

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00385 vom 20. Februar 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-02-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2006.00385

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00385 du 20 février 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00385 del 20 febbraio 2008

Erwägungen

E. 1

1.1 Mit öffentlicher Beurkundung vom 14. August 2001 (Urk. 8/2.2) wurde die A. GmbH gegründet. Als Gesellschafter fungierten B. sowie I. Als Geschäftsleiter - jeweils mit Einzelzeichnungsberechtigung - wurde nebst B. auch J. bestellt. Als Firmendomizil wurde die Privatadresse von J. gewählt. Der entsprechende Eintrag ins Handelsregister erfolgte mit Tagebucheintrag vom 22. August 2001 (Auszug aus dem Handelsregister vom 29. Januar 2008, Urk. 16). Zu diesem Zeitpunkt war J. bei der C. GmbH, D., beschäftigt (Arbeitgeberbescheinigung vom 12. Januar 2003, Urk. 8/8.3).

1.2 Nachdem J. ab September 2002 bei der E. AG, F., tätig gewesen war und diese Stelle per Dezember 2002 verloren hatte (Arbeitgeberbescheinigung vom 9. Januar 2003, Urk. 8/8.4), meldete er sich am 6. Januar 2003 bei der Wohngemeinde sowie beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 8/8.6-8.7) und beantragte bei der Arbeitslosenkasse der GBI (heute: Unia Arbeitslosenkasse) am 6. Januar 2003 (Urk. 8/9.1) die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung. Diese zahlte in der Folge Taggelder aus (Kontoauszug vom 21. Juli 2006 [Urk. 8/7.5] und Auszug aus dem individuellen Konto vom 19. September 2006 [Urk. 8/6]).

1.3 Per 1. November 2003 wurde J. von der A. GmbH als Berater in den Bereichen technische IT sowie betriebswirtschaftliche Management-Beratung zu einem Salär von brutto Fr. 12'500.-- pro Monat angestellt (Arbeitsvertrag vom 30. Oktober 2003, Urk. 8/2.4). Während des Anstellungsverhältnisses wurde J. als Geschäftsleiter im Handelsregister gelistet unter Beibehaltung der Einzelzeichnungsberechtigung. Gleichzeitig wurde die Adresse der Firma an den neuen Wohnsitz von J. verlegt (Tagebucheintrag vom 18. Mai 2004, Urk. 16). Am 25. Oktober 2004 wurde J. die Anstellung durch die A. GmbH wegen schlechter Auftragslage im IT-Markt per 30. November 2004 gekündigt (Urk. 8/2.5).

1.4 Am 30. November 2004 ersuchte J. erneut um Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung (Urk. 8/8.2), worauf ihm ab 1. Dezember 2004 wiederum Taggelder ausgerichtet wurden (Kontoauszug vom 20. Juli 2006, Urk. 8/9.11). Ab dem 24. Dezember 2004 erzielte er sodann als Kurierfahrer bei der G. GmbH, regelmässig einen Zwischenverdienst (Bescheinigungen über Zwischenverdienst, Urk. 8/12).

Nachdem das Staatssekretariat für Wirtschaft seco anlässlich einer Revision die Leistungsausrichtung an J. beanstandet hatte, forderte die Unia Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 21. Juli 2006 sämtliche von Dezember 2004 bis

Mai 2006 ausgerichteten Taggelder als zu viel ausbezahlte Leistungen im Betrag von Fr. 74'291.05 zurÃ¼ck (Urk. 8/2.1). Die dagegen erhobene Einsprache vom 13. September 2006 (Urk. 8/2) wurde mit Entscheid vom 26. September 2006 (Urk. 2) abgewiesen.

2.ÃÃÃÃÃÃ Hiergegen erhob J.____ durch Rechtsanwalt Christoph HÃ¤berli am 11. Oktober 2006 Beschwerde mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid und die ihm zugrunde liegende VerfÃ¼gung vom 21. Juli 2006 seien aufzuheben (Urk. 1 S. 2). Die Unia Arbeitslosenkasse beantragte am 13. November 2006 (Urk. 7) die Abweisung der Beschwerde. Nachdem die Parteien im Rahmen ihrer zweiten Rechtsschriften an den gestellten AntrÃ¤gen festgehalten hatten (Urk. 10 und Urk. 13), wurde der Schriftenwechsel mit VerfÃ¼gung vom 9. Januar 2007 (Urk. 15) als geschlossen erklÃ¤rt.

3.ÃÃÃÃÃÃ Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien und die Akten wird, sofern fÃ¼r die Entscheidungsfindung erforderlich, in den nachfolgenden ErwÃ¤gungen eingegangen.

Das Gericht zieht in ErwÃ¤gung:

E. 1.1

1.1.1ÃÃ Nach Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes Ã¼ber die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die InsolvenzentschÃ¤digung (AVIG) haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkÃ¼rzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf KurzarbeitsentschÃ¤digung, wenn sie bestimmte, in lit. a-d nÃ¤her umschriebene Voraussetzungen erfÃ¼llen. Keinen Anspruch auf KurzarbeitsentschÃ¤digung haben gemÃss 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 kÃ¶nnen, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten. Eine gleichlautende Bestimmung besteht bezÃ¼glich des Anspruchs auf InsolvenzentschÃ¤digung (Art. 51 Abs. 2 AVIG).

1.1.2ÃÃ Dem Wortlaut nach sind die Bestimmungen zwar auf eine KurzarbeitsentschÃ¤digung zugeschnitten. Wie das EidgenÃ¶ssische Versicherungsgericht indessen in BGE 123 V 234 ff. entschieden hat, lÃ¤sst sich daraus nicht folgern, dass die in Art. 31 Abs. 3 AVIG genannten arbeitgeberÃ¤hnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf ArbeitslosenentschÃ¤digung bei Ganzarbeitslosigkeit haben. BehÃ¤lt ein Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberÃ¤hnliche Stellung im Betrieb bei und kann er dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfÃ¼gt er nach wie vor Ã¼ber die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein solches Vorgehen lÃ¤uft auf eine rechtsmissbrÃ¤uchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der MissbrauchsverhÃ¼tung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberÃ¤hnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen kÃ¶nnen.

ÃÃÃÃÃÃ Nach der Rechtsprechung sind - anders als bei der KurzarbeitsentschÃ¤digung und der InsolvenzentschÃ¤digung - Arbeitnehmer in arbeitgeberÃ¤hnlicher Stellung, denen gekÃ¼ndigt worden ist, vom Anspruch auf ArbeitslosenentschÃ¤digung nicht grundsÃ¤tzlich ausgeschlossen. So kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das

Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiter besteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch die arbeitgeberähnliche Stellung verliert (BGE 123 V 237 Erw. 7b/bb, ARV 2000 Nr. 14 S. 67 und Nr. 15 S. 72).

1.2 Gemäss einem allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts kann die Verwaltung auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide, die nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet haben, zurückkommen, wenn sie zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG; BGE 133 V 50 E. 4.1 S. 52).

1.3 Nach Art. 95 Abs. 1 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. 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 Rückforderungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend (Art. 25 Abs. 2 ATSG).

E. 2

2.1 Streitig und zu präzisieren ist, ob dem Beschwerdeführer trotz seiner Stellung in der A. GmbH ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zusteht.

2.2 Die Beschwerdegegnerin begründete ihre Rückforderung damit, der Beschwerdeführer habe bei der A. GmbH seit deren Gründung eine arbeitgeberähnliche Funktion ausgeübt. Zusammen mit der Mutierung des Handelsregistereintrages (formale Lösung der Geschäftsführerfunktion unter Beibehaltung der Einzelzeichnungsberechtigung) sei der Firmensitz an die neue Wohnadresse des Beschwerdeführers verlegt worden. Sodann habe die Kasse festgestellt, dass mit dem Beschwerdeführer für genau 12 Monate (richtig: 13 Monate) ein Arbeitsverhältnis mit dem höchsten versicherten Verdienst eingegangen worden sei. Es müsse festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer trotz der Kündigung nicht definitiv aus der A. GmbH ausgeschieden sei, weshalb er keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe (Urk. 2).

2.3 Der Beschwerdeführer hielt dagegen, er sei im Rahmen der Gründung der A. GmbH für die Zeit ab der Gründung lediglich bis zum 31. Dezember 2001 als Geschäftsführer bestellt worden. Er habe diese Funktion damals ausschliesslich interimistisch übernommen, da der Hauptgesellschafter und nachmalige Geschäftsführer der Firma, B., im Zeitpunkt der Gründung noch keinen Wohnsitz in der Schweiz gehabt habe. Er sei stets davon ausgegangen, dass mit dem entsprechenden Hinweis in der Gründungsurkunde seine Funktion als Geschäftsführer und Zeichnungsberechtigter Ende 2001 automatisch erloschen sei. Im April 2004 seien ihm dies und seine Lösung im Handelsregister durch die Kopie der von Herrn B. an das Handelsregisteramt verschickten Mutationsmeldung nochmals bestätigt worden. Er habe

die Mitteilung so verstanden, dass er vollständig aus dem Register gelöscht würde. Dass eine Zeichnungsberechtigung auch nach der formellen Aufgabe der Funktion als Geschäftsführer weitergeführt würde, sei weder ihm noch Herrn B. ___ bewusst gewesen (Urk. 1 S. 2 f.).

Der Beschwerdeführer brachte weiter vor, der Umstand, dass der Sitz der Firma seit der Gründung an seiner Wohnadresse gelegen habe, habe ihren Grund einzig darin gehabt, dass Herr B. ___ in der Zwischenzeit seinen Wohnsitz mehrmals, zuletzt nach H. ___, verlegt habe. Dort wäre die Steuerbelastung für die Firma wesentlich höher gewesen als in Adliswil. Zudem wären bei einer Verlegung des Sitzes Kosten beim Handelsregisteramt angefallen. Sodann spiele die Postanschrift im Verkehr mit den Kunden keine Rolle und würden E-Mails sowie Telefone direkt an Herrn B. ___ gehen. Irgendwelche Infrastruktur, die über portable Computer hinausgingen, habe die Firma nie besessen. Ebenso wenig habe sie weiteres Personal beschäftigt (Urk. 1 S. 4 f.). Die bloße Entgegennahme der persönlichen Post habe keine massgebliche Beeinflussung der Willensbildung des Betriebes bewirken können, zumal er für diesen "Freundschaftsdienst" nicht einmal eine Entschädigung erhalten habe (Urk. 1 S. 7).

E. 3

3.1 Aus den Akten ist ersichtlich, dass in der Gründungsurkunde der A. ___ GmbH vom 14. August 2001 tatsächlich eine Amtsdauer des Beschwerdeführers als Geschäftsführer bloss bis 31. Dezember 2001 vorgesehen war (Urk. 8/2.2 S. 3). Die Löschung im Handelsregister fand dann indes erst mit Tagebucheintrag vom 18. Mai 2004 statt (Urk. 16). Nicht gelöscht wurde dagegen die Einzelzeichnungsberechtigung des Beschwerdeführers. Dass dies ein Versehen gewesen sein soll, kann vorliegend nicht in die Beurteilung einfließen. Denn der Inhalt des Handelsregisters wird als allen bekannt vorausgesetzt. Dazu gehört auch der Beschwerdeführer.

Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der A. ___ GmbH nach wie vor einzelzeichnungsberechtigt war. Somit aber war es ihm immer noch möglich, massgeblich auf die Firma Einfluss zu nehmen. Auch wenn er intern keine Befugnisse mehr gehabt haben sollte, so konnte er doch kraft Eintrags im Handelsregister alleine rechtsverbindlich für die A. ___ GmbH zeichnen und damit Verträge abschliessen sowie Verpflichtungen eingehen.

3.2 Von massgeblicher Bedeutung ist sodann, dass sich der Sitz der Firma seit der Gründung der Gesellschaft am Wohnsitz des Beschwerdeführers befindet. Damit gab er - in Verbindung mit der Einzelzeichnungsberechtigung - nach aussen kund, Teil der A. ___ GmbH zu sein und am Sitz der Firma als verantwortliche Person zu fungieren. In diesem Sinne hat sich der Beschwerdeführer die formellrechtliche Wirkung des Handelsregisters entgegenhalten zu lassen. Es war eben rechtlich so, dass der Beschwerdeführer nach aussen tatsächlich umfassende Befugnisse für die Firma hatte und dies auch noch rechtsverbindlich an seinem privaten Wohnsitz.

3.3 Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der A. ___ GmbH nach aussen einen massgeblichen Einfluss auf die Firma ausüben konnte. Hätte er dies nicht gewollt, hätte er seine Zeichnungsberechtigung löschen lassen müssen. Sodann ist nicht ersichtlich, weshalb der Beschwerdeführer mit der Zur-Verfügung-Stellung seiner Privatadresse als Sitz der

Firma steuerliche Erleichterungen für eine Firma erwirken sollte, mit welcher er - nach der Kündigung - in keinem Verhältnis mehr stand. Angesichts der gesamten Umstände kann zusammenfassend nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer habe ab Dezember 2004 keinen Einfluss auf die A. ___ GmbH mehr ausüben können.

3.4. Anzuführen bleibt, dass ein Missbrauch nicht erstellt zu sein braucht, sondern schon die Gefahr eines solchen einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesst. Vorliegend kann unter den genannten Umständen eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Vorschriften über die Kurzarbeitsentschädigung nicht ausgeschlossen werden. Demgemäss besteht rechtsprechungsgemäss ab Dezember 2004 kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

E. 4

4.1. Da die Voraussetzungen für eine Rückforderung der zu Unrecht ausgerichteten Taggelder ab Dezember 2004 - zweifelloser Unrichtigkeit und erhebliche Bedeutung - ohne weiteres erfüllt sind, hat die Beschwerdegegnerin grundsätzlich zu Recht Taggelder zurückgefordert.

4.2. Nach der Rechtsprechung beginnt die einjährige relative Verwirkungsfrist der Rückforderung in jenem Zeitpunkt zu laufen, in welchem die Arbeitslosenkasse zumutbarerweise Kenntnis vom rückforderungsbegründenden Sachverhalt haben konnte. Aufgrund der Publizitätswirkung des Handelsregisters muss sich die Arbeitslosenkasse die den Entschädigungsanspruch ausschliessenden Eigenschaften eines Versicherten von Anfang an entgegenhalten lassen. Eines zweiten Anlasses für den Beginn der Frist bedarf es nicht (BGE 122 V 270). Das höchste Gericht hat in seiner Rechtsprechung sodann festgehalten, dass die Frist nicht vor der Ausrichtung der für die jeweilige Kontrollperiode (Kalendermonat) geschuldeten Leistung zu laufen beginnt (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen B. vom 17. Dezember 2003, C 19/03, Erw. 3.1.2).

4.3. Die Rückforderungsverföugung der Beschwerdegegnerin datiert vom 21. Juli 2006 (Urk. 8/3), weshalb lediglich jene Taggelder, welche innerhalb eines Jahres vor diesem Datum ausgerichtet wurden, zurückgefordert werden können. Dabei handelt es sich um die Taggelder ab Juli 2005, welche am 26. August 2005 gebucht wurden. Die vorherigen Zahlungen wurden vor dem 21. Juli 2005 verbucht (so der Juni 2005 am 28. Juni 2005, Urk. 8/9.11 S. 9).

Für die Periode Juli 2005 bis Mai 2006 wurden Taggelder in der Höhe von Fr. 43'234.65 ausgerichtet (Urk. 8/2.1 Anhang). In diesem Umfang ist der Beschwerdeführer zur Rückzahlung verpflichtet, weshalb die Beschwerde in diesem Sinn teilweise gutzuheissen ist.

5. Nach Art. 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (Art. 34 Abs. 3 GSVGer).

Angesichts des bloss teilweisen Obsiegens des Beschwerdeführers erscheint die Zusprache einer reduzierten Prozessentschädigung von Fr. 800.-- (inkl.

Barauslagen und MWSt) als angemessen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 26. September 2006 insofern abgeändert, als festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer Taggelder im Umfang von Fr. 43'234.65 zurückzuerstatten hat.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 800.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Unia Arbeitslosenkasse
- Rechtsanwalt Christoph Häberli
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. 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 des Beschwerdeführers oder seines Vertreters 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.