



<b>Fall-Nr.:</b>	AVI 2010/106
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	AVI - Arbeitslosenversicherung
<b>Publikationsdatum:</b>	30.08.2019
<b>Entscheiddatum:</b>	09.12.2011

### **Entscheid Versicherungsgericht, 09.12.2011**

**Art. 95 Abs. 1 AVIG, Art. 25 Abs. 1 ATSG, Art. 53 Abs. 2 ATSG.**

**Rückerstattung von Taggeldleistungen der Arbeitslosenversicherung. Wird ein deklariertes Zwischenverdienst falsch auf die jeweiligen Kontrollperioden verteilt, liegt eine falsche Rechtsanwendung vor, welche die ursprünglichen Taggeldabrechnungen als zweifellos unrichtig erscheinen lässt. Unter Vorbehalt der Erheblichkeit (vorliegend bejaht) liegt damit ein Wiedererwägungsgrund vor (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. Dezember 2011, AVI 2010/106). Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach Entscheid vom 9. Dezember 2011 in Sachen A.\_\_\_, Beschwerdeführerin, gegen UNIA Arbeitslosenkasse Zentralverwaltung Zürich, Strassburgstrasse 11, 8004 Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend Rückerstattung von Taggeldleistungen (Zwischenverdienst) Sachverhalt:**

A.

A.\_\_\_ meldete sich per 1. Mai 2008 zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an (act. G 3.1/26). Ihre letzte Stelle bei der B.\_\_\_ verlor sie infolge schlechter Auftragslage per 30. April 2008 (act. G 3.1/27). In der Folge arbeitete sie jedoch im Stundenlohn weiter bei der selben Arbeitgeberin, was von der Arbeitslosenkasse Unia als Zwischenverdienst betrachtet und jeweils entsprechend abgerechnet wurde (act. G 3.1/3.4 ff.). Mit Verfügung vom 10. September 2009 forderte die Unia Arbeitslosenkasse Fr. 3'298.95 für im Zeitraum vom Mai 2008 bis April 2009 zu viel ausbezahlte Leistungen zurück. Es sei übersehen worden, dass die Arbeitgeberin den Lohn jeweils Mitte Monat abrechne und beim Ausfüllen der Zwischenverdienstbescheinigungen nicht die effektiv geleisteten Arbeitsstunden berücksichtigt habe. Bei der Berechnung des Zwischenverdienstes sei aber der



## St.Galler Gerichte

gesamte während einer Kontrollperiode erzielte Verdienst zu berücksichtigen (act. G 3.1/3).

Die dagegen erhobene Einsprache vom 5. Oktober 2009/6. November 2009, mit welcher im Wesentlichen bemängelt worden war, die Berechnung der Rückforderung sei intransparent, wurde mit Entscheid vom 6. Oktober 2010 abgewiesen (act. G 3.1/1, 3.1/2 und 3.1/11).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 8. November 2010 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids. Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, die Unia habe stets sämtliche Zwischenverdienst-Abrechnungen erhalten. Sie (die Beschwerdeführerin) sei zu keiner Zeit in der Lage gewesen, einen Fehler in der Datenverarbeitung zu erkennen. Sie habe auch keinerlei Leistungen "unrechtmässig" bezogen. Demgegenüber habe die Kasse an keiner Stelle erklärt, wie der Fehler bei der Verarbeitung der korrekt und rechtzeitig übermittelten Daten habe passieren können. Schliesslich habe es die Beschwerdegegnerin versäumt, sie auf die Möglichkeit des Erlasses hinzuweisen oder gleich im Sinn von Art. 3 Abs. 3 ATSV den Verzicht auf die Rückforderung zu verfügen (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 24. November 2010 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Die Kasse habe die mangelnde Transparenz im Einspracheverfahren mit Belegen und Erklärungen behoben und dargestellt, wie die Rückforderung berechnet worden sei. Im Übrigen begründe die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde in keiner Weise. Vielmehr bestreite sie lediglich die Feststellungen zum Sachverhalt. Schliesslich treffe nicht zu, dass der Hinweis auf die Erlassmöglichkeit fehle (act. G 3).

### **Erwägungen:**

1.



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 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 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 berichtigenden 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 E. 1.2.3).

2.

2.1 Vorliegend kam die Beschwerdegegnerin im September 2009 auf die Taggeldabrechnungen betreffend die Monate Mai 2008 bis April 2009 zurück, die spätestens am 22. Mai 2009 erlassen worden waren (act. G 3.1/3.44 ff.). Nach dem in Erwägung 1.1 Gesagten bedurfte sie hierfür in sämtlichen Fällen eines Rückkommenstitels. Die Beschwerdegegnerin äusserte sich weder in der Verfügung vom 10. September 2009 noch im angefochtenen Einspracheentscheid vom 6. Oktober 2010 noch in der Beschwerdeantwort vom 24. November 2010 explizit zum Vorliegen eines solchen. Sie führte in der Verfügung vom 10. September 2009 lediglich aus, es sei übersehen worden, dass die von der Arbeitgeberin angegebenen Einkommen nicht mit den Abrechnungsperioden (Kalendermonaten) übereinstimmten, sondern jeweils Mitte Monat abgerechnet worden seien.

2.2 Vorliegend beruht die Rückforderung darauf, dass die Beschwerdegegnerin in ihren ursprünglichen Verfügungen jeweils nicht beachtet hat, dass die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin die Arbeitsstunden jeweils von Mitte Monat zu Mitte Monat abgerechnet hat. Ein Grossteil der Rückforderung ergibt sich daraus, dass die Beschwerdeführerin - deren Einkommen häufig an oder über der Grenze zur finanziell zumutbaren Arbeit lag - nach der Neuberechnung neben den vorher schon nicht anspruchsberechtigten Monaten (vgl. act. G 3.1/3.3 und 3.1/8) nun in weiteren drei Monaten aus der Anspruchsberechtigung herausgefallen ist (Juni 2008, August 2008 und April 2009), während sie im Gegenzug nur in einem Monat neu einen Anspruch hatte (Oktober 2008 [vgl. act. G 3.1/3.3]). Sie verlor also netto die Anspruchsberechtigung für weitere zwei Monate oder rund Fr. 3'000.--.

Zwar ist mit der Beschwerdeführerin festzustellen, dass dies nicht auf einen Fehler von ihr oder von ihrer Arbeitgeberin zurückzuführen ist. Indessen ist gemäss Art. 18a AVIG in Verbindung mit Art. 27a AVIV die Kontrollperiode als Kalendermonat definiert. Gemäss Art. 24 Abs. 1 AVIG gilt sodann als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus



unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls. Es liegt somit nicht im Belieben der Parteien, den Zwischenverdienst bei der einen oder anderen Kontrollperiode anzurechnen. Vielmehr ist die Arbeitslosenentschädigung (Kompensationszahlung) monatlich bzw. je Kontrollperiode zu ermitteln. Entsprechend sind auch die im jeweiligen Monat erarbeiteten Einkünfte als Zwischenverdienst anzurechnen, weil sich nur so der von der Arbeitslosenversicherung zu deckende Arbeits- und Verdienstausfall ermitteln lässt. Es ist auch für jede einzelne Kontrollperiode zu prüfen, ob der anzurechnende Zwischenverdienst die Höhe der mutmasslichen Arbeitslosenentschädigung übersteigt und insoweit kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht.

Indem die Beschwerdegegnerin zunächst die von der Arbeitgeberin deklarierten Arbeitsstunden nicht korrekt auf die jeweiligen Kontrollperioden angerechnet hat, hat sie die einschlägigen Gesetzesbestimmungen falsch angewendet. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bzw. früher des Eidgenössischen Versicherungsgerichts stellt die Leistungszusprache auf Grund falscher oder unzutreffend verstandener Rechtsregeln bzw. auf Grund nicht oder unrichtig angewendeter massgeblicher Bestimmungen in der Regel eine zweifellose Unrichtigkeit dar (vgl. statt vieler BGE 126 V 399 E. 2b/bb). Vorliegend besteht kein Anlass von dieser Rechtsprechung abzuweichen, weshalb die ursprüngliche Leistungszusprache als offensichtlich unrichtig anzusehen ist. Im Weiteren ist beim fraglichen Betrag von rund Fr. 3'300.-- das Kriterium der erheblichen Bedeutung der Berichtigung ohne Weiteres erfüllt. Die Beschwerdegegnerin hat somit zu Recht die Rückforderung des zu viel ausbezahlten Betrags verfügt. Nachdem die Höhe der Rückforderung nicht bestritten ist, und eine summarische Prüfung ebenfalls keinen Anlass zur Korrektur gibt, ist die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen.

2.3 Von Amtes wegen zu prüfen ist im Weiteren die Frage der Verwirkung der einzelnen Rückforderungsbeträge. Gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung. Nachdem die Leistungen im Zeitraum von Juni 2008 bis Mai 2009 ausbezahlt wurden (act. G 3.1/3.45 - 3.68) ist



die absolute Verwirkungsfrist (bzw. die absoluten Verwirkungsfristen) ohne Weiteres eingehalten. Demgegenüber ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin ihren Irrtum jeden Monat hätte bemerken können und müssen. So hat die Arbeitgeberin auf jeder Bescheinigung über Zwischenverdienst angegeben, dass der jeweilige abgerechnete Zwischenverdienst auf Arbeitsstunden im nämlichen und im vergangenen Kalendermonat beruht (act. G 3.1/3.5 ff.). Jede dieser Bescheinigungen stellt damit einen (zweiten) Anlass dar, anlässlich dessen die Beschwerdegegnerin ihren Irrtum hätte bemerken müssen, zumal die Auszahlungen durch fast monatlich wechselnde Sachbearbeiter vorgenommen worden waren (act. G 3.1/3.45 - 3.68). Es kann mithin nicht davon ausgegangen werden, der einmal begangene Fehler habe sich über den gesamten Zeitraum von zwölf Monaten fortgesetzt, womit bis Mai 2009 noch gar kein zweiter Anlass für die Irrtumsaufdeckung vorgelegen habe (vgl. dazu z.B. Entscheid des Bundesgerichts vom 15. Mai 2008 [8C\_824/2007] E. 3.2.2 mit Hinweisen). Nachdem die Rückforderungsverfügung am 10. September 2009 ergangen ist (act. G 3.3), sind die Rückforderungen betreffend die Kontrollperioden Mai und Juni 2008, deren entsprechende Bescheinigungen über Zwischenverdienst im Juni bzw. Juli 2008 eingereicht worden waren, verwirkt (act. G 3.1/3.5 und 3.8). Während für den Juli 2008 keine Rückforderung resultiert, gelangte die Bescheinigung über Zwischenverdienst für den August 2008 erst nach dem 10. September 2008 in Kenntnis der Beschwerdegegnerin und war somit zum Zeitpunkt der Rückforderungsverfügung noch nicht verwirkt (act. G 3.1/3.15). Der Rückforderungsbetrag reduziert sich damit um Fr. 1'876.50 auf Fr. 1'422.45.

2.4 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Beschwerdegegnerin habe sie nicht auf die Möglichkeit des Erlasses hingewiesen bzw. hätte in Anwendung von Art. 3 Abs. 3 ATSV direkt den Erlass verfügen müssen. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Verfügung vom 10. September 2009 auf die Erlassmöglichkeit hingewiesen hat (act. G 3.1/3.1) und dass auf Grund der Aktenlage (insbesondere auf Grund des Zwischenverdiensteinkommens der Beschwerdeführerin zuzüglich der Kompensationszahlungen sowie des Erwerbseinkommens des Ehemannes, der nach eigenen Angaben der Beschwerdeführerin als Gipser arbeitet [act. G 1]), wohl nicht ohne Weiteres auf das Vorliegen einer grossen Härte geschlossen werden kann. Der Beschwerdegegnerin kann deshalb kein Vorwurf gemacht werden, dass sie nicht gleich den Erlass verfügt hat. Indessen ist die Beschwerdegegnerin



anzuweisen, den entsprechenden impliziten Antrag als Erlassgesuch an die Hand zu nehmen. Die Streitsache ist diesbezüglich an die Beschwerdegegnerin zu überweisen.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der Rückforderungsbetrag unter Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 6. Oktober 2010 auf Fr. 1'422.45 festzusetzen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Die Beschwerdeführerin verlangt sodann die Ausrichtung einer Parteientschädigung. Sie ist im vorliegenden Verfahren nicht mehr anwaltlich oder anderweitig qualifiziert vertreten. Ausserdem kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Umfang ihrer Bemühungen den Rahmen dessen überschreitet, was der einzelne üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (vgl. BGE 110 V 132 E. 4d). Mithin ist ihr keine (teilweise) Parteientschädigung zuzusprechen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

### **entschieden:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 6. Oktober 2010 aufgehoben und der Rückforderungsbetrag auf Fr. 1'422.45 festgesetzt.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Beschwerdeführerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Die Streitsache wird zur Prüfung des Erlasses der Rückforderung an die Beschwerdegegnerin überwiesen.