

# **BGer 8C\_74/2017 vom 16. Mai 2017**

Bundesgericht, 2017-05-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_74\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_74_2017)

FR: TF 8C\_74/2017 du 16 mai 2017

IT: TF 8C\_74/2017 del 16 maggio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Beim angefochtenen Rückweisungsentscheid handelt es sich, da das Verfahren noch nicht abgeschlossen wird und die Rückweisung auch nicht einzig der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient, um einen selbstständig eröffneten Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Die Zulässigkeit der Beschwerde setzt somit - alternativ - voraus, dass der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Abs. 1 lit. a) oder dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Abs. 1 lit. b).

### **E. 1.2.1**

Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid mit der Feststellung, in Anwendung des Vertrauensschutzes stünden dem Versicherten 22 kontrollfreie Tage zu. Die Einkommen aus den Tätigkeiten als Prüfungsexperte an den Schulen D. \_\_\_\_\_ und der Handelsschule E. \_\_\_\_\_ seien als Neben- und nicht als Zwischenverdienste zu qualifizieren, weshalb sie bei der Berechnung des Taggeldanspruchs ausser Acht zu lassen seien. Weiter abzuklären sei, ob der Beschwerdegegner im Jahr 2012 bei der C. \_\_\_\_\_ GmbH einen Zwischenverdienst im Umfang von Fr. 13'000.- erzielt habe, da nicht abschliessend fest stehe, dass er die entsprechende Arbeitsleistung im Jahr 2012 erbracht habe. Sollte der Beschwerdegegner schliesslich seiner Mitwirkungspflicht anlässlich der weiteren Abklärungen vollumfänglich nachkommen, stünden ihm für die neu festzusetzenden Taggeldleistungen Verzugszinsen zu. Demgegenüber ist die Verwaltung der Auffassung, der Anspruch auf Arbeitslosentaggelder sei in den relevanten Kontrollperioden korrekt berechnet worden.

### **E. 1.2.2.1**

Hinsichtlich der Qualifikation der Einkünfte bei den Schulen D. \_\_\_\_\_ und der Handelsschule E. \_\_\_\_\_ als Nebenverdienste sowie der Bejahung einer Verzugszinspflicht bei weiterer Erfüllung der Mitwirkungspflicht des Versicherten enthält der vorinstanzliche Gerichtsentscheid materiell verbindliche Anordnungen hinsichtlich der Berechnung des Arbeitslosentaggeldanspruchs, welche die Arbeitslosenkasse verpflichten, die Taggelder anhand von ihrer Auffassung nach unrichtigen Vorgaben zu ermitteln. Darin ist offenkundig ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne des Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu erblicken. Die Arbeitslosenkasse wird aufgrund des angefochtenen Entscheides verpflichtet, eine Taggeldberechnung auf einer Grundlage vorzunehmen, die sie als rechtswidrig erachtet. Dazu kommt, dass sie sich ausser Stande sähe, ihre eigene Verfügung anzufechten, und die Gegenpartei wird in der Regel kein Interesse haben, dem möglicherweise zu ihren Gunsten lautenden Endentscheid zu opponieren, sodass der

kantonale Vor- oder Zwischenentscheid nicht mehr korrigiert werden könnte. Auf die Beschwerde der Arbeitslosenkasse ist demnach insoweit einzutreten.

#### **E. 1.2.2.2**

Nach ständiger Rechtsprechung werden durch die Aufhebung eines kantonalen Rückweisungsentscheids zu ergänzender Sachverhaltsabklärung regelmässig kein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG vermieden (SVR 2012 IV Nr. 23 S. 97, 9C\_329/2011 E. 3.3; Urteil 9C\_89/2012 vom 24. Februar 2012). Daher ist hinsichtlich der Rückweisung zur Abklärung, welchem Jahr die Einkünfte aus der Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_\_ GmbH von Fr 13'000.- zuzurechnen sind, auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin vermag keine Gründe zu nennen, die ausnahmsweise die selbstständige Anfechtbarkeit des Zwischenentscheids in diesem Punkt rechtfertigen könnten. Die Eintretensvoraussetzungen gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG sind in Bezug auf die abzuklärende Frage nicht erfüllt.

#### **E. 2**

Von der beantragten Vereinigung des vorliegenden Verfahrens (8C\_74/2017) mit demjenigen betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit (8C\_78/2017) ist abzusehen, da diese beiden Verfahren nicht den gleichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen und sich auch nicht dieselben Rechtsfragen stellen. Geht es im aktuellen Prozess hauptsächlich um die materiell-rechtliche Frage der Korrektheit der Taggeldabrechnungen, ist im parallel laufenden Verfahren 8C\_78/2017 die formelle Frage der Zulässigkeit der Beschwerde zu beantworten. Eine Verfahrensvereinigung ist nicht angezeigt.

#### **E. 3**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 141 V 234 E. 1 S. 236 mit Hinweisen). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann eine für den Ausgang des Verfahrens entscheidende ( Art. 97 Abs. 1 BGG ) Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen 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. 4.1**

Mit Blick auf die Tätigkeit als Prüfungsexperte erwog die Vorinstanz, das Einkommen im Jahr 2012 habe zwar zugenommen, eine rechtsprechungsgemäss ( BGE 125 V 475 ) verlangte, erhebliche Ausweitung der Tätigkeit liege aber nicht vor. Der Versicherte habe in der Vergangenheit in etwa durchgehend gleich hohe Einkünfte erzielt. Das Pensum habe er nicht erweitert, weshalb auch der Charakter des Nebenverdienstes nicht verloren gegangen

sei; er wäre auch ohne Arbeitslosigkeit im gleichen Umfang als Prüfungsexperte tätig geblieben.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin hält dagegen, es sei unzulässig, wenn die Vorinstanz verlange, es müsse sich auch der Charakter des Nebenverdienstes verändern, um als Zwischenverdienst zu gelten. Ferner habe der Beschwerdegegner, vergleiche man korrekterweise nicht den langjährigen Durchschnitt der letzten Jahre, sondern nur das Jahr 2011 mit dem Jahr 2012, die Verdienste ausgeweitet. Bei den Schulen D. \_\_\_\_\_ ergebe sich eine Steigerung von Fr. 1'957.- oder 287,94 %; an der Handelsschule E. \_\_\_\_\_ habe er den Verdienst um Fr. 93.- oder um 37,5 % erhöht. Dies sei erheblich. Werde mit der Vorinstanz auf den langjährigen Durchschnitt abgestellt, resultiere bei der Handelsschule E. \_\_\_\_\_ beim Vergleich der in den Jahren 2007 bis 2009 und 2011 erzielten durchschnittlichen Einkünfte von Fr. 252.- mit dem Verdienst des Jahres 2012 von Fr. 341.- eine Ausweitung für das Jahr 2012 von Fr. 89.- oder 35,17 %. Bei den Schulen D. \_\_\_\_\_ habe das Einkommen in den Jahren 2006 bis 2009 sowie 2011 Fr. 1'365.60 betragen. Die erzielten Fr. 2'637.- im Jahr 2012 würden einem Mehrverdienst von Fr. 1'271.40 oder 93,10 % entsprechen. Diese Steigerungen seien auch bei dieser Berechnungsweise erheblich und daher als Zwischenverdienste zu werten.

#### **E. 5.1**

Ein Nebenverdienst ist jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit erzielt ( Art. 23 Abs. 3 AVIG ). Ein solcher bleibt bei der Anrechnung eines Zwischenverdienstes grundsätzlich unberücksichtigt ( Art. 24 Abs. 3 AVIG ). Eine erhebliche Steigerung des Nebenverdienstes kann aber zur Annahme von Zwischenverdienst führen ( BGE 123 V 230 ; ARV 2014 S. 215, 8C\_265/2014 E. 2 mit Hinweis; zum Verhältnis von Zwischen- und Nebenverdienst: BGE 125 V 475 , 123 V 230 E. 3c S. 233).

#### **E. 5.2**

Wenn die Beschwerdeführerin behauptet, die Vorinstanz habe für die Annahme eines Zwischenverdienstes unzulässigerweise auf eine notwendige Veränderung des Charakters einer Nebenverdiensttätigkeit verwiesen, ist ihr nicht zu folgen. Wie in BGE 125 V 575 E. 5a S. 478 festgehalten wurde, liegt ein Nebenverdienst ausserhalb der in Art. 23 Abs. 1 AVIG festgeschriebenen Normalität; er hat ausserordentlichen Charakter. Wird demgegenüber eine Tätigkeit nicht mehr ausserhalb der normalen üblichen Arbeitszeit ausgeübt und ein erheblicher Mehrverdienst erzielt, sind diese Einnahmen grundsätzlich als Zwischenverdienste abzurechnen, weil dieser Verdienst dadurch den ausserordentlichen Charakter verliert. Diese Wertung hat die Vorinstanz bei der Beurteilung, ob ein anzurechnender Zwischenverdienst vorliegt oder nicht, daher zu Recht einfließen lassen, weshalb die von der Beschwerdeführerin vorgenommene, rein prozentuale Berechnung der Steigerung der im Jahr 2012 erzielten Verdienste im Verhältnis zum Vorjahr oder eventualiter zum Durchschnitt der Jahre 2007 bis 2009 und 2011 (Handelsschule E. \_\_\_\_\_) und 2006 bis 2009 sowie 2011 (Schulen D. \_\_\_\_\_) fehl geht. Allein schon der Umstand, dass ein jährlicher Mehrverdienst von Fr. 89.- bei der Handelsschule E. \_\_\_\_\_ gegenüber einem langjährigen Durchschnittsverdienst von Fr. 252.- eine erhebliche Ausweitung eines Nebenverdienstes darstellen soll, zeigt, dass diese Auffassung

nicht zutreffen kann. Nicht zu beanstanden ist, dass sich das kantonale Gericht auf die über mehrere Jahre erzielten Werte stützte, um ein möglichst zuverlässiges Bild über die erzielten Verdienste zu erhalten. Wie der Beschwerdegegner plausibel darlegte, ergeben sich die Schwankungen der Einnahmen als Prüfungsexperte aus der in jedem Jahr unterschiedlichen Anzahl der ihm zugeteilten Dossiers. Wenn die Vorinstanz auf eine nicht erhebliche Steigerung der Tätigkeit aufgrund der Arbeitslosigkeit schloss, lässt sich dies nicht beanstanden.

#### **E. 6.1.1**

Mit Blick auf die Verzugszinspflicht rügt die Beschwerdeführerin in formell-rechtlicher Hinsicht, das kantonale Gericht habe in der öffentlichen Urteilsberatung vom 20. Oktober 2016 unter Anwesenheit der Parteien den Antrag auf Verzugszins nicht behandelt und trotzdem im schriftlichen Entscheid hierüber befunden, weshalb der Entscheid in diesem Punkt aufzuheben sei.

#### **E. 6.1.2**

Dieser Einwand betrifft kantonales Prozessrecht. Letztinstanzlich wird nicht vorgebracht, dass dieses mit dem gerügten Vorgehen des kantonalen Gerichts willkürlich angewendet worden sei ( Art. 9 BV ; BGE 131 I 467 E. 3.1 S. 473 f.; zum Willkürbegriff vgl. BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18). Weiterungen hierzu erübrigen sich daher.

#### **E. 6.2.1**

Materiell-rechtlich wird eingewendet, der Beschwerdegegner sei seiner Mitwirkungspflicht durch unwahre Angaben betreffend seine Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_\_ GmbH und der Nichtdeklaration seiner Tätigkeit als Prüfungsexperte nicht vollumfänglich nachgekommen, weshalb sie keinen Verzugszins schulde.

#### **E. 6.2.2**

Was die Beschwerdeführerin vorbringt, lässt die Feststellung der Vorinstanz, die Verfahrensverzögerungen seien durch die langwierigen Abklärungen zur Frage der Vermittlungsfähigkeit entstanden, wobei im Rahmen dieser Ermittlungen keine Verletzungen der Mitwirkungspflicht des Beschwerdegegners erkennbar seien, nicht als offensichtlich unrichtig erscheinen. Nicht gefolgt werden kann der Behauptung der Beschwerdeführerin, sie sei erst durch den am 24. Juli 2015 erhaltenen Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) in der Lage gewesen, Abklärungen zur Tätigkeit als Prüfungsexperte vorzunehmen, da der Versicherte dies bis dahin in Verzögerung des Verfahrens verschwiegen habe. Sie räumte in ihrem Einspracheentscheid vom 18. März 2016 selbst ein, der Versicherte habe im Schreiben vom 3. April 2012 auf seine bereits seit zehn Jahren ausgeübte Tätigkeit als Prüfungsexperte hingewiesen. In der Beilage zu diesem Antwortschreiben bezüglich fehlender Unterlagen legte der Beschwerdegegner den Lohnausweis für das Jahr 2011 für die Expertentätigkeit bei und gab an, er werde im Jahr 2012 etwa im gleichen Umfang wieder als Prüfungsexperte fungieren. Dieses Schreiben ging bei der Arbeitslosenkasse am 10. April 2012 ein, womit ab diesem Datum weitere Abklärungen hierzu möglich gewesen wären. Der vorinstanzliche Schluss, dass es das bisherige Verhalten des Beschwerdegegners nicht rechtfertige, von einer Verzugszinspflicht nach Art. 26 Abs. 2 ATSG abzusehen, hält Stand. Damit hat es beim vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden.

#### **E. 7**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ). Dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner steht trotz seines Obsiegens keine Parteientschädigung nach Art. 68 Abs. 2 BGG zu.

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