



Fall-Nr.: AVI 2009/15
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 12.09.2019
Entscheiddatum: 07.05.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 07.05.2010

Art. 95 Abs. 1 und 24 AVIG, Art. 25 Abs. 1, 43 und 53 Abs. 2 ATSG.

Rückforderung von Taggeldleistungen wegen Nichtangabe von Zwischenverdienst. Der Rückforderungsbetrag von Fr. 931.85 ist erheblich, zumal die Rückforderung durch ein Fehlverhalten der Beschwerdeführerin verursacht wurde (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 7. Mai 2010, AVI 2009/15).

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie Löhner,
Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiberin Andrea Keller

Entscheid vom 7. Mai 2010

in Sachen

J.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rainer Niedermann, St. Leonhard-Strasse 20,
Postfach, 9001 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Rückerstattung von Taggeldleistungen (Zwischenverdienst)

Sachverhalt:

A.

A.a J. ___ meldete sich per 25. Februar 2008 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an (act. G 11.35). In der Folge wurde ihr eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 25. Februar 2008 bis 24. Februar 2010 eröffnet; in der Kontrollperiode Februar 2008 erhielt sie Taggeldleistungen von Fr. 221.10, im März von Fr. 943.75, im April von Fr. 1'227.95 und im Mai von Fr. 931.85, total Fr. 3'324.65 (act. G 11.20). Per 24. Mai 2008 wurde die Versicherte von der Arbeitsvermittlung abgemeldet, da sie eine Stelle gefunden hatte (act. G 25.2).

A.b Mit Schreiben vom 9. Juli 2008 teilte die Kantonale Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) der Versicherten mit, das Amt für Wirtschaft habe ihr (der Kasse) zur Kenntnis gebracht, dass sie (die Versicherte) gelegentlich im Restaurant A. ___ gearbeitet habe. In den Formularen "Angaben der versicherten Person" habe sie immer angegeben, keinem Zwischenverdienst nachgegangen zu sein. Die Kasse forderte die Versicherte diesbezüglich zur Stellungnahme und dazu auf, die dem Schreiben beigelegten Bescheinigungen über den Zwischenverdienst dem Restaurant A. ___ weiterzuleiten (act. G 11.21). Nachdem die Versicherte auf dieses Schreiben nicht reagiert hatte, forderte die Kasse sie mit Schreiben vom 2. September 2008 erneut zur Stellungnahme und Einreichung der Arbeitgeberbescheinigungen des Restaurants A. ___ auf, ansonsten die Einleitung von rechtlichen Schritten in Erwägung gezogen werden müsse (act. G 27.1). Am 23. September 2008 setzte die Kasse der Versicherte eine letzte Frist bis 5. Oktober 2008, um die gewünschten Unterlagen einzureichen. Andernfalls werde sie die ganze Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum vom 25. Februar bis 24. Mai 2008 zurückfordern (act. G 27.2). Mit Schreiben vom 1. Oktober 2008 teilte die Versicherte der Kasse mit, sie sei beim Restaurant A. ___ nur als Aushilfe "angestellt" gewesen. Sie habe ihrem Bruder ausgeholfen, was im familiären Sinn (ohne Entlöhnung) geschehen sei (act. G 11.19). Unterlagen reichte sie keine ein.

B.



B.a Mit Verfügung vom 13. Oktober 2008 forderte die Kasse von der Versicherten zu viel bezogene Taggeldleistungen im Totalbetrag von Fr. 3'324.65 (netto) zurück. Sie habe keine Bescheinigungen über den Zwischenverdienst eingereicht. Da sie darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass ihre Ansprüche der Kasse gegenüber ganz erlöschen würden, wenn sie die fehlenden Unterlagen nicht innert Frist einreiche, könnten die kontrollierten Tage ab 25. Februar 2008 nicht entschädigt werden. Es sei ein Rückforderungsbetrag von Fr. 3'324.65 entstanden (act. G 11.17). Hiergegen erhob die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt Rainer Niedermann, am 28. Oktober 2008 Einsprache (nicht bei den Akten), die sie am 18. Dezember 2008 begründen liess (act. G 11.16). Der Vertreter der Versicherten machte im Wesentlichen geltend, das Restaurant A.____ sei am 1. April 2008 vom Bruder der Versicherten übernommen und eröffnet worden. Eine Rückforderung von Taggeldern vor dem 1. April 2008 scheidet damit zum Vornherein aus. Im Eröffnungsmonat April 2008 sei wenig los gewesen, so dass es nichts auszuhelfen gegeben habe. Von Mitte April bis Mitte Mai 2008 habe die Versicherte tagsüber einen Kurs besucht. Bis zum behördlichen Kontrollbesuch im Restaurant am 16. Mai 2008 sei es der Versicherten lediglich möglich gewesen, höchstens jeden zweiten Abend von 18.00 bis 21.00 Uhr, manchmal bis 22.00 Uhr auszuhelfen. Am Samstag habe sie in der ersten Maihälfte 2008 ebenfalls im erwähnten Ausmass am Abend ausgeholfen. Nach dem Kontrollbesuch habe sie nicht mehr ausgeholfen (act. G 11.16).

B.b Mit Entscheid vom 7. Januar 2009 hiess die Kasse die Einsprache teilweise gut und reduzierte die Rückforderung auf Fr. 931.85. Das Restaurant A.____ sei offenbar am 1. April 2008 eröffnet worden. Für die Monate Februar und März 2008 müsse demnach keine Bescheinigung über Zwischenverdienst eingereicht werden, wenn davon ausgegangen werde, die Versicherte sei im Restaurant lediglich für ihren Bruder tätig gewesen. Es bestünden keine Beweismittel dafür, inwieweit sie im April 2008 für das Restaurant tätig gewesen sei. Gemäss den Angaben in der polizeilichen Befragung und den Ausführungen in der Einsprache sei sie im Mai 2008 zwei Wochen für das Restaurant tätig gewesen. Für diesen Monat müssten demnach Fr. 931.85 zurückgefordert werden. Ein Formular "Bescheinigung über Zwischenverdienst" für den Monat Mai 2008 sei innert der Verwirkungsfrist von drei Monaten nach dreimaliger schriftlicher Aufforderung und unter Hinweis auf die Rechtsfolge der Rückforderung



St.Galler Gerichte

nicht eingereicht worden; im vorliegenden Verfahren könne kein Wiederherstellungsgrund berücksichtigt werden (act. G 11.11).

C.

C.a Mit Eingabe vom 9. Februar 2009 und Ergänzung vom 5. Mai 2009 erhebt der Vertreter der Versicherten Beschwerde und beantragt, der Einspracheentscheid vom 7. Januar 2009 sei aufzuheben, insoweit die Einsprache vom 28. Oktober 2008 nicht gutgeheissen worden sei. Eventualiter sei ein Rückforderungsanspruch entsprechend einem Umfang von höchstens 28 Arbeitsstunden (acht Abende jeweils 3.5 Stunden) in der Kontrollperiode Mai 2008 gutzuheissen. Zudem beantragt er die unentgeltliche Prozessführung. Zur Begründung bringt er im Wesentlichen vor, die Beschwerdeführerin habe im Mai 2008 höchstens 28 Stunden ausgeholfen. In diesem Umfang erkläre sie sich grundsätzlich mit der Anrechnung eines orts- und branchenüblichen Lohns, welcher augenscheinlich niedriger sei als die verlangte Rückforderung, einverstanden. Gemäss Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes betrage der Mindestlohn für die Beschwerdeführerin als ungelernete Servicemitarbeiterin Fr. 18.60 pro Stunde. Andererseits betrage ihr Taggeldanspruch lediglich Fr. 48.05. Eine Aufrechnung könne somit höchstens bis zu diesem Betrag erfolgen. Die Beschwerdeführerin habe an acht Abenden gearbeitet, was einem Taggeld von Fr. 384.40 entsprechen würde. Da sie jeweils nur 3.5 Stunden pro Abend tätig gewesen sei, sei folgerichtig nur ein halbes Taggeld bzw. Fr. 197.20 anzurechnen (act. G 1 und 9).

C.b Am 2. Juni 2009 wird der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung bewilligt (act. G 12).

C.c Mit Beschwerdeantwort vom 26. Mai 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Im Sinn einer reformatio in peius sei der Betrag von 3'324.65 zurückzufordern. Es sei unklar geblieben, ob die Beschwerdeführerin in den Monaten Februar und März 2009 (richtig: 2008) gearbeitet habe und inwieweit sie im April 2009 (richtig: 2008) im Restaurant tätig gewesen sei. Im Mai 2009 (richtig: 2008) sei sie jedenfalls gemäss "Geständnis" und Polizeibericht zwei Wochen tätig gewesen. Die Formulare "Bescheinigungen über den Zwischenverdienst" für die Monate Februar,



St.Galler Gerichte

März, April und Mai 2008 seien ohne entschuldbaren Grund nicht innert der Verwirkungsfrist von drei Monaten eingereicht worden. Es müssten daher zu Unrecht bezogene Taggeldleistungen in Höhe von Fr. 3'324.65 zurückgefordert werden. Es sei bei unklarem Sachverhalt, trotz abgelaufener Frist und fehlendem entschuldbarem Grund die Einsprache teilweise gutgeheissen worden. In Aufhebung des Einspracheentscheids vom 31. März 2009 (richtig: 7. Januar 2009) sei daher der gesamte Betrag von Fr. 3'324.65 zurückzufordern (act. G 11).

C.d Mit Replik vom 25. September 2009 hält der Vertreter der Beschwerdeführerin an seinen Anträgen fest. Die von der Beschwerdegegnerin beantragte reformatio in peius sei unzulässig. Streitgegenstand sei der angefochtene Einspracheentscheid bzw. eine Rückforderung in Höhe von Fr. 931.85. Die darüber hinaus gehende Forderung der Beschwerdegegnerin sei nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Auch in materieller Hinsicht könnte dem Antrag auf reformatio in peius nicht gefolgt werden (act. G 19).

C.e Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf das Einreichen einer Duplik.

Erwägungen:

1.

1.1 Vorab ist zu prüfen, ob - wie die Beschwerdeführerin dies beantragt - nur die Rückforderung betreffend Mai 2008 Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet, oder ob das Gericht - wie die Beschwerdegegnerin dies geltend macht - den gesamten fraglichen Zeitraum, in dem die Beschwerdeführerin Arbeitslosenentschädigung bezogen hat (also Februar bis und mit Mai 2008), prüfen kann.

1.2 Gemäss bundesgerichtlicher Begriffsumschreibung sind Anfechtungsgegenstand und Streitgegenstand identisch, wenn die Verwaltungsverfügung bzw. vorliegend der Einspracheentscheid insgesamt angefochten wird. Bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einen Teil des durch die Verfügung bzw. den Einspracheentscheid bestimmten Rechtsverhältnisses, gehören die nicht beanstandeten Teilaspekte des verfügungsweise festgelegten Rechtsverhältnisses zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht



aber zum Streitgegenstand. In der Verwaltungsverfügung bzw. im Einspracheentscheid festgelegte - somit Teil des Anfechtungsgegenstands bildende -, aber auf Grund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitige - somit nicht zum Streitgegenstand zählende - Fragen prüft das Gericht nur, wenn die nicht beanstandeten Punkte in engem Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen. Nach der Rechtsprechung bilden Anfechtungsgegenstand im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, formell betrachtet, Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) und - materiell - die in den Verfügungen geregelten Rechtsverhältnisse. Streitgegenstand bildet demgegenüber das auf Grund der Beschwerdebegehren tatsächlich angefochtene, somit als Prozessthema vor das Gericht gezogene Rechtsverhältnis. Nach dieser Umschreibung beziehen sich Anfechtungs- und Streitgegenstand auf ein (materielles) Rechtsverhältnis. Streitgegenstand ist mithin nicht der beschwerdeweise beanstandete "Teil des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses". Vielmehr erfolgt die begriffliche Unterscheidung von Streit- und Anfechtungsgegenstand auf der Ebene von Rechtsverhältnissen. Bezieht sich also die Beschwerde nur auf einzelne der durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisse, gehören die nicht beanstandeten - verfügungsweise festgelegten - Rechtsverhältnisse zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand (BGE 125 V 413, mit Hinweisen).

1.3 Der angefochtene Einspracheentscheid befasst sich mit dem ganzen fraglichen Zeitraum von Februar bis und mit Mai 2008, wobei er - in Abweichung der zu überprüfenden Verfügung - eine Rückerstattung für die Monate Februar bis und mit April 2008 verneint. Nach dem vorstehend Gesagten gehört damit der gesamte Zeitraum von Februar bis und mit Mai 2008 zum Anfechtungsgegenstand. Das zu prüfende Rechtsverhältnis ist die Rückforderung von Arbeitslosentaggeldern infolge eines nicht angegebenen Zwischenverdiensts der Beschwerdeführerin beim Restaurant A.____. Diesbezüglich ist im vorliegenden Verfahren umstritten, seit wann und in welchem Umfang der Beschwerdeführerin ein Zwischenverdienst angerechnet werden kann. Damit bezieht sich der gesamte fragliche Zeitraum auf ein einziges Tatsachen- und Rechtsverhältnis, nämlich die Tätigkeit der Beschwerdeführerin für das Restaurant A.____, so dass auch die Rückforderung für die Monate Februar bis und mit April 2008 zum Anfechtungsgegenstand gehört und wegen des engen Sachzusammenhangs mit dem Streitgegenstand vom Gericht überprüft werden kann. Daran ändert nichts, dass



über den Zwischenverdienst monatlich abgerechnet wird. Im Übrigen ist das Gericht nicht an die Begehren der Parteien gebunden (Art. 61 lit. d des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

2.

Nach Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Eine Leistung in der Sozialversicherung ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zurückzuerstatten, wenn in verfahrensrechtlicher Hinsicht entweder die für die (prozessuale) Revision oder die für die Wiedererwägung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sind nun in Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG umschrieben, wobei es sich im Wesentlichen um eine Kodifizierung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Anforderungen an ein Zurückkommen auf eine rechtsbeständig gewordene Verfügung handelt. Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Den formell rechtskräftigen Verfügungen gleichgestellt sind auch die im formlosen Verfahren ergangenen Entscheide, soweit sie eine mit dem Ablauf der Beschwerdefrist bei formellen Verfügungen vergleichbare Rechtsbeständigkeit erreicht haben (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Art. 53 N 28b). Taggeldabrechnungen der Arbeitslosenversicherung, die nicht in die Form einer formellen Verfügung gekleidet werden, weisen materiell Verfügungscharakter auf (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit dem 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] C 7/02 vom 14. Juli 2003, BGE 125 V 476 E. 1; 122 V 368 E. 2 mit Hinweisen). Sind formell oder formlos zugesprochene Leistungen noch nicht rechtskräftig geworden, kann die Verwaltung innert 30 Tagen darauf zurückkommen, ohne dass - wie dies im Falle des Zurückkommens auf rechtskräftige Verfügungen der



Fall ist - die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung oder Revision erfüllt sein müssen. Die Frist von 30 Tagen läuft ab Erlass der zu berichtigenen Verfügung oder ab Leistungsausrichtung (vgl. Kreisschreiben über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso [KS-RVEI], April 2008, Rz A2 ff.). Zu einem späteren Zeitpunkt bedarf demnach das Zurückkommen auf eine faktische Verfügung, z.B. auf eine Taggeldabrechnung, eines Rückkommenstitels in Form einer Wiedererwägung oder einer prozessualen Revision (BGE 129 V 110).

3.

Nach Art. 24 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags (Art. 24 Abs. 1 AVIG). 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 (Art. 24 Abs. 3 Satz 1 AVIG). Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstaufschlags in Form von Differenzausgleich ist die Förderung der Annahme lohnmässig unzumutbarer Arbeiten. Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung soll verhindert werden, dass die versicherten Personen einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (vgl. Urteil des EVG vom 13. Oktober 2006, C 139/2006 E. 2.1, mit Hinweisen). Die berufs- und ortsübliche Entlohnung kann aufgrund von Gesetzesvorschriften, Lohnstatistiken, branchen- oder firmenüblichen Massstäben, Musterverträgen oder Gesamtarbeitsverträgen festgestellt werden. Allenfalls können auch Richtlinien von Berufsverbänden herangezogen werden (Kreisschreiben des SECO über die Arbeitslosenentschädigung, Stand Januar 2007, Rz C 134). Als Erwerbstätigkeit oder Zwischenverdienst im Sinn der Arbeitslosenversicherung kommt nicht nur eine während der üblichen Arbeitszeit tagsüber verrichtete Beschäftigung in Frage (Urteil des EVG vom 9. April 2002, C 433/2000 E. 2a). Auch entfällt die Anrechnung eines berufs- und ortsüblichen Einkommens nicht deshalb, weil aus der Tätigkeit kein Verdienst resultiert. Vielmehr ist eine Anrechnung hypothetischen Einkommens im Licht der mit der Zwischenverdienstregelung angestrebten Zielsetzung gerechtfertigt (Urteil des EVG vom 16. April 2002, C 12/2001 E. 2b).



4.

Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat die verfügende Behörde von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 122 V 158 E. 1a). Diese sind in Art. 28 und Art. 43 Abs. 2 und Abs. 3 ATSG geregelt. Gemäss Art. 28 Abs. 2 ATSG muss eine Person, welche Versicherungsleistungen beansprucht, unentgeltlich alle Auskünfte erteilen, die zur Abklärung des Anspruchs und zur Festsetzung der Versicherungsleistungen erforderlich sind. Kommen die versicherte Person oder andere Personen, die Leistungen beanspruchen, den Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten in unentschuldbarer Weise nicht nach, so kann der Versicherungsträger auf Grund der Akten verfügen oder die Erhebungen einstellen und Nichteintreten beschliessen. Er muss diese Personen vorher schriftlich mahnen und auf die Rechtsfolgen hinweisen; ihnen ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen (Art. 43 Abs. 1 ATSG).

5.

5.1 Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin mehrfach aufgefordert, ihr die Arbeitgeberbescheinigungen des Restaurants A.____ für jeden Monat, in dem sie gearbeitet habe, einzureichen (act. G 27.1 bis 27.3). Mit Schreiben vom 25. September 2008, das sie als "letzte Mahnung" bezeichnet hat, hat die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie die ganze Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum vom 25. Februar bis 24. Mai 2008 zurückfordern werde, falls sie (die Beschwerdeführerin) die gewünschten Unterlagen nicht einreichen werde (act. G 27.2). Damit hat die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin grundsätzlich in rechtskonformer Weise auf die im Fall einer Säumnis eintretende Rechtsfolge aufmerksam gemacht.

5.2 Aufgrund der Parteivorbringen ist strittig, in welchen Monaten die Beschwerdeführerin für das Restaurant A.____ gearbeitet hat. Während die Beschwerdeführerin vorbringt, nur im Mai 2008 dort tätig gewesen zu sein und ihrem Bruder ausgeholfen zu haben, macht die Beschwerdegegnerin im vorliegenden



St.Galler Gerichte

Verfahren (zumindest sinngemäss) geltend, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin auch in den Monaten Februar bis und mit April 2008 im Restaurant A.____ tätig gewesen sei; entsprechende Abklärungen hat die Beschwerdegegnerin nicht getroffen. Diese Versäumnisse können vorliegend nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden, wie die Beschwerdegegnerin dies im Rahmen ihrer Beschwerdeantwort sinngemäss verlangt. Zwar hat die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen keine Arbeitgeberbescheinigung des Restaurants A.____ eingereicht, doch bezog sich die betreffende Aufforderung der Beschwerdegegnerin ausdrücklich auf Bescheinigungen (nur) für diejenigen Monate, in welchen sie für das Restaurant A.____ gearbeitet habe (act. G 27.3). Nachdem die Beschwerdeführerin stets geltend gemacht hat, lediglich im Mai 2008 für das Restaurant A.____ tätig gewesen zu sein, und sich aus den Akten nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit etwas anderes ergibt, kann der Beschwerdeführerin einzig die Nichteinreichung der Arbeitgeberbescheinigung für Mai 2008, nicht jedoch für Februar bis und mit April 2008 angelastet werden. Darüber hinaus gibt es in den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin bereits vor Mai 2008 im Restaurant A.____ gearbeitet hat. So hat ihr Bruder das Restaurant denn auch erst Anfang Mai 2008 übernommen, wie dem E-Mail-Verkehr zwischen dem Amt für Wirtschaft und der Kantonspolizei vom Mai 2008 entnommen werden kann (act. G 19.1). Hiervon ist zuvor offenbar auch die Beschwerdegegnerin ausgegangen, hat sie im Einspracheentscheid doch festgehalten, dass Restaurant A.____ sei offenbar am 1. April (richtig: 1. Mai) 2008 eröffnet worden. Es habe demnach für die beiden Monate Februar und März 2008 keine Bescheinigung über Zwischenverdienst eingereicht werden müssen. Dafür, dass die Beschwerdeführerin im April 2008 für das Restaurant tätig gewesen sei, gebe es keine Beweismittel (act. G 11.11). Unter diesen Umständen ist mit der Beschwerdegegnerin davon auszugehen, dass bezüglich einer allfälligen Tätigkeit der Beschwerdeführerin für das Restaurant A.____ in den Monaten Februar bis und mit April 2008 von Beweislosigkeit auszugehen ist. Die Folgen dieser Beweislosigkeit hat jedoch nicht die Beschwerdeführerin, sondern die Beschwerdegegnerin zu tragen, leitet sie doch aus der behaupteten Zwischenverdiensttätigkeit Rückforderungsansprüche ab. Weitere Abklärungen erscheinen diesbezüglich nicht angezeigt, sind davon doch angesichts des Zeitablaufs und des Umstands, dass wohl einzig die Befragung des Bruders der Beschwerdeführerin in Frage käme, keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten. Es ist



daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten Februar bis und mit April 2008 nicht für das Restaurant A.____ tätig gewesen ist.

5.3 Was die Rückforderung der für den Monat Mai 2008 ausbezahlten Taggelder anbelangt, ist diese grundsätzlich zu Recht erfolgt. So war die Beschwerdegegnerin für die Berechnung des Zwischenverdienstes auf die betreffende Arbeitgeberbescheinigung angewiesen. Die Beschwerdegegnerin hat diese Bescheinigung trotz mehrfacher Aufforderung und trotz des ausdrücklichen Hinweises auf die Rechtsfolge im Unterlassungsfall nicht eingereicht. Dadurch hat die Beschwerdeführerin die konkrete Anrechnung der im Mai 2008 anerkanntermassen ausgeübten Zwischenverdiensttätigkeit verunmöglicht. Unter diesen Umständen ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin - androhungsgemäss - die gesamte für Mai 2008 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung zurückgefordert hat (vgl. auch Entscheid des Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen vom 30. Mai 2008, AVI 2007/113 E. 5).

Allerdings stellt sich die Frage, ob die formellen Voraussetzungen (vgl. E. 2) für ein Zurückkommen auf die Rückforderung der im Mai 2008 ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung in Höhe von Fr. 931.85 erfüllt sind. Da die Beschwerdegegnerin bzw. die Arbeitslosenversicherung am 30. Mai 2008 mit einer Kopie des Kontrollberichts vom 16. Mai 2008 bedient worden war (act. G 11.23), stellt dieser Bericht betreffend die Rückforderung für die für Mai 2008 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung kein neues Beweismittel und damit keinen Revisionsgrund im Sinn von Art. 53 Abs. 1 dar. Folglich müssen für eine Rückforderung die Voraussetzungen der Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG erfüllt sein. Gemäss dieser Bestimmung kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Ersteres ist nach dem oben Gesagten ohne weiteres zu bejahen. Was die Erheblichkeit der Rückforderung anbelangt, so gibt es hierfür keine allgemeingültige betragliche Grenze (vgl. Kieser, a.a.O., Art. 53 N 34, mit Hinweisen). In einem Entscheid vom 25. Februar 2009 (9C_828/2008 E. 6) hat das Bundesgericht festgehalten, bei periodischen Leistungen werde die Erheblichkeit praktisch immer bejaht, bei punktuellen Leistungen liege die Grenze praxisgemäss bei ungefähr Fr. 500.--. Unter diesen Umständen ist die



Erheblichkeit vorliegend zu bejahen, zumal die Rückforderung durch ein Fehlverhalten der Beschwerdeführerin (und nicht etwa durch ein Versehen oder einen Fehler der Beschwerdegegnerin) verursacht wurde.

5.4 Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

5.5 Der Beschwerdeführerin wurde die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteiständung am 2. Juni 2009 bewilligt (act. G 12). Wenn ihre wirtschaftlichen Verhältnisse es gestatten, kann sie jedoch zur Nachzahlung der Auslagen für die Vertretung und der vom Staat entschädigten Parteikosten verpflichtet werden (Art. 288 Abs. 1 ZPO/SG i.V.m. Art. 99 Abs. 2 VRP/SG).

5.6 Der Staat ist zufolge unentgeltlicher Rechtsverteiständung zu verpflichten, für die Kosten der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin aufzukommen. Am 3. Dezember 2009 hat der Vertreter der Beschwerdeführerin eine Kostennote über Fr. 2'262.70 (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) eingereicht (act. G 23). Diese basiert auf einem reduzierten Ansatz von Fr. 200.-- pro Stunde und erscheint angemessen. Somit hat der Staat den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit Fr. 2'262.70 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG **entschieden:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Staat hat den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit Fr. Fr. 2'262.70 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.