

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00035 vom 29. Januar 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-01-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2020.00035

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00035 du 29 janvier 2021

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00035 del 29 gennaio 2021

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1985, war seit dem 1. Januar 2015 bei der Y.____ als CNC Abkanter angestellt (Urk. 7/1). Am 4. April 2016 kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten per 30. Juni 2016 (Urk. 7/2 S. 1). Der Versicherte beantragte in der Folge am 19. November 2016 bei der Unia Arbeitslosenkasse Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Dezember 2016 und stellte sich der Arbeitsvermittlung im Umfang eines 100 %-Pensums zur Verfügung (Urk. 7/4 S. 1). In der Folge eröffnete die Unia Arbeitslosenkasse eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. Dezember 2016 bis 30. November 2018 mit einem versicherten Verdienst von Fr. 5'958.-- und einem Taggeld von Fr. 219.65 (80 % des versicherten Verdienstes, vgl. Urk. 7/6).

Ab dem 4. September 2017 war der Versicherte für die Z.____

im Rahmen eines Temporärarbeitsverhältnisses

bei der A.____ tätig (Urk. 3/2

f.).

Die Unia Arbeitslosenkasse bezahlte dem Versicherten in den Kontrollperioden Dezember 2017 bis August 2018 unter Anrechnung des erzielten Zwischenverdienstes Leistungen in Form von Kompensationszahlungen im Betrag von insgesamt Fr. 12'703.-- aus (Urk. 7/33, Urk. 7/36, Urk. 7/39, Urk. 7/42, Urk. 7/50, Urk. 7/52, Urk. 7/55, Urk. 7/58, Urk. 7/61, Urk. 7/75). Am 19. Juli 2018 kündigte der Versicherte das Arbeitsverhältnis mit der Z.____ auf den nächst möglichen Kündigungstermin (Urk. 7/72, Urk. 7/74 S. 1).

Mit Verfügung vom 14. Mai 2019 forderte die Unia Arbeitslosenkasse den Betrag von Fr. 12'703.-- vom Versicherten zurück, da

er in den meisten Monaten des Temporärarbeitsverhältnisses

weniger als die von der Z.____ zugesicherten, aber von der Kasse anzurechnenden 40 Stunden pro Woche gearbeitet habe und durch die Anrechnung dieser 40 Stunden ab dem 4. September 2017 bis zum 19. August 2018 von einem zumutbaren Arbeitsverhältnis auszugehen sei. Daher bestehe kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Urk. 7/95 S. 1). Die am 27. Mai 2019 dagegen erhobene Einsprache des Versicherten (Urk. 7/97) wies die Unia Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 6. Januar 2020 ab (Urk. 7/104 = 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, in der bis 31. Mai 2020 gültigen Fassung).

E. 1.2

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 Insolvenzentschädigung, 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. 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 versicherten Person allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 3. Auflage, Basel 2015, S. 2310 Rz 151). Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstausschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Kumulativ erforderlich ist damit ein Verdienstausschlag und ein Mindestarbeitsausfall (Thomas Nussbaumer, a.a.O., S. 2311 Rz 153).

E. 1.3

Nach Art. 24 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstausschlages (Abs. 1). Als Verdienstausschlag 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. 1.4

Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Überprüfung gebildet haben, zurück kommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (sogenannte Wiedererwägung; Art. 53 Abs. 2 und 3 ATSG; BGE 144 I 103 E. 2.2, 141 V 405 E. 5.2, 138 V 147 E. 2.1 mit Hinweis). Die Wiedererwägung im Sinne dieser Bestimmung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts. Zweifelloser Unrichtigkeit meint dabei, dass kein vernünftiger Zweifel an der (von Beginn weg bestehenden) Unrichtigkeit der Verfügung möglich, also einzig dieser Schluss denkbar ist (BGE 138 V 324 E. 3.3 S. 328).

Eines Rückkommenstitels bedarf es auch dort, wo eine Leistung zulässigerweise mit formlosem Entscheid zugesprochen worden ist, insbesondere mit einer Leistungsabrechnung, und dieser Entscheid eine vergleichbare Rechtsbeständigkeit erreicht hat wie eine unangefochten gebliebene Verfügung. Eine solche Rechtsbeständigkeit tritt für die

Verwaltung nach Ablauf der Zeitspanne

ein, die der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht, also nach 30 Tagen (BGE 129 V 110; Urteil des Bundesgerichts 8C_789/2014 vom 7. September 2015 E. 2.2).

E. 2

Dagegen erhob der Versicherte am 31. Januar 2020 Beschwerde und beantragte, der Einspracheentscheid vom 6. Januar 2020 sei vollumfänglich aufzuheben und von der Rückforderung sei vollständig abzusehen. Eventualiter sei der Einspracheentscheid vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren (Urk. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin schloss am 25. Februar 2020 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6). Das Gericht trat mit Verfügung vom 3. März 2020 auf das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht ein (Urk. 9). Sodann erstattete der Beschwerdeführer am 6. April 2020 seine Replik und hielt an den mit Beschwerde vom 31. Januar 2020 gestellten Rechtsbegehren fest (Urk. 10). Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 14. April 2020 auf das Einreichen einer Duplik (Urk. 13), was dem Beschwerdeführer am 21. April 2020 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 14). Der Einzelrichter zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin erwog im angefochtenen Einspracheentscheid, zwischen dem Beschwerdeführer und der Z.____ sei ab dem 4. September 2017 ein Arbeitseinsatz des Ersteren bei der A.____ zu einem Bruttolohn von Fr. 30.50 pro Stunde und einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden vereinbart gewesen. Auch wenn er weniger Stunden leisten können, so habe er dennoch Anspruch gehabt, im Umfang von 40 Stunden pro Woche beschäftigt respektive entlohnt zu werden. Demgemäss sei auch ein Verdienst von 40 Stunden pro Woche anzurechnen, was einem Tageseinkommen von Fr. 227.10 entspreche. Dieses sei höher als das Taggeld der Arbeitslosenentschädigung von Fr. 219.65. Der Beschwerdeführer habe somit eine finanziell zumutbare Arbeit aufgenommen, weshalb die Arbeitslosigkeit ab dem 4. September 2017 als beendet gelte und in den fraglichen Kontrollperioden von Dezember 2017 bis August 2018 kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe.

Damit habe sie dem Beschwerdeführer zu Unrecht Taggeldleistungen ausgerichtet. Es sei von einer zweifellosen Unrichtigkeit auszugehen und die Berichtigung sei aufgrund der Höhe der Leistungen von erheblicher Bedeutung (Urk. 2 S. 5).

Zwar habe grundsätzlich eine Aufklärungs- und Beratungspflicht ihrerseits bestanden und sie hätte den Beschwerdeführer auf seinen Anspruch, im Umfang von 40 Stunden pro Woche beschäftigt zu werden, aufmerksam machen müssen. Es sei jedoch fraglich, inwiefern er aufgrund der unterlassenen Auskunft nach teilige Dispositionen getroffen habe, die nicht wieder rückgängig gemacht werden könnten. Die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes seien demzufolge nicht erfüllt (Urk. 2 S. 5).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, bereits auf dem Lohnkontoauszug 2017 sei ersichtlich gewesen, dass er von Beginn weg nicht 40 Stunden pro Woche gearbeitet habe. Dieser Auszug sei der Beschwerdegegnerin am 6. Dezember 2018 zugegangen (Urk. 1 S. 3). Der entsprechende Sachverhalt sei ihr gemeldet worden

(Urk. 1 S. 5). Die Beschwerdegegnerin anerkenne zu R echt die Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht. Selbst bei Annahme der fehlenden nachteiligen Dispositionen sei die Rückforderung der Beschwerdegegnerin abzulehnen, weil diese den Betrag im Rahmen der Subrogation selbständig beim Arbeitgeber geltend zu machen habe (Urk. 1 S. 8). Ohnehin sei ein allfälliger Rückforderungsanspruch verwirkt (Urk. 1 S. 9).

E. 2.3

Strittig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer die in den Kontrollperioden von Dezember 2017 bis August 2018 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung von total Fr. 12'703.-- zurückzuerstatten hat. 3. 3.1

Die Beschwerdegegnerin stützt sie sich für die Rückforderung auf den Rückkommenstitel der Wiedererwägung. Vorab ist daher zu klären, ob die seinerzeitige Leistungszusprache zweifellos unrichtig war.

Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Beschwerdeführer im Rahmen seines Einsatzes bei der A.____ Anspruch auf eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden gehabt hätte. Demgegenüber hielt der Beschwerdeführer fest, dass weder im Einsatz- beziehungsweise Arbeitsvertrag noch im Arbeitszeitreglement faktisch eine Arbeitszeit vereinbart worden sei (Urk.

1 S. 5 Rz 15, S. 7 Rz 28, S. 3 Rz 3; vgl. auch Urk. 10 S. 3 Rz 6).

3.2

Laut Art. 19 Abs. 2 lit. d des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) hat der Verleiher im Vertrag mit dem Arbeitnehmer unter anderem die Arbeitszeiten zu regeln. Werden die Erfordernisse hinsichtlich Form oder Inhalt nicht erfüllt, so gelten gemäss Art. 19 Abs. 3 AVG die orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen oder die gesetzlichen Vorschriften, ausser es seien für den Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen mündlich vereinbart worden. Gemäss Weisung 2019/1 (Präzisierung der Weisungen und Erläuterungen zum AVG) des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO vom 19. Dezember 2019 (abrufbar unter: « <https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/menue/arbeitsvermittlung/private-arbeitsvermittlung-und-personalverleih.html> ») darf der Verleiher im Arbeitsvertrag nicht auf die Arbeitszeiten des Einsatzbetriebes verweisen, viel mehr müsse der Arbeitnehmer vor Arbeitsbeginn wissen, wie viele Arbeitsstunden er leisten müsse, damit er gestützt darauf seinen Lohn berechnen könne (S. 2 unten), wobei in Einzelfällen auch Bandbreitenmodelle (in der Regel zwischen 80% und 100% oder etwa zwischen 60% und 80%) möglich seien. In diesem Fall müsse jedoch dem Arbeitnehmer für die Zeit in der Bandbreite, in welcher er nicht arbeiten könne, weil ihn der Einsatzbetrieb nach Hause schicke, analog der Arbeit auf Abruf zusätzlich eine Entschädigung bezahlt werden (S. 4).

3.3

Im Einsatzvertrag vom 4. September 2017 zwischen der Z.____ und dem Beschwerdeführer wurde unter der Rubrik «Arbeitszeit» festgehalten «gem. Arbeitszeitenreglement des Einsatzbetriebes» (Urk. 7/70 = Urk. 3/2). Im «Arbeitszeitreglement für flexible Arbeitszeit» der A.____ wiederum lautet der Titel «Arbeitszeit» wie folgt: «Die Wochenarbeitszeit ist im Arbeitsvertrag festgelegt» (Urk. 3/4).

In der Rahmenvereinbarung der Z.____ wird

schliesslich unter dem Titel «Allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge» darauf verwiesen, dass der (Personal-) Verleiher die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages gegenüber dem Arbeitnehmer einzuhalten hat (Urk. 7/69 S.

1 = Urk. 3/3 S. 1) . 3.4

Die Beschwerdegegnerin vertritt die Auffassung, dass vorliegend gestützt auf Art. 44 des ihrer Meinung nach anwendbaren

Landes-Gesamtarbeitsvertrags (L - GAV) für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landmaschinen-, Schmiede -, und Stahlbaugewerbe (vgl. Urk. 6 S. 2 ; vgl. auch Art. 3.1-3.4 L-GAV) von der

im

Metallbaugewerbe geltenden Wochenarbeitszeit von 40 Stunden

aus zugehen sei . Ein solches Pensum wurde jeweils auch in den Bescheinigungen über den erzielten Zwischenverdienst von der Z.____ so bescheinigt (vgl. etwa Urk. 7/21).

Hingegen hielt diese in ihrer Stellungnahme vom 17. September 2018 zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses fest, der Beschwerdeführer sei temporär und je nach Arbeitsvolumen im Umfang eines Arbeitspensums von 80% bis 100% angestellt gewesen (Urk. 7/73).

Im Arbeitszeitreglement (für flexible Arbeitszeit) der A.____ wiederum wurde festgehalten, dass die flexible Arbeitszeit es (unter anderem) dem Unternehmen ermögliche, die unterschiedliche Auslastung mit flexiblem Einsatz der Mitarbeiter zu bewältigen (Urk. 7/100 S. 1 Ziff. 1). Der Beschwerdeführer wurde denn auch - soweit ersichtlich - während der ganzen Einsatzdauer - abgesehen vom Monat Juni 2018- nie im Umfang von (durchschnittlich mindestens) 40 Stunden pro Woche beschäftigt (vgl. Urk. 7/29

ff. sowie Urk. 7/95 und Urk. 7/96). 3.5

Gestützt auf diesen Sachverhalt ist zumindest fraglich , ob zwischen der Z.____ und dem Beschwerdeführer tatsächlich eine Wochenarbeitszeit von 40 Stunden oder aber allenfalls eine Arbeitszeit innerhalb einer gewissen Band breite vereinbart worden war . Jedenfalls kann nicht ohne Weiteres gesagt werden, dass kein vernünftiger Zweifel an der (von Beginn weg bestehenden) Unrichtigkeit der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung im strittigen Zeitraum möglich und demnach einzig dieser Schluss denkbar ist (vgl. E. 1.4 hiavor). Dies hätte zur Folge , dass die Ausrichtung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung für die Kontrollperioden Dezember 2017 bis August 20 18 nicht als zweifellos unrichtig qualifiziert werden könnte , weshalb die Beschwerdegegnerin diese nicht in Wiedererwägung hätte ziehen dürfen .

Wie es sich damit verhält, muss aber nicht abschliessend entschieden werden, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. 4. 4.1

Gemäss Rechtsprechung (BGE 143 V 95 E. 3.6.2) kann nach dem in Art. 9 der Bundesverfassung (BV) verankerten Grundsatz von Treu und Glauben eine unrichtige Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür ist, dass: a) es sich um eine vorbehaltlose Auskunft der Behörden handelt; b) die Auskunft sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht; c) die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, dafür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten

durfte; d) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres hat erkennen können; e) der Bürger im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteile rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat; f) die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung; g) das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht überwiegt.

Vertrauensschutz setzt nicht zwingend eine unrichtige Auskunft oder Verfügung voraus; er lässt sich auch aus einer blossen behördlichen Zusicherung und sonstigem, bestimmte Erwartungen begründendem Verhalten der Behörden herleiten. Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift (vgl. Art. 27 ATSG) oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt (BGE 131 V 472 E. 5). 4.2

Gemäss

Art. 27 Abs. 2 ATSG hat jede Person Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Ohne die Grenzen der Beratungspflicht in generell-abstrakter Weise zu ziehen, hat das Bundesgericht entschieden, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehöre, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden. Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung dieser Beratungspflicht kommt gemäss Rechtsprechung einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich. Dieser hat in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen, sofern sämtliche Voraussetzungen des öffentlich rechtlichen

Vertrauensschutz es

erfüllt

sind

(Urteil

des

Bundesgerichts

8C_383/2010

vom 28. September 2010 E. 5.1 insbesondere mit Hinweis auf BGE 131 V 472 E. 4.1, 4.3 und 5). 4.3

Zu prüfen bleibt, ob der Vertrauensschutz im vorliegenden Fall einer Rückerstattung der (allenfalls) zu Unrecht ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung entgegensteht. Dem Beschwerdeführer ist zuzustimmen (Urk. 1 S. 5), dass die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Leistungsausrichtung über sämtliche relevanten Informationen verfügte. Sie hatte insbesondere Kenntnis von den

monatlich eingereichten Zwischenverdienstbescheinigungen der Monate Dezember 2017 bis August 2018 respektive von der dort jeweils

vermerkten (angeblich) vereinbarten Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche.

Anhand der angegebenen Arbeitsstunden

war für sie auch ersichtlich, dass der Beschwerdeführer in der genannten Zeitspanne fast durchgehend weniger als 40 Wochenstunden gearbeitet hatte (Urk. 7/31, Urk. 7/37, Urk. 7/41, Urk. 7/45, Urk. 7/49, Urk. 7/54, Urk. 7/60, Urk. 7/64).

Der Beschwerdeführer ist insofern seiner Meldepflicht nachgekommen (BGE 118 V 214 E. 3a). Die Beschwerdegegnerin räumte in ihrer Einsprache entscheidend

denn auch ein, dass sie den Beschwerdeführer unter diesen Umständen auf seinen Anspruch, im Umfang von 40 Stunden pro Woche beschäftigt und entlohnt

zu werden, hätte aufmerksam machen müssen (Urk. 2 S. 5). Auch in ihrer Beschwerdeantwort brachte sie nichts Gegenteiliges vor. Eine Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht ist vor diesem Hintergrund zu bejahen.

Mit dem Beschwerdeführer ist überdies einig zu gehen (Urk. 1 S. 5), dass es sich im konkreten Fall nicht wie in dem von den Parteien diskutierten Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 11. Juli 2018 (AVI 2017/5) verhielt. Denn im dortigen Sachverhalt wurde im Einsatzvertrag ausdrücklich eine Arbeitszeit festgelegt, was für beide Parteien erkennbar war (AVI 2017/5 E. 2.2). Vorliegend enthielten jedoch weder die Rahmenvereinbarung noch der Einsatzvertrag der Z.____ oder das Arbeitszeitreglement der A.____ eine ausdrückliche Regelung zur Arbeitszeit (Urk. 3/2-4). Vielmehr verwies die Rahmenvereinbarung der Z.____ diesbezüglich auf den Einsatzvertrag der A.____ (Urk. 3/3, Ziff. 2). Der Einsatzvertrag verwies hingegen auf das Arbeitszeitenreglement der A.____ (Urk. 3/2), welches betreffend die Wochenarbeitszeit wiederum auf den Einsatzvertrag zurückverwies (Urk. 3/4 S. 1 Ziff. 3). Daher war für den Beschwerdeführer

auch nicht ohne Weiteres erkennbar, dass er stattdessen - wie von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht - den L-GAV hätte konsultieren müssen und er Anspruch darauf gehabt hätte, im Umfang von 40 Stunden pro Woche beschäftigt und entlohnt

zu werden. 4.4

Die Beschwerdegegnerin stellt sich sodann auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer habe mit Unterzeichnung des Einsatzvertrages seine Dienste im Umfang von 40 Stunden pro Woche angeboten und der Arbeitgeber sei verpflichtet, die Arbeitsleistung im Umfang der vereinbarten Arbeitszeiten anzunehmen. Der Verleiher sei grundsätzlich verpflichtet, den Beschwerdeführer im Umfang von 40 Stunden zu entlohnen (Urk. 6 S. 2). Die Argumentation der Beschwerdegegnerin findet ihre Grundlage in der Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO 2019/1 zur Arbeitszeitenregelung im Arbeitsvertrag und die damit verbundene Lohnzahlungspflicht des Verleihers (vgl. S. 5 der Weisung). Allerdings übersieht die Beschwerdegegnerin dabei, dass im Einsatzvertrag eben gerade keine wöchentliche Arbeitszeit vereinbart worden war (Urk. 3/2), in deren Umfang der Beschwerdeführer seine Dienste mit der Unterzeichnung quasi automatisch angeboten hätte. Jedoch muss der Arbeitnehmer zuerst seine Arbeitsleistung anbieten, um den Annahmeverzug des Arbeitgebers gemäss Art. 324 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR)

herbeizuführen (Streff

Ullin, von Kaenel Adrian, Rudolph Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, 7. Auflage, 2012, N 9 zu Art. 324, mit Verweis auf BGE 135 III 349 E. 4.2 = Pra 2009 Nr. 134, Reto Krummenacher/ Ann Weibel, Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG],

Bundesgesetz, Stämpfli Handkommentar, 2014, N 18 zu Art. 19). 4.5

Aufgrund des Verhaltens der Beschwerdegegnerin konnte der Beschwerdeführer glauben, er habe im nun strittigen Zeitraum Anspruch auf Kompensationszahlungen, und er hatte keinen Grund zur Annahme, dass er in Wirklichkeit Anspruch darauf habe, von der Z. ___ im Umfang von 40 Stunden pro Woche beschäftigt und entlohnt zu werden. Die nachteilige Disposition des Beschwerdeführers bestand darin, dass er seiner Pflicht, seine Arbeitsleistung anzubieten, nicht nachkam. Mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist davon auszugehen, dass er dies bei ordnungsgemäßer Beratung durch die Beschwerdegegnerin getan hätte. Dementsprechend ist die unterlassene Aufklärung als kausal für das passive Verhalten des Beschwerdeführers zu betrachten. Das zuzufolge der unterbliebenen Information seitens der Beschwerdegegnerin unterlassene Anbieten der Arbeitsleistung stellt damit aber eine Disposition dar, welche sich nicht ohne Nachteil wieder rückgängig machen lässt, müsste der Beschwerdeführer doch zur Geltendmachung seiner Forderung bei der ehemaligen Arbeitgeberin voraussichtlich den Rechtsweg beschreiten, mit ungewissem Ausgang. Der Beschwerdeführer ist daher in seinem begründeten Vertrauen darauf, dass die Beschwerdegegnerin ihm zu Recht Leistungen ausgerichtet hatte, zu schützen, zumal keine Gründe des öffentlichen Interesses, welche dem Vertrauensschutz im vorliegenden Fall vorgehen würden, auszumachen sind und solche auch nicht vorgebracht werden.

Das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes (vgl. E. 3.2 lit. a bis c und f bis g) ist zwischen den Parteien nicht strittig und gibt zu keinen Weiterungen Anlass. 4.6

Zusammengefasst ist der Beschwerdegegnerin eine Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht vorzuwerfen, aufgrund derer der Beschwerdeführer nicht ohne Nachteile rückgängig zu machende Dispositionen getroffen respektive unterlassen hat. Da die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind, erübrigt es sich, auf die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Subrogation der Arbeitslosenentschädigung (Art. 29 Abs. 1 AVIG) sowie der Verwirkung des Rückforderungsanspruchs (Urk. 1 S.

E. 5

f.).

E. 7

und 8 ff.) einzugehen.

Der Einspracheentscheid

vom 6. Januar

2020 ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. 5 .

Nach Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgesicht, GSVGer).

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen,

vollumfänglich

obsiegenden Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 2'400.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu bezahlen. Der Einzelrichter erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 6. Januar 2020 aufgehoben . 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 2'400.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Meret Wirth - Unia Arbeitslosenkasse - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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, zuzu stellen.

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 Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der EinzelrichterDie Gerichtsschreiberin BachofnerReiber

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