

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00020 vom 11. Februar 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-02-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00020

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00020 du 11 février 2019

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00020 del 11 febbraio 2019

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) haben 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 keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich zwar in Art. 8 ff. AVIG keine Regelung, die dieser Norm zur Kurzarbeit entsprechen würde. Nach der Rechtsprechung gilt diese Regelung jedoch grundsätzlich auch für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 123 V 234 E. 7b/ bb).

Die Frage, ob eine arbeitnehmende Person einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen kann, ist aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt (BGE 123 V 234 E. 7a).

Bei Verwaltungsräten einer AG (Art. 716 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts, OR) und Gesellschaftern einer GmbH (Art. 804 ff. OR) ergibt sich die massgebliche Einflussnahme von Gesetzes wegen.

Damit eine versicherte Person in arbeitgeberähnlicher Stellung oder deren mitarbeitender Ehegatte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss sie mit dem Ausscheiden aus dem Betrieb definitiv auch die arbeitgeberähnliche Stellung verlieren. Behält sie nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann sie dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfügt sie nach wie vor über die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs.

E. 1.2

, formelles Organ).

E. 2

Hiergegen erhob X.____ am 19. Januar 2018 Beschwerde und beantragte, es sei unter Aufhebung der Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheids festzustellen, dass ihr auch

für die Monate Oktober 2016 bis August 2017 ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zustehe, eventuell sei die Sache zurückzuweisen, um das Fehlen einer Rückerstattungspflicht festzustellen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (Urk. 1 S. 1). Die Beschwerdegegnerin schloss in ihrer Beschwerdeantwort vom 2. Februar 2018 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6, unter Beilage ihrer Akten, Urk. 7/1-63 und Urk. 8), was der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 7. Februar 2018 angezeigt wurde (Urk. 9).

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin erklärte zur Begründung ihrer Rückforderung im Wesentlichen (Urk. 2), nachträglich sei festgestellt worden , dass der Ehemann der Beschwerdeführerin (A.____) als Verwaltungsrat der Y.____ AG mit Einzelunterschriftsberechtigung im Handelsregister eingetragen sei , wodurch er zum ausgeschlossenen Personenkreis von Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG gehöre. Als ehemals mitarbeitende Ehegattin sei die Beschwerdeführerin deshalb nicht anspruchsberechtigt. Da der Beschwerdegegnerin dieser Umstand aufgrund des bestehenden Handelsregistereintrags bei Beachtung der zumutbaren Aufmerksamkeit bereits zu Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug am 5. Juli 2016 hätte bekannt sein müssen, sei im Zeitpunkt des Erlasses der Rückforderungsverfügung vom 17. Oktober 2017 die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG für die von Juli bis September 2016 ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung bereits abgelaufen gewesen. Demgegenüber sei der Rückforderungsanspruch für die für Oktober 2016 bis August 2017 ausbezahlten Arbeitslosentaggelder noch nicht verwirkt, da die Auszahlung im Verfügungszeitpunkt noch kein Jahr zurückgelegen habe (BGE 122 V 270 E. 5, Urk. 2).

E. 2.2

Demgegenüber stellte sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, dass der Beschwerdegegnerin seit dem 8. Juli 2016 bekannt gewesen sei, dass ihr Ehemann Verwaltungsrat der ehemaligen Arbeitgeberin Y.____ AG gewesen sei, da sie alles korrekt gemeldet habe und dieser Umstand aus dem Handelsregister bekannt sei . Damit sei der Rückforderungsanspruch seit dem 8. Juli 2017 verwirkt. Zudem habe sie Arbeitslosentaggelder absolut gutgläubig erhalten und eine allfällige Rückerstattung würde eine grosse Härte darstellen.

Obwohl Ihr Ehemann (A.____) als Verwaltungsrat der Y.____ AG im Handelsregister eingetragen sei , sei er zu keinem Zeitpunkt Inhaber oder Entscheidungsträger dieser Gesellschaft gewesen. Sämtliche Entscheidungen habe immer vollständig in den Händen der Inhaberin - B.____ - gelegen. So sei er - unter Verweis auf AL.2002.01284 - lediglich pro forma formeller Verwaltungsrat gewesen (Urk. 1).

E. 2.3

Strittig und zu prüfen ist die Rechtmässigkeit der geforderten Rückerstattung für den Zeitraum von Oktober 2016 bis September 2017 im Umfang von Fr. 72'807.40 . 3.

E. 3

lit . c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Diese Rechtsprechung will

nicht bloss dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (Urteile des Bundesgerichts C 255/05 vom 25. Januar 2006 und C 92/02 vom 14. April 2003; vgl. Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, 4. Auflage, Zürich /Basel/Genf 2013, S. 15 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung). 1. 2

Laut Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis

Abs.

E. 3.1

Fest

steht, dass die Beschwerdeführerin mit der Beendigung ihrer leitenden Beschäftigung als Director Marketing per 30. Juni 2016 die Eigenschaft verlor, aufgrund derer ein Anspruch auf Bezug von Kurzarbeitsentschädigung nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zu verneinen wäre, sieht man einmal vom Umstand ab, dass sie die Ehefrau von A.____

ist, der weiterhin für das Unternehmen tätig ist. Dass sie die Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch mindestens mitbeeinflusste, geht aus den Akten hervor, geschah dieser Schritt doch in gegenseitigem Einverständnis. Dass es sich dabei jedoch um einen massgeblichen Einfluss gehandelt hätte, lässt sich nicht sagen: So hat die Beschwerdeführerin angegeben, ihr Austritt sei aufgrund der schlechten Geschäftslage und auf Geheiss der Y.____ AG erfolgt (Urk. 7/61, vgl. auch Arbeitszeugnis vom 30. Juni 2016, Urk. 7/51 S. 95). Diese unwidersprochenen Vorbringen erscheinen glaubhaft. Zu Recht wird deshalb im vorliegenden Verfahren keine eigenständige arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin behauptet. Zu prüfen bleibt die Frage, ob der Umstand, dass ihr Ehemann weiterhin für die Y.____ AG tätig ist, eine abgeleitete arbeitgeberähnliche Stellung bewirkt (vgl. E. 1.2).

E. 3.2

Aktenkundig und unbestritten ist, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift der Y.____ AG im Handelsregister eingetragen ist.

Als Mitglied des Verwaltungsrates verfügt A.____

von Gesetzes wegen über eine massgebliche Entscheidungsbefugnis (Art. 716 ff. OR, vgl. E.

E. 3.3

Soweit die Beschwerdeführerin erwähnt, dass der Ehemann

zu keinem Zeitpunkt Inhaber oder Entscheidungsträger dieser Gesellschaft gewesen sei und er lediglich pro forma formeller Verwaltungsrat gewesen sei (Urk. 1),

steht diese Aussage der Publizitätswirkung des Handelsregisters entgegen.

Auch der Verweis auf AL.2002.01284 geht fehl, da im damals zu beurteilenden Fall der Ehemann der Beschwerdeführerin als fiduziarischer Verwaltungsrat der ehemaligen

Arbeitgeberin auftrat, was anhand eines sich in den Akten befindenden und eindeutig so lautenden Treuhandvertrages festgestellt werden konnte. Vorliegend wurde aber weder von der Beschwerdeführerin konkret vorgebracht noch finden sich in den Akten entsprechende Anhaltspunkte dafür, dass auch A. ___ in einem ähnlichen Sinne nur fiduziarisch und somit ohne jegliche unternehmerische Dispositionsfreiheit für B. ___ auftritt (Urk. 3/3-11) . Dagegen spricht auch, dass A. ___ in seiner Funktion als Entscheidungsträger der ehemaligen Arbeitgeberin am 1. respektive 2. Januar 2015 die Vereinbarung zur Abänderung des geltenden Arbeitsvertrages vom 30. Juni 2009 der Beschwerdeführerin signieren konnte (Urk. 7/48), das Arbeitszeugnis vom 30. Juni 2016 verfassen und ausstellen (Urk. 7/51 S. 95) sowie den Fragebogen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom 2. August 2016 zuhanden der Beschwerdegegnerin beantworten konnte (Urk. 7/51 S. 93 f.).

E. 3.4

Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin ab September 2017 wieder bei der ehemaligen Arbeitgeberin Y. ___ AG eine neue Anstellung gefunden hat (vgl. Urk. 7/26) , begründet gerade den vorliegenden Ausschlussgrund, da es dabei gerade um die Verhinderung des Missbrauchs geht, welcher sich aus einer solchen Wiederanstellung ergibt.

E. 3.5

Da die Rechtsprechung in Bezug auf Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung auch Ehepartner der in Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG erwähnten Personen einschliesst, ist aufgrund des Dargelegten der Anspruch der Beschwerdeführerin als ehemals mitarbeitende Ehegattin eines Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift der Y. ___ AG auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen. Somit steht fest, dass der Beschwerdeführerin die Arbeitslosenentschädigung vom 5. Juli 2016 bis 31. August 2017 zweifellos zu Unrecht ausbezahlt wurde und dass der Rückforderungsbetrag von erheblicher Bedeutung ist. Ein Wiedererwägungsgrund und damit ein Rückkommenstitel für die faktisch ausgerichteten Leistungen ist damit gegeben.

E. 4

E. 5

stellt sich im Hinblick auf die periodische Leistungserbringung von Arbeitslosentaggeldern, welche jeweils für eine Abrechnungsperiode eines Monats ausgerichtet werden, die Frage, wie es mit der Verwirkungsfolge in Bezug auf jene Monatsbetreffnisse zu halten sei, die im Zeitpunkt der zumutbaren Kenntnis des rechtserheblichen Sachverhalts (Wissen um die Verwaltungsratsstellung) noch gar nicht zur Ausrichtung gelangt waren. Der Rückforderungsanspruch auf eine unrechtmässig ausgerichtete monatliche Entschädigung kann solange nicht verwirken, als diese einzelne Leistung im Rahmen der gesamten Anspruchsberechtigung tatsächlich noch nicht ausbezahlt war. Bezüglich der länger als ein Jahr vor Erlass der Verfügung vom 17. Oktober 2017 ausbezahlten Arbeitslosenentschädigungen ist der Rückforderungsanspruch der Beschwerdegegnerin verwirkt, dagegen nicht mit Bezug auf die später (ab Oktober 2016) ausgerichteten Betreffnisse.

E. 4.1

Gemäss Art. 25 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten (vgl. auch E. 1.3) . 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 Eintragung der einzelnen Leistung (Art. 25 ATSG). Dabei handelt es sich um Verwirkungsfristen. Zu prüfen ist daher, ob und gegebenenfalls inwieweit die Rückforderung der Arbeitslosen kasse verwirkt ist.

E. 4.2

Aus den Akten ergibt sich und ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin den Umstand, dass ihr Ehemann (als Verwaltungsrat) dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium der Y.____ AG angehörte (vgl. Ziff. 28 im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung, Urk. 7/61), von Beginn an korrekt deklarierte. Fest steht auch, dass der entsprechende Handelsregistereintrag bereits seit der Anmeldung zum Leistungsbezug am 5. Juli 2016 bestand.

E. 4.3.1

Die Frage, ob die Rückforderung der Beschwerdegegnerin ganz oder teilweise verwirkt ist, stellt sich nur unter dem Blickwinkel der relativen einjährigen Verwirkungsfrist, wogegen die absolute Verwirkungsfrist von fünf Jahren jedenfalls gewahrt ist, da Arbeitslosenentschädigungen erst seit Juli 2016 ausgerichtet wurden.

E. 4.3.2

Mit Bezug auf den Beginn der Verwirkungsfrist ist nicht die tatsächliche, sondern die zumutbare Kenntnis des zur Rückforderung Anlass gebenden Sachverhalts massgebend. Soweit für das Erkennen der Unrechtmässigkeit der Leistungsausrichtung ein Handelsregistereintrag massgebend ist, hat sich der Versicherungsträger die Publizitätswirkung des Handelsregisters entgegenhalten zu lassen (BGE

122 V 27

E. 4.3.3

Der Umstand, wonach der Ehemann der Beschwerdeführerin A.____ als Verwaltungsrat der ehemaligen Arbeitgeberin Y.____ AG fungierte, war während des gesamten Zeitraums der Auszahlung der Arbeitslosentaggelder vom 5. Juli 2016 bis 31. August 2017 im Handelsregister eingetragen. Somit muss sich die Beschwerdegegnerin die (zumutbare) Kenntnis von dessen den Entschädigungsanspruch ausschliessender Mitgliedschaft im Verwaltungsrat aufgrund des Handelsregisters von Anfang an entgegenhalten lassen.

E. 4.3.4

In analoger Anwendung von BGE

122 V 27

E. 4.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die vom 5. Juli bis am 30. September 2016 bezogene Arbeitslosenentschädigung von Fr. 17'956.30 netto wegen Verwirkung nicht zurückerstatten muss. Die von Oktober 2016 bis August 2017 bezogene Arbeitslosenentschädigung von Fr. 72'807.40 ist demgegenüber zurückerstatten.

Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 5

Nicht zu prüfen ist im vorliegenden Verfahren, ob die Beschwerdeführerin die Leistungen gutgläubig empfangen hat. Diese Frage wird im Rahmen des von ihr bereits gestellten Gesuches um Erlass der Rückforderung zu prüfen sein. Dieses Gesuch wird die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 95 Abs. 3 AVIG der kantonalen Amtsstelle zum Entscheid zu unterbreiten haben, sobald über die vorliegende Rückforderung rechtskräftig entschieden worden ist. In diesem Punkte ist dem nach auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Kaspar Meng - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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 1 5. Juli bis und mit 1 5. August sowie vom 1 8. 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Hurst Geiger

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