

BGer C_186/2000 vom 28. Februar 2001

Bundesgericht, 2001-02-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_186_2000

FR: TF C_186/2000 du 28 février 2001

IT: TF C_186/2000 del 28 febbraio 2001

Erwägungen

E. 1

Der Sachverhalt ist unbestritten: Der Versicherte übte bis 31. Oktober 1997 eine Vollzeitbeschäftigung bei der Firma X. _____ AG aus und war daneben an den Wochenenden während je 12 ½ Stunden im Restaurant Y. _____ tätig. Als er Ende Oktober 1997 die Stelle bei der Firma X. _____ AG verlor, bezog er hierfür Arbeitslosenentschädigung. Die Anstellung im Restaurant behielt er im selben Umfang bei. Die Arbeitslosenkasse betrachtete diese Arbeit zuerst als Nebenverdienst, erfasste sie jedoch später als Zwischenverdienst, welchen sie dem Versicherten anrechnete. Gemäss dieser neuen Berechnungsweise hatte der Beschwerdegegner zu viele Leistungen bezogen, weshalb die Kasse die Rückforderung verfügte. Die Vorinstanz ihrerseits qualifizierte die Arbeit im Restaurant als Nebenverdienst und hob die Rückforderung auf. Streitig und zu prüfen ist somit, ob der Lohn aus der Tätigkeit im erwähnten Gastbetrieb als Nebenverdienst oder als Zwischenverdienst zu erfassen ist.

E. 2

a) Als Nebenverdienst gilt jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit erzielt (Art. 23 Abs. 3 Satz 2 AVIG ; BGE 126 V 208 Erw. 1, 123 V 232 Erw. 3; Nussbaumer, SBVR, Arbeitslosenversicherung, S. 117 N 305), somit jede Arbeit, welche neben einem normalen Vollzeitpensum verrichtet wird. Eine solche wird bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht berücksichtigt (Art. 23 Abs. 3 Satz 1 AVIG). Dahinter steht der Grundgedanke, dass die Arbeitslosenversicherung nur für das Risiko des Verlusts einer üblichen Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz gewährt (BGE 123 V 74 Erw. 5c). Die Rechtsprechung hat es daher abgelehnt, eine Entschädigung für Erwerbseinbussen auszurichten, die vom Wegfall einer ein normales Vollzeitpensum übersteigenden Beschäftigung stammen (BGE 125 V 479 Erw. 5b und c, 120 V 253 f. Erw. 5f und 6).

b) Der Versicherte hatte bei der Firma X. _____ AG ein Vollzeitpensum mit einer betriebsüblichen Arbeitszeit von 42 bzw. 43 Stunden inne. Die gleichzeitig im Restaurant Y. _____ ausgeübte Tätigkeit war nach dem Gesagten grundsätzlich als Nebenverdienst zu betrachten.

c) Es bleibt die Frage zu prüfen, ob der bei dieser Nebenbeschäftigung erzielte Lohn nach dem Wegfall der Haupttätigkeit bei der Firma X. _____ AG zu einem Zwischenverdienst mutierte. Zu dieser Problematik hat sich das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 120 V 518 Erw. 3 geäussert: Wird das Pensum der bisherigen Nebentätigkeit nach Eintritt der Arbeitslosigkeit erhöht, stellt der dementsprechend angestiegene Lohn einen Zwischenverdienst dar, während die Beibehaltung des gleichen,

bereits vor der Arbeitslosigkeit ausgeübten Pensums auf einen Nebenverdienst hinweist. Diese Rechtsprechung hat das Gericht in BGE 123 V 233 Erw. 3d bestätigt. Auch in jenem Fall hatte ein Versicherter nach dem Verlust der Hauptbeschäftigung das Ausmass der bisherigen Nebentätigkeit stark erhöht, weshalb die dabei zusätzlich erzielten Einkünfte ("revenus supplémentaires") als Zwischenverdienste abzurechnen waren. Das Gericht erwog zudem, dass eine Tätigkeit nicht mehr als Nebenbeschäftigung und das dabei erzielte Einkommen auch dann nicht mehr als Nebenverdienst gelten könne, wenn der zur Hauptbeschäftigung zusätzlich erzielte Verdienst regelmässig nahe an den Hauptverdienst herankomme oder diesen gar übersteige (BGE 125 V 479 Erw. 6a, 123 V 233 Erw. 3c). Nussbaumer (a.a.O., S. 132 N 346 in fine in Verbindung mit Fn 687) verweist ebenfalls auf BGE 123 V 230 und führt aus, eine Steigerung der Nebenverdiensttätigkeit während der Arbeitslosigkeit könne zur Annahme von Zwischenverdienst führen. Nichts anderes bestimmt ferner Rz 195 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung (KS-ALE), wonach bei Ausdehnung der Nebenverdiensttätigkeit der Mehrverdienst als Zwischenverdienst anzurechnen sei.

d) Anhand der vorliegenden Akten ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner auch nach Verlust seiner Haupttätigkeit die Nebentätigkeit nicht erhöht hat. Er verzeichnete somit keinen Mehrverdienst. Der bei der Nebentätigkeit erzielte Lohn erreichte zudem nicht annähernd denjenigen der weggefallenen Haupttätigkeit. Im Lichte der erwähnten Rechtsprechung fehlen somit die Voraussetzungen dafür, die Nebentätigkeit nach Eintritt der Arbeitslosigkeit als Zwischenverdienst zu behandeln.

E. 3

Bei dieser Rechtslage kann offen bleiben, ob die weiteren Voraussetzungen für eine Leistungsrückforderung (Art. 95 AVIG) gegeben sind (BGE 110 V 176).

E. 4

Da der Beschwerdegegner obsiegt, werden seine Ausführungen zur unentgeltlichen Verbeiständung im kantonalen Prozess gegenstandslos.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

III. Die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie

GBI hat dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor dem

Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteient-schädigung von Fr. 1500.- (einschliesslich Mehrwert-steuer) zu bezahlen.

IV. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversiche-rungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirt-schaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 28. Februar 2001

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der II. Kammer:
Der Gerichtsschreiber:

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