

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00082

vom 30. April 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-04-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2011.00082

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00082 du 30 avril 2012

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00082 del 30 aprile 2012

Erwägungen

E. 2

2.1 Nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung, AVIG, gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung, AVIV, regelt den Bemessungszeitraum. Danach bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Abs. 1). Er bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1 (Abs. 2). Der versicherte Verdienst beschränkt sich auf das aus der normalen Arbeitszeit resultierende Einkommen (BGE 126 V 207 ff., 125 V 475 ff.). Nebst der Überzeitschuldigung ist auch die Überstundenentschuldigung vom versicherten Verdienst ausgenommen (BGE 129 V 105 ff.).

2.2 Bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes ist einzig strittig, ob die im Dezember 2009 ausgerichtete Sonderprovision von Fr. 1'155.-- gesamthaft (Urk. 1) oder wie von der Beschwerdegegnerin in Anrechnung gebracht (Urk. 2) - bloss pro rata zu berücksichtigen ist. Die auf der Gehaltsabrechnung vom Dezember 2009 (Urk. 7/13 S. 15) als Sonderprovision bezeichnete Ausschüttung (vgl. die Bezeichnung in der Arbeitgeberbescheinigung als Gratifikation: Urk. 7/13 S. 2) entspricht einer Gratifikation im Sinne von Art. 322d des Obligationenrechts (OR) und ist daher als massgebender Lohn zum versicherten Verdienst zu zählen, wobei unerheblich ist, ob ein Rechtsanspruch darauf besteht oder nicht (BGE 122 V 362 E. 3a). Voraussetzung ist jedoch, dass die Gratifikation im Bemessungszeitraum zur Ausrichtung gelangt (ARV 2001 Nr. 4 S. 75 E. 2b). Die Beschwerdegegnerin hat die im Dezember 2009 erfolgte Zahlung von Fr. 1'155.-- anteilmässig berücksichtigt (Fr. 96.25 in den Monaten Oktober bis Dezember 2009), was der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht (vgl. BGE 122 V 362 E. 3d S. 366, Urteil des Bundesgerichts vom 8. Februar 2008, 8C_110/2007, E. 3.4) und mithin nicht zu beanstanden ist. Sodann hat die Beschwerdegegnerin zu Recht den versicherten Verdienst gestützt auf die letzten 12 Monate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug ermittelt, ist dieser doch höher als der Durchschnittswert der letzten sechs Monate (vgl. Urk. 7/13 S. 3; E. 2.1). Der mit Fr. 4'957.40 ermittelte versicherte Verdienst (Fr. 59'488.75 geteilt durch 12 Monate, Urk. 7/13 S. 3) bietet mithin keinerlei Anlass zu Beanstandungen.

E. 3

3.1 Nach Art. 24 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags (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 (Abs. 3 Satz 1). Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstaufschlages in Form von Differenzausgleich ist die Förderung der Annahme lohnässig unzumutbarer Arbeiten. 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 (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, EVG, vom 13. Oktober 2006, C 139/06, Erw. 2.1 mit Hinweisen).

3.2 Im Urteil vom 30. April 2003 (C 227/01, E. 3.2.4) hat das EVG den von der Arbeitslosenkasse für eine auf Provisionsbasis tätige Vorsorgeberaterin als berufs- und ortsüblich angenommenen Stundenansatz von Fr. 20.-- ermessensweise nicht beanstandet. Gleichzeitig wies es jedoch darauf hin, dass im Hinblick auf ARV 2002, S. 108 ff. E. 5, mit welchem Entscheid ein Stundenlohn von Fr. 35.-- für einen Finanzberater letztinstanzlich bestätigt worden war, ein Stundenansatz von Fr. 20.-- als an der untersten Grenze liegend zu betrachten sei. Am 13. Oktober 2006 (C 139/06) hielt das EVG sodann fest, in ständiger Rechtsprechung habe es bei im Bereich der Finanzberatung (Versicherungen, Vorsorge etc.) tätigen Arbeitnehmern im Aussendienst, welche umsatzbezogen (auf Provisionsbasis) entlohnt werden, den von den Arbeitslosenkassen bei der Verdienstaufschlagberechnung nach Art. 24 Abs. 3 AVIG regelmässig angewendeten berufs- und ortsüblichen Stundenansatz von mindestens Fr. 20.-- als angemessen bezeichnet oder nicht beanstandet (Erw. 2.2).

Vor diesem Hintergrund kann vorliegend weder auf den effektiven Verdienst (Januar 2011: Fr. 1'000.--, Urk. 7/4; Februar 2011 Fr. 3'000.--, Urk. 7/25) - so das Ansinnen des Beschwerdeführers - noch auf den von der Beschwerdegegnerin gestützt auf die Angaben des Arbeitgebers (Urk. 7/3, Brief vom 16. Februar 2011) in Erfahrung gebrachten durchschnittlich erzielbaren Lohn am derzeitigen Arbeitsplatz von Fr. 7'583.-- (Urk. 7/3 S. 2) abgestellt werden. Vielmehr drängt sich mit Blick auf die genannte Rechtsprechung und auf die Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2008, TA1, wonach für Männer im privaten Kredit- und Versicherungsgewerbe mit Ausbildungsniveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten; Wirtschaftszweige 65-57) der monatliche Median bei Fr. 6'602.-- liegt, die Festsetzung des Stundenansatzes auf über Fr. 20.-- auf. Dies umso mehr, als der Beschwerdeführer bereits im November 2010 ein Einkommen von Fr. 4'145.-- (Urk. 7/17) - was einem Stundenlohn von Fr. 23.85 entspricht (Fr. 4'145.-- : 21.7 Arbeitstage : 8 Tagesstunden) - und im März 2011 ein solches von Fr. 4'341.-- (Urk. 7/29) - was einem Stundenlohn von Fr. 25.-- entspricht (Fr. 4'341.-- : 21.7 : 8) - erzielte. Weil der Beschwerdeführer zudem über jahrelange Erfahrung als Kunden- und Anlageberater im Finanzbereich verfügt und die ab Oktober 2010 ausgeübte Tätigkeit praktisch identisch zur bisherigen ist (vgl. Urk. 7/13 S. 22 und Urk. 7/4 S. 4), ist ein berufs- und ortsüblicher Stundenansatz von mindestens Fr. 25.-- in Anrechnung zu bringen.

Wegen eines solchermassigen anzurechnenden Zwischenverdienstes von täglich Fr. 200.-- (Fr. 25.-- x 8 Arbeitsstunden) das volle Taggeld von Fr. 182.75 (versicherter Verdienst: Fr. 4957.-- : 21.7 Arbeitstage, davon 80 %)  bersteigt, ist ein Verdienstausschlag nicht gegeben.

4. Diese Erwägungen führen zur vollumfänglichen Abweisung der Beschwerde.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. _____

- Arbeitslosenkasse IAW

- seco - Direktion für Arbeit

- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

4. Gegen diese Entscheidung 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.