

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/32 vom 6. Mai 2013**

Sg Versicherungsgericht, 2013-05-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2012\\_32](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2012_32)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/32 du 6 mai 2013

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/32 del 6 maggio 2013

## **Regeste**

Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG, Art. 27 Abs. 1 ATSG. Anrechenbarer Zwischenverdienst bei Tätigkeit als unselbstständiger Handelsvertreter. Verletzung Auskunftspflicht durch die Behörden. Voraussetzungen für den Vertrauensschutz erfüllt (Entscheidung des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. Mai 2013, AVI 2012/32).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Zwischen den Parteien umstritten ist die Frage, ob die Beschwerdegegnerin den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 16. Januar 2012 zu Recht verneint hat.

#### **E. 1.1**

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Der Arbeitsausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt, wobei als Verdienstaufschlag die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst gilt, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst. Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung soll verhindert werden, dass die versicherten Personen einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 30. Mai 2008, AVI 2007/113, E. 2.1 mit Hinweisen). Ist das Einkommen geringer als die der versicherten Person zustehende Arbeitslosenentschädigung, so besteht innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug ein Anspruch auf Kompensationszahlungen (Art. 41a Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

#### **E. 1.2**

Des Weiteren ist auf die auf den vorliegenden Sachverhalt wohl anwendbaren Bestimmungen von Art. 24 Abs. 3 bis AVIG und Art. 41a Abs. 3 AVIV hinzuweisen, wonach ein Zwischenverdienst nicht anrechenbar ist und kein Anspruch auf

Arbeitslosenentschädigung besteht, wenn ein Arbeitsverhältnis innerhalb eines Jahres zwischen den gleichen Parteien wieder aufgenommen oder nach einer Änderungskündigung fortgesetzt wird, wenn dabei die Arbeitszeit reduziert wurde und die damit verbundene Lohnkürzung überproportional ist (lit. a) oder die Arbeitszeit beibehalten, der Lohn aber gekürzt wurde (lit. b).

### **E. 1.3**

Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach haben Gericht und Verwaltung von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen (Urteil des Bundesgerichts vom 1. April 2011, 8C\_73/2011, E. 4.1).

### **E. 2**

Vorab ist zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin die vom Beschwerdeführer geleistete Arbeitszeit allein aufgrund der Auskunft bei der Arbeitgeberin (keine Aussage möglich; Auskunft vom 7. März 2012, act. G 3.4) als nicht überprüfbar angenommen hat. Sie hat in diesem Zusammenhang auf jegliche weitere Abklärung - namentlich beim Beschwerdeführer - verzichtet, was eine Verletzung der ihr obliegenden Untersuchungspflicht darstellt. Der Einspracheentscheid beruht damit nicht auf einem vollständig abgeklärten Sachverhalt. Mit Blick darauf, dass der angefochtene Entscheid auch aus anderen Gründen aufzuheben ist, erübrigen sich indessen Weiterungen hierzu.

### **E. 3**

Bei der Beantwortung der Frage nach dem Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ist zunächst die Natur der im Rahmen des Handelsvertretervertrags vereinbarten Tätigkeit zu klären.

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) ist selbstständigerwerbend, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt. Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten Personen, die in unselbstständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen (zu den von der Rechtsprechung erarbeiteten Kriterien der unselbstständigen Tätigkeit vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, Rz 9 ff. zu Art. 10 mit Hinweisen).

#### **E. 3.2**

Der Wortlaut des Vertrags "Der Handelsvertreter wird als selbständiger Kaufmann [...] vermitteln." deutet auf eine selbstständige Erwerbstätigkeit hin. Hingegen hatte der Beschwerdeführer kein echtes Unternehmerrisiko zu tragen. So hatte er keine beträchtlichen Investitionen getätigt, noch musste er Angestelltenlöhne bezahlen. Ins Gewicht fällt weiter, dass der Beschwerdeführer nur "im Namen des Unternehmens" Verkaufsgeschäfte abschliessen durfte (§3, act. G 3.3) und damit nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung tätig war. Ferner hat er auch keine eigene Verkaufsorganisation aufgebaut. Sodann verfügte der Beschwerdeführer nicht über eigene Geschäftsräumlichkeiten ausserhalb seiner Wohnung, die mit Aufwendungen (Miet- und Unterhaltskosten), die nicht ohne Weiteres und vor allem nicht sofort vermindert werden können, verbunden sind (vgl. zum Ganzen Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007:

Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 29. Januar 2003, H 18/2002, E. 4.3 f.). Auch wenn der Beschwerdeführer für die Erfüllung der Verbindlichkeiten einzustehen hatte (gemäss §8 entstand der Anspruch auf Zahlung der Provision, sobald und soweit der Kunde das Entgelt für das provisionspflichtige Geschäft entrichtet hatte, act. G 3.3), kann daraus mit Blick auf die übrigen genannten Umstände kein typisches Unternehmerrisiko abgeleitet werden. Die fragliche Erwerbstätigkeit ist deshalb als unselbstständige zu qualifizieren.

#### **E. 4**

Die Fragen, ob die Auffassung der Beschwerdegegnerin zutrifft, dass dem Beschwerdeführer für seine Handelsvertretertätigkeit mangels Überprüfbarkeit der tatsächlich eingesetzten Arbeitszeit eine berufs- und ortsübliche Entlohnung für eine Vollzeitbeschäftigung anzurechnen wäre (vgl. vorstehende E. 1.1), oder ob der Beschwerdeführer aufgrund von Art. 41a Abs. 3 AVIV überhaupt keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hätte (vgl. vorstehende E. 1.2), können letztlich offen gelassen werden. Denn selbst wenn eine dieser Rechtsfolgen zutreffen würde und deshalb kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestünde, kann sich der Beschwerdeführer auf den Vertrauensschutz berufen, wie sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 27 Abs. 2 Satz 1 ATSG hat jede Person Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Diese Bestimmung stipuliert ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Die Beratungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane dient dazu, der berechtigten Person positiv den Weg aufzuzeigen, auf dem sie zu der gesetzlich vorgesehenen Leistung gelangt. Der Umfang der Beratung richtet sich in erster Linie nach der Schwierigkeit des jeweiligen Normenkomplexes und nach dem Grad der Angewiesenheit der leistungsberechtigten Person auf beratende Hilfe. Zum Kern dieser Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf hinzuweisen, dass ihr Verhalten eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden kann (BGE 131 V 479 f. E. 4.3 mit Hinweisen). Wird diese Beratungspflicht verletzt, so ist dies einer unrichtig erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleichzusetzen und dieser hat in Nachachtung der Grundsätze zum Vertrauensprinzip hierfür einzustehen. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, wo eine Auskunft, entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, unterbleibt (BGE 131 V 480 f. E. 4.3 und 5).

#### **E. 4.2**

Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung [BV; SR 101]), der den Bürger und die Bürgerin in ihrem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der rechtsuchenden Person gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist dies der Fall, 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die

gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat. Bei unterbliebener - gebotener - Auskunft gelten diese Grundsätze analog (wobei die dritte Voraussetzung diesfalls lautet: wenn die Person den Inhalt der unterbliebenen Auskunft nicht kannte oder deren Inhalt so selbstverständlich war, dass sie mit einer anderen Auskunft nicht hätte rechnen müssen; BGE 131 V 480 f. E. 5).

#### **E. 4.3**

Gemäss dem von der RAV-Personalberaterin geführten Gesprächsprotokoll vom 9. Januar 2012 legte der Beschwerdeführer den ihm von der B.\_\_\_\_ GmbH angebotenen Handelsvertretervertrag vor (act. G 3.6). Dieser hatte eine Handelsvertretertätigkeit als "selbstständiger" Kaufmann zum Gegenstand. Der Umfang der Arbeitszeit lag in der Gestaltungsfreiheit des Handelsvertreters. Die Vergütung erfolgte auf Provisionsbasis (§1 Rz 1, §6 Rz 3 und §7 des Vertrags, act. G 3.3; die Personalberaterin protokollierte ausdrücklich: "Er hat jedoch kein Pensum zugesichert und weiss nicht, ob und wie viel Verdienst er damit monatlich erzielen wird. [...] Da er jedoch nicht verpflichtet ist, ein gewisses Pensum zu leisten, könnte er bereits vorgängig bei einem neuen AG starten."). Zusätzlich wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass die B.\_\_\_\_ GmbH, "stets dasselbe Vorgehen an den Tag legt." Sie "beschäftigt die Mitarbeiter innerhalb eines Festvertrages für ca. ein halbes Jahr, um danach die Kündigung auszusprechen und den Personen einen Handelsreisenden Vertrag anzubieten". Dies sei auch bei ihm der Fall gewesen (act. G 3.6). Er habe sich bis zum Beratungsgespräch vom 9. Januar 2012 nicht getraut, den Handelsvertretervertrag zu unterzeichnen. Er habe sich nach der "RAV-OV mit den arbeitsrechtlichen Auskünften in Verbindung gesetzt", allerdings keine Antwort erhalten. Stattdessen sei er auf den ersten Termin beim RAV getröstet worden, wo er dann die Situation klären lassen könne. Die RAV-Beraterin hat den Beschwerdeführer wissen lassen, dass es nicht in ihrer Kompetenz liege, ihn anzuweisen, einen Vertrag zu unterzeichnen. Stattdessen hat sie ihm das Vorgehen beim RAV aufgezeigt und diesbezüglich auch die Schadenminderungspflicht erwähnt. Der Beschwerdeführer antwortete darauf, er werde diesen Vertrag unterzeichnen, wenn er damit keine Probleme beim RAV generiere. Die Personalberaterin hat daraufhin "sicherheitshalber" mit der Beschwerdegegnerin Kontakt aufgenommen. Der zuständige UNIA-Mitarbeiter habe "ebenfalls" zugesichert, dass dieser Vertrag unterschrieben werden könne und das Ganze als Zwischenverdienst abgerechnet werde (act. G 3.6).

#### **E. 4.4**

Aus dem Inhalt des Gesprächsprotokolls vom 9. Januar 2012 ergibt sich zunächst, dass der Beschwerdeführer den Sachverhalt tatsachengetreu dargestellt und den fraglichen Handelsvertretervertrag den zuständigen Behörden vorlegte. Die Verwaltung war damit über den tatsächlichen Hintergrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anfrage vollständig in Kenntnis gesetzt. Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer bewusst unzutreffende oder mangelhafte Angaben machte, um Leistungen zu erwirken, liegen keine vor. Es wird denn auch nichts Gegenteiliges von der Beschwerdegegnerin vorgebracht. Sowohl der Personalberaterin als auch dem zuständigen Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin hätte klar sein müssen, dass die Annahme des Handelsvertretervertrags im Hinblick auf den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung problematisch sein würde, da einerseits die durch den Beschwerdeführer frei bestimmbare, tatsächlich geleistete Arbeitszeit vorliegend nicht leichthin nachweisbar sein würde, und andererseits das zu beurteilende Arbeitsverhältnis möglicherweise in den

Anwendungsbereich von Art. 41a Abs. 3 lit. a AVIV fiel. Vor diesem Hintergrund wäre zumindest der zuständige Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführer über die mit der Tätigkeit als Handelsvertreter verbundenen leistungsgefährdenden Umstände aufmerksam zu machen bzw. von der Unterzeichnung des Handelsvertretervertrags abzuraten. Der zuständige Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin hat folglich die Beratungspflicht verletzt.

#### **E. 4.5**

Zu prüfen bleiben damit die übrigen Erfordernisse (3 - 5) des Vertrauensschutzes.

##### **E. 4.5.1**

Es kann nicht die Rede davon sein, der Beschwerdeführer habe den Inhalt der unterbliebenen Auskunft gekannt oder deren Inhalt sei so selbstverständlich gewesen, dass er mit einer anderen Auskunft hätte rechnen müssen. Ob der Beschwerdeführer sich der Problematik bewusst war, ist vorliegend unerheblich, hat er sich doch gerade im Hinblick auf die Frage, welche leistungsbeeinträchtigenden Folgen die Annahme des Handelsvertretervertrags haben könnte, mit den zuständigen Behörden in Verbindung gesetzt.

##### **E. 4.5.2**

Der Beschwerdeführer hat schliesslich erst im Vertrauen auf die (unvollständige) Beratung durch den Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin sowie in Nachachtung der von der Personalberaterin aufgezeigten, ihm obliegenden Schadenminderungspflicht den Handelsvertretervertrag am 17. Januar 2012 unterzeichnet, was sich auch aus dem Gesprächsprotokoll ergibt (act. G 3.6). Es ist mit dem Beschwerdeführer (act. G 1, S. 3) davon auszugehen, dass er in Kenntnis der gebotenen Auskunft den Handelsvertretervertrag nicht unterzeichnet hätte. Diese Sichtweise wird dadurch bestätigt, als sich der Beschwerdeführer unmittelbar nach der leistungsabweisenden Verfügung vom 19. März 2012 (act. G 3.5) um eine möglichst frühzeitige Auflösung des Handelsvertretervertrags bemüht hat (vgl. die Kündigung der B.\_\_\_\_ GmbH vom 28. März 2012 und den Aufhebungsvertrag vom 3. April 2012, act. G 1.11 f.). Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer gemäss Gesprächsprotokoll vom 9. Januar 2012 jederzeit bereit gewesen wäre, zu Gunsten einer anderen Tätigkeit die Handelsvertreterstätigkeit aufzugeben (act. G 3.6). Der Beschwerdeführer erleidet durch die unterlassene Auskunft insoweit einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil, als er für die Monate Januar bis März 2012 keine Arbeitslosenentschädigung erhielt.

##### **E. 4.5.3**

Schliesslich steht der Bejahung des Vertrauensschutzes keine zwischenzeitlich ergangene Gesetzesänderung gegenüber.

#### **E. 4.6**

Nach den vorstehend dargestellten Umständen darf dem Beschwerdeführer aus der Verletzung der Beratungspflicht bzw. dem fehlenden Hinweis auf die Leistungsgefährdung durch die Annahme des Handelsvertretervertrags kein Rechtsnachteil erwachsen, womit der Beschwerdeführer abweichend vom Gesetz zu behandeln ist und sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung betreffend die Monate Januar bis März 2012 nicht mit einer Anrechnung eines berufs- und ortsüblichen Lohns für eine Vollzeitbeschäftigung verneint werden kann. Die Sache ist vielmehr an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie

den anrechenbaren Zwischenverdienst festlege und hernach die dem Beschwerdeführer für die Monate Januar bis März 2012 zustehende Arbeitslosenentschädigung ermittle und ausrichte, da weder ersichtlich noch geltend gemacht wurde, die übrigen Anspruchsvoraussetzungen seien nicht erfüllt.

#### **E. 5.1**

Nach dem Gesagten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 29. März 2012 aufzuheben. Die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung im Sinn der Erwägungen neu verfüge.

#### **E. 5.2**

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

#### **E. 5.3**

Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. 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.--. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers verzichtete auf das Einreichen einer Kostennote. Im vorliegenden Fall erscheint mit Blick darauf, dass der Rechtsvertreter erst im Rahmen der Replik für den Beschwerdeführer tätig wurde, eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP entschieden: 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 29. März 2012 aufgehoben. Die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung im Sinn der Erwägungen neu verfüge. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

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