

# SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2023/29 vom 14. März 2024

Sg Versicherungsgericht, 2024-03-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2023\\_29](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2023_29)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2023/29 du 14 mars 2024

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2023/29 del 14 marzo 2024

## Regeste

Art. 8 Abs. 1 lit. b, Art. 11 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 3 AVIG Die versicherte Person übte eine Tätigkeit im Zwischenverdienst in arbeitgeberähnlicher Stellung aus; das für diese Tätigkeit anzurechnende orts- und branchenübliche Einkommen liegt über der maximal möglichen Arbeitslosenentschädigung; Mangels Verdienstauffalls besteht kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 14. März 2024, AVI 2023/29).

## Volltext

Entscheid vom 14. März 2024 Besetzung Versicherungsrichterin Michaela Machleidt Lehmann (Vorsitz), Versicherungsrichtern Tanja Petrik-Haltiner und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiberin Karin Kobelt Geschäftsnr. AVI 2023/29 Parteien A.\_\_\_\_, Beschwerdeführer, gegen UNIA Arbeitslosenkasse Kompetenzzentrum D-CH Ost, Strassburgstrasse 11, Postfach 5037, 8021 Zürich 1, Beschwerdegegnerin, Gegenstand Arbeitslosenentschädigung (Zwischenverdienst) Sachverhalt A.\_\_\_\_ meldete sich am 2. Mai 2023 beim zuständigen Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (act. G5.1.1 und 5.1.2). Zuletzt hatte er vom 1. November 2020 bis 28. April 2023 als PreSales Consultant für die B.\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Arbeitgeberin), gearbeitet (act. G5.1.10). Mit Antrag vom 4. Mai 2023 ersuchte er die Unia Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) um Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2023 und erklärte unter anderem, für die C.\_\_\_\_ GmbH tätig zu sein (act. G5.1.9; vgl. auch das Verlaufsprotokoll zum Erstgespräch beim Personalberater in act. G5.1.2-3 sowie den Auszug aus dem Handelsregister in act. G5.1.14). Mit zwei Schreiben vom 19. Mai 2023 ersuchte die Kasse den Versicherten einerseits um Angaben zu seiner Stellung und seiner Tätigkeit für die C.\_\_\_\_ GmbH (act. G5.1.18-1) und andererseits um weitere Unterlagen sowie um Angaben zur D.\_\_\_\_, bei welcher der Versicherte ebenfalls im Handelsregister eingetragen ist (act. G5.1.20 und 5.1.15). Mit Fragebogen zur selbstständigen Erwerbstätigkeit während der Arbeitslosigkeit vom 22. Mai 2023 erklärte der Versicherte, seit 1. Juli 2021 mit der D.\_\_\_\_ selbstständig erwerbstätig zu sein (act. G5.1.16). Betreffend die C.\_\_\_\_ GmbH liess er der Kasse am 25. Mai 2023 eine Stellungnahme und einen Auszug aus der Buchhaltung zukommen (5.1.18-3). Mit Verfügung vom 26. Juni 2023 wies die Kasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung des Versicherten ab. Unter Anrechnung eines orts- und branchenüblichen Einkommens aus einer vollzeitlichen Tätigkeit für die C.\_\_\_\_ GmbH war die Kasse zum Schluss gelangt, dass der Versicherte keinen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaufall erleide (act. G5.1.29). Dagegen erhob der Versicherte am 14. Juli 2023 Einsprache (act. G5.1.30). Diese wurde mit Entscheid vom 24. August 2023 abgewiesen (act. G5.1.32). Gegen den Einspracheentscheid vom 24. August

2023 erhebt der Beschwerdeführer am 22. September 2023 Beschwerde. Er macht unter anderem geltend, es sei nicht realitätsnah, von einem plötzlichen Arbeitsumfang von 40 Stunden wöchentlich für die C.\_\_\_\_ GmbH auszugehen. Auch sei die Lohnberechnung zu hoch (act. G1). Das Versicherungsgericht gewährt ihm am 2. Oktober 2023 Frist zur Einreichung des angefochtenen Einspracheentscheids und zur Unterzeichnung der Beschwerde (act. G3). Am 11. Oktober 2023 geht beides beim Versicherungsgericht ein (vgl. act. G3, act. G1 und G1.1). Mit Beschwerdeantwort vom 27. Oktober 2023 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (act. G5). Am 30. Oktober 2023 gewährt das Versicherungsgericht dem Beschwerdeführer Frist zur Akteneinsicht und allfälligen Stellungnahme (act. G6). Diese Frist verstreicht unbenutzt (vgl. act. G6). Erwägungen Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung des Beschwerdeführers ab 2. Mai 2023. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem einen anrechenbaren Arbeitsausfall voraus (Art. 8 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Der Arbeitsausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstausschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert. Als versicherter Verdienst gilt der im Sinn der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums 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 AVIG). Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstausschlages. Der anzuwendende Entschädigungsansatz bestimmt sich nach Art. 22 (Art. 24 Abs. 1 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. Ein Nebenverdienst (Art. 23 Abs. 3 AVIG) bleibt unberücksichtigt (Art. 24 Abs. 3 AVIG). Gemäss Art. 41a Abs. 1 AVIG besteht innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug ein Anspruch auf Kompensationsleistungen, wenn das Einkommen geringer ist als die der versicherten Person zustehende Arbeitslosenentschädigung. Wird im Zwischenverdienst kein berufs- und ortsüblicher Lohn ausgerichtet, hat die Arbeitslosenkasse eine Aufrechnung für die betreffende Tätigkeit vorzunehmen. 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 (AVIG-Praxis ALE, Rz. C133 und 134). Die Beschwerdegegnerin verneinte den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mit der Begründung, das orts- und branchenübliche anzurechnende Einkommen für die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der C.\_\_\_\_ GmbH liege über der maximal möglichen Arbeitslosenentschädigung. Sie errechnete einen versicherten Verdienst von Fr. 9'352.-- und die daraus resultierende maximal mögliche Arbeitslosenentschädigung von Fr. 7'481.60 (80 % von Fr. 9'352.--) und legte das orts- und branchenübliche Einkommen für die Tätigkeit für die C.\_\_\_\_ GmbH bei Fr. 12'930.-- fest. Unter Berücksichtigung der vierstündigen Nebenerwerbstätigkeit für diese GmbH vor

Eintritt der Arbeitslosigkeit ergebe dies ein anzurechnendes Einkommen von Fr. 11'637.--, welches über dem versicherten Verdienst liege (act. G1.1). Der Beschwerdeführer stellt sich dagegen im Wesentlichen auf den Standpunkt, es sei ihm lediglich ein Lohn von Fr. 5'524.-- anzurechnen, weshalb er Anspruch auf Kompensationszahlungen habe (act. G1). Streitig und zu prüfen ist folglich der für die Verdienstausschlagberechnung nach Art. 24 Abs. 3 AVIG massgebende Zwischenverdienst aus der Tätigkeit des Beschwerdeführers für die C.\_\_\_\_ GmbH, bei welcher er als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung unbestrittenermassen eine arbeitgeberähnliche Stellung bekleidet. Uneinig sind sich die Parteien dabei insbesondere hinsichtlich des zeitlichen Umfangs der Tätigkeit (vgl. nachfolgend E. 4) und der Höhe des anzurechnenden orts- und branchenüblichen Lohnes (vgl. nachfolgend E. 5). Hinsichtlich des Umfangs der Tätigkeit des Beschwerdeführers für die C.\_\_\_\_ GmbH ist das Folgende aktenkundig: Der Beschwerdeführer erklärte der Kasse am 25. Mai 2023, angesichts seiner Arbeitslosigkeit sei er in der Lage, zu 100 % für die C.\_\_\_\_ GmbH zu arbeiten (act. G5.1.18-3). Auf Nachfrage der Kasse hin gab er im Juni 2023 an, im Mai 2023 in einem vollen Pensum gearbeitet zu haben (act. G5.1.23). In der Beschwerde erklärt er zwar, es sei realitätsfremd, von einer 40-stündigen Wochenarbeitszeit auszugehen, macht jedoch keine konkreten Angaben zum Ausmass seiner Arbeitstätigkeit (act. G1). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer ab Eintritt seiner Arbeitslosigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in vollem Pensum für die C.\_\_\_\_ GmbH tätig war. Dagegen, dass die Berufs- und Ortsüblichkeit selbst im Falle einer unbezahlt ausgeübten Tätigkeit zu berücksichtigen ist, wendet der Beschwerdeführer zu Recht nichts ein (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2022, 8C\_434/2022, E. 4.2.2 mit Hinweisen). Er ist jedoch wie gesagt der Ansicht, dass die Beschwerdegegnerin ein zu hohes Einkommen festgelegt habe. Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens erklärte er unter anderem, dass die C.\_\_\_\_ GmbH im Juli 2023 einen Umsatz von Fr. 4'500.-- erzielt habe (act. G5.1.30). Dies kann jedoch nach dem soeben Gesagten nicht massgebend sein, zumal selbst gänzlich fehlender Umsatz nichts an der Anrechenbarkeit eines Einkommens zu ändern vermöchte. Die Beschwerdegegnerin berücksichtigte bei der Festlegung des orts- und branchenüblichen Einkommens folgende Faktoren: "Informationsdienstleistungen, Geschäftsführer, Oberstes und oberes Kader, Ausbildung Universität, Alter \_\_, Ostschweiz bzw. Kanton St. Gallen". Sie erklärte, auch ohne Berücksichtigung der höheren Abschlüsse des Beschwerdeführers läge der Lohn bei ca. Fr. 9'800.--. Laut Lohnbuch liege sodann der gesamtschweizerische Durchschnitt im Bereich Informatik, Programmierung und Beratung (Programmierungstätigkeiten, Beratungsleistungen bezüglich der Informationstechnologie, Oberes Kader, Mitglied Geschäftsleitung, 30 – 39 Jahre) ebenfalls bei ca. Fr. 9'800.-- (act. G1.1 S. 3 oben). Im Folgenden gilt es, die vom Beschwerdeführer dagegen vorgebrachten Argumente zu prüfen (act. G1; nachfolgend E. 5.2 ff.). Die C.\_\_\_\_ GmbH bezweckt laut ihrem Handelsregistereintrag die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Informatik sowie Kommunikation und Verkauf, insbesondere Beratung, Seminare und Kurse. Ausserdem bezweckt die Gesellschaft die Herstellung von Software und Hardware sowie den Handel damit. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen sowie alle Geschäfte tätigen, die direkt oder indirekt mit ihrem Zweck in Zusammenhang stehen. Die Gesellschaft kann im In- und Ausland Grundeigentum erwerben, belasten, veräussern und verwalten. Sie kann auch Finanzierungen für eigene oder fremde Rechnung vornehmen sowie Garantien und Bürgschaften für Tochtergesellschaften und Dritte eingehen (act. G5.1.14). Laut Webseite

der C.\_\_\_\_ GmbH ist der Beschwerdeführer neben seiner "Tätigkeit als Geschäftsführer" der "Experte rund um E-Commerce und [...] ERP" (abrufbar unter: [...], zuletzt abgerufen am 28. Februar 2024). Der Beschwerdeführer erklärte gegenüber der Kasse, die C.\_\_\_\_ GmbH biete Webdesign (Konzeption und Erstellung von Webseiten, E-Commerce [Konzeption und Erstellung von Webshops] und Consulting für [...] ERP) an. Er selber sei im Consulting und im Umsetzen der Projekte, "alles was anfällt", tätig (act. G5.1.23). Bei der ehemaligen Arbeitgeberin lautete die Bezeichnung der Tätigkeit des Beschwerdeführers PreSales Consultant (act. G5.1.10). Der Beschwerdeführer hatte laut Arbeitgeberin die Rolle eines Sales-Mitarbeiters im Bereich ERP inne (act. G5.1.22-3). Laut Angabe der ehemaligen Arbeitgeberin ist die C.\_\_\_\_ GmbH demselben Geschäftszweig zuzuordnen wie die Arbeitgeberin, da nah verwandte Produkte und Dienstleistungen angeboten würden (act. G5.1.22-3 f., 5.1.17-3 und 5.1.21-2). Die Branche liegt nach dem in E. 5.2 Gesagten wie von der Beschwerdegegnerin eruiert und vom Beschwerdeführer nicht beanstandet im Dienstleistungsbereich der Informatik. Eine berufsmässige Entlohnung bedeutet, dass die versicherte Person, die auf ihrem erlernten Berufsgebiet eine Ersatzarbeit ausübt, wie ein ausgebildeter Angehöriger dieses Berufes normal bezahlt wird. Bei ungelerten Tätigkeiten im Rahmen von Ersatzarbeit sind branchenübliche Durchschnittslöhne heranzuziehen (BGE 129 V 104 E. 3.3 mit Hinweisen). Im Sektor der Informationstechnologie und der Informationsdienstleistungen beträgt der Zentralwert des Monatslohnes aller Arbeitnehmenden gemäss den Ergebnissen der aktuellsten Schweizer Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik für komplexe praktische Tätigkeiten, welche ein grosses Wissen in einem Spezialgebiet voraussetzen, Fr. 8'775.-- und für Tätigkeiten mit komplexer Problemlösung und Entscheidungsfindung, welche ein grosses Fakten- und theoretisches Wissen in einem Spezialgebiet voraussetzen, Fr. 9'819.-- (LSE 2020, TA1\_tirage\_skill\_level). Auf ein tieferes Kompetenzniveau abzustellen kommt nicht in Frage, da der Beschwerdeführer über eine Ausbildung verfügt und er dementsprechend weder dem Kompetenzniveau 1 (einfache Tätigkeiten = ungelerte Hilfsarbeiter) noch dem Kompetenzniveau 2 (praktische Tätigkeiten wie Verkauf/Pflege/Datenverarbeitung und Administration/Bedienen von Maschinen und elektronischen Geräten/Sicherheitsdienst oder Fahrdienst) zugeordnet werden kann und auch keine solche Tätigkeit ausübt (vgl. LSE 2020, TA1\_tirage\_skill\_level sowie vorstehend E. 5.2). Zu Recht macht der Beschwerdeführer geltend, dass er trotz seiner Position als Geschäftsführer keine Kaderfunktion bekleide, da er alleinverantwortlich agiere (act. G1). Es ist angesichts des beruflichen Werdegangs des Beschwerdeführers nicht davon auszugehen, dass er in einer anderen als seiner eigenen Gesellschaft die Position eines Geschäftsführers im von der C.\_\_\_\_ GmbH bezweckten Bereich bekleiden könnte. Diese Position hat er einzig deshalb inne, weil er die GmbH – mit einer weiteren Person zusammen – selber gegründet hat. Bei seiner ehemaligen Arbeitgeberin war er wie gesagt als Sales-Mitarbeiter im Bereich ERP tätig (vgl. vorstehend E. 5.2). Vor diesem Hintergrund kann somit nicht der orts- und branchenübliche Lohn eines Geschäftsführers im oberen Kader einer Gesellschaft im Informationsdienstleistungsbereich massgebend sein. Auf der anderen Seite ist die grosse Verantwortung, welche die Stellung des Beschwerdeführers mit sich bringt, dennoch zu berücksichtigen, zumal auch diese lohnrelevant ist. Insgesamt ist hinsichtlich der Hierarchie von einem Einkommen eines unteren Kadermitarbeiters auszugehen (vgl. für die konkreten Zahlen nachfolgend E. 5.3.3). Weiter erklärt der Beschwerdeführer, seine Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ GmbH basiere nicht auf einer einschlägigen Ausbildung im Bereich Informatik oder Design. Sein Fachwissen

resultiere lediglich aus internen Weiterbildungen. Die Qualifikation als [...] sowie der [...] seien für seine Tätigkeit im Webdesign nicht relevant (act. G1). Laut Verlaufsprotokoll des RAV verfügt der Beschwerdeführer über die erwähnten Abschlüsse als [...] und einen [...] (act. G5.1.28). Für die vom Beschwerdeführer bei der C.\_\_\_\_ GmbH angepriesene Consulting- und Projektstätigkeit (vgl. vorstehend E. 5.2) sind jedoch die vorgenannten abgeschlossenen Ausbildungen sehr wohl relevant. Es ist denn auch davon auszugehen, dass er selber bei den Lohnverhandlungen mit einer potentiellen Arbeitgeberin seine Abschlüsse als wichtig erachten und diese berücksichtigt sehen wollen würde. Die ehemalige Arbeitgeberin des Beschwerdeführers erklärt, bei ihr habe er die Rolle eines Sales-Mitarbeiters im Bereich ERP bekleidet (act. G5.1.22). Diesen Bereich deckt der Beschwerdeführer bei der C.\_\_\_\_ GmbH ebenfalls ab (vgl. vorstehend E. 5.2). Da davon auszugehen ist, dass für seine Arbeitsstelle bei der vormaligen Arbeitgeberin seine Diplome relevant waren, ist dies auch für seine Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ GmbH anzunehmen. Es besteht folglich kein Raum dafür, die höheren Abschlüsse des Beschwerdeführers unberücksichtigt zu lassen. Gemäss den Ergebnissen der aktuellsten LSE beträgt der Zentralwert der standardisierten Monatslöhne aller Arbeitnehmer mit einem Fachhochschulabschluss und ohne Kaderfunktion Fr. 8'299.--, mit einer untersten Kaderfunktion Fr. 9'190.-- und mit einer unteren Kaderfunktion Fr. 10'316.-- (LSE 2020, TA11). Insgesamt zeigt sich, dass für die vom Beschwerdeführer bei der C.\_\_\_\_ GmbH ausgeübte Tätigkeit ein Einkommen, welches unter seiner maximal möglichen Arbeitslosenentschädigung von Fr. 7'481.60 liegen würde, nicht orts- und branchenüblich wäre. Der Beschwerdeführer erlitt folglich ab Mai 2023 keinen anrechenbaren Verdienstausschlag, weshalb er keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Dieses Ergebnis erscheint auch vor dem Hintergrund als stimmig, als nicht davon auszugehen ist, dass ein orts- und branchenübliches Einkommen für die vom Beschwerdeführer bei der C.\_\_\_\_ GmbH ausgeübte Tätigkeit unter dem von ihm bei seiner ehemaligen Arbeitgeberin erzielten Einkommen liegen kann, zumal der Beschwerdeführer die ehemals ausgeübte Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ GmbH ebenfalls ausübt (vgl. vorstehend E. 5.2). Anders könnte es nur sein, wenn das vom Beschwerdeführer bei seiner ehemaligen Arbeitgeberin erzielte Einkommen nicht orts- und branchenüblich gewesen wäre, wofür jedoch keinerlei Anhaltspunkte bestehen. Der Beschwerdeführer macht unter anderem noch geltend, dass er seine Tätigkeit in der Ostschweiz ausübe (act. G1). Laut dem Lohnbuch 2023 der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, Amt für Wirtschaft und Arbeit, liegen die Löhne in der Ostschweiz im Wirtschaftssektor Dienstleistungen der Informatik tatsächlich bei 90.30 % vom gesamtschweizerischen Durchschnitt (S. 41). Da die ehemalige Arbeitgeberin des Beschwerdeführers ebenfalls in der Ostschweiz angesiedelt ist, spricht jedoch auch dieser Umstand nicht gegen die aufgrund sämtlicher Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommene Einkommensgrenze über der maximal möglichen Arbeitslosenentschädigung. Dass der Beschwerdeführer sich kein Einkommen in dieser Höhe auszahlen kann, ist einzig dem Umstand geschuldet, dass sich die C.\_\_\_\_ GmbH im Aufbau befindet. Es ist aber nicht der Zweck der Arbeitslosenversicherung, dies zu finanzieren. Nach dem Gesagten erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 24. August 2023 im Ergebnis als rechtmässig. Die vorliegende Beschwerde ist demzufolge abzuweisen. Gerichtskosten sind mangels entsprechender Grundlage im AVIG keine zu erheben (Art. 61 lit. f bis ATSG). Entscheid im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP Die Beschwerde wird abgewiesen. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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