

FR_GERICHTE 605 2024 109 vom 3. April 2025

FR Kantonsgericht, 2025-04-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_605_2024_109

FR: FR_GERICHTE 605 2024 109 du 3 avril 2025

IT: FR_GERICHTE 605 2024 109 del 3 aprile 2025

Regeste

Urteil des I. Sozialversicherungsgerichtshofes des Kantonsgerichts |
Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1

Eintretensvoraussetzungen Die Beschwerde ist form- und fristgerecht bei der zuständigen Beschwerdeinstanz eingereicht worden. Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde befugt, da er vom angefochtenen Einspracheentscheid unmittelbar berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse hat, dass das Kantonsgericht, I. Sozialversicherungsgerichtshof, prüft, ob die ÖALK zu Recht für die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der E._____ GmbH einen fiktiven Zwischenverdienst angerechnet hat. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 2

Versicherter Verdienst – Zwischenverdienst

E. 2.1

Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes (gemäss Art. 37 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]) aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Gemäss Rz. B34a AVIG-Praxis ALE (AVIG-Praxis) des Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco) ist bei einer Person, die in einer arbeitgeberähnlicher Stelle war und bei welcher der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bejaht werden kann, der in arbeitgeberähnlicher Stellung erzielte Lohn beim versicherten Verdienst zu berücksichtigen (vgl. auch Lohnfluss, AVIG-Praxis B32) und der in arbeitgeberähnlicher Stellung erzielte Lohn als Zwischenverdienst anzurechnen (vgl. auch Audit Letter 2014/1, S. 2 ff.). Gemäss Rz. B32 AVIG-Praxis ist für den Nachweis der erforderlichen Beitragszeit massgebend, dass die versicherte Person eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Der Nachweis, dass tatsächlich Lohn ausbezahlt worden ist, ist ein erhebliches Indiz für den Beweis der tatsächlich ausgeübten Arbeitnehmertätigkeit (Rz. B144 ff. AVIG Praxis). Bei versicherten Personen, die vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat- ten muss die Arbeitslosenkasse hinsichtlich des Lohnflusses weitergehende Abklärungen treffen (Rz. B146 ff. AVIG-Praxis). Nicht

versichert ist gemäss Art. 23 Abs. 3 AVIG 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. Verliert eine versicherte Person, die mehrere Teilzeitstellen hat, eine davon, sind die verbleibenden Einkommen als Zwischenverdienst zu berücksichtigen. Für die Berechnung des versicherten Verdienstes ist das vor Eintritt der Teilarbeitslosigkeit erzielte Gesamteinkommen zugrunde zu legen (Rz. C124 AVIG-Praxis).

Kantonsgericht KG Seite 4 von 8

E. 2.2

Als Zwischenverdienst gilt nach Art. 24 AVIG jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags. Der anzuwendende Entschädigungssatz bestimmt sich nach Art. 22 AVIG. Der Bundesrat regelt, wie das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ermittelt wird (Abs. 1). Als Verdienstaufschlag 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 (Art. 23 Abs. 3 AVIG) bleibt unberücksichtigt (Abs. 3). Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstaufschlages ist es, Anreiz für die Annahme schlecht entlohnter Arbeiten zu schaffen. Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung soll verhindert werden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne eines Lohndumpings einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen. Die Berufs- und Ortsüblichkeit ist auch im Falle einer unbezahlt ausgeübten Tätigkeit zu berücksichtigen. Die Nichteinhaltung des Kriteriums der Berufs- und Ortsüblichkeit führt nicht zum Dahinfallen des Anspruches auf Differenzausgleich. Vielmehr wird bloss der vom Versicherten erzielte effektive Lohn in masslicher Hinsicht bis zu dem als berufs- und ortsüblich zu qualifizierenden Ansatz angehoben, und es erfolgt nur auf dieser Grundlage ein Differenzausgleich (Urteil BGER 8C_411/2018 vom 21. September 2018 E. 4.2 mit zahlreichen Hinweisen). Art. 24 Abs. 3 AVIG bildet die gesetzliche Grundlage dafür, einen fiktiven berufs- und ortsüblichen Lohn für die geleistete Arbeit als Zwischenverdienst anzurechnen, auch wenn gänzlich auf eine Lohnzahlung verzichtet wurde (Urteil BGER 8C_434/2022 vom 25. November 2022 E. 4.2.2 mit Hinweisen). In diesem Sinn hält Rz. C134 AVIG-Praxis fest, dass die Arbeitslosenkasse, falls im Zwischenverdienst kein berufs- und ortsüblicher Lohn ausgerichtet wird, eine Aufrechnung für die betreffende Tätigkeit vorzunehmen hat. Die berufs- und ortsübliche Entlohnung kann aufgrund von Gesetzesvorschriften, Lohnstatistiken, branchen- oder firmenüblichen Massstäben, Musterverträgen oder Gesamtarbeitsverträgen festgestellt werden. Allenfalls können auch Richtlinien von Berufsverbänden herangezogen werden. Ein berufs- und ortsüblicher Lohn ist bereits ab Beginn einer Zwischenverdiensttätigkeit anzurechnen. Dies gilt selbst dann, wenn in den ersten Monaten noch kein Einkommen erzielt wird.

E. 2.3

Die Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende

Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 144 V 195 E. 4.2 mit Hinweisen).

E. 3

Anrechnung eines fiktiven Zwischenverdienstes Es ist streitig, ob die ÖALK zu Recht dem Beschwerdeführer für seine Tätigkeit bei der E._____ GmbH einen fiktiven Zwischenverdienst angerechnet hat. Nicht bestritten ist demgegenüber der von ÖALK berücksichtigte versicherte Verdienst von CHF 3'517.-.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe bei der ÖALK seinen Lohn bei der C._____ AG von zuletzt CHF 3'517.- (für ein 40%-Pensum) geltend gemacht. Ein Zwischenverdienst könne von der E._____ GmbH aus betriebswirtschaftlichen Gründen nicht ausbezahlt werden, was

Kantonsgericht KG Seite 5 von 8 jeweils so gemeldet worden sei. Die im Einspracheentscheid genannte Lohnzahlung für 2016/2019 sei ihm nicht bekannt und er wisse nicht, woher diese Zahlen stammen würden. Es gehe nicht an, dass er während Jahren Beiträge im Verhältnis zu seinem Pensum gezahlt habe und nun sein Anspruch auf Arbeitslosengeld aufgrund der Anrechnung eines fiktiven Zwischenverdienstes stark reduziert werde. Er müsse den Lebensunterhalt der Familie gewährleisten. Er wolle deshalb umgehend einen neuen Entscheid und Auszahlung der ausstehenden Zahlungen. Zudem ergebe sich aus den Lohnabrechnungen der F._____ AG, dass er bei dieser während bis zu 164h/Monat gearbeitet habe, was nur schwer vereinbar sei mit einem 40%-Pensum bei der E._____ GmbH.

E. 3.2

Die ÖALK ihrerseits ist der Ansicht, die beiden Tätigkeiten bei der C._____ AG (November 2016 bis September 2017 80%, Oktober 2017 bis März 2018 70% und anschliessend 40%) und bei der E._____ GmbH (40%) seien als Teilzeitstellen zu betrachten, weshalb keine dieser Stellen als Nebenverdienst qualifiziert werden könne. Vielmehr müsse die Tätigkeit bei der E._____ GmbH als Zwischenverdienst angesehen werden, auch wenn der Beschwerdeführer offenbar keinen Lohn erziele. Er habe diese Tätigkeit während seiner Arbeitslosigkeit weiterhin zu 40% ausgeübt. Obwohl die Öffnungszeiten des Betriebs 34h/Woche betragen würden und die Organisation des Unternehmens in Abwesenheit des Beschwerdeführers nicht bekannt sei, sei das vom ihm angegebene Pensum von 40% berücksichtigt worden. Der berechnete orts- und berufsübliche Zwischenverdienst belaufe sich auf CHF 1'458.40/Monat.

E. 3.3

Hinsichtlich der Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der E._____ GmbH ergibt sich aus den Akten, dass er bei dieser gemäss dem Auszug aus dem Handelsregister vom 21. Juni 2022 (ÖALK Akten S. 303 f.) ab Ende Januar 2019 als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift eingetragen war. Zwar ist er gemäss einem aktuellen Auszug aus dem Handelsregister seit dem 6. März 2025 (Eintrag im Tagesregister am 3. März 2025) nicht mehr Gesellschafter und Geschäftsführer der E._____ GmbH

(G. _____, besucht am 26. März 2025), was jedoch für den hier streitigen Fall, der die Situation im Frühling 2024 betrifft, nicht zu berücksichtigen ist. In seinem CV (ÖALK Akten S. 186 ff.) gab er bei den beruflichen Tätigkeiten an, er nehme seit Januar 2015 bei der E. _____ GmbH die Betriebsführung zu 60% wahr. Gemäss dem Auszug aus seinem individuellen Konto vom 15. Dezember 2023 (ÖALK Akten S. 152 ff.) erzielte er bei der E. _____ GmbH 2015 (Oktober bis Dezember) ein Einkommen von CHF 15'000.-, 2016 (Januar bis August) von CHF 37'000.- und 2019 (ganzes Jahr) von CHF 2'900.-. Einem Google-Ausdruck vom 21. Mai 2024 (ÖALK Akten S. 40) ist ferner zu entnehmen, dass die E. _____ GmbH von Montag bis Samstag jeweils am Morgen von 08h30 bis 12h00 (Samstag erst ab 09:00) und am Mittwoch bis Freitag auch am Nachmittag von 13h30 bis 18h00 geöffnet war. Dies entspricht einer Öffnungszeiten von 34h/Woche, wie von der ÖALK festgehalten. Diesbezüglich erklärte der Beschwerdeführer am 16. Februar 2024 (ÖALK Akten S. 95) gegenüber der ÖALK, sein Arbeitsaufwand bei der E. _____ GmbH entspreche nicht den Öffnungszeiten. Er sei etwa 2h am Vormittag und 2h am Nachmittag anwesend, was aber die meiste Zeit nichts mit dem Unternehmen zu tun habe. Dies bestätigte er im am 20. März 2024 (ÖALK Akten S. 90 f.) ausgefüllten Fragebogen zur Vermittlungsfähigkeit, wo er angab, er arbeite maximal zu 40% auf Abruf bei der E. _____ GmbH. Die ÖALK ersuchte am 15. Februar 2024 (ÖALK Akten S. 96) den Beschwerdeführer um weitere Angaben zu seiner Tätigkeit bei der E. _____ GmbH, namentlich um die Zustellung einer Kopie der Buchhaltung und hinsichtlich des Arbeitsaufwandes/Einkommens. Er reichte, soweit ersichtlich, einzig eine Übersicht seiner Bankkonten (ÖALK Akten S. 97) sowie am 22. Februar 2024 (ÖALK Akten S. 78 f.) einen Auszug aus dem Debitoren Faktura-Journal, das jedoch leer war, ein. Als Geschäftsführer der E. _____ GmbH war der Beschwerdeführer Arbeitnehmer in einer arbeitgeberähnlichen Stellung, wie von der ÖALK festgehalten. Ferner ging diese, auch wenn der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt die Organisation seines Unternehmens in seiner Abwesenheit offenlegte und entgegen den Öffnungszeiten des Unternehmens und den Angaben im CV, zu seinen Gunsten entsprechend seinen Angaben vom 16. Februar 2024 einzig von einem Pensum von 40% bei der E. _____ GmbH aus. Der Umstand, dass er bei der F. _____ AG bis zu 164h/Monat gearbeitet hat, ist für die hier streitigen Abrechnungen vom Februar und März 2024 nicht weiter relevant, da er seine Arbeit bei der F. _____ AG Mitte März 2024 aufgenommen und in diesem Monat 25.6h (vgl. Lohnabrechnung März 2024; ÖALK Akten S. 47) gearbeitet hat, was ohne Weiteres mit einem 40%-Pensum bei der E. _____ GmbH vereinbar ist.

E. 3.4

Weiter ging die ÖALK zu Recht davon aus, dass weder die bisherige Tätigkeit bei der C. _____ AG noch seine Tätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung bei der E. _____ GmbH als Nebenverdienste angesehen werden können. So wurden diese weder ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer noch ausserhalb des ordentlichen Rahmens einer selbständigen Erwerbstätigkeit ausgeübt, womit beide Tätigkeiten als Teilzeitstellen anzusehen sind. Bei der Berechnung des versicherten Verdienstes werden üblicherweise die erzielten Löhne beider Stellen berücksichtigt (vgl. Rz. C124 AVIG-Praxis). Insofern der Beschwerdeführer jedoch zu keinem Zeitpunkt einen Lohn bei der E. _____ GmbH belegt hat und vielmehr angibt, er zahle sich keinen Lohn aus, berücksichtigte die ÖALK für die Berechnung des versicherten Verdienstes hinsichtlich der Tätigkeit bei der E. _____ GmbH ein Einkommen von CHF 0.-, was korrekt ist. Indes ist die Tätigkeit bei

der E._____ GmbH, selbst wenn sich der Beschwerdeführer keinen Lohn ausbezahlt, als Zwischenverdienst zu betrachten, wobei für diese Tätigkeit gemäss der expliziten Regelung von Art. 24 Abs. 3 AVIG mindestens der berufs- und ortsübliche Ansatz berücksichtigt werden muss. Wie dargestellt (vgl. E. 2.2) stellt diese Bestimmung gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung die gesetzliche Grundlage dafür, einen fiktiven berufs- und ortsüblichen Lohn für die geleistete Arbeit als Zwischenverdienst anzurechnen, auch wenn gänzlich auf eine Lohnzahlung verzichtet wurde. Ansonsten würde es sich um Lohndumping zu Ungunsten der Arbeitslosenversicherung handeln, zumal der Beschwerdeführer in seiner arbeitgeberähnlichen Stellung direkten Einfluss auf seinen Lohn nehmen konnte. Damit ist es nicht zu kritisieren, dass die ÖALK für den Zwischenverdienst bei der E._____ GmbH einen fiktiven Lohn entsprechend einem berufs- und ortsüblichen Lohn angerechnet hat. Dies findet sich bestätigt in einem neueren Urteil des Bundesgerichts, in dem ein vergleichbarer Fall zu beurteilen war, bei dem der Versicherte neben einer unselbstständigen Anstellung zu 60% zu 20% als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer und damit in arbeitgeberähnlicher Stellung einen Online-Handel für Kinderkleider in der Rechtsform einer GmbH betrieb. Für letztere Tätigkeit zahlte sich der Versicherte keinen Lohn aus. Als er seine Anstellung zu 60% verlor, rechnete die zuständige Arbeitslosenkasse einen fiktiven Zwischenverdienst für seine Tätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung an. Das Bundesgericht bestätigte im vorerwähnten Urteil 8C_434/2022 den Entscheid der Arbeitslosenkasse und hob das gegenteilige Urteil des kantonalen Gerichts auf. Zur konkreten Berechnung des fiktiven Zwischenverdienstes bringt der Beschwerdeführer keine Kritik vor. Die ÖALK ging bei einem Pensum von 40% und bei einer üblichen Arbeitswoche von 42h von einer Tätigkeit während 72.91h/Monat ($42h / 5 * 21.7 \text{ Arbeitstage} * 40\%$) aus. Weiter führte sie aus, der Durchschnittslohn für einen Autoverkäufer habe sich 2022–2024 auf CHF 88'400.-/Jahr bzw. für Autoreparaturen auf CHF 72'000.-/Jahr belaufen. Da es sich um einen Kleinbetrieb handle, werde der orts- und berufsübliche Lohn unter diesem Durchschnitt liegen, weshalb ex aequo et bono

Kantonsgericht KG Seite 7 von 8 der orts- und berufsübliche Lohn auf CHF 20.-/h festgesetzt werde, was klar unter dem Wert ist, der sich gemäss den angegebenen Durchschnittslöhnen ergeben würde. Der von ÖALK angerechnete Zwischenverdienst ist deshalb auch in seiner Höhe von CHF 1'458.40/Monat für den Beschwerdeführer als grosszügig zu erachten und zu bestätigen. Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Beschleunigungsgebots. Er habe namentlich drei Mal eine Verfügung verlangen müssen. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots ist zu verneinen. Der Beschwerdeführer erklärte sich am 26. März 2024 (ÖALK-Akten S. 79) nicht einverstanden mit der Anrechnung eines fiktiven Zwischenverdienstes in der Abrechnung vom Februar 2024 (ÖALK-Akten S. 81) und verlangte mit E-Mails vom 10. und 22. April 2024 (ÖALK-Akten S. 70 f.) jeweils eine anfechtbare Verfügung. Diese wurde von der ÖALK am 23. April 2024 (ÖALK-Akten S. 67 ff.) und damit zeitnah erlassen.

E. 4

Fazit Vorliegend hat die ÖALK zu Recht für die Tätigkeit des Beschwerdeführers in arbeitgeberähnlicher Stellung bei der E._____ GmbH in den Abrechnungen vom Februar und März 2024 einen fiktiven Zwischenverdienst von CHF 1'458.40/Monat angerechnet. Der Einspracheentscheid vom 22. Mai 2024 ist zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen. Es werden keine Gerichtskosten erhoben, weil hier das Prinzip der

Kostenlosigkeit des Verfahrens gestützt auf Art. 61 Bst. fbis ATSG in seiner Fassung seit dem 1. Januar 2021 weiter zur Anwendung kommt. (Dispositiv auf der nächsten Seite)

Kantonsgericht KG Seite 8 von 8 Der Hof erkennt: I. Die Beschwerde von A. _____ wird abgewiesen. II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. III. Zustellung. Gegen diesen Entscheid kann innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab Erhalt beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden. Diese Frist kann weder verlängert noch unterbrochen werden. Die Beschwerdeschrift muss in drei Exemplaren abgefasst und unterschrieben werden. Dabei müssen die Gründe angegeben werden, weshalb die Änderung dieses Urteils verlangt wird. Damit das Bundesgericht die Beschwerde behandeln kann, sind die verfügbaren Beweismittel und der angefochtene Entscheid mit dem dazugehörigen Briefumschlag beizulegen. Das Verfahren vor dem Bundesgericht ist grundsätzlich kostenpflichtig.
Freiburg, 3. April 2025/bsc Der Präsident Der Gerichtsschreiber-Berichterstatter

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