Tribunale federale
Tribunal federal

{T 7}
C 25/06

Urteil vom 6. Juni 2007
I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Ursprung, Präsident,
Bundesrichterin Widmer, Bundesrichter Frésard,
Gerichtsschreiberin Riedi Hunold.

Parteien
B._____, 1953, Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Boner,
Wengistrasse 42, 4500 Solothurn,

gegen

Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Arbeitslosenversicherung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den
Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft
vom 16. November 2005.

Sachverhalt:
A.
B._____ ersuchte am 10. Juni 2003 um Arbeitslosenentschädigung. Mit Verfügung vom 15. Juli 2003 lehnte das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Baselland (nachfolgend: KIGA) die Vermittlungsfähigkeit von B._____ infolge fehlendem schweizerischem Aufenthalt ab. Am 2. September 2003 hob das KIGA diese Verfügung auf und sprach B._____ die Vermittlungsfähigkeit gestützt auf einen Arbeitsvertrag mit einem schweizerischen Arbeitgeber zu. Die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) lehnte am 1. Oktober 2003 die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung infolge arbeitgeberähnlicher Stellung von B._____ ab. Die hiegegen erhobene Einsprache wurde am 9. Februar 2004 gutgeheissen und B._____ in der Folge für die Zeit vom 1. August 2003 bis 31. August 2004 Arbeitslosengelder in der Höhe von Fr. 46'509.- ausgerichtet.

Mit Verfügungen vom 19. März 2004 bestätigte die Arbeitslosenkasse ihre Taggeldabrechnungen für die Monate September 2003 bis Februar 2004. B._____ erhob hiegegen Einsprache. Am 22. Oktober 2004 verneinte die Arbeitslosenkasse erneut seine Anspruchsberechtigung wegen fehlendem schweizerischem Aufenthalt und forderte die bisher ausgerichteten Leistungen im Betrag von Fr. 46'509.- zurück. Mit Einspracheentscheid vom 15. Februar 2005 wies die Verwaltung die gegen die Verfügungen vom 22. Oktober 2004 erhobene Einsprache mit der Begründung ab, B._____ habe seit August 2003 keinen tatsächlichen Aufenthalt in der Schweiz gehabt und es seien die Voraussetzungen für die Wiedererwägung und Rückforderung der ausgerichteten Leistungen erfüllt. Gleichentags schrieb sie die gegen die Verfügungen vom 19. März 2004 erhobene Einsprache vom 21. April 2004 als gegenstandslos ab.
B.
Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Kantonsgericht Basel-Landschaft mit Entscheid vom 16. Novem-

ber 2005 ab.
C.
B._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag, die Sache sei unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids zur Gutheissung der kantonalen Beschwerde an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter seien unter Aufhebung des kantonalen Entscheids die vorinstanzlichen Rechtsbegehren gutzuheissen. Zudem ersucht er um unentgeltliche Rechtspflege. Die Arbeitslosenkasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; Art. 132 Abs. 1 BGG; BGE 132 V 393 E. 1.2 S. 395).
2.
Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über das massgebende Recht (Art. 121 AVIG; Art. 8 und 15 des Abkommens über die Personenfreizügigkeit [FZA; SR 0.142.112.681]sowie Art. 1 Abs. 1 des Anhangs II; Art. 13 Abs. 2 lit. a und Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71) und die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz (Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG; BGE 125 V 465 E. 2a S. 466 mit Hinweisen) zutreffend dargelegt. Dasselbe gilt für die Voraussetzungen zur Wiedererwägung (BGE 127 V 466 E. 2c S. 469 mit Hinweisen; vgl. auch Art. 53 Abs. 2 ATSG und BGE 127 V 10 E. 4b S. 14), insbesondere in der Arbeitslosenversicherung (BGE 122 V 270 E. 2 S. 272), und zur Rückforderung zu Unrecht ausgerichteter Geldleistungen (Art. 95 AVIG; Art. 25 ATSG; BGE 122 V 367 E. 3 S. 368) sowie für die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes (Art. 5 Abs. 3 BV; BGE 131 II 627 E. 6.1 S. 636, 130 I 26 E. 8.1 S. 60, je mit Hinweisen), insbesondere in Zusammenhang mit der Beratungspflicht der Verwaltung (Art. 27 Abs. 2 ATSG; BGE 131 V 472 E. 5 S. 480). Darauf wird verwiesen.
3.
3.1 Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat abhängig beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet des anderen Mitgliedstaats hat. Es gilt somit das Beschäftigungslandprinzip (lex loci laboris), wonach die Sozialversicherungen des Beschäftigungsstaats zuständig sind (BGE 133 V 137 E. 6.1 S. 143 mit Hinweis sowie Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 137/06 vom 16. August 2006, E. 2.1; vgl. auch Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Meyer, Ulrich [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, Rz 968 sowie Patricia Usinger-Egger, Ausgewählte Rechtsfragen des Arbeitslosenversicherungsrechts im Verhältnis Schweiz-EU, in: Gächter, Thomas [Hrsg.], Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz, Erfahrungen und Perspektiven, Zürich 2006, S. 36). Bei Arbeitslosen kommen die Rechtsvorschriften des letzten Beschäftigungsstaats vor Eintritt der Arbeitslosigkeit zur Anwendung (BGE 133
V 137 E. 6.2 S. 144 sowie Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 137/06 vom 16. August 2006, E. 2.1; Nussbaumer, a.a.O., Rz 970; Usinger-Egger, a.a.O., S. 36). Unter Vorbehalt der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist es Sache des innerstaatlichen Rechts, festzulegen, unter welchen Voraussetzungen Leistungen gewährt werden (BGE 133 V 137 E. 1.2 S. 139 mit Hinweisen).
3.2 Der Versicherte war für eine Arbeitgeberin mit schweizerischem Betriebssitz während Jahren in Italien tätig, wobei seine Sozialversicherungsbeiträge in der Schweiz entrichtet wurden. Es stellt sich die Frage, ob wegen der faktischen Ausübung der Arbeitstätigkeit in Italien dieses als (letzter) Beschäftigungsstaat gilt oder aber infolge der jahrelangen unbestrittenen Unterstellung unter die Beitragspflicht in der Schweiz nicht jene zuständig ist. Die Frage kann indessen offen gelassen werden: Wäre aufgrund der kollisionsrechtlichen Normen (insbesondere Art. 13 bis 17) der Verordnung Nr. 1408/71 Italien zuständiger Staat, so würde sich der Anspruch des Versicherten nach italienischem Recht bestimmen. Ist hingegen die Schweiz zuständig, scheitert der Bezug von Leistungen der schweizerischen Arbeitslosenversicherung an der Voraussetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG, wonach die leistungsbeziehende Person ihren tatsächlichen Aufenthalt in der Schweiz haben muss; denn wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, begründete der Versicherte nach Eintritt der Arbeitslosigkeit

keinen Aufenthalt im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG in der Schweiz. Der Widerruf der Verfügung vom 15. Juli 2003 am 2. September 2003 ist somit zweifellos
unrichtig. Nachdem die erhebliche Bedeutung der Berichtigung unbestritten ist, hat die Verwaltung ihre Verfügung vom 2. September 2003 zu Recht in Wiedererwägung gezogen.
4.
4.1 Gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch mit Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit Ablauf von fünf Jahren nach Entrichtung der einzelnen Leistung. Diese Frist beginnt zu laufen, sobald die Verwaltung bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die Voraussetzungen der Rückerstattung gegeben sind. Ob die Frist erst zu laufen beginnt, nachdem die Leistungen ausgerichtet wurden, kann offen bleiben, da der Rückerstattungsanspruch der Verwaltung, wie nachfolgend dargelegt wird, bereits aus anderen Gründen zu verneinen ist.
4.2 Die Vorinstanz lehnt eine Berufung auf den Vertrauensschutz ab, da der Versicherte den Arbeitsvertrag mit dem schweizerischen Arbeitgeber und Arbeitsantritt am 1. September 2003 bereits am 8. August 2003 abgeschlossen, die Verwaltung hingegen seine Einsprache gegen die Verfügung vom 15. Juli 2003 erst am 2. September 2003 gutgeheissen habe und er somit vor diesem Zeitpunkt gar keine nicht wieder gutzumachende Handlung gestützt auf die behördliche Tätigkeit habe vornehmen können. Die Verwaltung habe auch keine Unterlassung ihrer Informationspflicht gemäss Art. 27 Abs. 2 ATSG begangen, da dem Versicherten gestützt auf die ablehnende Verfügung vom 15. Juli 2003 habe klar sein müssen, dass seine Tätigkeit in Italien die Anspruchsvoraussetzung der Vermittlungsfähigkeit gefährde; trotzdem habe er in Italien eine Arbeitsstelle gesucht und auch gefunden, obwohl er habe davon ausgehen müssen, dass er in der Schweiz wegen fehlendem Aufenthalt keine Arbeitslosenentschädigung werde beziehen können. Er habe sich - anders als im Fall von BGE 131 V 472 - nie bei der Arbeitslosenkasse gemeldet, um die rechtlichen Konsequenzen seines Handelns abzuklären.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Im hier zu beurteilenden Fall ist vielmehr entscheidend, dass die Verwaltung am 2. September 2003 in Kenntnis des Umstandes, dass der Versicherte für einen schweizerischen Arbeitgeber (der von ihm beherrschten X._____ GmbH) in Italien tätig war und sich dort auch weiterhin aufhielt, ihre Verfügung vom 15. Juli 2003 aufhob und ihm in der Folge Arbeitslosengelder ausbezahlte, anstatt ihn dahingehend zu informieren, dass er mit dieser neuen Tätigkeit seinen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung gefährde. Das Vorgehen der Verwaltung ist umso unverständlicher, als sie sich bei der erneut ablehnenden Verfügung vom 22. Oktober 2004 auf Umstände berief, die ihr bereits am 2. September 2003 bei Aufhebung der ersten ablehnenden Verfügung bekannt waren. So hatte der Versicherte bereits im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom Juni 2003 seinen Aufenthalt in Italien seit April 2001 sowie eine italienische Telefonnummer angegeben. In der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung vom 10. Juni 2003 gab er nebst der italienischen Telefonnummer unter Bemerkungen mit dem Zusatz Äufenthaltsadresseëeine Anschrift in Italien an. Auch auf dem monatlichen Formular für August 2003 zuhanden der
Arbeitslosenkasse hat er erneut die italienische Telefonnummer sowie den Aufenthalt in Italien zur Arbeitssuche und zu Vertragsverhandlungen festgehalten. Vor allem aber ist aus dem nur gerade einige Zeilen umfassenden Arbeitsvertrag mit der X._____ GmbH vom 26. August 2003, welcher die Verwaltung veranlasste, ihre erste ablehnende Verfügung zurückzunehmen, ersichtlich, dass er wiederum in Italien tätig sein würde. Aus der gleichzeitig eingereichten Vereinbarung vom 8. August 2003 zwischen der X._____ GmbH und der Y._____ und Co. ergibt sich, dass letztere ihm für seine Tätigkeit eine monatliche Entschädigung von 2000 Euro ausrichtete, welche die Verwaltung später als Zwischenverdienst anrechnete. Es bestanden somit bereits im September 2003 genügend Anhaltspunkte für weitere Beschäftigung und Aufenthalt in Italien, die die Verwaltung bei der gebotenen Aufmerksamkeit hätten veranlassen müssen, den Versicherten auf die Gefährdung seines Anspruchs hinzuweisen und ihn zu beraten. Die Unsorgfältigkeit der Verwaltung wiegt umso schwerer, als sie im Rahmen des Widerrufs ihrer Verfügung vom 15. Juli 2003 verpflichtet war, den rechtlich erheblichen Sachverhalt in dieser strittigen Frage mit aller Sorgfalt abzuklären.
4.3 Nach dem Gesagten kann die Verwaltung die zu Unrecht bezogenen Arbeitslosengelder vom Versicherten nicht zurückfordern. Indessen bleibt es dabei, dass seine Beschwerde an die Vorinstanz betreffend Abschreibung der Einsprache vom 21. April 2004 gegenstandslos geworden ist und abgeschrieben werden kann. Denn in der fraglichen Zeit bestand keine gesetzliche Grundlage für die Zusprechung von Arbeitslosengeldern und diese können nur gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. infolge Verletzung der Aufklärungspflicht

nicht zurückgefordert werden, sodass dahin gestellt bleiben kann, ob ihm ein zu hoher Zwischenverdienst aufgerechnet wurde.
5.
Im vorliegenden Verfahren geht es um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen, weshalb von der Auferlegung von Gerichtskosten abzusehen ist (Art. 134 OG). Dem Prozessausgang entsprechend ist dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 135 in Verbindung mit Art. 159 OG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, einschliesslich der unentgeltlichen Verbeiständung, erweist sich damit als gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, vom 16. November 2005 und der Einspracheentscheid der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland vom 15. Februar 2005 werden aufgehoben. Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4.
Das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, dem Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Baselland und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 6. Juni 2007
Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: