

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00330

vom 30. März 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-03-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2006.00330

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00330 du 30 mars 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00330 del 30 marzo 2008

Erwägungen

E. 2

2.1. Die Arbeitslosenkasse hat dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 24 Abs. 3 AVIG und der hierzu ergangenen Rechtsprechung zur Ermittlung eines allfälligen Differenzausgleichs einen berufs- und ortsüblichen Lohn angerechnet. Bei der Berechnung stützte sie sich auf die Auskunft der beiden Arbeitgeber. Gemäss den Angaben der C. AG vom 20. Februar 2006 beträgt der durchschnittliche Lohn eines vollzeitlich beschäftigten Mitarbeiters Fr. 4'429.-- im Monat (Urk. 3/3). Die E. AG bezifferte das Einkommen ihrer Mitarbeiter bei normalem Einsatz mit Fr. 5'000.-- bis Fr. 9'000.-- (Schreiben vom 9. Juni 2006; Urk. 3/4). In der Folge ging die Beschwerdegegnerin von den Angaben der C. AG aus, legte den Zwischenverdienst vom 1. Januar bis 31. März 2006 auf Fr. 4'429.-- und für die Zeit vom 1. April bis 26. Mai 2006 gestützt auf die Angaben der E. AG auf Fr. 7'000.-- fest (Urk. 2 in Verbindung mit Urk. 8/12), ohne dass sie dem Versicherten eine Einführungszeit in den ausübten Tätigkeiten zugestanden hätte (Urk. 7 S. 2).

2.2. Der Beschwerdeführer lässt zur Hauptsache einwenden (Urk. 1 S. 4 ff., 8/11 und 12), er habe bei der C. AG im Januar 2006 Fr. 535.05, im Februar 2006 Fr. 1'097.80 und im März 2006 Fr. 295.20 verdient. Es habe sich bei der Tätigkeit nicht um ein Vollzeitpensum gehandelt, sondern im Durchschnitt verteilt auf die drei Monate lediglich um eine Anstellung im Ausmass von 19,86 %. Es werde bestritten, dass ein Angestellter auf Provisionsbasis in den ersten Monaten beziehungsweise im ersten Jahr der Anstellung bereits einen monatlichen Verdienst von Fr. 4'429.-- erzielen könne. Indem ihm ein unerreichbarer Durchschnittslohn angerechnet werde, werde er schlechter gestellt, als wenn er diese Stelle gar nicht angenommen hätte. Er hätte die Stelle in der Probezeit auch sofort aufgeben können. Das RAV hätte ihn auf jeden Fall schriftlich auf die Praxis der Zwischenverdienstberechnung aufmerksam machen müssen. Da ein solcher Hinweis unterblieben sei, liege ein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 1 ATSG vor. Gleiches müsse mit Bezug auf Stelle bei der E. AG gelten. Bei diesem Arbeitsverhältnis habe er Fr. 3'500.-- im April 2006 und Fr. 3'060.-- bis zur Kündigung per 25. Mai 2006 verdient (Urk. 1 S. 6). Nicht nur sei auf die tatsächlich erzielten Verdienste abzustellen, sondern die Beschwerdegegnerin habe auch Arbeitslosentaggelder für die Zeit vom 11. bis zum 31. März 2006 auszubezahlen, zumal der letzte Arbeitseinsatz bei der C. AG am 10. März 2006 stattgefunden habe.

E. 3

3.1. Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu beurteilen, zu denen die

zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich - in Form einer Verfügung bzw. eines Einspracheentscheids - Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung beziehungsweise der Einspracheentscheid den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Umgekehrt fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und insoweit keine Verfügung beziehungsweise kein Einspracheentscheid ergangen ist (BGE 131 V 164 E. 2.1; 125 V 413 E. 1a S. 414).

Bei der Verfügung vom 19. Juli 2006 (Urk. 8/12) beziehungsweise beim Einspracheentscheid vom 21. August 2006 (Urk. 2) handelt es sich nach dem Wortlaut um einen unzulässigen Feststellungsentscheid. Nach dem tatsächlichen rechtlichen Gehalt, auf den es vorliegend ankommt (Urteil des EVG in Sachen R. vom 19. April 2001, C 166/00, Erw. 1), wurde damit jedoch der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Kontrollperioden Januar bis Mai 2006 zufolge der von der Beschwerdegegnerin als berufs- und ortsüblich erachteten Zwischenverdienste verneint. Es geht demnach auch um die Leistungen für die streitige Periode, für welche der Beschwerdeführer ausdrücklich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erhebt (Urk. 1 S. 2 [Anträge 2-4]).

Streitig und zu präzisieren ist vorab die Höhe des anrechenbaren Zwischenverdienstes. Der Beschwerdeführer war in der relevanten Zeitspanne zwischen dem 1. Januar und dem 26. Mai 2006 nacheinander für zwei verschiedene Arbeitgeber tätig. Beiden Anstellungsverhältnissen lagen Entlohnungen mit Provisionsanteilen zugrunde, welche AHV-beitragsrechtlich als unselbständige Erwerbstätigkeiten abgerechnet wurden (Urk. 8/26 sowie 8/21/1+2).

Die Firma C. AG, mit der der Versicherte am 4. Oktober 2005 einen Agenturvertrag abgeschlossen hatte (Urk. 8/26b), führte in ihrem Schreiben vom 20. Februar 2006 (Urk. 3/3) an die Beschwerdegegnerin aus, gestützt auf die im Jahr 2005 abgerechnete Lohnsumme für die sechs Vollzeitagenten ergebe sich ein monatlicher Durchschnittslohn von brutto Fr. 4'429.--. Die C. AG wies weiter darauf hin, dass die ersten Monate zu Beginn der Agententätigkeit oft recht schwierig seien, weshalb die ersten Provisionszahlungen im Durchschnitt erst nach ungefähr drei bis vier Monaten erfolgen würden. Für den geleisteten Aufwand werde der Agent jedoch auch entschädigt. An Zeitaufwand würden ihm pro Vorführung zwei bis drei Stunden Zeitaufwand gutgeschrieben und mit Fr. 18.45 pro Stunde zuzüglich 8,33 % Feriengeld abgegolten, wobei dieses halbjährlich ausbezahlt werde.

Die Entlohnung bei der C. AG basierte damit einerseits auf Provisionsbasis, andererseits entschädigte die Arbeitgeberin auch den Zeitaufwand für die Vorführungen. Gemäss der Bescheinigung über Zwischenverdienst hat der Beschwerdeführer im Januar 2006 insgesamt 29 Stunden verteilt auf neun Arbeitstage gearbeitet (Urk. 3/7 = Urk. 8/24). Im Februar 2006 waren es 59,5 Stunden ebenfalls verteilt auf neun Arbeitstage (Urk. 3/7a = Urk. 8/25), und im März 2006 waren es 16 Stunden an zwei Arbeitstagen (Urk. 3/7b = Urk. 8/26). Aktenkundig ist sodann, dass die Arbeitgeberin zwar die Normalarbeitszeit im Betrieb mit 40 Wochenstunden angegeben hat (Urk. 8/24-26), die Arbeitnehmer indes gemäss Agenturvertrag in der Einteilung der Arbeitszeit frei sind. Die bezeichnete Normalarbeitszeit entspricht einem monatlichen durchschnittlichen Stundensoll von 173,6 Stunden (40 Stunden/Woche : 5 x 21,7 Arbeitstage im Monat). Bei der C. AG hat der Beschwerdeführer insgesamt 104,5

Stunden (nämlich 29 im Januar, 59,5 im Februar und 16 im März) gearbeitet, was im Durchschnitt 34,83 Stunden im Monat entspricht. Bei der im Betrieb üblichen Arbeitszeit resultierte demnach ein durchschnittliches Pensum von 20,06 % (100 : 173,6 x 34,83). Damit steht zweifelsfrei fest, dass die Tätigkeit bei der C. ___ AG lediglich einem Teilzeitpensum entsprochen hat.

Obwohl die Arbeitgeberin die betriebsübliche Arbeitszeit mit 40 Wochenstunden bezeichnet hat (Urk. 8/26 Ziff. 4), ergeben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte, wonach der Beschwerdeführer tatsächlich mehr als die in den Zwischenverdienstbescheinigungen aufgeführten und von der C. ___ AG effektiv vergüteten Stunden tätig gewesen wäre (Urk. 8/24-26). Im Agenturvertrag ist denn auch keine Abmachung hinsichtlich der vom Beschwerdeführer zu leistenden Arbeitszeit enthalten (Urk. 8/26b). Entgegen den Abmachungen im schriftlichen Agenturvertrag setzte sich die Entlohnung des Versicherten demnach aus der Abgeltung der tatsächlich aufgewendeten Stunden sowie Provisionen zusammen, wobei es in Ermangelung eines Vertragsabschlusses nicht zur Auszahlung einer Provision kam. In Anbetracht des Umstandes, dass der Beschwerdeführer somit sein zeitliches Engagement für die Verkaufspräsentationen des Reinigungssystems frei bestimmen konnte (vgl. Urteil des EVG in Sachen C. vom 31. Januar 1996, C 150/95), und der ihm vergütete Zeitaufwand mit Fr. 18.45 pro Stunde zuzüglich 8,33 % Ferienentschädigung (Urk. 3/3 und 8/24-26) nur knapp unter dem von der Rechtsprechung mit Fr. 20.-- als berufs- oder branchenüblich bezeichneten Stundenlohn bei einer Aussendiensttätigkeit lag, ist vom tatsächlich vergüteten Ansatz auszugehen. Denn es ist dabei zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung den höheren Stundenansatz von Fr. 20.-- für Tätigkeiten im Finanzbereich, einer notorischerweise finanzkräftigeren Branche, als angemessen erachtet hat, mit welchen Tätigkeiten jedoch die dem Beschwerdeführer obliegenden Verkaufspräsentationen nicht zu vergleichen sind. Zur Bemessung des Zwischenverdienstes bei der C. ___ AG ist somit vom tatsächlich geleisteten Arbeitseinsatz und dem hierfür vergüteten Stundenansatz - ohne Aufrechnung - auszugehen. Im Differenzbetrag zum versicherten Verdienst hat der Beschwerdeführer Anspruch auf Kompensationszahlungen.

3.3 Gemäss Arbeitsvertrag vom 10. April 2006 (Urk. 8/21/6 und 8/21/7) wurde der Beschwerdeführer ab dem 4. April 2006 als Verkaufsberater bei der E. ___ AG beschäftigt und es wurde hierfür ein Vertrag als Handelsreisender ohne Abschlussvollmacht abgeschlossen. Die Entlohnung basierte dabei auf einem Fixum von monatlich Fr. 3'500.-- sowie einem umsatzbezogenen Provisionsanspruch (Urk. 8/21/7 S. 4). Ausserdem hatte der Beschwerdeführer Anspruch auf Spesenvergütung (Urk. 8/21/7 S. 6 f.). Das Arbeitsverhältnis wurde noch in der Probezeit wieder aufgelöst (Urk. 8/21/3), wobei hinsichtlich des Datums der Beendigung in den Akten unterschiedliche Angaben vorhanden sind. In der Arbeitgeberbescheinigung ist die Dauer des Arbeitsverhältnisses korrigiert und bis zum 26. Mai 2006 eingetragen (Urk. 8/21 Ziff. 2). Gemäss der Bescheinigung wurde das Arbeitsverhältnis auf den 25. Mai 2006 gekündigt (Urk. 8/21 Ziff. 10), währenddem die Kündigung per 26. Mai 2006 ausgesprochen worden ist (Urk. 8/21/3). Nach der Aktenlage ist, zumal der 25. Mai 2006 auf Auffahrt und damit einen Feiertag fiel, von der Auflösung des Arbeitsvertrags auf den 26. Mai 2006 und damit auf das Ende der Arbeitswoche auszugehen, was auch mit dem Text der Kündigung übereinstimmt (Urk. 8/21/3). Über das Ausmass der

tatsächlich für die E. AG gearbeiteten Stunden finden sich in den Akten keine Angaben, weshalb nicht bekannt ist, ob der Beschwerdeführer, ähnlich wie bei der C. AG, nur stundenmässig im Einsatz war. Dies ändert jedoch nichts am Umstand, dass der ausbezahlte Grundlohn auch bei voller Arbeitsleistung von 40 Wochenstunden gemäss Arbeitsvertrag (Urk. 8/21/6 S. 4) branchenüblich ist, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

Im April 2006 hat der Beschwerdeführer gemäss Lohnabrechnung das vereinbarte Fixum von brutto Fr. 3'500.-- zuzüglich Fr. 1'160.-- pauschal für Spesen bezogen (Urk. 8/21/2); der Nettolohn belief sich auf Fr. 4'131.70. Im Mai verdiente er bis zur Kündigung per 25. Mai 2006 brutto Fr. 2'880.-- zuzüglich Provisionen von Fr. 180.-- und erhielt pauschal für Spesen Fr. 457.15 (Urk. 8/21/1). Insgesamt betrug die Auszahlung netto Fr. 3'030.10. Der vereinbarte Grundlohn von Fr. 3'500.-- entspricht einem Tagesverdienst von Fr. 161.30 (Fr. 3'500.-- : 21,7) und bei einer im Betrieb üblichen Arbeitszeit von 40 Stunden in der Woche (Urk. 8/21/6 S. 4) einem Stundenlohn von Fr. 20.15 (Fr. 161.30 : 8). Damit lag bereits dem vereinbarten Grundlohn der nach der Rechtsprechung als berufs- und ortsüblich bezeichnete Stundenansatz zugrunde, weshalb bei der E. AG ebenfalls vom tatsächlich erzielten Zwischenverdienst auszugehen ist. Die Beschwerdegegnerin hat ohne weitere Aufrechnung des Verdienstes nurmehr zu prüfen, ob gemäss Art. 24 in Verbindung mit Art. 22 AVIG Anspruch auf Kompensationszahlungen besteht.

Der Vollständigkeit halber bleibt festzuhalten, dass das Arbeitsverhältnis - wie erwähnt - auf den 26. Mai 2006 aufgelöst worden ist, weshalb der Beschwerdeführer für die Zeit ab dem nächsten Werktag (29. Mai 2006) wieder Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern alle Voraussetzungen erfüllt sind.

Zusammenfassend ergibt sich nach dem Gesagten, dass der Beschwerdeführer für die Monate Januar, Februar und März 2006 sowie für die Zeit vom 1. April bis zum 26. Mai 2006 Anspruch auf Differenzzahlungen auf der Basis des jeweils tatsächlich erhaltenen Zwischenverdienstes hat.

Die Beschwerde ist daher unter Aufhebung des Einspracheentscheides vom 21. August 2006 in dem Sinne teilweise gutzuheissen, dass die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist, damit sie die Kompensationszahlungen für die Zeit vom 1. Januar bis zum 26. Mai 2006 berechne und darüber entscheide.

Der mehrheitlich obsiegende Beschwerdeführer hat gestützt auf Art. 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) in Verbindung mit Art. 61 lit. g ATSG Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese sind ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen und nach richterlichem Ermessen auf Fr. 1'200.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdegegnerin festzusetzen.

Das Gericht erkennt:

Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 21. August 2006 aufgehoben und die Sache an die Arbeitslosenkasse IAW zurückgewiesen wird, damit sie die im Sinne der Erwägungen zustehenden Kompensationszahlungen der Monate Januar bis Mai 2006 neu berechne und auszahle. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Arbeitslosenkasse IAW
- Rechtsanwalt Dr. Christian Sager
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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