



**Fall-Nr.:** AVI 2012/27  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 29.01.2013  
**Entscheiddatum:** 29.01.2013

### **Entscheid Versicherungsgericht, 29.01.2013**

**Art. 53 Abs. 2 ATSG. Wiedererwägung. Ermessen der Verwaltung bei der Eintretensfrage (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 29. Januar 2013, AVI 2012/27).**

Versicherungsrichterin Marie Löhner (Vorsitz), a.o. Versicherungsrichterin Gertrud

Condamin-Voney, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Marc Giger

Entscheid vom 29. Januar 2013

in Sachen

A.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Daniel Küng, Anwaltskanzlei St. Jakob,  
St. Jakob Strasse 37, 9000 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Wiedererwägung

Sachverhalt:

A.

A.a A.\_\_\_\_ bezog vom 1. August 2007 bis 31. März 2008 und vom 5. Mai 2008 (Wiederanmeldung) bis 30. Juni 2009 Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Im Rahmen einer internen Revision stellte die Arbeitslosenkasse im Juli 2011 fest, dass der Versicherte im Jahr 2009 für die B.\_\_\_\_ AG tätig gewesen war. Die Kasse forderte die B.\_\_\_\_ am 4. Juli 2011 auf, die vollständig ausgefüllten Bescheinigungen über den Zwischenverdienst für die Monate Januar bis Juni 2009 zuzustellen (act. G 5.1 / 36). Die B.\_\_\_\_ reichte diese Unterlagen mit Schreiben vom 18. Juli 2011 ein (act. G 5.1 / 34). Am 4. August 2011 verfügte die Arbeitslosenkasse, der Versicherte habe Taggelder in der Höhe von Fr. 8'604.-- zurückzubezahlen. Gemäss dem Lohnjournal der B.\_\_\_\_ seien dem Versicherten in den Monaten März bis Juni 2009 folgende Provisionszahlungen ausbezahlt worden: März 2009: Fr. 3'320.--; April 2009: Fr. 4'800.--; Mai 2009: Fr. 2'180.--; Juni 2009: Fr. 10.25. Bei Berücksichtigung dieser Zwischenverdienste ergebe sich eine Rückforderung von Fr. 8'728.95. Nach Verrechnung einer Nachzahlung in der Höhe von Fr. 124.95 verbleibe der erwähnte Restbetrag von Fr. 8'604.-- (act. G 5.1 / 30).

A.b Mit Eingabe vom 5. September 2011 (Datum Postaufgabe) erhob der Versicherte Einsprache. Darin machte er geltend, die Arbeitslosenkasse habe den Sachverhalt nicht korrekt wiedergegeben. Zwar habe er die betreffenden Provisionen erzielt, indessen seien Storni unberücksichtigt geblieben (act. G 5.1 / 28). Der Versicherte reichte am 25. Oktober bzw. 25. November 2011 ergänzende Unterlagen nach (act. G 5.1 / 21, 25).

A.c Aufgrund einer Anfrage der Kasse vom 1. Dezember 2011 stellte die B.\_\_\_\_ am 13. Dezember 2011 eine Übersicht über die den Versicherten betreffenden Stornoprovisionen zu. Sie führte aus, es könnten folgende Bruttobeträge berücksichtigt werden: März 2009: Fr. 3'320.--; April 2009: Fr. 2'220.--; Mai 2009: Fr. 2'120.--; Juni



## St.Galler Gerichte

2009: Fr. 10.25. Die bereits ausgefüllten Zwischendienstformulare für diese Monate würden gleich bleiben (act. G 5.1 / 17).

A.d Mit Entscheid vom 21. Dezember 2011 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Sie führte aus, aufgrund der fehlenden Berücksichtigung des Zwischenverdienstes seien die ursprünglichen Abrechnungen für die Monate März bis Juni 2009 zweifellos unrichtig gewesen und der Rückforderungsbetrag von Fr. 8'728.95 sei von erheblicher Bedeutung. Gemäss den Angaben der B.\_\_\_\_ würden die bereits am 18. Juli 2011 zugestellten Bescheinigungen über den Zwischenverdienst unter Berücksichtigung der Stornoprovisionen gleich bleiben. Die vom Versicherten im Rahmen des Einspracheverfahrens nachgereichten Unterlagen würden demnach an der Höhe des Einkommens in den Monaten März bis Juni 2009 nichts ändern (act. G 5.1 / 16). Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

A.e Mit Schreiben vom 17. Februar 2012 machte der Versicherte gegenüber der Arbeitslosenkasse geltend, es sei bis heute nicht klar, was seine Schuld sei, da die B.\_\_\_\_ noch nicht alle Unterlagen korrekt eingereicht habe. Er erhebe nochmals Einsprache. Er bitte, anhand der durch die B.\_\_\_\_ einzureichenden Unterlagen den Rückforderungsbetrag von Fr. 8'604.-- zu korrigieren (act. G 5.1 / 12).

A.f Die Kasse behandelte die Eingabe vom 17. Februar 2012 als Wiedererwägungs- bzw. Revisionsgesuch und trat darauf unter Bestätigung des Einspracheentscheides vom 21. Dezember 2011 mit Entscheid vom 22. Februar 2012 nicht ein. Sie führte aus, das Gesuch um Neubeurteilung des Falles sei eindeutig nach Ablauf der Beschwerdefrist von 30 Tagen erfolgt. Die Eingabe werde daher nicht als Beschwerde an das Versicherungsgericht weitergeleitet. Es ergäben sich aufgrund des Schreibens keine Anhaltspunkte für eine zweifellose Unrichtigkeit des Einspracheentscheides. Eine schriftliche Nachfrage bei der B.\_\_\_\_ habe ergeben, dass die vom Versicherten nachgereichten Unterlagen nichts an der Höhe des Einkommens in den Monaten März bis Juni 2009 ändern würden. Das betreffende Schreiben der B.\_\_\_\_ sei dem Versicherten bereits als Beilage zum Einspracheentscheid zugestellt worden. Im Übrigen seien auch die Voraussetzungen für eine Revision nicht gegeben (act. G 5.1/10).

B.



B.a Gegen den "Wiedererwägungsentscheid" vom 22. Februar 2012 richtet sich die vorliegende Beschwerde des Versicherten, vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Küng, vom 17. März 2012. Der Versicherte beantragt, der angefochtene Wiedererwägungsentscheid sei vollumfänglich aufzuheben. Es sei auf die Wiedererwägung einzutreten, der Einspracheentscheid vom 21. Dezember 2011 und die ihm zugrundeliegende Verfügung vom 4. August 2011 seien aufzuheben und es sei die Rückforderung auf einen Betrag von allerhöchstens Fr. 6'368.40 zu reduzieren. Zur Begründung lässt der Versicherte ausführen, das gemeldete Einkommen habe in den Monaten März bis Juni 2009 einen Betrag von Fr. 10'315.25 ergeben, was umgerechnet zur Rückforderung von Fr. 8'728.95 geführt habe. Nachdem die Beschwerdegegnerin selber Abklärungen getätigt habe, habe die B.\_\_\_\_ bestätigt, dass die um die Storni gekürzten Beträge effektiv Fr. 7'625.25 betragen würden. Die Beschwerdegegnerin könnte nun damit argumentieren, ihr komme bei der Eintretensfrage ein erhebliches Ermessen zu. Sie dürfe jedoch nicht willkürlich handeln und müsse das Gebot der Rechtsgleichheit beachten. Dass die B.\_\_\_\_ bestätigt habe, dass die ausgefüllten Zwischenverdienstformulare gleich bleiben würden, heisse nichts anderes, als dass keine weiteren Provisionen erzielt worden seien und nun seien eben noch Storni hinzugekommen. Es sei nicht zu verstehen, wie die Beschwerdegegnerin unter diesen Umständen habe zum Schluss gelangen können, der Entscheid vom 21. Dezember 2011 sei nicht unrichtig (act. G 1).

B.b In ihrer Beschwerdeantwort vom 12. April 2012 beantragt die Beschwerdegegnerin, auf die Beschwerde sei nicht zu einzutreten. Sie führt aus, im Wiedererwägungsentscheid sei nahezu wörtlich erneut mitgeteilt worden, was bereits kurz zuvor im Einspracheentscheid mitgeteilt worden sei. Das Gesuch sei somit nicht materiell geprüft worden. Eine Wiedererwägung sei unzulässig, wenn kurz nach einem abweisenden Entscheid erneut in identischer Sache vorgegangen werde. Eine Anpassung an einen nachträglich erheblich veränderten Sachverhalt sei zwar für Dauerleistungen möglich, nicht hingegen für eine einmalige Zahlung. Die vertraglich vereinbarte Möglichkeit einer Rückforderung von Provisionen für den Monat Juni 2009 sei nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Frist von 13 Monaten und somit Ende Juli 2010 abgelaufen. Zum Zeitpunkt der Rückforderung seien demnach sämtliche Storni berücksichtigt gewesen und hätten in einem späteren Einsprache- oder Wiedererwägungsverfahren nicht mehr erfolgreich vorgebracht werden können. Ein



## St.Galler Gerichte

veränderter Sachverhalt aufgrund einer Rückforderung bzw. wegen eines neuen Stornos sei von der B.\_\_\_\_ verneint worden, indem die bereits ausgefüllten Zwischenverdienstformulare als gleichbleibend bezeichnet worden seien (act. G 5).

B.c Am 6. Juni 2012 reichte der Beschwerdeführer seine Replik ein. Darin ergänzt er sein Rechtsbegehren dahingehend, es sei eventualiter festzustellen, dass der Rückforderungsanspruch der Beschwerdegegnerin infolge Verrechnung mit der Forderung des Beschwerdeführers gemäss Beschwerde vom 4. Juni 2012 untergegangen sei. Der Beschwerdeführer führt sodann aus, die Beschwerdegegnerin gehe zu Unrecht davon aus, dass die Storni bereits in der Rückforderungsverfügung berücksichtigt seien. Dies ergebe sich aus dem Schreiben der B.\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2011. Wären die Storni im Zwischenverdienstformular bereits berücksichtigt gewesen, hätten sie nicht "nun" berücksichtigt werden können. Es könne zudem keine Rede davon sein, dass der Beschwerdeführer der B.\_\_\_\_ zu Unrecht Storni zurückbezahlt habe. Die B.\_\_\_\_ habe die Storni in einem Schreiben vom 4. Juni 2012 anhand von konkreten Beispielen begründet (act. G 9). Der Beschwerdeführer legte der Replik ergänzende Unterlagen bei (act. G 9.1 - 9.3).

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Duplik (vgl. act. G 11).

Erwägungen:

1.

1.1 Gemäss Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG; seit 1. Januar 2007 Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) kann die Verwaltung weder von den Betroffenen noch vom Gericht zu einer Wiedererwägung angehalten werden. Es bestehe kein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Wiedererwägung, weshalb Verfügungen, mit denen das Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch abgelehnt wird, grundsätzlich nicht anfechtbar seien (BGE 133 V 52 E. 4).



1.2 Wenn die Verwaltung hingegen auf ein Wiedererwägungsgesuch eintritt, die Wiedererwägungsvoraussetzungen prüft und anschliessend einen erneut ablehnenden Sachentscheid trifft, ist dieser auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beschwerdeweise anfechtbar. Die nachfolgende gerichtliche Überprüfung hat sich in einem solchen Fall indessen auf die Frage zu beschränken, ob die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung der bestätigten Verfügung gegeben sind. Prozessthema ist also diesfalls, ob die Verwaltung zu Recht die ursprüngliche, formell rechtskräftige Verfügung nicht als zweifellos unrichtig und/oder ihre Korrektur als von unerheblicher Bedeutung qualifizierte.

1.3 Hinsichtlich des Entscheids der Verwaltung sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung drei Fälle auseinanderzuhalten, nämlich a) ob die Verwaltung auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eintritt, b) ob sie die Wiedererwägungsvoraussetzungen zwar prüft, diese aber verneint und das Wiedererwägungsgesuch mit einem erneut ablehnenden Sachentscheid beantwortet oder c) ob sie die Wiedererwägungsvoraussetzungen prüft und bejaht sowie einen neuen, von der ursprünglichen Verfügung abweichenden Sachentscheid trifft. Im Falle c) stellen sich keine Abgrenzungsprobleme. In den beiden andern Fällen kann jedoch auch ein an sich klares Verfügungsdispositiv nicht ausschlaggebend, sondern höchstens ein Indiz dafür sein, in welchem Sinn die Verwaltung ein Wiedererwägungsgesuch behandelt hat. Wiewohl das EVG verschiedentlich auf das auf Nichteintreten erkennende Verfügungsdispositiv abgestellt hat, ist es in andern Fällen trotz dispositivmässigen Nichteintretens näher der Frage nachgegangen, wie die Begründung der neuen Verfügung zu verstehen ist. Dabei hat das EVG festgehalten, dass keine materielle Neubeurteilung im Sinne von Fall b) vorliegt, wenn die Verwaltung bloss die für die seinerzeitige Verfügung ausschlaggebend gewesenen Gründe wiederholt und unter Hinweis darauf darlegt, weshalb auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten werden könne. Mit andern Worten führt auch eine summarische Prüfung nicht ohne weiteres dazu, eine Gesuchserledigung im Sinn von Fall b) anzunehmen (Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2002, C 276/01 E. 2a, mit Hinweisen).

2.



2.1 Im Zentrum steht somit die Frage, ob es sich beim angefochtenen Wiedererwägungsentscheid im Ergebnis um einen Nichteintretens- oder um einen ablehnenden Sachentscheid handelt. Das Verfügungsdispositiv spricht von einem Nichteintreten auf das Gesuch. Dieser Wortlaut allein ist jedoch nicht ausschlaggebend (vgl. BGE 117 V 8). Vorliegend ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer in seinem Wiedererwägungsgesuch vom 17. Februar 2012 (act. G 5.1 / 12) nichts vorbrachte, was nicht schon Gegenstand des Einspracheverfahrens gewesen war. Auch hat die Beschwerdegegnerin zutreffend darauf hingewiesen, dass sich ihre Begründung im Wiedererwägungsentscheid an jene im Einspracheentscheid vom 21. Dezember 2011 anlehnt. Zudem hatte die Beschwerdegegnerin vor Erlass des Wiedererwägungsentscheides keine zusätzlichen Abklärungen getätigt. Es ist somit klarerweise von einem Nichteintretensentscheid auszugehen. Dies wird vom Beschwerdeführer an sich auch nicht bestritten.

2.2 Nachdem es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Nichteintretensentscheid handelt, ist gemäss der bundesgerichtlichen Praxis keine Rechtsmittelmöglichkeit gegeben bzw. kann auf die vorliegende Beschwerde nicht eingetreten werden. Ein Abweichen von dieser Praxis erscheint vorliegend nicht geboten. Dem Beschwerdeführer stand nach Erlass des Einspracheentscheides vom 21. Dezember 2011 das ordentliche Rechtsmittel der Beschwerde offen. Er hat kurz nach Ablauf der Beschwerdefrist ein Wiedererwägungsgesuch gestellt und dabei keine neuen Tatsachen vorgebracht. Der Rechtsbehelf der Wiedererwägung soll nun aber gerade nicht dazu dienen, eine unterlassene förmliche Beschwerde nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zu ersetzen (vgl. Ursina Beerli-Bonrand, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zürich 1985, S. 51 mit Hinweisen).

3.

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist auf die Beschwerde, die sich ausschliesslich gegen das Nichteintreten auf das Wiedererwägungsgesuch richtet, nicht einzutreten. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.