

BGer C_139/2006 vom 13. Oktober 2006

Bundesgericht, 2006-10-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_139_2006

FR: TF C_139/2006 du 13 octobre 2006

IT: TF C_139/2006 del 13 ottobre 2006

Erwägungen

E. 1

Streitgegenstand bildet der für die Verdienstausschlagberechnung nach Art. 24 Abs. 3 AVIG massgebende Zwischenverdienst aus der Tätigkeit als Kundenberater/Finanzplaner im Aussendienst in der Abteilung "Nichtleben-Versicherungen" der Firma X. _____ AG in der Zeit vom 1. Oktober 2003 bis 31. Dezember 2004. Soweit das Rechtsbegehren in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die Arbeitslosenkasse sei anzuweisen, die Differenz zwischen geschuldeter und tatsächlich erbrachter Arbeitslosenentschädigung in Form von Differenzausgleich (vgl. zu diesem Begriff BGE 125 V 487 oben mit Hinweisen) an die Firma gemäss Forderungsabtretung in der Einsprache zu bezahlen, darüber hinausgeht, ist darauf nicht einzutreten.

E. 2

Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstausschlages (Art. 24 Abs. 1 erster und zweiter Satz AVIG). Als Verdienstausschlag 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 (Art. 24 Abs. 3 erster Satz AVIG).

E. 2.1

Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstausschlages ist es, Anreiz für die Annahme schlecht entlohnter Arbeiten zu schaffen (BGE 125 V 490 Erw. 4c/cc). Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung soll verhindert werden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne eines Lohndumping einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (BGE 129 V 103 Erw. 3.3, 120 V 245 Erw. 3c; ARV 1998 Nr. 33 S. 181 Erw. 2; vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 2. Juli 1980 zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [BBl 1980 III 489 ff.] S. 581 sowie BBl 1989 III 390 f.).

E. 2.2

Bei im Bereich der Finanzberatung (Versicherungen, Vorsorge etc.) tätigen Arbeitnehmern im Aussendienst, welche umsatzbezogen (auf Provisionsbasis) entlohnt werden, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in ständiger Rechtsprechung den von den Arbeitslosenkassen bei der Verdienstausschlagberechnung nach Art. 24 Abs. 3 AVIG regelmässig angewendeten berufs- und ortsüblichen Stundenansatz von mindestens Fr. 20.- als angemessen bezeichnet oder nicht beanstandet (ARV 2002 Nr. 13 [C 135/98] S. 110 Erw. 5, 1998 Nr. 33 S. 183 Erw. 3c, Urteile B. vom 9. März 2006 [C 225/05] Erw. 4.3, K.

vom 30. April 2003 [C 227/01] Erw. 3.2.4 und S. vom 17. Mai 2000 [C 314/99] Erw. 1c sowie nicht veröffentlichte Urteile B. vom 27. November 1997 [C 266/97], L. vom 4. Juli 1997 [C 181/96] und D. vom 13. Juni 1995 [C 102/95] Erw. 2).

Gemäss Rz C95 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung (KS-ALE) liegt bei umsatzbezogener Entlöhnung (Provision) keine berufs- und ortsübliche Entlöhnung vor, wenn die versicherte Person einen Verdienst erzielt, der nicht annähernd der Arbeitsleistung entspricht.

E. 3

Der Beschwerdeführer arbeitete im fraglichen Zeitraum vom 1. Oktober 2003 bis 31. Dezember 2004 vollzeitlich (40 Wochenstunden) als Kundenberater/Finanzplaner im Aussendienst im Bereich "Nichtleben-Versicherungen". Die Entlöhnung war rein umsatzbezogen. Daran ändern die Vorauszahlungen der Arbeitgeberin auf die erarbeiteten Provisionen und Honorare nichts. Gemäss Abrechnung vom 15. April 2005 betrug die Nettoprovision für 2004 Fr. 25'904.41. Dies entspricht einem Monatsgehalt von Fr. 2158.70 oder einem Stundenlohn von Fr. 12.43 (Fr. 2158.70/[21,7 Arbeitstage x 8 Stunden/Tag; vgl. Art. 40a AVIV]). Die Arbeitslosenkasse erachtete diese Einkünfte nicht als berufs- und ortsüblich im Sinne von Art. 24 Abs. 3 AVIG und setzte den für die Verdienstauffallberechnung massgebenden Stundenansatz auf Fr. 20.- fest. Das kantonale Gericht hat dies im Wesentlichen unter Hinweis auf die Gerichtspraxis (ARV 2002 Nr. 13 [C 135/98] S. 110 Erw. 5 und Urteil K. vom 30. April 2003 [C 227/01] Erw. 3.2.4) bestätigt.

E. 4

In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird geltend gemacht, im Versicherungsgeschäft würden Aussendienststellen in der Regel mit einem Fixum zwischen Fr. 1500.- und Fr. 2000.- und zusätzlich mit den entsprechenden Kommissionen und Leistungsvergütungen entschädigt. Dieses Fixum sei von der Arbeitslosenkasse und der Vorinstanz auf Fr. 3200.- festgesetzt worden, was mit Sicherheit nicht als orts- und branchenüblich bezeichnet werden könne. In der vorinstanzlichen Beschwerde wurde zudem geltend gemacht, die Entschädigung für eine reine Aussendiensttätigkeit könne überhaupt nicht über einen festen Ansatz beurteilt werden. Es zählten einzig die Provisionen aus abgeschlossenen Geschäften. Gebe der Markt nicht mehr her, verdiene der Aussendienstmitarbeiter entsprechend weniger oder sogar nichts. Im Übrigen möchten Arbeitswillige nie unnötigerweise auf die Arbeitslosenkasse zurückgreifen und beschäftigungswillige Unternehmen trügen in befriedigender Art dazu bei.

Soweit diese Vorbringen auf eine Änderung der in Erw. 2.2 dargelegten Gerichtspraxis abzielen, sind die Voraussetzungen hierfür (vgl. in BGE 132 V noch nicht publizierte Erw. 2.4 des Urteils T. vom 24. Juli 2006 [H 47/05] mit Hinweisen) nicht gegeben. Vorab ist zu Recht unbestritten, dass die Missbrauchsklausel ("mindestens aber den berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit") des Art. 24 Abs. 3 AVIG grundsätzlich auch bei erfolgsabhängigen Entschädigungssystemen anwendbar ist (vgl. Urteil V. vom 12. September 2005 [C 154/05] Erw. 4.1.2 in fine). Sodann ist die Regelung, dass der bei der Bemessung des zu entschädigenden Verdienstauffalles anrechenbare Zwischenverdienst mindestens dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit zu entsprechen hat, im Zusammenhang mit Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG zu sehen. Danach ist eine Arbeit unzumutbar und von der Annahmepflicht ausgenommen, die den berufs- und ortsüblichen,

insbesondere den gesamt- oder normalarbeitsvertraglichen Bedingungen nicht entspricht. Dieser Tatbestand ist insbesondere erfüllt, wenn der Lohn nicht berufs- und ortsüblich ist (BGE 124 V 62). Die Aufgabe einer solchen lohnmässig unzumutbaren Tätigkeit kann folgerichtig keine Sanktionen (Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG und Art. 44 AVIV) nach sich ziehen. Wer eine unzumutbare Arbeit im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG annimmt oder nicht aufgibt, hat die Folgen von allenfalls geringer ausfallenden Kompensationszahlungen zu tragen. Gemäss Akten war der Beschwerdeführer bereits am 26. September 2003 darauf hingewiesen worden, dass für die beabsichtigte Tätigkeit im Aussendienst als Zwischenverdienst mindestens ein Stundenlohn von Fr. 20.- berücksichtigt werde (vgl. Schreiben der Arbeitslosenkasse vom 25. Oktober 2004 und interner Bericht "Gestraffter chronologischer Ablauf" vom 4. Juli 2005). Für den in diesem Zusammenhang erstmals vorgebrachten Einwand, die Kasse habe aufgrund eines Telefongesprächs zugesichert, eine Abrechnung auf der Basis von effektiv erarbeiteten Erträgen zu erstellen, finden sich keine Hinweise in den Akten.

E. 5

Im Übrigen ist festzustellen, dass die Verfügung vom 18. Juli 2005 insofern einen Mangel aufwies, als nicht die Rückerstattung der bei einem Stundenansatz von Fr. 20.- im Zeitraum Oktober 2003 bis Dezember 2004 zu viel ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung angeordnet wurde (Art. 95 Abs. 1 AVIG und Art. 25 Abs. 1 erster Satz ATSG). Dass und soweit offenbar vereinbarungsgemäss eine Verrechnung der Rückforderung mit laufenden Leistungen erfolgte (Art. 95 Abs. 2 AVIG), ändert nichts daran. Ob diese Vorgehensweise der Arbeitslosenkasse rechtskonform war, insbesondere der Beschwerdeführer auf die Möglichkeit des (teilweisen) Erlasses der Rückerstattungsschuld hingewiesen wurde (Art. 25 Abs. 1 zweiter Satz ATSG), ist hier nicht zu prüfen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

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