

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00310 vom 20. November 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-11-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00310

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00310 du 20 novembre 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00310 del 20 novembre 2023

Erwägungen

E. 1

0. Mai 2022 bis 26.

September 2022 [SHAB-Publikation] war der Versicherte

Inhaber sowie

einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und

Vorsitzender der Geschäfts führung

der « C.____ GmbH« (seit dem

E. 1.1

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit . c des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung. (Arbeitslosenversicherungsgesetz, 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 Hinweis 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. Beim Geschäftsführer einer AG hat demgegenüber eine Prüfung der konkreten Gegebenheiten stattzufinden (Urteil des Bundesgerichts 8C_34/2021 vom 8. Juli 2021 E. 3.3 mit Hinweis auf BGE 145 V 200 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

Die gesetzliche Ausgestaltung der Befugnisse der Gesellschafterversammlung der GmbH und derjenigen jedes einzelnen Gesellschafters (mit oder ohne Geschäftsführertätigkeit,

vgl. hierzu BGE 145 V 200 E. 4.5.1 f. mit Hinweisen) zeigt in Bezug auf die Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung eines Gesellschafters auf, dass das Risiko eines Missbrauchs von Arbeitslosenversicherungsleistungen bei einem Gesellschafter einer GmbH - nicht zuletzt unter Berücksichtigung des personenbezogenen Charakters der Unternehmung, womit auch die Gefahr einer abredeweisen Einflussnahme der Gesellschafter untereinander besteht - nicht verneint werden kann. Diesem Missbrauchsrisiko könnte daher auch nicht mit der Einführung einer für den Leistungsausschluss ohne Prüfung des Einzelfalls vorausgesetzten bestimmten Höhe des Stammanteils begegnet werden. Dem Gesellschafter steht somit unabhängig von der Höhe seines Stammanteils von Gesetzes wegen eine Einflussmöglichkeit auf die Geschicke der Gesellschaft zu, die einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesst (BGE 145 V 200 E. 4.5.3). 1. 2

1. 2 .1

Bei der Beurteilung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung andauernd selbständig erwerbender Personen ist alsdann unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung rechtsprechungsgemäss massgebend, ob der Status des Selbständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird. So bezweckt die Arbeitslosenversicherung nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken, wozu auch anfänglich fehlende Einnahmen bzw. ein zu geringes Einkommen aufgrund entgangener Aufträge gehört. Entscheidend ist sowohl unter den Aspekten der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung als auch der Vermittlungsfähigkeit, ob die versicherte Person weiterhin den Ausbau einer auf Dauer angelegten Selbständigkeit anstrebt oder bereit ist, sich im angegebenen Umfang um eine Arbeitnehmertätigkeit zu bemühen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C_686/2018 vom 25. Januar 2019 E. 3.2 und 4.2; 8C_344/2018 vom 13. Juni 2018 E. 3.4). 1. 2 .2

In ARV 2008 S. 312 kam das Bundesgericht im Weiteren zum Schluss, dass bei der Aufnahme einer Tätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt werden kann. Das Gericht erkannte, dass darin vielmehr ein gewichtiges Indiz für eine fehlende Vermittlungsbereitschaft zu erblicken ist. Es sah es zwar mit der gesetzlichen Schadenminderungspflicht vereinbar, dass ein Arbeitsloser sich auch nach Möglichkeiten zum Aufbau einer selbstständigen Tätigkeit umsieht. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt in einem derartigen Fall aber nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken (vgl. auch Urteil C 241/05 vom 6. April 2006 E. 2.2). Dementsprechend zieht die Aufnahme einer Tätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung während gemeldeter Arbeitslosigkeit (mit dem Ziel, diese zu überwinden) ebenfalls die Prüfung des Leistungsanspruchs unter dem Aspekt des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit nach sich (zum Ganzen: ARV 2010 S. 138, 140 E. 3.3 und E. 3.4.2 [Urteil des Bundesgerichts 8C_635/2009 vom 1. Dezember 2009]).

E. 1.2

Innert laufender Rahmenfrist meldete sich der Versicherte am 7. Juli 2022 erneut zur Arbeitsvermittlung beim RAV, Y.____, an (Urk. 8/167) und beantragte am 13. Juli 2022 Arbeitslosenentschädigung ab dem 7. Juli 2022 unter Angabe einer Vermittelbarkeit von 100 %

(Urk. 8/163 ff.).

Mit Abrechnung vom 19. August 2022 richtete die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich für den Monat Juli 2022 eine Entschädigung von Fr. 7'287.30 (netto, inkl. Kinderzulagen) aus

(Urk. 8/123) .

Mit Kassenverfügung vom 5. September 2022 verneinte sie einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 7. Juli 2022 infolge arbeitgeberähnlicher Stellung . Zudem forderte sie die vom 7. bis 31. Juli 2022 zu Unrecht bezogene Arbeitslosenentschädigung in Höhe von Fr. 7'287.30 netto zurück (Urk. 8/111 ff.). Die dagegen erhobene Einsprache (Urk. 8/78) hiess die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich mit Einspracheentscheid vom 1. November 2022

in

dem Sinne teilweise gut, als sie einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 22. September 2022 bejahte (Urk. 2). 2.

Dagegen erhob

X.____ am 2. Dezember 2022 (Eingang) Beschwerde und beantragte, es sei in Aufhebung des angefochtenen

Einspracheentscheids vom 1. November 2022 der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 7.

Juli 2022

zu bejahen und auf eine Rückforderung der von

7. bis 31. Juli 2022 ausbezahlten Taggeldleistungen zu verzichten . In prozessualer Hinsicht ersuchte der Beschwerdeführer um Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels

(Urk. 1

S. 2).

Die Beschwerdegegnerin schloss auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6), was dem Beschwerdeführer mitgeteilt wurde (Urk. 9). Mit Verfügung vom 4. Mai 2023 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Urk. 10). Der Beschwerdeführer hielt

am 5. Juni 2023 replicando

an seinen beschwerdeweisen Anträgen fest (Urk. 12) . Am 7. August 2023 ging die Duplik der Beschwerde - gegnerin ein (Urk. 1

E. 4

); je eine Kopie dieser Eingaben wurde der jeweils anderen Partei zugestellt (Urk. 13 , Urk. 15). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 9

dürfe der Leistungsanspruch bei Annahme einer arbeitgeberähnlichen Tätigkeit innert laufender Rahmenfrist nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt werden. Nachdem der Beschwerdeführer seine Stelle verloren habe, habe er während der noch laufenden Rahmenfrist bzw. ab dem 5. Mai 2022 vorübergehend die

Tätigkeit für die Z.____ GmbH aufgenommen. Bereits ab Ende Juni 2022 habe er sämtliche Aktivitäten einstellen müssen und sich seither vollumfänglich auf die Stellensuche konzentriert. Entsprechend hätte die Beschwerdegegnerin den Leistungsanspruch unter dem Aspekt des Aufbaus einer auf Dauer ausgelegten oder nur vorübergehenden Selbständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit prüfen müssen, statt den Leistungsanspruch mit dem Verweis auf die arbeitgeberähnliche Stellung abzulehnen. Eventualiter komme aufgrund der telefonischen Auskünfte der Vertrauensschutz zur Anwendung. Es erstaune, dass die Beschwerdegegnerin keine Telefon- oder Aktennotizen zu den unbestrittenenmassen stattgefundenen Telefonaten gemacht habe

(Urk. 1). 2.3

In der Beschwerdeantwort hat die Beschwerdegegnerin fest, das beschwerde weise an gerufene Bundesgerichtsurteil komme nur zur Anwendung, wenn eine versicherte Person eine Erwerbstätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung im Rahmen eines Zwischenverdienstes aufnehme, was vorliegend nicht der Fall sei. Alsdann sei aufgrund der neueren Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_434/2022 vom 25. November 2022) und massgeblichen Weisungen des Seco (AVIG-Praxis ALE, Rz. B34a)

bei einer Tätigkeit für die eigene GmbH in arbeitgeberähnlicher Stellung zwingend ein Zwischenverdienst zu eruieren respektive anzurechnen. Nur bei einer klassischen Selbständigkeit (zum Beispiel Einzelunternehmung) werde durch eine auf Dauer aufgenommene Tätigkeit die Verfügbarkeit auf dem Arbeitsmarkt (anrechenbarer Arbeitsausfall) reduziert oder die Vermittlungstätigkeit an sich geprüft. In der vorliegenden Konstellation, bei welcher der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Z.____

Sarl (neu: B.____

Sarl) zwei selbst entwickelte Produkte (D.____ und E.____) auf den Markt gebracht habe, diese Produkte dann auf die C.____ GmbH (neu: Z.____ GmbH) übertragen habe, um sich dann kurze Zeit darauf arbeitslos zu melden, könne eine rechts missbräuchliche Umgehung arbeitslosenversicherungs rechtlicher Vorschriften nicht ausgeschlossen werden. Es gehe nicht an, dass der Beschwerdeführer Angestellter seiner eigenen GmbH sei und sich bei einer aussichtslosen Ertragslage zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmelde, ohne das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzulösen. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer nie den Willen gezeigt habe, sein Projekt aufzugeben. So habe er selbst angegeben, die Firma lediglich vorerst auf Eis zu legen, um diese später wieder zu aktivieren. Auch sein Internetauftritt spreche nicht dafür, dass das Projekt auf Eis gelegt worden sei (Stand: 24. Februar 2023).

Schliesslich führte die Beschwerdegegnerin aus, weshalb der Vertrauensschutz aus ihrer Sicht vorliegend nicht greife (Urk. 6). 2.4

Es sei zutreffend, so der Beschwerdeführer in seiner Replik, dass er die selbständige Tätigkeit vor der erneuten Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosengeldern aufgenommen habe. Die Aufnahme sei indessen innert der laufenden Rahmenfrist erfolgt. Es könne nicht zu seinem Nachteil gereichen, wenn er im Lichte der Schadensminderungspflicht versucht habe, die Arbeitslosigkeit zu überwinden. Gemäss Urteil des Bundesgerichts 8C_81/2009 sei es bei einer Person, welche unfreiwillig aus einem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sei, sich jedoch nicht umgehend zum Bezug einer Arbeitslosenentschädigung anmelde, sondern

durch die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit den Bezug von Arbeitslosenentschädigung versuche zu vermeiden, gerechtfertigt, den Leistungsanspruch ab der Anmeldung zum Leistungsbezug unter dem Gesichtspunkt des Aufbaus einer auf Dauer oder nur vorübergehenden Selbständigkeit und Vermittlungsfähigkeit zu prüfen. So sei es stossend, wenn der versicherten Person allein aufgrund der Tatsache, dass sie sich nach dem Stellenverlust nicht umgehend arbeitslos gemeldet habe, ein Leistungsanspruch versagt bliebe. Die Tatsache, dass eine versicherte Person eine juristische Person gründe und sich ins Handelsregister eintragen lasse, genüge gemäss Bundesgericht somit für sich allein nicht, um die Aufnahme einer auf Dauer ausgerichteten und nicht vorübergehenden selbständigen Erwerbstätigkeit zu bejahen. Im Übrigen sei die Beschwerde gegnerin ihrer Aktenführungspflicht nicht nachgekommen, indem sie keine Telefonnotizen erstellt habe zu den unbestrittenen Massen

geführten Telefonaten mit dem Beschwerdeführer (Urk. 12). 2.5

Die Beschwerdegegnerin führte duplicando aus, eine Verletzung der Aktenführungspflicht sei nicht gegeben, zumal nicht schriftlich bestätigte Telefonauskünfte von vornherein kaum beweistauglich seien. Der Beschwerdeführer hätte sich die telefonische Auskunft schriftlich bestätigen lassen müssen, was ihm auch zuzumuten gewesen wäre. Mithin habe er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (Urk. 14). 3. 3.1

Der

Beschwerdeführer lancierte

im Rahmen seiner unselbständigen Tätigkeit als Geschäftsführer/CEO der Z.____

Sàrl

(heute: B.____

Sàrl) nach eigenen Angaben die Vermarktung zweier Produkte (vgl.

Urk. 8/90; vgl.

auch Urk. 8/75 und Urk. 8/4 ;

vgl. ausserdem Arbeitsvertrag, Urk. 8/1 46 ff.), deren Finanzierung ihm seitens der Arbeitgeberin bis Ende 2022 garantiert worden war.

Letztere löste das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen am 31. März 2022

jedoch bereits per 30. April 2022

auf (vgl. Urk. 8/158 f.). Zwecks Fortsetzung resp. „Rettung“ der Produktevermarktung erwarb der

Beschwerdeführer ausweislich des Handelsregisters

anfangs Mai 2022 sämtliche

Stammanteile der

seit dem 26. Juli 2021

(TR-Datum) eingetragenen

C.____

GmbH, welche am 29. Juni 2022 (TR-Datum) zur

Z.____

GmbH umbenannt wurde (vgl. Urk. 8/85 ff.). Gleichentags liess sich der Beschwerdeführer als Vorsitzender der Geschäftsführung ins Handelsregister eintragen.

Nach gescheiterter Investoren suche

(vgl. Urk. 8/78) meldete er sich

innert laufender Rahmenfrist am 7. Juli 2022

(Urk. 8/166) erneut zur Arbeitsvermittlung an und beantragte am

E. 13

Juli 2022 Arbeitslosenentschädigung ab dem 7. Juli 2022 unter Angabe einer Vermittelbarkeit von 100 % (Urk. 8/163 ff.) . Am 21. September 2022 (TR-Datum) wurde der Beschwerdeführer als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung aus dem Handelsregister gelöscht.

3.2

Unter Hinweis auf die eingangs erläuterte Praxis (vgl. E . 1.2.2 und 1.2.3)

ist der vorliegende Leistungsanspruch entgegen der Beschwerdegegnerin nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG , sondern

unter dem Aspekt des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit zu prüfen .

In folge Inaktivität der C.____ GmbH resp. Z.____ GmbH ist im umstrittenen Zeitraum vom 7. Juli bis 21. September 2022

von einer objektiven und subjektiven Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers auszugehen . Mithin kann angenommen werden , dass es dem Beschwerdeführer möglich und er auch willens war, seine Firmentätigkeit jederzeit zugunsten einer

neuen Anstellung

aufzugeben . Dafür spricht auch, dass der Beschwerdeführer bereits am 7. September 2022 (zwei Tage nach Erlass der den Anspruch verneinenden Verfügung vom 5. September 2022, Urk. 8/111) sämtliche Stammanteile der Z.____ GmbH veräusserte (vgl. Urk. 8/106 f.) und damit aus der Gesellschaft ausschied (vgl. auch Handelsregister des Kantons Zug, Tagesregistereintrag vom 21. September 2022).

Nach dem Gesagten erübrigen sich Weiterungen zu den übrigen beschwerde weisen Vorbringen . 4 .

Zusammenfassend ist ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung im Zeitraum vom 7. Juli bis 21. September 2022 zu bejahen. Damit fällt eine Rückforderung der im Zeitraum vom 7. bis 31. Juli 2022

bereits ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung in Höhe von Fr. 7'287.30 netto ausser Betracht .

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. 5 .

Ausgangsgemäss ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von Art. 61 lit . g des

Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) in Verbindung mit § 34 Abs. 1 GSVGer unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses auf Fr. 1'5 00.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) festzusetzen ist. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Entscheid der Beschwerde gegnerin vom 1. November 2022 aufgehoben und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 7. Juli bis 2 1. September 2022 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat . 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1' 5 00.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4 .

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Orion Rechtsschutz-Versicherung AG - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - 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 siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 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 Beweis mittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Partei oder ihrer Rechtsvertretung 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 VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin
HurstHediger

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