

## Urteilkopf

148 V 209

17. Auszug aus dem Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung i.S. Dienststelle für Industrie, Handel und Arbeit (DIHA) gegen A. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 8C\_432/2021 vom 20. Januar 2022

**Regeste (de):**

Art. 65 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit; Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG; Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung eines unechten Grenzgängers.

Unechte Grenzgänger haben gemäss Art. 65 Abs. 2 Satz 3 VO Nr. 883/2004 bei Vollarbeitslosigkeit Anspruch auf Leistungen des letzten Tätigkeitsstaates, sofern sie nicht in ihren Wohnmitgliedstaat zurückkehren und sich in diesem Staat der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen. Unechte Grenzgänger, die in der Schweiz beschäftigt waren und ihren Wohnort im Ausland haben, können somit unter dieser Voraussetzung wählen, ob sie ihren Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in der Schweiz geltend machen wollen (E. 5.3).

**Regeste (fr):**

Art. 65 du Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du Règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale; art. 8 al. 1 let. c LACI; droit à l'indemnité de chômage d'un frontalier improprement dit.

Conformément à l'art. 65 par. 2, troisième phrase, du Règlement n° 883/2004, les frontaliers improprement dits ont droit, en cas de chômage complet, aux prestations de l'Etat membre où ils étaient occupés en dernier lieu, à moins qu'ils retournent dans l'Etat membre de leur résidence et se mettent à la disposition des services de l'emploi de cet Etat. Dans cette mesure, les frontaliers improprement dits qui étaient occupés en Suisse et qui résident à l'étranger peuvent donc choisir de faire valoir leur droit à l'indemnité de chômage en Suisse (consid. 5.3).

**Regesto (it):**

Art. 65 del Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e Regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale; art. 8 cpv. 1 lett. c LADI; diritto all'indennità di disoccupazione di un falso frontaliere.

I falsi frontaliere secondo l'art. 65 n. 2 terza frase del Regolamento n. 883/2004 hanno diritto in caso di disoccupazione completa alle prestazioni dello Stato dove hanno lavorato per l'ultima volta, nella misura in cui non tornano nel proprio Stato di domicilio e in quest'ultimo Stato non si mettono a disposizione del collocamento. I falsi frontaliere, che erano occupati in Svizzera e hanno la loro residenza all'estero, possono in queste condizioni scegliere se essi desiderano far valere il loro diritto all'indennità di disoccupazione in Svizzera (consid. 5.3).

## BGE 148 V 209 S. 210

A. Der 1969 geborene italienische Staatsangehörige A. arbeitete als Bauarbeiter in der Schweiz seit seiner Einreise am 23. April 2019 bis zu seiner Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung am 19. November 2019. Zu diesem Zweck war er im Besitze einer Kurzaufenthaltsbewilligung L EU/EFTA für die ganze Schweiz, zuletzt befristet bis zum 13. April 2021. Sein letzter Einsatz für das Unternehmen "B. AG" endete am 14. November 2019 mit Zusicherung einer erneuten Anstellung im Frühjahr 2020. A. wurde von der Arbeitslosenversicherung per 6. April 2020 abgemeldet, nachdem er (in der Schweiz) wieder bei der gleichen Arbeitgeberin erwerbstätig geworden war. Mit Verfügung vom 13. Mai 2020 verneinte die Dienststelle für Industrie, Handel und Arbeit (DIHA) des Kantons Wallis einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von A., da er als echter Grenzgänger nicht anspruchsberechtigt sei. Daran hielt die DIHA mit Einspracheentscheid vom 30. November 2020 fest.

B. Die dagegen geführte Beschwerde hiess das Kantonsgericht Wallis mit Urteil vom 25. Mai 2021 in dem Sinne gut, als es in Aufhebung des Einspracheentscheids vom 30. November 2020 feststellte, dass A. die Anspruchsvoraussetzung des Wohnsitzes in der Schweiz erfülle. Es wies die Sache zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen an die DIHA zurück.

C. Die DIHA führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragt, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und festzustellen, dass die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz nicht erfüllt sei. Weiter sei festzustellen, dass Arbeitslosenkasse und DIHA ihrer Beratungs- und Auskunftspflicht in gehöriger Weise nachgekommen seien.

## BGE 148 V 209 S. 211

A. schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die DIHA lässt sich dazu am 22. Juli 2021 vernehmen und reicht nach Abschluss des Schriftenwechsels am 24. August 2021 weitere Unterlagen ein. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

## Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie in Aufhebung des Einspracheentscheids vom 30. November 2020 die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz als gegeben erachtete.

2.2 Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 145 V 57 E. 4.2 mit Hinweis). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG). Vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage (Art. 95, Art. 106 Abs. 1 BGG) ist, welche Kriterien für die Bezeichnung des Ortes des gewöhnlichen Aufenthalts massgebend sind. Die konkreten Umstände, die demnach zur Begründung des Wohnorts heranzuziehen sind, betreffen eine Tatfrage; diesbezügliche Feststellungen der Vorinstanz binden das Bundesgericht demnach grundsätzlich (vgl. ARV 2016 S. 227, 8C\_60/2016 E. 3.2.1). (...)

4.

4.1 Es liegt ein länderübergreifender Sachverhalt vor, der auf der Grundlage von Art. 8 FZA (SR 0.142.112.681) und Art. 1 Abs. 1 Anhang II FZA in Verbindung mit Art. 11 ff. der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom BGE 148 V 209 S. 212

29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.1; nachfolgend: VO Nr. 883/2004) und den diese konkretisierenden Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO Nr. 883/2004 (SR 0.831.109.268.11; nachfolgend: VO Nr.

987/ 2009) zu beurteilen ist. Die entsprechenden Bestimmungen finden in der Arbeitslosenversicherung durch den Verweis in Art. 121 Abs. 1 lit. a AVIG (SR 837.0) Anwendung.

4.2 Laut Art. 65 Abs. 2 VO Nr. 883/2004 muss sich eine vollarbeitslose Person, die während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat gewohnt hat und weiterhin in diesem Mitgliedstaat wohnt oder in ihn zurückkehrt, der Arbeitsverwaltung des Wohnmitgliedstaats zur Verfügung stellen. Unbeschadet des Artikels 64 kann sich eine vollarbeitslose Person zusätzlich der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats zur Verfügung stellen, in dem sie zuletzt eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hat. Ein Arbeitsloser, der kein Grenzgänger ist und nicht in seinen Wohnmitgliedstaat zurückkehrt, muss sich der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats zur Verfügung stellen, dessen Rechtsvorschriften zuletzt für ihn gegolten haben (Art. 65 Abs. 2 Satz 3 VO Nr. 883/2004).

4.3 Unter Vorbehalt der gemeinschafts- bzw. abkommensrechtlichen Vorgaben ist es Sache des innerstaatlichen Rechts, die Anspruchsvoraussetzungen festzulegen (vgl. BGE 141 V 246 E. 2.2 mit Hinweisen). Nach schweizerischem Recht wird gemäss Art. 8 AVIG für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter anderem nach dessen Abs. 1 lit. c vorausgesetzt, dass der Versicherte in der Schweiz wohnt. Dies ist Ausdruck des im Arbeitslosenversicherungsrecht geltenden Verbots des Leistungsexports und des grundlegenden Prinzips der persönlichen Verfügbarkeit (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2319 Rz. 180). Der innerstaatliche Begriff des Wohnens stimmt vom Wortlaut her mit dem gemeinschaftsrechtlichen nach Art. 1 Bst. j VO Nr. 883/2004 überein, der darunter den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person versteht (NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2319 f. Rz. 182). Dieser befindet sich an demjenigen Ort, an dem eine Person den Mittelpunkt ihrer Lebensführung

BGE 148 V 209 S. 213

hat. Seine nähere Bestimmung kann von subjektiven oder objektiven Umständen abhängen, das heisst vom Willen der betreffenden Person oder von den äusserlichen Lebensumständen, die notfalls auch gegen den erklärten Willen ins Feld geführt werden können. Das Gemeinschaftsrecht lässt die Frage, wie der Wohnort zu bestimmen ist, weitgehend offen und überantwortet die nähere Definition dem jeweiligen nationalen Recht (vgl. zum Ganzen: BGE 138 V 533 E. 4.2 mit Hinweisen; ARV 2016 S. 227, 8C\_60/2016 E. 2.4.2). Für die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzung des Wohnens nach Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG genügt somit ein tatsächlicher oder "gewöhnlicher" Aufenthalt in der Schweiz mit der Absicht, diesen Aufenthalt während einer gewissen Zeit aufrechtzuerhalten und hier in dieser Zeit auch den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen zu haben (BGE 115 V 448 E. 1b i.f. S. 449; SVR 1996 ALV Nr. 77 S. 235, C 1/96 E. 3a; Urteil 8C\_658/2012 vom 15. Februar 2013 E. 3 mit Hinweisen). Entscheidend dafür sind - in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Wohnsitz nach Art. 23 ZGB (Urteil 5A\_663/2009 vom 1. März 2010 E. 2.2.2) und in Relativierung des soeben zu Art. 1 Bst. j VO Nr. 883/2004 Gesagten - objektive Kriterien, während der innere Wille der betreffenden Person nicht ausschlaggebend ist (BGE 138 V 533 E. 4.2 mit Hinweisen; ARV 2016 S. 227, 8C\_60/2016 E. 2; vgl. ferner BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, N. 11 zu Art. 8 AVIG). Keinesfalls genügt es für die Bejahung eines gewöhnlichen Aufenthalts, wenn sich der Bezug zur Schweiz auf die regelmässige Rückkehr zwecks Erfüllung der Kontrollvorschriften beschränkt (SVR 2006 ALV Nr. 24 S. 82, C 290/03 E. 6.3).

5.

5.1 Wie die Vorinstanz willkürfrei feststellte, vermietete das Unternehmen "B. AG" dem Beschwerdegegner (im Sinne von Wohngelegenheiten) jeweils Zimmer in Wohngemeinschaften nahe den jeweiligen Baustellen, auf denen er eingesetzt worden war. Mit Blick auf die widersprüchlichen Angaben im Rahmen der Wohnsitzabklärung durch die Verwaltung erachtete es die Vorinstanz nicht als überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdegegner mindestens einmal wöchentlich während der hier zu beurteilenden Beschäftigung in der Schweiz zu seiner Familie zurückkehrte, die eineinhalb Stunden Autofahrt oder drei Stunden Zugfahrt entfernt in E. wohnte, an welcher Adresse der Beschwerdegegner auch einwohnerrechtlich angemeldet blieb. Er kehrte aber, wenn auch nicht

BGE 148 V 209 S. 214

wöchentlich, so doch in den Ferien - und damit zumindest gelegentlich - an seinen Wohnort in Italien zurück. Zum hiesigen Arbeitsmarkt blieb insofern eine enge Verbindung, als er sich mehrmals wöchentlich bei potentiellen Arbeitgebern im Oberwallis persönlich um Arbeit bemühte, wobei er sich auch auf Vollzeitstellen bewarb und ab März 2020 wieder über einen Arbeitsvertrag beim Unternehmen "B. AG" verfügte. Ob die Vorinstanz hieraus ohne Bundesrecht zu verletzen schliessen durfte, dass der Beschwerdegegner grösstenteils in der Schweiz lebte und hier seinen Lebensmittelpunkt hatte, braucht indessen nicht abschliessend geklärt zu werden, wie sich aus den

nachstehenden Erwägungen ergibt.

5.2 Unbestritten ist, dass der Beschwerdegegner durch die fehlende tägliche oder mindestens wöchentliche Pendelbewegung von Italien nach der Schweiz nicht als echter Grenzgänger gilt. Da er aber nach den verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen zumindest gelegentlich an seinen Wohnsitz in Italien zurückkehrte, ist er, wenn auch allenfalls nicht als in der Schweiz wohnend, so doch jedenfalls als unechter Grenzgänger zu qualifizieren (SUSANNE DERN, in: VO [EG] Nr. 883/2004, 2012, N. 2 f. zu Art. 65 VO Nr. 883/2004 S. 306).

5.3 Wie bereits dargelegt (vorstehende E. 4.2), haben unechte Grenzgänger gemäss Art. 65 Abs. 2 Satz 3 VO Nr. 883/2004 bei Vollarbeitslosigkeit Anspruch auf Leistungen des letzten Tätigkeitsstaates, sofern sie nicht in ihren Wohnmitgliedstaat zurückkehren und sich in diesem Staat der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen (vgl. DERN, a.a.O., N. 19 f. zu Art. 65 VO Nr. 883/2004 S. 311; MAXIMILIAN FUCHS, in: Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, N. 8 und 15 zu Art. 65 VO Nr. 883/2004). Unechte Grenzgänger, die in der Schweiz beschäftigt waren und ihren Wohnort im Ausland haben, können somit gestützt auf das in Art. 65 VO Nr. 883/2004 festgehaltene Wahlrecht ihren Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in der Schweiz geltend machen. Bei Ausübung dieses Wahlrechts wird gemäss Kreisschreiben des SECO über die Auswirkungen der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und 987/2009 auf die Arbeitslosenversicherung (KS ALE 883), Ziff. A88 f. lediglich vorausgesetzt, dass sich die betreffende Person im Staat, in dem sie die Leistungen beansprucht, der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellt. Zuständig sind diejenigen Durchführungsstellen (RAV, Arbeitslosenkasse), in deren Tätigkeitsgebiet der vormalige Aufenthaltsort

BGE 148 V 209 S. 215

der betreffenden Person lag. Um in der Schweiz als letzter Beschäftigungsstaat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erheben zu können, muss der unechte Grenzgänger seinen Wohnort demnach gerade nicht aufgeben und in die Schweiz übersiedeln (vgl. KS ALE 883 Ziff. A24 f., A29 und A90). Durch den Bezug von Arbeitslosenentschädigung in der Schweiz verliert er seinen Status als unechter Grenzgänger nicht (vgl. KS ALE 883 Ziff. D25 und 26), ansonsten fände Art. 65 VO Nr. 883/2004 durch das Zusammenfallen von Wohn- und Beschäftigungsort keine Anwendung und das eigentliche Wahlrecht würde ausgehebelt (DERN, a.a.O., N. 1 zu Art. 65 VO Nr. 883/2004 S. 306 und KS ALE 883 Ziff. A90).

5.4 Die Beschwerdeführerin übersieht somit bei ihrer Argumentation, dass das Erfordernis des Wohnens in der Schweiz nach Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG für unechte Grenzgänger entfällt, die in der Schweiz Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erheben. Der Beschwerdegegner stellte sich uneingeschränkt der Arbeitsvermittlung in der Schweiz zur Verfügung, weilte hier mehrmals wöchentlich zur Stellensuche und hielt die enge Beziehung zum schweizerischen Arbeitsmarkt dementsprechend aufrecht. Durch die bereits bei der Anmeldung in Aussicht stehende erneute Beschäftigung bei der gleichen Arbeitgeberin im Frühjahr 2020 in der Schweiz machte er deutlich, dass er weiterhin unter den gleichen Bedingungen in der Schweiz tätig sein wollte und insofern auf eine Rückkehr in seinen Wohnstaat verzichtete (vgl. Urteile 8C\_186/2017 vom 1. September 2017 E. 7.7 [Zusammenfassung in: RtiD 2018 I S. 281] mit Hinweis auf ARV 2016 S. 227, 8C\_60/2016 E. 4.2.3, in welchen Fällen die versicherte Person in ihren Wohnstaat zurückkehrte und diese daher kein Wahlrecht besass).

Fehl geht somit die Auffassung der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf Art. 65 Abs. 2 Satz 3 VO Nr. 883/2004 und das soeben zitierte Urteil 8C\_186/2017, dass es unerheblich sei, ob es sich um einen echten Grenzgänger (Tages- und Wochenpendler) oder um einen unechten Grenzgänger (keine wöchentliche, aber gelegentliche Rückkehr in den Wohnstaat) handle, da sich bei beiden der Leistungsanspruch nach dem Recht des Wohnstaates richte. Dabei übersieht sie das soeben skizzierte Wahlrecht des unechten Grenzgängers. Hinsichtlich seines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung nach Schweizer Recht ist es daher vorliegend unerheblich, ob der Beschwerdegegner in der Schweiz seinen Lebensmittelpunkt hatte und damit seinen gewöhnlichen Aufenthalt.