Arbeitslosenkasse - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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 Vogel Bonetti

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