



**Fall-Nr.:** AVI 2012/51  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 29.01.2013  
**Entscheiddatum:** 29.01.2013

### **Entscheid Versicherungsgericht, 29.01.2013**

**Art. 53 Abs. 2 ATSG. Wiedererwägung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 29. Januar 2013, AVI 2012/51).**

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 vom Juni 2010 stellte die Arbeitslosenkasse fest, dass der Versicherte während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug für verschiedene Firmen als Vermittler von Versicherungen gearbeitet und Verdienste auf Provisionsbasis erzielt hatte, so für die B.\_\_\_\_ Versicherung vom 1. März 2008 bis 28. Februar 2009 (AVI 2012/27, act. G 5.1 / 53), für die C.\_\_\_\_ AG seit dem 27. Februar 2008 (AVI 2012/27, act. G 5.1 / 52) sowie für die D.\_\_\_\_ AG seit dem 28. April 2008 (AVI 2012/27, act. G 5.1 / 56). Die Kasse erliess am 19. Juli 2010 eine Rückforderungsverfügung für einen Betrag von Fr. 19'618.95. Sie erläuterte, der Versicherte habe auf den monatlich einzureichenden Formularen die erwähnten Arbeitsverhältnisse nicht angegeben, weshalb die Einkommen in den entsprechenden Kontrollperioden rückwirkend als Zwischenverdienste angerechnet werden müssten. Die nachträgliche Korrekturbuchung löse eine Rückforderung in der Höhe von Fr. 19'618.95 aus (AVI 2012/27, act. G 5.1 / 40, 42). Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Der Versicherte wurde zudem mit Bussenverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen vom 29. September 2010 des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung verurteilt (AVI 2012/27, act. G 5.1 / 38).

A.b Am 18. November 2011 gelangte der Versicherte mit einem Schreiben an die Arbeitslosenkasse, in welchem er darlegte, er habe der Kasse am 1. Dezember 2010 einen Betrag von Fr. 16'400.-- zurückerstattet und ausserdem der D.\_\_\_\_ einen Storno von Fr. 9'183.--zurückbezahlt. Gemäss seiner Berechnung habe er noch ein Guthaben bei der Kasse. Der Betrag sei ihm zurückzuerstatten. Der Versicherte legte dem Schreiben eine Abzahlungsvereinbarung mit der D.\_\_\_\_ vom 26. November 2010 bei;



## St.Galler Gerichte

ebenso zwei Bankbestätigungen betreffend zwei Überweisungen vom 1. Dezember 2010 an die D.\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 9'183.-- bzw. an die Arbeitslosenkasse im Betrag von Fr. 16'400.-- (AVI 2012/27, act. G 5.1 / 22).

A.c Der Versicherte gelangte in einem weiteren Schreiben vom 17. Februar 2012 an die Arbeitslosenkasse, in welchem er erneut darauf hinwies, dass er der Kasse zu viel einbezahlt habe. Der Fall sei nochmals aufzurollen und es sei ihm die definitive Schlussabrechnung mit seiner Gutschrift zukommen zu lassen (AVI 2012/27, act. G 5.1 / 13).

A.d Die Arbeitslosenkasse behandelte die Eingabe vom 17. Februar 2012 als Revisionsgesuch und trat darauf mit Entscheid vom 22. Februar 2012 formell nicht ein. Sie führte aus, das genaue Datum der Entdeckung des Revisionsgrundes sei aus den Akten nicht ersichtlich. Es müsse aber davon ausgegangen werden, dass die Frist spätestens mit der Vereinbarung der Provisionsrückforderung am 26. November 2010 zu laufen begonnen habe. Das Gesuch sei deshalb eindeutig erst nach Ablauf der Revisionsfrist von 90 Tagen erfolgt. Es sei somit nicht darauf einzutreten (AVI 2012/27, act. G 5.1 / 11).

A.e Der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Küng, erhob gegen den Revisionsentscheid am 16. März 2012 Einsprache. Er beantragte, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Schreiben vom 17. Februar 2012 als neues Gesuch entgegen zu nehmen sei. In der Begründung lässt der Versicherte darlegen, es liege hier kein Fall einer Revision vor, da die ursprüngliche Verfügung nicht unrichtig gewesen sei (act. G 3.1 / 22).

A.f Am 7. Mai 2012 liess die D.\_\_\_\_ der Kasse auf Ersuchen des Versicherten die von ihr erstellten Provisions- und Lohnabrechnungen zukommen (act. G 3.1 / 11). Mit Entscheid vom 15. Mai 2012 verfügte die Arbeitslosenkasse, dass die Einsprache unter Aufhebung des Revisionsentscheids vom 22. Februar 2012 gutgeheissen und das Schreiben vom 17. Februar 2012 als Wiedererwägungsgesuch (Anpassung) entgegengenommen werde. Zur Begründung führte sie aus, es liege keine anfängliche Unrichtigkeit vor, da die Storni zum Verfügungszeitpunkt nicht bekannt gewesen seien. Veränderte Verhältnisse seien erstmals am 18. November 2011 durch den Versicherten



vorgetragen und am 7. Mai 2012 durch die D.\_\_\_\_ konkretisiert worden. Im Hinblick auf die Storni liege eine nachträgliche Unrichtigkeit aufgrund veränderter tatsächlicher Verhältnisse vor (act. G 3.1 / 7). Nach weiteren Abklärungen teilte die Arbeitslosenkasse dem Versicherten mit Schreiben vom 21. Mai 2012 mit, es könne dahin gestellt bleiben, ob auf das Gesuch um Wiedererwägung eingetreten werden müsse und sodann eine Anpassung gemäss Art. 17 Abs. 2 ATSG vorzunehmen und ob dabei eine Verletzung der Meldepflicht gegenüber der Arbeitslosenkasse zu berücksichtigen sei. Die Rückforderung sei nämlich durch Zahlung untergegangen. Die Bezahlung sei freiwillig erfolgt (act. G 3.1 / 4).

A.g In seiner Stellungnahme vom 22. Mai 2012 stellte sich der Versicherte auf den Standpunkt, aufgrund der Abklärungen stehe fest, dass die Verfügung vom 19. Juli 2010 zweifellos unrichtig gewesen sei. Auch sonst seien die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung gegeben. Es sei jedoch nach wie vor von einem neuen Gesuch auszugehen. Im Übrigen würde mit Blick auf die rechtskräftige Verfügung wohl niemandem in den Sinn kommen, von einer freiwilligen Zahlung zu sprechen. Und selbst wenn von einer freiwilligen Zahlung ausgegangen würde, so wäre diese mit der zwar nicht bestehenden, aber formell rechtskräftigen Rückforderung im Zusammenhang mit den Storni der E.\_\_\_\_ zu verrechnen (act. G 3.1 / 2).

A.h Mit Entscheid vom 24. Mai 2012 wies die Arbeitslosenkasse das Wiedererwägungsgesuch ab. Die Begründung entsprach grundsätzlich jener im Schreiben vom 21. Mai 2012. Daneben führte die Kasse aus, indem die Forderung durch Erfüllung erloschen sei, könne keine Verrechnung vorgenommen werden. In materieller Hinsicht sei des Weiteren festzuhalten, dass die Arbeitslosenkasse erstmals am 11. Juni 2010 Kenntnis von den Zwischenverdiensten des Versicherten erhalten habe. Die Rückforderung sei somit innert der einjährigen Verwirkungsfrist erfolgt (act. G 3.1 / 1).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde des Versicherten, vertreten von Rechtsanwalt Küng, vom 4. Juni 2012. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragt er, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, das



## St.Galler Gerichte

Gesuch vom 17. Februar 2012 sei gutzuheissen und es sei ihm ein Betrag von Fr. 9'127.90 zuzüglich dem gesetzlichen Verzugszins zu bezahlen. Zur Begründung lässt der Versicherte ausführen, der Entscheid sei widersprüchlich, wenn einerseits festgehalten werde, das Wiedererwägungsgesuch sei abzuweisen, und andererseits dargelegt werde, es könne dahingestellt bleiben, ob auf das Gesuch einzutreten sei. Es sei offensichtlich unzutreffend, von einer freiwilligen Zahlung auszugehen, da ansonsten jede Zahlung, die eine Person aufgrund einer rechtskräftigen Verfügung leiste, eine "freiwillige" sei. Des Weiteren stehe gemäss den Ausführungen der D.\_\_\_\_ fest, dass er von den erhaltenen Provisionen in der vorliegend massgeblichen Zeit Fr. 9'127.90 (ohne Mahnspesen und Verzugszinsen) zurückzubezahlen hatte und am 1. Dezember 2010 Fr. 9'183.-- zurückbezahlt habe. In diesem Umfang reduziere sich der Zwischenverdienst. Im Übrigen sei zwischen den Parteien ein weiteres Verfahren beim kantonalen Versicherungsgericht anhängig. Sollte in jenem Verfahren festgestellt werden, dass die betreffende Forderung von Fr. 8'604.-- zu Recht bestehe, habe eine Verrechnung mit der Forderung aus dem vorliegenden Verfahren zu erfolgen (act. G 1).

B.b In ihrer Beschwerdeantwort vom 13. Juni 2012 beantragt die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde sei abzuweisen. Zur Begründung verweist sie auf den angefochtenen Entscheid (act. G 3).

### Erwägungen:

1.

In formeller Hinsicht ist zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund der Eingabe des Beschwerdeführers am 22. Februar 2012 eine Verfügung erliess. Diese hob sie mit Entscheid vom 15. Mai 2012 auf, nachdem der Beschwerdeführer Einsprache erhoben hatte, und stellte weitere Abklärungen in Aussicht. Anschliessend fällte sie am 24. Mai 2012 einen ablehnenden Wiedererwägungsentscheid. In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinzuweisen, gemäss welcher es nicht zulässig wäre, einen kassatorischen Einspracheentscheid zu erlassen, der sich darauf beschränkt, die vorausgegangene Verfügung wegen weiteren



Abklärungsbedarfs aufzuheben. Die neuen Erhebungen sind vielmehr in die Beurteilungsgrundlagen eines reformatorischen, instanzabschliessenden Einspracheentscheids einzubeziehen (BGE 131 V 407). Im vorliegenden Fall ist daher bezüglich des Wiedererwägungsentscheids vom 24. Mai 2012 von einem mit Beschwerde anfechtbaren Einspracheentscheid auszugehen.

2.

2.1 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).

2.2 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.

2.3 Zunächst ist somit zu prüfen, ob es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Sachentscheid oder einen Nichteintretensentscheid handelt. Das Dispositiv hält fest, dass das Gesuch um Wiedererwägung abgewiesen werde, was vorliegend als gewichtiges Indiz für einen Sachentscheid zu werten ist. Seitens des Beschwerdeführers wurde zwar zu Recht auf einen Widerspruch innerhalb der



Verfügung hingewiesen, da in den Erwägungen festgehalten wird, es könne dahingestellt bleiben, ob auf das Gesuch um Wiedererwägung eingetreten werden müsse. Dem ist jedoch keine grössere Bedeutung beizumessen. Auch wenn die Erwägungen kurz gehalten sind, geht aus diesen im Übrigen klar hervor, dass die Angelegenheit materiell beurteilt wird. Die vom Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren vertretene Auffassung, gemäss dem Dispositiv der Verfügung könne nur eine materielle Prüfung gemeint sein, ist von der Beschwerdegegnerin denn auch nicht mehr bestritten worden. Im Ergebnis ist der Entscheid vom 24. Mai 2012 somit als Sachentscheid zu qualifizieren.

2.4 Nach dem Gesagten kann hier eine materielle gerichtliche Überprüfung der Angelegenheit erfolgen. Diese Prüfung hat sich indessen wie erwähnt auf die Frage zu beschränken, ob die Verwaltung zu Recht die ursprüngliche, formell rechtskräftige Verfügung nicht als zweifellos unrichtig und/oder ihre Korrektur als von unerheblicher Bedeutung qualifizierte.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer ist seit April 2008 für die D.\_\_\_\_ tätig. Im Zeitraum Mai 2008 bis Januar 2009 wurden ihm folgende Beträge ausbezahlt: Mai 2008: Fr. 5'357.30; Juni 2008: Fr. 3'806.90; Juli 2008: Fr. 2'806.55; August 2008: Fr. 2'308.35; September 2008: Fr. 497.--; Oktober 2008: Fr. 183.95; November 2008: Fr. 11'896.10; Dezember 2008: 1'686.80; Januar 2009: Fr. 791.-- (vgl. die entsprechenden Lohnabrechnungen; act. G 3.1 / 11). Diese Beträge liegen der Berechnung der Rückforderungssumme gemäss Verfügung vom 19. Juli 2010 zugrunde, wobei nicht auf das Auszahlungsdatum, sondern auf den in den Abrechnungen erwähnten Vormonat abgestellt wurde (AVI 2012/27, act. G 5.1 / 40). Aus den Provisionsabrechnungen ist sodann ersichtlich, dass ab dem Monat September 2008 von der D.\_\_\_\_ auch Storni verrechnet wurden, wobei ab Februar 2009 negative Saldi resultierten (vgl. wiederum act. G 3.1 / 11; AVI 2012/27, act. G 5.1 / 8). Es stellt sich nun die Frage, inwieweit die Beschwerdegegnerin im Verfügungszeitpunkt von den Storni Kenntnis hatte. Die D.\_\_\_\_ hatte mit der Arbeitgeberbescheinigung vom 11. Juni 2010 Auszüge aus dem Lohnkonto des Beschwerdeführers für die Jahre 2008 bis 2010 bei der Beschwerdegegnerin eingereicht (AVI 2012/27, act. G 5.1 / 56). Gemäss Lohnkonto hatte der



Beschwerdeführer im Jahr 2008 einen Bruttolohn von Fr. 28'542.95 erzielt. Für das Jahr 2009 resultierte hingegen ein Minussaldo, konkret Fr. -4'478.40, ebenso für das Jahr 2010, nämlich Fr. -3'325.55. Der Lohnkontoauszug 2010 per Ende Juni 2010 weist einen "Vortrag Vorperiode" von total Fr. -8'154.60 aus. Zu beachten ist, dass die Einkommenszahlen für die Jahre 2009 und 2010 von der D.\_\_\_\_ offenbar irrtümlich als Positivbeträge in das Arbeitgeberbescheinigungsformular übertragen worden sind. Sie hatte jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer während der Dauer von drei Jahren für allfällige Storni hafte. In ihrer Rückforderungsverfügung liess die Beschwerdegegnerin die Negativsaldi völlig ausser acht. Die von der Beschwerdegegnerin errechnete Rückforderungssumme ging damit offensichtlich nicht von den effektiv erzielten Einkommen aus. Die Verfügung vom 19. Juli 2010 erweist sich folglich als zweifellos unrichtig, wobei diese Unrichtigkeit bereits im Zeitpunkt der Rückforderung bestand. Ein Wiedererwägungsgrund ist somit zu bejahen.

3.2 Gemäss den vorstehenden Erwägungen hat vorliegend eine Neuberechnung der Rückforderung durch die Beschwerdegegnerin zu erfolgen. Zu diesem Zweck ist die Sache an sie zurückzuweisen, damit diese abklärt, wie sich die Rückforderung betreffend der Provisionen von der D.\_\_\_\_ im Einzelnen zusammensetzt und welche Storni welchen ausbezahlten Provisionen in welchen Monaten zuzuordnen sind. Der Beschwerdeführer hat bei dieser ergänzenden Sachverhaltsermittlung mitzuwirken. Sodann könnte auch der Beizug eines IK-Auszugs sinnvoll sein.

4.

4.1 Zusammenfassend ist im vorliegenden Fall ein Wiedererwägungsgrund zu bejahen. Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen und die Sache zur ergänzenden Abklärung und neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

4.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

4.3 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Parteikosten werden 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 (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat keine Kostennote eingereicht. Angemessen erscheint vorliegend eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

### **entschieden:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 24. Mai 2012 aufgehoben und die Sache zur ergänzenden Abklärung und neuen Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer).