

SV 23 13

Entscheid vom 20. November 2023
Sozialversicherungsabteilung

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Verwaltungsrichterin Dr. med. Carole Bodenmüller,
Verwaltungsrichter Stephan Zimmerli,
Gerichtsschreiber Reto Rickenbacher.

Verfahrensbeteiligte

A.____,
vertreten durch die Rechtsanwälte Gianni F. Zanetti und
Sandra M. Kammerbauer, Zanetti Rechtsanwälte AG,
Blegistrasse 9, 6340 Baar,

Beschwerdeführer,

gegen

Unia Arbeitslosenkasse,
Monbijoustrasse 61, Postfach 3397, 3001 Bern,

Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Rückforderung Arbeitslosenentschädigung

Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der Unia
Arbeitslosenkasse vom 25. Mai 2023.

Sachverhalt:**A.**

A.____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) meldete sich zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 28. November 2017 an (ALK-act. 91 und 100 des 1. Dossiers, S. 168 ff. und 186). Am 29. Dezember 2017 bestätigte die Unia Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Unia) seinen Anspruch und eröffnete eine erste Rahmenfrist vom 29. November 2017 bis 28. November 2019 (ALK-act. 75 des 1. Dossiers, S. 135 f.).

B.

Wegen eines Stellenantritts wurde der Beschwerdeführer per 9. Februar 2018 von der Arbeitsvermittlung abgemeldet (ALK-act. 67 des 1. Dossiers, S. 125). Infolge Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses meldete sich der Beschwerdeführer ab 1. April 2019 erneut zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an (ALK-act. 65 f. des 1. Dossiers, S. 118 ff.), worauf ihm ab April 2019 erneut Arbeitslosentaggelder ausbezahlt wurden (ALK-act. 52 des 1. Dossiers, S. 93).

C.

Am 20. Mai 2019 schloss der Beschwerdeführer mit seiner Ehefrau einen Arbeitsvertrag für die Tätigkeit «Kinderbetreuung und Beratung» im Umfang von 20 Wochenstunden mit Arbeitsbeginn per 17. Juni 2019. Für die Kinderbetreuung wurde ein Monatslohn vereinbart; für die Beratungstätigkeit eine Pauschale bzw. ein Stundenlohn (ALK-act. 43 des 1. Dossiers, S. 80 f.). Auf Anfrage hin teilte ihm die Regionale Arbeitsvermittlung Obwalden/Nidwalden (RAV) mit Mail vom 13. Juni 2019 mit, laut dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) sei die Betreuung der eigenen Kinder als Zwischenverdiensttätigkeit in arbeitslosenversicherungsrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden (ALK-act. 44 des 1. Dossiers, S. 82).

D.

Auf entsprechenden Antrag des Versicherten eröffnete die Unia mit Schreiben vom 21. November 2019 eine Folgerahmenfrist per 29. November 2019, die sie mit Verfügung vom 10. Dezember 2019 bestätigte (ALK-act. 201 des 2. Dossiers, S. 583; ALK-act. 193 des 2. Dossiers, S. 577; ALK-act. 186 des 2. Dossiers S. 561 ff.).

E.

Aufgrund von Abklärungen, die sie wegen Diskrepanzen zwischen dem deklarierten Zwischenverdienst und der vereinbarten Entschädigung tätigte, erfuhr die Unia, dass die Ausgleichskasse Nidwalden den Anspruch auf Familienzulagen abgelehnt hatte (ALK-act. 161 ff. des 2. Dossiers, S. 511 ff.). Auf erneute Anfrage teilte das SECO der Unia am 18. Februar 2020 mit, die Kinderbetreuung könne entgegen der ursprünglichen Antwort weder als Zwischenverdienst anerkannt noch als Beitragszeit angerechnet werden (ALK-act. 157 des 2. Dossiers, S. 501 ff.).

F.

Die Unia verfügte deshalb am 6. März 2020 Folgendes:

- «1. Der Antrag auf Arbeitslosenentschädigung [des Beschwerdeführers] per 29.11.2019 wird abgewiesen.
2. Die Verfügung vom 10.12.2019 wird wiedererwägungsweise aufgehoben.
3. Die Rahmenfrist Leistungsbezug vom 29.11.2019 bis 28.11.2021 ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von CHF 3'636.05 werden [beim Beschwerdeführer] zurückgefordert.
4. Weiter werden die im April 2019, Mai 2019 sowie November 2019 ausgerichteten Kinderzulagen im Betrag von CHF 1'017.50 beim [Beschwerdeführer] zurückgefordert.
5. Die Nachzahlung der fälschlicherweise angerechneten Zwischenverdienste im Betrag von CHF 5'382.90 für die Zeit vom 17.06.2019 bis zum 28.11.2019 wird mit der Rückforderung verrechnet.
6. Die Nachzahlung beträgt CHF 729.35.»

Die Unia wies die vom Beschwerdeführer erhobene Einsprache mit Entscheid vom 12. Juni 2020 ab und bestätigte die Verfügung vom 6. März 2020 (ALK-act. 129 des 2. Dossiers, S. 370 ff.).

G.

Gegen diesen Einspracheentscheid gelangte der Beschwerdeführer am 17. August 2020 ans Verwaltungsgericht Nidwalden (nachfolgend: Verwaltungsgericht; ALK-act. 125 des 2. Dossiers, S. 260 ff.). Dieses wies die Beschwerde mit Entscheid SV 20 24 am 14. Dezember 2020 abwies (ALK-act. 101 des 2. Dossiers, S. 199 ff.). Der Beschwerdeführer zog diesen Entscheid ans Bundesgericht weiter (ALK-act. 101 des 2. Dossiers, S. 199 ff.). Mit Entscheid 8C_458/2021 vom 25. Januar 2022 kam das Bundesgericht – wie schon das Verwaltungsgericht – zum Schluss, es sei zweifellos unrichtig gewesen, die Kinderbetreuung als Erwerbstätigkeit und damit als beitragsbildenden Zwischenverdienst einzustufen, weshalb die Unia wiedererwägungsweise auf die Verfügung vom 10. Dezember 2019 habe zurückkommen dürfen.

Im Gegensatz zum Verwaltungsgericht stellte es sich aber auf den Standpunkt, mit Ausnahme der finalen Interessenabwägung seien sämtliche Vertrauensschutzvoraussetzungen erfüllt. Es hiess die Beschwerde deshalb teilweise gut, hob den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 14. Dezember 2020 und den Einspracheentscheid der Unia vom 12. Juni 2020 auf, und wies die Sache zu neuer Verfügung an die Unia zurück, damit sie die finale Interessenabwägung vornehme und hernach, gestützt auf das Ergebnis, erneut verfüge (ALK-act. 89 des 2. Dossiers, S. 80 ff.).

H.

Die Unia erliess keine neue Verfügung, sondern direkt den Einspracheentscheid vom 19. Mai 2022, in dem sie die Einsprache vom 24. April 2020 (erneut) abwies und die Verfügung vom 6. März 2020 (erneut) bestätigte (ALK-act. 83 des 2. Dossiers, S. 66 ff.). Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht mit Entscheid SV 22 20 vom 6. September 2022 gut. Es hob den angefochtenen Einspracheentscheid auf und verpflichtete die Unia, dem Beschwerdeführer für die Rahmenfrist vom 29. November 2019 bis 28. November 2021 die gesetzlichen Leistungen zuzüglich Verzugszins auszurichten sowie auf die Rückforderung der in dieser Rahmenfrist ausbezahlten Arbeitslosenentschädigung zu verzichten (ALK-act. 71 des 2. Dossiers, S. 211). Dieser Entscheid wurde rechtskräftig, worauf die Unia dem Beschwerdeführer – teilweise erst auf wiederholte Aufforderung hin – die gesetzlichen Leistungen für die zweite Rahmenfrist ausbezahlte (amtl. Bel. 1 Rz. 9; BF-Bel. 4 f.).

I.

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2022 forderte die Unia in der ersten Rahmenfrist (Juni bis November 2019) getätigte Leistungen von Fr. 5'382.90 zurück (BF-Bel. 8). Die vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Einsprache wies sie am 25. Mai 2023 ab und bestätigte die angefochtene Verfügung (BF-Bel. 2).

J.

Der Beschwerdeführer erhob erneut Beschwerde ans Verwaltungsgericht mit den Anträgen (amtl. Bel. 1):

- « 1 Es sei der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 25. Mai 2023 vollumfänglich aufzuheben und auf die Rückforderung von CHF 5'382.90 zu verzichten.
- 1^{bis} Eventualiter sei der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 25. Mai 2023 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.»

K.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 17. Juli 2023 beantragte die Unia die kostenfällige Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des Einspracheentscheids vom 25. Mai 2023 (amtl. Bel. 3).

L.

Mit freigestellter Replik vom 1. September 2023 (amtl. Bel. 7) und freigestellter Duplik vom 13. März 2023 (amtl. Bel. 9) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Damit war der Rechtschriftenwechsel abgeschlossen. Die beschwerdeführerischen Rechtsvertreter reichten am 26. September 2023 ihre Kostennote ein (amtl. Bel. 10).

M.

Die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts Nidwalden hat die vorliegende Beschwerdesache anlässlich ihrer Sitzung vom 20. November 2023 in Abwesenheit der Parteien beraten und beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.

1.1

Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde bildet der Einspracheentscheid der Unia vom 25. Mai 2023, mit dem die Rückforderung von Leistungen im Umfang von Fr. 5'382.90 gemäss Verfügung vom 19. Oktober 2022 bestätigt wurde (BF-Bel. 2).

1.2

Gegen Einspracheentscheide eines Sozialversicherungsträgers kann Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden (Art. 56 und 57 ATSG [SR 830.1] i.V.m. § 10 Arbeitslosenversicherungsverordnung [EV AVIG; NG 744.1]). Örtlich zuständig ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem der Versicherte oder der beschwerdeführende Dritte zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat (Art. 58 Abs. 1 ATSG i.V.m. § 10 EV AVIG). Sachlich zuständig ist im Kanton Nidwalden die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts (Art. 39 GerG [NG 261.1]). Der Beschwerdeführer hat seinen Wohnsitz in Z.____ im Kanton Nidwalden (ALK-act. 66 des 1. Dossiers, S. 123), womit die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Nidwalden örtlich und sachlich zuständig ist.

1.3

Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 60 und 61 ATSG), womit auf die Beschwerde einzutreten ist.

2.

2.1

Die Unia begründet den angefochtenen Einspracheentscheid, mit dem die am 19. Oktober 2022 verfügte Rückforderung von Fr. 5'382.90 bestätigt wurde, im Wesentlichen wie folgt: Es sei strittig und zu prüfen, ob die Kontrollperiode Juni bis November 2019 zu Recht in Wiedererwägung gezogen und korrigiert worden sei und ob demzufolge die Rückforderung von Fr. 5'382.90 rechtmässig sei. Gemäss dem Verwaltungsgerichtsentscheid vom 6. September 2022 habe der Einspracheentscheid der Unia vom 19. Mai 2022 aufgehoben und die Leistungen für die Rahmenfrist vom 29. November 2019 bis 28. November 2021 hätten ausbezahlt werden müssen. Die Rahmenfrist sei auf Grundlage jener Beitragszeit eröffnet worden, die durch den Zwischenverdienst in der vorherigen Rahmenfrist vom 29. November 2017 bis 28. November 2019 erwirtschaftet worden sei. Demnach sei es nur konsequent, die Zwischenverdienste in der vorherigen Rahmenfrist vom 29. November 2017 bis 28. November 2019 wieder anzurechnen. Damit werde der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt und der Verwaltungsgerichtsentscheid konsequent umgesetzt. Die Einsprache werde deshalb

abgewiesen, die angefochtene Verfügung bestätigt und der Zwischenverdienst von Juni bis November 2019 über Fr. 5'382.90 wieder angerechnet (BF-Bel. 2).

In ihrer Beschwerdeantwort ergänzt die Unia zusammengefasst, es wäre stossend, zufolge Bejahung des Vertrauensschutzes die Kinderbetreuung einerseits als Beitragszeit für eine Folgerahmenfrist anzuerkennen und andererseits in der alten Rahmenfrist nicht als Zwischenverdienst anzurechnen. Diese beiden Folgen (Berücksichtigung als Beitragszeit und Anrechnung als Zwischenverdienst) seien Bestandteil der ursprünglichen Verfügung vom 6. März 2020 gewesen. Wenn nun eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung erfolge, müsse man sich in die ursprüngliche Ausgangslage versetzen. Es sei rechtsmissbräuchlich und nicht schützenswert, wenn der Beschwerdeführer, nachdem er die Arbeitslosenentschädigung ab dem 29. November 2019 erhalten habe, nun geltend mache, die Kinderbetreuung dürfe in der alten Rahmenfrist nicht als Zwischenverdienst angerechnet werden (amtl. Bel. 3).

2.2

Der Beschwerdeführer verlangt im Hauptantrag, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und auf die Rückforderung der Fr. 5'382.90 sei zu verzichten.

Zur Begründung macht er zusammengefasst geltend, die Verfügung vom 6. März 2020 sei Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens gewesen und könne nicht mehr in Wiedererwägung gezogen werden, weil die Sache rechtskräftig abgeurteilt sei. Selbst wenn man davon ausgehe, dass Ziffer 5 der Verfügung vom 6. März 2020 nicht Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens gewesen sei, sei diese Ziffer mangels eigenen Antrags der Unia in materielle Teilrechtskraft erwachsen und könne nicht mehr in Wiedererwägung gezogen werden. Zudem sei die Verfügung vom 6. März 2020 auch nicht zweifellos unrichtig, zumal die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des ursprünglichen Verfügungserlasses massgebend sei.

Der Beschwerdeführer stellt sich überdies auf den Standpunkt, der Rückforderungsanspruch sei sowohl nach altem als auch nach neuem Recht verwirkt, weil die relative Verwirkungsfrist abgelaufen sei (amtl. Bel. 1).

2.3

Die Unia behauptet somit, der Beschwerdeführer habe in der ersten Rahmenfrist Leistungen im Umfang von Fr. 5'382.90 bezogen, die ihm nicht zugestanden hätten. Mit der Verfügung vom 19. Oktober 2022, die im angefochtenen Einspracheentscheid bestätigt wurde, fordert die Unia diese Leistungen zurück. Der Beschwerdeführer bestreitet die Zulässigkeit dieser Rückforderung.

Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob die umstrittene Rückforderung zulässig ist. Dafür sind zunächst die rechtlichen Voraussetzungen für eine Rückforderung von Leistungen darzulegen.

3.

3.1

Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG [SR 837.0] i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Beruhen die zu Unrecht bezogenen Geldleistungen auf einer formell rechtskräftigen Verfügung, können sie 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; Art. 53 Abs. 2 ATSG) oder die für die prozessuale Revision (wegen vorbestandener neuer Tatsachen oder Beweismittel; Art. 53 Abs. 1 ATSG) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (Urteil des Bundesgerichts 8C_379/2022 vom 21. November 2022 E. 3.2; BGE 130 V 318 E. 5.2).

3.2

Bei Erhebung einer Einsprache wird das Verwaltungsverfahren erst durch den Einspracheentscheid abgeschlossen, der die ursprüngliche Verfügung ersetzt (BGE 142 V 337 E. 3.2.1; BGE 131 V 407 E. 2.1.2.1). Wird Beschwerde gegen den Einspracheentscheid erhoben, hat die Beschwerdeinstanz im Rahmen der Prüfung der Rechtsbegehren der Beschwerde zu ergründen, was überhaupt Gegenstand der Einsprache bildete und ob gewisse Elemente der dem Einspracheentscheid zugrundeliegenden Verfügung bereits rechtskräftig wurden (MIRIAM LENDFERS, in: Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, N. 17 zu Art. 56 ATSG). Ebenso hat die Beschwerdeinstanz gestützt auf das Rechtsbegehren und die Begründung zu prüfen, ob Teile des Einspracheentscheids nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 200 13 1126 ALV vom 8. Mai 2014 E. 1.2).

4.

4.1

Die Unia führt im angefochtenen Einspracheentscheid vom 25. Mai 2023 aus, es sei strittig und zu prüfen, ob sie «die Kontrollperioden Juni bis November 2019 zu Recht in Wiedererwägung gezogen» habe. Sie gibt allerdings weder im Einspracheentscheid noch in der diesem zugrundeliegenden Verfügung an, welche Verfügung oder welchen Einspracheentscheid sie in Wiedererwägung gezogen haben will. Demnach ist zunächst zu prüfen, ob überhaupt eine formell rechtskräftige Verfügung oder ein formell rechtskräftiger Einspracheentscheid vorliegt, der in Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) oder in Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG): gezogen werden kann.

4.2

Die Unia verfügte in Ziffer 5 der Verfügung vom 6. März 2020, die mit Einspracheentscheid vom 12. Juni 2020 bestätigt wurde, Folgendes (ALK-act. 129 des 2. Dossiers, S. 370 ff.):

« 5. Die Nachzahlung der fälschlicherweise angerechneten Zwischenverdienste im Betrag von CHF 5'382.90 für die Zeit vom 17.06.2019 bis zum 28.11.2019 wird mit der Rückforderung verrechnet.»

Der Einspracheentscheid vom 12. Juni 2020 wurde bis vor Bundesgericht angefochten und von diesem schliesslich aufgehoben (ALK-act. 89 des 2. Dossiers, S. 80 ff.). Anstatt wie vom Bundesgericht angeordnet eine neue Verfügung zu erlassen, erliess die Unia am 19. Mai 2022 direkt einen Einspracheentscheid und «bestätigte» die eigentlich durch den Einspracheentscheid vom 12. Juni 2020 ersetzte Verfügung vom 6. März 2020 (ALK-act. 83 des 2. Dossiers, S. 66 ff.). Damit verfügte sie inhaltlich nochmals dasselbe wie in der Verfügung vom 6. März 2020, ohne aber ein Einspracheverfahren durchzuführen. Der Beschwerdeführer erhob am 20. Juni 2022 gegen diesen Einspracheentscheid Beschwerde, verzichtete allerdings – zur Vermeidung eines Leerlaufs – darauf, diesen formellen Fehler zu rügen (ALK-act. 7 des 2. Dossiers, S. 53 f. Rz. 4). Aus den Anträgen und der Begründung geht hervor, dass sich die Beschwerde nicht gegen die vorgenannte Nachzahlung der für die in der ersten Rahmenfrist angerechneten Zwischenverdienste gemäss vorstehender Ziffer 5, sondern nur gegen die Rückforderung und Nichtbezahlung von Arbeitslosenentschädigung in der zweiten Rahmenfrist richtete (ALK-act. 7 des 2. Dossiers, S. 51 ff.). Folglich hat das Verwaltungsgericht die Frage der Nachzahlung der angerechneten Zwischenverdienste im Entscheid vom 6. September 2022 auch nicht beurteilt, sondern sich nur zur zweiten Rahmenfrist (29. November 2019 bis 28. November 2021) geäussert (ALK-act. 71 des 2. Dossiers, S. 211) Mangels Anfechtung ist der Einspracheentscheid vom 20. Juni 2022 betreffend die Rückzahlung der in der ersten

Rahmenfrist angerechneten Zwischenverdienste (Ziffer 5 der «bestätigten» Verfügung) in formelle Rechtskraft erwachsen. Diesbezüglich liegt somit ein formell rechtskräftiger Einspracheentscheid vor, womit die betreffenden Leistungen nur zurückgefordert werden können, wenn die Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision erfüllt sind (Urteil des Bundesgerichts 8C_379/2022 vom 21. November 2022 E. 3.2).

4.3

Es ist nicht ersichtlich und wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht, dass nachträglich neue vorbestehende (d.h. im Zeitpunkt der Entscheidung bereits vorhandene, vgl. UELI KIESER, Kommentar zum ATSG, 4. Aufl. 2020, N. 24 zu Art. 53 ATSG) Tatsachen oder Beweismittel aufgetaucht seien, womit die prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) als Rückforderungsgrund ausscheidet.

4.4

Die Unia macht hingegen geltend, die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung seien erfüllt, und begründet damit die vorliegend umstrittene Rückforderung. Nachdem der Beschwerdeführer dies bestreitet, ist nachfolgend zunächst zu prüfen, ob die formell rechtskräftig verfügte Nachzahlung der Zwischenverdienste in der ersten Rahmenfrist in Wiedererwägung gezogen werden kann.

5.

5.1

Bei der Prüfung einer Wiedererwägung sind zwei getrennte Verfahrensschritte auseinanderzuhalten: In einem ersten Schritt ist zu klären, ob die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung erfüllt sind. Nur dann kann auf eine formell rechtskräftige Verfügung oder Einsprache überhaupt zurückgekommen werden. Ist dies der Fall, kann in einem zweiten Schritt unter Berücksichtigung der massgebenden Umstände eine neue Entscheidung gefällt werden (Urteil des Bundesgerichts 8C_321/2012 vom 14. August 2012 E. 3.2 m.w.V.).

Der Versicherungsträger kann gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide in Wiedererwägung ziehen, wenn diese nach damaliger Sach- und Rechtslage zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Die erstgenannte Voraussetzung meint, dass kein vernünftiger Zweifel an der (von Beginn weg bestehenden) Unrichtigkeit der Verfügung möglich, also einzig dieser Schluss denkbar ist. Das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit ist in der Regel erfüllt, wenn eine

Leistungszusprechung aufgrund falsch oder unzutreffend verstandener Rechtsregeln erfolgt war oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (Urteil des Bundesgerichts 8C_379/2022 vom 21. November 2022 m.w.V.).

Die Bestimmung von Art. 53 Abs. 2 ATSG regelt die Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung. Es geht also um die Konstellation, in der die Leistung von Anfang an zu Unrecht zugesprochen wurde, jedenfalls sofern sich aufgrund der nachträglich korrekten Rechtsanwendung ergibt, dass die Leistung nicht geschuldet gewesen wäre. Ergibt hingegen die Überprüfung der Leistungszusprechung im Rahmen der Wiedererwägung, dass diese zu Recht erfolgte, bleibt es dabei (BGE 149 V 91 E. 7.7 m.w.V.).

5.2

In einem ersten Schritt ist somit zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung vorliegen.

Damit die formell rechtskräftige Rückzahlung der in der ersten Rahmenfrist angerechneten Zwischenverdienste in Wiedererwägung gezogen werden könnte, müsste deren Rückzahlung nach damaliger Sach- und Rechtslage zweifellos unrichtig gewesen sein. Das ist nicht der Fall: Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall festgehalten, die Betreuung der eigenen Kinder könne eindeutig nicht als Erwerbstätigkeit eingestuft werden, womit sich mit dieser Beschäftigung offensichtlich kein Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Satz 1 AVIG erzielen lasse. Die Qualifikation der Kinderbetreuung als Erwerbstätigkeit – und damit aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht als beitragsbildender Zwischenverdienst – sei schon im Dezember 2019 zweifellos unrichtig gewesen (Urteil des Bundesgerichts 8C_458/2021 vom 25. Januar 2022 E. 4.2.2; ALK-act. 89 des 2. Dossiers, S. 80 ff.). Das dem Beschwerdeführer in der ersten Rahmenfrist die angerechneten Zwischenverdienste zurückerstattet werden, ist somit nicht – wie es für eine Wiedererwägung vorausgesetzt wäre – offensichtlich unrichtig, sondern offensichtlich richtig. Dies war nach den bundesgerichtlichen Feststellungen schon im Dezember 2019 der Fall, und damit erst recht im Zeitpunkt des Erlasses des Einspracheentscheids vom 20. Juni 2022, mit dem diese Rückzahlung (erneut) angeordnet worden ist.

Nachdem bereits diese Voraussetzung für eine Wiedererwägung nicht erfüllt ist, kann offenbleiben, ob eine Berichtigung von erheblicher Bedeutung wäre. Die Unia kann die (formell rechtskräftig) angeordnete Rückzahlung von Fr. 5'382.90 nicht in Wiedererwägung ziehen.

5.3

Selbst wenn die Wiedererwägung zulässig wäre, müsste in einem zweiten Schritt ein rechtlich korrekter Entscheid gefällt werden. Wie zuvor darlegt, ist es rechtlich korrekt, dass dem Beschwerdeführer in der ersten Rahmenfrist kein Zwischenverdienst angerechnet und dass der fälschlicherweise angerechnete Zwischenverdienst im Umfang von Fr. 5'382.90 zurückerstattet wurde. Selbst wenn die formell rechtskräftige Rückzahlung in Wiedererwägung gezogen werden könnte, wäre sie nicht zu korrigieren, weil sie rechtlich korrekt ist (vgl. (BGE 149 V 91 E. 7.7)).

Daran vermögen die Ausführungen der Unia, dem Beschwerdeführer sei wegen der Behandlung der Kinderbetreuung als Zwischenverdienst und damit als Beitragszeit in der ersten Rahmenfrist eine zweite Rahmenfrist eröffnet worden, weshalb dieser Zwischenverdienst in der ersten Rahmenfrist wieder angerechnet werden müsse, nichts zu ändern. Die Unia verkennt, dass das Bundesgericht klar festgehalten hat, die Betreuung der eigenen Kinder könne kein beitragsbildender Zwischenverdienst sein und eine entsprechende Anrechnung als Zwischenverdienst sei rechtlich eindeutig falsch. Weil der Beschwerdeführer diesbezüglich von der Unia (die sich wiederum auf das SECO stützte) eine falsche Auskunft erhalten hat, wurde er in seinem Vertrauen geschützt und ihm – obwohl er die Beitragszeit nicht erfüllt hat – eine zweite Rahmenfrist eröffnet. Das ändert aber nichts daran, dass die Anrechnung der Betreuung der eigenen Kinder als Zwischenverdienst falsch ist und dass es korrekt war, dem Beschwerdeführer den fälschlicherweise angerechneten Zwischenverdienst im Umfang von Fr. 5'382.90 zurückzuerstatten. Die Eröffnung einer zweiten Rahmenfrist gestützt auf den Vertrauensschutz führt nicht dazu, dass die Betreuung der eigenen Kinder – im klaren Widerspruch zum geltenden Recht – in der ersten Rahmenfrist als Zwischenverdienst angerechnet wird. Die verfügte Rückforderung ist damit rechtlich falsch, weshalb selbst dann darauf zu verzichten wäre, wenn eine Wiedererwägung zulässig wäre.

5.4

Der Hauptantrag der Beschwerde ist somit gutzuheissen. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 25. Mai 2023 ist aufzuheben und die Unia ist anzuweisen, auf die Rückforderung der in der ersten Rahmenfrist angerechneten Zwischenverdienste im Umfang von Fr. 5'382.90 zu verzichten.

6.

6.1

Gemäss Art. 61 lit. ^fbis ATSG ist das Verfahren bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Sieht das Einzelgesetz keine Kostenpflicht vor, kann das Gericht einer Partei, die sich mutwillig oder leichtsinnig verhält, Gerichtskosten auferlegen. Da das AVIG keine Kostenpflicht vorsieht und sich die Parteien weder mutwillig noch leichtsinnig verhalten haben, sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben.

6.2

Der obsiegende Beschwerdeführer hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). Im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht als Versicherungsgericht beträgt das ordentliche Honorar Fr. 400.– bis Fr. 6'000.– (Art. 47 Abs. 3 PKoG [NG 261.2]). Das Honorar entschädigt die Anwältin oder den Anwalt für die für die Verrichtungen, die unmittelbar mit der berufsmässigen Vertretung oder Verbeiständung der Parteien im gerichtlichen Verfahren zusammenhängen, namentlich für die Instruktion, das Studium der Akten, die Abklärung von Rechtsfragen, die Vergleichsverhandlungen, die ordentlichen Rechtschriften und die Teilnahme an den Gerichtsverhandlungen (Art. 32 Abs. 1 PKoG). Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der in diesem Gesetz vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 Abs. 1 PKoG). Hinzu kommen die Auslagen (Art. 52 f. PKoG; Barauslagen und Kopien) und die Mehrwertsteuer (Art. 54 Abs. 1 PKoG).

Die beschwerdeführerischen Rechtsvertreter haben am 26. September 2023 eine Kostennote über Fr. 6'393.50 (Honorar Fr. 5'763.50 [22.17 Stunden à Fr. 260.–]; Auslagen Fr. 172.91, 7.7 % Mehrwertsteuer Fr. 457.10) eingereicht (amtl. Bel. 10). Aus der beigelegten Stundenabrechnung geht hervor, dass diverse Leistungen verrechnet werden, die vor dem Erlass des angefochtenen Einspracheentscheids erbracht wurden (vom 22. Oktober 2022 – 1. März 2023), folglich nicht unmittelbar mit der Vertretung im vorliegenden Gerichtsverfahren zusammenhängen und deshalb nicht im vorliegenden Verfahren zu entschädigen sind (vgl. Art. 32 Abs. 1 PKoG). Ab Erlass des angefochtenen Einspracheentscheids (26. Mai – 7. September 2023) sind diverse Leistungen ersichtlich, die ebenfalls nicht unmittelbar mit der Vertretung im

vorliegenden Verfahren zusammenhängen (01.03.2023: E-Mail an Unia betr. ausstehende Rückmeldung; 30.05.2023: E-Mail an Unia Lu, Kinderzulagen; 01.06.2023: Telefon an Unia [Erläuterung der Rechtslage, materielle Rechtskraft]; 01.06.2023: E-Mail von/an Unia [Sachverhaltszusammenfassung, Rechtliches]; 26.06.2023: Telefon von Unia) oder unnötige Doppelspurigkeiten darstellen (30.05.2023: Prüfung Einspracheentscheid durch RA Villiger). Die verbleibenden, im vorliegenden Verfahren zu entschädigenden Leistungen belaufen sich auf 12.59 Stunden. Bei Anwendung eines dem vorliegenden Verfahren angemessenen Stundensatzes von Fr. 250.– (vgl. auch Art. 34 Abs. 2 PKoG) ergibt sich ein zu entschädigendes Honorar von Fr. 3'147.50. Die geltend gemachte Spesenpauschale von 3% ist ebenfalls überhöht, es sind nur die effektiven Auslagen zu entschädigen (vgl. Art. 52 f. PKoG). Aus den Akten ergeben sich neben den vier postalisch übermittelten Schreiben (2x Einschreiben; 1x A-Post Plus, 1x A-Post) keine weiteren zu entschädigenden Auslagen, weshalb als Auslagen Fr. 15.90 zu entschädigen sind. Hinzu kommt die Mehrwertsteuer von 7.7% (vgl. Art. 54 Abs. 1 PKoG). Die Unia hat dem Beschwerdeführer für das vorliegende Verfahren somit eine Parteientschädigung von Fr. 3'407.– (Honorar Fr. 3'147.50; Auslagen Fr. 15.90; 7.7 % Mehrwertsteuer Fr. 243.60) zu bezahlen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 25. Mai 2023 aufgehoben und die Unia angewiesen, auf die Rückforderung der in der ersten Rahmenfrist angerechneten Zwischenverdienste im Umfang von Fr. 5'382.90 zu verzichten.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Unia hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'407.– zu bezahlen.
4. [Zustellung].

Stans, 20. November 2023

VERWALTUNGSGERICHT NIDWALDEN
Sozialversicherungsabteilung
Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann
Der Gerichtsschreiber

MLaw Reto Rickenbacher

Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Art. 82 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde 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 angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gilt Art. 44 ff.