

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00729 vom 25. September 2003

ZH Sozialversicherungsgericht, 2003-09-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2002.00729

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00729 du 25 septembre 2003

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00729 del 25 settembre 2003

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 arbeitslose Person hat unter den Voraussetzungen gemäss Art. 8 ff. des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung (AVIG) Anspruch auf Arbeitslosenentschuldigung.

1.3. Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, unter den in lit. a-d genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschuldigung. Erforderlich ist unter anderem, dass ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne der Kriterien von Art. 32 AVIG vorliegt (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG) und dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG).

Vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschuldigung ausgenommen sind nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG diejenigen Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten. Es handelt sich somit um Personen, denen zwar die Rechtsstellung von Arbeitnehmern zukommt, die jedoch dem Einfluss auf die Unternehmensgeschichte nach eine arbeitgeberähnliche Position einnehmen. Die Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dient der Verhütung von Missbräuchen und soll insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (vgl. BGE

123 V 238 f. Erw. 7b/bb). Wer demnach am Entscheid über das Eintreten des Versicherungsfalles der Kurzarbeit selber massgeblich beteiligt ist, soll aufgrund ebendieses Versicherungsfalles keine Leistungen beanspruchen können.

Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht im Grundsatzentscheid vom 4. September 1997 (BGE 123 V 234 ff.) erwogen hat, kann Kurzarbeit nicht nur in einer Reduktion der Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass der Betrieb für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird. Solange ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung mit der betreffenden Unternehmung noch in einem Arbeitsverhältnis steht, hat er aufgrund der Ausschlussbestimmung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Wird das Arbeitsverhältnis hingegen gekündigt, so gilt die arbeitgeberähnliche Person nach den Erwägungen im zitierten Entscheid nunmehr als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen in Art. 8 ff. AVIG Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Behält sie nach der Entlassung allerdings ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann dadurch dessen Entscheidungen weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, so läuft die Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung gemäss der Auffassung des höchsten Gerichts auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, und es besteht auch bei grundsätzlich gegebenen Voraussetzungen nach Art. 8 ff. AVIG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Das Gericht begründete den Umgehungstatbestand im erwähnten Entscheid damit, dass die arbeitgeberähnliche Person über die Dispositionsfreiheit verfüge, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Andererseits könne dann nicht mehr von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung mithin definitiv sei, oder wenn das Unternehmen zwar weiterbestehe, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliere, deretwegen sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (vgl. BGE 123 V 238 f. Erw. 7b/bb).

1.4 Auch im Arbeitslosenversicherungsrecht gilt der für das gesamte Sozialversicherungsrecht massgebende Grundsatz, dass die Verwaltung eine formell rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, in Wiedererwägung ziehen kann, wenn sie zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Werden neue Tatsachen oder Beweismittel entdeckt, welche geeignet sind, zu einer anderen rechtlichen Beurteilung zu führen, so ist die Verwaltung dazu verpflichtet, auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen (sogenannte prozessuale Revision). Relevant können dabei nur Tatsachen sein, die zur Zeit der Erstbeurteilung bereits bestanden haben, jedoch unverschuldeterweise unbekannt waren oder unbewiesen geblieben sind (vgl. ARV 1998 Nr. 15 S. 79 f. Erw. 3b mit Hinweisen).

Nach Art. 95 Abs. 1 Satz 1 AVIG muss die Kasse Leistungen der Versicherung, auf die der Empfänger oder die Empfängerin keinen Anspruch hatte, zurückfordern. Eine Leistung, die aufgrund einer formell rechtskräftigen Verfügung ausgerichtet worden ist, darf jedoch nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes nur dann zurückgefordert werden, wenn entweder die Voraussetzungen für die Wiedererwägung oder diejenigen für die prozessuale

Revision eröffnet sind (vgl. ARV 1998 Nr. 15 S. 79 f. Erw. 3b mit Hinweisen).

Die dargelegten Grundsätze finden auch dann Anwendung, wenn Leistungen formlos verfügt worden sind (vgl. ARV 1998 Nr. 15 S. 79 Erw. 3b mit Hinweis auf BGE 111 V 332 Erw. 1; BGE 126 V 400 Erw. 2b/aa).

E. 2

2.1 Dass der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 13. Juni 2000 bis zum 12. Oktober 2001 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, ist mit der unangefochten gebliebenen Verfügung des AWA vom 18. April 2002 (Urk. 18/1 = Urk. 23/1) rechtskräftig entschieden worden. Die Anspruchsberechtigung als solche ist daher nicht selbständiger Gegenstand des vorliegenden Verfahrens betreffend die Rückforderung der Arbeitslosenentschädigung, die dem Versicherten im entsprechenden Zeitraum ausgerichtet worden ist. Sie spielt indessen bei der Überprüfung der Rechtmässigkeit der verfügten Rückforderung insofern eine Rolle, als die Rückforderung aufgrund der vorstehenden rechtlichen Erwägungen nur bei Vorhandensein der Voraussetzungen für die Wiedererwägung oder die prozessuale Revision statthaft ist und die Wiedererwägungsvoraussetzungen verlangen, dass die ursprüngliche Bejahung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung und die darauf basierende Leistungsgewährung nicht nur als unrichtig, sondern im qualifizierten Sinne als zweifellos unrichtig zu beurteilen ist.

In Anbetracht der dargelegten Rechtsprechung zum Tatbestand der Umgehung des Ausschlusses von arbeitgeberähnlichen Personen vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung erscheint es ohne weiteres als unrichtig, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer im strittigen Zeitraum Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet hat. Wie aus dem beigezogenen Handelsregisterauszug vom 4. November 2002 (Urk. 25) nämlich hervorgeht, war der Beschwerdeführer nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der X. GmbH per Ende Januar 2000 weiterhin als einzelunterschriftsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH eingetragen. Neben ihm war nur noch ein einziger weiterer Gesellschafter eingetragen, der über keine Zeichnungsberechtigung verfügte und am 30. August 2000 als Gesellschafter ausschied, so dass der Beschwerdeführer in der Folge bis zur Löschung des Eintrags am 28. Oktober 2002 (wegen Einlassung des Gesellschaftsdomizils) als einziger Gesellschafter verblieb. Unter diesen Umständen ist es offensichtlich, dass der Beschwerdeführer im zur Diskussion stehenden Zeitraum im Sinne der zitierten höchstrichterlichen Erwägungen über die Kompetenz verfügte, die Tätigkeit der Gesellschaft wieder zu aktivieren und sich erneut als Arbeitnehmer einzustellen (vgl. den vergleichbaren Fall in AHI 2000 S. 72 ff.), was er nach den Ausführungen der W. AG im Schreiben vom 18. September 2001 (Urk. 15/34) und nach seiner eigenen Sachverhaltsdarstellung (Urk. 15/35) in der Zeit von März bis August 2001 denn auch tat. Angesichts dieser klaren Verhältnisse muss von einer qualifizierten, zweifellosen Unrichtigkeit der ursprünglichen Leistungsgewährung ausgegangen werden. Dies gilt umso mehr, als der zitierte Grundsatzentscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 4. September 1997 im Zeitpunkt dieser Leistungsgewährung bereits ergangen war und somit - anders als im Sachverhalt, der in einem höchstrichterlichen Urteil vom 28. Februar 2003 (in Sachen M., C 353/01 Erw. 3.2) - auch in rechtlicher Hinsicht keine Zweifel an der fehlenden Anspruchsberechtigung bestehen konnten. Zweifel an der Unrichtigkeit der Leistungsgewährung ergeben sich ferner auch

nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf eine an sich widerrechtliche Leistung begründen kann (vgl. BGE 121 V 66 Erw. 2a; ARV 1999 Nr. 40 S. 237 Erw. 3a mit Hinweisen). Denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer aufgrund der zu Unrecht erfolgten Zahlungen Dispositionen getroffen hätte, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden könnten, wie es die Rechtsprechung als Voraussetzung für eine erfolgreiche Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben verlangt.

Aufgrund der - anhand der Akten ausgewiesenen und auch nicht bestrittenen - Höhe des zurückgeforderten Betrages ist sodann auch die erhebliche Bedeutung der Berichtigung als zweite Voraussetzung für die Wiedererwägung gegeben. Ist die strittige Rückforderung somit unter dem Aspekt der Wiedererwägung als zulässig zu erachten, so kann offen bleiben, ob sie zusätzlich auch unter dem Titel der prozessualen Revision gerechtfertigt wäre.

E. 3

3.1 Zu prüfen bleibt, ob und wie weit der an sich statthaften Rückforderung der ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 36'056.25 die Verwirkung entgegensteht.

3.2 Nach Art. 95 Abs. 4 Satz 1 AVIG verjährt der Rückforderungsanspruch innert einem Jahr, nachdem die auszahlende Stelle davon Kenntnis erhalten hat (relative Frist), spätestens aber fünf Jahre nach der Auszahlung der Leistung (absolute Frist). Besteht der Rückforderungsanspruch wegen einer strafbaren Handlung, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist nach Art. 95 Abs. 4 Satz 2 AVIG diese längere Verjährungsfrist massgebend.

Bei den genannten Fristen handelt es sich entgegen der missverständlichen Bezeichnung als Verjährungsfristen um Verwirkungsfristen. Die relative einjährige Verwirkungsfrist beginnt rechtsprechungsgemäss in jenem Zeitpunkt zu laufen, in dem sich die auszahlende Stelle vom Sachverhalt hätte Rechenschaft geben müssen, wenn sie die unter den gegebenen Umständen erforderliche Aufmerksamkeit aufgewendet hätte. Grundsätzlich lässt die Rechtsprechung dabei das erstmalige unrichtige Handeln nicht als fristauslösend gelten, sondern stellt vielmehr auf den Zeitpunkt ab, zu dem die Verwaltung anlässlich einer späteren Kontrolle den Fehler hätte bemerken müssen (vgl. BGE 122 V 275 Erw. 5b/aa mit Hinweis sowie Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. II, Bern 1987, N 31 zu Art. 95 AVIG). Keines derartigen zweiten Anlasses für den Beginn der einjährigen Verwirkungsfrist bedarf es nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts indessen dort, wo der Fehler auf einer Unkenntnis von Tatsachen basiert, die aus dem Eintrag im Handelsregister hervorgehen und von dessen Publizitätswirkung umfasst sind. Dementsprechend hat das Eidgenössische Versicherungsgericht bei der Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung, die für ein im Handelsregister eingetragenes Verwaltungsratsmitglied einer Aktiengesellschaft ausgerichtet worden war, den Beginn der einjährigen Verwirkungsfrist auf den Zeitpunkt der Auszahlung hin festgesetzt (BGE 122 V 275 f. Erw. 5b/aa) und hat diese Rechtsprechung in einem späteren, bereits in der Verfügung vom 16. Januar 2003 (Urk. 28) erwähnten Entscheid auch dort als anwendbar erklärt, wo einem im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsratsmitglied einer AG nicht Kurzarbeitsentschädigung, sondern Arbeitslosenentschädigung

ausbezahlt worden war und sich diese Auszahlung unter dem Aspekt der Umgehung des Ausschlusses von arbeitgeberähnlichen Personen vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung als zweifellos unrichtig erwies (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen L. vom 17. Juli 2002, C 267/01).

3.3. Vorliegend hatte der Beschwerdeführer nicht die Eigenschaft des Verwaltungsratsmitglieds einer AG, sondern war im fraglichen Zeitraum als einziger zeichnungsberechtigter Gesellschafter einer GmbH und als deren gleichzeitiger Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen. Diese Doppelfunktion als Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH verleiht jedoch grundsätzlich dieselben Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke der Unternehmung, wie sie das Verwaltungsratsmitglied einer AG hat (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern 1998, § 18 Rz 72 mit Hinweis auf Art. 814 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR]; vgl. auch BGE 126 V 237 ff.). Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, wonach im Falle eines mitarbeitenden Verwaltungsratsmitglieds einer AG der Ausschlussgrund nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG allein aufgrund dieser Stellung gegeben sei und sich weitere Abklärungen erübrigen (vgl. BGE 122 V 273 Erw. 3), lässt sich daher auf den formell als Geschäftsführer eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Gesellschafter einer GmbH übertragen. Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass die Beschwerdegegnerin schon allein aufgrund des Handelsregistereintrags auf den fehlenden Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung hätte schliessen können und die einjährige Verwirkungsfrist daher aufgrund der Publizitätswirkung dieses Eintrages bereits mit der Auszahlung der Entschädigung zu laufen begann.

4. Mit der Rückforderung vom 3. Juni 2002 ist die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 95 Abs. 4 Satz 1 AVIG damit insoweit eingehalten, als sie die Arbeitslosenentschädigung betrifft, die dem Beschwerdeführer mit den Abrechnungen aus der Zeit ab dem 25. Juni 2001 (Urk. 18/2/12-14) für die Monate Juni, Juli und August 2001 ausgerichtet worden ist. Hinsichtlich der Rückforderung der Arbeitslosenentschädigung für die vorangegangenen Monate, deren Ausrichtung in der Zeit zwischen dem 23. August 2000 und dem 23. Mai 2001 erfolgte (vgl. Urk. 18/2/1-11), ist die einjährige Verwirkungsfrist demgegenüber abgelaufen. In Anbetracht dessen, dass das AWA im Oktober 2002 Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer wegen unrechtmässiger Erwirkung von Arbeitslosenentschädigung nach Art. 105 Abs. 1 AVIG erhoben hat, stellt sich allerdings die Frage, ob und wie weit gestützt auf Art. 95 Abs. 4 Satz 2 AVIG die längere, strafrechtliche Verwirkungsfrist zur Anwendung gelangt, die im Falle der angerufenen Strafnorm fünf Jahre betragen würde (vgl. Art. 70 Abs. 3 des Strafgesetzbuches [StGB] in Verbindung mit Art. 105 Abs. 5 AVIG). Diese Frage wird die Beschwerdegegnerin noch näher zu klären haben, namentlich durch Einholung von Informationen über den Ausgang des eingeleiteten Strafverfahrens.

5. Damit sind die angefochtene Verfügung vom 3. Juni 2002 und die ihr zugrunde liegenden Taggeldabrechnungen insoweit aufzuheben, als sie die Rückforderung der Arbeitslosenentschädigung betreffen, die dem Beschwerdeführer für den Zeitraum Juni 2000 bis Mai 2001 ausgerichtet worden ist, und die Sache ist diesbezüglich zur Prüfung der Frage der Verwirkung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Demgegenüber sind die angefochtene Verfügung vom 3. Juni 2002 und die ihr zugrunde liegenden Taggeldabrechnungen

insoweit zu bestätigen, als sie die Arbeitslosenentschädigung betreffen, die dem Beschwerdeführer für den Zeitraum Juni bis August 2001 ausgerichtet worden ist.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung vom 3. Juni 2002 und die ihr zugrunde liegenden Taggeldabrechnungen insoweit aufgehoben werden, als sie die Rückforderung der Arbeitslosenentschädigung betreffen, die dem Beschwerdeführer für den Zeitraum Juni 2000 bis Mai 2001 ausgerichtet worden ist, und die Sache wird diesbezüglich zur Prüfung der Frage der Verwirkung im Sinne der Erwägungen an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen. Die angefochtene Verfügung vom 3. Juni 2002 und die ihr zugrunde liegenden Taggeldabrechnungen werden insoweit bestätigt, als sie die Arbeitslosenentschädigung betreffen, die dem Beschwerdeführer für den Zeitraum Juni bis August 2001 ausgerichtet worden ist.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- J. _____

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

4. Gegen diesen Entscheid 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.