

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00220**

## **vom 5. Oktober 2016**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2016-10-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2015.00220](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2015.00220)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00220 du 5 octobre 2016

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00220 del 5 ottobre 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 1968, war vom 1. April 2014 bis 31. März 2015 bei der Y.\_\_\_\_, als Project Manager tätig (Urk. 6/6 Ziff. 2-3, Urk. 6/7). Am 1. April 2015 unterzeichnete er einen Platzierungsvertrag mit der Z.\_\_\_\_ über die Platzierung von Anteilen eines Anlagefonds auf Provisionsbasis (vgl. Urk. 6/11), meldete sich am 5. Mai 2015 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Meilen zum Leistungsbezug ab diesem Datum an und stellte sich der Arbeitsvermittlung zu einem Vollzeitpensum zur Verfügung (Urk. 6/1, Urk. 6/2 Ziff.

#### **E. 1.1**

Da der Streitwert Fr. 20'000.-- nicht übersteigt, fällt die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit (§ 11 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht). 1. 2

Nach Art. 24 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (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 (Art. 23 Abs. 3 AVIG) bleibt unberücksichtigt (Abs. 3).

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).

Erzielt die versicherte Person 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 von der versicherten Person 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, 502 E. 8e; SVR 1994 ALV Nr. 22 S. 51). 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. Bei umsatzbezogener Ent

löhnung (Provision) liegt keine berufs- und ortsübliche Entlöhnung vor, wenn die versicherte Person einen Verdienst erzielt, der nicht annähernd der Arbeitsleistung entspricht (Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung des Staatssekretariats für Wirtschaft [AVIG-Praxis ALE

Rz . C134; vgl. auch Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 140). 1 .3

Gemäss

Art. 27 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).

Nach Art. 19a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) klären die in Art. 76 Abs. 1 lit . a-d AVIG genannten Durchführungsstellen die Versicherten über ihre Rechte und Pflichten auf, insbesondere über das Verfahren der Anmeldung und über die Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden und zu verkürzen (Abs. 1). Die Kassen klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus dem Aufgabenbereich der Kassen ergeben ([ Art. 81 AVIG]; Abs. 2). Die kantonalen Amtsstellen und die regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus den jeweiligen Aufgabenbereichen ergeben ([ Art. 85 und 85b AVIG]; Abs. 3). 1.

### **E. 1.5**

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht nach Art. 27

Abs . 2

ATSG

einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich. Dieser hat in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen, sofern sämtliche Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes ( vgl. BGE 131 V 472

E. 5 ) erfüllt sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_383/2010 vom 28. September 2010 E. 5.1.3) .

### **E. 1.6**

Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ( Art.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegner in begründete ihren

Einspracheentscheid ( Urk. 2) damit, es sei dem Beschwerdeführer für seine Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ ein orts- und branchenübliches Einkommen entsprechend einer Vollzeitbeschäftigung anzurechnen (S. 3 f. Ziff. 3) . Eine Berufung auf den öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutz gehe fehl, da die RAV-Beraterin nach Art. 27

Abs. 2 ATSG nicht verpflichtet gewesen sei, ihn darauf aufmerksam zu machen (S. 4 ff. Ziff. 4).

Zudem habe sie im Beratungsprotokoll hinsichtlich des Gespräches vom 15. Mai 2015 festgehalten, dass der Beschwerdeführer mit der Arbeitslosenkasse kläre, wie er abrechnen müsse. Sie habe ihn somit hinsichtlich seiner Tätigkeit für die Z.\_\_\_\_ explizit an die zuständige Arbeitslosenkasse verwiesen (Urk. 5 S. 2).

### **E. 2.2**

Dagegen machte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde (Urk. 1) gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ATSG geltend, er habe nicht mit der Konsequenz, dass ihm für die Monate Mai und Juni 2015 eine Vollzeitbeschäftigung als Zwischenverdienst angerechnet werde, rechnen müssen. Die RAV-Beraterin hätte ihn am 15. Mai 2015 über die Thematik „Provisionsbasis/Aufrechnung auf eine 100% -Tätigkeit“ orientieren müssen. So habe er erwähnt, dass er sich erst am 5. Mai 2015 für den Leistungsbezug angemeldet habe, da er im April 2015 versucht habe, auf Provisionsbasis für die Z.\_\_\_\_ tätig zu sein. Da der Fund aber schwierig zu verkaufen gewesen sei, habe er die Tätigkeit per Ende April 2015 eingestellt und sich zum Leistungsbezug angemeldet. Er habe der RAV-Beraterin mitgeteilt, dass er bis Ende des Monats Mai 2015 noch ein bis zwei Stunden für allfällige E-Mails aufwenden würde.

Die Konsequenz daraus sei gewesen, dass die Beschwerdegegnerin nicht die von ihm gemeldeten tatsächlich aufgewendeten zwei Stunden als Zwischenverdienst im Monat Mai 2015 abgerechnet, sondern auf eine 100%ige Tätigkeit abgestellt habe. Gleiches sei für den Monat Juni 2015 geschehen, in welchem er keine Stunde für diese Tätigkeit aufgewendet und dies auch so rapportiert habe. Er sei so ins offene Messer gelaufen (S. 2 ff.).

### **E. 2.3**

Strittig und zu prüfen ist

der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung in den Monaten Mai und Juni 2015 und in diesem Zusammenhang, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht ein Bruttoeinkommen nach befalls- und ortsüblichen Ansatz entsprechend einer Vollzeitbeschäftigung angerechnet hat, respektive, ob sich der Beschwerdeführer auf den Vertrauensschutz nach

Art. 27 Abs. 2 ATSG berufen kann. 3.

### **E. 3**

).

Mit Verfügungen vom 2.

und vom 10. Juli 2015 rechnete die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (Arbeitslosenkasse) dem Versicherten

für die Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_

für den Monat Mai 2015 ein befalls- und ortsübliches Einkommen von brutto Fr. 5'320.-- und für den Monat Juni 2015 eine s

von Fr. 6'160.-- an (vgl. Urk. 6/24 und Urk. 6/29). Dagegen vom Versicherten am 8. und am 21. Juli 2015 erhobenen Einsprachen (Urk. 6/26 und Urk. 6/31) wies die

Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 24. August 2015 ab ( Urk. 6/ 34 = Urk. 2).  
2.

Der Versicherte erhob am 17. September 2015 Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse vom 24. August 2015 ( Urk. 2) und beantragte, diese r sei wegen Verletzung von Art. 27 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts

(ATSG) aufzuheben ( Urk. 1 S. 1). Die Arbeitslosenkasse beantragte mit Beschwerdeantwort vom 9. Oktober 2015 die Abweisung der Beschwerde ( Urk. 5), was dem Beschwerdeführer am 15. Oktober 2015 zur Kenntnis gebracht wurde ( Urk. 8). Am 23. Oktober 2015 reichte der Beschwerdeführer seine Replik ein ( Urk. 9) und die Beschwerdegegnerin verzichtete am 4. November 2015 auf eine Duplik ( Urk. 11), was dem Beschwerdeführer am 9. November 2015 zur Kenntnis gebracht wurde ( Urk. 12). Der Einzelrichter zieht in Erwägung: 1.

### **E. 3.1**

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer am 1. April 2015 einen „Platzierungsvertrag“ mit der Z.\_\_\_\_ unterzeichnete, worin er seine Absicht kundtat, auf Provisionsbasis als Vertriebspartner im Auftrag der Z.\_\_\_\_ Anteile eines Anlagefonds zu platzieren. Es wurde weder eine feste Arbeitszeit noch ein festes Gehalt vereinbart

(vgl. Urk. 6/11). Grundsätzlich handelt es sich dabei um eine Tätigkeit, die zu einem Differenz ausgleich im Sinne einer Aufrechnung auf den berufs- und ortsüblichen Ansatz führt (vgl. vorstehend E. 1. 2).

Zu prüfen ist jedoch im Folgenden, ob die Organe der Arbeitslosenversicherung der ihnen nach Art. 27 ATSG obliegenden Aufklärungs- und Beratungspflicht nachgekommen sind.

### **E. 3.2**

Gemäss dem prozessorientierten Beratungsprotokoll teilte der Beschwerdeführer seiner RAV-Beraterin anlässlich des Erstgespräches vom 15. Mai 2015 mit, dass er versuche, auf Provision einen Fonds zu verkaufen. Er mache Telefonate und kläre mit der Arbeitslosenkasse, wie er abrechnen müsste. Er denke aber, dass es schwierig sei, Fonds zu verkaufen, die Telefonate könnten aber ein Brückenbauer für eine potenzielle Stelle sein (vgl. Urk. 6/30).

In seinen am 18. Mai 2015 unterzeichneten „Angaben der versicherten Person für den Monat Mai 2015“ gab der Beschwerdeführer an, dass er lediglich zwischen ein bis zwei Stunden für eine Tätigkeit auf Provision aufgewendet, dabei jedoch kein Einkommen erzielt habe (vgl. Urk. 6/10). In den Angaben betreffend den Monat Juni 2015 verneinte der Beschwerdeführer eine Arbeitstätigkeit (Urk. 6/25).

Die Beschwerdegegnerin verneinte eine Beratungspflicht der RAV-Beraterin im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ATSG unter Verweis darauf, dass die konkret zu beurteilende Frage der Anspruchsberechtigung im Zusammenhang mit einem Zwischenverdienst nicht in deren Zuständigkeitsbereich, sondern in jenen der

Arbeitslosenversicherung gefallen sei und eine Weiterverweisung sozusagen stattgefunden habe (vgl. vorstehend E. 2.1).

### **E. 3.3**

Dem Wortlaut nach bezieht sich Art. 27 Abs. 2 ATSG explizit auf die Versicherungsträgerin und lässt - entgegen Art. 27 Abs. 1 ATSG - das Durchführungsorgan unerwähnt.

Die Beratung bezieht sich auf die Rechte und Pflichten im konkreten Einzelfall, wobei eine Beschränkung auf den jeweiligen Versicherungszweig gilt. Ziel der Beratung hat zu sein, dass die betreffende Person sich so zu verhalten vermag, dass sie die den gesetzgeberischen Zielen des betreffenden Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt. Dabei ist die beratende Person über die massgebenden Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art zu informieren, die zu einer zutreffenden Wahrnehmung der Rechte und Pflichten führen.

Gegebenenfalls ist auch ein Rat beziehungsweise eine Empfehlung zum weiteren Vorgehen abzugeben. Die Beratungspflicht setzt nicht einen entsprechenden Antrag der versicherten Person voraus, sondern ist zu erfüllen, wenn die Versicherungsträgerin einen entsprechenden Beratungsbedarf feststellt. Die Beratungspflicht ist immerhin bestimmten Grenzen unterworfen. So kann von der Versicherungsträgerin nicht mehr verlangt werden, was sie bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit erkennen konnte. Sie hat sich in einem bestimmten Mass aktiv zu verhalten und die versicherte Person - gegebenenfalls auch unaufgefordert - über bestimmte Elemente zu informieren (vgl. dazu Kieser, ATSG - Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2015, Rz 26-30 zu Art. 27 mit weiteren Hinweisen). 3.4

Wie ausgeführt (vgl. vorstehend E. 3.3) trifft die Versicherungsträgerin an sich eine Beratungspflicht, deren Grenze der Versicherungszweig darstellt. Die von der Beschwerdegegnerin dargelegte Beschränkung der Beratungspflicht entsprechend den unter den verschiedenen Durchführungsorganen der Arbeitslosenversicherung aufgeteilten Aufgabenverteilung mag daher nicht zu überzeugen und wurde im Übrigen vom Bundesgericht in ähnlich gelagerten Fällen auch nicht so gehandhabt (vgl.

BGE 131 V 472 E. 4, E.

6.1).

Auch ist davon auszugehen, dass die RAV-Beraterin infolge der vom Beschwerdeführer anlässlich des Gesprächs vom 15. Mai 2015 getätigten Ausführungen zu seiner Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_

bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit hätte erkennen können, dass er damit seinen

Leistungsanspruch zu gefährden vermochte, weshalb sie eine Beratungspflicht traf. Auffällige Äusserungen des Beschwerdeführers, er werde Kontakt mit der Arbeitslosenversicherung wegen der Abrechnung

aufnehmen (vgl. Urk. 6/30), vermögen die RAV-Beraterin nicht von der ihr obliegenden Beratungspflicht zu entbinden.

Sie hätte den Beschwerdeführer darüber aufklären müssen, dass seine Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_

zur Anrechnung eines orts- und branchenüblichen Einkommens für eine Vollzeittätigkeit führen kann. Eine solche Information fand unbestrittenermassen nicht statt.

Vielmehr wurde dies pflichtwidrig unterlassen, was rechtsprechungsgemäss der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichzustellen ist (vgl. vorstehend E. 1.5).

Dabei ergibt sich, dass die Voraussetzungen des Gutglaubenstatbestands (vgl. vorstehend E. 1.6) erfüllt sind: Es hat eine bestimmte Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf eine bestimmte Person gehandelt; der Beschwerdeführer durfte das RAV als zuständig erachten; ferner durfte er die unterlassene Auskunft dahin deuten, dass er unter Anrechnung des allenfalls effektiv erzielten

Zwischenverdienstes Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe, wes halb er die fragliche Zwischenverdiensttätigkeit - wenn auch wie behauptet in sehr geringem Ausmass - zumindest noch im Mai 2015 weitergeführt hat. So dann hat die gesetzliche Ordnung seit der Anmeldung zum Leistungsbezug nicht geändert. 3.5

In Würdigung der gesamten Sachlage ist demnach davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bei entsprechender Information über die Gefährdung seines Leistungsanspruchs die Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ per sofort gänzlich eingestellt hätte. Unter diesen Umständen darf ihm aus der fehlenden Beratung seitens der RAV-Beraterin kein Rechtsnachteil erwachsen.

Auch sind die weiteren Kriterien für die erfolgreiche Berufung auf den öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutz als erfüllt zu betrachten. Demnach ist die Beschwerde gutzuheissen und festzustellen, dass in den Monaten Mai und Juni 2015 von der Anrechnung eines orts- und branchenüblichen Einkommens entsprechend eines Vollzeitpensums abzusehen ist und nur ein allfällig effektiv erzielter Einkommen als Zwischenverdienst anzurechnen ist. 4.

Dem Beschwerdeführer ist keine Prozessentschädigung zuzusprechen, da sein Arbeitsaufwand und seine Umtriebe im vorliegenden Verfahren nicht den Rahmen dessen überschritten, was der Einzelne zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat. Der Einzelrichter erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 24. August 2015 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass dem Beschwerdeführer für die Monate Mai und Juni 2015 nur ein effektiv erzielter Verdienst als Zwischenverdienst anzurechnen ist. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.\_\_\_\_ - 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 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Einzelrichter Die Gerichtsschreiberin Mosimann Schucan

#### **E. 4**

Art. 27 Abs. 2 ATSG beschlägt 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 ( BGE 131 V 472

E. 4.1 S. 476). Das Bundesgericht hat bisher offen gelassen, wo die Grenzen der in Art. 27 Abs. 2

ATSG verankerten Beratungspflicht in generell- abstrakter Weise zu ziehen sind .

Es hat jedoch entschieden, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden ( BGE 131 V 472

E. 4.3 S. 480).

#### **E. 9**

BV), welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtsuchenden gebieten. Gemäss Rechtsprechung 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 Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte (2.), wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte (3.), wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht 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).

2.

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