

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2009/15 vom 7. Mai 2010**

Sg Versicherungsgericht, 2010-05-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2009\\_15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2009_15)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2009/15 du 7 mai 2010

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2009/15 del 7 maggio 2010

## **Regeste**

Art. 95 Abs. 1 und 24 AVIG, Art. 25 Abs. 1, 43 und 53 Abs. 2 ATSG. Rückforderung von Taggeldleistungen wegen Nichtangabe von Zwischenverdienst. Der Rückforderungsbetrag von Fr. 931.85 ist erheblich, zumal die Rückforderung durch ein Fehlverhalten der Beschwerdeführerin verursacht wurde (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 7. Mai 2010, AVI 2009/15).

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Vorab ist zu prüfen, ob - wie die Beschwerdeführerin dies beantragt - nur die Rückforderung betreffend Mai 2008 Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet, oder ob das Gericht - wie die Beschwerdegegnerin dies geltend macht - den gesamten fraglichen Zeitraum, in dem die Beschwerdeführerin Arbeitslosenentschädigung bezogen hat (also Februar bis und mit Mai 2008), prüfen kann.

### **E. 1.2**

Gemäss bundesgerichtlicher Begriffsbeschreibung sind Anfechtungsgegenstand und Streitgegenstand identisch, wenn die Verwaltungsverfügung bzw. vorliegend der Einspracheentscheid insgesamt angefochten wird. Bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einen Teil des durch die Verfügung bzw. den Einspracheentscheid bestimmten Rechtsverhältnisses, gehören die nicht beanstandeten Teilaspekte des verfügungsweise festgelegten Rechtsverhältnisses zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand. In der Verwaltungsverfügung bzw. im Einspracheentscheid festgelegte - somit Teil des Anfechtungsgegenstands bildende -, aber auf Grund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitige - somit nicht zum Streitgegenstand zählende - Fragen prüft das Gericht nur, wenn die nicht beanstandeten Punkte in engem Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen. Nach der Rechtsprechung bilden Anfechtungsgegenstand im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, formell betrachtet, Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) und - materiell - die in den Verfügungen geregelten Rechtsverhältnisse. Streitgegenstand bildet demgegenüber das auf Grund der Beschwerdebegehren tatsächlich angefochtene, somit als Prozessthema vor das Gericht gezogene Rechtsverhältnis. Nach dieser Umschreibung beziehen sich Anfechtungs- und Streitgegenstand auf ein (materielles) Rechtsverhältnis. Streitgegenstand ist mithin nicht der beschwerdeweise beanstandete "Teil des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses". Vielmehr erfolgt die begriffliche Unterscheidung von Streit- und Anfechtungsgegenstand auf der Ebene von Rechtsverhältnissen. Bezieht sich also die

Beschwerde nur auf einzelne der durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisse, gehören die nicht beanstandeten - verfügungsweise festgelegten - Rechtsverhältnisse zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand (BGE 125 V 413, mit Hinweisen).

### **E. 1.3**

Der angefochtene Einspracheentscheid befasst sich mit dem ganzen fraglichen Zeitraum von Februar bis und mit Mai 2008, wobei er - in Abweichung der zu überprüfenden Verfügung - eine Rückerstattung für die Monate Februar bis und mit April 2008 verneint. Nach dem vorstehend Gesagten gehört damit der gesamte Zeitraum von Februar bis und mit Mai 2008 zum Anfechtungsgegenstand. Das zu prüfende Rechtsverhältnis ist die Rückforderung von Arbeitslosentaggeldern infolge eines nicht angegebenen Zwischenverdiensts der Beschwerdeführerin beim Restaurant A.\_\_\_\_. Diesbezüglich ist im vorliegenden Verfahren umstritten, seit wann und in welchem Umfang der Beschwerdeführerin ein Zwischenverdienst angerechnet werden kann. Damit bezieht sich der gesamte fragliche Zeitraum auf ein einziges Tatsachen- und Rechtsverhältnis, nämlich die Tätigkeit der Beschwerdeführerin für das Restaurant A.\_\_\_\_, so dass auch die Rückforderung für die Monate Februar bis und mit April 2008 zum Anfechtungsgegenstand gehört und wegen des engen Sachzusammenhangs mit dem Streitgegenstand vom Gericht überprüft werden kann. Daran ändert nichts, dass über den Zwischenverdienst monatlich abgerechnet wird. Im Übrigen ist das Gericht nicht an die Begehren der Parteien gebunden (Art. 61 lit. d des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

### **E. 2**

Nach Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Eine Leistung in der Sozialversicherung ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zurückzuerstatten, wenn in verfahrensrechtlicher Hinsicht entweder die für die (prozessuale) Revision oder die für die Wiedererwägung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sind nun in Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG umschrieben, wobei es sich im Wesentlichen um eine Kodifizierung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Anforderungen an ein Zurückkommen auf eine rechtsbeständig gewordene Verfügung handelt. 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, 2. Auflage, Art. 53 N 28b). Taggeldabrechnungen 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] C 7/02 vom 14. Juli 2003, BGE 125 V

476 E. 1; 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 Falle 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 (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. 3**

Nach Art. 24 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags (Art. 24 Abs. 1 AVIG). 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 (Art. 24 Abs. 3 Satz 1 AVIG). Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstaufschlags in Form von Differenzausgleich ist die Förderung der Annahme lohnmässig unzumutbarer Arbeiten. Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung soll verhindert werden, dass die versicherten Personen einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (vgl. Urteil des EVG vom 13. Oktober 2006, C 139/2006 E. 2.1, mit Hinweisen). Die berufs- und ortsübliche Entlohnung kann aufgrund von Gesetzesvorschriften, Lohnstatistiken, branchen- oder firmenüblichen Massstäben, Musterverträgen oder Gesamtarbeitsverträgen festgestellt werden. Allenfalls können auch Richtlinien von Berufsverbänden herangezogen werden (Kreisschreiben des SECO über die Arbeitslosenentschädigung, Stand Januar 2007, Rz C 134). Als Erwerbstätigkeit oder Zwischenverdienst im Sinn der Arbeitslosenversicherung kommt nicht nur eine während der üblichen Arbeitszeit tagsüber verrichtete Beschäftigung in Frage (Urteil des EVG vom 9. April 2002, C 433/2000 E. 2a). Auch entfällt die Anrechnung eines berufs- und ortsüblichen Einkommens nicht deshalb, weil aus der Tätigkeit kein Verdienst resultiert. Vielmehr ist eine Anrechnung hypothetischen Einkommens im Licht der mit der Zwischenverdienstregelung angestrebten Zielsetzung gerechtfertigt (Urteil des EVG vom 16. April 2002, C 12/2001 E. 2b).

### **E. 4**

Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat die verfügende Behörde von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 122 V 158 E. 1a). Diese sind in Art. 28 und Art. 43 Abs. 2 und Abs. 3 ATSG geregelt. Gemäss Art. 28 Abs. 2 ATSG muss eine Person, welche Versicherungsleistungen beansprucht, unentgeltlich alle Auskünfte erteilen, die zur Abklärung des Anspruchs und zur Festsetzung der Versicherungsleistungen erforderlich sind. Kommen die versicherte Person oder andere Personen, die Leistungen beanspruchen, den Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten in unentschuldbarer Weise nicht nach, so kann der Versicherungsträger auf Grund der Akten verfügen oder die Erhebungen einstellen und

Nichteintreten beschliessen. Er muss diese Personen vorher schriftlich mahnen und auf die Rechtsfolgen hinweisen; ihnen ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen (Art. 43 Abs. 1 ATSG).

### **E. 5.1**

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin mehrfach aufgefordert, ihr die Arbeitgeberbescheinigungen des Restaurants A.\_\_\_\_ für jeden Monat, in dem sie gearbeitet habe, einzureichen (act. G 27.1 bis 27.3). Mit Schreiben vom 25. September 2008, das sie als "letzte Mahnung" bezeichnet hat, hat die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie die ganze Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum vom 25. Februar bis 24. Mai 2008 zurückfordern werde, falls sie (die Beschwerdeführerin) die gewünschten Unterlagen nicht einreichen werde (act. G 27.2). Damit hat die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin grundsätzlich in rechtskonformer Weise auf die im Fall einer Säumnis eintretende Rechtsfolge aufmerksam gemacht.

### **E. 5.2**

Aufgrund der Parteivorbringen ist strittig, in welchen Monaten die Beschwerdeführerin für das Restaurant A.\_\_\_\_ gearbeitet hat. Während die Beschwerdeführerin vorbringt, nur im Mai 2008 dort tätig gewesen zu sein und ihrem Bruder ausgeholfen zu haben, macht die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren (zumindest sinngemäss) geltend, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin auch in den Monaten Februar bis und mit April 2008 im Restaurant A.\_\_\_\_ tätig gewesen sei; entsprechende Abklärungen hat die Beschwerdegegnerin nicht getroffen. Diese Versäumnisse können vorliegend nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden, wie die Beschwerdegegnerin dies im Rahmen ihrer Beschwerdeantwort sinngemäss verlangt. Zwar hat die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen keine Arbeitgeberbescheinigung des Restaurants A.\_\_\_\_ eingereicht, doch bezog sich die betreffende Aufforderung der Beschwerdegegnerin ausdrücklich auf Bescheinigungen (nur) für diejenigen Monate, in welchen sie für das Restaurant A.\_\_\_\_ gearbeitet habe (act. G 27.3). Nachdem die Beschwerdeführerin stets geltend gemacht hat, lediglich im Mai 2008 für das Restaurant A.\_\_\_\_ tätig gewesen zu sein, und sich aus den Akten nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit etwas anderes ergibt, kann der Beschwerdeführerin einzig die Nichteinreichung der Arbeitgeberbescheinigung für Mai 2008, nicht jedoch für Februar bis und mit April 2008 angelastet werden. Darüber hinaus gibt es in den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin bereits vor Mai 2008 im Restaurant A.\_\_\_\_ gearbeitet hat. So hat ihr Bruder das Restaurant denn auch erst Anfang Mai 2008 übernommen, wie dem E-Mail-Verkehr zwischen dem Amt für Wirtschaft und der Kantonspolizei vom Mai 2008 entnommen werden kann (act. G 19.1). Hiervon ist zuvor offenbar auch die Beschwerdegegnerin ausgegangen, hat sie im Einspracheentscheid doch festgehalten, dass Restaurant A.\_\_\_\_ sei offenbar am 1. April (richtig: 1. Mai) 2008 eröffnet worden. Es habe demnach für die beiden Monate Februar und März 2008 keine Bescheinigung über Zwischenverdienst eingereicht werden müssen. Dafür, dass die Beschwerdeführerin im April 2008 für das Restaurant tätig gewesen sei, gebe es keine Beweismittel (act. G 11.11). Unter diesen Umständen ist mit der Beschwerdegegnerin davon auszugehen, dass bezüglich einer allfälligen Tätigkeit der Beschwerdeführerin für das Restaurant A.\_\_\_\_ in den Monaten Februar bis und mit April 2008 von Beweislosigkeit auszugehen ist. Die Folgen dieser Beweislosigkeit hat jedoch nicht die Beschwerdeführerin, sondern die Beschwerdegegnerin zu tragen, leitet sie doch

aus der behaupteten Zwischenverdiensttätigkeit Rückforderungsansprüche ab. Weitere Abklärungen erscheinen diesbezüglich nicht angezeigt, sind davon doch angesichts des Zeitablaufs und des Umstands, dass wohl einzig die Befragung des Bruders der Beschwerdeführerin in Frage käme, keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten Februar bis und mit April 2008 nicht für das Restaurant A.\_\_\_\_ tätig gewesen ist.

### **E. 5.3**

Was die Rückforderung der für den Monat Mai 2008 ausbezahlten Taggelder anbelangt, ist diese grundsätzlich zu Recht erfolgt. So war die Beschwerdegegnerin für die Berechnung des Zwischenverdiensts auf die betreffende Arbeitgeberbescheinigung angewiesen. Die Beschwerdegegnerin hat diese Bescheinigung trotz mehrfacher Aufforderung und trotz des ausdrücklichen Hinweises auf die Rechtsfolge im Unterlassungsfall nicht eingereicht. Dadurch hat die Beschwerdeführerin die konkrete Anrechnung der im Mai 2008 anerkanntermassen ausgeübten Zwischenverdiensttätigkeit verunmöglicht. Unter diesen Umständen ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin - androhungsgemäss - die gesamte für Mai 2008 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung zurückgefordert hat (vgl. auch Entscheid des Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen vom 30. Mai 2008, AVI 2007/113 E. 5). Allerdings stellt sich die Frage, ob die formellen Voraussetzungen (vgl. E. 2) für ein Zurückkommen auf die Rückforderung der im Mai 2008 ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung in Höhe von Fr. 931.85 erfüllt sind. Da die Beschwerdegegnerin bzw. die Arbeitslosenversicherung am 30. Mai 2008 mit einer Kopie des Kontrollberichts vom 16. Mai 2008 bedient worden war (act. G 11.23), stellt dieser Bericht betreffend die Rückforderung für die für Mai 2008 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung kein neues Beweismittel und damit keinen Revisionsgrund im Sinn von Art. 53 Abs. 1 dar. Folglich müssen für eine Rückforderung die Voraussetzungen der Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG erfüllt sein. Gemäss dieser Bestimmung kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Ersteres ist nach dem oben Gesagten ohne weiteres zu bejahen. Was die Erheblichkeit der Rückforderung anbelangt, so gibt es hierfür keine allgemeingültige betragliche Grenze (vgl. Kieser, a.a.O., Art. 53 N 34, mit Hinweisen). In einem Entscheid vom 25. Februar 2009 (9C\_828/2008 E. 6) hat das Bundesgericht festgehalten, bei periodischen Leistungen werde die Erheblichkeit praktisch immer bejaht, bei punktuellen Leistungen liege die Grenze praxisgemäss bei ungefähr Fr. 500.--. Unter diesen Umständen ist die Erheblichkeit vorliegend zu bejahen, zumal die Rückforderung durch ein Fehlverhalten der Beschwerdeführerin (und nicht etwa durch ein Versehen oder einen Fehler der Beschwerdegegnerin) verursacht wurde.

### **E. 5.4**

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

### **E. 5.5**

Der Beschwerdeführerin wurde die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung am 2. Juni 2009 bewilligt (act. G 12). Wenn ihre wirtschaftlichen Verhältnisse es gestatten, kann sie jedoch zur Nachzahlung der Auslagen für die Vertretung und der vom Staat entschädigten Parteikosten verpflichtet werden (Art. 288 Abs. 1 ZPO/SG).

i.V.m. Art. 99 Abs. 2 VRP/SG).

#### **E. 5.6**

Der Staat ist zufolge unentgeltlicher Rechtsverteidigung zu verpflichten, für die Kosten der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin aufzukommen. Am 3. Dezember 2009 hat der Vertreter der Beschwerdeführerin eine Kostennote über Fr. 2'262.70 (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) eingereicht (act. G 23). Diese basiert auf einem reduzierten Ansatz von Fr. 200.-- pro Stunde und erscheint angemessen. Somit hat der Staat den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit Fr. 2'262.70 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Der Staat hat den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit Fr. Fr. 2'262.70 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.