

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**8C\_721/2023**

**Urteil vom 30. April 2024**

**IV. öffentlich-rechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichter Wirthlin, Präsident,  
Bundesrichter Maillard,  
Bundesrichterin Viscione,  
Gerichtsschreiber Wüest.

Verfahrensbeteiligte  
Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, Zürcherstrasse 8 (Neuwiesen), 8400 Winterthur,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Mark A. Glavas,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosenentschädigung),

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2023 (AL.2022.00294).

**Sachverhalt:**

**A.**

Der 1987 geborene A. \_\_\_\_\_ meldete sich am 5. Januar 2022 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum Zürich Lagerstrasse (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und stellte bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich Antrag auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab dem 16. Januar 2022. Vom 1. August 2019 bis zum 15. Januar 2022 war er bei der B. \_\_\_\_\_ Consulting, dem Einzelunternehmen seiner Mutter, als Sachbearbeiter angestellt. Überdies war er seit Juli 2020 zusammen mit seinem Bruder C. \_\_\_\_\_ Gesellschafter und Geschäftsführer der D. \_\_\_\_\_ GmbH. Mit Verfügung vom 21. Februar 2022 verneinte die Arbeitslosenkasse einen Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 5. Januar 2022 zufolge arbeitgeberähnlicher Stellung und konglomeratsähnlicher Abhängigkeiten zwischen der B. \_\_\_\_\_ Consulting und der D. \_\_\_\_\_ GmbH. Am 25. Februar 2022 veräusserten A. \_\_\_\_\_ und sein Bruder sämtliche Stammanteile der D. \_\_\_\_\_ GmbH an ihre Mutter. Diese wiederum übereignete sämtliche Stammanteile am 12. April 2022 ihrem Ex-Ehemann und Vater des Versicherten. Mit Einspracheentscheid vom 13. Oktober 2022 hielt die Arbeitslosenkasse an ihrer Verfügung fest.

**B.**

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hiess die dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 28. September 2023 gut. Es hob den angefochtenen Einspracheentscheid vom 13. Oktober 2022 auf und stellte fest, dass A. \_\_\_\_\_ ab dem 25. Februar 2022 keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr eingenommen und er ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe, sofern die weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien.

### C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt die Arbeitslosenkasse, es sei das Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 28. September 2023 aufzuheben und der Einspracheentscheid vom 13. Oktober 2022 zu bestätigen.

A. \_\_\_\_\_ lässt auf Abweisung der Beschwerde schliessen. Die Vorinstanz und das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) verzichten auf eine Vernehmlassung.

## Erwägungen:

### 1.

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 29 Abs. 1 BGG; **BGE 145 V 380** E. 1 Ingress mit Hinweis).

**1.1.** Rückweisungsentscheide, mit denen eine Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, gelten grundsätzlich als Zwischenentscheide, weil sie das Verfahren nicht abschliessen; sie können nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 oder 93 BGG beim Bundesgericht angefochten werden (**BGE 140 V 282** E. 2; **133 V 477** E. 4.2). Wenn aber der unteren Instanz, an die die Sache zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr bleibt und die Rückweisung bloss der (rein rechnerischen) Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient, handelt es sich materiell um einen Entscheid im Sinn von Art. 90 BGG (**BGE 140 V 282** E. 4.2 mit Hinweisen; Urteil 8C\_759/2018 vom 13. Juni 2019 E. 1).

**1.2.** Mit dem angefochtenen Rückweisungsentscheid wird die Arbeitslosenkasse gezwungen, die weiteren Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung zu prüfen. Da das Verfahren somit noch nicht abgeschlossen wird und die Rückweisung auch nicht einzig der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient, handelt es sich um einen selbstständig eröffneten Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Die Vorinstanz verneinte eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdegegners ab dem 25. Februar 2022, da es diesem ab jenem Zeitpunkt weder formell noch materiell mehr möglich gewesen sei, auf das Geschäft der D. \_\_\_\_\_ GmbH massgeblich einzuwirken. In dieser verbindlichen Vorgabe liegt der nicht wiedergutzumachende Nachteil (vgl. SVR 2023 ALV Nr. 22 S. 73, 8C\_668/2022 E. 1). Sollten die übrigen Anspruchsvoraussetzungen gegeben sein, wäre die Arbeitslosenkasse gezwungen, eine ihres Erachtens rechtswidrige Verfügung zu erlassen, während sie sich ausserstande sähe, ihren eigenen Rechtsakt anzufechten (vgl. **BGE 140 V 282**; SVR 2016 IV Nr. 4 S. 11, 9C\_703/2015 E. 5.1). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### 2.

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG; **BGE 145 V 57** E. 4.2). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG). Als Rechtsfrage gilt, ob die rechtserheblichen Tatsachen vollständig festgestellt und ob der Untersuchungsgrundsatz bzw. die Beweiswürdigungsregeln nach Art. 61 lit. c ATSG beachtet wurden. Bei der konkreten Beweiswürdigung geht es um Sachverhaltsfragen (nicht publ. E. 2 des Urteils **BGE 148 V 397**, veröffentlicht in SVR 2023 IV Nr. 16 S. 53).

### 3.

**3.1.** Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie festgestellt hat, dass dem Beschwerdegegner ab dem 25. Februar 2022 keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr zugekommen sei.

**3.2.** Die Vorinstanz hat die analog zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ergangene Rechtsprechung, wonach Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung und ihre im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch

auf Arbeitslosenentschädigung haben (**BGE 145 V 200** E. 4.1 f.; vgl. auch **BGE 142 V 263** E. 4.1; Urteil 8C\_146/2020 vom 17. April 2020 E. 3), richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

Hervorzuheben ist, dass gemäss Rechtsprechung eine Missbrauchsgefahr auch dann vorliegt, wenn verschiedene Unternehmen, welche von Mitgliedern der gleichen Familie beherrscht werden, ein Firmenkonglomerat bilden. Ein solches ist dann anzunehmen, wenn verschiedene in ihrer Geschäftstätigkeit vergleichbare Unternehmen eng verflochten sind und fast identisch zusammengesetzte Entscheidungsgremien 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 Personen. Bei Verlust der Anstellung im Erstbetrieb besteht daher kein Versicherungsschutz. Arbeitslosenversicherungsrechtlich wird ein Firmenkonglomerat daher nicht anders behandelt, als ein Unternehmen, das verschiedene Abteilungen und Betriebe hat (vgl. BJM 2003 S. 131, C 376/99 vom 14. März 2001 E. 3; Urteile 8C\_143/2012 vom 19. September 2012 E. 4.3; C 219/02 vom 17. März 2003 E. 2.3).

Bei einer solchen Vernetzung der Unternehmen kann es nicht genügen, um den Umgehungstatbestand nicht zu erfüllen, sich im Handelsregister als Gesellschafter und Geschäftsführer des einen Unternehmens streichen zu lassen, wenn damit die weitreichenden Bestimmungsmöglichkeiten über die Entscheide des anderen Betriebs nicht verloren gehen (vgl. Urteil 8C\_143/2012 vom 19. September 2012 E. 4.3).

#### 4.

**4.1.** Das kantonale Gericht stellte fest, der Beschwerdegegner sei bis zum 25. Februar 2022 als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der D. \_\_\_\_\_ GmbH mit Einzelunterschrift im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen gewesen. Anschliessend seien seine Mutter als Gesellschafterin und Geschäftsführerin und ab dem 13. April 2022 sein Vater als Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen gewesen. Es sei unbestritten, dass seit der Auflösung des von der Mutter geführten Einzelunternehmens am 31. Januar 2022 kein Firmenkonglomerat mehr vorgelegen habe. Denn ab diesem Zeitpunkt habe kein Verhältnis zwischen Erst- und Drittbetrieb mehr bestanden resp. hätte der Beschwerdegegner nicht mehr von einem Drittbetrieb auf einen Erstbetrieb Einfluss nehmen können. Nachdem der Beschwerdegegner seine Gesellschaftsanteile der D. \_\_\_\_\_ GmbH am 25. Februar 2022 seiner Mutter übertragen habe, habe er zudem unbestritten keine formelle Organstellung mehr innegehabt.

**4.2.** Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass der Beschwerdegegner ab dem 25. Februar 2022 keine formelle Organstellung bei der D. \_\_\_\_\_ GmbH mehr hatte. Sie macht aber geltend, er habe nach seiner Löschung als Gesellschafter und Geschäftsführer der D. \_\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister faktisch weiterhin Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft im Sinne einer materiellen Organstellung gehabt.

**4.2.1.** Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, die Löschung im Handelsregister stelle lediglich ein Indiz für die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung dar. Vorliegend sei aufgrund zahlreicher weiterer Indizien erstellt, dass die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdegegners auch nach dem 25. Februar 2022 andauert habe. So sei der Sitz der Gesellschaft dem Wohnsitz des Beschwerdegegners gefolgt resp. von dessen Wohnsitz abhängig. Es sei auch nicht anzunehmen, dass sein Vater von der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ /GR aus sämtliche Geschäftstätigkeiten der D. \_\_\_\_\_ GmbH betreibe und damit verbunden auch sämtliche Korrespondenz in Zürich selbst empfangen. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner weiterhin der Empfänger der Korrespondenz der Gesellschaft sei.

Zu diesen Vorbringen nahm bereits die Vorinstanz Stellung. Sie hielt fest, die Gesellschaft habe ihre Domiziladresse ursprünglich an der Wohnadresse des Beschwerdegegners gehabt. Im massgebenden Zeitraum ab dem 25. Februar 2022 hätten sich das Domizil der Gesellschaft und der Wohnort des Beschwerdegegners aber während rund sieben Monaten nicht am selben Ort befunden. Ab dem 1. Oktober 2022 sei das Domizil der D. \_\_\_\_\_ GmbH zwar an die gleiche Strasse (Strasse xxx) verlegt worden, in der auch der Beschwerdegegner wohnte (Strasse yyy). Daraus könne aber nicht abgeleitet werden, der Beschwerdegegner - und nicht der in einem anderen Kanton wohnhafte Vater - habe die Geschäfte der D. \_\_\_\_\_ GmbH geleitet, zumal die von der Gesellschaft angebotenen Dienstleistungen nicht zwingend vor Ort hätten ausgeübt werden müssen. Sodann sei zwar möglich, dass der Beschwerdegegner die an die Gesellschaft gerichtete Post via Postfach oder Einzelvollmacht weiterhin habe empfangen können. Es sei aber fraglich, inwiefern dieser Umstand für die Beurteilung einer arbeitgeberähnlichen Stellung von Bedeutung sei. Rein spekulativ sei ferner die Vermutung der Beschwerdeführerin, dass dem Beschwerdegegner auch nach der Löschung als Gesellschafter anderweitig der Zugriff auf die Vermögenswerte der Gesellschaft eingeräumt worden sein könnte. Selbst wenn dies zuträfe, sei nicht

ersichtlich, wie es ihm bei fehlender finanzieller Beteiligung und fehlenden Zeichnungsbefugnissen hätte möglich sein sollen, die Geschicke des Unternehmens im Sinne einer direkten Einflussnahme leiten zu können.

Die Beschwerdeführerin setzt sich mit diesen vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht auseinander und zeigt nicht auf, inwiefern diese offensichtlich unrichtig sein sollen (vgl. E. 2 hiervor). Sie bleiben daher für das Bundesgericht verbindlich.

**4.2.2.** Das kantonale Gericht erkannte sodann, von der Anspruchsberechtigung ausgeschlossen im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG seien lediglich die arbeitgeberähnliche Person selbst und deren im Betrieb mitarbeitende Ehegatten, nicht jedoch andere Verwandte. Der Umstand, dass der Beschwerdegegner seine Gesellschaftsanteile an seine Mutter und diese die Anteile in der Folge ihrem Ex-Mann und Vater des Beschwerdegegners veräussert habe, vermöge somit für sich alleine keinen Ausschluss zu begründen. Es trifft somit entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nicht zu, dass das kantonale Gericht die Tatsache der Übertragung der Gesellschaftsanteile innerhalb der Familie unberücksichtigt gelassen hätte. Es mass diesem Umstand aber keine entscheidende Bedeutung bei. Darin liegt noch keine willkürliche Beweiswürdigung, während eine anderweitige Bundesrechtsverletzung in diesem Zusammenhang weder geltend gemacht wird noch ohne Weiteres ersichtlich ist.

**4.2.3.** Die Beschwerdeführerin bringt ferner vor, der Beschwerdegegner habe sich nur wenige Tage nach der Verneinung seines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung aus dem Handelsregister löschen lassen, was seinen Umgehungswillen deutlich mache. Es sei zu bezweifeln, dass eine arbeitgeberähnliche Stellung innerhalb von weniger als vier Tagen vollständig aufgegeben werden könne, seien hierfür doch umfassende Vorbereitungsmaßnahmen nötig. Solche seien jedoch nicht aktenkundig. Es liegt auf der Hand, dass die Löschung im Handelsregister als Reaktion auf den ablehnenden Entscheid der Arbeitslosenversicherung erfolgte. Die Veräusserung der Stammanteile und die Löschung im Handelsregister ist zudem sehr zügig vonstatten gegangen. Daraus kann aber noch keine Umgehungsabsicht abgeleitet werden. Entscheidend ist allein, ob die arbeitgeberähnliche Stellung damit auch tatsächlich aufgegeben wurde oder nicht. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren Vorbringen nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt haben soll. Sie begnügt sich im Wesentlichen mit rein appellatorischer Kritik am angefochtenen Urteil, worauf nicht weiter einzugehen ist. Ein Mangel in der Sachverhaltsfeststellung gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG liegt im Übrigen nicht bereits dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Eine Beweiswürdigung erweist sich erst dann als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen hat oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (**BGE 144 II 281** E. 3.6.2). Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Beschwerdeführerin legt auch nicht dar, welche konkreten Beweiserhebungen die Vorinstanz hätte veranlassen müssen. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist insofern ebenfalls nicht erkennbar.

**4.2.4.** Zusammenfassend erweist sich der nach sorgfältiger Würdigung der vorhandenen Beweise gezogene Schluss der Vorinstanz, nach Aktenlage könne nicht auf eine Weiterführung des Betriebs durch den Beschwerdegegner geschlossen werden, nicht als willkürlich oder sonstwie bundesrechtswidrig. Es ist demnach mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdegegners mit dessen Löschung im Handelsregister am 25. Februar 2022 geendet hat. Ab diesem Zeitpunkt bestand demnach auch kein Missbrauchsrisiko mehr. Das kantonale Gericht hat folglich kein Bundesrecht verletzt, indem es festgehalten hat, ab dem 25. Februar 2022 bestehe Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, sofern die weiteren Anspruchsvoraussetzungen gegeben seien. Die Beschwerde ist unbegründet.

## 5.

Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 erster Satz BGG). Sie hat dem Beschwerdegegner überdies eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### 2.

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'400.- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 30. April 2024

Im Namen der IV. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Wirthlin

Der Gerichtsschreiber: Wüest