

# **BGer C 32/06 vom 29. März 2007**

Bundesgericht, 2007-03-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_32\\_06](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_32_06)

FR: TF C 32/06 du 29 mars 2007

IT: TF C 32/06 del 29 marzo 2007

## **Regeste**

Arbeitslosenversicherung (AIV) | Arbeitslosenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 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 wurden 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) und es wurden die Organisation und das Verfahren des obersten Gerichts umfassend neu geregelt. Dieses Gesetz ist auf die nach seinem In-Kraft-Treten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem In-Kraft-Treten dieses Gesetzes ergangen ist ( Art. 132 Abs. 1 BGG ). Da der kantonale Gerichtsentscheid am 30. November 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 E. 1.2 S. 395).

### **E. 2**

Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen zum Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen sowie ihrer mitarbeitenden Ehegatten vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ( Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG ) sowie die Rechtsprechung zur analogen Anwendung dieser Bestimmung auf arbeitgeberähnliche Personen, welche Arbeitslosenentschädigung beanspruchen ( BGE 123 V 234 ff.; vgl. auch ARV 2005 Nr. 23 S. 268 E. 3, C 102/04, 2003 Nr. 22 S. 240, C 92/02, je mit Hinweisen), zutreffend dargelegt. Gleiches gilt hinsichtlich der Bestimmungen und Grundsätze über die für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vorausgesetzte Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person ( Art. 8 Abs. 1 lit. f, Art. 15 Abs. 1 AVIG ; BGE 125 V 51 E. 6a S. 58 mit Hinweisen; ARV 2003 Nr. 14 S. 128 E. 2.1, C 234/01, 2002 Nr. 5 S. 54 E. 2b, C 353/00, 1996/97 Nr. 36 S. 199 E. 3, C 160/94, 1993/94 Nr. 30 S. 212 E. 3b, C 171/93). Darauf wird verwiesen.

### **E. 3**

Gemäss dem Einspracheentscheid vom 14. April 2004 hat das AWA als kantonale Amtsstelle im Zweifelsfallverfahren ( Art. 81 Abs. 2 AVIG ) das Fehlen der Anspruchsberechtigung des Versicherten ab 17. September 1999 festgestellt. Alles andere ist nicht Gegenstand des Zweifelsfalls- und nachfolgenden kantonalen und letztinstanzlichen Beschwerdeverfahrens, insbesondere nicht die Fragen der Rückforderung, des Rückkommenstitels, der Verwirkung usw. ( BGE 126 V 399 ; vgl. auch

Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 426/00 vom 7. August 2001, E. 2).

#### **E. 4**

Letztinstanzlich umstritten ist einzig noch die Anspruchsberechtigung des Beschwerdegegners ab 1. Januar 2001 (Beginn der zweiten Rahmenfrist für den Leistungsbezug); für die Zeit davor hat es mithin sein Bewenden. In diesem Rahmen ist als Erstes zu prüfen, ob eine rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vorliegt.

##### **E. 4.1**

Der Beschwerdegegner war bis Ende 1998 zu 100 % als Einkäufer beim Unternehmen X.\_\_\_\_\_ angestellt. Ab 1. Januar 1999 bezog er Arbeitslosenentschädigung. Seit 27. Juli 1998 war er Mitglied des Verwaltungsrates der Firma M.\_\_\_\_\_. Am 14. September 1999 gab er dieses Verwaltungsratsmandat auf. Seine Ehefrau amtet seit 27. Juli 1998 als Präsidentin des Verwaltungsrates der Firma M.\_\_\_\_\_. Am 17. September 1999 begann der Versicherte bei dieser Firma eine mit monatlich Fr. 2000.- zuzüglich Provision entgeltete 50%ige Arbeit als Verkaufsberater, Marketing-Leiter und Repräsentant. Seine Tätigkeit umfasste den Verkauf, Marketing-Aufgaben zur Verkaufsförderung sowie Planung und Durchführung von Ausstellungen (Arbeitsvertrag vom 15. September 1999). In der Stellungnahme vom 2. Mai 2003 gab der Versicherte an, vom 27. Juli 1998 bis 13. September 1999 sei er nicht in der Firma M.\_\_\_\_\_ tätig, sondern daran lediglich mit einer Aktie beteiligt gewesen. Seine Frau arbeite seit 1986 in der Firma und sei für die Buchhaltung, die Löhne und das Personal zuständig. Abgesehen von Aushilfen arbeite seit September 1999 auch Herr G.\_\_\_\_\_ zu 50 % in der Firma. Er (der Beschwerdegegner) habe gewisse Entscheidungsbefugnisse, da er Marketing-Leiter sei; schlussendlich entschieden jedoch seine Frau und E.\_\_\_\_\_, da sie an der Firma finanziell beteiligt seien. Die Stelle sei nicht seine Traumstelle, da er dort lediglich Verkäufer sei; sie entspreche nicht seinen Fähigkeiten, und er könne seine langjährige Berufserfahrungen nicht einbringen. Seine Frau habe ihm ermöglicht, wenigstens teilweise arbeitstätig zu sein, anstatt zu Hause herumzusitzen. Der Laden sei von 12.30 bis 18.30 Uhr geöffnet. Er stelle sich der Arbeitsvermittlung weiterhin im Ausmass von 100 % zur Verfügung und sei bereit sowie in der Lage, die Stelle jederzeit zu Gunsten einer zumutbaren Dauerstelle aufzugeben. Diesfalls würde Herr G.\_\_\_\_\_ weiter in der Vinothek arbeiten.

##### **E. 4.2**

Die Ehefrau des Versicherten war seit 27. Juli 1998 und auch ab 1. Januar 2001 weiterhin Verwaltungsratspräsidentin der Firma M.\_\_\_\_\_, womit ihr eine arbeitgeberähnliche Stellung zukam ( Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ). Damit war es ihr beispielsweise möglich, über seine Anstellung, deren Umfang und Entlohnung zu entscheiden. Es ist nicht auszuschliessen, dass für den Versicherten die Möglichkeit eines höheren als des ausgeübten 50%igen Arbeitspensums bestanden hätte, dies aber bewusst nicht realisiert wurde. In einer solchen Konstellation besteht ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential, was auch die Vorinstanz eingeräumt hat. Immerhin konnte der Beschwerdegegner die Beitragszeit bezüglich der zweiten Rahmenfrist für den Leistungsbezug (1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2002) nur auf Grund der Zwischenverdiensttätigkeit in der Firma M.\_\_\_\_\_ erfüllen ( Art. 9 Abs. 3, Art. 13 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 4 AVIG ; BGE 127 V 52 , 122 V 249). Die Vorinstanz und der Beschwerdegegner verkennen, dass die Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich

begegnen, sondern bereits das Risiko eines solchen, welches der Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist, verhindern will (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 92/02 vom 14. April 2003, E. 4). Unter den gegebenen Umständen kann vorliegend weder eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Vorschriften über die Kurzarbeitsentschädigung noch die Gefahr einer missbräuchlichen Beanspruchung der Arbeitslosenversicherung (vgl. ARV 2003 Nr. 22 S. 240 E. 4) im massgeblichen Zeitraum ab 1. Januar 2001 ausgeschlossen werden. Die Ehefrau des Versicherten hätte keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen können, weshalb dem Beschwerdegegner als mitarbeitendem Ehemann gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ebenfalls verwehrt bleibt (vgl. auch Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 75/04 vom 20. April 2005, E. 3).

## **E. 5**

Sämtliche Vorbringen des Beschwerdegegners vermögen zu keinem anderen Ergebnis zu führen.

### **E. 5.1**

Nicht gefolgt kann insbesondere seinem Einwand, es fehle eine gesetzliche Grundlage um seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in BGE 123 V 234 E. 7b S. 237 ff. aufgezeigt, weshalb Art. 31 Abs. 3 AVIG, der seinen Wortlaut nach nur Kurzarbeitsfälle betrifft, auch für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung gilt.

#### **E. 5.2.1**

Der Versicherte macht weiter geltend, die Voraussetzung der zweifellosen Unrichtigkeit der Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung sei nicht erfüllt, weshalb deren Rückforderung nicht möglich sei. Zudem beruft er sich auf den Vertrauensschutz und wendet ein, indem die Arbeitslosenkasse im Wissen um seine Anstellung nicht sofort interveniert und die Taggelder stets ausbezahlt habe, habe sie eine Vertrauensgrundlage geschaffen. Er habe berechtigterweise darauf vertraut und die Beträge für seinen laufenden Lebensunterhalt verwendet (Vertrauensbetätigung). Im Rahmen einer Interessenabwägung zeige sich, dass eine Pflicht zur Rückzahlung für ihn den Ruin bedeuten könnte. Für die Verwaltung seien keine Vorteile ersichtlich. Entfalle die Rückforderung, könne er wenigstens einen Teil seines Lebensunterhaltes in der Firma seiner Frau verdienen und so die Arbeitslosenkasse entlasten.

#### **E. 5.2.2**

Eine Rückforderung der bereits ausbezahlten Taggelder ist vorliegend nicht Anfechtungsgegenstand (E. 3 hievor), weshalb Verwaltung und Vorinstanz die Anspruchsberechtigung zu Recht ohne Bezugnahme auf den Rückkommenstitel der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision geprüft haben (BGE 130 V 380 E. 2.3.1 S. 384 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 245/04 vom 10. Februar 2005, E. 2.2.2). Nicht zu beurteilen ist folglich auch, ob eine Rückforderung den Beschwerdegegner in finanzielle Schwierigkeiten bringen könnte. Dieser Aspekt wäre erst und nur bei der Behandlung eines allfälligen Erlassgesuchs unter dem Titel grosser Härte in Erwägung zu ziehen (ARV 1999 Nr. 40 S. 235 E. 3b, C 284/97).

#### **E. 5.2.3.1**

Der Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Art. 5 Abs. 3 BV ) schützt den Bürger und die Bürgerin in ihrem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten und bedeutet u.a., dass falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtsuchenden gebieten ( BGE 121 V 65 E. 2a S. 66). Diese Grundsätze gelten um so mehr, wenn die Behörde nicht nur eine Auskunft erteilt, sondern Anordnungen (z.B. zur Auszahlung von Leistungen) getroffen hat; denn damit wird in der Regel eine noch viel eindeutigeren Vertrauensbasis geschaffen als mit einer blossen Auskunft (ARV 1999 Nr. 40 S. 235 E. 3a mit Hinweisen). Eine Berufung auf den Vertrauensschutz ist auch bei fehlender Auskunftserteilung möglich, wenn und soweit den Versicherungsorganen im konkreten Fall eine Informationspflicht obliegt. Der am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Art. 27 ATSG stipuliert eine allgemeine Aufklärungs- und Beratungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen. Unter der davor herrschenden Rechtslage brauchten die Organe der Arbeitslosenversicherung (vorbehältlich des bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Art. 20 Abs. 4 AVIV ) nicht von sich aus, ohne Anfrage der versicherten Person Auskünfte zu erteilen oder auf drohende Rechtsnachteile aufmerksam zu machen ( BGE 131 V 472 E. 4 f. S. 477 ff.).

#### **E. 5.2.3.2**

Die Berufung des Versicherten auf Vertrauensschutz versagt, da nicht erstellt ist, dass er als Folge der ausbezahlten Arbeitslosenentschädigung und unterbliebenen Aufklärung Dispositionen getroffen oder unterlassen hat, die ohne Nachteil nicht mehr rückgängig gemacht oder nachgeholt werden können ( BGE 131 V 472 E. 5 S. 480, 121 V 65 E. 2a S. 66; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 85/06 vom 16. Oktober 2006, E 3.2). Soweit er einzig geltend macht, er habe die erhaltenen Leistungen für seinen laufenden Lebensunterhalt verwendet, stellt dies keine Disposition dar. Denn es liegt im Wesen solcher Zahlungen, dass sie normalerweise verbraucht werden (ARV 1999 Nr. 40 S. 235 E. 3b; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 27/01 vom 7. Mai 2001, E. 3c/cc). Nach dem Gesagten ist die Anspruchsberechtigung des Versicherten ab 1. Januar 2001 zu verneinen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.