



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 5. September 2016 (715 16 133 / 220)

Arbeitslosenversicherung

Festlegung des Zwischenverdienstes eines selbständig Erwerbenden, insbesondere Berücksichtigung der zulässigen Abzüge vom Bruttoeinkommen.

_____ Besetzung Präsident Andreas Brunner, Gerichtsschreiber Daniel Gfeller

_____ Parteien **A.**_____, Beschwerdeführer

gegen

Unia Arbeitslosenkasse, Kompetenzzentrum DCH-West, Monbijoustrasse 61, Postfach 1174, 3000 Bern 23, Beschwerdegegnerin

_____ Betreff Rückforderung (756.3549.2451.87)

A. Die Unia Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosenkasse) eröffnete für A.____ eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. Juni 2011 bis 31. Mai 2013 mit einem versicherten Verdienst von Fr. 7'371.-- und einem Taggeld in der Höhe von Fr. 271.75.

Mit Taggeldabrechnungen vom 25. Januar 2013, vom 26. Februar 2013, vom 27. März 2013 und vom 25. April 2013 wurde A.____ – ohne Berücksichtigung eines Zwischenverdienstes – folgende Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt:

- Januar 2013: Fr. 5'712.95,
- Februar 2013: Fr. 4'967.80,
- März 2013: Fr. 5'216.20
- April 2013: Fr. 2'745.70

Im Rahmen des Vollzuges des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit (BGSA) vom 17. Juni 2005 wurde der Arbeitslosenkasse angezeigt, dass die versicherte Person einen Verdienst als selbständig Erwerbender erzielt hat, den die Arbeitslosenkasse allenfalls nicht angerechnet habe. In der Folge forderte die Arbeitslosenkasse am 21. Januar 2015 einen Auszug des individuellen Kontos von A.____ bei der AHV-Ausgleichskasse an, aus welchem sich ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit in der Höhe von Fr. 36'300.-- für das Jahr 2013 ergab. Nachdem sich A.____ auf Anfrage hin keine genaueren Angaben über dieses Einkommen machte, erliess die Arbeitslosenkasse am 24. Februar 2016 eine Rückforderungsverfügung über den Betrag von Fr. 9'842.60 gestützt auf neue Taggeldabrechnungen für die Monate Januar - April 2013 unter Berücksichtigung eines Zwischenverdienstes in der Höhe von monatlich Fr. 3'025.-- (Fr. 36'300.-- : 12).

Die gegen diese Verfügung und die Taggeldabrechnungen eingereichte Einsprache hiess die Unia Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 4. April 2016 teilweise gut und reduzierte die Rückforderung um den Betrag von Fr. 941.15, womit sich ein Rückforderungsbetrag von Fr. 8'901.45 ergab.

B. Gegen diesen Entscheid erhob A.____ mit Schreiben vom 2. Mai 2016 Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), und beantragte, der Einspracheentscheid sei aufzuheben und der Rückforderungsbetrag neu zu berechnen. Zu berücksichtigen sei, dass den Kunden Rabatte gewährt worden seien und deshalb sei ein geringeres Bruttoeinkommen erzielt worden. Ausserdem habe die Arbeitslosenkasse die Material- und Warenkosten nicht vom Bruttoeinkommen abgezogen.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 31. Mai 2016 beantragte die Unia Arbeitslosenkasse die Abweisung der Beschwerde.

Der Präsident zieht **in Erwägung** :

1.1 Gemäss Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (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 Insolvenzenschädigung (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 RAV Gelterkinden erfüllt. Nach § 54 Abs. 1 lit. k 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 ist somit einzutreten.

1.2 Nach § 55 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 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. 8'901.45, womit die präsidiale Zuständigkeit begründet ist.

2. Vorliegend streitig und zu prüfen ist, ob die Arbeitslosenkasse zu Recht den Betrag von Fr. 8'901.45 zu viel bezahlter Arbeitslosenentschädigung zurückfordert.

2.1 Die Zusprechung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen erfolgt grundsätzlich durch eine Verfügung (vgl. Art. 49 Abs. 1 ATSG). Steht diese mit den massgebenden rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen nicht bzw. nicht mehr in Übereinstimmung, stellt sich die Frage einer Korrektur der Verfügung. In Betracht kommt eine rückwirkende oder eine sich nur auf die Zukunft auswirkende Korrektur. Ziel ist, die gesetzliche Ordnung (wieder-) herzustellen (BGE 122 V 227). Vorliegend geht es um die rückwirkende Korrektur. Gemäss Art. 95 Abs. 1 Satz 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG ist die Kasse verpflichtet, zu Unrecht ausbezahlte Versicherungsleistungen vom Empfänger zurückzufordern.

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; hier ist auf Art. 53 ATSG abzustellen. Daran schliesst sich gegebenenfalls 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 allenfalls über den Erlass der zurückzuerstattenden Leistung zu entscheiden; dafür ist auf Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG abzustellen.

2.3 Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger in Form der Wiedererwägung auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Wird eine solche rückwirkende Korrektur einer Verfügung vorgenommen, entfällt die rechtliche Grundlage für die zugesprochenen Leistungen. Diese werden – im Nachhinein – zu unrechtmässigen Leistungen (vgl. BGE 122 V 138). Diese für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen gelten auch mit Bezug auf die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (vgl. BGE 129 V 110 E. 1.1 mit Hinweisen).

Die für die Wiedererwägung rechtskräftiger Verfügungen vorausgesetzte zweifellose Unrichtigkeit liegt praxisgemäss dann vor, wenn kein vernünftiger Zweifel daran möglich ist, dass die Verfügung unrichtig war. Es ist nur ein einziger Schluss, derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung möglich (vgl. Urteil des EVG vom 23. April 2004, C 214/03, E. 3.1.3; vgl. auch THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2003, S. 470, N 16).

3.1 Das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungsverfahren und der Sozialversicherungsprozess sind vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgericht von Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder Beweisanträge der Parteien, für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen).

3.2 Dem Kantonsgericht kommt in Sozialversicherungssachen eine vollständige Überprüfungsbefugnis zu. Es ist in der Beweiswürdigung frei (vgl. § 57 VPO in Verbindung mit Art. 61 Satz 1 ATSG; Art. 61 lit. c ATSG). Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (vgl. MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, S. 135 f.). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen 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. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (vgl. BGE 126 V 360 E. 5b mit Hinweisen).

4.1 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt nach Art. 8 Abs. 1 AVIG unter anderem voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos (lit. a) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (lit. b). Als ganz arbeitslos gilt gemäss Art. 10 Abs. 1 AVIG, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Als teilweise arbeitslos gilt hingegen, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 AVIG). Der Arbeitsausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert.

4.2 Gemäss Art. 24 AVIG sind Zwischenverdienste an die Arbeitslosenentschädigung anzurechnen. Beim Vorliegen eines Zwischenverdienstes ist die Arbeitslosenentschädigung allein aufgrund des Verdienstaufschlages und unabhängig vom Umfang des Arbeitsausfalls zu berechnen (BGE 121 V 360 E. 5c). Nach Art. 24 Abs. 1 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlages für Tage, an denen sie einen Zwi-

schenverdienst erzielt (Art. 24 Abs. 2 AVIG). Als Verdienstausschlag 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. Ein Nebenverdienst bleibt unberücksichtigt (Art. 24 Abs. 3 AVIG).

5. Die Beschwerdegegnerin ging in ihrer Verfügung zur Berechnung des Zwischenverdienstes für die Monate Januar 2013 - April 2013 von einem vom Jahreslohn umgerechneten durchschnittlichen monatlichen Bruttoeinkommen von Fr. 3'025.-- aus. Von diesem Betrag tätigte sie einen 20%igen Pauschalabzug und ermittelte so einen Rückforderungsbetrag von Fr. 9'842.60. Im Einspracheentscheid ging die Beschwerdegegnerin zur Berechnung des Zwischenverdienstes der Monate Januar - April 2013 vom Bruttoeinkommen gemäss Buchhaltung aus. Dabei ermittelte sie folgende Bruttoeinkommen: Januar 2013: Fr. 2'422.50, Februar 2013: Fr. 7'335.--, März 2013: Fr. 1'889.--.

Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer zu viel Arbeitslosenentschädigung erhalten hat, da der erzielte Zwischenverdienst bei der Ermittlung der Arbeitslosenentschädigung nicht berücksichtigt wurde. Umstritten ist jedoch die Höhe des anzurechnenden Zwischenverdienstes. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass vom Bruttoeinkommen neben dem – unbestrittenen – 20%igen Pauschalabzug noch weitere Abzüge für Material- und Warenkosten vorzunehmen seien. Die Beschwerdegegnerin ist der Auffassung, dass die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Abzüge nicht als Material- und Warenkosten betrachtet werden könnten, weshalb es beim 20%igen Pauschalabzug bleibe.

5.1 Gemäss Art. 41a Abs. 5 AVIV wird das anrechenbare Einkommen ermittelt, indem vom Bruttoeinkommen die nachgewiesenen Material- und Warenkosten abgezogen werden und der verbleibende Betrag um 20 Prozent als Pauschale für die übrigen berufsbedingten Auslagen gekürzt wird.

Das Bundesgericht führt in BGE 142 V 166 E. 3.3 aus, der Bundesrat habe in Art. 41a Abs. 5 AVIV die Abzugsfähigkeit nebst einer 20%igen Pauschale für berufsbedingte Auslagen ausdrücklich auf Material- und Warenkosten beschränkt, Auslagen also, welche sich mehr oder weniger proportional zum Bruttoeinkommen entwickeln (vgl. auch Weisung des SECO in AVIG-Praxis ALE Rz. C147). Im dort zu beurteilenden Fall hielt das Bundesgericht fest, dies treffe bei den von der Vorinstanz zusätzlich berücksichtigten Wohn- und Reisekosten nicht zu.

5.2 Vorliegend können diverse vom Beschwerdeführer geltend gemachte Ausgaben nicht als abzugsfähige Material- und Warenkosten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung berücksichtigt werden. Die meisten dieser Ausgaben werden in der Buchhaltung – soweit sie dort überhaupt identifizierbar sind – als Investitionen oder Infrastrukturkosten deklariert. Solche Ausgaben können von vornherein nicht als Material- oder Warenkosten bezeichnet werden und sind daher vom Bruttoeinkommen nicht abzugsfähig. Deshalb können neben dem 20%igen Pauschalabzug keine weiteren Abzüge vom Bruttoeinkommen berücksichtigt werden.

Hingegen ist die Berechnung des Bruttoeinkommens zu überprüfen. Insbesondere ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht, den Kunden gegenüber Rabatte gewährt zu haben. Dabei handelt es sich um Geld, welches der Beschwerdeführer gar nicht eingenommen hat. In seiner Buchhaltung hat der Beschwerdeführer die Beträge inklusive der Rabatte als Einnahmen verbucht, weshalb sie bei der Berechnung des Bruttoeinkommens mitberücksichtigt wurden. Gleichzeitig hat er die gewährten Rabatte als Ausgaben verbucht. Korrekterweise hätte er die Einnahmen abzüglich der gewährten Rabatte verbuchen müssen. So hätte er die Rabatte auch nicht als Ausgaben – was sie eigentlich nicht sind – in der Buchhaltung aufführen müssen. Um diese Beträge sind die aus der Buchhaltung ersichtlichen Einkommen zu kürzen. Gleiches gilt auch für Dienstleistungskosten, welche der Beschwerdeführer für Leistungen von Drittpersonen für seine Kunden bezahlt hat. Als Beispiel führt er die Logo-Gestaltung einer externen Person an, welche diese Arbeiten für einen Kunden des Beschwerdeführers ausgeführt hat. Diese Dienstleistung wurde dem Beschwerdeführer in Rechnung gestellt und erscheint in der Buchhaltung als Ausgabe. Den gleichen Betrag hat der Beschwerdeführer seinen Kunden in Rechnung gestellt und als Einnahmen in der Buchhaltung aufgeführt. Diese Beträge hätten von den Drittpersonen auch direkt bei den Kunden geltend gemacht werden können, weshalb sie bei der Berechnung des Bruttoeinkommens nicht zu berücksichtigen sind.

Der Beschwerdeführer macht somit zu Recht geltend, dass die gewährten Rabatte, aber auch die von Dritten für seine Kunden ausgeführten Arbeiten nicht als Einnahmen zum Bruttoeinkommen hinzuzurechnen sind, auch wenn der Beschwerdeführer diese Beträge seinen Kunden in Rechnung gestellt hat.

5.3 Damit ergibt sich, dass das im Monat Januar 2013 aus der Buchhaltung berechnete Bruttoeinkommen um Fr. 125.-- (28.01.2012 [recte 2013] – B.____ Dienstleistungen) sowie um Fr. 80.-- (31.01.2013 – Projektbegleitung), im Monat Februar 2013 um Fr. 175.-- (7.02.2013 – B.____ Dienstleistungen), Fr. 125.-- (18.02.2013 B.____ Dienstleistungen), Fr. 350.-- (25.02.2013 Projektrabatt), Fr. 240.-- (26.02.2013 – B.____ Dienstleistungen) sowie Fr. 80.-- (28.02.2013 – Projektbegleitung) und im Monat März 2013 um Fr. 40.-- (31.03.2013 – Projektbegleitung) zu kürzen ist.

Zusätzlich ergibt sich für den Monat April 2013 aus der Buchhaltung ein Einkommen von Fr. 4'978.--. Davon ist der Betrag von Fr. 40.-- (30.04.2013 – Projektbegleitung) abzuziehen, womit sich ein Bruttoeinkommen von Fr. 4'938.-- ergibt.

Damit sind die von der Vorinstanz berechneten Bruttoeinkommen (vgl. oben Ziff. 5) um die hier vor angeführten Beträge zu kürzen und es ergeben sich folgende Bruttoeinkommen von welchen wiederum 20 % abzuziehen sind:

	Bruttoeinkommen		anrechenbares Einkommen
Januar 2013:	Fr. 2'217.--	- 20 %	Fr. 1'773.--
Februar 2013	Fr. 6'365.--	- 20 %	Fr. 5'092.--
März 2013	Fr. 1'849.--	- 20 %	Fr. 1'479.--
April 2013	Fr. 4'978.--	- 20 %	Fr. 3'950.--

6. Gestützt auf diese anrechenbaren Einkommen ergeben sich folgende Rückforderungsbeträge für die einzelnen Monate von Januar 2013 - April 2013:

Januar 2013:

Versicherter Verdienst:	Fr. 7'371.00
Massgebender Verdienst	Fr. 7'812.60
Zwischenverdienst	Fr. 1'773.00
Verdienstaussfall	Fr. 6'039.60
Kompensationszahlung netto	Fr. 4'524.25
Erhaltene ALE	Fr. 5'712.95
Rückforderung	Fr. 1'188.70

Februar 2013:

Versicherter Verdienst:	Fr. 7'371.00
Massgebender Verdienst	Fr. 5'774.50
Zwischenverdienst	Fr. 5'092.00
Verdienstaussfall	Fr. 682.50
Kompensationszahlung netto	Fr. 503.55
Erhaltene ALE	Fr. 4'222.60
Bereits geleistete Rückzahlung	Fr. 745.15
Rückforderung	Fr. 2'973.90

März 2013

Versicherter Verdienst:	Fr. 3'686.00
Massgebender Verdienst	Fr. 3'906.80
Zwischenverdienst	Fr. 1'479.00
Verdienstaufschlag	Fr. 2'427.80
Kompensationszahlung netto	Fr. 1'791.15
Erhaltene ALE	Fr. 5'216.20
Bereits geleistete Rückzahlung	Fr. 2'595.25
Rückforderung	Fr. 829.80

April 2013

Der Zwischenverdienst war höher als der massgebende Verdienst, so dass der Beschwerdeführer für diesen Monat keinen Anspruch auf Kompensationszahlungen hatte und deshalb den von der Arbeitslosenkasse erhaltenen Betrag in der Höhe von Fr. 2'745.70 zurückzahlen muss.

Gestützt auf diese Berechnung hat der Beschwerdeführer den Betrag von Fr. 7'738.10 an die Arbeitslosenkasse zurückzuzahlen. Damit ergibt sich, dass die ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung zweifellos unrichtig war und der Betrag von Fr. 7'738.10 als erheblich zu bezeichnen ist, weshalb die Voraussetzungen der Wiedererwägung erfüllt sind (vgl. oben Ziff. 2.3).

7. Zusammenfassend ist die vorliegende Beschwerde in dem Sinne teilweise gutzuheissen, als festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer für die Monate Januar 2013 - April 2013 Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 7'738.10 zu viel erhalten hat. Der von der Beschwerdegegnerin auf Fr. 8'901.45 festgesetzte Rückforderungsbetrag ist demzufolge um Fr. 1'163.35 auf Fr. 7'738.10 zu reduzieren.

8. Art. 61 lit. a ATSG hält fest, dass der Prozess vor dem kantonalen Versicherungsgericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Verfahrenskosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 4. April 2016 aufgehoben und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer der Unia Arbeitslosenkasse den Betrag von Fr. 7'738.10 zurückzuerstatten hat.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.

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