

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.01101 vom 3. April 2003

ZH Sozialversicherungsgericht, 2003-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2002.01101](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2002.01101)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.01101 du 3 avril 2003

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.01101 del 3 aprile 2003

## Erwägungen

### E. 2

2.1???? Der Beschwerdef?hrer hat dem Gericht im Verfahren AL.2002.00135 als Adresse?\_\_\_ angegeben (Urk. 3). Diese Adresse ist damit f?r das Gericht massgebend. An diese Adresse wurde denn auch die Verf?gung des Gerichts vom 30. Januar 2003 am 31. Januar 2003 geschickt, in welcher dem Beschwerdef?hrer eine 30t?gige Frist zur Einreichung einer Replik angesetzt wurde (Urk. 10). Die Zustellung mittels Gerichtsurkunde konnte nicht durch-gef?hrt werden, vielmehr wurde die Gerichtsurkunde von der Post nach dem 9. Februar 2003 dem Gericht zur?ckgeschickt. Am 12. Februar 2003 sandte das Gericht dem Beschwerdef?hrer die Verf?gung praxisgem?ss noch einmal mit normaler Post zu und f?gte gleichzeitig den Hinweis an, dass die Frist bereits mit dem ersten Zustellungsversuch zu laufen begonnen habe (Urk. 11).

### E. 2.2

Nachdem dem Beschwerdef?hrer die Gerichtsurkunde nicht ?bergeben werden konnte, gilt die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird; geschieht dies nicht innert der Abholfrist von sieben Tagen, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt (ARV 1980 Nr. 46 S. 113). Gem?ss einer Notiz auf der Gerichtsurkunde lief die Frist zum Abholen der Verf?gung bei der Post bis am 9. Februar 2003 (Urk. 11). Da dies ein Sonntag war, ist von einem Fristenlauf bis und mit Montag, 10. Februar 2003, auszugehen, der gleichzeitig der Tag der fiktiven Zustellung der Verf?gung an den Beschwerdef?hrer darstellt. Die Frist zur Einreichung der Rep-lik lief somit am 12. M?rz 2003 ab und wurde vom Beschwerdef?hrer nicht genutzt. Wie in der Verf?gung vom 30. Januar 2003 angedroht worden war (Urk. 10), ging das Gericht davon aus, dass der Beschwerdef?hrer auf eine Replik verzichte, und es schloss den Schriftenwechsel ab (Urk. 12).

2.3???? In seinem Schreiben vom 29. M?rz 2003 legt der Beschwerdef?hrer unter???? Bezugnahme auf den Abschluss des Schriftenwechsels durch das Gericht am 18. M?rz 2003 dar, er m?chte gerne eine weitere Frist einger?umt erhalten. Eine seit Wochen ausgebrochene Atemerkkrankung habe ihn daran gehindert, die Stellungnahme (richtig: Replik) fristgerecht einzureichen. Sein Hausarzt versuche mit einem Fachmann des Regionalspitals \_\_\_ die Ursache der gesundheitlichen Beeintr?chtigung ausfindig zu machen, was viel Zeit in Anspruch nehme (Urk. 13).

Dieses Ersuchen ist als Fristwiederherstellungsgesuch entgegen zu nehmen, und es ist im Folgenden dar?ber zu befinden.

### E. 2.4

2.4.1?? 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 unter anderem im Bereich des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung 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 materiellen Gesetzes- und Verordnungsrevisionen im vorliegenden Fall noch nicht zur Anwendung. Bei den im Folgenden zitierten materiellen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen handelt es sich deshalb - soweit nichts anderes vermerkt wird - um die Fassungen, wie sie bis Ende 2002 in Kraft gewesen sind.

2.4.2?? Die Verfahrensvorschriften des ATSG sind dagegen mangels anderslautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich mit dem Tag des Inkrafttretens sofort anwendbar (vgl. BGE 112 V 360 Erw. 4a; RKUV 1998 Nr. KV 37 S. 316 Erw. 3b).

Zum Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht, das zur Beurteilung der Beschwerden im Bereich der Sozialversicherung zuständig ist (Art. 57 ATSG), bestimmt Art. 61 ATSG, dass sich dieses unter Vorbehalt von Art. 1 Abs. 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 nach kantonalem Recht richtet. Daneben sieht Art. 60 Abs. 2 ATSG einzig vor, dass hinsichtlich der Beschwerdefrist an das kantonale Versicherungsgericht die Fristenbestimmungen von Art. 38 - 41 ATSG sinngemäss anwendbar sind.

2.4.3?? Für die vorliegend zu entscheidende Frage, nach welchen Normen über das Wiederherstellungsgesuch des Beschwerdeführers zu befinden ist, das eine richterliche Frist im Rahmen eines arbeitslosenversicherungsrechtlichen Prozesses vor dem kantonalen Sozialversicherungsgericht und nicht die gesetzliche Beschwerdefrist im Sinne von Art. 60 ATSG betrifft, ergibt sich somit, dass hierfür nach wie vor das kantonale Verfahrensrecht und nicht die bundesrechtliche Vorschrift von Art. 41 ATSG massgebend ist (Art. 61 ATSG).

2.5???? Gemäss § 199 des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG), dessen Anwendbarkeit sich aus § 12 GSV ergibt, kann das Gericht auf Antrag der sühmigen Partei oder ihres Vertreters eine Frist wiederherstellen und eine Verhandlung neu ansetzen, bei grobem Verschulden der Partei oder ihres Vertreters aber nur mit Einwilligung der Gegenpartei (Abs. 1). Das Wiederherstellungsgesuch ist spätestens zehn Tage nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen (Abs. 3).

??????? Eine Krankheit kann zwar grundsätzlich ein Hinderungsgrund im Sinne von § 199 GVG darstellen, der die Wahrung einer Frist verunmöglicht und zur Wiederherstellung derselben berechtigt. Aus den Darlegungen des Beschwerdeführers in seinem Schreiben vom 29. März 2003 kann nun allerdings nicht geschlossen werden, dass ihn die fragliche Atemerkkrankung in einen gesundheitlichen Zustand versetzt hatte, der es ihm verunmöglichte, entweder selber die fristwahrende Replik einzureichen oder einen Dritten dazu zu bevollmächtigen. Aus der Ausföhrung, dass die Abklärung der Erkrankung viel Zeit

in Anspruch nehmen, kann nicht auf einen solchen gesundheitlich sehr limitierten Zustand des Versicherten geschlossen werden. Etwas anderes ergibt sich auch aus der beigelegten Aufforderung des Spitals \_\_\_\_ zu einer Untersuchung am 22. April 2003 nicht (Urk. 14). Da somit kein massgeblicher Hinderungsgrund für die Nichteinhaltung der Frist zur Einreichung der Replik nachgewiesen wurde, ist das Fristwiederherstellungsgesuch abzuweisen.

3.?????

3.1???? Es ist nun über die Rückforderung der Taggelder zu befinden, deren Rechtmässigkeit sich - wie erwähnt (Erw. 2.4.1) - nach den bis Ende 2002 gültig gewesenen materiellen Bestimmungen des AVIG und der dazugehörenden Verordnung bestimmt.

3.2???? Nach Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) muss die Kasse Leistungen der Versicherung zurückfordern, auf welche die arbeitslose Person keinen Anspruch hatte. Eine auf Grund einer formell rechtskräftigen Verfügung ausgerichtete Leistung ist in der Sozialversicherung nur zurückzuerstatten, wenn entweder die für die Wiedererwägung oder die prozessuale Revision erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 126 V 399 Erw. 1 mit Hinweis). Diese Grundsätze gelten auch, wenn die Arbeitslosenkasse eine Geldleistung nicht förmlich, sondern nur formlos, d.h. faktisch, zugesprochen hat, sofern die faktisch verfertigte Leistung rechtsbeständig geworden ist. Die Rechtsbeständigkeit gilt als eingetreten, sobald die nach den Umständen zu bemessende Überlegungs- und Prüfungsfrist abgelaufen ist, welche der versicherten Person zusteht, um sich gegen das faktische Verwaltungshandeln zu verwahren (BGE 122 V 369 Erw. 3 mit Hinweisen). Ist nach diesen Grundsätzen ein Rückkommenstitel erforderlich, hat die Arbeitslosenkasse im Rückforderungsverfahren zu prüfen, ob ein solcher gegeben ist (BGE 126 V 401 f. Erw. 2b/cc).

3.3???? Gemäss einem allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts kann die Verwaltung eine formell rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, in Wiedererwägung ziehen, wenn sie zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (BGE 126 V 23 Erw. 4b, 46 Erw. 2b, 400 Erw. 2b/aa, je mit Hinweisen).

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. Eine gesetzwidrige Leistungszusprechung gilt regelmässig als zweifellos unrichtig (BGE 126 V 401 Erw. 2b/bb).

Von der Wiedererwägung ist die so genannte prozessuale Revision von Verwaltungsverfügungen zu unterscheiden. Danach ist die Verwaltung verpflichtet, auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen, wenn neue Tatsachen oder neue Beweismittel entdeckt werden, die geeignet sind, zu einer andern rechtlichen Beurteilung zu führen (BGE 126 V 24 Erw. 4b, 46 Erw. 2b, je mit Hinweisen).

3.4???? Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt die Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person voraus (Art. 8 Abs. 1 lit. f in Verbindung mit Art. 15 AVIG). Diese ist nicht gegeben, wenn die versicherte Person ihre Arbeitskraft in der Eigenschaft als Arbeitnehmerin nicht so einsetzen kann oder will, wie es ein Arbeitgeber normalerweise

verlangt (vgl. BGE 112 V 327 Erw. 1a mit Hinweisen; ARV 1998 Nr. 32 S. 176 Erw. 2).

4.?????

4.1???? Das AWA hat die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers mit der Verfügung vom 8. Juni 2001 ab 4. September 2000 verneint. Es begründete diese Verfügung zusammengefasst damit, dass dem Versicherten ab 4. September 2000 mit dem Beginn der Vollzeitausbildung in Rorschach die objektive und auch die subjektive Vermittelbarkeit gefehlt hätten (Urk. 4/14). Die Beschwerdegegnerin forderte am 19. September 2001 deshalb die ausgerichteten Arbeitslosentaggelder des Zeitraums vom 4. September 2000 bis 28. Februar 2001 zurück (Urk. 2/1, Urk. 2/2).

Durch den rechtskräftigen Entscheid des AWA erweisen sich die erbrachten Taggeldleistungen, die im Zeitpunkt von deren Rückforderung rechtsbeständig geworden sind, im Nachhinein als unrechtmässig, so dass die erste Voraussetzung nach Art. 95 Abs. 1 AVIG erfüllt ist. Zu prüfen ist jedoch weiter, ob die Ausrichtung der Taggelder auch offensichtlich unrichtig war oder ob die Voraussetzungen der prozessualen Revision gegeben waren. Klar ist, dass die Summe von Fr. 13'017.45 die Erheblichkeitsschwelle für eine Rückforderung übersteigt, weshalb diese Voraussetzung für eine Rückforderung gegeben ist.

4.2???? Der Beschwerdeführer stellte sich ab 18. Juni 1999 der Arbeitsvermittlung für ein Arbeitspensum von 100 % zur Verfügung und erhielt Taggelder in diesem Umfang (Urk. 8/1, Urk. 8/12). Wann genau er seine RAV-Beraterin über den Schulbeginn am 4. September 2000 informiert hatte, geht aus den Akten nicht hervor. Es existiert jedoch ein Schreiben des Beschwerdeführers vom 24. Oktober 2000, in dem er den Behörden davon Mitteilung machte, dass er während des Herbstsemesters der Schule weiterhin einer Vollzeit-tätigkeit nachgehen, mithin während acht Stunden pro Tag arbeiten könne, erst ab März 2001 könne er nur noch während der Hälfte eines Vollzeitpensums arbeiten (Urk. 4/18/51/36). In einem weiteren Schreiben des Beschwerdeführers an seine Beraterin A.\_\_\_\_ legte er dar, er gehe montags in die Schule, dienstags bis samstags möchte er den ganzen Tag arbeiten (Urk. 4/18/51/37). Weiter legte er ein von ihm unterzeichnetes Einschreibeformular der betreffenden Hochschule bei, auf dem er angekreuzt hatte, dass er das Studium als Teilzeitstudium absolvieren wolle (Urk. 4/18/51/32).

Das RAV wandte sich am 8. November 2000 an die Arbeitslosenkasse mit der Anfrage, ob der Beschwerdeführer, der eine Teilzeitausbildung absolviere, weiterhin zu 100 % der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen könne (Urk. 4/18/51/34). Die Arbeitslosenkasse richtete sich am 10. November 2000 an den Beschwerdeführer und verlangte von ihm eine Kopie des Stundenplanes, wobei sie auf das Teilzeitstudium Bezug nahm und darlegte, dass er bei dem dargelegten einzelnen Schultag einen Vermittlungsgrad von maximal 80 % erreichen könne, dass jedoch im Zweifelsfall die Akten zur Prüfung der Vermittlungsfähigkeit an das AWA überwiesen werden müssten (Urk. 4/18/51/33). Am 21. November 2000 reichte der Beschwerdeführer ein Formular ein, auf welchem er die Bereitschaft anzeigte, ab 1. November 2000 im Umfang einer 60%igen Tätigkeit, jeweils freitags, samstags und sonntags ohne Einschränkung zu arbeiten (Urk. 4/18/51/28). Daraufhin richtete die Kasse ab 1. November 2000 Taggelder im Umfang einer 60%igen Vermittlungsfähigkeit aus (Urk. 4/18/51/29, Urk. 8/1).

Nachdem einige Stellenzuweisungen an den Beschwerdeführer keinen Erfolg gebracht hatten, überwies das RAV am 23. März 2001 die Akten an das AWA zur Überprüfung der

Vermittlungsfähigkeit (Urk. 4/18/5). Das AWA gelangte an die Hochschule in Rorschach und erkundigte sich nach dem vom Versicherten absolvierten Studium (Urk. 4/18/45). Es erfuhr dabei, dass es sich bei der seit 4. September 2000 absolvierten Ausbildung um eine vollzeitige Ausbildung mit obligatorischer Schulpräsensenz von jeweils montags bis donnerstags sowie mit Gruppenarbeiten und Aufgaben jeweils freitags handelte (Urk. 4/17, 4/18/44).

4.3???? Die Hochschule bestätigte am 23. Mai 2001, dass der Beschwerdeführer die ganze Zeit seit 4. September 2000 die Ausbildung in einem Vollzeitpensum absolviert hat. Wie aus diesem Schreiben hervorgeht, wäre es ihm während dieser Ausbildung unmöglich gewesen, daneben in einem Umfang von 100 % oder auch nur in einem Umfang von 60 % zu arbeiten (Urk. 4/18/45). Der Beschwerdeführer machte zwar gegenüber dem AWA geltend, er sei nur jeweils montags und dienstags in die Schule gegangen, mittwochs und donnerstags habe er sich nur in die Präsensenzliste eingetragen und sei wieder gegangen (Urk. 4/18/43 S. 2). Bereits die Tatsache jedoch, dass der Beschwerdeführer jeden Mittwoch und Donnerstag in der Schule hätte anwesend sein müssen und zugegebenermassen - um die Ausbildung nicht zu gefährden - an diesen Tagen immer in der Schule Präsensenz markieren musste, führt es mit sich, dass er einem Arbeitgeber an jenen Tagen nicht beliebig und daher an diesen Tagen der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung gestanden hätte. Es kann sodann aufgrund der gewählten Vollzeitausbildung - entgegen den Beteuerungen des Beschwerdeführers - nicht davon ausgegangen werden, dass er jeden Freitag frei hatte und nicht mit Arbeiten belastet war.

Es ergibt sich daraus, dass die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung, die aufgrund einer falschen Vorstellung der behördlichen Stellen über die Verfügbarkeit des Versicherten während der Ausbildung ab 4. September 2000 zunächst im Rahmen einer Vermittlungsfähigkeit für eine 100 %-Stelle und ab 1. November 2000 im Umfang für eine 60 %-Stelle geschehen war (vgl. Urk. 8/1), offensichtlich unrichtig war. Damit ist auch die weitere Voraussetzung für eine Rückforderung nach Art. 95 Abs. 1 AVIG gegeben.

????????

## **E. 5**

5.1???? In seiner Beschwerde bringt der Beschwerdeführer zusammengefasst vor, er habe die zuständige Beraterin im Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) darüber informiert gehabt, dass er die betreffende Schule absolviere. Er habe sie vor Antritt der Schule gebeten abzuklären, ob er auch weiterhin berechtigt sei, einen Teil der Arbeitslosengelder zu erhalten, während er sich der Vermittlung für eine Teilzeitstelle zur Verfügung stelle. Er habe die Mitarbeiterin auch mit entsprechenden Unterlagen der Schule dokumentiert. Diese habe keinen Grund für eine Überprüfung der Anspruchsberechtigung gesehen (Urk. 1).

5.2???? Mit diesem Vorbringen beruft sich der Beschwerdeführer auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Die Arbeitslosenkasse stellt sich auf den Standpunkt, dieser Grundsatz habe bei der Rückforderung von Leistungen keinen Bestand, sei doch Art. 95 AVIG eine gesetzliche Sonderregelung, die dem Grundsatz von Treu und Glauben vorgehe. Vielmehr sei die Frage des guten Glaubens erst beim Erlass der Forderung zu prüfen (Urk. 7).

5.3???? Mit dem Grundsatzurteil BGE 116 V 298 ff. hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die von der Kasse erwählte Rechtsprechung (vgl. ARV 1986 Nr. 32 S. 127) verlassen und ist zum Schluss gekommen, dass auch im Rahmen der

Rückforderungen der sich aus der Verfassung ableitende Grundsatz des Schutzes von Treu und Glauben Geltung habe, dass die bis anhin als sechste Voraussetzung bezeichnete Frage des Vorhandenseins einer gesetzlichen Sonderregelung, die dem Grundsatz von Treu und Glauben vorgehe, nicht mehr gestellt werde. Nichts anderes geht aus dem von der Kasse zitierten BGE 122 V 274 hervor (Urk. 7), wurde doch gerade in jenem Entscheid, bei dem es um eine Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung ging, der Schutz des berechtigten Vertrauens geprüft, dieser jedoch im konkreten Fall verneint (BGE 122 V 274, Erw. 4 oben; vgl. auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 29. August 2002 in Sachen S., C 25/02). Damit ist auch im vorliegenden Fall zu prüfen, ob der Rückforderung der Schutz des guten Glaubens entgegen steht.

## E. 6

6.1???? Der Grundsatz von Treu und Glauben schützt die Bürgerinnen und Bürger in ihrem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten und bedeutet unter anderem, dass falsche Auskunft von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten.

Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist eine falsche Auskunft bindend,

1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat;
2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte;
3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte;
4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können;
5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunfterteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 116 V 298 Erw. 3a mit Hinweisen).

Diese Grundsätze gelten umso mehr, wenn die Behörde nicht nur eine Auskunft erteilt, sondern Anordnungen getroffen hat; denn mit dem Erlass einer konkreten Verfügung (oder der Ausrichtung von Leistungen) wird in der Regel eine noch viel eindeutigeren Vertrauensbasis geschaffen als mit einer blossen Auskunft (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 29. August 2002 in Sachen S., C 25/02).

6.2???? Aus dem bereits oben dargelegten Sachverhalt (Erw. 4.2) ergibt sich, dass entgegen den Darlegungen des Beschwerdeführers nicht davon ausgegangen werden kann, dass er die Behörde von sich aus und von Anfang an korrekt über seine beabsichtigte vollzeitliche Ausbildung informiert hatte und diese sodann in voller Kenntnis des wahren Sachverhalts Leistungen ausrichtete, auf die sie nun - ungerechtfertigterweise - zurückkommen will. Denn die erwähnte bis in den November 2000 hinein dokumentierte Korrespondenz mit dem Versicherten zeigt deutlich auf, dass dieser an einer korrekten und vollständigen Information der Behörden nicht interessiert war, indem er nicht von einer vollzeitlichen Ausbildung gesprochen hat. Mehrfach ist schriftlich dokumentiert, dass er jeweils von einer Teilzeitausbildung gesprochen und damit die Behörden im Glauben gelassen hat, dass er der Vermittlung vermehrt und flexibler zur Verfügung stehe, als dies tatsächlich der Fall war. Daran ändert die Behauptung des Versicherten anlässlich des Gesprächs mit dem AWA nichts, dass er das Vollzeitstudium tatsächlich nur als Teilzeitstudium absolviert und die

