

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00226

## vom 4. Oktober 2018

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-10-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2017.00226](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2017.00226)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00226 du 4 octobre 2018

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00226 del 4 ottobre 2018

### Erwägungen

#### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 1977, war ab dem 18. Mai 2015 beim Y.\_\_\_\_ als Mitarbeiter Office angestellt (Urk. 10/2.13 S. 209). Nachdem er das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 2016 gekündigt hatte (Urk. 10/2.13 S. 248), meldete er sich am 4. Januar 2016 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Dietikon zur Arbeitsvermittlung und bei der Unia Arbeitslosenkasse zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Februar 2016 an (Urk. 10/2.19 f.).

Mit Schreiben vom 2. November 2016 meldete sich der Versicherte unter Hinweis darauf, dass er per Ende November 2016 als Taxifahrer zu arbeiten beginnen werde, beim RAV ab (Urk. 10/1.30). Nach telefonischer Rücksprache mit dem Versicherten (vgl. Urk. 10/1.18, 10/1.26) hielt das RAV mit Bestätigungsschreiben vom 11. November 2016 fest, dass jener sich abgemeldet habe und per 2. November 2016 eine Arbeit aufnehme (Urk. 10/1.32). Im zuhanden der Unia Arbeitslosenkasse ausgefüllten Fragebogen vom 18. November 2016 hielt der Versicherte für den Monat November 2016 sodann fest, dass er ab dem 2. Dezember [2016] eine Stelle als Taxifahrer in Dietikon antreten könne (Urk. 10/1.31). Im weiteren Verlauf wurden dem Versicherten insgesamt 22 Tagelöhner plus Kinderzulage für November 2016 ausbezahlt (Urk. 10/1.3 f.).

Mit Verfügung vom 16. Juni 2017 forderte die Unia Arbeitslosenkasse vom Versicherten den Betrag von Fr. 2'252.55 zurück, welcher in der Kontrollperiode November 2016 zu viel ausbezahlt worden sei (Urk. 10/1.25). Hiergegen erhob der Versicherte am 20. Juni 2017 Einsprache (Urk. 10/1.24), welche die Unia Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 6. September 2017 in dem Sinne teilweise gut hiess, als sie den vom Versicherten zurückgeforderten Betrag auf Fr. 1'394.45 reduzierte (Urk. 10/1.10 = Urk. 2).

#### 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 [GSVGer]).

#### E. 1.2

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzent schädigung [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 und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. 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 51 E. 6a).

Hiezu genügt die Willenshaltung oder die bloss verbal erklärte Vermittlungsbereitschaft nicht; die versicherte Person ist vielmehr gehalten, sich der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen, angebotene zumutbare Arbeit anzunehmen und sich selbst intensiv nach einer zumutbaren Stelle umzusehen (Urteil des Bundesgerichts 8C\_99/2012 vom 2. April 2012 E. 2 mit Hinweis).

### **E. 1.3**

Laut Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis

Abs.

### **E. 1.4**

Eine Rückforderung rechtsbeständig zugesprochener Kassenleistungen unterliegt den üblichen Rückkommensvoraussetzungen entweder der prozessualen Revision oder der Wiedererwägung wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (BGE 129 V 110 E. 1.1 mit Hinweisen).

Zweifellos ist die Unrichtigkeit, wenn kein vernünftiger Zweifel daran möglich ist, dass die Verfügung unrichtig war. Es ist nur ein einziger Schluss - derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung - möglich (Urteil des Bundesgerichts U 378/05 vom 10. Mai 2006 E. 5.2 und 5.3, publiziert in: SVR 2006 UV Nr. 17 S. 62 f.). 2.

## **E. 2**

Dagegen erhob X. \_\_\_\_

am 29. September 2017 Beschwerde (Urk. 1) mit dem sinngemässen Rechtsbegehren, die angefochtene Verfügung sei ersatzlos aufzuheben. Mit Verfügung vom 5. Oktober 2017 wurde dem Versicherten Frist angesetzt, um den angefochtenen Entscheid einzureichen (Urk. 4), wobei jener dieser Aufforderung mit Schreiben vom 10. Oktober 2017 (Urk. 6) nachkam. Mit Beschwerdeantwort vom 20. Oktober 2017 schloss die Unia Arbeitslosenkasse auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 9), worüber der Versicherte mit Verfügung vom 31. Oktober 2017 in Kenntnis gesetzt wurde (Urk. 13).

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Der Einzelrichter zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Zur Begründung ihres Einspracheentscheides vom 6. September 2017 (Urk. 2) führte die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen aus, aufgrund der getätigten Abklärungen könne nicht davon ausgegangen werden, dass die durch das RAV am 11. November 2016 erfolgte Abmeldung von der Arbeitsvermittlung offen sichtlich unzutreffend gewesen sei. Es sei davon auszugehen, dass sich der Versicherte aus persönlichen Gründen nicht mehr in der Lage sah, Termine beim RAV wahrzunehmen. Im Weiteren sei nicht ausgewiesen, per welchem Datum er tatsächlich wieder einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Insgesamt

stehe fest, dass der Versicherte am 1. November 2016 von der Arbeitsvermittlung abgemeldet worden sei und daher nur bis zu diesem Datum die Kontrollvorschriften nach Weisungen des RAV habe erfüllen können. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung könne daher längstens bis zum 1. November 2016 bestehen, was neun Taggeldern entspreche. Die angefochtene Verfügung vom 16. Juni 2017 sei demzufolge dahingehend zu korrigieren, als sich der zurückzufordernde Betrag auf Fr. 1'394.45 belaufe (Urk. 2 S. 3 f.).

### **E. 2.2**

Dem hielt der Versicherte in seiner Beschwerdeschrift vom 29. September 2017 (Urk. 1) zusammengefasst sinngemäss entgegen, er habe sich unter Hinweis auf eine angestrebte Tätigkeit als selbständiger Taxifahrer per 2. Dezember 2016 beim RAV abgemeldet. Das entsprechende Bestätigungsschreiben habe er nur überflogen und dabei das angegebene Abmeldedatum [2. November 2016]

nicht geprüft. Als die Arbeitslosenentschädigung für November 2016 nicht ausbezahlt worden sei, habe er telefonisch Kontakt mit der zuständigen Sachbearbeiterin aufgenommen, worauf die Taggelder überwiesen worden seien. Die von der Beschwerdegegnerin daraufhin verfügte Rückforderung sei nicht rechtens.

### **E. 2.3**

Streitig und zu prüfen ist demnach, ob die Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer zu Recht Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 1'394.45 zurück gefordert hat. 3.3.1

Die Beschwerdegegnerin richtete dem Versicherten für die Kontrollperiode November 2016 Arbeitslosenentschädigung im Gesamtbetrag von Fr. 2'359.80

aus, was 22 Taggeldern plus Kinderzulage entspricht. Die diesbezügliche Abrechnung vom 7. Dezember 2016 (Urk. 10/1.3) ist als formlose Verfügung unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Zu prüfen ist daher im Folgenden, ob sich diese Auszahlung mit Blick auf die Voraussetzungen einer Wiedererwägung als zweifellos unrichtig erweist (vgl. E. 1.4). 3.2 3.2.1

Indem sie dem Beschwerdeführer für die Kontrollperiode November 2016 22

Taggelder plus Kinderzulagen ausbezahlt hat, ging die Beschwerdegegnerin indirekt davon aus, dass jener die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art.

### **E. 4**

AVIG nach Art. 25 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG). Gemäss Art. 25

Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung. Wird der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend (Art. 25 Abs. 2 ATSG).

### **E. 8**

Abs. 1 lit. f und g AVIG) - für den genannten Zeitraum erfüllt hat.

Diese Annahme erweist sich

mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen nicht als zweifellos unrichtig. 3.2.2

Einerseits wird anhand der Aktenlage deutlich, dass sich der Versicherte entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht bereits per 2. oder allenfalls 1. November 2016 von der Arbeitsvermittlung abmelden wollte und auch nicht abgemeldet hat, sondern per 30. November 2011 (vgl. Urk. 10/1.30, Urk. 2 S. 4), was sonst faktisch den Verzicht auf Arbeitslosenentschädigung ab den genannten früheren Daten

zur Folge gehabt hätte. Gemäss einer telefonischen Nachfrage der Beschwerdegegnerin bei der zuständigen Sachbearbeiterin des RAV gab der Versicherte zu, sich „per Datum des Briefes“ abmelden zu wollen (Urk. 10/1.18, 10/1.19, 10/1.26). Eine formlos eingeholt und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche bzw. telefonische Auskunft wie die Aktennotiz, welche die Sachbearbeiterin der Beschwerdegegnerin über den Inhalt des Telefons mit der Sachbearbeiterin des RAV ausgefertigt hatte (Urk. 10/1.18), stellt indessen rechtsprechungsgemäss nur insoweit ein zulässiges und taugliches Beweismittel dar, als damit bloss Nebenpunkte, namentlich Indizien oder Hilfsstatsachen, festgestellt werden. Sind aber Auskünfte zu wesentlichen Punkten des rechtserheblichen Sachverhaltes einzuholen, kommt grundsätzlich nur die Form einer schriftlichen Anfrage und Auskunft in Betracht, weshalb die Notiz vom 5. Juli 2017 als Beweismittel unbeachtlich ist. Denn diese bezieht sich gerade auf den umstrittenen Sachverhalt (BGE 117 V 282 E. 4c S. 287; Urteil des Bundesgerichts 8C\_135/2009 vom 24. Juni 2009 E. 3.2).

Auch in Anbetracht der übrigen Aktenlage ist ausser dem mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer nicht bereits per 2. November 2016 vom Leistungsbezug abmelden wollte. So ist wie erwähnt seinem Abmeldungsschreiben zu entnehmen, dass er beabsichtigte, erst Ende November 2016 eine Erwerbstätigkeit als Taxifahrer aufzunehmen (Urk. 10/1.30). In späteren Eingaben führte er jeweils übereinstimmend aus, dass er ab dem 2. Dezember 2016 als Taxifahrer tätig sein werde respektive tätig sein wolle (vgl. Urk. 10/1.7, 10/1.9, 10/1.11, 10/1.20, 10/1.24 und 10/1.31). Davon ist auszugehen, zumal auch keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Beschwerdeführer bereits im November 2016 eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat. 3.2.3

Schliesslich

vermag auch die Argumentation der Beschwerdegegnerin, wonach

der Versicherte mangels Erfüllung der Kontrollvorschriften ab dem 1. November 2016 keinen Anspruch mehr auf Arbeitslosenentschädigung gehabt habe (Urk. 2 S. 4 f.), in Nachachtung der bundesgerichtlichen Praxis nicht zu überzeugen. Danach ist ein Versicherter, der nur noch für eine kurze Zwischenzeit bis zum Antritt einer neuen Stelle der Vermittlung zur Verfügung steht, in der Regel zwar nicht vermittlungsfähig. Dies darf jedoch nicht dazu führen, jene arbeitslosen Versicherten zu bestrafen, die eine freie, jedoch nicht unmittelbar antretbare Stelle finden und annehmen. In diesem Fall ist die Vermittlungsfähigkeit nicht mehr zu prüfen. Diese Praxis gilt auch für jene Versicherten, die nur noch kurze Zeit für die Vermittlung zur Verfügung stehen, weil sie als Massnahme und Reaktion gegen die Arbeitslosigkeit und in Erfüllung der Schadenminderungs pflicht in Kürze eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen und für die Zwischenzeit bis dahin praktisch nicht vermittelbar sind (BGE 112 V 326 E. 3d mit Hinweis auf BGE 111 V 38;

vgl. ferner Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 25/03 vom 9. März 2004 E. 4).

So kann auch die Pflicht zur Stellensuche gemäss Art. 17 Abs. 1 AVIG entfallen, wenn weitere Bemühungen nicht zu einem früheren Stellenantritt führen würden. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine definitive Zusage für einen kurz bevorstehenden Stellenantritt vorliegt (Urteil des Bundesgerichts 8C\_40/2016 vom 21. April 2016 E. 4.2).

Konkret beabsichtigte der Beschwerdeführer, auf den 2. Dezember 2016 eine selbständige Tätigkeit als Taxifahrer aufzunehmen, um seine Arbeitslosigkeit zu beenden. Bereits im September 2015 hatte er das Arbeitsverhältnis beim Y.\_\_\_\_ gekündigt (Urk. 10/2.13 S. 248). Erst ab Februar 2016 finden sich in Form einer Anmeldung zur theoretischen Führerprüfung (Zusatztheorie; Urk. 10/2.2) Hinweise darauf, dass sich der Versicherte zum Taxifahrer ausbilden lassen wollte (vgl. auch Urk. 10/2.1). Im Weiteren schloss er erst im August 2016 einen Leasingvertrag über ein Fahrzeug ab, welches er in der Folge zu einem Taxi umrüstete (Urk. 10/1.13 S. 34 ff.). Die entsprechende Abnahme des Personenwagens durch die Stadtpolizei Dietikon erfolgte am 21. November 2016 (Urk. 10/1.11), das heisst wenige Tage vor dem Termin, auf den er sich von der Arbeitsvermittlung abgemeldet hatte. Die Abmeldung per 2. Dezember 2016 begründete der Versicherte ausserdem damit, dass er mit seinem Fahrlehrer auf die Taxiprüfung üben müsse (Urk. 10/1.26), weshalb er im November 2016 nicht an dem vom RAV angeordneten Strategiekurs vom 14. November bis zum 7.

Dezember 2016 teilnehmen könne (vgl. Urk. 10/1.11, 10/1.26, 10/3.1).

Es liegen

somit zum einen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Versicherte die berufliche Umstellung zum selbständigen Taxifahrer bereits vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses beim Y.\_\_\_\_

- und damit nicht als Reaktion auf die Arbeitslosigkeit - geplant hatte. Zum anderen finden sich keine Hinweise darauf, dass es dem Beschwerdeführer bereits auf einen früheren Zeitpunkt hin möglich gewesen wäre, als Taxifahrer tätig zu sein und so die Arbeitslosigkeit früher zu beenden. Im Übrigen lässt sich den Akten nicht entnehmen, dass der Versicherte wegen anderer persönlicher Umstände in der fraglichen, kurzen Zeitspanne von nur einem Monat vermittlungsunfähig gewesen wäre respektive die Kontrollvorschriften nicht hätte erfüllen können (vgl. zum Ganzen BGE 111 V 38 E. 3a). 3.3

Zusammenfassend erweist sich die Abrechnung der Beschwerdegegnerin vom 7. Dezember 2016

(Urk. 10/1.3)

für den November 2016

nicht als zweifellos und richtig im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 1.4), weshalb eine wiedererwägungsweise Aufhebung derselben nicht zulässig ist.

Die Voraussetzungen einer prozessualen Revision sind ebenfalls nicht erfüllt, was im Übrigen nicht umstritten ist, da es an neuen Tatsachen oder Beweismitteln fehlt, die geeignet sind, zu einer anderen rechtlichen Beurteilung zu führen (vgl. Art. 53 Abs. 1 ATSG).

Vor diesem Hintergrund ist die Rückforderung der Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 1'394.45 zu Unrecht erfolgt, weshalb der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben ist. Der Einzelrichter erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 6. September 2017 aufgehoben. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.\_\_\_\_ - Unia Arbeitslosenkasse - 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 Einzelrichter Der Gerichtsschreiber Spitzwüsch

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