

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00222

vom 24. Januar 2017

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-01-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2015.00222

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00222 du 24 janvier 2017

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00222 del 24 gennaio 2017

Erwägungen

E. 1.1

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit . a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG). Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG). Als teilweise arbeitslos gilt, wer eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs.

E. 1.2

Mit der Aufnahme einer zumutbaren Voll- oder Teilzeitstelle gemäss Art. 16 AVIG ist die Arbeitslosigkeit beendet, und der Anspruch auf Arbeitslosentag gelder besteht nicht mehr (Urteil des Bundesgerichts 8C_652/2015 vom 17. Mai 2016 E. 6.1.3; BGE 122 V 34 E. 4c/bb). Gemäss Art. 16 Abs. 1 AVIG muss die versicherte Person zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen. Laut Abs. 2 lit . i dieser Bestimmung ist unzumutbar und somit von der Annahmepflicht ausgenommen insbesondere eine Arbeit, die der versicherten Person einen Lohn einbringt, der geringer ist als 70 % des versicherten Verdienstes, es sei denn, der Versicherte erhalte Kom pensationsleistungen nach Art. 24 AVIG (Zwischenverdienst).

E. 1.3

Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbst ständiger Erwerbstätigkeit, das Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielen. Die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz des Verdienst ausfalls (Art. 24 Abs. 1 erster und zweiter Satz AVIG). Als Verdienstausschlag gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischen verdienst , mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst (Art. 24 Abs. 3 erster Satz AVIG).

Da bei hat die v ersicherte Person solange Anspruch auf Ersatz des Verdienst ausfalles nach Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG, als sie in der fraglichen Kon troll periode nicht eine zumutbare Arbeit im Sinne von Art.

16 AVIG auf nimmt. Nimmt sie während der streitigen Kontrollperiode eine - insbesondere lohn mässig - zumutbare Arbeit auf , mithin eine Tätigkeit, die ihr ein Ein kommen verschafft, welches zumindest dem Betrag der Arbeitslosenentschä digung entspricht, bleibt für die Annahme eines Zwischenverdienstes kein Raum (BGE 121 V 51 E. 2, BGE 120 V 502 bestätigt).

E. 1.4

Art. 11 Abs. 1 AVIG hat die Funktion einer Grundregel, die immer zur Anwendung gelangt, es sei denn, das Gesetz sehe selbst eine Ausnahme vor. Letzteres geschieht etwa mit Art. 24 Abs.

E. 1.6

Ein volles Taggeld beträgt laut Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG 80 % des versicherten Verdienstes. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung erhalten versicherte Personen, die keine Unterhaltspflicht gegenüber Kindern unter 25 Jahren haben (lit . a), die ein volles Taggeld erreichen, das mehr als Fr. 140.-- beträgt und die keine Invalidenrente beziehen, die einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 % entspricht (lit . c), ein Taggeld in der Höhe von 70 % des versicherten Verdienstes.

Art. 40a AVIV bestimmt, dass der Tagesverdienst ermittelt wird, indem der Monatsverdienst durch 21.7 geteilt wird.

E. 1.7

), muss die versicherte Person während der kontrollfreien Tage zwar nicht vermittlungsfähig sein und sich nicht um Arbeit bemühen, sie muss indes die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Diese Voraussetzung erfüllte der Beschwerdeführer, welcher ab 1. April 2015 weder arbeitslos war, noch einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitt, ab diesem Zeitpunkt nicht mehr.

E. 2

lit . b AVIG).

Zu den gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen gehört ferner, dass die versicherte Person einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit . b AVIG). Arbeitsausfall heisst Ausfall an normaler Arbeitszeit. Dieser ist nach der Rechtsprechung in der Regel aufgrund der im Beruf oder Erwerbszweig der versicherte Person allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR],

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin ging im angefochtenen Einspracheentscheid vom 28. August 2015 (Urk. 2) davon aus, dass der Beschwerdeführer in der Zeit ab 1. April 2015 einen im Vergleich zum hypothetischen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung höheren Verdienst erzielt habe, weshalb er ab diesem Zeitpunkt keinen anrechenbaren Verdienstaufschlag erleide und deshalb keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe (S. 4).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer bringt hiergegen vor, dass er im April 2015 noch ausstehende Ferientage bezogen habe, und dass ihm infolge einer ungenügenden Unterstützung durch die Arbeitslosenversicherung in den von ihm gegen seine frühere Arbeitgeberin, die Y.____, angestrebten Verfahren, Kosten entstanden seien (Urk. 1). 3.

E. 3

. Auflage, Basel 2015, S. 2310 Rz 151). Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Kumulativ erforderlich ist damit ein Verdienstaufschlag und ein Mindestarbeitsausfall (Thomas Nussbaumer, a.a.O., S. 2311 Rz 153).

Als voller Arbeitstag gilt der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die der Versicherte normalerweise während seines letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Art.

E. 3.1

Bei den Akten befindet sich ein Arbeitsvertrag vom 3. beziehungsweise vom 6. März 2015 zwischen dem Beschwerdeführer und der Z.____ (Urk. 5/135). Danach wurde der Beschwerdeführer von

Z.____ auf den 1. April 2015 als Senior Consultant angestellt, wobei das geplante Bruttogehalt von Fr. 145'000.-- aus einem Fixum im Umfang von 70 % , einer Honorarkommission im Umfang von 17 %

und einer Auftragseingangskommission im Umfang von 13 % zusammengesetzt sei (S. 2).

E. 3.2

Mit Schreiben vom 30. Juni 2015 an die Beschwerdegegnerin (Urk. 5/137) führte der Beschwerdeführer sinngemäss aus, dass er seit 1. April 2015 bei der Z.____ tätig sei, und dass er im Monat April die ihm verbleibenden Ferientage beziehungsweise kontrollfreien Tage bezogen habe.

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin ermittelte auf Grund des vom Beschwerdeführer vor Eintritt der Arbeitslosigkeit bei der Y.____ erzielten Verdienstes einen versicherten Verdienst von Fr. 10'500.-- im Monat (Urk. 5/34; vgl. Urk. 5/146/1-3). Die Bemessung des versicherten Verdienstes wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten (Urk. 1). 4.

E. 4

Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIV).

Der anrechenbare Arbeitsausfall erfüllt eine doppelte Funktion. Als allgemeine Anspruchsvoraussetzung bedeutet er ein gewisses Mindestmass an ausgefallenen Arbeitstagen. Zum anderen bildet er eine zentrale Bemessungsregel , weil sich der Entschädigungsanspruch in masslicher Hinsicht grundsätzlich nach dem anrechenbaren Arbeitsausfall während einer Kontrollperiode richtet (Thomas Nussbaumer, a.a.O., S. 2311 Rz 154).

E. 4.1

Da der Beschwerdeführer gegenüber zwei sich in Ausbildung befindenden, noch nicht 25 Jahre alten Töchtern, unterhaltspflichtig war (Urk. 5/122, Urk. 5/125) hatte er Anspruch auf ein volles Taggeld im Umfang von 80 % des versicherten Verdienstes von Fr. 10'500.-- und mithin auf ein Bruttotag geld von rund Fr. 387.10 (Fr. 10'500.-- x 0.8 ÷ 21.7 Tage) .

E. 4.2

Gestützt auf den sich bei den Akten befindenden Arbeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Z.____ vom 3. beziehungsweise vom 6. März

2015 (Urk. 5/135) sowie das erwähnte Schreiben des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin vom 30. Juni

2015 (Urk. 5/137) ist vorliegend mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer am 1. April 2015 eine

vollzeitliche Tätigkeit als Senior Consultant bei der Z.____ aufgenommen hat und dabei einen Bruttojahresverdienst in der Höhe von mindestens eines Fixums im Umfang von 70 % von Fr. 145'000.--, mithin von Fr. 101'500.-- im Jahr beziehungsweise von Fr. 8'458.30 im Monat erzielte. Daraus resultierte ein Tagesverdienst von rund Fr. 389.80 (Fr. 8'458.30 ÷ 21.7 Tage).

E. 4.3

Es steht daher fest, dass der Beschwerdeführer, selbst wenn er im Monat April 2015 lediglich einen Monatslohn im minimalen Umfang eines Fixums von 70 % des arbeitsvertraglich vereinbarten geplanten Verdienstes aus seiner Tätigkeit bei der Z.____ erzielt hätte, einen

Verdienst erzielt, welcher die ihm als Arbeitsloser zustehende hypothetische Arbeitslosenentschädigung überstieg.

E. 4.4

Bei der vom Beschwerdeführer ab 1. April 2015 bei der Z.____ ausgeübten Tätigkeit handelt es sich um eine dem Beschwerdeführer im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG in finanzieller Hinsicht zumutbare Tätigkeit, welche ihm einen Betrag der Arbeitslosenentschädigung über steigendes Einkommen verschaffte. Ein Verdienstausschluss im Sinne von Art. 24 Abs. 3 AVIG ist für die Zeit ab 1. April 2015 daher zu verneinen, sodass für die Annahme eines Zwischenverdienstes kein Raum bleibt.

E. 4.5

Anhaltspunkte, dass die Annahme der Tätigkeit bei der Z.____ dem Beschwerdeführer aus anderen Gründen (vgl. Art. 16 Abs. 2 lit. a bis h AVIG) nicht zuzumuten wäre, lassen sich den Akten nicht entnehmen. Diese Frage kann vorliegend indes offen gelassen werden. Denn selbst wenn eine allfällige Unzumutbarkeit gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. a bis h AVIG zu bejahen wäre, bliebe diese unerheblich, da der Beschwerdeführer die Tätigkeit bei der Z.____ aus freien Stücken vereinbarte und antrat (Urteil des Bundesgerichts 8C_652/2015 vom 17. Mai 2016 E. 6.2.1). 5.

E. 5

Art. 23 Abs. 1 AVIG bestimmt, dass als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn gilt, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde, unter Einschluss der vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen, und dass der Verdienst nicht als versichert gilt, wenn er eine Mindestgrenze nicht erreicht, wobei der Bundesrat den Bemessungszeitraum und die Mindestgrenze bestimmt (Satz 4).

Gemäss Art. 37 AVIG bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Abs. 1). Er bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Art. 37 Abs. 1 AVIG (Abs. 2). Der Bemessungszeitraum beginnt, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstausschlusses. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen (Abs. 3).

E. 5.1

Nach Gesagtem steht daher fest, dass mit der Aufnahme einer zumutbaren vollzeitlichen Tätigkeit durch den Beschwerdeführer am 1. April 2015 die Arbeitslosigkeit endete, und dass ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab diesem Zeitpunkt zu verneinen ist.

E. 5.2

Daran vermag nicht zu ändern, dass den Akten zu entnehmen ist, dass der Beschwerdeführer dem RAV am 31. März 2015 den Bezug von Ferien beziehungsweise von kontrollfreien Tagen während der Zeit vom 8. bis 21. April 2015 meldete (Urk. 5/127). Denn, wie erwähnt (vorstehend E.

E. 5.3

) hat die Beschwerdegegnerin einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab 1. April 2015 zu Recht verneint. Unter diesen Umständen war die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 1. bis 26. April 2015 offen sichtlich unrichtig (vgl. BGE 126 V 401 E. 2b/ bb). 7.3

In masslicher Hinsicht wird die Rückforderung im Betrag von Fr. 6'788.65 vom Beschwerdeführer zu Recht nicht bestritten (Urk. 1). Angesichts der Höhe der zu Unrecht gewährten Leistungen ist die Berichtigung sodann von erheblicher Bedeutung, sodass die Voraussetzungen für ein wiedererwägungswertes Zurückkommen auf die Leistungsausrichtung erfüllt sind.

E. 8

AVIG) erfüllen. Laut Abs. 3 dieser Bestimmung ist die versicherte Person gehalten, den Bezug der kontrollfreien Tage spätestens 14 Tage im Voraus der zuständigen Amtsstelle zu melden, wobei die kontrollfreien Tage nur wochenweise bezogen werden können und ohne entschuldbaren Grund auch bei Nichtantritt als bezogen gelten. 2.

E. 8.1

Zu prüfen bleibt, ob die Rückforderung nicht bereits verwirkt ist.

Gemäss Art.

25 Abs. 2 ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Ausgleichskasse davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung. Bei diesen Fristen handelt es sich um Verwirkungsfristen, die immer und von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (BGE 133 V 582 E.

4.1; 128 V 12 E.

1). Für den Beginn der relativen einjährigen Verwirkungsfrist sind nicht das erstmalige unrichtige Handeln und die daran anknüpfende unrecht mässige Leistungsausrichtung massgebend. Abzustellen ist auf jenen Tag, an dem die Verwaltung später bei der ihr gebotenen und zumutbaren Aufmerksamkeit den Fehler hätte erkennen müssen und dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen (BGE 124 V 383 E.

1; 122 V 274 f. E.

5a und 5b/ aa ; SVR 2002 IV Nr. 2, I 678/00, E. 3b). Massgebend ist daher jener Tag, an dem sich die Amtsstelle später - beispielsweise anlässlich einer Rechnungs kontrolle - unter Anwendung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit über ihren Fehler hätte Rechenschaft geben müssen (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Februar 2010, 9C_482/2009, E. 3.3.2). Massgebend für den Beginn der ab soluten Frist von fünf Jahren ist der tatsächliche Bezug der einzelnen Leistung.

E. 8.2

Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin mit Erhalt des Arbeitsvertrages des Beschwerdeführers mit der Z.____ am 24. Juni

2015 (Urk. 5/135; Eingangsdatum) die Gewissheit hatte, dass der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung bereits ab 1. April 2015 zu verneinen war. Die einjährige relative Verwirkungsfrist begann daher am 25. Juni 2015 zu laufen und endete am 24. Juni 2016. Mit Erlass der Verfügung vom 22. Juni 2015 (Urk. 5/134) hat die Beschwerde gegnerin den Rückforderungsanspruch jedenfalls rechtzeitig geltend gemacht.

E. 8.3

Demnach ist eine Rückforderung der Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer im Umfang von Fr. 6'788.65 ausgewiesen, weshalb die Beschwerde auch in diesem Punkte abzuweisen ist.

E. 9.1

Über Rückforderung und - gegebenenfalls - Erlass derselben wird in der Regel in zwei Schritten verfügt (Art. 3 und 4 ATSV; Urteil des Bundesgerichts I 121/07 vom 16. Januar 2008).

E. 9.2

Gemäss Art. 94 Abs. 3 AVIG unterbreitet die Arbeitslosenkasse ein Erlassgesuch der kantonalen Amtsstelle zum Entscheid.

E. 9.3

Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid vom 28. August 2015 (Urk. 2) auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass der Rückforderung nicht eintrat und feststellte, dass die Sache nach Eintritt der Rechtskraft an die zuständige Amtsstelle zu überweisen sei.

Insoweit der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde im Rahmen eines Eventualbegehrens einen Erlass der Rückforderung beantragen will (Urk. 1 S. 1), ist auf die Beschwerde daher nicht einzutreten. Der Einzelrichter erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.____ - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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 1 5. Juli bis und mit 1 5. August sowie vom 1 8. 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 Beweis mittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Ur kunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der EinzelrichterDer Gerichtsschreiber BachofnerVolz

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