

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00195 vom 23. September 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-09-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2021.00195

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00195 du 23 septembre 2021

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00195 del 23 settembre 2021

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1960, war für die Y.____ GmbH tätig, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer er war (Urk. 7/128 ; Urk. 7/158-160).

Am 28. Oktober 2020 verkaufte er sämtliche Anteile an die Z.____ AG in Gründung (Urk. 7/80 ; Urk. 7/71-73), an der er von Anfang an eine Beteiligung von 20 %

hielt (Urk. 3/6) und in deren Verwaltungsrat er

zusammen mit den Hauptaktionären A.____ und B.____

Einsatz nahm (Urk. 7/126 ; Urk. 7/80).

Der Abtretungsvertrag wurde am 4. Dezember

2020 unterzeichnet (Urk. 7/86-89). An der gleichentags durchgeführten ausserordentlichen Generalversammlung der Y.____ GmbH reichte der Versicherte

(wie in Ziff. 8 des Kaufvertrags vorgesehen, Urk. 7/72) seinen Rücktritt als Gesellschafter und Geschäftsführer ein (Urk. 7/161) ; neu in die Geschäftsführung gewählt wurden A.____ und B.____ (Urk. 7/84). Die entsprechenden Einträge/Löschungen

im Handelsregister erfolgten

im Januar 2021 (Urk. 7/128).

Bereits am 3. Dezember 2020 hatte sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) C.____ zur Arbeitsvermittlung angemeldet (Urk. 7/165) und die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab dem Folgetag

beantragt (Urk. 7/154). Mit Verfügung Nr. «...» vom 19. Januar 2021 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen entsprechenden Anspruch des Versicherten unter Hinweis auf eine arbeitgeberähnliche Stellung (Urk. 7/123-125).

Bevor der Versicherte am 16. Februar 2021 dagegen Einsprache erhob (Urk. 7/103-105), trat er am 2

E. 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. Praxisgemäss ist diese der Vermeidung von

Missbräuchen dienende Bestimmung analog auf arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten anzuwenden, die Arbeitslosenentschädigung verlangen (Urteil des Bundesgerichts 8C_433/2019 vom 20. Dezember 2019 mit Hinweis auf BGE 145 V 200 E. 4.1).

Rechtsprechungsgemäss (BGE 123 V 234) besteht nur dann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn das Ausscheiden solcher Personen aus der Firma endgültig ist und anhand eindeutiger Kriterien feststeht. Diese Rechtsprechung will nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist. Ein konkreter Missbrauch muss demgemäss nicht vorliegen, weshalb von einer Prüfung der konkreten Umstände abgesehen werden kann (etwa Urteile des Bundesgerichts 8C_529/2016 vom 26. Oktober 2016 E. 5.2 und 8C_102/2018 vom 21. März 2018 E. 6.2). 2. 2.1

Die Beschwerdegegnerin erwog, der Zweck der beiden Gesellschaften decke sich mindestens teilweise, zwischen ihnen bestehe eine enge personelle Verflechtung und ihr Sitz befinde sich an derselben Adresse. Der Beschwerdeführer könne sich jederzeit mit den anderen beiden Aktionären zusammenschliessen und so die Entscheide in beiden Gesellschaften massgeblich beeinflussen. Ein tatsächlicher Rechtsmissbrauch müsse nicht nachgewiesen werden. Dabei zeuge der erst spät verfasste Aktionärsbindungsvertrag von einem guten Verhältnis zwischen den drei Aktionären. Im Übrigen hätte der Beschwerdeführer seine Anteile einer Drittperson veräussert, hätte er seine Verbindung zur Y.____

GmbH tatsächlich aufgeben wollen. Unbeachtlich sei sein Vorbringen, der Aktienbesitz habe reine Sicherungsfunktion. Schliesslich sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nicht gewillt sei, eine Arbeitnehmertätigkeit aufzunehmen. Mit dem Aktienbesitz habe er weitere Geschäfte finanzieren wollen, so gehe aus den Unterlagen des RAV hervor, dass er 40 Jahre selbständig erwerbend gewesen sei, seinen Fokus erneut auf eine selbständige Erwerbstätigkeit ausrichte und verschiedene Verwaltungsratsmandate im Rennen seien (Urk. 2 S. 4-6). 2.2

Der Beschwerdeführer hielt indessen dafür, er habe die Anteile an der Y.____ GmbH im Rahmen einer Nachfolgeregelung verkauft. Die Minoritätsbeteiligung an der Z.____ AG diene nur der Sicherung der Restkaufpreiszahlung. Beschlüsse der AG würden gemäss den Statuten mit dem absoluten Mehr der vertretenen Stimmen gefasst, so dass er zwar an der Generalversammlung teilnehmen könnte, bei der Beschlussfassung und bei den Wahlen aber vom Willen von A.____ und B.____

abhängig wäre. Seit 4. Dezember 2020 habe er für keine der beiden Gesellschaften mehr eine Tätigkeit entfaltet und diese in keiner Weise mehr beeinflusst (Urk. 1 Ziff. 6-10), wie man es auch vereinbart habe (Urk. 1 Ziff. 16). Im Übrigen würden die beiden Gesellschaften die Definition eines Konglomerats, das sich durch eine starke Diversifikation bzw. unterschiedliche Wertschöpfungsketten auszeichne, nicht erfüllen (Urk. 1 Ziff. 13). Allein aus der Kapitalbeteiligung könne keine arbeitgeberähnliche Stellung abgeleitet werden (Urk. 1 Ziff. 15). Ferner treffe es zu, dass er verschiedene Optionen wie Verwaltungsratsmandate erwäge. Ein solches würde jedoch einer Anstellung nicht entgegen stehen (Urk. 1 Ziff. 18).

E. 3.1

Hervorzuheben ist zunächst, dass die Frage, ob Arbeitnehmende einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_191/2014 vom 4. Juni 2014 E. 4.3.1 mit Hinweis auf

BGE 122 V 270 E. 3). Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. des Obligationenrechts, OR) sowie die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG, für die das Gesetz in der Eigenschaft als Verwaltungsrat in Art. 716-716b OR verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt (zum Ganzen: vgl. erwähntes Bundesgerichtsurteil 8C_433/2019 E. 4.2 mit Hinweis auf BGE 145 V 200 E. 4.2).

E. 3.2

Es ist belegt, dass der Beschwerdeführer bis am 7. Januar 2021 als Gesellschafter und Geschäftsführer der Y.____ GmbH (vgl. Urk. 3/4)

und vom 25. November 2020 bis 11. Februar 2021 als Verwaltungsrat der Z.____ AG (Urk. 3/9) im Handelsregister eingetragen war. Von untergeordneter Bedeutung ist vorliegend die Überlegung, dass es bei Personen mit arbeitgeberähnlichen Eigenschaften mit Blick auf die Beendigung ihrer Organstellung nicht auf den Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister ankommt, sondern der tatsächliche, seinerseits unmittelbar wirksame Rücktritt massgebend ist, zumal sich die Löschung des Eintrags, aus welchen Gründen auch immer, verzögern kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_102/2018 vom 21. März 2018 E. 6.3 mit weiteren Hinweisen). So erklärte der Beschwerdeführer seinen Rücktritt als Verwaltungsrat der Z.____ AG nur wenige Tage vor der Löschung im Handelsregister – nämlich am 23. Januar 2021 (vgl. Urk. 3/8 und 3/7).

E. 3.3

E in Firmenkonglomerat mit erhöhter Missbrauchsgefahr im Sinne der Arbeitslosenversicherung ist im Übrigen

anzunehmen, wenn verschiedene, von Mitgliedern der gleichen Familie beherrschte und in ihrer Geschäftstätigkeit vergleichbare Firmen eng verflochten sind und fast identisch zusammengesetzte Entscheidungsgremien aufweisen, so dass sie als ein einziges kompaktes Ganzes erscheinen. Versicherte, die von einem Erstbetrieb entlassen wurden, und gleichzeitig in einem zum gleichen Konglomerat gehörenden Drittbetrieb eine arbeitgeberähnliche Stellung innehaben, könnten sich bei Bedarf in einem anderen von der Geschäftstätigkeit her vergleichbaren Betrieb des Konglomerats wieder anstellen lassen. Aus diesem Grund gelten sie auch in Bezug auf den Erstbetrieb als arbeitgeberähnliche Person. Arbeitslosenversicherungsrechtlich wird ein Firmenkonglomerat nicht anders behandelt als eine Firma, die verschiedene Abteilungen und Betriebe hat (vgl. dazu BJM 2003 S. 131; Urteile des Bundesgerichts C 376/99 vom 14. März 2001 E. 3 und C 219/02 vom 17. März 2003 E. 2.3).

E. 3.4

Ob in der vorliegenden Konstellation mit einer Holding-Gesellschaft, die soweit ersichtlich nicht operativ tätig ist (vgl. Urk. 3/11) und nur Anteile an einer einzigen Gesellschaft hält

(vgl. Urk. 3/9), von einem eigentlichen Firmenkonglomerat gesprochen werden kann, ist irrelevant. Die Überlegungen sind die selben. Entscheidend ist

eine Verflechtung der Geschäftstätigkeiten, welche die Weiterausübung der bisherigen Tätigkeit erlaubt, und eine solche in personeller Hinsicht, die eine Wiedereinstellung ermöglicht.

Als Verwaltungsrat der Z.____ AG hatte es der Beschwerdeführer grundsätzlich in der Hand, für seine erneute Anstellung bei der

Y.____

GmbH zu sorgen und so seine angestammte Tätigkeit fortzuführen.

Eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers ist daher für die erste Phase bis 23. Januar 2021 zweifellos zu bestätigen, wie er zumindest im Verwaltungsverfahren auch noch selbst eingeräumt hatte (vgl. Urk. 7/114).

E. 4.1

Der dem Beschwerdeführer in der zweiten Phase ab 24. Januar 2021 verliehene Aktienbesitz bildet praxisgemäss eines der in Betracht fallenden Kriterien für den Ausschluss vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 61/05 vom 10. April 2006 E. 2.2). Mit Urteil des Bundesgerichts C 120/02 vom 14. März 2003 wurde festgehalten, dass ein Alleinaktionär, der keine weiteren Funktionen (mehr) für die Aktiengesellschaft ausübt, keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder hat. Der Umstand, dass eine versicherte Person 8 von 50 Namenaktien (also einen Aktienanteil von 16 %) besass und die Mehrheit der übrigen Aktien von ihrem Vater gehalten wurde, genügte dem - gegenüber nicht, um ihr eine arbeitgeberähnliche Stellung anzurechnen (Urteil des Bundesgerichts C 45/04 vom 27. Januar 2005 E. 3.2). Dem Beschwerdegegner aus dem Urteil C 61/05 vom 10. April 2006, der nicht mehr Verwaltungsratsmitglied, nicht mehr zeichnungsberechtigt, jedoch noch mit einem reduzierten Pensum in der Höhe von 20 % für die Aktiengesellschaft tätig war, und einen Aktienanteil von 49,5 % hielt, wurde wiederum ein erheblicher Einfluss auf den Betrieb zugeschrieben. Ob ein Mindestanteil von 33 1/3 % am Kapital vorliegen muss, damit die arbeitgeberähnliche Stellung zu bejahen ist, konnte damals offen gelassen werden (Urteil C 61/05 vom 10. April 2006 E. 2.2).

E. 4.2

Im von den Parteien angerufenen Urteil 8C_1044/2008 vom 13. Februar

2009 stellte das Bundesgericht bei einem Hauptaktionär (40%iger Anteil der Aktien, weitere zwei Aktionäre hielten je 30 % der Aktien) fest, dass dieser auch nach seinem Rücktritt als (einziger) Verwaltungsrat den grössten Einfluss auf die Aktiengesellschaft behalten habe, bei der er fast seit deren Gründung Präsident des Verwaltungsrates und anschliessend Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift gewesen war. Berücksichtigt wurde dabei auch, dass die Gesellschaft aus Mangel an Kunden in einen inaktiven Status (« mise en sommeil ») überführt werden sollte (E. 3.2.2). In allgemeiner Hinsicht hielt das Bundesgericht fest, der Umstand allein, dass eine versicherte Person über eine Beteiligung am Kapital der Gesellschaft verfüge, bei der sie angestellt gewesen sei, genüge nicht, um sie als arbeitgeberähnliche Person einzustufen. Andererseits könne aus dem formellen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat nicht zwingend abgeleitet werden, dass die arbeitgeber

ähnliche Stellung nicht andauere, indem zum Beispiel eine massgebende Beteiligung am Gesellschaftskapital beibehalten werde. Das entscheidende Kriterium sei die Möglichkeit der versicherten Person, die Entscheidungen der Gesellschaft konkret und massgeblich zu beeinflussen (E. 3.2.1).

E. 4.3

Schliesslich hielt das Bundesgericht in seinem von den Parteien ebenfalls erwähnten Urteil 8C_433/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 5.2.4

zusammengefasst fest, dass es in seiner bisherigen Rechtsprechung die alleinige Beteiligung am Kapital einer Aktiengesellschaft als nicht genügend erachtet habe, um daraus eine arbeitgeberähnliche Position abzuleiten. Ob ein Mindestanteil am Kapital vorliegen müsse, damit eine Einflussmöglichkeit bejaht werden könne, sei bisher ebenfalls offen gelassen worden.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus BGE 145 V 200 E. 5, da die 12%ige Beteiligung eines Gesellschafters an einer GmbH nicht mit einem Anteil am Aktienkapital vom 25 % gleichgesetzt werden könne. Die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ, der eine Vielzahl von Befugnissen unübertragbar zugewiesen seien, erlaube es den Gesellschaftern einer GmbH, einen viel stärkeren Einfluss auf die Geschäftsführung auszuüben, als dies der Aktionär an der Generalversammlung könne (Art. 804 Abs. 2; Art. 698 OR). Als personenbezogen ausgestaltete Kapitalgesellschaft besitze die GmbH überdies eine persönliche Nähe zu den Gesellschaftern; es bestehe eine engere Bindung als zwischen den Aktionären und der AG und damit auch die Gefahr einer abredeweisen Einflussnahme der Gesellschafter untereinander. Das Risiko eines Missbrauchs von Leistungen der Arbeitslosenversicherung könne deshalb bei einem Gesellschafter einer GmbH selbst bei einer minimalen finanziellen Beteiligung nicht verneint werden. Die unübertragbaren Befugnisse eines Gesellschafters einer GmbH nach Art. 804 Abs. 2 OR seien mit Blick auf die arbeitslosenversicherungsrechtliche Qualifikation einer arbeitgeberähnlichen Person letztlich gleich zu werten wie jene eines Verwaltungsrates einer AG.

Es sei ausgeschlossen, dass der beschwerdeführende Versicherte als fristlos entlassener ehemaliger Geschäftsführer und als Minderheitsaktionär mit den für die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses verantwortlichen Verwaltungsräten und Aktionären Mehrheiten finden könnte, um die Entscheidungen in der Gesellschaft zu beeinflussen. Ein Missbrauchspotential bestehe daher nach seinem Rücktritt als Verwaltungsrat nicht mehr.

E. 4.4

Der Beschwerdeführer legte zutreffend dar, dass er lediglich eine Beteiligung von 200 Namenaktien und damit 20 % des Aktienkapitals der Z.____ AG besitzt, während A.____ und B.____ über je 400 Namenaktien und somit je 40 % des Aktienkapitals dieser Gesellschaft verfügen. In der Tat vermag er damit nach seinem Rücktritt aus dem Verwaltungsrat die Entscheidung in der Z.____ AG sowie deren 100

%-Tochtergesellschaft, der Y.____

GmbH, allein nicht massgeblich zu beeinflussen (vgl. dazu auch Art. 13 der Statuten, Urk. 3/10, und Art. 703 ff. OR). Die Gründung einer Holdinggesellschaft bei der Nachfolgeplanung mag zudem auch nach dem 1. Januar 2020 noch steuerliche Vorteile bieten (vgl. dazu etwa <https://core-partner.ch/de/aktuell/2021/04-2021>) und für sich allein

noch nicht auf eine Gesetzesumgehung schliessen lassen.

E in relevantes Missbrauchspotential im Sinne einer Zusammenarbeit der Aktionäre erscheint vorliegend dennoch

real. In diesem

Kontext wies die Beschwerdegegnerin zu Recht auf die Chronologie der Geschehnisse hin. Diese legt nahe, dass der Beschwerdeführer ursprünglich als Verwaltungsrat in der Z. ___ AG mitwirken sollte, zumal das Schweizerische Recht keine Mindestanzahl von Verwaltungsratsmitgliedern bei der Gründung oder später vorschreibt und somit keine Notwendigkeit bestand, ihn als solches zu ernennen. Sein Rücktritt erfolgte offensichtlich vor dem Hintergrund der Verfügung vom 19. Januar 2021 bzw. allein im Hinblick auf den Bezug von Arbeitslosenentschädigung. Gleiches gilt für den Abschluss eines Aktionärsbindungsvertrags am 12. April 2021 im Rahmen der Wahrung des rechtlichen Gehörs im Einspracheverfahren. Der Vertrag ist im Übrigen nur zwischen den unterzeichnenden Personen, nicht aber gegenüber der Gesellschaft wirksam. An der zunächst von allen Aktionären gemeinsam angestrebten arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers ändert die in Ziff.

E. 4.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die drei Aktionäre offensichtlich gut mit einander harmonieren, zusammenarbeiten und sich Gefälligkeiten erweisen. Es ist kein anderer Grund als der seitens des Beschwerdeführers angestrebte Leistungsbezug ersichtlich, weshalb sie heute – zumindest vordergründig – jegliche Einflussnahme auf die Gesellschaften durch den Beschwerdeführer in Abrede stellen. Die Gefahr, dass der Beschwerdeführer als Aktionär in dieser spezifischen Konstellation (und bei zu vermutendem Wissensvorsprung als bisheriger Geschäftsführer) letztlich massgeblich Einfluss auf die Entscheidungen der beiden Gesellschaften nimmt, ist nicht von der Hand zu weisen. 5.

Zusammenfassend hat die Beschwerdegegnerin einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung somit zu Recht verneint. Der angefochtene Entscheid ist daher nicht zu beanstanden; die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

Es sei angemerkt, dass die Verwaltung andernfalls mitunter die Fragen nach einer beitragspflichtigen Beschäftigung (vgl. Urk. 7/129-131 und 7/92) und einer Einstellungsentscheidung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit sowie fehlender Arbeitsbemühungen vor Eintritt der Arbeitslosigkeit (vgl. Urk. 7/96) zu klären hätte (vgl. zur Vollstreckbarkeit von Einstelltagen: Urteil des Bundesgerichts 8C_1021/2012 vom 10. Mai 2013 E. 4.3). Auch die Tatsache, dass der Beschwerdeführer seinen Fokus offenkundig auf eine selbständige Erwerbstätigkeit (offenbar im Sinne der Akquisition von Verwaltungsrats- und Beratern mandaten, vgl. Urk. 7/95 f.) richtet, wäre näher abzuklären. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Julia Gschwend -
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
Vogel Bonetti

E. 8

des Kaufvertrags vereinbarte Auflösung seines Arbeitsvertrages mit der Y.____

GmbH (vgl. Urk. 3/5 S. 9) nichts. Die Behauptung des Beschwerdeführers, seine beiden Nachfolger hätten von Anfang an eine Einmischung oder Beratung abgelehnt, erscheint daher als blosser Schutzbehauptung. Dass die Minderheitsbeteiligung der Sicherstellung des Restkaufpreises dient, ist zudem nur im Ansatz belegt (vgl. Urk. 3/7 und 3/11) und es wurde hierfür auch kein zeitlicher Horizont genannt. Dabei hätte es wohl auch andere Optionen gegeben und war hierfür keinesfalls ein Verwaltungsratsmandat nötig. Indessen ist der Beschwerdeführer auch im Rahmen der aktuellen Arbeitssuche primär an Verwaltungsrats- und Beratungsmandaten interessiert (vgl. Urk. 7/95 f.).

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