

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00213

vom 13. April 2007

ZH Sozialversicherungsgericht, 2007-04-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2006.00213

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00213 du 13 avril 2007

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00213 del 13 aprile 2007

Erwägungen

E. 2

2.1 Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sind auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht (Art. 1 Abs. 1 AVIG).

2.2 Nach Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a - d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen. Kurzarbeit setzt u.a. voraus, dass der Arbeitnehmer einen Arbeitsausfall erleidet (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG), welcher - um anrechenbar zu sein - seinerseits gewisse Voraussetzungen erfüllen muss (Art. 32 f. AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG Personen, 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, sowie deren Ehegatten. Eine gleichlautende Bestimmung besteht bezüglich des Anspruchs auf Insolvenzenschädigung (Art. 51 Abs. 2 AVIG).

2.3 Anders als bei der Kurzarbeitsentschädigung und der Insolvenzenschädigung sind Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung, denen gekündigt worden ist, vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 ff. AVIG) nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Der Sachverhalt ist jedoch unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung und der Vermittlungsfähigkeit näher zu prüfen. Nach der Rechtsprechung 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 weiter besteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch die arbeitgeberähnliche Stellung verliert. Eine grundsätzlich andere Situation liegt 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. Er behält damit die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand

Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn auf Grund ihrer Stellung bestimmen und massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V 237 Erw. 7b/bb; ARV 2000 Nr. 14 S. 67 und Nr. 15 S. 72; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, EVG, in Sachen M. vom 28. Februar 2003, C 353/01 Erw. 1.2).

E. 3

3.1.1 Der Beschwerdeführer war seit 9. Oktober 1995 Vizepräsident des Verwaltungsrats der B. AG mit Einzelzeichnungsberechtigung. Auch nach der infolge Konkursöffnung über die Gesellschaft am 11. August 2005 erfolgten Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dieser blieb der Beschwerdeführer weiterhin Vizepräsident des Verwaltungsrats der Gesellschaft. Gemäss dem sich bei den Akten befindenden Schreiben des Beschwerdeführers an die B. AG vom 10. Januar 2006 (Urk. 3/3) und dem Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrats der B. AG vom 10. Januar 2006 trat der Beschwerdeführer am 10. Januar 2006 aus dem Verwaltungsrat der Gesellschaft aus (Urk. 3/4). Am 13. Januar 2006 hat der Beschwerdeführer alsdann das Handelsregisteramt des Kantons Zürich um Löschung des Handelsregistereintrags ersucht (vgl. Urk. 11/5-6). Im Handelsregister wurde der Beschwerdeführer als Vizepräsident des Verwaltungsrats mit Einzelunterschriftsberechtigung indes erst am 10. Februar 2006 (Publikation im SHAB Nr. 33 vom 16. Februar 2006, S. 24) gelöscht.

3.2.1 Wird das Konkursverfahren nicht durchgeführt, sondern mangels Aktiven eingestellt, fallen die Befugnisse, die das Konkursrecht den Konkursorganen mit Bezug auf die Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse verleiht, dahin. Nach der Rechtsprechung behalten die Gesellschaftsorgane während der Liquidation einer Gesellschaft ihre gesetzlichen und statutarischen Befugnisse bei, soweit sie zur Durchführung der Liquidation erforderlich sind und dem Liquidationszweck nicht entgegenstehen und die daraus abgeleiteten Handlungen ihrer Natur nach nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können. Der Zustand der Liquidation dauert nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven an und führt nach Abschluss zur Löschung der Firma im Handelsregister (Urteil des EVG in Sachen S. vom 19. März 2002, C 373/00 Erw. 3b).

3.3.1 Nach der Rechtsprechung muss das Ausscheiden aus einer arbeitgeberähnlichen Stellung in einer Gesellschaft anhand eindeutiger Kriterien gemessen werden können (ARV 2003 S. 240). Die Rechtsprechung hat wiederholt darauf abgestellt, ob der Eintrag der betreffenden Person im Handelsregister gelöscht worden ist (ARV 2002 S. 185; Urteil des EVG in Sachen K. vom 8. Juni 2004, C 110/03; ARV 2005 S. 19 Erw. 2). Denn solange jemand als arbeitgeberähnliche Person im Handelsregister eingetragen ist, ist im Allgemeinen anzunehmen, dass er jederzeit das Geschäftsvolumen der juristischen Person ausdehnen und sich damit ein entsprechendes Einkommen verschaffen konnte. Erst mit der Löschung ist nach aussen hin gegenüber Dritten in verlässlicher Weise kundgetan, dass die betreffende Person endgültig aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Auf das effektiv erzielte Einkommen oder die effektiv ausgeübte Tätigkeit abzustellen, würde eine wirksame Kontrolle praktisch verunmöglichlichen (ARV 2003 S. 240; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts in Sachen M. vom 12. Januar 2007, C 277/05 Erw. 3.4, Urteil des EVG in Sachen S. vom 15. März 2006, C 278/05 Erw. 2.3).

3.4. Als Verwaltungsrat ist der Beschwerdeführer von Gesetzes wegen arbeitgeberähnliche Person (BGE 122 V 273 Erw. 3), denn dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft steht von Gesetzes wegen (Art. 716-716b des Obligationenrechts) ein auf die Entscheidungsfindung der Gesellschaft massgeblicher Einfluss zu. Zwar hat der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 10. Januar 2006 und in der gleichentags durchgeführten Verwaltungsratssitzung der B. AG seinen sofortigen Austritt aus dem Verwaltungsrat bekannt gegeben. Indessen wurde der entsprechende Eintrag im Handelsregister erst am 10. Februar 2006 gelöscht. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seine arbeitgeberähnliche Stellung in der B. AG und damit auch seine unternehmerische Dispositionsfreiheit, sich erneut als Arbeitnehmer anstellen zu lassen, im Zeitraum nach Einstellung des Konkursverfahrens vom 28. November 2005 bis zur Löschung des Handelsregistereintrags als Verwaltungsrat der B. AG vom 10. Februar 2006 beibehält. Weil damit ein Missbrauchsrisiko verblieb, wäre praxisgemäss ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für diesen Zeitraum zu verneinen.

E. 4

4.1. Zu prüfen bleibt, wie es sich mit der Aufklärungspflicht in Bezug auf den Ausschluss von arbeitgeberähnlichen Personen vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verhält.

4.2. Gemäss Art. 27 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Für Beratungen, die aufwendige Nachforschungen erfordern, kann der Bundesrat die Erhebung von Gebühren vorsehen und den Gebührentarif festlegen (Abs. 2). Stellt ein Versicherungsträger fest, dass eine versicherte Person oder ihre Angehörigen Leistungen anderer Sozialversicherungen beanspruchen können, so gibt er ihnen unverzüglich davon Kenntnis (Abs. 3).

4.3. Nach der Ausführungsbestimmung des Artikels 19a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) klären die in Art. 76 Abs. 1 lit. a-d AVIG genannten Durchführungsstellen die Versicherten über ihre Rechte und Pflichten auf, insbesondere über das Verfahren der Anmeldung und über die Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden und zu verkürzen (Abs. 1). Die Kassen klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus dem Aufgabenbereich der Kassen ergeben (Art. 81 AVIG; Abs. 2). Die kantonalen Amtsstellen und die regionalen Arbeitsvermittlungszentren klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus den jeweiligen Aufgabenbereichen ergeben (Art. 85 und 85b AVIG; Abs. 3).

4.4. Laut Art. 27 Abs. 2 ATSG kann jede versicherte Person vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen. Absatz 3 dieser Bestimmung konkretisiert die in Absatz 2 umschriebene Beratungspflicht und weitet sie zugleich gegenüber dem letztgenannten Absatz aus (Urteil des EVG in Sachen W. vom 28. Oktober 2005, C 157/05 Erw. 4.2; Ueli

Kieser, ATSG-Kommentar, S. 315 ff.; Edgar Imhof/ Christian Zünd, ATSG und Arbeitslosenversicherung, in: SZS 2003 S. 291).

4.5 Nach Rechtsprechung (BGE 131 V 472; Urteil des EVG in Sachen W. vom 28. Oktober 2005, C 157/05) und Lehre (vgl. Erw. 4.4) wird mit Art. 27 ATSG eine im Vergleich zur bisherigen Rechtslage wesentlich weitergehende Beratungspflicht stipuliert. Unter Beratung im Sinne von Art. 27 AVIG ist das individuelle Gespräch mit dem Einzelnen zur gezielten und umfassenden Unterrichtung über seine Rechte und Pflichten nach dem AVIG zu verstehen. Der Umfang der Beratung richtet sich in erster Linie nach der Kompliziertheit des jeweiligen Normenkomplexes und sodann nach dem Grad der Angewiesenheit der versicherten Person auf beratende Hilfe. Praxisgemäss gehört es denn auch zum Kern der Beratungspflicht, eine versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, dass eine andauernde arbeitgeberähnliche Stellung ihren Leistungsanspruch gefährden kann (Urteil des EVG in Sachen W. vom 28. Oktober 2005, C 157/05 Erw. 4.4 am Schluss).

E. 4.6

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 (BGE 124 V 221, 113 V 71 Erw. 2, 112 V 120 Erw. 3b; ARV 2003 S. 127 Erw. 3b, 2002 S. 115 Erw. 2c, 2000 S. 98 Erw. 2b). 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). Dieser Rechtsprechung zur Gleichstellung von pflichtwidrig unterbliebener Beratung und unrichtiger Auskunftserteilung kommt auch nach In-Kraft-Treten des ATSG weiterhin Geltung zu (BGE 131 V 472; Urteil des EVG in Sachen W. vom 28. Oktober 2005, C 157/05, Erw. 4).

E. 5

5.1 Aus den Akten ist ersichtlich, dass die zuständige Arbeitslosenkasse bereits kurze Zeit nach Eingang der Anmeldung des Beschwerdeführers zum Leistungsbezug vom 25. August 2005 (Urk. 8/23) Kenntnis von dessen Eintrag im Handelsregister als Vizepräsident des Verwaltungsrats hatte (vgl. Urk. 8/40-42). Auch ist davon auszugehen, dass sie umgehend nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven über die B. AG von diesem Umstand Kenntnis erhielt (vgl. Urk. 8/8). Die Kasse, welche bereits kurze Zeit nach Eingang der Anmeldung zum Leistungsbezug vom 25. August 2005 Kenntnis von der Organstellung des Beschwerdeführers hatte, hätte den Beschwerdeführer im Rahmen der ihr obliegenden Aufklärungspflicht bereits

während des Konkursverfahrens vor Einstellung des Konkurses mangels Aktiven darüber orientieren müssen, dass nach einer allfälligen Einstellung des Konkurses mangels Aktiven die bei der B.____ AG weiterbestehende arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers dessen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gefährde.

5.3. Die Protokolle der Gespräche des Beschwerdeführers mit dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) befinden sich indes nicht in den Akten. Es steht demnach nicht fest, ob die arbeitgeberähnliche Stellung Thema der Gespräche des Beschwerdeführers mit dem RAV war, und ob dieses den Beschwerdeführer über diese Implikation aufklärte. Es steht folglich auch nicht fest, ob oder gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer wusste oder wissen musste, dass seine arbeitgeberähnliche Stellung den Leistungsanspruch gefährde.

5.4. In Bezug auf diese Frage, erscheint der Sachverhalt daher nicht als rechtsgenügend abgeklärt. Die Sache ist daher an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie den Sachverhalt ergänzend abkläre und insbesondere sämtliche Protokolle der Gespräche des Beschwerdeführers mit dem RAV sowie allfällige weitere Gesprächsnotizen und Korrespondenz zwischen dem Beschwerdeführer und Organen der Arbeitslosenversicherung beiziehe. Insofern ist die gegen den Einspracheentscheid vom 15. Mai 2006 erhobene Beschwerde daher gutzuheissen.

5.5. Falls sich nach durchgeführter Abklärung ergeben sollte, dass die Organe der Arbeitslosenversicherung in Verletzung der in Art. 27 ATSG statuierten Aufklärungspflicht, den Beschwerdeführer nicht darüber aufklärten, dass seine arbeitgeberähnliche Stellung während der Liquidation der B.____ AG seinen Leistungsanspruch gefährde, wird insbesondere zu prüfen sein, ob der Beschwerdeführer im Vertrauen auf die pflichtwidrig unterbliebene Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Daran fehlte es beispielsweise, wenn der Beschwerdeführer aus anderen Gründen nicht unmittelbar nach Erhalt der korrekten Auskunft als Verwaltungsrat zurückgetreten wäre. Falls jedoch nach durchgeführten Abklärungen resultierte, dass der Beschwerdeführer im Vertrauen auf die pflichtwidrig unterbliebene Auskunft Dispositionen - dies kann auch eine Unterlassung sein - getroffen hätte, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, wäre, falls auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt wären ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem Zeitpunkt des pflichtwidrigen Unterlassens der Aufklärung des Beschwerdeführers durch die Organe der Arbeitslosenversicherung zu bejahen.

6. Nach ständiger Rechtsprechung gilt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung und neuen Verfolgung als vollständiges Obsiegen (Urteil des EVG vom 10. Februar 2004 in Sachen K., U 199/02, Erw. 6 mit Hinweis auf BGE 110 V 57 Erw. 3a; SVR 1999 IV Nr. 10 S. 28 Erw. 3), weshalb der vertretene Beschwerdeführer Anspruch auf eine Prozessentschädigung hat.

Nach § 34 Abs. 1 GSVGer hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ausgangsgemäss ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung auszurichten, welche mit Fr. 1'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bemessen ist.

Das Gericht erkennt:

1. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 15. Mai 2006 aufgehoben, und es wird die Sache an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückerwiesen, damit diese, nach erfolgten Abklärungen im Sinne der Erwägungen, über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 28. November 2005 bis 10. Februar 2006 neu entscheide.

2. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Das Verfahren ist kostenlos.

3. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Markus Zimmermann
- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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