

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00370 vom 28. Februar 2006

ZH Sozialversicherungsgericht, 2006-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2005.00370](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2005.00370)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00370 du 28 février 2006

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00370 del 28 febbraio 2006

## Erwägungen

### E. 2.1

Materiellrechtlich strittig ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vom 1. Mai 2004 bis 25. April 2005, wobei zu präzisieren ist, ob die Beschwerdegegnerin den Anspruch zufolge Verletzung von Kontrollvorschriften und/oder verspäteter Geltendmachung desselben zu Recht verneint hat.

2.2 In Art. 8 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) werden die Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung aufgezählt.

Als eine dieser Anspruchsvoraussetzungen nennt Art. 8 lit. g AVIG die Erfüllung der Kontrollvorschriften.

Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 1 AVIG muss die versicherte Person, die Versicherungsleistungen beansprucht, mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Laut Abs. 2 derselben Bestimmung muss sich die versicherte Person möglichst frühzeitig, spätestens jedoch am ersten Tag, für den sie Arbeitslosenentschädigung beansprucht, persönlich bei ihrer Wohngemeinde oder der vom Kanton bestimmten zuständigen Arbeitsstelle zur Arbeitsvermittlung melden und von da an die Kontrollvorschriften des Bundesrates befolgen.

Der Bundesrat hat hierzu in Art. 21 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) konkretisiert, dass sich die versicherte Person nach der Anmeldung persönlich bei der zuständigen Arbeitsstelle zu Beratungs- und Kontrollgesprächen melden muss und sicherzustellen hat, dass sie in der Regel innert Tagesfrist von dieser Arbeitsstelle erreicht werden kann. Seit die arbeitslosenversicherungrechtliche Kontrolle durch derartige Beratungsgespräche erfolgt, führt die Verletzung der Kontrollvorschriften nicht mehr wie unter der Herrschaft der früheren Stempelkontrolle zwangsläufig zum Wegfallen des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung. Vielmehr hat das Eidgenössische Versicherungsgericht schon wiederholt darauf hingewiesen, dass im neuen Kontrollsystem zunächst lediglich eine (vorübergehende) Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG zu erfolgen habe, wenn Kontrollvorschriften nicht befolgt würden, und erst wenn sich die versicherte Person danach immer noch der Teilnahme an den Kontroll- und Beratungsgesprächen widersetze, als ultima ratio ein vollständiger Leistungsentzug verhängt werde, bis die versicherte Person wieder zur Mitwirkung bereit sei (Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen B. vom 18. März 2005, C 18/05, in Sachen S. vom 28. Januar 2003, C 152/02, und in Sachen L. vom 26. Mai

2000, C 422/99).

2.3. Soweit die Beschwerdegegnerin den Taggeldanspruch des Beschwerdeführers vom 1. Mai 2004 bis 25. April 2005 mit der Begründung des Nichterfüllens der Kontrollvorschriften gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. g AVIG verneinte, machte sie noch im angefochtenen Entscheid vom 22. Juni 2005 geltend, der Beschwerdeführer habe es trotz entsprechender Aufforderung seit dem 1. Mai 2004 unterlassen, seine Beratungstermine beim RAV wahrzunehmen (Urk. 2 S. 1). Im Rahmen der Vernehmlassung räumte sie sodann ein, dass das RAV seit dem 10. Mai 2004 nicht mehr von sich aus aktiv geworden sei, dass der Beschwerdeführer aber, welcher sich bereits in der dritten Rahmenfrist befinde, seine Rechte und Pflichten insbesondere auch in Bezug auf die Kontrollpflichten habe kennen müssen, weshalb er sich nach Erhalt der anspruchsbekämpfenden Verfügung vom 5. August 2004 nach dem Stand der Dinge hätte erkundigen müssen (Urk. 7).

Der Beschwerdeführer hielt dem entgegen, dass er mehrmals versucht habe, mit dem RAV A. die Kontrollgespräche aufrecht zu erhalten, jedoch schlussendlich mit Schreiben vom 21. Juni 2004 (Urk. 3/5) abgewiesen worden sei. Die Anspruchseinstellung für die strittigen 12 Monate hätte erst nach wirkungsloser Androhung der Sanktion erfolgen dürfen. Er habe vom 11. Mai 2004 bis 25. April 2005 keine Einladung zu einem Kontrollgespräch erhalten (Urk. 1).

2.4. Aus den Akten und den Vorbringen der Parteien ergibt sich, dass der Beschwerdeführer nach Erhalt der ursprünglichen leistungsverweigernden Verfügung vom 21. April 2004 (Urk. 8/1) letztmals am 10. Mai 2004 ein Gespräch mit der zuständigen RAV-Beraterin geführt hatte, anlässlich welchem er Einsicht in seine Akten nahm (vgl. Gesprächsberatungsprotokolle vom 10. Mai 2004, Urk. 8/16 und 8/17). In der Folge gelangte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28. Mai 2004 an das RAV und beklagte sich im Wesentlichen über das Vorgehen der zuständigen RAV-Beraterin und der gesamten Arbeitsstelle, verlangte aber auch Unterstützung bei der Stellensuche/-vermittlung (Urk. 3/4, insbesondere S. 4 unten). Der zuständige Teamleiter des RAV A. nahm am 21. Juni 2004 schriftlich Stellung zu diesem Schreiben und wies den Beschwerdeführer unter anderem auf die ihm obliegende Schadenminderungspflicht in Bezug auf die Stellenbemühungen hin (Urk. 3/5). Eine Aufforderung zu einem weiteren Beratungs- und Kontrollgespräch seitens des RAV ist jedoch weder diesem Schreiben noch den übrigen Akten bis zum 25. April 2005 zu entnehmen. Vernehmlassungsweise räumte die Beschwerdegegnerin denn auch ein, dass keine weitere Einladung zu einem Beratungsgespräch mehr erfolgt sei. Eine solche hätte aber gestützt auf Art. 21 Abs. 2 AVIV von Seiten des RAV ergehen müssen.

Aufgrund des Verhaltens des Beschwerdeführers kann sodann nicht geschlossen werden, dass er nicht zur Teilnahme an Beratungsgesprächen bereit gewesen wäre. Im Übrigen ist auf die dargelegte Rechtsprechung hinzuweisen, wonach selbst eine Pflichtverletzung infolge versäumter oder verweigerter Gespräche nicht mehr von vornherein zum Wegfallen des Anspruchs führt, sondern zuerst durch Einstellung und erst als ultima ratio durch Leistungsentzug bis zur Bekundung erneuter Mitwirkungsbereitschaft geahndet wird (vgl. Erw. 2.2). Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung aber hat die Beschwerdegegnerin zu keiner Zeit verfügt.

Hieran änderte auch die Wiedererwägungsverfägung vom 5. August 2004, mit welcher der Taggeldanspruch des Beschwerdeführers nunmehr grundsätzlich bejaht wurde (Urk. 8/4), nichts. Unter dem Blickwinkel der in Art. 27 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG, statuierten Beratungspflicht, und unter Berücksichtigung, dass der Taggeldanspruch, wenn auch nur in Bezug auf dessen Höhe, weiterhin einer gerichtlichen Klärung harrete (vgl. Prozess Nr. AL.2005.00278), sowie angesichts des Umstandes, dass der gesamte Verfahrensablauf für den Beschwerdeführer verständlicherweise verwirrt erscheinen musste, hätte es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehört, den Beschwerdeführer darauf aufmerksam zu machen, dass sein Verhalten möglicherweise seinen Anspruch gefährden könnte. Dies gilt umso mehr, als bis zu diesem Zeitpunkt entgegen dem entsprechenden Vermerk im Schreiben des RAV A. \_\_\_ vom 24. August 2005 (Urk. 8/13) weder den Akten noch den Vorbringen der Parteien eine offizielle Abmeldebestätigung zu entnehmen ist, welche den Beschwerdeführer nach Bejahung der Anspruchsberechtigung am 5. August 2004 allenfalls zu einer erneuten Anmeldung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AVIG in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 AVIV hätte veranlassen müssen.

Zu prüfen bleibt, ob die Verneinung des Entschädigungsanspruchs zufolge verspäteter Geltendmachung rechtskonform ist.

Gemäss Art. 20 Abs. 3 AVIG erlischt der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er nicht innert dreier Monate nach der Kontrollperiode, auf die er sich bezieht, geltend gemacht wird. Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, welche jedoch einer Wiederherstellung zugänglich ist (Art. 41 Abs. 1 ATSG; BGE 117 V 245 Erw. 3a; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen B. vom 1. Dezember 2005, C 240/04, Erw. 1.1). Für die erste Kontrollperiode während der Rahmenfrist (zum Begriff der Kontrollperiode siehe Art. 27a AVIG in Verbindung mit Art. 18a AVIG) sowie bei jeder erneuten Arbeitslosigkeit, die nach einem Unterbruch von wenigstens sechs Monaten eintritt, macht der Versicherte seinen Anspruch geltend, indem er der Kasse einreicht (Art. 29 Abs. 1 AVIV):

- a. den vollständig ausgefüllten Entschädigungsantrag;
- b. das Doppel des amtlichen Anmeldeformulars;
- c. die Arbeitsbescheinigungen für die letzten zwei Jahre;
- d. den Ausdruck des Datensatzes «Kontrolldaten» oder das Formular «Angaben der versicherten Person»;
- e. alle weiteren Unterlagen, welche die Kasse zur Beurteilung seines Anspruchs verlangt.

Zur Geltendmachung seines Anspruchs für die weiteren Kontrollperioden legt der Versicherte der Kasse gemäss Abs. 2 der Bestimmung vor:

- a. den Ausdruck des Datensatzes «Kontrolldaten» oder das Formular «Angaben der versicherten Person»;
- b. die Arbeitsbescheinigungen für Zwischenverdienste;
- c. weitere Unterlagen, welche die Kasse zur Beurteilung seines Anspruchs verlangt;

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Gemäss Art. 29 Abs. 3 AVIV setzt die Kasse dem Versicherten nützlichfalls eine angemessene Frist für die Vervollständigung der Unterlagen und macht ihn auf die Folgen der Unterlassung aufmerksam.

2.5.2. Ä Ä Zu ergenzen ist, dass gemäss Art. 27 ATSG die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet sind, 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 aufwendige Nachforschungen erfordern, kann der Bundesrat die Erhebung von Gebühren vorsehen und den Gebührentarif festlegen (Abs. 2). Stellt ein Versicherungsträger fest, dass eine versicherte Person oder ihre Angehörigen Leistungen anderer Sozialversicherungen beanspruchen können, so gibt er ihnen unverzüglich davon Kenntnis (Abs. 3). Anzuführen bleibt sodann, dass für die Bestimmungen über die Einhaltung (Art. 39 Abs. 1 ATSG) und Wiederherstellung einer Frist (Art. 41 Abs. 1 ATSG) auch unter der Herrschaft des ATSG die bisherige Rechtsprechung (BGE 114 V 123, 112 V 255; ARV 1991 Nr. 17 S. 122 je mit Hinweisen) gilt; denn in beiden Fällen hat der Gesetzgeber keine Neuerungen, sondern lediglich eine einheitliche Regelung der bisherigen Praxis beabsichtigt (vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, N 2 zu Art. 39 und N 2 ff. zu Art. 41).

2.5.3. Ä Zweck der in Art. 20 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 29 Abs. 2 AVIV statuierten Dreimonatsfrist für die Geltendmachung des Taggeldanspruchs ist es, der Arbeitslosenkasse die rechtzeitige Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen und Bemessungsgrundlagen zu ermöglichen sowie allfällige Missbräuche zu verhindern (ARV 2003 Nr. 2 S. 138 Erw. 3.2). Nach der Rechtsprechung beginnt die Frist zur Geltendmachung des Anspruchs nach dem (faktischen) Ende der jeweiligen Kontrollperiode zu laufen, auf welche sich der Anspruch bezieht (ARV 2005 Nr. 2 S. 138 Erw. 3.2 mit Hinweisen), und zwar grundsätzlich ungeachtet eines in der Sachehängigen Gerichtsverfahrens (BGE 124 V 75, 215 ff.)

## **E. 2.6**

2.6.1. Ä Ä Es steht aufgrund der Akten fest und ist unbestritten, dass die für die Geltendmachung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung erforderlichen Unterlagen für die Kontrollperioden Mai 2004 bis und mit Dezember 2004, insbesondere die Formulare "Angaben der Versicherten Person" (AvP), nicht innert dreier Monate nach deren jeweiligem Ablauf bei der Arbeitslosenkasse eingingen. Das Formular AvP für den Monat April 2005 füllte der Beschwerdeführer am 16. April 2005 aus (Urk. 8/57) und dieses wurde seitens der Beschwerdegegnerin mit dem Eingangsstempel vom 18. Mai 2005 versehen. Die vom Beschwerdeführer in seiner Beschwerde vom 30. Mai 2005 im Verfahren AL.2005.00278 erwähnten AvP für die Monate Januar bis März 2005 (Urk. 8/9 S. 3 Erw. 2 Abs. 3) wurden von der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren nicht eingereicht und scheinen rechtzeitig bei der Kasse eingegangen zu sein (vgl. Urk. 11/50 im Verfahren AL.2005.00278).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Damit ist der Entschädigungsanspruch aufgrund der vorliegenden Aktenlage zumindest für die Zeit von Mai bis Dezember 2004 grundsätzlich verwirkt. Zu präfen bleibt, ob für das Untätigbleiben des Beschwerdeführers entschuldbare



unglückliche Vorgehen der Arbeitslosenkasse unnötig kompliziert wurde. Die Beschwerdegegnerin entschuldigte sich denn auch im angefochtenen Entscheid für den verwirrenden Verfahrensablauf (Urk. 2 S. 1; vgl. auch Urk. 7 S. 1).

Nichtsdestotrotz hielt sie daran fest, dass der Beschwerdeführer gehalten gewesen wäre, nach Erhalt der Wiedererwägungsverfügung vom 5. August 2004, mit der sie den Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung anerkannte (Urk. 8/4), ohne entsprechende Aufforderung an die Kasse zu gelangen und die monatlichen Kontrollformulare einzureichen, um seinen Anspruch nicht zu verwirken (Urk. 7 S. 1).

Der Beschwerdeführer erhob gegen die Verfügung vom 5. August 2004, soweit sie die Festsetzung des versicherten Verdienstes betraf, am 19. August 2004 Einsprache. Darin erwähnte er, dass er seit April 2004 erneut Zwischenverdienstarbeit geleistet habe, welche er wegen des gegenwärtigen Verfahrens nicht habe abrechnen können. Diese Möglichkeit müsse ihm im Nachhinein eingeräumt werden (Urk. 8/41 S. 3). In den Akten liegt weiter eine Bescheinigung des Zwischenverdienstes Dezember 2004 (Urk. 8/30). Ausserdem liegt ein Formular über die Berechnung des versicherten Verdienstes für die Monate April 2004 bis Februar 2005, Druckdatum 27. März 2005 (Urk. 8/25), bei.

Bei dieser Sachlage brachte der Beschwerdeführer durch sein aktives Tun bereits im August 2004 unmissverständlich seine Mitwirkungsbereitschaft wie auch seine Absicht zum Ausdruck, an der Anspruchserhebung festzuhalten und die hierzu erforderlichen Dokumente einreichen zu wollen. Die Nichteinhaltung der Formalien gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIV kann dem Beschwerdeführer vorliegend nicht als mangelnde Kooperationsbereitschaft, Gleichgültigkeit oder gar als Missbrauchsabsicht angelastet werden. Dies gilt umso mehr, als die Verwaltung dem Beschwerdeführer spätestens ab dem letzten Gespräch vom 10. Mai 2004 (Urk. 8/16 und 8/17) keinen Anhaltspunkt für ein Fehlverhalten seinerseits gegeben hatte, da ab diesem Zeitpunkt weder weitere Kontrollgespräche vereinbart, noch die Arbeitsbemühungen des Versicherten gemäss Art. 26 Abs. 3 AVIV überprüft worden waren.

Inbesondere angesichts der Vorbringen des Beschwerdeführers in der Einsprache vom 19. August 2004 (Urk. 8/41) hätte die Kasse ohne Weiteres davon ausgehen müssen, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund des laufenden Verfahrens in einem Rechtsirrtum bezüglich seiner Kontrollpflichten befand. Unter zusätzlicher Berücksichtigung des umständlichen Verfahrensablaufs hätte sie in Würdigung der Umstände klar erkennen müssen, dass der Beschwerdeführer keinen Rechtsverlust in Kauf zu nehmen bereit war.

Infolgedessen wäre die Verwaltung im Lichte der oben dargelegten Rechtsprechung gehalten gewesen, den Beschwerdeführer trotz des Fehlens eines wesentlichen Teils der in Art. 29 Abs. 2 AVIV genannten Unterlagen ausdrücklich auf seine Mitwirkungspflichten und die schwerwiegende Rechtsfolge der Anspruchsverwirkung im Säumnisfall aufmerksam zu machen, was sie unbestrittenermassen unterlassen hat.

2.6.6 Dies muss umso mehr auch unter der Herrschaft des ATSG gelten, da in Art. 27 Abs. 2 ATSG eine umfassende Beratungspflicht kodifiziert wurde, wonach der Versicherungsträger die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen hat, dass ihr Verhalten eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden kann (noch nicht

in der Amtlichen Sammlung veröffentlichtes Urteil F. vom 14. September 2005, C 192/04, Erw. 4 und 5). Sinn und Zweck der in Art. 27 Abs. 2 ATSG statuierten Beratungspflicht ist es, ein Verhalten zu ermöglichen, welches zum Eintritt einer den gesetzgeberischen Zielen des betreffenden Erlasses entsprechenden Rechtsfolge führt.

Nach dem Gesagten hat es die Verwaltung pflichtwidrig unterlassen, den Beschwerdeführer rechtzeitig auf die zur Anspruchserhebung benötigten Unterlagen aufmerksam zu machen und den drohenden Rechtsnachteil im Sinne des Anspruchsuntergangs bei verspäteter Einreichung der benötigten Unterlagen für die Kontrollperioden Mai bis Dezember 2004 anzudrohen.

Die rechtsprechungsgemässe Gleichstellung von pflichtwidrig unterbliebener Beratung und unrichtiger Auskunftserteilung gilt auch nach der Regelung der Beratungspflicht gemäss ATSG. Demgemäss finden die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleiteten Voraussetzungen, welche bei unrichtiger Auskunftserteilung eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten, auf die entgegen gesetzlicher Vorschrift unterbliebene Auskunft analoge Anwendung (oben erwähntes Urteil F. vom 14. September 2005, C 192/04, Erw. 5 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur).

Die unterlassene Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs innert dreimonatiger Frist mittels der erforderlichen Unterlagen war unter den gegebenen besonderen Umständen nicht ohne Weiteres als Fehlverhalten erkennbar. Vielmehr durfte das Fehlen eines entsprechenden Hinweises der Verwaltung dahingehend gedeutet werden, dass die Anspruchserhebung nicht an bestimmte Fristen gebunden sei. In Erfüllung der weiteren Kriterien für die erfolgreiche Berufung auf den öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutz (oben erwähntes Urteil F. vom 14. September 2005, C 192/04, Erw. 5 mit Hinweisen) ist der Beschwerdeführer abweichend vom Gesetz zu behandeln.

Die Arbeitslosenkasse hat demnach für die ungenügende Wahrnehmung der Beratungspflicht einzustehen, weshalb dem Beschwerdeführer aus dem Unterlassen kein Rechtsnachteil erwachsen darf und sein Anspruch trotz Säumnisses nicht verwirkt ist. Die Sache ist daher an die Verwaltung zurückzuweisen, damit sie nach Prüfung der übrigen Voraussetzungen über den Entschädigungsanspruch (inkl. Verzugszins) erneut befinde.

Das Gericht erkennt:

- Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten wird, in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Entscheid vom 22. Juni 2005 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird, damit sie über den Anspruch des Beschwerdeführers für die Zeit vom 1. Mai 2004 bis 25. April 2005 neu verfähre.
- Das Verfahren ist kostenlos.

### E. 3

Zustellung gegen Empfangsschein an:

- H.\_\_\_\_
- Unia Arbeitslosenkasse
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

