

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00052**

## **vom 9. November 2020**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2020.00052](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2020.00052)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00052 du 9 novembre 2020

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00052 del 9 novembre 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

0. August 2015 bis 22. Februar

2018 als Mitglied des Verwaltungsrats der Y.\_\_\_\_ AG (z unächst mit Einzelunterschrift , ab 8. Januar 2018 mit Kollektivunterschrift zu zweien )

im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen.

Bei derselben Gesellschaft war sie ab dem Jahr

2015 als Geschäftsleiterin tätig ( Urk. 7/385 , 7/358 und 7/353 ) .

Das Anstellungsverhältnis wurde nach einer Änderungskündigung (Urk. 7/387-389) und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit der Versicherten in der Kündigungsfrist ( Urk. 7/384) mit tels Aufhebungsvereinbarung vom 25. April 2018 per 3 1. Mai 2018 aufgelöst ( Urk. 7/342 ff . , insbesondere Urk. 7/344 ) .

Die Y.\_\_\_\_ AG wurde a m 3 0. September 2019 im Handelsregister gelöscht ( Urk. 3/2) .

Seit dem 6. April 2018 ist die Versicherte zudem als einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Z.\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ( Urk. 7/364) .

#### **E. 1.1**

X.\_\_\_\_ , geboren 1967, war vom

##### **E. 1.1.1**

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit . c des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entschei dungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsent schädigung. Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich zwar in Art. 8 ff. AVIG keine Regelung, die dieser Norm zur Kurzarbeit entsprechen würde. Nach der Rechtsprechung gilt diese Regelung jedoch grund sätzlich auch für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 123 V 234 E. 7b/ bb ). 1.

#### **E. 1.2**

Die Frage, ob eine arbeitnehmende Person einem obersten betrieblichen Entscheidungs gremium angehört und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die

Unternehmensentscheidungen nehmen kann, ist aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt, wie etwa für den Verwaltungsrat einer AG (Urteil des Bundesgerichts 8C\_515/2012 vom 15. Februar 2013 unter anderem mit Hinweis auf BGE 123 V 234 E. 7a). 1.

### **E. 1.2.1**

Bei der Beurteilung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung andauernd selbstständig erwerbender Personen ist alsdann unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung rechtsprechungs gemäss massgebend, ob der Status des Selbstständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird. So bezweckt die Arbeitslosenversicherung nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken, wozu auch anfänglich fehlende Einnahmen bzw. ein zu geringes Einkommen aufgrund entgangener Aufträge gehört. Entscheidend ist sowohl unter den Aspekten der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung als auch der Vermittlungsfähigkeit, ob die versicherte Person weiterhin den Ausbau einer auf Dauer angelegten Selbständigkeit anstrebt oder bereit ist, sich im angegebenen Umfang um eine Arbeitnehmertätigkeit zu bemühen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C\_686/2018 vom 25. Januar 2019 E. 3.2 und 4.2; 8C\_344/2018 vom 13. Juni 2018 E. 3.4).

### **E. 1.2.2**

In ARV 2008 S. 312 kam das Bundesgericht im Weiteren zum Schluss, dass bei der Aufnahme einer Tätigkeit in arbeitgeberähnlicher

Stellung während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt werden kann. Das Gericht erkannte, dass darin vielmehr ein gewichtiges Indiz für eine fehlende Vermittlungsbereitschaft zu erblicken ist. Es sah es zwar mit der gesetzlichen Schadenminderungspflicht vereinbar, dass ein Arbeitsloser sich auch nach Möglichkeiten zum Aufbau einer selbstständigen Tätigkeit umsieht. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt in einem derartigen Fall aber nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken (vgl. auch Urteil C 241/05 vom 6. April 2006 E. 2.2). Dementsprechend zieht die Aufnahme einer Tätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung während gemeldeter Arbeitslosigkeit (mit dem Ziel, diese zu überwinden) ebenfalls die Prüfung des Leistungsanspruchs unter dem Aspekt des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit nach sich (zum Ganzen: ARV 2010 S. 138, 140 E. 3.3 und E. 3.4.2 [Urteil des Bundesgerichts 8C\_635/2009]). 1.

### **E. 1.3**

Es ist folglich

jeweils im Einzelfall anhand der konkreten Umstände, vorab des chronologischen Geschehens, genau zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen eine versicherte Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung infolge Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. 2.2.1

Die Beschwerdegegnerin erwog im angefochtenen Entscheid, bei einer internen Kontrolle sei festgestellt worden, dass es sich bei der Z.\_\_\_\_ GmbH um eine Weiterführung der Tätigkeit bei der Y.\_\_\_\_ AG handle, weshalb diese nicht als Zwischenverdienst hätte

angerechnet werden dürfen, die Beschwerdeführerin ab 1. Juni 2018 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt habe und die für September 2018 bis April 2019 ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung zurückzuerstatten sei. Die Beschwerdeführerin habe nach der Löschung als Verwaltungsrätin im Handelsregister bei der Y.\_\_\_\_ AG zwar keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr innegehabt, diese aber dennoch nicht endgültig aufgegeben. So sei sie im Handelsregister als Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Z.\_\_\_\_ GmbH eingetragen, wobei der Zweck der beiden Gesellschaften identisch sei. Die Beschwerdeführerin habe selbst angegeben, die neue Gesellschaft nur gegründet zu haben, um

allenfalls Projekte

der Y.\_\_\_\_ AG weiter bzw. wieder betreuen zu können und habe das der Arbeitsvermittlung gemeldete Pensum von 100 %

aufgrund eines Auftrags für die Z.\_\_\_\_ GmbH auf 50 % reduziert. Es sei aber nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, den Aufbau einer eigenen Firma bzw. die Weiterführung des bisherigen Betriebs zu finanzieren. Bis zur Löschung ihres Handelsregistereintrags bei der Z.\_\_\_\_ GmbH oder desjenigen der Gesellschaft selbst, bestehe ein Missbrauchsrisiko.

Ein Widerspruch zur Verfügung des AWA bestehe nicht, da es sich bei der arbeitgeberähnlichen Stellung und der Vermittlungsfähigkeit um zwei verschiedene Anspruchsvoraussetzungen handle. Insofern stelle jene Verfügung auch keine falsche Auskunft dar. Zudem habe die Beschwerdeführerin die Frage Nr. 28 im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 25. Mai 2018 verneint. Im Formular «Angaben der versicherten Person» für die Kontrollperiode Juni 2018 habe sie angegeben, nur die Firma gegründet, aber noch keine Arbeit geleistet zu haben. In den Formularen

der Kontrollperioden Juli bis Dezember 2018 habe sie sowohl eine selbständige wie auch eine unselbständige Erwerbstätigkeit verneint. Mit dem Verschweigen ihrer Stellung als Geschäftsführerin und Gesellschafterin bei der Z.\_\_\_\_ GmbH habe sie falsche Angaben gemacht, weshalb sie sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen könne. Ferner habe sie auch keine nachteiligen Dispositionen im Vertrauen auf eine falsche Auskunft getroffen (Urk. 2 E. 4.-7.). 2.2

Die Beschwerdeführerin hielt in der Beschwerde indessen dafür, sie habe bei der Y.\_\_\_\_ AG ausschliesslich in Absprache und auf Instruktion des Alleinaktionärs gehandelt, der auch einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat gewesen sei.

Nach dem er

ihr gekündigt habe, sei ihr am 8. Januar 2018 das Einzelzeichnungsrecht entzogen und sie per 12. März 2018 freigestellt worden, um den Zugang zu Kunden und Mitarbeitern zu kappen. Ihr Einfluss auf die Entscheidungsfindung sei stets begrenzt gewesen; die arbeitgeberähnliche Stellung habe sie spätestens mit dem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat definitiv aufgegeben.

In Anbetracht all dessen könne nicht von einem Missbrauchsrisiko ausgegangen werden (Urk. 1 Ziff. 13-16, 42 f. und 50-52 und 55 f.).

Die Z.\_\_\_\_ GmbH habe sie mit dem Ziel gegründet, ähnliche Projekte im selben Geschäftsfeld betreuen zu können, um im Sinne der Schadenminderungspflicht einen gelegentlichen Zwischenverdienst zu erzielen, zumal sie wegen ihres Alters eine lange

Stellensuche befürchtet habe. Sie habe aber

weder die Erwartung, noch die Möglichkeit gehabt, das operative Geschäft der Y.\_\_\_\_ AG zu überführen, sondern sich dar auf ausgerichtet, zu 100 % eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Dies bestätige die Verfügung des AWA. Erst ab Januar 2019 habe die un absehbare Möglichkeit bestanden, Aufträge für die Z.\_\_\_\_ GmbH zu gene rieren ( Urk. 1 Ziff. 17 f., 31, 47, 50 und 58 f. ).

Die Gründung der selben h abe sie stets transparent kommuniziert, etwa im Erstgespräch beim RAV oder m it dem Formular für selbständig Erwerbende samt Schreiben vom 25. Juni 2018, was die Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 20. Juni 2018 und 17. Juli 2018 b elegen würden ( Urk. 1 Ziff. 20 f., 26, 55 und 73 ).

Es handle sich um eine von der Y.\_\_\_\_ AG komplett unabhängige Gesellschaft mit anderen Inhaberverhältnissen. Allein aus dem identische n Gesellschaftszweck könne nicht auf ein Konglomerat geschlossen werden ( Urk. 1 Ziff. 45, 48, 56, 59 und 62 ). Die arbeitgeberähnliche Stellung in einem

Drittbetrieb sei ohne Einfluss auf den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ( Urk. 1 Ziff. 51 und 57 ).

Sollte ihr Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung dennoch verneint werden, sei zu beachten ( Urk. 1 Ziff. 87 ), dass di e Beschwerdegegnerin das AWA mit der Abklärung der Anspruchsberechtigung, nicht bloss der Vermittlungsfähigkeit betraut habe. Dafür sprächen der W ortlaut des Auftrag s

wie auch Dispositivziffer 1 der Verfügung des AWA. Im Widerspruch dazu habe die Beschwerdegegnerin bei unveränderter bzw. bekannter Sachlage nachträglich

die arbeitgeberähnliche Stellung im Drittbetrieb herangezogen, um die Anspruchsberechtigung zu ver - neinen ( Urk. 1 Ziff. 69-72). Dies verletze das Verbot widersprüchlichen Ver - haltens, weshalb kein Rückerstattungsanspruch bestehe ( Urk. 1 Ziff. 83-85 ).

Dabei habe sie auch stets nach

den Informationen und Anweisungen des RAV und der Beschwerdegegnerin gehandelt, die nun falsch gewesen sein sollen ( Urk. 1 Ziff. 73).

Hätte man sie darüber in Kenntnis gesetzt, dass der blosser Bestand der stillliegenden Gesellschaft ihren Anspruch gefährden könnte, hätte sie diese im Handelsregister gelöscht ( Urk. 1 Ziff. 80).

Folglich seien die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt und sie von einer Rückerstattung zu befreien ( Urk. 1 Ziff. 81 f.). B ei Frage Nr. 28 im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung habe sie fälschlicherweise angenommen, diese beziehe sich auf die Y.\_\_\_\_ AG. Verheimlicht habe sie aber nichts, sondern die Beschwerdegegnerin von Anfang an über den Bestand der Z.\_\_\_\_ GmbH informiert und die Einkünfte nach Aufnahme der Tätigkeit im Januar 2019 deklariert

(Urk. 1 Ziff. 74-7)

#### **E. 1.4**

Eine besondere Situation mit erhöhter Missbrauchsgefahr liegt rechtsprechungs gemäss auch dann vor, wenn verschiedene Firmen, welche von Mitgliedern der gleichen Familie beherrscht werden, ein Firmenkonglomerat bilden. Ein solches ist dann anzunehmen, wenn verschiedene in ihrer Geschäftstätigkeit vergleich bare Firmen eng verflochten sind und fast identisch zusammengesetzte Entscheidungsgremien aufweisen, so dass sie als ein einziges kompaktes Ganzes erscheinen. Versicherte, die von einem - Teil eines Firmenkonglomerats darstellenden - Erstbetrieb entlassen wurden, und welche gleichzeitig in einem zum gleichen Konglomerat gehörenden Drittbetrieb eine arbeitgeberähnliche Stellung innehaben, könnten sich bei Bedarf in einem anderen von der Geschäftstätigkeit her vergleichbaren Betrieb des Konglomerats wieder anstellen lassen. Aus diesem Grund gelten diese Personen auch in Bezug auf den Erstbetrieb als arbeitgeberähnliche Person. Bei Verlust der Anstellung im Erstbetrieb besteht daher kein Versicherungsschutz. Arbeitslosenversicherungsrechtlich wird ein Firmenkonglomerat daher nicht anders behandelt, als eine Firma, welche verschiedene Abteilungen und Betriebe hat (BJM 2003 S. 131; Urteile des Bundesgerichts C

376/99 vom 14. März 2001 E. 3 und C 219/02 vom 17. März 2003 E. 2.3).

Bei einer solchen Vernetzung der Firmen kann es nicht genügen, um den Umgehungstatbestand nicht zu erfüllen, sich im Handelsregister als Gesellschafter und Geschäftsführer der einen Firma streichen zu lassen, wenn damit die weit reichenden Bestimmungsmöglichkeiten über die Entscheidung des anderen Betriebs nicht verloren gehen (Urteil des Bundesgerichts 8C\_143/2012 vom 19. September 2012 E. 4.3).

#### **E. 2**

5. Mai 2018

meldete sich die Versicherte b beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 7/394) und beantragte die Ausrichtung einer Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juni 2018 (Urk.

#### **E. 2.3**

Ergänzend ist der Beschwerdeantwort zu entnehmen, die Beschwerdeführerin habe der RAV-Beraterin mit E-Mail vom 3. Juni 2018 mitgeteilt, dass sie per 26. April 2018 freigestellt worden sei und keine Chance auf Übernahme oder Weiterführung der Y.\_\_\_\_ AG ihrerseits bestehe. Gemäss E-Mail des Alleinaktionärs vom 27. April 2018 habe die Beschwerdeführerin bis zum 26. April 2018 noch Zugriff auf ihre E-Mails gehabt. Folglich habe die Beschwerdeführerin die Z.\_\_\_\_ GmbH mit identischem Zweck vor Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung gegründet, während sie noch Beziehungen zur Y.\_\_\_\_ AG unterhielt und beabsichtigte, Projekte von derselben zu übernehmen. Im Übrigen habe sich die Beschwerdeführerin per 6. Februar 2020 auch von der Arbeitsvermittlung abgemeldet, weil sie bei der Z.\_\_\_\_ GmbH ausgelastet sei. Diese habe die Anfangsphase und damit das übliche Betriebsrisiko über die Arbeitslosenversicherung finanzieren wollen (Urk. 6).

#### **E. 2.4**

Die Beschwerdeführerin hielt dazu mit Eingabe vom 23. März 2020 fest, die Fronten zwischen ihr und dem Alleinaktionär der Y.\_\_\_\_ AG seien verhärtet gewesen, weshalb es a

bsurd sei zu behaupten, sie hätte auf eine Übernahme der Geschäftstätigkeit gehofft. Mit E-Mail vom 3. Juni 2018 habe sie einzig versucht, den Beginn ihrer Suchbemühungen zu belegen. Es sei zudem üblich, dass der E-

Mail-Account einer Führungsperson nach der Freistellung nicht umgehend abgeschaltet werde. Die Freistellung und das Kontaktverbot seien durch das Schreiben der Y.\_\_\_\_ AG vom 12. März 2018 belegt (Urk.

#### **E. 7**

).

Sollte das Gericht zum Schluss kommen, der Sachverhalt sei ungenügend geklärt, sei die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (Urk. 1 Ziff. 88).

#### **E. 010**

vom 28. September 2010 E. 5.1 insbesondere mit Hinweis auf BGE 131 V 472 E. 4.1, 4.3 und 5). 6.4

Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass die Beschwerdegegnerin bei Eröffnung der Rahmenfrist im Wesentlichen über die gemäss ihrer Begründung des Leistungsausschlusses relevanten Fakten verfügte, ausgenommen die erst im Sommer 2019 beantragte Reduktion des Vermittlungsgrades.

Neben der Arbeitgeberbescheinigung vom 8. Juni 2018, aus der die bisherige Arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin bei der Y.\_\_\_\_ AG ersichtlich war (Urk. 7/385), lag insbesondere in Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich betreffend die Z.\_\_\_\_ GmbH vom 19. Juni 2018 vor, dem das Eintragungsdatum vom 6. April 2018, die Funktion der Beschwerdeführerin als Gesellschafterin und Geschäftsführerin wie auch der Zweck zu entnehmen waren (Urk. 7/364). Zudem wies die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 25. Juni 2018 explizit darauf hin, dass nun seit dem 26. April 2018 feststehe, dass sie keine Möglichkeit habe, die Y.\_\_\_\_ AG zu übernehmen (Urk. 7/361), was eine Gründung der Z.\_\_\_\_ GmbH zur Fortführung der bisherigen Tätigkeit indizierte. Im «Fragebogen für selbständig Erwerbende oder in der eigenen Firma Beschäftigte» nannte sie wahrheitsgemäss Zweck und Gründungsdatum der Z.\_\_\_\_ GmbH. Sodann verneinte sie die Frage, ob die selbständige Erwerbstätigkeit auf Dauer ausgerichtet sei, ergänzte jedoch ausdrücklich, dies sei vom Geschäftsverlauf abhängig (vgl. Urk. 7/335). 6.5

Indem die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin am 7. Juli 2018 den noch ohne nähere Abklärungen oder wenigstens unter Hinweis auf eine mögliche Gefährdung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung mitteilte, die Einkünfte würden als Zwischenverdienst angerechnet (Urk. 7/334), schaffte sie eine Vertrauensgrundlage. Dabei erscheint die Behauptung der Beschwerdeführerin glaubhaft, sie hätte andernfalls ihre Firma im Handelsregister gelöscht, zumal diese mehr als ein Jahr keine respektive nur geringfügige Einnahmen generierte, die in keinem Verhältnis zum früheren Einkommen bzw. Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung standen. Für den Zeitraum ab dem 8. Juli 2018 kommt hinzu, dass das AWA die Beschwerdeführerin in diesem Vertrauen bestärkte. Allein mit den abstrakten Hinweisen ohne Bezug zur konkreten Situation etwa im Schreiben vom 20. Juni 2018 (Urk. 7/365) oder obgenannten Formular (Urk. 7/336) hätte die Beschwerdegegnerin ihrer individuellen Beratungspflicht nicht genügt, würde man letztlich ihrer Argumentation zum Leistungsausschluss folgen. 7.

Zusammenfassend hat das AWA mit Verfügung vom 18. Juli 2019 rechtskräftig über die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin entschieden. Soweit die Frage nach dem Vorliegen einer

arbeitgeberähnlichen Stellung in einem Firmenkonglomerat überhaupt davon losgelöst beurteilt werden kann, fehlt es an einem Missbrauchspotential. So wurde die Beschwerdeführerin vor der Gründung der Z.\_\_\_\_ GmbH als Verwaltungsrätin der Y.\_\_\_\_ AG im Handelsregister gelöscht, ebenso wurden ihre Handlungsbefugnisse als Geschäftsführerin eingeschränkt und es bestehen keine Hinweise auf eine verwandtschaftliche Beziehung zum Alleinaktionär / Verwaltungsrat der Y.\_\_\_\_ AG, der sie hätte rechtlich belangen können, wenn sie die Geschäftstätigkeit von seiner in ihre Firma übertragen hätte.

Die arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin in der Z.\_\_\_\_ GmbH ist unter dem Aspekt des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbständigkeit zu prüfen.

Tatsachen, die es rechtfertigen würden, auf die diesbezügliche Verfügung des AWA zurückzukommen ( Art. 53 ATSG) oder diese für die Zukunft abzuändern ( Art. 17 ATSG), sind nicht ersichtlich. Gegebenenfalls wäre die Beschwerdeführerin zudem in ihrem Vertrauen auf die Mitteilung der Beschwerdegegnerin vom 17. Juli 2018 zu schützen, wonach ihre selbständige Erwerbstätigkeit einen Zwischenverdienst darstellt, zumal die Beschwerdegegnerin sie trotz (nach eigener Ansicht) konkreter Hinweise nicht auf eine mögliche Gefährdung ihres Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung hinwies. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen, der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen die nötigen Vorkehren trifft. 8.

Das Verfahren ist kostenlos ( Art. 61 lit. a ATSG).

Nach Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende Beschwerde führende Person sodann 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 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, deren anwaltlich vertretenen, vollumfänglich obsiegenden Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 2'700.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu bezahlen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 10. Januar 2020 aufgehoben und festgestellt, dass seitens der Beschwerdeführerin keine arbeitgeberähnliche Stellung oder auf Dauer gerichtete selbständige Erwerbstätigkeit vorlag, die einen Leistungsausschluss begründen würde. Die Sache wird zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 2'700.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Philipp Haymann - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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 1 5. Juli bis und mit 1 5. August sowie vom 1 8. 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich  
Der Vorsitzende  
Die Gerichtsschreiberin  
Vogel Bonetti

## **E. 10**

### **S. 6). 3. 3.1**

Zu prüfen ist vorab, ob allenfalls der Grundsatz der abgeurteilten Sache ( res iudicata ) zum Tragen kommt. Eine solche ist zu bejahen, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, wenn der Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt abermals zur Beurteilung unterbreitet wird (BGE 125 III 241 E. 1 mit Hinweisen). Die Rechtskraftwirkung tritt nur soweit ein, als über den geltend gemachten Anspruch entschieden worden ist (BGE 121 III 474 E. 4a mit Hinweisen). Durch die Anerkennung der materiellen Rechtskraft soll den Parteien verwehrt bleiben, über den gleichen Streitgegenstand beliebig wieder ein neues ordentliches Verfahren in Gang zu setzen (Urteil des Bundesgerichts 8C\_79/2013 vom 2 5. Juli 2013 E. 2.1 mit Hinweisen). Auf ein derartiges nochmaliges Gesuch oder Rechtsmittel ist in der Folge mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzu treten. Liegt eine res

iudicata vor, ist ein neues Prozessverfahren über den nämlichen Streitgegenstand und damit eine erneute gerichtliche Beurteilung grundsätzlich nicht mehr zulässig. Die materielle Rechtskraft bzw. die Rechts beständigkeit schneidet diesfalls vielmehr die Möglichkeit ab, den Streit wiederum aufzugreifen. Die Identität der Streitsache ist dagegen zu verneinen, wenn zwar aus dem gleichen Grund wie im Vorprozess geklagt wird, aber erhebliche Tatsachen geltend gemacht werden, die seitdem eingetreten, also neu sind und den Anspruch in der nunmehr eingeklagten Form erst entstehen liessen (BGE 112 II 268 E. 1b mit Hinweis ; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 9C\_527/2016 vom 1 2. Dezember 2016 E. 2.1 ). 3.2

Die Anspruchsberechtigung ist grundsätzlich von der Arbeitslosenkasse abzuklären ( Art. 81 Abs. 1 lit . a AVIG). Bestehen darüber Zweifel, so hat sie den Fall der kantonalen Arbeitsstelle , im Kanton Zürich dem AWA (vgl. § 1 der Verordnung zum Einführungsgesetz zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, VO EG AVIG), zum Entscheid zu unterbreiten ( Art. 81 Abs. 2 lit . a AVIG).

Die kantonale Arbeitsstelle klärt die Anspruchsberechtigung ab, soweit ihr diese Aufgabe durch das AVIG übertragen ist ( Art. 85 Abs. 1 lit . b AVIG) oder überprüft die Vermittlungsfähigkeit von Arbeitslosen ( lit . d). In den Fällen nach Art. 81 Abs. 2 AVIG entscheidet sie über die Anspruchsberechtigung, gegebenenfalls die Vermittlungsfähigkeit

(vgl. Art. 85 Abs. 1 lit. e). Dies geschieht in Form einer Feststellungsverfügung. Wird diese rechtskräftig, ist die Feststellung der kantonalen Arbeitslosenstelle (oder, im Falle der Anfechtung, des Gerichts) bezüglich der Vermittlungsfähigkeit bindend. Doch trifft dies nur insofern zu, als diese zu entscheiden hat, ob und allenfalls für welchen Zeitraum eine versicherte Person diese materielle Anspruchsvoraussetzung erfüllt oder nicht. 3.3

Daraus ergibt sich dreierlei: Wird die Vermittlungsfähigkeit von der kantonalen Arbeitslosenstelle bejaht, so hat die Arbeitslosenstelle ihre Leistungen, allenfalls auch nachträglich, zu erbringen und es ist ihr verwehrt, bereits erfolgte Zahlungen zurückzufordern. Wird, zweitens, die Vermittlungsfähigkeit verneint und hat die Arbeitslosenstelle noch keine Leistungen erbracht, so darf sie für den fraglichen Zeitraum keine Leistungen erbringen. Hat die Arbeitslosenstelle, drittens, für einen Zeitraum bereits Taggelder ausbezahlt, für welche zufolge des negativen rechtskräftigen Entscheids der kantonalen Arbeitslosenstelle im Zweifelsverfahren die Anspruchsvoraussetzungen nachträglich nicht mehr erfüllt sind, gelten diese Leistungen als unrechtmässig bezogen, weshalb die Arbeitslosenstelle diese gemäss Art. 95 AVIG zurückzufordern hat.

Letzteres darf sie nach der Rechtsprechung jedoch nur tun, wenn die Wiederwägungs- oder Revisionsvoraussetzungen erfüllt sind. Ob dies zutrifft, hat die kantonale Arbeitslosenstelle nicht zu entscheiden; denn im Zweifelsverfahren geht es weder um eine Wiedererwägung noch um allfällige Rückforderungen, sondern einzig um die – unter Umständen – rückwirkende Prüfung der materiellen Anspruchsvoraussetzungen. Deshalb obliegt es der Arbeitslosenstelle bei im Zweifelsverfahren festgestellter Rechtswidrigkeit einer bestimmten Leistungsausrichtung, ihrerseits im Rückforderungsverfahren zu prüfen, ob die zweifellose Unrichtigkeit und die erhebliche Bedeutung ihrer Berichterstattung als Voraussetzungen der Wiedererwägung oder gegebenenfalls die Voraussetzungen der prozessualen Revision der verfügten Taggeldzusprechung erfüllt sind (vgl. BGE 126 V 399 E. 2.b.cc). 3.4

In seiner Verfügung vom 18. Juli 2019 (Urk. 7/214 ff.) befasste sich das AWA ausschliesslich mit der Frage der Vermittlungsfähigkeit. Dies ergibt

sich bereits aus dem Betreff der Verfügung. Das AWA wies darauf hin, dass die Z. \_\_\_ GmbH vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei der Y. \_\_\_ AG ins Handelsregister eingetragen worden sei und die Beschwerdeführerin beschlossen habe, sich der Arbeitsvermittlung aufgrund ihres Zwischenverdienstes bei der Z. \_\_\_ GmbH ab 1. Juli 2019 nur noch im Ausmass von 50 % einer Vollzeitbeschäftigung zur Verfügung zu stellen.

So dann bejahte es die Vermittlungsfähigkeit mit der Begründung, die Beschwerdeführerin stehe der Arbeitsvermittlung seit dem 1. Juni 2018 im Ausmass von 100 % zur Verfügung, sei ihren

arbeitslosenversicherungspflichtigen Pflichten stets nachgekommen

und habe glaubhaft dargelegt, dass sie bereit und in der Lage sei, ihre Tätigkeit für die Z. \_\_\_ GmbH ab dem 1. Juli 2019 [weiterhin] zugunsten einer zumutbaren Dauerstelle als Arbeitnehmerin aufzugeben.

Auch wenn die Verfügung bzw. deren Dispositiv so auszulegen ist, wie es von der Beschwerdeführerin als Adressatin in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (vgl.

BGE 114 Ia 332 mit Hinweis) , kann daher nicht angenommen werden, es sei die Anspruchsberechtigung an sich bestätigt worden. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wurde auch im Dispositiv einzig unter dem Gesichtspunkt der Vermittlungsfähigkeit bejaht; diese stellt mit Blick auf die Anspruchsberechtigung indessen nur eine von mehreren kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen dar (vgl. dazu Art. 8 Abs. 1 AVIG). 3. 5

Wie die Beschwerdegegnerin im Überweisungsschreiben an das AWA, datiert vom 21. Juni 2019, allerdings selbst zum Ausdruck brachte, hängt die Frage der Vermittlungsfähigkeit mitunter davon ab, wie die arbeitgeberähnliche Stellung bzw. selbständige Erwerbstätigkeit der Beschwerdegegnerin im Rahmen der Gründung der Z.\_\_\_\_ GmbH zu werten ist . So wies sie explizit darauf hin, dass die Beschwerdeführerin die Z.\_\_\_\_ GmbH vor dem Bezug von Arbeitslosenentschädigung und mit dem gleichen Zweck wie die Firma, aus der sie arbeitslos geworden war, gegründet habe und nun wegen eines Auftrags um eine Reduktion des Vermittlungsgrades auf 50 % bitte (vgl. Urk. 7/230).

Ein entsprechender Zusammenhang zwischen Vermittlungsfähigkeit und arbeitgeberähnlicher Stellung bzw. Ausübung einer auf Dauer ausgerichteten selbständigen Erwerbstätigkeit wird denn auch aus der Verfügung des AWA vom 18. Juli 2019 ersichtlich. So findet sich im Rahmen der allgemeinen rechtlichen Erwägungen eine Gegenüberstellung der rechtlichen Konsequenzen von arbeitgeberähnlicher Stellung und selbständiger Erwerbstätigkeit (vgl. Urk. 7/2016 f.). Darin wird zum einen festgehalten, dass eine Vermittlungsfähigkeit [ erst ] gegeben ist, sobald die versicherte Person definitiv aus dem Betrieb ausgeschieden und ihre arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgegeben hat (vgl. hierzu auch E. 1. 1. 3). Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass als selbständige Zwischenverdiensttätigkeit nur vorübergehende, zeitlich beschränkte und investitionsarme Tätigkeiten in Frage kämen. Die Aufnahme dieser Tätigkeit müsse als Reaktion auf die Arbeitslosigkeit erfolgen und allein der Schadenminderungspflicht dienen. Entspreche die Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit einem ohnehin gehegten Berufswunsch und nehme die versicherte Person die Arbeitslosigkeit zum Anlass, diesen zu realisieren, gelte sie nicht als vermittlungsfähig. Ein selbständiger Zwischenverdienst müsse innert nützlicher Frist zu Gunsten einer Arbeitnehmertätigkeit aufgegeben werden können (vgl. hierzu auch E. 1. 2.1).

Dementsprechend nahm das AWA

explizit zur Kenntnis, dass die Z.\_\_\_\_ GmbH gegründet wurde, bevor das Arbeitsverhältnis bei der Y.\_\_\_\_ AG am 31. Mai 2018 endete , und dass mit der neuen GmbH Einnahmen generiert wurden, aufgrund welcher die Beschwerdeführerin ihre Vermittlungsfähigkeit ab 1. Juli 2019 noch mit 50 % angab .

Dennoch erachtete es ihre Angaben als glaubhaft und sah keine Hinweise für eine eingeschränkte Vermittlungsfähigkeit ; vielmehr merkte es an, dass die Beschwerdeführerin trotz entsprechender Aufklärung das Ausmass von nur noch 50 % einer Vollzeitbeschäftigung beibehalten wolle. 3. 6

Zusammenfassend hat das AWA mit Verfügung vom 18. Juli 2019 über die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin entschieden und in diesem Zusammenhang sowohl eine die Vermittlungsfähigkeit ausschliessende arbeitgeberähnliche Stellung als auch den Aufbau einer auf Dauer ausgerichteten selbständigen Erwerbstätigkeit zumindest für den Zeitraum vom 1. Juni 2018 bis 18. Juli 2019 verneint. 4. 4.1

Soweit die arbeitgeberähnliche Stellung mit der Beschwerdegegnerin als separate Anspruchsvoraussetzung aufgefasst wird, ist hervorzuheben, dass verschiedene Firmen nach der in E. 1.1.4 dargelegten Rechtsprechung nur dann ein Firmenkonglomerat bilden, wenn neben der Verflechtung der Geschäftstätigkeiten, welche die Weiterausübung der bisherigen Tätigkeit erlaubt, auch eine

solche in personeller Hinsicht besteht. Andernfalls kann nicht von einer weiterhin bestehenden Möglichkeit zur Einflussnahme respektive einem kompakten Ganzen, vergleichbar mit verschiedenen Abteilungen

einer Firma, gesprochen werden. 4.2

Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Alleinaktionär und Verwaltungsrat der Y. AG (vgl. Urk. 3/3) und die Beschwerdeführerin als einzige Gesellschafterin der Z. GmbH eine enge persönliche Beziehung pflegten, geschweige denn miteinander verheiratet oder verwandt sind.

Demnach ist die Entscheidungsbefugnis der Beschwerdeführerin in den beiden Firmen näher zu beleuchten. Im Zeitpunkt der Gründung der Z. GmbH am 6. April 2018 war sie bereits nicht mehr als Verwaltungsratsmitglied der Y. AG im Handelsregister eingetragen, jedoch endete ihr Anstellungsverhältnis als Geschäftsleiterin erst per 31. Mai 2018 (vgl. Sachverhalt E. 1). 4.3

Bezüglich der Entscheidungsbefugnis der Beschwerdeführerin respektive ihrer möglichen Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit der Y. AG nach ihrem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat ergeben sich erste Hinweise aus dem Schreiben des Alleinaktionärs an sie vom 12. März 2018 (Urk. 3/4). Danach hatte der Verwaltungsrat beschlossen, die Liquidation und die Beendigung der laufenden Geschäfte, ausgenommen das «UBS Art Basel Collectors Dinner», selbst an die Hand zu nehmen. Infolgedessen wurde per sofort auf die Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin verzichtet mit Ausnahme von zwei Aufgaben: Sie sollte eine

Übersicht über alle offenen Punkte (wie Vereinbarungen, Anfragen, Offerten und Angebote)

mit bestehenden / möglichen Kunden respektive Partnern (z.B. Sponsoren) erstellen und für sämtliche Mitarbeiter Arbeitszeugnisse entwerfen. Soweit sie hierfür Daten und Unterlagen benötigte, hatte sie eine Anfrage an den Alleinaktionär zu richten.

In diesem Kontext wurde sie auf ihre arbeitsrechtlichen Treue- und Interessenwahrungspflichten, das auch während der Freistellung wirksame Konkurrenzverbot sowie

ihre Geheimhaltungspflicht aufmerksam gemacht; davon ausgenommen wurden das «UBS Art Basel Collectors Dinner» sowie die Kundenadressen, über die sie bereits vor ihrem Eintritt in die Y. AG verfügte. Ferner wurde festgehalten, dass die Beschwerdeführerin

fortan gegenüber den Mitarbeitern nicht mehr weisungsbefugt sei und keine Rechtsgeschäfte im Namen der Gesellschaft mehr abschliessen dürfe. Die Beschwerdeführerin quittierte den Empfang des Schreibens und merkte handschriftlich an, nur teilweise einverstanden zu sein.

In der Aufhebungsvereinbarung zwischen ihr und der Y.\_\_\_\_ AG vom 25. April 2018 ( Urk. 7/342 ff.) wurde festgehalten, dass sich die Gesellschaft seit

2. März 2018 in ordentlicher Liquidation befinde (Präambel lit . A) und die Beschwerdeführerin ab dem 1. Mai 2018 freigestellt werde ( Ziff. 2 lit . a). Bis dahin habe sie ihren ordentlichen Arbeitspflichten gemäss Arbeitsvertrag nachzukommen , wobei sie insbesondere verpflichtet sei, eine Übersicht über die offenen Punkte mit Kunden / Partnern sowie für sämtliche Mitarbeiter Arbeitszeugnisse zu erstellen ( Ziff. 3.1 lit . a). Des Weiteren wurde ein Vertretungsverbot vom Zeitpunkt der Freistellung an statuiert ( Ziff. 3.7) und festgehalten , dass die Beschwerdeführerin während der Freistellung weiterhin an ihre Treue- und Interessenwahrungspflicht gebunden sei ( Ziff. 3.1 lit . b), sie einer umfassenden Herausgabepflicht (einschliesslich sämtlicher Kundendaten) unterliege und alle auf eigenen Daten verarbeiteten und gespeicherten vertraulichen Informationen zu vernichten habe. Speichern und weiterhin nutzen dürfe sie die Kundendaten, die von ihr ins Arbeitsverhältnis eingebracht oder während des Arbeitsverhältnisses entstanden seien ( Ziff. 3.5) . Schliesslich wurde die Aufhebungsvereinbarung unter der suspensiven Bedingung geschlossen, dass die Übertragung des Dienstleistungs vertrages mit der UBS auf die Beschwerdeführerin zustande komme ( Ziff. 4).

Mit E-Mail vom 27. April 2018 informierte der Alleinaktionär der Y.\_\_\_\_ AG die Beschwerdeführerin, dass im Zusammenhang mit dem Beginn der Freistellung gemäss gestrigem Meeting ihr Server- und E-Mail-Zugriff per 1. Mai 2018 abgeschaltet werde .

Mit Blick auf den Vorschlag für eine «out- of -office»-Nachricht sei neu Y.\_\_\_\_ AG in Liquidation zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin leitete die E-Mail am 3. Juni 2018 ans RAV weiter und erläuterte , diese bestätige am ehesten, dass sie am 26. April 2018 definitiv freigestellt worden sei und die Y.\_\_\_\_ AG liquidiert werde, ohne dass ihrerseits eine Chance auf eine Übernahme oder Weiterführung bestehe (vgl. Urk. 7/357). 4.4

Zusammenfassend ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Alleinaktionär der Y.\_\_\_\_ AG in seiner Funktion als Verwaltungsrat

die Handlungsbefugnisse der Beschwerdeführerin spätestens ab dem 12. März 2018

stark eingeschränkte , auch wenn sie sich damit nur teilweise einverstanden zeigte und in der Aufhebungsvereinbarung letztlich eine mildere Formulierung gewählt wurde. Dass die Beschwerdeführerin bis 1. Mai 2018 noch Zugriff auf ihre E-Mails hatte, spricht zwar – wie die beiden ihr übertragenen spezifischen Aufgaben - gegen eine vollständige Befreiung von der Arbeitspflicht ab 12. März 2018 , indiziert aber

entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin

keine arbeitgeberähnliche Stellung .

Es ist sodann nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin für eine selbständige Erwerbstätigkeit jene Tätigkeit wählte , in der sie über Erfahrung und ein soziales Netzwerk verfügte. Dabei räumte sie ein, dass sie zunächst das Geschäft der Y.\_\_\_\_ AG übernehmen wollte und deshalb die Z.\_\_\_\_ GmbH mit identischem Gesellschaftszweck gründete (vgl. dazu auch Urk. 7/94) . Aus der E-Mail vom 3. Juni 2018 geht allerdings klar hervor, dass diese Absicht bei Beginn der Rahmenfrist am 1. Juni 2018 nicht mehr bestand. Von der Y.\_\_\_\_ AG letztlich zugestanden wurde der Beschwerdeführerin, die Daten der von ihr vor und während des Arbeitsverhältnisses akquirierten Kunden zu nutzen. Dabei trat sie allerdings in Konkurrenz zur Y.\_\_\_\_ AG , insoweit sie ihr diese Daten

ebenfalls herausgeben musste und abgesehen vom Auftrag der UBS keine bestehenden Verträge übernehmen konnte. Die vorliegende Konstellation ist daher nicht vergleichbar mit denjenigen, in welchen die Rechtsprechung von einem Firmenkonglomerat ausging, weil eine versicherte Person entweder zwei Firmen besass und somit die Möglichkeit hatte, die bisherige Geschäftstätigkeit ( bestehende Verträge, Kunden stamm, betriebliche Struktur) telquel von der e inen in die andere Firma zu überführen, oder ihre bisherige Tätigkeit in einem bereits laufenden Betrieb eines Familienmitglieds fortführen konnte. Eine Datei mit potentiellen Kunden und ein Auftrag erleichtern zwar den Aufbau einer eigenen selbständigen (dauernden oder vorübergehenden) Erwerbstätigkeit, erlauben aber nicht die nahtlose Fortführung der bisherigen Geschäftstätigkeit. Die Liquidation der alten Firma lag denn auch nicht im Einflussbereich der Beschwerdeführerin, wurde nicht in ihrem Interesse abgewickelt und dauerte noch eineinhalb Jahre. 4.5

Die Beschwerdeführerin legte somit

glaubhaft dar, dass ihr aufgrund der gelebten Verhältnisse bei der Gründung der Z.\_\_\_\_ GmbH am 6. April 2018 mit über wiegender Wahrscheinlichkeit keine arbeitgeberähnliche Stellung in der Y.\_\_\_\_ AG mehr zukam. Zumindest aber hätte sie auch bei gleichzeitiger arbeitgeber ähnlicher Stellung in beiden Firmen bis zum 31. Mai 2018 die Geschäftstätigkeit nicht übertragen können, ohne ihre vertraglichen und gesetzlichen Pflichten als Arbeitnehmerin / gegebenenfalls faktisches Organ der Y.\_\_\_\_ AG zu verletzen. Da sie nicht Eigentümerin derselben war und zum Alleinaktionär /V erwaltungsrat keine enge persönliche Beziehung bestand, hätte sie diesbezüglich mit rechtlichen Konsequenzen rechnen müssen. Unter diesen Gesichtspunkten kann für den Zeitraum vom 6. April bis 31. Mai 2018 kein leistungsausschliessendes Missbrauchs potential im Rahmen eines Firmenkonglomerats angenommen werden. Inwiefern ein solches nach dem definitiven Ausscheiden der Beschwerdeführerin aus der Y.\_\_\_\_ AG bestehen haben soll, ist mangels anderweitiger personeller und funktioneller Verflechtung der Gesellschaften nicht ersichtlich. 5. 5.1

Soweit es die arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin in der Z.\_\_\_\_ GmbH betrifft, ist der Sachverhalt nach dem vorstehend Ausgeführten letztlich mit dem Tatbestand der Aufnahme einer

Tätigkeit in arbeitgeber ähnlicher Stellung während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug zu vergleichen. So erfolgte die Gründung der Z.\_\_\_\_ GmbH im Hinblick auf die Vermeidung der bevorstehenden Arbeitslosigkeit nach der Kündigung durch die Arbeitgeberin und fast parallel zur Anmeldung bei der Arbeitsvermittlung. Dies führt zu einer Prüfung des Leistungsanspruch s unter dem Aspekt des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit; eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG scheidet hingegen aus (vgl. hierzu E. 1.2.2 und 1.2.3).

Das von der Beschwerdeführerin angeführte Urteil des Bundesgerichts C 171/03 vom 31. März 2004 ist nicht vergleichbar. Dieses betraf einen Fall, in welchem bei arbeitgeberähnlicher Stellung im Erstbetrieb eine unselbständige Tätigkeit ohne arbeitgeberähnliche Stellung in einem Drittbetrieb ausgeübt wurde, aus der ein Anspruch auf Arbeitslosentschädigung resultierte. Vorliegend wurde indessen in zwei Betrieben nacheinander eine arbeitgeberähnliche Stellung ausgeübt, wobei die Anspruchsberechtigung zudem im Zusammenhang mit der zuerst ausgeübten

unselbständigen Tätigkeit mit arbeitgeberähnlicher Stellung steht. 5.2

Die Beschwerdegegnerin ging zunächst von einem Zweifelsfall aus und überwies die Sache am 21. Juni 2018 zum Entscheid über die Vermittlungsfähigkeit, vorab über die Frage, ob die Beschwerdeführerin die Arbeitslosenentschädigung zum Aufbau der nächsten Firma nutze, ans AWA (vgl. Urk. 7/230). Wie bereits in E. 3.4 und 3.5 erörtert, erwog dieses in seiner Verfügung vom 18. Juli 2019, es gebe keine Hinweise aus den Akten, welche ihre Vermittlungsfähigkeit [ab 1. Juni 2018] in Frage stellen würde. Die Beschwerdeführerin habe sich aufgrund ihres Zwischenverdienstes bei der Z.\_\_\_\_ GmbH entschlossen, sich der Arbeitsvermittlung nur noch im Ausmass von 50 % zur Verfügung zu stellen. Sie habe [jedoch] glaubhaft dargelegt, dass sie bereit und in der Lage sei, ihre Tätigkeit ab dem 1. Juli 2019 für die Z.\_\_\_\_ GmbH zugunsten einer zumutbaren Dauerstelle als Arbeitnehmer aufzugeben. Der erzielte Lohn bei der Z.\_\_\_\_ GmbH werde trotz Pensumsreduktion als Zwischenverdienst angerechnet (vgl. Urk. 7/217). 5.3

Beim angefochtenen Einspracheentscheid handelt es sich somit um eine abweichende Beurteilung der Tätigkeit der Beschwerdeführerin bei der Z.\_\_\_\_ GmbH. Die Beschwerdegegnerin brachte im angefochtenen Einspracheentscheid keine seit Erlass des AWA-Entscheids neu entdeckten (Art. 53 Abs. 1 ASTG) oder neu eingetretene(n) Tatsachen (Art. 17 ATSG) vor, welche darauf hätten schliessen lassen, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführerin für die Z.\_\_\_\_ GmbH bereits vor ihrer Abmeldung von der Arbeitsvermittlung im Februar 2020 soweit fortgeschritten war, dass es ihr nicht oder kaum mehr möglich gewesen wäre, eine unselbständige Tätigkeit anzunehmen. Ebenso wenig legte sie im angefochtenen Entscheid dar, weshalb der einst als « Zweifelsfall » überwiesene Sachverhalt vom AWA offensichtlich unrichtig entschieden worden wäre.

Aufgrund der Akten besteht insbesondere keine Grund zur Annahme, die Gründung der Z.\_\_\_\_ GmbH sei von langer Hand geplant gewesen. Diese erfolgte vielmehr als Reaktion auf die bevorstehende Arbeitslosigkeit, nachdem die Arbeitgeberin die Kündigung ausgesprochen hatte.

Bereits bei Beginn der Rahmenfrist stand fest, dass die ursprünglich angedachte Übernahme der Geschäftstätigkeit der Y.\_\_\_\_ AG an deren Verwaltungsrat scheiterte, worauf die Beschwerdeführerin die Idee einer eigenen GmbH zunächst nicht weiter verfolgte. Erst ab Januar 2019 generierte sie geringfügige Einnahmen, wobei sie sich nach eigenen Angaben neu orientiert und auf Sportler spezialisiert hat. Wann genau der Aufwand und die Investitionen der Beschwerdeführerin zu gross wurden

bzw. ihr Willen nicht mehr gegeben war, die eigene Firma bei einem Angebot für eine zumutbare unselbständige Tätigkeit aufzugeben, nachdem sie sich umorientiert hatte, ist letztlich eine Ermessensfrage. Dass das AWA diesen Zeitpunkt am 1. Juli 2019 trotz der erbetenen Reduktion des Vermittlungsgrades auf 50 %

(bei im Vergleich zum letzten regulären Einkommen sehr geringen Einnahmen) noch nicht gekommen sah, kann nicht ohne weiteres als offensichtlich unrichtig bezeichnet werden. Für den Zeitraum ab Erlass der Verfügung des AWA (18. Juli 2019) bis zum Erlass des angefochtenen Einspracheentscheids (10. Januar 2020) sind aus den Akten keine neuen Tatsachen ersichtlich, die Anlass für eine neue Beurteilung gäben.

Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen es in den Zuständigkeitsbereich der Beschwerdegegnerin fällt, einen formell rechtskräftigen

Entscheid des AWA rückwirkend oder für die Zukunft abzuändern. 6. 6.1

Gemäss Rechtsprechung (BGE 143 V 95 E. 3.6.2) kann nach dem in Art. 9 der Bundesverfassung (BV) verankerten Grundsatz von Treu und Glauben eine unrichtige Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür ist, dass: a) es sich um eine vorbehaltlose Auskunft der Behörden handelt; b) die Auskunft sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht; c) die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, dafür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; d) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres hat erkennen können; e) der Bürger im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteile rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat; f) die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung; g) das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht überwiegt. 6.2

Vertrauensschutz setzt nicht zwingend eine unrichtige Auskunft oder Verfügung voraus; er lässt sich auch aus einer blossen behördlichen Zusicherung und sonstigen, bestimmte Erwartungen begründendem Verhalten der Behörden herleiten. 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 gleich gestellt (BGE 131 V 472 E. 5). 6. 3

Gemäss Art. 27 Abs. 2 ATSG hat zudem jede Person 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. Ohne die Grenzen der Beratungspflicht in generell-abstrakter Weise zu ziehen, hat das Bundesgericht entschieden, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehöre, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden. Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung dieser Beratungspflicht kommt gemäss Rechtsprechung einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich. Dieser hat in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen, sofern sämtliche Voraussetzungen des öffentlichrechtlichen

Vertrauensschutzes

erfüllt

sind

(Urteil

des

Bundesgerichts

8C\_383/2

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