

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00228 vom 20. Dezember 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-12-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2005.00228](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2005.00228)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00228 du 20 décembre 2005

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00228 del 20 dicembre 2005

## Erwägungen

### E. 1

1.1. Für die Umschreibung des Prozessthemas ist nach den Regeln über den Anfechtungs- und Streitgegenstand zu verfahren. Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches - im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes - den auf Grund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet. Anfechtungsgegenstand und Streitgegenstand sind identisch, wenn die Verfügung insgesamt angefochten wird. Bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einzelne der durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisse, gehören die nicht beanstandeten Rechtsverhältnisse zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand.

Die begriffliche Unterscheidung von Streit- und Anfechtungsgegenstand erfolgt demnach auf der Ebene von Rechtsverhältnissen. Für die Umschreibung des Streitgegenstandes und seine Abgrenzung vom Anfechtungsgegenstand nicht von Bedeutung sind die bestimmenden Elemente ("Teilaspekte") des verfahrensweise festgelegten Rechtsverhältnisses. Die Beschwerdeinstanz überprüft den Streitgegenstand bestimmende, aber nicht beanstandete Elemente indes nur, wenn hiezu auf Grund der Vorbringen der Parteien oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht. Zieht das Gericht an sich nicht bestrittene Aspekte des streitigen Rechtsverhältnisses in die Prüfung mit ein, hat es bei seiner Entscheidung je nachdem die Verfahrensrechte der am Prozess Beteiligten, insbesondere das Anhörungsrecht der von einer möglichen Schlechterstellung bedrohten Partei, oder den grundsätzlichen Anspruch auf den doppelten Instanzenzug zu beachten (BGE 130 V 502 Erw. 1.1, 125 V 415 Erw. 2 mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts kann das verwaltungsgerichtliche Verfahren aus prozessökonomischen Gründen auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes, das heisst ausserhalb des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses liegende spruchreife Frage ausgedehnt werden, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann, und wenn sich die Verwaltung zu dieser Streitfrage mindestens in Form einer Prozessklärung geäussert hat (BGE 130 V 503, 122 V 36 Erw. 2a mit Hinweisen).

1.2. Die Grundsätze über die Festlegung des Anfechtungs- und Streitgegenstandes gelten sinngemäss schon im Einspracheverfahren. Das heisst der Versicherer kann auf Einsprache hin grundsätzlich - unter dem Vorbehalt, dass die

Voraussetzungen für eine Verfahrensausdehnung erfüllt sind - nur über Rechtsverhältnisse Abklärungen treffen, befinden und entscheiden, die Gegenstand der Verfügung bildeten (RKUV 1999 Nr. U 323 S. 98 Erw. 1b).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Soweit die Vorinstanz eine Verfahrensausdehnung vorgenommen hat, prüft die Beschwerdeinstanz von Amtes deren Rechtmässigkeit im Hinblick auf die genannten kumulativen Voraussetzungen (Meyer-Blaser, Der Streitgegenstand im Streit - Erläuterungen zu BGE 125 V 413, in: Schaffhauser Schlauri, Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St. Gallen 2001, S. 24 f.).

### E. 1.3

Verfügungsweise verneinte der Beschwerdegegner ab 1. Dezember 2000 wegen mangelnder Vermittlungsfähigkeit die Anspruchsberechtigung mit der Begründung, der Beschwerdeführer habe den Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit angestrebt und sei damit der Arbeitsvermittlung nicht mehr oder nur mehr sehr bedingt zur Verfügung gestanden (Urk. 7/446-447). Im angefochtenen Einspracheentscheid prüfte der Beschwerdegegner hingegen die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers und verneinte nunmehr gestützt darauf dessen Anspruchsberechtigung, während er die Frage der Vermittlungsfähigkeit offen liess (Urk. 2 S. 6).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Anfechtungsgegenstand bildet das im Entscheid geregelte Rechtsverhältnis, welches sich am Dispositiv des Entscheides ablesen lässt. Vorliegend bildete die Frage der Anspruchsberechtigung den wirklichen rechtlichen Gehalt der angefochtenen Verfügung, während die Vermittlungsfähigkeit und/oder die arbeitgeberähnliche Position bloss die rechtliche Begründung dazu bilden. Der Beschwerdegegner hat daher im angefochtenen Entscheid nicht den Anfechtungsgegenstand ausgedehnt, sondern vielmehr eine neue Begründung zur Regelung des bereits vorgängig bestimmten Rechtsverhältnisses nachgeschoben, was grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, denn Differenzen lediglich in Bezug auf die Begründung gehen nicht zum Streitgegenstand (BGE 125 V 416 Erw. 2b; Meyer-Blaser, a.a.O., S. 28-29).

1.4 Ä Ä Ä Ä Die hier im Einspracheentscheid im Vergleich zur angefochtenen Verfügung vorgenommene Änderung der Begründung beziehungsweise einzelner Begründungselemente fällt demnach nicht unter eine Ausdehnung des Streitgegenstandes. Aber selbst wenn der Prozess im Rahmen des Streitgegenstandes bleibt, der fallentscheidenden Beurteilung indes neue Gesichtspunkte unterlegt werden, mit deren Heranziehung die Parteien nicht rechnen noch zu rechnen brauchten, verlangt der Anspruch des rechtlichen Gehalts die Einräumung einer Gelegenheit zur Äusserung (Meyer-Blaser, a.a.O., S. 27).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Stellung des Beschwerdeführers sowohl in der Genossenschaft Gärtneri A., als auch in der P. AG, in der D. AG und in der E. GmbH war bereits Gegenstand der Abklärungen im Verwaltungsverfahren (vgl. Fragebogen Urk. 7/453-457, Urk. 7/458-463; Antworten des Beschwerdeführers Urk. 7/602-605). Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer musste daher damit rechnen, dass seine diesbezüglichen Funktionen nicht bloss im Rahmen der Vermittlungsfähigkeit, sondern auch im Hinblick auf eine analoge Anwendung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die

Insolvenzentschädigung (AVIG; Ausschluss von Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung) von Belang sein könnten.

Seine Gehaltsrechte sind demnach trotz der gewechselten Begründung nicht verletzt worden, zumal es ihm unbenommen gewesen wäre, am 13. Januar 2005 nicht bloss die ihm unterbreiteten Fragen des Beschwerdegegners zu beantworten (vgl. Urk. 7/602-605), sondern sich überdies zu seiner arbeitgeberähnlichen Stellung zu äussern.

## E. 2

2.1 Gemäss Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ist bei Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen, wenn die Beanspruchung der Arbeitslosenversicherung einer Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG gleichkommt (BGE 123 V 234).

2.2 Nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben diejenigen Personen keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, 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. Da es in der Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers liegt, Kurzarbeit einzuführen, können Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung auf diese Entscheidung Einfluss nehmen und somit ihre Stellung missbrauchen (Selbstaussellung von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls). Der Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen vom Anspruch dient der Verhütung solcher Missbräuche.

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ist dem Wortlaut nach auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten. Kurzarbeit kann nun nicht allein in einer Reduktion der täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass ein Betrieb (bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis) für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird. In einem solchen Fall ist ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt.

Wird das Arbeitsverhältnis jedoch gekündigt, liegt Ganzarbeitslosigkeit vor, und es besteht unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Dabei kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbesteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliert, deretwegen er bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre.

Eine grundsätzlich andere Situation liegt jedoch dann vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann. In solchen Fällen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zu verneinen (BGE 123 V 238 f. Erw. 7f).

### E. 3

3.1. Gemäss Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) kann die Verwaltung eine formell rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, in Wiedererwägung ziehen, wenn sie zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (BGE 127 V 469 Erw. 2c mit Hinweisen). Zweifellosigkeit bedeutet, dass kein vernünftiger Zweifel daran möglich sein darf, dass eine Unrichtigkeit vorliegt; es ist ein einziger Schluss - eben derjenige auf eine Unrichtigkeit - möglich (vgl. BGE 125 V 393; Ulrich Kieser, ATSG-Kommentar, N 20 zu Art. 53).

Diese Regelung entspricht der Rechtslage, wie sie aufgrund von höchststrichterlichen Rechtsgrundsätzen bereits vor dem Inkrafttreten des ATSG galt (BGE 122 V 21 Erw. 3a, 121 V 4 Erw. 6, je mit Hinweisen). Die damaligen Prinzipien waren auch auf Entscheide anwendbar, die formlos getroffen worden waren und innert einer nach den Umständen angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist nicht beanstandet worden waren (BGE 129 V 111 f. Erw. 1.2.2 mit Hinweisen). Dies muss unter der Herrschaft von Art. 53 Abs. 1 und Abs. 2 ATSG, welche den bisherigen richterlichen Prinzipien entspricht, über den Wortlaut dieser Bestimmungen hinaus weiterhin gelten (vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, N 8 und N 19 zu Art. 53).

3.2. Dem Beschwerdeführer wurden seit Dezember 2000 mit formlosen Abrechnungen Arbeitslosentaggelder ausgerichtet (vgl. Urk. 7/259). Diese Leistungszusprachen wurden nicht angefochten und sind somit in formelle Rechtskraft erwachsen. Sie dürfen wiedererwägungsweise nur aufgehoben werden, wenn die Anspruchsberechtigung zweifellos zu Unrecht anerkannt worden ist, was nachfolgend zu prüfen ist.

### E. 4

4.1. Strittig ist zunächst, ob die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung zu verneinen ist.

4.2. Der Beschwerdegegner stellte sich im angefochtenen Einspracheentscheid vom 24. März 2005 auf den Standpunkt, dem Beschwerdeführer sei als Leiter der Administration der Genossenschaft Gärtnerei A. eine massgebliche Entscheidungsbefugnis zugekommen, wie der Verfügung der Bezirksanwaltschaft Winterthur vom 12. Oktober 2000 (vgl. Urk. 7/241) entnommen werden könne. Darin werde festgehalten, dass der Beschwerdeführer Genossenschafter und leitender Mitarbeiter der Genossenschaft Gärtnerei A. gewesen sei. Seine massgebliche Stellung sei auch dadurch belegt, dass er die Zwischenverdienstbescheinigungen selbst unterzeichnet habe. Der mangelnde Arbeitsvertrag lasse weiter darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer angesichts seiner Organstellung der sich normalerweise aus dem Vertrag ergebenden (Rechts-)Sicherheit nicht bedurfte. Schliesslich lasse auch der Lohn von rund Fr. 150'000.-- bis Fr. 300'000.-- jährlich annehmen, der Beschwerdeführer habe tatsächlich eine leitende Stellung eingenommen.

Im Weiteren sei der Beschwerdeführer als Mitglied und Präsident der Tochtergesellschaften der Genossenschaft Gärtnerei A., der P. AG und der D. AG im Handelsregister eingetragen gewesen und habe dort eine arbeitgeberähnliche Stellung inne gehabt. Der Beschwerdeführer habe somit die

Möglichkeit gehabt, sich jederzeit als Arbeitnehmer anzustellen. Da die Rechtsprechung nicht bloss dem ausgewiesenen Missbrauch, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnen wolle, sei die Anspruchsberechtigung zu verneinen (Urk. 2).

4.3 Der Beschwerdeführer stellte dagegen in Abrede, dass er in der Genossenschaft Gärtnerei A. eine materielle Organstellung innegehabt und massgebliche Einflussmöglichkeiten auf die Entscheide der Genossenschaft gehabt habe, obwohl er dort eine verantwortungsvolle Position eingenommen habe. Weder der Umstand, dass er die Zwischenverdienstabrechnungen selbst unterzeichnet habe, noch das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages oder die Lohnhöhe seien Ausdruck einer arbeitgeberähnlichen Stellung. Im Hinblick auf seine Funktionen in der P. AG und der D. AG hielt er fest, er habe diese Mandate in den Tochtergesellschaften weisungsgebunden in Sinne der Genossenschaft Gärtnerei A. ausführen müssen; daher habe er keine Möglichkeit gehabt, sich in den Tochtergesellschaften als Arbeitnehmer einzustellen. Damit könne nicht von einer missbräuchlichen Umgehung der Bestimmungen über die Kurzarbeitsentschädigung ausgegangen werden.

Schliesslich seien die meisten dieser Umstände der Arbeitslosenversicherung während der laufenden Ausrichtung der Taggelder bekannt gewesen. Es bestehe daher keine Grundlage, auf die ursprünglichen Leistungszusprachen zurückzukommen, zumal nicht von deren zweifellosen Unrichtigkeit gesprochen werden könne (Urk. 1).

## E. 5

5.1 Die letzte Arbeitgeberin des Beschwerdeführers vor der Anmeldung zum Leistungsbezug ab 1. Dezember 2000 war die Genossenschaft Gärtnerei A., B. (vgl. Urk. 7/231-232). Diese Gesellschaft wurde am 27. September 1995 ins Handelsregister eingetragen; sie ist ein nach ökologischen Grundsätzen selbstverwalteter Gärtnereibetrieb, bei dem alle Genossenschafterinnen und Genossenschafter verpflichtet sind, im Umfang eines Vollzeit- oder eines Teilzeitpensums mitzuarbeiten (Urk. 12).

Der Beschwerdeführer war gemäss eigenen Angaben seit 1997 oder 1998 und auch während der Arbeitslosigkeit Genossenschafter und Inhaber von 25 der insgesamt 185 Anteilscheine der Genossenschaft Gärtnerei A. (Urk. 7/602; vgl. auch Einvernahmeprotokoll der Kantonspolizei Zürich vom 26. September 2000, Urk. 7/616; Einvernahme durch Bezirksanwaltschaft Winterthur vom 10. Oktober 2000, Urk. 7/627).

Nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin angeblich wegen Einstellung des Betriebes (vgl. Urk. 7/231 Ziff. 14) per 30. November 2000 war der Beschwerdeführer praktisch ununterbrochen bis im März 2003 weiterhin als Buchhalter/Leiter Administration der Genossenschaft tätig (Urk. 7/262, Urk. 7/265, Urk. 7/269a, Urk. 7/273, Urk. 7/278, Urk. 7/285, Urk. 7/289, Urk. 7/293, Urk. 7/300, Urk. 7/305, Urk. 7/497-516).

5.2 Seit der Eintragung in Handelsregister der P. AG am 30. Juni 1998 war der Beschwerdeführer zunächst Mitglied und vom 30. März 1999 bis 4. Juli 2002 Präsident des Verwaltungsrates, jeweils mit Kollektivunterschrift zu zweien. Nachdem er aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden war, wurde er am 28. November 2003 erneut Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift. Wie bei der Genossenschaft Gärtnerei

A.\_\_\_\_ (vgl. Urk. 12) ist neben dem Beschwerdeführer unter anderem auch Roland Caillet im Verwaltungsrat (Urk. 13).

Der Geschäftszweck der P.\_\_\_\_ AG liegt im Bereich Gartenbau sowie im Handel mit Gärtnerartikeln, Saatgut und Pflanzen. Bei der Gründung übernahm die P.\_\_\_\_ AG gegen Ausgabe von Inhaberaktien einen Teil der Aktiven und Passiven der Genossenschaft Gärtner A.\_\_\_\_, nämlich den Geschäftsbereich P.\_\_\_\_ (Urk. 13).

Die D.\_\_\_\_ AG mit gleicher Geschäftsadresse wie die P.\_\_\_\_ AG wurde am 2. Juni 2000 ins Handelsregister eingetragen. Ihr Geschäftszweck ist der Handel mit Gartenbauartikeln, Saatgut und Pflanzen. Der Beschwerdeführer amtierte seit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister - mithin in der hier fraglichen Zeit ab 1. Dezember 2000 - zunächst als Verwaltungsratspräsident und später als Verwaltungsratsmitglied (Urk. 14).

Die Genossenschaft Gärtner A.\_\_\_\_ hält 100 % des Aktienkapitals sowohl der P.\_\_\_\_ AG als auch der D.\_\_\_\_ AG (vgl. Urk. 7/339 und Urk. 7/604),

Des Weiteren war der Beschwerdeführer - seit der Sitzverlegung am 16. November 2001 von Frauenfeld nach Winterthur, an die nämliche Adresse wie die P.\_\_\_\_ AG - Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der E.\_\_\_\_ GmbH. Alleingesellschafterin der E.\_\_\_\_ GmbH ist die Genossenschaft Gärtner A.\_\_\_\_ (Urk. 15).

Sowohl bei der P.\_\_\_\_ AG als auch bei der D.\_\_\_\_ AG ist Bruno Hangartner Revisionsstelle (Urk. 13-14).

### E. 5.5

Nachdem sich der Beschwerdeführer für die Zeit ab Dezember 2000 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet hatte, erzielte er in den Monaten Dezember 2000 (Urk. 7/262), Januar (Urk. 7/265), März bis Dezember 2001 (Urk. 7/269a, Urk. 7/273, Urk. 7/278, Urk. 7/282, Urk. 7/285, Urk. 7/289, Urk. 7/293, Urk. 7/300, Urk. 7/512, Urk. 7/514), Januar und Februar 2002 (Urk. 7/305, Urk. 7/307, Urk. 7/497-498), April bis Dezember 2002 (Urk. 7/309-320, Urk. 7/491, Urk. 7/499-511) und Januar bis März 2003 (Urk. 7/492-494, Urk. 7/513, Urk. 7/51-516) einen Zwischenverdienst als Buchhalter/Leiter Administration bei der früheren Arbeitgeberin; anschliessend war er zu 100 % arbeitsunfähig (Urk. 7/517). Diese Zwischenverdiensttätigkeit übte er aus, obwohl ihm die Bezirksanwaltschaft (heute: Staatsanwaltschaft) Winterthur am 12. Oktober 2000 die Weisung erteilte, inskünftig jegliche Mitwirkung oder Tätigkeit beim Anbau und Verkauf von Betäubungsmitteln im Zusammenhang mit dem Betrieb der Genossenschaft Gärtner A.\_\_\_\_, aber auch im Zusammenhang mit zugehörigen oder artverwandten Betrieben zu unterlassen (Urk. 7/241).

Am 3./5. Februar 2002 teilte der Beschwerdeführer dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) beziehungsweise der Arbeitslosenkasse mit, er habe von der P.\_\_\_\_ AG und der D.\_\_\_\_ AG für das Jahr 2000 zusätzliche Verwaltungsrats honorare erhalten (vgl. Urk. 7/257-258), welche nachträglich als Zwischenverdienst anzurechnen seien. Gleichzeitig hielt er fest, dass er für das Jahr 2001 wahrscheinlich nichts erhalten werde, da dies bereits durch den Lohn der Genossenschaft Gärtner A.\_\_\_\_ abgegolten sei, für die er diese Mandate erfüllte (Urk. 7/254, Urk. 7/256; vgl. auch Protokoll der Kantonspolizei Zürich vom 3. September 2000, Urk. 7/615; Einvernahmeprotokoll der Bezirksanwaltschaft Winterthur, vom 10. Oktober 2000,

Urk. 7/631). Er führte seine Arbeiten aus, die in der Genossenschaft Gärtnerei A.\_\_\_\_ bis zur Einstellung des noch aktiven Genossenschaftsbetriebes noch zu erledigen seien, nämlich Personal- und Lohnwesen und das Erstellen von Sozialversicherungs- und Buchhaltungsabschlüssen des laufenden Jahres sowie von Lohnausweisen (Urk. 7/343, Urk. 7/604; Urk. 7/626, Urk. 7/628). Der Beschwerdeführer gab ferner an, er sei von der Genossenschaft Gärtnerei A.\_\_\_\_ in den Verwaltungsrat der P.\_\_\_\_ AG delegiert worden; im Rahmen seiner Zwischenverdiensttätigkeit sei der Zeitaufwand für die P.\_\_\_\_ AG und die D.\_\_\_\_ AG sehr unterschiedlich gewesen, habe indes ab Dezember 2000 - auf wenige Tage pro Monat - stark abgenommen (Urk. 7/605). In der Polizeieinvernahme vom 26. September 2000 führte der Beschwerdeführer weiter aus, er sei Verwaltungsratspräsident und kontrolliere die Tochtergesellschaften, das heisst die P.\_\_\_\_ AG und die D.\_\_\_\_ AG. Diese Tätigkeit sei neben weiteren Aufgaben durch seinen von der Genossenschaft entrichteten Lohn abgegolten (Urk. 7/617).

Im Arbeitszeugnis vom 24. November 2000 gab die Genossenschaft Gärtnerei A.\_\_\_\_ an, der Beschwerdeführer habe einen funktionierenden Betrieb aufgebaut und sei für alle administrativen Arbeiten sowie für die Öffentlichkeitsarbeit verantwortlich gewesen. Er habe in den Tochtergesellschaften P.\_\_\_\_ AG, der D.\_\_\_\_ AG und der Q.\_\_\_\_ GmbH verschiedene Verwaltungsratsmandate übernommen, welche er auch nach der Entlassung weiterführe (Urk. 7/347).

5.6 Selbst wenn dem Beschwerdeführer trotz seiner nicht unerheblichen finanziellen Beteiligung als Genossenschafter (Inhaber von 25 der 185 Anteilscheine) insoweit gefolgt wird, dass er bei der Genossenschaft Gärtnerei A.\_\_\_\_ keine arbeitgeberähnliche Position inne hatte und deren Geschicke nicht massgeblich beeinflussen konnte - was in Anbetracht des Folgenden offen bleiben kann -, so ist doch ausgewiesen, dass er nach seiner Entlassung weiterhin als Verwaltungsrat beziehungsweise Verwaltungsratspräsident der D.\_\_\_\_ AG und zeitweise der P.\_\_\_\_ AG wie auch als Geschäftsführer der E.\_\_\_\_ GmbH tätig war. Diese Gesellschaften stehen untereinander und insbesondere auch mit der Genossenschaft Gärtnerei A.\_\_\_\_ im Sinne eines Firmenkonglomerats in engem sachlichem, persönlichen und finanziellem Zusammenhang.

Der Beschwerdeführer arbeitete im Zwischenverdienst in nicht überprüfbar Ausmass für die P.\_\_\_\_ AG und die D.\_\_\_\_ AG, wobei er für all diese Tätigkeiten von der Genossenschaft entlohnt wurde. Damit zeigt sich, dass der Beschwerdeführer weiterhin innerhalb dieses Geflechts von Betrieben in leitender Stellung tätig war. Unbehelflich ist dabei der Einwand, er habe seine Verwaltungsratsmandate bloss im Auftrag der Genossenschaft geführt und habe daher keine Möglichkeit der Wiederanstellung gehabt. Denn wegen des möglichen Missbrauchsrisikos genügt allein der Umstand der Verwaltungsratsstellung, um die Anspruchsberechtigung wegen der arbeitgeberähnlichen Stellung zu verneinen.

Ein tatsächliches Missbrauchsrisiko, welches rechtsprechungsgemäss zur Verneinung der Anspruchsberechtigung führt, ist zudem im Konkreten nicht von der Hand zu weisen. So unterzeichnete der Beschwerdeführer die Bescheinigungen über den Zwischenverdienst unbestrittenemassen selbst. Auch wenn er dies nicht in leitender Funktion, sondern bloss in delegierter Verantwortung tat, sind seine Angaben zumindest erschwert überprüfbar. Sodann betrieb der Beschwerdeführer anerkanntermassen im Zwischenverdienst einen nicht näher bestimmten Aufwand auch

für die P. \_\_\_ AG und die D. \_\_\_ AG, wobei die Genossenschaft den entsprechenden Lohn entrichtete. Dass der Beschwerdeführer seinen Aufwand für die eine oder andere Gesellschaft aufgrund seiner Stellung selbst beeinflussen konnte, ist nicht auszuschliessen.

### E. 5.7

Demnach ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Dezember 2000 noch weiterhin als Organ zumindest in Unternehmen rund um die Genossenschaft Gärtnerei A. \_\_\_ tätig war.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä In Nachachtung der höchststrichterlichen Rechtsprechung in Bezug auf Firmenkonglomerate (Entscheidung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 11. Juli 2005 in Sachen M., C 52/05, vom 20. November 2002 in Sachen A., C 63/02 und vom 14. März 2001 in Sachen K., C 376/99; weitere: Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, in: SZS 2004 S. 12 f.) ist mangels Überprüfbarkeit der Arbeitslosigkeit zur Verhütung von Missbräuchen der Umgehungstatbestand erfüllt, weshalb die Anspruchsberechtigung ab 1. Dezember 2000 grundsätzlich zu verneinen ist.

5.8 Ä Ä Ä Ä Es ist unzweifelhaft, dass in Anbetracht der Stellungen als Verwaltungsrat bei der P. \_\_\_ AG und der D. \_\_\_ AG die Anspruchsberechtigung zu verneinen ist. Daher erweist sich die ursprüngliche Leistungszusprache als offensichtlich unrichtig und die (formlosen) Verfügungen sind in Wiedererwägung zu ziehen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Dies gilt für die Zeit ab Anmeldung zum Leistungsbezug, das heisst ab 1. Dezember 2000 bis zum In-Kraft-Treten des ATSG am 1. Januar 2003, was insoweit zur Abweisung der Beschwerde führt.

### E. 6

6.1 Ä Ä Ä Ä Im zur Publikation vorgesehenen Entscheid vom 14. September 2005 in Sachen F., C 192/04, hat sich das Eidgenössische Versicherungsgericht gestützt auf Art. 27 ATSG für eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Verwaltung wie auch für ein individuelles Recht der Versicherten auf Beratung ausgesprochen. Dieses Urteil wurde am 28. Oktober 2005 in Sachen W., C 157/05, bestätigt, wobei erwogen wurde, gemäss Art. 27 Abs. 2 ATSG könne jede versicherte Person im konkreten Einzelfall vom Versicherungsträger eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen. Art. 27 Abs. 3 ATSG konkretisiere die Beratungspflicht und weite sie zugleich gegenüber dem letztgenannten Absatz aus

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Mit der Einführung dieser allgemeinen Aufklärungs- und Beratungspflicht der Sozialversicherer auf den 1. Januar 2003 wurde in der Arbeitslosenversicherung die Bestimmung des Art. 20 Abs. 4 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV, in der ab 1. Januar 1997 gültig gewesenen Fassung) aufgehoben, wonach die zuständige Amtsstelle den Versicherten auf seine Pflichten nach Art. 17 AVIG aufmerksam machte, insbesondere auf seine Pflicht, sich um Arbeit zu bemühen. Unter der damals herrschenden Rechtslage brauchten die Organe der Arbeitslosenversicherung indes grundsätzlich nicht von sich aus - spontan, ohne vom Versicherten angefragt worden zu sein - Auskünfte zu erteilen oder auf drohende Rechtsnachteile aufmerksam zu machen.

Dies galt auch für drohende Verluste sozialversicherungsrechtlicher Leistungen.

### E. 6.2

Wo die Grenzen der in Art. 27 Abs. 2 ATSG statuierten Beratungspflicht in generell-abstrakter Weise zu ziehen sind, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Mit Blick auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt steht fest, dass es gemäss höchststrichterlicher Rechtsprechung auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, dass ihre Situation (vorliegend: andauernde arbeitgeberähnliche Stellung) den Leistungsanspruch gefährden kann (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 28. Oktober 2005 in Sachen W., C 157/05).

### E. 6.3

Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt. Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskunft von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist dies der Fall, 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 127 I 36 Erw. 3a, 126 II 387 Erw. 3a; RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 121 V 66 Erw. 2a mit Hinweisen).

Es sind keine Gründe ersichtlich, diese Gleichstellung von pflichtwidrig unterbliebener Beratung und unrichtiger Auskunftserteilung nach der Kodifizierung einer umfassenden Beratungspflicht im ATSG aufzugeben

6.4 Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) am 3. Februar 2002 gemeldet hat, dass er nachträglich für das Jahr 2000 von der P. AG und der D. AG Verwaltungsratshonorare erhalten habe, die noch als Zwischenverdienst anzurechnen seien (Urk. 7/254-256). Spätestens seit diesem Moment war den Organen der Arbeitslosenversicherung bekannt, dass durch diese Funktionen die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers in Frage gestellt sein könnte.

Dies war mangels Beratungspflicht unter der Herrschaft des alten Rechts ohne Belang. Jedoch schenkte die Verwaltung auch nach dem In-Kraft-Treten des ATSG am 1. Januar 2003 der arbeitgeberähnlichen Stellung keine Beachtung. Namentlich geht aus den aufliegenden Protokollen der Beratungsgespräche nicht hervor, dass darüber gesprochen worden wäre (Urk. 7/327-329). Da die Ablehnung des Leistungsanspruches mit Verfügung vom 21. Januar 2004 (Urk. 7/251-452) erst rückwirkend erfolgte, hatte der Beschwerdeführer bis dahin keine Veranlassung, zur

Wahrung seines Anspruches aus den Gesellschaften auszutreten. Selbst die Aufforderung des AWA vom 17. November 2003 zur Beantwortung der Fragen betreffend seine Stellung in den verschiedenen Gesellschaften (vgl. Urk. 7/463-469) enthielt keinen erklärenden Hinweis dazu.

6.5 In Nachachtung der neuesten Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts hätte die Verwaltung, sobald sie in Kenntnis des Sachverhalts war und mit In-Kraft-Treten des ATSG im Rahmen der ihr obliegenden Aufklärungspflicht nicht bloss Fragen unterbreiten, sondern den Beschwerdeführer darüber aufklären müssen, dass seine andauernde arbeitgeberähnliche Stellung den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gefährdet. Sie hat dies pflichtwidrig unterlassen, was rechtsprechungsgemäss der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichzustellen ist.

Die Voraussetzungen des Gutglaubenstatbestandes sind vorliegend erfüllt: Es hat eine bestimmte Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf eine bestimmte Person gehandelt; der Beschwerdeführer durfte das RAV beziehungsweise die Arbeitslosenkasse als zuständig erachten; ferner durfte er die unterlassene Auskunft und die formlose Ausrichtung von Taggeldern dahin deuten, dass er trotz seiner arbeitgeberähnlichen Stellung Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe; dementsprechend hat er sich vorderhand nicht im Handelsregister lassen lassen; sodann hat die gesetzliche Ordnung in Bezug auf die arbeitgeberähnliche Stellung nicht geändert.

Demnach rechtfertigt sich eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Behandlung des Beschwerdeführers für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis zum Erlass der anspruchsverneinenden Verfügung vom 21. Januar 2004. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass eine Wiedererwägung bloss bei offensichtlicher Unrichtigkeit geschätzt werden darf, kann vorliegend zu Gunsten des Beschwerdeführers auch die Frage offen bleiben, ob sich der Beschwerdeführer bei korrekter Information im Handelsregister hätte lassen lassen oder ob es Gründe gab, eingetragen zu bleiben.

Demnach ist die Beschwerde in dem Sinne teilweise gutzuheissen und festzustellen, dass die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis am 21. Januar 2004 nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verneint werden kann.

Die Sache ist daher an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie die ebenfalls Streitgegenstand bildende, aber im späteren Verfahren nicht mehr weiterverfolgte Frage der Vermittlungsfähigkeit prüfe und hernach über die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis 21. Januar 2004 neu entscheide.

6.6 Im Hinblick auf die Zeit ab 22. Januar 2004, mithin ab Erlass der hier strittigen Verfügung, ist die Anspruchsberechtigung hingegen zu verneinen. Dem Beschwerdeführer musste mit der Verfügungseröffnung bewusst sein, dass seine anhaltende Organstellung die Anspruchsberechtigung gefährden könnte, zumal er ab 11. Februar 2004 auch anwaltlich vertreten war und er sich das Wissen seines Rechtsvertreters entgegen halten lassen muss. Trotz Kenntnis dieses Umstandes und nach erfolgter Aufklärung durch die Beschwerdegegnerin ist der Beschwerdeführer auch heute noch Verwaltungsratspräsident der P. AG (Urk. 13) und Verwaltungsratsmitglied der D. AG

AG (Urk. 14).

Da sich der Beschwerdeführer nicht mehr auf unterlassene Beratung berufen kann, ist eine vom Gesetz abweichende Behandlung ab Erlass der Verfügung vom 22. Januar 2004 nicht mehr gerechtfertigt. Insoweit ist die Beschwerde daher abzuweisen.

Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) in Verbindung mit Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende Beschwerde führende Person nach dem Masse ihres Obsiegens Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

In Anbetracht des bloss teilweisen Obsiegens ist die Prozessentschädigung um die Hälfte zu kürzen und auf Fr. 900.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen.

Das Gericht erkennt:

Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 24. März 2005 mit der Feststellung aufgehoben wird, dass die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis am 21. Januar 2004 nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verneint werden kann. Die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zurückergeben, damit diese über die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis am 21. Januar 2004 entscheide. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

Das Verfahren ist kostenlos.

Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine gekürzte Prozessentschädigung von Fr. 900.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Viktor Gyrfly
- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- Arbeitslosenkasse Unia Winterthur

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.