Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 295/03

Urteil vom 10. Februar 2005
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Ursprung; Gerichtsschreiber Signorell

Parteien
Staatssekretariat für Wirtschaft, Direktion Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung, TCRV, Effingerstrasse 31, 3003 Bern, Beschwerdeführer,

gegen

F._____, 1960, Beschwerdegegner, vertreten
durch Rechtsanwalt Burkard J. Wolf, Radgasse/
Konradstrasse 9, 8021 Zürich,

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 8. Dezember 2003)

Sachverhalt:
A.
F._____ meldete sich, nachdem der Arbeitsvertrag mit der S._____ GmbH auf Ende August 2002 aufgelöst wurde, bei der Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI (neu ab 1. Januar 2005 Unia Arbeitslosenkasse) zum Leistungsbezug ab 1. September 2002 an. Da deren Abklärungen ergaben, dass der Gesuchsteller Gesellschafter und Geschäftsführer der Arbeitgeberin ist, überwies sie am 4. November 2002 die Akten dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) zum Entscheid. Das AWA verneinte mit Verfügung vom 29. Januar 2003 einen Anspruch auf Taggelder für die Zeit ab 17. September 2002. Mit Entscheid vom 5. März 2003 trat das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich auf eine dagegen erhobene Beschwerde mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein und überwies diese dem AWA zur Behandlung als Einsprache. Mit Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2003 wies das AWA die Einsprache ab.
B.
Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hiess mit Entscheid vom 8. Dezember 2003 eine dagegen erhobene Beschwerde in dem Sinne gut, dass es die Sache an die Verwaltung zurückwies, damit diese im Sinne der Erwägungen verfahre.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) die Aufhebung des kantonalen Entscheids.
F._____ lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen. Zudem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung. Das AWA verzichtet auf Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Vorinstanz bejahte die Anspruchberechtigung spätestens ab 23. September 2002 (Datum der Konkurseröffnung) und wies die Verwaltung an zu prüfen, ob diese allenfalls bereits ab einem früheren Zeitpunkt zu bejahen sei. Streitig ist vorliegend, ob der Beschwerdegegner vor der Löschung der S._____ GmbH im Handelsregister einen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung hat.
2.
Das kantonale Gericht hat die gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 ff. AVIG) und auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 ff. AVIG) sowie die Rechtsprechung zum Ausschluss von Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei missbräuchlicher Umgehung der Vorschriften über die Kurzarbeitsentschädigung (BGE 123 V 237 Erw. 7) richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.
Die vorinstanzliche Erwägung, das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) finde Anwendung, ist hingegen zu präzisieren. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in BGE 130 V 330 erkannt, dass sich aus der Übergangsbestimmung des Art. 82 Abs. 1 ATSG, mit Ausnahme der darin speziell geregelten Sachverhalte, keine allgemein gültigen intertemporalrechtlichen Schlüsse ziehen lassen. Aus Art. 82 Abs. 1 ATSG lässt sich insbesondere nicht ableiten, dass der Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung oder - bei Durchführung des Einspracheverfahrens - des Einspracheentscheides für die Anwendung der materiellen Normen des neuen Gesetzes in Bezug auf Leistungen, welche bei dessen In-Kraft-Treten noch nicht rechtskräftig festgelegt worden sind, massgebend ist. Vielmehr muss diesbezüglich - von den in Art. 82 Abs. 1 ATSG spezifisch normierten Tatbeständen abgesehen - von den allgemeinen Regeln ausgegangen werden, welche im Bereich des Übergangsrechts entwickelt worden sind. Danach sind in zeitlicher Hinsicht - auch bei einer Änderung der gesetzlichen Grundlage - grundsätzlich diejenigen Rechtssätze relevant, die bei der Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden
Sachverhaltes in Geltung standen (BGE 130 V 446 Erw. 1.2.1 mit Hinweisen). Arbeitslosenentschädigungen sind keine Dauerleistungen, weshalb die allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln gelten. Der Entschädigungsanspruch für die Zeit bis 31. Dezember 2002 ist damit aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen.
3.
3.1 Der Beschwerdegegner gründete im Oktober 1997 zusammen mit seiner Ehefrau die S._____ GmbH, welche den Sitz in X._____ und ein Stammkapital von Fr. 20'000.- hatte, das je zur Hälfte von den beiden Gründern gehalten wurde. Die Ehefrau war im Handelsregister als Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift, der Beschwerdegegner als Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung eingetragen. Gemäss Tagebucheintrag vom 6. April 2000 wurden die Statuten am 18. Februar 2000 geändert. Die Ehefrau schied vollständig aus der S._____ GmbH aus. Ihr Ehemann übernahm deren Stammanteil und war fortan einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift. In der zuletzt innegehabten Funktion ist er arbeitslosenversicherungsrechtlich unbestrittenermassen als Arbeitnehmer zu betrachten. Entgegen der Eintragung im Handelsregister war der Beschwerdegegner mit Arbeitsvertrag vom 1. Januar 1998 ab diesem Datum als Geschäftsführer angestellt. Dieser Arbeitsvertrag wurde auf den 31. August 2002 aufgelöst. Da er Gesellschafter und Geschäftsführer der Arbeitgeberin war, wäre ein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung unter Hinweis auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt worden. Vorliegend geht es jedoch nicht um
Kurzarbeitsentschädigung, sondern um Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG. Wird das Arbeitsverhältnis gekündigt, liegt Ganzarbeitslosigkeit vor, und es besteht unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung, sofern keine Gesetzesumgehung vorliegt. Davon kann nicht gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbesteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliert, deretwegen er bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine grundsätzlich andere Situation liegt 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 (BGE 123 V 237 Erw. 7b/bb mit Hinweisen). Gemäss konstanter Rechtsprechung ist der Begriff des Ausschlusses dieser Personen absolut zu verstehen (SVR 1997 AlV Nr. 101 S. 310 Erw. 5 mit Hinweisen),

denn eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne der betreffenden Regelung
ist ex lege gegeben und braucht im konkreten Einzelfall daher nicht geprüft zu werden, und zwar selbst dann, wenn ihre Kapitalbeteiligung klein ist und sie nur über die kollektive Zeichnungsberechtigung verfügt (BGE 123 V 236 Erw. 7a mit Hinweisen). Denn bei diesen Umständen kann weder eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Vorschriften über die Kurzarbeitsentschädigung noch die Gefahr eines missbräuchlichen Beanspruchens der Arbeitslosenversicherung (vgl. ARV 2003 Nr. 22 S. 242 Erw. 4, bestätigt in SVR 2004 AlV Nr. 15 S. 46) ausgeschlossen werden.
3.2 Am ... September 2003 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts den Konkurs über die Gesellschaft, stellte des Konkursverfahren indessen am 9. Oktober 2003 mangels Aktiven wieder ein. Diese Verfügung wurde im Handelsamtsblatt Nr. ... vom ... Oktober 2003 publiziert. Nachdem gegen die vorgesehene Löschung offenbar kein Einspruch erhoben worden war, wurde die S._____ GmbH am 27. Januar 2004 im Handelsregister im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Satz 2 HRegV von Amtes wegen gelöscht.
Gemäss Art. 823 OR gelten hinsichtlich einer GmbH für die Bestellung und Abberufung von Liquidatoren, für die Durchführung der Liquidation, die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister und die Aufbewahrung der Geschäftsbücher die Bestimmungen des Aktienrechts. Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven nicht durchgeführt, sondern nach Massgabe von Art. 230 SchKG eingestellt, fallen die Befugnisse, die das Konkursrecht den Konkursorganen mit Bezug auf die Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse verleiht, dahin. Ebenso entfällt (unter Vorbehalt von Art. 269 SchKG und Art. 134 VZG) die damit zusammenhängende Beschränkung des Verfügungsrechts der Gemeinschuldnerin und der Vertretungsbefugnis ihrer Organe. Die Gesellschaftsorgane behalten während der Liquidation 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. Dazu kann auch die Weiterführung des Geschäfts bis zu dessen Verkauf oder Auflösung gehören (AHI 1994 S. 37 Erw. 6c mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre). Der Zustand der Liquidation dauert nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG) an und führt nach Abschluss zur Löschung der Firma im Handelsregister (Art. 739 Abs. 1, Art. 743 ff. OR).
3.3 Mit Blick auf die Erwägungen der Vorinstanz mag diese rechtliche Situation mit den wirtschaftlichen Gegebenheit in einem gewissen Widerspruch stehen und dem Beschwerdegegner hart erscheinen. In einlässlicher Würdigung vergleichbarer Umstände bestätigte das Eidgenössisches Versicherungsgericht die dargestellte Rechtslage in ARV 2003 Nr. 22 S. 242 Erw. 4. Daran vermögen die Erwägungen des kantonalen Gerichtes und die Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die sich darauf berufen, nichts zu ändern.
3.4 Aktenmässig steht fest, dass der Beschwerdegegner auch nach der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der konkursiten GmbH mit der Liquidation der aufgelösten Firma betraut war. Damit hatte er bis zum Eintrag der Auflösung im Handelsregister am 27. Januar 2004 eine arbeitgeberähnliche Stellung inne (ARV 2002 Nr. 28 S. 184 Erw. 3), weshalb kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entstehen könnte. Folglich muss rechtsprechungsgemäss (BGE 123 V 234) auch ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint werden.
4.
Da es im vorliegenden Verfahren um Versicherungsleistungen geht, sind gemäss Art. 134 OG keine Gerichtskosten zu erheben. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der Befreiung von den Gerichtskosten erweist sich daher als gegenstandslos. Die unentgeltliche Verbeiständung kann hingegen gewährt werden (Art. 152 in Verbindung mit Art. 135 OG), da die Bedürftigkeit aktenkundig ist. Es wird indessen ausdrücklich auf Art. 152 Abs. 3 OG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn sie später dazu im Stande ist.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. Dezember 2003 aufgehoben.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wird Rechtsanwalt Burkard J. Wolf, Zürich, für das

Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 1652.65 (einschliesslich Mehrwertsteuer) ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Unia Arbeitslosenkasse, Meilen, und dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich, zugestellt.
Luzern, 10. Februar 2005

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: