

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00239

vom 17. Januar 2017

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-01-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2015.00239

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00239 du 17 janvier 2017

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00239 del 17 gennaio 2017

Erwägungen

E. 1.1

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

E. 1.2

Nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde.

E. 1.3

Nicht versichert ist nach Art. 23 Abs. 3 AVIG ein Nebenverdienst (Satz 1). Als solcher gilt jeder Verdienst, den eine versicherte Person ausserhalb ihrer normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmerin oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt (Satz 2).

Je nach zeitlicher Lage der üblichen beruflichen Haupttätigkeit der versicherten Person im Tagesablauf ist an den (Vor-)Abenden, in der Nacht und auch am Wochenende geleistete Arbeit in der Regel nicht versicherter Nebenverdienst (Urteil des Bundesgerichts C 119/03 vom 28. August 2003 E. 4.1)

E. 1.4

Nach Art. 24 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags (Abs. 1). Als Verdienstaufschlag gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst ; ein Nebenverdienst (Art. 23 Abs. 3 AVIG) bleibt unberücksichtigt (Abs. 3).

E. 1.5

Einkünfte, die aus einer erheblichen Ausweitung einer schon vor der Arbeitslosigkeit als Nebenerwerb ausgeübten Tätigkeit resultieren, sind als Zwischenverdienst zu behandeln (BGE 123 V 230 E. 3c und 3d). Für die Beantwortung der Frage, ob ein Zwischenverdienst erzielt wird, oder ob es lediglich um die Fortführung der bisherigen Nebenerwerbstätigkeit geht, ist auf die Höhe der erwirtschafteten Einkünfte und nicht auf die zeitliche Inanspruchnahme abzustellen (Urteil des Bundesgerichts C 149/02 vom 27. Januar 2003 E.

4).

E. 1.6

Auf unangefochtene formelle Verfügungen darf die Verwaltung während der Rechtsmittelfrist zurückkommen, ohne dass die nach Eintritt der Rechtskraft erforderlichen Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision erfüllt sein müssen (BG E 124 V 246 E. 2). Auch bei faktischen Verfügungen wird der Behörde für ein voraussetzungsloses Zurückkommen kein längerer Zeitraum zugebilligt (BGE 129 V 110 E. 1.2.1).

E. 1.7

Nach Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zwei fellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist.

E. 2

Gegen den Einspracheentscheid vom 24. September 2015 (Urk. 2) erhob die Versicherte am 23. Oktober 2015 Beschwerde und beantragte, dieser sei aufzuheben, der versicherte Verdienst sei neu zu berechnen und die Rückforderung sei aufzuheben (Urk. 1 S. 2 oben).

Die ALK beantragte mit Beschwerdeantwort vom 9. Januar 2016 (Urk. 7) die Abweisung der Beschwerde, was der Beschwerdeführerin am 11. Januar 2016 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 9). Der Einzelrichter zieht in Erwägung: 1.

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt (Urk. 2), aus näher dargelegten Gründen habe es sich bei ihrer Tätigkeit in der Y.____ um einen Nebenverdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 und

E. 2.3

Strittig und zu prüfen sind

die Neufestsetzung des versicherten Verdiensts ab Mai 2012 und die mit der nachträglichen Berücksichtigung eines Zwischenverdienst begründete Rückforderung.

Diesbezüglich ist materiell von Bedeutung, wie das von der Beschwerdeführerin seit 2010 in der Y.____ erzielte Einkommen behandelt wird. Die Beschwerdegegnerin berücksichtigte es - neu - beim versicherten Verdienst und als Zwischenverdienst , die Beschwerdeführerin qualifiziert es als Nebenverdienst.

In formeller Hinsicht ist zu prüfen, ob die nachträgliche Erfassung als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit einen hinreichenden Rückkommenstitel (vorstehen E. 1.

E. 3

AVIG gehandelt (S. 4 f. Ziff. 2). Ferner machte sie Ausführungen zur Behandlung der als Beiständin bezogenen Entschädigung als Zwischenverdienst (S. 5 f. Ziff. 3).

E. 3.1

Bis am 30. April 2012 war die Beschwerdeführerin als kaufmännische Angestellte bei der Z.____ tätig (Urk. 8/3 Ziff. 2-3), dies gemäss der Änderungskündigung vom 27. März 2009

in einem Pensum von 80 % von 2000 bis Juni 2009 und in einem Pensum von 60 % ab Juli 2009 (Urk. 8/6). 2012 erzielte sie einen Monatslohn von Fr. 4'315.-- (Urk. 8/3 Ziff. 17).

E. 3.2

In der Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 5. April 2012 (Urk. 8/2) erklärte die Beschwerdeführerin ihre Arbeitsbereitschaft und Verfügbarkeit für ein Pensum von 60 % (Ziff. 3). Ferner gab sie an, sie seit 2010 stundenweise als Yogalehrerin tätig (Ziff. 12); das resultierende Einkommen betrug laut Lohnausweis 2011 der A.____

(Urk. 8/13) Fr. 2'885.75 brutto. Ebenfalls laut Lohnausweis 2011 (Urk. 8/14) erhielt sie ferner Fr. 6'975.-- brutto von ihrer - von ihr betreuten (vgl. Urk. 8/31 Ziff. 3, Urk. 8/33) - Mutter ausbezahlt.

E. 3.3

Am 16. April 2012 reichte die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin den zwischen ihr und der Y.____ am 31. März 2010 abgeschlossenen Dienstleistungsvertrag ein (Urk. 8/16). Vereinbart war, dass sie - bei genügenden Anmeldungen - an zwei Abenden pro Woche Schwangerschaftsyoga unterrichtet (S. 2 unten).

In den Angaben der versicherten Person für Monat April 2012 (Urk. 8/19) nannte sie als Tätigkeit für Arbeitgeber diejenigen für die Z.____ (60 %) und für die A.____ (Ziff. 1). Sie bejahte ferner eine selbständige Erwerbstätigkeit mit dem Vermerk „Nebenerwerb 20 %“ (Ziff. 2).

Betreffend Mai 2012 (Urk. 8/37) machte sie die gleichen Angaben, wobei sie bei der selbständigen Erwerbstätigkeit den Vermerk „20 % Abendkurse Y.____“ anbrachte (Ziff. 2).

E. 3.4

Am 12. September 2012 führte die Beschwerdeführerin im Fragebogen für Selbständigerwerbende (Urk. 8/47) aus, sie sei seit zirka 2009 als Yogalehrerin für Schwangere tätig und stelle sich der Arbeitsvermittlung bis zu 80 % zur Verfügung (S. 1 Mitte). Als Zeiten, zu denen sie ihre Tätigkeit ausübe, nannte sie: Montag 18.30-21.15 Uhr, Mittwoch 17.00-21.15 Uhr und Donnerstag 18.30-19.45 Uhr (S. 1 unten).

Im am 11. Juni 2013 ausgefüllten Fragebogen machte sie die gleichen Angaben (Urk. 8/80 = Urk. 8/81).

E. 3.5

Im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung

vom 11. März 2014 (Urk. 8/108) stellte sich die Beschwerdeführerin im Umfang von 25-29 Stunden / 60-70 % der Arbeitsvermittlung zur Verfügung (Ziff. 3). Sie bejahte die Frage nach weiteren Einkommen aus selbständiger oder unselbständiger Tätigkeit, nämlich als Yogalehrerin seit dem 1. Januar 2010 (Ziff. 12).

Im Antrag vom 1. Mai 2014 (Urk. 8/131) nannte sie 25-29 Stunden sowie 70 % (Ziff. 3).

E. 3.6

Das Amt für Wirtschaft und Arbeit hielt, nach einer Überweisung zum Entscheid durch die Beschwerdegegnerin, mit Verfügung vom 12. Dezember 2014 (Urk. 8/204) eine Vermittlungsfähigkeit von 60 % einer Vollzeitbeschäftigung fest (S. 1 Ziff. 2). Zur

Begründung wurde unter anderem ausgeführt, die Beschwerdeführerin würde ihre Tätigkeit bei der Y.____ gerne als Selbständigerwerbende

abrechnen. Dies werde von der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (SVA) jedoch nicht akzeptiert; so sei festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin bei der SVA als Unselbständigerwerbende registriert sei (S. 2 Mitte). Unbestritten sei, dass sie mindestens einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehe, dies zu den schon erwähnten (vgl. vorstehend E. 3.4) Zeiten (S. 2 f.). Da dies weniger als 40 % einer Vollzeitbeschäftigung entspreche, tangiere die selbständige Erwerbstätigkeit das Pensum von 60 % einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nicht (S. 3 oben).

E. 3.7

Am 30. Januar 2015 bestätigte die SVA der Inhaberin der Y.____ die nachträgliche Lohnmeldung von Fr. 9'120.-- betreffend 2009, Fr. 15'830.-- betreffend 2011 und Fr. 25'460.-- betreffend 2012 (Urk. 8/235-237). Das Jahr 2013 betreffend war gemäss Auszug aus dem individuellen Konto vom 28. Januar 2015 ein Einkommen von Fr. 22'270.-- bereits eingetragen (Urk. 8/221).

E. 3.8

Im Fragebogen für Selbständigerwerbende vom 3. März 2015 (Urk. 8/260 = Urk. 8/273) gab die Beschwerdeführerin an, dass sie sich der Arbeitsvermittlung im Umfang von 60 % zur Verfügung stelle (S. 1 Mitte) und nannte als Zeiten der Tätigkeit (Yoga rund um die Geburt) Dienstag und Donnerstag, je 13.00-17.30 und 18.30-22 Uhr (S. 1 unten). 4. 4.1

Die angestammte Tätigkeit der Beschwerdeführerin ist die einer kaufmännischen Angestellten. Als solche war sie seit dem Jahr 2000 in einem Pensum von 80 % und von Juli 2009 bis zur Kündigung per Ende April 2012 in einem solchen von 60 % tätig (vorstehend E. 3.1).

Seit 2009 war sie zusätzlich stundenweise als Yogalehrerin tätig , was sie sowohl im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung im April 2012 (vorstehend E. 3.1) als auch in den Angaben der versicherten Person für April 2012 - dort mit der Umschreibung „Nebenerwerb 20 %“ - und für Mai 2012 mit der Umschreibung „20 % Abendkurse“ (vorstehend E. 3.3) deklarierte. Die von ihr im September 2012 genannten Arbeitszeiten als Yogalehrerin (Beginn um 17 Uhr beziehungsweise 18.30 Uhr) decken sich damit (vorstehend E. 3.4).

Die Beschwerdeführerin stellte sich der Arbeitsvermittlung in einem Umfang von 80 % (2012) beziehungsweise 60-70 % (2014) zur Verfügung (vorstehend E. 3.4 und 3.5). Das Amt für Wirtschaft und Arbeit legte nach Überweisung zum Entscheid den Umfang auf 60 % fest (vorstehend E. 3.6). 4.2

Die Beschwerdegegnerin hat die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als Yogalehrerin seit Beginn der ersten Leistungsrahmenfrist (Mai 2012) bis zum Erlass der dem hier angefochtenen Entscheid vorangehenden Verfügung im April 2015 stets als Nebenverdienst eingestuft, das entsprechende Einkommen also beim versicherten Verdienst nicht berücksichtigt und es auch nicht als Zwischenverdienst angerechnet.

Dies erscheint auch in rückblickender Würdigung als nicht bloss vertretbar, sondern als zutreffend, waren und sind doch die Kriterien, welche die Nebenverdiensttätigkeiten charakterisieren (vorstehend E. 1.3), erfüllt. 4.3

Auslöser für die erneute, nun aber anderslautende Beurteilung der fraglichen Tätigkeit war offensichtlich, dass die zuständige Ausgleichskasse zum Schluss kam, es handle sich dabei nicht um eine selbständige, sondern eine unselbständige Tätigkeit, die dementsprechend rückwirkend abzurechnen war (vorstehend E. 3.6 und 3.7).

Für die Beantwortung der Frage, ob ein (nicht versicherter) Nebenverdienst vorliegt oder nicht, kommt es auf das Verhältnis von Haupt- und Nebentätigkeit (vorstehend E. 1.3) an, und nicht auf die beitragsrechtliche Qualifikation der Tätigkeit. Die beiden Themenkreise haben einen einzigen Berührungspunkt darin, dass

Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit definitionsgemäss keinen versicherten Verdienst darstellen und deshalb (wie auch ein unselbständig erzielter Nebenverdienst) ausser Betracht fallen. Haupt- und Nebentätigkeit einerseits und die beitragsrechtliche Qualifikation als unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit können zusammenfallen, müssen es aber keineswegs, was sich gerade darin zeigt, dass ein Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zum versicherten Verdienst gehören, je nach Massgabe der konkreten Umstände aber auch nicht versicherten Nebenverdienst darstellen kann. 4.4

Da die arbeitslosenversicherungsrechtliche Einstufung einer Erwerbstätigkeit als Nebenverdienst und deren beitragsrechtliche Qualifikation als selbständig oder unselbständig nicht zusammenhängen, kann eine nachträgliche Änderung dieser Qualifikation kein hinreichender Grund sein, um wiedererwägungsweise auf die Einstufung als Nebenverdienst zurückzukommen, indem sie diese als zweifellos unrichtig (vorstehend E. 1.7) erscheinen liesse.

Dies gilt vorliegend umso mehr, als die ursprüngliche Einstufung als zutreffend zu beurteilen ist (vorstehend E. 4.2), was begrifflich ausschliesst, dass sie zweifellos unrichtig gewesen sein könnte. 4.5

Damit erweist sich das wiedererwägungsweise Zurückkommen auf den 2012 und 2014 festgesetzten versicherten Verdienst und die nachträgliche Anrechnung des bisher als Nebenverdienst eingestuften Einkommens als Zwischenverdienst als nicht gerechtfertigt. Entsprechend erweist sich auch die daraus abgeleitete Rückforderung als unbegründet.

In Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde ist deshalb der angefochtene Einspracheentscheid - soweit nicht die

gegen die Verfügung vom April 2015 erhobene Einsprache gutgeheissen wurde - ersatzlos aufzuheben.

Soweit die damit hinfällig gewordene Rückforderung bereits mit Ansprüchen verrechnet wurde, ist dies von der Beschwerdegegnerin rückgängig zu machen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 24. September 2015 - soweit damit nicht die Einsprache gutgeheissen wurde - ersatzlos aufgehoben. 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 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der EinzelrichterDie Gerichtsschreiberin MosimannTiefenbacher

E. 7

) darstellt.

Nicht mehr zu befinden ist über die als Beiständin erhaltene Entschädigung: Die Beschwerdegegnerin hat eine entsprechende Rückforderung infolge Verwirkung fallen gelassen (vgl. Urk. 2 S. 5 f. Ziff. 2) . 3.

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