

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00495 vom 11. Februar 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-02-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2004.00495

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00495 du 11 février 2005

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00495 del 11 febbraio 2005

Erwägungen

E. 1

1.1 Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht darin, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat (Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung; AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person erstmals sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG).

1.2 Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG unter anderem Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin oder 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. Nach der Rechtsprechung (BGE 123 V 236 Erw. 7a mit Hinweis) ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen. Nach Gerhards (Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Bern und Stuttgart 1987, N 43 zu Art. 31 AVIG) steht hinter dieser Regelung der Gedanke der Verhütung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit und Ähnliches, vor allem bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebes).

Dem Wortlaut nach ist Art. 31 Abs. 3 AVIG auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten. Für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 ff. AVIG) besteht - anders als unter der Herrschaft des alten Rechts (Art. 31 Abs. 1 lit. c der Verordnung über die Arbeitslosenversicherung vom 14. März 1977, gültig gewesen bis 31. Dezember 1983, der sich auch auf die Ganzarbeitslosigkeit bezog; vgl. dazu BGE 113 V 74) - keine entsprechende Norm. Das heisst, wenn einer Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung oder deren mitarbeitendem Ehegatten gekündigt wird, kann unter den Voraussetzungen der Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Arbeitslosenentschädigung beansprucht werden. Dies dann, wenn der Betrieb eingestellt wird oder wenn die Person ihre Eigenschaft als Gesellschafterin oder Gesellschafter, als

finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglied des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums verliert.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung aber, wenn die betreffende Person auch nach der Kündigung ihre arbeitgeberähnliche Position beibehält. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass mit der Kündigung nicht die endgültige Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezweckt wird, sondern die - vorübergehende - Geltendmachung von Arbeitslosenentschädigung. Ein solches Vorgehen läuft nach der Rechtsprechung auf eine Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient, wie in vorstehender Erwägung 1.1 dargelegt wurde (vgl. BGE 123 V 237 Erw. 7b/bb mit Hinweisen, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen T. vom 31. März 2004, C 171/03; vgl. auch Regina Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, SZS 2004 S. 1 ff.).

1.3 Ä Ä Ä Ä 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, 126 V 132 Erw. 2b mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwer wiegende - 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, 126 V 132 Erw. 2b, je mit Hinweisen).

1.4 Ä Ä Ä Ä Das Gericht kann die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen, besonders wenn mit dem angefochtenen Entscheid nicht auf die Sache eingetreten oder der Sachverhalt ungenügend festgestellt wurde (§ 26 GSVGer). Gemäss ständiger Rechtsprechung ist in der Regel von der Rückweisung - da diese das Verfahren verlängert und verteuert - abzusehen, wenn die Rechtsmittelinstanz den Prozess ohne wesentliche Weiterungen erledigen kann. In erster Linie kommt eine Rückweisung in Frage, wenn der Versicherungssträger auf ein Begehren überhaupt nicht eingetreten ist oder es ohne materielle Prüfung abgelehnt hat, wenn schwierige Ermessensentscheide zu treffen sind, oder wenn der entscheidrelevante Sachverhalt ungenügend abgeklärt ist (vgl. SVR 1995 ALV Nr. 27 S. 69).

E. 2

2.1 Ä Ä Ä Ä Zum einen verneinte die Beschwerdegegnerin die Anspruchsberechtigung aufgrund fehlender Beitragszeit. Die eingeholten Unterlagen wiesen für die Zeit von Januar bis März 2003 einen Lohn der Beschwerdeführerin von Fr. 4'000.--, für die Zeit von April bis Juni 2003 einen Lohn von Fr. 4'000.-- und von Juli bis September 2003 einen Lohn von Fr. 6'200.-- aus. Die Kündigung sei aufgrund der rezessiven Marktsituation und der prekären finanziellen Situation der A. ___ GmbH erfolgt. Dazu ständen die für die Zeit vor dem Konkurs der A. ___ GmbH angegebenen, ansteigenden Löhne der Beschwerdeführerin in einem Widerspruch. Praxisgemäss habe eine

versicherte Person, welche für ihre eigene Gesellschaft arbeite, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, sofern sie nicht nachweise, dass sie tatsächlich eine beitragspflichtige Tätigkeit ausgeübt habe. Die Kasse müsse mit aller Sorgfalt prüfen, ob der bescheinigte Lohn auch tatsächlich in der angegebenen Höhe bezogen worden sei. Der Lohnbezug müsse mithin belegt werden. Die vorgelegte Arbeitgeberbescheinigung, unterzeichnet von der Beschwerdeführerin respektive von ihrem Ehemann, der Arbeitsvertrag und die vorgelegten firmeneigenen Lohnbescheinigungen reichten hierfür nicht aus. Buchhaltungsunterlagen oder Postbeziehungsweise Bankauszüge seien keine vorgelegt worden. Insgesamt sei es wenig wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin tatsächlich die geltend gemachten Löhne bezogen habe (Urk. 2 S. 2, Urk. 6 S. 2, Urk. 7/5 S. 2).

Des Weiteren verneinte die Beschwerdegegnerin für die Zeit bis zur Eröffnung des Konkurses über die A. GmbH den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung der Beschwerdeführerin. Aus den Akten und insbesondere aus dem Handelsregister gehe hervor, dass die Beschwerdeführerin bei der A. GmbH auch nach der Kündigung Organstellung zugekommen sei. Sie habe somit auch nach der Kündigung weiterhin die Entscheidungen der A. GmbH massgeblich beeinflussen können (Urk. 7/6 S. 2, Urk. 6 S. 1 f.).

E. 2.2

Betreffend die Verneinung der Anspruchsberechtigung aufgrund arbeitgeberähnlicher Stellung macht die Beschwerdeführerin geltend, die Regelung, dass Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt seien, sei auf die Kurzarbeitsentschädigung zugeschnitten. Des Weiteren würden damit auch Missbrauchstatbestände erfasst. Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung seien daher nicht anspruchsberechtigt, wenn sie ihre Stellung tatsächlich aufkündigten, um die Bestimmungen über die Kurzarbeit zu umgehen. Eine Verneinung der Anspruchsberechtigung sei jedoch auf diese Missbrauchstatbestände beschränkt. Ein genereller Ausschluss von der Anspruchsberechtigung bestehe nach der Rechtsprechung nicht. So sei der Anspruch bei einer definitiven Stilllegung des Betriebs zu bejahen. Die Stilllegung des Betriebs der A. GmbH sei zu keinem Zeitpunkt nur vorübergehender Natur gewesen. Die Gesellschaft sei massiv überschuldet gewesen. Bereits im September 2003 habe festgestanden, dass das Restaurant B., welches die A. GmbH betrieben habe, aufgrund der finanziellen Lage sowie der gesundheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Ehemannes der Beschwerdeführerin nicht wieder hätte eröffnet werden können. Von einem Umgehungs- respektive Missbrauchstatbestand könne somit nicht die Rede sein. Des Weiteren sei zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin das Festhalten an der Verneinung der Anspruchsberechtigung zufolge arbeitgeberähnlicher Stellung im Einspracheentscheid, trotz entsprechenden Einwänden in der Einsprache, nicht weiter begründet habe. Dies stelle eine Verletzung des Gehaltsanspruchs dar (Urk. 1 S. 7 ff. Ziff. 10 ff.).

Betreffend die Verneinung der Anspruchsberechtigung wegen fehlender Beitragszeit macht die Beschwerdeführerin geltend, gerade die variierenden Löhne zeigten, dass sie auch tatsächlich ausbezahlt worden seien. Wäre es darum gegangen, Lohnzahlungen zu simulieren, wäre wohl viel eher ein einheitlich hoher Lohn angegeben worden. Die angegebenen Löhnerhöhungen seien effektiv auf ihre

zunehmende Verantwortung und Arbeitsbelastung zurückzuführen gewesen. Im Gastgewerbe sei es zudem üblich, dass die Löhne bar ausbezahlt würden und keine Einzahlungen auf Post- oder Bankkonti erfolgten. Mit diesen Einwendungen gegen die unterstellte Simulation habe sich die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid im Übrigen nicht auseinandergesetzt, was wiederum eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle (Urk. 1 S. 14 ff. Ziff. 29 ff.).

3. Es trifft zu, dass die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid auf die Verneinung der Anspruchsberechtigung zufolge arbeitgeberähnlicher Stellung gemäss Verfügung vom 17. Mai 2004 (vgl. Urk. 7/6), trotz entsprechender Einwände in der Einsprache vom 17. Juni 2004 (vgl. Urk. 7/1), nicht mehr weiter einging, obschon mit dem Einspracheentscheid die fragliche Verfügung bestätigt wurde. Auch auf die Ausführungen in der Einsprache zu den von der Beschwerdeführerin von der A. GmbH erzielten Löhnen (vgl. Urk. 7/1 S. 13 ff. Ziff. 28 ff.) ging die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid nicht näher ein. Damit verletzte sie die ihr obliegende Begründungspflicht und damit den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin. Von einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs kann aber nicht gesprochen werden. Eine solche liegt vor allem dann vor, wenn ein Versicherungsträger seinen Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurden, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten (BGE 128 V 278 Erw. 5b/bb mit Hinweisen). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Wegen Fehlens einer schweren Gehörsverletzung kann der geltend gemachte Mangel als geheilt gelten. Die Beschwerdeführerin konnte sich im Beschwerdeverfahren vollumfänglich äussern, es findet eine Überprüfung sowohl des Sachverhaltes als auch der Rechtslage statt und die Beschwerdegegnerin äusserte sich zu den fraglichen Aspekten ausführlich in der Beschwerdeantwort (vgl. Urk. 6 S. 1 f.).

E. 4

4.1 Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin nicht nur Angestellte der A. GmbH war (vgl. Urk. 7/23/5, Urk. 7/23/9), sondern auch - seit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister und insbesondere auch noch im vorliegend massgebenden Zeitpunkt ab 1. Oktober 2003 - Gesellschafterin mit Einzelprokura. Dies belegen Auszüge aus dem Handelsregister des Kantons Zürich (Urk. 7/23/2, Urk. 7/23/11). Als Gesellschafterin standen ihr die aus dem Gesetz fliessenden Befugnisse zu (vgl. Art. 789 ff. Obligationenrecht; OR), und zufolge der Einzelprokura konnte sie jederzeit auch für die Gesellschaft handeln (vgl. Art. 458 ff. OR). Mit diesen Befugnissen war die Beschwerdeführerin in der Lage, die Entscheidungen der A. GmbH massgeblich zu beeinflussen, weshalb die arbeitgeberähnliche Stellung zu bejahen ist. Somit ist aufgrund des in vorstehender Erwägung 1.2 Ausgeführten die Anspruchsberechtigung ab 1. Oktober 2003 zu verneinen. Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss absolut zu verstehen, das heisst es kommt nicht darauf an, ob tatsächlich ein Missbrauchstatbestand gegeben ist. Vielmehr dient die Bestimmung der präventiven Verhinderung von möglichen Missbräuchen.

4.2 Selbst wenn aber die arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin verneint würde, bestünde dennoch keine Anspruchsberechtigung. Der Ehemann der Beschwerdeführerin, C., neben der Beschwerdeführerin einziger Mitgesellschafter der A. GmbH, hatte die Funktion des

Geschäftsführers mit Einzelunterschrift inne (vgl. Urk. 7/23/2, Urk. 7/23/11). Als Geschäftsführer war er nicht nur dazu berechtigt, für die A.____ GmbH zu handeln, sondern auch verpflichtet (vgl. Art. 811 OR). Somit ist bei ihm ohne weiteres die arbeitgeberähnliche Stellung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zu bejahen. Gemäss der zitierten Bestimmung sind die mitarbeitenden Ehegatten von Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung, was auf die Beschwerdeführerin zutrifft, vom Anspruch ebenfalls ausgeschlossen.

4.3.3 Der Einwand der Beschwerdeführerin, im September 2003 habe festgestanden, dass der eingestellte Betrieb des Restaurants B.____, welches von der A.____ GmbH geführt worden sei, aufgrund der finanziellen Lage nicht mehr wieder aufgenommen werden können (vgl. Urk. 1 S. 5 Ziff. 7 und S. 11 Ziff. 19), lässt sich nicht überprüfen. Die Akten geben keine nähere Auskunft darüber, wann genau der Betrieb des Restaurants eingestellt wurde und wie sich zu diesem Zeitpunkt die finanzielle Situation der A.____ GmbH genau präsentierte. Die Konkursöffnung im Februar 2004 stellt immerhin ein Indiz für die Richtigkeit des Einwandes der Beschwerdeführerin dar. Sollte es zutreffen, dass eine Wiedereröffnung weder finanziell, auch nicht unter Berücksichtigung der strittigen Taggeldleistungen, noch aufgrund der übrigen Verumständlungen (Aufgabe/Kündigung von Geschäftsräumlichkeiten, Veräusserung von Arbeitsgeräten und von Lagerbeständen etc.) möglich war, muss von einer analogen Konstellation ausgegangen werden, wie sie bei einer definitiven Stilllegung eines Betriebes besteht. In einer solchen Situation wäre ungeachtet der arbeitgeberähnlichen Stellung und noch vor der endgültigen Liquidation der A.____ GmbH eine Anspruchsberechtigung zu bejahen, da dann im vornherein ein Missbrauch nicht möglich ist. Hierfür bedarf es aber weitergehender Abklärungen.

E. 5

5.1 Mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichts Q.____ vom 18. Februar 2004 wurde über die A.____ GmbH der Konkurs eröffnet (Urk. 7/13). Der Vermerk im Auszug aus dem Handelsregister, der Konkurs sei am 10. Februar 2002 eröffnet worden (vgl. Urk. 7/23/2), wovon auch die Beschwerdegegnerin ausgeht (vgl. Urk. 7/5 S. 2), ist offensichtlich falsch.

Mit der Konkursöffnung war der Beschwerdeführerin respektive ihrem Ehemann die Einflussnahme über die Gesellschaft entzogen (Art. 197 ff. des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs). Für die Zeit ab 18. Februar 2004 ist somit das Vorliegen einer arbeitgeberähnlichen Stellung zu verneinen.

5.2 Zu prüfen ist daher die weitere strittige Frage der Beitragszeit, von deren Nichterfüllung die Beschwerdegegnerin ausgeht. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist durch nichts dargetan, dass die Beschwerdeführerin in der Rahmenfrist für die Beitragszeit, das heisst zwischen anfangs Oktober 2001 und Ende September 2003 (vgl. Art. 9 Abs. 3 AVIG), keine beitragspflichtige Beschäftigung ausübte. Es kann hierzu auf eingereichte Lohnblätter und Steuerunterlagen sowie auf den Auszug aus dem individuellen Konto (IK-Auszug) verwiesen werden (Urk. 7/10-11, Urk. 7/23/6-7, Urk. 7/23/10). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Angaben lediglich zum Schein, allein im Hinblick darauf, unrechtmässig Arbeitslosenentschädigung zu erwirken, erfolgten. Zu betonen ist, dass es sich bei der

Tätigkeit der Beschwerdeführerin für die A.____ GmbH zweifellos um eine beitragspflichtige Erwerbstätigkeit handelte und für die angegebenen Löhne, was sich insbesondere aus dem IK-Auszug ergibt, auch tatsächlich entsprechende Beiträge entrichtet wurden. Somit bestehen unter dem Aspekt der Erfüllung der Beitragszeit keine Vorbehalte bezüglich der Anspruchsberechtigung. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der Erkrankung ihres Ehemannes ab Ende 2002 faktisch die Geschäftsführung der A.____ GmbH übernahm, erklärt im Übrigen die Erhaltung ihres Lohnes im Jahr 2003 hinreichend (vgl. Urk. 1 S. 4 Ziff. 5).

5.3 Mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichts Q.____ vom 8. April 2004 wurde der Konkurs über die A.____ GmbH mangels Aktiven wieder eingestellt (Urk. 12/1-2). Mit der Einstellung des Konkurses ohne konkursamtliche Liquidation erlangten die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann als Gesellschafter respektive Geschäftsführer wiederum die Verfügungsbefugnisse über die nunmehr aufgelöste A.____ GmbH zurück. Damit hatten sie bis zur Eintragung der Auflösung im Handelsregister wiederum eine arbeitgeberähnliche Stellung inne (vgl. ARV 2002 183-185). Ob deshalb die Anspruchsberechtigung zu verneinen oder gegebenenfalls infolge Stilllegung des Betriebs dennoch zu bejahen ist, lässt sich derzeit nicht abschliessend beurteilen. Es kann auf das in vorstehender Erwägung 4.3 verwiesen werden.

6.1

6.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Anspruchsberechtigung ab Eröffnung des Konkurses über die A.____ GmbH am 18. Februar 2004 bis zur Einstellung des Konkurses mangels Aktiven unter dem Blickwinkel der Erfüllung der Beitragszeit zu bejahen ist. Für die Zeit ab 1. Oktober 2003 bis zur Konkurseröffnung und für die Zeit nach der Einstellung des Konkurses am 8. April 2004 lässt sich die Anspruchsberechtigung, trotz erfüllter Beitragszeit, hingegen nicht abschliessend beurteilen. Zwar kam der Beschwerdeführerin in dieser Zeit arbeitgeberähnliche Stellung in der A.____ GmbH zu, doch muss noch abgeklärt werden, ob vom Zeitpunkt der Leistungsbeanspruchung an oder gegebenenfalls auch später der Betrieb stillgelegt wurde.

6.2 Was den beantragten Verzugszins betrifft, gilt es zu beachten, dass die Bejahung der Anspruchsberechtigung in Bezug auf die Erfüllung der Beitragszeit erfolgte. Alle übrigen Anspruchsvoraussetzungen waren nicht zu prüfen, da die Beschwerdegegnerin darüber nicht entschieden hat. Über die Fälligkeit der gegebenenfalls geschuldeten Leistungen kann daher noch nicht befunden werden, weshalb auf den Antrag betreffend Verzugszinsen nicht weiter eingegangen werden kann. Festzuhalten ist aber, dass für die Verzugszinspflicht für sozialversicherungsrechtliche Leistungen Art. 26 Abs. 2 ATSG gilt.

7.1

7.1 Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) haben die Parteien auf Antrag nach Massgabe ihres Obsiegens Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten. Dieser wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach dem Schwierigkeitsgrad des Prozesses bemessen. Nach ständiger Rechtsprechung gilt die auch Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung und neuen Verfügung als Obsiegen (vgl. ZAK 1987 S. 268 f. Erw. 5 mit Hinweisen).

7.2 Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten. Zum einen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und zum anderen ist die Sache zwecks weiterer Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. In Anwendung der oben genannten Bemessungsgrundsätze ist die Prozessentschädigung auf Fr. 1'600.-- (Auslagenersatz und Mehrwertsteuer inbegriffen) festzusetzen. Damit wird das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes gegenstandslos.

7.3 Was den Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung für das Einspracheverfahren betrifft, ist Art. 52 Abs. 3 Satz 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) massgebend, wonach in der Regel keine Parteientschädigungen ausgerichtet werden. Beim Vorliegen besonderer Umstände sind Ausnahmen möglich, etwa wenn besondere Aufwendungen nötig waren oder sich besondere Schwierigkeiten stellten (vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 52 Rz 28). Dass die Beschwerdeführerin auf juristischem Gebiet unkundig ist (vgl. Urk. 1 S. 17 Ziff. 37), vermag für sich allein noch kein Abweichen von der gesetzlichen Regel zu rechtfertigen. In den meisten Fällen steht dem Versicherungsträger im Verwaltungsverfahren eine juristisch unkundige Person gegenüber. Zudem stellt das Einspracheverfahren kaum formale Anforderungen an die versicherte Person (vgl. Kieser, a.a.O., Art. 52 Rz 10 ff.). Hingegen fallen vorliegend sowohl sachverhaltlich als auch rechtlich keinesfalls leicht respektive ohne weiteres zurückblickende und zu beantwortende Fragen ins Gewicht, namentlich nicht für eine fachlich nicht kundige Person. Sogar die Beschwerdegegnerin übersah die Notwendigkeit der Anspruchsprüfung unter dem Aspekt der Betriebstilllegung. Ein Anspruch auf eine Parteientschädigung für das Einspracheverfahren ist somit zu bejahen. Über das Quantitative hat die Beschwerdegegnerin im Rückweisungsverfahren zu befinden.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffer 1 und 2 des angefochtenen Einspracheentscheides vom 17. September 2004 insofern aufgehoben als damit ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung wegen fehlender Beitragszeit für die Zeit von der Konkurseröffnung über die A. ___ GmbH (18. Februar 2004) bis zur Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (8. April 2004) verneint wurde.

2. Des Weiteren wird die Beschwerde in dem Sinne gutgeheissen, dass Dispositiv-Ziffer 1 und 2 des angefochtenen Einspracheentscheides auch im übrigen sowie auch Dispositiv-Ziffer 3 des Einspracheentscheides aufgehoben werden und die Sache im Sinne der Erwägungen zur weiteren Abklärung und neuer Entscheidung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird.

3. Bezüglich Dispositiv Ziffer 3 und 4 des angefochtenen Einspracheentscheides wird die Beschwerde abgewiesen.

4. Das Verfahren ist kostenlos.

5. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1600.-- (Auslagenersatz und Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.

E. 6

Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Emrah Erken
- Unia Arbeitslosenkasse
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

7. 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 beschwerdeführenden 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 beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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