

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00394 vom 31. Juli 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-07-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00394

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00394 du 31 juillet 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00394 del 31 luglio 2008

Erwägungen

E. 1

1.1 Vorliegend schrieb die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 25. Oktober 2007 das mit Einsprache vom 23. Februar 2007 gegen die Verfügung vom 22. Januar 2007 betreffend versicherten Verdienst eingeleitete Einspracheverfahren zufolge Gegenstandslosigkeit ab. Gleichtags aberkannte sie die Anspruchsberechtigung mittels Wiedererwägungsverfügung.

Der Beschwerdeführer trägt die Abschreibung der Einsprache vom 23. Februar 2007 zufolge Gegenstandslosigkeit mit der Begründung, dass die damals gestellte Forderung hinsichtlich des versicherten Verdienstes dahin fallen würde, wenn eine Einsprache gegen die Wiedererwägungsverfügung vom 25. Oktober 2007 gutgeheissen würde (Urk. 1 S. 9). Die Beschwerdegegnerin hingegen stellt sich auf den Standpunkt, dass auf die Beschwerde mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten sei (Urk. 6 S. 2).

Mit der Einsprache wird eine Art Wiedererwägungsverfahren in Gang gesetzt, in welchem die verfassende Stelle Gelegenheit erhält, ihre Verfügung nochmals zu überprüfen, bevor das Gericht sich damit befassen muss (vgl. Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] in Sachen S. vom 23. Juli 2007, I 898/06, Erw. 3.3). Somit war die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Spaltung bei der Erledigung der Streitigkeit (Wiedererwägungsverfügung und Einspracheentscheid) unnötig und unkorrekt, denn sie hätte über die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers im Einspracheverfahren gegen die Verfügung vom 22. Januar 2007 befinden können und sollen. Demzufolge ist vorliegend der Einspracheentscheid vom 25. Oktober 2007 aufzuheben und die Wiedererwägungsverfügung vom 25. Oktober 2007 als eigentlicher Einspracheentscheid zu behandeln.

Streitig und zu prüfen ist somit, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, oder allenfalls die ihm für die Monate Oktober und November 2006 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung zurückerstatten hat.

E. 2

2.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückerstatten (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG] in Verbindung mit Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung

[AVIG]).

2.2.2 Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, unter den in lit. a-d genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Erforderlich ist unter anderem, dass ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne der Kriterien in Art. 32 AVIG vorliegt (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG) und dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG).

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben diejenigen Personen, in deren Dispositionsfreiheit es liegt, Kurzarbeit einzuführen und damit den anspruchsbegründenden Sachverhalt für eine Kurzarbeitsentschädigung zu verwirklichen (vgl. BGE 123 V 236 f. Erw. 7a). Neben dem Arbeitgeber selber sind dies 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 ihre mitarbeitenden Ehegatten. Im Bereich der Arbeitslosenentschädigung (Zweites Kapitel, Art. 8 ff. AVIG) besteht keine analoge Norm zu Art. 31 Abs. 3 AVIG, mit der sich der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für bestimmte Personengruppen ausschliessen liesse. Daraus lässt sich jedoch nach höchststrichterlicher Praxis nicht der Schluss ziehen, dass die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG angeführten arbeitgeberähnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hätten. In der Botschaft (vgl. BBI 1980 III 591 f.) werde lediglich festgehalten, dass solche Personen gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein könnten. Mit dieser Umschreibung werde ansatzweise zum Ausdruck gebracht, dass bei Arbeitslosigkeit von Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung verschiedene Fallkonstellationen unterschieden werden müssten. Insbesondere verbleibe die Möglichkeit einer Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung, bei der zwar der Wortlaut des Normtextes beachtet, dessen Sinn jedoch missachtet werde (BGE 123 V 236 Erw. 7).

Das damalige EVG zog daraus den Schluss, es könne bei Arbeitslosigkeit arbeitgeberähnlicher Personen dann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn das Unternehmen geschlossen werde und das Ausscheiden der betreffenden mitarbeitenden Person definitiv sei. Entsprechendes gelte auch für den Fall, dass das Unternehmen weiterbestehe, der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin jedoch mit der Kündigung auch endgültig jene Eigenschaft verliere, wegen welcher er beziehungsweise sie bei Kurzarbeit nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine andere Situation liege aber dann vor, wenn die versicherte Person nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Unternehmen beibehalte und dadurch die Entscheidung des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen könne. Werde die unternehmerische Dispositionsfreiheit, das Unternehmen jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer oder als Arbeitnehmerin einzustellen, erhalten, laufe dies auf die rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 2 lit. c AVIG hinaus, welche Regelung ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung diene und dabei insbesondere dem Umstand Rechnung tragen wolle, dass der Arbeitsausfall arbeitgeberähnlicher Personen praktisch nicht kontrollierbar sei, da sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V 238 Erw. 7b/bb).

3. Die Beschwerdegegnerin sprach dem Beschwerdeführer den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab, weil dieser seit dem 26. Januar 2005 bei der B. AG als Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift im Handelsregister eingetragen sei und damit zweifellos eine arbeitgeberähnliche Stellung inne habe. Die arbeitgeberähnliche Stellung als Geschäftsführer bei der C. GmbH erachtete die Beschwerdegegnerin zwar als mit der Löschung dieser Gesellschaft am 11. August 2006 dahingefallen. Jedoch seien konglomeratsähnliche Abhängigkeiten zwischen den beiden Gesellschaften anzunehmen, weshalb es dem Beschwerdeführer aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung bei der B. AG theoretisch möglich wäre, die bis April 2006 für die C. GmbH ausgeübte Tätigkeit über die B. AG weiterzuführen (Urk. 7/2 S. 3).

E. 4

4.1 Anhand der bei den Akten liegenden Handelsregisterauszüge steht fest, dass der Beschwerdeführer bis zur Löschung der C. GmbH am 11. August 2006 geschäftsführender Gesellschafter war. Weiter war er Verwaltungsrat der B. AG. Für beide Gesellschaften war er kollektivzeichnungsberechtigt. Sodann dienen beide Gesellschaften dem gleichen Zweck und ihre Organe sind vorwiegend die gleichen Personen (Urk. 7/3 und Urk. 7/5).

4.2 Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt (Urk. 7/2 S. 3), ist dieser Sachverhalt mit denjenigen im Urteil des damaligen EVG vom 20. November 2002 in Sachen A. (C 63/02) und den in Erw. 2.4 weiter zitierten Urteilen vergleichbar. Demzufolge lässt sich auch im vorliegenden Fall nicht ausschliessen, dass der Beschwerdeführer nach seinem definitiven Ausscheiden aus der C. GmbH mit deren Löschung im Handelsregister am 11. August 2006 aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung bei der B. AG zumindest einen Teil der Tätigkeiten der ersten Firma über die zweite Firma abwickelt. Ob er dies tatsächlich beabsichtigte, spielt insofern keine Rolle, als die Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen will, sondern bereits dem Risiko eines solchen, welches der Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (vgl. Urteil F. des damaligen EVG vom 16. Juni 2004, C 210/03, Erw. 2 mit Hinweis). Im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung ist demzufolge von einer auch nach der Löschung der C. GmbH im Handelsregister am 11. August 2006 fortdauernden arbeitgeberähnlichen Stellung auszugehen.

Die mit Verfügung vom 22. Januar 2007 (Urk. 7/1) implizit anerkannte Anspruchsberechtigung ab 15. Mai 2006 war somit angesichts der geltenden Rechtsprechung unrichtig.

E. 5

5.1 Unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben, macht der Beschwerdeführer geltend, dass er sämtliche Umstände gegenüber der Beschwerdegegnerin am 19. Mai 2006 offengelegt habe, worauf diese ab 15. Mai 2006 Arbeitslosenentschädigung geleistet habe. Hätte man ihm nicht ausdrücklich erklärt, diese Verwaltungsratsposition bilde kein Problem, wäre er aus dem Verwaltungsrat der B. AG damals sofort zurückgetreten (Urk. 1 S. 5 und S. 8).

E. 5.2

Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung; BV), welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der 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 131 II 636 Erw. 6.1, 129 I 170 Erw. 4.1, 126 II 387 Erw. 3a, 122 II 123 Erw. 3b/cc, 121 V 66 Erw. 2a; RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223).

Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift (vgl. Art. 27 ATSG) oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt (BGE 131 V 480 Erw. 5 mit Hinweisen; vgl. auch MEYER-BLASER, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: ZSR 1992 2 Halbbd., S. 299 ff., 412 f.). In analoger Anwendung der oben erwähnten Grundsätze (wobei die dritte Voraussetzung diesfalls lautet: wenn die Person den Inhalt der unterbliebenen Auskunft nicht kannte oder deren Inhalt so selbstverständlich war, dass sie mit einer anderen Auskunft nicht hätte rechnen müssen) wurde in Fällen unterbliebener Auskunftserteilung unter anderem entschieden, dass es einer versicherten Person nicht zum Nachteil gereichen darf, wenn die Verwaltung sie zu Beginn des Leistungsbezugs trotz Kenntnis des Sachverhaltes nicht auf die Gefährdung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung durch ihre andauernde arbeitgeberähnliche Stellung hinweist (Urteil des damaligen EVG in Sachen W. vom 28. Oktober 2005, C 157/05, Erw. 5).

5.3 Vorliegend stellt somit nicht nur die von der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 19. Juni 2006 anerkannte Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers ab 15. Mai 2006 (Urk. 7/32/1) eine von der zuständigen Behörde stammende Vertrauensgrundlage im obengenannten Sinne dar. Auch hätte die Beschwerdegegnerin, welche spätestens seit 19. Mai 2006 (Urk. 7/29/1) in Kenntnis des Verwaltungsratsmandats für die B. AG war, den Beschwerdeführer im Rahmen der ihr obliegenden Aufklärungspflicht darüber orientieren müssen, dass seine andauernde arbeitgeberähnliche Stellung den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gefährde. Sie hat dies pflichtwidrig unterlassen, was rechtsprechungsgemäss der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichzustellen ist.

Dabei ergibt sich, dass die Voraussetzungen des Gutglaubenstatbestands erfüllt sind: Es hat eine bestimmte Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf eine bestimmte Person gehandelt; der Beschwerdeführer durfte die Beschwerdegegnerin als zuständig erachten; ferner durfte er die erfolgte Leistungszusprechung und die unterlassene Auskunft dahin deuten, dass er trotz der Organeigenschaft bei der B. AG Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe;

dementsprechend hat er sich vorderhand nicht im Handelsregister löschen lassen. Sodann hat die gesetzliche Ordnung seit der Anmeldung zum Leistungsbezug nicht geändert.

5.4. Indessen ist auf Grund der Akten nicht erkennbar, weshalb der Beschwerdeführer sich vor Beginn des Leistungsbezugs im Handelsregister nicht hat löschen lassen. Er hatte m glichlicherweise triftige Gründe dazu, weiterhin als Verwaltungsrat einer inaktiven Gesellschaft eingetragen zu bleiben, ohne je irgendwelche Funktionen oder Aufgaben in der Firma wahrgenommen zu haben (Urk. 7/37 und Urk. 1 S. 7). Damit steht nicht von vornherein fest, dass er die Löschung sofort vorgenommen hätte, wenn er von der Verwaltung von Anfang an auf das Problem der arbeitgeberähnlichen Position aufmerksam gemacht worden wäre. Daher ist die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie abkl re, ob der Beschwerdeführer sich sofort im Handelsregister hätte löschen lassen, wenn er korrekt informiert worden wäre, oder ob es Gründe gab, eingetragen zu bleiben. Hernach wird die Beschwerdegegnerin erneut über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung befinden.

E. 6

6.1. Nach st ndiger Rechtsprechung gilt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung und neuen Verfügung als vollständiges Obsiegen (vgl. Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts vom 10. Februar 2004 i.S. 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. Diese wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (  34 Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht).

6.2. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien ist die Prozessentschädigung auf Fr. 1'200.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

6.3. Was den sinngemässen Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung für das Einspracheverfahren (Urk. 1 S. 10) betrifft, ist Art. 52 Abs. 3 Satz 2 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). Vorliegend fallen sowohl sachverh ltlich als auch rechtlich keinesfalls leicht respektive ohne weiteres zu überblickende und zu beantwortende Fragen ins Gewicht, namentlich nicht für eine fachlich nicht kundige Person. Sogar der Beschwerdegegnerin sind sowohl während des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens als auch während des Einspracheverfahrens Fehler unterlaufen. Ein Anspruch auf eine Parteientschädigung für das Einspracheverfahren ist somit zu bejahen.  ber das Quantitativ hat die Beschwerdegegnerin im R ckweisungsverfahren zu befinden.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2007 aufgehoben und die Sache an diese zurückgewiesen wird, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1200.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Peter T. Isler
- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 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 des Beschwerdeführers oder seines Vertreters 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.