

# **BGer C 12/01 vom 16. April 2002**

Bundesgericht, 2002-04-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_12\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_12_01)

FR: TF C 12/01 du 16 avril 2002

IT: TF C 12/01 del 16 aprile 2002

## **Regeste**

Arbeitslosenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Vorinstanz hat die gesetzlichen Bestimmungen über den Begriff des Zwischenverdienstes ( Art. 24 Abs. 1 AVIG ), den Anspruch der versicherten Person auf Ersatz des Verdienstauffalls für Tage, an denen sie einen Zwischenverdienst erzielt ( Art. 24 Abs. 2 Satz 1 AVIG ), sowie die Ermittlung des Verdienstauffalls ( Art. 24 Abs. 3 AVIG ) zutreffend dargelegt. Entsprechendes gilt für die Rechtsprechung, wonach der in einer Kontrollperiode erzielte effektive Lohn, welcher in masslicher Hinsicht nicht mindestens den berufs- und ortsüblichen Ansatz erreicht, entsprechend anzuheben ist und der Differenzausgleich nur auf dieser Grundlage erfolgt ( BGE 120 V 253 Erw. 5e, 513 Erw. 8e). Zu ergänzen ist, dass dies sowohl für den aus unselbstständiger als auch jenen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit erzielten Zwischenverdienst gilt ( BGE 120 V 515 ).

### **E. 2**

Streitig ist einzig die Frage, ob die Beschwerde führende Arbeitslosenkasse gestützt auf Art. 24 Abs. 3 AVIG berechtigt ist, der Beschwerdegegnerin im Kontrollmonat März 2000 ein hypothetisches Einkommen entsprechend dem berufs- und ortsüblichen Ansatz aufzurechnen für ihre im Umfang von 15 Wochenstunden ausgeübte selbstständige Erwerbstätigkeit als Betreiberin einer Bar in einer Galerie. a) Das kantonale Gericht verneinte die Anrechnung eines berufs- und ortsüblichen Ansatzes als Zwischenverdienst, weil die Beschwerdegegnerin mit dem als selbstständige Erwerbstätigkeit zu qualifizierenden Betrieb der Bar trotz Verrechnung ortsüblicher Preise kein Einkommen und damit keinen Zwischenverdienst erzielt habe (Hinweis auf einen in SVR 1997 AIV Nr. 110 S. 337 Erw. 2b/c publizierten Entscheid eines kantonalen Gerichts). Demgegenüber stellt sich die Arbeitslosenkasse unter Hinweis auf das nicht veröffentlichte Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen B. und F. vom 9. September 1996 (C 137 + 140/96) auf den Standpunkt, Art. 24 Abs. 3 AVIG komme auch bei einer selbstständigen Erwerbstätigkeit uneingeschränkt zur Anwendung komme, selbst wenn in einer Aufbauphase kein effektives Einkommen erzielt werde. b) Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin ab 20. Januar 2000 eine Bar in einer Galerie geführt hat. Damit versuchte sie, eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufzubauen, und versprach sich für die Zukunft ein regelmässiges Einkommen. Da sich die Einkünfte jedoch nicht wie erhofft entwickelten, stellte sie die Tätigkeit Ende März 2000 wieder ein. Im März 2000 wendete sie gemäss ihren eigenen Angaben 15 Stunden pro Woche auf. Die Ausgaben betragen in diesem Monat Fr. 1722. 85 und die Einnahmen Fr. 1561. 70. Bereits der zeitliche Aufwand und die getätigten Ausgaben machen deutlich, dass es sich bei dieser selbstständigen

Erwerbstätigkeit nicht um einen Nebenverdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG (vgl. Art. 24 Abs. 3 letzter Satz AVIG) handelt. Entgegen der Auffassung von Vorinstanz und Beschwerdegegnerin entfällt die Anrechnung eines berufs- und ortsüblichen Einkommens nicht bereits deshalb, weil aus der Tätigkeit kein Verdienst resultierte. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind die Bestimmungen über den Zwischenverdienst sowohl auf unselbstständige wie auf selbstständige Erwerbstätigkeiten anwendbar ( BGE 120 V 518 Erw. 4, insbesondere S. 519 Erw. 4b/bb). Gestützt auf Art. 24 Abs. 3 AVIG ist sofort ab Beginn solcher Zwischenverdiensttätigkeiten ein berufs- und ortsüblicher Lohn anzurechnen, und zwar selbst dann, wenn damit in den ersten Monaten noch kein (nennenswertes) Einkommen erzielt wird. Selbst wenn diese Vorgehensweise im Einzelfall unbillig erscheinen mag, ist sie im Lichte der mit der Zwischenverdienstregelung angestrebten Zielsetzung gerechtfertigt. Diese Rechtsprechung gilt nicht nur für unselbstständige (ARV 1998 Nr. 33 S. 182 Erw. 3a; Urteil B. vom 5. Juni 2001, C 135/98), sondern nicht zuletzt auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung für selbstständige Erwerbstätigkeiten (Urteil A. vom 29. November 2000, C 66/00; erwähntes Urteil vom 9. September 1996, C 137 + 140/96). Sie ist im Schrifttum auf Zustimmung gestossen (Thomas Faesi, Arbeitslosenentschädigung und Zwischenverdienst - Ursachen und Wirkungen der zweiten Teilrevision des AVIG, Diss. Zürich 1999, S. 302 f.). Den berufs- und ortsüblichen Verdienst hat die Beschwerdeführerin gestützt auf die Mindestlöhne für Arbeitnehmende im Gastgewerbe festgesetzt, was sich im Rahmen der Ermessensprüfung ( Art. 132 OG ; BGE 122 V 42 Erw. 5b mit Hinweisen) nicht beanstanden lässt. Soweit die teilarbeitslose Beschwerdegegnerin in der Vernehmlassung schliesslich vorbringen lässt, man könne sich fragen, ob die selbstständige Tätigkeit in zeitlicher Hinsicht nicht ausserhalb des von der ALV entschädigten Bereichs falle, wird übersehen, dass als Zwischenverdienst sämtliche in der Kontrollperiode erzielten Einkommen zu berücksichtigen sind ( BGE 120 V 233 ), was auch für die erst nach Eintritt der Arbeitslosigkeit kurzzeitig ausgeübte selbstständige Erwerbstätigkeit gilt. Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht: I. In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 27. November 2000 aufgehoben. II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt. Luzern, 16. April 2002 Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts Der Präsident der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber:

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