

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00154 vom 20. Juni 2007

ZH Sozialversicherungsgericht, 2007-06-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2006.00154

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00154 du 20 juin 2007

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00154 del 20 giugno 2007

Erwägungen

E. 1

1.1. Am 10. Mai 1999 (Urk. 7/2/4) und am 7. Mai 2002 (Urk. 7/2/3) stellte der 1949 geborene H.____ Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Mit Verfügung vom 13. Juni 2003 verneinte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zürich den Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 10. Mai 1999 und ab dem 3. Juni 2002 (Urk. 7/7/9). Diese Verfügung bestätigte das AWA mit Einspracheentscheid vom 16. März 2004 (Urk. 7/7/3). Die dagegen erhobene Beschwerde wies das hiesige Gericht am 13. Juli 2004 ab (Urk. 7/7/2). Mit Entscheid vom 22. März 2005 hob das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) den Entscheid des hiesigen Gerichts insofern auf, als die Vermittlungsfähigkeit ab dem 10. Mai 1999 verneint worden war. Im Übrigen, das heisst bezüglich der Periode ab 3. Juni 2002 wies es die Beschwerde ab (Urk. 7/7/1).

1.2. Mit Verfügung vom 7. Juni 2005 stellte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich fest, dass der Versicherte ab dem 3. Juni 2002 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Sie forderte die zu Unrecht bezogenen Taggelder im Umfang von Fr. 54'375.70 zurück (Urk. 7/1/6). Am 6. Juli 2005 liess der Versicherte durch Rechtsanwalt Dr. Ueli Kieser ein Erlassgesuch stellen (Urk. 7/1/3). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2005 erliess das AWA die Rückforderung nicht (Urk. 7/3). Dagegen liess der Versicherte am 24. Januar 2006 Einsprache erheben (Urk. 7/4), welche das AWA am 12. April 2006 abwies (Urk. 2).

2. Gegen den Einspracheentscheid liess H.____ durch Rechtsanwalt Dr. Ueli Kieser am 8. Mai 2006 Beschwerde erheben mit dem Antrag, ihm sei die Rückckerstattung zu erlassen, eventualiter sei die Sache an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückzuweisen, um über das Erlassgesuch erneut zu befinden (Urk. 1). Am 15. Juni 2006 ersuchte der Beschwerdegegner um Abweisung der Beschwerde (Urk. 6). Mit Verfügung vom 19. Juni 2006 schloss das Gericht den Schriftenwechsel (Urk. 8).

3. Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Am 10. Mai 1999

1.1. In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtsätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 130 V 447 Erw. 1.2.1, 127 V 467 Erw. 1). Weiter stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum

Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheids eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 121 V 366 Erw. 1b; RKUV 2001 Nr. U 419 S. 101; zum Ganzen BGE 131 V 243 Erw. 2.1).

1.2 Nach der Rechtsprechung sind neue Verfahrensvorschriften vorbehaltlich anders lautender Übergangsbestimmungen in der Regel mit dem Tag des Inkrafttretens sofort und in vollem Umfang anwendbar. Dieser intertemporalrechtliche Grundsatz gilt dort nicht, wo hinsichtlich des verfahrensrechtlichen Systems zwischen altem und neuem Recht keine Kontinuität besteht und mit dem neuen Recht eine grundlegend andere Verfahrensordnung geschaffen worden ist (BGE 132 V 96 Erw. 2.2, 130 V 4 Erw. 3.2, 220 Erw. 3.2, 129 V 115 Erw. 2.2 mit Hinweisen).

1.3 Per 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) in Kraft getreten. Zudem wurde per 1. Juli 2003 das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzscheidigung (AVIG) geändert.

Nachdem sich in Bezug auf die hier im Zentrum stehende Frage des Vorliegens des gutgläubigen Leistungsbezuges (vgl. Erw. 4) mit dem Inkrafttreten des ATSG keine Änderung ergeben hat, insbesondere die bis zu diesem Zeitpunkt ergangene Rechtsprechung nach wie vor Anwendung findet (vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 25 Rz 23), spielt es in Bezug auf die Frage des guten Glaubens als Erlassvoraussetzung im Endeffekt keine Rolle, ob die alt- oder neurechtlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen.

In formeller Hinsicht verlangt der Beschwerdeführer zunächst die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels (Urk. 1 S. 7).

Art. 61 ATSG enthält keine Regelung zur Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels durch die kantonalen Gerichte. Es ist daher das kantonale Verfahrensrecht anwendbar. Gemäss § 19 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) des Kantons Zürich kann nach der schriftlichen Stellungnahme der Gegenpartei ein weiterer Schriftenwechsel angeordnet oder, wenn es die Umstände rechtfertigen, zur mündlichen Verhandlung vorgeladen werden. Zur Wahrung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV]) ist ein zweiter Schriftenwechsel unter anderem dann vorzusehen, wenn die Beschwerdeinstanz in ihrer Entscheidung auf erstmals in der Vernehmlassung vorgetragene Tatsachen, Beweismittel oder Rechtsgründe abstellen will (BGE 114 Ia 314 Erw. 4b, 111 Ia 3 Erw. 3; AHI 1995 S. 135 Erw. 2b; Zürich, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 19 N 7).

Nachdem der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort nichts vorbringt, was er nicht bereits im Verwaltungsverfahren vorgetragen hat, kann auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers verzichtet werden.

Das EVG bestätigte mit seinem Urteil vom 22. März 2005 den Entscheid des hiesigen Gerichts vom 13. Juli 2004 insoweit, als es den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentscheidigung ab dem 3. Juni 2002 wegen dessen arbeitgeberähnlicher Stellung ebenfalls verneinte. Es führte dazu aus, dass der Beschwerdeführer gemäss den Akten am 1. Juli 2001 eine Stelle als

Geschäftsführer in der E.____ GmbH angetreten habe. Auf den 11. Mai 2002 hin sei er aus diesem Arbeitsverhältnis entlassen worden, er sei aber Gesellschafter mit der bisherigen Stammeinlage von Fr. 12'000.-- geblieben und habe (nur) seine Einzelunterschriftsberechtigung verloren. Eine Anmeldung beim Handelsregisteramt sei mit Fax vom 24. Februar 2003 erfolgt. Damit sei der Beschwerdeführer nicht definitiv aus der erwähnten Unternehmung ausgeschieden, sondern er sei dort als finanziell Beteiligter in einer arbeitgeberähnlichen Stellung verblieben. Zudem sei als neuer Geschäftsführer Rechtsanwalt A.____ bestimmt worden, welcher zugleich Rechtsvertreter des Beschwerdeführers gewesen sei. Im Antwortschreiben an das AWA vom 21. Mai 2003 habe der Beschwerdeführer sodann selber eingestimmt, dass er die Unternehmung als Chance betrachte, eventuell zu verbesserten Geschäftsaussichten wieder einzusteigen. Unter diesen Umständen könne der Beschwerdeführer im Lichte der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 236 Erw. 7 keine Arbeitslosenentschädigung beanspruchen (Urk. 7/7/1 S. 4 f.).

4. Mithin ist, nachdem die Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung definitiv geklärt ist, lediglich noch zu prüfen, ob der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer die zu Unrecht ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 54'375.70 zu Recht nicht erlassen hat. Diesbezüglich ist insbesondere zu untersuchen, ob der gute Glaube in Bezug auf die Entgegennahme der ab dem 3. Juni 2002 ausbezahlten Leistungen vorgelegen hat.

E. 5

5.1 Nach Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) richtet sich die Rückforderung mit Ausnahme der Fälle von Art. 55 AVIG nach Art. 25 ATSG. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

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. Wird der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend (Art. 25 Abs. 2 ATSG).

5.2 Durch die unmittelbar im Anschluss an den Entscheid des EVG vom 22. März 2005 ergangene Rückerstattungsverfügung vom 7. Juni 2005 (Urk. 7/1/6) erfolgte die Rückforderung fristgerecht. Dies wird auch vom Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellt.

5.3 In Bezug auf den guten Glauben wird unterschieden zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann, oder ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen (BGE 122 V 223 Erw. 3 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung liegt guter Glaube nicht schon bei Unkenntnis des Rechtsmangels vor. Vielmehr darf sich der Leistungsempfänger nicht nur keiner böswilligen Absicht, sondern auch keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht haben. Daraus erhellt, dass der gute Glaube von vornherein entfällt, wenn die zu

Unrecht erfolgte Leistungsausrichtung auf eine arglistige oder grobfahrlässige Melde- und Auskunftspflichtverletzung zur¼ckzuführen ist. Andererseits kann sich der Rückkerstattungspflichtige auf den guten Glauben berufen, wenn sein fehlerhaftes Verhalten nur eine leichte Fahrlässigkeit darstellt (BGE 112 V 103 Erw. 2c mit Hinweisen).

E. 6

6.1.1.1.1 Mit dem Beschwerdegegner ist darzuführen zu halten, dass sich der Beschwerdeführer ohne Erfolg auf das Vorliegen des guten Glaubens beruft, nachdem er sich einer groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat.

6.2.1.1.1 Es trifft insbesondere zu, dass dem Beschwerdeführer hätte bewusst sein müssen, dass er im Zusammenhang mit der Beanspruchung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung gehalten gewesen wäre, der Arbeitslosenkasse sämtliche Umstände, die seinen Leistungsanspruch tangieren könnten, bekannt zu geben. Er wäre daher verpflichtet gewesen, von Anfang an auf die Tatsache hinzuweisen, dass er als Geschäftsführer und Gesellschafter mit einer Stammeinlage von Fr. 11'000.-- beziehungsweise von Fr. 12'000.-- mit Einzelunterschrift bei der E.____ GmbH tätig sei. Weder aus dem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 7. Mai 2002 (vgl. Urk. 7/2/3) noch aus seinen Angaben auf den periodisch einzureichenden Kontrollausweisen (der Monate Juni 2002 bis Januar 2003 [Urk. 7/2/5]) oder sonstigen Akten ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bei der E.____ GmbH eine arbeitgeberähnliche Stellung inne gehabt hat. Er hat im Formular "Arbeitgeberbescheinigung" vom 7. Mai 2002 die Frage nach seiner Tätigkeit im letzten Arbeitsverhältnis bei der E.____ GmbH nur mit "Dipl. Ing." beantwortet (Urk. 7/2/1). Bei Anwendung eines Mindestmasses an Sorgfalt hätte der Beschwerdeführer selbst feststellen müssen, dass er verpflichtet gewesen wäre, seine gemäss Handelsregister immer noch bestehende Funktion in dieser Unternehmung als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift unbedingt anzugeben. Es ist in der Tat nicht Sache der Arbeitslosenversicherung, stets Einsicht ins Handelsregister zu nehmen. Gemäss höchststrichterlicher Rechtsprechung geht eine generelle Überprüfungsspflicht zu weit, gerade wenn sich wie im vorliegenden Fall aufgrund der vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen und Erklärungen keine Hinweise auf eine Teilhaberschaft oder auf eine zum Zeitpunkt der Anmeldung beim Arbeitsamt immer noch bestehende offizielle Geschäftsführungsbefugnis des Beschwerdeführers ergibt. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass aus der Wiederanmeldebestätigung des RAV vom 23. Mai 2002 hervorgeht, dass der Beschwerdeführer zuletzt den Beruf des Geschäftsführers ausgeübt hatte (Urk. 7/2/5), noch dass die Arbeitslosenkasse Ende Mai 2002 im Besitze des Arbeitsvertrages zwischen dem Beschwerdeführer und der E.____ GmbH war, welche ihn als Geschäftsführer ausweist (vgl. Urk. 2 S. 3 f. und Urk. 7/2/13).

6.3.1.1.1 Dem Beschwerdeführer, dem zu Recht ein hoher Bildungsgrad attestiert wird (vgl. 7/5), hätte auffallen und bekannt sein müssen, dass er als Geschäftsführer, insbesondere als Gesellschafter einer Unternehmung, eine arbeitgeberähnliche Stellung hatte. Die Verletzung der Melde- oder Auskunftspflicht stellt eine Form eines schuldhaften Verhaltens dar, welche eine Berufung auf den guten Glauben nicht mehr zulässt. Darunter fällt auch das vom Beschwerdeführer praktizierte Verhalten, namentlich die Unterlassung, sich bei der Verwaltung von Anfang an über die Auswirkungen seiner Funktion bei der E.____ GmbH - und nicht erst

anlässlich des Beratungsgesprächs vom 4. Februar 2003 beim RAV das Gespräch darauf zu bringen (Urk. 7/5 und Urk. 1 S. 5) - eingehend zu erkundigen. Der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Einwand, er habe der Arbeitslosenkasse alle relevanten Unterlagen zugehen lassen (vgl. Urk. 1 S. 5), genügt dieser Anforderung nicht. Diese Unterlassung des Beschwerdeführers kann demnach nicht als leichte Nachlässigkeit charakterisiert werden, weshalb es an der Erlassvoraussetzung des guten Glaubens fehlt (vgl. ARV 2002 S. 195 f.).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Daran ändert der Umstand nichts, dass die Kasse den Handelsregistereintrag über längere Zeit nicht bemerkt hat. Als in geschäftlichen Dingen bewandeter Leistungsbezieher durfte er nicht auf die Richtigkeit der von der Verwaltung zugesprochenen Arbeitslosenentschädigung vertrauen. Im übrigen vermöchte der Beschwerdeführer aus der Publizitätswirkung des Handelsregisters nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Das EVG entschied bereits mehrmals, dass die versicherten Personen jeweils verpflichtet gewesen wären, der Verwaltung ihre Stellung als Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH zu melden, obwohl dies im Handelsregister eingetragen war. Weil sie dies unterlassen hatten, wurde ihre Gutgläubigkeit verneint (Urteil des EVG vom 8. Juni 2006 in Sachen P., C 196/05, Erw. 6.2.3 mit Hinweisen).

6.4 Ä Ä Ä Ä Was der Beschwerdeführer in der Beschwerde vorbringen lässt, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

6.4.1 Ä Ä Es trifft zwar zu, dass die Fragen rund um die arbeitgeberähnliche Stellung ausgehend von der Gesetzesbestimmung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, welche sich auf die Fälle der Kurzarbeit bezieht, mittels der Rechtsprechung analog auf die übrigen Fälle der Anspruchsberechtigung ausgedehnt worden sind (vgl. BGE 123 V 237, Erw. 7b/bb mit Hinweisen, vgl. auch Jürggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, in: SZS 2004 S. 1 ff.). Indessen gilt die Rechtsprechung von BGE 123 V 237, Erw. 7b/bb, welche seither durch das EVG unzählige Male bestätigt wurde, seit dem Jahr 1997, somit ebenso lange, wie die E. ___ GmbH, deren Gründer der Beschwerdeführer war (Urk. 7/7/4), besteht.

6.4.2 Ä Ä In Bezug auf die Anwendung von Art. 27 ATSG (Urk. 1 S. 5) ist dem Beschwerdeführer entgegenzuhalten, dass im Zeitpunkt des Bezuges vom 3. Juni 2002 bis Ende Dezember 2002 das ATSG noch nicht anwendbar war. Nach der vor In-Kraft-Treten des ATSG ergangenen Rechtsprechung bestand keine umfassende Auskunft-, Beratungs- und Belehrungspflicht der Behörden, namentlich auch nicht gestützt auf den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben. Unter der damals herrschenden Rechtslage brauchten die Organe der Arbeitslosenversicherung daher - vorbehaltlich des vom 1. Januar 1997 bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Art. 20 Abs. 4 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) - nicht von sich aus - spontan, ohne von der versicherten Person angefragt worden zu sein - Auskünfte zu erteilen oder auf drohende Rechtsnachteile aufmerksam zu machen. Dies galt auch für drohende Verluste sozialversicherungsrechtlicher Leistungen (vgl. BGE 131 V 472 Erw. 4.2, Urteil des Bundesgerichtes, I. sozialrechtliche Abteilung, vom 16. April 2007 in Sachen M., C 36/06 und C 39/06, Erw. 5.3 mit Hinweisen).

Selbst wenn Art. 27 ATSG, insbesondere Abs. 2, dessen Zweck darin besteht, die versicherte Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des betreffenden Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt, und den Versicherungsträger oder das Durchführungsorgan unter Umständen dazu anhält, die versicherte Person ohne förmliches Begehren von sich aus darauf aufmerksam zu machen, dass ihr Verhalten eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden kann (vgl. BGE 131 V 478 Erw. 4.3), zur Anwendung gelangen und festgestellt würde, dass der Beschwerdegegner die ihm obliegende Aufklärungspflicht nicht pflichtgemäss erfüllt hätte, könnte der Beschwerdeführer daraus nichts ableiten. Nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist namentlich nicht erstellt, dass sich der Beschwerdeführer, wäre er über die Konsequenzen der arbeitgeberähnlichen Situation aufgeklärt worden, sich unverzüglich zur Löschung im Handelsregister veranlasst gesehen hätte, namentlich nachdem er während der bisherigen Verfahren und bis heute nach wie vor keine Löschung vorgenommen hat (Urk. 7/7/4 und www.zefix.ch; vgl. Urteil des EVG vom 27. März 2006 in Sachen B., C 141/05, Erw. 5.2).

Insgesamt ist festzuhalten, dass von Beginn an eine fehlende Gutgläubigkeit des Beschwerdeführers vorliegt, sodass die Rückforderung nicht erlassen werden kann.

Da Art. 25 Abs. 1 ATSG neben dem guten Glauben als Erlassvoraussetzung kumulativ die grosse Härte verlangt, kann angesichts des Ausgangs dieses Verfahrens die Prüfung der grossen Härte unterbleiben.

Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

- Die Beschwerde wird abgewiesen.
- Das Verfahren ist kostenlos.
- Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)
 - Rechtsanwalt Dr. Ueli Kieser
 - Staatssekretariat für Wirtschaft seco

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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