

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00610

vom 5. Januar 2006

ZH Sozialversicherungsgericht, 2006-01-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2004.00610

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00610 du 5 janvier 2006

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00610 del 5 gennaio 2006

Erwägungen

E. 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 Verdienstaufschlags (Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldenerverordnung, AVIG). 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 (Art. 24 Abs. 3 AVIG).

Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstaufschlages in Form von Differenzausgleich (vgl. zum Begriff BGE 125 V 487 oben mit Hinweisen) ist die Förderung der Annahme lohnmissig unzumutbarer Arbeiten (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).

E. 2

2.1 Gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind (Abs. 2).

2.2 Gemäss neuester Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) stipuliert Art. 27 Abs. 1 ATSG eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane, die nicht erst auf persönliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat, und hauptsächlich durch die Abgabe von Informationsbroschüren, Merkblättern und Wegleitungen erfüllt wird. Art. 27 Abs. 2 ATSG beschließt sodann ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen (zur Publikation vorgesehene Urteile des EVG).

vom 14. September 2005 in Sachen F., C 192/04, sowie Urteil vom 28. Oktober 2005 in Sachen W., C 157/05).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Mit der Einföhrung dieser allgemeinen AufklÄrungs- und Beratungspflicht der Sozialversicherer auf den 1. Januar 2003 wurde in der Arbeitslosenversicherung die Bestimmung des Art. 20 Abs. 4 der Verordnung Äber die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die InsolvenzenschÄrdigung (AVIV; in der ab 1. Januar 1997 gÄltig gewesenen Fassung) aufgehoben, wonach die zustÄndige Amtsstelle den Versicherten auf seine Pflichten nach Art. 17 AVIG aufmerksam machte, insbesondere auf seine Pflicht, sich um Arbeit zu bemÄhen.

2.3Ä Ä Ä Ä Nach der vor Inkrafttreten des ATSG ergangenen (und mithin fÄr die dem ATSG unterstehenden Sozialversicherungszweige heute Äberholten) Rechtsprechung (ARV 2002 S. 113, 2000 Nr. 20 S. 98 Erw. 2b; BGE 124 V 220 Erw. 2b) bestand keine umfassende Auskunfts-, Beratungs- und Belehrungspflicht der BehÄrden (unter Vorbehalt von Art. 16 des Bundesgesetzes Äber die Krankenversicherung in der bis 31. Dezember 2002 geltenden Fassung), namentlich auch nicht gestÄtzt auf den verfassungsmÄssigen Grundsatz von Treu und Glauben. Unter der damals herrschenden Rechtslage brauchten die Organe der Arbeitslosenversicherung daher - vorbehÄtlich des vom 1. Januar 1997 bis 31. Dezember 2002 gÄltig gewesenen Art. 20 Abs. 4 AVIV (bis Ende 1996 Art. 19 Abs. 4 AVIV) - von Verfassungen wegen nicht von sich aus - spontan, ohne vom Versicherten angefragt worden zu sein - AuskÄnfte zu erteilen oder auf drohende Rechtsnachteile aufmerksam zu machen. Dies galt auch fÄr drohende Verluste sozialversicherungsrechtlicher Leistungen. Eine in ihrer Tragweite beschrÄnkte Abweichung davon ergab sich aus Art. 20 Abs. 4 AVIV (in der bis 31. Dezember 2002 geltenden Fassung), welche Bestimmung den den ArbeitsÄmtern gesetzlich zugewiesenen Informationsauftrag klar umriss.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Anwendung dieser GrundsÄtze fÄhrte namentlich dazu, dass die Verwaltung die Versicherten nicht von sich aus Äber die Folgen der Aufnahme einer ZwischenverdienstÄtigkeit, namentlich der Aufnahme einer solchen mit einem unter dem orts- und berufsÄblichen liegenden Lohn (ARV 2000 Nr. 20 S. 95), zu informieren hatte (unverÄfflichte Urteile des EVG vom 4. Juli 1997 in Sachen L., C 181/96, und vom 30. August 1999 in Sachen S., C 125/97).

E. 3

3.1Ä Ä Ä Ä Aufgrund des Wortlautes sowie des Sinnes und Zwecks von Art. 27 Abs. 2 ATSG (ErmÄglichung eines Verhaltens, welches zum Eintritt einer den gesetzgeberischen Zielen des betreffenden Erlasses entsprechenden Rechtsfolge fÄhrt) steht mit Blick auf den zu beurteilenden Sachverhalt fest, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehÄrt, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, dass die Annahme einer Stelle zu einem nicht orts- und branchenÄblichen Lohn ihren Leistungsanspruch gefÄhren kann.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä GrundsÄtzlich dient die Aufnahme einer ZwischenverdienstÄtigkeit wÄhrend der Arbeitslosigkeit den Interessen der Versicherung und wird von dieser erwÄnscht und sogar gefÄrdert. Dabei birgt Art. 24 Abs. 3 AVIG im Besonderen die Gefahr in sich, dass der Versicherte - mit der Annahme einer neuen, lohnÄssig auch unzumutbaren Stelle - Gefahr lÄuft, seine Rechtsstellung zu verschlechtern. Abgesehen davon, dass der gesetzgeberische Sinn dieser Regelung (Verhinderung von Lohndumping)

für Versicherte nicht ohne weiteres klar ist, mangelt es den an der Schadenminderung interessierten Versicherten nicht selten an hinreichend zuverlässigen Kenntnissen betreffend die orts- und branchenüblichen Löhne. Erfolgt die Prüfung der Orts- und Branchenüblichkeit erst nach geleisteter Arbeit, setzt sich der Versicherte der Gefahr aus, einen ungedeckten Verdienstausfall im Ausmass der Differenz zwischen dem effektiv erzielten und dem fiktiven Lohn zu erleiden.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Daher ist unter der Herrschaft von Art. 27 Abs. 2 ATSG von den Organen der Arbeitslosenversicherung zu verlangen, dass sie die Versicherten nicht nur bei der Anmeldung zum Leistungsbezug auf die Gefahr eines Anspruchsverlusts bei der Ausübung einer Zwischenverdiensttätigkeit hinweisen, sondern deren Vereinbarungen für Zwischenverdiensttätigkeiten vor dem Vertragsabschluss innert nützlicher Frist auf die Berufs- und Ortsüblichkeit des vorgesehenen Entgelts prüfen.

3.2 Ä Ä Ä Ä Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt (nicht publiziertes Urteil vom 28. Oktober 2005 in Sachen W., C 157/05, mit zahlreichen Hinweisen).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskunft von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden 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 (nicht publiziertes Urteil vom 28. Oktober 2005 in Sachen W., C 157/05 mit zahlreichen Hinweisen).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Rechtsprechungsgemäss sind keine Gründe ersichtlich, diese Gleichstellung von pflichtwidrig unterbliebener Beratung und unrichtiger Auskunftserteilung nach der Kodifizierung einer umfassenden Beratungspflicht im ATSG aufzugeben (nicht publiziertes Urteil vom 28. Oktober 2005 in Sachen W., C 157/05 mit Hinweisen).

E. 4

4.1 Ä Ä Ä Ä Aufgrund der Akten ist erstellt, dass der Beschwerdeführer am 28. Mai 2004 die Beschwerdegegnerin darüber informierte, dass er in jener Kontrollperiode die Zwischenverdiensttätigkeit bei der B.____ GmbH aufgenommen und bei einem Pensum von 16 Wochenstunden einen Bruttolohn von Fr. 1'000.-- vereinbart hat; die Beschwerdegegnerin hat gemäss Eingangsstempel davon am 1. Juni 2004 darüber Kenntnis erlangt (Urk. 8/44/2, Urk. 8/44/4, Urk. 8/45). Der Beschwerdeführer machte zudem geltend, er habe auch seine RAV-Beraterin über die Aufnahme dieser Tätigkeit, sein Pensum und seinen Lohn informiert. Niemand habe ihn jedoch darauf hingewiesen, dass er sich allenfalls einen höheren als den effektiven Lohn werde anrechnen lassen

müssen (Urk. 1 S. 5, Urk. 14). Diese Darstellung hat die Beschwerdegegnerin nicht in Abrede gestellt, sondern vielmehr dargetan, sie sei ihrer Aufklärungspflicht am 10. September 2004, mithin mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung, nachgekommen (Urk. 13).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Aufgrund dieser Verfügung hat der Beschwerdeführer seinen Arbeitsvertrag umgehend auf Ende September 2004 hin aufgelöst (Urk. 8/36). Dass er das Arbeitsverhältnis nicht fristlos, sondern erst auf Ende des Monats auflöst, darf ihm nicht zum Nachteil gereichen, zumal ein Arbeitsvertrag nach Ablauf der Probezeit im ersten Dienstjahr erst mit einer Kündigungsfrist von einem Monat auf das Ende eines Monats gekündigt werden kann (Art. 335c des Obligationenrechts).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä In Anbetracht der bis zum Verfügungserlass unterbliebenen Beratung hatte der Beschwerdeführer keinen Anlass, diesen Zwischenverdienst zur Wahrung seines Anspruchs aufzugeben.

4.2 Ä Ä Ä Ä Die Organe der Arbeitslosenversicherung hätten, zumal sie in Kenntnis des Sachverhalts waren, den Beschwerdeführer im Rahmen der ihr obliegenden Aufklärungspflicht bereits anlässlich der Vorsprache beim RAV-Berater darüber orientieren müssen, dass mit der Annahme der Zwischenverdiensttätigkeit als Product-Manager ein Lohn von Fr. 13.60 nicht als orts- und branchenüblich gelten könne. Sie haben dies pflichtwidrig unterlassen - und darüber hinaus zunächst aufgrund des effektiven Zwischenverdienstes die Arbeitslosentaggelder entrichtet, so dass zunächst eine Rückforderung verfügt wurde, von welcher später jedoch Abstand genommen wurde (vgl. Urk. 3/1-2, Urk. 8/9) -, was rechtsprechungsgemäss der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichzustellen ist.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Dabei ergibt sich, dass die Voraussetzungen des Gutglaubenstatbestands erfüllt sind: Es hat eine bestimmte Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf eine bestimmte Person gehandelt; der Beschwerdeführer durfte das RAV und die Arbeitslosenkasse als zuständig erachten; ferner durfte er die unterlassene Auskunft dahin deuten, dass er unter Anrechnung des effektiven Zwischenverdienstes Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe, weshalb er die fragliche Zwischenverdiensttätigkeit weitergeführt hat. Sodann hat die gesetzliche Ordnung seit der Anmeldung zum Leistungsbezug nicht geändert.

4.3 Ä Ä Ä Ä Angesichts der vorgängig unterlassenen Prüfung des vereinbarten Salärs hat eine Aufrechnung des orts- und branchenüblichen Lohnes zu unterbleiben. In Abweichung von Art. 24 Abs. 3 AVIG ist vorliegend lediglich der effektiv erzielte Lohn als Zwischenverdienst anzurechnen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Demnach ist in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben mit der Feststellung, dass der bei der B. ___ GmbH in der Zeit von Mai bis September 2004 effektiv erzielte Verdienst als Zwischenverdienst anzurechnen ist.

5. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten. Dieser wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses, dem Zeitaufwand und den Barauslagen bemessen (Art. 61 lit. g ATSG in Verbindung mit § 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht). Unter

Berücksichtigung dieser Kriterien erscheint eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 26. November 2004 aufgehoben mit der Feststellung, dass für die Zeit von Mai bis September 2004 der bei der B.____ GmbH effektiv erzielte Verdienst als Zwischenverdienst anzurechnen ist.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwältin Christine Fleisch unter Beilage einer Kopie von Urk. 13
- Unia Arbeitslosenkasse unter Beilage einer Kopie von Urk. 14
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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