

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



---

II 2017 81

## Entscheid vom 14. Dezember 2017

---

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident  
Dr.oec. Andreas Risi, Richter  
Dr.iur. Frank Lampert, Richter  
MLaw Stefan Getzmann, Gerichtsschreiber

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Willi Fuchsli,  
Zürcherstrasse 49, Postfach 644, 8853 Lachen,

**gegen**

**Unia Arbeitslosenkasse**, Kompetenzzentrum D-CH West,  
Monbijoustrasse 61, Postfach 3398, 3001 Bern,  
Vorinstanz,

---

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Rückforderung von Arbeitslosen-  
entschädigung)

## **Sachverhalt:**

**A.** A.\_\_\_\_\_ (geb. \_\_\_\_\_ 1982, kosovarischer Staatsangehöriger) arbeitete seit 1. Februar 2007 im Vollzeitpensum (42,5h/Woche) als Produktionsmitarbeiter bei der B.\_\_\_\_\_ AG, ehe das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen mit Vereinbarung vom 4. April 2013 betreffend Freistellung/Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit Wirkung auf den 30. Juni 2013 aufgelöst wurde (Vi-act. 161 S. 331).

Neben seiner Tätigkeit bei der B.\_\_\_\_\_ AG arbeitete A.\_\_\_\_\_ seit dem 1. Januar 2013 in einem Nebenerwerb als Tankstellen-Shop-Mitarbeiter für die C.\_\_\_\_\_ AG respektive bei deren Tankstelle in \_\_\_\_\_ im Kanton Zug. Diese Tankstelle wurde seit 2012 von verschiedenen Gesellschaften geführt (\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_).

**B.** Am 29. April 2013 wurde A.\_\_\_\_\_ durch das RAV Lachen zur Arbeitsvermittlung mit Eintritt per 1. Juli 2013 angemeldet. Am 1. Juli 2013 stellte er bei der Unia Arbeitslosenkasse (kurz: Unia) den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Juli 2013 (Vi-act. 164 S. 350).

**C.** Mit Verfügung vom 28. April 2015 forderte die Unia von A.\_\_\_\_\_ ausbezahlte Leistungen im Betrag von Fr. 12'632.10 zurück (Vi-act. 70 S. 179). In der Verfügung wurde festgehalten, dass der versicherte Verdienst (bei der B.\_\_\_\_\_ AG) auf Fr. 4'050.-- berechnet und das Taggeld auf Fr. 149.30 festgesetzt worden sei. A.\_\_\_\_\_ erziele bei der C.\_\_\_\_\_ AG (vormals G.\_\_\_\_\_ AG) und deren Nachfolgefirmer seit dem Jahr 2012 einen Nebenverdienst, den er trotz Aufforderung nicht gemeldet habe. Des Weiteren hielt die Unia fest: "Wenn das Einkommen bei der C.\_\_\_\_\_ AG CHF 2'656.30 (Nebenverdienst) übersteigt, muss dieses von der Kasse als Zwischenverdienst angerechnet werden." (...). Die Nacherfassung der erzielten Zwischenverdienste (ohne Ferienanteile) würde zum Rückforderungsbetrag von Fr. 12'632.10 führen.

Diese Verfügung vom 28. April 2015 erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Unia und A.\_\_\_\_\_ einigten sich im Juli 2015 auf eine monatliche Ratenzahlung von Fr. 500.-- (Vi-act. 62 S. 166).

**D.** Am 5. Mai 2015 reichte die Unia bei der Bezirksstaatsanwaltschaft Inner- und Schwyz gestützt auf Art. 105 AVIG Strafanzeige gegen A.\_\_\_\_\_ ein. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) habe die Unia beauftragt, die Auszahlungen für die versicherte Person im Hinblick auf mögliche Schwarzarbeit/Doppelbezüge zu überprüfen. Bei der anschliessenden Prüfung habe sich herausgestellt, dass die versicherte Person diverse Verdienste gegenüber der Kasse nicht deklariert

habe (Vi-act. 66 S. 171). Am 10. Oktober 2016 erhielt A. \_\_\_\_\_ deswegen einen Strafbefehl.

**E.** Am 18. Oktober 2016 liess A. \_\_\_\_\_ gegen den Strafbefehl Einsprache erheben. Gleichentags ersuchte sein Rechtsvertreter die Unia um Akteneinsicht (Vi-act. 50 S. 139). Am 14. November 2016 ersuchte er die Unia erneut um die Zustellung der Akten sowie um genaue Erläuterung des Rückforderungsbetrags sowie der Begründung in der Verfügung vom 28. April 2015 (Bf-act. 6). Nachdem die Unia darauf erneut nicht reagierte, liess A. \_\_\_\_\_ am 9. Januar 2017 ein Gesuch um Wiedererwägung der Verfügung vom 28. April 2015 einreichen (Vi-act. 45 S. 133).

Mit Schreiben vom 10. Januar 2017 antwortete die Unia, dass man für die Festsetzung des Nebenverdienstes, der für die Ermittlung des versicherten Verdiensts unberücksichtigt zu bleiben habe, die durchschnittlichen Bruttolöhne von A. \_\_\_\_\_ bei der \_\_\_\_\_ vom Januar bis Juni 2013 herangezogen habe und diese bei Fr. 2'656.30 festgesetzt worden seien. Die restlichen Fragen seien Gegenstand der Wiedererwägung (Vi-act. 44 S. 132).

**F.** Mit einem als 'Einspracheentscheid' betitelten Entscheid vom 20. März 2017 (Vi-act. 26 S. 97; Betreff: Wiedererwägungsgesuch - Teilweise Gutheissung) trat die Unia auf das Wiedererwägungsgesuch vom 9. Januar 2017 ein und hiess es teilweise gut, indem der ursprüngliche Rückforderungsbetrag von Fr. 12'632.10 neu auf Fr. 9'447.75 reduziert wurde (Vi-act. 27 S. 102). Im Zuge des Einspracheverfahrens habe man den genauen Verdienst in den Monaten Juli 2013 bis Oktober 2013 geprüft und neu abgerechnet. Die Nachzahlungen seien direkt mit der offenen Rückforderung verrechnet worden. Diese verringere sich aufgrund der neu angerechneten Zwischenverdienste auf Fr. 9'447.75.

Am 28. April 2017 liess A. \_\_\_\_\_ gegen den Einspracheentscheid Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz einreichen mit dem Antrag, den Einspracheentscheid vom 20. März 2017 aufzuheben. Ebenfalls mit Eingabe vom 28. April 2017 liess er gegen denselben Entscheid Einsprache erheben. In beiden Rechtseingaben machte A. \_\_\_\_\_ geltend, dass über das Wiedererwägungsgesuch vom 9. Januar 2017 zuerst mittels Verfügung hätte entschieden werden müssen (Vi-act. 17 und 18 S. 61ff.). Mit Entscheid vom 31. Mai 2017 (Verfahren II 2017 45) trat der Einzelrichter des Verwaltungsgerichts Schwyz auf die Beschwerde vom 28. April 2017 nicht ein. Die Sache wurde zuständigkeitshalber zur Durchführung des Einspracheverfahrens an die Unia weitergeleitet.

**G.** Am 18. Juli 2017 sistierte der zuständige Staatsanwalt das Strafverfahren.

**H.** Mit Einspracheentscheid vom 19. September 2017 hat die Unia die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 28. April 2017 als Einsprache entgegen genommen und wie folgt entschieden (Vi-act. 6 S. 22):

1. Die Einsprache vom 28. April 2017 wird abgewiesen.
2. Die Verfügung vom 20. März 2017 wird bestätigt.
3. Das vorliegende Verfahren ist kostenlos und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**I.** Am 27. September 2017 lässt A. \_\_\_\_\_ rechtzeitig Beschwerde beim Verwaltungsgericht Schwyz erheben mit den Anträgen:

1. Der angefochtene Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 19. September 2017 sei dahingehend abzuändern, dass auf eine Rückforderung in der Höhe von Fr. 9'447.75 verzichtet wird.
2. Die Unia Arbeitslosenkasse sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer die bereits bezahlten Fr. 9'447.75 rückzuvergüten.
3. Eventualiter sei die Sache in Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides der Unia Arbeitslosenkasse vom 19. September 2017 zu ergänzenden Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen oder es seien selber ergänzende Abklärungen vorzunehmen.
4. Unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Gemäss den Ausführungen in der Beschwerde (S. 2 unten f. mit Verweis auf Bf-act. 3) hat der Beschwerdeführer den Rückforderungsbetrag von Fr. 9'447.75 mit Ratenzahlungen bis März 2017 vollständig zurückbezahlt.

**J.** Mit Vernehmlassung vom 10. Oktober 2017 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 27. September 2017. Zudem verweist die Vorinstanz auf ihr Schreiben vom 25. September 2017 an die Staatsanwaltschaft des Bezirks March, mit welchem sie die Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer vom 5. Mai 2017 zurückzog.

#### **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.** Es ist nicht strittig, dass der Beschwerdeführer während seiner Zeit der Arbeitslosigkeit ein Einkommen aus seiner Nebentätigkeit in einem Tankstellen-shop erzielt hatte. Strittig und zu prüfen ist indes, ob die Vorinstanz einen Teil davon zu Recht als Zwischenverdienst angerechnet und gegenüber dem Beschwerdeführer in der Folge eine der Anrechnungshöhe entsprechende Rückforderung verfügt hat.

**1.2.1** Als Zwischenverdienst gilt gemäss Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) vom 25. Juni 1982 jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufalles. Erzielt er dabei ein geringeres Einkommen als die ihm zustehende Arbeitslosenentschädigung, erhält er die Differenz bis zum versicherten Verdienst nach dem Entschädigungssatz von Art. 22 AVIG von der Arbeitslosenkasse ausgeglichen.

**1.2.2** Ein Nebenverdienst ist demgegenüber jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit erzielt. Eine solche wird bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht berücksichtigt (Art. 23 Abs. 3 AVIG). Dahinter steht der Grundgedanke, dass die Arbeitslosenversicherung nur für das Risiko des Verlusts einer üblichen Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz gewährt (BGE 123 V 74 Erw. 5c). Die Rechtsprechung hat es daher abgelehnt, eine Entschädigung für Erwerbseinbussen auszurichten, die vom Wegfall einer ein normales Vollzeitpensum übersteigenden Beschäftigung stammen (BGE 125 V 479 Erw. 5b und c). Ein Nebenverdienst bleibt daher auch bei der Anrechnung eines Zwischenverdienstes grundsätzlich unberücksichtigt (Art. 24 Abs. 3 AVIG). Eine Steigerung des Nebenverdienstes kann aber zur Annahme von Zwischenverdienst führen. Wird die Nebenverdiensttätigkeit ausgedehnt, so ist der erzielte Mehrverdienst als Zwischenverdienst zu berücksichtigen (Bundesgerichtsurteil 8C\_265/2014 vom 27.8.2014 Erw. 2 mit Verweis auf BGE 123 V 230, vgl. auch BGE 120 V 518 Erw. 3; Urteile des EVG C 186/00 vom 28.2.2001 und C 149/02 vom 27.1.2003; AVIG-Praxis Arbeitslosenentschädigung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO [AVIG-Praxis ALE], Fassung Juli 2017, Rz. C 9).

**1.2.3** 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 Zweck der Auskunftspflicht besteht darin, der Gefahr missbräuchlicher Inanspruchnahme von Arbeitslosenentschädigung vorzubeugen (Urteil EVGer C 50/91 vom 16.12.1992 in: ARV 1993/1994 Nr. 3 S. 22 Erw. 3d). 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 (Urteil BGer 8C\_265/2014 vom 27.8.2014 Erw. 3.3).

**1.3.1** Gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, 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 Erw. 4.1; vgl. auch Bundesgerichtsurteil 9C\_999/2009 vom 7.6.2010 Erw. 3.1 in fine mit Hinweisen, u.a. auf BGE 133 V 582 Erw. 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 Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11]).

**1.3.2** 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 Erw. 5.2; 129 V 110 Erw. 1.1; Urteil BGer 8C\_301/2014 vom 9.9.2014 Erw. 2; 8C\_48/2011 vom 16.5.2011 Erw. 2; Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., 2015, Art. 25 Rz. 14, vgl. auch Art. 53 Rz. 12). Dies gilt unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind.

**1.3.3** Die Wiedererwägung von rechtskräftig zugesprochenen und ausbezahlten Kassenleistungen setzt grundsätzlich eine zweifellose Unrichtigkeit (des ursprünglichen Kassenentscheides) und eine erhebliche Bedeutung der Berichtigung voraus (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die Unrichtigkeit kann sich auf den zugrundegelegten Sachverhalt oder auf die Rechtsanwendung beziehen (Kieser a.a.O., Art. 53 Rz. 43). Eine zweifellose Unrichtigkeit liegt nicht nur vor, wenn die in Wiedererwägung zu ziehende Verfügung auf Grund falscher oder unzutreffender Rechtsregeln erlassen wurde, sondern auch, wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden. Eine gesetzwidrige Leistungszusprechung gilt regelmässig als zweifellos unrichtig (BGE 126 V 399 Erw. 2.b/bb). Zweifellos unrichtig ist ein Entscheid, wenn es der einzige Schluss ist, wenn kein vernünftiger Zweifel an der Unrichtigkeit besteht. Dieses Erfordernis ist deshalb

zu verneinen, wenn man sich auf eine neu vorzunehmende Beweiswürdigung beruft, oder allenfalls bei unzutreffenden Ermessensbetätigungen (Kieser a.a.O. Art. 53 Rz. 52). Die für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen gelten auch mit Bezug auf die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 95 AVIG.

**1.3.4** Von der Wiedererwägung ist die prozessuale Revision von Verfügungen zu unterscheiden. Formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide müssen 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 (Art. 53 Abs. 1 ATSG; BGE 127 V 466 Erw. 2c). Bei den neuen Tatsachen handelt es sich um solche, die im Zeitpunkt der Entscheidung bereits vorlagen, jedoch unverschuldeterweise unbekannt waren oder unbewiesen blieben (BGE 119 V 180 Erw. 3a; Urteil BGer 8C\_93/2007 vom 29.2.2008 Erw. 2.2). Die Erheblichkeit der neuen Tatsache spricht deren Eignung an, die tatsächliche Grundlage der Verfügung so zu ändern, dass bei erneuter Entscheidung ein anderer Entscheid resultiert. Eine neue Würdigung einer bereits bestehenden Tatsache ist keine neue Tatsache (Kieser a.a.O. Art. 53 Rz. 25). Zulässig ist die Revision bei Auffinden von Beweismitteln dagegen auch dann, wenn das Beweismittel aus der Zeit nach dem Entscheid datiert, sofern es sich auf eine Tatsache bezieht, welche die Grundlage des Entscheides bildet (Kieser a.a.O. Art. 53 Rz. 11).

Bei Vorliegen eines Revisionsgrundes ist von Amtes wegen ein Revisionsverfahren einzuleiten, es bedarf keines entsprechenden Gesuches (Kieser a.a.O. Art. 53 Rz. 35). Im Übrigen ist eine relative Revisionsfrist von 90 Tage zu beachten, welche mit der Entdeckung des Revisionsgrundes zu laufen beginnt. Die absolute zehnjährige Frist beginnt mit der Eröffnung des Entscheides zu laufen (Kieser a.a.O. Art. 53 Rz. 38; Art. 67 VwVG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 ATSG). Da die Revisionsfrist nach Art. 67 Abs. 1 VwVG auf Revisionsbegehren Bezug nimmt, hat das Verwaltungsgericht in VGE 300/04 vom 12. Februar 2004 festgehalten, die Behörde habe ihrerseits zur Einhaltung der relativen Frist innert 90 Tagen zwar noch keinen Revisionsentscheid zu fällen, aber mindestens den betroffenen Parteien mitzuteilen, dass eine Revision in Betracht gezogen werde (VGE 300/04 vom 12.2.2004 Erw. 2.4). Wird sie innert Frist nicht in diesem Sinne tätig, kann sie eine rechtskräftige Verfügung nicht mehr in Revision ziehen.

**2.1** Der Beschwerdeführer beantragte ab dem 1. Juli 2013 im Umfange eines Vollzeitpensums Arbeitslosenentschädigung, die ihm in der Folge ausgerichtet wurde. Per 15. Oktober 2014 fand der Beschwerdeführer eine neue Anstellung

womit die Arbeitslosigkeit beendet wurde. Während der gesamten Zeit der Arbeitslosigkeit ging der Beschwerdeführer der Tätigkeit in einem Tankstellenshop nach und erzielte dabei Erwerbseinkommen. Diese Tätigkeit übte er bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit im Sinne eines Nebenerwerbs aus. Die über die gesamte Zeit erzielten Einkommen sind unbestritten und werden auch vom Beschwerdeführer mit den entsprechenden Salärabrechnungen Januar 2013 bis Oktober 2014 belegt (Bf-act. 16). Unbestritten ist ebenso, dass der vor Eintritt der Arbeitslosigkeit erzielte Nebenerwerb nicht als versicherter Verdienst angerechnet wurde und dass während der Arbeitslosigkeit dieser Nebenerwerb nicht als Zwischenverdienst angerechnet wurde.

**2.2** Nach Beendigung der Arbeitslosigkeit und auf Aufforderung des SECO nahm die Arbeitslosenkasse beim Beschwerdeführer eine Überprüfung im Hinblick auf mögliche Schwarzarbeit/Doppelbezüge vor (Vi-act. 66 S. 171). Dabei stellte sich heraus, dass der Verdienst des Beschwerdeführers aus seiner Tätigkeit im Tankstellenshop korrekt abgerechnet wurde (keine Schwarzarbeit vorlag; Vi-act. 53 S. 142), aber keine Anrechnung an die Arbeitslosenentschädigung erfolgt ist. Soweit der Verdienst aus dieser Nebentätigkeit während der Arbeitslosigkeit den Durchschnitt des in den sechs Monaten vor Arbeitslosigkeit erzielten Nebenverdienstes überschritt, wurde dieser von der Vorinstanz mit Verfügung vom 28. April 2015 als Zwischenverdienst qualifiziert, was zu einer Rückforderung von Fr. 12'632.10 wegen zu viel bezogener Arbeitslosenentschädigung führte. Diese Verfügung erwuchs in Rechtskraft; Arbeitslosenkasse und Beschwerdeführer vereinbarten eine Ratenzahlung (Rückzahlung von Fr. 500.--/Monat).

**2.3** Nachdem die Arbeitslosenkasse gegen den Beschwerdeführer wegen Nichtdeklaration diverser Verdienste am 5. Mai 2015 Strafanzeige erstattet hat (Vi-act. 66 S. 171) und der Beschwerdeführer am 10. Oktober 2016 einen Strafbefehl wegen gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) vom 21. Dezember 1937 i.V.m. Art. 146 Abs. 2 StGB erhielt (Bf-act. 4), suchte er einen Anwalt auf. Dieser erhob Einsprache gegen den Strafbefehl und ersuchte die Arbeitslosenkasse mehrmals um Akteneinsicht und Auskunft und stellte – nachdem die Auskunft ausblieb – am 9. Januar 2017 das Begehren, die Rückforderungsverfügung vom 28. April 2015 in Wiedererwägung zu ziehen (Bf-act. 8). In der Folge zog die Arbeitslosenkasse die Verfügung vom 28. April 2015 in Wiedererwägung, korrigierte den Rückforderungsbetrag auf neu Fr. 9'447.75. An der Rückforderung selbst wurde festgehalten. Die dagegen erhobene Einsprache wurde am 19. September 2017 abgewiesen.

**2.4** Vor Verwaltungsgericht beantragt der Beschwerdeführer, die Rückforderung sei aufzuheben (und der bereits bezahlte Betrag sei ihm zurück zu zahlen), eventualiter sei die Sache zur Neuberechnung an die Vorinstanz zurück zu weisen. In der Folge gilt es daher vorab zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht Leistungen zurückgefordert hat. Nur wenn dies zu bejahen ist, gilt es die Höhe der Rückforderung zu prüfen.

**3.1.1** In der Verfügung vom 28. April 2015 hält die Arbeitslosenkasse fest, gestützt auf Art. 95 Abs. 1 AVIG und Art. 25 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG würden zu viel ausbezahlte Leistungen im Betrag von Fr. 12'632.10 zurückgefordert (Vi-act. 70 S. 179). Das SECO habe die Kasse beauftragt, die Auszahlungen im Hinblick auf mögliche Schwarzarbeit/Doppelbezüge zu überprüfen. Die Abklärung habe ergeben, dass der Beschwerdeführer seit 2012 einem Nebenerwerb nachgehe. Mit Schreiben vom 3. September 2013 sei er aufgefordert worden, Lohnbelege im Zusammenhang mit diesem Nebenverdienst einzureichen. Der Aufforderung sei er nicht nachgekommen. In der Folge sei der Verdienst bei der Kasse unberücksichtigt geblieben. Soweit dieser Verdienst das durchschnittliche Einkommen dieser Nebentätigkeit vor Arbeitslosigkeit übersteige, handle es sich um Zwischenverdienst, der anzurechnen sei. Entsprechend werde der genannte Betrag zurückgefordert.

Als Grundlage ihrer Verfügung bezeichnet die Vorinstanz in der Einleitung der Verfügung die Gesetzesartikel der prozessualen Revision wie auch der Wiedererwägung. In der weiteren Begründung führt sie aber nicht aus, gestützt auf welchen Titel sie zurückfordert und inwiefern die Voraussetzungen des massgeblichen Rückforderungstitels erfüllt sind (vgl. Erw. 1.3).

**3.1.2** Mit Entscheid vom 20. März 2017 wurde das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers vom 9. Januar 2017 teilweise gutgeheissen. An der Rückforderung wurde festgehalten, der Betrag jedoch reduziert (Vi-act. 26 S. 97). In der Begründung führt die Kasse aus, Rückforderungen nach Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG würden einen Rückforderungstitel voraussetzen. Dabei erläutert sie die prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) und die Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Weiter wurde ausgeführt: "Strittig und zu prüfen ist, ob die Kasse die Kontrollperioden Juli 2013 bis Oktober 2014 zu Recht in Revision gezogen und korrigiert hat und ob die Rückforderung von CHF 12'632.10 somit rechters ist" (Wiedererwägungsentscheid vom 20. März 2017, Vi-act. 26 S. 99). Mithin ging die Kasse davon aus, die Rückforderung erfolge aufgrund einer prozessualen Revision. Dass deren Voraussetzungen erfüllt sind, begründet sie indes nicht weiter.

**3.1.3** Im Einspracheentscheid vom 19. September 2017 hält die Vorinstanz fest, strittig und zu prüfen sei, ob die Berechnung des versicherten Verdienstes und des Nebenerwerbes korrekt erfolgt sei und ob an der Rückforderung festgehalten werde könne (Vi-act. 6 S. 23). Erneut wird festgehalten, eine Leistung sei nur zurückzuerstatten, wenn in verfahrensrechtlicher Hinsicht entweder die für die (prozessuale) Revision oder die für die Wiedererwägung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt seien. Die Einsprache wird dann allerdings abgewiesen, ohne dass sich die Vorinstanz auf einen Rückforderungstitel festlegen würde und ohne dass eine Prüfung resp. Auseinandersetzung mit diesen Voraussetzungen erfolgt wäre.

**3.2** Im Entscheid vom 20. März 2017 wurde zwar der Rückforderungsbetrag korrigiert, im Grundsatz aber festgehalten, die Kassenleistungen seien zu Recht in Revision gezogen worden (vgl. Erw. 3.1.2). Mithin geht die Vorinstanz davon aus, die Rückforderung erfolge aufgrund einer (prozessualen) Revision nach Art. 53 Abs. 1 ATSG. Danach ist eine formell rechtskräftige Verfügung in Revision zu ziehen, wenn der Versicherungsträger (oder die versicherte Person) nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Die Revision hat innert 90 Tagen seit Entdeckung der erheblichen neuen Tatsachen oder Beweismittel zu erfolgen. Erheblich können dabei nur neue Tatsachen sein, die zur Zeit der Erstbeurteilung bereits bestanden, jedoch unverschuldeterweise unbekannt waren oder unbewiesen geblieben sind (Urteil BGer 8C\_93/2007 vom 29.2.2008 Erw. 2.2).

Vorliegend fehlt es für eine Revision an der geforderten Voraussetzung der "erheblichen neuen Tatsachen".

**3.2.1** Am 1. Juli 2013 hat der Beschwerdeführer Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gestellt (Vi-act. 164 S. 350). Die Frage, ob er gegenwärtig noch ein Einkommen aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit erziele, beantwortete der Beschwerdeführer mit 'Ja', er sei auf Stundenbasis tätig als Tankstellen-Shop Mitarbeiter bei der \_\_\_\_\_. Da er unterhaltspflichtiger Vater ist, füllte er ebenso das Formular 'Unterhaltspflicht gegenüber Kindern' aus (Vi-act. 160 S. 329). Darin bemerkte der Beschwerdeführer, die Kinderzulagen würden vom Nebenerwerb bezogen. Und schliesslich übergab der Beschwerdeführer der Kasse die Salärabrechnungen seiner Nebentätigkeit als Tankstellen-Shop Mitarbeiter der Monate Januar 2013 bis Juni 2013 (Vi-act. 159 S. 323 ff.). Mithin verfügte die Arbeitslosenkasse bei Anspruchsbeginn über sämtliche für die Berechnung der Arbeitslosenentschädigung notwendigen Informationen; seitens Beschwerdeführer wurde umfassend orientiert.

**3.2.2** Im Recht liegt ein an den Beschwerdeführer adressiertes Schreiben vom 3. September 2013, worin die Kasse festhält, es fehlten ihr Kopien der Lohnabrechnungen des Nebenverdienstes für die Monate Juli und August 2013. Der Beschwerdeführer wird aufgefordert, ihr diese Unterlagen so rasch als möglich einzureichen. Ohne diese könne sie den Monat August 2013 nicht abrechnen und sein Anspruch verfallende nach drei Monaten (Vi-act. 154 S. 315).

Auf dieses Schreiben hat der Beschwerdeführer unbestrittenermassen nicht reagiert. Seinerseits begründet er dies damit, dieses Schreiben gar nie erhalten zu haben. Ob dem so ist, kann letztlich offen bleiben (immerhin fällt auf, dass in den Akten mehrere Dokumente der Kasse sind, die auf einem Briefformular, adressiert an den Beschwerdeführer, redigiert sind und wohl nie versandt wurden; vgl. etwa Vi-act. 85 S. 209; 53 S. 142).

Entgegen der angedrohten Säumnisfolge rechnete die Kasse am 4. September 2013 den Monat August 2013 ab und überwies dem Beschwerdeführer die Tagelder (Vi-act. 153 S. 314). Das Nämliche gilt für die Folgemonate.

**3.2.3** Mit dem Formular 'Angaben der versicherten Person für den Monat Juli 2014' deklarierte der Beschwerdeführer gegenüber der Kasse einen vom 1. bis 21. Juli 2014 erzielten Zwischenverdienst als Temporärmitarbeiter (Vi-act. 113 S. 260), der in der Folge an die Arbeitslosenentschädigung angerechnet wurde (Vi-act. 112 S. 258).

**3.2.4** Mit Schreiben vom 5. Februar 2015 erhielt die Kasse von der Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber den IK-Auszug des Beschwerdeführers (Vi-act. 87 S. 212 ff.). Dies, nachdem die Kasse vom SECO aufgefordert wurde, eine Überprüfung wegen Schwarzarbeit/Doppelbezug vorzunehmen (diese Aufforderung liegt nicht im Recht). Am 13. Februar 2015 ersuchte die Kasse die C. \_\_\_\_\_ AG um eine Arbeitgeberbescheinigung (Vi-act. 86 S. 210). Am 28. April 2015 verfügte die Kasse die Rückforderung (Vi-act. 70 S. 179). Dass dem Beschwerdeführer vorab das rechtliche Gehör gewährt worden wäre, ergibt sich aus den Akten nicht.

**3.2.5** In den Akten liegt eine interne Notiz vom 19. September 2017 der Unia Arbeitslosenkasse KPZ D-CH West mit dem Inhalt (Vi-act. 5 S. 21): "Uns ist aufgefallen, dass wir Kenntnis hatten über den Nebenverdienst. Die Kasse hat die Pflicht, diese Unterlagen beim AG direkt zu verlangen, wenn der VE diese nicht schickt. Dies hat die Kasse klar unterlassen. Aus diesem Grund ist aus unserer Sicht eine Strafanzeige nicht gerechtfertigt." Mit derselben Begründung hat die Kasse am 25. September 2017 die Strafanzeige zurückgezogen (Vi-act. 4 S. 20).

**3.2.6** Damit aber steht fest, dass der Arbeitslosenkasse die Nebenverdiensttätigkeit des Beschwerdeführers von Anbeginn weg bekannt war. Für eine Revision mangelt es damit an der Voraussetzung einer erheblichen neuen Tatsache, denn es kann nicht von einer Unmöglichkeit der vorherigen Beibringung dieser Tatsache gesprochen werden. Vielmehr wusste die Arbeitslosenkasse seit Antragstellung um den Nebenerwerb. Dementsprechend und zu Recht hat sie beim Beschwerdeführer im September 2013 nach den entsprechenden Salärabrechnungen nachgefragt. Indes ist nicht nachvollziehbar, dass sie nach ausgebliebener Rückmeldung weder den Beschwerdeführer abmahnte, noch die Information bei der Arbeitgeberin einholte und auch von der angedrohten Säumnisfolge absah. Entgegen der Begründung im Entscheid vom 20. März 2017 konnte die Arbeitslosenkasse die Leistungsabrechnungen daher nicht in Revision ziehen. Damit kann auch offen bleiben, ob die Revision innert der geforderten Revisionsfrist von 90 Tagen erfolgt ist.

**3.3** Erfüllt sind dagegen die Voraussetzungen der Wiedererwägung. Diese setzt eine zweifellose Unrichtigkeit (des ursprünglichen Kassenentscheides) und eine erhebliche Bedeutung der Berichtigung voraus (Art. 53 Abs. 2 ATSG).

**3.3.1** Ein Nebenverdienst bleibt sowohl bei der Berechnung des versicherten Verdienstes als auch bei der Anrechnung eines Zwischenverdienstes grundsätzlich unberücksichtigt (Art. 23 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 AVIG). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann jedoch eine Steigerung des Nebenverdienstes zur Annahme von Zwischenverdienst führen (BGE 123 V 230; Urteil EVGer C 149/02 vom 27.1.2003; Urteil BGer 8C\_654/2015 vom 14.12.2015 Erw. 5.2). Vorliegend wurde dies von der Vorinstanz zu Recht bejaht.

**3.3.2** Vor Eintritt der Arbeitslosigkeit ging der Beschwerdeführer in einem Vollzeitpensum mit 42.5h/Wo seinem Haupterwerb nach. Seit Januar 2013 erzielte er zusätzlich einen Nebenverdienst als Mitarbeiter in einem Tankstellenshop. In diesen sechs Monaten vor Eintritt der Arbeitslosigkeit (per 1.7.2013) arbeitete er zwischen 79.52 und 111.98 Stunden pro Monat im Tankstellenshop, im Durchschnitt 96 Stunden. Er erzielte dabei einen Brutto-Nebenverdienst zwischen Fr. 2'212.20 und Fr. 3'115.45, im Durchschnitt Fr. 2'671.30 (vgl. Salärabrechnungen Bf-act. 16; vgl. auch nachfolgend Erw. 3.5.2). Diese Nebentätigkeit führte er während der Arbeitslosigkeit weiter, wobei er ab Juli 2013 bis Oktober 2014 (16 Monate) im Durchschnitt 126.7 Stunden pro Monat arbeitete (maximal 198h/Mt) und dabei im Durchschnitt Fr. 3'482.85 verdiente. Nur in zwei Monaten arbeitete er weniger als im Schnitt der Monate vor Arbeitslosigkeit, nur in fünf Monaten weniger als im Monat mit der höchsten Stundenzahl vor Arbeitslosigkeit. Bei ei-

ner Ausweitung der Nebenerwerbstätigkeit in diesem Umfang ist von einem Zwischenverdienst auszugehen, soweit der Durchschnitt der Monate seit Aufnahme der Nebenerwerbstätigkeit bis Eintritt der Arbeitslosigkeit überschritten wurde.

**3.3.3** Ob aufgrund der Nebenverdiensttätigkeit ein Zwischenverdienst anzurechnen ist oder nicht, ist eine Rechtsfrage und durch die Arbeitslosenkasse zu beantworten. Aus diesem Grunde wäre der Beschwerdeführer verpflichtet gewesen, monatlich seinen Verdienst aus der Tätigkeit im Tankstellenshop zu melden (vgl. Erw. 1.2.3). Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, sein Nebenerwerb sei nicht als versicherter Verdienst angerechnet worden, weswegen auch eine Anrechnung als Zwischenverdienst ausser Betracht falle, so ist dem entgegen zu halten, dass eine Anrechnung nur insoweit erfolgt, als der Durchschnittsverdienst des Nebenerwerbs vor Arbeitslosigkeit überschritten wurde. Entgegen seiner Darstellung hat er diese Tätigkeit nach Eintritt der Arbeitslosigkeit erheblich ausgedehnt (vgl. Erw. 3.3.2), weshalb eine Anrechnung als Zwischenverdienst zu Recht erfolgt ist. Nachdem er die Tätigkeit sodann erst im Januar 2013 aufnahm, ist auch nicht zu beanstanden, dass die letzten sechs Monate für die Berechnung des durchschnittlichen Nebenverdienstes berücksichtigt wurden (vgl. auch Art. 37 Abs. 1 AVIV; BGE 126 V 207 Erw. 3b).

**3.3.4** Nachdem der Beschwerdeführer während der Arbeitslosigkeit einen Zwischenverdienst erzielt hatte, dieser aber unbestrittenermassen nicht an die Arbeitslosenentschädigung angerechnet wurde, waren die von der Kasse ausbezahlten Leistungen zweifellos unrichtig (vgl. Erw. 1.3.3).

**3.3.5** Erfüllt ist ebenso die für eine Wiedererwägung notwendige Voraussetzung der Erheblichkeit. Mit Entscheid vom 20. März 2017 hat die Vorinstanz Fr. 9'447.75 vom Beschwerdeführer zurückgefordert, was bei einem Taggeld von Fr. 149.30 rund 63 Tagen entspricht, mithin rund 20% der vom Beschwerdeführer bis Oktober 2014 bezogenen 320.9 Taggeldern (Vi-act. 91 S. 219). Der Berichtigung kommt damit erhebliche Bedeutung zu.

**3.3.6** Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass gestützt auf den Rückkommenstitel der Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG die erbrachten Arbeitslosenentschädigungen in Wiedererwägung zu ziehen sind.

**3.4** Der Rückforderungsanspruch verwirkt mit dem Ablauf eines Jahres, 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; BGE 138 V 74 Erw. 4.1).

**3.4.1** Der Beschwerdeführer macht geltend, die einjährige (relative) Verwirkungsfrist sei in Bezug auf die bis Ende Juni 2014 (eventualiter bis Ende April 2014) bezogenen Leistungen eingetreten. Nach der genannten Gesetzesbestimmung erlösche der Rückforderungsanspruch mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten habe (vorbehaltlich des Falles, dass der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet wird). Durch den Begriff des Erlöschens der Forderung bringe der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass eine Verwirkungsfrist bestehe. Die Vorinstanz habe von Anfang an gewusst, dass der Beschwerdeführer einen Nebenjob habe. Dies sei aktenmässig erstellt. Spätestens mit der Mitteilung vom 1. Juli 2013 (Bf-act. 13, Formular "Unterhaltspflicht gegenüber Kindern", darin findet sich der handschriftliche Vermerk "KIZU [Kinderzulagen] werden vom Nebenjob bezogen.") hätte sich die Vorinstanz unter Anwendung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit über ihren vermeintlichen Fehler Rechenschaft geben müssen ("zweiter Anlass" [vgl. nachfolgend Erw. 3.4.3]; Beschwerde S. 11).

**3.4.2** In ihrer Vernehmlassung vom 10. Oktober 2017 führt die Vorinstanz aus, dass sie frühestens am 5. Februar 2015 mit dem Auszug aus dem individuellen Konto gemäss Act. 69 (recte: Vi-act. 87 S. 212) habe feststellen können, dass der Versicherte seinen Nebenerwerb ausgedehnt habe. Möglicherweise auch erst mit der Erstellung der Berechnung im Zusammenhang mit der Rückforderungsverfügung vom 28. April 2015.

**3.4.3** Für den Beginn der relativen einjährigen Verwirkungsfrist nach Art. 25 Abs. 2 ATSG ist nicht das erstmalige unrichtige Handeln und die daran anknüpfende unrechtmässige Leistungsausrichtung des Versicherungsträgers massgebend (Urteile BGer 9C\_112/2011 vom 5.8.2011 Erw. 1.2; 9C\_999/2009 vom 7.6.2010 Erw. 3.2.1). Abzustellen ist auf jenen Tag, an dem das Durchführungsorgan später bei der gebotenen und zumutbaren Aufmerksamkeit – etwa aufgrund eines zusätzlichen Indizes (SVR 2002 IV Nr. 2, I 678/00, Erw. 3b) – den Fehler hätte erkennen müssen (BGE 124 V 380 Erw. 1 S. 383: "dans un deuxième temps"; 122 V 270 Erw. 5a und 5b/aa S. 274 f.; 110 V 304 Erw. 2b S. 307: "in un secondo tempo"), wobei die Voraussetzungen für eine Rückforderung erfüllt zu sein haben. Dies ist der Fall, wenn alle im konkreten Einzelfall erheblichen Umstände zugänglich sind, aus deren Kenntnis sich der Rückforderungsanspruch dem Grundsatz nach und in seinem Ausmass gegenüber einer bestimmten rückerstattungspflichtigen Person ergibt (BGE 111 V 14 Erw. 3). Nötigenfalls hat die Verwaltung dazu zusätzliche Abklärungen vorzunehmen. Lässt sie es hieran fehlen, ist der Beginn der Verwirkungsfrist auf den Zeitpunkt festzusetzen,

in welchem sie mit dem erforderlichen und zumutbaren Einsatz diese Kenntnis hätte erlangen können (BGE 112 V 182 Erw. 4b).

Dieser Grundsatz, wonach nicht der ursprüngliche Irrtum, sondern erst ein "zweiter Anlass" die relative einjährige Verwirkungsfrist auslöst, wurde in der Folge vom Bundesgericht verschiedentlich bestätigt (vgl. Bundesgerichtsurteil 9C\_482/2009 vom 19.2.2010 Erw. 3.3.2; zum Ganzen vgl. auch U. Kieser, ATSG-Komm., a.a.O., Art. 25 Rz. 58). Damit mag insofern eine gewisse Rechtsunsicherheit verbunden sein, als häufig erst die Einleitung einer periodischen Überprüfung, deren Zeitpunkt von der Verwaltung bestimmt wird, die Verwirkungsfrist auslöst. Dies ist indessen hinzunehmen und kann nicht als willkürlich bezeichnet werden, zumal auch andere Umstände – wie etwa ein Hinweis des Versicherten auf einen Fehler der Verwaltung – fristauslösend wirken und schliesslich die absolute Verwirkungsfrist von fünf Jahren seit Entrichtung der jeweiligen Leistung (Art. 25 Abs. 2 ATSG) den Rückforderungsanspruch begrenzt (Bundesgerichtsurteil 9C\_482/2009 vom 19.2.2010 Erw. 3.3.2).

**3.4.4** Umstritten sind im vorliegenden Fall die Taggeldzahlungen für den Zeitraum vom 1. Juli 2013 bis 31. Oktober 2014. Offenkundig kann es sich beim Formular "Unterhaltungspflicht gegenüber Kindern" vom 1. Juli 2013 entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht um den "zweiten Anlass" handeln. Dasselbe gilt für die eigentliche Antragstellung auf Arbeitslosenentschädigung desselben Datums, in welcher der Beschwerdeführer seine Nebenerwerbstätigkeit offengelegt hatte (Vi-act. 164 S. 353). Als Folge dieser Offenlegung musste der Beschwerdeführer die Salärabrechnungen dieser Nebenerwerbstätigkeit für die Monate Januar bis Juni 2013 der Kasse einreichen, was er tat. Damit sind diese Begebenheiten als "erster Anlass" zu qualifizieren, hätten sie es der Kasse doch ermöglicht, die Arbeitslosenentschädigung von Anbeginn weg korrekt zu berechnen.

Hingegen ist das Schreiben der Arbeitslosenkasse vom 3. September 2013 als fristauslösender, zweiter Anlass zu qualifizieren (Vi-act. 154 S. 315). Mit diesem Schreiben teilte sie dem Beschwerdeführer mit, sie habe die Abrechnung für den Monat August 2013 nicht erstellen können, da ihr die Lohnabrechnungen der Nebenerwerbstätigkeit für die Monate Juli und August noch nicht vorlägen. Mithin hat sie offenkundig erkannt, dass eine Anrechnung eines Zwischenverdienstes zu prüfen ist, dazu die notwendigen Unterlagen eingereicht werden müssen und solange dies nicht erfolgt ist, keine Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet werden kann (entsprechend drohte sie dem Beschwerdeführer Säumnisfolgen an). Nachdem der Beschwerdeführer seine Nebenerwerbstätigkeit bereits bei der Anmeldung offengelegt hat und bei der Anspruchsberechnung von Anbeginn weg

hätte berücksichtigt werden können, stellt dies zweifellos der zweite Anlass dar. In diesem Moment lagen dem Durchführungsorgan die notwendigen Informationen vor, um zu vermeiden, dass zu hohe Leistungen erbracht werden, resp. dass im Monat Juli 2013 allenfalls bereits zu hohe Leistungen erbracht wurden (und zurückgefordert werden könnten). Es ist alleine ihrem eigenen Versäumnis anzurechnen, dass kein Zwischenverdienst angerechnet wurde. Ihrerseits drohte sie dem Beschwerdeführer am 3. September 2013 Säumnisfolgen an (ohne diese dann aber umzusetzen). Da keine Rückmeldung des Beschwerdeführers erfolgt ist, wäre die Arbeitslosenkasse gehalten gewesen, die benötigten Salärabrechnungen bei der Arbeitgeberin einzuholen. Da sie es an diesen bereits damals bekannten und notwendigen Abklärungen fehlen liess, ist der Beginn der Verwirkungsfrist auf den Zeitpunkt festzusetzen, in welchem sie mit dem erforderlichen und zumutbaren Einsatz diese Kenntnis hätte erlangen können, was vorliegend der 3. September 2013 ist (BGE 112 V 182 Erw. 4b).

Die Rückforderung verfügte die Arbeitslosenkasse indes erst am 28. April 2015. Damit sind diejenigen Betreffnisse verwirkt, welche länger als ein Jahr vor Erlass der Verfügung vom 28. April 2015 ausbezahlt worden sind (Urteil EVGer C 267/01 vom 17.7.2002 Erw. 2 c/dd).

**3.4.5** Art. 25 Abs. 2 ATSG macht ausdrücklich einen Vorbehalt für den Fall, dass der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet wird; diesfalls ist die strafrechtliche Verjährungsfrist massgebend.

Nachdem die Vorinstanz gegen den Beschwerdeführer Strafanzeige erstattet hat und die Strafverfolgungsbehörden ein Verfahren eröffnet haben, welches dann sistiert wurde (Vi-act. 13 S. 40), ist die Frage der Berücksichtigung der strafrechtlichen Verjährungsfrist noch offen. Daran ändert auch der Rückzug der Strafanzeige durch die Vorinstanz nichts, hat diese doch nicht die zwingende Verfahrenseinstellung zur Folge. Im vorliegenden Verfahren kann daher nicht abschliessend beurteilt werden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die verfügte Rückforderung wegen zu beachtender strafrechtlicher Fristen doch rechtzeitig geltend gemacht worden ist.

Die Sache ist deshalb an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen, damit sie nach Abschluss des Strafverfahrens prüfe, ob (entsprechend Erw. 3.4.4) die Rückforderung der Betreffnisse nicht verwirkt ist, welche länger als ein Jahr vor Erlass der Verfügung vom 28. April 2015 ausbezahlt wurden.

**3.5.1** Unabhängig einer allenfalls längeren Verwirkungsfrist ist die Rückforderung derjenigen Betreffnisse, welche innerhalb eines Jahres vor der verfügten Rückforderung vom 28. April 2015 geleistet wurden, sicher nicht verwirkt. Bezüg-

lich Höhe der Rückforderung kann indes weder auf die Verfügung vom 28. April 2015 noch den angefochtenen Einspracheentscheid vom 19. September 2017 abgestellt werden.

**3.5.2** Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz jenen Teil des Nebenverdienstes als Zusatzverdienst angerechnet hat, der den durchschnittlichen Verdienst in der Zeit vor Arbeitslosigkeit (d.h. der Monate Januar bis Juni 2013) übersteigt (Erw. 1.2 und 3.3). Der Durchschnitt beträgt gemäss Einspracheentscheid vom 19. September 2017 Fr. 2'656.30 (Vi-act. 6 S. 22 Ziff. 9). In der entsprechenden Aufstellung (Anhang zum Einspracheentscheid) berechnet sie dies als Summe der Grundlöhne inkl. Ferienentschädigung plus 13. Monatslohn, mithin als Summe der Bruttolöhne, geteilt durch 6. Dabei wird jedoch der Grundlohn im Monat Juni falsch berechnet (Fr. 2'027.40 anstelle von Fr. 2'117.30). Der massgebliche Durchschnittslohn beträgt somit richtigerweise Fr. 2'671.30 (Fr. 16'027.75 / 6).

**3.5.3** Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 19. September 2017 wird der mit Verfügung vom 17. März 2017 berechnete Rückforderungsbetrag von Fr. 9'447.75 bestätigt. Dieser Betrag ist aufgrund des korrigierten Durchschnittslohnes des Nebenverdienstes sowie der teilweisen Verwirkung ohnehin neu zu berechnen.

Für die Berechnung des relevanten Zwischenverdienstes hat die Vorinstanz vom gemeldeten Bruttolohn die Ferienentschädigung abgezogen (Vi-act. 27 S. 102 i.V.m. Bf-act. 16). Bspw. für Monat August 2013: Fr. 4'670.45 - 403.65 = 4'266.80. Allerdings fällt auf, dass die ausbezahlten Kinderzulagen unterschiedlich berücksichtigt wurden (vgl. Monate Nov./Dez. 13). Der im August 2014 eingesetzte Betrag ist gar nicht nachvollziehbar (die Vorinstanz nennt Fr. 4'746.50, wogegen der Bruttolohn (Fr. 5'693.05) abzüglich Fr. 300.-- Kinderzulage und Feriengeld (Fr. 376.55) einen relevanten Verdienst von Fr. 5'016.50 ergibt). Mithin ist der anrechenbare Zwischenverdienst für alle Monate neu zu berechnen.

**4.** Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde insoweit begründet, als die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Eine Rückforderung zu Unrecht geleisteter Arbeitslosenentschädigung ist nicht möglich, soweit die Vorinstanz ihren Anspruch gestützt auf die prozessuale Revision nach Art. 53 Abs. 1 ATSG geltend macht (Erw. 3.2). Hingegen sind die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG gegeben. Allerdings ist gestützt auf Art. 25 Abs. 2 ATSG die Rückforderung derjenigen Beträge verweigert, welche länger als ein Jahr vor Erlass der Verfügung vom 28. April 2015 ausbezahlt worden sind, soweit nicht die längere strafrechtliche Ver-

jährungsfrist massgeblich ist, was im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend geprüft werden kann (Erw. 3.4). Mithin ist die Sache an die Vorinstanz zurück zu weisen. Einerseits zur Prüfung der Verwirkung und andererseits zur Neuberechnung des Rückerstattungsanspruches, soweit dieser noch nicht verwirkt ist (Erw. 3.5).

**5.1** Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiterer Abklärung und neuem Entscheid gilt nach ständiger Praxis für die Frage der Zusprechung einer Parteientschädigung (wie auch der Auferlegung der Gerichtskosten) als Obsiegen der Beschwerde führenden Partei, und zwar unabhängig davon, ob die Rückweisung überhaupt beantragt oder ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder im Eventualantrag gestellt wurde (vgl. Bundesgerichtsurteile 8C\_78/2009 vom 31.8.2010 [teilweise publ. in BGE 136 II 393ff.] Erw. 12.1; 8C\_503/2009 vom 6.11.2009 Erw. 5 mit Verweisen; vgl. VGE II 2011 78 vom 27.10.2011 Erw. 5; VGE III 2011 43 vom 6.7.2011 Erw. 5; VGE III 2011 41 vom 14.4.2011 Erw. 3.2.1; VGE II 2008 50 vom 4.3.2009 Erw. 6 f.).

**5.2** Es werden keine Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten, Barauslagen) erhoben (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

**5.3** Dem beanwalteten Beschwerdeführer ist eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG). Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich nach dem Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411). Die Vergütung wird nach pflichtgemäsem Ermessen festgesetzt (§ 6 Abs. 1 Satz 3 GebTRA). § 14 GebTRA sieht für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vor. In diesem Rahmen ist die Vergütung nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand zu bemessen (§ 2 Abs. 1 GebTRA). Im Lichte all dieser Aspekte und der Aktenlage wird die Parteientschädigung auf Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt.) festgelegt.

**6.** Rückweisungsentscheide, mit denen eine Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, sind in der Regel Zwischenentscheide, welche nur unter der Voraussetzung von Art. 92 und 93 BGG beim Bundesgericht anfechtbar sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_525/2013+ 2C\_526/2013 vom 2.7.2013 Erw. 2 mit Hinweisen). Im konkreten Fall ist fraglich, ob die Voraussetzungen von Art. 92 oder 93 BGG erfüllt sind. Ungeachtet dessen wird der vorliegende Entscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, wobei die Parteien daraus im Falle eines Weiterzuges nichts zu ihren Gunsten ableiten können.

## **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 19. September 2017 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz hat dem beanwalteten Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu entrichten.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde\* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG, SR 173.110).  
  
Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde\* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
5. Zustellung an:
  - den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (2/R)
  - die Vorinstanz (R)
  - und das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 14. Dezember 2017

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

### **\*Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 12. Januar 2018