

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00299**

## **vom 8. Juni 2020**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-06-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2020.00299](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2020.00299)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00299 du 8 juin 2020

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00299 del 8 giugno 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 1971, stellte am 18. November

2019 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 2019 (Urk. 7/1).

Mit Verfügung vom 8. Juni 2020 (Urk. 7/26) setzte die Unia Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Unia) den versicherten Verdienst auf Fr. 5'459.-- fest, wobei sie den bei der Y.\_\_\_\_ erzielten Lohn als aus selbständiger Tätigkeit wertete und nicht berücksichtigte. Die dagegen am 19. Juni 2020 erhobene (Urk. 7/30) und am 16. Juli 2020 (Urk. 7/40) sowie 7. August 2020 (Urk. 7/46) ergänzte Einsprache wies die Unia mit Einspracheentscheid vom 29. September

2020 ab (Urk. 7/54 = Urk. 2).

#### **E. 1.1**

Soweit eine ganz oder teilweise arbeitslose Person im Sinne von Art. 10 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) die weiteren Anspruchsvoraussetzungen (Art. 8 AVIG) erfüllt, steht ihr eine Arbeitslosenentschädigung zu. Diese wird als Taggeld ausgerichtet (Art. 21 AVIG). Ausgangspunkt der Taggeldbemessung ist der versicherte Verdienst (Art. 22 AVIG). Ein volles Taggeld beträgt 70 % oder 80 % des versicherten Verdienstes (Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 AVIG).

#### **E. 1.2**

Nach Art. 23 Abs. 1 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 Insolvenzentschädigung (AVIV) regelt den Bemessungszeitraum. Nach Abs. 1 bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Nach Abs.

#### **E. 1.3**

Für die Arbeitslosenversicherung ist unter anderem beitragspflichtig, wer nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) obligatorisch versichert und für Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist (Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG), das heisst massgebenden Lohn im Sinne von Art.

#### **E. 2**

bemisst er sich dann nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1.

Der Bemessungszeitraum beginnt nach Abs. 3, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaustauschs. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen. Bei Lohnschwankungen, die auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind, bemisst sich der versicherte Verdienst gemäss Abs.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Entscheid (Urk. 2) wie folgt: Der Beschwerdeführer sei seit dem 15. September 2011 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) als arbeitslos gemeldet und habe zuletzt vom 1. Dezember 2017 bis 30. November 2019 Rahmenfristen für den Leistungsbezug gehabt. Ab dem 1. Dezember 2019 habe er eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug beansprucht. Er sei zwischen dem 1. Dezember

2017 und 30. November

2019 diversen Tätigkeiten nachgegangen und habe unter anderem von der Y.\_\_\_\_ Bescheinigungen über Zwischenverdienste eingereicht (S. 1 f.). Es

sei eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 2. Dezember

2019 bis 1. Dezember

2021 mit einem versicherten Verdienst von Fr. 5'459.-- und einem Taggeld von Fr. 201.25, entsprechend 80 % des versicherten Verdienstes, eröffnet worden (S. 2). Aus näher dargelegten Gründen handle es sich bei der Tätigkeit bei der Y.\_\_\_\_ jedoch um eine selbständige Tätigkeit, weshalb der dort erzielte Verdienst nicht in die Berechnung des versicherten Verdienstes einflüsse (S. 5 ff.). Im Übrigen ergebe eine nochmalige Berechnung infolge des Einbezugs eines Zwischenverdienstes bei einer anderen Firma einen versicherten Verdienst von Fr. 5'020.--, welcher für zukünftige Abrechnungen Gültigkeit habe (S. 7).

In ihrer Beschwerdeantwort (Urk. 6) hielt die Beschwerdegegnerin fest, zwar werde die Frage der (Un-)Selbständigkeit grundsätzlich nach dem AHV-Beitragsstatut bestimmt und sei für die Arbeitslosenversicherung bindend. Bei offensichtlicher Unrichtigkeit sei jedoch nicht darauf abzustellen. Diesbezüglich werde auf den angefochtenen Entscheid verwiesen (S. 1).

### **E. 2.2**

Dem hielten die Beschwerdeführenden entgegen (Urk. 1), die zuständige Ausgleichskasse des Kantons Schwyz habe rechtskräftig festgelegt, dass eine unselbständige Erwerbstätigkeit vorliege. Dieser Entscheid sei für die Beschwerdegegnerin bindend. Sie habe sich dazu gar nicht geäußert (S. 3). Aus näher dargelegten Gründen sei zutreffend, dass es sich bei der Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin um eine unselbständige handle (S. 4 f.). Selbständige Elemente seien zwar vorhanden, die unselbständigen würden jedoch überwiegen (S. 5 unten).

f.). Die zuständige Ausgleichskasse habe die Unselbständigkeit ausdrücklich bestätigt (S. 6 ; vgl. auch Urk. 10-11 ).

### **E. 2.3**

Streitig und zu prüfen ist die Berechnung des versicherten Verdienstes und in diesem Zusammenhang die Frage, ob die vom Beschwerdeführer bei der Beschwerdeführerin ausgeübte Tätigkeit eine unselbständige oder selbständige Tätigkeit ist. 3.

### **E. 3**

bis nach den Absätzen 1-3, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten Jahresdurchschnittlichen Arbeitszeit.

### **E. 3.1**

). Die Verfügung der Ausgleichskasse des Kantons Zürich vom 31. Juli 2020 untermauert sodann die beitragsrechtliche Einschätzung der Ausgleichskasse des Kantons Schwyz. Beide Ausgleichskassen erachten die gestützt auf den Provisionsarbeitsvertrag der Beschwerdeführerin (vgl. Urk. 7/33) erbrachten Tätigkeiten als unselbständige. Die Beschwerdegegnerin begründete

im angefochtenen Entscheid mit keinem Wort, weshalb diese Einschätzung offensichtlich unrichtig sein sollte, sondern stellte lediglich ihre eigene Sicht der Dinge dar, was nicht genügt. Eine offensichtliche Unrichtigkeit der Einschätzung der Ausgleichskasse des Kantons Schwyz, Zürich

und Aargau ist denn auch nicht erkennbar. Deren beitragsrechtliche Einschätzung ist somit für die Beschwerdegegnerin bindend und es besteht keine Berechtigung, davon abzuweichen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin gemäss IK-Auszug (Urk. 7/8) die dem Beschwerdeführer in den Jahren 2017, 2018 und 2019 ausgerichteten Entgelte als massgebenden Lohn abgerechnet hat, weshalb gemäss AVIG-Praxis ALE - deren Gültigkeit die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Entscheid nicht in Abrede stellt, zitiert sie sie doch mehrfach - erwiesen ist, dass er in dieser Tätigkeit als unselbständig erwerbende Person erfasst worden ist (vgl. vorstehend E. 3.1).

### **E. 3.2**

Seitens der Ausgleichskasse des Kantons Schwyz wurde der Beschwerdegegnerin am 12. Mai 2020 per E-Mail bestätigt, dass die Beschwerdeführerin eine Arbeitgeberin sei, welche Sozialversicherungsbeiträge für ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abrechne (Urk. 7/13). Mit Schreiben vom 18. Juni 2020 (Urk. 7/34) führte die Ausgleichskasse des Kantons Schwyz auf Anfrage der Beschwerdeführerin aus, gemäss dem vorgelegten Provisionsarbeitsvertrag stelle der «Ange stellte» gegenüber dem «Kunden» seine Arbeitsleistung mit Hilfe des Online-Tools «Z. \_\_\_» in Rechnung. Der Kunde überweise danach den Bruttobetrag an die Beschwerdegegnerin. Diese wiederum ziehe nach Zahlungseingang die Sozialversicherungsbeiträge ab und bezahle den Lohn an die «Angestellten» aus. Für diese Dienstleistung ziehe die Beschwerdegegnerin zusätzlich Durchführungskosten von 3 % ab. Es liege nach Abwägen der aufgeführten Gründe für eine selbständige und für eine unselbständige Tätigkeit eindeutig eine unselbständige Erwerbstätigkeit vor. Die vom «Angestellten» erbrachte Leistung werde als Lohn gemäss Art.

### **E. 3.3**

Bei dem Schreiben der Ausgleichskasse des Kantons Schwyz vom 18. Juni 2020 ist eindeutig von einem Handeln auszugehen, dem materieller Verfügungskarakter zukommt (vgl. vorstehend E).

#### **E. 3.4**

Es besteht somit kein Anlass, von der beitragsrechtlichen Einschätzung der Tätigkeit des Beschwerdeführers abzuweichen. Somit ist der bei der Beschwerde führerin erzielte Lohn bei der Berechnung des versicherten Verdienstes des Beschwerdeführers mit einzubeziehen.

Mit dieser Feststellung ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zur Neuberechnung des versicherten Verdienstes zurückzuweisen. 4.

Nach ständiger Rechtsprechung gilt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung und neuen Verfügung als vollständiges Obsiegen (BGE 137 V 57 E. 2.2), weshalb die vertretene(n) Beschwerdeführenden Anspruch auf eine Prozessentschädigung haben.

Dieser

wird

ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen

( § 34 Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgesicht GSVGer ) und ist vorliegend beim praxisgemässen Stundenansatz von Fr. 220.-- (zuzüglich MwSt) ermessensweise auf je Fr. 1'400.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festzusetzen.

Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid der Unia

Arbeitslosenkasse vom 29. September 2020 aufgehoben und die Sache unter Hinweis auf die Erwägungen zur Neuberechnung des versicherten Verdienstes zurückgewiesen wird. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, den Beschwerdeführenden eine Prozessentschädigung von je

Fr. 1'400.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Ueli Kieser - Unia  
Arbeitslosenkasse unter Beilage je einer Kopie von Urk. 10-11 - seco - Direktion für Arbeit  
- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

#### **E. 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich  
Der Vorsitzende  
Die Gerichtsschreiberin  
Mosimann  
Lienhard

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