



Fall-Nr.:	AVI 2010/115
Stelle:	Versicherungsgericht
Rubrik:	AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum:	25.04.2012
Entscheiddatum:	25.04.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 25.04.2012

Art. 23 Abs. 1 AVIG. Art. 40 AVIV. Art. 53 Abs. 2 ATSG. Versicherter Verdienst. Lohnfluss. Wiedererwägung. Bei der Ermittlung des versicherten Verdiensts ist der tatsächlich bezogene Lohn massgebend. Dieser muss genügend nachgewiesen sein. Vorliegend gibt es nur Angaben des Schwiegervaters (Arbeitgeber), weshalb nicht allein darauf abgestellt werden kann. Angaben Dritter zum effektiven Lohnfluss liegen nicht vor, weshalb kein versicherter Verdienst ermittelt werden kann bzw. kein versicherter Verdienst vorliegt. Voraussetzungen für die Wiedererwägung erfüllt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 25. April 2012, AVI 2010/115).Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichter Joachim Huber, Versicherungsrichterin Marie-Theres Rüegg Haltiner; Gerichtsschreiber Jürg SchutzbachEntscheid vom 25. April 2012**in Sachen**A.___,Beschwerdeführer,vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marco Bivetti, Oberer Graben 42, 9000 St. Gallen,gegen**Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,Beschwerdegegnerin,betreffendArbeitslosenentschädigung und Rückerstattung von Taggeldleistungen**Sachverhalt:

A.

A.___ meldete sich am 20. November 2009 erneut zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an (act. G 7.1/81). Dabei gab er an, seine ehemalige Arbeitgeberin, die B.___, sei per ___ Oktober 2009 in Konkurs gefallen. Ausserdem habe er noch bei der C.___ gearbeitet (act. G 7.1/79). In den entsprechenden Arbeitgeberbescheinigungen attestierte die B.___ eine Dauer des Arbeitsverhältnisses vom 1. September 2008 bis zum 20. Oktober 2009, die C.___ eine solche vom 24. Oktober 2009 bis zum 20. November 2009. Letztere wies ausserdem darauf hin, dass der Versicherte wieder beschäftigt werde, sobald wieder genügend Arbeit vorhanden



St.Galler Gerichte

sei (act. G 7.1/72 und 74). Unter Berücksichtigung eines Monatslohns von Fr. 6'200.-- bzw. eines Jahreslohns von Fr. 74'400.-- bei der B.____ und eines Gesamteinkommens von Fr. 3'450.-- bei der C.____ errechnete die Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen einen versicherten Verdienst von Fr. 6'134.-- pro Monat (act. G 7.1/65). In der Folge zahlte sie Taggeldleistungen vom 23. November 2009 bis Ende April 2010 aus.

A.b Am 31. Mai 2010 eröffnete die Kasse dem Versicherten, sie habe den Lohnfluss in den angegebenen Arbeitsverhältnissen erneut überprüft. Er könne nicht beweisen, den Lohn in der von den Arbeitgeberinnen deklarierten Höhe und Zeit tatsächlich erhalten zu haben. Aus dem IK-Auszug ergebe sich für 2008 nur ein Einkommen von Fr. 18'600.--. Aus der Steuerveranlagung für dieses Jahr gehe zudem hervor, dass er ermessensweise mit einem Einkommen von Fr. 50'000.-- veranlagt worden sei. Für das Jahr 2009 habe er ebenfalls noch kein Einkommen deklariert. Es könne daher kein versicherter Verdienst festgelegt werden bzw. dieser betrage Fr. 0.--. Ein versicherter Verdienst unter Fr. 500.-- sei gemäss Art. 40 AVIV nicht versichert (act. G 7.1/37). Mit Stellungnahme vom 14. Juni 2010 machte der Versicherte im Wesentlichen geltend, die beitragspflichtige Beschäftigung sei auf Grund der Arbeitgeberbescheinigungen, der Lohnabrechnungen, des Arbeitsvertrags sowie weiterer Akten genügend belegt (act. G 7.1/32).

A.c Nachdem die Kasse erfolglos versuchte hatte, weitere Unterlagen (Lohnbuchhaltung der B.____) erhältlich zu machen, wies sie am 20. Juli 2010 den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend ab Antragstellung ab, da der Lohnfluss (bei der B.____) nicht genügend nachgewiesen und ein versicherter Verdienst unter Fr. 500.-- nicht versichert sei (act. G 7.1/12). Mit einer weiteren Verfügung vom 20. Juli 2010 forderte sie die bereits erbrachten Taggeldleistungen im Umfang von Fr. 22'837.35 (netto) zurück (act. G 7.1/13). Die gegen diese Verfügungen erhobene Einsprache vom 14. September 2010 wies die Kasse mit Entscheid vom 9. November 2010 ab (act. G 7.1/5, 6, 8 und 9).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 10. Dezember 2010 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Die



Beschwerdegegnerin sei sodann zu verpflichten, dem Beschwerdeführer auch für die Monate Mai bis Juli 2010 (Abmeldung) Taggelder auszurichten. Eventuell sei die Angelegenheit zur Vornahme weiterer Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Dem Beschwerdeführer sei schliesslich die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren. Dem Beschwerdeführer sei mittels rechtskräftiger Verfügungen ein Anspruch auf Taggelder zuerkannt worden. Der Versicherungsträger könne auf formell rechtskräftige Verfügungen nur zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig seien und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Selbst die Beschwerdegegnerin gehe von erbrachter Barzahlung aus. Zudem lägen Indizien für den Lohnfluss vor. Sowohl der Beschwerdeführer als auch die beiden Arbeitgeberinnen bestätigten ausdrücklich mit Unterschrift und mit Lohnabrechnungen, dass die veranschlagten Lohnflüsse tatsächlich stattgefunden hätten. Weiterer Lohnfluss werde durch die Taggeldabrechnungen der SUVA belegt. Aus der Steuerveranlagung könne die Beschwerdegegnerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau hätten noch nie Einkommen angegeben und seien stets ermessensweise veranlagt worden. Dies liege nicht am fehlenden Einkommen, sondern an der fehlenden Verantwortungsnahme und den mangelnden Sprach- und Rechtskenntnissen. Im Übrigen besage die Steuerveranlagung gerade, dass Einkommen geflossen sei. Auch der IK-Auszug spreche nicht gegen die Angaben des Beschwerdeführers. Dieser mache lediglich geltend, von September bis Dezember 2008 arbeitstätig gewesen zu sein. Das dafür veranschlagte Einkommen von Fr. 18'600.-- korrespondiere demnach mit dessen Angaben. Es sei erstellt, dass der Beschwerdeführer bis zur Beendigung seines Status als Arbeitsloser Ende Juli 2010 Anspruch auf Arbeitslosentaggelder habe (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 26. Januar 2011 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Aus dem anonymisierten Entscheid des Versicherungsgerichts vom 19. Februar 2010 (AVI 2009/12), der wohl ebenfalls den Beschwerdeführer betreffe, gehe hervor, dass dieser der Ehemann von D.____ und der Schwiegersohn von E.____ sei. So habe er mit Barzahlungen durch die damalige F.____ und Bestätigungen seiner Schwiegermutter eine Beitragszeit bei der Unia generiert. Nachdem der Beschwerdeführer wohl auch der Schwiegersohn von G.____ sei (Gesellschafter und Geschäftsführer bzw. Verwaltungsrat der beiden Arbeitgeberinnen),



St.Galler Gerichte

versuche er nun mit derselben Vorgehensweise Beitragszeiten bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse zu generieren (act. G 7).

B.c Mit Replik vom 15. April 2011 führt der Rechtsvertreter aus, es sei unklar, was die Beschwerdegegnerin aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts ableiten wolle. Zutreffend sei, dass der Beschwerdeführer mit D.____ verheiratet sei, sich im April 2010 aber von ihr getrennt habe. Ein Teilaspekt des Eheschutzverfahrens sei das ausserordentlich angespannte Verhältnis des Beschwerdeführers zur Familie der Ehefrau gewesen. Es werde bestritten, dass der Beschwerdeführer in einer früheren Angelegenheit oder heute Beitragszeiten generiert ohne hierfür Lohn erhalten oder gar ohne hierfür gearbeitet zu haben. Unabhängig von näheren Erkenntnissen aus der Prozedur AVI 2009/12 sei festzuhalten, dass vorliegend eine schriftliche Bestätigung über die Barzahlung von Löhnen, Lohnabrechnungen sowie der Beleg von ausbezahlten Unfalltaggelderleistungen vorlägen (act. G 13).

B.d Mit Duplik vom 12. Mai 2011 macht die Beschwerdegegnerin geltend, mit dem gleich gelagerten Entscheid AVI 2009/12 liege ein Revisionsgrund gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG vor. Dieses neue Beweismittel habe nicht früher berücksichtigt werden können, da der Entscheid der Beschwerdegegnerin nicht eröffnet worden sei. Der Beschwerdeführer habe mit der selben Machenschaft erneut unrechtmässige Versicherungsleistungen erwirkt. Dieses Vorgehen verdiene keinen Rechtsschutz (act. G 15).

B.e Mit Schreiben des Versicherungsgerichts vom 7. Juni 2011 wurden beim Betreibungsamt St. Gallen weitere Abklärungen betreffend Lohnpfändung getätigt (act. G 16). Aus dem vom Betreibungsamt St. Gallen eingereichten Kontoauszug ergibt sich, dass lediglich im Zeitraum von Januar 2008 bis März 2008 von der Arbeitslosenkasse Unia Arbeitslosenversicherungsleistungen an das Betreibungsamt überwiesen worden sind (act. G 17). Der Rechtsvertreter führt dazu aus, dass der Beschwerdeführer den Lohn in der Regel bar erhalten habe. Er habe nicht eruieren können, weshalb die entsprechenden Einkommen bei der Einkommenspfändung nicht berücksichtigt worden seien (act. G 19).

B.f Am 14. Februar 2011 wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt (act. G 8).



Erwägungen:

1.

Als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) gilt der im Sinn der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen. Aus dieser gesetzlichen Umschreibung ergibt sich, dass der versicherte Verdienst an den massgebenden Lohn im Sinn von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) anknüpft. Bei der Ermittlung des versicherten Verdiensts gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG ist der tatsächlich bezogene Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden hat grundsätzlich unbeachtlich zu bleiben (BGE 131 V 450 f. E. 3.2.1 mit Hinweisen). Der Verdienst ist nicht versichert, wenn er während des Bemessungszeitraums monatlich Fr. 500.-- nicht erreicht (Art. 40 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Für den Nachweis der Lohnbezüge trägt die versicherte Person die Beweislast. Sie hat darzutun, welchen Lohn sie erhalten hat. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein Post- oder Bankkonto der versicherten Person. Bei behaupteter Barzahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitenden in Betracht. Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto bilden bloss Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen (BGE 131 V 447 E. 1.2 mit Hinweisen).

2.

2.1 Vorliegend ist umstritten, ob der Beschwerdeführer in der massgebenden Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 23. November 2007 bis zum 22. November 2009 bei der B.____ sowie bei der C.____ eine beitragspflichtige Beschäftigung von mindestens



zwölf Monaten ausgeübt bzw. einen versicherten Verdienst erzielt, d.h. Lohn bezogen hat.

2.2 Diesbezüglich liegen zunächst die Arbeitgeberbescheinigungen der B.____ sowie der C.____ im Recht. Erstere Gesellschaft, deren Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift bis zur Löschung am 27. Juli 2010 G.____ war (vgl. online-Handelsregisterauszug), bescheinigte dem Beschwerdeführer eine Dauer des Arbeitsverhältnisses vom 1. September 2008 bis zum 20. Oktober 2009 und einen Monatslohn von Fr. 6'200.--. Andererseits führte sie aus, dass der ahv-pflichtige Gesamtverdienst von Januar bis Oktober 2009 Fr. 35'650.-- betragen habe (act. G 7.1/72). Die C.____, deren einziges Mitglied im Verwaltungsrat ebenfalls G.____ war (vgl. online-Handelsregisterauszug), bescheinigte sodann eine Dauer des Arbeitsverhältnisses vom 24. Oktober 2009 bis zum 20. November 2009. Für diese Zeit wurde ein Gesamtlohn von Fr. 6'231.-- bescheinigt (act. G 7.1/74). Nachdem es sich bei besagtem G.____ nach dessen eigenen Angaben um einen Verwandten des Beschwerdeführers handelt (act. G 7.1/21) - wohl um den Schwiegervater -, der geltend gemachte Monatslohn von Fr. 6'200.-- für einen angelernten Eisenleger (vgl. act. G 7.1/81) als relativ hoch erscheint und zudem bereits in einem früheren Verfahren nicht auf die Angaben von G.____ (als faktischem Inhaber der F.____ in Liquidation als ehemaliger Arbeitgeberin des Beschwerdeführers) abgestellt werden konnte (AVI 2009/12), vermögen die vorliegenden Arbeitgeberbescheinigungen für sich allein noch nicht den Nachweis einer beitragspflichtigen Beschäftigung und des entsprechenden versicherten Verdienstes zu erbringen. Bankbelege liegen ebenfalls nicht vor, da der Beschwerdeführer Barzahlung des Lohns geltend macht. Er hat den behaupteten Lohnfluss damit anderweitig zu belegen.

2.3 Betreffend die Anstellung bei der B.____ liegen die Lohnabrechnungen für Oktober bis Dezember 2008 bei den Akten, die jeweils einen Bruttolohn von Fr. 6'200.-- ausweisen (act. G 7.1/69). Obwohl der behauptete Arbeitsbeginn sowohl von der Arbeitgeberin als auch vom Beschwerdeführer auf den 1. September 2008 datiert worden ist (act. G 7.1/70 und 72), liegt keine September 2008-Abrechnung vor. Auch wurde gegenüber der Sozialversicherungsanstalt St. Gallen (Ausgleichskasse) für das Jahr 2008 nur ein Betrag von Fr. 18'600.-- (= 3x Fr. 6'200.--) deklariert, wobei offenbar angegeben wurde, dies entspreche einer Beitragsdauer von September bis Dezember



2008, also von vier Monaten (act. G 7.1/21 und G 5.1). Weiter liegt eine Lohnaufstellung der Arbeitgeberin für die Monate Januar bis Oktober 2009 vor (act. G 7.1/77). Sodann geht aus den Akten hervor, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 6. Januar 2009 bis zum 2. August 2009 Taggelder der SUVA erhielt und dass er von der Steuerbehörde für das Jahr 2008 ermessensweise mit Fr. 50'000.-- veranlagt wurde (act. G 7.1/38 und 78). Schliesslich bestätigte die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 6. Januar 2010, den Lohn jeweils in bar ausbezahlt zu haben (act. G 7.1/63). Somit liegen grundsätzlich nur Dokumente vor, die - wie die nicht aussagekräftige Arbeitgeberbescheinigung (vgl. vorstehende Erwägung) - von der Arbeitgeberin selber produziert wurden. Diese Dokumente könnten nur im Zusammenhang mit den weiteren Unterlagen eine beitragspflichtige Beschäftigung bzw. einen versicherten Verdienst belegen, was vorliegend jedoch gerade nicht gelingt. So stimmen die Lohnangaben der Arbeitgeberin in sich selber nicht überein, gibt doch der Geschäftsführer einerseits an, der Lohn habe Fr. 6'200.-- pro Monat betragen, andererseits gibt er für den Zeitraum von Januar bis Oktober 2009 (10 Monate, wobei der Beschwerdeführer bis August 2009 noch Unfalltaggelder bezogen hatte) nur ein Einkommen von Fr. 35'650.-- an (act. G 7.1/72). Der Bruttolohn hätte aber nach eigenen Angaben der Arbeitgeberin Fr. 37'200.--, der Nettolohn Fr. 33'383.40 betragen müssen (act. G 7.1/77). Kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer in der massgebenden Periode von Oktober 2008 bis November 2009 permanent der Lohnpfändung unterlag. Gegenüber dem Betreibungsamt St. Gallen bezeichnete er sich noch am 30. Oktober 2008 als stellenlos und als Bezüger von Arbeitslosentaggeld. Erst am 12. Februar 2009 deklarierte er die B.____ als Arbeitgeberin. Obwohl das von ihm geltend gemachte monatliche Einkommen immer über dem betreibungsrechtlichen Existenzminimum lag, hat das Betreibungsamt im genannten Zeitraum keine Zahlungen erhalten (act. G 7.1/9.8 und 9.9). Sodann kann der Beschwerdeführer weder aus den Taggeldleistungen der SUVA noch aus der ermessensweisen Steuerveranlagung etwas zu seinen Gunsten ableiten. Anders als bei der Arbeitslosenentschädigung, wo unter anderem auch Prämien für die Unfallversicherung erhoben werden und damit während der Arbeitslosigkeit ein Versicherungsschutz besteht (Art. 22a Abs. 4 AVIG), werden umgekehrt von den Unfalltaggeldern keine Prämien für die Arbeitslosenversicherung erhoben. Das entsprechende Ersatzeinkommen selber (SUVA-Taggelder) ist demzufolge auch beim versicherten Verdienst nicht zu berücksichtigen. Dies ergibt sich auch aus Art. 3 Abs. 1



AVIG, wonach sich die Beiträge für die Arbeitslosenversicherung am massgebenden Lohn nach AHV-Gesetzgebung bemessen, wo nur "echte" Arbeitseinkünfte berücksichtigt werden (Art. 5 Abs. 2 AHVG). Art. 3 Abs. 2 AVIG setzt den Beitragssatz sodann in Beziehung zum versicherten Verdienst in der Unfallversicherung, der sich aber wiederum nach AHV-Recht bemisst (Art. 22 Abs. 2 Ingress der Verordnung über die Unfallversicherung (SR 832.202; UVV). Im Weiteren kann vorliegend auch nicht auf das Einkommen abgestellt werden, das der Beschwerdeführer ohne Unfall normalerweise erzielt hätte (Art. 39 AVIV), da ein solches gerade nicht belegt ist. In Bezug auf die ermessensweise Steuerveranlagung für das Jahr 2008 kann der Beschwerdeführer ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten. Da bei der ermessensweisen Veranlagung gerade kein Einkommen aus einem bestimmten Arbeitsverhältnis erfasst wird, vermag die erfolgte Veranlagung mit Fr. 50'000.-- den behaupteten Lohnfluss aus dem Arbeitsverhältnis bei der B.____ weder qualitativ noch der Höhe nach zu belegen. Zusammengefasst vermögen somit die vorliegenden Akten den geltend gemachten Lohnfluss bei der B.____ nicht zu belegen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass immerhin der IK-Auszug bezüglich der Höhe (nicht aber der Beitragsdauer, vgl. E. 2.3) mit den Lohnabrechnungen für die Zeit von Oktober bis Dezember 2008 übereinstimmt, da der IK-Auszug höchstens ein Indiz darstellt, das nur im Zusammenhang mit anderen Beweisen einen rechtsgenügenden Beweis eines effektiven Lohnflusses zu belegen vermag (vgl. E. 1). Schliesslich beantragt der Rechtsvertreter, die in der Lohndeklaration 2008 der B.____ aufgeführten Mitarbeiter (inklusive die beiden Inhaber der Firma G.____ und H.____) als Zeugen einzuvernehmen. Auf deren Einvernahme kann jedoch verzichtet werden. So kann auf die Angaben von G.____ gerade wegen seiner Schwägerschaft mit dem Beschwerdeführer (die selbst nach einer Ehescheidung fortbesteht [Art. 21 Abs. 2 ZGB]) nicht ohne Weiteres abgestellt werden. Bei den übrigen beantragten Zeugen handelt es sich um den Mitinhaber der B.____ sowie um (weitere) Angestellte der Firma (vgl. act. G 7.1/21). Diese könnten höchstens angeben, dass sie ihren Lohn in der Regel in bar erhalten haben. Dies mag zwar auch für den Beschwerdeführer zutreffen. Indessen ist damit noch nichts gewonnen in Bezug auf die genaue Höhe der Lohnzahlungen. Nachdem die anderen Mitarbeiter kaum Angaben zur Lohnhöhe des Beschwerdeführers machen können (und der Beschwerdeführer nicht vorbringt, in welcher Weise die angegebenen



Personen zur Aufhellung des Sachverhalts beitragen könnten), kann auch auf deren Einvernahme verzichtet werden.

2.4 Betreffend die Anstellung bei der C.____ liegt zunächst ein Arbeitsvertrag vom 21. Oktober 2009 bei den Akten. Daraus geht hervor, dass der Beschwerdeführer ab dem 24. Oktober 2009 zu einem Stundenlohn von Fr. 31.-- (brutto, inkl. Feriengeld und 13. Monatslohn) angestellt wird (act. G 7.1/88). Im Weiteren liegen die vom Beschwerdeführer unterzeichneten Lohnabrechnungen für die Monate Oktober und November 2009 bei den Akten, wonach er Fr. 1'953.-- (brutto) zuzüglich Spesen von Fr. 200.-- bzw. Fr. 4'278.-- (brutto) zuzüglich Spesen von Fr. 400.-- erhalten habe (act. G 7.1/77). Zwar stimmen bei diesem Arbeitsverhältnis Arbeitsvertrag, Arbeitgeberbescheinigung und die unterzeichneten Lohnabrechnungen überein, wenn auch die angegebene Stundenzahl als relativ hoch erscheint (201 Stunden in 4 Wochen; vgl. act. G 7.1/79). Jedenfalls handelt es sich auch hier wiederum um Parteibehauptungen, über deren Richtigkeit einzig der Beschwerdeführer und der einzige Verwaltungsrat der C.____ Auskunft erteilen können. Das behauptete Einkommen wurde nach eigenen Angaben des Beschwerdeführers nicht bei den Steuerbehörden deklariert, habe er doch noch nie ein Einkommen angegeben (Beschwerde, Ziff. C. 3). Ein Quellensteuerabzug ist ebenfalls nicht erfolgt (act. G 7.1/77). Insgesamt ist auch bei der C.____ ein Lohnfluss nicht ausgewiesen. Abgesehen davon vermöchte dieses Arbeitsverhältnis allein ohnehin keine genügende Beitragszeit zu generieren. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass ein Lohnfluss weder bei der B.____ noch bei der C.____ ausgewiesen ist und damit kein versicherter Verdienst vorliegt. Der Beschwerdeführer hat damit in der massgeblichen Zeit vom 23. November 2009 bis zum 30. April 2010 keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder.

2.5 Bei diesem Sachverhalt kann offen bleiben, ob der Beschwerdeführer überhaupt vermittlungsfähig ist. So arbeitete er offenbar wiederholt in einer Firma des Schwiegervaters, wenn genügend Arbeit vorhanden war. Wenn nicht, meldete er sich bei der Arbeitslosenversicherung zum Bezug von Leistungen an. Dies ergibt sich etwa aus der Arbeitgeberbescheinigung der C.____, wonach der Beschwerdeführer entlassen worden sei, da es momentan nicht genug Arbeit gebe. Sobald es wieder Arbeit habe, werde er wieder bei dieser Arbeitgeberin arbeiten (act. G 7.1/74). Nach der Winterpause war tatsächlich ein weiterer Einsatz als Eisenleger bei einer "albanischen



Armierungsfirma" vorgesehen. Demnach hätte er ab dem 1. April 2010 im Zwischenverdienst - wohl wieder bei der bisherigen Arbeitgeberin - arbeiten können (act. G 7.1/46). Nach der Trennung von seiner Ehefrau - und damit von deren Familie - im April 2010 hat sich diese Option offenbar zerschlagen, war der Beschwerdeführer in diesem Monat doch nach wie vor arbeitslos (act. G 7.1/43, G 13 S. 2).

3.

3.1 Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG 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 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 (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Art. 53 N 28b). 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 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).

3.2 Vorliegend ergingen die Taggeldabrechnungen spätestens am 28. April 2010 (act. G 7.1/42). Die Rückforderungsverfügung wurde sodann erst nach Ablauf der 30-tägigen Frist am 20. Juli 2010 erlassen, so dass in Bezug auf sämtliche Taggeldabrechnungen betreffend die Monate November 2009 bis April 2010 ein Rückkommenstitel erforderlich ist. Die Beschwerdegegnerin macht in ihrer Replik vom 12. Mai 2011 geltend, mit dem Entscheid des Versicherungsgerichts vom 19. Februar 2010 (AVI 2009/12) liege ein neues Beweismittel vor, das zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses noch nicht bekannt gewesen sei. Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu. So hegte die Beschwerdegegnerin bereits vor der Auszahlung von Taggeldern am 7. Januar 2010 Zweifel, ob der behauptete Lohn - bei der dauernden Barzahlung und dem Konkurs der Arbeitgeberin - tatsächlich ausbezahlt wurde (act. G 7.1/62). Mithin hätte die Beschwerdegegnerin bei zumutbarer Sorgfalt bereits damals einen Anlass gehabt, den Lohnfluss genauer zu untersuchen und bei unbewiesener Tatsache keine Auszahlung vorzunehmen. Da der Beschwerdeführer aus dem Vorliegen des Lohnflusses Rechte ableiten will, ist entgegen ihrer (damaligen) Ansicht nicht die Beschwerdegegnerin beweispflichtig, dass kein Lohn geflossen ist. Vielmehr hat der Beschwerdeführer diesen Umstand zu beweisen bzw. - wegen der *Offizialmaxime* - die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Der mangelnde Lohnfluss stellt somit keine neue Tatsache im Sinn des Revisionsrechts dar. Ebenso stellt das genannte Urteil des Versicherungsgerichts kein neues Beweismittel dar, da dieses nicht geeignet ist, den mangelnden Lohnfluss im vorliegenden Verfahren bei der B.____ zu beweisen. Vielmehr wäre dies Gegenstand der unterlassenen Abklärungen gewesen. Wie eben ausgeführt, brauchte die Beschwerdegegnerin auch gar keine Beweismittel, da sie für die fragliche Tatsache nicht beweispflichtig war. Das genannte Urteil bildete lediglich den Anlass, um auf die Taggeldabrechnungen zurückzukommen. Ein Revisionsgrund fällt damit nicht in Betracht. Im Weiteren macht die Beschwerdegegnerin geltend, es liege ein Wiedererwägungsgrund vor, da der Lohnfluss auf Grund unzureichender Indizien



versehentlich als vorhanden angenommen worden sei (act. G 7.1/5 S. 2).

Demgegenüber geht der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers davon aus, dass die Zusprache der Taggelder nicht zweifellos unrichtig gewesen sei. Massgebend bei der Beurteilung der zweifellosen Unrichtigkeit sei das Ausmass der Überzeugung, dass die bisherige Entscheidung unrichtig war. Dies schliesse es aus, bei einer unzutreffenden Ermessensbetätigung eine zweifellose Unrichtigkeit anzunehmen. Vorliegend liege es im Ermessen der Arbeitslosenkasse, den Lohnfluss bzw. die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung als gegeben zu erachten. Allein schon deshalb falle eine zweifellose Unrichtigkeit ausser Betracht. Im Übrigen gehe die Beschwerdegegnerin selber davon aus, dass es Indizien für den Lohnfluss gebe. So werde wiederholt von erbrachter Barzahlung gesprochen. Es stehe somit keinesfalls fest, dass die Zusprache der Taggelderleistungen zweifellos unrichtig gewesen sei. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die Beschwerdegegnerin bei der ursprünglichen Zusprache der Taggelder eine Prüfung des Lohnflusses pflichtwidrig unterlassen hat, obwohl eine solche bereits zu diesem Zeitpunkt angezeigt gewesen wäre. Bei korrekter Abklärung des Sachverhalts ist somit kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gegeben. Wenn die Beschwerdegegnerin trotzdem eine solche ausbezahlt hat, ist dies zweifellos unrichtig. Entgegen der Ansicht des Rechtsvertreters handelt es sich hier nicht um einen Ermessensentscheid, sondern um einen Fehler in der Sachverhaltsabklärung. Dieser beruhte wiederum auf der irrigen Annahme der Beschwerdegegnerin, sie könne nicht beweisen, dass kein Lohn geflossen sei (ohne dass sie auch nur versucht hätte, diesen Beweis zu erbringen). Anders wäre nur zu urteilen, wenn die Beschwerdegegnerin ursprünglich den Lohnfluss abgeklärt hätte und nach Prüfung aller Unterlagen zum Schluss gekommen wäre, dass der Lohn in der geltend gemachten Höhe geflossen sei. Unter diesen Umständen könnte sie nicht wiedererwägungsweise unter erneuter Abwägung der gleichen Unterlagen zu einem gegenteiligen Schluss gelangen. Die Erheblichkeit der Berichtigung ist sodann beim fraglichen Rückforderungsbetrag von über Fr. 20'000.-- ohne weiteres gegeben.

4.

4.1 Nach dem Gesagten erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 9. November 2010 als korrekt. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).



4.2 Dem Beschwerdeführer wurde die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt (act. G 8). Wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers es gestatten, kann er jedoch zur Nachzahlung der Auslagen für die Vertretung und der vom Staat entschädigten Parteikosten verpflichtet werden (Art. 288 Abs. 1 des st. gallischen Zivilprozessgesetzes [ZPG/SG; sGS 961.2] in der bis 31. Dezember 2010 gültigen, vorliegend anwendbaren Fassung [vgl. Art. 404 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; ZPO; SR 272] i.V.m. Art. 99 Abs. 2 des st. gallischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP/SG; sGS 951.1]). Der Staat ist demzufolge zu verpflichten, für die Kosten der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers aufzukommen. 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 pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. In der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit erscheint mit Blick auf vergleichbare Fälle eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- angemessen. Diese ist um einen Fünftel zu kürzen (Art. 31 Abs. 3 des st. gallischen Anwaltsgesetzes [AnwG; sGS 963.70]). Somit hat der Staat den Rechtsvertreter pauschal mit Fr. 2'400.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Staat entschädigt den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Fr. 2'400.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer).