Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 36/03

Urteil vom 22. August 2003
III. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichter Lustenberger und Kernen; Gerichtsschreiber Hadorn

Parteien
S._____, Beschwerdeführer,

gegen

Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Sektion Meilen, Sterneggweg 3, 8706 Meilen, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 23. Dezember 2002)

Sachverhalt:
Mit Verfügung vom 21. Oktober 2002 verneinte die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI den Anspruch von S._____ auf Arbeitslosenentschädigung ab 3. September 2002.
Auf Beschwerde von S._____ hin erliess die Arbeitslosenkasse am 11. November 2002 pendente lite eine neue Verfügung, worin sie den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 3. September 2002 erneut, aber mit geänderter Begründung, verneinte. Mit Entscheid vom 23. Dezember 2002 wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich die Beschwerde von S._____ ab.
S._____ führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem sinngemässen Antrag auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung.
Die Arbeitslosenkasse und das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) verzichten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Das kantonale Sozialversicherungsgericht hat die gesetzlichen Bestimmungen über den Ausschluss von Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) sowie die Rechtsprechung zur analogen Anwendung dieser Vorschrift auf arbeitgeberähnliche Personen, welche Arbeitslosenentschädigung beantragen (BGE 123 V 237 Erw. 7), richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen. Zu ergänzen ist, dass das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, da nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 11. November 2002) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen vom Sozialversicherungsgericht nicht berücksichtigt werden (BGE 127 V 467 Erw. 1, 121 V 366 Erw. 1b).
2.

Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 3. September 2002 (Datum der Antragstellung).
Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass der Beschwerdeführer auch nach der Entlassung aus der Firma X._____ GmbH auf den 31. Juli 2002 als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen blieb und somit in dieser Unternehmung weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung bekleidete. Damit hielt er sich die Möglichkeit offen, den Geschäftsgang zu beeinflussen und sich gegebenenfalls selbst wieder anzustellen. Er hat somit diejenigen Eigenschaften nicht aufgegeben, welche ihn zur arbeitgeberähnlichen Person machten und ihn rechtsprechungsgemäss auch vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschlossen. Was er hiegegen vorbringt, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Dass die GmbH seit einiger Zeit keinen Umsatz mehr erzielt und ihm keinen Lohn mehr ausbezahlt hat, hindert den Versicherten nicht daran, die Firma allenfalls zu reaktivieren. Eine vorübergehende Stilllegung des Betriebs (100 %ige Kurzarbeit) beendet die arbeitgeberähnliche Stellung ebenso wenig wie die blosse Absichtsäusserung, die Unternehmung liquidieren zu wollen. Der Ausgang der Angelegenheit mit der Y._____ SA hat keinen Einfluss auf die arbeitgeberähnliche Stellung, und der Vergleich mit Aktionären einer AG
hilft dem Beschwerdeführer nicht weiter, da es vorliegend um die Stellung eines Gesellschafters und Geschäftsführers einer GmbH geht. Bis zum Datum der streitigen Verfügung vom 11. November 2002, welches rechtsprechungsgemäss die zeitliche Grenze der richterlichen Überprüfungsbefugnis bildet (BGE 121 V 366 Erw. 1b), kann der Beschwerdeführer daher auf Grund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung keine Arbeitslosenentschädigung beziehen.
3.
Nun hat der Versicherte im vorliegenden Prozess neue Unterlagen eingereicht, welche die Zeit nach Erlass der genannten Verfügung betreffen und sich auf den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auswirken könnten. Gemäss einem Schreiben der X._____ GmbH an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich vom 18. Dezember 2002 habe der Versicherte am 12. Dezember 2002 seine Stammeinlage in der GmbH abgegeben und sei von der Geschäftsführung zurückgetreten, wobei zugleich seine Unterschrift erloschen sei. Das selbe lässt sich der ebenfalls mit dem 12. Dezember 2002 datierten öffentlichen Urkunde zur Übertragung einer Stammeinlage entnehmen. Nach der Rechtsprechung können Versicherte in arbeitgeberähnlicher Stellung dann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erheben, wenn ihr Ausscheiden aus dem Betrieb definitiv ist, sie somit jene Eigenschaften verlieren, deretwegen sie bei Kurzarbeit auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wären (BGE 123 V 238 f.). Dabei ist das Datum des effektiven Ausscheidens massgebend, nicht dasjenige der Löschung im Handelsregister oder der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; BGE 126 V 137 Erw. 5b; ARV 2000 Nr. 34 S. 179 Erw. 1, je mit
Hinweisen). Demnach bestehen Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer seine arbeitgeberähnliche Stellung am 12. Dezember 2002 endgültig aufgegeben hat. Ein allfälliger Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung könnte daher, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, an diesem Zeitpunkt beginnen. Im Schreiben vom 10. Februar 2003 an das Eidgenössische Versicherungsgericht gibt der Beschwerdeführer an, er sei mündlich darüber orientiert worden, dass die Arbeitslosenkasse seine Anspruchsberechtigung ab 18. Dezember 2002 anerkenne. Dazu fehlen jedoch Belege. Es rechtfertigt sich daher, die Sache der Verwaltung zu überwiesen, damit sie den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 12. Dezember 2002 prüfe und hierüber verfüge.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Die Sache wird an die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI überwiesen, damit sie im Sinne der Erwägung 3 verfahre.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 22. August 2003

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: