

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00498 vom 27. Juni 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-06-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2004.00498](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2004.00498)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00498 du 27 juin 2005

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00498 del 27 giugno 2005

## Erwägungen

### E. 2

2.1. Laut Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a-d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG 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.

2.2. Dem Wortlaut nach sind diese Bestimmungen zwar auf Kurzarbeitsentschädigung zugeschnitten. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht indessen in BGE 123 V 234 ff. entschieden hat, lässt sich daraus nicht folgern, dass die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit haben. Behält zum Beispiel ein Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann er dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfügt er nach wie vor über die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V S. 237 f. Erw. 7b/bb).

Mit Urteil in Sachen M. vom 28. August 2000 (C 440/99) hielt das Eidgenössische Versicherungsgericht weiter fest, dass bis zur Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung (mittels Austritts aus der Firma, Liquidation oder Löschung derselben) kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe. Daran ändere sich auch nichts, wenn die versicherte Person Stellen gesucht habe und möglicherweise wirklich bereit gewesen wäre, eine Vollzeitstelle anzutreten. Denn auch bei Aufnahme einer anderweitigen Arbeit wäre eine Rückkehr in die eigene Firma jederzeit möglich.

Diese Rechtsprechung will nicht den ausgewiesenen Rechtsmissbrauch sanktionieren, sondern dem Risiko eines Missbrauchs begegnen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an eine arbeitgeberähnliche Person inhärent sei (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen B. vom 26. September 2003, C 95/03,

mit weiteren Hinweisen).

2.3 Nach Art. 25 ATSG in Verbindung mit Art. 95 Abs. 1 AVIG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurckzuerstatten.

Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurckkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgeblichen Voraussetzungen gelten auch mit Bezug auf die Rckerstattung zu Unrecht bezogener Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung (BGE 110 V 179 Erw. 2a mit Hinweisen; SVR 1995 ALV Nr. 53 S. 162 Erw. 3a).

Werden neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel entdeckt, deren Beibringung zuvor nicht möglich war, so ist die Verwaltung dazu verpflichtet, auf eine formell rechtskräftige Verfügung oder einen Einspracheentscheid zurckzukommen (sogenannte prozessuale Revision, Art. 53 Abs. 1 ATSG).

### E. 3

3.1 Streitig und zu präfen ist, ob der Versicherte die in der Zeitspanne von 1. Februar 2002 bis 26. Mai 2003 bezogene Arbeitslosenentschädigung von Fr. 108'221.25 zurckzahlen muss.

Die Beschwerdegegnerin begründet ihren Rckerstattungsanspruch damit, dass der Beschwerdeführer auch nach der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin seine arbeitgeberähnliche Stellung im Unternehmen beibehalten habe, sei er doch im Handelsregister des Kantons St. Gallen weiterhin als Geschäftsführer eingetragen gewesen (vgl. Internet-Vollauszug vom 15. September 2004, Urk. 8/3). Dieser Umstand genüge, um die Missbrauchsgefahr im Sinne der Rechtsprechung als gegeben zu betrachten (Urk. 2, 7).

Der Beschwerdeführer lässt dagegen im Wesentlichen einwenden, dass er seit der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses arbeitslos sei und jeglichen Kontakt mit seiner ehemaligen Arbeitgeberin abgebrochen habe. Auf Anraten seines zuständigen RAV-Betreuers habe er dies mit Schreiben vom 20. Januar 2002 an die A. GmbH untermauert (vgl. Urk. 3/4-5). Seit der Entlassung seien ihm keinerlei Befugnisse im Betrieb mehr zugestanden.

Unbestrittenermassen war der Beschwerdeführer bis zur Kündigung per 31. Januar 2002 bei der A. GmbH angestellt. In der Folge blieb das ehemalige Gründungsmitglied der Gesellschaft bis zur Liquidation der Gesellschaft als Geschäftsführer mit Kollektivunterschrift zu zweien und Gesellschafter mit einem Stammanteil von Fr. 9'000.-- im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen (Urk. 8/3).

Mit Schreiben vom 20. Januar 2002 teilte der Beschwerdeführer der A. GmbH mit, dass er seinen Anteil von Fr. 9'000.-- per 31. Januar 2002 an den Gesellschafter D. abtrete und somit von allen Rechten und Pflichten entbunden sei (Urk. 3/4). Diesem Schreiben kommt in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht keine Wirkung zu. Die Abtretung eines Stammanteils bedarf nach geltendem Recht zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 791 Abs. 4 des Obligationenrechts [OR]). Eine solche hat,



diese rechtliche Situation mit den tatsächlichen Gegebenheiten möglicherweise in einem gewissen Widerspruch stehen mag. Der Beschwerdeführer hatte folglich in der vorliegend streitigen Periode keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

Die Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung vom 1. Februar 2002 bis 26. Mai 2003 (Konkurrenzeröffnung am 27. Mai 2003) steht demzufolge im klaren Widerspruch zur gesetzlichen Regelung, womit die erste Voraussetzung für die streitige Rückforderung erfüllt ist.

Damit ist gleichzeitig auch die Frage nach dem erforderlichen Titel für das Zurückkommen auf die faktisch verfallenen und rechtskräftig ausbezahlten Taggelder beantwortet. Zwar fällt eine prozessuale Revision ausser Betracht, weil die Organstellung des Beschwerdeführers im Handelsregister eingetragen und damit publik war (Art. 930 des Obligationenrechts, OR). Aus diesem Grund kann nicht von einer Unmöglichkeit der vorherigen Beibringung dieser Tatsache gesprochen werden.

Dagegen ist die Wiedererwägungsvoraussetzung der zweifellosen Unrichtigkeit der Zusprechung von Arbeitslosenentschädigung bis zur Konkurrenzeröffnung erfüllt, denn es war in Anbetracht der gemäss Handelsregistereintrag beibehaltenen arbeitgeberähnlichen Stellung materiell zweifelsfrei unbegründet, dem Beschwerdeführer für diesen Zeitraum Arbeitslosenentschädigung zu entrichten. Angesichts der Höhe der Rückforderung im Betrag von Fr. 108'221.25 ist die Berichtigung ferner von erheblicher Bedeutung, so dass die Wiedererwägungsvoraussetzungen erfüllt sind.

#### **E. 4**

wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können;

#### **E. 5**

5.1 Zu prüfen bleibt, ob und gegebenenfalls inwieweit die an sich statthafte Rückforderung der Arbeitslosenkasse verwirkt ist.

5.2 Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 Satz 1 ATSG). Mit dem Begriff des Erlöschens bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass nicht eine (unterbrechbare) Verjährungsfrist, sondern - wie unter der bisherigen Rechtsprechung (BGE 119 V 433) - eine Verwirkungsfrist gemeint ist.

Die Bestimmung setzt eine relative Frist von einem Jahr nach Kenntnisnahme durch den Versicherungsträger fest. Dabei ist nicht eine tatsächliche Kenntnisnahme verlangt, sondern die Rechtsprechung bezeichnet es als ausreichend, dass der Versicherungsträger bei Beachtung der zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückforderung bestehen (Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 25 Rz 27 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

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 Verwirklichungsfrist 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 Verwirklichungsfrist auf den Zeitpunkt der Auszahlung hin festgesetzt (BGE 122 V 275 f. Erw. 5b/aa) und hat diese Rechtsprechung in einer späteren Entscheidung 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).

5.3 Die Frage, ob die Rückforderung der Arbeitslosenkasse ganz oder teilweise verwirkt ist, stellt sich nur unter dem Blickwinkel der relativen einjährigen Frist, wogegen die absolute Verwirklichungsfrist von fünf Jahren jedenfalls gewahrt ist, da die Arbeitslosenentschädigung erst ab Februar 2002 ausgerichtet worden ist.

Nicht gefolgt werden kann in diesem Zusammenhang der Argumentation des Beschwerdeführers in der Stellungnahme vom 15. Juni 2005, wonach der Beschwerdegegnerin die fristauslösende Kenntnis des zur Rückforderung Anlass gebenden Sachverhalts spätestens ab 14. Mai 2002 anzurechnen sei (Urk. 19), da - wie oben dargelegt (Erw. 4.3) - aus der Notiz unter "Diverses" im Gesprächsprotokoll vom 14. Mai 2002 (Urk. 11) betreffend Selbstständigkeit nicht geschlossen werden kann, dass damit die Problematik der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers gemeint war.

Hingegen lässt sich 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 erübrigten (vgl. BGE 122 V 273 Erw. 3), auf den formell als Geschäftsführer eingesetzten und im Handelsregister zudem als Gesellschafter der GmbH eingetragenen Beschwerdeführer übertragen, verleiht ihm doch diese Doppelfunktion grundsätzlich dieselben Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke der Unternehmung, wie sie das Verwaltungsratsmitglied einer AG hat (vgl. Urteil in Sachen J. vom 25. September 2003, Verfahren Nr. AL.2002.00729 Erw. 3.3). Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin schon allein aufgrund des Handelsregistereintrags auf den fehlenden Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung hätte schliessen können und die einjährige Verwirklichungsfrist daher aufgrund der Publizitätswirkung dieses Eintrages bereits mit der Auszahlung der Entschädigung zu laufen begann.

Da die strittige Rückforderung die ausbezahlten Arbeitslosenentschädigungen für die Bezugsdauer vom 1. Februar 2002 bis zum 26. Mai 2003 betrifft, ist im Zeitpunkt des Erlasses der Rückforderungsverfügung vom 19. Juli 2004 die Verwirklichungsfrist für die gesamte Forderung abgelaufen.

Die Beschwerde ist demzufolge vollumfänglich gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 23. September 2004 aufzuheben.

Nach § 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) beziehungsweise nach Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Person Anspruch auf den vom Gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses festzusetzenden Ersatz der Parteikosten.

Unter Berücksichtigung der dargelegten Kriterien erscheint es als angemessen, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Einspracheentscheid betreffend Rückforderung wird aufgehoben.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Fortuna Rechtsschutz-Versicherungs-Gesellschaft

- Unia Arbeitslosenkasse

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. 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.