



Fall-Nr.: AVI 2006/132
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 06.03.2020
Entscheiddatum: 26.02.2007

Entscheid Versicherungsgericht, 26.02.2007

Art. 53 Abs. 2 ATSG (Voraussetzungen der Wiedererwägung); Art. 8 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (APF; SR 0.142.112.681); Art. 1 lit. h, Art. 13 Abs. 2 lit. a, Art. 67 Abs. 3, Art. 71 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (SR 0.831.109.268.1), Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG (Das "Wohnen" in der Schweiz im Sinne dieser Bestimmung ist nicht im Sinne des zivilrechtlichen Wohnsitzes zu verstehen, sondern setzt den gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz voraus); Abgrenzung echter/unechter Grenzgänger; Anspruch des echten arbeitslosen Grenzgängers auf Arbeitslosenentschädigung in der Schweiz nur dann, wenn ihm die Stellung eines unechten Grenzgängers zukommt, d.h. wenn er zur Schweiz persönliche und berufliche Bindungen solcher Art aufrecht erhält, dass er dort die besten Aussichten auf Wiedereingliederung hat; Art. 27 ATSG: Aufklärungs- und Beratungspflicht des Sozialversicherungsträgers, Vertrauensschutz (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. Februar 2007, AVI 2006/132).

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterin Marie Löhner,

Versicherungsrichter Franz Schlauri; a.o. Gerichtsschreiber Marcel Aebischer

Entscheid vom 26. Februar 2007

In Sachen

W.____,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Dominik Schorno, St. Leonhardstrasse 32, 9001
St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Arbeitslosenentschädigung und Rückerstattung von Taggeldleistungen

hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- a) W.____ verlor per 31. Dezember 2004 seine Arbeitsstelle und meldete sich am 2. Februar 2005 zur Arbeitsvermittlung an, wobei er als Wohnadresse die Beispielstrasse 1, in A.____, bezeichnete (act. G 3.1/2; G 3.1/6). Zusammen mit dem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung reichte er eine Wohnsitzbescheinigung der Gemeinde A.____ ein, welche ausweist, dass der Versicherte seit dem 3. Juli 1996 bei der Gemeinde gemeldet ist und dort wohnt. Als Adresse wird jedoch die Mustergasse 2, in B.____ (Österreich), angegeben (act. G 3.1/5). Die Kantonale Arbeitslosenkasse entrichtete ab 2. Februar 2005 Taggeldleistungen (vgl. act. G 3.1/79).

b) Mit E-Mail vom 11. März 2005 teilte der Versicherte dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) mit, er sei in A.____ gemeldet, wohne aber bei seiner Lebenspartnerin in B.____ (act. G 3.1/14). Am 30. Mai 2005 teilte die Gemeinde A.____ der Kasse mit, der Versicherte habe sich am 3. Juli 1996 in A.____ angemeldet und sich an der Beispielstrasse 1, aufgehalten. Am 30. Oktober 2000 sei die Änderung der Postadresse nach B.____ erfolgt. Die Schriften habe der Versicherte in der Schweiz belassen, unter anderem, weil er den Wohnsitz in der Schweiz habe behalten wollen, in



C.____ ein Geschäft geführt und in der Schweiz ein Zimmer oder eine Wohnung gesucht habe. In B.____ befinde sich allem Anschein nach seine Freundin (act. G 3.1/23).

c) Mit undatierter Eingabe (Posteingang 24. Juni 2005) teilte der Versicherte der Kasse mit, der von ihm eingereichte Mietvertrag mit Z.____ betreffend das Zimmer an der Beispielstrasse 1, (vgl. act. G 3.1/21), sei deshalb erst am 20. Mai 2005 erstellt worden, weil er und Herr Z.____ seit vielen Jahren befreundet seien und es bisher nicht notwendig gewesen sei, einen schriftlichen Mietvertrag anzufertigen. Nach der Aufforderung der Kasse, einen Mietvertrag einzureichen, hätten sie dies am 20. Mai 2005 erledigt (act. G 3.1/25). Am 12. Juli 2005 teilte er weiter mit, er bezahle für das Zimmer keine Miete, weshalb es ihm auch nicht möglich sei, Bankbelege betreffend die Zahlung des Mietzinses zur Verfügung zu stellen (act. G 3.1/30).

B.- a) Die dem Versicherten zugestellte Taggeldabrechnung für September 2005 vom 4. Oktober 2005 erhielt die Kasse von der Post zurück, da diese unter der Adresse in A.____ nicht habe zugestellt werden können. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2005 teilte die Kasse dem Versicherten dies mit und erklärte gleichzeitig, sie erhalte des Öfteren Post zurück mit der Bemerkung "weggezogen/Nachsendefrist abgelaufen". Die Kasse setzte dem Versicherten Frist zu einer diesbezüglichen Stellungnahme (act. G 3.1/41).

b) Am 3. November 2005 teilte der Versicherte mit, er habe zwischenzeitlich mit der Post in A.____ gesprochen und es habe sich herausgestellt, dass diese in der fraglichen Zeit eine Aushilfe beschäftigt habe, welche die Post retourniert habe. Mittlerweile funktioniere die Postzustellung wieder tadellos (act. G 3.1/48).

c) Mit Schreiben vom 27. Dezember 2005 teilte die Poststelle D.____ der Kasse mit, der Posthalter von A.____ sei von Ende Juni bis Anfang Juli 2005 und von Ende September bis Anfang Oktober 2005 in den Ferien gewesen, weshalb ein Ablöser während dieser Zeit die Post zugestellt habe. Von einer fehlerhaften Postzustellung könne aber nicht die Rede sein, da der Versicherte den Briefkasten nicht angeschrieben habe und der Ablöser dessen Adresse nicht gewusst habe. So seien allfällige Briefe richtigerweise an den Absender zurückgeschickt worden. Der Versicherte sei im Spätherbst 2005 vom Posthalter von A.____ gebeten worden, seinen Briefkasten anzuschreiben, was dieser dann auch getan habe (act. G 3.1/57).



St.Galler Gerichte

C.- a) Am 17. Februar 2006 beauftragte die Kasse die Kantonspolizei St. Gallen mit einer Aufenthaltsabklärung betreffend den Versicherten (act. G 3.1/67). Mit Erhebungsbericht vom 10. März 2006 teilte die Kantonspolizei St. Gallen mit, der Versicherte habe nie an seiner Meldeadresse in A.____ angetroffen werden können. Telefonisch habe der Hausbesitzer Z.____ bestätigt, dass der Versicherte nie in A.____ bzw. bei ihm gewohnt habe. Herr Z.____ habe den Versicherten vor Jahren geschäftlich kennen gelernt. Auf Bitte des Versicherten hin sei dieser mit dieser "Briefkasten-Adresse" einverstanden gewesen, woraufhin sich der Versicherte beim Einwohneramt A.____ angemeldet habe. Herr Z.____ habe weiter erklärt, vom Versicherten nie Zahlungen erhalten zu haben, es habe sich lediglich um eine Gefälligkeit gehandelt (act. G 3.1/72).

b) Mit Verfügung vom 15. Mai 2006 lehnte die Kasse den Antrag des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 2. Februar 2005 ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Versicherte habe in der Schweiz keinen Wohnsitz, weshalb keine Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet werden könne (act. G 3.1/78).

c) Gleichentags verfügte die Kasse auch die Rückforderung der im Zeitraum von Februar 2005 bis Februar 2006 zu Unrecht bezogenen Taggeldleistungen in der Höhe von insgesamt Fr. 70'510.60 netto (act. G 3.1/79).

d) Mit den Eingaben vom 8. und 13. Juni 2006 erhob der Rechtsvertreter des Versicherten Einsprache gegen die beiden Verfügungen vom 15. Mai 2006. Die Kasse vereinigte die Einspracheverfahren und wies beide Einsprachen mit Entscheid vom 22. August 2006 ab (act. G 3.1/81; G 3.1/83; G 3.1/87-88).

D.- a) Gegen diesen Entscheid richtet sich die Beschwerde des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vom 22. September 2006 mit dem Antrag, der Einspracheentscheid vom 22. August 2006 sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. G 1).

b) Mit Beschwerdeantwort vom 4. Oktober 2006 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (act. G 3).



c) Am 20. November 2006 reicht der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers innert erstreckter Frist eine Replik ein und hält an seinem Antrag fest (act. G 7).

d) Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf die Einreichung einer Duplik (act. G 9).

e) Auf die Ausführungen der Parteien und die ins Recht gelegten Akten wird, soweit entscheidungswesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen werden.

II.

1.- a) Seit dem 1. Juli 2002 ist das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit in Kraft (APF; SR 0.142.112.681). Gemäss Art. 8 APF regeln die Vertragsstaaten die Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit, indem sie u.a. die anwendbaren Rechtsvorschriften in Übereinstimmung mit Anhang II des Abkommens bestimmen. Gemäss Abschnitt A/1 Anhang II APF wenden die Vertragsstaaten zum Zweck dieser Koordinierung die Normen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, an (nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71; SR 0.831.109.268.1). Der am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Art. 121 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) verweist in lit. a ebenfalls auf das APF, dessen Anhang II und die erwähnte Koordinierungsverordnung.

b) Die Kollisionsnormen der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmen, welche nationale Rechtsordnung anzuwenden ist. Unter Vorbehalt der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist es Sache des innerstaatlichen Rechts, festzulegen, unter welchen Voraussetzungen Leistungen gewährt werden (Urteil C 227/05 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (ab 1. Januar 2007: Bundesgericht, Sozialrechtliche Abteilungen) vom 8. November 2006, E. 1.2; BGE 131 V 214 E. 5.3; SVR 2006 ALV Nr. 24 S. 82).



2.- a) Nach Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) i.V.m. 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 Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts 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. 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 (JELI KIESER, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Art. 53 N 19). Taggeldabrechnungen der Arbeitslosenversicherung, die - wie im vorliegenden Fall - nicht in die Form einer formellen Verfügung gekleidet werden, weisen materiell Verfügungscharakter auf (Urteil C 7/02 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 14. Juli 2003, E. 3.1; BGE 125 V 476 E. 1; BGE 122 V 368 E. 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 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 14. Juli 2003, E. 3.2).



b) Mit der Ausrichtung von Taggeldleistungen hat die Beschwerdegegnerin die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers auf Arbeitslosentschädigung ab dem 2. Februar 2005 anerkannt. Die Einsprachefrist beträgt 30 Tage (Art. 52 Abs. 1 ATSG), weshalb auch die Rechtsbeständigkeit der einzelnen Taggeldabrechnungen nach Ablauf von 30 Tagen seit deren Eröffnung eingetreten ist. Mit Ausnahme zweier Taggeldabrechnungen für September 2005 (act. G 3.1/37; G 3.1/40) sind den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Akten zwar keine weiteren Abrechnungen mehr zu entnehmen. Den Ausführungen des beschwerdeführenden Rechtsvertreters zufolge erfolgte aber am 8. März 2006 eine letzte Taggeldauszahlung, bevor dem Beschwerdeführer am 21. März 2006 erstmals eröffnet wurde, er habe keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder (vgl. act. G 1 S. 11). Es ist davon auszugehen, dass es sich bei der Abrechnung vom 8. März 2006 um jene für Februar 2006 gehandelt hat. Im Zeitpunkt der Rückforderungsverfügung am 15. Mai 2006 waren damit sämtliche Taggeldabrechnungen für den hier streitigen Zeitraum (Februar 2005 bis Februar 2006) bereits formell rechtskräftig. Die Beschwerdegegnerin konnte daher auf die Taggeldabrechnungen und damit auf die Anerkennung der Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers ab 2. Februar 2005 nur unter dem Titel der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision zurückkommen.

c) Wie sich aus den Akten ergibt, hatte die Beschwerdegegnerin von Anfang an Kenntnis, dass der Beschwerdeführer zwar in A.____ gemeldet ist, aber zusammen mit seiner Lebenspartnerin in B.____ wohnt (vgl. act. G 3.1/5; G 3.1/14). Ein Zurückkommen auf die Taggeldabrechnungen ist folglich nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG erfüllt sind, d.h. der ursprüngliche Entscheid, nämlich die Anerkennung der Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung, muss zweifellos unrichtig und dessen Berichtigung von erheblicher Bedeutung sein.

3.- a) Für die Arbeitnehmenden gilt im Europäischen Sozialrecht grundsätzlich das Beschäftigungslandprinzip. Danach unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder der Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat (Art. 13 Abs. 2 lit. a der



Verordnung Nr. 1408/71). Entsprechend gilt bei Leistungen für arbeitslose Personen grundsätzlich die Zuständigkeit des letzten Beschäftigungsstaates (Art. 67 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1408/71). Das Beschäftigungslandprinzip hat also Vorrang vor dem Wohnlandprinzip (HEINZ-DIETRICH STEINMEYER in: Maximilian Fuchs [Herausgeber], Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 3. A., Baden-Baden 2002, N 8 zu Art. 13 der Verordnung Nr. 1408/71).

b) Im Rahmen von Art. 71 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 ist für den Fall, dass während der letzten Erwerbstätigkeit Beschäftigungs- und Wohnortstaat verschieden sind, zwischen so genannten echten und unechten Grenzgängern zu unterscheiden. Nach Art. 1 lit. b der Verordnung Nr. 1408/71 sind (echte) Grenzgänger Personen, die ihre Berufstätigkeit im Gebiet eines Mitglied- oder Abkommensstaates ausüben und im Gebiet eines andern Mitglied- oder Abkommensstaates wohnen, in das sie in der Regel täglich, mindestens aber einmal wöchentlich zurückkehren. Sie fallen unter Art. 71 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71. Die in Art. 71 Abs. 1 lit. b der Verordnung Nr. 1408/71 normierten "nicht Grenzgänger" ("unechte Grenzgänger") sind demgegenüber Personen, deren Wohn- und Beschäftigungsort zwar ebenfalls in zwei verschiedenen Staaten liegen, die aber nicht mindestens einmal wöchentlich an ihren Wohnort zurückkehren. Dazu zählen beispielsweise Saisonarbeitnehmende, Arbeitnehmende im internationalen Verkehrswesen, Arbeitnehmende, die ihre Tätigkeit gewöhnlich im Gebiet mehrerer Mitgliedstaaten ausüben und Arbeitnehmende, die in einem Grenzbetrieb beschäftigt sind (Urteil C 227/05 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 8. November 2006, E. 1.4, mit Hinweisen).

c) Art. 71 Abs. 1 lit. a Ziff. ii und lit. b Ziff. ii der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmen, dass bei Vollarbeitslosigkeit echte Grenzgänger ausschliesslich und unechte Grenzgänger für den Fall, dass sie sich den Arbeitsbemühungen ihres Wohnstaates zur Verfügung stellen, Leistungen aufgrund von Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten im Beschäftigungsstaat nach dem Recht des Wohnstaates erhalten (BGE 132 V 61 Erw. 6.4). Diese Regelung beruht auf der Annahme, dass die Vermittlungschancen für die arbeitslose Person an ihrem Wohnort am grössten sind (EBERHARD EICHENHOFER, in: Maximilian Fuchs [Herausgeber], Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 3. A., Baden-Baden 2002, N 2 f. zu Art. 71 der Verordnung Nr. 1408/71). Der unechte Grenzgänger hat die Wahl zwischen Leistungen des Beschäftigungs- oder



des Wohnstaates. Dieses Wahlrecht übt er dadurch aus, dass er sich entweder der Arbeitsverwaltung des Staates der letzten Beschäftigung (Art. 71 Abs. 1 lit. b Ziff. i) oder der Arbeitsverwaltung des Wohnortstaates (Art. 71 Abs. 1 lit. b Ziff. ii) zur Verfügung stellt (BGE 132 V 61 E. 6.4 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH; BGE 131 V 228 E. 6.2). Der EuGH hat die strikte Verweisung des vollarbeitslosen echten Grenzgängers auf den Arbeitsmarkt des Wohnstaates in Art. 71 Abs. 1 lit. a Ziff. ii Verordnung Nr. 1408/71 für den Fall aufgehoben, dass dieser zum Beschäftigungsstaat persönliche und berufliche Bindungen solcher Art aufrechterhält, dass er dort die besten Aussichten auf Wiedereingliederung hat (Urteil des EuGH vom 12. Juni 1986 in der Rechtssache 1/85, Miethe, Slg. I-1986, S. 1837). Dabei handelt es sich jedoch insofern nicht um ein echtes Wahlrecht, als es Sache des Beschäftigungsstaats ist zu entscheiden, ob eine besonders enge Bindung besteht (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 8. November 2006 [C 227/05] mit Hinweisen auf PATRICIA USINGER-EGGER, Die soziale Sicherheit der Arbeitslosen in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und in den bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und ihren Nachbarstaaten, Zürich 2000, S. 85; DIESELBE, Ausgewählte Rechtsfragen des Arbeitslosenversicherungsrechts im Verhältnis Schweiz-EU, in: THOMAS GÄCHTER [Hrsg.], Das Europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz, Zürich 2006, S. 37 FN 23; vgl. zudem BGE 132 V 53).

4.- a) Zunächst ist abzuklären, wo der Beschwerdeführer im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sinn überhaupt gewohnt hat bzw. ob ein internationaler Sachverhalt mit Berührung zum EU-Recht vorliegt. Gemäss Art. 1 lit. h der Verordnung Nr. 1408/71 wird "Wohnort" als der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts definiert. Massgebend für das Vorliegen des Wohnortes sind die Dauer und Kontinuität des Wohnens bis zur Aufnahme der Beschäftigung, die Dauer und die Modalität der Abwesenheit, die Art der im anderen Mitgliedstaat ausgeübten Beschäftigung sowie die Absicht des Arbeitnehmers, wie sie sich aus den gesamten Umständen ergibt, an den Ort vor Aufnahme der Beschäftigung zurückzukehren (EBERHARD EICHENHOFER, a.a.O., N 7 zu Art. 71 der Verordnung Nr. 1408/71; BGE 131 V 230 E. 7.4 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH). Nach Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG ist für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vorausgesetzt, dass die versicherte Person in der Schweiz wohnt. Das "Wohnen" in der Schweiz im Sinne dieser Bestimmung ist nicht im Sinne des zivilrechtlichen Wohnsitzes zu verstehen, sondern



setzt den gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz voraus; verlangt werden der tatsächliche Aufenthalt in der Schweiz und zusätzlich die Absicht, diesen Aufenthalt während einer gewissen Zeit aufrechtzuerhalten und hier in dieser Zeit auch den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen zu haben. Zweck dieses Erfordernisses ist es, die Kontrolle der Anspruchsvoraussetzungen zu ermöglichen (BGE 125 V 466 E. 2a, BGE 115 V 448; SVR 2006 ALV Nr. 24 S. 85 je mit Hinweisen; vgl. zum gewöhnlichen Aufenthalt Art. 13 Abs. 2 ATSG). Die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz muss nicht nur bei Eintritt des Versicherungsfalles, sondern während des ganzen Zeitraums, für welchen Leistungen geltend gemacht werden, gegeben sein (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Genf/München 1998, N 147). Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts decken sich die Begriffe des Wohnorts bzw. des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne der genannten Bestimmungen des EU- bzw. des schweizerischen Rechts weitgehend (vgl. Urteil C 227/05 vom 8. November 2006, E. 4.1 und 7.2). In der Folge wird deshalb auf Literatur und Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG abgestellt, wobei dieser Artikel staatsvertragskonform auszulegen ist.

b) Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht geltend, der Beschwerdeführer habe sich im August 2005 von seiner in B.____ wohnhaften Lebenspartnerin getrennt und sei nach E.____ gezogen (act. G 1 Ziff. 3 lit. c). Der Beschwerdeführer habe aber bereits vor der Trennung in der Schweiz und nicht etwa in B.____ Wohnsitz gehabt. Er sei ordentlich bei der Gemeinde A.____ gemeldet gewesen, habe seine Schriften dort hinterlegt gehabt und seine Steuerpflicht in der Schweiz erfüllt. In B.____ sei der Beschwerdeführer lediglich als Wochenaufenthalter gemeldet gewesen. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Wohnsitz sich nicht in A.____ befunden habe, bestehe trotzdem ein Wohnsitz in der Schweiz: Nach Art. 24 Abs. 1 ZGB bleibe ein einmal begründeter Wohnsitz bis zur Begründung eines neuen bestehen. In Österreich habe der Beschwerdeführer keinen Wohnsitz gehabt und bevor er sich in A.____ angemeldet habe, habe ein ordentlicher Wohnsitz in F.____ bestanden. Damit sei auf jeden Fall ein schweizerischer Wohnsitz gegeben. Daran ändere nichts, dass die Postzustellung in A.____ mit Schwierigkeiten verbunden gewesen sei und dass der Vermieter auf eine Mietzinszahlung verzichtet habe. Der Beschwerdeführer habe als Gegenleistung entsprechende Informatikleistungen erbracht. Auch würden sämtliche



Freunde und Verwandte des Beschwerdeführers in der Schweiz wohnen. Als Schweizer Staatsbürger sei dieser ausserdem mit den Gegebenheiten und Gepflogenheiten in der Schweiz besser vertraut als mit jenen in Österreich (act. G 3.1/87 Ziff. 1 und 4 lit. f; G 1 Ziff. 3 lit. c und 7 lit. h). Die Beschwerdegegnerin führt demgegenüber aus, der Beschwerdeführer habe in der Schweiz keinen Wohnsitz begründet. Er habe sich in B.____ bei seiner Lebenspartnerin aufgehalten, weshalb sein Aufenthaltsort bzw. der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts, nämlich B.____, als Wohnsitz gelte. Aus dem Polizeibericht gehe hervor, dass es sich bei den Angaben des Vermieters lediglich um eine Gefälligkeit gehandelt habe und der Beschwerdeführer in A.____ gar nie wohnhaft gewesen sei. Dieser habe mit einem fiktiven Wohnsitz in der Schweiz Arbeitslosenleistungen beziehen wollen (act. G 1.2 S. 4; G 3).

c) Streitig ist der gewöhnliche Aufenthalt in jenem Zeitraum, für welchen die Beschwerdegegnerin die ausgerichteten Taggelderleistungen zurückfordert, somit der Zeitraum vom 2. Februar 2005 bis Ende Februar 2006. Die Abklärungen der Beschwerdegegnerin haben deutlich gemacht, dass sich der Beschwerdeführer in dieser Periode nicht bzw. kaum in A.____ aufgehalten hat und es sich bei dieser Anschrift lediglich um eine Briefkasten-Adresse gehandelt hat. Dafür sprechen insbesondere die Auskunft der Gemeinde A.____ vom 30. Mai 2005 und der Erhebungsbericht der Kantonspolizei St. Gallen vom 10. März 2006 (act. G 3.1/23; G 3.1/72). Nachdem für den tatsächlichen Aufenthalt ausschliesslich die physische Präsenz vor Ort entscheidend ist, ändert daran auch nichts, dass der Beschwerdeführer ordentlich bei der Gemeinde A.____ gemeldet war, die Schriften dort hinterlegt sowie Steuern bezahlt hat, in B.____ lediglich als Wochenaufenthalter gemeldet war, seine Freunde und Verwandten in der Schweiz wohnhaft sind und er mit den Gegebenheiten und Gepflogenheiten in der Schweiz besser vertraut ist als mit jenen in Österreich. Mit der Beschwerdegegnerin ist vielmehr davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer zur Hauptsache dort aufgehalten hat, wo sich mit seiner Lebenspartnerin auch seine zur damaligen Zeit engste Bezugsperson aufhielt, nämlich in B.____. Diesen Aufenthaltsort beabsichtigte der Beschwerdeführer auch eine gewisse Zeit aufrechtzuerhalten. Gemäss Wohnsitzbescheinigung des Einwohneramtes A.____ vom 4. Februar 2005 ist er seit 3. Juli 1996 in A.____ gemeldet, wobei er von B.____ zugezogen sei (act. G 3.1/5). Nach einer Auskunft des früheren Leiters des Einwohneramtes vom 30. Mai 2005 ist am 30. Oktober 2000 die Postadresse nach



B.____ verlegt worden (act. G 3.1/23). Gemäss den Ausführungen in der Beschwerdeschrift soll der Beschwerdeführer sich im August 2005 von seiner Lebenspartnerin getrennt haben und nach E.____ gezogen sein (act. G 1, Ziff. 3 lit. c). Es ist davon auszugehen, dass sich der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bei dieser Angabe verschrieben hat und der Beschwerdeführer stattdessen erst im August 2006 nach E.____ gezogen ist. Einerseits war bis zur Beschwerde und insbesondere im Einspracheverfahren von einer Trennung und einem Umzug in die Schweiz nie die Rede. Andererseits hat der Beschwerdeführer noch im Oktober und November 2005 Post an die Adresse in B.____ zugestellt erhalten (vgl. act. G 3.1/43, 47). Mithin befand sich also der Schwerpunkt der Lebensbeziehungen für den hier zur Diskussion stehenden Zeitraum (Februar 2005 bis Februar 2006) in B.____, und zwar selbst dann, wenn der Beschwerdeführer aus geschäftlichen Gründen die meiste Zeit in der Schweiz verbracht hat. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht ausserdem geltend, der Beschwerdeführer habe gar nie behauptet, in A.____ seinen Lebensmittelpunkt zu haben oder sich dort aufzuhalten. Er habe stets darauf hingewiesen, seine Anschrift in B.____ zu haben, wo er zusammen mit seiner Lebenspartnerin wohne (act. G 1 Ziff. 5). Damit ist erstellt, dass der Beschwerdeführer den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG ab dem Datum der Antragstellung, dem 2. Februar 2005, nicht in der Schweiz, sondern in B.____ hatte. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers liegt bei Verneinung des gewöhnlichen Aufenthaltes in A.____ auch kein ordentlicher Wohnsitz in F.____ vor: Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat ausdrücklich festgehalten, dass eine analoge Heranziehung des in Art. 24 Abs. 1 ZGB statuierten Grundsatzes, wonach der einmal begründete Wohnsitz bis zum Erwerb eines neuen bestehen bleibt, im Rahmen der Anwendung von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG nicht in Frage kommt (Urteil C 227/05 vom 8. November 2006, E. 4.1).

5.- a) Der Beschwerdeführer hat vor der Antragstellung auf Arbeitslosenentschädigung unbestrittenermassen in der Schweiz gearbeitet. Da er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in B.____ hatte, ist er als Grenzgänger aus Österreich anzusehen, und es kommen für die Beurteilung seines Anspruches auf Arbeitslosenentschädigung die mit der Europäischen Gemeinschaft getroffenen staatsvertraglichen Regelungen, mithin die Verordnung Nr. 1408/71, zur Anwendung. Dabei ist wie gesehen grundsätzlich der letzte Beschäftigungsstaat für die Ausrichtung von Leistungen an arbeitslose Personen zuständig (Beschäftigungslandprinzip). Im Rahmen von Art. 71 Abs. 1 der Verordnung



Nr. 1408/71 ist der Beschwerdeführer jedoch als vollarbeitsloser echter Grenzgänger zu qualifizieren (Art. 71 Abs. 1 lit. a Ziff. ii), womit abweichend vom Beschäftigungslandprinzip der Wohnortstaat zur Leistungsausrichtung zuständig wird. Ein Recht auf Leistungen vom Beschäftigungsstaat hätte der Beschwerdeführer rechtsprechungsgemäss nur, wenn ihm die Stellung eines unechten Grenzgängers zuzuerkennen wäre, weil er zur Schweiz persönliche und berufliche Bindungen solcher Art aufrecht erhält, dass er dort die besten Aussichten auf Wiedereingliederung hat (vgl. zum Ganzen oben, E. 3). Dies ist im Folgenden zu prüfen.

b) Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht geltend, der Beschwerdeführer habe in der Schweiz die besten Aussichten auf Wiedereingliederung. Entscheidend für die beruflichen Eingliederungschancen seien primär die Qualifikationen, die spezifischen Kenntnisse über den Markt und die Anzahl sowie Qualität der Geschäftskontakte im Tätigkeitsgebiet. Der Beschwerdeführer habe erneut eine Anstellung in der Schweiz gefunden. Obwohl sich der Hauptsitz des aktuellen Arbeitgebers, der X.____ GmbH, in Deutschland befinde, habe der Beschwerdeführer stets und ohne jede Ausnahme in der Schweiz gearbeitet und als Aussendienstmitarbeiter ausschliesslich in der Schweiz ansässige Kunden zugewiesen erhalten. Seine Reise- und Tätigkeitsgebiete hätten sich nie im Ausland befunden. Vom früheren Arbeitgeber, der Y.____ AG, habe der Beschwerdeführer zudem ein Office in St. Gallen zur Verfügung gestellt erhalten. Auch der aktuelle Arbeitgeber stelle dem Beschwerdeführer ein Office zur Verfügung, nämlich in G.____. Der Beschwerdeführer habe ferner während der Dauer der Arbeitslosigkeit die Kaderschule in St. Gallen besucht und die Ausbildung zum eidgenössisch diplomierten Verkaufsleiter mit Erfolg bestanden. Dass er im Übrigen mit der Schweiz weit mehr verbunden sei und hier die besseren und intensiveren Beziehungen sowohl privater als auch geschäftlicher Natur pflege, zeige sich auch anhand der Tatsache, dass er seine Partnerschaft inzwischen aufgelöst habe und nach E.____ bzw. H.____ (Wochenaufenthalt) gezogen sei. Damit seien die Chancen, in der Schweiz erneut eine Anstellung zu finden, um ein Vielfaches höher als in Österreich. Dies habe sich ja auch bewahrheitet, arbeite der Beschwerdeführer doch wiederum ausschliesslich in der Schweiz. Einzig aus dem Umstand, dass seine ehemalige Partnerin in B.____ wohne, lasse sich noch nicht darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer dort über die besseren Wiedereingliederungschancen verfüge (act. G 1 Ziff. 3 lit. b und c, Ziff. 4). Die



St.Galler Gerichte

Beschwerdegegnerin hält dem gegenüber, die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers wohne in B.____. Ausserdem sei sein letzter Arbeitgeber im Kanton I.____, sein vorletzter in J.____ (Liechtenstein) domiziliert gewesen. Seit April 2006 bestehe ein Arbeitsvertrag mit einer Firma in K.____ (Deutschland). Gemäss Arbeitsvertrag umfasse das Tätigkeitsgebiet die ganze Schweiz; die Arbeiten würden zu Hause erledigt. Es bestünden somit zu A.____ keine persönlichen und beruflichen Bindungen solcher Art, dass der Beschwerdeführer dort die besten Aussichten auf Wiedereingliederung habe (act. G 1.2 S. 4; G 3).

c) In beruflicher Hinsicht unterhielt der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum aufgrund der Aktenlage keinerlei Beziehungen zu Österreich. Die letzten beiden Arbeitsverhältnisse vor der Arbeitslosigkeit hatte der Beschwerdeführer mit Gesellschaften aus I.____ (Y.____ AG) bzw. J.____ (Z.____), für welche er ausschliesslich bzw. vorwiegend den Ostschweizer bzw. den Schweizer Markt bearbeitete (act. G 3.1/1). Seit dem 1. April 2006 arbeitet er für eine deutsche Unternehmung (X.____ GmbH, K.____), wobei Arbeitsort und Tätigkeitsgebiet ebenfalls ausschliesslich in der Schweiz liegen. Ausserdem ist der Arbeitsvertrag weitgehend nach schweizerischem Recht abgefasst bzw. untersteht diesem sogar (act. G 3.1/73, vgl. z.B. Ziff. 2.1, 4, 5, 11.3 und 12.1). Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer in seinem Tätigkeitsgebiet in erster Linie, wenn nicht sogar ausschliesslich, mit der schweizerischen Kundschaft und den schweizerischen Marktverhältnissen bekannt ist. Auch sonst ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer in Österreich über die besseren Eingliederungschancen verfügen sollte. Insbesondere hat er – den glaubwürdigen Ausführungen seines Rechtsvertreters folgend – sämtliche Aus- und Weiterbildungen in der Schweiz absolviert, wohnt nun wieder in der Schweiz, ist Schweizer Bürger und hat sämtliche Bekannten und Verwandten in der Schweiz. Die einzige Verbindung zu Österreich bestand in der Partnerschaft zu seiner ehemaligen, in B.____ wohnhaften Freundin. Der Beschwerdeführer unterhält somit zur Schweiz enge persönliche und berufliche Bindungen, welche die Aussichten auf Wiedereingliederung günstig erscheinen lassen. Ausserdem hat er sich beim RAV Heerbrugg zur Arbeitsvermittlung angemeldet und sich damit ausdrücklich dem schweizerischen Arbeitsmarkt zur Verfügung gestellt (vgl. dazu Anhang II APF Abschnitt A/Ziffer 1/Fussnote 9 [ganz am Schluss]). Unter diesen Umständen war es jedenfalls nicht zweifellos unrichtig, wenn die Beschwerdegegnerin



dem Beschwerdeführer ab Antragstellung (2. Februar 2005) Taggelder ausbezahlt und damit den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung anerkannte.

d) Bei diesem Ergebnis sind die Rückkommensvoraussetzungen hinsichtlich der rechtsbeständigen Taggeldabrechnungen für die Monate Februar 2005 bis Februar 2006 nicht erfüllt. Die Beschwerdegegnerin hat die vom Beschwerdeführer bezogenen Taggelder in der Höhe von Fr. 70'510.60 damit zu Unrecht zurückgefordert.

6.- a) Nachdem der Beschwerdeführer erst per 1. April 2006 eine neue Arbeitsstelle angetreten (vgl. act. G 3.1/73) und sich auf diesen Zeitpunkt von der Arbeitsvermittlung abgemeldet hat (vgl. act. G 3.1/75), bleibt somit noch der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für März 2006 zu prüfen, für welchen Monat der Beschwerdeführer bisher noch keine Taggeldleistung erhalten hat.

b) Abgesehen davon, dass - wie aus Erwägung 5 hervorgeht - die Anerkennung eines Anspruchs der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung für den Rückforderungszeitraum nicht zweifellos unrichtig ist und sich die tatsächlichen Verhältnisse im anschliessenden Monat März 2006 nicht geändert haben, kommt für diesen Monat, selbst wenn bei freier Prüfung ein Anspruch nicht bejaht werden könnte, eine Leistungsverweigerung der Beschwerdegegnerin auch aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht in Betracht: Gestützt auf Art. 27 ATSG trifft die Versicherungsträger der einzelnen Sozialversicherungen eine Aufklärungs- und Beratungspflicht. Unter anderem ist einer versicherten Person bekannt zu geben, wenn sie Leistungen anderer Sozialversicherungen beanspruchen kann (Abs. 3). Wie der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers richtig ausführt, wäre die Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführer darauf aufmerksam zu machen, allenfalls in Österreich taggeldberechtigt zu sein, was sie allerdings zu keiner Zeit getan hat (act. G 7 S. 3).

c) Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt. Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden



unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten (vgl. BGE 131 V 472 E.5). Bei einer ungenügenden oder fehlenden Wahrnehmung der Beratungspflicht gemäss Art. 27 ATSG hat mithin der Versicherungsträger gleich wie bei einer falsch erteilten Auskunft in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen (BGE 131 V 472 E. 5 mit zahlreichen Hinweisen).

d) Die Beschwerdegegnerin hat zwar dem Beschwerdeführer immer wieder mitgeteilt, sie habe Zweifel, ob er anspruchsberechtigt sei. Sie hat ihn jedoch nie darauf hingewiesen, dass im internationalen Verhältnis zu Österreich der gewöhnliche Aufenthalt für die Frage entscheidend ist, welcher Staat für die Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung zuständig ist. Damit hat die Beschwerdegegnerin ihre Aufklärungspflicht verletzt. Aus der Verletzung der Aufklärungspflicht darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen. Da er sich nicht rückwirkend für Leistungen in Österreich anmelden kann, ist daher aus Vertrauensschutzgründen auch für den Monat März 2006 die Anspruchsvoraussetzung zu bejahen.

7.- a) Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 22. August 2006 aufzuheben.

b) Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Hingegen hat der obsiegende Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird 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). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 750.-- bis Fr. 7'500.--. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers verzichtete auf das Einreichen einer Kostennote. Im vorliegenden Fall erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG



entschieden:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 22. August 2006 aufgehoben.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.