

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 7}  
C 277/05

Urteil vom 12. Januar 2007  
I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Widmer, präsidierendes Mitglied,  
Bundesrichterin Leuzinger, Bundesrichter Ferrari,  
Kernen, Seiler,  
Gerichtsschreiber Hadorn.

Parteien  
Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich, Arbeitslosenversicherung, Stampfenbachstrasse  
32, 8001 Zürich, Beschwerdeführer,

gegen

M.\_\_\_\_\_, 1968, Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Paul Hollenstein,  
Stockerstrasse 39, 8002 Zürich.

Gegenstand  
Arbeitslosenversicherung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons  
Zürich  
vom 29. August 2005.

Sachverhalt:

A.

Mit Verfügung vom 13. Dezember 2004 verneinte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons  
Zürich (AWA) den Anspruch von M.\_\_\_\_\_ (geb. 1968) auf Arbeitslosenentschädigung ab 28. Juni  
2004. Daran hielt es mit Einspracheentscheid vom 10. März 2005 fest.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit  
Entscheid vom 29. August 2005 gut. Es stellte fest, dass M.\_\_\_\_\_ Anspruch auf  
Arbeitslosenentschädigung habe, falls die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien.

C.

Das AWA hat Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, der kantonale Entscheid sei  
aufzuheben, und der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung sei vom 28. Juni 2004 bis 17. Januar  
2005 zu verneinen.

M.\_\_\_\_\_ lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen, während das  
Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR  
173.110) in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Damit wurde das Eidgenössische  
Versicherungsgericht und das Bundesgericht in Lausanne zu einem einheitlichen Bundesgericht (an  
zwei Standorten) zusammengefügt (Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern  
2007, S. 10 Rz 75). Dieses Gesetz ist auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des  
Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der  
angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist (Art. 132 Abs. 1 BGG).  
Da der kantonale Gerichtsentscheid am 29. August 2005 und somit vor dem 1. Januar 2007 erlassen  
wurde, richtet sich das Verfahren nach dem bis 31. Dezember 2006 in Kraft gestandenen  
Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) vom 16. Dezember 1943 (vgl.  
BGE 132 V 393 Erw. 1.2 S. 395).

2.

Das kantonale Gericht hat die gesetzliche Vorschrift zum Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) und die Rechtsprechung zur analogen Anwendung dieser Bestimmung auf arbeitgeberähnliche Personen, die Arbeitslosenentschädigung beantragen (BGE 123 V 234 Erw. 7 S. 236), richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

3.

Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

3.1 Gemäss den Akten hat der Beschwerdegegner sein Arbeitsverhältnis bei der Firma X. \_\_\_\_\_ am 27. November 2003 auf Ende Januar 2004 gekündigt. Am 16. März 2004 liess er sich bis 18. Januar 2005 als Gesellschafter und Geschäftsführer der Y. \_\_\_\_\_ GmbH mit Einzelunterschrift und einer Stammkapitalbeteiligung von 95 % im Handelsregister eintragen. Wie auch die Vorinstanz einräumt, hatte er somit eine arbeitgeberähnliche Stellung inne.

3.2 Das kantonale Gericht sah trotz der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 Erw. 7 S. 236 in der arbeitgeberähnlichen Position kein Hindernis für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Es begründete dies damit, dass der Beschwerdegegner keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten habe, da er während der ganzen Beschäftigungsdauer in der erwähnten GmbH nie Lohn bezogen habe. Wo aber kein Arbeitsausfall vorliege, könne auch kein solcher durch Missbrauch der arbeitgeberähnlichen Stellung beeinflusst werden. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG bezwecke zu verhindern, dass eine Person mit Arbeitgeberkompetenzen das eigene Pensum bei schlechtem Geschäftsgang zu Lasten der Arbeitslosenversicherung auf Null reduziere, um es bei besseren Aussichten wieder zu erhöhen. Wenn aber, wie vorliegend, der Versuch, sich selbstständig zu machen, von Anfang an misslinge und keinen Gewinn bzw. Lohn abwerfe, gebe es aus der Optik von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nichts zu reduzieren und fehle die wirtschaftliche Substanz zur späteren Reaktivierung des Betriebs, weshalb ein Missbrauch auf Grund der tatsächlichen Umstände ausgeschlossen sei.

3.3 Der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Zu Recht verweist die Beschwerdeführerin auf das in ARV 2005 S. 19 publizierte Urteil H. vom 12. November 2004 (C 117/04), in welchem das Eidgenössische Versicherungsgericht einen nahezu identischen Sachverhalt zu prüfen hatte und einer arbeitgeberähnlichen Person, die in einem soeben eröffneten Betrieb noch keine Einkünfte erzielte, den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung abgesprochen hat. Es ist nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, dafür einzustehen, dass sich bei Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zunächst keine grossen Einnahmen erzielen lassen (ARV 2002 S. 56 Erw. 2 [Urteil G. vom 16. Juli 2001, C 353/00]; Urteil B. vom 22. Juni 2005, C 19/05). Wer eine selbstständige Tätigkeit ausübt, kann grundsätzlich nicht gleichzeitig Arbeitslosenentschädigung beziehen, selbst wenn er mit seiner selbstständigen Tätigkeit vorübergehend kein oder nur ein geringes Einkommen erzielt. Dasselbe gilt für arbeitgeberähnliche Personen im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG (BGE 123 V 234 Erw. 7b S. 237; C 20/05 Erw. 3.4; C 194/03 Erw. 2.3; C 92/02 Erw. 4). Der Gesellschafter einer GmbH hat von Gesetzes wegen mangels anderslautender Regelung das Recht und die Pflicht zur

Geschäftsführung (Art. 811 Abs. 1 OR) und gilt daher als arbeitgeberähnliche Person ohne Anspruchsberechtigung (Urteil C 102/04 Erw. 3 und 4.2.2). Diese Rechtsprechung mag hart erscheinen, wird aber immerhin gemildert durch die inzwischen vom Gesetzgeber geschaffene Möglichkeit der Verlängerung der Rahmenfrist bei der Aufnahme und dem späteren Scheitern einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (Art. 9a sowie Art. 71d Abs. 2 AVIG), was auch für arbeitgeberähnliche Personen gilt (C 94/06).

3.4 Der Beschwerdegegner war bis 18. Januar 2005 Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH und hatte nach dem Gesagten bis zu diesem Zeitpunkt keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Eine Ausnahme gilt für Personen, die nach der Kündigung ihrer früheren unselbstständigen Erwerbstätigkeit arbeitslos waren, Arbeitslosenentschädigung bezogen und während der Dauer ihrer Arbeitslosigkeit einen Zwischenverdienst (Art. 24 AVIG) erzielen. Dies kann auch der Fall sein, wenn solche Personen erst im Verlauf der Arbeitslosigkeit ihre eigene GmbH gründen (C 102/04 Erw. 4.2.1). Vorliegend hat jedoch der Beschwerdegegner seine unselbstständige Tätigkeit Ende Januar 2004 aufgegeben, um sich dem Aufbau eines eigenen Geschäfts in der Rechtsform einer GmbH zu widmen. Er nahm damit in Kauf, dass er mit diesem Vorhaben anfänglich nur wenig Umsatz erzielen oder gar scheitern würde. Er macht freilich geltend, er beziehe nicht nur vorübergehend kein Einkommen mehr, sondern er habe im Rahmen seiner GmbH überhaupt nie eine Tätigkeit ausgeübt und auch kein Einkommen erzielt. Nach der Rechtsprechung hat indessen eine arbeitgeberähnliche Person nur Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie endgültig aus der Firma ausgeschieden ist. Dieses

Ausscheiden muss anhand eindeutiger Kriterien gemessen werden können (ARV 2003 S. 240 [Urteil F. vom 14. April 2003, C 92/02]). Die Rechtsprechung hat wiederholt darauf abgestellt, ob der Eintrag der betreffenden Person im Handelsregister gelöscht worden ist (ARV 2002 S. 185; bestätigt im Urteil K. vom 8. Juni 2004 [C 110/03] mit zahlreichen Hinweisen; ARV 2005 S. 19 [C 117/04] Erw. 2).

Diese Rechtsprechung dient nicht nur der Rechtssicherheit, sondern auch dem Anliegen, Missbräuche zu vermeiden: 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 könnte. Auf das effektiv erzielte Einkommen oder die effektiv ausgeübte Tätigkeit abzustellen, würde eine wirksame Kontrolle praktisch verunmöglichen (C 92/02 Erw. 4). Der Beschwerdeführer hat sich denn auch erst am 28. Juni 2004 bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet und in dem am 22. Oktober 2004 ausgefüllten Fragebogen angegeben, er habe die Tätigkeit in der GmbH "bereits seit Juni 2004 aufgegeben". Im Schreiben vom 15. August 2004 bringt er vor, das Softwareprodukt, das er in seiner GmbH hätte vertreiben wollen, sei leider nicht auf den genannten Termin und in der erforderlichen Qualität bereitgestellt worden. Daraus kann gefolgert werden, dass - wenn dies der Fall gewesen wäre - er durchaus mit seiner GmbH die geplante Tätigkeit ausgeübt und wohl auch ein entsprechendes Einkommen erzielt hätte. Dass dies nicht zu Stande kam, ist typisches Unternehmerrisiko, für welches nicht die Arbeitslosenversicherung einzustehen hat.

4.

Im erwähnten Fragebogen hat der Beschwerdeführer allerdings auf die Frage "Wären Sie bereit, die Tätigkeit innerhalb dieser Firma aufzugeben und die Firma zu liquidieren oder zu verkaufen, um der Arbeitsvermittlung uneingeschränkt zur Verfügung zu stehen?" geantwortet: "Ja, falls dies absolut notwendig ist und rechtlich die einzige Alternative darstellt." Diese Aussage kann nur so verstanden werden, dass der Beschwerdegegner zwar lieber die GmbH beibehalten hätte, sie aber liquidiert hätte oder sich hätte löschen lassen, wenn er sich bewusst gewesen wäre, dass seine arbeitgeberähnliche Stellung seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vereiteln würde. Unter diesen Umständen wäre die Verwaltung auf Grund von Art. 27 ATSG verpflichtet gewesen, den Beschwerdegegner auf die Rechtsfolgen der arbeitgeberähnlichen Stellung aufmerksam zu machen. Wäre eine solche Information erfolgt, ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass der Beschwerdegegner unverzüglich seine Löschung im Handelsregister an die Hand genommen hätte, von diesem Zeitpunkt an - d.h. ab November 2004 - hätte er alsdann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt. Aus den Akten ergibt sich kein Hinweis, dass eine solche Auskunft

erfolgt wäre. Da dies pflichtwidrig unterlassen worden ist, ist der Beschwerdegegner so zu stellen, wie wenn die Verwaltung ihm die gebotene Auskunft erteilt hätte (BGE 131 V 472 Erw. 5 S. 480; C 157/05 Erw. 6).

5.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Das Beschwerde führende Amt hat dem teilweise obsiegenden Beschwerdegegner eine reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 29. August 2005 dahin abgeändert, dass der Beschwerdegegner ab November 2004 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich hat dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor dem Bundesgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wird über eine Neuverlegung der Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Arbeitslosenkasse Unia, Regensdorf, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 12. Januar 2007

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber: