



**SV 20 24**

BGer 8C\_458/2021/Teilweise Gutheissung

**Entscheid vom 14. Dezember 2020**  
**Sozialversicherungsabteilung**

**Besetzung**

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,  
Verwaltungsrichterin Dr. med. Carole Bodenmüller,  
Verwaltungsrichter Pascal Ruch,  
Gerichtsschreiberin Carmen Meier.

**Verfahrensbeteiligte**

**A.\_\_\_\_**

vertreten durch Rechtsanwalt Gianni F. Zanetti und  
Rechtsanwältin Sandra M. Kammerbauer, Zanetti  
Rechtsanwälte AG, Blegistrasse 9, 6340 Baar,

**Beschwerdeführer,**

gegen

**Unia Arbeitslosenkasse,**  
Monbijoustrasse 61, Postfach 3398, 3001 Bern,

**Beschwerdegegnerin.**

**Gegenstand**

**Leistungen AVIG**

Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der Arbeits-  
losenkasse Unia vom 12. Juni 2020.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

A.\_\_\_\_ (Versicherter und Beschwerdeführer) meldete sich am 28. November 2017 beim Gemeindearbeitsamt zur Arbeitsvermittlung (Dossier 1, act. 99, S. 183) und am 4. Dezember 2017 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 28. November 2017 an (Dossier 1, act. 90, S. 165 ff.). Am 29. Dezember 2017 bestätigte die Unia seinen Anspruch und eröffnete die Rahmenfrist per 29. November 2017 (Dossier 1, act. 74, S. 132). Infolge eines Stellenantritts wurde der Versicherte per 9. Februar 2018 von der Arbeitsvermittlung abgemeldet (Dossier 1, act. 66, S. 122).

Am 29. März 2019 meldete sich der Versicherte erneut zur Arbeitsvermittlung (Dossier 1, act. 65, S. 120) und am 11. April 2019 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 1. April 2019 an (Dossier 1, act. 64, S. 115). In der Folge wurden ab April 2019 Arbeitslosentaggelder ausbezahlt (Dossier 1, act. 51, S. 90).

Am 20. Mai 2019 schloss der Versicherte mit seiner Ehefrau einen Arbeitsvertrag «Kinderbetreuung und Beratung» im Umfang von 20 Wochenstunden mit Arbeitsbeginn per 17. Juni 2019. Für die Kinderbetreuung wurde ein Monatslohn vereinbart; für die Beratungstätigkeit eine Pauschale bzw. ein Stundenlohn (Dossier 1, act. 42, S. 77 f.). Auf Anfrage hin teilte ihm die Regionale Arbeitsvermittlung Obwalden/Nidwalden (RAV) mit Mail vom 13. Juni 2019 mit, laut dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) sei die Betreuung der eigenen Kinder als Zwischenverdiensttätigkeit in arbeitslosenversicherungsrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden (Dossier 1, act. 43, S. 79 und act. 41, S. 75 ff.).

Am 11. Oktober 2019 beantragte der Versicherte die Eröffnung einer Folgerahmenfrist ab 29. November 2019 (Dossier 2, act. 76, S. 336; bf.Bel. 3). Mit Schreiben vom 21. November 2019 bestätigte die Unia dem Versicherten die Eröffnung einer Folgerahmenfrist per 29. November 2019 bei einem versicherten Verdienst von Fr. 6'852.– (Dossier 2, act. 68, S. 321). Auf Ersuchen des Versicherten erliess die Unia diesbezüglich die Verfügung vom 10. Dezember 2019 (Dossier 2, act. 63, S. 305), die unangefochten in Rechtskraft erwuchs.

In der Folge tätigte die Unia im Zusammenhang mit dem deklarierten Zwischenverdienst (Diskrepanzen zur arbeitsvertraglich vereinbarten Entschädigung) weitere Abklärungen (u.a. Statusabklärung bei der Ausgleichskasse; Dossier 2, act. 51, S. 285). Die Ausgleichskasse teilte mit, dass der Anspruch auf Familienzulage abgelehnt worden sei, da die Betreuung der eigenen Kinder/Haushalt nicht als Erwerbstätigkeit gelte (Dossier 2, act. 48, S. 280). Das

erneut kontaktierte Seco teilte der Unia am 18. Februar 2020 mit, die Kinderbetreuung könne – entgegen ihrer ursprünglichen Antwort – weder als Zwischenverdienst anerkannt noch als Beitragszeit angerechnet werden (Dossier 2, act. 34, S. 245 f.).

Am 6. März 2020 wurde die am 10. Dezember 2019 erlassene Verfügung wiedererwägungsweise aufgehoben, der Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 29. November 2019 abgewiesen sowie die zu viel ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung bzw. Kinderzulagen zurückgefordert bzw. mit dem fälschlicherweise angerechneten Zwischenverdienst verrechnet und eine Nachzahlung von Fr. 729.35 festgesetzt (Dossier 2, act. 25, S. 219 ff.).

Dagegen erhob der Versicherte am 24. April 2020 Einsprache (Dossier 2, act. 12, S. 181 ff.) mit den Anträgen:

- «1. Es sei die Verfügung vom 6. März 2020 vollumfänglich aufzuheben, die Wiedererwägung abzulehnen und der Antrag des Einsprechers vom 29. November 2019 auf Arbeitslosenentschädigung für die Rahmenfrist Leistungsbezug vom 29. November 2019 bis 28. November 2021 gutzuheissen sowie auf die Rückforderung von CHF 3'636.05 zu verzichten.
- 1<sup>bis</sup> Eventualiter sei die Verfügung vom 6. März 2020 vollumfänglich aufzuheben, die Verfügung vom 10. Dezember 2019 in Wiedererwägung zu ziehen und dabei der Antrag des Einsprechers vom 29. November 2019 auf Arbeitslosenentschädigung für die Rahmenfrist Leistungsbezug vom 29. November 2019 bis 28. November 2021 gutzuheissen und der versicherte Verdienst auf CHF 8'055.00 festzulegen.
- 1<sup>ter</sup> Subeventualiter sei die Verfügung vom 6. März 2020 vollumfänglich aufzuheben und die Nachzahlung der fälschlicherweise angerechneten Zwischenverdienste auf den Betrag von CHF 5'826.00 festzulegen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Einsprachegegnerin.»

Mit Entscheid vom 12. Juni 2020 wies die Unia die Einsprache ab (Dossier 2, act. 6, S. 114 ff.; bf.Bel. 2).

**B.**

Gegen den Einspracheentscheid erhob der Versicherte mit Eingabe vom 17. August 2020 Beschwerde mit den Anträgen:

- «1. Es sei der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 12. Juni 2020 vollumfänglich aufzuheben und die Einsprache vom 24. April 2020 gutzuheissen.
- 1<sup>bis</sup> Eventualiter sei der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 12. Juni 2020 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.»

**C.**

Die Unia beantragte mit Beschwerdeantwort vom 4. September 2020 die Abweisung der Beschwerde sowie die Bestätigung des Einspracheentscheids vom 12. Juni 2020, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers. Gleichzeitig übermittelte sie die Versichertendossiers der Rahmenfristen 29. November 2017 bis 28. November 2019 (Dossier 1, act. 1-101) und 29. November 2019 bis 28. November 2021 (Dossier 2, act. 1-85).

**D.**

Es wurde kein weiterer Rechtsschriftenwechsel durchgeführt. Die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts Nidwalden hat die vorliegende Beschwerdesache anlässlich ihrer Sitzung vom 14. Dezember 2020 in Abwesenheit der Parteien abschliessend beraten und beurteilt. Auf die Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

#### **1.1**

Gemäss Art. 100 Abs. 3 AVIG (SR 837.0) kann der Bundesrat die örtliche Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts in Abweichung von Art. 58 ATSG (SR 830.1) regeln. Gemäss Art. 128 Abs. 1 i.V.m. Art. 119 Abs. 1 lit. a AVIV (SR 837.02) ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Kassenverfügungen das Gericht desjenigen Kantons zuständig, in dem der Versicherte seine Kontrollpflicht erfüllt. Der Beschwerdeführer hat seinen Wohnsitz in Ennetmoos NW, womit die örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons Nidwalden gegeben ist. Sachlich zuständig für die Beurteilung ist die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts, welche in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 39 GerG i.V.m. Art. 33 Ziff. 2 GerG [NG 261.1]). Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Entscheides berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen gerichtlicher Überprüfung (Art. 59 ATSG).

#### **1.2**

Der Einspracheentscheid tritt an die Stelle der Verfügung und bildet alleiniger Anfechtungsgegenstand. Gemäss Art. 61 lit. b ATSG muss die Beschwerde Rechtsbegehren, eine gedrängte Darstellung des Sachverhalts und eine kurze Begründung enthalten. An das Rechtsbegehren sowie an die Begründung der Beschwerde sind keine allzu strengen Anforderungen zu stellen (u.a. Urteil des Bundesgerichts 2A\_603/2002 vom 10. Juli 2003 E. 2). Dies gilt insbesondere für Laienbeschwerden. Da die Beschwerde nicht kassatorischer, sondern reformatorischer Natur ist, darf sich die Beschwerde führende Person nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern muss einen möglichst präzisen Antrag in der Sache stellen. Die Anträge umschreiben den Umfang des Rechtsstreits. Idealerweise sind sie so formuliert, dass sie bei Gutheissung zum Urteil erhoben werden können. Jedenfalls muss aus den Rechtsbegehren hervorgehen, inwiefern der angefochtene Entscheid abgeändert werden soll. Bei der Beurteilung, ob ein genügender Antrag vorliegt, darf das Gericht nicht nur auf die förmlich gestellten Anträge abstellen, sondern es muss prüfen, ob sich das Begehren aus der Begründung ergibt (Urteil des Bundesgerichts 4D\_8/2013 vom 8. April 2013 E. 2.5). Mindestens aus der Begründung müssen sich die Begehren ergeben (SUSANNE BOLLINGER, in: BSK-ATSG, 1. Aufl. 2020, N. 29 zu Art. 61 ATSG).

Mit der Begründung und der damit in Zusammenhang stehenden Sachverhaltsdarstellung wird aufgezeigt, welche Elemente innerhalb des Streitgegenstandes beanstandet werden. Das Gericht überprüft nicht beanstandete Teilaspekte nur, wenn hierzu aufgrund der Vorbringen der Parteien oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichend Anlass besteht (BGE 125 V 417 E. 2c mit Hinweisen).

Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer beantragt die vollumfängliche Aufhebung des Einspracheentscheids und die Gutheissung der Einsprache (Antragsziffer 1) resp. die Rückweisung an die Unia zur Neuurteilung (Antragsziffer 2). Ein konkreter Antrag in der Sache wird nicht gestellt. Die Beschwerdeschrift ist wie eine Beschwerdeantwort aufgebaut. Die Verfasser folgen der Gliederung des Einspracheentscheids und machen unter Bezugnahme auf die dortigen Ziffern Ausführungen zum Sachverhalt und rechtlicher Art. Insgesamt lässt sich seinen Vorbringen zumindest sinngemäss entnehmen, inwiefern er die Erwägungen der Unia bestreitet und wie der angefochtene Entscheid seiner Ansicht nach abgeändert werden soll.

Nachdem die Beschwerde auch fristgerecht erfolgte (Art. 60 ATSG), ist darauf einzutreten.

### **1.3**

Mit Beschwerde können Rechtsverletzungen einschliesslich der Überschreitung, Unterschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden (Art. 8 Abs. 1 SRG [NG 264.1]). Das Verwaltungsgericht verfügt insofern über volle bzw. freie Kognition. Die für den Entscheid erheblichen Tatsachen stellt es unter Mitwirkung der Parteien von Amtes wegen fest (Untersuchungsgrundsatz). Es ist nicht an die Begehren der Parteien gebunden und würdigt die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, umfassend und pflichtgemäss.

### **1.4**

Die Verwaltung bzw. im Beschwerdefall das Gericht hat im Rahmen der ihm obliegenden Beweiswürdigung nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu befinden. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die er von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 119 V 7 E. 3c/aa mit Hinweisen).

## **2.**

### **2.1**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Aktenlage sei unvollständig und habe dazu geführt, dass er den Entscheid ohne Kenntnis der vollen Sachlage habe anfechten müssen. So sei weder die Anfrage des RAV an das Seco noch jene der Unia an den Arbeitgeber betreffend Beschäftigungszeitraum aktenkundig. Ausserdem sei die Aktenführung unübersichtlich und entspreche nicht den Inhaltsverzeichnissen.

### **2.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Die entsprechende Rüge ist daher vorab zu behandeln (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 137 I 195 E. 2.2; je mit Hinweisen).

### **2.3**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen).

Das Akteneinsichtsrecht setzt voraus, dass die Akten vorhanden, d.h. in einer bestimmten Form greifbar sind. Insbesondere besteht ein Anspruch darauf, das gesamte Aktendossier einsehen zu können. Seine Wirksamkeit ist insofern abhängig von der Art und Weise wie die Akten «geführt» werden. Deshalb kommt der Aktenführung für die Effektivität der Akteneinsicht zentrale Bedeutung zu. Die Aktenführungspflicht für Sozialversicherungsverfahren wurde in Art. 46 ATSG verankert. Es verlangt bei einem Einsichtsgesuch und spätestens im Zeitpunkt der Entscheidfällung eine durchgehende Paginierung und zudem in der Regel ein aussagekräftiges Aktenverzeichnis (Urteil des Bundesgerichts 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2.2; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, N. 4 ff. zu Art. 46 ATSG). Die Aktenführung muss den Nachweis der Verwaltungstätigkeit ermöglichen,

sodass nachvollzogen werden kann wie die Sachverhaltsabklärung erfolgte und wie der Weg der Entscheidfindung verlaufen ist (Urteil des Bundesgerichts 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2.2).

## **2.4**

Die vom Beschwerdeführer erwähnten Anfragen sind tatsächlich nicht schriftlich dokumentiert worden. Allerdings lassen sich die entsprechenden Informationen unzweideutig sowohl dem Mail des Arbeitgebers vom 10. Dezember 2019 (Dossier 2, act. 65, S. 310) als auch jenem des Seco vom 12. Juni 2019 (Dossier 1, act. 41, S. 75 f.) entnehmen. Ausserdem tätigte das RAV und nicht die Unia die erste Anfrage an das Seco, sodass die entsprechende Anfrage nicht in der Akte der Arbeitslosenkasse hinterlegt sein kann. Insgesamt kann nachvollzogen werden wie die Sachverhaltsabklärung erfolgte und wie der Weg der Entscheidfindung verlaufen ist. Der Beschwerdeführer hatte im Zeitpunkt der Einsprache sämtliche Informationen, die er zur Wahrung seiner Rechte benötigte und war zweifelsohne in der Lage, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Der Einwand erweist sich deshalb als unbegründet.

## **3.**

### **3.1**

Die Unia erwog (zusammengefasst) in ihrem Einspracheentscheid vom 12. Juni 2020, die Betreuung der eigenen Kinder sei keine Erwerbstätigkeit, sondern eine gesetzliche Pflicht und gelte deshalb weder als Beitragszeit noch als Zwischenverdienst. Die Verfügung vom 10. Dezember 2019 gründe auf einer falschen Rechtsanwendung, sei daher zweifellos unrichtig und habe in Wiedererwägung gezogen werden können. Indem die ursprüngliche Anerkennung der Kinderbetreuung als Zwischenverdienst den Versicherten nicht an der Aufnahme einer anderen Tätigkeit gehindert habe, sei dem Versicherten in Bezug auf die geltend gemachten Dispositionen kein Nachteil entstanden, der unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen wäre. Da die Betreuungstätigkeit nicht als Beitragszeit anerkannt werden könne, bestehe kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Hinsichtlich der Familienzulagen liege weder gutgläubiger Bezug vor noch habe die Unia diesbezüglich weitere Abklärungen treffen müssen. Sodann hielt sie an der Rückforderung von bereits ausbezahlten Leistungen fest.

### **3.2**

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, es fehle an der für die Wiedererwägung erforderlichen Voraussetzung der zweifellosen Unrichtigkeit. Sodann falle mit Blick auf die Rechtssicherheit und die daraus abgeleitete Beständigkeit einer Verfügung ein Zurückkommen nur beim Vorliegen triftiger Gründe in Betracht. Im Weiteren beruft er sich auf den Vertrauensschutz; er habe im Vertrauen auf die Richtigkeit der Mitteilung des Seco nachteilige Dispositionen getroffen.

### **3.3**

Strittig ist, ob die Unia die Verfügung vom 10. Dezember 2019 zufolge qualifizierter Unrichtigkeit in Wiedererwägung ziehen durfte, ob der Beschwerdeführer über eine ausreichende Beitragszeit verfügt und ob er sich auf den Vertrauensschutz berufen kann.

## **4.**

### **4.1**

Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Überprüfung gebildet haben, zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (sogenannte Wiedererwägung; Art. 53 Abs. 2 ATSG; BGE 144 I 103 E. 2.2, 141 V 405 E. 5.2, 138 V 147 E. 2.1 mit Hinweis). Die Wiedererwägung im Sinne dieser Bestimmung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts. Zweifellose Unrichtigkeit meint dabei, dass kein vernünftiger Zweifel an der (von Beginn weg bestehenden) Unrichtigkeit der Verfügung möglich, also einzig dieser Schluss denkbar ist (BGE 138 V 324 E. 3.3 mit Hinweis). In diesem Sinne qualifiziert unrichtig ist eine Verfügung, wenn eine Leistung aufgrund falscher Rechtsregeln beziehungsweise ohne oder in unrichtiger Anwendung der massgeblichen Bestimmungen zugesprochen wurde (BGE 141 V 405 E. 5.2, 140 V 77 E. 3.1 mit Hinweis). Gleiches gilt bei einer unvollständigen Sachverhaltsabklärung aufgrund einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. Art. 43 ATSG; BGE 141 V 405 E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 8C\_717/2017 vom 2. August 2018 E. 3.2 mit Hinweisen). Soweit ermessensgeprägte Teile der Anspruchsprüfung vor dem Hintergrund der Sach- und Rechtslage einschliesslich der Rechtspraxis im Zeitpunkt der rechtskräftigen Leistungszusprechung in vertretbarer Weise beurteilt worden sind, scheidet die Annahme

zweifelloser Unrichtigkeit aus (BGE 141 V 405 E. 5.2 mit Hinweisen; vgl. statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 9C\_766/2016 vom 3. April 2017 E. 1.1.2 mit Hinweisen).

## **4.2**

Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt und kleiner ist als die Arbeitslosenentschädigung (Art. 24 AVIG). Durch die Tätigkeit im Zwischenverdienst wird neue Beitragszeit erworben. Als Ausnahme gilt der Zwischenverdienst, der durch eine selbständige Tätigkeit erarbeitet wird (BARBARA KUPFER BUCHER, Fokus Arbeitslosenversicherung, Aufl. 2016, S. 182, Ziff. 4.1; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2393, N. 427).

## **4.3**

Der Begriff Erwerbstätigkeit, wie er namentlich Art. 4 Abs. 1 AHVG zugrunde liegt, setzt nach konstanter Rechtsprechung die Ausübung einer auf die Erzielung von Einkommen gerichteten bestimmten (persönlichen) Tätigkeit voraus, mit welcher die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöht werden soll. Für die Beantwortung der Frage, ob Erwerbstätigkeit vorliegt, kommt es nicht darauf an wie ein Beitragspflichtiger sich selber (subjektiv) qualifiziert. Entscheidend sind vielmehr die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse und Gegebenheiten, die durch eine Tätigkeit begründet werden oder in deren Rahmen eine solche ausgeübt wird. Mit anderen Worten muss die behauptete Erwerbsabsicht aufgrund der konkreten wirtschaftlichen Tatsachen nachgewiesen sein. Wesentliches Merkmal einer Erwerbstätigkeit ist sodann eine planmässige Verwirklichung der Erwerbsabsicht in der Form von Arbeitsleistung. Dieser AHV-rechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit hat auch für die Arbeitslosenversicherung Geltung (BGE 128 V 20 E. 3b mit weiteren Hinweisen).

## **4.4**

### **4.4.1**

Minderjährige Kinder sind regelmässig aufgrund der fehlenden Selbstversorgungskapazität auf die Gewährung von Unterhalt durch Dritte angewiesen. Die entsprechende Pflicht entsteht aus dem Kindesverhältnis im rechtlichen Sinn (vgl. u.a. Art. 27 Abs. 2 UNKRK [SR 0.107]). Für den Unterhalt der Kinder haben in erster Linie die Eltern aufzukommen; er wird durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet (Art. 276 Abs. 1 ZGB). Während der Ehe tragen die

Eltern die Kosten des Unterhalts nach den Bestimmungen des Eherechts (Art. 278 Abs. 1 ZGB). Danach sorgen die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie (Art. 159 und 163 Abs. 1 ZGB). Sie verständigen sich über den Beitrag, den jeder von ihnen leistet, namentlich durch Geldzahlung, Besorgen des Haushaltes oder Betreuen der Kinder (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Dabei berücksichtigen sie die Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft und ihre persönlichen Umstände (Art. 163 Abs. 3 ZGB). Nebst den direkten Kinderkosten, die u.a. Konsumkosten, Auslagen für Schule und Freizeit sowie Fremdbetreuungskosten erfassen, fallen auch indirekte Kinderkosten an. Diese reflektieren den Zeitaufwand der Eltern für ihre Kinder. Der in Pflege und Erziehung der Kinder investierte Zeitaufwand führt zu einem verminderten Beschäftigungsgrad bei dem Elternteil, der sich im Alltag um die Kinder kümmert. Die Betreuungskosten erscheinen deshalb entweder in der Form eines Mindereinkommens aus Arbeitserwerb oder der Erhöhung der unentgeltlich geleisteten Haus- und Familienarbeit im Zusammenhang mit dem im Haushalt lebenden Kind (vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Kindesunterhalt, BBl 2014 529 ff., S. 540). Die Eltern sind in der Ausgestaltung der Betreuung sowohl in organisatorischer als auch finanzieller Hinsicht frei.

Bei der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes (oder wenn nie ein gemeinsamer Haushalt bestanden hat) ist der Unterhalt konkret zu bemessen und auf beide Elternteile aufzuteilen. Seit Inkrafttreten des revidierten Kinderunterhaltsrechts per 1. Januar 2017 sind die Betreuungskosten in die Bemessung des Kindesunterhalts einzubeziehen. Obschon der Betreuungsunterhalt wirtschaftlich betrachtet dem betreuenden Elternteil zugutekommt, handelt es sich um einen Anspruch des Kindes und nicht um einen Lohn des betreuenden Elternteils (BBl, a.a.O., S. 554).

#### **4.4.2**

Die Betreuung der Kinder stellt eine gesetzliche, den Kindseltern obliegende Pflicht dar. Der betreuende Elternteil ist kein Arbeitnehmer; er übt keine auf Erzielung von Einkommen gerichtete Tätigkeit aus, durch welche die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöht wird, sondern erbringt seinen Anteil am Unterhalt in natura. Im Weiteren gab der Beschwerdeführer selbst gegenüber der Unia an, dass er mit dem Babysitten nicht ein Einkommen erzielen, sondern die Finanzen entlasten wolle (Dossier 2, act. 66, S. 312). Beim «Arbeitserwerb» des Beschwerdeführers handelt es um die gesparten Fremdbetreuungskosten; er generierte kein Erwerbseinkommen, sondern verringerte ansonsten angefallene Auslagen.

Soweit der Beschwerdeführer die Kinderbetreuung der Tätigkeit einer Ehefrau im Betrieb des Ehegatten gleichsetzt, übersieht er einerseits, dass solche Arbeitseinsätze im Beruf oder Gewerbe des anderen Gatten erfolgen müssen. Leistungen, die damit nichts zu tun haben, sind auszuklammern (BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, in: BSK-ZGB I, 6. Aufl. 2018, N. 3 zu Art. 165 ZGB mit Hinweis). Die Ehefrau des Beschwerdeführers war damals als unselbständig erwerbende Anwältin tätig; sie führte also kein Betrieb bzw. Gewerbe im Sinne von Art. 165 ZGB. Andererseits besteht ein solcher Anspruch bloss, wenn die Mitarbeit erheblich grösser ist, als es der Beitrag an den Familienunterhalt nach Art. 163 ZGB verlangt und die Arbeit ohne Arbeitsvertrag geleistet wurde (BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, in: BSK-ZGB I, 6. Aufl. 2018, N. 2 und N. 6 zu Art. 165 ZGB). Rechtlich handelt es sich dabei auch nicht um einen Lohn, sondern um einen Ausgleich der wirtschaftlichen Vorteile, die der eine Partner durch die Arbeitsleistung des anderen erlangt. Überdies hat eine Person, die in einem Betrieb arbeitet, in dem der Ehegatte eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. u.a. Urteil des Bundesgerichts 8C\_1032/2010 vom 7. März 2011 E. 5.1).

#### **4.5**

Nach dem Gesagten liegt mit der Qualifikation der Kinderbetreuung als Erwerbstätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne eine zweifellos unrichtige Rechtsanwendung vor. Arbeitslosenentschädigungen sind regelmässig wiederkehrende Leistungen, womit auch die erforderliche Erheblichkeit gegeben ist. Mit der positivrechtlichen Regelung der Wiedererwägung rechtskräftiger Verfügungen in Art. 53 Abs. 2 ATSG sind die ansonsten rechtsprechungsgemäss bei fehlender gesetzlicher Grundlage geforderten Voraussetzungen für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen nicht massgeblich. Die wiederwägungsweise erfolgte Aufhebung der Verfügung vom 10. Dezember 2019 erfolgte somit bundesrechtskonform.

## **5.**

### **5.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe wegen der Mitteilung des SECO nachteilige Dispositionen durch Unterlassen getroffen und beruft sich auf den Vertrauensschutz. Wäre die Betreuung der Kinder nicht als Zwischenverdienst qualifiziert worden, so hätte er einen anderen anrechenbaren Zwischenverdienst ausgeübt, die im Arbeitsvertrag erwähnte Erstellung der Webseite vorgezogen oder er hätte eine andere Tätigkeit (Beratungstätigkeiten) verrichtet, welche an die Beitragszeit angerechnet worden wäre.

### **5.2**

#### **5.2.1**

Gemäss Rechtsprechung kann nach dem in Art. 9 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben eine unrichtige Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür ist, dass es sich (1) um eine vorbehaltlose Auskunft der Behörden handelt, (2) die Auskunft sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht; (3) die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, dafür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; (4) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres hat erkennen können; (5) der Bürger im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteile rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat; (6) die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung; (7) das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht überwiegt (BGE 143 V 95 E. 3.6.2 mit Hinweisen).

#### **5.2.2**

Eine nicht ohne Nachteil wieder rückgängig machbare Disposition liegt vor, wenn aufgrund einer behördlichen Zusage Investitionen vorgenommen oder bestimmte Massnahmen unterlassen worden sind (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 659 ff. mit Hinweis auf BGE 137 I 69). Der Grundsatz des Vertrauensschutzes gilt auch dann, wenn der Ansprecher im Vertrauen auf die Richtigkeit der behördlichen Auskunft oder Anordnung es unterlassen hat, Dispositionen zu treffen, die nicht ohne Nachteil nachgeholt werden können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-498/2007 vom 15. März 2010 E. 4.1 mit Hinweisen).

### **5.2.3**

Eine Bejahung des Vertrauensschutzes steht einer Wiedererwägung nicht entgegen, sondern der allfälligen Rückforderung von zu Unrecht bezogenen Leistungen.

### **5.3**

Der Beschwerdeführer moniert lediglich nachteilige Dispositionen durch Unterlassen. Er vermag aber keine über seine Behauptung hinausgehenden Anhaltspunkte oder Belege zu liefern, sodass sich nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellen lässt, dass er eine andere Tätigkeit verrichtet hätte. Insofern erübrigen sich Weiterungen zum Vertrauensschutz.

Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass Beratungstätigkeiten über das seit 2006 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmen «B.\_\_\_\_» eine selbständige Erwerbstätigkeit dargestellt hätten. Solche werden zwar als Zwischenverdienst anerkannt, generieren aber keine neue Beitragszeit (vgl. vorstehend E. 4.2). Wie die im Arbeitsvertrag vom 20. Mai 2019 vereinbarte «Beratung» bei näherer Betrachtung zu interpretieren wäre, kann offenbleiben.

## **6.**

### **6.1**

Der Beschwerdeführer erachtet die geforderte Beitragszeit als erfüllt. Laut Arbeitsvertrag habe das Arbeitsverhältnis bei der C.\_\_\_\_ AG am 19. Februar 2018 begonnen. Es sei somit nicht vom effektiv angetretenen Stellenantritt per 9. April 2018 auszugehen. Er sei damals arbeitsunfähig gewesen und habe seinem neuen Arbeitgeber zu Beginn der Anstellung nicht finanziell zur Last fallen wollen, weshalb man vom 19. Februar 2018 bis zum 9. April 2018 einen «unbezahlten Urlaub» vereinbart habe.

### **6.2**

#### **6.2.1**

Art. 8 Abs. 1 lit. a–f AVIG nennt die Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Gemäss lit. e muss der Versicherte die Beitragszeit erfüllt haben oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sein. Die Beitragspflicht hat erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen zweijährigen Rahmenfrist während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Angerechnet werden u.a. auch Zeiten, in denen der Versicherte zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber wegen

Krankheit oder Unfall keinen Lohn erhält und daher keine Beiträge bezahlt (Art. 13 Abs. 2 Bst. c AVIG).

### **6.2.2**

Für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit gelten grundsätzlich zweijährige Rahmenfristen (Art. 9 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Abs. 2). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Abs. 3). Ist die Rahmenfrist für den Leistungsbezug abgelaufen und beansprucht der Versicherte wieder Arbeitslosenentschädigung, so gelten in der Regel erneut zweijährige Rahmenfristen für den Leistungsbezug und die Beitragszeit. Schliesst die neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug – wie im vorliegenden Fall – unmittelbar an die alte an, so entspricht die neue Rahmenfrist für die Beitragszeit der früheren Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Die Bedeutung des Aufeinanderfolgens von Rahmenfristen liegt darin, dass eine Neuüberprüfung aller Anspruchsvoraussetzungen stattfindet. So hat die versicherte Person u.a. die einjährige Mindestbeitragszeit oder die Befreiung vor deren Erfüllung erneut nachzuweisen (BGE 130 V 229; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2304, N. 126 f.).

Vorliegend muss der Beschwerdeführer in der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 29. November 2017 bis zum 28. November 2019 eine Mindestbeitragszeit von 12 Monaten ausweisen.

### **6.2.3**

Für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig ist der Arbeitnehmer, der nach dem AHVG obligatorisch versichert und für Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist (Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG), d.h. einen massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG bezieht (Urteil des Bundesgerichts 8C\_408/2011 vom 11. Oktober 2011 E. 2.3). Als massgebender Lohn gilt jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit (Art. 5 Abs. 2 AHVG). Für die beitragsrechtliche Qualifikation von Entschädigungen, die der tätig gewordenen Person zufließen, ist einzig relevant, ob sie mit der Tätigkeit in einem Zusammenhang stehen. Von Bedeutung ist somit ein Tätigwerden, das in der Folge entgolten wird (FELIX FREY, in: Orell Füssli Kommentar zum AHVG/IVG, FREY/MOSIMANN/BOLLINGER [Hrsg.], Aufl. 2018, N. 1 zu Art. 5 AHVG).

## **6.3**

### **6.3.1**

Der Beschwerdeführer nahm seine Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ AG nicht wie vertraglich festgelegt am 19. Februar 2018 auf, sondern auf eigenen Wunsch erst am 9. April 2018. Dies hat die Arbeitgeberin explizit schriftlich bestätigt und wird durch das Arbeitsjournal belegt (Dossier 2, act. 64 f., S. 308 ff.). Ab diesem Zeitpunkt wurde ein Lohn vergütet. Der Arbeitsbeginn des Beschwerdeführers bei der C.\_\_\_\_ AG erfolgte somit arbeitslosenversicherungsrechtlich per 9. April 2018. Daran vermögen die Ausführungen zu den Formvorschriften einer Vertragsänderung nichts zu ändern. Der im Arbeitsvertrag festgehaltene Stellenantritt vom 19. Februar 2018 wurde auf Wunsch des Beschwerdeführers verschoben. Mit der Umsetzung des neuen Vertrages liegt ein stillschweigender Verzicht auf die vertraglich vorgesehene Schriftform vor. Ob die im Zusammenhang mit der Arbeitslosenentschädigung geltend gemachte Unwirksamkeit vor diesem Hintergrund allenfalls als treuwidrig zu qualifizieren ist, bedarf keiner näheren Klärung.

### **6.3.2**

Der Beschwerdeführer will mit dem Arbeitgeber unbezahlten Urlaub vereinbart haben. Er sei zu dieser Zeit arbeitsunfähig gewesen und habe seinem Arbeitgeber finanziell nicht zur Last fallen wollen. Allerdings finden seine pauschalen Behauptungen in den Akten keine Stütze. Weder die Arbeitgeberbescheinigung (Dossier 2, act. 84, S. 355 f.) noch der aufgelegte, handschriftlich korrigierte Arbeitsvertrag (Dossier 2, act. 83, S. 352 ff.) oder die Bestätigung des Arbeitgebers vom 10. Dezember 2019 (Dossier 2, act. 65, S. 310) vermerken einen «unbezahlten Urlaub» des Beschwerdeführers. Überdies besteht bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis erst ab dem 1. Tag des vierten Monats nach Arbeitsantritt eine Lohnfortzahlungspflicht (Art. 324a OR, vgl. MICHEL PELLASCIO, in: Orell Füssli Kommentar OR, 12. Aufl. 2016, N. 15 zu Art. 324a OR). Demzufolge bestand, wie der Beschwerdeführer selber festhält, während den ersten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses bzw. für den vorliegend relevanten Zeitraum vom 19. Februar 2018 (Arbeitsbeginn gemäss Arbeitsvertrag) bis zum 9. April 2018 (effektiver Stellenantritt) keine Entschädigungspflicht des Arbeitgebers, sodass sich die behauptete finanzielle Entlastung des Arbeitgebers als haltlos erweist.

### **6.3.3**

Der Beschwerdeführer führt sodann aus, er sei ab dem 19. Februar 2018 u.a. bei der «Krank[en]taggeldversicherung und der Pensionskasse» versichert gewesen und habe ab diesem Zeitpunkt Beitragszeit generiert. Allerdings sind erst ab April 2018 entsprechende Beiträge aktenkundig (Dossier 2, act. 85, S. 357) und anderslautende Belege wurden nicht aufgelegt. Ausserdem ist für die Erfüllung der Beitragspflicht der massgebende Lohn gemäss AHVG massgebend (vgl. dazu E. 6.2.3) und nicht die geleisteten (Sozial-)Versicherungsbeiträge.

### **6.3.4**

#### **6.3.4.1**

Der Beschwerdeführer beruft sich auf Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG, wonach Zeiten, in denen der Versicherte zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber wegen Krankheit oder Unfall keinen Lohn erhält, als Beitragszeit gelten.

#### **6.3.4.2**

Das Vorliegen einer im Streit stehenden Krankheit im Zusammenhang mit der Beitragszeit gleichgestellten Zeiten nach Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG muss ebenso wie ein Befreiungstatbestand gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG überprüfbar sein (Urteil des Bundesgerichts C 12/96 vom 10. September 1996 E. 2a). Beide Tatbestände bestimmen sich grundsätzlich nach objektiver Betrachtungsweise ex post. In Analogie zu Art. 28 Abs. 5 Satz 1 AVIG muss der Versicherte seine Arbeitsunfähigkeit daher grundsätzlich mit einem ärztlichen Zeugnis nachweisen. Es ist primär ärztliche Aufgabe, anhand der objektiven Befunderhebung die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit zu bestimmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_101/2014 vom 3. April 2014 E. 5.1 mit Hinweisen).

#### **6.3.4.3**

Weder die Ultraschalldiagnostiken der Ehefrau noch die von deren Gynäkologin für die Reiseannulationsversicherung bestätigte Schwangerschaftskomplikationen bestätigen eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers. Ebenso wenig lässt sich damit die behauptete Pflegebedürftigkeit der Ehefrau erstellen, die nach Ansicht des Beschwerdeführers gemäss Lehre und Rechtsprechung zu Art. 324a Abs. 1 OR einer Arbeitsunfähigkeit gleichzusetzen ist. Ausserdem wäre diesfalls nicht das Obligationenrecht, sondern Art. 14 Abs. 2 AVIG i.V.m. Art. 13 Abs. 1<sup>bis</sup> AVIG richtungsweisend.

**6.4**

Nach dem Gesagten ist für die Berechnung der Beitragszeit der tatsächlich angetretene Arbeitsbeginn vom 9. April 2018 massgebend. Der Beschwerdeführer übte infolgedessen während 11.747 statt der erforderlichen 12 Monate eine beitragspflichtige Beschäftigung aus. Tatbestände im Sinne von Art. 14 AVIG sind nicht ersichtlich. Die Berechnung der Unia ist deshalb nicht zu beanstanden. Die Unia hat somit zu Recht die weitere Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigungen per 29. November 2019 abgelehnt.

**7.**

Die Rückforderung der ausbezahlten Arbeitslosenentschädigung sowie der Familienzulagen blieb unbeanstandet und gibt bei näherer Betrachtung zu keiner Überprüfung Anlass.

**8.**

Die Beschwerde erweist sich nach dem Dargelegten in allen Teilen als unbegründet und ist abzuweisen.

**9.**

Das Verfahren in sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten ist, vorbehaltlich mutwilliger oder leichtsinniger Prozessführung und abweichenden spezialgesetzlichen Bestimmungen, kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG und Art. 18 PKoG [Prozesskostengesetz; NG 261.2]). Die Unia obsiegt in ihrem amtlichen Wirkungskreis und hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG e contrario).

**Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Dieser Entscheid ergeht kosten- und entschädigungslos.
3. Zustellung dieses Entscheids an:
  - Rechtsanwalt Gianni Zanetti/ Rechtsanwältin Sandra Kammerbauer (zweifach, GU)
  - Unia Arbeitslosenkasse (GU)
  - Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO, Einschreiben)

Stans, 14. Dezember 2020

**VERWALTUNGSGERICHT NIDWALDEN**

**Sozialversicherungsabteilung**

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Die Gerichtsschreiberin

MLaw Carmen Meier

Versand: \_\_\_\_\_

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Art. 82 ff. i.V.m. Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.