

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2022 7

Entscheid vom 17. Mai 2022

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
MLaw Joëlle Sigrist, Gerichtsschreiberin

Parteien

A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B._____

gegen

Amt für Arbeit, Arbeitslosenkasse, Lückenstrasse 8,
Postfach 1181, 6431 Schwyz,
Vorinstanz,

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Rückforderung Arbeitslosentaggeld)

Sachverhalt:

A. A._____ (Jg. 195_) war bis am 30. November 2017 als Kundenberater bei der C._____ AG tätig und ging per 1. Dezember 2017 in Frührente. Vom 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2018 arbeitete er gestützt auf einen Vermittlervertrag auf Provisionsbasis für die C._____ AG. Zudem gründete er per 14. März 2018 die Einzelfirma D._____, um selbständig ausgewählte Kunden auch nach der Pensionierung weiterhin zu betreuen. Per 1. April 2018 wurde seine Selbständigkeit durch die Ausgleichskasse anerkannt. Am 12. Dezember 2018 wurde A._____ durch das RAV Lachen zur Arbeitsvermittlung angemeldet. Am 15. Dezember 2018 stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Januar 2019 (Vi-act. 658).

B. Im Februar 2021 erhielt die Arbeitslosenkasse aufgrund eines Abgleichs der Daten der AHV-Ausgleichskasse im Rahmen der Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA) die Meldung, dass A._____ im Jahr 2019 ein Erwerbseinkommen aus selbständiger Tätigkeit erzielte bei gleichzeitigem Bezug von Arbeitslosentaggeldern (Vi-act. 347 ff.). Mit Schreiben vom 14. April 2021 konfrontierte ihn die Arbeitslosenkasse mit dem Vorwurf des nicht deklarierten Einkommens und er wurde aufgefordert, der Arbeitslosenkasse Unterlagen zur Klärung des Anspruchs einzureichen (Vi-act. 321). Am 3. Mai 2021 nahm A._____ Stellung zum Vorwurf und reichte Unterlagen ein (Vi-act. 306). Nach einer Besprechung bekräftigte A._____ am 15. Juni 2021 seine Überzeugung, der Mitteilungspflicht stets nachgekommen zu sein. Gleichzeitig anerkannte er aber eine Rückerstattungspflicht für die Jahre 2019, 2020 und 2021, wozu er eine Aufstellung einreichte (Vi-act. 246). Die Arbeitslosenkasse ihrerseits ermittelte eine Rückforderung von Arbeitslosentaggeldern in der Höhe von Fr. 16'351.30 und gewährte A._____ hierzu das rechtliche Gehör (Vi-act. 242), wovon er am 22. Juni 2021 Gebrauch machte (Vi-act. 188).

Am 25. Juni 2021 verfügte die Arbeitslosenkasse die Rückforderung ausbezahlter Leistungen im Betrag von Fr. 16'351.30 plus allfällige Betreuungskosten (Vi-act. 177).

C. Am 27. August 2021 liess A._____ gegen die Rückforderung Einsprache erheben (Vi-act. 103), welche die Arbeitslosenkasse mit Entscheid Nr. 111/2021 vom 10. Dezember 2021 abwies (Vi-act. 43).

D. Gegen den Einspracheentscheid lässt A._____ am 28. Januar 2022 beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Der Einspracheentscheid Nr. 111/2021 des Amts für Arbeit vom 10. Dezember 2021 sei aufzuheben und ein allfällig bestehender Rückerstattungsanspruch wegen zu viel ausbezahlten Taggeldern sei unter Berücksichtigung einer monatlichen Altersleistung von Fr. 2'808.00 und eines monatlichen Zwischenverdienstes für das Jahr 2019 von Fr. 18.10, für das Jahr 2020 von Fr. 869.38 und für den Januar 2021 bis und mit Mai 2021 von Fr. 825.73 festzulegen.
2. Eventualiter sei der Einspracheentscheid Nr. 111/2021 des Amts für Arbeit vom 10. Dezember 2021 aufzuheben und ein allfällig bestehender Rückerstattungsanspruch wegen zu viel ausbezahlten Taggeldern sei unter Berücksichtigung einer monatlichen Altersleistung von Fr. 2'808.00 und eines monatlichen Zwischenverdienstes für das Jahr 2019 von Fr. 346.42, für das Jahr 2020 von Fr. 1'124.23 und für den Januar 2021 bis und mit Mai 2021 von Fr. 948.64 festzulegen.
3. Subeventualiter sei der Einspracheentscheid Nr. 111/2021 des Amts für Arbeit vom 10. Dezember 2021 aufzuheben und zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Die vorinstanzlichen Verfahrensakten seien beizuziehen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzliche MwSt.) zulasten der Vorinstanz.

E. Mit Vernehmlassung vom 23. Februar 2022 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Hierzu nimmt der Beschwerdeführer unter Bestätigung der Beschwerdeanträge am 19. April 2022 Stellung.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Vorliegend ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung unbestritten. Unbestritten ist ebenso, dass der Beschwerdeführer in den Jahren 2019 und 2020 sowie den ersten Monaten des Jahres 2021 kein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit deklariert hat, was dazu führte, dass die Taggeldzahlungen ohne Anrechnung dieses Einkommens ausbezahlt wurden. Der Beschwerdeführer bestreitet auch nicht, dass er deswegen rückleistungspflichtig ist. Strittig ist allein die Höhe der Rückforderung, d.h. des anrechenbaren Zwischenverdienstes.

2.1 Nach Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0) vom 25. Juni 1982 in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) vom 6. Oktober 2000 sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Zu Unrecht bezogene Geldleistungen, die auf einer formell rechtskräftigen Verfügung beruhen, können, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt wor-

den sind, nur zurückgefordert werden, wenn entweder die für die Wiedererwägung (wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung, Art. 53 Abs. 2 ATSG) oder die für die prozessuale Revision (wegen erheblicher neuer Tatsachen oder Beweismittel, Art. 53 Abs. 1 ATSG) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 130 V 318 Erw. 5.2; 129 V 110 Erw. 1.1).

2.2 Die Festlegung einer (allfälligen) Rückerstattung von Leistungen erfolgt in einem mehrstufigen Verfahren: In einem ersten Entscheid ist über die Frage der Unrechtmässigkeit des Bezugs der Leistung zu befinden. Daran schliesst sich der Entscheid über die Rückerstattung an, mit dem insbesondere zu beantworten ist, ob - bei der festgestellten Unrechtmässigkeit des Leistungsbezugs - eine rückwirkende Korrektur erfolgt oder nicht; rechtliche Grundlage dafür bildet - neben den einzelgesetzlichen Regelungen - Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG. Schliesslich ist - gegebenenfalls - über den Erlass der zurückzuerstattenden Leistung zu entscheiden; dafür ist auf Art. 25 Abs. 1 ATSG abzustellen (Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Art. 25 Rz. 17 ff. m.H.).

2.3 Im Arbeitslosenversicherungsrecht hat die versicherte Person Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags. Erzielt sie einen Zwischenverdienst, so besteht Anspruch auf eine Differenzzahlung. Als Verdienstaufschlag gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst (vgl. Art. 24 Abs. 3 AVIG). Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt (Art. 24 Abs. 1 AVIG) und das geringer ist, als die ihr zustehende Arbeitslosenentschädigung (Art. 41a Abs. 1 AVIG; SBVR Soziale Sicherheit-Nussbaumer, N Rz. 410).

2.4.1 Nimmt eine arbeitslose Person eine selbständige Erwerbstätigkeit auf, so ist diese hinsichtlich Zwischenverdienst gleich zu handhaben wie eine unselbständige Erwerbstätigkeit (Art. 24 Abs. 1 AVIG; AVIG-Praxis ALE C144 ff.). Das Einkommen aus selbständigem Zwischenverdienst wird - unabhängig des Realisierungszeitpunktes - in jener Kontrollperiode angerechnet, in welcher die Arbeitsleistung erbracht wird (Entstehungsprinzip; Art. 41a Abs. 5 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenterschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIG; SR 837.02] vom 31.8.1983).

2.4.2 Zur Ermittlung des anrechenbaren Einkommens werden vom Bruttoeinkommen die nachgewiesenen Material- und Warenkosten abgezogen und der verbleibende Betrag pauschal um 20% für die übrigen berufsbedingten Auslagen

gekürzt (Art. 41a Abs. 5 AVIV). Der Pauschalabzug von 20% wird unabhängig von den tatsächlichen berufsbedingten Auslagen und ohne Nachweis gewährt. Als Material- und Warenkosten gelten diejenigen Auslagen, die sich proportional zum Bruttoeinkommen verändern; es dürfen dabei nur jene Kosten abgezogen werden, die für die Erzielung des Bruttoeinkommens in der einzelnen Kontrollperiode angefallen sind. Investitionskosten können nicht abgezogen werden (AVIG-Praxis ALE C147).

2.4.3 Schliesslich gilt auch beim selbstständigen Zwischenverdienst das Kriterium der Orts- und Berufsüblichkeit, für deren Bestimmung vom Einkommen nach Abzug der vorgenannten zulässigen Auslagen auszugehen ist (Urteil EVGer C 154/05 vom 12.9.2005 Erw. 2.1 m.H. auf BGE 120 V 515; AVIG-Praxis ALE C146). D.h. angerechnet wird der in der Kontrollperiode erzielte Zwischenverdienst, mindestens aber der berufs- und ortsübliche Ansatz für die betreffende Arbeit (vgl. Art. 24 Abs. 3 AVIG; vgl. BGE 129 V 102 Erw. 3.3). Entspricht der vom Versicherten erzielte Zwischenverdienst nicht den berufs- und ortsüblichen Ansätzen, so hat dies zur Folge, dass der Verdienstaufschlag nur im Umfang der Differenz zwischen der berufs- und ortsüblichen Entschädigung und dem versicherten Verdienst ausgeglichen wird (Urteil BGer 8C_411/2018 vom 21.9.2018 Erw. 4.2), wobei die Anhebung auf den berufs- und ortsüblichen Ansatz ohne Übergangszeit bereits ab dem ersten Monat anzuwenden ist (SBVR Soziale Sicherheit-Nussbaumer, N Rz. 423 mit Hinweis auf BGE 133 V 167 Erw. 5.2.2). Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung sind auch bei erfolgsabhängigen Entschädigungssystemen beachtlich (Urteil EVGer C 154/05 vom 12.9.2005 Erw. 4.1.2).

Sinn und Zweck des Kriteriums der Orts- und Berufsüblichkeit ist es, Lohndrückerei zu Lasten der Arbeitslosenversicherung zu verhindern (vgl. BGE 129 V 102 Erw. 3.3). Der Gesetzgeber dachte dabei in erster Linie an unselbständige Erwerbstätigkeit, indem Missbrauch vermieden werden sollte in dem Sinne, als ein Arbeitgeber der arbeitslosen Person einen Lohn unter Branchenüblichkeit bezahlt im Wissen, dass die Arbeitslosenkasse die Differenz tragen müsste (vgl. Urteil EVGer C 154/05 vom 12.9.2005 Erw. 4.2 mit Verweis auf BBI 1980 III 489 ff, 581). Bezüglich unselbständig Erwerbender stellen sich diesbezüglich weniger Fragen. Bei der selbständigen Erwerbstätigkeit fallen darunter in erster Linie Sachverhalte, da die versicherte Person für ihre Tätigkeit weniger als branchenüblich verlangt oder sogar überhaupt auf eine Entschädigung verzichtet (BGE 120 V 521 Erw. 5). Dagegen fällt der Umstand allein, dass aus von der versicherten Person nicht zu vertretenden Gründen (Konjunktur, Auftragslage, Konkurrenzsituation etc.) das Einkommen tiefer als erwartet ist, nicht unter die Miss-

brauchsklausel ("mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit") des Art. 24 Abs. 3 AVIG. Die gegenteilige Auffassung widerspricht dem Grundsatz, dass es in jedem Fall besser ist, erwerblich tätig zu sein als überhaupt nicht zu arbeiten (Urteil EVGer C 154/05 vom 12.9.2005 Erw. 4.2).

3.1 Am 25. Juni 2021 verfügte die Vorinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer eine Rückforderung von Fr. 16'351.30 (plus allfällige Betreuungskosten). Die Überprüfung seiner nicht deklarierten selbständigen Erwerbstätigkeit habe ergeben, dass er im Jahr 2019 ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 5'196.35 erzielt habe, mithin durchschnittlich einen monatlichen Zwischenverdienst von Fr. 346.42 (=Fr. 5'196.35 - 20% / 12). Im Jahr 2020 habe er ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 16'863.50 erzielt und damit durchschnittlich einen monatlichen Zwischenverdienst von Fr. 1'124.23 (= Fr. 16'863.50 - 20% / 12). In den Monaten Januar bis April 2021 habe er ein selbständiges Erwerbseinkommen von Fr. 7'299.-- erzielt, was einem durchschnittlichen Zwischenverdienst von Fr. 1'167.84 (Fr. 7'299 - 20% / 12 [sic]) entspreche. Die Anrechnung dieser Verdienste als Zwischenverdienste führe zu einer Rückforderung von Fr. 16'351.30 (Vi-act. 177 f.).

Mit derselben Rückforderung und Berechnung konfrontierte die Vorinstanz den Beschwerdeführer bereits im Schreiben vom 18. Juni 2021 (Vi-act. 242). Diesem liegt folgende Zusammenstellung zu Grunde (Vi-act. 244):

	2019	2020	2021 (Januar bis Mai)
Provisionen	1'780.00	-	-
Courtage	3'416.35	16'863.50	7'299.00
Total	5'196.35	16'863.50	7'299.00
20%-Abzug	- 1'039.27	- 3'372.70	- 1'459.80
Als ZV	4'157.08	13'490.80	5'839.20
Im Monat	346.42	1'124.23	1'167.84

3.2 In der Einsprache macht der Beschwerdeführer namentlich geltend, der Zwischenverdienst sei in jener Kontrollperiode anzurechnen, da die Arbeit angefallen sei, nicht im Zeitpunkt der Zahlungen. Die Courtage würden vor allem Ende Jahr anfallen, auch wenn über das gesamte Jahr gleichmässig Arbeit in einem Pensum von 15 - 20% geleistet worden sei. Entsprechend müsse auch der Waren- und Materialaufwand so berücksichtigt werden, da dieser auch mit der gleichmässig anfallenden Arbeit und nie proportional zu den Einnahmen verlaufe (Vi-act. 103 ff.). Was die konkrete Berechnung anbelangt, so geht er für 2019 und 2020 von denselben Erträgen aus wie die Vorinstanz (Fr. 5'196.35 und Fr. 16'863.85). Hiervon rechnet er aber Material- und Warenkosten ab von

Fr. 4'924.75 resp. Fr. 3'822.65 und vom Ergebnis die Pauschale von 20%. Dies ergibt für 2019 einen monatlichen Zwischenverdienst von Fr. 18.10 und für 2020 von Fr. 869.38. Das Einkommen Januar bis Mai 2021 betrage hingegen nicht Fr. 7'299.--, sondern Fr. 5'929.--. Davon seien Material- und Warenkosten von Fr. 786.15 und die Pauschale abzuziehen, was einen monatlichen Zwischenverdienst für die fünf Monate von Fr. 825.73 ergebe. Die verfügte Rückforderung basiere somit auf falschen Beträgen bzw. Zwischenverdiensten.

Zusätzlich machte der Beschwerdeführer geltend, die Abrechnungen seien überhaupt nicht nachvollziehbar und könnten nicht überprüft werden. Es seien ihm daher überprüfbare, nachvollziehbare monatliche Abrechnungen mit überprüfbaren Zwischenverdiensten zuzustellen.

3.3 Im Einspracheentscheid schickt die Vorinstanz voraus, das Einspracheverfahren beschränke sich auf die Rückforderung betreffend die selbständige Erwerbstätigkeit, da sich die Rückforderungsverfügung einzig auf diese bezogen habe.

Inhaltlich betont die Vorinstanz, auch Zwischenverdienste in selbständiger Erwerbstätigkeit müssten mindestens in orts- und branchenüblichem Umfang angerechnet werden. Ein orts- und branchenüblicher Monatslohn eines 6-jährigen Versicherungsbrokers betrage bei 40h/Woche Fr. 7'596.--, was bei einem 15%-Pensum einem Monatslohn von Fr. 1'139.40 entspreche. Dieser Wert müsse dem Beschwerdeführer somit sicher angerechnet werden, unbeachtlich des effektiv erzielten Einkommens. Damit aber könne der in der Einsprache geltend gemachte, tiefere Zwischenverdienst in keinsten Weise angenommen werden.

Der Beschwerdeführer habe keine Belege für Material- und Warenkosten eingereicht, weshalb nur der Pauschalabzug von 20% anerkannt worden sei. Die so ermittelten Zwischenverdienste von Fr. 346.42 für 2019 und Fr. 1'124.23 für 2020 lägen unter dem orts- und branchenüblichen Lohn von Fr. 1'139.40, weshalb der in der angefochtenen Verfügung berücksichtigte Zwischenverdienst die für den Beschwerdeführer günstigere Lösung sei. Für 2021 seien Fr. 1'167.84 angerechnet worden, was nur unwesentlich über dem orts- und branchenüblichen Lohn liege, weshalb auch hier auf eine Korrektur zu verzichten sei.

Zusammenfassend gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die gemäss angefochtener Verfügung angerechneten Zwischenverdienste tiefer lägen als der zu berücksichtigende orts- und branchenübliche Lohn. Für das 15%-Pensum als Versicherungsbroker müssten korrekterweise Fr. 1'139.40/Mt angerechnet werden; die Verfügung sei damit die für den Beschwerdeführer günstigere Lösung,

würde doch die Berücksichtigung eines mindestens orts- und branchenüblichen Lohnes zu einer höheren Rückforderung führen.

3.4 Vor Verwaltungsgericht bekräftigt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz und das RAV jederzeit über seine selbständige Erwerbstätigkeit informiert zu haben, weshalb er die Meldepflichtverletzung bestreite. Mit dem RAV-Berater sei er übereingekommen, Ende Jahr einen Zwischenverdienst zu melden, sollte aus der Tätigkeit ein Guthaben resultieren. In der Steuererklärung 2019 sei indes ein Minus von Fr. 29'331.-- und jener für 2020 ein Minus von Fr. 2'372.-- ausgewiesen, was seitens Steuerverwaltung und Ausgleichskasse so akzeptiert worden sei. Er habe sich daher nicht veranlasst gesehen, eine weitergehende Meldung bezüglich Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu machen, weil er angenommen habe, ein Verlust bzw. Minus könne gar nicht zu einem anrechenbaren Zwischenverdienst führen.

Der Beschwerdeführer rügt namentlich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Vor Erlass sei Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Am 22. Juni 2021 habe er zur vorgesehenen Rückforderung Stellung genommen und dabei ausgeführt, die Vorinstanz habe die Material- und Warenkosten nicht berücksichtigt. Bereits am 25. Juni 2021 habe die Vorinstanz die Rückforderung verfügt, ohne dass sie auf diesen Punkt oder überhaupt die Stellungnahme eingegangen sei. Am 30. August 2021 habe er die Vorinstanz um Ausführungen zur Ermittlung des Rückforderungsbetrages ersucht, damit dieser nachvollzogen werden könne. Denn aus den einzelnen Abrechnungen für die monatlich berechnete Rückforderung gehe nicht hervor, inwiefern die Zwischenverdienste in welcher Höhe zu einer Rückforderung führen würden. Die Abrechnungen seien nicht nachvollziehbar und damit nicht überprüfbar. Auch im Einspracheentscheid würden keine Ausführungen gemacht, weshalb das Ganze unüberprüfbar bleibe. Die Vorinstanz beschränke sich darauf, das jährliche Einkommen als Zwischenverdienst anzurechnen, davon die 20%-Pauschale abzuziehen und das Ergebnis gleichmässig auf die Monate zu verteilen. Ob der angerechnete Zwischenverdienst tatsächlich korrekt ermittelt worden sei, könne so nicht überprüft werden. Es könne nicht geprüft werden, ob die Alters- und Kinderrente, die Unfallrente oder die H._____entschädigung miteingerechnet worden seien. Auf all die Vorbringen in der Einsprache sei die Vorinstanz nicht eingegangen mit der blossen Begründung, die Verfügung sei die für den Beschwerdeführer günstigere Variante, die Anrechnung gemäss Einsprache sei keine Option. Sie begründe nicht einmal, warum im Jahr 2021 ein Einkommen von Fr. 7'299.-- angerechnet werde, obwohl ihm dieser Betrag nachweislich nicht ausbezahlt worden sei, sondern nur Fr. 5'929.--. Die Vorinstanz äussere sich hierzu überhaupt nicht. Indem die Be-

rechnung der Rückforderung nicht nachvollziehbar sei und trotz Aufforderung keine detaillierte Berechnung vorgelegt werde und auf die Rügen in der Einsprache mit keinem Wort eingegangen werde, liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

Im Weiteren listet der Beschwerdeführer seine Zwischenverdienste auf, welche seines Erachtens anzurechnen sind. Unter dem Titel 'Altersrente' seien ihm Fr. 4'537.05 zu viel als Zwischenverdienst angerechnet worden. Die deklarierte SUVA-Unfallrente sei nicht anzurechnen; die beziehe er seit 1982. Der Berechnung könne er nicht entnehmen, ob seine H._____entschädigung als Zwischenverdienst berücksichtigt werde oder nicht. Falls ja, müsste diese auch in die Berechnung des versicherten Verdienstes einfließen. Es lasse sich dies nicht nachvollziehen. Bezüglich Zwischenverdienst aus selbständiger Erwerbstätigkeit wiederholt er seine Ausführungen und Berechnungen der Einsprache (vgl. oben Erw. 3.2), zu welchen die Vorinstanz zu Unrecht gar keine Stellung genommen habe. Sie halte einzig fest, die Verfügung sei für ihn günstiger als der orts- und branchenübliche Lohn. Die Vorinstanz verkenne dabei, dass es im Versicherungsaussendienst keinen orts- und branchenüblichen Lohn gebe. Der Beschwerdeführer arbeite nur auf Provisionsbasis. Er erhalte lediglich Courtagen und von diesen müssten auch noch alle Auslagen gedeckt werden. Im Broker-Bereich gebe es keinen orts- und branchenüblichen Lohn. Und selbst wenn - so der Beschwerdeführer - der von der Vorinstanz ermittelte Zwischenverdienst aus selbständiger Erwerbstätigkeit übernommen würde, würde dies nicht zu einer Rückforderung von Fr. 16'351.30 führen, da die vorinstanzliche Berechnung falsch und widersprüchlich sei. Hierzu verweist er auf verschiedene von der Vorinstanz aufgeführte Beträge und Abrechnungen, die seines Erachtens widersprüchlich und/oder nicht nachvollziehbar seien. Verschiedene Rückforderungen seien schon früher in Abzug gebracht worden. Nun würden noch einmal Fr. 16'351.30 zurückgefordert. Er befürchte, dass ihm aufgrund der fehlenden Transparenz und Nachvollziehbarkeit in der Summe zu viel angerechnet werde.

3.5 Vernehmlassend bestätigt die Vorinstanz, die Rückforderung beziehe sich ausschliesslich auf die selbständige Erwerbstätigkeit. Die ermittelte Rückforderung betrage Fr. 16'952.15, wovon im Mai 2021 Fr. 600.85 verrechnet worden seien, was zum Rückforderungsbetrag von Fr. 16'351.30 geführt habe. Die vielen Korrekturen und daraus entstandenen Rückforderungen resultierten einzig aus nicht vollständig ausgefüllten Deklarationsformularen des Beschwerdeführers. So sei namentlich das selbständige Erwerbseinkommen nicht deklariert worden. Und weil sie die verfügte Rückforderung einzig auf dieses bezog, sei man im Einspra-

cheentscheid auch einzig auf diese strittige Position eingegangen und nicht auf die weiteren Positionen.

Bei der Altersleistung berücksichtige der Beschwerdeführer das ausbezahlte Alterskapital nicht; anzurechnen seien daher monatlich Fr. 2'964.45. Die Suva-Rente werde nicht angerechnet. Als H. _____ habe er vor der Arbeitslosigkeit von Juli bis Dezember 2018 ein Bruttoeinkommen von Fr. 6'746.80 erzielt, woraus ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 1'124.45/Mt resultiere. Nur was darüber hinaus gehe, werde als Zwischenverdienst angerechnet. Bezüglich selbständige Erwerbstätigkeit verweist die Vorinstanz auf den Einspracheentscheid und wiederholt, es müsse die Orts- und Branchenüblichkeit berücksichtigt werden. Die Berechnung basiere auf Beleg Vi-act. 49, d.h. auf dem Statistischen Lohnrechner 2018 (Salarium) des BFS. Demgemäss betrage der Zentralwert für einen Mann der Branche 65 (Versicherungen, Pensionskassen, ohne Sozialversicherung) in der Zentralschweiz, 62jährig, abgeschlossene Berufsausbildung, 40 Wochenstunden, Bürokraft mit Kundenkontakt, ohne Kaderfunktion, null Dienstjahre Fr. 7'596/Mt.

Als Zwischenverdienst angerechnet worden seien die selbständige Erwerbstätigkeit auf dieser Basis, die H. _____entschädigung, soweit höher als Fr. 1'124.45/Mt sowie das Einkommen bei E. _____ und der F. _____ AG. Die Berechnungen seien weder widersprüchlich noch nicht nachvollziehbar. Da sich die Rückforderung ohnehin nur auf die nicht deklarierte selbständige Erwerbstätigkeit beziehe, würden sich aber Weiterungen erübrigen. Aus demselben Grund gehe auch der Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs fehl.

3.6 In der Stellungnahme vom 19. April 2022 anerkennt der Beschwerdeführer die Richtigkeit der Anrechnung der Altersrente im Betrag von Fr. 2'964.45. Er wiederholt aber den Vorwurf, die Abrechnungen seien insgesamt nicht nachvollziehbar und eine Begründung fehle nach wie vor, weshalb das rechtliche Gehör verletzt sei. Und auch wenn die Rückforderung einzig die selbständige Erwerbstätigkeit betreffe, so berechne die Vorinstanz diese falsch, weil sie die belegten Material- und Warenkosten nicht in Abzug bringe. Sodann trägt er vor, die Entschädigung als H. _____ schwanke sehr stark, weshalb es nicht angehe, einfach die sechs Monate vor der Arbeitslosigkeit als Basis zu nehmen. Es sei die gesamte Entschädigung ausser Acht zu lassen. Falls nicht, so müsste auch der versicherte Verdienst entsprechend höher sein.

4.1 Was die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs anbelangt, so ist diese nicht ganz von der Hand zu weisen. Tatsächlich sind zum einen die Abrechnungen nur schwer nachvollziehbar (ohne Erläuterungen kaum). Zum andern

bleibt unklar, warum der Beschwerdeführer die Vorinstanz - auf entsprechende Aufforderung hin - bereits am 3. Mai 2021 mit Unterlagen zu den Geschäftsjahren 2019 und 2020 dokumentierte (Vi-act. 306), weitere Unterlagen eingereicht wurden (vgl. z.B. Vi-act. 278), eine Besprechung stattfand und der Beschwerdeführer die Vorinstanz in der Folge mit weiteren Unterlagen und Belegen dokumentierte (Vi-act. 246), die Vorinstanz unter dem Titel 'Zwischenverdienst selbständige Erwerbstätigkeit' dann aber einzig auf die Provisionen/Courtagen abzüglich 20%-Pauschale abstellte (Vi-act. 242, 244), ihm hierzu das rechtliche Gehör gewährte, dann aber auch in der Verfügung nicht auf seine Stellungnahme vom 22. Juni 2021 (Vi-act. 188) einging, namentlich nicht auf seine belegten Auslagen, sondern die Rückforderung ohne weitere Begründung verfügte. Damit bleibt in der Tat nicht nachvollziehbar, warum die Vorinstanz die Rückforderung allein auf den Einnahmen abzüglich 20%-Pauschale errechnete und all die Auslagen, welche der Beschwerdeführer entgegen der Aussage im Einspracheentscheid belegt hat (vgl. Vi-act. 246 und 188 je mit Beilagen), unberücksichtigt blieben. Ob darin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt, welche zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen muss, kann aufgrund nachfolgender Ausführungen offenbleiben.

4.2 Vi-act. 241 enthält eine 'Zusammenfassung Rückforderung'. Darin wird von Januar 2019 bis April 2021 aufgelistet, was dem Beschwerdeführer an Taggeldern bereits ausbezahlt wurde (Fr. 152'638.70) und wie hoch sein Anspruch effektiv ist (Fr. 135'686.55), was zu einer Rückforderung von Fr. 16'952.15 führt. Ausser den monatlichen Zahlen lässt sich der Zusammenfassung aber nichts entnehmen, was die Rechtmässigkeit der Rückforderung nachvollziehen liesse. Einzig die Beträge 'bereits bezahlt' lassen sich auf Übereinstimmung mit den monatlichen Abrechnungen überprüfen (so stimmt etwa Februar 2020 mit der Abrechnung vom 25.3.2020 überein [Fr. 5'124.80, Vi-act. 414], ebenso der Januar 2019 mit der Abrechnung vom 30.4.2019 [Fr. 80.20; Vi-act. 480]; andere lassen aber auch Fragen offen, vgl. etwa Juni 2019, Vi-act. 465, oder April 2019, Vi-act. 476, etc.).

Mit der Vernehmlassung reichte die Vorinstanz eine Übersicht der total angerechneten Zwischenverdienste (ohne unbestrittene Altersvorsorge, Fr. 2'964.45) von Januar 2019 bis Dezember 2021 ein (Vernehmlassungsbeilage 2). Daraus ist ersichtlich, dass als Zwischenverdienst neben der selbständigen Erwerbstätigkeit noch die Entschädigung H._____, sowie ein Lohn 'E._____', 'F._____' AG' und G._____ angerechnet wurden. Am 18. Juni 2021 wurden für alle Monate Januar 2019 bis Mai 2021 neue Abrechnungen erstellt (Vi-

act. 212 - 240). Die darin unter 'Zwischenverdienst brutto' vermerkten Beträge stimmen dabei mit der Übersicht überein.

Zählt man allein den Zwischenverdienst Selbständigkeit Januar 2019 bis Mai 2021 zusammen, so erhält man einen Betrag von Fr. 23'486.76. Wie sich trotz dieser Zahl die Rückforderung von Fr. 16'351.30 ergibt, bleibt in Anbetracht der Aussage der Vorinstanz, die Rückforderung betreffe allein den Zwischenverdienst Selbständigkeit, nicht nachvollziehbar.

Bezüglich Entschädigung H._____ führte die Vorinstanz aus, Fr. 1'124.45 seien nicht anrechenbarer Nebenverdienst (da bereits vor der Arbeitslosigkeit im Durchschnitt so bezogen). Einzig was darüber hinausgehe, sei Zwischenverdienst. Dies ist nicht grundsätzlich zu beanstanden, stellt doch die Steigerung eines Nebenverdienstes rechtsprechungsgemäss Zwischenverdienst dar (vgl. VGE II 2022 4 vom 26.4.2022 Erw. 3.2.3). Für Juni 2020 wird in der Übersicht der Vorinstanz ein Zwischenverdienst H._____ von Fr. 1'792.05 aufgeführt (Vernehmlassungsbeilage 2). Gemäss Lohnabrechnung Juni 2020 verdiente er brutto Fr. 1'754.80, was mit der Aussage, Fr. 1'124.45 würden nicht angerechnet, nicht vereinbar ist. Nachvollziehbar ist es nur, wenn man beachtet, dass mit der Lohnzahlung Juni 2020 die Arbeitsstunden Mai 2020 vergütet wurden und die Lohnzahlung Juni 2020 daher als Zwischenverdienst Mai 2020 (Fr. 630.35) berücksichtigt wird (Fr. 1'124.45 + Fr. 630.35 = Fr. 1'754.80; vgl. Vi-act. 400). Die Lohnabrechnung Juli 2020 beträgt brutto Fr. 2'916.50 und wird für die Arbeitsstunden Juni ausbezahlt. Dies ergibt dann den erwähnten Zwischenverdienst Juni 2020 von Fr. 1'792.05 (Fr. 2'916.50 - Fr. 1'124.45). Allerdings wird dann in der Übersicht für November 2020 kein Zwischenverdienst ausgewiesen, obwohl gemäss Lohnabrechnung Dezember 2020 für die Arbeit November 2020 ein solcher von > Fr. 1'124.45 erzielt wurde (vgl. Vi-act. 370). Damit stellen sich auch Fragen bezüglich Anrechnung Entschädigung H._____.

Keine Fragen wirft die Anrechnung Zwischenverdienst E._____ auf, wo monatlich ein Bruttolohn von Fr. 500.-- geleistet und auch in der Übersicht aufgeführt wurde (vgl. beispielhaft Vi-act. 329).

Für den Zwischenverdienst bei der F._____ AG liegt eine Abrechnung April 2021 im Recht (Vi-act. 299). Demgemäss bestätigte die Arbeitgeberin einen AHV-pflichtigen Bruttolohn von Fr. 1'097.--. In der Übersicht werden für April 2021 dann aber Fr. 996.-- aufgeführt (Vernehmlassungsbeilage 2). Im Mai 2021 wird ein Bruttolohn von Fr. 752.50 deklariert; in der Übersicht Fr. 682.-- aufgeführt. Auch die Zahlen Oktober 2021 stimmen nicht überein (vgl. Vi-act. 75). Mit hin sind auch diese Beträge nicht einfach nachvollziehbar.

Damit wird die Richtigkeit der Berechnungen nicht grundsätzlich in Frage gestellt; aber die Darstellung des Beschwerdeführers, die Berechnungen seien nicht nachvollziehbar und damit nicht kontrollierbar, entbehren nicht einer Grundlage. Auch wenn aufgrund von - vom Beschwerdeführer verursachten - Nichtdeklarationen und Nachmeldungen mehrfache Abrechnungen erstellt werden mussten, so müsste dennoch erwartet werden können, dass die definitive Abrechnung erklärbar und damit nachvollziehbar erstellt werden kann. Dies ist vorliegend nicht der Fall, lässt sich aber allenfalls mit einer weiteren Besprechung mit dem Beschwerdeführer klären.

4.3.1 Der Hauptstreitpunkt bezieht sich auf den Zwischenverdienst aus der selbständigen Erwerbstätigkeit. Diesbezüglich ist festzustellen, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 25. Juni 2021 von den gemeldeten Einnahmen ausgeht (vgl. Vi-act. 244 und 177), also den vom Beschwerdeführer vereinnahmten Provisionen und Courtagen (wobei der Beschwerdeführer die Richtigkeit des Betrags 2021 bestreitet). Davon zog sie eine Pauschale von 20% ab, jedoch keine Material- und Warenkosten. Im Einspracheentscheid macht sie dann geltend, korrekterweise hätte man einen orts- und branchenüblichen Lohn anrechnen müssen, da gemäss Gesetz der anrechenbare Zwischenverdienst mindestens diesem zu entsprechen habe. Die Verfügung sei jedoch für den Beschwerdeführer günstiger, weshalb sie nicht auf den höheren orts- und branchenüblichen Lohn korrigiert werde. Ausgeschlossen seien aber auch weitere Reduktionen, wie sie der Beschwerdeführer verlange.

4.3.2 Fest steht, dass die Vorinstanz in der Verfügung nicht - wie es gemäss Einspracheentscheid korrekt wäre - vom orts- und branchenüblichen Lohn ausging, sondern von den effektiven Zahlen. Warum sie aber dennoch die Material- und Warenkosten nicht vom Bruttoeinkommen abzog, wie dies Art. 41a Abs. 5 AVIV verlangt, hat sie nicht begründet. Entgegen der Darstellung im Einspracheentscheid hat der Beschwerdeführer bei mehreren Gelegenheiten Buchhaltungseinträge und auch Belege eingereicht, so dass die von ihm geltend gemachten Kosten nachvollziehbar sind (vgl. etwa Vi-act. 113 - 150; 180 - 211; 249 - 271). Sollten diese von der Vorinstanz nicht als Material- und Warenkosten im Sinne des Gesetzes anerkannt werden können, so wäre dies zumindest zu begründen und nicht alle Kosten kommentarlos unberücksichtigt zu lassen.

4.3.3 Soweit dann die Vorinstanz im Einspracheentscheid von der in der Verfügung vorgenommenen Berechnung abweicht und als Zwischenverdienst auf mindestens den orts- und branchenüblichen Lohn abstellt, so gilt es auf die eingangs erwähnte Rechtsprechung hinzuweisen (vgl. oben Erw. 2.4.3). Mit der

Mindestanrechnung des orts- und branchenüblichen Lohnes soll der Lohndrückerei, dem Missbrauch vorgebeugt werden. Im Fokus hatte der Gesetzgeber in erster Linie die unselbständigen Erwerbstätigen; die Regel gilt aber auch für die selbständigen Erwerbstätigen. Bei diesen kann jedoch nicht einfach ein orts- oder branchenüblicher Lohn herangezogen werden, wenn von der versicherten Person ein tieferes Bruttoeinkommen geltend gemacht wird. Vielmehr ist eine Korrektur nur dann angezeigt, wenn feststeht, dass die versicherte Person für ihre Tätigkeit nicht branchenübliche Ansätze anwendet oder gar unentgeltlich arbeitet. Bestehen hierfür keine Anhaltspunkte, besteht kein Grund, die Missbrauchsklausel anzuwenden, liegt dann doch kein Missbrauch vor (vgl. auch BGE 120 V 515 Erw. 5). Diese Prüfung aber hat die Vorinstanz gar nicht vorgenommen. Sie hat nicht untersucht, ob der Beschwerdeführer für seine Tätigkeit branchenübliche Ansätze verlangt oder Leistungen gar unentgeltlich erbringt, so dass korrigierend eingegriffen werden müsste. Dies aber wäre Voraussetzung, damit auf den orts- und branchenüblichen Lohn abgestellt werden kann (was diesen Lohn anbelangt, so ist die Berechnung der Vorinstanz [Vi-act. 49] nicht zu beanstanden; vgl. auch Urteil Sozialversicherungsgericht Zürich, AL.2018.00334 vom 21.3.2019 Erw. 4.3).

4.4 Damit aber erweist sich die Beschwerde insgesamt als begründet. Der Einspracheentscheid ist aufzuheben und die Sache zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei gilt es in einem ersten Schritt, die Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers als selbständiger Versicherungsberater auf die Branchenüblichkeit der angewendeten Ansätze hin zu überprüfen. Nur wenn Anhaltspunkte bestehen, dass er weniger oder gar nichts verlangt, mithin in Abweichung von der Branchenüblichkeit auf Einkünfte verzichtet, rechtfertigt es sich, auf den orts- und branchenüblichen Lohn abzustellen. Andernfalls gilt es in einem nächsten Schritt, vom ausgewiesenen Bruttoeinkommen die Material- und Warenkosten abzuziehen. Soweit die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Kosten nicht als solche gemäss Art. 41a Abs. 5 AVIV anerkannt werden können (vgl. oben Erw. 2.4.2), ist dies zu begründen. Schliesslich ist noch der Pauschalabzug von 20% vorzunehmen. Das Ergebnis bildet den anrechenbaren Zwischenverdienst für die selbständige Erwerbstätigkeit.

5.1 Es werden keine Kosten erhoben (Art. 61 lit. ^fbis ATSG).

5.2 Nachdem der beanwaltete Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren obsiegt, ist ihm zu Lasten der Vorinstanz eine Parteienschädigung zuzusprechen (Art. 61 lit. g ATSG). Die Parteienschädigung ist in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Ja-

nuar 1975, welcher für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht, und unter Beachtung der in § 2 des Gebührentarifs enthaltenen Kriterien sowie in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf insgesamt Fr. 2'500.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festzusetzen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 10. Dezember 2021 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz hat dem beanwalteten Beschwerdeführer eine Parteidenschädigung von Fr. 2'500.-- (Barauslagen und MwSt) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).
Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (2/R)
 - die Vorinstanz (EB)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 17. Mai 2022

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 20. Mai 2022

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II

