

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00120 vom 7. Oktober 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-10-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2018.00120](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00120)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00120 du 7 octobre 2019

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00120 del 7 ottobre 2019

## Erwägungen

### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 1971, war vom 1. März 2015 bis 31. August 2016 bei der Y.\_\_\_\_ AG als Marketing Representati ve angestellt ( Urk. 5/3, 5/8 -9, 5/10 und 5/20 ). Am 13. Dezember 2016 meldete er sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Uster zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 20. Dezember 2016 Antrag zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 13. Dezember 2016 (Urk.

5/1, 5/5).

Mit E-Mail vom 14. August 2017 meldete sich der Versicherte unter Hinweis darauf, dass er eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehme, per 21. August 2017 beim RAV und der Arbeitslosenkasse ab ( Urk. 5/38). Im zuhanden der Arbeitslosenkasse ausgefüllten Fragebogen vom 21. August 2017 hielt der Versicherte für den Monat August 2017 sodann fest, dass er ab dem 28. August 2017 die selbständige Tätigkeit ausüben werde ( Urk. 5/35). Im weiteren Verlauf wurden ihm für August 2017 insgesamt 19 Taggelder ausbezahlt ( vgl. Abrechnung vom 29. August 2017, Urk.

### E. 5

/ 48 = Urk. 2). 2.

Dagegen erhob X.\_\_\_\_ am 11. April 2018 Beschwerde mit dem sinn gemässen Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei auf eine Rückforderung der Arbeitslosenentschädigung zu verzichten (Urk. 1). Mit Beschwerdeantwort vom 3. Mai 2018 schloss die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich auf Abweisung der Beschwerde ( Urk. 4), worüber der Versicherte mit Verfügung vom 7. Mai 2018 in Kenntnis gesetzt wurde ( Urk. 7). Die Einzelrichterin zieht in Erwägung: 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). 2. 2.1

Laut Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis

Abs. 4 AVIG nach Art. 25 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) . Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzu erstatten. 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). 2.2

Die Rechtsbeständigkeit gilt bei zulässigerweise formlos ergangenen Entscheidungen (vgl. Art. 51 Abs. 1 ATSG und betreffende spezialgesetzliche Bestimmungen) als eingetreten, wenn anzunehmen ist, die betroffene Person habe sich mit einer getroffenen Regelung abgefunden. Dies ist dann der Fall, wenn die nach den Umständen zu bemessende Überlegungs- und Prüfungsfrist abgelaufen ist, welche der betroffenen Person zusteht, um sich gegen den formlosen oder faktischen Verwaltungsentscheid zu verwahren (vgl. Art. 51 Abs. 2 ATSG; BGE 134 V 145 E. 5.3.1, 132 V 412 E. 5, 129 V 110 E. 1.2.2, je mit Hinweisen).

Nach Ablauf einer Zeitspanne, die der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht, darf hingegen der Versicherungsträger in einer unbeanstandet gebliebenen « formlosen Verfügung » oder « faktischen Verfügung » zugesprochene Leistungen nur unter den Voraussetzungen der Wiedererwägung oder prozessualen Revision (Art. 53 ATSG) zurückfordern (BGE 129 V 110 Regeste; vgl. zu den Rückerstattungs Voraussetzungen auch BGE 142 V 259 E. 3.2 mit Hinweisen).

Eine Rückforderung rechtsbeständig zugesprochener Kassenleistungen unterliegt den üblichen Rückkommensvoraussetzungen entweder der prozessualen Revision oder der Wiedererwägung wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung ( Art. 53 ATSG ), unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (BGE 129 V 110 E. 1.1 und 1.2.1

mit Hinweisen , Urteil des Bundesgerichts 8C\_789/2014 vom 7. September 2015 E. 2.2 ).

## 2.3

Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht folgt vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 353 E. 5b mit Hinweisen; vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2 und 3.3). 3. 3.1

Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 8. März 2017 zog die Beschwerdegegnerin zusammengefasst in Erwägung, der Beschwerdeführer habe seiner RAV-Beraterin mit E-Mail vom 14.

August 2017 mitgeteilt, dass er am 21. August 2017 seine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen werde und daher darum ersuche, ihn per dieses Datum von der Arbeitsvermittlung abzumelden. Er könne nicht nachweisen, dass er das RAV Uster im weiteren Verlauf über die spätere Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit informiert habe; das RAV habe dies auf entsprechende Nachfrage nicht bestätigen können. Es gehe auch nicht an, dass der Beschwerdeführer am 15. September 2017 die Abmeldebestätigung

des RAV mit eigenhändig geändertem Datum zurückgeschickt habe. Er sei zu Recht am 21. August 2017 von der Arbeitsvermittlung abgemeldet worden. Entsprechend habe für den Zeitraum vom 21. bis 25. August 2017 kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestanden, weshalb sich die erfolgte Ausrichtung der Tagelöhner während dieser Periode in Höhe von Fr. 2'094.50 netto als unrechtmässig erweise. Dieser Betrag sei folglich vom Beschwerdeführer zurückzuerstatten (Urk. 2 S. 2 f.). 3.2

Dieser Argumentation hält der Beschwerdeführer mit Beschwerde vom 11. April 2018 im Wesentlichen entgegen, dass er das RAV mehrmals über die Anpassung des Abmeldedatums vom 21. auf den 28. August 2017 telefonisch informiert habe. Es sei davon auszugehen, dass diese Telefongespräche aufgezeichnet worden seien. Beide Male sei ihm zugesichert worden, dass die Anpassung durch seine Beraterin nach ihrer Rückkehr aus dem Sommerurlaub vorgenommen werde. Dass dies nicht erfolgt sei, könne ihm nicht angelastet werden, sondern sei auf ein fehlerhaftes Verhalten des RAV Uster zurückzuführen (Urk. 1). 3.3

Streitig und zu prüfen ist demnach, ob die Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer zu Recht Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 2'094.50 zurückgefordert hat. 4. 4.1

Die Beschwerdegegnerin richtete dem Beschwerdeführer für die Kontrollperiode August 2017 Arbeitslosenentschädigung im Gesamtbetrag von Fr. 8'650.70 brutto aus, was 19 Taggeldern entspricht. Die diesbezügliche Abrechnung datiert vom 29. August 2017 (Urk. 5/36).

Die Verfügung, mit welcher die Beschwerdegegnerin Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 2'094.50 für die Zeit vom 21. bis 25. August 2017 zurückforderte, wurde am 29. September 2017 erlassen (Urk. 5/40). Sie kam somit unbestrittenemassen innerhalb der 30tägigen Rechtsmittelfrist (Art. 60 Abs. 1 ATSG) auf die Bezügerabrechnung für August 2017 zurück, welche rechtsprechungsgemäss als faktische Verfügung zu qualifizieren ist. Die Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision mussten da für nicht erfüllt sein (vgl. E. 2.2). 4.2 4.2.1

Damit ist zu klären, ob der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG vom 21. bis 25. August 2017 unrechtmässig Leistungen bezogen hat. 4.2.2

Unbestritten und belegt ist in diesem Zusammenhang, dass der Beschwerdeführer der zuständigen RAV-Beraterin am 14. August 2017 per E-Mail mitteilte, dass er sich entschieden habe, ab dem 21. August 2017 eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen (Urk. 5/38). Der Beschwerdegegnerin ist zudem insoweit bei zupflichten, als dass das vom Beschwerdeführer auf der Abmeldebestätigung vom 15. September 2017 eigenhändig abgeänderte Abmeldedatum nicht massgebend sein kann (vgl. Urk. 5/37, 5/43). Zudem vermag er den von ihm geltend gemachten Umstand, dass er das RAV Uster zwei Mal telefonisch über die spätere Aufnahme seiner Erwerbstätigkeit informiert habe, nicht zu belegen. Weder konnten sich die RAV-Mitarbeiterinnen daran erinnern (Urk. 5/46), noch wurden die entsprechenden Telefonate aufgezeichnet (Urk. 4). Letzteres wäre denn auch ohne die Einwilligung des Beschwerdeführers grundsätzlich nicht zulässig gewesen (vgl. Art. 179 ter des Schweizerischen Strafgesetzbuches).

Praxismässig stellen die Gerichte im Bereich des Sozialversicherungsrechts in der Regel auf die « Aussagen der ersten Stunde » ab, denen in beweismässiger Hinsicht grösseres

Gewicht zukommt als späteren Darstellungen, die bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können (BGE 121 V 45 E. 2a, 115 V 133 E. 8c mit Hinweis).

In Nachachtung dieser Rechtsprechung ist der Beschwerdeführer auf seiner ursprünglichen Angabe zu behaften, weshalb von einer Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit am 21. August 2017 auszugehen ist.

Zu keinem anderen Schluss führen die Erläuterungen des Beschwerdeführers vom 7. Februar 2018 zu den Gründen der späteren Erwerbsaufnahme (Urk. 5/47). Insoweit er auf nicht gelieferte Autofolien verwies, ist aufgrund der eingereichten E-Mail von September 2017 und Januar 2018 (Urk. 5/47/12) ein Zusammenhang zum hier fraglichen Zeitraum im August 2017 nicht ersichtlich. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, inwiefern allein dieser Umstand einer Erwerbsaufnahme entgegen gestanden hätte, hängt doch eine solche von zahlreichen weiteren Faktoren ab als lediglich von einer Warenlieferung. Und selbst wenn von einer unterbliebenen Warenlieferung in der strittigen Augustwoche 2017 auszugehen wäre -

welche

eine geschäftliche Schwierigkeit darstellt und als Unternehmerrisiko von vornherein vom selbständigen Beschwerdeführer und nicht der Arbeitslosenversicherung zu tragen ist - würde dies belegen, dass er mit der zuvor erfolgten Bestellung bereits als Selbständigerwerbender tätig gewesen war.

Ebenso wenig ist nachvollziehbar, weshalb eine Ferienabwesenheit bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG die Geschäftsaufnahme verzögert hätte, da für Selbständigerwerbende keine zwingende berufliche Vorsorgeversicherung erforderlich und eine schriftliche Anmeldung jederzeit möglich gewesen ist. Der

beschwerdeführerischen Darstellung kann daher nicht gefolgt werden. 4.3

Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin die für die Zeit ab 22. August 2017 zu Unrecht ausgerichteten Taggelder in der Höhe von Fr. 2'094.50 zurückgefordert hat. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Die Einzelrichterin erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 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 dem 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 Die EinzelrichterinDer Gerichtsschreiber FehrWürsch

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