

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00213**

## **vom 6. Dezember 2021**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-12-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2021.00213](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2021.00213)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00213 du 6 décembre 2021

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00213 del 6 dicembre 2021

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

) und hielt an dieser Einschätzung mit Einspracheentscheid vom 3. August 2020 fest (Urk. 9/185-190). Per 15. August 2020 meldete sich der Versicherte von der Stellensuche ab (Urk. 9/162) bei angedachter Abreise am 19. August 2020 (Urk. 9/57). Die gegen den Einspracheentscheid vom 3. August 2020 erhobene Beschwerde hiess das hiesige Gericht in dem Sinne gut, dass es die Sache an die Arbeitslosenkasse zur Durchführung eines rechtsgenügenden Verwaltungsverfahrens zurückwies (Urk. 9/155-160).

#### **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 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.

#### **E. 1.2**

).

Daran ändert die Behauptung des Beschwerdeführer nichts, dass die Löschung Covid-bedingt nicht habe vorangetrieben werden können. Zum einen legt er hierfür keine Beweise vor. Zum anderen kann die Löschung im Handelsregister ohnehin frühestens ein Jahr nach der Veröffentlichung des dritten Schuldenrufs erfolgen (Urk. 9/129). Der dritte Schuldenruf erfolgte dabei am 28. Februar 2020 (Urk. 9/131), sodass eine Löschung im Handelsregister in der massgebenden Zeitperiode zwischen dem 31. März 2020 und der Abmeldung von der Stellensuche am 15. August 2020 (Urk. 9/162) ohnehin nicht möglich gewesen wäre.

## **E. 2**

Dagegen erhob die Vertreterin des Versicherten am 29. Juni 2021 Beschwerde und beantragte die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung (Urk. 1 S. 1, Urk. 6).

Mit Beschwerdeantwort vom 7. September 2021 beantragte die Beschwerdeführerin die Abweisung der Beschwerde (Urk. 8), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 8. September 2021 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 11). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid damit, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter, Geschäftsführer und Liquidator der Z.\_\_\_\_ GmbH in Liquidation mit Einzelzeichnungsberechtigung insbesondere im massgebenden Zeitraum vom 31. März bis 15. August 2020 eine arbeitgeberähnliche Stellung inne gehabt habe und vom Bezug von Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen sei (Urk. 2 S. 5). Die Ausnahmeregelung von Art. 2 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenentschädigung betreffe allein den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (S. 3). Bezüglich Vertrauensschutz sei anzumerken, dass der Antrag auf Arbeitslosenentschädigung am 21. April 2020 eingereicht worden sei und bereits am 8. Mai 2020 auf die Probleme im Zusammenhang mit der arbeitgeberähnlichen Stellung hingewiesen worden sei; zudem habe der Beschwerdeführer in seinem Antrag vom 14. April 2020 seine Stellung in der Y.\_\_\_\_ GmbH nicht korrekt angegeben (S. 8). Aufgrund der Auswanderungspläne sei zudem ab dem 31. März 2020 von subjektiver Vermittlungsunfähigkeit auszugehen (S. 9).

### **E. 2.2**

Demgegenüber machte die Vertreterin des Beschwerdeführers im Wesentlichen geltend, dass nach dem Betriebsübergang an die A.\_\_\_\_ Gruppe per Ende 2019 die Weiterführung des Betriebs ausgeschlossen gewesen sei (Urk. 1 S. 2 f.). Zudem seien gewisse rechtliche Schritte zur Löschung aufgrund der Pandemie nicht möglich gewesen. Weiter sei er bis zum 8. Mai 2020 nicht informiert worden, was gegen Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) verstosse. Da er von einer inaktiven Firma und von seiner Position als Liquidator ausgegangen sei, habe er die entsprechende Frage im Antrag nicht richtig verstanden (S. 3). Weiterhin sei der Einspracheentscheid bezüglich der Covid-19-Bestimmungen nicht ausreichend begründet, zu seinen Ausführungen zu Art. 27 ATSG sei in keiner Weise Stellung genommen worden (S. 4).

## **E. 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/Genève 2019, S. 18 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung).

### **E. 3.1**

Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass die betroffene Person ihn gegebenenfalls anfechten kann. Dies ist nur dann möglich, wenn sowohl sie als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich der Versicherungsträger leiten liess und auf welche sich der Entscheid stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sich die Verwaltung ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss; vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 126 V 75 E. 5b/ dd mit Hinweis, 118 V 56 E. 5b).

Zu den formellen Einwänden der Vertreterin des Beschwerdeführers ist anzumerken, dass die Beschwerdegegnerin sowohl zu den Covid-19-Bestimmungen als auch zum Vertrauensschutz ausreichend Stellung nimmt und ihre Einschätzung begründet. Dies zumindest in dem Masse, als es dem Beschwerdeführer möglich war, die Einschätzung der Beschwerdeführerin gezielt anzufechten. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt vor diesem Hintergrund nicht vor.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer war nach dem Liquidationsbeschluss der Z.\_\_\_\_ GmbH vom 10. Februar 2020 (Urk. 9/127-128) als einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter, Geschäftsführer und Liquidator im Handelsregister eingetragen (Urk. 9/154). Damit eine Anspruchsberechtigung gestützt auf Art.

### **E. 3.3**

Indessen ist zu berücksichtigen, dass sich eine Verneinung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung nach der Rechtsprechung nicht rechtfertigt, wenn auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalls ein Missbrauch mit einem sehr hohen Grad an Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Ein Missbrauch scheidet etwa aus, wenn es praktisch nichts mehr zu liquidieren gibt und eine Reaktivierung beziehungsweise eine Rückgründung als ausgeschlossen erscheint. Zuverlässige Indizien für Letzteres bilden die Veräusserung von betriebsnotwendigem Material oder die Kündigung von für den Betrieb wichtigen Verträgen oder Mitgliedschaften (Urteil des Bundesgerichts 8C\_514/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 4.3.2 und E. 4.4).

In der vorliegenden Konstellation ist die Reaktivierung des Betriebes nicht bloss mit einem sehr hohen Grad an Sicherheit ausgeschlossen, sondern absolut unmöglich. Der

Beschwerdeführer führte während über 20 Jahren die Z.\_\_\_\_ GmbH ( Urk. 6/74-78 und Urk. 6/102) und plante, nach B.\_\_\_\_ auszuwandern. Deshalb kündigte er seinen Vertrag mit dem Kanton betreffend Mensa-Betrieb per 31. Dezember 2020 ( Urk. 9/101). Der Betrieb wurde in der Folge an die A.\_\_\_\_ Gruppe übergeben. Bei dieser Ausgangslage ist nicht erkennbar, inwiefern er wieder als Mensaleiter hätte einsteigen können. Er hat keinen Vertrag mehr und es ist ausgeschlossen, dass er den Betrieb wieder übernehmen kann. Dass seine Firmenhülle noch existiert, ändert an dieser Feststellung nichts. Denn diese ist nicht darauf gerichtet, eine Tätigkeit auf dem freien Markt auszuüben, in welcher Konstellation in der Tat nicht ausgeschlossen werden könnte, dass während der Liquidation der Entscheid zur Reaktivierung fällt. Solches ist vorliegend nicht möglich. Selbst wenn der Beschwerdeführer den Entscheid fällen sollte, seine GmbH weiter zu führen, hätte er gar kein Tätigkeitsfeld mehr, in welchem er sich betätigen könnte. Deshalb schadet auch nicht, dass er als Liquidator amtierte.

Sollte die Beschwerdegegnerin der Meinung sein, der Beschwerdeführer könnte mit seiner Gesellschaft eine anders gelagerte Tätigkeit aufnehmen, unterscheidet sich diese Konstellation nicht von jener jedes anderen Arbeitslosen. Auch dieser kann sich jederzeit entscheiden, im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit oder nach Gründung einer Gesellschaft als Angestellter ein neues Tätigkeitsfeld zu beschreiten. Dies wäre indes unter dem Titel Vermittlungsfähigkeit zu beurteilen und die Frage zu stellen, ob die Versicherten bereit und in der Lage sind, ihre Arbeit einem Arbeitgeber anzubieten. Eine solche Konstellation ist vorliegend nicht erkennbar. Unter dem Titel Umgehung der Regelung betreffend Kurz arbeitsentschädigung jedenfalls bleibt kein Raum für die Verneinung der Anspruchsberechtigung. 4.

Steht damit fest, dass eine Reaktivierung des Betriebes unmöglich ist, liegt auch kein Umgehungstatbestand vor. Der Beschwerdeführer hat deshalb ab 31. März 2020 (Meldung beim RAV, Urk. 6/269) Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid des Amtes für Wirtschaft und Arbeit vom 2. Juni 2021 aufgehoben und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer ab 31. März 2020 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Y.\_\_\_\_ - 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 VorsitzendeDer Gerichtsschreiber GräubSchetty

**E. 8**

ff. AVIG überhaupt in Frage kommt, muss g emäss höchstrich terlicher Rechtsprechung eine arbeitgeberähnliche Person

grundsätzlich endgültig aus der Firma ausgeschieden

sein , was erst mit der Löschung des Eintrags im Handelsregister erkennbar ist ( E.

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