

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00099 vom 25. Oktober 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-10-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2023.00099

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00099 du 25 octobre 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00099 del 25 ottobre 2023

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1984, war vor Eintritt der Arbeitslosigkeit vom

1. Oktober 2013 bis zum 31. Dezember 2022 als Controllerin bei der Y.____ AG angestellt (Urk. 8 S. 321). Am

E. 2

7. Oktober 2022 meldete sich die Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Z.____ zur Arbeitsvermittlung (Urk. 8 S. 383) und beantragte am

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Entscheid damit, dass die Beschwerdeführerin als ehemalige Angestellte und Ehefrau des weiterhin im Handelsregister eingetragenen Vizepräsidenten und Delegierten des Verwaltungsrates der Y.____ AG in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG grundsätzlich keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. In BGE 142 V 263 habe das Bundesgericht entschieden, dass bis zum Scheidungsurteil eine Missbrauchsgefahr bestehe, weshalb einer mitarbeitenden Ehegattin - unabhängig von gerichtlicher Trennung und gerichtlichen Eheschutzmassnahmen - aufgrund einer arbeitgeberähnlichen Stellung ihres Ehepartners und der damit verbundenen unternehmerischen Dispositionsfähigkeit keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung zustehen würden. Zudem habe das Bundesgericht im Urteil 8C_574/2017 vom 4.

September 2018 festgehalten, dass selbst der Umstand, dass die entlassene Ehepartnerin mit den Kindern aufgrund von häuslicher Gewalt von ihrem Ehepartner geflüchtet sei und von diesem getrennt lebe, nichts daran zu ändern vermöge. Denn rechtsprechungsgemäss sei allein das theoretische Missbrauchsrisiko entscheidend, das bei im Betrieb des Ehepartners angestellten Personen als inhärent betrachtet

werde. Das abstrakte Risiko eines Rechtsmissbrauchs bleibe solange bestehen, bis der Ehemann der Beschwerdeführerin

die

Stellung als Vizepräsident und Delegierter des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift der Y.____ AG definitiv aufgeben (Urk.

2 S. 3 f.)

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin machte demgegenüber geltend, dass ihr Ehemann sie nach einem gewalttätigen Vorfall im Dezember 2021 im April 2022 bedroht habe. Daraufhin sei sie auf Anraten der Polizei mit dem gemeinsamen Sohn in ein Frauenhaus geflüchtet, wo sie sich zu ihrem Schutz vom 21. April bis zum 25.

Mai

2022 aufgehalten habe.

Im Zusammenhang mit den Vorkommnissen im April 2022 habe

die Beschwerdeführerin gegen ihren Ehemann Strafanzeige erstattet. Die Staatsanwaltschaft Nidwalden habe gegen den Ehemann mindestens ein Strafverfahren eröffnet, unter anderem wegen Tötlichkeits, Beschimpfung und unberechtigten Waffenbesitzes. Aufgrund der schwierigen und belastenden Situation sei die Beschwerdeführerin in der Folge krankheitsbedingt zu 100% arbeitsunfähig gewesen. Dennoch habe die Y. AG sie mit Schreiben vom 27. April 2022 bezüglich ihres Nichterscheinens am Arbeitsplatz abgemahnt. Danach sei die Kommunikation zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann bzw. der Y. AG abgebrochen. Für den Monat Mai 2022 habe die Y. AG ihren Lohn unberechtigterweise um Fr. 2'080.80 und für den Monat Juni 2022 um Fr. 1'352.50 gekürzt. Ab Juli 2022 habe sie die Salärzahlungen gänzlich eingestellt. Am 29. September 2022 habe die Y. AG das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin per 31.

Dezember 2022 gekündigt. Die AXA Versicherungen AG weigere sich bis heute, der Beschwerdeführerin Krankentaggelder auszurichten. Im Zeitpunkt der Einreichung der vorliegenden Beschwerde lebe die Beschwerdeführerin von ihrem Ehemann getrennt, sei weiterhin arbeitslos und auf Sozialhilfe angewiesen. Mit Blick auf die Arbeitslosenentschädigung

bestehe

unter diesen Umständen weder eine Umgehungs- noch eine Missbrauchsgefahr (Urk. 1 S. 4 ff.; vgl. auch Urk. 11). 3.

E. 3

0. November 2022 Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar 2023 (Urk.

E. 3.1

Rechtsprechungsgemäss bildet der Umstand, dass die Person, welche vormals im Betrieb des arbeitgeberähnlichen oder des arbeitgebenden Ehepartners mitgearbeitet hat, in faktischer Ehetrennung lebt, noch keinen Grund zur Bejahung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung (Urteil des Bundesgerichts 8C_74/2011 vom 3. Juni 2011 [SVR 2011 ALV Nr. 14] E. 5.3.1). In BGE 142 V 263 befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, ob der in Trennung lebende, ehemals im Betrieb mitarbeitende Ehegatte einer arbeitgeberähnlichen Person weiterhin keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Es verneinte die im erwähnten Urteil 8C_74/2011 aufgeworfene Frage, ob mit zunehmender Dauer des Getrenntlebens das Missbrauchsrisiko überhaupt verringert wird oder weg fällt. Zur Begründung hielt es namentlich fest, es könne nicht Aufgabe der Arbeitslosenkasse sein abzuklären, aus welchen Gründen ein Ehepaar getrennt lebt, ob die Ehe allenfalls zerrüttet ist oder wie die Chancen für eine Aufgabe des Getrenntlebens stehen. Vor allem aber lasse sich - wie der vorliegende Fall zeige (vgl. dazu E. 3 und E. 5.1)

- ein Missbrauchsrisiko selbst dann nicht ausschliessen, wenn von einem klaren Scheidungswillen auszugehen sei. Da somit bis zum Scheidungsurteil eine Umgehungsgefahr persistiere, seien vor diesem Zeitpunkt keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung geschuldet, unabhängig davon, ob und wie lange die Ehepartner faktisch oder gerichtlich getrennt leben oder ob gerichtliche Eheschutzmassnahmen angeordnet wurden (BGE 142 V 263 E. 5.2.2).

Im Urteil 8C_574/2017 vom 4. September 2018 hielt das Bundesgericht fest, dass sich die Praxis gemäss BGE 142 V 263 nicht auf diesem Leiturtel zugrundeliegende vergleichbare Sachverhalte beschränke. Die Wahrscheinlichkeit einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens sei kein entscheidender Faktor. Daher bestehe auch im Fall der Beschwerdeführerin, die aufgrund häuslicher Gewalt mit ihren Kindern Zuflucht im Frauenhaus gesucht hatte und von ihrem Ehemann getrennt lebte, trotz aussergewöhnlicher Umstände (Fernhaltungsmassnahme und Inhaftierung des Ehemannes) erst bei Vorliegen des Scheidungsurteils oder Wegfall der arbeitgeberähnlichen Stellung des Ehemannes Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (E. 5.2 f.).

Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts sind Liquidatoren - und deren Ehepartner - "nur" in der Regel vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen (Urteil des Bundesgerichts 8C_379/2022 vom 21. November 2022 E. 5.1.2).

Wenn aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ein Missbrauch mit einem sehr hohen Grad an Sicherheit ausgeschlossen werden kann, rechtfertigt es sich nicht, den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wegen einer arbeitgeberähnlichen Stellung zu verneinen. Ein Missbrauch durch die mit Liquidationsaufgaben betraute Ehegattin scheidet jedenfalls aus, wenn es praktisch nichts mehr zu liquidieren gibt und eine Reaktivierung bzw. eine Rückgründung des Betriebs ausgeschlossen erscheint (Urteil des Bundesgerichts 8C_514/2014 vom

E. 3.2

Aktenkundig ist, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin, A.____,

am 1. Januar 2023, als die Beschwerdeführerin Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erhob, Vizepräsident und Delegierter des Verwaltungsrats

der Y.____ AG war.

Den Wohnsitz hatte der Ehemann in B.____ NW (vgl. Auszug aus dem Handelsregister vom 3. April 2023, Urk.

8 S. 71-72). Anfangs Januar 2023 hatte der Ehemann

bei der Y.____ AG somit eine arbeitgeberähnliche Stellung inne. Die Beschwerdeführerin, die nunmehr in C.____ wohnhaft ist (vgl. Urk. 1), war vom 19. Dezember 2018 bis zum 28. April 2022 Mitglied des Verwaltungsrats der Y.____ AG (Urk. 8 S. 71-72, Urk. 8 S. 16-165). Per 11. September 2023 ist auch A.____ aus der Gesellschaft ausgeschieden (vgl. SHAB-Publikation vom 14. September 2023).

Mit Schreiben vom 27. April 2022 mahnte D.____, Verwaltungsratspräsident der Y.____ AG, die Beschwerdeführerin ab, da sie ohne Benachrichtigung nicht am Arbeitsplatz erschienen sei. Gleichzeitig drohte er ihr im Wiederholungsfall die Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 31.

August 2022 an (Urk. 8 S. 184). Gemäss Arbeitgeberbescheinigung vom 7.

Januar 2023 kündigte die Y.____ AG das Arbeitsverhältnis im September 2022 per 31. Dezember 2022. Begründet wurde dies damit, dass die Beschwerdeführerin der Arbeit fern geblieben sei (Urk. 8 S. 321).

Im Kündigungsschreiben der Y.____ AG vom 29. September 2022 hielt A.____ fest, der Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR sei weggefallen; die Beschwerdeführerin sei nicht oder höchstens arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig. Die Lohnfortzahlungspflicht sei ausgeschöpft und die Krankentaggeldversicherung werde keine Leistungen erbringen

(Urk. 8 S. 182). Aus dem Auszug aus dem individuellen Konto (IK-Auszug) vom 13. Januar 2023 geht hervor, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2022 bei der Y.____ AG ein Einkommen von Fr. 41'670.-- erzielte, währenddessen das Einkommen in den Vorjahren 2020 und 2021

Fr. 69'610.-- respektive Fr. 62'413.-- betrug (Urk. 8 S. 274 ; vgl. auch Urk. 8 S. 309-329 sowie S. 209-231).

Gemäss Bestätigung des Frauenhauses E.____ vom 17. August 2022 hielt sich die Beschwerdeführerin vom 21. April bis zum 25. Mai

2022 aufgrund von häuslicher Gewalt im Frauenhaus auf (Urk. 8 S. 247). Aus dem Schreiben des Rechtsvertreters des Ehemannes vom 3. November 2022 zuhanden der Staatsanwaltschaft Nidwalden vom 3. November 2022 geht hervor, dass die Beschwerdeführerin gegen ihren Ehemann mehrere Strafanzeigen wegen Tötungsversuchen, Beschimpfung und unberechtigten Besitzes von Waffen erstattet habe (Urk. 8 S. 54-55; vgl. dazu auch das Schreiben der Staatsanwaltschaft Nidwalden vom 12. Dezember 2022, Urk. 8 S. 53). Ebenso ist dem Schreiben des Rechtsvertreters des Ehemannes vom 3. November 2022 zu entnehmen, dass sowohl der Ehemann als auch die Beschwerdeführerin je eine neue Partnerin bzw. einen neuen Partner hätten.

Dem Bericht vom 12. September 2022 von Dr. med. F.____, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, welche die Beschwerdeführerin am 31. August 2022 im Auftrag der AXA Schweiz untersuchte, lässt sich Folgendes entnehmen: Der Beschwerdeführerin sei von der behandelnden Ärztin, Dr. med. G.____, eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit für die Zeit vom 27. April bis zum 20. August 2022 attestiert worden. Assistenzärztin H.____, Allgemeine Innere Medizin, habe in einem Kurzbericht die Diagnose einer akuten Belastungsreaktion (ICD-10 F43) genannt. Die Beschwerdeführerin

lebe seit elf Jahren in der Schweiz. In ihrem Heimatland Pakistan

habe sie einen Bachelor in Wirtschaftswissenschaften erworben. Sie sei für ein Jahr zu ihrer Schwester in die Schweiz gekommen, um Deutsch zu lernen. Anschliessend habe sie in Deutschland studieren wollen. Dann habe sie jedoch ihren Ehemann kennen gelernt. Dieser habe vier Kinder von vier Frauen. Das vierte Kind sei vor etwa sieben Monaten geboren worden. Dessen Mutter kenne der Ehemann schon seit drei Jahren. Die Beschwerdeführerin habe im Mai 2021 einen Abort durchführen lassen, weil der Ehemann das Kind nicht gewollt habe. In der Folge habe er die Beschwerdeführerin aufgefordert, sich eine Wohnung zu suchen und wegzugehen. Im Dezember 2021 habe der Ehemann sie zwei Mal geschlagen, was sie nicht mehr hingenommen habe. Die Beschwerdeführerin habe ihn angezeigt. Der Ehemann habe viele Waffen besessen, die er auch zu Hause gehabt habe. Diese seien von der Polizei beschlagnahmt worden. Der Ehemann sei 24 Stunden in

Haft gewesen. Die Beschwerdeführerin finde es unfair, dass sie die Firma habe verlassen müssen. Wegen ihres Ehemannes sei sie in Therapie. Ihr Sohn habe früher in I.____ eine Privatschule besucht. Jetzt gehe er in C.____ zur Schule, wohin sie wegen der Nähe zu ihrer Schwester gezogen sei. Dr. F.____ erklärte, es lägen keine oder unklare Diagnosen vor, welche die aktuelle Arbeitsunfähigkeit begründeten; es bestehe eine 100%ige Arbeitsfähigkeit (Urk. 8 S. 48-50).

Mit ärztlichem Zeugnis

vom 11. Oktober 2022 zuhanden des Arbeitgebers attestierte Dr. med. J.____, Ärztin für Kinder- und Jugendpsychiatrie FMH sowie Psychotherapie für Erwachsene, welche die Beschwerdeführerin seit 7. Juli 2022 behandelt, eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ab 21. August 2022 bis Ende der gesetzlichen Kündigungsfrist (Urk. 8 S. 243). 3.3

Der vorliegende Fall unterscheidet sich wesentlich vom Sachverhalt, welcher mit BGE 142 V 263 zu beurteilen war. Dort hatte das kantonale Gericht verschiedene Umstände und Ungereimtheiten festgestellt, die trotz Scheidungswillen und eingeleitetem Scheidungsverfahren eine (konkrete) Missbrauchsgefahr nahelegten. Die Versicherte habe jahrelang aus «sozialversicherungsrechtlichen Überlegungen» unentgeltlich im Betrieb des Ehemanns (einem Einzelunternehmen) gearbeitet, nach etwa 25 Jahren sei ihr ein Monatsgehalt von Fr. 1'000.- und später von Fr. 1'700.- für ein Pensum zwischen 80 und 100 % ausbezahlt worden. Erst wenige Tage vor Einreichung der Scheidungsklage soll ein Arbeitsvertrag unterzeichnet worden sein, welcher einen Monatslohn von Fr. 4'500.- festgehalten habe, wobei in der Scheidungsklage noch behauptet worden sei, der Ehemann weigere sich, einen Arbeitsvertrag zu unterzeichnen. Auch stellte sich für das kantonale Gericht die Frage, ob die (nicht verständliche) fristlose Kündigung abgesprochen sei (vgl. BGE 142 V 263 E. 3 und E. 5.2.1). Laut Urteil des Bundesgerichts 8C_574/2017 vom

4. September 2018 gilt die Praxis gemäss BGE 142 V 263 unabhängig von den im Einzelfall gegebenen Umständen und ist daher auch anzuwenden, wenn sich die entlassene Ehefrau aufgrund häuslicher Gewalt von ihrem Ehemann in arbeitgeberähnlicher Stellung trennte (vgl. E. 3.1). Ob daran festgehalten werden kann, nachdem das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011 (Istanbul-Konvention; SR 0.311.35) am 1. April 2018 für die Schweiz in Kraft getreten ist, hatte das Bundesgericht soweit ersichtlich bisher nicht zu beurteilen.

E. 3.4

Die Istanbul-Konvention bezweckt insbesondere, Frauen vor allen Formen von Gewalt zu schützen und Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt zu verhüten, zu verfolgen und zu beseitigen (Art. 1 Abs. 1 lit. a Istanbul-Konvention). Die Vertragsparteien haben sich zu einem umfassenden und koordinierten Vorgehen in den Bereichen Gewaltprävention, Gewaltschutz und Strafverfolgung verpflichtet. Der Bundesrat hat am 22. Juni 2022 den Nationalen Aktionsplan 2022-2026 zur Umsetzung der Istanbul-Konvention verabschiedet, welcher 44

konkrete Massnahmen vorsieht, um Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt zu reduzieren (vgl. www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/themen/recht/

internationales-recht/europarat/Istanbul-Konvention.html).

Gemäss Art. 18 der Istanbul-Konvention treffen die Vertragsparteien die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Massnahmen, um alle Opfer vor weiteren Gewalttaten zu schützen (Abs. 1). Sie stellen - unter anderem - sicher, dass nach Massgabe dieses Kapitels getroffene Massnahmen

auf einem umfassenden Ansatz beruhen, bei dem das Verhältnis zwischen Opfern, Tätern beziehungsweise Täterinnen, Kindern und ihrem weiteren sozialen Umfeld berücksichtigt wird; die Verhinderung der sekundären Viktimisierung zum Ziel haben;

die Stärkung der Rechte und die wirtschaftliche Unabhängigkeit von Frauen zum Ziel haben, die Opfer von Gewalt geworden sind (Abs. 3).

Es würde nicht nur den Zielen, sondern insbesondere auch Art. 18 der Istanbul-Konvention widersprechen, wenn eine Frau, die Opfer häuslicher Gewalt wurde, allein deshalb vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen würde, weil noch kein Scheidungsurteil vorliegt. Die betroffene Frau könnte sich nämlich veranlasst sehen, zu ihrem Gewalt ausübenden Ehemann zurückzukehren, um nicht von Sozialhilfe abhängig zu werden. Zu beachten ist weiter, dass sie nur beschränkt darauf Einfluss nehmen kann, wie rasch eine Scheidung erfolgt. Für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist indes nicht

entscheidend, aus welchen Gründen ein Ehepaar getrennt lebt, sondern ob die Möglichkeit besteht, dass die arbeitslose Person von der ehemaligen Arbeitgeberin wiedereingestellt werden könnte, oder aus anderen Gründen die Gefahr eines Missbrauchs besteht. Wie bei Personen, die mit Liquidationsaufgaben betraut sind (vgl. E. 3.1), rechtfertigt es sich nicht, den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wegen noch nicht formell aufgelöster Ehe mit einer Person in arbeitsgeberähnlicher Stellung zu verneinen, sofern aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ein Missbrauch mit einem sehr hohen Grad an Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

E. 3.5

Gestützt auf die vorliegenden Akten kann davon ausgegangen werden, dass nicht nur das Verhältnis der Beschwerdeführerin zum Ehemann, sondern insbesondere auch jenes zur Y.____ AG erheblich gestört ist. Dies, nachdem die Beschwerdeführerin den Ehemann - damals Vizepräsident und Delegierter des Verwaltungsrates der Y.____ AG - bei der Polizei angezeigt hat, die Beschwerdeführerin aus Angst vor ihm mit dem Sohn

mehr als ein Monat lang im Frauenhaus E.____

war, die Ehepartner nunmehr in unterschiedlichen Kantonen wohnhaft sind, ein Eheschutzverfahren hängig ist (vgl. Urk. 1 S. 14), der Beschwerdeführerin der vertraglich vereinbarte Lohn ab Mai 2021 anscheinend nur noch teilweise und ab Juli 2022 nicht mehr ausbezahlt (vgl. IK-Auszug vom 13. Januar 2023; E. 3.2) und ihr im September 2022 wegen Fernbleibens von der Arbeit per 31. Dezember 2022 gekündigt wurde.

Anders als beim Sachverhalt, der BGE 142 V 263 zugrunde lag, ist unter diesen Umständen nicht ersichtlich, inwiefern noch ein Missbrauchsrisiko oder eine Umgehungsgefahr betreffend den Bezug von Arbeitslosenentschädigung bestehen könnte. Aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls kann ein Missbrauch vielmehr mit einem sehr hohen Grad an Sicherheit ausgeschlossen werden. Als ehemalige Arbeitnehmerin der Y.____ AG hat die Beschwerdeführerin demnach grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

Ob die übrigen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erfüllt sind, hat die Beschwerdegegnerin noch nicht geprüft. Die Sache ist daher zur ergänzenden Abklärung und Neuurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen . 4 .

4 .1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 61 lit . g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungs rechts (ATSG) in Verbindung mit § 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) Anspruch auf eine Prozess entschädigung, die unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses auf Fr. 1' 3 00.-- (inkl. Barauslagen und MWST)

festzusetzen ist. 4 .2

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Gewährung der unentgeltlichen Rechts vertretung für das vorliegende Beschwerdeverfahren erweist sich damit als gegenstandslos. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen , dass der angefochtene E insprache e ntscheid vom 1 2. April 2023 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare und danach erneut über den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 2. Januar 2023 entscheide. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

D ie Beschwerdegegner in wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessent schädigung von Fr. 1' 3 00.-- (inkl. Barauslagen und MWS T) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Tom Frey - 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 Bundes gesetzes 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 Beweis mittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Partei oder ihrer Rechtsver tretung zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG) .

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der VorsitzendeDer Gerichtsschreiber
HurstKreyenbühl

E. 8

S. 107-119). Mit E n tscheid Nr.

... vom 12. April 2023 wies die ALK die Einsprache vom 7. Februar respektive 3. April 2023 ab (Urk. 2). Mit Verfügung Nr. ...

vom

E. 12

... April 2023 wies sie auch das Gesuch der Versicherten um unentgeltliche Rechtsbeistandung vom 3. April 2023 ab (Urk. 2 im Verfahren Nr.

AL.2023.00101). 2.

Gegen den Einspracheentscheid und die Verfügung vom 12. April 2023 erhob die Versicherte mit Eingabe vom 16. Mai 2023 Beschwerde

mit folgenden Anträgen (Urk. 1 im vorliegenden Verfahren und

Urk. 1 im Verfahren Nr. AL.2023.00101): 1. Es sei der Einspracheentscheid Nr. ... vom 12. April 2023 aufzuheben und der Beschwerdeführerin ab 2. Januar 2023 eine Arbeitslosenentschädigung auszurichten. 2. Es sei die Verfügung Nr. ... vom 12. April 2023 aufzuheben und Rechtsanwalt Dr. Tom Frey für das Einspracheverfahren als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin zu ernennen. Der Beschwerdeführerin sei bei Obsiegen eine Parteientschädigung für das Einspracheverfahren von Fr. 3'600.- - zzgl. 7.7 % MWST zu zusprechen. 3. Es sei Rechtsanwalt Dr. Tom Frey als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren vor dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich zu ernennen. 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Beschwerdeantwort vom 14. Juni 2023 die Abweisung der Beschwerde betreffend Einspracheentscheid (Urk. 7). Mit Replik vom 30. August 2023 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest (Urk. 11). Mit Eingabe vom 13. September 2023 teilte die Beschwerdegegnerin mit, dass sie auf die Erstattung einer Duplik verzichte (Urk. 14). Dies wurde der Beschwerdeführerin am 14. September 2023 zur Kenntnis gebracht (Urk. 15). 3.

Mit Urteil AL.2023.00101 in Sachen der Parteien von heute hiess

das Sozialversicherungsgericht die Beschwerde gegen die Verfügung vom 12. April 2023 gut und stellte fest, dass der Beschwerdeführer in Rechtsanwalt Dr. Tom Frey, Zürich, als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das Einspracheverfahren bestellt wird. Die Entschädigung von Rechtsanwalt Dr. Frey setzte es auf Fr. 2'186.-- (inkl. Barauslagen und MWST) fest. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. 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 einzu stellen. 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. 17

Oktober 2014 E. 4.3.2 und E. 4.4). Im Urteil 8C_379/2022 vom 21. November 2022 E. 5.1.2 erwog das Bundesgericht, dass das Missbrauchsrisiko bei Liquidatoren in erster Linie auf der Möglichkeit beruht, sich selbst (bzw. den Ehegatten) während der Liquidationsphase wieder einzustellen oder den Betrieb zu reaktivieren. Wenn allerdings aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles ein Missbrauch mit einem sehr hohen Grad an Sicherheit ausgeschlossen werden könnte, rechtfertigt es sich nicht, den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wegen einer arbeitgeberähnlichen Stellung zu verneinen.

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