Tribunale federale
Tribunal federal

{T 7}
C 36/06
C 39/06

Urteil vom 16. April 2007
I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Ursprung, Präsident,
Bundesrichterin Widmer, Bundesrichter Schön, Bundesrichterin Leuzinger, Bundesrichter Frésard,
Gerichtsschreiberin Berger Götz.

Parteien
C 36/06
Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich, Arbeitslosenversicherung, Stampfenbachstrasse 32, 8001 Zürich, Beschwerdeführer,

gegen

M._____, 1962, Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Viktor Györffy, Gartenhofstrasse 15, 8004 Zürich,

und

C 39/06
M._____, 1962, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Viktor Györffy, Gartenhofstrasse 15, 8004 Zürich,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich, Arbeitslosenversicherung, Stampfenbachstrasse 32, 8001 Zürich, Beschwerdegegner.

Gegenstand
Arbeitslosenversicherung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Dezember 2005.

Sachverhalt:
A.
Der 1962 geborene M._____ war seit 1. Februar 1996 als Leiter Administration für die Genossenschaft Gärtnerei X._____ (nachfolgend: Gärtnerei) tätig. Dieses Arbeitsverhältnis wurde infolge des gegen die Gärtnerei ausgesprochenen behördlichen Verbots, die bisherige Geschäftstätigkeit fortzuführen, durch Kündigung der Arbeitgeberin auf den 30. November 2000 aufgelöst. Die Arbeitslosenkasse GBI (ab 1. Januar 2005: Unia Arbeitslosenkasse) richtete seit 1. Dezember 2000 Arbeitslosentaggelder aus. M._____ wurde von der Gärtnerei in der Folge auf Abruf beschäftigt. Das dabei erzielte Einkommen berücksichtigte die Kasse als Zwischenverdienst. Ab 1. Dezember 2002 wurde eine zweite Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet. Die Zwischenverdiensttätigkeit führte er bis März 2003 fort. Ab 12. April 2003 attestierte Dr. med. B._____, Allgemeine Medizin FMH, eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (Arztzeugnis vom 10. Juni 2003). Mit Ver-

fügung vom 20. Januar 2004 verneinte das Amt für Wirtschaft und Arbeit Zürich (AWA) die Vermittlungsfähigkeit und damit auch den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend ab 1. Dezember 2000. Zur Begründung wurde angegeben, M._____ sei seit 2. Juni 2000 zunächst als Präsident und später als Verwaltungsratsmitglied der Firma G._____ AG, seit 16. November 2001 als Geschäftsführer der H._____ GmbH und seit 26. November 2001 als Revisionsstelle der Firma S._____ AG, im Handelsregister eingetragen gewesen. Es sei daher davon auszugehen, dass er der Arbeitsvermittlung infolge Aufbaus einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nur noch sehr bedingt zur Verfügung gestanden sei. Auf Einsprache hin hielt das AWA an der Ablehnung der Anspruchsberechtigung fest, gab nunmehr aber als Begründung an, M._____ habe bei der Firma R._____ AG und bei der Firma G._____ AG eine arbeitgeberähnliche Stellung bekleidet (Einspracheentscheid vom 21. März 2005).

B.

In teilweiser Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde hob das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich den Einspracheentscheid auf und stellte fest, die Anspruchsberechtigung für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis 21. Januar 2004 könne nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verneint werden; die Sache werde an das AWA zurückgewiesen, damit es über die Vermittlungsfähigkeit für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis 21. Januar 2004 entscheide; im Übrigen werde die Beschwerde abgewiesen (Entscheid vom 20. Dezember 2005).

C.

M._____ lässt dagegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, es sei festzustellen, dass er ab 1. Dezember 2000 zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung berechtigt sei, und die Verwaltung sei zu verpflichten, ihm die ausstehenden Arbeitslosentaggelder auszurichten.

Das AWA reicht seinerseits Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein mit dem Rechtsbegehren, der kantonale Gerichtsentscheid sei insoweit aufzuheben, als die Sache an die Verwaltung zurückgewiesen werde, damit sie über die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis 21. Januar 2004 entscheide, und die Verwaltung verpflichtet werde, dem Versicherten eine Prozessentschädigung von Fr. 900.- zu bezahlen.

M._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 1) lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde des AWA schliessen. Das AWA (nachfolgend: Beschwerdeführer 2) reicht keine Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde des M._____ ein. Das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichtet auf eine Stellungnahme zu beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vor dem 1. Januar 2007 ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem bis zum 31. Dezember 2006 in Kraft gewesenen Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; Art. 131 Abs. 1 und Art. 132 Abs. 1 BGG; BGE 132 V 393 E. 1.2 S. 395).

2.

Da den beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die Rechtsmittel den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (BGE 128 V 124 E. 1 S. 126; vgl. auch BGE 128 V 192 E. 1 S. 194).

3.

Das kantonale Gericht hat die gesetzlichen Vorschriften und Grundsätze zum Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG), zur analogen Anwendung dieser Bestimmung auf arbeitgeberähnliche Personen, welche Arbeitslosenentschädigung verlangen (BGE 123 V 234 E. 7 S. 236), und zur Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

4.

Der Versicherte ist Genossenschafter der Gärtnerei und hält 25 der insgesamt 185 Anteilscheine. Die Genossenschaft bezweckt den Betrieb der Gärtnerei als Selbstbewirtschafterin und auf Selbsthilfebasis; jeder Genossenschafter ist verpflichtet, voll oder teilzeitlich im Gärtnereibetrieb mitzuarbeiten. Der Beschwerdeführer 1 war

zudem Mitglied (vom 30. Juni 1998 bis 29. März 1999) und anschliessend (vom 30. März 1999 bis 4. Juli 2002 sowie vom 28. November 2003 bis 8. Januar 2007) Präsident des Verwaltungsrates der Firma R._____ AG. Diese Gesellschaft befindet sich seit 18. Januar 2007 in Liquidation. Sie konzentrierte sich auf den Handel mit Gärtnereiartikeln und -einrichtungen, Saatgut und Pflanzen, Produkten jeglicher Art und den Anbau sowie die Aufzucht von Pflanzen. Für die Firma G._____ AG, welche sich ebenfalls dem Handel mit Gartenbauartikeln, Saatgut und Pflanzen widmete, war der Versicherte in der vorliegend massgebenden Zeit ab 1. Dezember 2000 zunächst als Verwaltungsratspräsident und später als Verwaltungsratsmitglied eingesetzt. Zudem war er vom 16. November 2001 bis 14. Februar 2007 Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der H._____ GmbH, welche sich die Herstellung von und den Handel mit Süsswaren und
Genussmitteln zum Zweck gesetzt hat. Alle drei Gesellschaften sind eng mit der Gärtnerei verbunden. Auf Grund der konkreten Umstände, welche im angefochtenen Gerichtsentscheid umfassend dargelegt werden, ist von einem Firmenkonglomerat auszugehen und es ist offensichtlich, dass der Versicherte in diesem Verbund eine arbeitgeberähnliche Stellung eingenommen hat. Die vom Beschwerdeführer 1 dagegen erhobenen Einwände erschöpfen sich in reinen Behauptungen. Darauf kann nicht abgestellt werden, insbesondere weil alle tatsächlichen Gegebenheiten für die einflussreiche Führungsposition des Versicherten sprechen, aber keine Anhaltspunkte für seine Angaben auszumachen sind, wonach er im Rahmen seiner Verwaltungsratsmandate für die Tochtergesellschaften weisungsgebunden gewesen sei und auch die Entscheidungen der Gärtnerei als Muttergesellschaft nicht massgeblich habe beeinflussen können. Es kann in diesem Zusammenhang vollumfänglich auf die Erwägungen im angefochtenen Gerichtsentscheid verwiesen werden, welchen das Bundesgericht nichts beizufügen hat. Demnach haben Verwaltung und Vorinstanz den Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung für die Dauer vom 1. Dezember 2000 bis 31. Dezember 2002 zu Recht verneint.
5.
Für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis 21. Januar 2004 geht das kantonale Gericht davon aus, dass die Anspruchsberechtigung nicht unter Verweis auf die arbeitgeberähnliche Stellung des Versicherten verneint werden könne. Die Verwaltung habe ihre Auskunftspflicht verletzt, indem sie es unterlassen habe, den Beschwerdeführer 1 über die mit der arbeitgeberähnlichen Stellung verbundenen Risiken hinsichtlich seines Leistungsanspruchs aufzuklären. Die Sache sei daher an das AWA zurückzuweisen, damit es die Vermittlungsfähigkeit prüfe und hernach über die Anspruchsberechtigung in der Zeit vom 1. Januar 2003 bis 21. Januar 2004 neu entscheide. Fest stehe hingegen schon jetzt, dass die Anspruchsberechtigung für die Zeit ab 22. Januar 2004 (mithin nach Erlass der Verfügung vom 20. Januar 2004, mit welcher die Vermittlungsfähigkeit rückwirkend ab 1. Dezember 2000 verneint worden ist) abzusprechen sei, da dem Versicherten mit der Verfügungseröffnung hätte bewusst werden müssen, dass seine anhaltende Organstellung die Anspruchsberechtigung gefährden könnte. Der Beschwerdeführer 1 sei aber auch heute noch Verwaltungsratspräsident der Firma R._____ AG und Verwaltungsratsmitglied der Firma G._____ AG.
5.1 Gemäss Art. 27 des - im vorliegenden Fall für die Zeit ab 1. Januar 2003 anwendbaren - Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 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).

Nach der gleichzeitig mit dem ATSG am 1. Januar 2003 in Kraft gesetzten Ausführungsbestimmung des Artikels 19a 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 (RAV) klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus den jeweiligen Aufgabenbereichen ergeben ([Art. 85 und 85b AVIG]; Abs. 3).

Die Kasse kann einen Fall der kantonalen Amtsstelle zum Entscheid unterbreiten, wenn Zweifel bestehen, ob der Versicherte anspruchsberechtigt ist (Art. 81 Abs. 2 lit. a AVIG). Im Kanton Zürich ist gemäss § 1 der Verordnung vom 26. Oktober 2000 zum Einführungsgesetz zum Arbeitslosenversicherungsgesetz (Zürcher Gesetzessammlung 837.11) das Amt für Wirtschaft und Arbeit zuständige kantonale Amtsstelle für den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes.
5.2 Absatz 1 des Art. 27 ATSG stipuliert eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane, die nicht erst auf persönliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat, und hauptsächlich durch die Abgabe von Informationsbroschüren, Merkblättern und Wegleitungen erfüllt wird. Der im hier zu beurteilenden Fall relevante Absatz 2 derselben Bestimmung beschlägt dagegen ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen. Absatz 3 konkretisiert die in Absatz 2 umschriebene Beratungspflicht und weitet sie zugleich gegenüber dem letztgenannten Absatz aus (vgl. dazu Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999, BBl 1999 S. 4582 f.; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zürich 2003, S. 315 ff.; Jacques-André Schneider, La partie générale du droit des assurances sociales, Colloque de Lausanne 2002, Lausanne 2003, S. 74 ff.; Edgar Imhof/Christian Zünd, ATSG und
Arbeitslosenversicherung, in: SZS 2003 S. 291 ff., S. 306 f. und 315 ff.; Andreas Freivogel, Zu den Verfahrensbestimmungen des ATSG, in: Schaffhauser/Kieser, Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG], St. Gallen 2003, S. 89 ff., S. 94 f.; Raymond Spira, Du droit d'être renseigné et conseillé par les assureurs et les organes d'exécution des assurances sociales [art. 27 LPGA], in: SZS 2001 S. 524 ff.; Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 430 ff.; vgl. ferner - auch zum Folgenden - BGE 131 V 472 E. 4 S. 476).

Mit der Einführung dieser allgemeinen Aufklärungs- und Beratungspflicht der Sozialversicherer auf den 1. Januar 2003 wurde in der Arbeitslosenversicherung die Bestimmung des Art. 20 Abs. 4 AVIV (in der ab 1. Januar 1997 gültig gewesenen Fassung) aufgehoben, wonach die zuständige Amtsstelle den Versicherten auf seine Pflichten nach Art. 17 AVIG aufmerksam machte, insbesondere auf seine Pflicht, sich um Arbeit zu bemühen.
5.3 Im Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999 (BBl 1999 4523 ff.) wird in Bezug auf den Anpassungsbedarf von Einzelgesetzen im Zusammenhang mit der Einführung einer allgemeinen Aufklärungs- und Beratungspflicht der Sozialversicherer durch das ATSG festgehalten, dass nur gerade das KVG in Artikel 16 eine Art. 35 Entwurf ATSG (heutiger Art. 27 ATSG) entsprechende Norm kenne, welche (mit Inkrafttreten des ATSG) aufgehoben werden könne, und sich in den übrigen Zweigen - auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe - Vorschriften fänden, die als Konkretisierungen von Teilen der an sich umfassenden Aufklärungs- und Beratungspflicht nach ATSG verstanden werden könnten (BBl 1999 4583 unten). An anderer Stelle (BBl 1999 4583 oben) wird ausgeführt, dass die in Absatz 2 stipulierte Beratungspflicht eine Kodifizierung der bisherigen Praxis darstelle (vgl. auch Votum Rechsteiner, Amtl. Bull. N 1999 1243 f.).

Nach der vor Inkrafttreten des ATSG ergangenen (und mithin für die dem ATSG unterstehenden Sozialversicherungszweige heute überholten) Rechtsprechung (BGE 124 V 215 E. 2b S. 220; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 239/99 vom 5. März 2001, publ. in: ARV 2002 S. 113) bestand indessen keine umfassende Auskunfts-, Beratungs- und Belehrungspflicht der Behörden (unter Vorbehalt von Art. 16 KVG in der bis 31. Dezember 2002 geltenden Fassung), namentlich auch nicht gestützt auf den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. auch Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 74 B/Vb S. 229). Unter der damals herrschenden Rechtslage brauchten die Organe der Arbeitslosenversicherung daher - vorbehältlich des vom 1. Januar 1997 bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Art. 20 Abs. 4 AVIV (bis Ende 1996 Art. 19 Abs. 4 AVIV) - nicht von sich aus - spontan, ohne vom Versicherten angefragt worden zu sein - Auskünfte zu erteilen oder auf drohende Rechtsnachteile aufmerksam zu machen. Dies galt auch für drohende Verluste sozialversicherungsrechtlicher Leistungen. Eine in ihrer Tragweite beschränkte Abweichung davon ergab sich aus Art. 20 Abs. 4 AVIV (in der bis 31. Dezember 2002

geltenden Fassung), welche Bestimmung den den Arbeitsämtern gesetzlich zugewiesenen Informationsauftrag klar umriss. Die Anwendung dieser Grundsätze führte beispielsweise dazu, dass die Verwaltung den Versicherten nach einer mit Vermittlungsunfähigkeit begründeten Ablehnungsverfügung nicht von sich aus auf die Notwendigkeit, sich den Kontrollvorschriften zu unterziehen, hinzuweisen hatte, wenn für sie der Rechtsirrtum des Versicherten, er sei mangels feststehender Anspruchsberechtigung nicht befugt, sich den Kontrollvorschriften zu unterziehen, nicht erkennbar war (Urteil C 31/96 vom 10. Dezember 1996), ebenso wenig wie die ALV-Durchführungsstelle den Versicherten von sich aus über die Folgen der Aufnahme einer Zwischenverdiensttätigkeit (Urteil C 181/96 vom 4. Juli 1997), namentlich der Aufnahme einer Zwischenverdiensttätigkeit, bei welcher ein unter dem orts- und berufsüblichen liegender Lohn erzielt wurde (ARV 2000 Nr. 20 S. 95), zu informieren hatte oder bei einer einmaligen Vorsprache von sich aus auf die Notwendigkeit der Stempelkontrolle und die Möglichkeit des Bezuges von Arbeitslosenentschädigung aufmerksam zu machen hatte (ARV 1979 Nr. 13 S. 82, 1976 Nr. 13 S. 85).

5.4 In der Lehre wird - anders als im Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999 - einhellig die Auffassung vertreten, dass mit Art. 27 ATSG eine wesentlich weitergehende Beratungspflicht (welche namentlich auch Leistungsansprüche gegenüber anderen Sozialversicherungen umfassen kann; Abs. 3) stipuliert wird und die Bestimmung eine bedeutende Neuerung darstellt (vgl. Kieser, a.a.O., S. 323 unten f.; Imhof/ Zünd, a.a.O., S. 306 unten f.; Spira, a.a.O., S. 527 unten f.; Locher, a.a.O., S. 430 f.). Nach der Literatur bezweckt die Beratung, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des betreffenden Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt. Dabei sei die zu beratende Person über die für die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten massgebenden Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art zu informieren, wobei gegebenenfalls ein Rat bzw. eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abzugeben sei (Kieser, a.a.O., S. 319; Schneider, a.a.O., S. 80 ff.; vgl. auch zur Bestimmung des bis 31. Dezember 2002 in Kraft gewesenen Art. 16 KVG: Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale
Sicherheit, 1. Aufl., Basel/Genf/München 1998, S. 225 Rz. 405).

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 215 E. 2b/aa S. 221; Urteil C 417/00 vom 12. Juli 2002, publ. in: ARV 2003 S. 124; Urteil C 239/99 vom 5. März 2001, publ. in: ARV 2002 S. 113; vgl. auch Meyer-Blaser, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: ZSR NF 111 [1992]II S. 299 ff., S. 412 f.). Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, 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 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 31 E. 3a S. 36, 126 II 377 E. 3a S. 387; Urteil K 23/98 vom 9. Mai 2000, publ. in: RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 121 V 65 E. 2a S. 66). In analoger Anwendung dieser 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 nicht auf die Pflicht, sich möglichst frühzeitig, spätestens jedoch am ersten Tag, für den sie Arbeitslosenentschädigung beansprucht, zur Arbeitsvermittlung zu melden und die Kontrollvorschriften zu erfüllen, hinweist (Urteil C 113/02 vom 13. August 2003) oder wenn ihr das Arbeitsamt entgegen gesetzlicher Vorschrift anlässlich der Anmeldung keine Stempelkarte abgibt, weil
dies einer unterbliebenen mündlichen Belehrung gleichkommt (Urteil C 94/95 vom 21. August 1995).

Es sind keine Gründe ersichtlich, diese Gleichstellung von pflichtwidrig unterbliebener Beratung und unrichti-

ger Auskunftserteilung nach der Kodifizierung einer umfassenden Beratungspflicht im ATSG aufzugeben, dies um so weniger als diese Folgen einer Verletzung der Beratungspflicht in den Sitzungen der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 8. Mai (Protokoll S. 9) und 11./12. September 1995 (Protokoll S. 12) diskutiert worden sind. Im Übrigen wird auch in der Lehre die Auffassung vertreten, dass eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht gemäss Art. 27 Abs. 2 ATSG einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleichkommt und dieser in Nachachtung des Vertrauensprinzips dafür einzustehen hat (BGE 131 V 472 E. 5 S. 481; Kieser, Kommentar, Rz. 17 zu Art. 27 [S. 320]; Imhof/Zünd, a.a.O., S. 317; Freivogel, a.a.O., S. 96; zu aArt. 16 KVG: Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007, S. 809 Rz. 1190).
7.
7.1 Den Akten lässt sich entnehmen, dass der Versicherte mit Schreiben vom 3. Februar 2002 dem RAV X._____ und mit Schreiben vom 5. Februar 2002 der Arbeitslosenkasse GBI Meldung erstattete, dass er als Verwaltungsrat für die Firma R._____ AG und die Firma G._____ AG für das Jahr 2000 Honorare erhalten habe, die zusätzlich zu seinem für die Beschäftigung auf Abruf in der Gärtnerei erzielten Lohn als Zwischenverdienst anzurechnen seien. Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass der Verwaltung die Gefährdung der Anspruchsberechtigung durch diese Funktionen auf Grund der Mitteilungen des Beschwerdeführers 1 vom 3. und 5. Februar 2002 seit Februar 2002 bekannt gewesen sei. Aus dem Umstand, dass der Versicherte für das Jahr 2000 Verwaltungsratshonorare bezogen hat, folgt allerdings nicht ohne weiteres die Annahme einer andauernden arbeitgeberähnlichen Stellung. Nachdem die Gärtnerei als Muttergesellschaft das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten auf den 30. November 2000 aufgelöst hatte und dieser bereits mit Verfügung der Bezirksanwaltschaft X._____ vom 12. Oktober 2000 mit einem Berufsverbot im Zusammenhang mit dem Betrieb der Gärtnerei aber auch mit zugehörenden oder artverwandten Betrieben belegt wurde (Weisung,
inskünftig jegliche Mitwirkung oder Tätigkeit beim Anbau von hoch THC-haltigen Hanfpflanzen sowie bei deren Verarbeitung und Verkauf zu unterlassen), lag im Gegenteil die Vermutung nahe, dass er seine für die Tochtergesellschaften wahrgenommenen Funktionen gleichzeitig mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Muttergesellschaft ebenfalls niedergelegt hat. Zu jenem Zeitpunkt war Art. 27 ATSG, welcher die Aufklärungs- und Beratungspflicht der Versicherungsträger statuiert, noch nicht in Kraft. Ob die Verwaltung, hätte sich diese Tatsachenlage unter der Geltung des ATSG verwirklicht, gehalten gewesen wäre, zusätzliche Abklärungen zu treffen, um ihrer Aufklärungspflicht nachzukommen, kann demnach offen bleiben.
7.2 Die Verwaltung hatte folglich bei Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003 keine Kenntnis von einer Situation, welche geeignet gewesen wäre, die Anspruchsberechtigung des Versicherten in Frage zu stellen. Erst im Laufe des Jahres 2003 ergaben sich auf Grund ihrer Nachforschungen Anhaltspunkte für eine mögliche arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers 1. Seine nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Gärtnerei beibehaltenen Aufgaben für das Firmenkonglomerat waren weder Thema in den Beratungsgesprächen, noch hatte er von sich aus über seine Aufgaben in den diversen Betrieben informiert. So war es der Verwaltung nur nach langwierigen Abklärungen möglich, sich ein Bild über die mannigfaltigen Verflechtungen zwischen den erwähnten und weiteren involvierten Gesellschaften und die jeweilige Einbindung des Beschwerdeführers 1 in die Betriebsabläufe, sowie über seine Funktionen zu machen, welche er im Firmenkonglomerat über den 30. November 2000 hinaus wahrnahm.

Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des ATSG, am 1. Januar 2003, hatte die Verwaltung bei dieser Sachlage keinen Anlass, die Anspruchsberechtigung des Versicherten in Frage zu stellen. Sie war noch nicht darüber informiert, dass er sich in einem Firmenkonglomerat engagierte. Wie sich seine Einsätze gestalteten, wusste sie ebenfalls noch nicht. Zu Nachforschungen nach allfälligen Umständen, welche die Anspruchsberechtigung in Frage hätten stellen können, war sie demgemäss nicht verpflichtet.

Die Vorinstanz ist gegenteiliger Auffassung. Indem sie in Nachachtung des Vertrauensschutzes (Erw. 6 hiervor) annimmt, die arbeitgeberähnliche Stellung wirke in der Zeit vom 1. Januar 2003 bis 21. Januar 2004 nicht anspruchsaufhebend, geht sie implizit davon aus, die Verwaltung hätte auf den 1. Januar 2003 hin das Dossier des Versicherten nach allfälligen Gründen, welche einer Anspruchsberechtigung hätten entgegenstehen können, durchsuchen, allfällige zusätzliche Abklärungen treffen und den Versicherten unverzüglich informieren müssen.

Dieser Betrachtungsweise kann nicht gefolgt werden. Im Februar 2002, als die Verwaltung einen ersten, al-

lerdings nicht eindeutigen Hinweis auf eine mögliche arbeitgeberähnliche Stellung des Versicherten erhielt, bestand noch keine umfassende Auskunfts- und Beratungspflicht der Behörden (Erw. 5.3 hiervor). Am Tag der Einführung der allgemeinen Aufklärungs- und Beratungspflicht musste den involvierten Behörden auf Grund der gegebenen Umstände weder bewusst sein, dass der Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung gefährdet war, noch konnte von ihnen erwartet werden, dass sie - ohne konkreten Anlass - Nachforschungen in die Wege leiteten. Solange aber der Versicherungsträger bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit noch nicht erkennen kann, dass die Situation einer versicherten Person den Leistungsanspruch zu gefährden vermag, trifft ihn auch noch keine Beratungspflicht. Als sich vorliegend Anhaltspunkte dafür ergaben, dass der Sachverhalt nur lückenhaft bekannt war, drängten sich weitere Abklärungen auf. Diese Abklärungen wurden im Jahr 2003 denn auch ohne Verzögerung an die Hand genommen. Sobald sich das AWA ein Bild über die Einbindung des Versicherten in die verschiedenen Gesellschaften machen konnte,
erliess es am 20. Januar 2004 eine leistungsablehnende Verfügung. Die zeitliche Verzögerung war auf die komplizierten Verhältnisse und die mangelnde Mitwirkung des Versicherten zurückzuführen. Das Vorgehen der Verwaltung ist mit Blick auf diese Umstände nicht zu beanstanden.
7.3 Im vorliegenden Fall geht es - im Unterschied zum Sachverhalt, wie er BGE 131 V 472 zu Grunde liegt - nicht um ein künftiges Verhalten der versicherten Person, sondern um ihre bisherigen Funktionen in verschiedenen Gesellschaften. Ein Hinweis der Verwaltung, eine beabsichtigte, den Leistungsanspruch gefährdende Handlung zu überdenken, war darum nicht möglich. Das AWA hatte die Aufgabe, über die Anspruchsberechtigung des Versicherten zu entscheiden. Dabei stellte es zu Recht auf die Sachlage ab, wie sie sich nach seinen zusätzlichen Abklärungen im Januar 2004 präsentierte. Aus der Aufklärungs- und Beratungspflicht gemäss Art. 27 ATSG kann nicht abgeleitet werden, dass der versicherten Person vorgängig einer ablehnenden Verfügung Gelegenheit zur Änderung der angetroffenen Situation eingeräumt wird, falls die bisherigen Verhältnisse auf das Fehlen einer Anspruchsvoraussetzung zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern schliessen lassen (Urteil C 9/05 vom 21. Dezember 2005, E. 5.2). Der angefochtene Gerichtsentscheid orientiert sich am Urteil C 157/05 vom 28. Oktober 2005. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug begann für die versicherte Person in jenem Fall allerdings erst am 1. Januar 2003, am Tag als auch das ATSG in Kraft trat. Im
Unterschied dazu hatte der Versicherungsträger vorliegend keine Veranlassung, die Anspruchsberechtigung auf das Inkrafttreten des ATSG erneut zu überprüfen, nachdem die zweite Rahmenfrist für den Leistungsbezug bereits am 1. Dezember 2002 begonnen hatte und sich an der Situation des Beschwerdeführers 1 seit dem Leistungsbezug in der ersten Rahmenfrist keine erkennbaren Änderungen ergeben haben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verfahren C 36/06 und C 39/06 werden vereinigt.
2.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde des AWA wird der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Dezember 2005 aufgehoben.
3.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des M._____ wird abgewiesen.
4.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Arbeitslosenkasse Unia und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 16. April 2007
Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:
i.V.