

Constituent un **gain accessoire qui n'est pas pris en compte en tant que gain intermédiaire les jetons de présence** perçus par un membre du Grand Conseil dans la mesure où il s'agit d'une activité, exercée en dehors de la durée normale de son travail, et qu'elle a débuté avant la perte de l'activité principale qui avait été exercée à plein temps.

Les gains accessoires réalisés durant le délai-cadre de cotisation ne deviennent des gains intermédiaires durant le délai-cadre d'indemnisation **que s'ils augmentent sensiblement après la perte de l'activité principale**. Tel n'est pas le cas lorsque le membre du législatif a déjà par le passé réalisé un gain comparable et que la variation du montant de ses jetons de présence, d'une année à l'autre, dépend de circonstances qu'il ne maîtrise pas, notamment le nombre de séances de commissions et de séances plénières.

A cet égard, c'est à tort que l'instance cantonale s'est fondée uniquement sur les gains réalisés durant les deux dernières années précédant la perte de l'activité principale. Le recours est donc admis.

*Auteur : Me Eric Mangué, avocat à Genève*

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 12. Mai 2022 (AL.2021.26).

#### Sachverhalt:

##### A.

A., geboren 1964, war bis Ende Februar 2018 bei der B. angestellt. Von 2006 bis Januar 2021 war er Mitglied des Grossen Rates des Kantons C.. Im Februar 2018 meldete er sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 1. März 2018 an. Die Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Stadt eröffnete eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. März 2018 bis 29. Februar 2020 und richtete in der Folge vom 1. März 2018 bis zur Beendigung der Arbeitslosigkeit am 15. September 2019 Taggelder aus. Aufgrund einer nachträglichen Überprüfung der Anspruchsberechtigung bemerkte die Arbeitslosenkasse, dass A. während des Taggeldbezugs ein bisher nicht deklariertes Einkommen für seine Tätigkeit als Grossrat erzielt hatte. Daraufhin nahm sie rückwirkend eine Neuberechnung des Taggeldanspruchs vor, wobei sie das Einkommen aus der Grossrattätigkeit als Zwischenverdienst anrechnete. Mit Verfügung vom 8. März 2021 forderte sie von A. die im Zeitraum von März 2018 bis September 2019 zu Unrecht bezogenen Taggelder in der Höhe von insgesamt Fr. 4967.80 zurück. Die hiergegen erhobene Einsprache hiess die Arbeitslosenkasse dahingehend teilweise gut, dass sie den Rückforderungsbetrag auf Fr. 4673.45 reduzierte.

##### B.

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt mit Urteil vom 12. Mai 2022 ab.

##### C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt A., es sei das Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 12. Mai 2022 aufzuheben und die Arbeitslosenkasse zu verpflichten, auf die zu Unrecht erhobene Rückforderung vollumfänglich zu verzichten. Eventualiter beantragt er sinngemäss die Reduktion des Rückforderungsbetrags. Ferner sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Die Arbeitslosenkasse und das kantonale Gericht schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

### **1.**

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). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG; zum Ganzen: BGE 145 V 57 E. 4).

### **2.**

**2.1.** Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie die Rückforderung der Arbeitslosenkassen im Umfang von Fr. 4673.45 bestätigte. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob die Vorinstanz das vom Beschwerdeführer während der Arbeitslosigkeit von März 2018 bis September 2019 erzielte Einkommen aus dem Grossratsmandat bundesrechtskonform als Zwischenverdienst - und nicht als Nebenverdienst - qualifizierte.

**2.2.** Das kantonale Gericht legte die anwendbaren Rechtsgrundlagen zum Neben- und Zwischenverdienst (Art. 23 Abs. 1 und 3 AVIG sowie Art. 24 Abs. 1 und 3 AVIG) zutreffend dar. Richtig wiedergegeben hat es auch die Bestimmungen zur Rückerstattungspflicht im Falle unrechtmässig bezogener Leistungen (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Darauf wird verwiesen.

### **3.**

**3.1.** Das kantonale Gericht erkannte richtig, dass es sich bei der Entschädigung von Mitgliedern des Grossen Rates C. um AHV-pflichtiges Einkommen handelt. Das Bundesgericht hat in BGE 148 V 253 mit Verweis auf die stetige Rechtsprechung (vgl. SVR 2019 AHV Nr. 5 S. 12, 9C\_641/2017 E. 5 mit Hinweisen; Urteil H 274/03 vom 2. August 2004 E. 3.1) daran festgehalten, dass Entgelt aus Parlamentstätigkeit beitragspflichtigen Lohn nach Art. 5 Abs. 1 und 1 AHVG in Verbindung mit Art. 7 lit. i AHVV darstellt. Von dieser Praxis abzuweichen besteht auch vorliegend kein Anlass (zu den Voraussetzungen einer Praxisänderung vgl. BGE 140 V 538 E. 4.5). Dass die Tätigkeit eines Mitglieds des Grossen Rates des Kantons C. hinsichtlich des Aufwandes und der Entschädigung nicht vergleichbar ist mit derjenigen von Bundesparlamentariern, dass letztere diesbezüglich "in einer völlig anderen Liga spielen", steht ausser Frage. Dies ändert aber nichts daran, dass Art. 7 lit. i AHVV das Einkommen der Behördenmitglieder von Bund, Kantonen und Gemeinden als massgebenden Lohn bezeichnet, wobei der Begriff der Behördenmitglieder in der Wegleitung des BSV über den

massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML; gültig ab 1. Januar 2019, Stand 1. Januar 2022) näher erläutert wird. Gemäss Rz. 4003 WML gelten als Behördenmitglieder auch die Mitglieder eidgenössischer, kantonaler oder kommunaler Parlamente. Soweit der Beschwerdeführer das Vorliegen von Erwerbseinkommen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 2 AHVG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 lit. i AHVV bestreitet, dringt er damit nach dem Gesagten nicht durch.

**3.2.** Mit der Qualifikation der Entschädigung aus der Grossrattätigkeit als beitragspflichtiges Einkommen im Sinne der AHV-Gesetzgebung ist allerdings noch nichts darüber gesagt, ob es sich bei dem vom Beschwerdeführer während der Arbeitslosigkeit erzielten Einkommen arbeitslosenversicherungsrechtlich um Zwischenverdienst oder aber um Nebenverdienst handelt. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

#### **4.**

**4.1.** Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufalls (Art. 24 Abs. 1 erster und zweiter Satz AVIG). Als Verdienstaufall gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst. Ein Nebenverdienst nach Art. 23 Abs. 3 AVIG bleibt unberücksichtigt (Art. 24 Abs. 3 AVIG).

**4.2.** 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 2017 S. 233, 8C\_86/2017 E. 3 mit Hinweisen; ARV 2014 S. 215, 8C\_265/2014 E. 2 mit Hinweis; Urteil 8C\_496/2019 vom 30. September 2019 E. 3; vgl. auch BGE 125 V 475 E. 5a).

#### **5.**

**5.1.** Die Vorinstanz erwog, eine Steigerung eines Nebenverdienstes während der Arbeitslosigkeit könne rechtsprechungsgemäss zur Annahme von Zwischenverdienst führen. Für die Beurteilung der Frage, ob ein Zwischenverdienst erzielt werde oder ob es lediglich um die Fortführung der bisherigen Nebenerwerbstätigkeit gehe, sei auf die Höhe der erwirtschafteten Einkünfte und nicht auf die zeitliche Inanspruchnahme abzustellen (vgl. Urteil C 149/02 vom 27. Januar 2003 E. 4). Das gelte auch hier. Die Vorinstanz berechnete in der Folge den Durchschnittsverdienst des Beschwerdeführers aus dem Grossratsmandat in den zwölf Monaten vor der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung (März 2017 bis Februar 2018) und stellte dieses Einkommen (Fr. 1028.35 pro Monat) dem während der Arbeitslosigkeit erzielten Einkommen gegenüber. Da der Beschwerdeführer im Jahr 2018 einen monatlichen Durchschnittsverdienst von Fr. 810.40 erzielte, rechnete sie für dieses Jahr keinen Zwischenverdienst an. Für das Jahr 2019 ermittelte sie hingegen einen monatlichen Durchschnittsverdienst von Fr. 1866.15, weshalb sie für die Monate Januar bis August 2019 von einer Ausdehnung der Nebentätigkeit im Umfang der Differenz zu dem vor der Anmeldung erzielten Lohn ausging und folglich in den betreffenden Monaten Fr. 837.80 (Fr. 1866.15 - Fr. 1028.35) als Zwischenverdienst anrechnete. Im September 2019 berücksichtigte sie schliesslich noch Fr. 386.10 (Fr. 837.80 : 21.7 Tage x 10 Tage kontrollierte Arbeitslosigkeit) als Zwischenverdienst. Das kantonale

Gericht kam zum Schluss, die Neuberechnung unter Berücksichtigung des erzielten Zwischenverdienstes ergebe einen unrechtmässigen Taggeldbezug von insgesamt Fr. 4673.45, wofür der Beschwerdeführer rückerstattungspflichtig sei.

**5.2.** Der Beschwerdeführer weist zu Recht auf den Grundgedanken der Arbeitslosenversicherung hin, der es rechtfertigt, den versicherten Verdienst praxisgemäss auf die normale Arbeitnehmertätigkeit zu beschränken (BGE 126 V 207 E. 1; 125 V 475 E. 5a; 123 V 70 E. 5c; je mit Verweis auf BGE 116 V 281 E. 2d). Rechtsprechungsgemäss wird daher keine Entschädigung für Erwerbseinbussen ausgerichtet, die vom Wegfall einer ein normales Vollzeitpensum übersteigenden Beschäftigung stammen (BGE 125 V 475 E. 5a; 120 V 233 E. 5 und 6; Urteile 8C\_496/2019 vom 30. September 2019 E. 3; C 186/00 vom 28. Februar 2001 E. 2a).

Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer sein Grossratsmandat seit Beginn im Jahr 2006 immer ausserhalb seiner normalen 100%igen Erwerbstätigkeit wahrgenommen hat. In seiner Haupterwerbstätigkeit erzielte er im Jahr 2017 ein Bruttoeinkommen von Fr. 189'278.-. Insoweit ist dem Beschwerdeführer darin beizupflichten, dass die Tätigkeit als Mitglied des Grossen Rates ausserordentlichen Charakter hat und als Nebenerwerb zu qualifizieren ist (vgl. dazu BGE 125 V 475 E. 5a; 123 V 230 E. 3b; Urteile 8C\_74/2017 vom 16. Mai 2017 E. 5.2; 8C\_654/2015 vom 14. Dezember 2015 E. 5.2).

**5.3.** Nur wenn eine Tätigkeit nicht mehr ausserhalb der normalen üblichen Arbeitszeit ausgeübt und ein erheblicher Mehrverdienst erzielt wird, sind die generierten Einnahmen grundsätzlich als Zwischenverdienst abzurechnen, weil dieser Verdienst dadurch den ausserordentlichen Charakter verliert (Urteil 8C\_74/2017 vom 16. Mai 2017 E. 5.2). Eine solche Konstellation liegt hier nicht vor. So kann der zeitliche Aufwand für das Grossratsmandat resp. die Anzahl Sitzungen nicht vom einzelnen Grossratsmitglied beeinflusst werden, wie auch die Vorinstanz einräumt. Damit hängt die Höhe der Entschädigung massgeblich davon ab, wie viele Plenar- und Kommissionssitzungen effektiv stattfinden. Dies wiederum ist abhängig von der Anzahl eingereicherter Parlamentsgeschäfte und von der Regierung vorgelegter Geschäfte sowie von deren Komplexität. Dass - wie der Beschwerdeführer geltend macht - diese Faktoren von Amtsjahr zu Amtsjahr variieren können, liegt auf der Hand. Finden in einem Amtsjahr mehr Sitzungen statt als im Vorjahr und nimmt ein Ratsmitglied an diesen teil, so ist darin keine Pensumssteigerung zu erblicken. Das Grossratsmitglied nimmt vielmehr seine Amtspflichten wahr (vgl. § 5 der Ausführungsbestimmungen vom 29. Juni 2006 zum Gesetz über die Geschäftsordnung des Grossen Rates [SG 152.110], wonach die Ratsmitglieder verpflichtet sind, allen Sitzungen beizuwohnen). Mit dem Beschwerdeführer ist zudem davon auszugehen, dass er seine Grossratsstätigkeit auch ohne Eintritt der Arbeitslosigkeit im etwa selben Umfang weitergeführt hätte.

**5.4.** Aufgrund dieser Besonderheiten der Parlamentstätigkeit ist der hier zu beurteilende Fall auch nicht vergleichbar mit dem Sachverhalt, gemäss Urteil des ehemaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 149/02 vom 27. Januar 2003, auf welches sich die Vorinstanz stützte. Dort erwirtschaftete eine teilarbeitslose Versicherte nach Eintritt der Arbeitslosigkeit im Rahmen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit ein höheres Einkommen. Die Versicherte hätte durch Ausweitung ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit ihren Verdienstausschlag aus dem Verlust ihrer unselbstständigen 50 %-Anstellung teilweise kompensieren und gleichzeitig für den nämlichen Verdienstausschlag Arbeitslosenentschädigung beziehen können, was dem Sinn der Arbeitslosenentschädigung widersprochen hätte (vgl. E. 4 des zitierten Urteils). Demgegenüber handelt es sich beim Beschwerdeführer um einen Vollarbeitslosen, der neben seiner gut bezahlten unselbstständigen Vollzeitstelle ein Grossratsmandat ausübte, mit dem er nach Eintritt seiner Arbeitslosigkeit im Jahr 2019 (im Vergleich zum Jahr 2017) eine (gesetzlich geregelte) höhere Entschädigung erzielte.

**5.5.** Im Übrigen kann vorliegend auch nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer habe während der Arbeitslosigkeit einen erheblichen Mehrverdienst erzielt. Für das Jahr 2018 hat dies auch die Vorinstanz richtig erkannt (vgl. E. 5.3.5 des vorinstanzlichen Urteils). Dasselbe hat aber ebenfalls für das Jahr 2019 zu gelten, wie der Beschwerdeführer sinngemäss zu Recht vorträgt. So betrug die Entschädigung für die Grossratstätigkeit im Jahr 2015 Fr. 24'110.- und im Jahr 2016 Fr. 22'334.-. Im Jahr 2017, auf das die Vorinstanz zur Begründung des erheblichen Mehrverdienstes im Wesentlichen abstellte, erhielt der Beschwerdeführer eine Entschädigung von Fr. 12'863.- und in den Jahren der Arbeitslosigkeit bezog er Fr. 8104.- (2018) resp. Fr. 22'394.- (2019). Aus dieser Aufstellung erhellt, dass der Beschwerdeführer für seine Grossratstätigkeit bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit Entschädigungen in ähnlicher Höhe wie nach Eintritt der Arbeitslosigkeit bezog. Sowohl vorher als auch nachher unterlagen die Einkünfte teils erheblichen Schwankungen. Indem die Vorinstanz lediglich das Jahr 2017 als Vergleichsbasis heranzog, berücksichtigte sie nur einen kurzen Ausschnitt aus der Grossratstätigkeit des Beschwerdeführers, was kein aussagekräftiges Bild vermittelt.

**5.6.** Zusammenfassend ist eine erhebliche Ausweitung des Nebenverdienstes, welche zum Verlust dessen ausserordentlichen Charakters und zur Anrechnung von Zwischenverdienst führen würde, zu verneinen. Demzufolge besteht für die Neuberechnung und Rückforderung von Arbeitslosenentschädigung keine Grundlage. Die Beschwerde ist begründet.

## **6.**

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird mit dem heutigen Urteil gegenstandslos.

## **7.**

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Gemäss Art. 1 des Reglements über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht vom 31. März 2006 (SR 173.110.210.3; nachfolgend: Reglement) umfasst die nach Art. 68 BGG der obsiegenden Partei zustehende Parteientschädigung die Anwaltskosten (lit. a) und die allfälligen weiteren notwendigen Kosten, die durch den Rechtsstreit verursacht werden (lit. b). Wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen, kann das Gericht der Partei eine angemessene Entschädigung für weitere notwendige, durch den Prozess verursachte Umtriebe zusprechen (Art. 11 Reglement). Eigener Aufwand der Partei wird nur ausnahmsweise vergütet, wenn ein besonders erheblicher Aufwand dargetan wird (BGE 133 III 439 E. 4; 125 II 518 E. 5b; 115 Ia 12 E. 5; Urteil 1C\_505/2020 vom 8. April 2021 E. 11; vgl. GEISER, in: Basler Kommentar BGG, 3. Aufl., Art. 68 N. 5).

Vorliegend beantragt der nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführer zwar eine Parteientschädigung ("unter o/e Kostenfolge"). Er begründet den ihm entstandenen (oder zuzurechnenden) Aufwand indessen mit keinem Wort. Es ist ihm daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

## **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 12. Mai 2022 und der Einspracheentscheid der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Basel-Stadt vom 21. Juni 2021 werden aufgehoben.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) schriftlich mitgeteilt.