

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00248

vom 11. März 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-03-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2021.00248

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00248 du 11 mars 2022

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00248 del 11 marzo 2022

Erwägungen

E. 1

Der 1993 geborene X.____ war vom 1. Mai 2018 bis 31. Januar 2021 als Assistent des Verwaltungsrates bzw. der Geschäftsleitung bei der Y.____ AG angestellt (Urk. 7/114, Urk. 7/116, vgl. auch Urk. 7/106 f.). Zudem war er vom 30. September 2019 bis 9. April 2021 resp. 15. April 2021 bei der Y.____ AG, der Z.____ AG (seit der Statutenänderung vom 20. September 2021 neu: A.____ AG, vgl. SHAB -Mutation gemäss Tagesregister-Nr. 41263 vom 29. September 2021), der B.____ AG sowie der C.____ AG als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (www.zefix.ch). Am 1. Januar 2021 meldete er sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) D.____ zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 7/117). Nach entsprechender Aufforderung und Hinweis auf die Verwirklichung (Urk. 7/110) reichte er am 19. Februar 2021 (Eingangsdatum) einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Februar 2021 ein (Urk. 7/100 ff.). Mit Schreiben vom 25. Februar 2021 stellte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (ALK) dem Versicherten in Aussicht, sein Leistungsbegehren abzuweisen, da er bei der Y.____ AG als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift eine arbeitgeberähnliche Stellung habe. Gleichzeitig informierte sie ihn unter anderem darüber, wie ein allfälliges Aufgeben der arbeitgeberähnlichen Stellung nachzuweisen wäre (Urk. 7/94). Der Versicherte reichte am 3. März 2021 seine Stellungnahme vom 1. März 2021 sowie sein an die Y.____ AG gerichtetes Schreiben betreffend Austritt aus dem Verwaltungsrat ein (Urk. 7/89-91). Mit Verfügung vom 25. März 2021 lehnte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (ALK) einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab, da der Versicherte den Nachweis nicht erbracht habe, dass er die arbeitgeberähnliche Stellung bei der Y.____ AG definitiv aufgegeben habe (Urk. 7/82). Am 19. April 2021 ging erneut die Stellungnahme vom 1. März 2021 sowie ein Ausdruck der SHAB -Publikation «Mutation Y.____ AG» gemäss Tagesregister-Nr. 14289 vom 6. April 2021 bei der ALK ein (Urk. 7/77-78), worauf diese dem Versicherten mitteilte, dass sie das am 19. April 2021 eingegangene Schreiben als Einsprache gegen die Verfügung vom 25. März 2021 entgegengenommen habe (Urk. 7/76). Mit E-Mail vom 23. April 2021 nahm der Versicherte erneut mit Hinweis auf die SHAB -Mutationsmeldung Stellung (Urk. 7/67-69). Am 17. Mai 2021 forderte die ALK den Versicherten auf, zwecks Überprüfung einer allfälligen finanziellen Beteiligung, bis am 4. Juni 2021 Kopien der Aktienbücher der genannten Firmen einzureichen; säumigen falls würde gestützt auf die vorliegenden Akten über die Einsprache entschieden (Urk. 7/54). Nachdem innert der angesetzten Frist keine Unterlagen eingingen, wies die ALK einen Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung mit Einspracheentscheid vom 15. Juni 2021 ab (Urk. 2).

E. 1.1

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die 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 E. 4.1 mit Hinweisen auf BGE 145 V 200 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

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. Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. des Obligationenrechts, OR) sowie die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG, für welche das Gesetz in der Eigenschaft als Verwaltungsrat in Art. 716-716b

OR verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt.

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 Arbeitnehmerin oder 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 8C_448/2018 vom 30. September 2019 E. 6, 8C_529/2016 vom 26. Oktober 2016 E. 5.2; vgl. Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 18 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung).

E. 1.2

Eine besondere Situation mit erhöhter Missbrauchsgefahr liegt rechtsprechungsgemäss auch dann vor, wenn verschiedene Firmen, welche von Mitgliedern der gleichen Familie beherrscht werden, ein Firmenkonglomerat bilden. Ein solches ist dann anzunehmen, wenn verschiedene in ihrer Geschäftstätigkeit vergleichbare Firmen eng verflochten sind und fast

identisch zusammengesetzte Entscheidungs gremien aufweisen, so dass sie als ein einziges kompaktes Ganzes erscheinen. Versicherte, die von einem - Teil eines Firmenkonglomerats darstellenden - Erstbetrieb entlassen wurden, und welche 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 diese Personen auch in Bezug auf den Erstbetrieb als arbeitgeberähnliche Person. Bei Verlust der Anstellung im Erstbetrieb besteht daher kein Versicherungsschutz. Arbeitslosenversicherungsrechtlich wird ein Firmenkonglomerat daher nicht anders behandelt, als eine Firma, welche verschiedene Abteilungen und Betriebe hat (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).

Bei einer solchen Vernetzung der Firmen kann es nicht genügen, um den Umgehungstatbestand nicht zu erfüllen, sich im Handelsregister als Gesellschafter und Geschäftsführer der einen Firma streichen zu lassen, wenn damit die weitreichenden Bestimmungsmöglichkeiten über die Entscheidung des anderen Betriebs nicht verloren gehen (Urteil des Bundesgerichts 8C_143 /2012 vom 19. September 2012 E. 4.3).

E. 1.3.1

Ihren Entschädigungsanspruch macht die arbeitslose Person bei einer Kasse geltend, die sie frei wählen kann (Art. 20 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Der Anspruch erlischt, wenn er nicht innert dreier Monate nach dem Ende der Kontrollperiode, auf die er sich bezieht, geltend gemacht wird (Art. 20 Abs. 3 Satz 1 AVIG). Als Kontrollperiode gilt jeder Kalendermonat (vgl. Art. 27a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIV).

E. 1.3.2

Für die erste Kontrollperiode sowie bei jeder erneuten Arbeitslosigkeit, die nach einem Unterbruch von wenigstens sechs Monaten eintritt, macht die arbeitslose Person ihren Anspruch gemäss Art. 29 Abs. 1 AVIV (in der vorliegend anwendbaren, bis Ende Juni 2021 in Kraft gewesenen Fassung) dadurch geltend, dass sie der Kasse die folgenden Unterlagen einreicht: a.

den vollständig ausgefüllten Entschädigungsantrag; b.

das Doppel des amtlichen Anmeldeformulars; c.

die Arbeitsbescheinigungen für die letzten zwei Jahre; d.

das Formular «Angaben der versicherten Person»; e.

die weiteren Unterlagen, welche die Kasse zur Beurteilung des Anspruchs verlangt.

Nötigenfalls setzt die Kasse der versicherten Person eine angemessene Frist für die Vervollständigung der Unterlagen und macht sie auf die Folgen der Unterlassung aufmerksam (Art. 29 Abs. 3 AVIV).

E. 1.3.3

Die in Art. 20 Abs. 3 Satz 1 AVIG gesetzte Frist ist eine Verwirklichungsfrist, die weder einer Erstreckung noch einer Unterbrechung zugänglich ist (Art. 40 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG), aber unter gewissen

Voraussetzungen wiederhergestellt werden kann (Art. 41 ATSG; BGE 117 V 244 E. 3a ; 114 V 123). Nach der Rechtsprechung tritt die Verwirkungsfolge auch dann ein, wenn der Anspruch zwar innert der An mel defrist geltend gemacht wird, die versicherte Person aber innerhalb dieses Zeit raums oder einer ihr allenfalls — gestützt auf Art. 29 Abs. 3 AVIV — gesetzten Nachfrist, nicht alle für die Anspruchsbeurteilung erforderlichen Unterlagen beibringt. Dies gilt jedoch nur, wenn die Arbeitslosenkasse die Antrag stellende Per son ausdrücklich und unmissverständlich auf die Verwirkungsfolge bei verspäte ter Einreichung der für die Beurteilung des Leistungsanspruchs wesent lichen Unterlagen hingewiesen hat (Urteil des Bundesgerichts 8C_85 /2011 vom 10. Mai 2011 E. 3 mit Hinweisen).

E. 1.4

Der Versicherungsträger prüft die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärun gen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein (Art. 43 Abs. 1 ATSG). Kommt die versicherte Person den Auskunfts- oder Mitwirkungs pflichten in unentschuldbarer Weise nicht nach, so kann der Versicherungsträger aufgrund der Akten verfügen oder die Erhebungen einstellen und Nichteintreten beschliessen ; er muss die Versicherten vorher schriftlich ermahnen und auf die Rechtsfolgen hinweisen; ihnen ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen (Art. 43 Abs. 3 ATSG).

E. 1.5

Das Gericht kann die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen, besonders wenn mit dem angefochtenen Entscheid nicht auf die Sache eingetreten oder der Sachverhalt ungenügend festgestellt wurde (§ 26 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). 2.

E. 2

Dagegen erhob X.____ am 13. August 2021 Beschwerde und beantragte, es sei ihm in Aufhebung des angefochtenen Entscheids ab dem 1. Februar 2021 eine Arbeitslosenentschädigung auszurichten; zur ziffernmäs sigen Festlegung der Arbeitslosenentschädigung sei die Streitsache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und neuer Verfügung an die Beschwerdegeg nerin zurückzuweisen (Urk. 1 S. 2). Zudem reichte er unter anderem Kopien der Aktienbücher der Y.____ AG , der Z.____ AG (ab 29. September 2021: A.____ AG), der B.____ AG und der C.____ AG zu den Akten (Urk. 3/4-7). Mit Beschwerdeantwort vom 20. September 2021 beantragte die Beschwerdegegnerin teilweise Gutheissung der Beschwerde in dem Sinne, als ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 9. April 2021 bejaht werden könne, sofern sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Eventualiter sei die Beschwerde in dem Sinne gutzuheissen, als ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 2. März 2021 bejaht werden könne, sofern sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (Urk.

E. 2.1

Im angefochtenen Entscheid erwog die Beschwerdegegnerin, der Beschwerde führer sei vom 1. Mai 2018 bis 31. Januar 2021 bei der Y.____ AG angestellt gewesen. Zudem sei er vom 30. September 2019 bis 9. April 2021 als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift bei der Y.____ AG im Handelsregister eingetragen gewesen. Darüber hinaus sei der Beschwerde führer bis am 14. April 2021 bei der Z.____ AG, der B.____ AG und C.____ AG als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift im Handels register eingetragen gewesen. Trotz entsprechender Aufforderung habe er es unter lassen, Kopien der

Aktienbücher der genannten Firmen zwecks Prüfung einer allfälligen finanziellen Beteiligung einzureichen. Mithin könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführer finanziell massgeblich an den genannten Unternehmen beteiligt sei. Daher könne das Risiko eines Rechtsmissbrauchs unter zusätzlicher Berücksichtigung der familiären Beziehungen zur einzigen Verwaltungsrätin der genannten Firmen trotz der Löschung des Beschwerdeführers aus dem Handelsregister nicht verneint werden. Folglich sei ein Anspruch infolge arbeitgeberähnlicher Stellung zu verneinen (Urk. 2).

E. 2.2

Dagegen wandte der Beschwerdeführer ein, er habe mit Schreiben datierend vom 1. März 2021, welches bei der Beschwerdegegnerin am 4. März 2021 eingegangen sei, dargelegt, dass er an der Y.____ AG weder beteiligt gewesen sei noch Einfluss auf das Unternehmen gehabt habe. Seine Schwester und ihr Ehemann seien im Mai 2019 ausgewandert und hätten ihn zwecks Erledigung untergeordneter Tätigkeiten (z.B. Abholen der Post etc.) gebeten, als «Strohmann» im Verwaltungsrat Einsitz zu nehmen. Nach der Rückkehr seiner Schwester in die Schweiz im Juni 2020 habe diese die Arbeit im Verwaltungsrat wieder alleine ausgeführt. Gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin sei das Schreiben vom 1. März 2021 indes erst am 19. April 2021 eingegangen und als Einsprache gegen die abschlägige Verfügung vom 25. März 2021 behandelt worden. Indem die Verfügung vom 25. März 2021 in Unkenntnis des Schreibens vom 1. März 2021 ergangen sei, sei das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt worden. Unter diesen Umständen hätte die Beschwerdegegnerin das Schreiben vom 1. März 2021 auch nicht als Einsprache entgegennehmen dürfen. Die Verfahrensfehler seien ausserordentlich gravierend. Mangels gültigem Anfechtungsgegenstand und mangels Einsprache sei der Einspracheentscheid vom 15. Juni 2021 nichtig. Alsdann werde die Zustellung des Schreibens vom 17. Mai 2021, womit der Beschwerdeführer aufgefordert worden sei, weitere Unterlagen einzureichen, bestritten. Ohnehin sei der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt als Verwaltungsrat aus sämtlichen Unternehmen ausgeschieden gewesen. Die Aufforderung zur Auskunftserteilung sei damit von vornherein unwirksam, da sie die Auskunft über dem Beschwerdeführer fremde juristische Personen betroffen habe. Dieser habe weder die Möglichkeit noch das Recht gehabt, entsprechende Informationen erhältlich zu machen und beizubringen. Selbst wenn das Schreiben vom 17. Mai 2021 zugestellt worden sei, habe unter diesen Umständen kein rechtsgültiges Mahn- und Bedenkfristverfahren erfolgen können. Art. 43 Abs. 3 ATSG komme vorliegend nicht zur Anwendung. In Nachachtung des sozialversicherungsrechtlichen Untersuchungsgrundsatzes hätte die Beschwerdegegnerin die entsprechenden Informationen nicht beim Beschwerdeführer, sondern bei der ehemaligen Arbeitgeberin bzw. vorgenannten Unternehmen einholen müssen. Gegenüber der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hätten sich die vorgenannten Unternehmen bereit erklärt, die Aktienbücher einzureichen. Daraus sei ersichtlich, dass der Beschwerdeführer an keinem der Unternehmen finanziell beteiligt gewesen sei; Alleinaktionärin sei eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Hong Kong. Diese sei im Besitz des Schwagers des Beschwerdeführers. Mit Schreiben vom 12. August 2021 habe die Schwester des Beschwerdeführers und Verwaltungsrätin der einschlägigen Firmen bestätigt, dass der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt effektiv Einfluss auf die Entscheidungsfindung der Firmen gehabt habe. Dass Letzterer auch nach der Rückkehr seiner Schwester in die Schweiz im Juni 2020 und insbesondere nach der Kündigung per 31. Januar 2021 weiterhin formell als Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen gewesen sei, sei ein blosses Versehen. Tatsächlich habe sich der Beschwerdeführer mit

Schreiben vom 2. März 2021 auch formell aus dem Verwaltungsrat der Y.____ AG zurückgezogen. Damit sei die von der Beschwerdegegnerin behauptete arbeitgeberähnliche Stellung – welche er effektiv nicht innegehabt habe – auch formell aufgegeben. Allein der Umstand, dass seine Schwester Verwaltungsrätin der vorgenannten Unternehmen sei, begründe noch kein Missbrauchsrisiko. Damit sei eine arbeitgeberähnliche Stellung widerlegt und habe der Beschwerdeführer ab 1. Februar 2021 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Urk. 1, Urk. 3/3-8).

E. 2.3

In der Beschwerdeantwort führte die Beschwerdegegnerin aus, das Schreiben des Beschwerdeführers vom 1. März 2021 sei (erstmalig) am 4. März 2021 eingegangen und die abschlägige Verfügung vom 25. März 2021 in Kenntnis desselben ergangen. Soweit der Beschwerdeführer geltend mache, sein am 19. April 2021 nochmals eingereichtes Schreiben vom 1. März 2021 hätte nicht als Einsprache behandelt werden dürfen, verkenne er, dass Letzteres zu seinen Gunsten geschehen und in keiner Weise zu beanstanden sei. Komme hinzu, dass sich der Beschwerdeführer innerhalb der Rechtsmittelfrist mit E-Mail vom 23. April 2021 an den Rechtsdienst gewandt habe; spätestens diese E-Mail qualifiziere als Einsprache. Alsdann sei das Schreiben vom 17. Mai 2021 mittels A-Post Plus Sendung erfolgt und nachweislich am 18. Mai 2021 zugestellt worden. Zudem sei es weder richtig noch nachvollziehbar, wenn der Beschwerdeführer geltend mache, bei den einschlägigen Unternehmen handle es sich um fremde juristische Personen. Auch habe der Beschwerdeführer die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen zu belegen und bestehe eine Mitwirkungspflicht. Seinem Vorbringen, es sei kein rechtsgültiges Mahn- und Bedenkzeitverfahren erfolgt, könne daher nicht gefolgt werden. Aus den beschwerdeweise eingereichten Unterlagen ergebe sich, dass der Beschwerdeführer an den einschlägigen Unternehmen nicht beteiligt (gewesen) sei. Eine arbeitgeberähnliche Stellung könne damit frühestens ab seiner Austragung aus dem Handelsregister bejaht [richtig: verneint] werden. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung könne – unter Vorbehalt der übrigen Voraussetzungen – ab dem 9. April 2021 bejaht werden. Soweit der tatsächliche Rücktritt des Beschwerdeführers als Verwaltungsrat aus der Y.____ AG per 2. März 2021 nachgewiesen werde, könne – unter Vorbehalt der übrigen Voraussetzungen – ein Anspruch eventualiter ab dem 2. März 2021 bejaht werden (Urk. 6).

E. 2.4

Replicando führte der Beschwerdeführer aus, ob das Schreiben vom 1. März 2021 am 19. April 2021 ein zweites Mal eingereicht worden sei, lasse sich aufgrund der Akten nicht eindeutig ermitteln. Für die Plausibilität der Version der Beschwerdegegnerin spreche, dass mit der Eingabe vom 19. April 2021 möglicherweise ein Handelsregistereintrag vom 9. April 2021 eingereicht worden sei. Unter dieser Voraussetzung wäre an der Umdeutung des Schreibens datierend vom 1. März 2021 als Einsprache nichts einzuwenden und könnte an den damit im Zusammenhang stehenden formellen Einwänden nicht festgehalten werden. Im Übrigen werde in materieller Hinsicht an den beschwerdeweisen Ausführungen festgehalten. Die Y.____ AG habe bereits am 12. August 2021 schriftlich bestätigt, dass der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt irgendeinen massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Unternehmens gehabt habe und auch nicht finanziell beteiligt gewesen sei. Aus der beiliegenden Bestätigung vom 24. November 2021 gehe nunmehr aber eindeutig hervor, dass der Beschwerdeführer auch vor seinem formellen Austritt vom 2. März 2021 faktisch keine Verwaltungsratsfunktionen ausgeübt habe. Zudem habe der

Beschwerdeführer ab dem 31. Januar 2021 auch als Arbeitnehmer keine Tätigkeiten mehr für die Y. ___ AG ausgeführt. Aufgrund der Pandemie sei die Firma de facto seit zwei Jahren inaktiv. Schliesslich werde daran festgehalten, dass der Beschwerdeführer das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 17. Mai 2021 nicht empfangen habe; der Track&Trace-Nachweis stelle keine beweiskräftige Zustellung dar. Selbst wenn, liesse sich eine tatsächliche Kenntnisnahme des Inhalts dadurch nicht ableiten (Urk. 12, Urk. 13/9). 3.

3.1

Von seinen in der Beschwerde erhobenen Rügen betreffend Gehörsverletzung und unzulässiger Entgegennahme der am 19. April 2021 erneut eingereichten Stellungnahme vom 1. März 2021 hat der Beschwerdeführer in seiner Replik zu Recht Abstand genommen, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen. 3.2

Der Beschwerdeführer macht zunächst im Wesentlichen geltend, die Beschwerdegegnerin sei ihrer Abklärungspflicht nicht nachgekommen respektive sie habe ihm unerfüllbare Mitwirkungspflichten auferlegt. Daher und weil er das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 17. Mai 2021 (Urk. 7/54) nicht erhalten habe, liege keine Verletzung der Mitwirkungspflicht vor (Urk. 1, Urk. 12). 3.2.1

Zum Einwand des Beschwerdeführers, er habe das Schreiben vom 17. Mai 2021 nicht erhalten oder jedenfalls nicht zur Kenntnis genommen, ist Folgendes festzuhalten: Im Sozialversicherungsverfahren ist es den Behörden freigestellt, auf welche Art sie ihre Verfügungen versenden. Insbesondere dürfen sie sich deshalb auch der Versandart A-Post Plus bedienen. Die Eröffnung muss bloss so erfolgen, dass sie dem Adressaten ermöglicht, von der Verfügung oder der Entscheidung Kenntnis zu erlangen, um diese gegebenenfalls sachgerecht anfechten zu können. Zugestellt ist eine uneingeschriebene Sendung (A- oder B-Post) bereits dadurch, dass sie in den Briefkasten oder in das Postfach des Adressaten gelegt wird und sich damit in dessen Verfügungsbereich befindet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_784 /2015 vom 24. September 2015 E. 2.1). Nicht erforderlich ist für die Zustellung einer Sendung, dass der Adressat sie tatsächlich in Empfang nimmt; es genügt, wenn sie in seinen Machtbereich gelangt und er demzufolge von ihr Kenntnis nehmen kann (BGE 142 III 599 E. 2.4.1; Urteil des Bundesgerichts 8C_198 /2015 vom 30. April 2015 E. 3.2) . A-Post Plus Sendungen entsprechen grundsätzlich A-Post Sendungen. Im Unterschied zu diesen sind sie mit einer Nummer versehen, welche die elektronische Sendungsverfolgung im Internet ermöglicht. Daraus ist unter anderem ersichtlich, wann dem Empfänger die Sendung durch die Post zugestellt wurde. Insofern stellt diese Art von Sendung – jedenfalls im verwaltungsrechtlichen Verfahren – eine Möglichkeit dar, zu beweisen, dass die Post zugestellt worden ist (Urteil des Bundesgerichts 2C_587 /2018 vom 8. März 2019 E. 3.1) . Das Gesagte gilt nicht nur für Verfügungen, sondern auch für andere Mitteilungen der sozialversicherungsrechtlichen Behörden.

Aufgrund der Sendungsverfolgung (Urk. 7/49) kann als erstellt gelten, dass das Schreiben vom 17. Mai 2021 dem Beschwerdeführer am 18. Mai 2021 zugestellt wurde. Weshalb ein solcher Nachweis zwar für die Zustellung des angefochtenen Einspracheentscheids (vgl. Urk. 7/44 und Urk. 7/42), nicht aber für das Schreiben vom 17. Mai 2021 gelten soll, ist im Übrigen nicht ersichtlich und wird auch nicht weiter begründet. 3.2.2

Nicht gefolgt werden kann dem Beschwerdeführer auch darin, dass die Beschwerdegegnerin von ihm nicht hätte die Einreichung der Aktienbücher der ihm fremden juristischen Personen verlangen dürfen. Das Vorbringen ist – mit der Beschwerdegegnerin

(Urk. 6 S. 3) – als Schutzbehauptung zu qualifizieren, war der Beschwerdeführer doch bis im April 2021 im Verwaltungsrat dieser Gesellschaften und fungiert seit Ende September bzw. Oktober 2021 als deren Verwaltungsratspräsident (vgl. www.zefix.ch). Er war denn auch im Beschwerdeverfahren ohne Weiteres in der Lage, die verlangten Unterlagen einzureichen. Selbst wenn es ihm tatsächlich nicht möglich gewesen wäre, die Aktienbücher erhältlich zu machen, hätte er dies der Beschwerdegegnerin innert angesetzter Frist mitteilen müssen. 3.2.3

Demnach ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin ihren Einspracheentscheid gestützt auf die ihr zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Akten gefällt hat. 3.3

Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliessende arbeitgeberähnliche Stellung angenommen hat. Dabei ist grundsätzlich von dem Sachverhalt auszugehen, der sich bis zum Einspracheentscheid vom 15. Juni 2021 verwirklicht hat (BGE 142 V 337 E. 3.2.2). 3.3.1

Der Beschwerdeführer war vom 30. September 2019 (bis 9. April 2021) als Verwaltungsrat der Y.____ AG, mit Einzelunterschrift, im Handelsregister eingetragen. Damit ergibt sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits zwingend aus dem Gesetz selbst, weshalb keine Prüfung aufgrund der inneren betrieblichen Struktur zu erfolgen hat. Daran vermögen die Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach er während der Auslandsabwesenheit seiner Schwester und Verwaltungsrätin der Y.____ AG in den Jahren 2019 und 2020 lediglich als Strohmännchen im Verwaltungsrat Einsitz genommen und dabei nur untergeordnete, administrative Tätigkeiten ausgeführt habe (Urk. 1 Ziff. 5, Urk. 7/77 = Urk. 7/90), nichts zu ändern. Dasselbe gilt für die analogen Bestätigungen seiner Schwester vom 12. August und 24. November 2021 (vgl. Urk. 3/8, Urk. 13/9). Da wie erwähnt der Sachverhalt bis zum Erlass des angefochtenen Einspracheentscheides massgebend ist, ist vorliegend auch nicht auf die Frage einzugehen, weshalb E.____ am 24. November 2021 eine im Namen der Y.____ AG verfasste Bestätigung als « VR-Präsidentin Y.____ AG » unterzeichnen konnte, obwohl sie seit dem 19. Oktober 2021 nur noch als Mitglied des Verwaltungsrates, der Beschwerdeführer hingegen erneut als Verwaltungsratspräsident der Y.____ AG im Handelsregister eingetragen ist (vgl. Tagesregister-Nr. 43911). Zur nicht weiter substantiierten Behauptung, die versäumte Löschung des Beschwerdeführers aus dem Handelsregister nach der Rückkehr seiner Schwester im Juni 2020 sei auf ein blosses Versehen zurückzuführen (vgl. Urk. 1 Ziff. 16), ist zu bemerken, dass dem Beschwerdeführer noch am 8. Januar 2021 ein « VR-Honorar » ausbezahlt wurde (Urk. 7/84). 3.3.2

Für den nunmehr erfolgten Austritt aus dem Verwaltungsrat kann nicht auf das vom Beschwerdeführer eingereichte Schreiben vom 2. März 2021 (Urk. 7/74), wonach er mit sofortiger Wirkung dem Verwaltungsrat der Y.____ AG austrete, abgestellt werden. Diesbezüglich wurden weder ein Zustellnachweis des Demissionsschreibens noch andere Beweismittel (z.B. Protokoll des Verwaltungsrates) eingereicht, welche den Austritt belegen. Der erforderliche Nachweis, dass der Beschwerdeführer aus dem Verwaltungsrat der Y.____ AG ausgeschieden ist, kann daher erst mit der Mutation im Handelsregister (Tagesregister-Nr. 14289) vom 6. April 2021 als erstellt gelten. 3.3.3

Demnach ist eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers als Verwaltungsrat der Y.____ AG zumindest bis am 6. April 2021 zu bejahen. Ob er zu diesem Zeitpunkt seine arbeitgeberähnliche Stellung definitiv (respektive bis zum 19. Oktober 2021, vgl. E. 3.3.1)

aufgegeben und daher möglicherweise Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, lässt sich aufgrund der vorliegenden Akten nicht beurteilen. Den beschwerdeweise eingereichten Aktienbüchern der Y.____ AG, Z.____ AG (ab 29. September 2021: A.____ AG), B.____ AG und C.____ AG (vgl. Urk. 3/4 ff.) lässt sich lediglich entnehmen, dass Alleinaktionärin der vier Gesellschaften eine in Hongkong domizilierte Gesellschaft ist. Hingegen ist nicht erwiesen, dass der Schwager des Beschwerdeführers Alleinaktionär der in Hongkong domizilierten Gesellschaft ist und der Beschwerdeführer finanziell nicht beteiligt ist. Ebenso wenig lässt sich beurteilen, ob die vier Gesellschaften – zu deren Geschäftstätigkeit keine weiteren Informationen vorliegen – als Firmenkonglomerat (vgl. E. 1.2) zu qualifizieren sind. 3.4

Der angefochtene Entscheid ist daher insoweit aufzuheben als ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 6. April 2021 verneint wird. Die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie die erforderlichen Abklärungen vornehme und anschliessend über einen allfälligen Anspruch ab dem 6. April 2021 neu entscheide. In diesem Sinne ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. 4.

4.1

Gemäss Art. 61 lit. g ATSG in Verbindung mit § 34 Abs. 1 GSVGer hat die obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten, die nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen werden. Gemäss §

E. 6

Abs. 2 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV SVGer) kann eine Entschädigung jedoch verweigert werden, wenn die obsiegende Partei den Prozess schuldhaft selbst veranlasst hat. Auch kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Parteientschädigung beantragen, wer zwar im Prozess obsiegt, sich aber den Vorwurf gefallen lassen muss, er habe wegen der Verletzung der Mitwirkungspflicht selber zu verantworten, dass ein unnötiger Prozess geführt worden sei (Urteil des Bundesgerichts 9C_797/2015 vom 3. Dezember 2015 E. 3 mit Hinweisen). 4.2

Da der Beschwerdeführer der Aufforderung der Beschwerdegegnerin zur Einreichung der Aktienbücher erst im Beschwerdeverfahren nachgekommen ist, hat er – soweit obsiegend – selber unnötigerweise einen Prozess veranlasst. Eine Prozessentschädigung ist unter den gegebenen Umständen nicht zuzusprechen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 15. Juni 2021 insoweit aufgehoben wird, als darin ein Anspruch ab dem 6. April 2021 verneint wird. Die Sache wird an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen verfähre und danach über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 6. April 2021 neu verfüge. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Georg Kramer - 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 1. Juli bis und mit 1. August sowie vom 1. 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
HurstHediger

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