

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00977 vom 25. Februar 2003

ZH Sozialversicherungsgericht, 2003-02-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2002.00977

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00977 du 25 février 2003

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00977 del 25 febbraio 2003

Erwägungen

E. 1

1.1???? Am 1. Januar 2003 sind das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) und die Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 (ATSV) in Kraft getreten und haben in einzelnen Sozialversicherungsgesetzen und -verordnungen zu Revisionen geführt. In materiellrechtlicher Hinsicht gilt jedoch der allgemeine Übergangsrechtliche Grundsatz, dass der Beurteilung jene Rechtsnormen zu Grunde zu legen sind, die gegolten haben, als sich der zu den materiellen Rechtsfolgen führende Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. BGE 127 V 467 Erw. 1, 126 V 136 Erw. 4b, je mit Hinweisen). Da sich der hier zu beurteilende Sachverhalt vor dem 1. Januar 2003 verwirklicht hat, gelangen die materiellen Vorschriften des ATSG und der ATSV sowie die gestützt darauf erlassenen Gesetzes- und Ordnungsrevisionen im vorliegenden Fall noch nicht zur Anwendung. Bei den im Folgenden zitierten Gesetzes- und Ordnungsbestimmungen handelt es sich deshalb - soweit nichts anderes vermerkt wird - um die Fassungen, wie sie bis Ende 2002 in Kraft gewesen sind.

1.2???? Nach Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) muss die Kasse Leistungen der Versicherung, auf die der Empfänger keinen Anspruch hatte, zurückfordern. Der Rückforderungsanspruch verjährt laut Art. 95 Abs. 4 erster Satz AVIG innert einem Jahr, nachdem die auszahlende Stelle davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach der Auszahlung der Leistung. Bei diesen Fristen handelt es sich um Verwirkungsfristen (BGE 124 V 382 Erw. 1 mit Hinweisen). Die einjährige relative Verwirkungsfrist des Art. 95 Abs. 4 AVIG beginnt in jenem Zeitpunkt zu laufen, in welchem die Verwaltung bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit Kenntnis vom Rückforderungsbegründenden Sachverhalt haben konnte (BGE 122 V 274 f. Erw. 5a mit Hinweisen).

1.3???? Die Pflicht zur Rückkerstattung zu viel bezogener Arbeitslosenentschädigung nach Art. 95 Abs. 1 AVIG ist nur unter den Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision zulässig. Danach kann die Verwaltung auf eine formell rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, zurückkommen, wenn sie zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (BGE 122 V 368 f. Erw. 3 mit Hinweisen). Dieser Grundsatz gilt unbeschadet davon, ob die Geldleistungen formlich oder formlos zugesprochen worden sind (BGE 122 V 369 oben, 111 V 332 Erw. 1; ARV 1995 Nr. 12 S. 64 Erw. 2b).

1.4???? Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 58 Erw. 6a, 123 V 216 Erw. 3, je mit Hinweis).

E. 2

2.1???? Nachdem der Beschwerdeführer am 21. Dezember 1998 ein Gesuch um Ausrichtung besonderer Taggelder zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit gestellt hatte (Urk. 11/26/22), welches er am 24. Februar 1999 wieder zurückzog (Urk. 11/26/1), verwies das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum Affoltern am Albis (RAV) die Sache an das AWA zum Entscheid über die Frage der Vermittlungsfähigkeit mit der Begründung, dass der Beschwerdeführer bereits eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübe und daher nicht vermittlungsfähig sei (Urk. 11/3). Mit Verfügung vom 2. Juli 2002 stellte das AWA ab 1. Januar 1999 die fehlende Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers fest und verneinte dessen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab diesem Zeitpunkt (Urk. 11/1/3). Diese Verfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

2.2???? Es ist im Folgenden zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin berechtigt ist, auf ihre formlose, jedoch rechtsbeständige Leistungsausrichtung (BGE 122 V 368 Erw. 3) zurückzukommen. Dabei gilt es zu beachten, dass, wie oben erwähnt, die für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen auch mit Bezug auf die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 95 AVIG (BGE 122 V 138 Erw. 2c, 272 Erw. 2, 368 Erw. 3) gelten und ebenfalls Anwendung finden, wenn die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen formlos verfügt worden sind (BGE 107 V 182 Erw. 2a in fine). Die Leistungsausrichtung müsste daher zweifellos unrichtig erfolgt und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung sein (BGE 122 V 21 Erw. 3a, 173 Erw. 4a, 271 Erw. 2, 368 Erw. 3, 121 V 4 Erw. 6, je mit Hinweisen).

2.3???? Eine zweifellose Unrichtigkeit liegt nicht nur vor, wenn die in Wiedererwägung zu ziehende Verfügung auf Grund falscher oder unzutreffender Rechtsregeln erlassen wurde, sondern auch, wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (ARV 1996/97 Nr. 28 S. 158 Erw. 3c). Eine gesetzwidrige Leistungszusprechung gilt regelmässig als zweifellos unrichtig (BGE 103 V 128). Für die Frage der zweifellosen Unrichtigkeit ist entscheidend, ob sich die gesetzliche Anspruchsvoraussetzung der Vermittlungsfähigkeit klar verneinen lässt (ARV 1996/97 S. 158 Erw. 3c/aa).

2.4???? Das AWA hat in der Verfügung vom 2. Juli 2002 die Vermittlungsfähigkeit rechtskräftig verneint. Dadurch erweist sich die früher vorgenommene Taggeldausrichtung im Nachhinein als materiell unrechtmässig, weshalb die erste Rückforderungsvoraussetzung nach Art. 95 Abs. 1 AVIG erfüllt ist. Obwohl die Kasse an den die Vermittlungsfähigkeit verneinenden Feststellungsentscheid des AWA gebunden ist, ist damit über die Zulässigkeit der Rückforderung noch nicht abschliessend entschieden. Nach Art. 85 Abs. 1 AVIG klärt die kantonale Amtsstelle in den ihr übertragenen Fällen einzig die Anspruchsberechtigung ab (lit. b) oder berprft die Vermittlungsfähigkeit der Arbeitslosen (lit. d). In den Fällen

nach Art. 81 Abs. 2 AVIG entscheidet sie über die Anspruchsberechtigung, gegebenenfalls die Vermittlungsfähigkeit (Art. 85 Abs. 1 lit. e AVIG). Dies geschieht in Form einer Feststellungsverfugung. Wird diese rechtskräftig, ist die Feststellung der kantonalen Amtsstelle bezüglich der Vermittlungsfähigkeit für die Kasse bindend. Doch trifft dies nur insofern zu, als diese zu entscheiden hat, ob und allenfalls für welchen Zeitraum eine versicherte Person diese materielle Anspruchsvoraussetzung erfüllt oder nicht. Hat die Arbeitslosenkasse für einen Zeitraum bereits Taggelder ausbezahlt, für welche zufolge des negativen rechtskräftigen Entscheids der kantonalen Amtsstelle die Anspruchsvoraussetzungen nachträglich nicht mehr erfüllt sind, gelten diese Leistungen als unrechtmässig bezogen, weshalb die Kasse diese gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG zurückzufordern hat. Dies darf sie nach der Rechtsprechung jedoch nur, wenn die Wiedererwägungs- oder Revisionsvoraussetzungen erfüllt sind. Ob dies zutrifft, obliegt der Arbeitslosenkasse im Rückforderungsverfahren zu prüfen. Diese hat demnach zu prüfen, ob die zweifellose Unrichtigkeit und die erhebliche Bedeutung ihrer Berichtigung als Voraussetzungen der Wiedererwägung (oder der prozessualen Revision) der verfügten Taggeldzusprechung erfüllt sind (vgl. BGE 126 V 401 Erw. 2b/cc).

2.5???? Nach dem Gesagten ist im vorliegenden Verfahren nur zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin die Wiedererwägungsvoraussetzungen, insbesondere jene der offensichtlichen Unrichtigkeit, zu Recht als erfüllt annehmen durfte.

E. 3

3.1???? Ob von einer offensichtlichen Unrichtigkeit der ursprünglichen Leistungsgewährung auszugehen ist, hängt davon ab, wie es sich mit der ursprünglich nicht in Frage gestellten Vermittlungsfähigkeit in der hier zu beurteilenden Zeit vom 23. Juli 2001 bis 31. Januar 2002 verhalten hat.

3.2???? Aus dem Auszug aus dem Handelsregister geht hervor, dass der Beschwerdeführer seit 20. März 1990 mit einer Einzelfirma, welche den Handel mit technischer Ware bezweckt, im Handelsregister eingetragen ist (Urk. 11/18). Seit 27. Juni 1995 ist er sodann Inhaber der Einzelfirma A. __ welche den Handel mit Computerprogrammen bezweckt (Urk. 11/16), und seit 5. Juni 1998 ist er mit einer Einzelfirma, welche den Handel mit modischen Bekleidungsartikeln zum Zweck hat, im Handelsregister eingetragen (Urk. 11/19).

In der Steuererklärung 1999A gab der Beschwerdeführer an, im Jahre 1997 einen Verlust aus selbständiger Erwerbstätigkeit in der Höhe von Fr. 12'880.-- und im Jahre 1998 einen solchen von Fr. 15'537.-- erlitten zu haben (Urk. 11/21/2). Die B. __ AG führte in dem im Auftrag des Beschwerdeführers verfassten Schreiben vom 17. Juli 2000 an das Kantonale Steueramt dazu aus, dass alle Aufwendungen belegt seien, es sich dabei nicht um ein Hobby handle und dass sich die selbständige Tätigkeit des Beschwerdeführers im Jahre 1998 im Aufbau befunden habe (Urk. 11/25/1). In der Steuererklärung 2000 führte der Beschwerdeführer kein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit mehr auf (Urk. 11/32/2).

3.3???? Laut den entsprechenden Arbeitgeberbescheinigungen war der Beschwerdeführer vom 1. April 2000 bis 30. April 2001 (Urk. 7/8/1) sowie vom 1. Mai bis 20. Juli 2001 (Urk. 7/7/1) jeweils bei einer vertraglichen Normalarbeitszeit von 42 beziehungsweise 42,5 Wochenstunden beschäftigt.

3.4???? Nach der Überweisung zum Entscheid vom 27. Januar 2002 (Urk. 7/9 = Urk. 11/9/3) wurde der Beschwerdeführer vom AWA zu einer persönlichen Besprechung eingeladen (Urk. 11/8/1). Der Termin wurde einmal verschoben und das zweite Mal abgesagt (Urk. 11/8/2, Urk. 11/8/4), so dass der Beschwerdeführer am 21. Mai 2002 telefonisch befragt werden musste (Urk. 11/9/1). Zwar weigerte sich der Beschwerdeführer trotz mehrmaliger Mahnung (Urk. 11/10-11), das Protokoll der Befragung unterschrieben zu retournieren. In einem Mail vom 4. Juni 2002 nahm er jedoch zu unbeantwortet gebliebenen Fragen Stellung, ohne die Richtigkeit der Aufzeichnung seiner telefonisch erteilten Antworten in Frage zu stellen (Urk. 11/12).

3.5???? Auf den Vorhalt mangelnder Arbeitsbemühungen im Oktober und ab Mitte November 2001 (vgl. Urk. 7/13/1) entgegnete der Beschwerdeführer, er habe die entsprechenden Nachweise dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) per Post geschickt; er werde versuchen, sie nachzureichen (Urk. 11/9/1 Ziff. 2). Die im Handelsregister eingetragenen drei Firmen (vgl. vorstehend Erw. 3.2) seien seit Jahren inaktiv (Urk. 11/9/1 Ziff. 4). Die Homepage der Firma A.____ Consulting betreibe er, um sich die Möglichkeit offen zu halten, Informatik-Dienstleistungen anzubieten??? (Urk. 11/9/1 Ziff. 6). Auf den Vorhalt, im Widerspruch zur Aussage, die Firmen seien stillgelegt, werde in der mindestens seit 2001 bestehenden Homepage der A.____ angegeben, seit 1997 seien die Kunden im KMU-Bereich zu finden (Urk. 11/9/2 Ziff. 10), führte der Beschwerdeführer aus, er könne auf seiner Homepage doch schreiben, was er wolle (Urk. 11/12 zu Punkt 10). Zur Frage, auf welche Tätigkeit und Firma sich die in der Steuererklärung angegebenen Verluste bezögen (Urk. 11/9/2 Ziff. 11), führte der Beschwerdeführer aus, er könne doch seine Bemühungen sehr wohl in Abzug bringen; immerhin habe er einiges auf seine eigene Kappe genommen in finanzieller Hinsicht (Urk. 9/12 zu Ziff. 11).

E. 4

4.1????? Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen.

Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 Erw. 2, 122 V 158 Erw. 1a, je mit Hinweisen).

??????? Diese Grundsätze gelten sinngemäss auch im Verwaltungsverfahren. Soweit der Beschwerdeführer im Abklarungsverfahren der Beschwerdegegnerin seine Mitwirkungspflichten nur unvollständig oder gar nicht befolgt hat (vgl. vorstehend Erw. 3.4), kann er daraus keine Vorteile ableiten. Es ist mithin auf denjenigen Sachverhalt abzustellen, der aktenkundig ist, ohne Rücksicht darauf, dass ein unter Mitwirkung des Beschwerdeführers seinerzeit noch weitergehender abgeklärter Sachverhalt möglicherweise für ihn günstiger sein könnte.

4.2????? Sämtliche aktenkundigen Anhaltspunkte lassen darauf schliessen, dass die Aktivitäten des Beschwerdeführers in der fraglichen Zeit auf die selbständige Tätigkeit im Rahmen der A.____ konzentriert waren. Seine Behauptung, auch bei der A.____ handle es sich um eine stillgelegte Firma, wird widerlegt durch das Schreiben der B.____ AG an die Steuerbehörden (Urk. 11/25/1) und die Angaben auf der Homepage, zu denen der Beschwerdeführer bezeichnenderweise nicht substantiiert, sondern ausgesprochen

ausweichend, Stellung nahm (Urk. 11/12 zu Punkt 10). Sodann machte der Beschwerdeführer selber geltend, beachtliche Auslagen getätigt zu haben (Urk. 11/12 zu Ziff. 11). Schliesslich hat der Beschwerdeführer auch zu den gerügten ungenügenden Arbeitsbemühungen entgegen seiner Ankündigung (Urk. 11/9/1 Ziff. 2) nichts beigebracht, was den Vorwurf zu entkräften vermöchte, so dass zusätzlich von ungenügenden, teilweise gänzlich unterbliebenen Arbeitsbemühungen auszugehen ist.

4.3.3.3 Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der Akten mit überzeugender Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum nicht vermittlungsfähig gewesen ist, so dass es offensichtlich unrichtig war, ihn als anspruchsberechtigt einzustufen.

Somit ist auch die Wiedererwägungsvoraussetzung der offensichtlichen Unrichtigkeit zu bejahen. Dies führt zur Feststellung, dass die angefochtene Rückforderungsverfugung zu Recht ergangen ist, so dass die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen ist.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- O. _____

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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