

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00005**

## **vom 17. August 2015**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2015-08-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2015.00005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2015.00005)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00005 du 17 août 2015

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00005 del 17 agosto 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 1964, war vom 7. November 1997 bis zum 30. April 2014

bei der Y.\_\_\_\_ AG

als Leiter Vertriebssekretariate tätig (Urk. 8/5, Urk. 8/12). Am 2

#### **E. 4**

(Urk. 8/3) Arbeitslosenentschädigung. Mit Verfügung vom

##### **E. 4.1**

Streitig und zu prüfen ist weiter,

ob die Arbeitslosenkasse zu Recht von einer Vollzeitbeschäftigung ausgegangen ist und dem Beschwerdeführer ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 6'120.-- als Zwischenverdienst angerechnet hat.

##### **E. 4.2**

Ausweislich der Akten war der Beschwerdeführer ab 1. Januar 2014 für die Z.\_\_\_\_ Versicherung als Ortsagent beziehungsweise Versicherungsberater im Aussendienst tätig (Urk. 8/18). Aus dem aufgelegten Ortsagenturvertrag vom 18. Dezember 2013 (Urk. 8/18) ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer die Betreuung der Ortsagentur Embrach oblag (Art. 1 Abs. 1 des Vertrags) und er für die akquisitorischen Aufgaben auf Provisionsbasis entschädigt wurde sowie eine Monatspauschale für die Betreuung und Förderung des Versicherungsbestandes („Bestandesführungsentschädigung“ in der Höhe von Fr. 800.-- im Jahr [vgl. dazu Urk. 8/24, vgl. dazu auch Urk. 8/19, Urk. 8/22, Urk. 8/25, Urk. 8/27, Urk. 8/29, Urk. 8/31, Urk. 8/35, Urk. 8/40, Urk. 8/44]) sowie eine Entschädigung für die entstandenen Reise- und Bürokosten erhielt (Art. 7 lit. a-c des Vertrags).

Eine Regelung des vom Beschwerdeführer zu betreibenden zeitlichen Aufwandes beinhaltet der

besagte Ortsagenturvertrag demgegenüber nicht. Auf Nachfrage hin bestätigte die Z.\_\_\_\_ Versicherung denn auch, dass das Pensum vom Ortsagenten individuell gestaltet werden könne und die Entlohnung entsprechend der geleisteten Arbeit ausfalle (Urk. 8/33). Die Wochenprogramme

würden nicht überprüft;

es werde davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer die Termine so wahrnehme, wie im Wochenprogramm aufgeführt (Urk. 8/37).

Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die frei be stimm bare, tatsächlich auf ge wendete Arbeitszeit aufgrund der Art der Zwischen verdiensttätigkeit nicht hin reichend kontrollierbar war und von der Z.\_\_\_\_ Versicherung auch nicht kontrolliert w u rd e .

Demnach ging die Be schwerde gegnerin zu Recht von einer berufs- und ortsüblichen Entlohnung für eine Voll zeit be schäftigung aus. Vor diesem Hintergrund kann nicht – wie vom Beschwerdeführer beantragt - auf ein 20%iges Stellenpensum geschlossen werden (Urk . 1 S. 5 Ziff. 8, Urk. 1 S. 9 Ziff. 17-18 ). Daran vermögen auch die be schwerde weise und gestützt auf die Stellen aus schreibung (Urk. 3/3), Art.

### **E. 4.3**

Der fest gesetzte anrechenbare und gestützt auf das Lohnbuch 2014 ( Mülhauser , Das Lohnbuch 2014, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz herausgegeben von der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, Amt für Wirtschaft und Arbeit , Zürich 2014, S. 386) ist ebenso

wenig zu bean standen .

Dem dagegen vorgetragenen Einwand, wonach es sich dabei um den Lohn eines zu 100 % tätigen Aussendienstmitarbeiters der vier grössten Versi cherung handle ( Urk. 1 S. 8 Ziff. 15), kann nicht beigepflichtet werden, stellt der Lohn von monatlich Fr. 6'120.-- doch den Median (Zentralwert) der Lohn statistik dar. Das heisst, dass je die Hälfte der Lohnbezüger ein darunter beziehungsweise darüber liegendes Einkommen erzielen ( Mülhauser , a.a.O., S. 34), weshalb der Zentralwert der Betriebsgrösse der Z.\_\_\_\_ Versicherung hinreichend Rechnung trägt. Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung 2010 (LSE), der im Bereich Versi cherun gen (Ziffer 65) ein Lohn von monatlich Fr. 6'130.-- für von Männern verrichte ten einfachen Tätigkeiten zu entnehmen ist (LSE 2010, TA1, S. 27); die Salär empfehlungen 2014 des KV Schweiz weisen für einen 50 Jährigen in der untersten Funktionsstufe (Büroassistent) - die zweifelsohne unter dem Niveau des Beschwerdeführers liegt - in der Hochlohnregion Zürich als Median einen Wert von monatlich Fr. 6'273.65 ( Fr. 69'450.-- x 108.4 % : 12) aus ( Salär empfehlungen 2014 des KV Schweiz, S. 17). 5.

### **5.1**

Weite r bleibt zu prüfen, ob der Anrechenbarkeit eines orts- und berufsüblichen Zwischen verdienstes aus der Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ Versicherung im Rahmen eines Vollzeitpensums in der Höhe von Fr. 6'120.-- allenfalls der Ver trauens schutz entgegensteht . 5.2

Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 B undesverfassung ), welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf be hörd liches Verhal ten schützt, können falsche Auskünfte von Ver waltungs be hörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom mate riel len Recht abweichende Behandlung der Rechtsuchenden gebieten. Gemäss Recht sprechung und Doktrin ist dies der Fall, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat (1.), wenn sie für die Er teilung der betreffen den Auskunft zuständig war oder wenn die recht suchende Person die Behörde aus zurei chenden Gründen als zuständig be trachten durfte (2.), wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte (3.), wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Aus kunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgän gig ge macht werden können (4.), und wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (5.; BGE 131 II 627 E. 6.1, 129 I 161

E. 4.1, 126 II 377 E. 3a, 122 II 113 E.

3b/cc, 121 V 65 E. 2a; RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223).

Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift (vgl. Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG] ) oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt (BGE 131 V 472 E. 5 mit Hinweisen; vgl. auch MEYER-BLASER, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: ZSR 1992 2 Halbbd., S. 299 ff., 412 f.). 5.3

Der Beschwerdeführer deklarierte seine am 1. Januar 2014 aufgenommene Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ Versicherung als Versicherungsberater im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 1. Mai 2014 (Urk. 8/3 Ziff. 12). Nachdem der Beschwerdeführer darüber im Formular betreffend den Kontrollmonat Mai 2014 nichts mehr angegeben hatte (Urk. 8/14), tätigte die Beschwerdegegnerin am 6. Juni 2014 entsprechende Abklärungen und verlangte unter anderem Kopien der Lohnabrechnungen, eine Arbeitgeberbescheinigung sowie eine Kopie des Arbeitsvertrages (vgl. dazu Urk. 8/15), welche am 26. Juni 2014 eingingen (Urk. 8/16-19). Daraufhin holte sie von der Arbeitgeberin weitere Unterlagen ein (Urk. 8/21) und verneinte nach deren Eingang mit Verfügung vom 7. Juli 2014 die Anspruchsberechtigung (Urk. 8/23).

Es könnte sich die Frage stellen, ob die Beschwerdegegnerin trotz Kenntnis des Zwischenverdienstes eine gebotene Beratung betreffend die Gefährdung der Anspruchsberechtigung unterlassen hat. Ob dies der Fall ist, kann jedoch vorliegend offenbleiben, da der Beschwerdeführer auch im Wissen um die Anrechnung des orts- und branchenüblichen Verdienstes seinen Vertrag mit der Z.\_\_\_\_ Versicherung mit Hinblick auf die Gewährleistung seines Leistungsanspruches nicht auflöste. Im Gegenteil äusserte er sich beschwerdeweise dahingehend, dass er selbst bei Auffinden einer 100%-Stelle diese Tätigkeit weiter ausüben würde, da er sie gerne mache (Urk. 1 S. 9 f.). Eine vom Gesetz abweichende Behandlung infolge Vertrauensschutzes fällt unter diesen Umständen mangels - nicht rückgängig zu machender - Dispositionen zum vornherein ausser Betracht. 5.4

Soweit der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 14. Juli 2015 (Urk. 11) darauf hinwies, dass er die Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ Versicherung zwischenzeitlich aufgegeben hat, und gestützt auf die Verfügung vom 21. Mai 2015 (Urk. 12) geltend macht, dass die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 6'120.-- im Monat mit Blick auf die in der Verfügung errechneten durchschnittlichen Verdienste von Fr. 280.20 respektive Fr. 417.-- unrealistisch sei und die von ihm angegebenen 20 % realistisch seien, ist festzuhalten, dass diese Vorbringen nichts am vorliegenden Entscheid zu ändern vermögen, ist für die Beurteilung der Gesetzmässigkeit der angefochtenen Verfügung oder des Einspracheentscheides für das Sozialversicherungsgericht der Sachverhalt massgebend, der zur Zeit des Erlasses des angefochtenen Verwaltungsaktes gegeben war. Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung bilden (BGE 130 V 138 E. 2.1 mit Hinweis).

Zudem sind bei der Anrechnung eines berufs- und ortsüblichen Einkommens die effektiv ausbezahlten Löhne gerade nicht relevant, handelt es sich doch dabei um eine gesetzlich vorgeschriebene Fiktion. 5.5

Nach dem Gesagten erfolgte die Verneinung der Anspruchsberechtigung infolge Anrechnung eines orts- und branchenüblichen Verdienstes zu Recht, was zur Abweisung der Beschwerde führt. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3 .

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Simone Hunn unter Beilage des Doppels von Urk. 11 und eine Kopie von Urk. 12 - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 4 .

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 1 5. Juli bis und mit 1 5. August sowie vom 1 8. Dezember bis und mit dem 2. Januar ( Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzu stellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweis mit tel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu ent halten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat ( Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der VorsitzendeDer Gerichtsschreiber i.V. GräubSonderegger

#### **E. 7**

. Juli 201 4 (Urk.

#### **E. 8**

/ 23 ) setzte die Arbeitslosenkasse des Kan tons Zürich für die vom Versicherten ab 1. Januar 2014

(Urk. 8/18 , Urk. 8/21 )

im Zwischenverdienst ausgeübte Tätigkeit als Ortsagent beziehungsweise Versicherungsberater

im Aussendienst bei der Z.\_\_\_\_ Versicherung einen orts- und branchenüblichen Monatslohn in der Höhe von Fr. 6'500.-- fest und verneinte mangels anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausfalls ab 1. Mai 2014 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Die dagegen am 20. Juli 2014

(Urk. 8/24) erhobene Einsprache wies die Kasse mit Entscheid vom 27. November 2014

(Urk. 2) ab.

2.

Dagegen erhob der Versicherte am

#### **E. 9**

. Januar 201 5

(Urk. 1) Beschwerde und beantragte, der Einspracheentscheid vom 27. November 2014 und die Verfügung vom 7. Juli 2014 seien aufgehoben und die Beschwerdegegnerin sei verpflichtet, ihm die gesetzlich geschuldeten Leistungen zu gewähren; insbesondere sei die Beschwerdegegnerin verpflichtet, ihm das ganze Taggeld ohne Anrechnung eines orts- und berufsüblichen Einkommens von Fr. 6'120.-- aus zu zahlen. Eventualiter sei ein orts- und berufsübliches Einkommen für einen maximal 20%igen Beschäftigungsgrad anzurechnen. Mit Beschwerdeantwort vom 3. Februar 2015 (Urk. 7) beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, was dem Beschwerdeführer am 9. Februar 2015 (Urk. 10) zur Kenntnis gebracht wurde.

Mit Eingabe vom 14. Juli 2015 (Urk. 11) legte der Beschwerdeführer die Verfügung vom 21. Mai 2015 (Urk. 12) der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich betreffend Verneinung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2015 (im Anschluss an die Kündigung der Stelle bei der Z.\_\_\_\_ Versicherung) auf.

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, so weit für die Entscheidungsfindung erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht

zieht in Erwägung: 1.

1. 1

Nach Art. 24 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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. Ein Nebenverdienst bleibt unberücksichtigt (Abs. 3). Als solcher gilt jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb einer normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens seiner selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt (Art. 23 Abs. 3 AVIG).

Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstaufschlages in Form von Differenzausgleich ist die Förderung der Annahme auch schlecht entlohnter Arbeiten. Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung soll verhindert werden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne eines Lohn Dumping einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (Urteil des Bundesgerichts C 139/06 vom 13. Oktober 2006 E. 2.1 mit Hinweisen).

1. 2

Erzielt der Versicherte in einer Kontrollperiode einen Zwischenverdienst, der nicht dem berufs- und ortsüblichen Ansatz entspricht, führt dies nicht zum Dahinfallen des Anspruchs auf Differenzausgleich. Vielmehr wird der vom Versicherten erzielte effektive Lohn betragsmässig bis zu dem als berufs- und ortsüblich zu qualifizierenden Ansatz angehoben, und es erfolgt auf dieser Grundlage ein Differenzausgleich (BGE 120 V 233 E. 5e). 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

der Zwischenverdiensttätigkeit anzurechnen. Dies gilt selbst dann, wenn in den ersten Monaten noch kein Einkommen erzielt wird (AVIG-Praxis ALE C134). Tritt eine versicherte Person an eine Stelle an, die eine umsatzbezogene

Entlohnung vorsieht, trägt sie alleine das Risiko, wenig oder nichts zu verdienen (d.h. es ist mindestens ein orts- und branchenüblicher Ansatz anzunehmen);

Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genève 2013, S. 140) . 2.

## 2.1

Die Beschwerdegegnerin hielt im Einspracheentscheid vom 27. November 2014 (Urk. 2) dafür, aufgrund der Nichtüberprüfbarkeit der Arbeitszeiten der Tätigkeit als Versicherungsberater

bei der Z.\_\_\_\_ Versicherung sei von einer Vollzeitbeschäftigung auszugehen. Gestützt auf das Lohnbuch 2014 (Lohnbuch 2014 des Amtes für Wirtschaft und Arbeit, S. 386, Basis 100%-Pensum eines Aussendienstmitarbeiters Versicherungen) rechnete sie dem Beschwerdeführer ein orts- und branchenübliches Einkommen von Fr. 6'120.-- brutto an.

Mit Vernehmlassung vom 3. Februar 2015 (Urk. 7) erneuerte sie ihre Anträge. 2.2

Der Beschwerdeführer machte demgegenüber geltend (Urk. 1), dass er maximal im Rahmen eines 20%-Pensums für die Z.\_\_\_\_ Versicherung gearbeitet habe (Urk. 1 S. 5 Ziff. 8). Jedenfalls dürfe ihm aufgrund der gesamten Umstände (Stellenausschreibung, Art.

## E. 13

des Ortsagenturvertrags (Urk. 8/18) sowie die Angaben der Z.\_\_\_\_ Versicherung (Urk. 8/37, Urk. 8/33) geltend gemachten Einwände (Urk. 1 S. 5 Ziff. 8) sowie das weitere Vorbringen (Urk. 1 S. 5 Ziff. 10-13), wonach gemäss des geringen Marktanteils der Z.\_\_\_\_ Versicherung und der Gebietsgrösse und dem möglichen Prämienvolumen kein höherer Lohn als mit einem 20%-Pensum realisierbar sei (Urk. 1 S. 5 Ziff. 10-12),

nichts zu ändern, schloss doch die Sachbearbeiterin der Z.\_\_\_\_ Versicherung eine Erhöhung des Pensums auf über 50% ausdrücklich nicht aus (Urk. 8/37). Anzumerken bleibt, dass es nicht Sache der Arbeitslosenversicherung ist, dass der Tätigkeit als provisionsabhängig entlohnter

Versicherungsberater inhärente wirtschaftliche Risiken abzu decken und den Beschwerdeführer während der Dauer der Arbeitslosigkeit in seinem Bestreben zu unterstützen, sich ein berufliches Standbein in der Versicherungsbranche aufzubauen.

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