

S1 14 259

URTEIL VOM 12. NOVEMBER 2015

**Kantonsgericht Wallis
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung**

Besetzung: Dr. Lionel Seeberger, Präsident; Eve-Marie Dayer-Schmid und Thomas Brunner, Kantonsrichter; Renata Kreuzer, Gerichtsschreiberin

in Sachen

X_____, Beschwerdeführer, vertreten durch M_____, Betriebsleiter und
N_____

gegen

Y_____ **ARBEITSLOSENKASSE**, Beschwerdegegnerin

(Schlechtwetterentschädigung / Rückforderung)

Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 28. Oktober 2014

Sachverhalt

A.

Der X_____ erhielt von der Arbeitslosenkasse Y_____ während den Jahren 2007 bis 2014 jeweils für die Wintermonate Schlechtwetterentschädigung. Nach einer Betriebskontrolle des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO vom 9. Juni 2010 wurden unrechtmässig bezogene Leistungen in der Höhe von CHF 129'953 zurückgefordert, da aus den Monats-, Wochen- und Tagesrapporten ersichtlich war, dass wetterbedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht worden waren für Tage, an denen die betreffenden Arbeitnehmer unfallbedingt zu 100% arbeitsunfähig waren oder an einem Kurs teilnahmen. Zudem wurden auch Arbeitsausfälle für Tage aberkannt, an denen die Stundeneinträge fehlten und die deshalb nicht nachvollziehbar waren. Nach Ablehnung der Einsprache zahlte X_____ die geforderte Summe zurück.

Im Sommer 2014 fand erneut eine Betriebskontrolle durch das SECO statt. Dabei wurde festgestellt, dass X_____ in den Schlechtwettermonaten Januar bis März jeweils vier Arbeitnehmer an die A_____ AG verleiht und diesen die aufgewendeten Arbeitsstunden in Rechnung stellt. Die Lohnzahlungen sowie die Sozialversicherungsabrechnungen erfolgten durch X_____. Auf den Schlechtwetterabrechnungen seien die in Rechnung gestellten Arbeitsstunden fälschlicherweise als Zwischenbeschäftigung deklariert worden.

B.

Mit Verfügung vom 15. August 2014 forderte die Y_____ Arbeitslosenkasse von X_____ CHF 39'791.15 an zu viel ausbezahlten Schlechtwetterentschädigungen für die Arbeitsperioden Januar bis März 2012, Januar bis März 2013 und Januar bis März 2014 zurück. Da X_____ in den Schlechtwettermonaten Januar bis März vier seiner Arbeitnehmer jeweils an die A_____ AG ausgeliehen und die entsprechenden Arbeitsstunden in Rechnung gestellt habe, bestehe für diese Arbeitnehmer kein Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung. Die auf den Schlechtwetterabrechnungen von X_____ in Rechnung gestellten Arbeitsstunden seien von der Kasse irrtümlich als Zwischenverdienst behandelt worden. Ein solcher liege aber nicht vor, wenn Arbeitnehmende an einen anderen Betrieb ausgeliehen würden und der verleihende Betrieb dafür Rechnung stelle und Sozialversicherungsabgaben bezahle.

X_____ erhob am 10. September 2014 Einsprache. Das Vorgehen sei mit der Arbeitslosenkasse abgesprochen gewesen. Die A_____ könnten keinen Försterlohn bezahlen, sondern lediglich CHF 28. Daran verdiene X_____ keinen Rappen. Wenn mit dieser Lösung nicht weitergefahren werden könne, so müssten jährlich in den Wintermonaten mindestens vier Personen arbeitslos gemeldet werden.

Mit Entscheid vom 28. Oktober 2014 wies die Y_____ Arbeitslosenkasse die Einsprache gestützt auf eine Stellungnahme des SECO ab. Ein Verdienst von Angestellten von X_____ bei den A_____ könne künftig als Zwischenbeschäftigung angerechnet werden, wenn die Lohnzahlung sowie die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge direkt durch A_____ erfolge.

C.

Dagegen erhob der X_____ am 21. November 2014 Beschwerde bei der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Wallis. Bei den betroffenen Arbeitnehmenden habe es sich nicht um ausgeliehene Arbeitskräfte gehandelt, sondern um solche, die im Zwischenverdienst bei den A_____ angestellt gewesen seien. Bei einem ausgeliehenen Arbeitnehmer würde der ausleihende Betrieb einen Stundenregieansatz verlangen, der dem tatsächlich ausbezahlten Lohn entspreche und zudem die Soziallasten und einen Regieaufwand in Rechnung stellen. Vorliegend sei dies nicht der Fall, es sei lediglich ein Betrag von CHF 28 verrechnet worden, der dem Lohn eines Mitarbeiters der A_____ entspreche. Das von X_____ praktizierte Vorgehen sei seit 10 Jahren abgesprochen gewesen und auch anlässlich von Kontrollen durch das SECO nie bemängelt worden. Demzufolge seien sämtliche Beteiligte von der Rechtmässigkeit dieser Abrechnungsmethode ausgegangen. Falls dies nun nicht mehr akzeptiert werde, müssten die A_____ eine Zwischenverdienstabrechnung erstellen und es dürfte nur die Differenz zurückgefordert werden. Wahrscheinlich würde die Entschädigung an X_____ dabei höher ausfallen als bis anhin. Es könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass X_____ dafür gebüsst werde, dass er die zu leistende Entschädigung der Arbeitslosenversicherung möglichst tief zu halten versuche. Die Abrechnungen seien zudem im guten Glauben erfolgt. Es wäre Aufgabe der Arbeitslosenkasse gewesen, auf einen allfälligen Fehler aufmerksam zu machen, weshalb die Frage einer Kassenhaftung zu prüfen sei. Die Rückzahlung des Betrages von CHF 39'791.15 würde X_____ in eine unangenehme finanzielle Situation bringen. Die A_____ unterstützten die Haltung von X_____.

Nachdem beide Parteien auf eine weitere Stellungnahme verzichtet hatten, wurde der Schriftenwechsel am 20. Januar 2015 abgeschlossen.

Auf weitere Parteivorbringen wird, soweit entscheidungswesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

1.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosengesetz, AVIG) sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) auf das AVIG anwendbar, soweit dieses nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.

Gemäss Art. 56 Abs. 1 ATSG kann gegen Einspracheentscheide innert einer Frist von 30 Tagen nach deren Eröffnung Beschwerde bei einem vom Kanton bestellten Versicherungsgericht eingereicht werden (Art. 57 ATSG und Art. 60 ATSG). Die am 21. November 2014 eingereichte Beschwerde erfolgte fristgerecht.

1.2 Der Arbeitsort der versicherten Arbeitnehmer befindet sich im Wallis. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der angerufenen Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts ist somit gegeben (Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 und Art. 119 Abs. 1 lit. c der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 [AVIV]; Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechtspflege vom 11. Februar 2009 [RPfIG], Art. 1 Abs. 2 des Verfahrensreglements des kantonalen Versicherungsgerichts vom 2. Oktober 2001 [RVG] und Art. 81bis Abs. 1 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 [VVRG]). Der Beschwerdeführer ist von der Verfügung bzw. dem Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin berührt (Art. 59 ATSG) und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Er ist somit zur Beschwerde legitimiert. Auf die fristgerecht und den formalen Anforderungen entsprechende Beschwerde kann eingetreten werden.

2.

2.1 Die Beschwerdeinstanz hat nicht zu prüfen, ob sich der angefochtene Entscheid unter schlechthin allen in Frage kommenden Aspekten als korrekt erweist, sondern im Prinzip nur die vorgebrachten Beanstandungen zu untersuchen (Rügeprinzip). Von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfene Rechtsfragen werden von der Beschwerdeinstanz nur geprüft, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichend Anlass besteht (BGE 119 V 347 E. 1a).

2.2 Streitig ist, ob die Rückforderung der Schlechtwetterentschädigung für die Monate Januar bis März 2012, Januar bis März 2013 und Januar bis März 2014 rechtens ist.

3.

3.1 Gemäss Art. 42 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind (Art. 42 Abs. 2 AVIG i.V.m. Art. 65 AVIV), Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind und einen anrechenbaren Arbeitsausfall (Art. 43 AVIG) erleiden. Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall von Personen, die im Auftrag einer Organisation für Temporärarbeit eingesetzt werden. Weder der Verleih- noch der Einsatzbetrieb kann für diese Arbeitnehmenden Schlechtwetterentschädigung beanspruchen (AVIG-Praxis SWE D6). Das Verleihen von Arbeitnehmenden an einen anderen Betrieb ist auch nicht als Zwischenbeschäftigung zu behandeln. Für Tage, an denen Arbeitnehmende an einen anderen Betrieb verliehen werden, besteht kein Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung (AVIG-Praxis SWE L7).

3.2 Artikel 27 ATSG statuiert eine umfassende Beratungs- und Aufklärungspflicht der Durchführungsorgane gegenüber den versicherten Personen. Absatz 1 verankert eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht, die nicht erst auf persönliches Verlangen der Versicherten besteht und die hauptsächlich durch die Abgabe von Informationsbroschüren, Merkblättern und Wegleitungen erfüllt wird (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, N 324 mit Hinweisen). Absatz 2 verpflichtet demgegenüber zu persönlicher Beratung der Versicherten, die grundsätzlich auf Begehren, aber auch ohne Antrag zu erfolgen hat, wenn ein entsprechender Bedarf festgestellt wird. Zum Kern der Beratungspflicht gehört es, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, dass ihr Verhalten eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden kann (BGE 131 V 472; Bundesgerichtsur-

teile C 138/05 vom 3. Juli 2006 E. 3.1; K 7/06 vom 12. Januar 2007 E. 3.3; Ueli Kieser, Kommentar ATSG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 27 ATSG N 19). Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt und der Versicherungsträger hat dafür in Nachachtung des Vertrauensprinzips einzustehen (BGE 131 V 472 E. 5; Bundesgerichtsurteil C 272/05 vom 13. Dezember 2005 E. 3.2.3; Ueli Kieser, a.a.O., Art. 27 ATSG N 27 mit Hinweisen).

3.3 Nach Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Der Rückforderungsanspruch erlischt mit 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. 2 Satz 1 ATSG).

4.

4.1 In casu geht aus dem Dossier der Arbeitslosenkasse hervor, dass X_____ seit 2007 für die Wintermonate Schlechtwetterentschädigung bezog. Bereits auf der Meldung über den wetterbedingten Ausfall des Monats Januar 2007 war vermerkt, dass ein Teil der Arbeitnehmenden auf dem A_____ und im B_____ zwischenbeschäftigt werden konnten. X_____ reichte der Arbeitslosenversicherung von Beginn weg die Rechnungen weiter, die den A_____ für die ausgeliehenen Arbeitnehmer gestellt wurden und die Höhe der entschädigungsberechtigten Löhne wurde um die Zahlungen von A_____ gekürzt. In einem Schreiben der Arbeitslosenkasse vom 16. April 2008 geht diese klar davon aus, dass von einem Teil der Arbeitnehmenden ein Zwischenverdienst habe erzielt werden können. Anlässlich der Betriebskontrolle des SECO vom 9. Juni 2010 standen offensichtlich dieselben Informationen zur Verfügung wie im Sommer 2014, aber das Vorgehen von X_____ und der Arbeitslosenkasse bezüglich der Auszahlung von Schlechtwetterentschädigungen für die ausgeliehenen Arbeitnehmer wurde vom SECO erst im Sommer 2014 bemängelt. Weder die gesetzlichen Bestimmungen über die Schlechtwetterentschädigung noch jene des Kreisschreibens Schlechtwetterentschädigung bzw. der AVIG-Praxis Schlechtwetterentschädigung haben in der Zeit zwischen 2007 und 2014 Änderungen erfahren.

4.2 Die Beratung nach Art. 27 Abs. 2 ATSG bezieht sich auf die Rechte und Pflichten im konkreten Einzelfall in Bezug auf den jeweiligen Versicherungszweig. Eine Ver-

letzung der Beratungspflicht kommt nur in Frage, wenn die entsprechende Stelle bzw. Person einen Beratungsbedarf bei der versicherten Person feststellen konnte und musste. Vom Versicherungsträger kann nicht mehr als das verlangt werden, was er bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit erkennen konnte (vgl. BGE 133 V 256).

Bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit hätten sowohl die Kontrollorgane des SECO und der Dienststelle für Industrie, Handel und Arbeit des Kantons Wallis als auch die durchführende Y_____ Arbeitslosenkasse erkennen können, dass X_____ in den Wintermonaten einen Teil seiner Arbeitnehmer den A_____ zur Verfügung stellte. Insbesondere nach der Durchführung der Betriebskontrolle im Jahr 2010, bei der verschiedene Mängel in der Schlechtwetterabrechnung festgestellt und korrigiert wurden, durfte X_____ davon ausgehen, dass diese in den übrigen Punkten korrekt war.

Wenn die Y_____ Arbeitslosenkasse dem Beschwerdeführer nun vorhält, er habe zu Unrecht Schlechtwetterentschädigungen bezogen für Arbeitnehmende, die unter den exakt gleichen Bedingungen an die A_____ ausgeliehen waren, wie während Jahren zuvor, widerspricht dies dem Grundsatz von Treu und Glauben. Abgeleitet aus diesem Grundsatz, welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können unterbliebene Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten (BGE 131 V 472 E. 5). Für eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht gemäss Art. 27 ATSG hat in Nachachtung des Vertrauensprinzips der Versicherungsträger einzustehen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehört es zum Kern der Beratungspflicht, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden (Bundesgerichtsurteil 8C_383/2010 vom 28. September 2010 E. 5.1.2).

4.3 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Beschwerdegegnerin hat für ihre Unterlassung einzustehen und die Rückforderungsverfügung mitsamt dem bestätigenden Einspracheentscheid sind aufzuheben.

5.

5.1 Da der Beschwerdeführer nicht anwaltlich vertreten war, dürften ihm durch den Rechtsstreit keine erheblichen Auslagen entstanden sein, weshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 4 Abs. 2 GTar).

5.2 Abgesehen von Ausnahmen, die hier nicht interessieren, ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht für die Parteien kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG).

Demnach wird erkannt

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und es wird festgestellt, dass der Beschwerdegegnerin kein Rückerstattungsanspruch gegenüber dem Beschwerdeführer in Bezug auf die Schlechtwetterentschädigung der Monate Januar bis März 2012, 2013 und 2014 zusteht.
2. Es werden weder Kosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen.

Sitten, 12. November 2015