

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00256 vom 22. Oktober 2018**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-10-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2017.00256](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2017.00256)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00256 du 22 octobre 2018

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00256 del 22 ottobre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 1967, war seit 1989 bei der A.\_\_\_\_ AG als Bauarbeiter beschäftigt und ab 10. November 2014 arbeitsunfähig (Urk. 7/4/1 Ziff. 2-3 und 12). Am 7. Oktober 2015 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 31. Januar 2016 (Urk. 7/4/2). Am 17. November 2015 meldete sich der Versicherte zur Arbeitsvermittlung (Urk. 7/1) und am 20. November 2015 stellte er den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab Oktober 2015 (Urk. 7/3).

Mit Verfügung vom 15. März 2017 forderte die Unia Arbeitslosenkasse vom Versicherten zu Unrecht bezogene Leistungen im Umfang von Fr. 37'627.65 zurück (Urk. 7/24). Die dagegen am 28. April 2017 erhobene Einsprache (Urk. 7/26/1) wies sie mit Einspracheentscheid vom 5. Oktober 2017 (Urk. 7/31 = Urk. 2) ab.

### **E. 1.1**

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 Insolvenzenschädigung, 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). Hierzu 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. 1.2**

Nach Art. 15 Abs.

### **E. 1.3**

Ungenügende Arbeitsbemühungen können zur Verneinung der Vermittlungsfähigkeit führen ( BGE 112 V 215 E. 1b mit Hinweisen ). Für die Annahme fehlender Vermittlungsbereitschaft aufgrund ungenügender Stellensuche bedarf es qualifizierter Gründe (ARV 1996/97 N 8 S. 31 ff. E. 3 und 4 ; Urteil des Bundesgerichts 8C\_966/2012 vom 16. April 2013 E. 2.2 ). Zu bejahen sind solche Gründe bei fortwährend ungenügenden Suchbemühungen, insbesondere wenn zuvor bereits Einstellungen wegen mangelhaften

Arbeitsbemühungen erfolgten. Auch die wiederholte Ablehnung zumutbarer Arbeit oder die Beschränkung der Suchbemühungen auf den bisherigen Berufsbereich trotz fehlender Anstellungschancen kann die Verneinung der Vermittlungsunfähigkeit und damit den Ausschluss vom Anspruch auf Arbeitslosentaggelder rechtfertigen (vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 3. Auflage, Basel 2015, S. 2348 f.

Rz 272 f. mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis).

#### **E. 1.4**

Laut Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung (mit hier nicht anwendbaren Ausnahmen) 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.

#### **E. 1.5**

Gemäss einem allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts kann die Verwaltung auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheidungen, die nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet haben, zurückkommen, wenn sie zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; BGE 133 V 50 E. 4.1). 2.

#### **E. 2**

Satz 1 AVIG gilt für körperlich oder geistig Behinderte als vermittlungsfähig, wenn ihm bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung seiner Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte. Art. 15 Abs.

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin ging im angefochtenen Entscheid (Urk. 2) davon aus, der Beschwerdeführer wäre zwar vermittlungsfähig gewesen, habe sich selber jedoch immer als voll arbeitsunfähig erachtet (S. 4 Ziff. 6). Gemäss seinen eigenen Angaben habe er auf die Angaben seiner Personalberaterin vertraut, dass er keine Stellen suchen müsse, wenn er zu 100 % arbeitsunfähig sei. Er habe denn auch keine Anstellungsbemühungen getätigt, womit es am subjektiven Kriterium der Vermittlungsfähigkeit gefehlt habe, nämlich der Bereitschaft, sich um Arbeit zu bemühen (S. 4 Ziff. 8).

Da sich der Beschwerdeführer als vollständig arbeitsunfähig erachtet und sich deshalb auch nicht um Arbeit bemüht habe, habe ab Anmeldedatum eine offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit bestanden, weshalb kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe. Erst seit Mai 2017 bemühe er sich um Arbeit und stehe der Arbeitsvermittlung zur Verfügung (S. 4 Ziff. 8).

#### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt (Urk. 1), gemäss dem von der Invalidenversicherung eingeholten Gutachten (vgl. nachstehend E. 3.7) sei er in einer adaptierten Tätigkeit, mit einem um 10 % verminderten Rendement, vollschichtig arbeitsfähig. (S. 5 f. Ziff. 3.1). Es könne weder davon ausgegangen werden, dass er seit der Anmeldung zu 100 % arbeitsunfähig sei noch davon, dass eine offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit vorliege (S. 6 Ziff. 3.3). Mit E-Mail 23. November 2016 habe die

zuständige Sachbearbeiterin bestätigt, dass sie ihm mitgeteilt habe, dass er keine Stellen suchen müsse, wenn er zu 100 % arbeitsunfähig sei. Angesichts der damals vorhandenen Unterlagen sei diese Auskunft klar falsch gewesen (S. 7 Mitte). Gestützt auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes (S. 7 unten) habe er auf die genannten Aussagen vertrauen dürfen und es könne ihm diesbezüglich nichts zum Nachteil ausgelegt werden (S. 8 oben). Nachdem er sich nach durchgeführter medizinischer Abklärung seit Mai 2017 um Arbeit bemühe und der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehe, fehle es ihm auch nicht am subjektiven Kriterium der Vermittlungsfähigkeit (S. 8 Mitte).

### **E. 2.3**

Strittig und zu prüfen ist, ob die von der Beschwerdegegnerin verfügte Rückforderung rechtens ist.

### **E. 3**

der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) legt fest, dass ein Behinderter, der unter der Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist, und der sich bei der Invalidenversicherung oder einer anderen Versicherung nach Art. 15 Abs. 2 AVIV angemeldet hat, bis zum Entscheid der anderen Versicherung als vermittlungsfähig gilt.

Bestehen erhebliche Zweifel an der Arbeitsfähigkeit einer arbeitslosen Person, so kann die kantonale Amtsstelle eine vertrauensärztliche Untersuchung anordnen (Art. 15 Abs. 3 AVIG).

### **E. 3.1**

Der Taggeldversicherer Visana teilte dem Beschwerdeführer am 23. Juni 2015 mit, die Taggeldleistungen würden ab 1. Oktober 2015 eingestellt. Aus den medizinischen Unterlagen gehe hervor, dass ihm die berufliche Tätigkeit bei einer Anpassung der Belastung und wechselnder Tätigkeit zumutbar sei. Im Sinne einer Übergangsfrist würden bei entsprechend ärztlich bescheinigter Arbeitsunfähigkeit Taggeldleistungen bis längstens 30. September 2015 erbracht (Urk. 7/13/1).

### **E. 3.2**

Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, teilte dem Beschwerdeführer am 30. September 2015 mit, die Unterstützung beim Erhalt seines jetzigen Arbeitsplatzes werde mit seinem Einverständnis beendet. Er fühle sich nicht in der Lage zu arbeiten oder Arbeit zu suchen (Urk. 7/IV/1).

### **E. 3.3**

Im Protokolleintrag über das Erstgespräch im Regional Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) vom 23. November 2015 (Urk. 7/E/2) finden sich unter anderen die folgenden Einträge: - PAB (persönliche Arbeitsbemühungen) vor Anmeldung befreit = 100 % AUF - PAB ab Teilarbeitsfähigkeit erklärt und vereinbart - Suchbereich: Arztzeugnis ALV ausgehändigt

In der mittleren Spalte des Protokolleintrags findet sich ferner der Eintrag «Start Stellensuche ab Teilarbeitsfähigkeit».

### **E. 3.4**

In den monatlichen Angaben der versicherten Person (Urk. 7/AVP) beantwortete der Beschwerdeführer die Frage, ob er arbeitsunfähig gewesen sei, wie folgt: - November 2015: Ja - Dezember 2015: Ja, siehe AZ (Arztzeugnis) - Januar bis Dezember 2016: Nein, IV-Abklärung pendent - Januar bis April 2017: Unklar, IV-Abklärung pendent - Mai 2017: gemäss B.\_\_\_\_-Gutachten vom 14. März 2017 in angepasster Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig - Juni bis Oktober 2017: Unklar, IV-Abklärung pendent

### **E. 3.5**

Dr. C.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, attestierte in einem Zeugnis vom 3. Dezember 2015 zu Händen des RAV eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 31. November 2014 bis 31. Dezember 2015 (Urk. 7/AZ/4).

In den Kontrollkarten des Taggeldversicherers Visana attestierte er in monatlichen Abständen eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 21. November 2014 bis 15. Dezember 2016 (Urk. 7/AZ/3-17).

Am 16. Februar 2017 attestierte er eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 16. Februar bis 16. März 2017 (Urk. 7/AZ/18) und am 16. März 2017 vom 17. März bis 21. April 2017 (Urk. 7/AZ/19).

In einem Zeugnis vom 24. April 2017 zu Händen der Beschwerdegegnerin vermerkte er: leichte-mittelschwere Tätigkeit, kein Heben > 10 kg (Urk. 7/AZ/20).

Am 18. Mai 2017 attestierte er eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 22. bis 30. April 2017 (Urk. 7/AZ/21), am 21. September 2017 vom 21. bis 26. September 2017 (Urk. 7/AZ/22). Gleiches attestierte er in einem weiteren Zeugnis gleichen Datums, nunmehr mit dem Zusatz, ab 27. September 2017 sei der Beschwerdeführer für leichte Tätigkeiten ohne Heben von Lasten über 10 kg voll arbeitsfähig (Urk. 7/AZ/23).

In einem Zeugnis vom 3. Oktober 2017 zu Händen der Beschwerdegegnerin attestierte er eine seit 21. November 2014 bestehende und andauernde Arbeitsunfähigkeit von 100 % mit dem Zusatz, leichte bis mittelschwere Arbeit ohne Heben über 10 kg könne der Beschwerdeführer ausüben (Urk. 7/AZ/24).

### **E. 3.6**

Am 14. März 2017 erstatteten die Ärzte des Zentrums B.\_\_\_\_ ein Gutachten im Auftrag der IV-Stelle (Urk. 7/26/3).

### **E. 3.7**

Mit Verfügung vom 18. Mai 2018 verneinte die IV-Stelle einen Rentenanspruch des Beschwerdeführers (Urk. 7/IV/8 = Urk. 3/4).

### **E. 4.1**

Im angefochtenen Entscheid traf die Beschwerdegegnerin verschiedene, nachstehend auf ihre Schlüssigkeit zu prüfende, Feststellungen, nämlich: (a) Der Beschwerdeführer war (zwar) vermittlungsfähig, (aber ...). (b) Der Beschwerdeführer hat sich selber immer voll als arbeitsunfähig erachtet und er hat keine Arbeitsbemühungen unternommen. Damit fehlte es an einem subjektiven Element der Vermittlungsfähigkeit, nämlich der Bereitschaft, seine Arbeitskraft einzusetzen. (c) Ab Anmeldedatum hat eine offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit bestanden.

Eine weitere Feststellung traf die Beschwerdegegnerin nur implizit durch die Erwähnung von Art. 53 Abs. 2 ATSG (Urk. 2 S. 2 Ziff. 2 am Ende): (d) Die Leistungszusprache war zweifellos unrichtig, weshalb auf sie zurückgekommen werden darf.

#### **E. 4.2**

Die Feststellung (a) ist als zutreffend einzustufen, soweit sie sich auf die Arbeitsfähigkeit in allenfalls angepassten Tätigkeiten und damit auf die objektive Komponente der Vermittlungsfähigkeit bezieht. Sowohl der Krankentaggeldversicherer, der aus diesem Grund seine Leistungen einstellte (vorstehend E. 3.1), als auch der Beschwerdeführer selber unter zustimmendem Hinweis auf das B.\_\_\_\_-Gutachten (vorstehend E. 2.2) bestätigen die Richtigkeit dieser Annahme.

#### **E. 4.3**

Die Feststellung (b) ist, was den ersten Satz anbelangt, ebenfalls zutreffend. Dass der Beschwerdeführer keine Arbeitsbemühungen unternommen hat, ist allseits unbestritten. Er begründete dies damit, dass er sich auf die Auskunft der Personalberaterin verlassen habe, solange er arbeitsunfähig sei, müsse er keine Arbeitsbemühungen unternehmen (vorstehend E. 2.2). Ob diese Auskunft richtig war oder nicht spielt vorliegend gar keine Rolle (und es stellt sich auch gar nicht die Frage des Vertrauensschutzes). Ausschlaggebend ist vielmehr, dass damit erwiesen ist, dass der Beschwerdeführer keine Arbeitsbemühungen unternommen hat, weil er sich selber als arbeitsunfähig erachtete. Darin dürfte er durch die (bis April 2017) vorbehaltlose Attestierung einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit seitens des Hausarztes bestärkt worden sein. Auch die im angefochtenen Entscheid angeführten Feststellungen im B.\_\_\_\_-Gutachten (Urk. 2 S. 4 Ziff. 6) lassen erkennen, dass sich der Beschwerdeführer selber als arbeitsunfähig erachtete.

Inwieweit nun gestützt auf diese Selbsteinschätzung und die unterbliebenen Arbeitsbemühungen rückblickend (und rückwirkend) auf fehlende Vermittlungsfähigkeit geschlossen werden kann, erscheint fraglich. Darauf ist zurückzukommen.

#### **E. 4.4**

Feststellung (c) kann nicht bestätigt werden. Im Zeitpunkt der Anmeldung war weder bekannt, dass der Beschwerdeführer sich künftig als arbeitsunfähig erachten werde, noch dass er keine Arbeitsbemühungen tätigen werde. Beide Verhaltensweisen, aus denen die Beschwerdegegnerin auf fehlende subjektive Vermittlungsfähigkeit schloss, traten erst später zu Tage. Abgesehen davon liesse sich kaum nachvollziehen, inwiefern eine Vermittlungsunfähigkeit zwar offensichtlich gewesen sein sollte, sich dies aber erst nach rund 1½ Jahren hätte feststellen lassen.

#### **E. 4.5**

Feststellung (d) kann ebenfalls nicht bestätigt werden. Nach erfolgter Anmeldung und Anspruchsprüfung richtete die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer Arbeitslosenentschädigung aus. Inwiefern dies nach dem - einzig massgebenden - damaligen Kenntnisstand hätte unrichtig sein sollen, ist weder ersichtlich noch von der Beschwerdegegnerin näher dargelegt worden. War die damalige Leistungszusprache zu ihrer Zeit also durchaus richtig, so kann sie umso weniger zweifellos unrichtig gewesen sein.

Dementsprechend ist eine zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Wiedererwägung (vgl. vorstehend E. 1.5) nicht erfüllt.

#### **E. 4.6**

Zutreffend ist, dass der Beschwerdeführer nach korrekt erfolgter Anspruchsprüfung in objektiver Hinsicht vermittlungsfähig war (vorstehend E. 4.2). An seiner subjektiven Vermittlungsfähigkeit waren beziehungsweise wären jedoch zunehmend Zweifel angebracht gewesen (vorstehend E. 4.3). Es hätte an der Beschwerdegegnerin - die dank der Zustellung der entsprechenden Zeugnisse Kenntnis von der fortlaufend attestierten vollen Arbeitsunfähigkeit hatte - gelegen, die Frage der Arbeitsfähigkeit und allfälligen Vermittlungsunfähigkeit zeitnah genauer abzuklären (vgl. vorstehend E. 1.2). Ebenso hätte sie beziehungsweise das RAV die Möglichkeit (wenn nicht gar Obliegenheit) gehabt, auf das Ausbleiben jeglicher Arbeitsbemühungen mit den dafür vorgesehenen Instrumenten zu reagieren (vgl. vorstehend E. 1.3).

#### **E. 4.7**

Die Beschwerdegegnerin hat es unterlassen, die zunehmend fragliche subjektive Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers rechtzeitig abzuklären. Es ist anzunehmen, dass eine solche Abklärung zu einer Leistungseinstellung für die Zukunft infolge fehlender Vermittlungsfähigkeit geführt hätte.

Ohne eine solche Abklärung ist beziehungsweise war die möglicherweise nicht mehr gegebene Vermittlungsfähigkeit jedoch nicht belegt, weshalb die bis dahin erbrachten Leistungen auch nicht als zu Unrecht bezogen qualifiziert werden können.

Die Voraussetzungen für eine Rückforderung im Sinne von Art. 25 ATSG (vorstehend E. 1.4) sind damit nicht gegeben.

#### **E. 4.8**

Dies führt zusammengefasst zum Schluss, dass die von der Beschwerdegegnerin erhobene Rückforderung nicht gerechtfertigt ist.

Der Einspracheentscheid - der an die Stelle der vorangegangenen Verfügung getreten ist - ist deshalb in Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde ersatzlos aufzuheben.

#### **E. 5**

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 Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Mosimann Tiefenbacher

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