

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00132

vom 1. Februar 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-02-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2020.00132

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00132 du 1 février 2021

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00132 del 1 febbraio 2021

Erwägungen

E. 1

Der 1957 geborene X.____ arbeitete als Verkäufer und Berater bei der Y.____ (Urk. 7/132, 7/134), welche das Arbeitsverhältnis am 26. Oktober 2015 unter Einhaltung der einmonatigen Kündigungsfrist per 30. November 2015 auf löste (Urk. 7/138). Am 4. November 2015 meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Z.____ zu r Arbeitsvermittlung an (Urk. 7/139) und beantragte am 7. November 2015 die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Dezember 2015 (Urk. 7/135). In der Folge bezog er in einer vom 1. Dezember 2015 bis 30. November 2017 dauernden Leistungsrahmenfrist Arbeitslosentaggelder (Urk. 7/92, 7/98). Nachdem in Anwendung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung von Schwarzarbeit (BGSA) ein Abgleich der Taggeldbezüge der Arbeitslosenversicherung mit den von den AHV-Ausgleichskassen gemeldeten Einträgen im Individuellen Konto (IK) des Versicherten erfolgt war (Urk. 7/36), tätigte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (ALK) weitere Abklärungen (Urk. 7/27/123, 7/29-32, 7/34-35, 7/37) und gewährte dem Versicherten das rechtliche Gehör (Urk. 7/14, 7/33). Mit Verfügung vom 10. Dezember 2019 (Urk. 7/18) verneinte sie ab 1. Mai 2017 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und forderte vom Versicherten

für die Monate Mai bis November 2017 zu viel ausgerichtete Leistungen im Umfang von insgesamt Fr. 36'517.-- zurück (vgl. Urk. 7/19-25). Die hiergegen erhobene Einsprache vom 27. Januar 2020

(Urk. 7/9) wies die ALK mit Entscheid vom 17. April 2020 ab (Urk. 2 [= Urk. 7/3]).

E. 1.1

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).

E. 1.2

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f 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 dem nach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzu setzen (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. 1.3

Nach Art. 23 Abs. 1 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. Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) regelt den Bemessungszeitraum. Nach Abs. 1 bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Nach Abs. 2 bemisst er sich dann nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1.

Der Bemessungszeitraum beginnt nach Abs. 3, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaufschlags. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen. Bei Lohnschwankungen, die auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind, bemisst sich der versicherte Verdienst gemäss Abs. 3 bis nach den Absätzen 1-3, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten Jahresdurchschnittlichen Arbeitszeit.

E. 1.4

Nach Art. 24 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger 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).

Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstaufschlages in Form von Differenzausgleich ist die Förderung der Annahme auch schlecht entlohnter Arbeiten. Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung soll verhindert werden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne eines Lohndumping einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (Urteil des Bundesgerichts C 139/06 vom 13.

Oktober 2006 E. 2.1 mit Hinweisen).

Erzielt die versicherte Person in einer Kontrollperiode einen Zwischenverdienst, der nicht dem berufs- und ortsüblichen Ansatz entspricht, führt dies nicht zum Dahinfallen des Anspruchs auf Differenzausgleich. Vielmehr wird der von der versicherten Person erzielte

effektive Lohn betragsmässig bis zu dem als berufs- und ortsüblich zu qualifizierenden Ansatz angehoben, und es erfolgt auf dieser Grundlage ein Differenzausgleich (BGE 120 V 233 E. 5e, 502 E. 8e; SVR 1994 ALV Nr. 22 S. 51). 1.

E. 1.6

Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [ZGB]). Art. 2 ZGB ist eine Grundsatznorm, welche der Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit dient. Ihre Geltung erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung mit Einfluss des öffentlichen Rechts. Das Gericht soll nicht gehalten sein, einem Ergebnis der formalen Rechtsordnung zum Durchbruch zu verhelfen, das in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht (BGE 131 V 97 E. 4.3). Rechtsmissbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2019, Rz 722 mit Hinweis auf BGE 137 I 247 und BGE 137 V 82).

E. 1.7

Der Sozialversicherungsträger ist nach Art. 53 Abs. 1 und Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) verpflichtet, auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückzukommen, wenn sich diese aufgrund neu entdeckter Tatsachen oder Beweismittel als unrichtig erweisen oder wenn sie zweifellos unrichtig sind und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Dasselbe gilt für faktisch zugesprochene beziehungsweise ausgerichtete Versicherungsleistungen nach Ablauf einer Zeitspanne, die der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht. 1.

E. 2

Dagegen liess der Versicherte am 19. Mai 2020 Beschwerde erheben und beantragen, es sei der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und festzustellen, dass er für die Monate Mai bis November 2017 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe, wobei ihm ein Zwischenverdienst in der Höhe von Fr.

1'500.-- brutto pro Monat anzurechnen sei (Urk. 1 S. 2). Mit Beschwerdeantwort vom 9. Juni 2020 (Urk. 6) schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde, worüber der Beschwerdeführer mit Verfügung vom 12. Juni 2020 in Kenntnis gesetzt wurde (Urk. 9).

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Entscheid damit, dass der Beschwerdeführer ab dem 1. Mai 2017 für die A.____ als Geschäftsführer tätig gewesen sei und bei einer 100 %-Anstellung ein Gehalt von Fr. 1'500.-- beziehungsweise ab Dezember 2017 ein solches von Fr. 6'020.-- erhalten habe. Die Entlohnung sei angesichts des Alters und des Tätigkeitsbereiches unüblich tief, weshalb ein berufs- und ortsüblicher Lohn anzurechnen sei. Gestützt auf das Lohnbuch 2017 sei der Lohn für eine Tätigkeit als Gruppen- und Teamleiter sowie als Vorarbeiter in der Hauswartung und im Bereich Garten- und Landschaftsbau in der Höhe von Fr. 6'418.-- massgeblich. Auch wenn der Beschwerdeführer in den ersten Monaten des Arbeitsverhältnisses die vertraglich festgelegten Tätigkeiten nicht ausgeübt habe, sei davon auszugehen, dass er als Geschäftsführer angestellt worden sei, weshalb ein orts- und branchenüblicher Lohn ab

Beginn der Zwischenverdiensttätigkeit anzurechnen sei (Urk. 2 S. 3 f). Das orts- und branchenübliche Bruttoeinkommen in der Höhe Fr. 6'418.-- sei höher als das zustehende monatliche Brutto-Taggeld von Fr. 5'600.--, weshalb ab dem 1. Mai 2017 kein anrechenbarer Verdienstausschlag und somit kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe. Die im Zeitraum vom 1. Mai bis 30. November 2017 ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 36'517.-- netto sei unrechtmässig und der Beschwerdeführer daher rückerstattungspflichtig (Urk. 2 S. 5).

E. 2.2

Dem gegenüber machte der Beschwerdeführer geltend, als Bruttoverdienst sei bis Ende November 2017 ein Betrag von Fr. 1'500.-- vereinbart worden. Der tiefe Lohn sei darauf zurückzuführen, dass das Arbeitsverhältnis bis mindestens Ende November 2017 als Praktikumsverhältnis ausgestaltet gewesen sei, auch wenn dies im Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt worden sei. Er habe keine Erfahrungen im Bereich Facility Services gehabt. Die Verwaltung, der Unterhalt und die Instandhaltung von Immobilien seien für ihn absolutes Neuland gewesen. Mit der Arbeitgeberin sei mündlich vereinbart worden, dass er sich in Ruhe in die neue Branche einarbeiten und sich das nötige Wissen aneignen könne (Urk. 1 S. 4). Da der abtretende Geschäftsführer noch bis Ende Oktober 2017 anwesend gewesen sei, sei es möglich gewesen, dass er sich das notwendige Rüstzeug aneigne. Er habe in dieser Zeit untermordnete (Hilfs-)Arbeiten ausgeführt und dem anwesenden Geschäftsführer zugeordnet. Der Lohn sei für die Praktikums-tätigkeit angemessen und könne deshalb als berufs- und ortsüblich gelten, weshalb Fr. 1'500.-- als effektiver und angemessener Zwischenverdienst anzurechnen sei (Urk. 2 S. 7).

E. 2.3

Mit Beschwerdeantwort vom 9. Juni 2020 ergänzte die Beschwerdegegnerin, Sinn und Zweck des in Art. 24 Abs. 3 AVIG erwähnten Differenzausgleichs bei Zwischenverdiensten sei es, die Annahme lohnmässig unzumutbarer Arbeit zu fördern. Unüblich tiefen Honorierungen solcher Ersatzarbeiten solle jedoch entgegengetreten werden, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer – im Sinne eines Lohn dumpings – einen zu niedrigen Lohn vereinbart hätten, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen. Demnach habe der anrechenbare Verdienst demjenigen Ansatz zu entsprechen, der für die zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbarte Arbeitsleistung üblich sei. Auch bei Annahme eines Praktikums sei ein orts- und branchenüblicher Lohn als Zwischenverdienst anzurechnen (Urk. 6 S. 2). 3.

E. 3

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 3.1

Zunächst ist festzuhalten, dass von den Parteien nicht in Frage gestellt wurde, dass der Beschwerdeführer ab Mai 2017 vermittlungsfähig war. Nach Aktenlage bestehen jedoch Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer bei einer

vertraglichen Kündigungsfrist von sechs Monaten (Urk. 7/13/91 -92) zumindest während eines halben Jahres nach Beginn seiner Tätigkeit bei der A.____ nicht vermittlungsfähig war. Insofern bestehen Zweifel daran, dass der Beschwerdeführer die Tätigkeit zu Gunsten einer anderen (höher entlohnten) Stelle hätte beenden können (vgl. Urteil des

Bundesgerichts 8C_411/2018 vom 21. September 2018 E. 5). Weiterungen hierzu erübrigen sich indes, ergibt sich doch aus dem Folgenden, dass der Beschwerdeführer im massgeblichen Zeitraum von Mai bis November 2017 mangels Verdienstauffalls keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hatte.

Zur Frage der Anrechenbarkeit und Höhe des in dieser Zeit massgeblichen Zwischenverdienstes ist den Akten Folgendes zu entnehmen:

E. 3.2

Gemäss Anstellungsvertrag vom 16. Mai 2017 (Urk. 7/13/89-99) wurde der Beschwerdeführer von der A.____ per 16.

Mai 2017 als Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung angestellt (Artikel 1) . Zu seinem Aufgabenbereich gehörten die aktive Führung und Kontrolle aller Abteilungen nach dem 3K-Prinzip und die Weiterentwicklung der LHG, inkl. Akquisition, sowohl in personellen, fachlichen und finanziellen Angelegenheiten (Artikel 2). Die Arbeitszeit betrug 100 %, mithin 42.5 Stunden pro Woche (Artikel 11), wobei die Überstunden und Überzeitstunden mit dem Lohn als bereits abgegolten vereinbart wurden (Artikel 12). Als Salär wurde ein Brutto lohn von Fr. 1'500.- inkl. Fahrzeug- und Handykosten bis 30. November 2017 festgehalten . Als Begründung wurde aufgeführt, dass der Umsatz der Gesellschaft keinen höheren Lohn zulasse, sobald dieser es erlaube, werde der Lohn jedoch in Absprache stufenweise erhöht. Handschriftlich wurde hinzugefügt, dass das neue Salär ab Dezember 2017 netto Fr. 5'000.-- betrage (Artikel 15) . Abschliessend wurde festgehalten, dass keine mündlichen Abreden getroffen worden seien und Änderungen und/oder Ergänzungen des Arbeitsvertrages zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedürfen (Artikel 25).

E. 3.3

Gemäss Eintrag im Handelsregister des Kantons Zürich war der Beschwerdeführer vom 16. Mai 2017 (vgl. SHAB-Meldung vom 19. Mai 2017 ; vgl. online-Auszug unter: www.zefix.ch

[29.1.21]) bis am 4. Juni 2019 (SHAB-Meldung vom 7. Juni 2019) als Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung eingetragen (Urk.

7/31) .

E. 3.4

Den Akten sind sodann Lohnabrechnungen der Monate Juni bis Dezember 2017 zu entnehmen (Urk. 7/30). Gemäss den Lohnabrechnungen erzielte der Beschwerdeführer bei der A.____

in

den Monaten Juni bis November 2017 einen Bruttolohn von Fr. 1'500.-- (Urk. 7/30/133-138). Im Dezember erhöhte sich der Monatslohn auf brutto Fr. 6'020.-- (exkl. 13. Monatslohn von Fr. 1'140.60, Urk. 7/30/139). Gemäss Teilperioden-UVG-Abrechnung des Jahres 2017 wurde für den Beschwerdeführer mit Beschäftigungsbeginn ab 1. Mai 2017 ein Bruttolohn von insgesamt Fr. 17'410.60 abgerechnet (Urk. 7/29) , was den auch mit den Angaben im Auszug aus dem individuellen Konto (IK-Auszug) vom 21. Dezember 2018 übereinstimmt (Urk. 7/36) .

E. 3.5

Mit Stellungnahme vom 1. Dezember 2019 bestätigte der Beschwerdeführer, vom 1. Mai 2017 bis 30. April 2019 in einem 100 %-Pensum als Geschäftsführer der A.____ tätig gewesen zu sein. Er habe das Angebot, für diese Arbeitgeberin zu arbeiten, von einem guten Kollegen erhalten. Er habe die Stelle angenommen, obwohl er in dieser Branche keine Kenntnisse gehabt habe. Im Jahr 2017 habe er einen Lohn von Fr. 1'500.-- erhalten, dieser sei ab dem Jahr 2018 auf Fr. 5'000.-- netto erhöht worden (Urk. 7/14). Einspracheweise ergänzte der Beschwerdeführer, der Arbeitsvertrag würde ein falsches Bild von den wahren Gegebenheiten vermitteln. Die ersten Monate des Arbeitsverhältnisses bis Ende Dezember 2017 habe er genutzt, um sich das nötige Rüstzeug anzueignen, damit er operative Arbeiten wahrnehmen könne. Er habe daher ausschliesslich Wartungs- und Unterhaltsarbeiten geleistet. Die Mitarbeiter seien nicht von ihm geführt worden und er habe keine Leitungsfunktion übernommen, weshalb sich die Annahme eines Bruttolohns von Fr. 6'418.-- nicht rechtfertigen würde. Aufgrund der Einarbeitungsphase und der mangelnden Qualifikation erscheine es vermessen, überhaupt auf Mindestlöhne gemäss Lohnbuch abzustellen. Es sei vielmehr von einem Praktikumslohn auszugehen. Selbst wenn nicht von einem Praktikumslohn ausgegangen werden könne, sei am ehesten eine Einordnung auf Stufe eines unqualifizierten Hilfsarbeiters sachgerecht (Urk. 7/9).

4. 4.1
Vorliegend steht, gestützt auf die Akten (Urk. 7/ 29, 7/30/133) sowie seine eigenen Angaben in der Stellungnahme vom 1. Dezember 2019 (E. 3.4) fest, dass der Beschwerdeführer – entgegen seinen Ausführungen (Urk. 1 S. 3) –

ab dem 1. Mai 2017 und nicht erst ab 16. Mai 2017 für die A.____ tätig war. 4.2

Sodann ist zwar unbestritten, dass dem Beschwerdeführer für die Tätigkeit ab Mai 2017 ein Zwischenverdienst anzurechnen ist (Urk. 1 S. 7). Dennoch stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, es habe sich bei seiner ab 1. Mai 2017 ausgeübten Tätigkeit zunächst bis Ende 2017

bloss um ein Praktikum gehandelt (Urk. 1 S. 9); er sei vom früheren Geschäftsführer eingearbeitet worden (Urk. 1 S. 4 f.) und habe ausschliesslich in der Wartung und im Unterhalt gearbeitet. Dementsprechend sei nur eine Praktikums-tätigkeit vereinbart worden, auch um die Eignung des Beschwerdeführers für die Geschäftsführertätigkeit abzuklären (Urk. 1 S. 7). Aktenkundig ist dagegen, dass der tiefe Lohn von Fr. 1'500.-- aufgrund fehlenden Umsatzes der Arbeitgeberin vereinbart wurde (vgl. E. 3. 2).

Dass die Arbeitgeberin ihn aufgrund seiner fehlenden Fachkenntnisse zu einem tiefen Lohn angestellt hätte (Urk. 1 S. 5), geht weder aus dem Arbeitsvertrag vom 16. Mai 2017 (E. 3.2) noch aus der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 1. Dezember 2019 (E. 3.4) hervor. Der Eintrag des Beschwerdeführers im Handelsregister als Geschäftsführer per 16. Mai 2017 steht der Annahme eines blossen Praktikums sodann ebenso diametral entgegen wie der Behauptung, er sei zur Eignungsabklärung in einem Praktikumsverhältnis angestellt worden. Des Weiteren hielten die Vertragsparteien schriftlich fest, dass keine mündlichen Vereinbarungen getroffen worden seien und Änderungen der Schriftlichkeit bedürftig (vgl. E. 3.1). Im Weiteren war der genannte frühere Geschäftsführer nie als solcher im Handelsregister eingetragen und dessen Kollektivprokura zu zweien wurde bereits per 27. Juli 2017, mithin nicht erst nach behaupteter Einarbeitungszeit des Beschwerdeführers durch denselben per Ende Oktober 2017 (Urk. 1 S. 7), gelöscht (Urk. 7/31).

4.3

Nach dem Gesagten ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Beschwerdeführer von Anfang an einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 24 Abs. 1 AVIG nachging und kein Praktikum zu Ausbildungszwecken absolvierte.

Auch lassen die Akten nicht darauf schliessen, die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses hätten im Wesentlichen der Abklärung der Eignung des Beschwerdeführers in der Tätigkeit als Geschäftsführer gedient, spricht dagegen doch klarerweise der per Vertragsabschluss vom 16. Mai 2017 umgehend erfolgte Eintrag im Handelsregister als Geschäftsführer und auch die vereinbarte sechsmönatige Kündigungsfrist (E. 1.5). 4.4

Was die Höhe des anzurechnenden Zwischenverdienstes anbelangt, entsprach der Lohn von monatlich Fr. 1'500.-- von Mai bis November 2017 jedenfalls nicht einem berufs- und ortsüblichen Ansatz für eine Tätigkeit als Geschäftsführer in dieser Branche (E. 1.4). Soweit der Beschwerdeführer sich auf den Standpunkt stellt, es sei höchstens ein Lohn für einfache Hilfsarbeiten für die Berechnung des Differenzausgleichs beizuziehen, habe er doch in den ersten Monaten nur untergeordnete Arbeiten ausgeführt (E. 2.2), ist ihm entgegen zu halten, dass eine Einarbeitungszeit zu jedem Arbeitsverhältnis gehört und erfahrungsgemäss umso länger dauert, je komplexer die Aufgabe ist. Ein Abwälzen dieser Einarbeitungsphase auf die Arbeitslosenkasse käme einer Verlagerung der Lohnkosten vom Arbeitgeber auf die Arbeitslosenversicherung gleich, was Sinn und Zweck von Art. 24 Abs. 3 AVIG widerspräche. Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht vorbrachte,

spricht die Aktenlage sodann auch dafür, dass der Beschwerdeführer, welcher im Zusammenhang mit nicht gemeldeten Zwischenverdiensten bereits für einen früheren Zeitraum rückerstattungspflichtig geworden war (vgl. Urteil AL.2018.00296 vom 10. Juli 2020, Urk. 7/49), angesichts der noch laufenden Leistungsrahmenfrist bis Ende November 2017 (vgl. Urk. 7/92) zum vereinbarten Lohndumping bereit war.

Dafür spricht denn auch die Tatsache, dass dem Beschwerdeführer per 1. Dezember 2017,

mithin just im ersten Monat nach Ablauf der Rahmenfrist zum Leistungsbezug, ein Bruttolohn von Fr. 6'020.-- ausbezahlt wurde (Urk. 7/30/139). Folglich ist dem Beschwerdeführer ein Einkommen nach berufs- und ortsüblichem Ansatz als Geschäftsführer in der betreffenden Branche als Zwischenverdienst anzurechnen (Art. 24 Abs. 3 AVIG; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 8C_411/2018 vom 21. September 2018 E. 6).

Die beantragten Zeugenbefragungen (Urk. 1 S. 5) würden an dieser Schlussfolgerung nichts ändern, weshalb in antizipierter Beweiswürdigung darauf zu verzichten ist (BGE 127 V 491 E. 1d). 4.5

Anhaltspunkte dafür, dass der Lohn gemäss Lohnbuch 2017 unrichtig ermittelt worden wäre, bestehen nicht.

Der Beschwerdeführer wurde als Geschäftsführer angestellt, weshalb es sich rechtfertigt, die Löhne für Gruppen- und Teamleiter sowie für Vorarbeiter in der Hauswartung und im Bereich Garten- und Landschaftsbau heranzuziehen. Die Beschwerdegegnerin berücksichtigte zu Recht einen orts- und branchenüblichen Lohn von Fr. 6'418.-- gemäss

Lohnbuch 2017 im Bereich Hauswartung und Gartenbau (vgl. Urk. 7/15). 5.

E. 5

Rechtsprechungsgemäss bleibt für die Annahme eines Zwischenverdienstes im Sinne von Art. 24 AVIG kein Raum, wenn die zur Diskussion stehende Tätigkeit nicht zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit, sondern in erster Linie zu Ausbildungszwecken, mithin zum Erwerb beruflicher Kenntnisse und Fertigkeiten aufgenommen wird. Letzteres liegt in der Regel vor, wenn die versicherte Person nach Abschluss einer Grundausbildung ein Praktikum absolviert. In diesen Fällen betrachtet das Bundesgericht die aufgenommene Tätigkeit als zur Grundausbildung gehörig, wofür der enge sachliche und zeitliche Zusammenhang mit dem abgeschlossenen Studium sowie die geringe Entlöhnung sprechen. Auch in Fällen, wo die versicherte Person einschlägige Berufserfahrungen mitbringt, jedoch ein gering entlohntes Praktikum in einem völlig andersgearteten Berufsbereich beginnt, sei es mit dem Ziel, später eine entsprechende Grundausbildung zu absolvieren, sei es zur Abklärung der Eignung einer entsprechenden Arbeit, steht in der Regel der Erwerb von Kenntnissen und Fertigkeiten im Vordergrund (Urteil des Bundesgerichts 8C_411/2018 vom 21. September 2018 E. 4.3 mit Hinweisen).

E. 5.1

Mittels Formular betreffend Angaben der versicherten Person gab der Beschwerdeführer in den Monaten Mai bis November 2017 Wahrheitswidrig (Urk. 7/93, 7/95, 7/97, 7/99-102) an, in den jeweiligen Kontrollperioden bei keinem Arbeitgeber gearbeitet zu haben (Ziffer 1) und keiner selbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen zu sein (Ziffer 2), obwohl er arbeitstätig war; er sei weiterhin arbeitslos (Ziffer 10).

E. 5.2

Nach dem Ausgeführten erweisen sich die ursprünglichen Taggeldabrechnungen (Urk. 7/131), welche als formlose Verfügungen unangefochten in Rechtskraft erwachsen waren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_554/2015 vom 19. Oktober 2015 E. 3.4), als zweifellos unrichtig im wiedererwägungsrechtlichen Sinne, da der Zwischenverdienst im Rahmen der Ermittlung des Leistungsanspruchs einzu beziehen gewesen wäre (vgl. Angaben in Urk. 7/93, 7/95, 7/97, 7/99-102). So dann ist deren Berichtigung angesichts der Höhe des Rückforderungsbetrags von erheblicher Bedeutung. Die Beschwerdegegnerin durfte daher unter dem Titel der Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG auf die Abrechnungen zurück kommen (E. 1.5) und die erbrachten Leistungen soweit rechtens zurückfordern.

In Anbetracht dessen, dass die Beschwerdegegnerin frühestens am 21. Dezember 2018 – mit Erstellung des IK-Auszugs (Urk. 7/36) respektive dessen Kenntnisnahme – von den Einkünften des Beschwerdeführers erfahren hatte, war die in Art. 25 Abs. 2 ATSG statuierte (relative) einjährige Verwirkungsfrist (E. 1.6) mit

Erllass der Rückforderungsverfügung vom 10. Dezember 2019 (Urk. 7/18) gewahrt.

E. 5.3

Der Rückforderungsbetrag von Fr. 36'517.-- (vgl. die revidierten Taggeldabrechnungen der Beschwerdegegnerin, Urk. 7/19-25) ist unter Berücksichtigung des Zwischenverdienstes von brutto Fr. 6'418.--, mithin einem erzielten Bruttotageslohn von Fr. 296.-- (Fr. 6'418.-- : 21.7) und einem Taggeldanspruch von maximal Fr. 258.05 (vgl. Urk. 7/98) nicht in Frage zu stellen (vgl. Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische

Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung , 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 175 f.).

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Piroska Poltera - 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, 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 VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin VogelSherif

E. 8

Laut Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis Abs. 4 AVIG nach Art. 25 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). 2.

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