

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00071 vom 20. September 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-09-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2023.00071

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00071 du 20 septembre 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00071 del 20 settembre 2023

Erwägungen

E. 1

Der 1974 geborene X.____ war ab 1. August 2005 als Geschäftsführer/Marketing Manager bei Y.____

in Z.____

tätig (Urk. 8/ 21) . Am 25. April 2022 wurde das Arbeitsverhältnis seitens Y.____ per 31. Juli 2022 ordentlich gekündigt (Urk. 8/8). Am 3. Mai 2022 meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Zürich zur Arbeitsvermittlung (Urk. 8/1) und beantragte am 29. Juli 2022 Arbeitslosenentschädigung ab 1. August 2022 (Urk. 8/6).

Nachdem der Versicherte die Höhe des versicherten Verdienstes, welcher den ausgerichteten Taggel der n für die Kontrollperioden August bis Oktober 2022 zugrunde lag (Urk. 8/47), moniert hatte (Urk. 8/50),

stellte die Unia Arbeitslosenkasse (Unia)

mit Verfügungen vom 30. November 2022 fest, dass der versicherte Verdienst Fr. 4'635.-- betrage und für die Kontrollperiode August 2022 Anspruch auf 15 Taggelder respektive für die Kontrollperiode September 2022 Anspruch auf 22 Taggelder bestehe (Urk. 8/57-59) . Die dagegen vom Versicherten am 22. Dezember 2022 erhobene Einsprache (Urk. 8/ 70) wies die Unia

- nach Androhung einer möglichen Schlechterstellung (Urk. 8/89) - mit Entscheid vom 28. Februar 2023 (Urk. 2) ab, hob die Verfügungen vom 30. November 2022 auf, verneinte einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. August 2022 und forderte vom Versicherten den Betrag von Fr. 16'061.-- zurück.

E. 1.1

Eine arbeitslose Person hat unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzent schädigung (AVIG) Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

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 (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 (BGE 145 V 200 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

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. 1.3

Laut Art. 95 Abs. 1

AVIG richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis Abs. 4

AVIG nach Art. 25

des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG).
Gemäss Art. 25 Abs. 1

ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

E. 2

Dagegen erhob der Versicherte

am 31. März 2023 Beschwerde (Urk. 1) und beantragte, der angefochtene Entscheid vom 28. Februar 2023 sei aufzuheben und es sei der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung festzustellen sowie der bereits ausbezahlte Betrag von Fr. 16'061.-- nicht zurückzufordern (S. 2). Mit Beschwerdeantwort vom 27. April 2023 (Urk. 7) schloss die

Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde, was dem Beschwerdeführer am 8. Mai 2023 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 10). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Entscheid (Urk. 2) damit, dass der Beschwerdeführer als Angestellter in der Einzelfirma seiner Ehegattin Dr. A. ____

vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen sei. Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau lebten zwar aktuell getrennt, ein Arbeitslosenentschädigungsanspruch bestehe indes erst ab Datum eines allfälligen Scheidungsurteils. Entsprechend stehe ihm ab 1. August 2022 kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu, weshalb die Einsprache abzuweisen sei und die ihm vom 1. August bis 31. Dezember 2022 zu Unrecht ausgerichteten Tagel der zurückzufordern seien (S. 3 f.).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer

stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt (Urk. 1), seine ehemalige Arbeitgeberin sei nicht als Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung, sondern als selbständig Erwerbende einzuordnen. Er sei sodann nicht Inhaber der Einzelfirma B. ____

gewesen, sondern sei 17 Jahre als deren Mitarbeiter angestellt gewesen und habe während dieser Zeit Arbeitslosenbeiträge bezahlt. Entsprechend könne ihm der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht verwehrt werden (S. 6 f. Ziff. 24 ff.).

Er nehme an der unternehmerischen Dispositionsfähigkeit der genannten Einzelfirma nicht teil und habe keine entsprechende Zeichnungsberechtigung. Die

Ehefrau

treffe sämtliche unternehmerischen Entscheide alleine und führe das Unternehmen nach seiner Entlassung weiter. Damit habe er spätestens mit dem Ablauf der Kündigungsfrist per Ende Juli 2022 seine vermeintliche arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb verloren und könne die Entscheidungen der Einzelfirma weder bestimmen noch massgeblich beeinflussen. Er verfüge damit nicht über die unternehmerische Dispositionsfähigkeit, die Einzelfirma jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen und damit seine Arbeitslosigkeit nach eigenem Befinden zu beeinflussen. Es liege deshalb kein Fall von Missbrauchspotential vor, welcher in den Schutzgehalt von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG falle (S. 7 f. Ziff. 28 ff.). Der Beschwerdeführer wies im Weiteren darauf hin, dass der Ausschluss der Ehegatten von der Arbeitslosenentschädigung gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung

(BV) und Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention

(EMRK) sowie das Kongruenzprinzip verstosse, wonach jeder, der für eine bestimmte Mindestdauer Beiträge bezahlt habe, im Falle der Arbeitslosigkeit geschützt sein solle

(S. 8 f. Ziff. 37 ff.). Vorliegend sei zudem die Gleichbehandlung von (Ganz-)Arbeitslosigkeit und Kurzarbeit respektive die Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG auf die Arbeitslosenentschädigung nicht gerechtfertigt, da kein mit Kurzarbeit vergleichbarer Sachverhalt vorliege (S. 9 ff. Ziff. 45 ff.). Schliesslich sei der von der Beschwerdegegnerin berechnete versicherte Verdienst falsch und belaufe sich auf

monatlich Fr. 5'864.70 brutto, was einem Tagesver dienst von Fr. 270 . 25 brutto entspreche (S. 11 f. Ziff. 52 ff.).

E. 2.3

Streitig und zu prüfen ist , ob der Beschwerdeführer ab 1. August 2022 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat .

E. 3.1

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer bis zum 31. Juli 2022 als Geschäfts führer/Marketing Manager beim Einzelunternehmen Y.____

ange stellt war. Inhaberin dieses nach

wie vor aktiven Einzelunternehmens ist die Ehe frau des Beschwerdeführers (vgl.

www . «...» .ch [zuletzt abgerufen am 12 . September 2023]) , welche das Unternehmen gemäss dessen Angaben weiter führt und damit als Arbeitgeberin im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit . b

AVIG zu qualifizieren ist .

E. 3.2.1

Die Regelung, wonach neben Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung auch deren im Betrieb mitarbeitende Ehegatten keinen Anspruch auf Arbeitslosenent schädigung haben, entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts , wel che zuletzt in BGE 145 V 200 bestätigt wurde (vgl. E. 1 .2; vgl. auch Rz . B21 der AVIG - Praxis ALE de s Staatssekretariats für Wirtschaft) .

Diese ständige Rechtspre chung gilt analog für den in einer Einzelfirma mitarbeitenden Ehegatten des Arbeitgebers gemäss Art. 31 Abs. 3 lit . b AVIG (Urteil des Bundesgerichts C 61/00 vom 24. Dezember 2003 E. 1.1 mit Hinweis ; vgl. auch AVIG - Praxis ALE , Rz . B34).

E. 3.2.1.1

und E.

3.2.2).

4.

Im Lichte der obigen Erwägungen hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung

ab 1. August 2022 und die Rückforderung in der Höhe von Fr. 16'061.-- – welche aufgrund der einzelnen Rückforderungsabrechnungen (Urk. 2 S. 6 -10) ausgewiesen i st und im Übrigen vom Beschwerdeführer nicht beanstandet w ird – ist rechtens. Damit ist die Beschwerde abzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigen Ausführungen zu den Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend die Höhe des versicherten Verdienstes (vgl. Urk. 1 S. 11 f. Ziff. 52 ff.).

Die im Zusammenhang mit der strittigen Höhe des versicher ten Verdienstes von der Beschwerdegegnerin erlassenen Verfügungen vom 4. Januar 2023 (Urk. 8/75-76) betreffend die Taggeldabrechnungen für November und Dezember 2022 (Urk. 8/73-74)

wurden mit dem hier angefochtenen Entscheid mit der Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. August 2022 seinem rechtlichen Gehalt entsprechend wiedererwägungsweise mitaufgehoben.

Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Caroline Conrad-Behr - Unia Arbeitslosenkasse - 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 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, zuzu stellen.

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 Gräub-Schleiffer Marais

E. 3.2.2

Die in der Einzelfirma ihrer Ehegatten mitarbeitenden Ehepartner sind vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen, und zwar unabhängig davon, ob sie selber eine arbeitgeberähnliche Stellung innehaben. Die Tatsache, dass sie

mit dem Inhaber oder der Inhaberin

eines Einzelunternehmens verheiratet sind und in dessen respektive deren Betrieb mitarbeiten, genügt rechtsprechungs gemäss für den Ausschluss vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Der Ausschluss ist absolut zu verstehen, weshalb es nicht möglich ist, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (BGE 142

V 263 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Die Rüge des Beschwerdeführers, er selbst verfüge seit spätestens Ende Juli 2022 über keine unternehmerische Dispositionsfreiheit mehr (Urk. 1 S. 8 Ziff. 34 ff.), geht damit ins Leere.

Was den Einwand des Beschwerdeführers betrifft, der Ausschluss der Ehegatten vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung sei unverhältnismässig und unge rechtfertigt (Urk. 1 S. 8 ff. Ziff. 38 ff.), ist Folgendes festzuhalten: Der Ausschluss wird in Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG

ausdrücklich vorgesehen. Diese Bestimmung ist dem Wortlaut nach zwar auf Kurzarbeitsentschädigung zugeschnitten, woraus sich indes nicht folgern lässt, dass die darin genannten Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit haben. Behält beispielsweise ein Arbeitnehmer nach seiner Entlassung

seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann dadurch Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin massgeblich beeinflussen, verfügt er nach wie vor über eine unternehmerische Dispositionsfähigkeit. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus (Urteil des Bundesgerichts C 199/2000 vom 30. April 2001 E. 2 mit Hinweis auf BGE 123 V 234 E. 7.b / aa). Diese hat – ebenso wie Art. 51 Abs. 2 AVIG, welcher im Betrieb mitarbeitende Ehegatten vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausschliesst – den Zweck, dem Risiko eines Missbrauchs zu begegnen, welches der Ausrichtung von Kurzarbeits-/Insolvenzenschädigung an arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten inhärent ist. Dieses Risiko ist dasselbe, ob es nun um Kurzarbeits-/Insolvenzenschädigung oder Arbeitslosenschädigung geht. Entsprechend rechtfertigt sich keine unterschiedliche Behandlung von mitarbeitenden Ehegatten in Bezug auf die genannten drei Leistungsarten (BGE 142 V 263 E. 4.1).

Dieses Missbrauchsrisiko besteht gemäss neuerer höchst richterlicher Rechtsprechung bis zum Scheidungsurteil und unabhängig davon, ob und wie lange die Eheleute faktisch oder gerichtlich getrennt sind (BGE 142 V 263 E. 5.2.2). Im vorliegenden Fall wird das Einzelunternehmen Y. ____

nach dem 31. Juli 2022 von Dr. A. ____ weitergeführt, womit die Ehefrau des Beschwerdeführers ihre unternehmerische Dispositionsfreiheit (vgl. E. 1.2) behalten hat. Der Beschwerdeführer und Dr. A. ____ waren bei Erlass des angefochtenen Entscheids zudem unbestritten noch verheiratet.

Im Weiteren geht auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf das Kongruenzprinzip (Urk. 1 S. 9 Ziff. 4 2 f.) ins Leere. Die Entrichtung von Beiträgen an die Arbeitslosenversicherung vor Eintritt der Arbeitslosigkeit vermag

keinen gleichsam automatischen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu begründen, sondern der Leistungsanspruch ist von weiteren (hier nicht erfüllten) Anspruchsvoraussetzungen abhängig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_374/2010 vom 12. Juli 2010).

Soweit der Beschwerdeführer in der höchst richterlichen Rechtsprechung zur Ausschluss eigenschaft «Ehegatte» eine Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäss Art.

E. 8

Abs. 2 BV mit dem Argument der Missbrauchsverhütung eine höchst richterlich bestätigte qualifizierte Begründung für eine rechtsungleiche Behandlung verheirateter Versicherter in der vorliegenden Konstellation vor. Art. 14 EMRK kommt des Weiteren keine selbständige Bedeutung als Menschenrecht zu und es wurde beschwerdeweise nicht geltend gemacht, dass und inwiefern ein konventionsgeschütztes Recht verletzt sein soll (vgl. zum akzessorischen Charakter von Art. 14 EMRK etwa Urteil des Bundesgerichts 9C_499/2017 vom 30. August 2017 E.

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