

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

8C 617/2017

Urteil vom 12. Januar 2018

I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Maillard, Präsident,  
Bundesrichter Frésard, Bundesrichterin Heine,  
Gerichtsschreiberin Polla.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_,  
Rechtsanwalt Dominik Ott,  
Beschwerdeführerin,

gegen

Unia Arbeitslosenkasse,  
Strassburgstrasse 11, 8004 Zürich,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Arbeitslosenversicherung  
(Arbeitslosenentschädigung, Rückerstattung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 29. Juni 2017 (AL.2016.00035).

Sachverhalt:

A.  
Die 1974 geborene A. \_\_\_\_\_ meldete sich am 23. April 2012 zum Leistungsbezug ab 1. Mai 2012 bei der Arbeitslosenversicherung an. Die Unia Arbeitslosenkasse eröffnete eine Rahmenfrist vom 1. Mai 2012 bis 30. April 2014 und leistete Arbeitslosentaggelder. Mit Verfügung vom 30. Juni 2015 forderte die Arbeitslosenkasse die für die Monate Mai, Juni und Juli 2012 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 7'612.20 zurück, da eine Überprüfung des Dossiers im Hinblick auf Schwarzarbeit ergeben habe, dass die Versicherte in diesem Zeitraum noch für die B. \_\_\_\_\_ GmbH mit entsprechendem Lohn angestellt gewesen sei, was sie nicht angegeben habe. Mit Einspracheentscheid vom 5. Januar 2016 hielt die Arbeitslosenkasse daran fest.

B.  
Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 29. Juni 2017 ab.

C.  
A. \_\_\_\_\_ lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und beantragen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei von der Rückforderung abzusehen. Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz oder die Verwaltung zurückzuweisen. Ferner wird um unentgeltliche Rechtspflege ersucht.  
Ein Schriftenwechsel wurde nicht durchgeführt.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzung gemäss

den Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 141 V 234 E. 1 S. 236; 138 I 274 E. 1.6 S. 280).

1.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG; vgl. auch Art. 97 Abs. 1 BGG). Eine Sachverhaltsfeststellung ist nicht schon dann offensichtlich unrichtig, wenn sich Zweifel anmelden, sondern erst, wenn sie eindeutig und augenfällig unzutreffend, mithin willkürlich ist (vgl. Urteil 2C 101/2017 vom 1. März 2017 E. 3, zur Publikation vorgesehen; BGE 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62, 132 I 42 E. 3.1 S. 44). Es liegt noch keine offensichtliche Unrichtigkeit vor, nur weil eine andere Lösung ebenfalls in Betracht fällt, selbst wenn diese als die plausiblere erschiene (vgl. BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9; Urteil 8C 760/2015 vom 18. März 2016 mit Hinweisen). Diese Grundsätze gelten auch mit Bezug auf die konkrete Beweiswürdigung (Urteil 9C 424/2016 vom 26. Januar 2017 E. 1 mit Hinweis).

2.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zu Recht die Rückforderung der Arbeitslosenkasse von in den Monaten Mai, Juni und Juli 2012 ausgerichteter Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 7'612.20 schützte.

3.

3.1. Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Zu Unrecht bezogene Geldleistungen, die auf einer formell rechtskräftigen Verfügung beruhen, können, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind, nur zurückgefordert werden, wenn entweder die für die Wiedererwägung (wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung) oder die für die prozessuale Revision (wegen vorbestandener neuer Tatsachen oder Beweismittel) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 130 V 318 E. 5.2 in fine S. 320; 129 V 110 E. 1.1).

3.2. Gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG verjährt der Rückforderungsanspruch innert eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach der Auszahlung der Leistung. Für den Beginn der relativen einjährigen Verwirkungsfrist massgebend ist nach der Rechtsprechung jener Tag, an dem der Versicherer bei der gebotenen und zumutbaren Aufmerksamkeit den Fehler hätte erkennen müssen (Urteile 8C 189/2016 vom 30. Mai 2016 E. 6; 9C 877/2010 vom 28. März 2011 E. 4.2.1 mit Hinweisen). Dies ist dann der Fall, wenn alle im konkreten Einzelfall erheblichen Umstände zugänglich sind, aus deren Kenntnis sich der Rückforderungsanspruch dem Grundsatz nach und in seinem Ausmass gegenüber einer bestimmten rückerstattungspflichtigen Person ergibt (BGE 140 V 521 E. 2.1 S. 525 mit Hinweisen).

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin macht erstmals vor Bundesgericht die Verjährung der Rückforderung geltend. Da es sich bei den Fristen nach Art. 25 Abs. 2 erster Satz ATSG um von Amtes wegen zu berücksichtigende Verwirkungsfristen handelt, ist dieser Einwand zulässig (Urteil 9C 454/2012 vom 18. März 2013 E. 2, nicht publ. in BGE 139 V 106, aber in SVR 2013 IV Nr. 24 S. 66, mit Hinweis auf BGE 138 V 74 E. 4.1 S. 77; BGE 133 V 579 E. 4.1 S. 582; 128 V 10 E. 1 S. 12).

4.2. Mit Blick auf die Forderungsverjährung steht unbestritten fest, dass die Arbeitslosenkasse auf Aufforderung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) hin in Anwendung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA; SR 822.41) einen Abgleich mit den Daten der AHV-Ausgleichskasse vornahm, um eine Überschneidung der Arbeitslosenentschädigung mit AHV-Beitragszeiten zu prüfen. Die Versicherte selbst gab gegenüber der Arbeitslosenkasse an, in den Monaten Mai, Juni und Juli 2012 kein Erwerbseinkommen erzielt zu haben. In Berücksichtigung der Rechtsprechung, wonach für die Auslösung der Verwirkungsfrist nicht die tatsächliche, sondern die zumutbare Kenntnis des zur Rückforderung Anlass gebenden Sachverhalts und diesbezüglich nicht der ursprüngliche Irrtum, sondern erst ein "zweiter Anlass" massgebend ist (Urteil 8C 824/2007 vom 15. Mai 2008 E. 3.2.2 mit

Hinweisen), musste die Arbeitslosenkasse daher die Rückerstattungsvoraussetzungen nicht vor dem Eingang des Auszugs aus dem individuellen Konto (IK) der GastroSozial Ausgleichskasse erkennen. Nach Eingang des IK-Auszugs bemühte sich die Arbeitslosenkasse in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes

zu Recht um weitere Abklärung des Sachverhalts, indem sie die entsprechenden Lohnabrechnungen bzw. Lohnjournale beim damaligen Gesellschafter und Geschäftsführer der B.\_\_\_\_\_ GmbH einzufordern versuchte, was jedoch auch nach zwei Mahnungen erfolglos blieb (Schreiben vom 30. Dezember 2014 sowie 26. Februar und 13. Mai 2015). Die damals zuständigen Organe der Arbeitgeberin erteilten keinerlei weiteren Auskünfte hierzu. Unter diesen Umständen begann vorliegend die Verwirkungsfrist erst zu laufen, als die Arbeitslosenkasse keine weiteren Abklärungen mehr zu treffen hatte. Das war somit nach Eingang des IK-Zusammenzugs am 30. Juni 2014, aber spätestens nach Ablauf der dem ehemaligen Gesellschafter und Geschäftsführer der Arbeitgeberin letztmals gesetzten Frist zur Beibringung der verlangten Lohnabrechnungen (31. Mai 2015) der Fall. Erst als bis zur eingeräumten Frist keine Arbeitgeberbescheinigungen vorgelegt wurden, konnte die Arbeitslosenkasse ihre Leistungspflicht für die drei Monate auf der Grundlage der vorhandenen Akten verneinen. Die Rückerstattungsverfügung erging am 30. Juni 2015 und damit - ungeachtet des genauen Versanddatums - rechtzeitig. Die Einwände gegen den Fristenlauf sind nicht stichhaltig. Namentlich ist

nicht ersichtlich, weshalb ein IK-Zusammenzug für den relevanten Zeitraum Mai, Juni und Juli 2012 im Zusammenhang mit der Geburt des Kindes der Versicherten am 6. Oktober 2013 hätte erfolgen sollen. Die Rüge der Verwirkung des Rückerstattungsanspruchs greift daher nicht.

4.3. Weiter haben gemäss Art. 42 ATSG die Parteien im Sozialversicherungsverfahren Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie müssen nicht angehört werden vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind. Da die Verfügung vom 30. Juni 2015 durch Einsprache anfechtbar war, musste die Beschwerdeführerin entgegen ihren Ausführungen vor Erlass derselben nicht angehört werden. Eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben oder der Beratungspflicht kann im Vorgehen der Verwaltung ebenfalls nicht gesehen werden.

4.4. Die Beschwerdeführerin bestreitet sodann letztinstanzlich erstmals die Höhe des Rückforderungsbetrags, was eine unzulässige neue Tatsachenbehauptung darstellt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Anzumerken ist, dass sich die Korrektheit der Rückforderungssumme ohne Weiteres aus den von ihr aufgelegten Privatkontoauszügen mit den in den massgebenden Monaten von der Unia Arbeitslosenkasse überwiesenen Beträgen ergibt.

4.5. Schliesslich vermag die Versicherte auch mit den übrigen Einwendungen nicht darzutun, inwiefern die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig oder unvollständig feststellte oder anderweitig Bundesrecht verletzte. Mit Blick auf den Umstand, dass die Lohnbescheinigung der B.\_\_\_\_\_ GmbH vom 16. Januar 2013 gegenüber der GastroSocial Ausgleichskasse für den Zeitraum vom 1. Januar bis 11. August 2012 ein Einkommen der Versicherten von Fr. 29'878.- ausweist, welcher Betrag sieben Monatslöhnen à Fr. 4'200.- zuzüglich Fr. 478.- Zwischenverdienst im Monat August 2012 entspricht, und in gleicher Höhe dem individuellen Konto gutgeschrieben wurde, duften Vorinstanz und Verwaltung davon ausgehen, dass die Versicherte in den in Frage stehenden drei Monaten sowohl als Arbeitnehmerin ein Einkommen erzielte als auch (ohne Angabe eines Zwischenverdienstes) Arbeitslosenentschädigung bezog. Auch der Einwand, der im Monat August 2012 erzielte Zwischenverdienst von Fr. 478.- sei berufsvorsorgerechtlich nicht bei der GastroSozial Pensionskasse versichert (Kontoauszug vom 22. Dezember 2015), was als Indiz für ein Arbeitsende bei der B.\_\_\_\_\_ GmbH bereits per Ende April 2012 zu werten sei, ist nicht schlüssig und begründet

keine offensichtlich unrichtige Tatsachenfeststellung der Vorinstanz. Nichts anderes gilt auch namentlich in Bezug darauf, dass die Ausgleichskasse versehentlich eine andere Arbeitgeberin als die B.\_\_\_\_\_ GmbH im IK-Auszug aufführte. Die letztinstanzlich neu eingereichte Bestätigung des ehemaligen Gesellschafters und Geschäftsführers der B.\_\_\_\_\_ GmbH vom 5. September 2017 ist sodann als echtes Novum von vornherein unzulässig (Art. 99 Abs. 1 BGG; BGE 143 V 19 E. 1.2 S. 23 f.; 140 V 543 E. 3.2.2.2 S. 548; 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123). Damit ist mit der Vorinstanz die Ausrichtung des Arbeitslosentaggeldes in der ausgewiesenen Höhe von Fr. 7'612.20 zweifellos unrichtig im wiedererwägungsrechtlichen Sinne und die Rückforderungssumme unbestrittenermassen erheblich (Art. 53 Abs. 2 ATSG), was zur Bestätigung des kantonalen Entscheids führt.

5.

5.1. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Gerichtskosten grundsätzlich der

Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG) kann jedoch entsprochen werden. Sie hat der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten, wenn sie später dazu in der Lage ist (Art. 64 Abs. 4 BGG).

5.2. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht mit Kostennote vom 13. September 2017 ein Honorar von Fr. 4'290.- sowie Auslagen und Ersatz der Mehrwertsteuer von zusammen Fr. 401.10, insgesamt also Fr. 4'694.10 geltend. Nach Art. 64 Abs. 2 BGG und Art. 10 des Reglements über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht vom 31. März 2006 (SR 173.110.210.3) hat der amtlich bestellte Anwalt oder die amtlich bestellte Anwältin Anspruch auf eine angemessene Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse, soweit der Aufwand für die Vertretung nicht aus einer zugesprochenen Parteientschädigung gedeckt werden kann. Praxisgemäss wird für einen Normalfall Fr. 2'800.- zugesprochen, Auslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen. Der in der Kostennote geltend gemachte Arbeitsaufwand von 17.16 Stunden à Fr. 250.- (Fr. 4'290.-) ist mit Blick darauf, dass die Streitsache nicht als schwierig einzustufen ist, als unangemessen hoch zu qualifizieren. Die Entschädigung wird deshalb auf den Normalansatz von Fr. 2'800.- festgesetzt.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.  
Die Beschwerde wird abgewiesen.
2.  
Der Beschwerdeführerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwalt Dominik Ott wird als unentgeltlicher Anwalt bestellt.
3.  
Die Gerichtskosten von Fr. 800.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt, indessen vorläufig auf die Bundesgerichtskasse genommen.
4.  
Dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'800.- ausgerichtet.
5.  
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 12. Januar 2018

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Die Gerichtsschreiberin: Polla