

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/95 vom 16. Juli 2010**

Sg Versicherungsgericht, 2010-07-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2010\\_95](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2010_95)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/95 du 16 juillet 2010

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/95 del 16 luglio 2010

## **Regeste**

Art. 15 Abs. 2; Art. 94 Abs. 1; Art. 95 Abs. 1, 1bis AVIG; Art. 40b AVIV; Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 70 ATSG; Rückerstattung. Versicherte bezog Arbeitslosenentschädigung aufgrund Vorleistungspflicht der Arbeitslosenkasse. Nachträglich wurde eine IV-Viertelsrente gewährt. Nachträgliche Anpassung des versicherten Verdiensts auch bei Anwendung eines Pauschalsatzes. Verbleibende Erwerbsfähigkeit entspricht der Differenz zwischen 100% und dem IV-Grad. Rückerstattung der in diesem Zeitraum aufgrund der Vorleistungspflicht der ALV zu viel bezogenen Arbeitslosentaggelder maximal bis zum Betrag der im gleichen Zeitraum bezogenen IV-Leistungen. Rest wird provisorisch mit möglichen Leistungen des BV-Versicherers verrechnet. Kein Anwendungsfall grosser Härte, da bloss Verrechnung erfolgt (Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. August 2011, AVI 2010/95). Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Christiane Gallati Schneider und Marie Löhner; a.o. Gerichtsschreiber David Zünd Entscheid vom 24. August 2011 in Sachen A.\_\_\_\_, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Romeo Minini, Gotthardstrasse 21, Postfach 1959, 8027 Zürich, gegen UNIA Arbeitslosenkasse, Sterneggweg 3, 8706 Meilen, Beschwerdegegnerin, betreffend Rückerstattung von Taggeldleistungen (Koordination IV, BV) Sachverhalt:

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der vorliegende Sachverhalt ereignete sich vollständig vor Inkrafttreten der im Zuge der 4. AVIG-Revision revidierten Bestimmungen des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0). Die neuen Normen sind am 1. April 2011 in Kraft getreten. Entsprechend den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln beurteilt sich der vorliegende Sachverhalt nach den zum Zeitpunkt von dessen Verwirklichung anwendbaren Gesetzen und somit auch nach den AVIG-Normen vor der 4. AVIG-Revision.

### **E. 1.2**

Art. 70 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sieht vor, dass die berechnete Person Vorleistung verlangen kann, wenn ein Versicherungsfall einen Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen begründet, aber Zweifel darüber bestehen, welche Sozialversicherung die Leistungen zu erbringen hat. Gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG ist die Arbeitslosenversicherung für Leistungen, deren Übernahme durch die Arbeitslosenversicherung, die Krankenversicherung, die Unfallversicherung oder die

Invalidenversicherung umstritten ist, vorleistungspflichtig. Gemäss Art. 71 ATSG erbringt der vorleistungspflichtige Versicherungsträger die Leistungen nach den für ihn geltenden Bestimmungen; wird der Fall von einem anderen Träger übernommen, so hat dieser die Vorleistungen im Rahmen seiner Leistungspflicht zurückzuerstatten (BGE 136 V 195 E. 3.2 und E. 3.3).

### **E. 1.3**

Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung mit Ausnahme der Fälle von Art. 55 AVIG (Rückerstattung von Insolvenzenschädigung) nach Art. 25 ATSG. Nach Abs. 1 Satz 1 der letztgenannten Bestimmung sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Art. 95 Abs. 1 bis AVIG hält fest, dass eine versicherte Person, die Arbeitslosenentschädigung bezogen hat und später für denselben Zeitraum Renten oder Taggelder der Invalidenversicherung, der beruflichen Vorsorge, der Erwerb ersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz, der Militärversicherung, der obligatorischen Unfallversicherung, der Krankenversicherung oder gesetzliche Familienzulagen erhält, zur Rückerstattung der in diesem Zeitraum bezogenen Arbeitslosentaggelder verpflichtet ist. In Abweichung von Art. 25 Abs. 1 ATSG beschränkt sich die Rückforderungssumme auf die Höhe der von den obgenannten Institutionen für denselben Zeitraum ausgerichteten Leistungen. Rückforderungen und fällige Leistungen aufgrund des AVIG können gemäss Art. 94 Abs. 1 AVIG sowohl untereinander als auch mit Rückforderungen sowie fälligen Renten und Taggeldern der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV), der Invalidenversicherung, der beruflichen Vorsorge, der Erwerb ersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz, der Militärversicherung, der obligatorischen Unfallversicherung, der Krankenversicherung sowie von Ergänzungsleistungen zur AHV/IV und von gesetzlichen Familienzulagen verrechnet werden (BGE 136 V 195 E. 3.4). Eine Leistung in der Sozialversicherung ist nach ständiger Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (heute: Bundesgericht) nur zurückzuerstatten, wenn in verfahrensrechtlicher Hinsicht entweder die für die Wiedererwägung oder die für die prozessuale Revision erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. In Art. 53 ATSG hat diese Rechtsprechung nun eine formellgesetzliche Fassung erhalten. Danach kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Demgegenüber ist der Versicherungsträger verpflichtet, mittels sogenannter prozessualer Revision auf eine formell rechtskräftige Verfügung oder einen Einspracheentscheid zurückzukommen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel entdeckt werden, die zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen, in diesem Sinn also erheblich sind. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung stellt die rückwirkende Zusprechung einer Invalidenrente hinsichtlich formlos erbrachter Taggeldleistungen der Arbeitslosenversicherung eine neue erhebliche Tatsache dar, deren Unkenntnis die Arbeitslosenkasse nicht zu vertreten hat, weshalb ein Zurückkommen auf die ausgerichteten Leistungen auf dem Wege der prozessualen Revision im Allgemeinen als zulässig erachtet wird (BGE 132 V 357 E. 3.1 mit Hinweisen).

### **E. 1.4**

Im Regelfall wird der versicherte Verdienst auf der Basis des im Sinn der AHV-Gesetzgebung massgebenden Lohnes bemessen, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt

wurde (Art. 23 Abs. 1 AVIG). Der Bundesrat hat in Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02) den Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst festgelegt. In der Regel entspricht der auf diese Weise definierte Lohn der aktuellen Leistungsfähigkeit der arbeitslosen Person. Allfällige gesundheitsbedingte Leistungseinbussen können sich naturgemäss nur im Lohn niederschlagen, wenn sie nicht unmittelbar vor oder sogar erst während der Arbeitslosigkeit entstanden sind. Tritt mit anderen Worten eine gesundheitsbedingte Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit unmittelbar vor oder während der Arbeitslosigkeit ein, so entspricht die aktuelle Leistungsfähigkeit nicht mehr derjenigen vor der Arbeitslosigkeit, welche die Lohnbasis bildete. Weil der Lohn vor Eintritt der Arbeitslosigkeit aber Bemessungsgrundlage für den versicherten Verdienst darstellt, muss in diesen Fällen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Anpassung nach Art. 40b AVIV erfolgen. Eine Korrektur gemäss Art. 40b AVIV ist daher durchzuführen, wenn der versicherte Verdienst auf einem Lohn beruht, den die versicherte Person im Zeitpunkt der Arbeitslosigkeit auf Grund einer zwischenzeitlich eingetretenen Invalidität nicht mehr erzielen könnte. Unmittelbarkeit im Sinn von Art. 40b AVIV liegt also dann vor, wenn sich die gesundheitsbedingte Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit (noch) nicht im Lohn niedergeschlagen hat, der gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 37 AVIV Bemessungsgrundlage für den versicherten Verdienst bildet (BGE 133 V 534 f. E. 4.1.2). Durch das Abstellen auf die verbleibende Erwerbsfähigkeit im Sinn von Art. 40b AVIV soll verhindert werden, dass die Arbeitslosenentschädigung auf einem Verdienst ermittelt wird, den die versicherte Person nicht mehr erzielen könnte. Die Verordnungsbestimmung betrifft nicht allein die Leistungskoordination zwischen Arbeitslosen- und Invalidenversicherung, sondern - in allgemeiner Weise - die Abgrenzung der Zuständigkeit der Arbeitslosenversicherung gegenüber anderen Versicherungsträgern nach Massgabe der Erwerbsfähigkeit. Sinn und Zweck der Verordnungsbestimmung ist mit anderen Worten, die Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung auf einen Umfang zu beschränken, der sich nach der verbleibenden Erwerbsfähigkeit der versicherten Person während der Dauer der Arbeitslosigkeit auszurichten hat. Dies gilt nach der bundesrichterlichen Rechtsprechung auch dann, wenn der versicherte Verdienst aufgrund von Pauschalansätzen nach Art. 41 AVIV festgelegt wurde und nicht nach dem Regelfall von Art. 23 AVIG (Urteil des Bundesgerichts vom 14. September 2007, C 154/06, E. 7.2 mit Hinweis).

## **E. 2**

Im vorliegenden Fall ist die grundsätzliche Rückerstattungspflicht - namentlich das Vorhandensein eines Rückkommenstitels (Rentenzusprache) - für den von der Beschwerdegegnerin festgesetzten Zeitraum zu Recht nicht umstritten. Umstritten ist hingegen, ob und in welchem Umfang die bereits ausgezahlten Leistungen der Beschwerdegegnerin zurückgefordert beziehungsweise die Rückforderung mit Leistungen der IV und beruflichen Vorsorge verrechnet werden kann.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin erhielt ab 4. Dezember 2008 Arbeitslosenentschädigung. Als versicherter Verdienst wurde der Pauschalansatz von Fr. 102.- gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. c AVIV herangezogen (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen AVI 2009/102 vom 1. September 2010). Bei diesem Pauschalansatz wird keine verminderte Erwerbsfähigkeit angenommen. Man geht im Gegenteil davon aus, dass die arbeitslose

Person zu 100% erwerbsfähig ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 14. September 2007, C 154/06, E. 7.4). Da der verwendete Pauschalansatz von einer Erwerbsfähigkeit von 100% ausgeht und die Beschwerdeführerin gemäss der Feststellung der IV nur noch zu 58% erwerbsfähig war, war nach der angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine nachträgliche Anpassung des versicherten Verdiensts gemäss Art. 40b AVIV vorzunehmen. Dabei konnte die Beschwerdegegnerin die verbleibende Erwerbsfähigkeit als Differenz von 100% und dem von der IV verfügbaren Invaliditätsgrad von 42% berechnen (vgl. das Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung vom Januar 2007 [KS-ALE], Rz C28). Die Beschwerdeführerin war demzufolge noch zu 58% erwerbsfähig und der versicherte Verdienst auf 58% des Pauschalansatzes von Fr. 102.- (Art. 41 Abs. 1 lit. c AVIV) zu kürzen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 14. September 2007, C 154/06, E. 7.6). 2.2 Die Beschwerdegegnerin ging in diesem Sinn vor: Sie reduzierte den versicherten Verdienst von Fr. 2'213.-- um 42% auf Fr. 1'248.-- ab 1. Juni 2009. Bis zum Ablauf des Höchstanspruchs von 260 Taggeldern im Dezember 2009 resultierte so eine Rückforderung in der Höhe von Fr. 5'369.20 (act. G 7.1/12-12.7). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Berechnung fehlerhaft sein soll, wie dies von der Beschwerdeführerin vorsorglich bestritten, aber nicht näher begründet wird. Die Berechnung der Rückforderung ist rechtens.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin rügt, der rückgeforderte Betrag sei gemäss der Verfügung der IV vom 12. August 2010 im Umfang von Fr. 2'622.15 bereits bei der rückwirkenden Auszahlung seitens der IV abgezogen worden (act. G 10.1/93). Es bestehe somit kein Raum für eine weitere, darüber hinausgehende Rückforderung. Es trifft zu, dass die IV bei der Rentenverfügung vom 12. August 2010 einen Betrag von Fr. 2'622.15 zurückbehalten bzw. mit Leistungen der Beschwerdegegnerin verrechnet hat. Dabei handelt es sich nicht um eine neuerliche Rückforderungsverfügung, wofür die IV auch gar nicht zuständig wäre. Vielmehr geht es hier einzig um den Vollzug der von der Beschwerdegegnerin verfügbaren Rückforderung zu viel ausbezahlter Arbeitslosentaggelder mit Leistungen der IV in der Höhe von Fr. 2'622.15. Die Beschwerdegegnerin hat korrekterweise berücksichtigt, dass sie gemäss Art. 95 Abs. 1 bis AVIG die Rückforderung auf maximal die von der IV der Beschwerdeführerin rückwirkend pro Monat zugesprochenen Rentenbetreffnisse beschränken muss. Aus diesem Grund kann von der Beschwerdeführerin nicht mehr als Fr. 2'622.15 zurückgefordert bzw. mit Leistungen der IV verrechnet werden.

### **E. 2.4**

In der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdegegnerin die Rückforderung nicht auf die Höhe der im fraglichen Zeitraum zugesprochenen IV-Leistungen beschränkt, sondern darüber hinaus auch den Restbetrag der zu viel ausbezahlten Arbeitslosenentschädigung im Umfang von Fr. 2'747.05 zurückgefordert und vorsorglich einen entsprechenden Verrechnungsanspruch gegenüber allfälligen Leistungen der Pensionskasse angebracht.

### **E. 2.5**

Eine Rückforderung gemäss Art. 95 Abs. 1 bis AVIG kann erst verfügt werden, wenn die Leistungen aus beruflicher Vorsorge feststehen. Zum Verfügungszeitpunkt war noch völlig unklar, ob und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin Leistungen seitens des BV Versicherers erhalten würde. Die diesbezügliche "provisorische" Rückforderung ist deshalb schlicht zu früh erfolgt. Eine Rückforderung nach Leistungsfestsetzung des BV Versicherers ist dadurch jedoch nicht ausgeschlossen. Falls dieser ebenfalls rückwirkend für

den fraglichen Zeitraum (Juni bis Dezember 2009) Leistungen ausrichtet, wird die Beschwerdegegnerin wiederum Art. 95 Abs 1 bis AVIG zu beachten haben und somit maximal den monatlich durch den BV Versicherer zugesprochenen Betrag rückfordern bzw. entsprechend verrechnen lassen können. Im Umfang von Fr. 2'747.05 ist daher die angefochtene Rückforderung zur Zeit aufzuheben.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter, es sei von einer Rückforderung infolge grosser Härte gemäss Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG abzusehen. Zuständig für die Beurteilung eines Erlassgesuches ist erstinstanzlich das kantonale Amt für Arbeit (vgl. Art. 95 Abs. 3 i.V.m. Art. 85 lit. e AVIG). Ein Entscheid des kantonalen Amtes betreffend Erlass, der beim Versicherungsgericht angefochten werden könnte, liegt nicht vor. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Eine Überweisung der Erlassfrage an die zuständige Instanz rechtfertigt sich nicht. Einerseits wird mit diesem Entscheid die Rückforderung betreffend vorsorgliche Verrechnung mit Leistungen der beruflichen Vorsorge aufgehoben, womit sich die Frage des Erlasses nicht stellt. Andererseits ist die Rückforderung in Höhe von Fr. 2'622.15 durch Verrechnung mit IV-Leistungen getilgt, weshalb sich auch hier die Frage des Erlasses nicht stellt. Immerhin bleibt der Beschwerdeführerin offen, bei der zuständigen Instanz ein Erlassgesuch zu stellen

### **E. 4**

Die Rückforderung in Höhe von Fr. 2'622.15 bzw. die entsprechende Verrechnung mit IV-Leistungen ist somit nicht zu beanstanden und die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen. Gutzuheissen ist die Beschwerde jedoch bezüglich der Rückforderung in Höhe von Fr. 2'747.05 bzw. die provisorische Verrechnung mit zukünftigen Leistungen des BV Versicherers in diesem Umfang. Auf den Eventualantrag um Erlass der Rückforderung wegen grosser Härte gemäss Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG ist nicht einzutreten.

### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde, soweit auf sie einzutreten ist, teilweise gutzuheissen. Es werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 61 lit. a ATSG). Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung, die ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen wird (Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch Art. 98 ff. des st. gallischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRP; sGS 951.1]). Angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer). Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP entschieden: 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten wird, werden der Einspracheentscheid vom 17. September 2010 und die Verfügung vom 16. Juli 2010 zur Zeit insoweit aufgehoben, als ein Betrag von Fr. 2'747.05 zurückgefordert und provisorisch zur Verrechnung mit zukünftigen Leistungen des BV Versicherers gestellt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen.