

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00250

vom 27. Januar 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-01-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2010.00250

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00250 du 27 janvier 2012

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00250 del 27 gennaio 2012

Erwägungen

E. 2

2.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückerstatten. Der Rückerforderungsanspruch 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 (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG, in Verbindung mit Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, AVIG).

Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen gelten auch mit Bezug auf die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung (BGE 122 V 134 E. 2c, 270 E. 2) und finden ebenfalls Anwendung, wenn die zur Rückerforderung Anlass gebenden Leistungen formlos verfügt worden sind (BGE 107 V 180 E. 2a in fine). Eine zweifellose Unrichtigkeit liegt nicht nur dann vor, wenn die in Wiedererwägung zu ziehende Verfügung aufgrund falscher oder unzutreffender Rechtsregeln erlassen wurde, sondern auch dann, wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (ARV 1996/97 Nr. 28 S. 158 E. 3c), wobei eine gesetzwidrige Leistungszusprechung regelmässig als zweifellos unrichtig gilt (BGE 103 V 128).

2.2 Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, unter den in lit. a-d genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Erforderlich ist unter anderem, dass ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne der Kriterien in Art. 32 AVIG vorliegt (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG) und dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG).

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben diejenigen Personen, in deren Dispositionsfreiheit es liegt, Kurzarbeit einzuführen und damit den anspruchsbegründenden Sachverhalt für eine Kurzarbeitsentschädigung zu verwirklichen (vgl. BGE 123 V 234 E. 7a). Neben dem Arbeitgeber selber sind dies gemäss 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 können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.

2.3 Im Bereich der Arbeitslosenentschädigung (Zweites Kapitel, Art. 8 ff. AVIG) besteht keine analoge Norm zu Art. 31 Abs. 3 AVIG, mit der sich der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für bestimmte Personengruppen ausschliessen liesse. Daraus lässt sich jedoch praxisgemäss nicht der Schluss ziehen, dass die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG angeführten arbeitgeberähnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben. In der Botschaft (vgl. BBI 1980 III 591 f.) wird lediglich festgehalten, dass solche Personen gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein könnten (BGE 123 V 234 E. 7).

Bei Arbeitslosigkeit arbeitgeberähnlicher Personen kann dann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn das Unternehmen geschlossen wird und das Ausscheiden der betreffenden mitarbeitenden Person definitiv ist. Entsprechendes gilt auch für den Fall, dass das Unternehmen weiterbesteht, der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin jedoch mit der Kündigung auch endgültig jene Eigenschaft verliert, wegen der er beziehungsweise sie bei Kurzarbeit nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine andere Situation liegt dann vor, wenn die versicherte Person nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Unternehmen beibehält und dadurch die Entscheidung des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann. Wird die unternehmerische Dispositionsfreiheit, das Unternehmen jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer oder als Arbeitnehmerin einzustellen, erhalten, läuft dies auf die rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 2 lit. c AVIG hinaus, welche Regelung ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und dabei insbesondere dem Umstand Rechnung trägt, dass der Arbeitsausfall arbeitgeberähnlicher Personen praktisch nicht kontrollierbar ist, da sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V 234 E. 7b/bb).

Das rechtsmissbräuchliche Vorgehen liegt somit nach der dargelegten höchststrichterlichen Auffassung in der zweckwidrigen Verwendung des Rechtsinstitutes der Kündigung. Wenn mit der Kündigung nicht die endgültige Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezweckt wird, sondern sie in erster Linie zum Zweck der - vorübergehenden - Geltendmachung von Arbeitslosenentschädigung ausgesprochen wird und von Anfang an eine Wiedereinstellung bei veränderter Geschäftslage vorgesehen ist, so liegt eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vor. Mit dem Mittel der Kündigung soll hier auf einem Umweg das erreicht werden, was diese Bestimmung ausschliessen will, nämlich dass Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung für einen vorübergehenden Arbeitsausfall in ihrem Betrieb Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen können.

2.4 Gemäss Art. 27 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, 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).

Nach Art. 19a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiessung (AVIV) klären die in Art. 76 Abs. 1 lit. a-d AVIG genannten Durchführungsstellen die Versicherten über ihre Rechte und Pflichten auf, insbesondere über das Verfahren der Anmeldung und über die Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden und zu vermeiden (Abs. 1). Die Kassen klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus dem Aufgabenbereich der Kassen ergeben (Art. 81 AVIG). Die kantonalen Amtsstellen und die regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus den jeweiligen Aufgabenbereichen ergeben ([Art. 85 und 85b AVIG]; Abs. 3).

2.5 Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, BV), welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtsuchenden gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist dies der Fall, 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunfterteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 131 II 627 E. 6.1, 129 I 161 E. 4.1, 126 II 377 E. 3a, 122 II 113 E. 3b/cc, 121 V 65 E. 2a; RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223).

Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift (vgl. Art. 27 ATSG) oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt (BGE 131 V 472 E. 5 mit Hinweisen; vgl. auch Meyer-Blaser, Die Bedeutung von Art. 4 der Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: ZSR 1992 2. Halbbd., S. 299 ff., 412 f.).

E. 3

3.1 Streitig und zu präzisieren ist, ob der Beschwerdeführer die ihm für die Zeit vom 1. August 2009 bis 28. Februar 2010 ausgerichtete Arbeitslosenentschiessung zurückerstatthen hat.

3.2 Die Verwaltung rechtfertigt ihre Rückforderung unter Verweis auf Randziffer B29 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschiessung (KS-ALE) in der ab 1. Januar 2007 gältigen Fassung damit, dass der Beschwerdeführer als vormals einziger Verwaltungsrat und anschliessender Liquidator der A. ___ keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschiessung bis zu seiner Löschung als Liquidator im Handelsregister per 1. März 2010 habe, da er bis dahin eine arbeitgeberähnliche Funktion inne gehabt habe (Urk. 2 und 7/8).

Dagegen stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, dass der Kassenleiter verpflichtet gewesen wäre, ihn anlässlich des Beratungsgesprächs vom Mai 2009 über die Rechtslage zu informieren, hätte er doch diesfalls vom Bezug

Beschwerdeführers zum Liquidator vom 27. Mai 2009 ging bei der Beschwerdegegnerin am 13. Juli 2009 ein (vgl. Eingangsstempel auf Urk. 7/23). Am selben Tag nahm die Beschwerdegegnerin einen beglaubigten Handelsregisterauszug des Kantons Zug vom 19. Juni 2009 zu den Akten, welcher die Liquidatorenfunktion des Beschwerdeführers ebenfalls auswies (Urk. 7/28). Zudem ergÄnzte der Beschwerdeführer seine Unterschrift auf der Arbeitgeberbescheinigung vom 26. Juni 2009 in Klammer mit "Liquidator" (Urk. 7/15) und unterzeichnete in derselben Art auf einer BestÄtigung zu einer Restlohnzahlung zuhanden der Beschwerdegegnerin vom 30. Juni 2009 (Urk. 7/21). Bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit hÄtte die Beschwerdegegnerin klarerweise und ohne weitere AbklÄrungen erkennen mÄssen, dass die Situation des Beschwerdeführers seinen Leistungsanspruch gefÄhrtet. Die Beschwerdegegnerin gesteht denn auch im Rahmen der Beschwerdeantwort zu, dass sie aufgrund der Aktenlage Kenntnis von der Sachlage hatte und nicht mehr nachvollziehen kÄnne, ob anÄsslich der Vorbesprechung, welche gemÄss unbestritten gebliebener Angabe des Beschwerdeführers im Mai 2009 stattgefunden hat (Urk. 1 S. 1), Äber die TÄtigkeit als Liquidator gesprochen worden sei (Urk. 6 S. 2).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Aufgrund ihrer Beratungspflicht (E. 2.3) hÄtte sie den Beschwerdeführer davon in Kenntnis setzen mÄssen, dass seine Anspruchsberechtigung solange ausgeschlossen bleibt, als er als Liquidator im Handelsregister eingetragen bleibt. Da sie dies unterliess, stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer in seinem Vertrauen auf die ErfÄllung der Anspruchsvoraussetzungen zu schÄtzen ist.

4.2Ä Ä Ä Ä Aufgrund der Vorbringen der Parteien (vgl. Urk. 1, 6, 7/3, 7/14 S. 3) ist mit dem im Sozialversicherungsrecht Äblichen Beweisgrad der Äberwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 126 V 353 E. 5b mit Hinweisen; vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2 und 3.3) erstellt, dass anÄsslich des nicht nÄher datierten GesprÄchs zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kassenleiter im Mai 2009 vor der Anmeldung zum Taggeldbezug Äber die Notwendigkeit der Niederlegung des Verwaltungsratsmandats im Hinblick auf den Taggeldbezug gesprochen worden war und der Beschwerdeführer hierauf sein Verwaltungsratsmandat niederlegte. Weiter ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer vom Kassenleiter nicht darÄber informiert worden war, dass auch eine Funktion als Liquidator die Anspruchsberechtigung verhindert, wobei den Parteivorbringen nicht abschliessend zu entnehmen ist, ob die Phase der Liquidation und eine allÄllige damit verbundene Aufgabe des Beschwerdeführers Äberhaupt diskutiert wurde.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Jedenfalls ist als erstellt zu betrachten, dass fÄr den Beschwerdeführer die anspruchshindernde Wirkung des Liquidatorenamts aufgrund der ihm zur VerfÄgung stehenden Informationen und Unterlagen nicht ohne Weiteres erkennbar war. Dementsprechend Äbernahm er dieselbe und unterliess es auch, das am 16. Juni 2009 Äbernommene Amt vor Eintritt der Arbeitslosigkeit am 1. August 2009 niederzulegen und den Handelsregistereintrag lÄschen zu lassen, war ihm angesichts seiner frÄhzeitigen Anmeldung ohne Weiteres mÄglich gewesen wÄre. Angesichts dessen, dass der Beschwerdeführer das Mandat gemÄss eigenen Angaben (Urk. 7/14 S. 3 unten) ohne EntschÄdigung erfÄllte, fehlen Anhaltspunkte fÄr die Annahme, dass er bei korrekter Information seitens der Beschwerdegegnerin von der Mandatsniederlegung abgesehen hÄtte, zumal er als Verwaltungsrat nach entsprechender Information seitens des

Kassenleiters umgehend demissionierte.

Unter diesen Umständen ist der Beschwerdeführer in seinem berechtigten Vertrauen darauf, dass er sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, zu schätzen, weshalb er die zu Unrecht bezogenen Taggelder nicht zurückerstatten hat.

Nach dem Gesagten ist der Einspracheentscheid vom 5. Juli 2010 in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse IAW vom 5. Juli 2010 aufgehoben.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X.____

- Arbeitslosenkasse IAW

- seco - Direktion für Arbeit

- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

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.