Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 157/05

Urteil vom 28. Oktober 2005
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Lustenberger und Kernen; Gerichtsschreiber Hadorn

Parteien
W._____, 1953, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Markus Peyer, Ankerstrasse 24, 8004 Zürich,

gegen

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

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 22. März 2005)

Sachverhalt:
A.
Mit Verfügung vom 28. Oktober 2003 verneinte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zürich den Anspruch von W._____ (geb. 1953) auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2003. Auf Einsprache von W._____ hin anerkannte das AWA den erwähnten Anspruch ab 28. Oktober 2003 (Entscheid vom 8. September 2004).
B.
Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 22. März 2005 ab.
C.
W._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, es sei ihm Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2003 auszurichten.
Das AWA und das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) verzichten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beschwerdeführer beantragt die Durchführung einer mündlichen Parteiverhandlung, eventualiter eines zweiten Schriftenwechsels.
1.1 Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jedermann u.a. Anspruch darauf, dass seine Sache öffentlich von einem Gericht gehört wird, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat. Nach der in BGE 122 V 54f. Erw. 3 bestätigten Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ist die von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geforderte und nunmehr in Art. 30

Abs. 3 BV ausdrücklich gewährleistete Öffentlichkeit der Verhandlung in Übereinstimmung mit der Praxis der Konventionsorgane primär im erstinstanzlichen Rechtsmittelverfahren zu gewährleisten (BGE 122 V 54 Erw. 3 mit Hinweisen). Dabei setzt die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung nach der Rechtsprechung im Sozialversicherungsprozess einen im erstinstanzlichen Rechtsmittelverfahren zu stellenden klaren und unmissverständlichen Parteiantrag voraus (BGE 122 V 55 Erw. 3a mit weiteren Hinweisen; vgl. auch BGE 125 V 38 f. Erw. 2). Verlangt eine Partei lediglich eine persönliche Anhörung oder Befragung, ein Parteiverhör, eine Zeugeneinvernahme oder einen Augenschein, liegt bloss ein Beweisantrag vor, auf Grund dessen noch nicht auf den Wunsch auf eine konventionskonforme Verhandlung zu schliessen ist (BGE 122
V 55 Erw. 3a; RKUV 1996 Nr. U 246 S. 163 Erw. 4d, je mit Hinweisen). Versäumt eine Partei die rechtzeitige Geltendmachung des Anspruchs auf öffentliche Verhandlung, hat dieser grundsätzlich als verwirkt zu gelten (BGE 122 V 56 Erw. 3b/bb).

1.2 Im kantonalen Prozess hat der Beschwerdeführer lediglich eine Parteibefragung verlangt. Sein Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung ist damit verspätet.

1.3 Ein zweiter Schriftenwechsel wird nach Art. 110 Abs. 4 OG nur ausnahmsweise angeordnet. Vorliegend kann auf einen solchen umso mehr verzichtet werden, als die Verwaltung keine Vernehmlassung eingereicht hat.

2.

Das kantonale Gericht hat die gesetzliche Vorschrift zum Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) sowie die Rechtsprechung zur analogen Anwendung dieser Bestimmung auf arbeitgeberähnliche Personen, welche Arbeitslosenentschädigung verlangen (BGE 123 V 236 Erw. 7), richtig dargelegt. Zutreffend sind auch die Ausführungen zum Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV; BGE 127 I 36 Erw. 3a, 126 II 387 Erw. 3a). Darauf wird verwiesen.

3.

Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, war der Beschwerdeführer bis 12. Januar 2003 als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschriftsberechtigung in der Firma X._____ im Handelsregister eingetragen. Ab 13. Januar 2003 war er nur noch Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung mit einem Gesellschaftsanteil von Fr. 10'000.- (50%). Daraus hat das kantonale Gericht zu Recht gefolgert, dass der Versicherte in der erwähnten Firma nach wie vor eine arbeitgeberähnliche Stellung bekleidet. Trotz des Verlusts seiner Unterschriftsberechtigung blieb es ihm dank seines Gesellschaftsanteils von 50% möglich, die Geschicke des Betriebs massgeblich zu beeinflussen, dies umso mehr als die zweiten 50% des Gesellschaftsanteils einer in Deutschland ansässigen Firma gehören. Der Beschwerdeführer hat damit nicht all jene Eigenschaften verloren, welche ihn zu einer arbeitgeberähnlichen Person machten. Nach der Rechtsprechung sind sodann weder die vorübergehende Stilllegung des Betriebs (100%-ige Kurzarbeit, BGE 123 V 238 Erw. 7b/bb) noch dessen Überschuldung taugliche Kriterien, das definitive Ausscheiden einer arbeitgeberähnlichen Person zu belegen (Urteil K. vom 8. Juni 2004, C 110/03). Insoweit entspricht der kantonale Entscheid
der geltenden Rechtsprechung.

4.

Indessen ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdeführer die Verwaltung von Anfang an offen über seine arbeitgeberähnliche Stellung informiert hat. Auf dem Deckblatt zu seinem Dossier findet sich unter dem Abschnitt "Zusatzinformationen" der Hinweis, dass er bei der Firma X._____ immer noch als Geschäftsführer ohne Zeichnungsberechtigung mit einem Stammkapital von Fr. 10'000.- im Handelsregister eingetragen sei. Im Protokoll des Beratungsgesprächs auf dem RAV vom 16. Dezember 2002 findet sich die Bemerkung, dass die GmbH weiterhin bestehen bleibe und der Versicherte die Anspruchsberechtigung mit den Anmeldeunterlagen direkt bei der Arbeitslosenkasse abklären werde. Es fragt sich, ob die Verwaltung den Beschwerdeführer ausreichend über die mit der arbeitgeberähnlichen Stellung verbundenen Risiken hinsichtlich seines Leistungsanspruchs aufgeklärt hat oder hätte aufklären müssen.

4.1 Gemäss Art. 27 des - im vorliegenden Fall 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 Gebührenta-

rif 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 Bst. 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).
Der Aufgabenbereich der von den Kantonen zu errichtenden (Art. 85b Abs. 1 Satz 1 AVIG) RAV ist im AVIG nicht näher umschrieben. In Art. 85b Abs. 1 Satz 2 und 3 AVIG wird lediglich festgehalten, dass die Kantone den RAV Aufgaben der kantonalen Amtsstelle übertragen und ihnen die Durchführung der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung übertragen können. Im Kanton Zürich schreibt Art. 2 des Einführungsgesetzes zum Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 27. September 1999 (Zürcher Gesetzessammlung Nr. 837.1) vor, dass die zuständige Direktion die für den Vollzug verantwortliche kantonale Amtsstelle bestimmt, welche insbesondere die Regionalen Arbeitsvermittlungszentren führt (lit,a). Nach Art.1 der Verordnung vom 26.Oktober 2000 zum genannten Einführungsgesetz 8837.11) ist das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) zuständige kantonale Amtsstelle für den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes.
4.2 Der im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter interessierende 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. 315ff.; 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.).

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.
4.3 Im Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999 (BBl 1999 S. 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 S. 4583 unten). An anderer Stelle (BBl 1999 S. 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).

Nach der vor Inkrafttreten des ATSG ergangenen (und mithin für die dem ATSG unterstehenden Sozialversicherungszweige heute überholten) Rechtsprechung (ARV 2002 S. 113, 2000 Nr. 20 S. 98 Erw. 2b; BGE 124 V 220 Erw. 2b) 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) - von Verfassungs wegen 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 (unveröffentlichtes Urteil W. vom 10. Dezember 1996, C 31/96), ebenso wenig wie die ALV-Durchführungsstelle den Versicherten von sich aus über die Folgen der Aufnahme einer Zwischenverdiensttätigkeit (unveröffentlichtes Urteil L. vom 4. Juli 1997, C 181/96), namentlich der Aufnahme einer solchen, bei welcher ein unter dem orts- und berufsüblichen liegenden 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).
4.4 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, S. 225 Rz 405).

Die Norm des Art. 27 Abs. 2 ATSG ist § 14 des deutschen Sozialgesetzbuches (SGB) nachgebildet (vgl. Spira, a.a.O., S. 525 f.), gemäss welcher Bestimmung jeder Anspruch auf Beratung über seine Rechte und Pflichten nach diesem Gesetzbuch hat (Satz 1) und zuständig für die Beratung die Leistungsträger sind, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind (Satz 2). Dabei wird unter Beratung das individuelle Gespräch mit dem Einzelnen zur gezielten und umfassenden Unterrichtung über seine Rechte und Pflichten nach dem SGB verstanden (Burdenski/von Maydell/Schellhorn, Kommentar zum Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Darmstadt 1976, S. 121, N 11 zu § 14). Sie dient dazu, dem Berechtigten positiv den Weg aufzuzeigen, auf dem er zu der gesetzlich vorgesehenen Leistung gelangt (Peter Mrozynski, Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil [SGB I], Kommentar, 2. Aufl., München 1995, S. 119 N 13 zu § 14). Der Umfang der Beratung richtet sich in erster Linie nach der Kompliziertheit des jeweiligen Normenkomplexes und sodann nach dem Grad der Angewiesenheit des Sozialleistungsberechtigten auf beratende Hilfe (Mrozynski, a.a.O., S. 117, N 8 zu § 14). Nach dem Kommentar von Burdenski/von Maydell/Schellhorn (a.a.O., S. 121,

N 12 zu § 14) hat der Leistungsträger die ihm aus dem Gesprächszusammenhang ersichtliche Situation des Ratsuchenden im Blick auf den in Frage stehenden besonderen Teil des SGB möglichst erschöpfend zu klären und gegebenenfalls durch eigene Fragen den Ausgangssachverhalt weiter aufzuklären. Im von Bley et al. herausgegebenen Gesamtkommentar zum Sozialgesetzbuch (Band 1, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, S. 192/1) wird sodann unter Hinweis auf Rechtsprechung und Lehre ausgeführt, dass der Versicherungsträger den Versicherten bei jeder gebotenen Befassung mit dessen Versicherungsangelegenheit auf Befugnisse zur Gestaltung seines Versicherungsverhältnisses, die offen zutage liegen und von jedem Versicherten verständigerweise ausgeübt würden, von Amts wegen hinzuweisen habe, selbst wenn fraglich sei, ob der Versicherte die Gestaltungsmöglichkeit tatsächlich nutzen könne und werde (vgl. auch Mrozynski, a.a.O., S. 117, N 8 zu § 14).

Wo die Grenzen der in Art. 27 Abs. 2 ATSG statuierten Beratungspflicht in generell-abstrakter Weise zu ziehen sind, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Aufgrund des Wortlautes (”Jede Person hat Anspruch auf [...]Beratung über ihre Rechte und Pflichten.”; ”Chacun a le droit d’être conseillé [...]sur ses droits et obligations.”; ”Ognuno ha diritto [...]alla consulenza in merito ai propri diritti e obblighi.”) sowie des Sinnes und Zwecks der Norm (Ermöglichung eines Verhaltens, welches zum Eintritt einer den gesetzgeberischen Zielen des betreffenden Erlasses entsprechenden Rechtsfolge führt) steht mit Blick auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt fest, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, dass ihre Situation (vorliegend: andauernde arbeitgeberähnliche Stellung) den Leistungsanspruch gefährden kann.
5.
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 221, 113 V 71 Erw. 2, 112 V 120 Erw. 3b; ARV 2003 S. 127 Erw. 3b, 2002 S. 115 Erw. 2c, 2000 S. 98 Erw. 2b; 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 36 Erw. 3a, 126 II 387 Erw. 3a; RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 121 V 66 Erw. 2a mit Hinweisen). 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 A. vom 13. August 2003, C 113/02) oder wenn ihr das Arbeitsamt entgegen gesetzlicher Vorschrift anlässlich der Anmeldung keine Stempelkarte abgibt, weil dies einer unterbliebenen mündlichen Belehrung gleichkommt (nicht
veröffentlichtes Urteil Z. vom 21. August 1995, C 94/95).

Es sind keine Gründe ersichtlich, diese Gleichstellung von pflichtwidrig unterbliebener Beratung und unrichtiger 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 hiefür einzustehen

hat (Kieser, Kommentar, Rz 17 zu Art. 27 [S. 320]; Edgar Imhof/Christian Zünd, a.a.O., S. 317; Freivogel, a.a.O., S. 96; zu aArt. 16 KVG: Eugster, a.a.O., Rz 406 und Fn 1031). Dies hat das Eidgenössische Versicherungsgericht soeben im Urteil F. vom 14. September 2005 (C 192/04) festgehalten.
6.
6.1 Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer am 16. Dezember 2002, somit vor dem Inkrafttreten des ATSG, sein erstes Gespräch mit dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum führte. Dabei war die arbeitgeberähnliche Position kein oder jedenfalls kein spezielles Thema. Vielmehr ist im Protokoll dieses Gesprächs zu lesen, dass der Versicherte mit den Anmeldeunterlagen direkt bei der Arbeitslosenkasse vorbeigehen werde, um die Anspruchsberechtigung zu klären. Wann genau dies geschah, ist den Akten nicht zu entnehmen. Indessen begann die Rahmenfrist für den Leistungsbezug erst am 1. Januar 2003, ab welchem Datum der Versicherte die Kontrollpflicht erstmals erfüllte. Am selben Tag trat auch das ATSG in Kraft. Am 15. Januar 2003 zahlte die Kasse die ersten Taggelder aus. Damals schenkte die Verwaltung der arbeitgeberähnlichen Stellung keine Beachtung, weshalb sie auch keine Veranlassung hatte, den Versicherten zu informieren. Erst am 29. September 2003 überwies sie den Fall an das AWA. Dieses verfügte die rückwirkende Ablehnung des Leistungsanspruchs am 28. Oktober 2003, an welchem auch die Firma des Versicherten in Konkurs fiel. Somit hatte der Beschwerdeführer vor dem Konkurs nie Anlass, zur Wahrung seines Anspruchs aus der
Firma auszutreten.
6.2 Die Verwaltung hätte, zumal sie in Kenntnis des Sachverhalts war, den Beschwerdeführer im Rahmen der ihr obliegenden Aufklärungspflicht bereits zu Beginn des Leistungsbezugs darüber orientieren müssen, dass seine andauernde arbeitgeberähnliche Stellung den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gefährde. Sie hat dies pflichtwidrig unterlassen, was rechtsprechungsgemäss der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichzustellen ist. Dabei ergibt sich, dass die Voraussetzungen des Gutglaubenstatbestands erfüllt sind: Es hat eine bestimmte Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf eine bestimmte Person gehandelt; der Beschwerdeführer durfte das RAV und die Arbeitslosenkasse als zuständig erachten; ferner durfte er die unterlassene Auskunft dahin deuten, dass er trotz der arbeitgeberähnlichen Stellung Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe; dementsprechend hat er sich vorderhand nicht im Handelsregister löschen lassen. Sodann hat die gesetzliche Ordnung seit der Anmeldung zum Leistungsbezug nicht geändert.
6.3 Indessen ist auf Grund der Akten nicht erkennbar, weshalb der Beschwerdeführer sich vor Beginn des Leistungsbezugs im Handelsregister nicht hat löschen lassen. Er hatte möglicherweise triftige Gründe dazu. Damit steht nicht von vornherein fest, dass er die Löschung sofort vorgenommen hätte, wenn er von der Verwaltung von Anfang an auf das Problem der arbeitgeberähnlichen Position aufmerksam gemacht worden wäre. Daher ist die Sache an das AWA zurückzuweisen, damit es abkläre, ob der Beschwerdeführer sich sofort im Handelsregister hätte löschen lassen, wenn er korrekt informiert worden wäre, oder ob es Gründe gab, eingetragen zu bleiben. Hernach wird das AWA erneut über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung befinden.
7.
Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Das unterliegende AWA hat dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. März 2005 und der Einspracheentscheid des AWA Zürich vom 8. September 2004 aufgehoben werden und die Sache an das AWA zurückgewiesen wird, damit es im Sinne der Erwägungen verfahre.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Das AWA Zürich hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (inkl. MWSt) auszurichten.
4.
Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wird über eine 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 des Kantons Zürich, Geschäftsstelle Zürich-Nord, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 28. Oktober 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: