

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00442 vom 12. Mai 2004

ZH Sozialversicherungsgericht, 2004-05-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2002.00442](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2002.00442)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00442 du 12 mai 2004

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00442 del 12 maggio 2004

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Am 1. Januar 2003 sind das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) und die Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 (ATSV) in Kraft getreten und haben in einzelnen Sozialversicherungsgesetzen und -verordnungen zu Revisionen geführt. In materiellrechtlicher Hinsicht gilt jedoch der allgemeine Übergangsrechtliche Grundsatz, dass der Beurteilung jene Rechtsnormen zu Grunde zu legen sind, die gegolten haben, als sich der zu den materiellen Rechtsfolgen führende Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. BGE 127 V 467 Erw. 1, 126 V 136 Erw. 4b, je mit Hinweisen). Da sich der hier zu beurteilende Sachverhalt vor dem 1. Januar 2003 verwirklicht hat, gelangen die materiellen Vorschriften des ATSG und der ATSV sowie die gestützt darauf erlassenen Gesetzes- und Ordnungsrevisionen im vorliegenden Fall noch nicht zur Anwendung. Bei den im Folgenden zitierten Gesetzes- und Ordnungsbestimmungen handelt es sich deshalb - soweit nichts anderes vermerkt wird - um die Fassungen, wie sie bis Ende 2002 in Kraft gewesen sind.

1.2 Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit.

f des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenentschädigung und die Insolvenzenschädigung [AVIG]). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 58 Erw. 6a, 123 V 216 Erw. 3, je mit Hinweis).

Laut Art. 15. Abs. 2 AVIG gilt die körperlich oder geistig behinderte Person als vermittlungsfähig, wenn ihr bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung ihrer Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte, wobei der Bundesrat die Koordination mit der Invalidenversicherung regelt. In Art. 15 Abs. 3 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) wird festgehalten, dass eine behinderte Person, welche unter der Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage, nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist und sich bei der Invalidenversicherung oder bei einer anderen Versicherung nach Absatz 2 angemeldet hat, bis zum Entscheid der anderen Versicherung als vermittlungsfähig gilt und die Beurteilung ihrer Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit durch die andere Versicherung dadurch

nicht berücksichtigt wird.

1.3 Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG muss die Kasse Leistungen der Versicherung, auf die die empfangende Person keinen Anspruch hatte, zurückfordern (BGE 126 V 399). War die leistungsempfangende Person beim Bezug gutgläubig und würde die Rückerstattung eine grosse Härte bedeuten, so wird sie auf Gesuch hin ganz oder teilweise erlassen (Art. 95 Abs. 2 AVIG; BGE 126 V 48). Hat eine Kasse Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet und erbringt später eine andere Sozialversicherung für denselben Zeitraum Leistungen, die zu einer Rückforderung Anlass geben, so verlangt die Kasse beim zuständigen Versicherungsträger die Verrechnung (Art. 124 AVIV).

1.4 Gemäss einem allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts kann die Verwaltung eine formell rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, in Wiedererwägung ziehen, wenn sie zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (BGE 126 V 23 Erw. 4b, 46 Erw. 2b, 400 Erw. 2b/aa, je mit Hinweisen).

Von der Wiedererwägung ist die so genannte prozessuale Revision von Verwaltungsverfügungen zu unterscheiden. Danach ist die Verwaltung verpflichtet, auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen, wenn neue Tatsachen oder neue Beweismittel entdeckt werden, die geeignet sind, zu einer anderen rechtlichen Beurteilung zu führen (BGE 126 V 24 Erw. 4b, 46 Erw. 2b, je mit Hinweisen). Erheblich können nur Tatsachen sein, die zur Zeit der Erstbeurteilung bereits bestanden, jedoch unverschuldeterweise unbekannt waren oder unbewiesen blieben (BGE 119 V 184 Erw. 3a, 477 Erw. 1a, je mit Hinweisen).

2. Streitig ist, ob der Beschwerdeführer die mittels Taggeldabrechnungen von September 1994 bis Januar 1995 sowie von August 1995 bis Februar 1996 erbrachten Leistungen zurückzuerstatten hat. Es geht also nicht nur um die Frage der Unrechtmässigkeit des erfolgten Leistungsbezuges (Art. 95 Abs. 1 AVIG), sondern auch darum, ob die Rückkommensvoraussetzungen - Wiedererwägung oder prozessuale Revision - gegeben sind.

2.1 Art. 95 Abs. 1 AVIG setzt als Voraussetzung für die Rückerstattung die Unrechtmässigkeit des Leistungsbezuges voraus; weitere bereichsspezifische Erfordernisse sind nicht notwendig (ARV 1998 Nr. 15 S. 81 Erw. 5a mit Hinweis). Der Beschwerdeführer erhält unbestrittenermassen ab dem 1. September 1994 bei einem Invaliditätsgrad von 100 % eine ganze Rente der Invalidenversicherung (Urk. 11/4). Auch wenn in einem solchen Fall die Vermittlungsfähigkeit nicht ausgeschlossen sein muss (ARV 1998 Nr. 15 S. 81 f. Erw. 5b; vgl. BGE 127 V 478 Erw. 2b/cc), liegen hier keine für einen solchen Fall sprechenden Anhaltspunkte vor. Laut dem Gutachten der Medizinischen Abklärungsstelle (MEDAS) B. \_\_\_ vom 20. September 2001 (Urk. 3/4) ist der Beschwerdeführer in seiner früheren Tätigkeit als Bauarbeiter und Liftmotoren-Reiniger seit 1993 zu 100 % arbeitsunfähig. Die Ärzte der MEDAS hielten ausserdem fest, dass aufgrund des geringen intellektuellen Potentials des Beschwerdeführers es bis anhin nicht gelungen sei, die für die Behandlung der diversen gesundheitlichen Probleme nötige Compliance zu erbringen, weshalb berufliche Massnahmen nicht erfolgsversprechend seien. Aufgrund der wenig eigenverantwortlichen Lebensführung des Beschwerdeführers als auch wegen seiner mangelnden schulischen

und beruflichen Kenntnissen dürften auch Eingliederungsmassnahmen zum Scheitern verurteilt sein. Damit war der Beschwerdeführer spätestens ab September 1994 nicht mehr in der Lage, zumutbare Arbeit anzunehmen, und in der Folge auch nicht mehr vermittlungsfähig, so dass die Taggelder der Arbeitslosenversicherung ab diesem Zeitpunkt zu Unrecht ausbezahlt worden sind. Es trifft zwar zu, dass sowohl der Hausarzt Dr. med. C. \_\_\_\_, Allgemeine Medizin FMH, als auch weitere Ärzte, bei welchen der Beschwerdeführer wegen seiner Hautprobleme in Behandlung war (vgl. Urk. 3/3 und Urk. 3/7), für diesen Zeitraum dem Beschwerdeführer in einer trockenen und sauberen manuellen Tätigkeit (ohne Kontakt mit Chemikalien, Lösungsmitteln, etc.) eine 100%ige Arbeitsfähigkeit attestiert haben. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass sie dabei lediglich auf das Handekzem Bezug genommen haben, während sie die übrigen gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers ausser Acht gelassen haben. Es ist deshalb auf das umfassende polydisziplinäre Gutachten der MEDAS abzustellen.

2.2. Zu prüfen ist weiter, ob die Verwaltung auf die zu Unrecht bezahlten Leistungen zurückkommen durfte. Rechtsprechungsgemäss stellt die von der Invalidenversicherung ermittelte Erwerbsunfähigkeit eine neue erhebliche Tatsache dar, deren Unkenntnis die Arbeitslosenkasse nicht zu vertreten hat (ARV 1998 Nr. 15 S. 81 Erw. 5a mit Hinweisen), so dass ein Zurückkommen auf die ausgerichteten Leistungen auf dem Weg der prozessualen Revision möglich ist (BGE 127 V 478 Erw. 2b/cc). Dies steht auch in Einklang mit Art. 15 Abs. 3 AVIV, wonach ein Behinderter bis zum Entscheid der Invalidenversicherung als vermittlungsfähig gilt (ARV 1998 Nr. 15 S. 81 Erw. 5b).

2.3. Die Summe der von September 1994 bis Januar 1995 sowie August 1995 bis Februar 1996 ausgerichteten Taggelder von Fr. 44'443.40 ist weder bestritten noch zu beanstanden, ebensowenig die Verrechnung mit den Leistungen der Invalidenversicherung in der Höhe von Fr. 18'424.--.

### E. 3

3.1. Gemäss Art. 95 Abs. 4 AVIG verjährt der Rückforderungsanspruch innert einem Jahr, nachdem die auszahlende Stelle davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach der Auszahlung der Leistung. Da die Beschwerdegegnerin mit der angefochtenen Verfügung von 16. April 2002 Arbeitslosentaggelder zurückfordert, welche ab September 1994 bis Ende Februar 1996 zur Auszahlung gelangt sind, ist die Frage zu prüfen, ob der Rückforderungsanspruch nicht verjährt ist.

3.2. Ein Gesetz muss vor allem aus sich selbst ausgelegt werden, d.h. nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie den Wertungen, die ihm zugrunde liegen. Nach dem Wortlaut von Art. 95 Abs. 4 AVIG verjährt der Rückforderungsanspruch innert einem Jahr, nachdem die auszahlende Stelle davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach der Auszahlung der Leistung. Die absolute Verwirkungsfrist von fünf Jahren (nicht: Verjährungsfrist, vgl. dazu BGE 124 V 382 Erw. 1, SVR 1997 ALV Nr. 84 S. 255 Erw. 2c/aa, je mit Hinweisen) beginnt somit ausdrücklich mit der Auszahlung der zurückgeforderten Leistung. Da dies in Fällen wie dem vorliegenden zu stossenden Resultaten führen kann, ist es gemäss höchststrichterlicher Praxis (BGE 127 V 484 ff.) erforderlich, sich von einer streng grammatikalischen Auslegung zu lösen und die entsprechende Norm einer teleologischen Auslegung zu unterziehen. Das EVG ging bei der Auslegung von Art. 95 Abs. 4 AVIG von einer sogenannten unechten Lücke aus, was

bedeutet, dass das Gesetz auf eine bestimmte Frage eine Antwort gibt, diese aber zu einem sachlich unbefriedigenden Resultat führt und daher als lächerlich empfunden wird (vgl. dazu Häfelin/Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1990, N 195).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Vor diesem Hintergrund wurde in BGE 127 V 484 ff. zusammengefasst festgehalten, dass die in Art. 95 Abs. 4 AVIG vorgesehene fünfjährige Verwirklichungsfrist in Fällen wie dem vorliegenden erst zu laufen beginnt, wenn (rechtskräftig) feststeht, dass die Taggelder der Arbeitslosenversicherung nicht geschuldet sind. Würde die absolute Verwirklichungsfrist vorher ablaufen, hätte dies für die Arbeitslosenversicherung, welche gemäss Art. 15 Abs. 3 AVIV eine Art Vorleistungspflicht (vgl. Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, N 99 zu Art. 15) trifft, nicht zu verantwortende Konsequenzen. Jede andere Betrachtungsweise wäre absurd, denn würde der Fristenlauf nicht erst dann beginnen, wenn die Rentenversicherung in Rechtskraft erwachsen ist, würde diese zu laufen beginnen beziehungsweise ablaufen, bevor überhaupt eine Rückforderungsschuld (rechtskräftig) begründet worden ist.

3.3 Ä Ä Ä Ä Die Rentenversicherung der Invalidenversicherung erging am 4. Juni 2002 (Urk. 11/4). Die Beschwerdegegnerin reagierte indessen bereits vorher und erliess noch vor rechtskräftiger Begründung der Rückforderungsschuld, nämlich bereits nach Erhalt des Verrechnungsantrages der Invalidenversicherung (vgl. Urk. 11/11), die Rückforderungsverfügung vom 16. April 2002. Daraus erhellt, dass die Rückforderung fristgerecht, mithin innerhalb der absoluten Verwirklichungsfrist von 5 Jahren geltend gemacht wurde.

#### **E. 4**

Insgesamt erweist sich die Beschwerde damit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

#### **E. 5**

5.1 Ä Ä Ä Ä Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung wird gestützt auf Art. 10 in Verbindung mit Art. 9 der Verordnung über die sozialversicherungsgerichtlichen Gebühren, Kosten und Entschädigungen nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses, dem Zeitaufwand und den Barauslagen bemessen (Abs. 1), wobei ein unnötiger oder geringfügiger Aufwand nicht ersetzt wird (Abs. 2). Das Gericht setzt die Entschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen fest, wobei es die allenfalls vor dem Entscheid rechtzeitig eingereichte detaillierte Zusammenstellung über Zeitaufwand und die Barauslagen berücksichtigt (Abs. 3).

5.2 Ä Ä Ä Ä Mit Rechnung vom 4. Mai 2004 machte Rechtsanwalt Beat Gsell einen Aufwand von 9 Stunden und 15 Minuten sowie Barauslagen von Fr. 116.60 geltend (Urk. 20). Dies erscheint als angemessen, weshalb Rechtsanwalt Gsell unter Anwendung des gerichtlichen Ansatzes von Fr. 200.-- pro Stunde sowie eines Mehrwertsteuersatzes von 7,6 % mit Fr. 2'116.05 aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist.

Das Gericht erkennt:

1. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Beat Gsell, Zürich, wird mit Fr. 2'116.05 (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Beat Gsell
- Arbeitslosenkasse der GBI unter Beilage einer Kopie von Urk. 17
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

sowie an:

- Gerichtskasse

5. Gegen diese Entscheidung kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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