Urteilskopf

133 V 249

33. Auszug aus dem Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung i.S. Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich gegen M. und i. S. M. gegen Amt für Wirtschaft und Arbeit sowie Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) C 36/06 / C 39/06 vom 16. April 2007

Regeste (de):
Art. 27 ATSG: Aufklärung und Beratung.

Solange der Versicherungsträger bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit nicht erkennen kann, dass die Situation einer versicherten Person den Leistungsanspruch zu gefährden vermag, trifft ihn keine Aufklärungs- und Beratungspflicht im Sinne von Art. 27 ATSG (E. 7.2).

Regeste (fr):
Art. 27 LPGA: Renseignement et conseil.

Aucun devoir de renseignement ou de conseil au sens de l'art. 27 LPGA n'incombe à l'institution d'assurance tant qu'elle ne peut pas, en prêtant l'attention usuelle, reconnaître que la personne assurée se trouve dans une situation dans laquelle elle risque de perdre son droit aux prestations (consid. 7.2).

Regesto (it):
Art. 27 LPGA: Informazione e consulenza.

Fintanto che, nel prestare l'usuale attenzione, non può riconoscere che la situazione in cui si trova la persona assicurata è tale da pregiudicarne il diritto alle prestazioni, l'assicuratore non ha un obbligo di informazione e di consulenza ai sensi dell'art. 27 LPGA (consid. 7.2).

Sachverhalt ab Seite 250

A. 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 Verfügung 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 (...) der Arbeitsvermittlung infolge Aufbaus einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nur noch sehr bedingt zur Verfügung gestanden. Auf Einsprache hin hielt das AWA an der Ablehnung der Anspruchsberechtigung fest, gab nunmehr aber als Be-

gründung 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.

D. In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde des AWA hebt das Bundesgericht den Entscheid des kantonalen Gerichts vom 20. Dezember 2005 auf; die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des M. weist das Bundesgericht ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

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 vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) 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. (...)

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 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, allerdings nicht eindeutigen Hinweis auf eine mögliche arbeitgeberähnliche Stellung des Versicherten erhielt, bestand noch keine umfassende Auskunfts- und Beratungspflicht der Behörden. 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 des Eidg. Versicherungsgerichts 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.