

# **TG\_OBERGERICHT TVR 2008 Nr. 31 vom 6. November 2008**

Tg Obergericht, 2008-11-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_TVR\\_2008\\_Nr.\\_31](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_TVR_2008_Nr._31)

FR: TG\_OBERGERICHT TVR 2008 Nr. 31 du 6 novembre 2008

IT: TG\_OBERGERICHT TVR 2008 Nr. 31 del 6 novembre 2008

## **Regeste**

Arbeitslosenversicherung, echter/unechter Grenzgänger, Aufklärungs- und Beratungspflicht der Amtsstellen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beurteilung, ob ein in der Schweiz erwerbstätiger ausländischer Staatsangehöriger als echter oder unechter Grenzgänger zu qualifizieren ist und unter welchen Voraussetzungen ihm ein Leistungsanspruch zusteht, richtet sich nach dem Anhang II des FZA beziehungsweise der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Bei internationalem Sachverhalt genügt es nicht, den Leistungsanspruch eines Arbeitslosen nur nach schweizerischem Recht zu beurteilen (E. 3).

### **E. 2**

Gibt ein Gesuchsteller für Leistungen der Arbeitslosenversicherung eine Adresse im Ausland an und bestehen aufgrund der konkreten Umstände Zweifel an der Anspruchsberechtigung, so hat die Arbeitslosenversicherung den Gesuchsteller frühzeitig über die Problematik betreffend die Anspruchsvoraussetzung des Wohnsitzes in der Schweiz, die Rechtsgrundlagen und die Konsequenzen der Situation, wie sie sich in jenem Zeitpunkt darstellt, zu informieren. Verletzt die zuständige Amtsstelle ihre diesbezügliche Aufklärungs- und Beratungspflicht, so ist aufgrund des Vertrauensschutzes die betreffende Anspruchsvoraussetzung als gegeben zu erachten (E. 4). Der 1963 geborene deutsche Staatsangehörige S war ab 1. Juni 2005 als Geschäftsführer in der Firma V angestellt. Am 27. Juni 2006 kündigte diese das Arbeitsverhältnis auf den 30. September 2006. S meldete sich am 31. August 2006 bei der Gemeinde M zur Arbeitsvermittlung; er entschied sich dabei unter den zur Wahl stehenden Arbeitslosenkassen für diejenige des Kantons Thurgau. Am 12. September 2006 stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 2. Oktober 2006. Am 26. Juni 2007 ersuchte die Arbeitslosenkasse das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Thurgau (AWA), zu prüfen und zu entscheiden, ob S Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe und ob sich sein Lebensmittelpunkt in der Schweiz befinde. Nach verschiedenen Sachverhaltsabklärungen verneinte das AWA mit Verfügung vom 19. Juli 2007 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mangels Wohnsitzes des Versicherten in der Schweiz und hielt daran mit Einspracheentscheid vom 25. September 2007 fest. S erhob dagegen Beschwerde, welche das Versicherungsgericht gutheisst. Aus den Erwägungen:

### **E. 3**

a) Strittig ist vorliegend, ob der Beschwerdeführer – als Voraussetzung für einen Anspruch auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung – während des massgeblichen Zeitraumes

nach Beendigung seiner Tätigkeit bei der Firma V seinen Wohnsitz in der Schweiz oder in Deutschland hatte. Die vorliegende Fragestellung impliziert einen internationalen Sachverhalt, womit vorweg zu prüfen ist, ob beziehungsweise inwiefern Kollisionsnormen zur Anwendung gelangen. Seit dem 1. Juli 2002 ist das FZA und insbesondere dessen Anhang II betreffend die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Kraft (BGE 130 V 145, E. 3; 128 V 315, mit weiteren Hinweisen). Nach Art. 1 Abs. 1 Anhang II FZA, der aufgrund von Art. 8 FZA ausgearbeitet worden ist und integrierender Bestandteil desselben bildet (Art. 15 FZA) i. V. mit Abschnitt A dieses Anhangs wenden die Vertragspartner im Rahmen ihrer Beziehungen insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71) sowie die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972, welche die Modalitäten der Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 regelt, an. Der am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Art. 121 AVIG verweist in lit. a seinerseits auf das FZA und diese zwei Koordinierungsverordnungen (vgl. SVR 2006 ALV Nr. 24 S. 82 E. 1.1, C 290/03; BGE 133 V137 E. 1; BGE 133 V 169 = SVR 2007 ALV Nr. 10, in: Pra 2/2008 Nr. 19, E. 4.1). Die Kollisionsnormen der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmen, welche nationale Rechtsordnung anzuwenden ist. Unter Vorbehalt der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist es Sache des innerstaatlichen Rechts, festzulegen, unter welchen Voraussetzungen Leistungen gewährt werden (vgl. BGE 133 V 137 E. 1.2; 131 V 214 E. 5.3). (Ausführungen zur Frage, inwiefern ein ausländischer Arbeitnehmer gemäss Art. 71 der Verordnung Nr. 1408/71 als echter oder unechter Grenzgänger zu qualifizieren ist, und zu den entsprechenden Leistungsvoraussetzungen der Arbeitslosenversicherung.) b) Für die Beantwortung der Frage, ob die Verordnung Nr. 1408/71, insbesondere Art. 71 derselben, gestützt auf Art. 121 AVIG anwendbar ist, wäre zunächst abzuklären, wo der Beschwerdeführer im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sinn überhaupt gewohnt hat beziehungsweise ob ein internationaler Sachverhalt mit Berührung zum EU-Recht tatsächlich vorliegt. Massgeblich zur Bestimmung dieses Wohnortes ist Art. 1 lit. h der Verordnung Nr. 1408/71. Gemäss dieser Bestimmung wird «Wohnort» als der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts definiert (vgl. hierzu Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 227/05 vom 8. November 2006, E. 4.1 und 7.1; Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. Februar 2007, AVI 2006/132, E. 4.a). Kriterien für die Beurteilung, inwiefern einem bestimmten Arbeitnehmer die Qualität eines (echten oder unechten) Grenzgängers zukommt, liefert auch das Kreisschreiben des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO über die Auswirkungen des Abkommens über den freien Personenverkehr sowie des geänderten EFTA-Abkommens auf die Arbeitslosenversicherung (KS-ALEFPV) vom Dezember 2004, so insbesondere lit. B 55 des Kreisschreibens. c) Die Vorinstanz hat sich darauf beschränkt, die Anspruchsvoraussetzung des Wohnsitzes in der Schweiz aufgrund von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG, das heisst gemäss schweizerischem Recht, zu untersuchen. Nachdem sie zum Ergebnis gelangte, dass diese Voraussetzung nicht gegeben ist, unterliess sie es jedoch, eine mögliche Anspruchsgrundlage gestützt auf die kollisionsrechtlichen Bestimmungen des FZA beziehungsweise der Verordnung Nr. 1408/71 zu prüfen. Wie den Akten zu entnehmen ist, liegen zumindest diverse Indizien für eine Qualifikation des Beschwerdeführers als (unechten) Grenzgänger im Sinne der Verordnung 1408/71 vor. Selbst wenn die Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 8 lit. c AVIG zu verneinen wäre, ist

eine entsprechende Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen unter kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten unabdingbar, wenn – wie vorliegend – nur bereits die Möglichkeit eines internationalen Sachverhaltes vorliegt. Dies ergibt sich daraus, dass die Beurteilung der Frage, ob einem Arbeitnehmer die Eigenschaft als (echter oder unechter) Grenzgänger zukommt, erst unter Zugrundelegung der zu den Kollisionsnormen entwickelten Kriterien (vgl. Kreisschreiben des SECO vom Dezember 2004, KS-ALE-FPV) beantwortet werden kann. Nachdem die vorliegende Beschwerde jedoch bereits aus anderem Grunde gutzuheissen ist (nachstehend E. 4), kann die Frage, ob der Beschwerdeführer als (unechter) Grenzgänger im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 zu qualifizieren ist, vorliegend offen bleiben.

#### **E. 4**

a) Gemäss Art. 27 ATSG 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 aufwändige Nachforschungen erfordern, kann der Bundesrat die Erhebung von Gebühren vorsehen und den Gebührentarif festlegen (Abs. 2). Nach der gleichzeitig mit dem ATSG am 1. Januar 2003 in Kraft gesetzten Ausführungsbestimmung des Art. 19a AVIV klären die in Art. 76 Abs. 1 Buchstaben 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 (Art. 81 AVIG) ergeben (Art. 19a Abs. 2 AVIV). Die kantonalen Amtsstellen und die regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus dem jeweiligen Aufgabenbereich (Art. 85 und 85b AVIG) ergeben (Art. 19a Abs. 3 AVIV). In BGE 131 V 472 wurde die Aufklärungs- und Beratungspflicht – als wichtige Neuerung des ATSG – durch das Bundesgericht gerade auch im Bereich des AVIG recht weit gefasst. An die Unterlassung der gesetzeskonformen Beratung werden auf der Grundlage dieser Rechtsprechung grundsätzlich die gleichen Rechtsfolgen geknüpft, wie – im Rahmen des Vertrauensschutzes – an falsche Auskünfte (vgl. Gächter, Sozialversicherungsrecht, Allgemeiner Teil: Entwicklungen 2006, Bern 2007, Seite 72 ff., mit weiteren Hinweisen). Bei einer ungenügenden oder fehlenden Wahrnehmung der Beratungspflicht gemäss Art. 27 ATSG hat mithin der Versicherungsträger gleich wie bei einer falsch erteilten Auskunft in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen (vgl. BGE 131 V 472 E. 5, sowie Entscheid des Versicherungsgerichtes Kanton St. Gallen vom 26. Februar 2007, AVI 2006/132, E. 6 c). b) Wie den im Recht liegenden Akten zu entnehmen ist, hat der Beschwerdeführer dem RAV in M bis zum Zeitpunkt, als er im Juni 2007 eine feste Zusage für eine neue Stelle ab 1. Januar 2008 erhalten hatte, regelmässig die Nachweise seiner persönlichen Arbeitsbemühungen eingereicht. Die Arbeitgeberbescheinigung mit dem Kündigungsschreiben und den Gehaltsabrechnungen wurden der Arbeitslosenkasse offensichtlich bereits am 26. Oktober 2006 zugestellt. Aus dieser Arbeitgeberbescheinigung als auch aus den Lohnabrechnungen ab Juli 2006 geht hervor, dass der Beschwerdeführer eine Adresse in Deutschland angegeben hatte. Wie sich sowohl aus der Verfügung vom 19. Juli 2007 als auch aus dem Einspracheentscheid vom 25. September 2007 der Vorinstanz

ergibt, bildete diese Adressangabe offensichtlich ein wesentliches Indiz dafür, dass seitens der Vorinstanz eine Wohnsitzverlegung des Beschwerdeführers nach Deutschland angenommen wurde. Dass sich daraus allenfalls ein Problem bei der Anspruchsvoraussetzung des Wohnsitzes in der Schweiz ergeben könnte, hätte der Vorinstanz beziehungsweise der Arbeitslosenkasse somit bereits im Oktober 2006 bewusst werden müssen. Erst auf die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 12. Juni 2007 hin wurde der Rechtsdienst der Vorinstanz zur Abklärung der Anspruchsvoraussetzung im Zusammenhang mit der Frage des Wohnsitzes in der Schweiz ersucht. Im Juli 2007 fand ein Gespräch zwischen dem Beschwerdeführer und dem zuständigen Mitarbeiter der Vorinstanz statt, anlässlich dessen der Beschwerdeführer offensichtlich auf die Problematik der Wohnsitzverlegung hingewiesen wurde. Irgendwelche Anhaltspunkte, gemäss welchen der Beschwerdeführer vorgängig auf diese Problematik einer allfälligen Wohnsitzverlegung nach Deutschland im Zusammenhang mit den Anspruchsvoraussetzungen hingewiesen worden wäre, sind nicht ersichtlich. So wurde der Beschwerdeführer insbesondere nie darüber aufgeklärt, dass im internationalen Verhältnis zu Deutschland der gewöhnliche Aufenthalt für die Frage entscheidend ist, welcher Staat für die Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung zuständig ist. c) Damit hat die Vorinstanz ihre Aufklärungspflicht nach Art. 27 ATSG i.V. mit Art. 19a AVIV verletzt (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. Februar 2007, AVI 2006/132, E. 6. d). Aus der Verletzung der Aufklärungspflicht darf dem Beschwerdeführer jedoch kein Nachteil erwachsen. Da er sich rückwirkend für Leistungen in Deutschland nicht mehr anmelden kann, muss aus Gründen des Vertrauensschutzes die Anspruchsvoraussetzung des Wohnortes in der Schweiz vorliegend als gegeben erachtet werden. Entscheid vom 5. März 2008 Die dagegen erhobene Beschwerde des AWA wies das Bundesgericht mit Urteil vom 6. November 2008 (8C\_323/2008) ab. × JavaScript errors detected Please note, these errors can depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact Support Close

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