

ZG_VERWALTUNGSGERICHT S 2022 2 vom 14. Juni 2023

ZG Verwaltungsgericht, 2023-06-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_S_2022_2

FR: ZG_VERWALTUNGSGERICHT S 2022 2 du 14 juin 2023

IT: ZG_VERWALTUNGSGERICHT S 2022 2 del 14 giugno 2023

Regeste

Sozialvers.rechtl. Kammer — Arbeitslosenversicherung (Rückforderung) — Beschwerde

Erwägungen

E. 2

Urteil S 2022 2 A. Der Versicherte, A._____, Jahrgang 1968, meldete sich am 25. Oktober 2018 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung (ALK-act. 92) bzw. am 14. November 2018 bei der Arbeitslosenversicherung zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern per 1. Mai 2019 an (ALK-act. 88), nachdem er das Arbeitsverhältnis mit der C._____ AG am 5. Oktober 2018 per 30. April 2019 gekündigt hatte (ALK-act. 76). Ab Mai 2019 wurden ihm entsprechend Entschädigungen ausgerichtet (ALK-act. 72). Per 31. August 2019 meldete sich der Versicherte bei der Arbeitslosenkasse wieder ab (ALK-act. 63), da er ab 1. September 2019 bei D._____ AG eine Vollzeitstelle antrat (ALK-act. 71). Nachdem ihm diese Arbeitsstelle am 24. Juli 2020 auf den 31. Oktober 2020 wiederum gekündigt worden war (ALK-act. 57), meldete sich der Versicherte per 1. November 2020 erneut bei der Arbeitslosenkasse an (ALK-act. 58). Nach einer weiteren Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis 31. Dezember 2020 (ALK-act. 52) bezog der Versicherte ab 1. Januar 2021 in der Folge wieder Arbeitslosenentschädigung (ALK-act. 43). Im Rahmen einer internen Revision stellte die Arbeitslosenversicherung schliesslich fest, dass der Versicherte seit Mai 2019 bei der E._____ AG als Mitglied des Verwaltungsrates in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stand, während er gleichzeitig Arbeitslosenentschädigung bezog (vgl. ALK-act. 37 f.). Nachdem der Versicherte im Sinne des rechtlichen Gehörs am 8. April 2021 dazu Stellung genommen hatte (ALK-act. 27), verfügte die Arbeitslosenkasse am 13. April 2021 die Anrechnung des Zwischenverdienstes. Gleichzeitig forderte sie vom Versicherten gestützt auf Art. 95 Abs. 1 AVIG und Art. 25 Abs. 1 ATSG die für die Monate Mai bis August 2019 und Januar bis März 2021 zu viel ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 11'809.75 zurück (ALK-act. 25). Die dagegen erhobene Einsprache vom 11. Mai 2021 (ALK-act. 13) hiess die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 25. November 2021 insofern teilweise gut, als der Rückforderungsbetrag auf Fr. 7'906.10 reduziert wurde (Anrechnung des Zwischenverdienstes ab 1. Mai bis 31. August 2019; ALK-act. 3). B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 10. Januar 2022 liess A._____ beantragen, Dispositivziffer 2 des angefochtenen Einspracheentscheids vom 25. November 2021 sei aufzuheben, soweit damit eine Rückforderung von Fr. 7'906.10 netto (Anrechnung des Zwischenverdienstes ab 1. Mai bis 31. August 2019) angeordnet werde und eventualiter sei festzustellen, dass die Rückerstattungsverfügung der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug vom 13. April 2021 damit vollumfänglich und ersatzlos aufgehoben sei; unter Entschädigungsfolgen (zuzüglich

MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Materiell rügt der Beschwerdeführer im Wesentlichen, die Beschwerdegegnerin habe das Einkommen, welches er in der ersten Periode seiner Arbeitslosigkeit, d.h. in der Zeit von Mai

E. 2.1.1

Als Zwischenverdienst gilt gemäss Art. 24 Abs. 1 AVIG jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufalles. Erzielt sie mit dem Zwischenverdienst ein geringeres Einkommen als die ihr zustehende Arbeitslosenentschädigung, erhält sie die Differenz bis zum versicherten Verdienst nach dem Entschädigungssatz von Art. 22 AVIG von der Arbeitslosenkasse ausgeglichen.

E. 2.1.2

Ein Nebenverdienst bleibt unberücksichtigt und wird nicht als Zwischenverdienst angerechnet (Art. 24 Abs. 3 AVIG). Ein Nebenverdienst ist jeder Verdienst, den eine versicherte Person ausserhalb ihrer normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer/Arbeitnehmerin oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt. Ein solcher wird bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht berücksichtigt (Art. 23 Abs. 3 AVIG). Dahinter steht der Grundgedanke, dass die Arbeitslosenversiche-

E. 2.1.3

Ein Nebenverdienst, der nicht zum versicherten Verdienst angerechnet wird, bleibt daher auch bei der Anrechnung eines Zwischenverdienstes grundsätzlich unberücksichtigt (Art. 24 Abs. 3 AVIG). Kann eine Verdienstätigkeit während der Kündigungsfrist, oder im Wissen, dass eine Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt ausgesprochen wird, angetreten werden, gilt dieser Verdienst bei Eintritt der Arbeitslosigkeit hingegen vollumfänglich als Zwischenverdienst (AVIG-Praxis ALE C11). Auch eine Steigerung eines Nebenverdienstes während der Arbeitslosigkeit kann zur Annahme von Zwischenverdienst führen. Wird die Nebenverdiensttätigkeit ausgedehnt, so ist der erzielte Mehrverdienst als Zwischenverdienst zu berücksichtigen (BGer 8C_148/2019 vom 4. Juli 2019 E. 3.3.1 m.w.H.; AVIG-Praxis ALE C9). Wurde eine Beschäftigung bereits während der Verrichtung einer vollzeitlichen Haupterwerbstätigkeit und damit vor Eintritt der Arbeitslosigkeit ausgeübt und dann in unverändertem Pensum weitergeführt, dann bleibt es ein Nebenverdienst (BGer 8C_86/2017 vom 19. Mai 2017 E. 5.3). Hingegen gilt als Zwischenverdienst und stellt es keinen Nebenverdienst dar, wenn ein Arbeitsverhältnis erst während der Arbeitslosigkeit eingegangen (oder ausgedehnt) wurde (BGer 8C_496/2019 vom 30. September 2019 E. 5.2) oder aber auch dann, wenn bei Aufnahme dieser Tätigkeit keine zusätzliche Beschäftigung im Rahmen eines normalen Vollzeitpensums bestand, die als Haupterwerbsquelle bezeichnet werden kann. Nicht ausschlaggebend ist, ob eine Tätigkeit rückblickend hypothetisch auch neben einer Vollzeiterwerbstätigkeit hätte verrichtet werden können (BGer 8C_86/2017 vom 19. Mai 2017 E. 5.2 und 5.4). Die Annahme eines Nebenerwerbs verbietet sich schon rein begrifflich, solange nicht auch eine Beschäftigung vorliegt, wel-

E. 2.1.4

Da eine Arbeitslosenkasse beurteilen können muss, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang einer versicherten Person Anspruch auf Leistungen zusteht, sind sämtliche während einer Arbeitslosigkeit erzielte Einkommen zu melden. Der Auskunft- und Meldepflicht besteht darin, der Gefahr missbräuchlicher Inanspruchnahme von

Arbeitslosenentschädigung vorzubeugen. So ist auch ein allfälliger Nebenverdienst (Art. 23 Abs. 3 AVIG), der nicht versichert ist und bei der Berechnung des Zwischenverdienstes grundsätzlich unberücksichtigt bleibt (Art. 24 Abs. 3 AVIG), zu melden, da die diesbezügliche rechtliche Qualifikation der Verwaltung obliegt (BGer 8C_265/2014 vom 27. August 2014 E. 3.3).

E. 2.1.5

Im Sozialversicherungsrecht ist der Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter und die Richterin haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die Wahrscheinlichste würdigen (BGE 126 V 353 E. 5b; 125 V 193 E. 2, je mit Hinweisen). Andererseits dürfen die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., S. 135).

E. 2.2

Fest steht und unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer eine Meldepflichtverletzung beging, indem er die ihm zustehende Entschädigung als Verwaltungsrat der E. _____ AG nicht monatlich deklariert hat. Diese Deklarationspflicht besteht nach dem Gesagten unabhängig davon, ob es sich um einen Zwischenverdienst oder Nebenverdienst handelt. Unabhängig von dieser Meldepflichtverletzung ist indes eine Rückforderung nur dann zulässig, wenn es sich – wie von der Vorinstanz qualifiziert – um einen Zwischenverdienst handelt, der zu Unrecht nicht angerechnet wurde.

E. 2.2.1

Aus den Akten ergibt sich zum Verwaltungsratsmandat des Beschwerdeführers bei der E. _____ AG folgendes:

E. 2.2.1.1

Auf dem individuellen Konto des Versicherten wurde seitens der E. _____ AG für die Monate Mai bis Dezember 2019 ein Einkommen von Fr. 21'327.– und von Januar bis Dezember 2020 von Fr. 21'361.– deklariert (ALK-act. 38).

E. 2.2.1.2

Der Arbeitgeberbescheinigung vom 22. März 2021 ist zu entnehmen, dass der Versicherte seit Mai 2019 bis auf Weiteres bei der E. _____ AG als Mitglied des Verwaltungsrates in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis steht. Weiter geht daraus hervor, dass er für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2019 einen AHV-pflichtigen Gesamtverdienst von Fr. 21'327.– und vom 1. Januar bis 31. Dezember 2020 von Fr. 21'361.– erzielt hatte (ALK-act. 33). Im beigelegten Schreiben führte die E. _____ AG aus, dass der Versicherte einmal jährlich die Zahlung eines Verwaltungsrats honorars erhalte (ALK-act. 31). Gemäss den eingereichten Lohnabrechnungen für 2019 und 2020 erfolgte jeweils eine Auszahlung von Fr. 20'000.– netto (ALK-act. 30).

E. 2.2.1.3

Im Rahmen des rechtlichen Gehörs führte der Versicherte am 8. April 2021 aus, dass die Ausführungen der Arbeitslosenkasse, wonach er seit Mai 2019 im Verwaltungsrat der

E._____ AG sei, korrekt seien. Hierfür habe er am 25. September 2019 und am 25. September 2020 jeweils eine Zahlung über netto Fr. 20'000.– erhalten (ALK-act. 27).

E. 2.2.1.4

Dem Protokoll vom 2. Oktober 2018 über die 33. ordentliche Generalversammlung der Aktionäre der E._____ AG ist zu entnehmen, dass der Versicherte als Mitglied des Verwaltungsrates anwesend war. In Ziff. 9 wird sodann festgehalten, dass A._____ bis zur Generalversammlung des Geschäftsjahres 2019 einstimmig wiedergewählt worden sei (ALK-act. 2 S. 42 ff.). Mit Vertrag vom 1. März 2019 zwischen F._____ und A._____ wurden die Jahres- konditionen für das VR-Mandat bei der E._____ AG wie folgt vereinbart: Fixum Fr. 8'000.– und Fr. 12'000.– für Einsätze/Arbeit pro Jahr, selbst wenn weniger geleistet werde (ALK-act. 13 S. 98). Gemäss dem Protokoll vom 23. April 2019 über die ausserordentliche Generalversamm- lung der E._____ AG wurde A._____ als neues Mitglied des Verwaltungsrates ge- wählt (ALK-act. 14 S. 106 f.) Am 25. April 2019 erfolgte die Wahlannahme des Versicherten in den Verwaltungsrat der E._____ AG ("Wahlannahmeerklärung"; ALK-act. 14 S. 112).

E. 2.2.1.5

Mit Schreiben vom 10. Mai 2021 führte der Verwaltungsratspräsident der E._____ AG aus, dass er den Versicherten gebeten habe, ihn zu unterstützen, als er im Jahr 2018 die Mehrheit der E._____ AG übernommen habe. Man habe bereits im Oktober 2018 vereinbart, dass er in den Verwaltungsrat gewählt werde. Aufgrund der da- maligen Belastung in der neuen Aufgabe sei aber eine sofortige Anmeldung im Handels- register unterblieben, weshalb die Wahl am 23. April 2019 nochmals formell festgestellt und mit entsprechendem Protokoll im Register angemeldet worden sei. Für das Jahr 2018 sei noch keine Entschädigung vereinbart worden, obwohl der Versicherte schon ab Herbst 2018 für die E._____ AG zur Verfügung gestanden habe. Am 1. März 2019 habe er mit dem Versicherten abgemacht, dass er ein minimales Honorar von Fr. 20'000.– netto pro Jahr erhalte, welches in der Folge für 2019 am 24. September 2019 und für 2020 am 21. September 2020 abgerechnet und auch ausbezahlt worden sei. Wie sich nachträglich ergeben habe, habe die Personalverantwortliche ohne Rücksprache mit ihm das Verwal- tungsrats honorar 2019 gegenüber der Ausgleichskasse nur für die Monate Mai bis De- zember 2019 deklariert. Sie habe diesbezüglich auf den Handelsregistereintrag abgestellt. Es sei jedoch so, dass diese Fr. 20'000.– netto für 2019 wie auch für 2020 ganzjährig und nicht nur für acht Monate bestimmt gewesen seien (ALK-act. 13 S. 97).

E. 2.2.1.6

Mit Schreiben vom 12. Oktober 2021 erklärte der Verwaltungsratspräsident der E._____ AG, dass im Laufe des Oktober 2018 gemeinsam vereinbart worden sei, dass der Versicherte in den Verwaltungsrat der E._____ AG gewählt werden solle. Fälschli- cherweise sei im Protokoll vom 2. Oktober 2018 notiert worden, dass der Versicherte "wiedergewählt" worden sei. Dieser Fehler sei leider der Tatsache geschuldet, dass die Buchhalterin und Protokollführerin das Protokoll des Vorjahres kopiert und nicht in allen

E. 2.2.2

Die Beschwerdegegnerin geht in Würdigung des soeben aufgezeigten Sachver- halts davon aus, dass der Beschwerdeführer das entgeltliche Verwaltungsratsmandat bei der E._____ AG per Mai 2019 angetreten hat. Dabei stützt sie sich im Wesentlichen auf die Antwort des Versicherten zum rechtlichen Gehör vom 8. April 2021 und erachtet darüber

hinaus den Vertrag vom 1. März 2019, das Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 23. April 2019, die Wahlannahmeerklärung vom 25. April 2019, den Handelsregistereintrag vom 17. Mai 2019, den IK-Auszug sowie die Arbeitgeberbescheinigung vom 22. März 2021 als massgebend (vgl. ALK-act. 3 E. 13a und act. 5 S. 2). In Anbetracht der Tatsache, dass im IK-Auszug ein Einkommen ab Mai 2019 deklariert (vgl. ALK-act. 38) und in der Arbeitgeberbescheinigung vom 22. März 2021 zum Beginn der Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglied der E._____ AG "Mai 2019" angegeben wurde (vgl. ALK-act. 33), der Beschwerdeführer die Annahme der Arbeitslosenkasse – seit Mai 2019 als Verwaltungsrat der E._____ AG tätig – im Rahmen des rechtlichen Gehörs vom 8. April 2021 schliesslich explizit bestätigte (vgl. ALK-act. 27), kann der Argumentation der Arbeitslosenkasse gefolgt werden. Hierfür sprechen auch die Umstände, dass der Vertrag über das Verwaltungsrats honorar vom 1. März 2019 datiert (vgl. ALK-act. 13 S. 98), der Beschwerdeführer anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 23. April 2019 als neues Mitglied des Verwaltungsrates gewählt wurde (vgl. ALK-act. 14 S. 107), er die Wahl am 25. April 2019 angenommen hat (vgl. ALK-act. 14 S. 112), sich der Verwaltungsrat der E._____ AG am 27. April 2019 konstituierte (vgl. ALK-act. 14 S. 108 ff.) und die Anmeldung von A._____ als Mitglied des Verwaltungsrates der E._____ AG beim Handelsregisteramt am 3. Mai 2019 erfolgte (vgl. ALK-act. 14 S. 103 ff.). Demgegenüber erscheint es nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der Be-

E. 2.2.3

Der Beschwerdeführer unterzeichnete während der Kündigungsfrist der früheren Tätigkeit bei der C._____ AG am 1. März 2019 einen Vertrag betreffend sein Verwaltungsrats honorar bei der E._____ AG. Das Verwaltungsratsmandat trat er schliesslich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit im Mai 2019 an, mithin zu einem Zeitpunkt als die Haupterwerbstätigkeit bei der C._____ AG bereits beendet worden war, kündigte der Beschwerdeführer dieses Arbeitsverhältnis doch am 5. Oktober 2018 per 30. April 2019 (vgl. ALK-act. 76). Von einem Nebenverdienst kann indes nur dann die Rede sein, wenn und solange eine Beschäftigung vorliegt, welche als Haupterwerbsquelle bezeichnet werden kann. Eine solche Parallelität von Hauptbeschäftigung und Nebenverdienst bestand im vorliegenden Fall mit Bezug auf die Tätigkeiten bei der C._____ AG und der E._____ AG zu keinem Zeitpunkt. Vielmehr ist mit der Beschwerdegegnerin einig zu gehen, dass die Tätigkeit als Mitglied des Verwaltungsrates bei der E._____ AG erst während der Stellenlosigkeit neu hinzukam. Kann eine versicherte Person während der Kündigungsfrist, oder im Wissen, dass eine Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt aus-

E. 2.2.4

Dementsprechend sind die in den Monaten Mai bis August 2019 ausgerichteten Entschädigungszahlungen unter Berücksichtigung des monatlichen Verdienstes aus der Tätigkeit bei der E._____ AG zu korrigieren. Wie den Unterlagen entnommen werden kann, betrug das im Jahr 2019 erzielte Verwaltungsrats honorar Fr. 21'327.65 brutto (vgl. ALK-act. 30 und 32). Die Beschwerdegegnerin geht davon aus, dass diese Vergütung für acht Monate (Mai bis Dezember 2019) geschuldet gewesen sei (vgl. ALK-act. 3 E. 13b). Soweit der Beschwerdeführer demgegenüber die Auffassung vertritt, es habe sich diesbezüglich um ein Jahresbetreffnis gehandelt, kann ihm nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, dass der AHV-pflichtige Verdienst von Fr. 21'327.– in der Arbeitgeberbescheinigung für die Zeitperiode vom 1. Januar bis 31. Dezember 2019 aufgeführt wurde (vgl. ALK-act. 33 S. 139). Demgegenüber steht der IK-Auszug mit Deklaration des Einkommens ab Mai 2019

(vgl. ALK-act. 38). Der Beschwerdeführer versucht diesen Widerspruch damit zu erklären, dass die Personalverantwortliche der E._____ AG diesbezüglich fälschlicherweise einzig auf den Eintrag im Handelsregister abgestellt habe. Sie sei sich nicht bewusst gewesen, dass die Wahl in den Verwaltungsrat bereits am 2. Oktober 2018 stattgefunden habe, aber erst im April/Mai 2019 registerkonform formalisiert worden sei. Wie unter Erwägung 2.2.2 bereits festgestellt wurde, hat der Beschwerdeführer seine Tätigkeit als Verwaltungsrat der E._____ AG mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erst im Mai 2019 aufgenommen und nicht bereits im Oktober 2018. Dementsprechend erscheint es auch naheliegend, dass der Beschwerdeführer ab dem gleichen Zeitpunkt vergütet wurde,

E. 3

Urteil S 2022 2 bis August 2019, als Verwaltungsrat bei der E._____ AG erzielt habe, zu Unrecht als Zwischenverdienst angerechnet, anstatt dieses als Nebenverdienst zu qualifizieren (act. 1). C. Mit Vernehmlassung vom 2. Mai 2022 beantragte die Arbeitslosenkasse die Abweisung der Beschwerde (act. 5). Das Verwaltungsgericht erwägt: 1. Gemäss Art. 56 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) kann gegen Einspracheentscheide oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, Beschwerde erhoben werden, wobei in der Regel das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig ist, in dem die versicherte Person zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat (Art. 58 Abs. 1 ATSG). Für die Beurteilung von Beschwerden gegen Kassenverfügungen betreffend Arbeitslosenentschädigung ist in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG das Versicherungsgericht an dem Ort zuständig, wo der Versicherte die Kontrollpflicht erfüllt (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Im Kanton Zug beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für die das Bundesrecht eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht (§ 77 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG; BGS 162.1]). Der Beschwerdeführer erfüllte seine Kontrollpflicht im Kanton Zug. Demnach ist das Verwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig. Die Beschwerde ist fristgerecht eingereicht worden und der Beschwerdeführer ist in der Sache persönlich betroffen. Schliesslich entspricht die Beschwerde auch den übrigen formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

E. 3.1

Gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf dreier Jahre, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 ATSG). Bei diesen Fristen handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die immer und von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 138 V 74 E. 4.1; vgl. auch BGer 9C_999/2009 vom 7. Juni 2010 E. 3.1 in fine mit Hinweisen, u.a. auf BGE 133 V 579 E 4.1). Über den Umfang der Rückforderung wird eine Verfügung erlassen, worin auf die Möglichkeit des Erlasses hinzuweisen ist (Art. 3 Abs. 1 und 2 Verordnung über den Allge-

meinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11]).

E. 3.2

Zu Unrecht bezogene Geldleistungen, die auf einer formell rechtskräftigen Verfügung beruhen, können nur zurückgefordert werden, wenn entweder die für die Wiedererwägung (wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung) oder die für die prozessuale Revision (wegen erheblicher neuer Tatsachen oder Beweismittel) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 53 ATSG; BGE 130 V 318 E. 5.2; 129 V 110 E. 1.1; BGer 8C_301/2014 vom 9. September 2014 E. 2).

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin hat eine prozessuale Revision wegen einer nachträglich entdeckten Tatsache vorgenommen, welche den Leistungsanspruch verringert (vgl. ALK-act. 3 E. 15a). Die Voraussetzungen einer solchen Revision sind erfüllt: Einerseits stellt die Tätigkeit bei der E. _____ AG einen Umstand dar, welcher schon damals, im Zeitpunkt des Leistungsbezugs von Mai bis August 2019, vorlag, der Beschwerdegegnerin aber erst

E. 4

Urteil S 2022 2 2. Streitig und zu prüfen ist zunächst, ob die Beschwerdegegnerin im Zeitraum von Mai bis August 2019 tatsächlich zu viel Arbeitslosenentschädigung an den Beschwerdeführer ausbezahlt hat. Zur Beurteilung dieser Frage ist zu klären, ob das Einkommen aus der Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der E. _____ AG ab Mai 2019 als Zwischenverdienst rückwirkend an die bereits ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung anzurechnen resp. von dieser abzuziehen ist oder ob es sich dabei, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht, um einen sog. Nebenverdienst handelt, der bei der Berechnung des durch die Arbeitslosenkasse auszugleichenden Verdienstaufschlags nicht zu berücksichtigen ist. Unstreitig ist demgegenüber, dass der Verdienst aus der gleichen Tätigkeit ab Januar 2021 als Nebenverdienst zu qualifizieren ist, handelte es sich beim Mandat als Verwaltungsrat doch um eine Tätigkeit, die in Bezug auf die am 1. September 2019 bei D. _____ AG angetretene Vollzeitstellung schon vorher bestanden hatte und nach Eintritt der Arbeitslosigkeit am 1. Januar 2021 unbestrittenermassen nicht ausgedehnt wurde. Da ein Nebenverdienst bei der Festlegung der Höhe der Versicherungsleistungen nicht zu berücksichtigen ist, sind die für Januar bis März 2021 durch die Beschwerdegegnerin ausgerichteten Arbeitslosenentschädigungen nicht zu korrigieren. Mit anderen Worten liegen für diese Periode keine zu viel ausbezahlten Leistungen vor. Dies anerkennt inzwischen auch die Beschwerdegegnerin, indem sie ihre Rückforderung im Rahmen des Einspracheentscheids von ursprünglich Fr. 11'809.75 auf Fr. 7'906.10 reduziert hat (vgl. ALK-act. 3 E. 13c, 14b und 16).

E. 5

Urteil S 2022 2 rung nur für das Risiko des Verlusts einer üblichen Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz gewährt (BGE 123 V 70 E. 5c), weshalb sie den Versicherungsschutz auf die im üblichen Rahmen ausgeübte Arbeitnehmertätigkeit beschränkt (BGer 8C_654/2015 vom 14. Dezember 2015 E. 5.2 m.w.H.). Die Rechtsprechung hat es daher abgelehnt, eine Entschädigung für Erwerbseinbussen auszurichten, die vom Wegfall einer ein normales Vollzeitpensum übersteigenden Beschäftigung stammen (BGE 129 V 105 E. 2 und 3.2; BGE 125 V 475 E. 5b und c; BGer 8C_823/2011 vom 29. Dezember 2012 E. 2.2 f.). Unter einem Nebenverdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG ist mit anderen Worten das Einkommen aus jener Tätigkeit zu

verstehen, die eine Person bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit über eine Vollzeitarbeitsstelle hinaus zusätzlich verrichtete und nach Eintritt der Arbeitslosigkeit – ohne diese Nebenbeschäftigung zu erhöhen – weiterhin ausübt. Verdienste, die mit über ein normales Arbeitnehmerpensum hinausgehenden Tätigkeiten erzielt werden, bleiben als Nebenverdienst für den versicherten Verdienst unbeachtlich (vgl. BGer 8C_654/2015 vom 14. Dezember 2015 E. 5.2).

E. 6

Urteil S 2022 2 che als Haupterwerbsquelle in Vollzeitpensum bezeichnet werden kann (vgl. EVG C 252/06 vom 28. November 2007 E. 3.3.2).

E. 7

Urteil S 2022 2

E. 8

Urteil S 2022 2 Mittels Zirkularbeschluss vom 27. April 2019 wurde der Verwaltungsrat der E. _____ AG konstituiert (F. _____ als Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift und A. _____ als Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien) sowie dazu ermächtigt, die vorstehende Mutation zur Eintragung in das Handelsregister des Kantons G. _____ anzumelden (ALK-act. 14 S. 108 ff.). Am 3. Mai 2019 wurde A. _____ als Mitglied des Verwaltungsrates der E. _____ AG mit Kollektivunterschrift zu zweien beim Handelsregisteramt des Kantons G. _____ angemeldet (ALK-act. 14 S. 103 ff.). Im Handelsregister erfolgte die Eintragung am 17. Mai 2019.

E. 9

Urteil S 2022 2 Punkten korrekt überschrieben habe. Die Wiederwahl habe sich in der Tat nur auf ihn selber, F. _____, bezogen, nicht aber auf den Versicherten, der zum ersten Mal gewählt worden sei. Der Versicherte sei an der Generalversammlung anwesend gewesen und habe der Wahl selbstverständlich mündlich zugestimmt, was leider nicht protokolliert worden sei. Aufgrund der hohen Arbeitsbelastung und auch aufgrund mangelnden Wissens bezüglich Registrierung neuer VR-Mitglieder habe er es verpasst, den Versicherten korrekt anzumelden. Die Tatsache, dass der Versicherte erst im April 2019 offiziell im Handelsregister eingetragen worden sei, basiere auf der Information einer Fachperson im Rahmen der Revision, als festgestellt worden sei, dass vom Versicherten keine Wahlannahmeerklärung vorliege. Man habe aufgrund dieser Inputs die entsprechenden Formalitäten sofort initiiert und umgesetzt. Deshalb habe im April 2019 auch eine ausserordentliche Generalversammlung stattgefunden (ALK-act. 2 S. 40 f.).

E. 10

Urteil S 2022 2 schwerdeführer bereits ab dem 2. Oktober 2018 – Datum der ordentlichen Generalversammlung – als Verwaltungsrat der E. _____ AG tätig war. Einerseits bestätigte der Verwaltungsratspräsident die Mangelhaftigkeit des genannten Protokolls, indem der Beschwerdeführer am 2. Oktober 2018 nicht wiedergewählt, sondern lediglich das erste Mal als Verwaltungsrat der E. _____ AG gewählt worden sei (vgl. ALK-act. 2 S. 41), andererseits lässt sich dem Protokoll aber auch nicht entnehmen, dass der Beschwerdeführer einer allfälligen bereits im Oktober 2018 stattgefundenen Wahl zugestimmt hätte (vgl. ALK-act. 2 S. 42 ff.). Darüber hinaus ist mit der Beschwerdegegnerin einig zu gehen, dass der Beschwerdeführer in diesem Fall im

Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 23. April 2019 als bereits gewähltes Mitglied des Verwaltungsrates aufgeführt worden wäre, was vorliegend aber gerade nicht der Fall ist. Vielmehr wird der Beschwerdeführer im Protokoll vom 23. April 2019 als neues Mitglied in den Verwaltungsrat der E. _____ AG gewählt. An der Darstellung des Beschwerdeführers bestehen daher erhebliche Zweifel. Die blosser Möglichkeit des Antritts des Verwaltungsratsmandats am 2. Oktober 2018 genügt den Anforderungen an den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht. Nach Würdigung sämtlicher Aspekte erscheint ein tatsächlicher Antritt der Verwaltungsratsstätigkeit nach ausgesprochener Kündigung der früheren Tätigkeit bei der C. _____ AG vom 4. bzw. 5. Oktober 2018 (ALK-act. 86 und 76) jedenfalls wahrscheinlicher, weshalb es auch keine Rolle spielen kann, dass eine Einigung zur Übernahme des Mandats zwischen dem Verwaltungsratspräsidenten und dem Beschwerdeführer angeblich bereits vor Kündigungsaussprache erfolgte.

E. 11

Urteil S 2022 2 gesprochen wird, einen Zusatzverdienst antreten, so ist dieser Verdienst bei Eintritt der Arbeitslosigkeit vollumfänglich als Zwischenverdienst zu behandeln (AVIG-Praxis ALE C11). Dies muss umso mehr gelten, wenn wie hier eine Tätigkeit erst nach Ablauf der Kündigungsfrist der früheren Tätigkeit angetreten wird. Die soeben zitierte Verwaltungsweisung des Seco gelangte in mehreren kantonalen Urteilen bereits zur Anwendung (s. hauptsächlich den erst kürzlich ergangenen Entscheid des VGer SZ II 2022 4 vom 26. April 2022 E. 4.4.1; daneben auch VGer SO VSBES.2018.125 vom 17. Dezember 2018 E. 3.3; SVGer ZH AL.2015.00005 vom 17. August 2015 E. 3.2 und VGer GR S 14 39 vom 26. August 2014 E. 3b) und wurde vom Bundesgericht nicht als bundesrechtswidrig beurteilt (vgl. BGer 8C_565/2016 vom 26. Oktober 2016 E. 3.4.2). Da der Antritt des Verwaltungsratsmandats im vorliegenden Fall mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einem Zeitpunkt erfolgte, als die Hauptbeschäftigung bei der C. _____ AG bereits gekündigt war, hat die Beschwerdegegnerin das Einkommen aus der Tätigkeit als Verwaltungsrat bei der E. _____ AG für die Zeit der Arbeitslosigkeit vom 1. Mai bis 31. August 2019 zu Recht als Zwischenverdienst qualifiziert, der anzurechnen ist.

E. 12

Urteil S 2022 2 zumal der Vertrag betreffend das Verwaltungsrats honorar ebenfalls erst im März 2019 und nicht bereits zu Beginn des Jahres abgeschlossen wurde. Demzufolge erweist sich die von der Beschwerdegegnerin für die Monate Mai bis August 2019 vorgenommene Aufrechnung eines monatlichen Zwischenverdienstes von Fr. 2'665.95 (1/8 von Fr. 21'327.65) als korrekt. Anhaltspunkte, wonach die Berechnung der Rückforderung von Fr. 7'906.10 nicht korrekt wäre, ergeben sich im Übrigen keine (vgl. ALK-act. 19 f. und 23 f.). 3. Nach dem Dargelegten steht fest, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer in der Abrechnungsperiode von Mai bis August 2019 Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 7'906.10 zu viel ausbezahlt hat resp. der Beschwerdeführer Leistungen in diesem Umfang zu Unrecht bezogen hat. Zu klären ist nun noch die Frage, ob die Beschwerdegegnerin diesen Betrag vom Beschwerdeführer zu Recht zurückgefordert hat.

E. 13

Urteil S 2022 2 nachträglich, durch den IK-Auszug vom 10. März 2021, zur Kenntnis gelangte; zuvor bestand für die Beschwerdegegnerin kein Anlass, die Erklärung des Beschwerdeführers, er gehe keiner Arbeit nach, in Zweifel zu ziehen. Andererseits handelt es sich um eine erhebliche Tatsache, denn wenn die besagte Erwerbstätigkeit schon damals bekannt gewesen wäre, dann wären von Anfang an tiefere Leistungen geflossen. Damit war die Beschwerdegegnerin befugt, die zu viel ausbezahlten Versicherungsleistungen gestützt auf den Rückkommenstitel der Revision gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG vom Beschwerdeführer zurückzufordern. Da die Beschwerdegegnerin von der Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der E. _____ AG erst im Rahmen der internen Revision nach Erhalt des IK-Auszugs im März 2021 Kenntnis erhalten hat und die erste fragliche Taggeldauszahlung im Mai 2019 erfolgt war, hat die Beschwerdegegnerin mit der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs am 13. April 2021 sowohl die relative als auch die absolute Verwirkungsfrist gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG gewahrt. 4. Zusammenfassend ist die Rückforderung der für die Monate Mai bis August 2019 zu viel ausbezahlten Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 7'906.10 nicht zu beanstanden. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. 5. Mangels einer entsprechenden Bestimmung im AVIG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenlos (Art. 61 lit. fbis ATSG). Nach dem Ausgang des Verfahrens ist in Übereinstimmung mit Art. 61 lit. g ATSG dem vollumfänglich unterliegenden Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zuzusprechen.

E. 14

Urteil S 2022 2 Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

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