



**Fall-Nr.:** AVI 2006/127  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 09.03.2020  
**Entscheiddatum:** 25.04.2007

### **Entscheid Versicherungsgericht, 25.04.2007**

**Art. 24 Abs. 3 AVIG: Erzielt eine versicherte Person mit einem Zwischenverdienst keinen orts- und branchenüblichen Lohn, ist dieser bis zu dem als orts- und branchenüblich zu qualifizierenden Ansatz anzuheben. Dabei ist ein berufs- und ortsüblicher Lohn sofort ab Beginn der Zwischenverdiensttätigkeit anzurechnen, und zwar selbst dann, wenn in den ersten Monaten dieser Arbeit noch kein nennenswertes Einkommen erzielt wird (Entscheid des Versicherungsgerichts St. Gallen vom 25. April 2007, AVI 2006/127).**

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie-Theres Rüegg Haltinner,

Versicherungsrichter Franz Schlauri; a.o. Gerichtsschreiber Bernhard Isenring

Entscheid vom 25. April 2007

In Sachen

K.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rainer Niedermann, Neugasse 55,

9000 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,



Beschwerdegegnerin,

betreffend

Zwischenverdienst

hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- Der 1950 geborene K.\_\_\_\_ gelangte mit Anmeldung vom 28. Januar 2004 an die Arbeitslosenversicherung und beantragte die Ausrichtung einer Arbeitslosenentschädigung per 1. Februar 2004 (act. G 3.4). In der Folge stellte sich allerdings heraus, dass das Arbeitsverhältnis mit seiner [ehemaligen] Arbeitgeberin, der A.\_\_\_\_ AG, bis zum 31. März 2004 gedauert bzw. der Versicherte seinen Lohn infolge Krankheit bis zu diesem Zeitpunkt weiterhin erhalten hat (act. G 3.10). Das Eintrittsdatum des Versicherten wurde beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (im Folgenden: RAV) daher auf den 1. April 2004 terminiert (act. G 3.20). Ab Mai 2004 war der Versicherte bei der B.\_\_\_\_ AG in C.\_\_\_\_ beschäftigt. In diesem Zusammenhang hiess das RAV ein Gesuch des Versicherten um Einarbeitungszuschüsse gut (act. G 3.19). Die B.\_\_\_\_ AG kündigte das Arbeitsverhältnis allerdings auf den 31. Dezember 2004 und stellte den Versicherten am 4. November 2004 frei. In der Folge reichte dieser bei der Arbeitslosenkasse erneut einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ein (act. G 3.38).

B.- Am 16. August 2005 schloss der Versicherte mit der E.\_\_\_\_ ag, Teufen, einen unbefristeten, ab 22. September 2005 gültigen Arbeitsvertrag (Handelsreisendenvertrag) ab, der eine ausschliesslich auf Provisionsbasis entlohnte Tätigkeit als Aussendienstmitarbeiter vorsah (act. G 3.48). Mit Schreiben vom 28. Oktober 2005 stellte der Versicherte bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse einen "Antrag auf Aufnahme in den Zwischenverdienst" und zwar für die Monate November und Dezember 2005 sowie Januar 2006 (act. G 3.59). Mit E-Mail vom 28. Oktober teilte der Leiter der Arbeitslosenkasse dem Versicherten mit, dass er ihm anlässlich eines am Vortag geführten Telefongesprächs klar abgeraten habe, eine Arbeit auf reiner Provisionsbasis anzunehmen, da die dabei aufgewendeten Stunden meistens in keinem [vernünftigen] Verhältnis zum erwirtschafteten Einkommen stünden, was in der



## St.Galler Gerichte

Regel dazu führe, dass ein orts- und branchenüblicher Lohn angerechnet werden müsse (act. G 3.60).

C.- a) Mit Schreiben vom 7. November 2005 beschwerte sich der Versicherte bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse darüber, dass ihm bis dahin kein Taggeld für den Monat Oktober 2005 ausbezahlt worden sei (act. G 3.63). Mit Schreiben vom 9. November 2005 teilte die Kantonale Arbeitslosenkasse dem Versicherten unter anderem mit, er erziele seit dem 17. Oktober 2005 einen Zwischenverdienst auf Provisionsbasis, weshalb ihm ein orts- und branchenüblicher Stundenlohn von Fr. 20.-- angerechnet werden müsse (act. G 3.64).

b) Mit Schreiben vom 30. Januar 2006 erhob der Versicherte bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse Einwendungen gegen die Abrechnungen für die Monate Oktober und November 2005 und verlangte eine entsprechende Verfügung (act. G 3.78), welche am 10. Februar 2006 erlassen wurde. Darin teilte die Kantonale Arbeitslosenkasse dem Versicherte erneut mit, es sei ihm ab Oktober 2005 ein orts- und branchenüblicher Stundenlohn von Fr. 20.-- angerechnet worden, da er seit diesem Zeitpunkt einem Zwischenverdienst auf Provisionsbasis nachgehe. Gemäss Arbeitsvertrag mit der E.\_\_\_\_ AG habe er sich verpflichtet, wöchentlich 40 Stunden für seine Arbeitgeberin zu arbeiten, was bei einem Monatssaldo von 160 Stunden einen anrechenbaren Zwischenverdienst von Fr. 3'200.-- ergebe. Die Abrechnungen würden daher keiner Korrektur unterzogen (act. G 3.82).

D.- a) Dagegen erhob der Rechtsvertreter des Versicherten am 6. März 2006 Einsprache mit den Anträgen, es sei die Verfügung vom 10. Februar 2006 vollumfänglich aufzuheben; bei der Berechnung des Zwischenverdienstes für die Monate ab Oktober 2005 sei auf die Anrechnung eines berufs- und ortsüblichen Lohnes zu verzichten; es seien dem Einsprecher die gesetzlichen Leistungen auszurichten; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Einsprachegegnerin (act. G 3.89). Zur Begründung wurde mit Eingabe vom 12. Mai 2006 im Wesentlichen geltend gemacht, der Versicherte habe in den Monaten Oktober und November 2005 kein Einkommen, sondern einen durch Material- und Warenkosten verursachten Verlust erzielt. Für den Dezember 2005 sei von einem anrechenbaren Zwischenverdienst von Fr. 1964.-- auszugehen (Bruttoeinkommen von Fr. 2'960.--



abzüglich Material- und Warenkosten von Fr. 505.-- sowie abzüglich eines Pauschalabzuges von 20%). Im Januar 2006 betrage der Zwischenverdienst Fr. 784.-- und im März 2006 Fr. 1376.--. Die Annahme eines orts- und branchenüblichen Lohnes von monatlich Fr. 3200.-- (bei 160 Stunden à Fr. 20.--) erweise sich als nicht gerechtfertigt, sei doch der Versicherte fälschlicherweise als unselbstständig statt als selbstständig erwerbstätig eingestuft worden. Aber selbst wenn man ihn – wie in der angefochtenen Verfügung erfolgt – als unselbstständig Erwerbstätigen einstufen würde, wäre die Annahme eines orts- und branchenüblichen Stundenlohnes von Fr 20.-- für einen Aussendienstmitarbeiter – zumindest für die Anfangsphase – viel zu hoch, da die Bandbreite der Einkommen bei dieser Berufsgruppe bekanntlich sehr gross sei. Des weitern sei auch die Multiplikation des orts- und branchenüblichen Stundenlohnes mit 160 Stunden klar unzulässig, da die im Arbeitsvertrag angegebenen 40 Arbeitsstunden pro Woche rein deklaratorischer Natur seien. Das auf Provisionsbasis vereinbarte Einkommen hänge allein vom Einsatz des Arbeitnehmers ab und dabei sei es dem Arbeitgeber völlig egal, wie viele Stunden jener letztlich arbeite. Ferner sei zu berücksichtigen, dass der Einsprecher einen Zwischenverdienst erziele, was bedeute, dass er weiterhin Arbeitsbemühungen nachweisen müsse. Gehe man nun – wie die Kantonale Arbeitslosenkasse – bei der Festlegung des anrechenbaren Zwischenverdienstes von einem vollen Arbeitspensum von 160 Stunden im Monat aus, so führe dies offensichtlich zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung von Arbeitslosen mit Zwischenverdienst gegenüber solchen ohne Zwischenverdienst, da letztere für die gleichen Suchbemühungen den ganzen Tag Zeit hätten. Es gehe denn auch aus den Bescheinigungen über den Zwischenverdienst hervor, dass der Versicherte nicht immer 40 Arbeitsstunden erreiche und zwar eben darum, weil er die erwähnten Arbeitsbemühungen erbringen und nachweisen müsse. Es sei insgesamt ungerecht, weshalb dem Versicherten für die gesamte Kontrollperiode Oktober 2005 ein Zwischenverdienst von Fr. 3200.-- angerechnet werde. Richtigerweise habe er für die ganze Kontrollperiode Oktober 2005 Anspruch auf ein volles Arbeitslosentaggeld. In Präzisierung der Rechtsbegehren [vom 6. März 2006] seien dem Versicherten für die Kontrollperiode Oktober 2005 die Arbeitslosentaggelder ungeschmälert auszurichten (act. G 3.99).

b) Mit Entscheid vom 20. Juli 2006 wies die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen die Einsprache ab. Der orts- und branchenübliche Stundenlohn von Fr. 20.-- bei einem



Aussendienstmitarbeiter sei vom Eidgenössischen Versicherungsgericht geschützt worden und erweise sich angesichts der allgemeinen Lohnentwicklung als eher tief. Aus dem SECO-Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung, Bern 2003, C 85 ff., gehe hervor, dass bereits ab Beginn der Tätigkeit ein orts- und branchenüblicher Lohn angerechnet werden müsse, selbst wenn in der Anfangsphase gar nichts verdient werde. Weiter sei nicht ersichtlich, weshalb der Versicherte als selbstständig Erwerbender betrachtet werden sollte. Dieser sei gegenüber der E.\_\_\_\_ AG klar weisungsgebunden und habe sich gemäss Arbeitsvertrag an eine fixe Arbeitszeit von 40 Stunden zu halten. Überdies müsse er seinem Arbeitgeber seine ganze Arbeitskraft zur Verfügung stellen. Insgesamt sei festzuhalten, dass ab der Kontrollperiode Oktober 2005 zu Recht von einem Zwischenverdienst von Fr. 20.-- pro Stunde, also Fr. 3'200.-- im Monat, ausgegangen worden sei (act. G 3.102).

E.- a) Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 14. September 2006 mit den Anträgen, es seien der Einspracheentscheid vom 20. Juli 2006 und mit ihm die Verfügung vom 10. Februar 2006 vollumfänglich aufzuheben; es sei bei der Berechnung des Zwischenverdienstes für die Monate ab Oktober 2005 auf die Anrechnung eines berufs- und ortsüblichen Lohnes zu verzichten; eventualiter sei die Sache zur weiteren Abklärung und Neuurteilung an die Verwaltung zurückzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Zur Begründung werden grösstenteils die in der Einsprache vom 6. März / 12. Mai 2006 vorgebrachten Argumente wiederholt, allerdings mit den nachfolgend – unter E. b) bis d) – dargelegten Ergänzungen (act. G 3.104 sowie act. G 1).

b) So wird geltend gemacht, der Beschwerdeführer habe seinen Berater beim RAV, D.\_\_\_\_, spätestens am 4. August 2005 anlässlich des Kontrolltermins darüber informiert, dass er eine Tätigkeit als Aussendienstmitarbeiter auf Provisionsbasis anstrebe und diesbezüglich mit der E.\_\_\_\_ AG in konkreten Vertragsverhandlungen stehe. D.\_\_\_\_ habe dann mit E-Mail vom 28. Oktober 2005 wahrheitswidrig behauptet, angeblich erst am 27. Oktober 2005 erfahren zu haben, dass der Beschwerdeführer bereits im September des gleichen Jahres einen Arbeitsvertrag mit der E.\_\_\_\_ AG abgeschlossen habe. Dem Beschwerdeführer sei denn auch erst am 27. Oktober 2005 (telefonisch) und am 28. Oktober 2005 (per E-Mail) durch den Leiter der Arbeitslosenkasse von der Annahme einer Arbeit auf reiner Provisionsbasis abgeraten worden, obwohl das RAV bereits



anfangs August 2005 von der geplanten Anstellung und der Art der Entlöhnung Kenntnis gehabt habe. Damit aber habe das RAV bzw. die Arbeitslosenkasse ihre Aufklärungspflicht gemäss Art. 27 Abs. 1 ATSG verletzt. Ebenfalls eine Verletzung von Art. 27 Abs. 1 ATSG sei darin zu sehen, dass dem Beschwerdeführer erst am 9. November 2005 mitgeteilt worden sei, dass in seinem Fall von einem orts- und branchenüblichen Lohn von Fr. 20.-- ausgegangen werden müsse. Allerdings sei auch in diesem Schreiben der Hinweis unterblieben, dass der Beschwerdeführer den Arbeitsvertrag mit der E.\_\_\_\_ AG sanktionslos kündigen könne. Im Vertrauen auf die unterlassene Auskunft sei der Beschwerdeführer den Arbeitsvertrag mit der E.\_\_\_\_ AG eingegangen bzw. habe eine Kündigung unterlassen. In diesem Vertrauen sei der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben zu schützen und unter Berücksichtigung der zweimonatigen Kündigungsfrist müsse eine Anrechnung des orts- und branchenüblichen Salärs bis mindestens Ende Januar 2006 unterbleiben.

c) Weiter wird erneut die Thematik der Unselbstständigkeit bzw. Selbstständigkeit aufgegriffen und ausgeführt, der Beschwerdeführer sei entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin als selbstständig Erwerbender zu betrachten. Dies ergebe sich zum einen daraus, dass er seine Arbeitszeit nach eigenem Ermessen einteilen könne und zum anderen daraus, dass er ausser der Provision keinen Lohn erhalte und sich der genaue Arbeitsort nach dem zugewiesenen Kundenkreis bestimme. Überdies trage der Beschwerdeführer das volle Inkassorisiko seines Arbeitgebers und habe die gesamte Infrastruktur (eigene Büroräumlichkeiten, PC, Telefon, Fax, Auto etc.) zur Verfügung zu stellen und letztlich selber zu berappen. Weiter trage er auch bei Krankheit die Karenzzeit von 30 Tagen selber. Gegenüber dieser faktischen Selbstständigkeit würde der Umstand, dass der Beschwerdeführer auf dem Papier weisungsgebunden sei, in den Hintergrund treten. Beim selbstständigen Zwischenverdienst gelte das Kriterium der Orts- und Berufsüblichkeit zwar auch, allerdings seien davon Abzüge gemäss dem Kreisschreiben [des SECO] über die Arbeitslosenentschädigung zulässig. Im Ergebnis ergebe sich beim Beschwerdeführer der Zwischenverdienst aus dem effektiv erzielten, durch die zulässigen Abzüge korrigierten Bruttoeinkommen.

d) Schliesslich wird für den Fall, dass der Beschwerdeführer doch als unselbstständig Erwerbender betrachtet werden sollte, geltend gemacht, die Anrechnung eines orts-



und branchenüblichen Stundenlohnes von Fr. 20.-- sei nicht gerechtfertigt. Dieser sei – zumindest für die Anfangsphase – für einen Aussendienstmitarbeiter viel zu hoch. Zudem sei die Multiplikation mit 160 Stunden unzulässig; die Angabe einer 40-Stunden-Woche sei rein deklaratorisch, weil das Einkommen allein vom Einsatz abhängt. Der Beschwerdeführer habe im Oktober und November 2005 überdies Stempelferien bezogen, um den Einstieg als Aussendienstmitarbeiter im Direktverkauf zu versuchen. Es sei auch unter diesem Gesichtspunkt ungereimt, wieso ihm für die gesamte Kontrollperiode Oktober 2005 ein Zwischenverdienst von Fr. 3200.-- angerechnet werde. Richtigerweise habe er für die ganze Kontrollperiode Oktober 2005 Anspruch auf ein volles Arbeitslosentaggeld. Der in den kontrollfreien Tagen erzielte Verdienst, der nach Abzug der Materialkosten ohnehin als Verlust geendet habe, dürfe jedenfalls nicht berücksichtigt werden bzw. sei als nicht zu berücksichtigender Nebenverdienst zu betrachten.

F.- Mit Schreiben vom 18. Oktober 2006 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Es bestehe kein Anlass, den Beschwerdeführer als selbstständig Erwerbenden zu betrachten, da sämtliche Kriterien, welche für einen Arbeitsvertrag bzw. für eine unselbstständige Tätigkeit sprechen würden, erfüllt seien. Der Beschwerdeführer sei weisungsgebunden, die Auflösung der ausgeübten Tätigkeit unterstehe den Kündigungsvorschriften nach Obligationenrecht, und im Arbeitsvertrag sei unter Ziffer 3.6 klar festgehalten, dass die notwendigen Arbeitsmaterialien vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt würden. Das vom Beschwerdeführer geltend gemachte Inkassorisiko liege lediglich in der Natur der Aussendiensttätigkeit, bei welcher die Höhe des Verdienstes vom Erfolg der getätigten Geschäfte abhängig sei. Ferner bestehe auch kein Grund, vom orts- und branchenüblichen Ansatz in der Höhe von Fr. 20.-- pro Stunde abzuweichen, vielmehr wäre in neuerer Zeit eher von einem höheren Verdienst pro Stunde auszugehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bestehe auch keine sog. Übergangsfrist zur Anrechnung des Zwischenverdienstes. Weiter sei die Arbeitslosenkasse ihrer Aufklärungspflicht vollumfänglich nachgekommen. Was die Information betreffend Kündigungsmöglichkeit anbelange, so sei zu beachten, dass der Beschwerdeführer seine Tätigkeit bis zum heutigen Zeitpunkt (knapp 1 Jahr nach erteilter Auskunft) weiterführe. Schliesslich würden auch die erwähnten [Stempel-] Ferien vom 17. Oktober bis zum 4. November 2005 an der Anrechnung des Zwischenverdienstes nichts ändern (act. G 3).



G.- Mit Replik vom 24. November 2006 machte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers geltend, die Sach- und Rechtslage in der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin werde vollumfänglich bestritten und an der Beschwerde vom 14. September 2006 festgehalten. Bezüglich Frage der Selbstständigkeit bzw. Unselbstständigkeit des Beschwerdeführers wird erneut geltend gemacht, die Ansicht der Beschwerdegegnerin gehe fehl, insbesondere werde dem Beschwerdeführer gemäss Ziff. 3.6 des Arbeitsvertrages lediglich das Werbematerial zur Verfügung gestellt, die gesamte Infrastruktur müsse jedoch von ihm bereitgestellt und berappt werden. Ein Arbeitsverhältnis bestehe somit nur zum Schein, faktisch aber trage der Beschwerdeführer das volle Unternehmerrisiko eines Selbstständigerwerbenden. Überdies verstricke sich die Beschwerdegegnerin in einen unauflösbaren Widerspruch, wenn sie sich auf die Orts- und Branchenüblichkeit des Lohnansatzes von Fr. 20.-- pro Stunde berufe, ohne dabei die gebotene Prüfung des Einzelfalls vorzunehmen. Weiter sei das von der Beschwerdegegnerin angerufene EVG-Urteil (ARV 1998 Nr. 33) nicht auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar. Der im Bereich der Finanzberatung angemessene berufs- und ortsübliche Stundenansatz von Fr. 20.-- lasse sich nicht auf die vom Beschwerdeführer vorzunehmende Akquirierung von Internet-Werbeaufträgen anwenden, da bei dieser von einem erheblich tieferen berufs- und ortsüblichen Stundenansatz auszugehen sei. Unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes sei anzumerken, dass sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf den Vertragsabschluss für eine Provisionstätigkeit bereits am 6. August 2005 mit dem RAV-Berater besprochen habe und dieser ihm weder von der Annahme einer auf Provisionsbasis entlohnter Tätigkeit abgeraten noch über eine allfällige Anrechnung des orts- und branchenüblichen Lohns informiert habe. Der Beschwerdeführer sei dann nach erfolgter Information am 28. Oktober bzw. 9. November 2005 vor der Wahl gestanden, die begonnene Tätigkeit unter Verlust der getätigten Investitionen aufzugeben oder seine Tätigkeit weiterzuführen und nach einer kurzen Durststrecke auf den Erfolg zu hoffen. In Anbetracht seines Alters von 55 Jahren und der Arbeitsmarktsituation habe er sich für letzteres entschieden. Entscheidend sei allerdings, dass er bei frühzeitiger und pflichtgemässer Aufklärung durch das RAV im August 2006 [recte: August 2005] den Vertrag mit der E.\_\_\_\_ AG gar nicht geschlossen hätte und sich folglich auch die Investitionen hätte ersparen können (act. G 7).



H.- Die Beschwerdegegnerin verzichtete mit Schreiben vom 30. November 2006 auf die Einreichung einer Duplik (act. G 9).

II.

1.- a) Streitgegenstand bildet der für die Verdienstausschlagberechnung nach Art. 24 Abs. 3 AVIG massgebende Zwischenverdienst aus der Tätigkeit des Beschwerdeführers als Aussendienstmitarbeiter für die E. \_\_\_ ag. Umstritten ist dabei insbesondere, ob der Beschwerdeführer als selbstständig oder unselbstständig Erwerbender zu qualifizieren ist und – sofern letzteres bejaht werden sollte – die Höhe des anrechenbaren orts- und branchenüblichen Lohnes.

b) Unbestritten ist demgegenüber, dass die vom Beschwerdeführer ausgeübte Tätigkeit in Anbetracht des versicherten Verdienstes von Fr. 6'300.-- (act. G 3.17) dessen Arbeitslosigkeit nicht beendet hat und folglich als Zwischenverdienst zu betrachten ist.

2.- a) Durch die Ausübung eines Zwischenverdienstes gemäss Art. 24 AVIG trägt die versicherte Person zur Schadenminderung, zur Erhaltung ihrer Arbeitsqualifikation und zum Aufbau neuer Beitragszeiten für spätere Rahmenfristen bei (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, Rz 408, in: ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel/Genf/ München 2007). Als Zwischenverdienst gilt dabei jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die versicherte Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die Ausübung eines Zwischenverdienstes beendet die Arbeitslosigkeit allerdings nicht, was bedeutet, dass der Versicherte während der Dauer eines Zwischenverdienstes grundsätzlich sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllen muss (NUSSBAUMER, a.a.O., Rz 425).

b) Der Versicherte hat gestützt auf Art. 24 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Ersatz des Verdienstausschlags, wobei darunter die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode tatsächlich erzielten Zwischenverdienst – mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit – und dem versicherten Verdienst zu verstehen ist (Art. 24 Abs. 3 Satz 1 AVIG). Sinn und Zweck der Entschädigung des



Verdienstauffalls ist es, Anreiz für die Annahme von Arbeiten zu schaffen, selbst wenn diese zu weniger als 70% des versicherten Verdienstes entlohnt werden (BGE 125 V 490 Erw. 4c/cc). Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung soll aber verhindert werden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne eines Lohndumpings einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (BGE 129 V 103 Erw. 3.3, 120 V 245 Erw. 3c; ARV 1998 Nr. 33 S. 181 Erw. 2; vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 2. Juli 1980 zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [BBI 1980 III 489 ff.] S. 581 sowie BBI 1989 III 390 f.). Bei im Bereich der Finanzberatung (Versicherungen, Vorsorge etc.) tätigen Arbeitnehmern im Aussendienst, welche umsatzbezogen (auf Provisionsbasis) entlohnt werden, hat das Bundesgericht (bis 31. Dezember 2006: Eidgenössisches Versicherungsgericht) in ständiger Rechtsprechung den von den Arbeitslosenkassen bei der Verdienstauffallberechnung nach Art. 24 Abs. 3 AVIG regelmässig angewendeten berufs- und ortsüblichen Stundenansatz von mindestens Fr. 20.-- als angemessen bezeichnet oder zumindest nicht beanstandet (ARV 2002 Nr. 13 [C 135/98] S. 110 Erw. 5, 1998 Nr. 33 S. 183 Erw. 3c, Urteile vom 9. März 2006 i.S. B. [C 225/05], Erw. 4.3; vom 30. April 2003 i.S. K. [C 227/01], Erw. 3.2.4; vom 17. Mai 2000 i.S. S. [C 314/99], Erw. 1c sowie nicht veröffentlichte Urteile vom 27. November 1997 i.S. B. [C 266/97]; vom 4. Juli 1997 i.S. L. [C 181/96]; vom 13. Juni 1995 i.S. D. [C 102/95], Erw. 2). Gemäss Rz C95 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung (KS-ALE von 2003) - entspricht Rz C134 KS-ALE von 2007 - liegt bei umsatzbezogener Entlohnung (Provision) keine berufs- und ortsübliche Entlohnung vor, wenn die versicherte Person einen Verdienst erzielt, der nicht annähernd der Arbeitsleistung entspricht (vgl. auch Urteil vom 13. Oktober 2006 i.S. R. [C 139/06], Erw. 2.1). Die Missbrauchsklausel ("mindestens aber den berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit") des Art. 24 Abs. 3 AVIG ist denn auch bei erfolgsabhängigen Entschädigungssystemen anwendbar (Urteile vom 12. September 2005 i.S. V. [C 154/05], Erw. 4.1.2 in fine und vom 13. Oktober 2006 i.S. R. [C 139/06], Erw. 4.).

c) Dabei ist ein berufs- und ortsüblicher Lohn sofort ab Beginn der Zwischenverdiensttätigkeit anzurechnen, und zwar selbst dann, wenn in den ersten Monaten dieser Arbeit noch kein nennenswertes Einkommen erzielt wird. Selbst wenn



diese Praxis im Einzelfall als unbillig erscheinen mag, ist sie nach höchstrichterlicher Rechtsprechung mit der angestrebten Zielsetzung der Zwischenverdienstregelung gerechtfertigt. Denn mit dem Differenzausgleich soll die Annahme lohnmässig unzumutbarer Arbeiten nur solange gefördert werden, als damit nicht zugleich branchenunüblich niedrige Entlöhnungen verbunden sind. Für die Folgen einer aus freien Stücken, d.h. ohne amtliche Zuweisung, aufgenommenen Tätigkeit mit unüblich tiefem Entgelt hat die Arbeitslosenkasse nicht einzustehen (Urteil vom 12. Oktober 2006 i.S. F. [C 316/05] Erw. 2.2; NUSSBAUMER, a.a.O., Rz 422).

d) Auch bei einem selbstständigen Zwischenverdienst gilt das Kriterium der Orts- und Berufsüblichkeit. Zu deren Bestimmung sind vom Bruttoeinkommen die nachgewiesenen Material- und Warenkosten abzuziehen und der verbleibende Betrag wird pauschal um 20% – für die übrigen berufsbedingten Auslagen – gekürzt (Art. 41a Abs. 5 AVIV).

3.- a) Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, er sei von der Arbeitslosenkasse zu Unrecht als unselbstständig Erwerbender eingestuft worden.

b) Der Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit kommt vor allem im Recht der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) Bedeutung zu, denn danach bestimmen sich namentlich die Höhe des Beitragssatzes, die Frage, ob der Arbeitgeber die Hälfte des Beitrages zu übernehmen hat, das Bezugsverfahren sowie die Zulässigkeit der Beitragsherabsetzung (UELI KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rz 92, in: ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2007). Es erscheint sachgerecht, die im AHV-Recht entwickelten Abgrenzungskriterien auf den vorliegend zu beurteilenden Fall anzuwenden. Die Frage, ob eine selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, beurteilt sich demgemäss nicht aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien; entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein. Als unselbstständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein



spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Aus diesen Grundsätzen allein lassen sich indessen noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die Stellung eines Erwerbstätigen jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zutage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 119 V 162 Erw. 2 mit Hinweisen). Die Unterscheidung des Selbstständigerwerbenden vom Unselbstständigerwerbenden beruht auf einer unabhängigen Begriffsbildung (ADLER, Problèmes de qualification contractuelle et leurs répercussions sur les assurances sociales. L'exemple des journalistes de la presse écrite, in: Droit privé et assurances sociales, Enseignement de 3e cycle de droit 1989, p. 23), die sich insbesondere mit dem, was üblicherweise unter einem (Un)-Selbstständigen verstanden werden mag, nicht zu decken braucht (nicht veröffentlichtes Urteil i.S. B. vom 1. Dezember 1982). In diesem Sinne ist bei einem Versicherten, der gleichzeitig mehrere Tätigkeiten ausübt, jedes Erwerbseinkommen dahingehend zu prüfen, ob es aus selbstständiger oder unselbstständiger Erwerbstätigkeit stammt, selbst wenn die Arbeiten für eine und dieselbe Firma vorgenommen werden (BGE 104 V 126; ZAK 1979 S. 146).

c) Charakteristische Merkmale einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sind die Vornahme erheblicher Investitionen, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten sowie die Beschäftigung von eigenem Personal (BGE 119 V 163 Erw. 3b). Das spezifische Unternehmerrisiko besteht dabei darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die der Versicherte selber zu tragen hat (ZAK 1986 S. 333 Erw. 2d, 121 Erw. 2b). Für die Annahme selbstständiger Erwerbstätigkeit spricht sodann die gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Gesellschaften in eigenem Namen, ohne indessen von diesen abhängig zu sein (ZAK 1982 S. 215). Massgebend ist dabei nicht die rechtliche Möglichkeit, Arbeiten von mehreren Auftraggebern anzunehmen, sondern die tatsächliche Auftragslage (vgl. ZAK 1982 S. 186 Erw. 2b). Nach einem Teil der Lehre führen auch arbeitsvertragliche Bestimmungen, die eine ausschliessliche Entlohnung nach Provisionen vorsehen und nicht einmal eine minimale Sicherung garantieren, zur Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (vgl. dazu THOMAS FAESI, Arbeitslosenentschädigung und Zwischenverdienst, Diss. Zürich 1999, S. 303 f.).



d) Von unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist demgegenüber auszugehen, wenn – wie bereits angedeutet – die für den Arbeitsvertrag typischen Merkmale vorliegen, d.h. wenn der Versicherte Dienst auf Zeit zu leisten hat, wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig und während der Arbeitszeit auch in dessen Betrieb eingeordnet ist, praktisch also keine andere Erwerbstätigkeit ausüben kann (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, S. 39 ff.; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/1, S. 306). Indizien dafür sind das Vorliegen eines bestimmten Arbeitsplans, die Notwendigkeit, über den Stand der Arbeiten Bericht zu erstatten, sowie das Angewiesensein auf die Infrastruktur am Arbeitsort (ZAK 1982 S. 185). Das wirtschaftliche Risiko des Versicherten erschöpft sich diesfalls in der (alleinigen) Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg (ZAK 1986 S. 121 Erw. 2b, S. 333 Erw. 2d) oder, bei einer regelmässig ausgeübten Tätigkeit, darin, dass bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine ähnliche Situation eintritt, wie dies beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist (BGE 119 V 163 Erw. 3b; vgl. zum Ganzen auch BGE 122 V 169, Erw. 3 sowie LGVE 2004 II Nr. 35).

e) Für die Annahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit spricht im vorliegend zu beurteilenden Fall, dass der Beschwerdeführer Weisungen seiner Arbeitgeberin – dazu gehören insbesondere auch Weisungen betreffend Kundenkreis – ausnahmslos zu beachten hat sowie verpflichtet ist, ihr wöchentlich Bericht über die abgeschlossenen Verträge zu erstatten. Überdies muss er die E.\_\_\_\_ AG stets über den allgemeinen Geschäftsgang auf dem Laufenden halten. In diesem Zusammenhang ist auch das vertraglich vereinbarte Recht der E.\_\_\_\_ AG zu beachten, vom Beschwerdeführer jederzeit detaillierte Tages- und/oder Wochenrapporte einzufordern, aus denen insbesondere die besuchten Kunden mit Name, Adresse, Besuchzeit etc. hervorgehen müssen. Überdies ist der Beschwerdeführer verpflichtet, seine ganze Arbeitskraft der E.\_\_\_\_ AG zur Verfügung zu stellen und bedarf für entgeltliche sowie gewisse unentgeltliche Nebentätigkeiten der vorgängigen schriftlichen Bewilligung seiner Arbeitgeberin. Er ist also, was für eine selbstständige Erwerbstätigkeit typisch wäre, nicht für verschiedene Gesellschaften tätig. Schliesslich tritt er auch nicht in eigenem, sondern im Namen der E.\_\_\_\_ AG auf und indirekt – via zugewiesenem Kundenkreis – bestimmt die Arbeitgeberin des Beschwerdeführers auch dessen Arbeitsort. Für die Annahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit spricht ferner die Tatsache, dass dem Beschwerdeführer von der E.\_\_\_\_ AG für den Fall unverschuldeter



Arbeitsverhinderung eine Lohnfortzahlung vertraglich zugesichert worden ist. Die Vereinbarung einer Karenzzeit im Falle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, während der ein Arbeitnehmer keine Lohnzahlungen erhält, ist nicht aussergewöhnlich und spricht jedenfalls nicht für die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit. Karenzfristen sind mitunter auch gesetzlich vorgesehen, so etwa in Art. 324a Abs. 1 OR bei unbefristeten Arbeitsverträgen. Nicht gefolgt werden kann schliesslich der vom Beschwerdeführer vertretenen Ansicht, es sei der E. \_\_\_ AG letztlich "egal", wie viele Stunden er arbeite und die arbeitsvertraglich fixierten 40 Stunden seien lediglich "deklaratorischer Natur". Diese Sichtweise findet jedenfalls keine Entsprechung in der im Arbeitsvertrag gewählten Formulierung. So heisst es nicht, der Beschwerdeführer habe "ca." oder "ungefähr" 40 Stunden pro Woche zu arbeiten, sondern es ist das Wort "mindestens" gewählt, was nach allgemeinem Sprachgebrauch bedeutet, dass der Beschwerdeführer ohne weiteres mehr, keinesfalls aber weniger arbeiten kann und darf. Frei ist er somit lediglich in der Aufteilung der 40 Stunden auf die einzelnen Wochentage bzw. in der Einteilung seiner täglichen Arbeitszeit sowie darin, mehr Stunden pro Woche zu arbeiten als vertraglich vorgesehen.

f) Für die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit spricht demgegenüber die Tatsache, dass der Beschwerdeführer durch das gewählte Entlohnungssystem – sein Lohn basiert ausschliesslich auf Provisionen – in gewissem Sinne das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit selber trägt und ihm bestimmte Kosten unabhängig davon entstehen, ob er mit Erfolg arbeitet oder nicht. Ein mit Vertragsabschluss entstandener Entschädigungsanspruch fällt nämlich nachträglich dahin, wenn das fragliche Geschäft von der Arbeitgeberin ohne ihr Verschulden nicht ausgeführt wird oder die Vertragserfüllung seitens des Kunden nicht stattfindet. Der Beschwerdeführer macht überdies geltend, er habe die gesamte Infrastruktur für seine Tätigkeit selber zur Verfügung stellen und berappen müssen. Für den Handelsreisenden ist es allerdings gerade typisch, dass er ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers – gegebenenfalls auch in eigenen Büroräumlichkeiten – tätig ist. Ferner ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag vom 16. August 2005, dass von den 26% des Nettorechnungsbetrages, den der Beschwerdeführer pro Vertragsabschluss erhält, 10,4% als Auslagenersatz (Spesen) gedacht sind. Damit werden aber die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Auslagen von seiner Arbeitgeberin zumindest teilweise rückerstattet. Diese Annahme wird auch durch die Lohnabrechnungen der



E.\_\_\_\_ AG gestützt (act. G 3.95). Demnach wurden dem Beschwerdeführer im Monat Oktober 2005 Spesen im Betrag von Fr. 296.40, im Dezember 2005 bzw. Januar 2006 im Betrag von Fr. 889.20 bzw. Fr. 296.40 und im Februar 2006 gar Spesen im Betrag von Fr 1'778.40 vergütet. Nun könnte eingewendet werden, mit den genannten Spesen würden nicht die insgesamt entstandenen Auslagen sondern nur die Unkosten der fraglichen Geschäftsabschlüsse gedeckt. Diese Schlussfolgerung ist insofern nahe liegend, als der Auslagenersatz einen Teil des pro Vertragsabschluss verdienten Lohnes ausmacht. Diesbezüglich gilt es aber zu beachten, dass mit zunehmender Erfahrung und Routine der zeitliche und damit auch finanzielle Aufwand für den Beschwerdeführer pro abgeschlossenem Geschäft sinkt, der Spesenanteil am Lohn mit 10,4 % aber konstant bleibt. Das bedeutet, dass mit der Zeit ein Teil der Spesenentschädigung auch für die Tragung der allgemeinen Infrastrukturkosten, mithin für die geltend gemachten Kosten für Geräte und Büroräumlichkeiten, verwendet werden kann.

g) Da beim Beschwerdeführer sowohl Merkmale eines selbstständig als auch eines unselbstständig Erwerbenden vorliegen, ist rechtsprechungsgemäss eine Gewichtung der einzelnen Merkmale vorzunehmen. Dabei vermag die enge Einbindung in die Arbeitsorganisation der E.\_\_\_\_ AG – welche namentlich in der absoluten Weisungsgebundenheit, in der ausschliesslichen Tätigkeit für die Arbeitgeberin, in der regelmässigen Berichterstattungspflicht sowie in der Verpflichtung zum Abschluss der Geschäfte in deren Namen besteht – das für die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sprechende Argument der (teilweisen) Tragung des wirtschaftlichen Risikos der Tätigkeit in den Hintergrund zu drängen. Ebenfalls gegen die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit spricht der Umstand, dass der Beschwerdeführer von der E.\_\_\_\_ AG eine monatliche Spesenentschädigung erhält (act. G 3.95). Im Ergebnis überwiegen jene Kriterien, welche den Beschwerdeführer als unselbstständig Erwerbenden qualifizieren und folglich ist der Ansicht der Beschwerdegegnerin zu folgen, wonach der Beschwerdeführer als unselbstständiger Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation der E.\_\_\_\_ AG eingegliedert ist und dabei – für einen Handelsreisenden üblich und typisch – seine Arbeit ausserhalb der Räumlichkeiten der Arbeitgeberin erbringt, was naturgemäss zu einem – verglichen mit einem "normalen" Arbeitnehmer – geringeren Mass an unmittelbarer Kontrolle seitens des Arbeitgebers führt.



4.- a) Der Beschwerdeführer wendet sich im Weiteren gegen die Annahme eines orts- und branchenüblichen Stundenlohnes von Fr. 20.--. Dieser sei – zumindest in der Anfangsphase – zu hoch. Überdies lasse sich der von der Beschwerdegegnerin herangezogene Entscheid des Bundesgerichts [ARV 1998 Nr. 33] nicht auf den vorliegenden Fall anwenden.

b) Der Beschwerdeführer hat gemäss der von ihm selber ausgefüllten "Bescheinigung über Zwischenverdienst" im Oktober 2005 mit seiner Tätigkeit als Aussendienstmitarbeiter für die E.\_\_\_\_ AG ein Brutto-Einkommen von Fr. 740.-- erzielt. Diesen Einnahmen standen allerdings Ausgaben in der Höhe von Fr. 1'211.50 gegenüber, womit der Beschwerdeführer durch seine Zwischenverdienst-Tätigkeit einen Verlust von Fr. 471.50 erwirtschaftet hat (act. G 3.69). Auch für den Monat November 2005 hat der Beschwerdeführer einen Verlust ausgewiesen (act. G 3.68). Im Dezember 2005 ergab sich demgegenüber erstmals ein positives Ergebnis und zwar in Form eines selbstdeklarierten anrechenbaren Einkommens von Fr. 1'964.-- (act. G 3.72). Diese Zahlen sind allerdings insofern nicht zutreffend, als der Beschwerdeführer, wie eben dargelegt, als unselbstständig Erwerbender zu betrachten ist und damit vom Bruttoeinkommen weder Abzüge für Material- und Warenkosten noch ein Pauschalabzug von 20% vorgenommen werden dürfen. Angebracht erscheint an dieser Stelle auch nochmals der Hinweis, dass dem Beschwerdeführer für die vorliegend interessierenden Monate von seiner Arbeitgeberin Spesenentschädigungen im Umfang zwischen Fr. 1'778.40 (Februar 2006) und Fr. 296.40 (Januar 2006 und Oktober 2005) ausgerichtet worden sind. Auszugehen ist damit von folgenden Brutto-Einkommen gemäss Lohnabrechnungen der E.\_\_\_\_ AG (act. G 3.95) bzw. – soweit diese nicht verfügbar sind – gemäss der Selbstdeklaration des Beschwerdeführers: Oktober 2005: Fr. 478.20.--; November 2005: Fr. 0.-- (act. G 3.68 und act. G 3.73), Dezember 2005: Fr. 1'559.10.--; Januar 2006: Fr. 610.65.--; Februar 2006: Fr. 2928.90; März 2006: Fr. 2'220.-- (act. G 3.94).

c) In Anbetracht der eben aufgeführten Einkommensverhältnisse vermochte der Beschwerdeführer durch seine unselbstständige Tätigkeit als Aussendienstmitarbeiter für die E.\_\_\_\_ AG ab Oktober 2005 zweifelsohne keinen Zwischenverdienst zu erzielen, der dem orts- und berufsüblichen Ansatz für Aussendienstmitarbeiter entsprechen würde. So steht etwa der im Oktober 2005 erzielte Verdienst von Fr. 478.20 in keinem



vernünftigen Verhältnis zu den aufgewendeten 127 Arbeitsstunden (act. G 3.69) oder anders gesagt, der im Oktober 2005 erzielte Stundenlohn von Fr. 3.75 ist bei Weitem nicht orts- und berufsüblich. Die Beschwerdegegnerin hat damit zu Recht den vom Beschwerdeführer effektiv erzielten Lohn betragsmässig bis zu dem als berufs- und ortsüblich zu qualifizierenden Ansatz angehoben. Rechtsprechungsgemäss wurde dem Beschwerdeführer auch keine Übergangszeit gewährt sondern der berufs- und ortsübliche Ansatz von Beginn an – mithin ab Oktober 2005 – berücksichtigt (vgl. vorne Erw. 2c).

d) Auch der von der Beschwerdegegnerin gewählte Ansatz von Fr. 20.-- pro Stunde bzw. Fr. 3200.-- pro Monat erweist sich nicht als unrealistisch hoch. Der Beschwerdeführer hat im Februar 2006 immerhin ein Bruttoeinkommen von Fr. 2928.90.-- (act. G 3.95) erzielt, was bei 160 Arbeitsstunden pro Monat einem Stundenlohn von Fr. 18.30 entspricht. Gemäss Selbstdeklaration hat der Beschwerdeführer im Monat Februar 2006 effektiv allerdings nur 136 Stunden gearbeitet (act. G 3.84), was einen Stundenlohn von Fr. 21.50 brutto ergibt. Es kann somit nicht gesagt werden, ein Stundenansatz von Fr. 20.-- (brutto) sei viel zu hoch bzw. nicht orts- und branchenüblich. Auch der Vorwurf des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers, die orts- und branchenüblichen Verhältnisse seien im konkreten Fall gar nicht abgeklärt worden, erweist sich vor diesem Hintergrund als unbegründet. Ein Ansatz von Fr. 20.-- lässt sich vielmehr mit der vom Beschwerdeführer ausgeübten Aussendiensttätigkeit für die E.\_\_\_\_ AG durchaus erreichen, wofür der Beschwerdeführer im Monat Februar 2006 mit einem effektiv erzielten Brutto-Stundenlohn von Fr. 21.50 gleich selber den Beweis erbracht hat. Der von der Beschwerdegegnerin gewählte Stundenansatz von Fr. 20.-- erweist sich sogar als eher tief angesetzt. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hat jedenfalls mit Urteil vom 10. November 2004 i.S. R. [AL.2004.00056] bei einem Handelsreisenden einen orts- und branchenüblichen Bruttolohn von Fr. 27.-- pro Stunde nicht beanstandet.

5.- a) Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wendet sich im Weiteren gegen die Annahme einer 40-Stunden-Woche, da die im Arbeitsvertrag mit der E.\_\_\_\_ AG genannten 40 Arbeitsstunden lediglich "deklaratorischer Natur" seien. Zu berücksichtigen sei aber auch, dass der Beschwerdeführer während der fraglichen Zeit



## St.Galler Gerichte

– d.h. im Oktober und November 2005 – zwecks Einarbeitung Stempelferien bezogen habe.

b) Wie bereits dargelegt, ist dem Beschwerdeführer von seiner Arbeitgeberin, der E.\_\_\_\_ ag, mit Arbeitsvertrag vom 16. August 2005 eine Mindestarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche verbindlich vorgeschrieben worden. Die Ansicht des Beschwerdeführers, wonach die im Arbeitsvertrag genannten 40 Stunden lediglich "deklaratorischer Natur" seien und es der E.\_\_\_\_ AG letztlich "egal" sei, wie viele Stunden er effektiv arbeite, findet im Wortlaut des Vertrages keine Stütze. Es ist daher der Beschwerdegegnerin unter diesem Aspekt nicht zum Vorwurf zu machen, dass sie bei der Berechnung des Zwischenverdienstes des Beschwerdeführers eine monatliche Arbeitszeit von 160 Stunden angenommen hat.

c) "Stempelferien" bzw. – nach neuer Terminologie – "kontrollfreie Tage" bewirken, dass der Versicherte nicht vermittlungsfähig sein und sich nicht um Arbeit bemühen muss, jedoch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 AVIG zu erfüllen hat (vgl. Art. 27 Abs. 1 AVIV sowie NUSSBAUMER, a.a.O., Rz 320). Gemäss Art. 27 Abs. 4 AVIV hat der Versicherte, der während eines Zwischenverdienstes ihm nach Arbeitsvertrag zustehende Ferien bezieht, auch für diese Zeit Anspruch auf Zahlungen nach Art. 41a AVIV, also Anspruch auf Kompensationszahlungen. Im Arbeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der E.\_\_\_\_ AG ist unter Ziffer 3.5 "Ferien" vermerkt, dass ein Anspruch auf vier Wochen Ferien pro Jahr bestehe und der Anspruch auf Ferienentschädigung durch einen besonderen Provisionszuschlag von 1,2 % vollständig abgegolten sei (act. G 3.48). Es ist aufgrund der arbeitsvertraglichen Vereinbarung, wonach die E.\_\_\_\_ AG dem Beschwerdeführer durch den erwähnten Provisionszuschlag gewissermassen einen Ferienlohn gewährt, sachgerecht, auch während der Ferientage den durch den Zwischenverdienst effektiv erzielten, mindestens aber einen orts- und branchenüblichen Lohn, anzurechnen, erhält doch der Beschwerdeführer durch den erwähnten Provisionszuschlag auch während der Dauer seiner Ferien einen Lohn "ausbezahlt". Erweist sich dabei der effektiv erzielte Lohn als nicht orts- und branchenüblich, ist er bis zur Höhe eines orts- und branchenüblichen Lohnes anzuheben, wobei der von der Beschwerdegegnerin gewählte Ansatz von Fr. 20.-- pro Stunde – wie bereits dargelegt – nicht zu beanstanden ist.



6.- a) Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht zutreffend geltend, ein Arbeitsloser im Zwischenverdienst müsse grundsätzlich weiterhin sämtliche Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung erfüllen. Er erkennt darin eine Ungleichbehandlung mit Arbeitslosen, welche sich nicht im Zwischenverdienst befinden. Sinngemäss bringt er vor, diese hätten den ganzen Tag Zeit für ihre Stellensuche, während die sich im Zwischenverdienst befindenden Versicherten ihre Stellensuche zusätzlich zu ihrem Arbeitspensum erledigen müssten. Auch vor diesem Hintergrund sei es nicht statthaft, beim Beschwerdeführer von einer 40-Stunden-Woche bzw. von 160 Arbeitsstunden pro Monat auszugehen; aus den "Bescheinigungen über den Zwischenverdienst" gehe nämlich hervor, dass der Beschwerdeführer wegen der Zeit, die er für die Stellensuche benötigte, teilweise das Soll von 40 Arbeitsstunden pro Woche nicht erreicht habe.

b) Der Beschwerdeführer hat gemäss den "Bescheinigungen über Zwischenverdienst" die vertraglich vorgegebene Monatsarbeitszeit tatsächlich nur im Monat November 2005 mit 176 Stunden (act. G 3.68) erreicht bzw. überschritten. Demgegenüber arbeitete er im Oktober 2005 nur 127 Stunden (act. G 3.69), im Dezember 2005 lediglich 132 Stunden (act. G 3.72) und im Januar 2006 gar nur 96 Stunden (act. G 3.77). Für den Monat Februar 2006 wies er 136 Stunden (act. G 3.84) und für den März 2006 144 Stunden aus (act. G 3.94).

c) Es ist nicht zu verkennen, dass einer arbeitslosen Person im Zwischenverdienst durch die weiterhin auszuweisenden Stellenbemühungen eine Mehrbelastung erwächst und ihr insgesamt etwas weniger Zeit für die Stellensuche zur Verfügung steht als einer arbeitslosen Person ohne Zwischenverdienst. Eine Berücksichtigung dieser Mehrbelastung bei der Berechnung des orts- und branchenüblichen Monatslohnes ist allerdings weder in Art. 24 AVIG noch in Art. 41a AVIV vorgesehen und gerade bei der beim Beschwerdeführer in Frage stehenden Tätigkeit auch nicht angezeigt. Dieser ist nämlich als Aussendienstmitarbeiter in der Lage, die von ihm arbeitsvertraglich geforderten 40 Arbeitsstunden pro Woche nach seinem Belieben auf die einzelnen Wochentage zu verteilen und darüber hinaus ist er auch in der Aufteilung seiner täglichen Arbeitszeit frei. Dem Arbeitsvertrag mit der E.\_\_\_\_ AG lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, dass dem Beschwerdeführer fixe Arbeitszeiten vorgegeben wären. Wann dieser seine Arbeit verrichtet, ist für die E.\_\_\_\_ AG mithin nicht von Bedeutung,



entscheidend ist lediglich, dass die Mindestarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche eingehalten wird. Es ist vom Beschwerdeführer demgemäss zu fordern und zu erwarten, dass ihm durch eine flexible und den Umständen angepasste Einteilung seiner Wochenarbeitszeit genügend Zeit für seine Stellensuche verbleibt. Dass dies grundsätzlich möglich ist, belegen die für den Monat November 2005 ausgewiesenen 176 Arbeitsstunden. Im Übrigen fehlen auch jegliche Belege für die Behauptung, der Beschwerdeführer habe die arbeitsvertraglich geforderten 160 Arbeitsstunden in den Monaten Oktober und Dezember 2005 sowie Januar, Februar und März 2006 ausschliesslich infolge einer durch die Stellensuche bedingten Mehrbelastung verfehlt.

7.- a) Bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin ihrer Aufklärungspflicht gemäss Art. 27 Abs. 1 ATSG in rechtsgenügender Weise nachgekommen ist bzw. ob sich der Beschwerdeführer auf Vertrauensschutz berufen kann. Dieser macht jedenfalls geltend, er habe bereits anfangs August 2005 seinen Berater beim RAV, D.\_\_\_\_, darüber informiert, dass er in konkreten Vertragsverhandlungen mit der E.\_\_\_\_ AG stehe und eine Tätigkeit als Aussendienstmitarbeiter auf [reiner] Provisionsbasis anstrebe. Es sei ihm aber erst lange nach dem am 16. August 2005 erfolgen Vertragsabschluss – nämlich am 27. bzw. 28. Oktober 2005 – von einer ausschliesslich auf Provisionsbasis entlöhnten Tätigkeit abgeraten worden. Auch habe man ihn erst zu diesem Zeitpunkt darüber informiert, dass ein orts- und branchenüblicher Lohn aufgerechnet werde. Schliesslich sei er selbst im Schreiben vom 9. November 2005 noch nicht auf die Möglichkeit einer sanktionslosen Kündigung des mit der E.\_\_\_\_ AG bestehenden Arbeitsverhältnisses hingewiesen worden.

b) Gemäss Art. 27 Abs. 1 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereichs die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären. Art. 27 Abs. 1 ATSG stipuliert dabei eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane, die nicht erst auf persönliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat und hauptsächlich durch die Abgabe von Informationsbroschüren, Merkblätter und Wegleitungen erfüllt wird (dazu grundlegend BGE 131 V 472, Erw. 4.1). Die kantonalen Amtsstellen und die regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus den jeweiligen Aufgabenbereichen gemäss Art. 85 und Art. 85b AVIG



ergeben. Der Aufgabenbereich der von den Kantonen gemäss Art. 85b Abs. 1 Satz 1 AVIG zu errichtenden RAV ist im AVIG nicht näher umschrieben. In Art. 85b Abs. 1 Satz 2 und 3 AVIG wird lediglich festgehalten, dass die Kantone den RAV Aufgaben der kantonalen Amtsstelle übertragen und ihnen die Durchführung der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung übertragen können. Im Kanton St. Gallen schreibt Art. 6 der Verordnung über regionale Arbeitsvermittlungszentren (sGS 361.13) unter anderem vor, dass die RAV eine Auskunftsstelle der kantonalen Arbeitslosenkasse betreiben (Abs. 1 lit. h), dass sie die Vermittlungsfähigkeit von Arbeitslosen überprüfen (Abs. 1 lit. i) und dass sie Fälle entscheiden, die der kantonalen Amtsstelle von den Kassen unterbreitet werden (Abs. 1 lit. k; vgl. zum Ganzen BGE 131 V 472, Erw. 2.).

c) Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in unrichtige Zusicherungen, Auskünfte, Mitteilungen oder Empfehlungen einer Behörde, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder sie der Bürger aus zureichenden Gründen für zuständig halten konnte, der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte, er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 121 II 473 E. 2c, 121 V 65 E. 2a, je mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz 668 ff.).

d) Für die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Behauptung, er habe seinen Berater beim RAV, D.\_\_\_\_, bereits anfangs August 2005 über die bevorstehenden Vertragsverhandlungen mit der E.\_\_\_\_ AG informiert, finden sich in den dem Gericht zur Verfügung stehenden Unterlagen keinerlei Belege. Anhaltspunkte, wonach D.\_\_\_\_ in seiner E-Mail vom 28. Oktober 2005 nicht die Wahrheit gesagt habe, fehlen. Es fällt in diesem Zusammenhang allerdings auf, dass der Beschwerdeführer auf dem Formular "Angaben der versicherten Person für den Monat September 05" den am 16. August 2005 abgeschlossenen und per 22. September 2005 wirksamen Arbeitsvertrag mit der E.\_\_\_\_ AG mit keinem Wort erwähnt – insbesondere auch nicht unter der Rubrik "Bemerkungen" – und die Frage "Haben Sie in diesem Monat bei einem oder mehreren



Arbeitgebern gearbeitet" mit "Nein" beantwortet hat (act. G 3.50). Des weitern macht der Beschwerdeführer im Schreiben vom 28. Oktober 2005 an den Leiter der alk – in dem er auf ein Telefonat vom Vortag Bezug nimmt und einen Antrag auf Aufnahme in den Zwischenverdienst stellt – nicht geltend, dass er seinen Berater beim RAV bereits im August 2005 über seine Anstellung bei der E.\_\_\_\_ AG informiert habe (act. G 3.59), was angesichts des offensichtlich negativen Bescheids, den er vom Leiter der Arbeitslosenkasse am Vortag telefonisch erhalten hatte, eigentlich zu erwarten gewesen wäre. D.\_\_\_\_ wiederum hat in einer E-Mail vom 28. Oktober 2005 gegenüber dem Beschwerdeführer betont, er habe erst am 27. Oktober 2005 von dessen Vertragsschluss [mit der E.\_\_\_\_ ag] erfahren. Schliesslich ist auch in der Einsprache vom 6. März / 12. Mai 2006 von der fraglichen Information von anfangs August 2005 nicht die Rede. Diese wird vielmehr erst in der Beschwerde vom 14. September 2006 zu einem Thema.

e) Insgesamt ist nicht in rechtsgenügender Weise dargetan, dass der Beschwerdeführer das RAV bzw. seinen persönlichen Berater bereits anfangs August 2005 über die Vertragsverhandlungen mit der E.\_\_\_\_ AG unterrichtet und über die geplante, auf reiner Provisionsbasis entlohnte Tätigkeit orientiert hat. Es liegen insbesondere auch keine Anhaltspunkte vor, die es nahe legen würden, an der Darstellung von D.\_\_\_\_, er habe von der Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der E.\_\_\_\_ AG erst am 27. Oktober 2005 erfahren, zu zweifeln (act. G 3.60). Ohne einen entsprechenden Anhaltspunkt war das RAV, namentlich D.\_\_\_\_, allerdings nicht verpflichtet, den Beschwerdeführer über die Folgen der Annahme einer auf reiner Provisionsbasis entlohnten Tätigkeit aufzuklären. Die aus Art. 27 Abs. 1 ATSG fliessende Informationspflicht kann nicht so weit gehen, den Versicherten über sämtliche, bloss theoretisch in Frage kommenden Eventualitäten aufzuklären. Vielmehr ist zu fordern, dass das Durchführungsorgan aufgrund von Aussagen oder Verhaltensweisen der versicherten Person auf eine mögliche Gefährdung des Leistungsanspruchs aufmerksam gemacht und gestützt darauf aktiv wird (NUSSBAUMER, a.a.O., Rz. 325). Damit die zuständigen Stellen die in Art. 27 Abs. 1 ATSG statuierte Informationspflicht wahrnehmen können, sind sie grundsätzlich darauf angewiesen, vom Versicherten über sämtliche relevanten Umstände unterrichtet zu werden. Von einer Verletzung der in Art. 27 Abs. 1 ATSG kodifizierten Informationspflicht seitens des RAV bzw. der Kantonalen Arbeitslosenkasse ist



vorliegend aufgrund der zur Verfügung stehenden Aktenlage nicht auszugehen. Damit ist dem Beschwerdeführer aber auch die Anrufung des Vertrauensschutzes verwehrt, da für das RAV im vorliegenden Fall mangels konkreter Anhaltspunkte gar keine Aufklärungspflicht bestand und die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Nichtaufklärung bzw. das Schweigen des RAV folglich keinen Vertrauenstatbestand darstellen kann.

f) Soweit ersichtlich hat die Kantonale Arbeitslosenkasse den Beschwerdeführer nicht über die Möglichkeit einer sanktionslosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der E.\_\_\_\_ AG informiert, insbesondere findet sich im Schreiben vom 9. November 2005 kein entsprechender Hinweis (act. G 3.64). Die Behauptung des Beschwerdeführers, er hätte – sofern er denn über die Möglichkeit einer sanktionslosen Kündigung aufgeklärt worden wäre – das Arbeitsverhältnis mit der E.\_\_\_\_ AG sogleich aufgelöst, erscheint allerdings nicht glaubhaft. Selbst als der Beschwerdeführer ab März 2006 über anwaltlichen Beistand und damit umfassende Rechtsberatung verfügte, unterliess er es, das Arbeitsverhältnis mit der E.\_\_\_\_ AG zu kündigen. Es ist mithin nicht anzunehmen, dass er das Arbeitsverhältnis mit der E.\_\_\_\_ AG bei erfolgter Aufklärung im November 2005 tatsächlich gekündigt hätte, waren doch zu diesem Zeitpunkt die von ihm als Grund für das Festhalten am Arbeitsvertrag geltend gemachten Investitionen in die Infrastruktur (Büro, PC etc.) bereits getätigt. Somit kann aber auch nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer habe durch die unterbliebene Information betreffend Kündigungsmöglichkeit Dispositionen getätigt, welche nun nicht mehr ohne Nachteil rückgängig gemacht werden könnten. Eine Berufung auf Vertrauensschutz ist dem Beschwerdeführer damit nicht möglich und die Prüfung, ob im Schweigen der Kantonalen Arbeitslosenkasse ein Vertrauenstatbestand gesehen werden muss, erübrigt sich.

8.- Die Beschwerde vom 14. September 2006 ist damit abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein Anspruch auf Ersatz der Prozessführungskosten. Gerichtskosten sind keine zu erheben.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG



entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.