

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00197 vom 3. Juli 2007

ZH Sozialversicherungsgericht, 2007-07-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2006.00197

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00197 du 3 juillet 2007

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00197 del 3 luglio 2007

Erwägungen

E. 1

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 Bei zusammengesetzten Tatbeständen, d.h. bei Rechtsnormen, welche den Eintritt der in ihr vorgesehenen Rechtsfolge von der Verwirklichung mehrerer subsumtionsrelevanter Sachverhaltselemente abhängig machen, hat die Rechtsprechung erkannt, dass für die Entscheidung der intertemporalrechtlichen Anwendbarkeit massgeblich ist, unter der Herrschaft welcher Norm sich der Sachverhaltskomplex schwergewichtig überwiegend ereignet hat (BGE 126 V 136 Erw. 4b, BGE 123 V 28 Erw. 3a, AHI 1995 S. 3 ff., 1994 S. 140 f. Erw. 5, je mit Hinweisen).

1.3 Nach der Rechtsprechung sind neue Verfahrensvorschriften vorbehaltlich anders lautender Übergangsbestimmungen in der Regel mit dem Tag des Inkrafttretens sofort und in vollem Umfang anwendbar.

1.4

1.4.1 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 Insolvenzenschuldigung (AVIG) geändert.

1.4.2 Nachdem sich in Bezug auf die hier im Zentrum stehende Frage der Rückwirkung mit dem Inkrafttreten des ATSG keine massgebende Änderung ergeben hat (vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 25 Rz 45), spielt es keine Rolle, ob die alt- oder neurechtlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen.

2.

2.1 Nach Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung (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 zurückzuerstatten.

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

Die Frage der Verwirkung der Rückforderung ist von Amtes wegen zu prüfen (BGE 111 V 136 Erw. 3b mit Hinweisen).

2.2 Bei den Fristen zur Rückforderung von zu Unrecht ausbezahlten Leistungen gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG in der vor der Einföhrung des ATSG am 1. Januar 2003 gültig gewesenen Fassung handelt es sich um Verwirkungsfristen. Unter der Wendung "nachdem die auszahlende Stelle davon Kenntnis erhalten hat", ist der Zeitpunkt zu verstehen, in welchem die Verwaltung bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückforderung bestehen. Um die Voraussetzungen für die Rückforderung beurteilen zu können, müssen der Verwaltung alle im konkreten Einzelfall erheblichen Umstände zugänglich sein, aus deren Kenntnis sich der Rückforderungsanspruch dem Grundsatz nach und in seinem Ausmass gegenüber einem bestimmten Rückforderungspflichtigen ergibt (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 13. Juli 2003 in Sachen J., C 36/2001, Erw. 2.2 mit Hinweisen).

3. Ä Ä Ä Ä Ä Ä

3.1 Ä Ä Ä Ä Das hiesige Gericht untersuchte in seinem in Rechtskraft erwachsenen Entscheid vom 14. April 2005 zur Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers zunächst, ob die Voraussetzungen der Wiedererwägung und der prozessualen Revision in Bezug auf die in formelle Rechtskraft erwachsenen Abrechnungen der Arbeitslosenversicherung für die Zeit vom 1. November 2002 bis zum 31. Oktober 2003 gegeben seien. Es führte dazu Folgendes aus: Aufgrund der Tatsache, dass zwar aus den Akten nicht ersichtlich sei, dass der Beschwerdeführer nicht nur Geschäftsführer, sondern auch Gesellschafter der A. ___ GmbH gewesen sei und beide Funktionen auch nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der A. ___ GmbH weiterhin beibehalten habe, und aus den Protokollen der Beratungsgespräche beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) ab dem 8. November 2002 bis zum 2. Oktober 2003 nicht hervorgehe, dass die arbeitgeberähnliche Stellung je zur Sprache gekommen sei, aber bei genauer Betrachtung des Antrages auf Arbeitslosenentschädigung vom 7. Oktober 2002 und der Arbeitgeberbescheinigung vom 8. Oktober 2002 auffalle, dass beide Formulare offenkundig von derselben Person, d.h. vom Beschwerdeführer handschriftlich ausgefüllt worden seien, hätte die Verwaltung bei der gebotenen Aufmerksamkeit mindestens bezüglich der Funktion des Beschwerdeführers nachfragen müssen, was sie unterlassen habe, weshalb kein Grund für eine prozessuale Revision bestehe. Indessen seien die Voraussetzungen der Wiedererwägung erfüllt, nachdem dem Beschwerdeführer zwar per Ende Oktober 2002 gekündigt worden sei, er dadurch aber nicht diejenigen Eigenschaften verloren habe, welche seine arbeitgeberähnliche Stellung ausmachten, sei er doch unbestrittenmassen weiterhin Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH geblieben, weshalb die Zusprechung von Arbeitslosenentschädigung offensichtlich unrichtig gewesen sei. Das hiesige Gericht entschied sodann, dass sich der Beschwerdeführer auch nicht erfolgreich auf eine falsche

bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben, nicht von sich auf seine problematische arbeitgeberähnliche Stellung hingewiesen zu haben. Der Leitfaden enthält zudem explizit den Hinweis, dass bezüglich arbeitgeberähnlicher Stellung bei der zuständigen Vollzugsstelle nachgefragt werden kann (vgl. Urk. 10/3 S. 9 f.).

4.2. Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass im Zeitpunkt der Anmeldung des Beschwerdeführers zum Leistungsbezug im Oktober/November 2002 das ATSG noch nicht anwendbar war, sodass seine sinngemässe Berufung auf die entsprechende Aufklärungspflicht der Behörden gemäss Art. 27 ATSG ins Leere geht (vgl. Urk. 1 S. 5). Nach der vor In-Kraft-Treten des ATSG ergangenen Rechtsprechung bestand keine umfassende Auskunfts-, 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).

4.3. Als der zuständige Mitarbeiter des RAV Kenntnis von einem Eintrag des Beschwerdeführers im Handelsregister des Kantons Zürich erhielt, wonach dieser seit dem 21. Mai 2003 als Verwaltungsratspräsident mit Kollektivunterschrift zu zweien bei der C. AG amtiert (vgl. Urk. 10/18), informierte der Mitarbeiter am 3. November 2003 umgehend den zuständigen Sachbearbeiter der Beschwerdegegnerin (vgl. Telefonnotiz vom 3. November 2003, Urk. 9). Daraufhin leitete die Beschwerdegegnerin das Zweifelsfallverfahren ein, worauf das AWA im Verlaufe seiner Abklärungen herausfand, dass der Beschwerdeführer nach wie vor als Geschäftsführer und Gesellschafter seiner ehemaligen Arbeitgeberin im Handelsregister des Kantons Zug eingetragen war. Mit Verfügung vom 17. März 2004 verneinte das AWA den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. November 2002 mit der Begründung, dass der Beschwerdeführer seit 6. September 2000 als Gesellschafter und Geschäftsführer der A. GmbH eingetragen sei (Urk. 10/15). Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 19. April 2004 Einsprache, worin er die Funktion als Geschäftsführer beziehungsweise (bzw.) Verwaltungsrat der A. GmbH nicht bestritt, aber darauf hinwies, dass er seinen RAV-Berater bei seinem ersten Termin ausführlich über sein Verhältnis zur Unternehmung informiert habe, dieser indessen kein Problem gesehen habe. Zudem monierte der Beschwerdeführer, der Eintrag im Handelsregister sei öffentlich einsehbar (Urk. 10/14). Dieser Sichtweise des Beschwerdeführers wurde im rechtskräftigen Entscheid des hiesigen Gerichts jedoch nicht gefolgt (vgl. Urk. 10/3).

4.4. Mit Verfügung vom 20. Oktober 2004 forderte die Beschwerdegegnerin die zu Unrecht ausgezahlte Arbeitslosenentschädigung zurück (Urk. 10/11). Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 19. November 2004 Einsprache (Urk. 10/10), welche sein Rechtsvertreter am 17. Dezember 2004 ergänzte (Urk. 10/8). In dieser Rechtsschrift machte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers unter anderem geltend, er habe den Einspracheentscheid vom 1. September 2004 des AWA in Bezug auf

die Anspruchsberechtigung noch nicht erhalten, worauf die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer am 4. Januar 2005 mitteilte, sie sistiere das Einspracheverfahren gegen die Kassenverfälligung vom 20. Oktober 2004 vorläufig (Urk. 10/7). Die Sistierung wurde offenbar nach dem Entscheid des hiesigen Gerichtes vom 14. April 2005 im Mai 2006 aufgehoben.

4.4. Nachdem ausgewiesen ist, dass für die Beschwerdegegnerin kein Anlass bestand, weder im Zusammenhang mit der Anmeldung des Beschwerdeführers zum Leistungsbezug noch später, nämlich bis zum November 2003, Zweifel an der Anspruchsberechtigung zu haben, und die durch Beteiligung verschiedener Behörden dauernden Abklärungen Zeit bis zum 17. April 2004, dem Datum der negativen Verfälligung bezüglich der Anspruchsberechtigung, in Anspruch nahmen, erweist sich die am 20. Oktober 2004 verfallene Rückforderung nicht als verwirkt. Vor diesem Hintergrund muss auf den Eventualantrag der Beschwerdegegnerin nicht eingegangen werden.

4.5. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers (Urk. 1 S. 4) muss sich die Beschwerdegegnerin auch den seit Januar 2000 bestehenden Handelsregistereintrag, mithin die Publizität des Handelsregisters, nicht entgegenhalten lassen. Es trifft zwar zu, dass das EVG in älteren Entscheiden verschiedentlich ausgeführt hat, die Arbeitslosenkasse könne sich im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verwirkungsfrist bei Rückforderungen nicht darauf berufen, es sei unzumutbar, jeweils das Handelsregister zu konsultieren. Vielmehr müsse sie sich die Kenntnis der arbeitgeberähnlichen Stellung des Versicherten von Anfang an, d.h. seit Auszahlung der ersten Taggelder, entgegenhalten lassen (Urteil des EVG vom 17. Juli 2002 in Sachen L., C 267/01, Erw. 2c/cc mit Hinweisen). Der vorliegende Fall unterscheidet sich indessen insofern vom zitierten Entscheid, als sowohl der Arbeitsvertrag des Beschwerdeführers (Urk. 10/43) als auch die Arbeitgeberbescheinigung (Urk. 10/42) vom Inhaber der Unternehmung, B. ____, unterzeichnet worden sind. Zudem wäre die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers nur bei Konsultation des Handelsregisters des Kantons Zug aufgefallen. Die Auferlegung einer Konsultationspflicht hinsichtlich des Handelsregisters der ganzen Schweiz geht indessen eindeutig zu weit. Hätte die Beschwerdegegnerin zum Zeitpunkt der Anmeldung des Beschwerdeführers zum Leistungsbezug das Handelsregister des Kantons Zürich konsultiert, wäre ihr in Bezug auf den Handelsregistereintrag im Kanton Zug nichts aufgefallen.

4.6. Schliesslich ist auf Folgendes hinzuweisen: 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 die Beschwerdegegnerin die ihr obliegende Aufklärungspflicht nicht gehörig 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 seiner arbeitgeberähnlichen Stellung aufgeklärt worden, sich unverzüglich zur Löschung im Handelsregister veranlasst gesehen hätte,

nachdem er während der bisherigen Verfahren und bis heute nach wie vor keine L^ösung vorgenommen hat (www.zefix.ch; vgl. Urteil des EVG vom 27. M^ärz 2006 in Sachen B., C 141/05, Erw. 5.2). Dieses Verhalten des Beschwerdef^ührers deutet darauf hin, dass er nicht gewillt war, sich aus der A.____ GmbH zur^ückzuziehen.

5. Zusammenfassend ist die Beschwerde daher abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Arbeitslosenkasse des Kantons Z^ürich

- Rechtsanwalt Markus Schmid

- Amt f^ür Wirtschaft und Arbeit (AWA)

- Staatssekretariat f^ür Wirtschaft seco

4. 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 Begr^ündung 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 H^änden hat (Art. 42 BGG).

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