

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00189 vom 7. Juni 2004

ZH Sozialversicherungsgericht, 2004-06-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2004.00189](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2004.00189)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00189 du 7 juin 2004

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00189 del 7 giugno 2004

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Am 1. Januar 2003 sind das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) und die Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 (ATSV) in Kraft getreten und haben in einzelnen Sozialversicherungsgesetzen und -verordnungen zu Revisionen geführt; so auch im Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung (AVIG) sowie in der zugehörigen Verordnung (AVIV).

Nach dem intertemporalrechtlichen Grundsatz der sofortigen Anwendbarkeit formellen Rechts unterliegt das vorliegende sozialversicherungsgerichtliche Beschwerdeverfahren - wie zuvor bereits das Verwaltungsverfahren (Art. 27-59 ATSG) - den Verfahrensbestimmungen von Art. 60-61 ATSG in Verbindung mit Art. 38-41 ATSG, soweit das kantonale Verfahrensrecht gestützt auf Art. 82 Abs. 2 ATSG nicht einstweilen - bis spätestens zum 31. Dezember 2007 - weiterhin Geltung beanspruchen kann; vgl. BGE 117 V 93 Erw. 6b und 112 V 360 Erw. 4a; RKUV 1998 Nr. KV 37 S. 316 Erw. 3b; Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Rz. 8 zu Art. 82 ATSG).

1.2 Über Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, hat der Versicherungsträger schriftlich Verfügungen zu erlassen (Art. 49 Abs. 1 ATSG). Diese sind mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und zu begründen, wenn sie den Begehren der Parteien nicht voll entsprechen (Art. 49 Abs. 3 Satz 1 ATSG).

Gegen Verfügungen kann innerhalb von 30 Tagen bei der verlegenden Stelle Einsprache erhoben werden; davon ausgenommen sind prozess- und verfahrensleitende Verfügungen (Art. 52 Abs. 1 ATSG). Die Einspracheinstanz hat den Einspracheentscheid innert angemessener Frist zu erlassen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 52 Abs. 2 ATSG).

1.3 Im Sozialversicherungsverfahren haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie müssen nicht angehört werden vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind (Art. 42 ATSG; vgl. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV]).

### E. 2

2.1 Entsprechend dem Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen beschränkt sich das Gericht nicht darauf, den Streitgegenstand bloss im Hinblick auf die von den Parteien aufgeworfenen Rechtsfragen zu prüfen. Es kann eine

Beschwerde gutheissen oder abweisen aus anderen Gründen als von der beschwerdeführenden Partei vorgetragen oder von der Verwaltung erwogen (vgl. BGE 124 V 340 Erw. 1b, mit Hinweisen).

Zu dem von Amtes wegen zu überprüfenden Bundesrecht gehört auch der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 42 Abs. 1 ATSG), wobei die unter der Herrschaft von Art. 4 altBV hierzu ergangene Rechtsprechung (vgl. etwa BGE 120 V 362 Erw. 2a) nach wie vor massgebend ist (BGE 126 V 130 Erw. 2a, mit Hinweisen).

2.2.2 Der Gehörsanspruch umfasst die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. Bevor die Behörde einen Entscheid trifft, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift, hat sie ihn davon in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zu geben, sich vorgängig zu äussern (BGE 126 V 131 Erw. 2b).

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, das heisst die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst wird oder nicht (BGE 127 V 437 Erw. 3d/aa und 126 V 132 Erw. 2b, mit Hinweisen).

Praxisgemäss kann eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines - allfälligen - Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE 127 V 437 Erw. 3d/aa, 126 I 72 und 126 V 132 Erw. 2b, je mit Hinweisen). So kann es beispielsweise nicht der Sinn des Instituts der Heilung des rechtlichen Gehörs sein, dass Einspracheinstanzen sich über den elementaren Grundsatz des rechtlichen Gehörs hinwegsetzen und darauf vertrauen, dass solche Verfahrensmängel in einem von den durch den Verwaltungsakt Betroffenen allfällig angehobenen Gerichtsverfahren behoben würden. Denn die nachträgliche Gewährleistung des rechtlichen Gehörs bildet häufig nur einen unvollkommenen Ersatz für deren vorgängige Unterlassung. Zudem sollen mit der in einzelnen Sozialversicherungszweigen neu geschaffenen Einsprachemöglichkeit unnötige Gerichtsverfahren vermieden werden.

### E. 3

3.1.1 In der Verfügung vom 2. Februar 2004 (Urk. 3/1 = Urk. 7/4) hatte sich die Beschwerdegegnerin - unter Berufung insbesondere auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG und die dazu ergangenen Verwaltungsweisungen - zunächst auf den Standpunkt gestellt, die Beschwerdeführerin sei bis zum 31. Dezember 2002 in unselbständiger Stellung erwerbstätig gewesen. Seit dem 1. Januar 2003 gehe die Beschwerdeführerin einer selbständigen Erwerbstätigkeit als Homöopathin/Buchhalterin nach. Seit der Aufnahme ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit zähle die Beschwerdeführerin zu jenen Personen, welchen gesetzlich ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung verwehrt sei. Da sie ihre selbständige Erwerbstätigkeit nicht aufgegeben habe und weiterführe, komme das Entrichten von Arbeitslosenentschädigung einer Kurzarbeitsentschädigung gleich, was rechtsmissbräuchlich sei. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung

müsse demzufolge verneint werden.

Die Einsprache vom 18. Februar 2004 (Urk. 3/2) wies die Beschwerdegegnerin mit Entscheidung vom 5. April 2004 (Urk. 2 = Urk. 7/3) dann mit der Begründung ab, zwar könne die Bestimmung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht angewandt werden, indessen vermöge die Beschwerdeführerin keine 12-monatige Beitragszeit als unselbständige Arbeitnehmerin nachzuweisen und habe ihre im Nebenerwerb ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit nicht aufgegeben. Solange sie ihre Selbständigkeit nicht vollständig aufgegeben habe, gelte die Beschwerdeführerin nicht als arbeitslos und habe somit auch keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Hieran hält sie im Beschwerdeverfahren fest, mit der Erganzung, dass gerade der von der Beschwerdeführerin hervorgehobene Umstand, wonach diese von Anfang an nur eine Teilzeitstelle gesucht habe und nunmehr eine solche gefunden habe, zeige, dass eine vollständige Aufgabe der Selbständigkeit weder erfolgt noch beabsichtigt sei (Urk. 6).

3.2  Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin - soweit aus den eingereichten Verwaltungsakten (Urk. 7/1-15) ersichtlich - keine Gelegenheit, zur erstmals im Einspracheentscheid vom 5. April 2004 (Urk. 2 = Urk. 7/3) vertretenen Rechtsauffassung der Beschwerdegegnerin betreffend Nichterfüllens der Beitragszeit unter Anknüpfung an Art. 71a-d AVIG Stellung zu nehmen und diesbezüglich allfällige Beweismittel zu bezeichnen beziehungsweise einzureichen.

Wenn die Verwaltung nun aber - wie vorliegend - im Einspracheverfahren zum Schluss gelangt, die in der angefochtenen Verfügung vorgenommene rechtliche Würdigung sei unzutreffend, und die erhobene Einsprache unter Berufung auf eine von der Verfügungsbeurteilung abweichende Rechtsauffassung abzuweisen gedenkt, so hat sie der betroffenen Person vorgängig die Möglichkeit zu geben, sich zu den neuerdings in Aussicht genommenen Entscheidungsänderungen zu äussern.

Aufgrund der Akten (Urk. 7/1-15) ist dem Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin in diesem Sinne nicht hinreichend Genüge getan worden. Diese hatte erstmals beschwerdeweise Gelegenheit, sich zu den wesentlichen Elementen der Anspruchsverweigerung zu äussern und allfällige weitere Unterlagen einzureichen.

3.3  Angesichts des erheblichen Eingriffs in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin kann nicht mehr von einer leichten Verletzung des rechtlichen Gehörs gesprochen werden, die im Beschwerdeverfahren geheilt werden kann. Dies unbesehen der in der Beschwerdeantwort vom 24. Mai 2004 (Urk. 6) gemachten Ausführungen.

3.4  Zusammenfassend führt dies zur Gutheissung der Beschwerde in dem Sinne, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 5. April 2004 aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist, damit diese im Sinne der vorstehenden Erwägungen verfahren und über den Leistungsanspruch der Beschwerdeführerin - unter korrekter Gewährung des rechtlichen Gehörs - neu befinde.

4.  Nach stndiger Rechtsprechung gilt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur weiteren Veranlassung zwar als vollständiges Obsiegen (vgl. ZAK 1987 S. 268 f. Erw. 5, mit Hinweisen).

Der Beschwerdeführerin ist indessen keine Prozessentschädigung zuzusprechen, da keine stichhaltigen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ihr Arbeitsaufwand und ihre Umtriebe im vorliegenden Verfahren den Rahmen dessen überschritten hätten, was der Einzelne zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat. Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Beizug einer juristischen Fachperson (Urk. 1 S. 2) - soweit diese denn für das in Frage stehende Rechtsgebiet besonders qualifiziert ist - namhafte Kosten angefallen wären (vgl. BGE 108 V 271 Erw. 2; ZAK 1991 S. 421 Erw. 2).

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 5. April 2004 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird, damit diese im Sinne der Erwägungen verfare und über den Leistungsanspruch der Beschwerdeführerin neu befinde.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- R. \_\_\_\_\_

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdende Person sie in Händen hat (Art. 132 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege [Bundesrechtspflegegesetz/OG] in Verbindung mit Art. 106 OG und Art. 108 OG).

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