



**Fall-Nr.:** AVI 2015/33  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 16.06.2016  
**Entscheiddatum:** 16.06.2016

### **Entscheid Versicherungsgericht, 16.06.2016**

**Art. 23 Abs. 1 AVIG, Art. 53 Abs. 2 ATSG. Mitarbeiterbindungsprämien auf Grund einer Umstrukturierung bei der Arbeitgeberin sind bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen. Rückforderung der zuviel ausgerichteten Arbeitslosentaggelder infolge zulässiger Wiedererwägung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. Juni 2016, AVI 2015/33). Entscheid vom 16. Juni 2016**

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie Löhler (Vorsitz), Monika Gehrler-Hug und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiberin Jeannine Bodmer

Geschäftsnr.

AVI 2015/33

Parteien

**A.**\_\_\_\_,

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Markus Fässler,  
FRT Rechtsanwälte, Unterer Graben 1, Postfach 637, 9001 St. Gallen,

gegen

**UNIA Arbeitslosenkasse Kompetenzzentrum D-CH Ost**, Strassburgstrasse 11,  
Postfach, 8021 Zürich 1,



### Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

### **Arbeitslosenentschädigung und Rückerstattung von Taggeld-leistungen (versicherter Verdienst)**

#### **Sachverhalt**

A.

A.a A.\_\_\_\_ meldete sich am 30. August 2013 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 30. September 2013 bei der Unia Arbeitslosenkasse Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Oktober 2013 (act. G 4.14 f.). Er hatte vom 16. Juli 2007 bis 30. September 2013 für die B.\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Arbeitgeberin) als Mitarbeiter „Teilefertigung“ gearbeitet (act. G 4.12). Diese hatte das Arbeitsverhältnis infolge eines Restrukturierungsprojekts mit Schreiben vom 3. November 2011 per 31. Dezember 2012 gekündigt. In einem „Mitarbeiterbindungs- sowie Sozialplan“ hatte sie dem Versicherten bei einem Verbleib im Arbeitsverhältnis bis 31. Januar 2012 einen Betrag von Fr. 5'650.-- und bei einem Verbleib bis 31. Dezember 2012 einen Betrag von Fr. 20'717.-- in Aussicht gestellt. Mit Vertrag vom 12. Juni 2012 verlängerte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten befristet bis zum 30. September 2013. Die Parteien vereinbarten einen monatlichen Lohn von Fr. 6'150.-- sowie bei Verbleib des Versicherten bis 30. September 2013 eine weitere Prämie von Fr. 15'000.-- (act. G 4.12/1).

A.b Die Unia berechnete gemäss ihrem Schreiben an den Versicherten vom 27. November 2013 ab 1. Oktober 2013 einen versicherten Verdienst in Höhe von Fr. 8'329.--. Dabei berücksichtigte sie die Zahlungen der Arbeitgeberin von Fr. 20'717.-- und Fr. 15'000.-- als Bonuszahlungen (act. G 4.13).

A.c Gemäss E-Mail des Versicherten an die Unia vom 7. Januar 2015 hatte er sie um eine Neuberechnung des versicherten Verdienstes ersucht, da dieser höher sei und ihm deshalb vom 1. Oktober 2013 bis 1. Januar 2015 Taggelder nachbezahlt werden müssten. Die zuständige Sachbearbeiterin orientierte ihn gleichentags ebenfalls mittels



## St.Galler Gerichte

E-Mail, dass der versicherte Verdienst tatsächlich falsch berechnet worden sei; entgegen seiner Annahme müsse er aber nicht hoch-, sondern herunterkorrigiert werden (act. G 4.11/3).

A.d Am 2. Februar 2015 verfügte die Unia, dass der versicherte Verdienst Fr. 6'663.-- betrage. Sie begründete dies damit, dass Treueprämien bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht berücksichtigt werden dürften. Bei der Auszahlung der „Prämie MA Bindung“ habe es sich seinerzeit um eine Prämie bei Verbleib oder eine Mitarbeiterbindung gehandelt. Leider habe die Unia diese Zahlungen damals fälschlicherweise als Bonus und nicht als Durchhalteprämie behandelt und sie bei der Berechnung des versicherten Verdienstes mitberücksichtigt. Dies müsse nun korrigiert werden (act. G 4.11/1). Ebenfalls mit Verfügung vom 2. Februar 2015 forderte die Unia zuviel ausbezahlte Leistungen im Betrag von Fr. 15'192.10 zurück. Dieser Rückforderungsbetrag entstehe, weil die Treueprämien (Durchhalteprämien) irrtümlicherweise in die Berechnung des versicherten Verdienstes miteinbezogen worden seien (act. G 4.5).

A.e Gegen diese beiden Verfügungen reichte der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. M. Fässler, am 2. März 2015 Einsprache ein. Zur Begründung machte er einerseits geltend, die „Prämie MA Bindung“ sei zu Unrecht als Durchhalteprämie betitelt und dem Begriff der Treueprämie gleichgesetzt worden. Andererseits machte er geltend, dass die Unia formell gar nicht berechtigt sei, die früheren Kassenentscheide zu korrigieren. Da vorliegend keine „offensichtliche Unrichtigkeit“ der früheren Entscheide gegeben sei, falle die Möglichkeit der Wiedererwägung weg (vgl. act. G 4.4).

B.

Mit Einspracheentscheid vom 11. Mai 2015 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Sie bestätigte ihre Verfügung vom 2. Februar 2015 und forderte den Betrag von Fr. 15'192.10 zurück. Weiter hielt sie fest, dass nach Eintritt der Rechtskraft ihres Entscheids das Erlassgesuch vom 2. März 2015 an die zuständige kantonale Amtsstelle weitergeleitet werde, das Verfahren kostenlos sei und keine Parteientschädigung zugesprochen werde (act. G 4.3).



C.

C.a Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde des Versicherten vom 11. Juni 2015 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Feststellung, dass der versicherte Verdienst weiterhin Fr. 8'329.-- resp. das Taggeld Fr. 307.05 betrage. Die Begründung deckt sich im Wesentlichen mit jener der Einsprache (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 1. Juli 2015 beantragt die Beschwerdegegnerin unter Verweis auf den angefochtenen Einspracheentscheid die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung ihres Entscheids (act. G 4).

C.c Am 20. Juli 2015 bewilligte die Einzelrichterin der Abteilung I das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung vor Versicherungsgericht (act. G 6).

### Erwägungen

1.

Zwischen den Parteien ist die Höhe des versicherten Verdienstes und damit verbunden die Rückforderung von Arbeitslosentaggeldern streitig. Zunächst ist zu prüfen, ob die von der Arbeitgeberin ausserordentlich ausgerichteten Zahlungen zum versicherten Verdienst dazuzuzählen sind.

2.

2.1 Als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) gilt der im Sinne 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 Sinne 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). Mit dem Rechtsbegriff „normalerweise“ sollen Einkünfte, die mit über ein normales Arbeitnehmerpensum hinausgehenden Beschäftigungen erzielt werden, für den versicherten Verdienst unbeachtlich bleiben. Entsprechend der Zweckbestimmung, nur für normale übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz zu bieten, oder weil der eigentliche Grund ihrer Ausrichtung mit der Arbeitslosigkeit entfallen ist, sind Überzeit- und Überstundenentschädigung, vertraglich vereinbarte Schichtzulagen, Familienzulagen und Spesenentschädigungen etc. bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen. Ferner ist auch die Entschädigung für nicht bezogene Ferien bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes ausser Acht zu lassen (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV Soziale Sicherheit, 3. Aufl. Basel 2016, Rz 366 f. mit Hinweisen).

2.2 Gemäss dem „Mitarbeiterbindungs- sowie Sozialplan“ für den Beschwerdeführer legte die Arbeitgeberin unter dem Titel „Mitarbeiterbindung“ fest, dass er bei einem Verbleib bis 31.01.2012 Fr. 5'650.-- und bei einem Verbleib bis 31.12.2012 Fr. 20'717.-- ausbezahlt erhalte. Auch die im Rahmen der befristeten Arbeitsvertragsverlängerung bis 30. September 2013 in Aussicht gestellte Zahlung in Höhe von Fr. 15'000.-- betitelte die Arbeitgeberin als „Prämie bei Verbleib bis 30.09.2013“. Die drei Prämien wurden schliesslich im Februar 2012 (Fr. 5'650.--), Januar 2013 (Fr. 20'717.--) und Oktober 2013 (Fr. 15'000.--) ausbezahlt (act. G 4.12/1). Wie auch die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 16. April 2015 bestätigte, handelte es sich bei diesen Prämien um eine Entschädigung für die Betriebstreue des Beschwerdeführers, der solange für die Arbeitgeberin weiterarbeitete, bis sie im Rahmen ihrer Umstrukturierungen die Maschinen ausgelagert hatte (vgl. act. G 4.2.6). Damit ist bei den besagten Prämien grundsätzlich nicht von arbeitsvertraglich vereinbarten Bonuszahlungen, sondern von Sonderprämien zur Bindung des Beschwerdeführers an die Arbeitgeberin auszugehen. Diese können weder als „normalerweise“ erzielter Lohn, noch als vertraglich vereinbarte regelmässige Lohnzulagen qualifiziert werden. Eine Berücksichtigung würde vielmehr dem Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung, nur für normale übliche Arbeitnehmertätigkeit



Versicherungsschutz zu bieten, zuwiderlaufen. In diesem Sinne hat das Bundesgericht im Urteil vom 26. Juni 2006 entschieden, dass eine im Arbeitsvertrag vereinbarte Sonderprämie in Höhe von drei Monatslöhnen, deren Ausrichtung nur für ganz besondere Umstände vorgesehen war und die nur ein einziges Mal bei der Einstellung des Betriebs ausgerichtet wurde, nicht normalerweise erzielter Lohn nach Art. 23 Abs. 1 AVIG darstellte und demnach für die Berechnung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen war (ARV 2006 Nr. 27 S. 307 E. 4.2; vgl. auch ARV 2016 Nr. 1 S. 51ff., wonach ein „Retention Cash Grants“, der einem Sales Manager wegen der Befürchtung, er könne die Arbeitgeberin vorzeitig verlassen, neben Lohn und Abgangsentschädigung ausgerichtet wurde, eine freiwillige Zuwendung gemäss Art. 11a AVIG und keinen Lohn- oder Entschädigungsanspruch nach Art. 11 Abs. 3 AVIG darstellte, weil er bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses dahingefallen wäre und schon bei zufriedenstellender Leistung geschuldet war). An dieser Qualifizierung ändert auch nichts, dass die Arbeitgeberin - laut ihrem E-Mail vom 21. Juni 2012 nach telefonischer Rücksprache mit dem RAV - dem Beschwerdeführer bestätigen wollte, die Prämie werde für die Lohnberechnung beim RAV angerechnet (vgl. act. G 1.7).

2.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Mitarbeiterbindungsprämien am 27. November 2013 (act. G 4.13) somit zu Unrecht in die Berechnung des versicherten Verdienstes eingeflossen sind.

3.

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 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. 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, 3. Aufl. Zürich 2015, Art. 53 N 19). Leistungsabrechnungen 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] vom 14. Juli 2003, C 7/02, E. 3.1; BGE 125 V 476 E. 1 und 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 Fall 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 berichtigenden Verfügung oder ab Leistungsausrichtung. Sie darf nicht mit der «angemessenen Frist» von 90 Tagen verwechselt werden, die den Versicherten eingeräumt wird, um eine formelle Verfügung zu verlangen (vgl. Kreisschreiben über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso [KS-RVEI], April 2008, Rz A2 ff.).

4.

4.1 Nachdem die Rückforderung erst am 2. Februar 2015 (act. G 4.5) verfügt wurde, ist die Beschwerdegegnerin offensichtlich nicht innerhalb von 30 Tagen nach deren jeweiliger Auszahlung auf die Leistungsabrechnungen zurückgekommen. Entsprechendes wird von der Beschwerdegegnerin auch nicht geltend gemacht. Zu prüfen ist damit, ob - wie von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht wird - der Rückkommenstitel der Wiedererwägung vorliegt.

4.2 Ob die Unrichtigkeit im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG zweifellos ist, beurteilt sich nicht nach der Grobheit des Fehlers. Massgebend muss vielmehr das Ausmass



der Überzeugung sein, dass die bisherige Entscheidung unrichtig war. Mit dem Kriterium der Zweifellosigkeit wird dabei ein hoher Grad umschrieben. Es darf kein vernünftiger Zweifel daran möglich sein, dass eine Unrichtigkeit vorliegt; es ist ein einziger Schluss - eben derjenige auf eine Unrichtigkeit - möglich (Kieser, a.a.O., Art. 53 N 52 mit Hinweisen). Eine Wiedererwägung kann des Weiteren nur dann vorgenommen werden, wenn die infrage stehende Korrektur erheblich ist. Eine erhebliche Bedeutung ist insbesondere dann noch nicht anzunehmen, wenn ein Betrag von wenigen Hundert Franken auf dem Spiel steht (Kieser, a.a.O., Art. 53 N 57 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

4.3 Nachdem die Beschwerdegegnerin bei der ursprünglichen Berechnung des versicherten Verdienstes die Mitarbeiterbindungsprämien als Bonuszahlungen einberechnet hat, obwohl eine solche Qualifizierung offensichtlich falsch war, war die Höhe des versicherten Verdienstes zweifellos unrichtig. Entgegen der Ansicht des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers handelt es sich hier nicht um eine Ermessensbetätigung, sondern um einen Fehler in der Rechtsanwendung. Die Erheblichkeit der Berichtigung ist sodann beim fraglichen Rückforderungsbetrag von über Fr. 15'000.-- ohne weiteres gegeben.

4.4 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die zuständige kantonale Stelle über das Gesuch des Beschwerdeführers vom 2. März 2015 um Erlass der Rückforderung (act. G 4.4) zu entscheiden hat (vgl. auch act. G 1.1 Ziff. 10).

5.

5.1 Nach dem Gesagten erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 11. Mai 2015 als korrekt. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

5.2 Dem Beschwerdeführer wurde die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt (act. G 6). 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.

5.3 Wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers es gestatten, kann er jedoch zur Nachzahlung der Auslagen für die Vertretung verpflichtet werden (Art. 123 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272] i.V.m. Art. 99 Abs. 2 VRP/SG).

### Entscheid

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).