

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00043 vom 9. August 2011**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-08-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2010.00043](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2010.00043)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00043 du 9 août 2011

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00043 del 9 agosto 2011

## **Volltext**

AL.2010.00043

Sozialversicherungsgericht

des Kantons Zürich

IV. Kammer

Sozialversicherungsrichterin Weibel-Fuchs als Einzelrichterin

Gerichtsschreiberin Philipp

Urteil vom 9. August 2011

in Sachen

X.\_\_\_\_

Beschwerdeführer

gegen

Unia Arbeitslosenkasse

Zentralverwaltung - Fachdienst

Strassburgstrasse 11, Postfach 3321, 8021 Zürich 1

Beschwerdegegnerin

Nachdem das hiesige Gericht mit Urteil vom 23. April 2009 (AL.2008.00020) den Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 4. Dezember 2007 (Urk. 19/4), welcher deren Verfügung vom 4. Oktober 2007 (Urk. 19/6a) und damit die Rückforderung gegenüber X.\_\_\_\_ in Höhe von Fr. 14'382.70 bestätigte, aufgehoben und die Sache zu ergänzenden Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen hat, und

die Beschwerdegegnerin mit Einspracheentscheid vom 5. Januar 2010 (Urk. 2) die Einsprache von X.\_\_\_\_ vom 2. November 2007 (Urk. 19/3) teilweise gutgeheissen und die Rückforderung auf Fr. 13'718.40 reduziert hat (Urk. 2),

nach Einsicht in die Beschwerde vom 31. Januar 2010 (Urk. 1) beziehungsweise vom 11. Februar 2010 (Urk. 6), mit welcher der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids beantragt hat (Urk. 1), und in die auf Abweisung der Beschwerde schliessende Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 9. März 2010 (Urk. 11),

in Erwägung,

dass die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt, da der Streitwert Fr. 20'000.-- nicht übersteigt (§ 11 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht),

dass nach ständiger Rechtsprechung einer Leistungsabrechnung der Arbeitslosenkasse trotz Fehlens formeller Verfügungsmerkmale materiell Verfügungscharakter zukommt, wobei die Rechtsbeständigkeit bei solch formlosen Verfügungen als eingetreten gilt, wenn anzunehmen ist, ein Versicherter habe sich mit einer getroffenen Regelung abgefunden, was dann der Fall ist, wenn 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 129 V 111),

dass gemäss einem allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts die Verwaltung auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide, die nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet haben, zurückkommen kann, wenn sie zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG; BGE 133 V 50 Ew. 4.1 S. 52),

dass als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit gilt, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt, und der Versicherte Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls hat (Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG), und

nach Art. 24 Abs. 3 AVIG als Verdienstausfall die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst gilt,

dass Sinn und Zweck von Art. 24 Abs. 3 AVIG die Vermeidung unüblich tiefer Honorierungen zu Lasten der Arbeitslosenversicherung ist, weshalb der anrechenbare Verdienst demjenigen Ansatz zu entsprechen hat, der für die zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbarte Arbeitsleistung üblich ist, wobei bezüglich Ortsüblichkeit auf den Arbeitsort abzustellen ist (BGE 129 V 102 Erw. 3.3),

dass nach Art. 95 Abs. 1 AVIG sich die Rückforderung mit Ausnahme der Fälle von Art. 55 AVIG nach Art. 25 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) richtet und gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten sind; wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt,

dass das hiesige Gericht mit Urteil vom 23. April 2009 feststellte, der Beschwerdeführer sei bei der Y.\_\_\_\_ AG im Rahmen einer Zusammenarbeits-Vereinbarung für die Z.\_\_\_\_ AG tätig gewesen und habe diese Beschäftigung pflichtwidrig verschwiegen, wobei grundsätzlich davon auszugehen sei, dass er den Betrag von Fr. 16'059.30 persönlich erhalten habe (AL.2008.00012, S. 3-5),

dass die Beschwerdegegnerin die Rückforderung damit begründete, der Beschwerdeführer habe nichts eingereicht, was gegen die Zahlung von Fr. 16'059.30 an ihn persönlich sprechen würde und aufgrund der Nachfrage bei der Z.\_\_\_\_ AG sei darauf abzustellen, dass neben den eigentlichen Provisionszahlungen zusätzlich Spesen vergütet worden seien, weshalb nach Abzug von Euro 575 ein Rückerstattungsbetrag von Fr. 13'718.40 verbleibe

(Urk. 2 S. 2),

dass demgegenüber der Beschwerdeführer vorbrachte, mittels Vertrag seien zwischen der Z.\_\_\_\_ AG und der Y.\_\_\_\_ AG der Fluss der angestrebten Provisionen vereinbart und die Übernahme seiner Spesen sowie die Übernahme der Kosten für das Fahrzeug geregelt worden, dass er aber nie einen Verdienst erzielt habe, sondern die im April 2007 getätigten Provisionszahlungen einzig der Deckung der Spesen gedient hätten (Urk. 1),

dass die Z.\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom 28. August 2009 (Urk. 12/2/2) die Ausschüttung von Entschädigungen an den Beschwerdeführer verneinte, dahingegen aber bestätigte, ihm entstandene Spesen in Höhe von Fr. 14'476.85 gedeckt zu haben,

dass die von der Z.\_\_\_\_ AG beigelegte Abrechnung Kosten für 73 Essen aufführt (Urk. 12/2/2), was auf ein nicht unbeachtliches Arbeitspensum des Beschwerdeführers hinweist,

dass die Zusammenarbeits-Vereinbarung zwischen der Y.\_\_\_\_ AG und der Z.\_\_\_\_ AG vom 5. Juli 2006 die Vergütung von Spesen entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht zum Gegenstand hatte, sondern eine wöchentliche Arbeitszeit von 100 % vorsah (Urk. 7/5.1-5.3), welche nicht von einer juristischen Person erfüllt werden kann, sondern offensichtlich vom Beschwerdeführer zu erbringen war, hatte dieser sich doch persönlich auf das Stelleninserat der Y.\_\_\_\_ AG gemeldet (Urk. 7/1-2) und ausdrücklich ausgeführt, er habe mit der Y.\_\_\_\_ AG eine neue Existenz aufbauen wollen (Urk. 1), was die Z.\_\_\_\_ AG denn auch bestätigte (Urk. 12/2/2),

dass die Y.\_\_\_\_ AG darlegte, die Z.\_\_\_\_ AG werde durch den Beschwerdeführer vertreten, mit welchem ein Arbeitseinsatz von 100 % vereinbart gewesen sei (Urk. 19/21),

dass mithin augenfällig ist, dass die Z.\_\_\_\_ AG bloss vorgeschoben, erklärtes Ziel aber war, dem Beschwerdeführer das Erarbeiten eines existenzsichernden Einkommens zu erlauben,

dass mithin feststeht, dass effektiver Arbeitnehmer der Beschwerdeführer war und ihm - nebst Spesenvergütung durch die Z.\_\_\_\_ AG - auch allfällige Provisionszahlungen zugeflossen wären,

dass die Missbrauchsklausel des Art. 24 Abs. 3 AVIG grundsätzlich auch bei (rein) erfolgsabhängigen Entschädigungssystemen anwendbar ist und die Folgen von allenfalls geringer ausfallenden Kompensationszahlungen durch die Arbeitslosenversicherung zu tragen hat, wer eine unzumutbare Arbeit im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. a (nicht berufs- und ortsüblich) AVIG annimmt (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 13. Oktober 2006, C 139/06, E. 4),

dass hierbei unerheblich ist, ob effektiv Einkommen erzielt wurde oder nicht, weshalb der Beschwerdeführer aus nicht erfolgten AHV-Beitragszahlungen nichts zu seinen Gunsten ableiten kann,

dass unter Berücksichtigung der Rechtsprechung (BGE 129 V 104 E. 3.3) und mit Blick auf die Akten - der Beschwerdeführer bezog seinen eigenen und den Angaben der Z.\_\_\_\_ AG zufolge keine Entschädigung, wenngleich er in erheblichem Ausmass tätig war - die Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung zu verneinen ist,

dass damit für den fraglichen Zeitraum (Juli 2006 bis April 2007) ein berufs- und ortsüblicher Stundenansatz von mindestens Fr. 20.-- anzurechnen wäre (Urteil des EVG vom 13. Oktober 2006, C 139/06, E. 2.2), wobei ein Vollzeitpensum zugrunde zu legen wäre (Urk. 19/21), was zu einem Zwischenverdienst von Fr. 3'689.-- monatlich (Fr. 20.-- x

8.5 Stunden x 21,7 Tage) beziehungsweise von Fr. 36'890.-- für die gesamte Dauer der Beschäftigung führte,

dass mithin die Leistungsabrechnungen der Beschwerdegegnerin von Juli 2006 bis April 2007 zweifellos unrichtig waren und deren Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist,

dass die Beschwerdegegnerin jedoch für einen über Fr. 13'718.40 hinausgehenden Betrag die relative Verjährungsfrist von einem Jahr (Art. 25 Abs. 2 ATSG) ungenutzt verstreichen liess, weshalb Grund zur Rückforderung bloss für Fr. 13'718.40 besteht,

dass das weitere Vorbringen des Beschwerdeführers, das rechtliche Gehör sei verletzt worden, indem ihm bis heute die gewünschten Dokumente nicht zugestellt worden seien (Urk. 1 S. 2), nicht zu hören ist, besteht doch kein Recht auf Zusendung der Akten, sondern lediglich ein Recht auf Akteneinsicht, wobei darauf hinzuweisen ist, dass es der Beschwerdeführer im Übrigen nicht nur im vorliegenden sondern auch im vorangegangenen Gerichtsverfahren unterliess, um Akteneinsicht zu ersuchen,

dass damit die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist,

erkennt die Einzelrichterin:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. \_\_\_

- Unia Arbeitslosenkasse

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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