

# BGer 8C 219/2016 vom 12. September 2016

Bundesgericht, 2016-09-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_219\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_219_2016)

FR: TF 8C 219/2016 du 12 septembre 2016

IT: TF 8C 219/2016 del 12 settembre 2016

## Regeste

Arbeitslosenversicherung (Zwischenverdienst; Rückerstattung) | Arbeitslosenversicherung

## Erwägungen

### E. 1

Mit der Beschwerde kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und 96 BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Trotzdem obliegt es dem Beschwerdeführer, sich in seiner Beschwerde sachbezogen mit den Darlegungen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzen ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ). Das Bundesgericht prüft unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht - vorbehältlich offensichtlicher Fehler - nur die in seinem Verfahren geltend gemachten Rechtswidrigkeiten ( BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 135 II 384 E. 2.2.1 S. 389; siehe auch BGE 134 III 102 E. 1.1 S. 104). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann deren Sachverhaltsfeststellung nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### E. 2

Das kantonale Gericht schützt die im Einspracheentscheid vom 26. Oktober 2015 vorgenommene Anrechnung der im Dezember 2013 und Dezember 2014 von der B.\_\_\_\_\_ AG auf Gewinnbasis ausbezahlten Beträge als Zwischenverdienst nach dem sogenannten Entstehungsprinzip. Konkret berücksichtigt es somit im Januar, Februar und Oktober 2013 je Fr. 1'799.50, im März und April 2013 je Fr. 899.75, im November und Dezember 2013 je Fr. 5'398.50, im Januar und Februar 2014 je Fr. 7'468.- und im Dezember 2014 Fr. 3'734.- als Zwischenverdienst, ausgehend von der Hypothese, dass in diesem Verhältnis auch (Arbeits-) Leistungen des Versicherten für die Gesellschaft erbracht worden seien. Nach der anteilmässigen Aufteilung des jährlichen Entgelts auf die genannten Monate verbleibt für die Monate Mai, Juli, August 2013 und Mai bis November 2014 kein Zwischenverdienst. Deshalb hatte die Kasse im Einspracheentscheid für die letztgenannten Perioden denn auch - im Prinzip - auf eine nachträgliche Berichtigung der ausbezahlten Arbeitslosentaggelder verzichtet, was die Reduktion der Rückforderung von Fr. 22'859.50 auf Fr. 9'081.10 zur Folge hatte. Im reduzierten Rückforderungsbetrag nach wie vor enthalten sind jedoch die von der Kasse ursprünglich auch für die Monate Mai, Juli, August 2013 und Mai bis November 2014 ausgerichteten Zuschläge nach Art. 22 Abs. 1 Satz 2 AVIG von insgesamt Fr. 3'778.80. Die Vorinstanz ist der Ansicht, diese seien von der Rückforderung auszunehmen, weil der Versicherte den Anspruch auf Kinder- und

Familienzulagen nicht anderweitig geltend machen könne. Somit habe subsidiär die Kasse die Zuschläge auch für diese Zeit zu leisten. Der Rückforderungsanspruch sei damit von Fr. 9'081.10 um Fr. 3'778.80 herabzusetzen und auf Fr. 5'302.30 zu korrigieren.

### **E. 3**

Die Rückforderung der Arbeitslosenentschädigung für die Monate, in welchen dem Versicherten gemäss Entstehungsprinzip bei der B.\_\_\_\_\_ AG ein Einkommen zugerechnet wird, ist letztinstanzlich nicht mehr streitig. Die Vorinstanz bejaht das Vorliegen eines Rückkommenstitels ( Art. 53 ATSG ) und die Voraussetzungen der Rückforderung im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG . Darauf ist nicht mehr einzugehen (vgl. E. 1 hiervor). Umstritten ist nunmehr lediglich noch die Frage, ob das kantonale Gericht den Rückforderungsanspruch der Kasse zu Recht von Fr. 9'081.10 um den ursprünglich ausgerichteten Betrag von Fr. 3'778.80 für die Zuschläge der Monate Mai, Juli, August 2013 und Mai bis November 2014 auf Fr. 5'302.30 herabsetzt. Dem Beschwerdegegner wird für diese Perioden kein Zwischenverdienst angerechnet. Dennoch geht die Kasse davon aus, dass er für die Jahre 2013 und 2014 über die B.\_\_\_\_\_ AG Anspruch auf Kinder- und Familienzulagen habe.

### **E. 4.1**

Gemäss Art. 22 Abs. 1 Satz 2 AVIG erhält die versicherte Person einen Zuschlag zum Taggeld, der den auf den Tag umgerechneten gesetzlichen Kinder- und Ausbildungszulagen entspricht, auf die sie Anspruch hätte, wenn sie in einem Arbeitsverhältnis stände. Dieser Zuschlag wird nur ausbezahlt, soweit die Kinderzulagen der versicherten Person während der Arbeitslosigkeit nicht ausgerichtet werden und für dasselbe Kind kein Anspruch einer erwerbstätigen Person besteht ( Art. 22 Abs. 1 lit. a und b AVIG ). Die Arbeitslosenkasse hat den Zuschlag somit gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. a AVIG lediglich subsidiär auszurichten. Entsprechend sieht die seit Januar 2013 gültige Weisung des SECO (AVIG-Praxis ALE, Rz. C81) vor, dass die ALV keinen Zuschlag ausrichtet, wenn für ein Kind Anspruch auf Familienzulage einer erwerbstätigen Person für den gleichen Zeitraum besteht. Beim Zuschlag handelt es sich um ein vom Taggeldanspruch abhängiges Nebenrecht (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Rz. 351). Er richtet sich nach dem Familienzulagengesetz des Kantons, in dem die versicherte Person wohnt ( Art. 34 Abs. 1 AVIV ). Gemäss Art. 34 Abs. 2 AVIV gibt das SECO im Einvernehmen mit dem BSV den Durchführungsorganen jährlich die Ansätze und die wichtigsten Anspruchsvoraussetzungen bekannt.

### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Beziehung zwischen dem Beschwerdegegner und der B.\_\_\_\_\_ AG als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei. Die Vorinstanz bestätige dies insoweit, als sie auch von einem arbeitsvertragsähnlichen Rechtsverhältnis ausgehe. Somit sei Randziffer 510a der Wegleitung zum Bundesgesetz über die Familienzulagen (FamZWL) anwendbar, wonach bei einer unregelmässigen und ganzjährigen Beschäftigung das Jahreseinkommen massgebend sei. Nach Art. 13 Abs. 3 FamZG habe Anspruch auf Zulagen, wer auf ein jährliches Erwerbseinkommen AHV-Beiträge entrichte, das mindestens dem halben jährlichen Betrag der minimalen vollen Altersrente der AHV entspreche. Für die Jahre 2013 und 2014 habe der Grenzbetrag Fr. 585.- im Monat, bzw. Fr. 7'020.- pro Jahr, betragen. Der Versicherte, welcher vom 1.

Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 unregelmässig, also nicht jeden Monat, für die B.\_\_\_\_\_ AG tätig gewesen sei, habe in beiden Jahren den Mindestbetrag von Fr. 7'020.- erreicht. Deshalb habe er aufgrund seines Arbeitsverhältnisses mit der B.\_\_\_\_\_ AG Anspruch auf Familienzulagen für das ganze Jahr, auch für die Monate, in welchen er nicht für die Gesellschaft gearbeitet habe.

#### **E. 4.3.1**

Das kantonale Gericht lässt die Frage, ob die geleistete Arbeit für die B.\_\_\_\_\_ AG als selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, offen, weil das Entgelt sowohl aus dem einen als auch aus dem anderen Rechtsverhältnis als Zwischenverdienst anzurechnen sei. Die Kasse weist zwar korrekt darauf hin, dass im angefochtenen Entscheid immerhin von einem "arbeitsvertragsähnlichen Rechtsverhältnis" ausgegangen wird. Sie vertritt letztinstanzlich die Meinung, es liege eine unselbstständige Beschäftigung vor. Es erübrigt sich allerdings auch in Bezug auf die Frage der Kinder- und Ausbildungszulagen, eine Zuordnung des Versicherten als Selbstständig- oder Unselbstständigerwerbender vorzunehmen, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

#### **E. 4.3.2**

Neben den als Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer in der AHV obligatorisch versicherten Personen, die von einem dem FamZG unterstellten Arbeitgeber beschäftigt werden ( Art. 13 Abs. 1 FamZG ), haben gemäss dem ab 1. Januar 2013 in Kraft stehenden Art. 13 Abs. 2bis FamZG neu auch die als Selbstständigerwerbende in der AHV obligatorisch versicherten Personen Anspruch auf Familienzulagen. Bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern entsteht und erlischt der Anspruch mit dem Lohnanspruch ( Art. 13 Abs. 1 Satz 3 FamZG ). Der Anspruch auf Familienzulagen für Selbstständigerwerbende beginnt am ersten Tag des Monats, in dem die selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen wird, und endet am letzten Tag des Monats, in dem die selbstständige Erwerbstätigkeit aufgegeben wird ( Art. 10a Abs. 1 FamZV ). Die Beschwerdeführerin hat die zwei Zahlungen der B.\_\_\_\_\_ AG je vom Dezember 2013 und 2014 dem Versicherten entsprechend den Auskünften der Gesellschaft gemäss Entstehungsprinzip für einzelne Monate zugerechnet und auch nur für diese Zeiten als Zwischenverdienst berücksichtigt. Darauf kann sie nun im Rahmen der Prüfung des Anspruchs auf Familienzulagen nicht zurückkommen, indem sie die Zahlungen der B.\_\_\_\_\_ AG auf ein durchschnittliches Monatseinkommen umrechnet bzw. von einem den Grenzbetrag überschreitenden Jahreseinkommen ausgeht und daraus einen durchgehenden Anspruch auf Zulagen ableitet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann - selbst wenn man von einer unselbstständigen Tätigkeit für die Gesellschaft ausgehen würde - nicht angenommen werden, der Versicherte sei der Gesellschaft ganzjährig für Arbeitseinsätze zur Verfügung gestanden und es hätte deshalb im Sinne von Randziffer 510 FamZWL (in der Fassung vom 1. Januar 2013; vgl. auch die von der Kasse zitierte Randziffer 510 lit. a und b FamZWL in der seit 1. Januar 2016 massgebenden Fassung) für sämtliche Monate der Jahre 2013 und 2014 Anspruch auf Familienzulagen nach FamZG bestanden. Ebensowenig kann andererseits im Sinne von Art. 10a Abs. 1 FamZV von einer ununterbrochenen selbstständigen Erwerbstätigkeit gesprochen werden.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten hat das kantonale Gericht den von der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 22 Abs. 1 AVIG geleisteten Zuschlag für die Monate Mai, Juli, August 2013

und Mai bis November 2014 zu Recht vom Rückforderungsanspruch der Kasse ausgenommen, weshalb der Versicherte lediglich zu Unrecht erhaltene Leistungen von Fr. 5'302.30 zurückzuerstatten hat.

**E. 6**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ; BGE 133 V 637 E. 4.6 S. 639).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.