

S1 11 153

**URTEIL VOM 6. JUNI 2012**

**Kantonsgericht Wallis  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Kantonsrichter/in Dr. Lionel Seeberger, Präsident, Eve-Marie Dayer-Schmid, Thomas Brunner; Gerichtsschreiberin Petra Stoffel

**In Sachen**

X \_\_\_\_\_, Beschwerdeführer

**gegen**

**ÖFFENTLICHE ARBEITSLOSENKASSE DES KANTONS WALLIS,**  
Beschwerdegegnerin

(Zwischenverdienst / Rückforderung)

## Sachverhalt

**A.** Der am 20. Juli 1981 geborene X\_\_\_\_\_ meldete sich am 13. Dezember 2010 bei der Gemeinde zur Arbeitsvermittlung an und bezog ab dem 1. Januar 2011 von der öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Wallis (Arbeitslosenkasse) Arbeitslosenentschädigung. Die zweijährige Rahmenfrist wurde eröffnet. Aufgrund eines Anstellungsverhältnisses übte X\_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2010 bis zum 16. April 2011 bei der Schneesportschule A\_\_\_\_\_ die Tätigkeit als Schneesportlehrer im B\_\_\_\_\_ aus, was er mit Formular der Arbeitslosenkasse ordentlich meldete.

**B.** Am 14. Februar 2011 führte die Beschäftigungsinspektion um 16.00 Uhr in der Bar C\_\_\_\_\_ in D\_\_\_\_\_ eine Kontrolle durch. Dabei stellte sich heraus, dass X\_\_\_\_\_ dort Malerarbeiten ausführte. X\_\_\_\_\_ gab am 9. April 2011 gegenüber dem Inspektor zu Protokoll, dass er diese Arbeiten im Umfang von 40 bis 50 Stunden unentgeltlich ausgeübt und es daher nicht als notwendig empfunden hatte, dies der Arbeitslosenkasse zu melden. Die Handreichungen beim Ausbau habe er am 7. Februar 2011 begonnen und am 19. März 2011 beendet, wobei die Arbeitsstunden nicht festgehalten worden seien. Die Arbeiten seien vorwiegend gegen Abend ausgeübt worden, da er bis 13.00 Uhr bei der Skischule auf der A\_\_\_\_\_ engagiert gewesen sei. Am 4. April 2011 trat X\_\_\_\_\_ eine Vollzeitstelle bei der Felssicherungsfirma E\_\_\_\_\_ in F\_\_\_\_\_ an.

**C.** Mit Verfügung vom 23. Mai 2011 forderte die Arbeitslosenkasse den Betrag von Fr. 1'377.55 von X\_\_\_\_\_ zurück. Zur Begründung führte sie aus, die Beschäftigung in der Bar C\_\_\_\_\_ werde als Zwischenverdienst angerechnet. Nach Abzug der geleisteten Stunden als Skilehrer verbleibe eine Zeit von 76.2 Stunden für den Monat Februar und eine solche von 73.5 Stunden für den Monat März, welche angerechnet würden. Diese Berechnung habe zur Folge, dass der Gesamtlohn (Skilehrer und Maler) in den Monaten Februar und März die normale Arbeitslosenentschädigung übersteige, weshalb keine Kompensationszahlungen geschuldet seien und die bezahlte Entschädigung für den Monat Februar 2011 zurückgefordert werde. Mit Schreiben vom 23. Juni 2011 liess X\_\_\_\_\_ durch G\_\_\_\_\_ mit der Begründung Einsprache erheben, die Annahme, dass er bei den Ausbauarbeiten einer Vollzeittätigkeit mit branchenüblichen Lohn nachgegangen sei, entbehre jeglicher Grundlage. Es sei keine Stundenabrechnung erstellt worden. Für die geleisteten Arbeiten im Umfang von 20-30 Stunden an ein paar Abenden habe der Geschäftsführer und Freund ihm zweimal beim Zügeln geholfen. Am 24. Juni 2011 beteuerte der Versicherte erneut gegenüber der Arbeitslosenkasse, unentgeltlich für seinen Freund tätig gewesen zu sein, wobei seine Arbeitsqualität deutlich unter derjenigen eines qualifizierten Malers gelegen habe. Im Übrigen sei die Annahme einer Vollzeitbeschäftigung unrichtig. Die Verfügung vom 23. Mai 2011 wurde von der Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 22. Juni 2011 bestätigt.

**D.** Dagegen reichte X\_\_\_\_\_ am 29. August 2011 Beschwerde bei der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Wallis ein. Darin brachte er das in der Einsprache Dargelegte erneut vor und ergänzte, mehr als 40-50 Stunden habe er nicht arbeiten können, denn der Ortswechsel von A\_\_\_\_\_ nach H\_\_\_\_\_ inklusive des Umkleidens und des Verköstigens hätte insgesamt 3 Stunden erfordert. Diese Zeit sei in Abzug zu bringen. Ausserdem bestehe er darauf, dass er nicht jeden Abend ausgeholfen habe. Die Arbeitslosenkasse verzichtete auf eine Stellungnahme und verwies auf ihren Einspracheentscheid. Am 25. Oktober 2011 wurde der Schriftenwechsel abgeschlossen.

### **Erwägungen**

**1. a)** Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosengesetz, AVIG) sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) auf das AVIG anwendbar, soweit dieses nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.

Gemäss Art. 56 Abs. 1 ATSG kann gegen Einspracheentscheide innerhalb von 30 Tagen nach deren Eröffnung Beschwerde bei einem vom Kanton bestellten Versicherungsgericht eingereicht werden (Art. 57 ATSG und Art. 60 ATSG). Die am 2. September 2011 eingereichte Beschwerde erfolgte fristgerecht.

**b)** Die versicherte Person hat ihren Wohnsitz in I\_\_\_\_\_, mithin im Kanton Wallis. Die örtliche Zuständigkeit der angerufenen Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts ist somit gegeben (Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 und Art. 119 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 [AVIV]; Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechtspflege vom 11. Februar 2009 [RPfl], Art. 1 Abs. 2 des Verfahrensreglements des kantonalen Versicherungsgerichts vom 2. Oktober 2001 [RVG] und Art. 81bis Abs. 1 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 [VVRG]). Der Beschwerdeführer ist von der Verfügung bzw. dem Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin berührt und hat ein schützwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Er ist somit zur Beschwerde legitimiert (Art. 59 ATSG).

**2.** Strittig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer zu Recht einen Betrag von Fr. 1'377.55 zurückfordern kann, nachdem sie diesem einen fiktiven Zwischenverdienst von Fr. 2'018.30 bzw. Fr. 1'946.75 für die Monate Februar und März 2011 aufgrund von Malerarbeiten angerechnet hatte.

**3. a)** Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt u.a. voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG). Als ganz

arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Als teilweise arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und b AVIG). Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG in Verbindung mit Art. 11 AVIG hat der Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG).

**b)** Während es sich bei der Arbeitslosigkeit um eine Anspruchsvoraussetzung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung handelt, geht es bei der Zwischenverdienstregelung um eine nach besonderen Regeln bemessene Entschädigung, die jedoch nicht grundsätzlich von den allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen losgelöst ist (Faesi, Arbeitslosenentschädigung und Zwischenverdienst, Ursachen und Wirkungen der zweiten Teilrevision des AVIG, Zürich 1999, S. 242). Zu den allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen zählt die Arbeitslosigkeit gemäss Art. 10 AVIG. Ist eine versicherte Person nicht als arbeitslos im Sinne von Art. 10 Abs. 1 oder 2 AVIG zu betrachten, kann sie sich demnach nicht auf die Zwischenverdienstregelung berufen (Faesi, a.a.O., S. 243). Verfügt die arbeitslose Person über eine zumutbare Tätigkeit, ist sie im Umfang dieser Beschäftigung nicht mehr arbeitslos. Trotzdem ist eine solche Person dann als arbeitslos im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG zu betrachten, wenn über den Arbeitsumfang hinaus, den sie bereits innehat, eine Beschäftigung ausüben möchte. Es erfolgt in diesem Umfang eine Kompensationszahlung.

**c)** Gemäss Art. 24 Abs. 1 und 3 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Anknüpfungspunkt ist und bleibt das tatsächliche Ausüben einer (Zwischenverdienst-)Tätigkeit. Entscheidend ist - wie sich bereits deutlich aus dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 AVIG ergibt - allein, ob eine auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit vorliegt, d.h. faktisch ausgeübt worden ist (Stauffer/Kupfer, Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, Zürich 2008, Art. 24, S. 124). Liegt keine Tätigkeit vor, gibt es nichts anzurechnen (Urteil des Bundesgerichtes C 316/05 vom 12. Oktober 2006 E. 2.4).

Eine unentgeltlich ausgeübte Tätigkeit ist einem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b AVIG gleichzusetzen, wenn normalerweise nach den Umständen oder den beruflichen und örtlichen Usancen für die geleistete Arbeit Lohn zu erwarten ist (vgl. Art. 320 Abs. 2 OR und ARV 2000 Nr. 32 S. 172 E. 1c mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichtes C 278/03 vom 17. Februar 2004 E. 2.1.2). Die freundschaftliche Dienstleistung muss der Arbeitslosenkasse als Zwischenverdienst gemeldet werden. Die Arbeitslosenkasse berechnet einen fiktiven Zwischenverdienst und eröffnet diesen in einer anfechtbaren Verfügung (Stauffer/Kuper, a.a.O., S. 126; ARV 2000 Nr. 32 S. 173 E. 1d und 2b).

**d)** Nach Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Der Rückforderungsanspruch erlischt mit 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 Satz 1 ATSG).

**4. a)** Die Rückforderung umfasst vorliegend Taggeldleistungen, die für die Monate Februar und März 2011 gewährt worden sind. Bezüglich dieser Rückforderung vermögen die Vorbringen des Beschwerdeführers die Betrachtungsweise der Vorinstanz nicht in Zweifel zu ziehen. Aufgrund der Akten ist nämlich erstellt und im Übrigen unbestritten, dass der Beschwerdeführer mit dem Geschäftsführer der Bar C \_\_\_\_\_ in D \_\_\_\_\_ eine mündliche Vereinbarung getroffen hatte, wonach er seine Arbeitskraft nach Bedarf und stundenweise ab Februar 2011 zur Verfügung stellen würde. Es ging darum, beim Ausbau des Lokals als Arbeiter für Malerarbeiten teilzeitig tätig zu sein. Daraufhin war der Versicherte während der Monate Februar und März 2011, nachdem er seine weitere tägliche Teilzeitbeschäftigung als Schneesportlehrer auf der A \_\_\_\_\_ beendet hatte, in der Bar C \_\_\_\_\_ in D \_\_\_\_\_ tätig. Auf den Formularen „Angaben der versicherten Person“ der Monate Februar und März 2011 hatte er die Fragen, ob er eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hatte, verneint, und lediglich die Skischule A \_\_\_\_\_ als Arbeitgeber aufgeführt. Die Kasse muss aber beurteilen können, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang einem Versicherten ein Anspruch auf Leistungen zusteht. Es ist daher jede Tätigkeit zu melden und die diesbezügliche rechtliche Qualifikation (Teilerwerb, Nebenerwerb) obliegt einzig der Verwaltung (Urteil des Bundesgerichtes C 49/ 87 vom 19. Mai 1988). Die Meldepflicht besteht auch dann, wenn der Versicherte freiwillig, aus reiner Gefälligkeit oder anderen Motiven, unentgeltlich Arbeit leistet (Urteil des Bundesgerichtes C 90/02 vom 14. April 2005 E. 3.3). In diesem Sinne ist dem Beschwerdeführer ein fehlerhaftes Verhalten anzulasten. Er ist nämlich zweifelsfrei dieser Meldepflicht nicht nachgekommen. Entlastende Umstände oder Rechtfertigungsgründe liegen nicht vor.

**b)** Die Verwaltung hatte alsdann zu prüfen, ob eine (unentgeltliche) Tätigkeit vorlag, die der Regel nur gegen Bezahlung ausgeführt wird (Art. 322 Abs. 1 und Art. 394 Abs. 3 OR), und deshalb einem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 10 Abs. 1 AVIG gleichzusetzen war, in. Sie hat dies zur Recht bejaht, zumal Malerarbeiten in einer öffentlichen Gaststätte üblicherweise nur gegen Bezahlung ausgeführt werden. Dies wird umso mehr durch den Umstand bekräftigt, dass der Beschwerdeführer dafür auch Gegenleistungen (Hilfe beim Umzug) beansprucht und erhalten hatte, welche ebenfalls in der Regel gegen Bezahlung stattfinden. Daher ist der Einwand des Beschwerdeführers, er habe die Tätigkeit aus Gefälligkeit gegenüber seinem besten Kollegen unentgeltlich erbringen wollen, arbeitsrechtlich unmassgeblich (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichtes 4C.89/1999 vom 23. August 1999 E. 2, wo es um Gefälligkeitsarbeiten unter Konkubinatspartnern ging). Faktisch und ihrer Natur nach stellt daher die unentgeltliche Leistung des Beschwerdeführers in der Bar eine Arbeitsleistung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 AVIG dar.

**c)** Bleibt zu prüfen, ob die Kasse ein fiktives Einkommen anrechnen und verrechnen konnte. Der Beschwerdeführer hat gegenüber dem Inspektor ausgesagt, dass er am Montag, 7. Februar 2011 die Arbeiten begonnen und diese am Samstag, 19. März 2011 beendet hatte. Gemäss den Aussagen des Beschwerdeführers und des Geschäftsführers wurden die geleisteten Arbeitsstunden nicht verbucht, weshalb sie nicht nachweisbar sind. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer nicht entlohnt wurde. Bei unkontrollierter Arbeitszeit ist von einer berufs- und ortsüblichen Entlohnung und Arbeitsdauer auszugehen (BGE 120 V 247 E. 4b; ARV 2000 Nr. 32 S. 169 E. 2 b zweiter Satz). Die Kasse hat daher zu Recht die geleisteten Arbeitsstunden als Maler in Berücksichtigung der Teilzeittätigkeit als Schneesportler bei einer 42 Stundenwoche berechnet. Der Einwand des Beschwerdeführers, es sei für den Reiseweg und die Verköstigung ein gebührender Abzug vorzunehmen, ist nicht stichhaltig, zumal der Beschwerdeführer einerseits selber darlegte, die Arbeiten seien vorwiegend abends ausgeübt worden, aufgrund der Kontrolle durch den Inspektor vor Ort erwiesen ist, dass der Beschwerdeführer bereits um 16.00 Uhr mit Malerarbeiten beschäftigt war, und mit den öffentlichen Verkehrsmitteln ein Reiseweg von max. 40 Minuten zu absolvieren war. Unerheblich ist auch die Qualität der geleisteten Arbeit, zumal der Geschäftsführer diesbezüglich keine Mängel gerügt hatte. Mithin kann der Beschwerdeführer nichts zu seiner Entlastung vorbringen.

**d)** Da gegen die eigentliche Kompensationsberechnung zu Recht keine Einwände erhoben wurden, ist nach dem Gesagten, der vorinstanzliche Entscheid zu schützen. Mithin ist die Beschwerde von X\_\_\_\_\_ abzuweisen.

**5. a)** Das Verfahren ist, von hier nicht massgebenden Ausnahmen abgesehen, kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG).

**b)** Der obsiegenden Beschwerdegegnerin steht keine Parteientschädigung zu (BGE 123 V 309).

#### **Demnach wird erkannt**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Kosten erhoben noch Parteientschädigungen ausgerichtet.

Sitten, 6. Juni 2012