



<b>Fall-Nr.:</b>	AVI 2012/3
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	AVI - Arbeitslosenversicherung
<b>Publikationsdatum:</b>	28.11.2012
<b>Entscheiddatum:</b>	28.11.2012

### **Entscheid Versicherungsgericht, 28.11.2012**

**Art. 95 Abs. 1 und 24 AVIG, Art. 25 und 53 Abs. 2 ATSG. Rückforderung von Taggelderleistungen wegen unrichtig berechnetem Zwischenverdienst. Beginn der relativen Verwirkungsfrist (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. November 2012, AVI 2012/3). Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterin Marie Löhner, a.o. Versicherungsrichter Christian Zingg; Gerichtsschreiber Philipp Geertsen**  
**Entscheid vom 28. November 2012 in**  
**Sachen A. \_\_\_, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Michael Rutz, Küng Rechtsanwälte, Haldenstrasse 6/10, 9200 Gossau SG, gegen UNIA Arbeitslosenkasse, Zentralverwaltung, Weltpoststrasse 20, Postfach 272, 3000 Bern 15, Beschwerdegegnerin, betreffend Rückerstattung von Taggelderleistungen**  
**Sachverhalt:**

A.

A.a A. \_\_\_ meldete sich per 1. Januar 2009 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an (act. G 5.10). Dem Versicherten wurde eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 eröffnet (Schreiben vom 13. Januar 2009, act. G 5.10). In der Folge bezog der Versicherte bei der UNIA Arbeitslosenkasse Arbeitslosenentschädigung.

A.b Am 13. März 2009 schloss der Versicherte mit der B. \_\_\_ GmbH (nachfolgend: B. \_\_\_) einen Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn per 1. April 2009. Er wurde als Mitarbeiter im Aussendienst angestellt. Vereinbart wurde u.a. eine Umsatzprovision von 3% auf allen getätigten Verkaufsabschlüssen der Produktgruppen im zugewiesenen Verkaufsgebiet (act. G 5.6.2). In den Bescheinigungen über Zwischenverdienst für die Monate ab April 2009 gab die B. \_\_\_ an, der bescheinigte AHV-pflichtige Bruttolohn



## St.Galler Gerichte

setze sich aus dem Grundlohn von Fr. 7'000.--, dem Anteil 13. Monatslohn/Gratifikation von Fr. 583.33 sowie einer nicht betraglich bezifferten Provision zusammen (act. G 5.11 ff.). Per 31. Dezember 2010 kündigte der Versicherte das Arbeitsverhältnis mit der B.\_\_\_\_ (act. G 5.12) und arbeitete per 1. Januar 2011 bei einer anderen Arbeitgeberin.

A.c Mit Schreiben vom 28. Dezember 2010 forderte die UNIA Arbeitslosenkasse die B.\_\_\_\_ auf, Kopien der Lohnabrechnungen für die Provisionsauszahlungen an den Versicherten einzureichen (act. G 5.9). Die Treuhänderin der B.\_\_\_\_ sandte daraufhin am 10. Januar 2011 der UNIA Arbeitslosenkasse die Kumulativjournale 2009 und 2010 des Versicherten (act. G 5.8).

A.d In der Verfügung vom 13. Juli 2011 forderte die UNIA Arbeitslosenkasse vom Versicherten zu viel ausbezahlte Leistungen im Betrag von Fr. 30'463.05 zurück. Zur Begründung brachte sie vor, die bezahlten Provisionen seien bei der Ermittlung des Zwischenverdienstes nicht berücksichtigt worden. Durch die entsprechende Korrektur der Kontrollperioden Mai, Juni und August 2009, Oktober bis Dezember 2009 sowie Januar bis November 2010 entstehe die genannte Rückforderung (act. G 5.7).

A.e Dagegen erhob der Versicherte am 12. September 2011 Einsprache. Er beantragte darin die Aufhebung der angefochtenen Rückforderungsverfügung. Eventualiter sei die Rückforderung auf Fr. 17'877.46 zu reduzieren. Im Wesentlichen brachte der Versicherte vor, die Rückforderung sei verwirkt. Die B.\_\_\_\_ habe bereits bei der Bescheinigung über den Zwischenverdienst für den Monat April 2009 ausdrücklich auf die variable Provision hingewiesen. Zudem habe er seiner RAV-Personalberaterin den Anstellungsvertrag nach der Unterzeichnung eingereicht. Spätestens ab Mai 2009 habe die UNIA Arbeitslosenkasse Kenntnis von den Provisionszahlungen gehabt. Daher hätte der UNIA Arbeitslosenkasse klar sein müssen, dass die Taggeldabrechnungen falsch seien. Im Übrigen sei der Rückforderungsbetrag falsch berechnet worden. Bei der Berechnung der Kompensationszahlungen sei auf den versicherten Verdienst und nicht auf die zu erwartende Arbeitslosenentschädigung abzustellen (act. G 5.6).

A.f Im Entscheid vom 20. Dezember 2011 wies die UNIA Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Sie stellte sich auf den Standpunkt, sie habe mangels Nennung



konkreter Provisionszahlungsbeträge in den von der B.\_\_\_\_ ausgefüllten Bescheinigungen über den Zwischenverdienst nicht davon ausgehen müssen, der tatsächlich ausbezahlte Lohn sei höher gewesen. Bei der Berechnung der einjährigen Verwirkungsfrist sei auf die Einreichung der Lohnjournale am 11. Januar 2011 abzustellen, weshalb die Rückforderungen nicht verjährt seien. Bei der Berechnung der Rückforderungsbeträge verkenne der Versicherte, dass die von ihm vorgeschlagene Berechnung nur für die Monate gelte, in denen er überhaupt einen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung habe. In den Monaten, in denen eine versicherte Person einen zumutbaren Verdienst erziele, bestehe kein Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Betreffend die Monate, in denen der Versicherte Einkommen von mehr als 80% des versicherten Verdienstes erzielt habe, sei die Arbeitslosigkeit als beendet zu betrachten, weshalb er die für diesen Zeitraum erhaltenen Taggeldleistungen vollständig zurückbezahlen müsse (act. G 5.4).

B.

B.a Gegen den Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2011 richtet sich die Beschwerde vom 16. Januar 2012. Der Beschwerdeführer beantragt darin unter Entschädigungsfolge dessen Aufhebung. Eventualiter sei die Rückforderung auf "höchstens" Fr. 17'877.46 zu reduzieren. Die Begründung lautet gleich wie diejenige der Einsprache vom 12. September 2011 (act. G 1).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 13. März 2012 die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist sie im Wesentlichen auf den angefochtenen Einspracheentscheid (act. G 5).

B.c Der Beschwerdeführer verzichtet auf eine Replik (act. G 7).

Erwägungen:

1.

Zwischen den Parteien ist die Rückforderung von Arbeitslosenentschädigung betreffend die Monate Mai, Juni und August 2009 sowie Oktober 2009 bis November 2010 streitig.



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 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten.

3.

Vorab ist die Frage zu klären, ob die Rückforderungen ganz oder zumindest teilweise verwirkt sind.

3.1 Gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG verjährt der Rückforderungsanspruch innert eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach der Auszahlung der Leistung.

3.2 Da die früheste Rückforderung die Leistungsausrichtung des Monats Mai 2009 vom 9. Juni 2009 betrifft, ist die fünfjährige absolute Frist offensichtlich gewahrt.

4.

4.1 Was die relative einjährige Frist anbelangt, so ist entscheidend, ob die für die Fristwahrung relevante Verfügung vom 13. Juli 2011 innert Jahresfrist ergangen ist, nachdem die Beschwerdegegnerin in Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen (BGE 122 V 274 f. E. 5a mit Hinweisen). Um diese Voraussetzungen beurteilen zu können, müssen der Verwaltung alle im konkreten Einzelfall erheblichen Umstände zugänglich sein, aus deren Kenntnis sich der Rückerstattungsanspruch dem Grundsatz nach und in seinem Ausmass gegenüber einer bestimmten rückerstattungspflichtigen Person ergibt. Für die Beurteilung des Rückerstattungsanspruchs genügt es nicht, dass der Verwaltung bloss Umstände bekannt waren, die möglicherweise zu einem solchen Anspruch führen können, oder dass dieser Anspruch bloss dem Grundsatz nach, nicht aber in masslicher Hinsicht feststeht (Urteil des Eidgenössischen



Versicherungsgerichts [EVG; seit dem 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 11. Dezember 2006, C 7/06, E. 3.1 mit Hinweis).

4.2 Zunächst ist entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (act. G 1) klarzustellen, dass die Verwirkung der Rückforderung ohnehin nur für Leistungen in Betracht fällt, die länger als ein Jahr vor Erlass der Rückforderungsverfügung vom 13. Juli 2011 und somit vor dem 14. Juli 2010 ausgerichtet wurden (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Februar 2010, 9C\_482/2009, E. 3.3.3). Die nach dem 13. Juli 2010 zu Unrecht ausbezahlten Taggelder für die Kontrollperioden Juni bis November 2010 sind damit - unabhängig des Zeitpunkts des Beginns der einjährigen Verwirkungsfrist - nicht verwirkt.

4.3 Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer die jeweiligen Formulare ("Angaben der versicherten Person") für die Monate seiner Anstellung bei der B.\_\_\_\_ vollständig ausgefüllt hat. Er hat es jedoch unterlassen, die von ihm darin geforderten Lohnabrechnungen beizulegen. In den Formularen Bescheinigung über Zwischenverdienst wurden die dem Beschwerdeführer ausbezahlten Provisionen weder betraglich beziffert noch sonst näher beschrieben. Durch Ankreuzen des entsprechenden Textes wurde darin lediglich dargelegt, dass sich der Bruttolohn auch durch andere Lohnbestandteile zusammensetze. Dabei findet sich die Ergänzung "Provision je nach Umsatz variabel" (act. G 5.11 ff.). Die Formulare Bescheinigung über Zwischenverdienst wurden handschriftlich ausgefüllt. Die Handschrift des Beschwerdeführers (vgl. hierzu die Formulare "Angaben der versicherten Person") erscheint identisch mit den handschriftlichen Eintragungen in diesen Formularen. Es ist daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die geforderten Angaben im Formular Bescheinigung über Zwischenverdienst machte und seine damalige Arbeitgeberin lediglich die Formulare unterzeichnete. Im Licht dieser Umstände kann keine Rede davon sein, der Beschwerdeführer habe nicht gewusst, was seine Arbeitgeberin der Beschwerdegegnerin gemeldet habe (zum entsprechenden Vorbringen vgl. act. G 1, S. 5).

4.4 Dem Beschwerdeführer kann zunächst der Vorwurf nicht erspart bleiben, ab Mai 2009 keine Lohnabrechnungen eingereicht zu haben (vgl. zu der entsprechenden im



Formular Angaben der versicherten Person enthaltenen Verpflichtung etwa das Formular Mai 2009, act. G 5.29). Dieser Pflicht hätte er unaufgefordert nachkommen sollen. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin bei Kenntnis der Lohnabrechnungen eine korrekte Leistungsabrechnung hätte vornehmen können, wodurch unrechtmässige Zahlungen gar nicht erst erfolgt wären. Die unrechtmässige Leistungsausrichtung ist somit auf das Fehlverhalten des Beschwerdeführers zurückzuführen.

4.5 Zwar hat die Beschwerdegegnerin bei unvollständigen Angaben oder Unterlagen der versicherten Person eine angemessene Frist zur Ergänzung zu setzen (vgl. Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung [KS ALE], Ziff. C194). Ins Gewicht fällt jedoch, dass die vom Beschwerdeführer vorgenommenen Angaben (vgl. hierzu vorstehende E. 4.3) in den Formularen Bescheinigung über Zwischenverdienst bezüglich der Nebenverdienste sehr vage gehalten ("Provision je nach Umsatz variabel") wurden und eine tatsächliche Provisionszahlung nie ausdrücklich bestätigt, geschweige denn betraglich beziffert wurde. Der Beschwerdeführer nahm damit zumindest in Kauf, dass die Beschwerdegegnerin seine vagen, missverständlichen Hinweise auf allfällige Provisionszahlungen dahingehend verstehen würde, ein Anspruch auf eine Provisionszahlung sei im betreffenden Monat noch nicht entstanden, wenigstens aber noch nicht zur Auszahlung gelangt. Sie wurde dadurch in den Glauben versetzt, der im jeweiligen Monat erzielte Verdienst des Beschwerdeführers umfasse lediglich die betraglich konkretisierten Lohnbestandteile (Bruttolohn sowie der Anteil am 13. Monatslohn). Sie hatte durch das Verhalten des Beschwerdeführers daher keine zwingende Veranlassung zur Annahme, die gemachten Lohninformationen seien unvollständig gewesen. Das Verhalten des Beschwerdeführers, die Beschwerdegegnerin über die Auszahlung des Provisionsanspruchs sowie dessen Umfang im Dunkeln zu lassen, ist umso unverständlicher, als die Provisionen monatlich ausbezahlt wurden und in der Regel einem vierstelligen Betrag entsprachen (vgl. das Lohnjournal, act. G 5.8).

4.6 An der Betrachtungsweise, dass die unrechtmässige Leistungsausrichtung auf das Fehlverhalten des Beschwerdeführers zurückzuführen ist (vgl. vorstehende E. 4.4 f.), ändert die Kenntnisnahme des Arbeitsvertrags vom 13. März 2009 durch die Beschwerdegegnerin nichts. Zwar wurde darin eine Umsatzprovision von 3% auf allen



getätigten Verkaufsabschlüssen, eine monatliche Abrechnung sowie eine Auszahlung mit dem Gehalt auf den folgenden Monat vereinbart. Allerdings konnte der Anspruch auf eine Provision nachträglich dahinfallen, wenn das Geschäft nicht zur Ausführung kam, oder wenn der Käufer seine Verbindlichkeit nicht erfüllte. Ferner war im Arbeitsvertrag von "Spezial-Geschäften" die Rede, die betreffend Provisionierung eine Absprache mit der Geschäftsleitung bedingten (act. G 5.6). Demnach war es durchaus vorstellbar gewesen, dass der Beschwerdeführer jeweils keinen Anspruch auf eine Provision hatte, hauptsächlich Provisionsansprüche auf die nicht näher geregelten "Spezial-Geschäfte" erarbeitete oder Provisionsansprüche nachträglich dahinfielen. Zumindest erscheint es der Sache nicht angemessen, der Beschwerdegegnerin eine die relative Verwirkungsfrist auslösende - angesichts der konkreten Verhältnisse höchstens geringfügige - Nachlässigkeit bei der Lektüre des Arbeitsvertrags vorwerfen zu wollen, nachdem der Beschwerdeführer mit den von ihm im Formular Angaben zum Zwischenverdienst geäußerten vagen, missverständlichen Informationen und dem pflichtwidrigen Verzicht auf die Einreichung der Lohnabrechnungen die Beschwerdegegnerin in den für ihn aufgrund der zu hohen Arbeitslosenentschädigung ohne weiteres erkennbaren Irrtum versetzte, es sei lediglich der betraglich ausgewiesene Lohn erzielt worden.

4.7 Die relative Verwirkungsfrist begann damit frühestens mit der Kenntnisnahme des am 10. Januar 2011 versandten Lohnjournals durch die Beschwerdegegnerin (act. G 5.8). Mit der Rückforderungsverfügung vom 13. Juli 2011 wurde die relative Verwirkungsfrist gewahrt (act. G 5.7).

5.

Des Weiteren ist zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin auf die fraglichen Taggeldabrechnungen für die Monate Mai, Juni und August 2009 sowie Oktober 2009 bis November 2010 zurückkommen durfte.

5.1 Eine Leistung in der Sozialversicherung ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zurückzuerstatten, wenn bei eingetretener Rechtskraft der Leistungsentrichtung 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. 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).

5.2 Die Nichtberücksichtigung von Lohnbestandteilen bei der Berechnung des Zwischenverdienstes ist offensichtlich unrichtig. Des Weiteren sind die zurückgeforderten Beträge erheblich (vgl. die Zusammenfassung der Rückforderung vom 13. Juli 2011, act. G 5.7), weshalb die Voraussetzungen für ein wiedererwägungswaises Zurückkommen auf die Taggeldabrechnungen erfüllt sind, was vom Beschwerdeführer im Übrigen auch nicht bestritten wird.

6.

Der Beschwerdeführer bestreitet schliesslich den betraglichen Umfang der für die einzelnen Monate verfügbaren Rückforderungen (act. G 1). Bei der Bemessung der Rückforderungssummen für die Monate Juli bis November 2010 berücksichtigte die Beschwerdegegnerin insbesondere, dass für die Annahme eines Zwischenverdienstes kein Raum verbleibt, wenn der Beschwerdeführer eine - insbesondere lohnmässig - zumutbare Arbeit ausübt, die ihm ein Einkommen verschafft, das zumindest dem Betrag der Arbeitslosenentschädigung entspricht. Diese Sichtweise entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 120 V 233 sowie Urteil des EVG vom 13. November 2001, C 323/00), weshalb auf die entsprechenden zutreffenden Ausführungen im Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2011 (act. G 5.4) verwiesen werden kann. Auf die vom Beschwerdeführer ins Feld geführte, damit nicht zu vereinbarende Berechnungsweise kann nicht abgestellt werden. Der Beschwerdeführer übersieht bei seiner Berechnung die Bestimmung von Art. 41a Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02). Diese macht den Anspruch auf Kompensationszahlungen gemäss Art. 24



AVIG davon abhängig, dass das Einkommen geringer als die der versicherten Person zustehende Arbeitslosenentschädigung ist.

7.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.