



Fall-Nr.: AVI 2009/78
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 12.09.2019
Entscheiddatum: 12.08.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 12.08.2010

Art. 25 ATSG. Art. 24 AVIG. Rückforderung von Taggeldleistungen der Arbeitslosenversicherung. Anrechnung von Einkommen als Zwischenverdienst. Prüfung des Vorliegens eines Rückkommenstitels (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. August 2010, AVI 2009/78). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts Prozess 8C_721/2010.

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Walter Schmid

Entscheid vom 12. August 2010

in Sachen

M.____,

Beschwerdeführer,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rückerstattung von Taggeldleistungen

Sachverhalt:



A.

A.a M.____ trat am 14. August 2000 ein Arbeitsverhältnis bei der A.____ mit einem Arbeitspensum von 90 % an. Mit Vertragsänderung vom 3. Januar 2007 wurde das Pensum auf den 1. Januar 2007 um 30 % gekürzt (act. G 3.1/1, 3.1/3, 3.1/8). Am 1. Januar 2007 nahm der Versicherte eine Tätigkeit beim B.____ mit einem Beschäftigungsgrad von 40 % auf (act. G 3.1/2, 3.1/21). Am 31. März 2008 kündigte die A.____ den Arbeitsvertrag mit dem Versicherten auf 30. Juni 2008 (act. G 3.1/4). Hierauf stellte der Versicherte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juli 2008. Im Antragsformular wies er darauf hin, dass er bereit und in der Lage sei, teilzeitlich (höchstens 24 Stunden pro Woche bzw. 60 %) zu arbeiten und er gegenwärtig teilzeitlich beim B.____ tätig sei (act. G 3.1/5). Die Beschwerdegegnerin legte den versicherten Verdienst gestützt auf das bei der A.____ erzielte Einkommen (act. G 3.1/8) mit Fr. 3'523.-- fest (act. 3.1/14, 3.1/17). Das beim B.____ weiterhin erzielte Einkommen stand bei der Taggeldberechnung vorerst auch bei der Zwischenverdienstanrechnung nicht zur Diskussion (act. 3.1/18).

A.b Nachdem die Kantonale Arbeitslosenkasse dem Versicherten mit Schreiben vom 28. April 2009 eine Neuberechnung des Taggeldanspruchs ab 1. Juli 2008 in Aussicht gestellt hatte (act. G 3.1/64), eröffnete sie ihm mit Verfügung vom 29. Juni 2009, er habe zuviel bezogene Taggeldleistungen im Betrag von Fr. 5'842.40 (betreffend den Zeitraum von Juli 2008 bis Februar 2009) zurückzuerstatten. Der versicherte Verdienst habe unter Einbezug des Arbeitsverhältnisses beim B.____ neu berechnet werden müssen. Dabei sei der Vermittlungsgrad auf 100 % erhöht und das beim B.____ erzielte Einkommen als Zwischenverdienst angerechnet worden. Diese Korrekturen hätten die Rückforderung ausgelöst (act. G 3.1/75, 3.1/78-75). Die gegen diese Verfügung vom Versicherten erhobene Einsprache (act. G 3.1/56) wies die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 12. August 2009 ab (act. G 3.1/96).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid erhob der Versicherte mit Eingabe vom 10. September 2009 Beschwerde mit dem Begehren, auf den Entscheid sei nochmals einzutreten; der Rückforderungsbetrag sei zu mindern. Zur Begründung führte er aus,



zum Zeitpunkt der ALV-Antragstellung sei er bereits zu 40 % beim B.____ festangestellt gewesen. Die Arbeitssuche habe sich auf die verbleibenden 60 % der Arbeitsleistung beschränkt. Die Vermittlungsfähigkeit habe damals 60 % betragen. In seinem Verständnis beziehe sich die ALV-Leistung auf den Teil, für den er stellensuchend sei (seit Januar 2009 = 55 %). Die Festanstellung in der Teilzeitarbeit sei ein wichtiger Teil seiner beruflichen Identifikation (als Gehörloser). Diese Tätigkeit könne und wolle er nicht aufgeben zugunsten einer 100 %-Vermittlungsfähigkeit. Es frage sich, welche Rechtsgrundlage es für das Vorgehen der Beschwerdegegnerin gebe. Durch die neue Berechnung werde ihm ein erheblicher Teil seines regulären Verdienstes als Zwischenverdienst angerechnet; hier gehe ihm viel Geld verloren. Das sei nach seinem Verständnis nicht rechtens. Die Beschwerdegegnerin habe von Anfang an die Taggelder falsch berechnet. Dies habe er nicht wissen können. Er verstehe nicht, warum er für die Fehler der Beschwerdegegnerin bezahlen solle. Er sei damit einverstanden, wenn die Rückforderung reduziert werde, bezogen auf den Zeitraum seit Feststellung des Fehlers. - Seiner Eingabe legte der Beschwerdeführer eine Stellungnahme der Fachstelle für Gehörlose bei. Darin wurde unter anderem festgehalten, der Beschwerdeführer verstehe, dass er von der tatsächlichen 55 %igen Vermittlungsfähigkeit nur 70 % an Taggeldern erhalten könne, verrechnet mit seinen geringen Einkünften aus Zwischenverdiensten. Er könne nicht verstehen, dass er eine reguläre Arbeit aufgeben solle, um 100 % vermittlungsfähig zu sein. Es entstehe der Eindruck, die Beschwerdegegnerin habe bei der Berechnung der Taggelder Fehler gemacht und versuche nun, diese auf dem Rücken des Beschwerdeführers "auszubügeln". Die Verlässlichkeit der Beschwerdegegnerin bei der Taggeldberechnung sei hier in Frage gestellt (act. G 1.2).

B.b In der Beschwerdeantwort vom 23. September 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung legt sie unter anderem dar, der Vermittlungsgrad des Beschwerdeführers habe korrekterweise auf 100 % erhöht und die Arbeit beim B.____ als Zwischenverdienst angerechnet werden müssen. Es gebe keine Handhabe, um nur ein Pensum von 55 % zu rechnen. Die Bedingungen für eine Rückforderung seien gegeben. Das vom Beschwerdeführer eingereichte Erlassgesuch werde nach Eintritt der Rechtskraft der Rückforderung geprüft.



B.c Mit Replik vom 28. Oktober 2009 bestätigte der Beschwerdeführer seinen Standpunkt.

Erwägungen:

1.

1.1 Streitig ist vorliegend die Rückforderung von Taggeldleistungen betreffend den Zeitraum von Juli 2008 bis Februar 2009. 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 Satz 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) 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 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 (U. Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 53 Rz 19). Taggeldabrechnungen der Arbeitslosenversicherung, die - wie im vorliegenden Fall - nicht in die Form einer formellen Verfügung gekleidet werden, weisen materiell Verfügungscharakter auf (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] C 7/02 vom 14. Juli 2003, BGE 125 V 476 Erw. 1; 122 V 368 Erw. 2 mit



Hinweisen). Für die Verwaltung ist die Rechtsbeständigkeit nach Ablauf einer Zeitspanne eingetreten, welche der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht. 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, während vor Ablauf dieser Frist eine Rückforderung zufolge unrichtiger Taggeldabrechnungen ohne Bindung an die Voraussetzungen für einen Rückkommenstitel möglich ist (BGE 129 V 110; Urteil C 7/02 vom 14. Juli 2003).

1.2 Gemäss Art. 24 Abs. 1 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufalles für Tage, an denen sie einen Zwischenverdienst erzielt (Art. 24 Abs. 2 AVIG). Als Verdienstaufall 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 (Art. 24 Abs. 3 AVIG).

1.3 Nach Art. 10 Abs. 1 AVIG gilt als ganz arbeitslos, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Als teilweise arbeitslos gilt nach Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG unter anderem, wer eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht. Nach der Rechtsprechung gilt als Zwischenverdienst - unbesehen um den Status der Teilarbeitslosigkeit - auch die vom Teilarbeitslosen im Sinn von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG weiterhin ausgeübte teilzeitliche Erwerbstätigkeit (BGE 127 V 480 Erw. 2; BGE 122 V 433; BGE 120 V 502). Die Anwendung der Zwischenverdienstregelung auf Teilzeitarbeitslose im Sinn von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG wird von der Lehre kritisiert, wobei unter anderem ausgeführt wird, wenn die Rechtsprechung auch den verbleibenden, nicht vom Arbeitsausfall betroffenen Teil der Erwerbstätigkeit als Zwischenverdienst behandle, so mache sie den Teilzeitarbeitslosen in gesetzssystematischer Sicht zum Ganzarbeitslosen. Eine Zwischenverdiensttätigkeit könne sich nur auf unzumutbare Tätigkeiten und nur auf den Teil des Arbeitsausfalls und damit auf den Umfang der eingetretenen Arbeitslosigkeit beziehen. Richtigerweise sei die bisherige Beschäftigung einer Person,



welche eine von mehreren Teilzeitbeschäftigungen verloren habe, nicht als Zwischenverdienst zu betrachten. Die Entschädigung eines teilweise Arbeitslosen sei daher wie gemäss der früheren Rechtsprechung (BGE 112 V 229 = Pra 76 Nr. 112; BGE 112 V 237) auf der Grundlage des versicherten Verdienstes zu bemessen, der sich auf den Arbeitsausfall beziehe. Als Zwischenverdienst kämen daher nur Teilzeitbeschäftigungen eines Ganzarbeitslosen und diejenigen eines Teilzeitarbeitslosen, welche für die dem Arbeitsausfall entsprechenden Zeit angenommen würden, in Frage (Th. Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 2. A., 2301, Rz 418f; vgl. G. Gerhards, Arbeitslosenversicherung: "Stempelferien", Zwischenverdienst und Kurzarbeitsentschädigung für öffentliche Betriebe und Verwaltungen - Drei Streitfragen, SZS 1994, S. 321ff., 335ff.; Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. April 2001 i/S P.S. [AVI 2000/239]).

2.

2.1 Vorliegend ist aktenmässig ausgewiesen, dass der Beschwerdeführer nach Wegfall der 60 %-Tätigkeit bei der A.____ Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juli 2008 stellte und er in diesem Zeitpunkt nach wie vor beim B.____ zu 40 % tätig war; die vom Beschwerdeführer erwähnte Pensumserhöhung auf 45 % ergab sich gemäss Angaben und Abrechnungen des SGB-FFS erst auf 1. Mai 2009 (act. G 3.1/69, 99 und 100) und betrifft somit den Zeitraum der streitigen Rückforderung nicht. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung bezog sich ausdrücklich auf eine Teilzeittätigkeit im Umfang von höchstens 60 % und enthielt den Hinweis auf die von ihm ausgeübte 40 %-Tätigkeit (act. G 3.1/5). Im Zeitpunkt der Antragstellung und auch später lag somit keine Ganzarbeitslosigkeit im Sinn von Art. 10 Abs. 1 AVIG vor, da der Beschwerdeführer keine Vollzeitbeschäftigung anzunehmen bereit war. Vielmehr hatte er ab jenem Zeitpunkt als teilweise arbeitslos im Sinn von Art. 10 Abs. 2 lit. a AVIG zu gelten, da er lediglich eine Teilbeschäftigung suchte und seine Tätigkeit beim B.____ in jedem Fall beibehalten wollte (vgl. act. G 1). Als Folge davon war der Beschwerdeführer im Umfang seiner Tätigkeit beim B.____ von 40 % nicht arbeitslos im Sinn von Art. 10 AVIG. Dies hätte an sich zur Folge, dass Einkünfte aus dieser Tätigkeit in der vorliegenden Konstellation - in Abweichung zu der vorgenannten höchstrichterlichen Rechtsprechung - nicht als Zwischenverdienst angerechnet werden könnten, denn



beim Zwischenverdienst handelt es sich wie dargelegt um Einkommen, das eine arbeitslose Person bezieht (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Diese Voraussetzung war beim Beschwerdeführer mit Bezug auf den auf die Tätigkeit beim SBG-FSS entfallenden Teil seiner Arbeitskraft nicht erfüllt. Die Beschwerdegegnerin stellte denn auch bei der Bemessung des versicherten Verdienstes vorerst ausschliesslich auf den bei der A.____ im Zeitraum von Januar bis Juni 2008 erzielten Verdienst von Fr. 21'138.-- (act. G 3.1/8) ab und errechnete so ein Monatsbetreffnis von Fr. 3'523.-- (Fr. 21'138.-- : 6 Monate). Sie ging somit implizit von einer Teilarbeitslosigkeit im Sinn von Art. 10 Abs. 2 lit. a AVIG aus. Der beim B.____ weiterhin erzielte Verdienst blieb denn auch vorerst gänzlich ausser Betracht (vgl. act. G 3.1/18, 25, 28, 30, 35, 40, 48). Dass sich der Beschwerdeführer lediglich für den verbleibenden Teil seiner Arbeitskraft dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellen wollte, erscheint insofern verständlich, als er als Gehörloser die Tätigkeit beim B.____ nicht ohne Not zugunsten einer anderen, nicht auf seine persönliche Situation zugeschnittene Vollzeitätigkeit aufgeben wollte. Er hielt diesbezüglich fest, die Teilzeit-Festanstellung sei ein wichtiger Teil seiner beruflichen Identifikation als Gehörloser. Diese Tätigkeit wolle und könne er nicht aufgeben zugunsten einer 100 %-Vermittlungsfähigkeit (act. G 1; act. G 3.1/56).

2.2 Der Beschwerdeführer war seit Januar 2007 beim B.____ mit einem 40 %-Pensum berufstätig und erzielte ab Januar 2008 einen Bruttoverdienst von monatlich Fr. 2'259.-- zuzüglich 13. Monatslohn. Diese Tätigkeit hatte er anlässlich der Antragstellung (act. G 3.1/5) angegeben. In der Folge wurde der Beschwerdegegnerin zudem die entsprechende Arbeitgeberbescheinigung des B.____ vom 1. September 2008 zugestellt mit dem ausdrücklichen Hinweis auf das nach wie vor bestehende Arbeitsverhältnis (act. G 3.1/21, 3.1/24). Das Einkommen aus der Tätigkeit beim B.____ meldete der Beschwerdeführer ab Januar 2009 als Zwischenverdienst (act. G 3.1/45, 69, 73, 74, 99, 100). Ab Januar 2009 erzielte er zudem ein Einkommen bei der C.____ als Kursleiter (act. G 3.1/36), welches er jeweils ebenfalls als Zwischenverdienst angab (act. G 3.1/42, 49, 60, 66, 68, 76). Nebst dem im Monatslohn abgerechneten 40 %-Pensum wurde der Beschwerdeführer vom B.____ stundenweise bzw. tageweise entschädigt (act. G 3.1/69). Vorerst erfolgte ab Januar 2009 lediglich eine "teilweise" Zwischenverdienst-Anrechnung, indem das "mehr erarbeitete" (d.h. offenbar über das 40 %-Pensum hinaus erzielte) Einkommen beim B.____ und dasjenige bei der C.____ berücksichtigt wurden (vgl. act. G 3.1/50, 51, 55). Die streitige Rückforderung ergab



sich in der Folge dadurch, dass die Beschwerdegegnerin rückwirkend für die Zeit von Antragstellung (Juli 2008) bis Februar 2009 den versicherten Verdienst - unter Miteinbezug des Teilpensum-Verdienstes beim B.____ (act. G 3.1/21) - neu mit Fr. 5'970.-- (act. G 3.1/63) berechnete und zusätzlich das in den jeweiligen Monaten effektiv erzielte Einkommen aus der Tätigkeit beim B.____ als Zwischenverdienst anrechnete (act. G 3.1/78-85).

2.3 Die Beschwerdegegnerin erhöhte den versicherten Verdienst nicht mit der Begründung der ganzen Arbeitslosigkeit, sondern gestützt auf den "Vermittlungsgrad von 100 %" (vgl. act. G 3.1/75, 96). Wird demgegenüber - unter Zugrundelegung der Ausführungen in Erw. 1.3 - beim Beschwerdeführer vom Vorliegen einer nur teilweisen Arbeitslosigkeit ausgegangen, so kann sich die Frage der Vermittlungsfähigkeit (als Anspruchsvoraussetzung) für denjenigen Teil, für welchen keine Arbeitslosigkeit besteht, überhaupt nicht stellen, denn der Beschwerdeführer hat - bezogen auf seine feste Anstellung beim B.____, welche er wie ausgeführt nicht zugunsten einer Vollzeitstelle aufgeben möchte - als bereits "vermittelt" zu gelten. Die abschliessende Beantwortung der Frage, auf welche Grundlage (Vollarbeitslosigkeit oder "volle" Vermittlungsfähigkeit) die Erhöhung des versicherten Verdienstes zu stützen und ob die Erhöhung als solche überhaupt zulässig sei, kann jedoch offenbleiben, denn in Anbetracht der geschilderten rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten - insbesondere auch der dargelegten, fundiert begründeten Lehrmeinung (vgl. Erw. 1.3) - kann die ursprüngliche Taggeldausrichtung, welche unter der impliziten Annahme einer teilweisen Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers ohne Berücksichtigung der 40 %-Tätigkeit bei der Bemessung des versicherten Verdienstes erfolgt war, nicht als zweifellos unrichtig bezeichnet werden. Neue Tatsachen oder Beweismittel, deren Beibringung zuvor nicht möglich war, werden zu Recht als Rückkommenstitel nicht geltend gemacht, zumal der Beschwerdeführer das Arbeitsverhältnis beim B.____ von Beginn an offenlegte. Eine Rückforderung aufgrund des Einbezugs des Einkommens aus dem fixen Pensum beim SGB-SSF kommt damit bei Fehlen der Wiedererwägungs- und Revisionsvoraussetzungen nicht in Betracht.

3.



Der angefochtene Entscheid lässt sich damit nicht aufrecht erhalten. Die Beschwerdegegnerin wird für die Monate Juli 2008 bis Februar 2009 eine Berechnung auf der Grundlage des ursprünglich festgelegten versicherten Verdienstes von Fr. 3'523.-- - ohne Anrechnung der Einkommen aus der Festanstellung beim SGB-SSF als Zwischenverdienst - vorzunehmen haben. Einzig die über das fixe Pensum von 40 % hinaus geleisteten und separat entschädigten Arbeitseinsätze sind als Zwischenverdienst zu berücksichtigen. Die Angelegenheit ist im Sinne dieser Erwägungen zur Neuberechnung der Arbeitslosenentschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

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

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 12. August 2009 aufgehoben und die Sache zur Neuberechnung des Taggeldes für die Monate Juli 2008 bis Februar 2009 im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.