



**Fall-Nr.:** AVI 2017/5  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 11.07.2018  
**Entscheiddatum:** 11.07.2018

### **Entscheid Versicherungsgericht, 11.07.2018**

**Art. 53 Abs. 2, Art 27 ATSG. Art. 19 AVG. Wiedererwägung und Rückforderung. Aufklärungs- und Beratungspflicht. Der zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Arbeitgeberin abgeschlossene Arbeitsvertrag, welcher ein Arbeitspensum von 45 Stunden pro Woche vorsieht, ist gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG bindend. Somit bestand kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und der Teil der Arbeitslosentaggelder, welcher rechtzeitig zurückgefordert wurde, ist zurückzuerstatten. Eine Verletzung der Beratungspflicht ist zu verneinen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 11. Juli 2018, AVI 2017/5). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_623/2018.**

Entscheid vom 11. Juli 2018

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen

Michaela Machleidt Lehmann und Marie-Theres Rüegg Haltinner;

Gerichtsschreiberin Jeannine Bodmer

Geschäftsnr.

AVI 2017/5

Parteien



## St.Galler Gerichte

A.\_\_\_\_,

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Dieter Studer, Studer Anwälte AG, Hauptstrasse  
11a, 8280 Kreuzlingen,

gegen

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

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

**Rückerstattung von Taggeldern**

**Sachverhalt**

A.

A.a A.\_\_\_\_ meldete sich am 20. November 2014 beim Regionalen  
Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (act. G 5.1/I/11) und  
beantragte bei der Arbeitslosenkasse Unia Arbeitslosenentschädigung (act. G 5.1/I/15).  
Die Unia eröffnete eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 20. November 2014  
bis 19. November 2016 und legte den versicherten Verdienst auf Fr. 5'969.-- und das  
Taggeld auf Fr. 192.55 (brutto) fest. Weiter teilte sie dem Versicherten mit, dass mit  
einer durchschnittlichen Monatsentschädigung von Fr. 4'178.35 (brutto) zu rechnen sei  
(act. G 5.1/I/10). Der Versicherte war vom 1. März 2009 bis 31. Oktober 2013 für die  
B.\_\_\_\_ GmbH als Elektriker tätig gewesen. Sie hatte ihm das Arbeitsverhältnis wegen  
Auftragsrückgangs gekündigt (act. G 5.1/I/25). Vom 6. November 2013 bis 31. Juli  
2014 hatte der Versicherte als Monteur Schienenfahrzeuge für die C.\_\_\_\_ GmbH  
gearbeitet (act. G 5.1/I/22) und ab 11. August 2014 wiederum für die B.\_\_\_\_. Zuzufolge



## St.Galler Gerichte

Auftragsmangels hatte ihm die B.\_\_\_\_ per 25. Oktober 2014 gekündigt (act. G 5.1/I/19,I/15, I/17).

A.b Ab 24. November 2014 konnte der Versicherte erneut für die B.\_\_\_\_ gestützt auf einen Einsatzvertrag vom 25. November 2014 als Servicemonteur für die D.\_\_\_\_ AG arbeiten (act. G 5.1/I/9).

A.c Am 10. Februar 2015 verfügte die Unia, dass für den Monat Januar 2015 kein Anspruch auf Anrechnung von Zwischenverdienst bestehe, weil der erzielte Verdienst gleich hoch oder höher als die dem Versicherten zustehende Arbeitslosenentschädigung sei (act. G 5.1/IV/16). Auch für die Monate Februar 2015 (act. G 5.1/IV/15), März 2015 (act. G 5.1/IV/14), April 2015 (act. G 5.1/IV/13), Mai 2015 (act. G 5.1/IV/12), Juni 2015 (act. G 5.1/IV/11), September 2015 (act. G 5.1/IV/10), Oktober 2015 (act. G 5.1/IV/9), Februar 2016 (act. G 5.1/IV/8), April 2016 (act. G 5.1/IV/7), Mai 2015 (korrekt: 2016, act. G 5.1/IV/6), Juni 2016 (act. G 5.1/IV/5), Juli 2016 (act. G 5.1/IV/4), September 2016 (act. G 5.1/IV/3) und Oktober 2016 (act. G 5.1/IV/2) verneinte die Unia jeweils durch Verfügung mit derselben Begründung einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

A.d Mit Verfügung vom 13. Dezember 2016 forderte die Unia vom Versicherten Taggelder in Höhe von Fr. 21'706.15 für zuviel bezahlte Arbeitslosenentschädigung in den Kontrollperioden Dezember 2014, Juli, August, November und Dezember 2015, Januar, März und August 2016 zurück. Zur Begründung führte sie aus, der Versicherte habe mit der B.\_\_\_\_ im Einsatzvertrag vom 25. November 2014 eine Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche vereinbart. Obgleich er nicht jeden Monat habe Vollzeit arbeiten können, könne dieser Ausfall nicht durch die Arbeitslosenkasse übernommen werden. Vielmehr sei die Differenz bei der B.\_\_\_\_ geltend zu machen. Die Arbeitgeberin könne sich ihren arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nicht entziehen. Der Versicherte habe ab dem 24. November 2014 ein verdienstmässig zumutbares Arbeitsverhältnis mit der B.\_\_\_\_ aufnehmen können, weshalb die Arbeitslosigkeit ab diesem Datum als beendet gelte und kein Zwischenverdienst abzurechnen sei. Folglich seien dem Versicherten für einzelne Kontrollperioden zu Unrecht Kompensationsleistungen der Arbeitslosenversicherung ausgerichtet worden (act. G 5.1/I/7).



## St.Galler Gerichte

A.e Mit Verfügung vom 14. Dezember 2016 lehnte sodann die Unia den Antrag des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 20. November 2016 ab, da der Versicherte nicht arbeitslos sei (vgl. act. G 3 Beilage 7).

B.

B.a Gegen die Verfügung vom 14. Dezember 2016 legte der Versicherte am 16. Dezember 2016 „Widerspruch“ bzw. Einsprache ein. Er machte geltend, dass bereits beim Erstantrag angegeben worden sei, dass die vereinbarte 45-Stunden-Woche nicht immer erreicht werden könne und auch immer wieder einsatzfreie Perioden vorkommen würden. Deshalb habe er auch den Zwischenverdienst angemeldet, was von der Unia genehmigt worden sei. Zudem sei er des Öfteren vom Vermittler gefragt worden, „ob es an dem noch sei“ oder ob man es streichen könne. Er habe geantwortet, er benötige dieses noch. Er sei sich keiner Schuld bewusst, da er alles ordnungsgemäss eingereicht und angegeben habe und seinen Pflichten immer nachgekommen sei (act. G 5.1/I/6).

B.b Am 20. Dezember 2016 reichte der Versicherte Einsprache gegen die Rückforderungsverfügung vom 13. Dezember 2016 ein. Darin machte er geltend, dass mit der B.\_\_\_\_ von vorneherein vereinbart worden sei, dass er sehr unregelmässig zwischen 0 und 45 Wochenstunden arbeiten könne. Deshalb habe er sich beim RAV zum Zwischenverdienst angemeldet. Dort sei ihm bestätigt worden, dass alles so in Ordnung gehe und er die Differenz erhalte, falls er nicht auf seine Stunden komme. Auf dem Vertrag, den er beim RAV abgegeben habe, seien 45 Stunden gestanden. Es sei ihm aber dort schon bestätigt worden, dass er keinen neuen Vertrag machen müsse und alles in Ordnung gehe. Mit ihm und der B.\_\_\_\_ sei des Öfteren Kontakt aufgenommen und ihm zugesichert worden, dass alles seinen regulären Weg laufe und er die Differenz-Zahlungen vom RAV erhalte. Selbst als er keine Arbeitsstunden habe leisten können, habe sich das RAV mit der B.\_\_\_\_ in Verbindung gesetzt und gemeldet, dass sie ihn nicht kündigen müssten, weil er im Zwischenverdienst sei. Auch die B.\_\_\_\_ unterzeichnete diese Einsprache und bestätigte damit, dass vom ersten Tag an eine wöchentliche Arbeitszeit zwischen 0 und 45 Stunden vereinbart worden sei. Es sei immer schon klar gewesen, dass es auch Monate ohne Arbeitsanfall geben könne (act. G 5.1/I/4).



## St.Galler Gerichte

B.c Mit Schreiben vom 10. Januar 2017 teilte das Staatssekretariat für Wirtschaft und Arbeit (Seco) der Unia mit, dass sie deren Beurteilung des Sachverhalts teile und sie daher anweise, die Einsprache des Versicherten vollumfänglich abzuweisen (act. G 5.1/I/2).

B.d Mit Einspracheentscheid vom 11. Januar 2017 wies die Unia die Einsprachen des Versicherten vom 16. und 20. Dezember 2016 ab. Sie führte aus, dass sie infolge einer Revision durch das Seco im November 2016 den Anspruch des Versicherten überprüft habe. Dabei habe das Seco festgestellt, dass der Versicherte zu Unrecht Leistungen erhalten habe. Im Einsatzvertrag mit der B.\_\_\_\_ betreffend seinen Arbeitseinsatz bei der D.\_\_\_\_ AG sei eine Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche festgelegt und ein Stundenlohn von Fr. 35.-- (brutto, inkl. Ferien- und Feiertagsentschädigung und 13. Monatslohn) vereinbart worden. Da dies einer monatlichen Beschäftigung von durchschnittlich 195.30 Stunden und folglich einem durchschnittlichen Bruttoeinkommen von Fr. 6'230.-- (ohne Ferienentschädigung) entspreche, sei dieses auf Grund der vertraglichen Arbeitszeit zugesicherte Einkommen höher als die mögliche Arbeitslosenentschädigung von Fr. 4'178.30. Damit sei der Versicherte in einem finanziell zumutbaren Arbeitsverhältnis gestanden, weshalb die Arbeitslosigkeit mit dem Stellenantritt beendet gewesen sei und die ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung zurückgefordert habe werden müssen (act. G 5.1/I/1).

C.

C.a Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde von Rechtsanwalt lic. iur. D. Studer im Namen des Versicherten vom 10. Februar 2017. Der Rechtsvertreter beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Zusprache von Arbeitslosenentschädigung mit Wirkung ab 20. November 2014 bis auf Weiteres auf der Grundlage eines versicherten Verdienstes von Fr. 5'959.-- (richtig: Fr. 5'969.--), abzüglich effektivem Zwischenverdienst, und, soweit fällig, deren Nachzahlung; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung macht der Beschwerdeführer geltend, die Beschwerdegegnerin habe widersprüchlich gehandelt, indem sie ihm nicht von Beginn an geraten habe, den Arbeitsvertrag zu kündigen bzw. gar nicht erst einzugehen, weil sie gestützt darauf von einem monatlichen Einkommen von Fr. 6'230.-- ausgehen werde. Da dies nicht erfolgt sei, habe er auch nach wie vor



Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Weiter gehe aus den Akten hervor, dass er bereits in der Vergangenheit zeitweise für die B.\_\_\_\_ tätig gewesen sei und ebenfalls vom Vertrag abweichende, sehr unterschiedliche Wochenstunden geleistet habe. Dies sei der Beschwerdegegnerin bekannt gewesen. Auch gehe aus dem prozessorientierten Beratungsprotokoll des RAV hervor, dass der Personalberater gemäss seiner Notiz vom 12. Januar 2015 ebenfalls davon ausgegangen sei, dass die Tätigkeit bei der B.\_\_\_\_ bis auf Weiteres lediglich eine Teilzeit-Beschäftigung je nach Arbeitsanfall gewesen sei. Das nachträgliche Abstellen auf den Einsatzvertrag und das Beharren auf der „Zumutbarkeit“ zur Erzielung eines Einkommens von Fr. 6'230.-- pro Monat widerspreche den Akten. Sodann bestünden begründete Zweifel darüber, ob er gegenüber der Arbeitgeberin Lohn- oder Entschädigungsansprüche habe oder ob sie erfüllt würden, weshalb die Beschwerdegegnerin bereits aus diesem Grund nach Gesetz Arbeitslosenentschädigung erbringen müsse. Schliesslich habe die Beschwerdegegnerin eine Abklärungs- und Beratungspflicht wahrzunehmen. Für Schäden, die einer versicherten Person durch deren Verletzung entstünden, hafte der Versicherungsträger. Selbst wenn die Auffassung der Beschwerdegegnerin richtig wäre, was bestritten werde, dürfe die Beschwerdegegnerin keine Rückforderung stellen, sondern habe sie ihm weiterhin Arbeitslosenentschädigung auszurichten (act. G 1).

C.b Mit Nachtrag vom 7. März 2017 reicht der Beschwerdeführer dem Gericht das prozessorientierte Beratungsprotokoll sowie die ihm vom Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) zugestellten Akten ein. Im Übrigen hält er an seinen bisherigen Anträgen fest (act. G 3).

C.c Mit Beschwerdeantwort vom 10. März 2017 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist sie im Wesentlichen auf den angefochtenen Einspracheentscheid (act. G 5).

C.d Der Beschwerdeführer verzichtet mit Eingabe vom 16. März 2016 auf eine Replik unter Festhalten an den bisherigen Anträgen (act. G 7).

C.e Mit Schreiben vom 27. Februar 2018 ersucht das Versicherungsgericht den Beschwerdeführer um Einreichung sämtlicher Einsatzverträge für die Zeit vom 20.



November 2014 bis 19. November 2016 (act. G 9). Am 16. März 2018 teilt der Beschwerdeführer mit, er habe während der besagten Zeit lediglich einen Einsatzvertrag (jenen vom 25. November 2014) erhalten (act. G 10, 10.1).

### Erwägungen

1.

1.1 Während der Beschwerdeführer mit seinem „Widerspruch“ vom 16. Dezember 2016 gegen die Verfügung vom 14. Dezember 2016 Einsprache erhoben hat (vgl. act. G 5.1/16) und mit dem „Einspruch gegen Rückforderung der ALV“ vom 20. Dezember 2016 gegen die Verfügung vom 13. Dezember 2016 das Rechtsmittel erhob, bezog sich die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid vom 11. Januar 2017 lediglich auf die Einsprache gegen die Verfügung vom 13. Dezember 2016 betreffend Rückforderung. Zwar wies sie im Dispositiv die Einsprache vom 16. Dezember 2016 ebenfalls ab. Eine materielle Behandlung dieses geltend gemachten Anspruchs lässt sich dem Einspracheentscheid vom 11. Januar 2017 jedoch nicht entnehmen. Die Beschwerdegegnerin, an welche die Sache zurückzuweisen ist, wird darüber noch zu befinden haben. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist daher streitig und zu prüfen, ob der Beschwerdeführer ab 20. November 2014 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat oder ob die Beschwerdegegnerin den Betrag von Fr. 21'706.15 zu Recht von ihm zurückfordert.

1.2 Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a und b des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) hat die versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie u.a. ganz oder teilweise arbeitslos ist (vgl. Art. 10 AVIG) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (vgl. Art. 11 AVIG). Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert. Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, für den dem Arbeitslosen Lohnansprüche oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche zustehen (Art. 11 Abs. 1 und 3 AVIG).



1.3 Als Zwischenverdienst gilt nach Art. 24 AVIG jedes Einkommen aus unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags (Art. 24 Abs. 1 AVIG), sofern das Einkommen geringer als die ihr zustehende Arbeitslosenentschädigung ist (Art. 41a Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

1.4 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 (JELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2015, Art. 53 N 19). Leistungsabrechnungen der Arbeitslosenversicherung, die 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 berichtigenen 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.). 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 (BGE 129 V 110 E. 1.2.3).

1.5 In Bezug auf die Wiedererwägung ist das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit in der Regel erfüllt, wenn eine Leistungszusprache auf Grund falsch oder unzutreffend verstandener Rechtsregeln erfolgt ist oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden. Anders verhält es sich, wenn der Wiedererwägungsgrund im Bereich materieller Anspruchsvoraussetzungen liegt, deren Beurteilung notwendigerweise Ermessenszüge aufweist. Erscheint die Beurteilung einzelner Schritte bei der Feststellung solcher Anspruchsvoraussetzungen vor dem Hintergrund der Sach- und Rechtslage, wie sie sich im Zeitpunkt der rechtskräftigen Leistungszusprechung darbot, als vertretbar, scheidet die Annahme zweifelloser Unrichtigkeit aus. Zweifellos ist die Unrichtigkeit, wenn kein vernünftiger Zweifel daran möglich ist, dass die Verfügung unrichtig war. Es ist nur ein einziger Schluss - derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung - denkbar (Urteil des Bundesgerichts vom 23. November 2012, 8C\_368/2012, E. 2.2).

2.

2.1 Die Beschwerdegegnerin stützt sich bei ihrer Rückforderung auf den Rückkommenstitel der Wiedererwägung. Vorab ist deshalb zu prüfen, ob die Leistungszusprache zweifellos unrichtig war. Dazu sind die arbeitsvertraglichen Abmachungen zwischen dem Beschwerdeführer und der B.\_\_\_\_ genauer zu betrachten.

2.2 Gemäss dem Einsatzvertrag Nr. 1644 der B.\_\_\_\_ vom 25. November 2014, der sich auf den Rahmenvertrag der B.\_\_\_\_ (act. G 5.1/I/21) stützte, sollte der Beschwerdeführer am 24. November 2014 in der Einsatzfirma D.\_\_\_\_ AG einen Einsatz als Servicemonteur



mit einer Einsatzdauer von „drei Monaten befristet, danach unbefristet“ beginnen. Weiter hielt der Einsatzvertrag fest, dass die Arbeitszeit „45 Stunden / Woche“ und der Stundenlohn inkl. Ferien, Feiertage und 13. Gehalt Fr. 35.-- betragen würden. Er unterstehe dem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag „Personalverleih“ (act. G 5.1/I/9). Laut dem Rahmenvertrag der B.\_\_\_\_, welchen der Beschwerdeführer anlässlich eines früheren Einsatzes am 8. August 2014 unterschrieben hatte, konnte die Einsatzdauer meist nicht genau angegeben oder garantiert werden, weshalb sie unverbindlich sei. Nach Beendigung des Einsatzes sei das Arbeitsverhältnis beendet (act. G 5.1/I/21 Ziff. 2).

2.3 Die private Arbeitsvermittlung und der Personalverleih werden durch das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG; SR 823.11) geregelt. Nach Art. 19 Abs. 1 AVG muss der Verleiher den Vertrag mit dem Arbeitnehmer in der Regel schriftlich abschliessen. Der Bundesrat regelt die Ausnahmen. Im Vertrag sind die Art der zu leistenden Arbeit (Abs. 2 lit. a), der Arbeitsort sowie der Beginn des Einsatzes (lit. b), die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfrist (lit. c), die Arbeitszeiten (lit. d), der Lohn, allfällige Spesen und Zulagen sowie die Abzüge für die Sozialversicherung (lit. e), die Leistungen für Überstunden, Krankheit, Mutterschaft, Unfall, Militärdienst und Ferien (lit. f) sowie die Termine für die Auszahlung des Lohnes, der Zulagen und die übrigen Leistungen (lit. g) zu regeln. Werden die Erfordernisse hinsichtlich Form oder Inhalt nicht erfüllt, so gelten die orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen oder die gesetzlichen Vorschriften, ausser es seien für den Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen mündlich vereinbart worden (Abs. 3). Die gesetzliche Pflicht zur schriftlichen Regelung der Arbeitszeiten nach Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG soll der sozialen Unsicherheit, welche durch ein nicht konstantes Arbeitspensum bei der Arbeit auf Abruf ausgelöst wird, entgegenwirken und somit gleichermassen ein zugesichertes Pensum garantieren. Die genaue Regelung der Arbeitszeiten ist essentiell, da gerade von ihr regelmässig die Lohnhöhe abhängig ist. Daher ist eine saubere Arbeitszeitenregelung für den Arbeitnehmer unerlässlich, weil er erst aus ihr erkennen kann, in welchem Ausmass er seine Arbeitskraft anzubieten hat und welches Einkommen er erzielen kann (vgl. RETO KRUMMENACHER/ANN WEIBEL, in: MICHAEL KULL (Hrsg.), Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Bern 2014, Rz 18 zu Art. 19). Zudem untersteht der Einsatzvertrag dem Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih. Dieser bestimmt in Art. 12 Abs. 1 GAV, dass die wöchentliche Normalarbeitszeit 42



Stunden beträgt. Die 43. - 45. Wochenstunden gelten als zuschlagsfrei zu bezahlende oder 1:1 zu kompensierende Überstunden.

2.4 Obgleich der Einsatzvertrag vom 25. November 2014 sowohl die Arbeitszeit als auch den Lohn definierte und er keine Bestimmung betreffend Arbeit auf Abruf vorsah, verstanden sowohl die B.\_\_\_\_ als auch der Beschwerdeführer offenbar unter diesen Vertragsklauseln etwas anderes. So hielt der Personalberater des Beschwerdeführers anlässlich des Beratungsgesprächs vom 28. November 2014 - wohl gestützt auf die Schilderungen des Beschwerdeführers - fest, dass jener im Moment im Arbeitseinsatz Zwischenverdienst über die B.\_\_\_\_ sei. Eine Anschlusslösung sei noch nicht vorhanden. Zudem sei feiertags- und witterungsbedingt für die nächste Zeit mit keinem Arbeitseinsatz zu rechnen. Auch am 12. Januar 2015 teilte der Beschwerdeführer seinem Personalberater mit, dass die Einsatzdauer im Moment nicht abgeschätzt werden könne. Ebenfalls im Rahmen des Gesprächs vom 12. Juni 2015 gab der Beschwerdeführer an, er könne weiterhin sporadische Arbeitseinsätze leisten. Anstellungsdauer und Beschäftigungsgrad könnten nicht wirklich eingeschätzt werden (act. G 3.1). Mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 bestätigte auch die B.\_\_\_\_, sie habe mit dem Beschwerdeführer eine unregelmässige Arbeit zwischen 0 und 45 Stunden pro Woche vereinbart. Es sei immer schon klar gewesen, dass es auch Monate ohne Arbeit geben könne (act. G 5.1/I/4). Obgleich die B.\_\_\_\_ selbst auf den Bescheinigungen über den Zwischenverdienst der Monate November 2014 bis September 2016 immer noch angab, dass eine wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche bzw. auf derjenigen von Oktober 2016 eine solche von 42.5 Stunden pro Woche vereinbart sei (act. G 5.1/III/2), wurden diese Arbeitszeiten offenbar lediglich als maximales Wochenpensum gehandhabt. Unabhängig davon, dass der Beschwerdeführer und seine Arbeitgeberin angeben, sie seien von einer von der schriftlichen Arbeitsvertragsversion abweichenden übereinstimmenden Vereinbarung ausgegangen, widerspricht diese Vereinbarung der zwingenden Bestimmung von Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG. Da ein mündlich vereinbartes Abweichen von der Pflicht zur Festlegung der Arbeitszeit somit unzulässig ist, ist auf die schriftlich vereinbarte 45-Stundenwoche abzustellen. Somit wäre die Einsatzfirma verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführer für die Zeit des Einsatzes während 45-Stunden pro Woche zu beschäftigen bzw. ihm Lohn gestützt auf dieses Wochen-Pensum auszuzahlen. Somit hätte er durchschnittlich 9 Stunden pro Tag (45 Stunden / 5 Tage) gearbeitet, was im Durchschnitt bei 21.7



Arbeitstagen pro Monat (vgl. Art. 40a AVIV) 195.3 Stunden (9 Stunden x 21.7) ergibt. Folglich wäre im Durchschnitt von einem Brutto-Monatslohn von Fr. 6'052.30 (ohne Ferien- und Feiertagsentschädigung, Fr. 30.99 x 195.30, vgl. act. G 5.1/I/9) auszugehen. Da dieses Einkommen weit mehr als die versicherte Arbeitslosenentschädigung von Fr. 4'178.30 (Fr. 5'969.-- x 70%) betragen würde, hätte der Beschwerdeführer auch keinen Lohnausfall bzw. keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten und die Arbeitslosenkasse hätte ihm keine Tag-gelder leisten dürfen.

2.5 Damit hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer die Taggeldleistungen zu Unrecht ausgerichtet und es ist von einer zweifellosen Unrichtigkeit auszugehen. Folglich ist eine Rückforderung gestützt auf die Wiedererwägung im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG grundsätzlich zulässig.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerdegegnerin bzw. das RAV habe ihm bestätigt, er müsse keinen neuen Vertrag abschliessen, obgleich eine Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche darauf gestanden habe. Die Beschwerdegegnerin hätte ihm nahelegen müssen, den Vertrag nicht einzugehen, oder ihn auffordern müssen, ihn zu kündigen. Somit ist zu prüfen, ob eine Verletzung der Aufklärungs- oder Beratungspflicht vorliegt. Nach Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären. Nach Art. 27 Abs. 2 ATSG hat jede Person Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Mit der Aufklärungspflicht nach Art. 27 Abs. 1 ATSG soll nach Meinung der Lehre Klarheit über Rechte und Pflichten verschafft werden. Dabei müsse besonders über diejenigen Rechtsfolgen informiert werden, die noch nicht bekannt bzw. nicht zu erwarten seien. Dies setze ein Mitverfolgen des Kenntnisstandes der in Betracht kommenden Personen voraus und wirke sich aus in einer allgemeinen und permanenten Aufklärung. Für den Versicherungsträger entstehe mithin eine öffentlich-rechtliche Betreuungspflicht (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2015, Rz 16 zu Art. 27 ATSG mit



Hinweisen). Werde die Beratungspflicht nicht oder nur ungenügend wahrgenommen, komme dies einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich; der Versicherungsträger habe dafür in Nachachtung des Vertrauensprinzips einzustehen (KIESER, a.a.O., Rz 37 zu Art. 27 ATSG mit Hinweis auf BGE 131 V 480 und 124 V 221). Aus dem in Art. 8 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben folgt unter anderem, dass falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Recht suchenden Person gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist eine falsche Auskunft bindend, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die Bürgerin bzw. der Bürger die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, wenn die Bürgerin bzw. der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte, wenn sie oder er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 127 I 36 E. 3a, 126 II 387 E. 3a; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 121 V 66 E. 2a mit Hinweisen).

3.2 Im Protokoll über das Beratungsgespräch vom 10. August 2015 hielt einer der beiden für den Beschwerdeführer zuständigen Personalberater fest, der Kunde arbeite weiter über bei der B.\_\_\_\_ im Zwischenverdienst, entsprechende Bescheinigungen ZV (Zwischenverdienst) lägen vor. Der Kunde hoffe, möglichst lange im ZV arbeiten zu können, um möglichst nahe an die ordentliche Kündigungsfrist zu gelangen (act. G 3.1 S. 7f.). Am 4. Januar 2016 wurde unter dem Titel ZV protokolliert, dass ein solcher via B.\_\_\_\_ bei D.\_\_\_\_ erfolge. Der Kunde erhalte für die jeweiligen Einsätze immer neue Verträge, so bleibe seine Kündigungsfrist meist bei zwei Tagen (act. G 3.1 S. 6). Dass der Beschwerdeführer demgegenüber für neue Einsätze keine neuen Einsatzverträge erhielt, wie er es dem Gericht mit Schreiben vom 16. März 2018 mitteilte (act. G 10.1), geht aus den RAV-Akten nicht hervor. Daher ist davon auszugehen, dass die beiden Personalberater des RAV von falschen Tatsachen ausgingen, die sie weder wissen konnten, noch wissen mussten. Somit kann ihnen auch keine Verletzung ihrer Aufklärungs- oder Beratungspflicht vorgeworfen werden.



3.3 Die Beschwerdegegnerin selber hatte zwar sowohl Kenntnis betreffend den strittigen Einsatzvertrag vom 25. November 2014 als auch betreffend die Zwischenverdienstbescheinigungen, welche ebenfalls eine wöchentliche Arbeitszeit von 42.5 bzw. 45 Stunden pro Woche aufführten (vgl. act. G 5.1/III/2ff.). Insofern ist von einer fehlenden Beratungs- und Aufklärungspflicht auszugehen. Fraglich erscheint jedoch, inwieweit der Beschwerdeführer gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die nicht wieder rückgängig gemacht werden könnten. Eine Kündigung des Einsatzvertrages hätte überhaupt nicht im Interesse des Beschwerdeführers gelegen, hat dieser doch gestützt auf diesen gegenüber der B.\_\_\_\_ Lohnansprüche. Aus den Akten ergibt sich nicht, dass er diese gegenüber der B.\_\_\_\_ geltend gemacht hätte bzw. nicht mehr geltend machen könnte.

4.

4.1 Sodann ist die Frage der Verwirkung der einzelnen Rückforderungsbeträge von Amtes wegen zu prüfen. Gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung.

4.2 Was die relative einjährige Frist anbelangt, so ist entscheidend, ob die für die Fristwahrung relevante Verfügung vom 13. Dezember 2016 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 (Urteile des Bundesgerichtes vom 18. März 2013, 9C\_454/2012 E. 4 mit Hinweisen, und vom 11. Dezember 2006, C 7/06 E. 3.1 mit Hinweis). Geht die



unrechtmässige Leistungsausrichtung auf einen Fehler des Versicherungsträgers zurück, beginnt die einjährige Frist nicht mit der Leistungsausrichtung zu laufen; massgebend ist vielmehr der (spätere) Zeitpunkt, in welchem der Versicherungsträger anlässlich einer Kontrolle zumutbarerweise den Fehler hätte entdecken können (UELI KIESER, a.a.O., Art. 25 N 39).

4.3 Der Einsatzvertrag der B.\_\_\_\_ vom 25. November 2014 ging bei der Beschwerdegegnerin am 27. November 2014 ein (act. G 5.1/I/9), weshalb sie ab hier erstmals Kenntnis des schriftlichen Vertragsinhalts gehabt hatte und mit der Ausrichtung der Taggelder begann. Immer im Monat, der dem Zwischenverdienst folgte, reichte die B.\_\_\_\_ jeweils die Bescheinigungen über den Zwischenverdienst ein und bestätigte jedes Mal, dass eine wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden vereinbart worden sei. Dabei ging die Bescheinigung über den Zwischenverdienst des Monats Oktober 2015 am 13. November 2015 und diejenige von November 2015 am 15. Dezember 2015 bei der Beschwerdegegnerin ein (act. G 5.1/III/13f.). Spätestens mit diesen Eingängen hatte die Beschwerdegegnerin damit erneut Kenntnis von der schriftlich festgelegten Vertragsklausel und hätte somit die Vertragsklausel mit dem Beschwerdeführer bzw. der Arbeitgeberin klären bzw. die Leistungsablehnung für die besagten Taggeldansprüche prüfen müssen. Die Rückforderungen der Taggeldauszahlungen für die Monate Dezember 2014 bis und mit August 2015 von insgesamt Fr. 6'339.40 (= Fr. 1'718.60 + Fr. 1'655.60 + Fr. 2'965.20) waren damit im Zeitpunkt der Verfügung vom 13. Dezember 2016 unter Berücksichtigung der Jahresfrist bereits verwirkt gewesen. Nach Abzug von der gesamten Rückforderungssumme verbleibt ein Betrag von Fr. 15'366.75 (Fr. 21'706.15 - Fr. 6'339.40).

5.

5.1 Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, dass begründete Zweifel darüber bestünden, ob er gegenüber seiner bisherigen Arbeitgeberin Lohn- oder Entschädigungsansprüche habe, weshalb die Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 29 Abs. 1 AVIG leistungspflichtig sei. Wichtiges Bindeglied an der Schnittstelle zwischen dem Ende des Arbeitsverhältnisses und dem Eintritt der Arbeitslosigkeit ist die Sonderregel von Art. 29 AVIG. Sie garantiert den arbeitslos gewordenen Versicherten in



dieser Übergangsphase aus sozialen Gründen den für ihren Lebensunterhalt notwendigen Erwerb ersatz und nimmt ihnen die mit einem Prozess gegen den früheren Arbeitgeber verbundenen Kosten- und Inkassorisiken ab. Die Sonderregel erfüllt eine bedeutende Koordinationsfunktion zum Arbeitsrecht und stellt eine Ausnahmebestimmung zu Art. 11 Abs. 3 AVIG dar, wonach ein Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist, wenn den Arbeitslosen Lohn- und Entschädigungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zustehen. Das Anspruchsmerkmal des anrechenbaren Arbeitsausfalls wird im Sinne einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung als gegeben angenommen. Dem Zweck entsprechend ist die Kasse bei Vorliegen von begründeten Zweifeln verpflichtet, Taggelder auszus zahlen, sofern die versicherte Person die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. Von diesem Zeitpunkt an gilt die versicherte Person als arbeitslos im Sinne von Art. 10 AVIG. Die spätere vollständige oder teilweise Erfüllung der gesetzlich übergebenen Ansprüche durch den ehemaligen Arbeitgeber ändert folgerichtig nichts am rechtmässigen Bezug der Arbeitslosenentschädigung, stellt keinen prozessualen Revisionsgrund dar und löst keine Rückerstattungspflicht aus (THOMAS NUSSBAUMER in: SBVR, 3. Aufl. Basel 2016, Rz. 448)

5.2 Gestützt auf Art. 29 Abs. 1 AVIG kann Arbeitslosenentschädigung nur ausgerichtet werden, wenn abgesehen von dem mit "begründeten Zweifeln" behafteten Merkmal des anrechenbaren Arbeitsausfalls die weiteren in Art. 8 Abs. 1 AVIG aufgezählten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (BGE 127 V 192f. E. 6c, Urteil des Bundesgerichts vom 16. März 2015, 8C\_581/2014). Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um einen Anwendungsfall von Art. 29 Abs. 1 AVIG, da jener die direkte Einkommenslücke nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses schliessen und damit die Existenz der versicherten Person nach dem Verlust des Arbeitsverhältnisses sichern soll. Demgegenüber hätte die Beschwerdegegnerin vorliegend keine Leistungen nach Art. 29 Abs. 1 AVIG ausrichten müssen, wenn sie sich der Klausel im Einsatzvertrag des Beschwerdeführers bewusst gewesen wäre. Diesfalls hätten im Zeitpunkt des Gesuchs auf Arbeitslosenentschädigung keine Zweifel darüber bestanden, ob die Arbeitgeberin den Lohn gestützt auf das schriftlich vereinbarte Stundenpensum hätte erbringen müssen, weshalb der von Art. 29 Abs. 1 AVIG geforderte Tatbestand der „bestehenden Zweifel“ nicht gegeben gewesen wäre. Somit kann auch keine rückwirkende Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 29 Abs. 1



AVIG begründet werden, dies auch dann nicht, wenn aus aktueller Sicht allenfalls unklar ist, ob die Lohnansprüche des Beschwerdeführers gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberin noch erfüllt werden oder nicht.

6.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im angefochtenen Einspracheentscheid bestätigte Rückforderung in Höhe von Fr. 21'706.15 im Betrag von Fr. Fr. 6'339.40 bereits verwirkt ist. Somit verbleibt ein Rückforderungsanspruch in Höhe von Fr. 15'366.75.

7.

7.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 11. Januar 2017 teilweise gutzuheissen und festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer einen Rückerstattungsanspruch von Fr. 15'366.75 hat. Für die Frage, ob der Beschwerdeführer in der Zeit ab 20. November 2016 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, ist die Sache an die Beschwerdegegnerin zur materiellen Behandlung zurückzuweisen. Diese wird die Einsprache vom 16. Dezember 2016 gegen die Verfügung vom 14. Dezember 2016 materiell zu prüfen haben.

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

7.3 Bei diesem Verfahrensausgang schuldet die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung. Diese 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 (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Nachdem bei vollständigem Obsiegen die mittlere Parteientschädigung Fr. 3'000.-- betragen würde, erscheint angesichts des teilweisen Obsiegens im vorliegenden Fall eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.



### Entscheid

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 11. Januar 2017 aufgehoben und der Beschwerdeführer verpflichtet, der Beschwerdegegnerin zu viel ausgerichtete Arbeitslosentaggelder in Höhe von Fr. 15'366.75 zurückzuerstatten.

2.

Bezüglich des Antrages auf Arbeitslosenentschädigung ab 20. November 2016 wird die Sache an die Beschwerdegegnerin zur materiellen Behandlung der Einsprache vom 16. Dezember 2016 zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.