

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2015/59 vom 5. Januar 2015**

Sg Versicherungsgericht, 2015-01-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2015\\_59](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2015_59)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2015/59 du 5 janvier 2015

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2015/59 del 5 gennaio 2015

## **Regeste**

Art. 23 Abs. 3 AVIG. Nebenverdienst. Bei der Frage, ob eine Tätigkeit einen Nebenverdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG darstellt, ist auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls und nicht alleine auf die Angabe in der Arbeitgeberbescheinigung abzustellen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. August 2016, AVI 2015/59). Entscheid vom 17. August 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Der Beschwerdeführer ersucht das Versicherungsgericht in formeller Hinsicht, über den Antrag, der versicherte Verdienst sei auf mindestens Fr. 1'525.-- festzusetzen, trotz Gehörsverletzung zu entscheiden und die Sache nicht an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (act. G 1 S. 3). In der Beschwerdeantwort erklärt sich die Beschwerdegegnerin damit einverstanden (act. G 3). Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung kann von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung abgesehen werden, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und zu einer unnötigen Verzögerung führen würde (vgl. BGE 132 V 390 E. 5.1). Aufgrund der übereinstimmenden Anträge der Parteien in dieser Hinsicht kann im Folgenden trotz Gehörsverletzung materiell entschieden werden. Die im Einspracheentscheid behandelte Thematik des Lohnflusses und der Ablehnung eines Anspruches auf Arbeitslosenentschädigung bis Ende November 2014 wird in der Beschwerde nicht mehr gerügt, weshalb sich der Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens auf die Frage des versicherten Verdienstes für die am 1. Dezember 2014 eröffnete Rahmenfrist beschränkt.

### **E. 2**

2.1 Als versicherter Verdienst gilt gemäss Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Art. 37 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02) bestimmt, dass sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug bemisst. Er bemisst sich gemäss Art. 37 Abs. 2 AVIV nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Art. 37 Abs. 1 AVIV. 2.2 Nicht

versichert ist ein Nebenverdienst. Als solcher gilt jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens seiner selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt (Art. 23 Abs. 3 AVIG). Verdienste, die mit über ein normales Arbeitnehmerpensum hinausgehenden Tätigkeiten erzielt werden, bleiben für den versicherten Verdienst unbeachtlich (Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2015, 8C\_654/2015, E. 5.2). Dahinter steht der Grundgedanke, dass die Arbeitslosenversicherung nur für das Risiko des Verlusts einer üblichen Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz gewährt (BGE 126 V 208 E. 1; BGE 123 V 74 E. 5c). Entsprechend soll die Arbeitslosenversicherung keine Entschädigung für Erwerbseinbussen ausrichten, die aus dem Ausfall einer Überbeschäftigung stammen (BGE 125 V 479 E. 5a). Als normale Arbeitszeit im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG ist jene zu verstehen, welche im konkreten Fall betriebsüblich war, also der betrieblichen Normal-arbeitszeit entspricht (Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 2011, 8C\_823/2011, E. 2.2, mit Hinweis auf BGE 126 V 209 E. 3a). Der Nebenverdienst hat einen ausserordentlichen Charakter, und zwar auch dann, wenn ein Versicherter durch eine Nebentätigkeit ein höheres Einkommen erzielt als durch die eigentliche Haupttätigkeit (BGE 125 V 479 E. 5a in fine).

### **E. 3**

3.1 Streitig und zu prüfen ist die Höhe des versicherten Verdienstes des Beschwerdeführers ab 1. Dezember 2014. 3.2 Vom Beschwerdeführer wird vorgebracht, dass die ersten drei Monate der Beschäftigung bei der C.\_\_\_\_ AG nicht als Nebenverdienst zu qualifizieren seien. Der Beschwerdeführer bestreitet sinngemäss, dass es sich bei der Tätigkeit bei der B.\_\_\_\_ GmbH um ein volles Pensum gehandelt habe, weshalb er in der Lage gewesen sei, die Tätigkeit als Angestellter bei der C.\_\_\_\_ AG im Rahmen eines normalen Pensums zu bewältigen (act. G 1 S. 4). Die Beschwerdegegnerin entgegnet, dass der Beschwerdeführer bei der B.\_\_\_\_ GmbH gemäss Arbeitgeberbescheinigung bis zum 31. August 2014 in einem unbefristeten Vollzeit-Arbeitsverhältnis gewesen sei, weshalb die Qualifikation der Tätigkeit bei C.\_\_\_\_ bis zum August 2014 als Nebenverdienst korrekt sei (act. G 3 S. 2). Dass der Beschwerdeführer in seiner Funktion als Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ GmbH diese Angaben in der Arbeitgeberbescheinigung so gemacht hat, ist unbestritten (vgl. act. G 3/B 44). Bei der Frage, ob eine Tätigkeit einen Nebenverdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG darstellt, ist aber auch auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls und nicht alleine auf die Angabe in der Arbeitgeberbescheinigung abzustellen. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer für seine Tätigkeit bei der B.\_\_\_\_ GmbH seit September 2013 gar nicht mehr entlohnt wurde. Das alleinige Abstellen auf die Arbeitgeberbescheinigung bei der Auslegung, ob ein Verdienst ausserhalb der normalen Arbeitszeit gemäss Art. 23 Abs. 3 AVIG erzielt wird, widerspricht dem Zweck dieser Norm. Dieser liegt darin, dass die Arbeitslosenversicherung keine Entschädigung für Erwerbseinbussen ausrichten soll, die aus dem Ausfall einer Überbeschäftigung stammen. Aufgrund des Verkaufs des Ladenlokals im E.\_\_\_\_ per 1. Mai 2014 (act. G 1.5), der Räumung des Ladenlokals in F.\_\_\_\_ im Juni 2014 (act. G 1.4) sowie des Gesuchs um Konkursöffnung am 30. Juni 2014 (act. G 3/A 27 S. 117) kann in tatsächlicher Hinsicht - entgegen der Angabe in der Arbeitgeberbescheinigung - in den Monaten Juni bis August 2014 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht mehr von einer Vollzeitbeschäftigung bei der B.\_\_\_\_ GmbH die Rede sein. Auch wurde die Gesellschaft in der Folge am 23. September 2014 durch Konkurs aufgelöst und drei Monate nach Einstellung des Konkurses von Amtes wegen gelöscht, was die Einstellung der Geschäftsaktivität der B.\_\_\_\_ GmbH und die damit

einhergehende Verminderung der anfallenden Geschäftsführertätigkeit weiter bestätigt. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer gemäss Arbeitsvertrag mit der C.\_\_\_\_ AG mit einem Arbeitspensum von 20% entsprechend 8.5 Stunden pro Woche angestellt war (act. G 3/B 26 S. 62). Möglicherweise war jedoch der Arbeitsaufwand des Beschwerdeführers gemäss E-Mail vom 15. August 2014 des Geschäftsführers der C.\_\_\_\_ AG sogar tiefer (act. G 3/B 26 S. 68). Ob der Beschwerdeführer in seiner Funktion als Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ GmbH als Arbeitnehmer oder als selbständig Erwerbender zu qualifizieren ist, kann vorliegend offen bleiben. In beiden Fällen war es dem Beschwerdeführer möglich, ab Juni 2014 im Rahmen der bestehenden - wie oben aufgezeigt reduzierten - Geschäftsführertätigkeit für die B.\_\_\_\_ GmbH mit einem 20% Pensum jeweils 8.5 Stunden pro Woche für die C.\_\_\_\_ AG zu arbeiten, ohne dass die normale Arbeitszeit respektive der ordentliche Rahmen der selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG überschritten worden wäre. Daran ändert nichts, dass die Arbeitgeberbescheinigung vom Beschwerdeführer in seiner Funktion als Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ GmbH selbst ausgefüllt wurde. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ AG ab Juni 2014 im vorliegenden Fall nicht als Nebenverdienst zu qualifizieren ist. Demnach sind für die Bemessung des versicherten Verdienstes gemäss Art. 37 Abs. 1 und Abs. 2 AVIV die letzten sechs respektive zwölf Monate heranzuziehen. Vorliegend ergibt sich zweifellos ein höherer versicherter Verdienst, wenn der Lohn der letzten sechs Monate vor Beginn der Rahmenfrist berücksichtigt wird. Daher ist für die Festsetzung des versicherten Verdienstes auf den bei der C.\_\_\_\_ AG erzielten Durchschnittslohn der Monate Juni bis und mit November 2014 abzustellen. 3.3 Der erzielte durchschnittliche Monatslohn bei der C.\_\_\_\_ AG wurde durch die Beschwerdegegnerin auf Fr. 1'524.85 brutto festgesetzt, was vom Beschwerdeführer als korrekt anerkannt wird (G 1 S. 4; G 3/A 4 S. 10). Diese Berechnung des Bruttolohnes ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht korrekturbedürftig, womit der errechnete Betrag von Fr. 1'524.85 den durchschnittlichen Monatslohn der letzten sechs Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug darstellt. Damit beträgt der versicherte Verdienst des Beschwerdeführers gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 37 Abs. 1 AVIV Fr. 1'524.85 ab 1. Dezember 2014.

#### **E. 4**

4.1 Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 4. August 2015 dahingehend abzuändern, dass der versicherte Verdienst ab dem 1. Dezember 2014 auf (gerundet) Fr. 1'525.-- festgelegt wird. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). 4.2 Bei diesem Verfahrensausgang schuldet die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung. Diese wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Im vorliegenden Fall erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Die Festlegung einer Entschädigung aus unentgeltlicher Rechtsverbeiständung erübrigt sich bei diesem Prozessausgang. Entscheid im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 4. August 2015 insoweit abgeändert, als der versicherte Verdienst ab dem 1. Dezember 2014 auf Fr. 1'525.-- festgelegt wird. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Die Beschwerdegegnerin hat dem

Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

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