

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00293

vom 21. April 2020

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-04-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2020.00293

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00293 du 21 avril 2020

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00293 del 21 aprile 2020

Erwägungen

E. 1

1. Oktober 2018 wurde der Versicherte aussteuert (Urk. 8/234).) .

Nach einer internen Revisi on vom 29. April 2019 (Urk. 8/231-232) forderte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich den Versicherten mit Verfügung vom 21. April 2020 (Urk. 8/ 88- 91) zur Rückerstattung d er für die Zeit vom 10. Oktober 2016 bis zum 12. September 2018 zu viel ausbezahlten Arbeitslosen entschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 130'066.70 auf

und entzog einer allfälligen Einsprache die aufschiebende Wirkung. Die vom Versicherten dagege n am 18. Mai 2020 erhobene Einsprache (Urk. 8/ 55-56) wies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich mit Entscheid vom 22. September 2020 (Urk. 8/ 10-17 = Urk. 2) ab und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

E. 1.1

Nach Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosen versicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) gelten - soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht - für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit zwei jährige Rahmenfristen. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 AVIG), und die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Art. 9 Abs. 3 AVIG).

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosen entschädigung besteht darin, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person sämtliche Anspruchsvoraus setzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG).

E. 1.2

Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG ist grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitrags pflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer von zwölf Beitrags monaten. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tat sächlicher Lohnzahlung kommt dabei nach dem Gesagten nicht der Sinn einer selbständigen Anspruchsvoraussetzung zu, wohl aber jener eines bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden Indizes für die Aus übung

einer beitragspflichtigen Beschäftigung. Soweit eine solche Beschäftigung nachgewiesen, der exakte ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (Urteil des Bundesgerichts 8C_472/2019 vom 20. November 2019 E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 131 V 444 E. 3.2.3).

E. 1.3

Nach der Rechtsprechung ist die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nur Beitragszeiten bildend, wenn und soweit hierfür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird. Mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung sollen und können Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und arbeitnehmenden Personen verhindert werden. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers lautendes Post- oder Bankkonto. Bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, von der Arbeitnehmerin oder vom Arbeitnehmer unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (BGE 131 V 444 E. 1.2).

E. 2

Der Versicherte erhob am 22. Oktober 2020 Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 22. September 2020 (Urk. 2) und beantragte, dieser sei aufzuheben. Eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem stellte der Versicherte den prozessualen Antrag, es sei dem Beschwerdeverfahren die aufschiebende Wirkung zu erteilen und das Beschwerdeverfahren sei zu sistieren, bis die Kantonale Steuerverwaltung Zürich die neue Veranlagung der Jahre 2016, 2017 und 2018 vorgenommen habe (Urk. 1 S. 2 f. Ziff. 1, 4-6). Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich beantragte mit Beschwerdeantwort vom 15. Dezember 2020 (Urk. 7) die Abweisung der Beschwerde, was dem Beschwerdeführer am 22. Dezember 2020 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 10). Mit Replik vom 3. Februar 2021 (Urk. 12) hielt der Beschwerdeführer an seinen materiellen und prozessualen Anträgen fest. Mit Duplik vom 4. März 2021 (Urk. 16) beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Zudem seien die Anträge um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um Sistierung des Beschwerdeverfahrens abzuweisen.

Mit Verfügung vom 8. April 2021 (Urk. 18) stellte das hiesige Gericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 22. September 2020 wieder her und wies das Gesuch um Sistierung des Verfahrens ab. Mit Triplik vom 21. April 2021 (Urk. 19) hielt der Beschwerdeführer an seinen materiellen Anträgen fest, worüber die Beschwerdegegnerin am 29. April 2021 in Kenntnis gesetzt wurde (Urk. 21). Mit Eingaben vom 5. August 2021 (Urk. 23) und 17. November 2021 (Urk. 25) reichte der Beschwerdeführer weitere Unterlagen ein (Urk. 24/15; Urk. 26/16), die der Beschwerdegegnerin am 21. November 2021 zur Stellungnahme zugestellt wurden (Urk. 27). Mit Eingabe vom 7. Dezember 2021 (Urk. 28) hielt die Beschwerdegegnerin an der Abweisung der Beschwerde fest. Darüber wurde der Beschwerdeführer am 9. Dezember 2021 in Kenntnis gesetzt (Urk. 30).

Mit Verfügung vom 13. Juni 2022 (Urk. 32) wurde die Beschwerdegegnerin aufgefordert, sich zur Frage der Verwirkung zu äussern. Dem kam diese mit Eingabe vom 29. Juni 2022

(Urk. 33) nach, worüber der Beschwerdeführer mit Verfügung vom 30. Juni 2022 (Urk. 34) in Kenntnis gesetzt wurde. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin

stellte sich im angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass der Lohnfluss für die Anstellung des Beschwerdeführers beim Verein Y.____ vom 1. Januar bis zum 31. August 2016 nicht nachgewiesen sei. Es seien zwar Barlohnquittungen aktenkundig, jedoch bestünden erhebliche Zweifel daran, ob überhaupt Barlohnzahlungen respektive im geltend gemachten Umfang erfolgt seien. Der Beschwerdeführer habe den Nachweis des tatsächlichen Lohnflusses nicht erbringen können, weshalb sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ohne Berücksichtigung seiner Tätigkeit beim Verein Y.____ zu beurteilen sei (S. 3 ff.).

Daran hielt die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort (Urk. 7) und Duplik (Urk. 16) im Wesentlichen fest.

E. 2.2

Der Beschwerdeführer stellte sich demgegenüber im Wesentlichen auf den Standpunkt (Urk. 1), dass er nachweislich für den Verein Y.____ gearbeitet und sein Gehalt in Form von Barzahlungen erhalten habe. Die entsprechenden Barlohnquittungen habe er nach der Kündigung bei der Anmeldung beim RAV für die Entrichtung von Arbeitslosengeldern auch ein gereicht. Ohne das Gehalt in tatsächlicher und angemeldeter Höhe hätte er den Lebensunterhalt seiner fünfköpfigen Familie nicht bestreiten können. Ausserdem sei die Rückforderung bereits verwirkt (S. 8 ff. Ziff. III). Er habe es versäumt, die Steuererklärungen der Jahre 2016-2018 einzureichen, habe dies jedoch jetzt nachgeholt, weshalb die zu erwartende Einschätzung der Steuerbehörde zu berücksichtigen sei (S. 7 Ziff. 12-14).

Daran hielt der Beschwerdeführer in seiner Replik (Urk. 12) und Triplik (Urk. 19) im Wesentlichen fest.

E. 2.3

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht vom Beschwerdeführer die für die Zeit vom 10. Oktober 2016 bis zum 12. September 2018 zu viel ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 130'066.70 zurückgefordert hat und dabei insbesondere, ob der Beschwerdeführer den Nachweis des tatsächlichen Lohnflusses für eine Tätigkeit

beim Verein Y.____ vom 1. Januar bis zum 31. August 2016 zu erbringen vermochte.

E. 3.1

Nach Angaben des Beschwerdeführers sei ihm jeweils der Lohn für seine Tätigkeit beim Verein Y.____ in bar ausbezahlt worden (vgl. vorstehend E. 2.2). Zum Nachweis des in der massgebenden Zeit bezogenen Lohnes legte der Beschwerdeführer verschiedene Dokumente ins Recht.

E. 3.2

Gemäss Arbeitsvertrag vom 22. Dezember 2015 war der Beschwerdeführer ab dem 1. Januar 2016 beim Verein Y.____ als Leiter Direktion und Finanzabteilung in einem

100 %- Pensum angestellt , wobei ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 12'480.-- vereinbart wurde (Urk. 8/ 191-192). Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis am 30. Juni 2016 per 31. August 2016 aus strukturellen und wirtschaftlichen Gründen (Urk. 8/ 190). Gemäss

Arbeitgeberbescheinigung des Vereins Y.____ vom 15. Dezember 2016 sei der Beschwerdeführer vom 1. Januar bis zum 31. August 2016 angestellt gewesen

und habe dabei einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 12'480.-- beziehungsweise von Fr. 99'840.-- für die gesamte Dauer erzielt (Urk. 8/ 193-194). Gemäss Lohnabrechnungen seien dem Beschwerdeführer bei einem Bruttolohn von Fr. 12'480.-- für den Monat Januar 2016 Fr. 10'718.15, für den Monat Februar 2016 Fr. 10'699.35 und für die Monate März bis August 2016 jeweils Fr. 10'723.35 in bar ausbezahlt worden

(Urk. 8/61 = Urk. 8/232 = Urk. 8/248). Die auf den vom Beschwerdeführer unterzeichneten Barlohn quittungen für die Monate Januar bis August 2016 aufgeführten ausbezahlten Löhne entsprechen den Beträgen der Lohnabrechnungen (Urk. 8/ 182-189).

E. 3.3

Anlässlich des von der Beschwerdegegner in

im Rahmen ihrer Abklärungen am 7. Februar 2017 veranlassten Zusammenzuges der individuellen Beitragskonti (Urk. 8/389) wurde ein vom 22. Februar 2017 datierender IK-Auszug erstellt, in dem die geltend gemachte Tätigkeit beim Verein Y.____

jedoch nicht aufgeführt war (vgl. Urk. 8/382).

Am 6. Mai 2019 bestellte die Beschwerdegegnerin erneut einen IK-Auszug (Urk. 8/228). Auch im

daraufhin am 17. Mai 2019 erstellten IK-Auszug ist das geltend gemachte Einkommen nicht erfasst (vgl. Urk. 8/212).

E. 4

Am 6. Mai 2019 veranlasst die Beschwerdegegner in

den Bezug der Steuer erklärungen des Beschwerdeführers der Jahre 2016 bis 2018 sowie des Vorsorge ausweises (Urk. 8/227-226). Für das Jahr 2016 hatte der Beschwerdeführer keine Steuererklärung eingereicht, weshalb sein steuerbares Einkommen auf Fr. 10'000.-- festgesetzt wurde (vgl. Urk. 8/217). Der per 31. August 2016 gültige, jedoch erst am 16. März 2020 erstellte Vorsorgeausweis (Urk. 8/160-161) bezieht sich auf den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. August 2016 und nennt einen Jahreslohn von Fr. 99'840.--. 3.

E. 4.1

Aus den vorgenannten Akten ergeben sich erhebliche Ungereimtheiten. So lagen bis zum Erlass der Verfügung vom 21. April 2020 ein Arbeitsvertrag, Lohn abrechnungen und Lohnquittungen des Barlohnbezuges vor (vgl. vorstehend E. 3.1-3.4). Der geltend gemachte Betrag wurde jedoch zeitnah weder den Steuer behörden noch der Ausgleichkasse gemeldet, so dass ein tatsächlicher Bezug nicht genügend belegt ist . Der Beschwerdeführer hat sich im Verfahren der Arbeitslosenversicherung entgegenhalten zu lassen, dass er gegenüber den Steuer behörden keinen Lohn deklariert hat. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer im massgeblichen Zeitraum über ein Konto bei der D.____ verfügte, auf welches ihm von der Firma E.____

GmbH «Akontozahlungen» überwiesen wurden (vgl. Urk. 8/ 517-519). Es wäre dem Beschwerdeführer - der gemäss Arbeitsvertrag unter anderem als Leiter Finanzen für den Verein tätig gewesen war - somit möglich gewesen, den angeblich beim Verein bezogenen Lohn auf dieses Konto aus zahlen zu lassen .

E. 4.2

Erst nach Erlass der Verfügung vom 2 1. April 2020 erfolgten ein Schreiben des Vorstandes des Vereins und die Nachmeldung der nicht abgerechneten Beiträge bei der Ausgleichskasse (vgl. vorstehend E. 3. 5 .1-2), weshalb der Beschwerdeführer aus diese n Handlungen nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Ins besondere wurde in der zeitnah im Jahr 2017 eingereichten Lohndeklaration für das Jahr 2016 zunächst einzig C.____ mit einer Lohnsumme von Fr. 30'000.-- genannt. Die Lohndeklaration für den Beschwerdeführer wurde erst drei Jahre später, nämlich am 1 8. Februar 2020, eingereicht (vgl. vorstehend E. 3.5 .4) , was ebenfalls Zweifel an einem tatsächlich in den Monaten Januar bis August 2016 erfolgten Lohnbezug weckt. Dies gilt auch für die N achmeldung beim S teueramt : Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer für das Jahr 2016 keine Steuererklärung eingereicht hat, in der Folge im April 2018 eine Ein schätzung nach Ermessen erfolgt ist und der Beschwerdeführer erst im Rahmen eines im November 2020 - nach Erlass des Einspracheentscheides vom 2 2. September 2020 - eingeleiteten Nachsteuerverfahrens seinen Lohn deklariert hat (vgl. Urk. 26/16; vorstehend E. 3.

E. 4.3

Aus den weiteren eingereichten Unterlagen (Urk. 3/2-8; Urk. 13/9-13) vermag der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Die eingereichten An gaben zur Vereinstätigkeit (Fotos, Projektnotizen, Buchungsmail; vgl. Urk. 13/9-13) reichen nicht aus, um von einer beitragspflichtigen Beschäftigung auszu gehen.

I nsgesamt sind unter Würdigung aller Umstände ein Lohnfluss und eine beitrags pflichtige Beschäftigung in den Monaten Januar bis August 2016 nicht über wiegend wahrscheinlich erstellt. Die Neuberechnung des Taggeldanspruchs und die daraus resultierende Rückforderung erfolgte deshalb zu Recht. 5.

E. 5

.4

Der Erfolgsrechnung vom 8. November 2017 (Urk. 8/42-43) ist für das Jahr 2016 ein Lohnaufwand von lediglich Fr. 30'000.-- zu entnehmen. Die Lohndeklaration für das Jahr 2016, unterschrieben am 2 1. Juni 2017 (Urk. 8/22-23), nennt lediglich C.____ als Mitarbeiter, bei einer Lohnsumme von Fr. 30'000.--. Eine weitere Lohndeklaration für das Jahr 2016 wurde am 3 1. Januar 2017 maschinell datiert und handschriftlich unterzeichnet. Darin wird der Beschwerdeführer als Mitarbeiter genannt, mit einer Lohnsumme von Fr. 99'840.-- (Urk. 8/20-21). Diese Lohndeklaration wurde jedoch erst am 1 8. Februar 2020 bei der SVA eingereicht (vgl. Urk. 8/18). 3.

E. 5.1

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 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 in der bis 31. Dezember 2020 geltenden Fassung).

E. 5.2

Bei den genannten Fristen handelt es sich um Verwirkungsfristen, die immer und von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (BGE 133 V 579 E. 4.1). Unter der Wendung «nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat», ist der Zeitpunkt zu verstehen, in dem die Verwaltung bei Beachtung der ihr zu mutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen, oder mit andern Worten, in welchem sich der Versicherungsträger hätte Rechenschaft geben müssen über Grundsatz, Ausmass und Adressat des Rückforderungsanspruchs (Urteil des Bundesgerichts 9C_559/2017 vom 17. Oktober 2017 E. 2). Beruht die unrechtmässige Leistungsausrichtung auf einem Fehler der Verwaltung, wird die einjährige relative Verwirkungsfrist gemäss Art. 25 Abs. 2 erster Satz ATSG nicht durch das erstmalige unrichtige Handeln der Amtsstelle ausgelöst. Vielmehr ist auf jenen Tag abzustellen, an dem das Durchführungsorgan später - beispielsweise anlässlich einer Rechnungs kontrolle oder aufgrund eines zusätzlichen Indizes - unter Anwendung der ihm zumutbaren Aufmerksamkeit seinen Fehler hätte erkennen müssen (BGE 146 V 217 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 8C_521/2020 vom 31. Oktober 2020 E. 6.3.2).

E. 5.3

Die Beschwerdegegnerin nahm am 29. April 2019 eine interne Kontrolle vor (Urk. 8/231-232), anlässlich derer sie erkannte, dass ein Rückforderungsanspruch bestehen könnte. Es kann diesbezüglich auf die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 29. Juni 2020 verwiesen werden (Urk. 33). Die Rückforderungsverfügung erging am 20. April 2020 und somit rechtzeitig. Der angefochtene Entscheid ist auch unter diesem Blickwinkel rechtmässig. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Ioannis Athanasopoulos - 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, 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 bei zulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Grieder-Martens Peter-Schwarzenberger

E. 6

), obwohl eine Erfolgsrechnung vom 8. November 2017 bei den Akten liegt, die für das Jahr 2016 lediglich einen Lohnaufwand von Fr. 30'000.-- ausweist (vgl. vorstehend E. 3. 5 .4). Dieser Widerspruch wie auch die dargelegten, in den Akten abgebildeten Unstimmigkeiten bleiben ungelöst, woran auch die beantragte Zeugenbefragung nichts zu ändern vermag . Davon kann in antizipierter Beweiswürdigung abgesehen werden.

Das Schreiben vom 17. Mai 2020 von

A.____ und

B.____ (vgl. vorstehend E. 3. 5 .3) erging sodann erst nach Erlass der Verfügung vom 21. April 2020, was seinen Beweiswert in Frage stellt. Dass ehrenamtliche Mitglieder den genauen Lohnbetrag, der dem Beschwerdeführer ausbezahlt worden sein soll, kennen, ist zudem nicht glaubhaft.

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