

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00588

## vom 20. April 2006

ZH Sozialversicherungsgericht, 2006-04-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2005.00588](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2005.00588)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00588 du 20 avril 2006

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00588 del 20 aprile 2006

### Erwägungen

#### E. 2

2.1 Gemäss Art. 27 Abs. 1 AVIG bestimmt sich die Höchstzahl der Taggelder innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Art. 9 Abs. 2 AVIG) nach dem Alter der Versicherten sowie nach der Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG). Der Versicherte hat Anspruch auf höchstens 520 Taggelder, wenn er das 55. Altersjahr zurückgelegt hat und eine Beitragszeit von mindestens 18 Monaten nachweisen kann (Art. 27 Abs. 2 lit. c AVIG). Der Bundesrat kann für Versicherte, die innerhalb der letzten vier Jahre vor Erreichen des Alters der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) arbeitslos geworden sind und deren Vermittlung allgemein oder aus Gründen des Arbeitsmarktes unmöglich oder stark erschwert ist, den Anspruch um höchstens 120 Taggelder erhöhen und die Rahmenfrist für den Leistungsbezug um längstens zwei Jahre verlängern (Art. 27 Abs. 3 AVIG).

2.2 Gemäss Art. 41b Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) haben Versicherte, denen innerhalb der letzten vier Jahre vor Erreichen des ordentlichen AHV-Rentenalters aufgrund von Art. 13 AVIG eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet wird, Anspruch auf zusätzliche 120 Taggelder (Abs. 1). Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug wird bis zum Ende der Ausrichtung der AHV-Rente vorangehenden Monats verlängert (Abs. 2 Satz 1). Sie wird nicht verlängert, wenn während ihrer Dauer genügend Beitragszeit für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist nachgewiesen werden kann (Abs. 2 Satz 2). Die verlängerte Rahmenfrist wird durch eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug ersetzt, wenn nach Ausschöpfung des Taggeldhöchstanspruchs die Voraussetzungen für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist erfüllt sind (Abs. 3).

3. Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung mit Ausnahme der Fälle von Art. 55 AVIG nach Art. 25 des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (ATSG). Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

#### E. 4

4.1 Im Einspracheentscheid hielt die Beschwerdegegnerin mit folgender Begründung an der Verfügung fest: Der Bundesrat könne gemäss Art. 27 Abs. 3 AVIG für Versicherte, die innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Erreichen des AHV-Alters arbeitslos geworden seien und deren Vermittlung allgemein oder aus Gründen des Arbeitsmarktes unmöglich oder stark erschwert sei, den Anspruch um

höchstens 120 Tage erhöhen und die Rahmenfrist für den Leistungsbezug um längstens zwei Jahre verlängern. In der Folge sei Art. 41b Abs. 2 AVIV entstanden. Für die genannte Versichertengruppe werde in der Tat eine Verlängerung der Rahmenfrist von zwei Jahren vorgesehen. Diese Verlängerung werde aber an die Bedingung geknüpft, dass während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug nicht genügend Beitragszeiten für eine neue, ordentliche Rahmenfrist erarbeitet worden seien. Auch wenn sich Art. 41b Abs. 2 AVIV im konkreten Fall zu Ungunsten des Beschwerdeführers auswirke, sei die Beschwerdegegnerin verpflichtet, diese Bestimmung anzuwenden. Aufgrund von Art. 95 Abs. 1 AVIG sei sie gehalten, die erbrachten Leistungen zurückzufordern, wenn sich im Nachhinein herausstelle, dass der Empfänger keinen Anspruch darauf habe. Das treffe hier für Fr. 11'973.15 zu (Urk. 2). In der Beschwerdeantwort erhöhte die Kasse die Rückforderungssumme auf Fr. 21'979.30 und beantragte folgerichtig eine reformatio in peius des angefochtenen Einspracheentscheides. Die Differenz erklärte sie damit, ihr sei bei der Berechnung des versicherten Verdienstes ein Fehler unterlaufen (Urk. 8 S. 2).

4.2. Dagegen brachte der Beschwerdeführer vor, er habe bis zum 31. Mai 2005 entsprechend der Rahmenfrist vom 1. Januar 2003 bis zum 30. September 2006 519,1 Taggelder von insgesamt 640 bezogen. Er sei Anfang Juni 2005 darauf aufmerksam gemacht worden, dass die Rahmenfrist rückwirkend ab dem 1. Januar 2005 neu berechnet werde, woraus die Rückforderung von knapp Fr. 12'000.-- resultiert habe. Er könne diese Rückforderung nicht akzeptieren. Verantwortlich für die Buchhaltung seien die Beschwerdegegnerin und das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV). Der Beschwerdeführer sei innerhalb der Rahmenfrist nie auf die Neuregelung der Beitragszeit aufmerksam gemacht worden. Seit er arbeitslos sei, bemühe er sich, eine 100%-Stelle als Betriebsfachmann oder Ähnliches zu finden. Er habe - um die Arbeitslosenversicherung (finanziell) nicht zu stark zu belasten - eine Teilzeitstelle angenommen mit einer monatlichen Kündigungsfrist, sodass er möglichst schnell eine Vollzeitstelle antreten könne. Leider sei dies bis anhin nicht gelungen. Offensichtlich wäre es besser gewesen, keine Teilzeitstelle zu finden, um nicht nach zwei Jahren eine neue Rahmenfrist "aufgebrummt" zu erhalten. Er habe sich auf jede offene Stelle beworben, er habe aber wegen seines Alters immer Absagen erhalten; heute sei er über 64 Jahre alt. Er benötige eine Anstellung, die seiner Ausbildung entspreche, um ohne Schulden leben zu können (Urk. 1).

5. Nach der Rechtsprechung kann das Gericht Verordnungen des Bundesrates grundsätzlich, von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen, auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen. Bei unselbständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, geht es in erster Linie darum zu beurteilen, ob sie sich im Rahmen der Delegationsnorm halten. Besteht ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene, muss sich das Gericht auf die Prüfung beschränken, ob die umstrittenen Vorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus anderen Gründen verfassungs- oder gesetzwidrig sind. Es kann sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, und es hat auch nicht die Zweckmässigkeit zu untersuchen (BGE 131 V 14 Erw. 3.4.1). Die vom Bundesrat verordnete Regelung verstösst allerdings dann gegen das Willkürverbot oder das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 und 9 der Bundesverfassung, BV), wenn sie sich nicht auf

ernsthafte Gründe stützen lässt, wenn sie sinn- oder zwecklos ist oder wenn sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt. Gleiches gilt, wenn die Verordnung es unterlässt, Unterscheidungen zu treffen, die richtigerweise hätten berücksichtigt werden sollen (BGE 131 II 166 Erw. 2.3, 129 V 271 Erw. 4.1.1, 329 Erw. 4.1, je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 130 V 45 Erw. 4.3).

## 6.1.1.1.1.1

6.1.1.1.1.1 Der Beschwerdeführer meldete sich per 1. Januar 2003 zum Leistungsbezug an (Urk. 13/131). Vom 1. Februar bis zum 30. April 2003 arbeitete er zunächst im Zwischenverdienst bei seiner ehemaligen Arbeitgeberin (Urk. 13/133) und seit dem 1. Mai 2003 als Chauffeur bei der B. in Däbendorf, wo er im Stundenlohn mit Fr. 20.40 zuzüglich Ferienentschädigung von 10,64 % und einer Gratifikation entlohnt wird (Urk. 13/98 und Urk. 13/112). Er bezog neben dem Zwischenverdienst stets auch Arbeitslosenentschädigung (vgl. Urk. 13/5). Die Beschwerdegegnerin eröffnete ihm zuerst eine Rahmenfrist vom 1. Januar 2003 bis zum 31. Dezember 2004 (Urk. 13/118) und verlängerte diese sodann bis zum 30. September 2006. Aufgrund ausreichender Beitragszeiten gemäss Art. 9 Abs. 4 i.V.m. Art. 27 Abs. 2 lit. b und Abs. 4 AVIG (in der seit 1. Juli 2003 geltenden Fassung) hat der Beschwerdeführer einen Höchstanspruch auf 640 Taggelder (Urk. 13/24 und Urk. 13/17/1). Am 30. September 2006 wird der Beschwerdeführer pensioniert werden (Urk. 13/138). Bis zum Februar 2005 erhielt er ein Taggeld von Fr. 259.50, basierend auf 70 % des versicherten Verdienstes von Fr. 8'804.-- (Urk. 13/24 und Urk. 13/110). Die Beschwerdegegnerin rechnete ihm als Zwischenverdienst für die Zeit von Mai 2003 bis Mai 2005 zunächst die Entschädigung für die geleisteten Stunden exklusive der Ferienentschädigung an (Urk. 3 S. 2 und Urk. 13/98). Sodann unterliess die Beschwerdegegnerin per Anfang Januar 2005 die aufgrund von Art. 27 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 41b Abs. 2 und 3 AVIV verlangte Überprüfung der Rahmenfristen. Im Sommer 2005 wurde sie sich dessen gewahr und eröffnete eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 3. Januar 2005 bis zum 30. September 2006 (Urk. 3 S. 2 und Urk. 11). Der versicherte Verdienst für diese neue Rahmenfrist wurde anhand der Bestimmungen von Art. 37 Abs. 3 ter AVIV zunächst auf Fr. 3'585.60 festgelegt. Am 21. Januar 2006 änderte die Beschwerdegegnerin aufgrund einer Überprüfung ihre Meinung und errechnete einen neuen versicherten Verdienst in der Höhe von Fr. 2'418.--. Entsprechend macht sie heute eine höhere Rückforderung geltend, als sie ursprünglich verfügt hatte. 1

## 6.2

6.2.1.1 Aus dem Vergleich des versicherten Verdienstes von Fr. 8'044.-- mit demjenigen von Fr. 3'586.-- beziehungsweise Fr. 2'418.-- geht klar hervor, dass die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist per 3. Januar 2005 zu einer massiven Leistungseinbusse für den Beschwerdeführer führte. Mit der Beschwerdegegnerin ist dafür zu halten, dass die Regelung von Art. 41b Abs. 2 AVIV, wonach die Rahmenfrist für den Leistungsbezug nicht verlängert wird, wenn während ihrer Dauer genügend Beitragzeiten für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist nachgewiesen werden kann, für die Mehrzahl der arbeitslosen Personen im fortgeschrittenen Alter günstig erscheinen kann (Urk. 8). Denn durch die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist hat der Versicherte, wenn auch auf der Basis eines tieferen versicherten Verdienstes, Anspruch auf mindestens 400, unter Umständen sogar 520 weiteren Taggeldern (Art. 27 Abs. 2 AVIG), wohingegen der Versicherte, dem die Rahmenfrist verlängert wurde, wenn auch auf der Basis des

bisherigen versicherten Verdienstes, lediglich weitere 120 Taggelder beziehen kann (Art. 41b Abs. 1 AVIV). Insbesondere liegt das Schwergewicht der gewährten Leistung auf einem möglichst langen Taggeldbezug und nicht auf der Besitzstandswahrung des versicherten Verdienstes, wie die Beschwerdegegnerin ausführt (Urk. 8).

6.2.2 Die Problematik der Regelung von Art. 41b AVIV besteht aber darin, dass zwar - wie dargelegt - keine Schlechterstellung gegenüber einem Versicherten besteht, dessen Rahmenfrist bis zum Ende des der Ausrichtung der AHV-Rente vorangehenden Monats verlängert wird (Abs. 2 Satz 1). Hingegen besteht eine Ungleichbehandlung mit demjenigen Versicherten, dem innerhalb der verlängerten Rahmenfrist nach Ausschöpfung des Taggeldhöchstanspruchs eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet wird (Abs. 3). In der Regel ist davon auszugehen, dass der neu errechnete versicherte Verdienst bei der Eröffnung einer neuen Rahmenfrist tiefer ausfällt als der bisher versicherte Verdienst und sich damit auch das Taggeld tiefer bemisst als das bisherige. Die Absätze 2 und 3 von Art. 41b AVIV treffen nun insofern eine Unterscheidung zwischen den Versicherten, als derjenige, der am Stichtag nach Ablauf der erstmaligen zweijährigen Rahmenfrist genügend Beitragszeit für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist aufweist, im Regelfall schlechter gestellt wird als derjenige, der die Beitragszeit für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist erst nach Ablauf, mithin während der verlängerten Rahmenfrist erfüllt. Absatz 3 von Art. 41b AVIV bestimmt nämlich, dass die verlängerte Rahmenfrist nach Ausschöpfung des Taggeldhöchstanspruchs durch eine neue ersetzt wird. Damit kann dieser Versicherte allenfalls aufgrund eines erzielten Zwischenverdienstes nicht bezogene reguläre Taggelder (bis maximal 520 Taggelder; Art. 27 Abs. 2 AVIG) sowie die 120 (Art. 41b Abs. 1 AVIV) zusätzlichen Taggelder in der Höhe des bisherigen versicherten Verdienstes beziehen, ehe ihm eine neue Rahmenfrist mit mutmasslich tieferem Versicherten Verdienst eröffnet wird. Das fällt gerade bei einem Versicherten wie dem Beschwerdeführer, der vor der Arbeitslosigkeit einen hohen Verdienst erzielt hat, gravierend ins Gewicht.

Mit der Regelung von Art. 41b AVIV werden zwei Versicherte, von denen einer die Beitragszeit vor Ablauf der zweijährigen Frist und der andere die Beitragszeit erst nach Ablauf der zweijährigen Frist für den Leistungsbezug, mithin während der verlängerten Rahmenfrist erfüllt, ungleich gestellt, indem Letzterer in den Genuss von mindestens 120 oder deutlich mehr Taggeldern aufgrund des bisherigen, mutmasslich höheren, versicherten Verdienstes kommt und dies, obwohl der andere zu einem früheren Zeitpunkt eine Beschäftigung oder eine Zwischenverdiensttätigkeit zur Erfüllung der Beitragszeit aufgenommen hat.

Dieses Resultat läuft der gesetzgeberischen Absicht zuwider. Der Gesetzgeber wollte mit der Revision von Art. 27 Abs. 3 AVIG (Bundesgesetz vom 22. März 2002, in Kraft seit 1. Juli 2003; AS 2003 1733) eine Ausnahmeregelung vorsehen, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es für ältere Arbeitnehmer, die kurz vor der Pensionierung stehen, äusserst schwierig ist, wieder eine Dauerstelle zu finden. Durch die Ausübung befristeter Arbeitsverhältnisse sollen diese Personen ihren erworbenen Anspruch sowie zusätzliche 120 Taggelder innerhalb von vier Jahren beziehen können, was verhindern soll, dass sie kurz vor Bezug der AHV-Rente Vorsorgeleistungen beanspruchen müssen (BBl 2001 III 2271 und 2284). Bei Ausübung von befristeten oder Zwischenverdiensttätigkeiten ist nach Ablauf der zweijährigen Rahmenfrist für den Leistungsbezug der erworbene Taggeldanspruch (400 oder 520 Taggelder; Art. 27 Abs.

2 AVIG) nicht zwangsläufig erschöpft.

Nach der Intention des Gesetzgebers, die in Absatz 3 von Art. 41b AVIV zum Ausdruck kommt, soll eine neue Rahmenfrist erst eröffnet werden, wenn der Taggeldanspruch, mithin die regulären Taggelder nach Art. 27 Abs. 2 AVIG sowie die zusätzlichen Taggelder nach Art. 41b Abs. 1 AVIV, ausgeschöpft ist. Für den Beschwerdeführer bedeutet dies, dass die Rahmenfrist vorerst zu verlängern ist und eine neue Rahmenfrist erst nach dem Bezug der regulären sowie der zusätzlichen 120 Taggelder eröffnet werden kann.

Nach dem Gesagten ist Art. 41b Abs. 2 Satz 2 AVIV gesetzeswidrig. Vom Verordnungsgeber wurde eine rechtliche Unterscheidung getroffen, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt und die damit mit Art. 27 Abs. 3 AVIG nicht vereinbar ist, weshalb die vom Bundesrat verordnete Regelung das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) verletzt.

Nachdem sich die der Eröffnung einer neuen Rahmenfrist per 3. Januar 2005 zugrunde liegende Verordnungsbestimmung Art. 41b Abs. 2 Satz 2 AVIV als gesetzeswidrig erweist, ist der Einspracheentscheid vom 9. November 2005 (Urk. 2) aufzuheben. Die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen und diese anzuweisen, die neue Rahmenfrist im Sinne der Erwägungen (Erw. 6.2) in Anwendung von Art. 41b Abs. 3 AVIV zu eröffnen. Sollte aufgrund dieser Rückweisung noch immer eine Rückforderung gegeben sein, hat die Beschwerdeführerin die Berechnungen offen zu legen und rechtsgleich zu begründen

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 9. November 2005 aufgehoben, und es wird die Sache an die Kasse zurückgewiesen mit der Auflage, dem Beschwerdeführer im Sinne der Erwägungen in Anwendung von Art. 41b Abs. 2 erster Satz AVIV die Rahmenfrist zu verlängern und nach allfälliger Ausschöpfung des Taggeldanspruches die Ansetzung einer neuen Bezugsrahmenfrist nach Art. 41b Abs. 3 AVIV zu prüfen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- S. \_\_\_ unter Beilage der Doppel von Urk. 8 und Urk. 12

- Unia Arbeitslosenkasse

- 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 beschwerdenden 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.