



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 3. Dezember 2013 (715 13 99 / 285)

Arbeitslosenversicherung

Rückforderung, Zwischenverdienstregelung, Einspracheentscheid nichtig

Besetzung Präsidentin Eva Meuli, Gerichtsschreiber Pascal Acrémann

Parteien A.____, Beschwerdeführer, vertreten durch Victor Egloff, Rechtsanwalt, Bahnhofplatz 1, 5400 Baden

gegen

Unia Arbeitslosenkasse, Kompetenzzentrum D-CH West, Monbijoustrasse 61, 3000 Bern 23, Beschwerdegegnerin

Betreff Rückforderung

A.1 Der 1948 geborene A.____ arbeitete seit März 1976 bei der B____ AG. Am 25. Januar 2010 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis. Am 8. März 2010 meldete sich A.____ zur Arbeitsvermittlung im Umfang von 100% an und stellte einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2010. Aufgrund einer unfall- und krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit während der laufenden Kündigungsfrist verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis 30. November 2010. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug wurde in der Folge für die Dauer vom 1. Dezember 2010 bis 30. November 2013 festgelegt. Am 13. Juli 2010 schloss A.____ mit der

C____GmbH einen unbefristeten Arbeitsvertrag im Rahmen eines 50%-Pensums ab. Als Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde der 1. Oktober 2010 vereinbart. Am 23. Dezember 2010 mutierte das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) X.____ den Vermittlungsgrad von A.____ rückwirkend ab 1. Dezember 2010 von 100% auf 50%.

A.2 Mit Verfügung vom 21. Juni 2011 bejahte das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Einarbeitungszuschüssen für die Zeit vom 1. Dezember 2010 bis 31. März 2011.

A.3 Mit Verfügung vom 27. Juli 2010 (recte: 27. Juli 2011) teilte die Unia Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Unia) dem Versicherten mit, dass ein gleichzeitiger Bezug von Arbeitslosentaggeldern und Einarbeitungszuschüssen nicht möglich sei. Sie forderte in der Folge die von 1. Dezember 2010 bis 31. März 2011 an A.____ ausgerichteten Taggelder in der Höhe von Fr. 9'925.40 zurück. Die hiergegen erhobene Einsprache wurde von der Unia mit Entscheid vom 27. April 2012 teilweise gutgeheissen und die Rückforderung auf Fr. 822.65 reduziert. Die gegen diesen Entscheid beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), erhobene Beschwerde hiess die Präsidentin mit Urteil vom 20. Dezember 2012 in dem Sinne gut, als der angefochtene Einspracheentscheid aus formellen Gründen aufgehoben und die Angelegenheit zu einem neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückwiesen wurde.

B. In der Folge erliess die Unia am 5. März 2013 erneut einen Entscheid, wobei sie die Einsprache vom 3. August 2011 abwies und die Verfügung vom 27. Juli 2011, wonach der Versicherte die von 1. Dezember 2010 bis 31. März 2011 ausgerichteten Taggelder in der Höhe von Fr. 9'925.40 zurückzuerstatten habe, bestätigte.

C. Hiergegen erhob A.____, vertreten durch Rechtsanwalt Viktor Egloff, am 11. April 2013 Beschwerde beim Kantonsgericht, wobei er unter o/e- Kostenfolge die ersatzlose Aufhebung des Entscheides vom 27. Juli 2011 beantragte.

D. In ihrer Vernehmlassung vom 23. Mai 2013 schloss die Unia auf Abweisung der Beschwerde.

Die Präsidentin zieht **in Erwägung** :

1.1 Gemäss Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 kann der Bundesrat die örtliche Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts in Abweichung von Art. 58 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 regeln. Gemäss Art. 128 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 richtet sich die Beurteilung der Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts nach Art. 119 AVIV. Örtlich zuständig ist gemäss Art. 128 in Verbindung mit Art. 119 Abs. 1 lit. a AVIV das Gericht desjenigen Kantons, in dem der Versicherte seine Kontrollpflicht erfüllt. Während der Zeitdauer des

Leistungsbezugs hat der Beschwerdeführer seine Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft erfüllt. Nach § 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 ist das Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Basel-Landschaft zur Behandlung von Beschwerden gegen Verfügungen gemäss Art. 100 AVIG zuständig. Auf die beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 11. April 2013 ist einzutreten.

1.2 Nach § 55 Abs. 1 VPO entscheidet das Präsidium des Kantonsgerichts, Abteilung Sozialversicherungsrecht, Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 10'000.--. Im vorliegenden Fall beträgt der Streitwert der Rückforderung Fr. 9'925.40, womit die präsidiale Zuständigkeit begründet ist.

2.1 Über Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, hat der Versicherungsträger schriftlich Verfügungen zu erlassen (Art. 49 Abs. 1 ATSG). Gegen Verfügungen kann innerhalb von 30 Tagen bei der verfügenden Stelle Einsprache erhoben werden; davon ausgenommen sind - hier nicht zur Diskussion stehende - prozess- und verfahrensleitende Verfügungen (Art. 52 Abs. 1 ATSG). Gegen Einspracheentscheide oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, kann beim kantonalen Versicherungsgericht Beschwerde erhoben werden (Art. 56 Abs. 1 und Art. 57 ATSG).

2.2 Der Einspracheentscheid tritt an die Stelle der Verfügung. Er bildet alleiniger Anfechtungsgegenstand des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens (RKUV 2001 Nr. U 419 S. 102 E. 2c [U 170/00]; SVR 2005 AHV Nr. 9 S. 31 E. 1.1.3 [H 53/04]). Die Verfügung, soweit angefochten, hat mit dem Erlass des Einspracheentscheides jede rechtliche Bedeutung verloren. Hebt das kantonale Versicherungsgericht den Einspracheentscheid auf und weist es die Sache zu neuer Entscheidung zurück, hat die Verwaltung wiederum zuerst eine mit Einsprache anfechtbare Verfügung zu erlassen (Urteil des Bundesgerichts vom 15. Juni 2007, I 115/06, E. 2.2.2).

2.3.1 Vorliegend hob die Präsidentin des Kantonsgerichts mit Urteil vom 20. Dezember 2012 den Einspracheentscheid vom 27. April 2012 zufolge unzulässiger Ausdehnung des Streitgegenstandes auf und wies die Angelegenheit zu einem neuen Entscheid an die Vorinstanz zurück. In der Folge erliess diese – ohne zunächst wiederum eine anfechtbare Verfügung nach Art. 49 ATSG zu erlassen – direkt den Einspracheentscheid vom 5. März 2013, wobei sie die Verfügung vom 27. Juli 2011 bestätigte. Da aber die Verfügung vom 27. Juli 2011 angefochten und der in dieser Sache erlassene Einspracheentscheid vom 27. April 2012 richterlich aufgehoben wurde, fehlt dem vorliegenden Einspracheentscheid vom 5. März 2013 der Anfechtungsgegenstand. Zu prüfen ist demnach das rechtliche Schicksal dieses Entscheides:

2.3.2 Verfügungen resp. Einspracheentscheide sind fehlerhaft, wenn sie inhaltlich rechtswidrig sind oder in Bezug auf ihr Zustandekommen Rechtsnormen verletzen (vgl. BGE 122 I 97 E. 3a/aa, 127 II E. 3g; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungs-

recht, 6. Auflage, Zürich, St. Gallen, 2010, Rz 947 ff.). Die beiden wesentlichen Rechtsfolgen mangelhafter Verfügungen bzw. Einspracheentscheide sind deren Nichtigkeit beziehungsweise Anfechtbarkeit. In der Regel führt die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung oder eines Einspracheentscheides zu deren Anfechtbarkeit. Dies bedeutet, dass sie an sich gültig sind, aber während einer bestimmten Frist im Rahmen eines förmlichen Verfahrens angefochten werden können. Dies kann schliesslich zur Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung oder des Einspracheentscheides führen. Dagegen bedeutet Nichtigkeit absolute Unwirksamkeit eines Entscheides. Er ist ex tunc und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich. Bei der Abgrenzung zwischen blosser Anfechtbarkeit und Nichtigkeit folgt die Rechtsprechung der sogenannten Evidenztheorie. Danach ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet wird. Vorliegend hat die Vorinstanz ohne vorgängig zu verfügen direkt einen Einspracheentscheid erlassen, was ein augenscheinlicher und schwerwiegender Verfahrensmangel darstellt. Schwerwiegend ist der Mangel insofern, als dem Einspracheentscheid kein Anfechtungsgegenstand zugrunde liegt, was aus verfahrensrechtlicher Sicht nicht möglich ist. Das rechtliche Schicksal eines derartigen Einspracheentscheides kann - zumal die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird - nur dessen Nichtigkeit sein (vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz 956 ff.). Demnach ist der Einspracheentscheid vom 5. März 2013 nichtig und es ist ihm ex tunc jegliche Wirkung zu versagen.

3. Im Hinblick darauf, dass die Unia dem Rechtsvertreter des Versicherten mit Schreiben vom 5. März 2013 ankündigte, sie behalte sich vor, den Vermittlungsgrad und die Anrechenbarkeit der Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der C_____GmbH als Zwischenverdienst zu prüfen, sei aber auf Folgendes hingewiesen:

3.1 Nach Art. 10 Abs. 1 AVIG gilt als ganz arbeitslos, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Als teilweise arbeitslos gilt nach Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG unter anderem, wer eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht. Nach der Rechtsprechung gilt als Zwischenverdienst - unbesehen um den Status der Teilarbeitslosigkeit - auch die vom Teilarbeitslosen im Sinn von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG weiterhin ausgeübte teilzeitliche Erwerbstätigkeit (BGE 127 V 480 E. 2; 122 V 433; 120 V 502). Die Anwendung der Zwischenverdienstregelung auf Teilzeitarbeitslose im Sinn von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG wird von der Lehre kritisiert, wobei unter anderem ausgeführt wird, wenn die Rechtsprechung auch den verbleibenden, nicht vom Arbeitsausfall betroffenen Teil der Erwerbstätigkeit als Zwischenverdienst behandle, so mache sie den Teilzeitarbeitslosen aus gesetzessystematischer Sicht zum Ganzarbeitslosen. Eine Zwischenverdiensttätigkeit könne sich nur auf unzumutbare Tätigkeiten und nur auf den Teil des Arbeitsausfalls und damit auf den Umfang der eingetretenen Arbeitslosigkeit beziehen. Richtigerweise sei die bisherige Beschäftigung einer Person, welche eine von mehreren Teilzeitbeschäftigungen verloren habe, nicht als Zwischenverdienst zu betrachten. Die Entschädigung eines teilweise Arbeitslosen sei daher wie gemäss der früheren Rechtsprechung (BGE 112 V 229 = Pra 76 Nr. 112; BGE 112 V 237) auf der Grundlage des versicherten Verdienstes zu bemessen, der sich auf den Arbeitsausfall beziehe. Als Zwischenverdienst kämen daher nur Teilzeitbeschäftigungen eines Ganzarbeitslosen und

diejenigen eines Teilzeitarbeitslosen, welche für die dem Arbeitsausfall entsprechende Zeit angenommen würden, in Frage (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, Rz 418f; vgl. GERHARD. GERHARDS, Arbeitslosenversicherung: "Stempelferien", Zwischenverdienst und Kurzarbeitsentschädigung für öffentliche Betriebe und Verwaltungen - Drei Streitfragen, SZS 1994, S. 321ff., 335ff.). Trotz dieser Kritik hielt das Bundesgericht an seiner Praxis, wonach die Zwischenverdienstregelung auf Teilzeitarbeitslose anzuwenden sei, fest (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 2010, 8C_721/2010).

3.2 Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Satz 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 in Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG umschrieben, wobei es sich im Wesentlichen um eine Kodifizierung der bisherigen höchstgerichtlichen 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. Aufl., Art. 53 Rz 10 und 28). Taggeldabrechnungen der Arbeitslosenversicherung, die - wie im vorliegenden Fall - nicht in die Form einer formellen Verfügung gekleidet werden, weisen materiell Verfügungscharakter auf (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 14. Juli 2003, C 7/02; BGE 125 V 476 E. 1; BGE 122 V 368 E. 2 mit Hinweisen). Für die Verwaltung ist die Rechtsbeständigkeit nach Ablauf einer Zeitspanne eingetreten, welche der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht. 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, während vor Ablauf dieser Frist eine Rückforderung zufolge unrichtiger Taggeldabrechnungen ohne Bindung an die Voraussetzungen für einen Rückkommenstitel möglich ist (BGE 129 V 110; Urteil des EVG vom 14. Juli 2003, C 7/02).

3.3 Im Entscheid vom 22. November 2010, 8C_721/2010, hielt das Bundesgericht an seiner Praxis, wonach die Zwischenverdienstregelung auf Teilzeitarbeitslose anzuwenden sei (vgl. E. 3.1 hiavor), fest und wies darauf hin, dass eine nachträgliche Korrektur der Taggeldberechnung zwar einer Anpassung an die geltende Rechtsprechung entspreche, und die Wiedererwägungsvoraussetzung der zweifellosen Unrichtigkeit in der Regel bei unrichtiger Rechtsanwendung gegeben sei. Es kam aber angesichts der Sach- und Rechtslage sowie der fundierten

Kritik der Lehre an der Rechtsprechung zum Schluss, dass nicht von einer zweifellosen Unrichtigkeit der ursprünglichen Leistungszusprechung die Rede sein könne, weshalb die Voraussetzungen der Wiedererwägung nicht erfüllt seien.

3.4 Wie bereits im Urteil vom 20. Dezember 2012 ausgeführt, ist ein Zurückkommen auf die ausgerichteten Taggeldleistungen nur nach Massgabe der Grundsätze der in Art. 53 Abs. 1 und Abs. 2 ATSG verankerten Rückkommenstitel möglich. Mit Blick auf die unter E. 3.3 hiavor dargestellte Rechtsprechung ist aber fraglich, ob im vorliegenden Fall ein Rückkommenstitels gegeben ist.

4. Es bleibt über die Kosten zu befinden. Art. 61 lit. a ATSG hält fest, dass der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Da die Unia das vorliegende Verfahren verursacht hat, hat der Beschwerdeführer grundsätzlich Anspruch auf Ersatz der ausserordentlichen Kosten. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat in seiner Honorarnote vom 20. Juni 2013 für das kantonale Beschwerdeverfahren einen Zeitaufwand von 6,916 Stunden à Fr. 220.-- und Auslagen von insgesamt Fr. 59.-- ausgewiesen, was angesichts der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen nicht zu beanstanden ist. Damit ist dem Beschwerdeführer für das kantonale Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'707.10 (6,916 Stunden à Fr. 220.-- und Auslagen von Fr. 59.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Unia zuzusprechen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Es wird die Nichtigkeit des mit Beschwerde vom 11. April 2013 angefochtenen Einspracheentscheides der Unia Arbeitslosenkasse vom 5. März 2013 festgestellt.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die Unia Arbeitslosenkasse hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'707.10 (inkl. Auslagen und 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>