

# **VS\_GERICHTE S1 21 123 vom 22. Februar 2022**

VS Kantonsgericht, 2022-02-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_S1 21 123](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_S1_21_123)

FR: VS\_GERICHTE S1 21 123 du 22 février 2022

IT: VS\_GERICHTE S1 21 123 del 22 febbraio 2022

## **Regeste**

S1 21 123 URTEIL VOM 22. FEBRUAR 2022 Kantonsgericht Wallis  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung Besetzung: Dr. Thierry Schnyder, Präsident;  
Candido Prada und Thomas Brunner, Kantonsrichter; Renata Kreuzer, Gerichtsschreiberin  
in Sachen X \_\_\_\_\_, Beschwerdeführer, vertreten durch SYNA die Gewerkschaft  
Oberwallis, gegen DIENSTSTELLE FÜR INDUSTRIE, HANDEL UND ARBEIT,  
Beschwerdegegnerin (Arbeitslosenentschädigung / unechte Grenzgänger) Beschwerde  
gegen den Entscheid vom 28. April 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosengesetz, AVIG) sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) auf das AVIG anwendbar, soweit dieses nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Gemäss Art. 56 Abs. 1 ATSG kann gegen Einspracheentscheide innert einer Frist von 30 Tagen nach deren Eröffnung Beschwerde bei einem vom Kanton bestellten Versicherungsgericht eingereicht werden (Art. 57 ATSG und Art. 60 ATSG). Die sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts Wallis ist sachlich zuständig (Art. 58 Abs. 2 ATSG, Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechtspflege vom 11. Februar 2009 [RPfIG], Art. 1 Abs. 2 des Verfahrensreglements des kantonalen Versicherungsgerichts vom 2. Oktober 2001 [RVG] und Art. 81a Abs. 1 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungspflege vom 6. Oktober 1976 [VVRG]). Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich aus Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV). Da die Beschwerde sodann rechtzeitig erhoben worden ist und auch die übrigen formellen Beschwerdevoraussetzungen erfüllt sind, ist auf diese einzutreten.

- 5 -

### **E. 2**

Zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 18. November 2019. Der Beschwerdeführer ist italienischer Staatsbürger und war vor Eintritt der Arbeitslosigkeit zuletzt in der Schweiz tätig.

### **E. 3.1**

Da über den Anspruch eines Angehörigen eines Mitgliedstaates auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu befinden ist, fällt der Rechtsstreit in sachlicher, persönlicher und zeit-

licher Hinsicht in den Anwendungsbereich des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA). Dieses beinhaltet als zentralen Grundsatz die Nichtdiskriminierung der sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates aufhaltenden Staatsangehörigen (vgl. Art. 1 und 2 FZA). Nach Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage des Art. 8 des FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhangs II («Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit») FZA in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs werden die Vertragsparteien untereinander insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Grundverordnung) und die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung Nr. 883/2004 (Durchführungsverordnung) oder gleichwertige Vorschriften an. Die beiden genannten gemeinschaftsrechtlichen Verordnungen sind für die Schweiz durch den Beschluss Nr. 1/2012 des Gemischten Ausschusses vom 31. März 2012 zur Ersetzung des Anhangs II FZA über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit per 1. April 2012 in Kraft getreten (AS 2012 2345; vgl. Bundesgerichtsurteil 8C\_455/2011 vom

### **E. 3.2**

Titel II der Verordnung Nr. 883/2004 (Art. 11 bis 16) enthält allgemeine Kollisionsregeln zur Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften. Dabei legt Art. 11 den kollisionsrechtlichen Grundsatz der Einheitlichkeit der anwendbaren Rechtsvorschriften in dem Sinne fest, dass für jede Person die Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates massgebend sind (Abs. 1). Ausnahmen vorbehalten, gilt für Arbeitnehmende das Beschäftigungslandprinzip (Abs. 3 Bst. a; vgl. Bundesgerichtsurteil 8C\_273/2015 vom 12. August 2015 E. 3.2). Dieses besagt, dass der Beschäftigte grundsätzlich in dem Land versichert ist, in dem er erwerbstätig ist. Zuständig für die Gewährung von Leistungen ist damit dem Grundsatz nach der Beschäftigungsstaat.

### **E. 3.3**

Laut Art. 65 Abs. 2 VO Nr. 883/2004 muss sich eine vollarbeitslose Person, die während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat gewohnt hat und weiterhin in diesem Mitgliedstaat wohnt oder in ihn zurückkehrt, der Arbeitsverwaltung des Wohnmitgliedstaates zur Verfügung stellen. Unbeschadet des Artikels 64 VO Nr. 883/2004 kann sich eine vollarbeitslose Person zusätzlich der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaates zur Verfügung stellen, in dem sie zuletzt eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hat. Ein Arbeitsloser, der kein Grenzgänger ist und nicht in seinen Wohnmitgliedstaat zurückkehrt, muss sich der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats zur Verfügung stellen, dessen Rechtsvorschriften zuletzt für ihn gelten haben (Art. 65 Abs. 2 Satz 3 VO Nr. 883/2004).

### **E. 3.4**

Unter Vorbehalt der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist es Sache des innerstaatlichen Rechts, festzulegen, unter welchen Voraussetzungen Leistungen gewährt werden, mithin richtet sich der Anspruch auf Leistungen der schweizerischen Arbeitslosenversicherung nach schweizerischem Recht (vgl. BGE 131 V 209 E. 5.3; SVR 2006 ALV Nr. 24 S. 82; Bundesgerichtsurteil C 290/03 vom 6. März 2006 E. 1.2). In diesem Zusammenhang ist Art.

8 AVIG zu nennen, wonach für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter anderem vorausgesetzt wird, dass der Versicherte in der Schweiz wohnt (Abs. 1 lit. c), dies als Ausdruck des im Arbeitslosenversicherungsrecht geltenden Verbots des Leistungsexports und des grundlegenden Prinzips der persönlichen Verfügbarkeit (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Auflage 2016, S. 2319 Rz. 180). Damit stimmt der innerstaatliche Begriff des Wohnens vom Wortlaut her mit dem gemeinschaftsrechtlichen gemäss Art. 1 lit. j Verordnung Nr. 883/2004 überein, der

- 7 - darunter den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person versteht (Nussbaumer, a.a.O., S. 2319 f. Rz. 182). Dieser befindet sich an demjenigen Ort, an dem eine Person den Mittelpunkt ihrer Lebensführung hat. Seine nähere Bestimmung kann von subjektiven oder objektiven Umständen abhängen, das heisst vom Willen der betreffenden Person oder von den äusserlichen Lebensumständen, die notfalls auch gegen den erklärten Willen ins Feld geführt werden können. Für die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzung des Wohnens nach Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG genügt mithin ein tatsächlicher oder gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz mit der Absicht, diesen Aufenthalt während einer gewissen Zeit aufrechtzuerhalten und hier in dieser Zeit auch den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen zu haben (BGE 115 V 448 E. 1.b i.f.). Einzig berufliche Beziehungen zur Schweiz, mögen sie noch so intensiv sein, genügen nicht. Entscheidend sind dabei – in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Wohnsitz nach Art. 23 ZGB (Bundesgerichtsurteil 5A\_663/2009 vom 1. März 2010 E. 2.2.2) und in Relativierung des soeben zu Art. 1 lit. j Verordnung Nr. 883/2004 Ausgeführten – objektive Kriterien, während der innere Wille der betreffenden Person nicht ausschlaggebend ist (BGE 138 V 533 E. 4.2 mit Hinweisen; zum Ganzen vgl. Bundesgerichtsurteile 8C\_60/2016 vom 9. August 2016 E. 2.4 und 8C\_186/2017 vom 1. September 2017 E. 5.1). In zeitlicher Hinsicht ist die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens nicht nur bei Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllen, das heisst am Stichtag für die Festlegung der Rahmenfrist, sondern während des gesamten Zeitraumes, für den Leistungen geltend gemacht werden. Dies ergibt sich aus dem Verbot des Leistungsexports und dem Prinzip der Verfügbarkeit (Bundesgerichtsurteil 8C\_380/2020 vom 24. September 2020 E. 2.2 mit Hinweis auf Nussbaumer, a.a.O., S. 2319 Rz. 180 in Verbindung mit S. 2322 Rz. 192 mit Hinweisen). Keinesfalls genügt es für die Bejahung des gewöhnlichen Aufenthalts, wenn sich der Bezug zur Schweiz auf die regelmässige Rückkehr zwecks Erfüllung der Kontrollvorschriften beschränkt (Urteil des Bundesgerichts 8C\_280/2019 vom

### **E. 3.5**

Art. 27 ATSG statuiert schliesslich eine umfassende Beratungs- und Aufklärungspflicht der Durchführungsorgane gegenüber den versicherten Personen. Absatz 1 verankert eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht, die nicht erst auf persönliches Verlangen der Versicherten besteht und die hauptsächlich durch die Abgabe von Informationsbroschüren, Merkblättern und Wegleitungen erfüllt wird (Th. Nussbaumer, a.a.O., Rz 324 mit Hinweisen). Absatz 2 verpflichtet demgegenüber zu persönlicher Beratung der Versicherten, die grundsätzlich auf Begehren, aber auch ohne Antrag zu

- 8 - erfolgen hat, wenn ein entsprechender Bedarf festgestellt wird (BGE 131 V 472 E.5, Bundesgerichtsurteile C 138/05 vom 3. Juli 2006 E. 3.1, K 7/06 vom 12. Januar 2007 E. 3.3 und 8C\_26/2011 vom 31. Mai 2011 E. 6.2; Ueli Kieser, Kommentar ATSG, 3. Aufl., Bern/St. Gallen/Zürich 2015, Art. 27 ATSG N 28 und in casu N 34). 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 und der Versicherungsträger hat dafür in Nachachtung des Vertrauensprinzips einzustehen (BGE 131 V 472 E. 5; Bundesgerichtsurteil C 272/05 vom 13. Dezember 2005 E. 3.2.3; Ueli Kieser, a.a.O., Art. 27 ATSG N 37 mit Hinweisen). 4. Aus den Akten des RAV ergibt sich, dass der Beschwerdeführer im November 2019 zum ersten Mal arbeitslos war. Es fanden insgesamt zwei Beratungsgespräche statt. Das erste am 27. November 2019, das zweite am 16. Januar 2020. Am 16. Januar 2020 füllte der Beschwerdeführer das Formular «Wohnsitzabklärung» aus, in dem er aufgefordert wurde, mittels entsprechender Belege aufzuzeigen, dass er seinen Lebensmittelpunkt in der Schweiz habe. Aus den Gesprächsprotokollen geht nicht hervor, dass der Beschwerdeführer darauf aufmerksam gemacht worden wäre, dass er seinen Anspruch in Italien anmelden müsse bzw. gemäss Art. 65 VO Nr. 883/2004 vom Wahlrecht Gebrauch machen konnte. Es kann der Beschwerdegegnerin in ihrer Ansicht nicht gefolgt werden, die Organe der Arbeitslosenversicherung seien ihrer Beratungspflicht nachgekommen. Für eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht gemäss Art. 27 ATSG hat in Nachachtung des Vertrauensprinzips der Versicherungsträger einzustehen.

#### **E. 4**

Mai 2012 E. 2.1). Die Verordnung Nrn. 883/2004 und 987/2009 koordinieren die nationalen Rechtsordnungen in Bezug auf Leistungen bei Krankheit, Mutterschaft und Vaterschaft, Invalidität, Alter, Leistungen an Hinterbliebene, bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Sterbegeld, Arbeitslosigkeit, Vorruhestandsleistungen und Familienleistungen (Kreisschreiben des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO über die Auswirkungen der Verordnungen [EG] Nrn. 883/2004 und 987/2009 auf die Arbeitslosenversicherung [KS ALE 883], 2. Auflage, Stand 1. Juli 2019, Rz B30).

- 6 -

#### **E. 5**

Ergänzend sei dargelegt, was folgt:

##### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer ist seit dem 24. Juni 2019 mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung L in B \_\_\_\_\_ angemeldet. Diese war gültig, als er sich am 18. November 2019 arbeitslos meldete, und wurde nachweislich bis zum 31. Dezember 2020 verlängert. Damit war er grundsätzlich vermittelbar. Der Beschwerdeführer war vor Eintritt seiner Arbeitslosigkeit in der Schweiz im Baugewerbe als Saisonarbeiter tätig. Seit Juni 2019 hatte der Beschwerdeführer Wohnsitz in B \_\_\_\_\_ und dort in einer Gemeinschaftswohnung ein Zimmer gemietet, welches über das Personalbüro vermittelt worden war und trotz Wechsel der Baufirma aufrecht blieb. Der hinterlegte Mietvertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und die Mietzahlungen wurden sowohl während der

- 9 - Saisonbeschäftigung als auch während der Arbeitslosigkeit grossmehrheitlich belegt. Die Weiterbenutzung des Mietobjekts nach Saisonende ist ferner glaubwürdig, zumal dem Beschwerdeführer bereits im November 2019 mündlich ein neues Anstellungsverhältnis per März 2020 zugesichert worden war. Dass der Versicherte in enger Verbindung mit dem hiesigen Arbeitsmarkt verblieben war, belegen nebst den Rechnungen für Radio- und Fernsehempfang sowie Strom- und Mietzahlungen schliesslich auch die zahlreich erfolgten

Arbeitsnachweise in der Region und der mehrfach bekundete Wille, sich auch auf Vollzeitstellen zu bewerben. Der Beschwerdeführer kehrte sodann gemäss glaubwürdigen Aussagen jeweils in den Ferien – und damit zumindest gelegentlich – an seinen Wohnort in Italien zurück. Der Umstand, dass er bezüglich der obligatorischen Krankenversicherung vorerst in Italien versichert geblieben war, kann ihm nicht zum Nachteil gereichen. Aus den Akten geht nämlich nicht hervor, dass er über das Wahlrecht informiert worden war. Wenn schliesslich die Beschwerdegegnerin einwendet, es hätten keine auf Dauer angelegte Arbeits- und Mietverhältnisse vorgelegen, verkennt sie, dass dies im Rahmen einer Saisonbeschäftigung üblich ist. Dies nicht zu berücksichtigen würde heissen, sämtlichen Saisoniers den Anspruch zu verwehren, was nicht gesetzmässig wäre.

## E. 5.2

Unbestritten ist weiter, dass der Beschwerdeführer durch die fehlende tägliche oder mindestens wöchentliche Pendelbewegung von Italien nach der Schweiz nicht als echter Grenzgänger gilt. Da er aber zumindest gelegentlich an seinen Wohnsitz in Italien zurückkehrt, ist er, wenn auch allenfalls nicht als in der Schweiz wohnend, so doch jedenfalls als unechter Grenzgänger – wie dies die Beschwerdegegnerin selber darlegt – zu qualifizieren (S. Dern, in Schreiber/Wunder/Dern, VO Nr. 883/2004, 2012, S. 306 Nr. 2 f. zu Art. 65). Wie bereits dargelegt (vorstehende E. 3.3), haben unechte Grenzgänger gemäss Art. 65 Abs. 2 Satz 3 VO Nr. 883/2004 bei Vollarbeitslosigkeit Anspruch auf Leistungen des letzten Tätigkeitsstaates, sofern sie nicht in ihrem Wohnsitzmitgliedstaat zurückkehren und sich in diesem Staat der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen (vgl. S. Dern, a.a.O., S. 311 Nr. 19 f.). Unechte Grenzgänger, die in der Schweiz beschäftigt waren und ihren Wohnsitz im Ausland haben, können somit gestützt auf das in Art. 65 VO Nr. 883/2004 festgehaltene Wahlrecht ihren Anspruch auf Arbeitslosigkeit in der Schweiz geltend machen. Bei Ausübung dieses Wahlrechts wird gemäss Kreisschreiben des SECO über die Auswirkungen der Verordnungen [EG] Nr. 883/2004 und 987/2009 auf die Arbeitslosenversicherung (KS ALE 883), Ziff. A 88 f. lediglich vorausgesetzt, dass sich die betreffende Person im Staat, in dem sie die Leistungen beansprucht,

- 10 - der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellt. Zuständig sind diejenigen Durchführungsstellen (RAV, Arbeitslosenkasse), in deren Tätigkeitsgebiet der vormalige Aufenthaltsort der betreffenden Person lag. Um in der Schweiz als letzter Beschäftigungsstaat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigungen erheben zu können, muss der unechte Grenzgänger seinen Wohnort demnach gerade nicht aufgeben und in die Schweiz übersiedeln (vgl. KS ALE 883 Ziff. A 24 F., A 29 und A90). Durch den Bezug von Arbeitslosenentschädigung in der Schweiz verliert er seinen Status als unechter Grenzgänger nicht (vgl. KS ALE 883 Ziff. D 25 und 26), ansonsten fände Art. 65 VO Nr. 883/2004 durch das Zusammenfallen von Wohn- und Beschäftigungsort keine Anwendung und das eigentliche Wahlrecht würde ausgehebelt. Mithin entfällt das Erfordernis des Wohnens in der Schweiz nach Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG für unechte Grenzgänger (Bundesgerichtsurteil 8C\_432/2021 vom 20. Januar 2022 E. 5.3 mit Hinweisen). In casu wurde der Beschwerdegegner auf ein solches Wahlrecht als unechter Grenzgänger ebenfalls nicht aufmerksam gemacht. Darüber hinaus stellte sich der Beschwerdeführer uneingeschränkt der Arbeitsvermittlung in der Schweiz zur Verfügung, weilte hier mehrmals wöchentlich zur Stellensuche und hielt die enge Beziehung zum schweizerischen Arbeitsmarkt dementsprechend aufrecht. Durch die bereits bei der Anmeldung in Aussicht stehende erneute Beschäftigung bei der gleichen Arbeitgeberin im Frühjahr 2020 in der Schweiz

machte er deutlich, dass er weiterhin unter den gleichen Bedingungen in der Schweiz tätig sein wollte und insofern auf eine Rückkehr in seinen Wohnstaat verzichtete.

#### **E. 6**

Nach dem Gesagten ist der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin aufzuheben, was zur Gutheissung der Beschwerde führt. Die Sache ist zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen und zum Erlass einer neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

#### **E. 7**

Abgesehen von Ausnahme, die hier nicht interessieren, sind im Bereich der Arbeitslosenversicherung keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 61 lit. f bis ATSG; Das Spezialgesetz, in casu AVIG, sieht keine Kostenpflicht vor). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die DIHA dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 1'000 (inkl. Kosten und Auslagen) zu bezahlen (Art. 4 GTar, Bundesgerichtsurteil 8C\_527/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 6, 9C\_30/2014 vom 6. Mai 2014 E. 3.2).

- 11 -

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