



Fall-Nr.: AVI 2009/81
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 12.09.2019
Entscheiddatum: 06.07.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 06.07.2010

Art. 24 Abs. 3 AVIG. Berufs- und Ortsüblichkeit von Zwischenverdiensten. Zeitlicher Umfang des Zwischenverdienstes. Beweisanforderungen für die Anrechnung solcher Verdienste (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. Juli 2010, AVI 2009/81).

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Karin Huber-Studerus und

Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Walter Schmid

Entscheid vom 6. Juli 2010

in Sachen

K.____,

Beschwerdeführer,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Zwischenverdienst

Sachverhalt:



A.

K.____ meldete sich ab 1. Februar 2008 zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung an (act. G 3.31). Mit Schreiben vom 28. März 2008 gab die Suva dem Versicherten bekannt, dass er ab 27. März 2008 als selbstständig Erwerbender im Haupterwerb eingetragen sei (act. G 3.42). Am 17. Dezember 2007 war die Einzelunternehmung A.____ im Handelsregister eingetragen worden. Für Juni 2008 bis April 2009 bezifferte der Beschwerdeführer den Zwischenverdienst aus selbstständiger Tätigkeit mit monatlich Fr. 336.-- (act. G 3.67, 3.78, 3.80, 3.89, 3.92, 3.96, 3.100, 3.102, 3.113, 3.116). Nachdem die Kantonale Arbeitslosenkasse am 13. März 2009 die Korrektheit der Zwischenverdienst-Angaben angezweifelt hatte (act. G 3.108) und in der Folge weitere Abklärungen durchgeführt wurden, rechnete sie für die Zeit von Januar bis Mai 2009 einen Zwischenverdienst auf der Basis einer Tagespauschale von Fr. 220.-- an (act. G 3.127-3.131). Bereits am 9. April 2009 war die Einzelunternehmung des Versicherten im Handelsregister gelöscht worden. Da der Versicherte sich mit der erwähnten Zwischenverdienst-Anrechnung nicht einverstanden erklärte (act. G 3.135), eröffnete die Arbeitslosenkasse ihm mit Verfügung vom 17. Juli 2009, als Zwischenverdienst werde ab Januar 2009 unter Zugrundelegung der im Fahrtenbuch (act. G 3.159) ersichtlichen Anzahl Fahrten eine Tagespauschale von Fr. 220.-- angerechnet. Die Tagespauschale sei aufgrund von internen Abklärungen bei Carunternehmungen (Tagespauschale für einen Buschauffeur) ermittelt worden. Auch er (der Versicherte) sei Buschauffeur. Er könne seine Einnahmen und Ausgaben nicht belegen, weshalb ein orts- und berufsüblicher Ansatz zur Anwendung komme. In Anwendung der Tagespauschale resultiere für Januar 2009 ein Betrag von Fr. 2'200.-- (10 Fahrten), für Februar ein solcher von Fr. 3'520.-- (16 Fahrten), für März 2009 von Fr. 3'740.-- (17 Fahrten), für April 2009 von Fr. 1'980.-- (9 Fahrten) und für Mai 2009 von Fr. 1'540.-- (7 Fahrten; act. G 3.136). Die gegen diese Verfügung erhobene Einsprache (act. G 3.141) wies die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 7. September 2009 ab.

B.

B.a Gegen diesen Entscheid erhob der Versicherte mit Eingabe vom 16. September 2009 Beschwerde. Zur Begründung legte er dar, die Beschwerdegegnerin rechne ihm



als orts- und branchenüblichen Ansatz denjenigen eines Carchauffeurs an. Er sei aber kein Carchauffeur. Er habe wenige Personen mit einem privaten Personenwagen, den er seit Frühjahr 2009 nicht mehr habe, als Sammeltransport an die Grenze gebracht. Diesen Zwischenverdienst habe er mit seiner RAV-Personalberaterin abgemacht; er sei von ihr gebilligt worden. Die Abrechnungen der Beschwerdegegnerin seien falsch und zu korrigieren. Es sei nur der Lohn anzurechnen, den er tatsächlich erhalten habe.

B.b In der Beschwerdeantwort vom 27. Oktober 2009 beantragte die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung wiederholte sie die Darlegungen in der Verfügung vom 17. Juli 2009 und im angefochtenen Entscheid.

Erwägungen:

1.

Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das eine arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Als Verdienstausschlag 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 (Art. 24 Abs. 3 AVIG). Entspricht der von der versicherten Person erzielte Zwischenverdienst nicht den berufs- und ortsüblichen Ansätzen, hat dies zur Folge, dass der Verdienstausschlag nur im Umfang der Differenz zwischen den berufs- und ortsüblichen Ansätzen und dem versicherten Verdienst ausgeglichen wird (BGE 120 V 247 E. 4b). Mit dem Differenzausgleich soll zwar die Annahme lohnmässig unzumutbarer Arbeit gefördert werden, doch soll unüblich tiefer Honorierung solcher Ersatzarbeiten dann entgegengetreten werden, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer - im Sinne eines Lohndumpings - einen zu niedrigen Lohn vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen. So hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; seit 1. Januar 2007: sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) die Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung verneint im Falle eines Versicherten, der nach Provision entschädigt wurde und trotz vollem Einsatz während Monaten nicht einmal einen Verdienst in der Höhe des Existenzminimums erzielte (ARV 1998 Nr. 33 S. 181 f). Das Kriterium der Berufs- und



Ortsüblichkeit gilt auch für die selbstständige Erwerbstätigkeit (vgl. BGE 120 V 518 E. 4). Das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit wird gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a AHVG ermittelt, in dem vom "rohen Einkommen" die zu dessen Erzielung erforderlichen Gewinnungskosten abgezogen werden. Die im Rahmen eines selbstständigen Zwischenverdienstes abzuziehenden Gewinnungskosten werden in Art. 41a Abs. 5 AVIV konkretisiert. Danach wird das anrechenbare Einkommen ermittelt, indem vom Bruttoeinkommen die nachgewiesenen Material- und Warenkosten abgezogen werden und der verbleibende Betrag um 20 % als Pauschale für die übrigen berufsbedingten Auslagen gekürzt wird.

2.

2.1 Im Schreiben vom 1. April 2008 gab der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin sinngemäss bekannt, er habe mit seiner Einzelunternehmung A.____ bislang mangels Aufträgen nichts verdient (act. G 3.45). Mit Hinweis auf die selbstständige Tätigkeit im Haupterwerb stellte die Beschwerdegegnerin am 2. April 2008 die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab Antragstellung in Frage (act. G 3.46). In der Folge gab der Beschwerdeführer für Mai 2008 einen Zwischenverdienst aus selbstständiger Tätigkeit von Fr. 960.-- (ohne Arbeitszeitangabe) bzw. von Fr. 336.-- (16 Arbeitsstunden) an (act. G 3.48, 3.49, 3.66). Aus dem am 19. Mai 2008 dem RAV St. Gallen eingereichten "Erhebungsbogen zur selbstständigen Erwerbstätigkeit" und dem Formular "Zeitplan" geht hervor, dass der Beschwerdeführer eine unselbstständige Tätigkeit von Montag bis Donnerstag von 8-18 Uhr und am Freitag von 8-16 Uhr ausüben könnte (act. G 3.149). Der Beschwerdeführer gab an, die Tätigkeit in seinem Unternehmen an den Wochenenden ausführen zu wollen, bis jetzt jedoch noch keine Aufträge erhalten zu haben. Falls er eine Vollzeittätigkeit fände, würde er die Personentransporte nur noch nebenberuflich in reduziertem Ausmass ausführen (act. G 3.50). Am 5. Juni 2008 eröffnete das RAV dem Versicherten, seine Vermittlungsfähigkeit werde bis auf weiteres im Umfang eines anrechenbaren Arbeitsausfalls von 100 Prozent bejaht (act. G 3.50). Für Juni 2008 bis April 2009 bezifferte der Beschwerdeführer den Zwischenverdienst wiederum mit monatlich Fr. 336.-- (act. G 3.67, 3.78, 3.80, 3.89, 3.92, 3.96, 3.100, 3.102, 3.113, 3.116). Die Beschwerdegegnerin zweifelte am 13. März 2009 die Korrektheit der Zwischenverdienst-Angaben an (act. G 3.108). Am 11. Mai 2009 äusserte sich der



Beschwerdeführer zu seinem Stunden-Aufwand in der selbstständigen Tätigkeit (act. G 3.117). Das RAV teilte ihm hierauf am 12. Juni 2009 unter anderem mit, seine Stundenangaben vom 11. Mai 2009 würden mit denjenigen in den Zwischenverdienst-Formularen nicht in Übereinstimmung stehen (act. G 3.120). Nach einer erneuten Überprüfung und Verneinung der Vermittlungsfähigkeit mit Verfügung vom 5. Juni 2009 bejahte das Amt für Arbeit mit Hinweis auf protokollierte Angaben des Beschwerdeführers zu seiner selbstständigen Tätigkeit und die von ihm eingereichten Fahrtenbücher (ab Januar 2009) die Vermittlungsfähigkeit im Einspracheentscheid vom 25. Juni 2009. Der Beschwerdeführer hatte zu Protokoll gegeben, er mache mit einem Kleinbus ein bis zweimal pro Woche einen Sammeltransport und führe die Kunden an die Grenze, wo dieselben in einen Car umsteigen und nach Bosnien fahren würden. Er verlange pro Sammeltransport Fr. 100.--. Zu diesem Entgelt kämen durchschnittlich 10 % Trinkgeld. Am Wochenende fahre er jeweils mit dem Kleinbus nach Bosnien zu seiner Familie, wobei er Personen sowie Fahrer transportiere; letztere würden sich alle zwei Stunden abwechseln. Am Sonntagmorgen fahre er jeweils wieder zurück in die Schweiz (act. G 3.121).

2.2 Hierauf nahm die Beschwerdegegnerin für die Monate ab Januar 2009 eine Zwischenverdienst-Anrechnung auf der Basis einer Tagespauschale von Fr. 220.-- vor (act. G 3.127ff). Seit Anfang April 2009 übte der Beschwerdeführer nach seinen Angaben die selbstständige Tätigkeit nicht mehr aus (vgl. act. G 3.126, 3.139); die Löschung der Firma im Handelsregister erfolgte am 9. April 2009. In der Einsprache gegen die Verfügung vom 17. Juli 2009 legte der Beschwerdeführer dar, er habe mit seinem privaten Personenwagen und später mit einem ausgeliehenen Wagen während rund zwei Stunden pro Woche die im Fahrtenbuch aufgelisteten Personen an die Grenze gebracht, wo sie in einen Car umgestiegen seien. Hieraus habe er die in den Zwischenverdienst-Formularen angegebenen Verdienste erzielt. Seine Personalberaterin sei über diese Arbeit immer informiert gewesen und habe das, was er gemacht habe, für richtig befunden. Er verstehe nicht, weshalb anstelle der erzielten Verdienste eine Tagespauschale festgelegt worden sei, obschon er lediglich rund zwei Stunden (und nicht einen ganzen Tag) gearbeitet habe. Mehr als die bescheinigten Stunden habe er nicht gearbeitet. Ab April 2009 habe er gar nicht mehr als Selbstständigerwerbender Leute an die Grenze transportiert. Die Dienstleistung, die er verrichtet habe, sei nicht mit der eines Buschauffeurs vergleichbar. Er sei mit dem



Personenwagen gefahren und habe ein Entgelt für Benzin und Transport verlangt. Wäre er darauf hingewiesen worden, dass aus seiner Tätigkeit Probleme entstehen könnten, hätte er jederzeit aufgehört. Ihm sei nicht klar, was er falsch gemacht habe. Es habe ihm gut getan, weil er so unter die Leute gekommen sei, aber eine Existenz sei darauf nicht zu gründen gewesen. Vielmehr habe es sich um ein Hobby gehandelt (act. G 3.141).

3.

Der Beschwerdeführer beruft sich - wie bereits in der Einsprache (act. G 3.141) - auf eine Absprache mit seiner RAV-Personalberaterin, welche den von ihm deklarierten Zwischenverdienst gebilligt habe. Er macht sinngemäss geltend, er habe sich entsprechend der Zusicherung der Personalberaterin auf die Anrechnung eines bestimmten Zwischenverdienstes verlassen; andernfalls hätte er den Zwischenverdienst nicht weitergeführt (vgl. act. G 1; act. G 3.141). Bei diesem Sachverhalt wird die Beschwerdegegnerin vorab der Frage nachzugehen haben, ob eine Zusicherung im erwähnten Sinn vorgelegen hatte und gegebenenfalls Rechtsfolgen nach Art. 27 ATSG (Aufklärungspflicht) zu prüfen haben. Wäre die Anrechnung des deklarierten Zwischenverdienstes von monatlich Fr. 336.-- aufgrund einer entsprechenden Zusicherung aus vertrauensschutzrechtlichen Gründen gutzuheissen, so würden sich weitere Abklärungen zum orts- und branchenüblichen Ansatz und zum Umfang der geleisteten erwerblichen Fahrtätigkeit (vgl. dazu nachstehende Erwägung) erübrigen.

4.

4.1 Vorliegend bildeten soweit ersichtlich der Umstand, dass der Beschwerdeführer die Zwischenverdienste für Mai 2008 bis April 2009 jeweils immer gleichbleibend mit monatlich Fr. 336.-- angab, sowie eine "vertrauliche Information" (act. G 3.109) Anlass für die Beschwerdegegnerin, an den Verdienstangaben zu zweifeln (act. G 3.108). Sie ging gestützt auf eine nicht weiter dokumentierte, offenbar mündliche/telefonische Anfrage beim Carunternehmen B.____ (vgl. act. G 3.123) von einer Tagespauschale von Fr. 220.-- aus und bezeichnete diese als berufs- und ortsüblich. Der Beschwerdeführer bestreitet sowohl die Berufs- und Ortsüblichkeit dieses Ansatzes für seine konkrete



damalige Erwerbs-Situation als auch die Anrechnung einer Tagespauschale; er habe lediglich während jeweils zwei Stunden pro Tag Personentransporte ausgeübt.

Soweit die betroffene Person bei einer Beweiserhebung (z.B. der Einholung einer Auskunft) nicht dabei ist, muss für sie überprüfbar sein, welche Fragen und Sachverhalte der Auskunftsperson unterbreitet worden sind. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn die mündliche oder telefonische Auskunft lediglich in einer Aktennotiz festgehalten wird. Eine formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche bzw. telefonische Auskunft stellt nur insoweit ein zulässiges und taugliches Beweismittel dar, als damit blosser Nebenpunkte, namentlich Indizien und Hilfstatsachen, festgestellt werden. Sind aber Auskünfte zu wesentlichen Punkten des rechtserheblichen Sachverhaltes einzuholen, kommt grundsätzlich nur die Form einer schriftlichen Anfrage und Auskunft bzw. die mündliche Einvernahme und Führung eines Protokolls in Betracht (BGE 117 V 284 E. 4c).

4.2 Die Beschwerdegegnerin holte für einen wesentlichen Punkt des rechtserheblichen Sachverhalts nur eine einzige (offenbar mündliche/telefonische) Auskunft bei einem Carunternehmen ein und erwähnte diese in einer Aktennotiz (act. G 3.123). Für den Beweis einer berufs- und ortsüblichen Entlohnung ist diese Aktennotiz schon aus formellen Gründen nicht verwertbar. Aber auch in materieller Hinsicht ist die eingeholte Auskunft nicht geeignet, den vom Beschwerdeführer angegebenen Verdienst als nicht orts- und berufsüblich zu qualifizieren. Die erwähnte Auskunft dürfte sich soweit ersichtlich auf Tagespauschalen für unselbstständigerwerbende Chauffeure von (schweren) Reisebussen bezogen haben, wobei allerdings die Fahrzeug-Kategorie (Gewicht, Anzahl zugelassene Personen) nicht definiert wurde. Sie sagt damit nichts darüber aus, ob das durch den Beschwerdeführer angegebene, mit einem Personenwagen bzw. Kleinbus erzielte Einkommen aus selbstständigem Erwerb berufs- und ortsüblich war. Aufgrund der Akten kann die Frage, ob die vom Beschwerdeführer für seine Chauffeur-Dienste verrechneten Entgelte berufs- und ortsüblich waren, nicht beantwortet werden. Hierfür sind weitere Abklärungen notwendig. Dabei wird die Beschwerdegegnerin vorab abzuklären haben, ob der vom Beschwerdeführer angegebene Stundenansatz dem üblichen Honorar für solche Arbeiten entspricht. Mit Blick auf die konkreten Umstände und der Art der in Frage stehenden Transporte fällt dabei auch der Vergleich mit Taxifahrten und damit die



(schriftliche) Anfrage bei Taxiunternehmen in Betracht. Die Orts- und Berufsüblichkeit lässt sich dabei in aller Regel nicht mit einer einzigen Auskunft belegen.

4.3 Abzuklären ist sodann der Umfang der anzurechnenden Fahrzeiten. Soweit die Anrechnung einer Tagespauschale zur Anwendung kommen soll, ist festzuhalten, dass dies grundsätzlich den Nachweis einer ganztägigen Tätigkeit voraussetzt. Der Beschwerdeführer liess seine Einzelunternehmung im Handelsregister eintragen. Unbestritten ist sodann, dass er in den Kontrollperioden Januar bis Mai 2009 wiederholt über das Wochenende Fahrten nach Bosnien ausführte, wobei weitere Personen mit ihm im Wagen reisten. Sein Vorbringen, er habe gewerbsmässig jeweils nur Sammelpersonentransporte durchgeführt, von wo diese mit einem Busunternehmer nach Bosnien gereist seien, erscheint - wenn auch nicht zum vornherein ausgeschlossen - eher ungewöhnlich. Zudem lässt das über viele Monate stereotype Ausfüllen des Zwischenverdienst-Formulars mit jeweils 16 Arbeitsstunden (je 2 Stunden oder 1.5 Stunden an den gleichen Tagen) Zweifel zurück, zumal es mit den Auszügen aus dem Fahrtenbuch (act. G 3.159) nicht übereinstimmt.

Im Einspracheentscheid vom 25. Juni 2009 bejahte das Amt für Arbeit die Vermittlungsfähigkeit und führte aus, dem Fahrtenbuch sei entnehmen, dass der Beschwerdeführer während der Woche ein bis zwei Sammeltransporte von je zwei Stunden durchgeführt habe, wobei diese Tätigkeiten mit der Personalberaterin abgesprochen gewesen seien. Ausserdem sei er an den Wochenenden ins Ausland gefahren, um seine Familie zu besuchen, wobei Personen sowie Fahrer transportiert worden seien, die sich gegenseitig alle zwei Stunden abgewechselt hätten. Es sei zwar eher ungewöhnlich, wöchentlich so weit zu reisen, jedoch seien die Fahrten auf dem Hintergrund der familiären Probleme in der Schweiz nachvollziehbar (act. G 3.121). Entgegen diesen Feststellungen rechnete die Beschwerdegegnerin eine Tagespauschale pro Fahrt (einschliesslich Wochenendfahrten) an. Sie erachtete es damit implizit nicht als plausibel, dass die regelmässigen Wochenendfahrten nach Bosnien nicht erwerblichen Zwecken, sondern ausschliesslich dem Besuch der Familie gedient haben sollten. In der Stellungnahme vom 11. Mai 2009 hatte der Beschwerdeführer dargelegt, er sei am Freitagabend ab 18 Uhr zwölf Stunden nach Bosnien unterwegs gewesen, habe dann am Samstag Pause gemacht und sei am Sonntag ab 8 Uhr mit Pausen bis gegen 22 Uhr wieder in die Schweiz gefahren; dies



zwei-, drei- oder viermal pro Monat (act. G 3.117). Auch im Fahrtenbuch sind mit einiger Regelmässigkeit Fahrten am Freitag und Sonntag mit 6-8 Passagieren verzeichnet (act. G 3.159), was auf eine Chauffeurstätigkeit hinweist. Insofern liegt es nahe, die Wochenendfahrten - wie es die Beschwerdegegnerin getan hat - als Zwischenverdienst mit einer Tagespauschale abzurechnen. Andererseits gab der Beschwerdeführer wie dargelegt gegenüber dem Amt für Arbeit an, die Fahrer hätten alle zwei Stunden gewechselt, was bei Zutreffen dagegen spräche, ihm diesbezüglich eine Tagespauschale anzurechnen. Wie es sich damit genau verhalten hat, ist - durch Befragung von mitfahrenden Personen - noch näher abzuklären. Auch bei den Fahrten während der Woche ist anhand der Aufschriebe im Fahrtenbuch und allfälliger weiterer Beweismittel zu eruieren, mit welcher Stundenzahl der Zwischenverdienst zu berechnen ist. Eine Tagespauschale könnte nicht angerechnet werden, wenn sich aufgrund der Abklärungen bestätigen sollte, dass der Beschwerdeführer - wie offenbar das Amt für Arbeit annahm - lediglich während weniger Stunden in der Woche Personentransporte ausübte.

4.4 Der Beschwerdeführer verlangte nach Erhalt (unter anderem) der Rückforderungsabrechnungen (act. G 3.127f) eine anfechtbare Verfügung (act. G 3.135). Diese wurde am 17. Juli 2009 erlassen (act. G 3.136), hatte jedoch eine Rückforderung nicht zum Gegenstand. Der Beschwerdeführer erhob hiergegen Einsprache, worauf der angefochtene Entscheid erging. Soweit im Nachgang zu den noch vorzunehmenden Abklärungen eine Taggeldrückforderung noch zur Diskussion stehen sollte, wäre zu beachten, dass eine solche nur bei Vorliegen der Revisions- oder Wiedererwägungsvoraussetzungen (vgl. Art. 25 Abs. 1 in Verbindung Art. 53 ATSG), insbesondere bei Vorliegen einer zweifellosen Unrichtigkeit der ursprünglichen Abrechnungen, in Betracht fällt.

5.

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 7. September 2009 in dem Sinn teilweise gutzuheissen, dass die Sache zur Abklärung der Frage des Vorliegens einer Auskunft der RAV-Personal-beraterin mit vertrauensschutzrechtlichen Folgen, der Orts- und Berufsüblichkeit der Zwischenverdienste und des Umfangs der anzurechnenden



Fahrzeiten sowie zu neuer Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG **entschieden:**

1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 7. September 2009 in dem Sinn teilweise gutgeheissen, dass die Sache zur Abklärung der Frage der Vorliegens einer Auskunft der RAV-Personalberaterin mit vertrauensschutzrechtlichen Folgen, der Orts- und Berufsüblichkeit der Zwischenverdienste und des Umfangs der anzurechnenden Fahrzeiten sowie zu neuer Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.