

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00063

## vom 28. August 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-08-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2023.00063](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2023.00063)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00063 du 28 août 2023

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00063 del 28 agosto 2023

### Erwägungen

#### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 1974, war vom 1. September 2010 bis 30. November 2019 bei der Z.\_\_\_\_ als Leiter Corporate Services tätig (Urk. 2/8/167). Nachdem ihm das Arbeitsverhältnis am 25. September per 30. November 2019 gekündigt worden war (Urk. 2/8/167), meldete er sich am 27. September 2019 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) A.\_\_\_\_ zur Arbeitsvermittlung (Urk. 2/8/164) und stellte am 10. Oktober 2018 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 2019 (Urk. 2/8/161). Am 23. November 2019 beantragte der Versicherte Taggelder zur Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit (Urk. 2/8/101). Mit Verfügung vom 13. Januar 2020 (Urk. 2/8/94) wurde das Gesuch gutgeheissen. Er meldete sich per 14. Juli 2020 von der Arbeitsvermittlung ab (Urk. 2/8/99).

Am 2. Juli 2021 meldete sich der Versicherte nochmals beim RAV B.\_\_\_\_ zur Arbeitsvermittlung und stellte am 8. Juli 2021 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 2. Juli 2021 (Urk. 2/8/162). Mit Verfügung vom 4. August 2021 (Urk. 2/8/17) entschied die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, dass der Versicherte ab 2. Juli 2021 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Die dagegen erhobene Einsprache vom 4. August 2021 (Urk. 2/8/16) wurde mit Einspracheentscheid vom 14. Oktober 2021 (Urk. 2/8/15) in dem Sinne gutgeheissen, dass der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht wegen der arbeitgeberähnlichen Stellung des Versicherten abgelehnt werden könne. Das Dossier werde zur Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit an die zuständige Amtsstelle überwiesen (S. 1).

Mit Verfügung vom 2. Dezember 2021 wurde die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab 2. August 2021 verneint (Urk. 2/8/2), wobei diese Verfügung am 14. Januar 2022 wiedererwägungsweise aufgehoben und die Vermittlungsfähigkeit ab 2. Juli 2021 verneint wurde (Urk. 2/8/27). Die vom Versicherten dagegen erhobene Einsprache vom 25. Januar 2022 (Urk. 2/8/32) wies das Amt für Wirtschaft und Arbeit mit Entscheid vom 10. Juni 2022 ab (Urk. 2/2).

#### E. 1.1

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [ AVIG ]). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft,

die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 146 V 210 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 125 V 51 E. 6a). Hier zu genügt die Willenshaltung oder die bloss verbal erklärte Vermittlungsbereitschaft nicht; die versicherte Person ist vielmehr gehalten, sich der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen, angebotene zumutbare Arbeit anzunehmen und sich selbst intensiv nach einer zumutbaren Stelle umzusehen (Urteil des Bundesgerichts 8C\_246/2014 vom 24. Juni 2014 E. 2 mit Hinweis).

## **E. 1.2**

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c 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 dem gegenüber 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).

### **E. 1.3.1**

Nach Art. 71a Abs. 1 AVIG kann die Versicherung arbeitslose Personen, die eine dauernde selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen wollen, durch die Ausrichtung von höchstens 90 Taggeldern während der Planungsphase (Art. 95a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIV) eines Projektes unterstützen. Nimmt der Versicherte nach dem Bezug des letzten besonderen Taggeldes eine selbständige Erwerbstätigkeit auf oder hat er sie zu diesem Zeitpunkt bereits aufgenommen, ist seine Arbeitslosigkeit beendet und er erhält keine weiteren Leistungen der Arbeitslosenversicherung (BGE 126 V 212). Dies gilt nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn sie in ihrer neuen Tätigkeit unter mangelnder Beschäftigung steht, bezweckt doch das spezifische Taggeld nicht die Finanzierung der mangelnden Beschäftigung einer Person, die eine selbständige Tätigkeit aufnimmt. Dem Umstand eines möglichen späteren Scheiterns des Unterfangens trägt der Gesetzgeber dadurch Rechnung, dass mit Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit die Rahmenfrist zum Leistungsbezug von zwei auf vier Jahre verlängert wird, gerechnet ab Stichtag bei der Eröffnung der ursprünglichen

Rahmenfrist für den Leistungsbezug. ( Art. 71d Abs.

### **E. 1.3.2**

Für die Beurteilung der Frage, ob eine versicherte Person eine dauernde selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 71a Abs. 1 AVIG aufnehmen will, kann nicht das AHV-beitragsrechtliche Statut allein massgebend sein. Als unterstützungswürdig im Sinne der Art. 71a ff. AVIG sind auch Bestrebungen einer versicherten Person zu betrachten, die ihr in einer von ihr mitzugründenden Firma, an der sie wesentlich mitbeteiligt ist, die Stellung einer arbeitgeber ähnlichen Person verschaffen (BGE 126 V 212 E. 2b).

### **E. 1.4**

Die versicherte Person, die sich wieder arbeitslos meldet und erneut Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen möchte, kann auf dem Gebiet des unterstützten Projekts keinen Zwischenverdienst erzielen und muss diese Tätigkeit definitiv aufgeben (AVIG-Praxis AMM, Rz . K74).

Hingegen kann eine versicherte Person, die dank der Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit vollständig aus der Arbeitslosigkeit herausgefunden hat und später feststellt, dass ihre selbständige Erwerbstätigkeit nur in Teilzeit ausgeführt werden kann, in Analogie zu AVIG-Praxis ALE B238, sich für die nicht für die selbständige Erwerbstätigkeit genutzte Restarbeitsfähigkeit wieder arbeitslos melden (AVIG-Praxis AMM, Rz . K75).

Vor der Anwendung der Rz . K75 der AVIG-Praxis AMM muss ein angemessener Zeitraum verstrichen sein. Die kantonale Behörde hat zu prüfen, weshalb die Arbeitslosigkeit nicht vollständig beendet werden konnte, obwohl die versicherte Person nach der Planungsphase entschlossen war, eine selbständige Erwerbs tätigkeit aufzunehmen.

### **E. 2**

AVIV; BGE 126 V 212 E. 3a mit weiteren Hinweisen).

Damit wird die laufende zweijährige Rahmenfrist um zwei Jahre erstreckt, wenn die Erwerbstätigkeit nicht beitragswirksam nach Art. 13 AVIG war (Urteil des Bundesgerichts 8C\_191/2008 vom 9. Oktober 2008 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdegegner führte im angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2/ 2) aus, dass die C.\_\_\_\_ AG am 22. Mai 2020 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen worden sei. Gemäss Eintrag sei der Beschwerdeführer Vizepräsident des Verwaltungsrates. Am 14. Juli 2020 habe der Beschwerdeführer der Fachstelle Selbständigkeit des AWA mitgeteilt, dass er seine selbständige Erwerbstätigkeit weiterführen werde und er sich gleichentags von der Arbeitsvermittlung abge meldet

habe.

Am 2. Juli 2021 habe sich der Beschwerdeführer erneut zur Arbeitsvermittlung angemeldet (S. 3). Eine versicherte Person, die sich nach der Förderung zur selbständigen Erwerbstätigkeit und einer Abmeldung von der Arbeitsvermittlung zu einem späteren Zeitpunkt wieder arbeitslos meldet und erneut Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen möchte, könne auf dem Gebiet des unterstützten Projekts keinen

Zwischenverdienst erzielen und müsse diese Tätigkeit definitiv aufgeben. Hingegen könne sich eine versicherte Person, die dank der Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit vollständig aus der Arbeitslosigkeit gefunden habe und später feststelle, dass ihre selbständige Erwerbstätigkeit nur in Teilzeit ausgeführt werden könne, für die nicht für die selbständige Erwerbstätigkeit genutzte Restarbeitsfähigkeit wieder arbeitslos melden (S. 4). Davor müsse jedoch ein angemessener Zeitraum verstrichen sein (S. 5).

Der Beschwerdeführer habe zu erkennen gegeben, dass er mit seiner Tätigkeit keinen Umsatz und Lohn erzielt habe, deshalb aus finanziellen Gründen nun eine Teilzeitstelle suche und auf eine Lancierung des Projekts hoffe. Mittlerweile hätten weitere Partner gefunden werden können. Ein Investor habe noch nicht gefunden werden können, weshalb alle drei Eigentümer zurzeit ohne Gehalt arbeiten würden. Er sei optimistisch, dass im nächsten Jahr das Projekt lanciert werden könne. Jedoch müsse er nach einem Jahr ohne Einkommen wieder Geld verdienen, weshalb er jetzt eine 70%-Stelle suche, um die restlichen 30 % an den Abenden und Wochenenden weiterhin am Startup arbeiten zu können. Dies deute darauf hin, dass die Anmeldung zur Arbeitsvermittlung nicht erfolgt sei, weil der Beschwerdeführer seine Tätigkeit aufgrund der bisherigen Erfahrung auf längere Sicht hin nur zu einem gewissen Prozentsatz ausführen könne, sondern weil er damit gar keinen Umsatz erziele und aus finanziellen Gründe eine Teilzeitstelle suche. Es sei somit nicht schlüssig dargelegt, dass er dank Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit vollständig aus der Arbeitslosigkeit herausgefunden habe und die Tätigkeit nun nur in Teilzeit ausgeführt werden könne (S. 5).

Auf dem Fragebogen für Selbständigerwerbende vom 20. Juli 2021 habe der Beschwerdeführer darüber hinaus verneint, dass er bereit und in der Lage sei, seine Erwerbstätigkeit zugunsten einer Arbeitnehmertätigkeit innert nützlicher Frist aufzugeben. Er würde lediglich eine Teilzeitstelle im Ausmass von 70 % suchen. In der Stellungnahme vom 8. November 2021 habe er angegeben, dass er sich 60 bis 80 % der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen würde, damit er weiterhin sein Startup teilzeitlich aufbauen könne. Er habe das Unternehmen weiterführen wollen. Er werde teilzeitlich mitarbeiten und hoffe, in ein paar Monaten mit einem weiterentwickelten Produkt erfolgreich sein zu können oder einen Investor zu finden. Zudem habe er Fr. 85'000.-- in die Tätigkeit investiert und einen Mietvertrag für Geschäftsräumlichkeiten Ende Juli 2020 unterzeichnet (S. 6). Somit habe der Beschwerdeführer erhebliche Investitionen in seine auf Dauer ausgerichtete Tätigkeit vorgenommen. Selbst in der ergänzenden Einsprachebegründung vom 10. März 2022 habe er ausgeführt, dass er einen Teil der Aktien (15 %) behalten wolle. Ein allfälliger effektiver Verkauf von Aktien sei im Übrigen nicht nachgewiesen, was klarerweise auf eine fehlende Bereitschaft zur Aufgabe der Tätigkeit hindeute. Es sei – trotz Ausscheidens aus dem Verwaltungsrat – weiterhin von einer wesentlichen Beteiligung von 50 % auszugehen, so dass weiterhin die Beibehaltung der Tätigkeit inklusive massgeblicher Entschiedungsmöglichkeit und der Aufbau zur Erlangung einer wirtschaftlichen Unabhängigkeit im Vordergrund stehe. Es sei jedoch keineswegs Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung, Unternehmensrisiken abzudecken und ein zu geringes Einkommen auszugleichen, womit die Vermittlungsfähigkeit nach dem Gesagten zu Recht ab dem 2. Juli 2021 verneint worden sei (S. 7).

## **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer bringt dagegen sinngemäss vor (Urk. 2/ 1), er habe zwischen Januar und Juni 2022 50 Bewerbungen getätigt sowie 17 Vorstellungsgespräche absolviert.

Schliesslich habe er am 1. Juli 2022 eine 100 % Stelle an treten können (S. 1). Er habe somit dem Beschwerdegegner umfangreiche Beweisofferten zukommen lassen, welche der Beschwerdegegner im Rahmen seiner Untersuchungsmassnahmen hätte prüfen müssen. Er habe seine Pflichten ernst genommen und sich erfolgreich um eine Arbeitsstelle bemüht, was ihm seit dem 1. Juli 2022 mit einer 100 % Anstellung gelungen sei. Er habe damit den Tatbeweis erbracht, dass er von Anfang an das Ziel verfolgt habe, sobald als möglich wieder eine Anstellung zu finden. Die Vorbringen des Beschwerdegegners in der Stellungnahme vom 8. November 2021 würden bestritten. Besagtem Protokoll könne entnommen werden, dass er jederzeit eine unselbständige Arbeit im Umfang von 60 bis 80 % aufnehmen würde. Zudem habe er den Beschwerdegegner darauf aufmerksam gemacht, dass er auf ein Einkommen angewiesen sei und deshalb aus dem Startup als Aktionär, Verwaltungsrat und Mitarbeiter komplett ausgeschieden sei (S. 6). Zudem mache weder der Beschwerdegegner noch das RAV geltend, dass er sich nicht ausreichend um eine neue Stelle bemüht habe (S. 7). Da die Vermittlungsfähigkeit prospektiv zu beurteilen sei, müsse auf die tatsächlichen Verhältnisse abgestellt werden, weswegen die Voraussetzungen der Vermittlungsfähigkeit per 2. Juli 2021 gegeben seien (S. 8).

### **E. 2.3**

In seiner Einsprache vom 25. Januar 2022 (Urk. 2/ 8/32) gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2021 (Urk. 2/ 8/27) argumentierte der Beschwerdeführer dahin gehend, dass er sich immer für eine 60 - 80%ige unselbständige Tätigkeit zur Verfügung gestellt habe und er jederzeit bereit und in der Lage gewesen

sei, eine Dauerstelle in diesem Ausmass anzutreten. Er sei bei seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit auch flexibel und könne seine selbständige Erwerbstätigkeit anpassen. Zudem sei er auch bereit, eine Stelle in einem Pensum von mehr als 80 % anzunehmen, falls dies notwendig sein sollte (S. 3). Er habe sich teilweise arbeitslos gemeldet und seine Selbständigkeit sei kein Zwischenverdienst. Als Mitgründer der Firma werde er auch bei einem ganz oder teilweisen Ausscheiden als Mitarbeiter aus der Firma einen Teil der Aktien im Umfang von ca. 30 % behalten. Als sehr grosser Aktionär werde er weiterhin ein Teil der Firma sein (S. 4). Im Nachtrag zur Einsprache vom 10. März 2022 (Urk. 2/ 8/43) hielt er fest, dass er sich seit ein paar Monaten auf 100%-Stellen bewerbe und er daher de facto operativ aus der C.\_\_\_\_ AG ausgeschieden sei. Er werde nun einen Grossteil seiner Aktien verkaufen und sei gestern aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden. Er werde nun nur noch 15 % der Aktien besitzen. Er verbleibe als Advisor der C.\_\_\_\_ AG, eine unbezahlte und repräsentative Aufgabe in seiner Freizeit (S. 1).

### **E. 2.4**

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2022 (Urk. 2/10) führte der Beschwerdeführer weiter aus, dass der Beschwerdegegner seinen Leistungsanspruch mit Verfügung vom 4. August 2021 bzw. mit Verweis auf die arbeitgeberähnliche Stellung abgelehnt habe und dagegen erfolgreich Einsprache erhoben worden sei (S. 2). Weiter habe der Beschwerdegegner nicht bestritten, dass er weder die Rechtsprechung des Bundesgerichts noch die Beweisofferten des Beschwerdeführers noch Rücksprachen mit anderen involvierten Parteien « eingeholt » habe (S. 3). Er, der Beschwerdeführer, sei vom 2. Juli 2021 bis zum Stellenantritt rechtskonform vermittelbar gewesen, weswegen er einen Anspruch auf Leistungen habe (S. 5).

### **E. 2.5**

Mit Eingabe vom 17. Mai 2023 führte der Beschwerdeführer aus (Urk. 7), dass im Einspracheentscheid vom 14. Oktober 2021 festgestellt worden sei, dass er keine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte und somit einen Anspruch auf Taggelder habe. Dieser Entscheid sei in Rechtskraft erwachsen (S. 1). Es werde folglich darum ersucht, festzustellen, dass der Einspracheentscheid vom 14. Oktober 2021 (richtig: 14. Oktober 2021, vgl. Urk. 2/8/15) betreffend Statusklärung in Rechtskraft erwachsen sei und über Verfügungscharakter verfüge. Er habe bereits im Dezember 2021 alle notwendigen Schritte unternommen, um seine Anteile bald möglichst zu übertragen und aus der Firma auszuscheiden. Diese Tatsachen würden belegen, dass er sich um eine baldmöglichste Arbeitsstelle (anfangs 70-80%) und ab 1. Januar 2022 ausschliesslich um eine 100% Anstellung bemüht

habe. Dies habe dazu geführt, dass er ab Mai 2022 über einen Anstellungsvertrag mit Stellenantritt 1.

Juli 2022 verfügt habe (S. 2).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer hat im Fragebogen vom 8. November 2021 (Urk. 2/8/7) angegeben, dass er sich seit 1. August 2021 zu 60-80% der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stelle, da er sein Startup in Teilzeit weiter aufbauen könne (S. 2). Natürlich könne er, wenn es sein müsse, die Selbständigkeit aufgeben. Aber dies sei aufgrund von finanziellen Einbussen nicht sein Wunsch. Weiter gab er an, dass er nun mit der ersten Finanzierungsrunde starte; auch danach könne man sich typischerweise nur ein sehr kleines Gehalt auszahlen. Das bedeute, dass er weiterhin nur Teilzeit für sein Unternehmen arbeiten könne und zusätzlich Geld als Arbeitnehmer verdienen müsse. In seiner Schätzung zu dieser geplanten Erweiterung gehe er von einem Zeitraum von circa zwei Jahren aus (S. 3). Er erwähne auch bei der Stellensuche, dass er einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehe (S. 4). Bei der C.\_\_\_\_ AG beziehe er keinen Lohn und er sei nicht angestellt, es gebe keinen Arbeitsvertrag. Zurzeit besitze er 50% der Aktien der C.\_\_\_\_ AG (S. 6). In seiner Einsprache vom 25. Januar 2022 führte er weiter aus, dass er sich immer für eine 60-80%ige unselbständige Tätigkeit zur Verfügung gestellt habe und bereit gewesen sei, eine Stelle in diesem Ausmass anzunehmen (Urk. 2/8/32/3). Erst im Nachtrag vom 10. März 2022 zu seiner Einsprache (Urk. 2/8/43) gab er an, dass er operativ aus der C.\_\_\_\_ AG ausgeschieden und am Tag zuvor aus dem Verwaltungsrat ausgetreten sei und beabsichtige, 35% seiner Aktien an D.\_\_\_\_ zu verkaufen und danach nur noch 15% der Aktien zu halten (Urk. 2/8/43).

#### **E. 3.1**

Vorliegend ist die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers strittig. Die selbständige Tätigkeit des Beschwerdeführers, worunter auch die arbeitgeberähnliche Stellung fällt (vgl. obenstehende E. 1.3.2), wurde gemäss Verfügung vom 13. Januar 2020 gestützt auf Art. 71a ff. AVIG gefördert. Der Beschwerdeführer gründete anschliessend am 22. Mai 2020 die C.\_\_\_\_ AG und am 22. März 2022 als Vizepräsident des Verwaltungsrates bis zum 22. März 2022 (vgl. Internet-Handelsregisterauszug C.\_\_\_\_ AG). In solchen Konstellationen hat die Prüfung der Vermittlungsfähigkeit grundsätzlich unter dem Aspekt der definitiven Aufgabe der selbständigen Tätigkeit respektive der arbeitgeberähnlichen Stellung zu erfolgen. Die Vermittlungsfähigkeit ist dann zu verneinen, wenn nach Abschluss der Planungsphase eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen wurde und sich die versicherte Person wegen des schlechten Geschäftsganges wieder teilweise dem Arbeitsmarkt als arbeitnehmende

Person zu Verfügung stellen will (vgl. auch AIVG-Praxis ALE, Rz . B268). Die versicherte Person, die sich wieder arbeitslos meldet und erneut Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen möchte, kann auf dem Gebiet des unterstützten Projekts keinen Zwischenverdienst erzielen und muss diese Tätigkeit definitiv aufgeben (AVIG-Praxis AMM Rz . K74), was rechtsprechungsgemäss nach den Kriterien gemäss der mit BGE 123 V 234 begründeten Rechtsprechung betreffend die arbeitgeberähnliche Stellung von Versicherten zu beurteilen ist (Urteil des Bundesgerichts 8C\_383/2010 vom 28. September 2010 E. 2.3; vgl. auch obenstehende E. 1.3).

### **E. 3.2**

Das Argument des Beschwerdeführers, wonach mit rechtskräftiger Einspracheentscheidung vom 14. Oktober 2021 entschieden worden sei, dass sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht wegen der arbeitgeberähnlichen Stellung abgelehnt werden könne (Urk. 2/8/15), ist entgegenzuhalten, dass damit auch das Dossier zur Prüfung der Vermittlungsfähigkeit an die zuständige Amtsstelle überwiesen wurde (a.a.O. Ziff.

### **E. 3.7**

Demnach ist der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und die Sache ist an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit er die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab 9. März 2022 erneut beurteilen kann. In diesem Sinne ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. 4.

### **E. 4**

Aus diesen Angaben des Beschwerdeführers wird deutlich, dass es – zumindest bis zu seinem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat im März 2022 – nie seine Absicht war, seine arbeitgeberähnliche Stellung komplett aufzugeben. Vielmehr hoffte er weiterhin auf den Durchbruch seines Startups und war lediglich bereit, in einem 60-80 % Pensum eine Arbeitnehmertätigkeit auszuüben. Er hat sich entsprechend auch nur in diesem Ausmass beworben (vgl. Nachweise der persönlichen Arbeitsbemühungen, wo er bis Dezember 2021 beim Pensum «Teilzeit» angekreuzt hatte, Urk. 2/8/69-78) und bei der Stellensuche angegeben, dass er nebenbei noch einer selbständigen Tätigkeit nachgehe. Das genügt aber für das Vorliegen einer Vermittlungsfähigkeit nicht. Der Beschwerdeführer hätte seine arbeitgeberähnliche Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ AG komplett aufgeben und sich entsprechend dem Arbeitsmarkt zu 100 % zur Verfügung stehen müssen, um als vermittlungsfähig zu gelten (vgl. obenstehende E. 3.1). Es ist nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, die in solchen Fällen anfänglich fehlenden Einnahmen einer selbständigen Tätigkeit zu ersetzen (Urteil des Bundesgerichts 8C\_702/2022 vom 4. Februar 2022 E. 4.1 mit Hinweisen).

Beim Beschwerdeführer ist auch, entgegen seinen Ausführungen (vgl. Urk.

2/8/32/3), der Ausnahmetatbestand von ALE-Praxis AMM, Rz . K75 nicht erfüllt, da er mit seiner Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ AG nie vollständig aus der Arbeitslosigkeit herausgefunden hat (vgl. obenstehende E. 1.4), gab er doch selber an, dass er nie einen Lohn bezogen habe (vgl. obenstehende E. 3.2) und er weiterhin auf die Finanzierung des Projekts hoffe, so dass er dann Vollzeit für sein Unternehmen arbeiten könne (Urk. 2/8/7/3).

Rechtsprechungsgemäss ist sodann für das Vorliegen einer arbeitgeberähnlichen Stellung nicht relevant, ob effektiv für die Firma eine Tätigkeit ausgeübt oder ein Einkommen

erwirtschaftet wurde (Urteil des Bundesgerichts 8C\_702/2021 vom 4.

Februar 2022 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen), weswegen der Beschwerdeführer auch daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. 3.

#### **E. 4.1**

Nach ständiger Rechtsprechung gilt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung und neuen Verfügung sowohl für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als voll ständiges Obsiegen (BGE 137 V 57; vgl. auch BGE 141 V 281 E. 11.1 mit Hinweis), weshalb der vertretene Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung hat.

#### **E. 4.2**

Der nichtanwaltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers machte einen Aufwand von insgesamt 7.5 Stunden und Spesen von Fr. 11.80 geltend (Urk.

2/14). Dies erscheint gerechtfertigt. Unter Berücksichtigung der im vorliegenden neu angelegten Verfahren entstandenen Aufwendungen sowie des gerichtlichen Stundenansatzes von Fr. 185.-- resultiert eine Entschädigung von Fr.

1'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer). Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 10. Juni 2022 insoweit aufgehoben wird, als darin die Vermittlungsfähigkeit ab dem 9. März 2022 verneint wurde. Die Sache wird an das Amt für Wirtschaft und Arbeit zurückgewiesen, damit dieses im Sinne der Erwägungen verfährt und danach über die Vermittlungsfähigkeit ab dem 9. März 2022 neu entscheidet. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.-- (inkl. Barauslagen und MWST) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - lic.

iur. Y. \_\_\_ - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) - seco - Direktion für Arbeit - Arbeitslosenkasse 01 000 Zürich 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 Beweismittel 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 Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin GräubLangone

#### **E. 5**

Zusammengefasst ergibt sich somit, dass der Beschwerdeführer mindestens bis zu seinem definitiven Austritt aus dem Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_ AG im März 2022 eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte und daher seine Vermittlungsfähigkeit nicht gegeben war. Zur Bestimmung des Zeitpunkts des Ausscheidens aus dem Verwaltungsrat ist der tatsächliche Rücktritt aus dem Verwaltungsrat (das Rücktrittsschreiben) und nicht die Löschung des Eintrags im Handelsregister beziehungsweise die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt massgebend (BGE 126 V 134 E. 5b). Gemäss Rücktrittsschreiben erfolgte dieser per 9. März 2022 (Urk. 2/ 8/44). Es bleibt somit zu prüfen, ob der Beschwerdeführer mit Austritt aus dem Verwaltungsrat ab 9. März 2022 seine arbeitgeberähnliche Stellung bei der C.\_\_\_\_ AG definitiv aufgegeben hat; entsprechend ist die Vermittlungsfähigkeit ab diesem Zeitpunkt zu prüfen. 3.

## **E. 6**

.2

Sodann führte der Beschwerdeführer am 10. März 2022 aus, dass er als Gründer Aktien im Umfang von 50 % besessen habe. Er beabsichtige jedoch, 35 % zu verkaufen und nur noch 15 % der Aktien der C.\_\_\_\_ AG zu halten. In der Beschwerde wird zwar vorgebracht, dass der Beschwerdeführer aus dem Startup sowohl als Aktionär als auch als Mitarbeiter komplett ausgeschieden sei (Urk. 2/ 1 S. 6). Beweise dafür lieferte der Beschwerdeführer jedoch keine. Aus dem Aktienbuch der C.\_\_\_\_ AG vom 28. Februar 2022 (Urk. 8/3) geht hervor, dass ihm zu diesem Zeitpunkt die Aktien Nr. 500'001-650'000 noch gehörten.

Er hat lediglich 350'000 Aktien verkauft (Urk. 8/5), womit er noch 15 % der Aktien hält. Es kann aber nicht abschliessend geprüft werden, ob der Beschwerdeführer nach wie vor aufgrund seiner allfälligen Mitarbeit als Advisor (vgl. Urk. 2/ 8/43) eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat und folglich weiterhin über eine massgebende Entscheidungsbefugnis verfügt (vgl. obenstehende E. 1.2). Die Sache ist somit dem Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit er in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. Art. 43 Abs. 1 ATSG) die Vermittlungsfähigkeit in Bezug auf die allfällige definitive Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung ab 9. März 2022 prüft.

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