



Fall-Nr.:	AVI 2010/83
Stelle:	Versicherungsgericht
Rubrik:	AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum:	30.08.2019
Entscheiddatum:	01.07.2011

Entscheid Versicherungsgericht, 01.07.2011

Art. 95 Abs. 1, 24 und 30 Abs. 1 lit. e AVIG; Art. 25 Abs. 1 und 53 Abs. 1 ATSG: Rückforderung von Taggeldleistungen. Eine bereits vor Antragstellung ausgeübte Teilzeittätigkeit ist als Zwischenverdienst anzurechnen.

**Verletzung der Melde- und Auskunftspflicht (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 1. Juli 2011, AVI 2010/83). Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Miriam Lendfers und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Marcel Kuhn
Entscheid vom 1. Juli 2011 in Sachen A.___, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. August Holenstein, Rorschacher Strasse 107, 9000 St. Gallen, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung (Meldepflicht) und Rückerstattung von Taggeldleistungen (Zwischenverdienst) Sachverhalt:**

A.

A.a A.___ meldete sich per 19. Dezember 2007 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an (act. G 3.1/209). Seit 27. Juli 1998 arbeitete die Versicherte bei B.___ als Betriebsangestellte in einem Beschäftigungsgrad von 54% (act. G 3.1/221). Per 5. Dezember 2007 reduzierte sie das Arbeitspensum auf eigenen Wunsch aus gesundheitlichen Gründen auf 25% (act. G 3.1/205 und 219). Die kantonale Arbeitslosenkasse ermittelte einen versicherten Verdienst von Fr. 1'958.-- und eröffnete vom 19. Dezember 2007 bis 18. Dezember 2009 für einen Vermittlungsgrad von 50% eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug (act. G 3.1/172). Das bei B.___ aus dem 25% Pensum erzielte Einkommen wurde als Zwischenverdienst abgerechnet (vgl. u.a. act. G 3.1/203).



St.Galler Gerichte

A.b Auf Antrag der Versicherten wurde ab 19. Dezember 2009 eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet (act. G 3.1/54 und 69). Per 4. Januar 2010 wurde die Versicherte von der Arbeitsvermittlung abgemeldet (act. G 3.1/66).

A.c Mit Verfügung vom 27. Mai 2010 wurde die Versicherte ab 13. Dezember 2009 wegen unwahrer Angaben gegenüber der kantonalen Arbeitslosenkasse für 21 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt. Im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung sowie in sämtlichen Formularen "Angaben der versicherten Person" habe die Versicherte nicht erwähnt, dass sie seit Beginn der (ersten) Rahmenfrist einen zusätzlichen Zwischenverdienst als nebenamtliche Hauswartin bei der C.____ AG erziele (act. G 3.1/37). Mit Verfügung vom 15. Juni 2010 forderte die kantonale Arbeitslosenkasse zuviel bezogene Taggeldleistungen im Betrag von Fr. 7'715.40 netto zurück. Die Abrechnungen für beide Rahmenfristen seien unter Berücksichtigung des nicht gemeldeten Zwischenverdienstes bei der C.____ AG nochmals neu erstellt worden, woraus eine Rückforderung von Fr. 7'715.40 resultiere (act. G 3.1/5). Gegen die Verfügungen vom 27. Mai 2010 und 15. Juni 2010 liess die Versicherte am 21. Juni 2010 (ergänzende Begründung vom 15. Juli 2010) Einsprache erheben (act. G 3.1/2 und 4). Mit Einspracheentscheid vom 20. Juli 2010 wies die kantonale Arbeitslosenkasse die Einsprache ab (act. G 3.1/1).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die von Rechtsanwalt lic. iur. August Holenstein, St. Gallen, im Namen der Versicherten eingereichte Beschwerde vom 30. August 2010 mit den Anträgen, der Einspracheentscheid vom 20. Juli 2010 sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin seien die 21 vorenthaltenen Taggelder ab 13. Dezember 2009 nachzuzahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin. Bei der Hauswarttätigkeit, welche die Beschwerdeführerin am 1. September 2007 angetreten habe, handle es sich nicht um eine teilweise Kompensation für die bei B.____ ausgeübte Tätigkeit als Raumpflegerin, da sie diese Teilzeitstelle, zusammen mit ihrem Ehemann, schon vor der Arbeitslosigkeit ausgeübt habe (act. G 1).



St.Galler Gerichte

B.b In der Beschwerdeantwort vom 1. Oktober 2010 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin habe ihre Meldepflicht verletzt, indem sie einen Zwischenverdienst nicht gemeldet habe, wodurch der versicherte Verdienst falsch berechnet worden sei. Die Taggeldabrechnungen seien rechtsbeständig geworden, weshalb sich die Rückforderung auf einen Rückkommenstitel stützen müsse. Vorliegend seien sowohl die Voraussetzungen für eine Revision als auch für eine Wiedererwägung gegeben (act. G 3).

B.c Mit Replik vom 4. November 2010 hält die Beschwerdeführerin unverändert an den gestellten Anträgen fest (act. G 7).

B.d Mit Duplik vom 6. Dezember 2010 hält auch die Beschwerdegegnerin an ihren Ausführungen fest (act. G 9).

Erwägungen:

1.

1.1 Streitig ist vorliegend zunächst die im angefochtenen Einspracheentscheid verfügte Rückforderung von Taggeldleistungen betreffend den Zeitraum Dezember 2007 bis Januar 2010 in der Höhe von Fr. 7'715.40 bzw. Fr. 7'717.40 gemäss Total in der Auflistung in der Verfügung vom 15. Juni 2010 (act. G 3.1/5 S. 2).

1.2 Nach Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 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 (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Art. 53 Rz 10 und 28). 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] vom 14. Juli 2003, C 7/02; 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 des EVG vom 14. Juli 2003, C 7/02).

1.3 Gemäss Art. 24 Abs. 1 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger 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).



1.4 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 teilszeitliche Erwerbstätigkeit (BGE 127 V 480 E. 2; 122 V 433; 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 aus gesetzessystematischer 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 entsprechende Zeit angenommen würden, in Frage (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, Rz 418f; vgl. Gerhard. Gerhards, Arbeitslosenversicherung: "Stempelferien", Zwischenverdienst und Kurzarbeitsentschädigung für öffentliche Betriebe und Verwaltungen - Drei Streitfragen, SZS 1994, S. 321ff., 335ff.)

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin hat nach der Reduktion des Arbeitspensums bei B.____ auf 25% ab 19. Dezember 2007 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gestellt. Gemäss dem am 30. Mai 2007 unterzeichneten "Hauswart-Vertrag" hat die Beschwerdeführerin



- zusammen mit ihrem Ehemann - die Tätigkeit am 1. September 2007 aufgenommen (act. G 3.1/220) und während der gesamten Dauer des Bezugs von Arbeitslosenentschädigung ausgeübt (act. G 3.1/38). Bei der Berechnung des versicherten Verdienstes stellte die kantonale Arbeitslosenkasse lediglich auf die Tätigkeit bei B.____ ab, da sie im Zeitpunkt der Antragsstellung von der nebenamtlichen Hauswarttätigkeit keine Kenntnis hatte. Trotz der berechtigten Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach sämtliche weiterhin ausgeübten Teilzeittätigkeiten als Zwischenverdienst zu qualifizieren seien, ist vorliegend dieser zu folgen, da keine Anzeichen für eine Praxisänderung des Bundesgerichts bestehen. Zuletzt bestätigte das Bundesgericht unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien im Urteil vom 22. November 2010, 8C_721/2010, dass die während einer oder mehrerer Kontrollperioden erzielten Verdienste nach dem Prinzip des Verdienstausfalls und nicht nach jenem des Arbeitsausfalls entschädigt werden sollen, von welchem das Gesetz sonst primär ausgehe.

2.2 Nach dem Gesagten ist somit grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin den versicherten Verdienst unter Einbezug des bei der C.____ AG vor Antragsstellung erzielten Verdienstes neu berechnete. Die Festlegung des versicherten Verdienstes auf Fr. 2'112.-- (Fr. 1'893.-- für die Folgerahmenfrist 19. Dezember 2009 bis 18. Dezember 2011; act. G 3.1/33) ist aufgrund der vorliegenden Aktenlage ausgewiesen (act. G 3.1/36) und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht beanstandet. Ebenso werden von ihr gegen die Höhe der Rückforderung keine substantiierten Einwände vorgebracht. Unter Berücksichtigung des bei der Hauswarttätigkeit erzielten Verdienstes als Zwischenverdienst bestehen keine Anzeichen gegen die Richtigkeit der geltend gemachten Rückforderung. Insbesondere erstellte die C.____ AG für die Beschwerdeführerin eine separate Lohnabrechnung, da sie die Hauswarttätigkeit zusammen mit ihrem Ehemann ausübte, weshalb zu Recht lediglich die Hälfte des im "Hauswart-Vertrag" vereinbarten Lohnes als Zwischenverdienst angerechnet wurde. Anzumerken bleibt lediglich, dass in der in der Verfügung vom 15. Juni 2010 enthaltenen Auflistung eine Teilabrechnung für Dezember 2009 im Betrag von Fr. 271.70 (act. G 3.1/18) nicht aufgeführt aber im Total von Fr. 7'717.40 berücksichtigt ist. Der von der Beschwerdegegnerin im Total korrekt ermittelte Rückforderungsbetrag von Fr. 7'717.40 wurde anschliessend in der Verfügung vom 15. Juni 2010 offensichtlich versehentlich mit Fr. 7'715.40 falsch ins Dispositiv



übernommen. Bei einer blossen Berichtigung von Schreibfehlern kann auf die Androhung einer reformatio in peius verzichtet werden. Die Rückforderung beträgt damit Fr. 7'717.40.

2.3 Zu prüfen bleibt, ob für die Rückforderung ein Rückkommenstitel gegeben ist. Die Beschwerdeführerin teilte der Beschwerdegegnerin im Antragsformular auf Arbeitslosenentschädigung sowie auf sämtlichen folgenden Formularen "Angaben der versicherten Person" nicht mit, dass sie eine nebenamtliche Hauswarttätigkeit ausübte. Die nachträgliche Kenntnisnahme dieser Tätigkeit stellt für die Beschwerdegegnerin offensichtlich eine erhebliche neue Tatsache dar, wobei ihr deren Beibringung im Zeitpunkt der Antragsstellung nicht möglich war. Mit den entsprechenden Formularen wurde die Beschwerdeführerin unmissverständlich nach weiteren Einkommen aus selbstständiger oder unselbstständiger Erwerbstätigkeit gefragt. Eine weitergehende Abklärungspflicht ergab sich für die Beschwerdegegnerin nicht. Damit sind die Voraussetzungen einer prozessualen Revision erfüllt, weshalb die Beschwerdegegnerin auf die Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom Dezember 2007 bis Januar 2010 zurückkommen durfte. Anzumerken bleibt, dass beim vorliegenden Sachverhalt wohl auch die Voraussetzungen der Wiedererwägung erfüllt wären, weshalb sich auch bezüglich dieses Rückkommenstitels eine Rückforderung rechtfertigen würde. Der angefochtene Entscheid ist somit bezüglich der geltend gemachten Rückforderung nicht zu beanstanden.

3.

3.1 Im Weiteren streitig ist die von der Beschwerdegegnerin verfügte Einstellung in der Anspruchsberechtigung für 13 Tage wegen des nicht gemeldeten Hauswarteinkommens. Art. 30 Abs. 1 lit. e AVIG bestimmt, dass Versicherte in der Anspruchsberechtigung einzustellen sind, wenn sie unwahre oder unvollständige Angaben gemacht oder in anderer Weise die Auskunftspflicht verletzt haben. Dieser Einstellungstatbestand ist stets erfüllt, wenn die versicherte Person die der Kasse, dem Arbeitsamt oder der kantonalen Behörde einzureichenden Formulare nicht wahrheitsgemäss oder unvollständig ausfüllt. Der Einstellungsgrund von Art. 30 Abs. 1 lit. e AVIG umfasst somit jede Verletzung der Pflicht zu wahrheitsgemässer und vollständiger Auskunft sowie zur Meldung aller leistungsrelevanten Tatsachen (vgl.



St.Galler Gerichte

Thomas Nussbaumer, a.a.O., Rz 849). Unerheblich ist, ob die falschen oder unvollständigen Angaben für die Ausrichtung der Versicherungsleistungen oder deren Bemessung kausal sind (BGE 123 V 151 E. 1b mit Hinweis).

3.2 Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen wäre, sämtliche vor dem und während des Leistungsbezugs erzielten Einkommen zu melden, da sich diese direkt auf den versicherten Verdienst sowie auf die Höhe der Arbeitslosenentschädigung auswirken können. Die Beschwerdeführerin hat sowohl das Antragsformular als auch die folgenden Formulare über die Angaben der versicherten Person somit unvollständig ausgefüllt, weshalb sie die ihr obliegende Melde- und Auskunftspflicht verletzt hat.

3.3 Die Dauer der Einstellung bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens (Art. 30 Abs. 3 AVIG) und beträgt 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 45 Abs. 2 AVIV).

3.4 Angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin den bei der Hauswarttätigkeit erzielten Verdienst weder bei Antragsstellung noch über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren in den Formularen "Angaben der versicherten Person" deklariert hat, besteht keine Veranlassung, die von der Beschwerdegegnerin verfügte - einem mittelschweren Verschulden entsprechende und als angemessen zu bezeichnende - 21-tägige Einstelldauer zu reduzieren, weshalb der angefochtene Entscheid auch bezüglich der Einstellung in der Anspruchsberechtigung nicht zu beanstanden ist.

4.

Im Sinn der Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen und der Einspracheentscheid vom 20. Juli 2010 wird dahingehend berichtigt, dass die Beschwerdeführerin zuviel bezogene Taggelder in der Höhe von Fr. 7'717.40 zurückzubezahlen hat.

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:



St.Galler Gerichte

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin zuviel bezogene Taggeldleistungen im Betrag von Fr. 7'717.40 zurückzubezahlen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.