

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00334**

## **vom 26. Oktober 2018**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-10-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2018.00334](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00334)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00334 du 26 octobre 2018

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00334 del 26 ottobre 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Der 1959 geborene X.\_\_\_\_ arbeitete zuletzt vom 1. Februar 2016 bis 31. März 2018 bei der Y.\_\_\_\_ als Kundenberater im Aussendienst ( Urk. 7/3, 7/8 , 7/11 ). Am 8. März 2018 ( Urk. 7/1) meldete er sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Z.\_\_\_\_ zur Arbeitsvermittlung an und stellte ab 1. April 2018 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ( Urk. 7/9) . Ab dem 1. Oktober 2018 wurde der Versicherte bei der A.\_\_\_\_ als Versicherungsberater angestellt ( Urk. 7/ 38). Daraufhin verneinte die Unia Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 26. Oktober 2018 ( Urk. 7/36) den Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab der Kontrollperiode November 2018. Hiergegen erhob der Versicherte am 29. Oktober 2018 Einsprache ( Urk. 7/41) ,

worauf die Unia Arbeitslosenkasse den Sachverhalt hinsichtlich der Anstellungsbedingungen bei der A.\_\_\_\_ weiter abklärte ( Urk. 7/43 ff.). Mit Einspracheentscheid vom 15. November 2018 ( Urk. 2) wies die Unia Arbeitslosenkasse die Einsprache des Versicherten ab.

#### **E. 1.1**

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 Verdienstauffalles ( Abs. 1). Als Verdienstauffall 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 Verdienstauffalles 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 Lohndumping 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).

#### **E. 1.2**

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).

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

## **E. 2**

Gegen den Entscheid der Unia Arbeitslosenkasse erhob der Versicherte mit Eingabe vom 19. November 2018 Beschwerde (Urk. 1) und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Entscheids sowie die Weiterausrichtung der Arbeitslosenentschädigung ab November 2018.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 3. Januar 2019 (Urk. 6) ersuchte die Beschwerdegegnerin um Abweisung der Beschwerde. Davon wurde dem Beschwerdeführer am 7. Januar 2019 Kenntnis gegeben (Urk. 9). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Einspracheentscheid vom 15. November 2018 (Urk. 2) damit, dass der zwischen dem Beschwerdeführer und der A.\_\_\_\_ abgeschlossene Ortsagenturvertrag keine Regelung des vom Beschwerdeführer zu betreibenden zeitlichen Aufwandes beinhalte. Auf Anfrage habe die A.\_\_\_\_ mitgeteilt, dass der Beschwerdeführer mindestens ein 20 %-Pensum leisten müsse. Als Ortsagent könne er seine Arbeitszeit flexibel einteilen. Zu bemerken sei hierzu, dass am 26. Oktober 2018 eine nicht unterzeichnete Zwischenverdienstbescheinigung für den Monat Oktober 2018 eingegangen sei, in welcher keine Arbeitsstunden aufgeführt seien und die Frage, ob eine wöchentliche Arbeitszeit vereinbart worden sei, verneint worden sei. So dann sei auch kein Einkommen aufgeführt, obwohl gemäss Lohnabrechnung vom Oktober 2018 Fr. 1'000.-- ausgerichtet worden seien. Am 14. November 2018 sei bei der Beschwerdegegnerin eine unterzeichnete und von der A.\_\_\_\_ abgestempelte Zwischenverdienstbescheinigung für den Monat Oktober 2018 eingegangen, in welcher nun eine täglich geleistete Arbeitszeit von zwei Stunden, eine vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit von 8.25 Stunden und ein Einkommen von Fr. 900.-- aufgeführt seien. Zwar führe die Arbeitgeberin an, dass ein viel höheres Pensum durch die eher geringe Grösse des Kundenbestandes des Beschwerdeführers nicht geleistet werden könne. Denoch ergebe sich, dass die frei bestimmbare, tatsächlich aufgewendete Arbeitszeit aufgrund der Art der Zwischenverdiensttätigkeit nicht hinreichend kontrollierbar sei. Demnach sei von einer berufs- und ortsüblichen Entlohnung für eine Vollzeitbeschäftigung auszu gehen. Der orts- und berufsübliche Lohn entspreche

gemäss Lohnbuch 2018 vorliegend Fr. 7'167.--. Somit stehe fest, dass bei einem versicherten Verdienst von Fr. 6'303.-- infolge Aufrechnung auf einen orts- und branchenüblichen Verdienst von Fr. 7'167.-- kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe (S. 3).

### **E. 2.2**

Dagegen brachte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift vom 19. November 2018 (Urk. 1) vor, er sei bemüht, einen Zwischenverdienst zu erreichen, und er sei immer noch auf der Suche nach einer Vollzeitstelle. Es sei zwischen ihm und der A.\_\_\_\_ keine Abmachung betreffend eine Sollarbeitszeit getroffen worden. Die Lohnabrechnung und der Vertrag hätten bei Einreichung der Unterlagen für den Monat Oktober beigelegt, das Formular sei danach ausgefüllt worden, weil dies so gewünscht worden sei. Er habe nichts verschwiegen, möchte aber gerne bekommen, was ihm zustehe. Er könne mit diesem Vertrag kein höheres Einkommen erzielen und sei deshalb nach wie vor auf der Suche nach einer Vollzeitstelle.

### **E. 3**

Vorweg ist festzuhalten, dass es sich bei dem aus dem Anstellungsverhältnis bei der A.\_\_\_\_ erzielten Verdienst um einen anrechenbaren Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 Abs. 1 AVIG

und nicht um nichtanrechenbaren Nebenverdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG handelt (E. 1.1). So ging der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Stellenantritts bei der A.\_\_\_\_ keiner Hauptbeschäftigung mehr nach, die ein Nebenverdienst grundsätzlich voraussetzt (Urteil des Bundesgerichts C 252/06 vom 28. November 2007 E. 3.3.2). Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass im Ortsagenturvertrag

vereinbart wurde, der Beschwerdeführer sei als solcher « im Nebenberuf » tätig (Urk. 7/38 S. 3

Art. 13). Für die vorliegende Qualifizierung als Zwischenverdienst sind allein arbeitslosenversicherungsrechtliche Aspekte relevant.

### **E. 4.1**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht von einer Vollzeitbeschäftigung ausgegangen ist und dem Beschwerdeführer einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 7'167.--

als Zwischenverdienst angerechnet hat.

### **E. 4.2**

Ausweislich der Akten ist der Beschwerdeführer seit

1. Oktober 2018 für die A.\_\_\_\_ als Versicherungsberater im Aussendienst tätig (Urk. 7/38). Aus dem aufgelegten Ortsagenturvertrag (Urk. 7/38) ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer die Betreuung der Ortsagentur B.\_\_\_\_

obliegt (Art. 1 Abs. 1 des Vertrags). Für die Erfüllung akquisitorischer Aufgaben wird er monatlich

auf Provisionsbasis entschädigt, für die Betreuung und Förderung des Versicherungsbestandes

wird ihm

eine jährliche

Entschädigung auf Provisions basis (« Bestandesführungs entschädigung » , monatlich abgerechnet ) sowie für die entstandenen Reise- und Bürokosten vierteljährlich eine Entschädigung ausgerichtet (Art. 7 lit . a-c und

Art.

### **E. 4.3**

Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die tatsächlich aufgewendete Arbeitszeit mit Blick auf die Vereinbarungen im Ortsagenturvertrag ( Urk. 7/38) nicht hinreichend kontrollierbar ist . Dass gemäss den nachträglichen Angaben der A.\_\_\_\_ eine Arbeitszeit von 8.25 Stunden pro Woche respektive ein Pensum von mindestens 20 % vereinbart worden sein soll ( Urk. 7/44 f.), ist nicht weiter belegt. Im Übrigen wäre selbst bei vereinbartem Mindestpensum die tatsächlich aufgewendete Arbeitszeit nicht hinreichend kontrollierbar. Kein anderer Schluss rechtfertigt sich sodann auch unter Berücksichtigung der (angeblich) beschränkten Grösse des Kundenbestandes des Beschwerdeführers. So vermag diese grundsätzlich nichts über die tatsächlich aufgewendete Arbeitszeit auszusagen.

Es

ist nicht Sache der Arbeitslosenversicherung , das der Tätigkeit als provisionsabhängig entlohnter

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

Demnach ging die Beschwerdegegnerin zu Recht von einer berufs- und ortsüblichen Entlohnung für eine Vollzeitbeschäftigung aus (vgl. zur Anrechnung einer Vollzeitbeschäftigung auch das Urteil des Bundesgerichts 8C\_710/2015 vom 30. November 2015 E. 4.2).

Daran vermögen auch die Vorbringen des Beschwerdeführers in seiner Beschwerdeschrift ( E. 2.2 ) nichts zu ändern. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass er selbst explizit bestätigt e , dass es keine Abmachung betreffend eine Sollarbeitszeit getroffen worden sei (vgl. auch Urk. 3/2 S. 1 ) . Er stellte auch nicht in Abrede, dass er 100 % seiner Zeit für die Arbeit bei der A.\_\_\_\_

hätte aufwenden können mit dem Risiko, hierfür nicht

entsprechend entlohnt zu werden . Aufgrund der fehlenden Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang mit entsprechender Entlohnung handelt es sich bei der Zwischenverdiensttätigkeit für die A.\_\_\_\_

um eine unzumutbare Arbeit im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit . a AVIG, zu deren Annahme der Beschwerdeführer aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nicht verpflichtet war und deren Aufgabe keine Sanktionen (Einstellung in der Anspruchsbeurteilung nach Art. 30 Abs. 1 lit . a AVIG und Art. 44 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [ AVIV ]) nach sich ziehen würde.

Der seitens der Beschwerdegegnerin als orts- und branchenüblich herangezogene Lohn in der Höhe von Fr. 7'167.-- (Urk. 2 S. 3) wird nicht beanstandet und gibt mit Blick auf die vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnstrukturhebungen, die im Bereich Versicherung Kompetenzniveau 2 (der Beschwerdeführer war schon vor Eintritt der Arbeitslosigkeit als Versicherungs-Kundenberater tätig) einen Lohn von Fr. 7'148.-- ausweisen,

auch zu keiner Kritik Anlass. 5.

Anzumerken bleibt, dass die Organe der Arbeitslosenversicherung nicht verpflichtet sind, die versicherten Personen ohne entsprechende Anfrage darüber zu informieren, wie sich die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit auf Provisionsbasis auf den Entschädigungsanspruch auswirkt, so dass eine Berufung auf den Vertrauensschutz wegen fehlender Auskunftserteilung durch eine Behörde ausser Betracht fällt (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 227/01 vom 30. April 2003 E. 3.2.2 mit Hinweis).

Nach dem Gesagten erweist sich der angefochtene Entscheid in jeder Hinsicht als zutreffend, was zur Abweisung der Beschwerde führt. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.\_\_\_\_ - Unia Arbeitslosenkasse - 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 Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Gräub Nünlist

## **E. 9**

des Vertrags). Als «Anschubfinanzierung»

wurde sodann bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen im ersten Anstellungsjahr eine Entschädigung von monatlich Fr. 1'000.--

(vgl. Urk. 7/38)

und im zweiten Anstellungsjahr eine solche von

monatlich Fr. 500.-- vereinbart (Besondere Vertragsbestimmungen des Vertrags).

Eine Regelung des vom Beschwerdeführer zu betreibenden zeitlichen Aufwandes beinhaltet der besagte Ortsagenturvertrag demgegenüber nicht. Auf diesbezügliche Nachfrage hin führte die A.\_\_\_\_ am 12. November 2018 (Urk. 7/45) aus, der Beschwerdeführer

müsse mindestens ein 20 %-Pensum leisten. Ein viel höheres Pensum werde er durch die eher geringe Grösse seines Kundenbestandes nicht leisten können. Als Ortsagent könne er seine Arbeitszeit flexibel einteilen.

In der beigelegten Bescheinigung über den Zwischenverdienst vom Oktober 2018 (Urk. 7/44) gab die A.\_\_\_\_ an, es sei mit dem Beschwerdeführer eine wöchentliche Arbeitszeit von 8.25 Stunden vereinbart worden

(gleichzeitig bestätigte sie jedoch eine Arbeitszeit von zwei Stunden pro Tag für den besagten Monat).

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