



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: MLaw Patrick Trütsch, Vorsitz
lic. iur. Jacqueline Iten-Staub und Dr. iur. Matthias Suter
Gerichtsschreiber: MLaw Mauriz Müller

U R T E I L vom 22. Juli 2024 *[rechtskräftig]*
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____

Beschwerdeführer
vertreten durch RA Beat Rohrer

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, Rechtsdienst, Industriestrasse 24,
Postfach 857, 6300 Zug
Beschwerdegegnerin

betreffend

Arbeitslosenversicherung
(Zwischenverdienst)

S 2022 142

A. Der 1958 geborene A._____ erhielt mit Verfügung der IV-Stelle Zug vom 27. April 2009 basierend auf einer 50%igen Einschränkung in der Erwerbsfähigkeit ab 1. September 2008 eine halbe Rente der Invalidenversicherung zugesprochen (ALK-act. 181). Am 16. Dezember 2019 meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Zug per 1. Januar 2020 zur Arbeitsvermittlung an (ALK-act. 179).

Mit E-Mail vom 4. Juni 2021 an das RAV teilte A._____ mit, dass er möglicherweise im Juli 2021 oder später in der Gärtnerei der Stiftung B._____ anfangen könne (ALK-act. 52 S. 103 und 110). Am 15. Oktober 2021 orientierte der Versicherte per E-Mail das RAV über den Arbeitsbeginn bei B._____ per 2. November 2021 in einem 60 %-Pensum in der Landschaftspflege (ALK-act. 80 sowie ALK-act. 52 S. 112). Den Arbeitsvertrag (ALK-act. 77) sandte er am 4. November 2021 (ALK-act. 52 S. 114). Mit E-Mail vom 8. November 2021 informierte A._____ auch die Arbeitslosenkasse (nachfolgend: ALK) (ALK-act. 52 S. 115). Ein weiteres E-Mail schrieb der Versicherte am 12. November 2021 an die ALK, worin er auf den Stundenlohn von Fr. 1.50 hinwies und erklärte, er bleibe beim RAV angemeldet, weil die IV-Stellen der Kantone Zug und Zürich Abklärungen bezüglich seines Einsatzes bei B._____ tätigten (ALK-act. 76). Am 18. und 19. November 2021 erfolgten weitere Eingaben (ALK-act. 52 S. 116 f.). Die ALK verfügte schliesslich am 14. Januar 2022, dass für die Tätigkeit beim Verein Werkstätte B._____ ab 2. November 2021 eine branchen- und ortsübliche Entschädigung als Zwischenverdienst von Fr. 15.– pro Stunde angerechnet werde (ALK-act. 56). Die dagegen erhobene Einsprache (ALK-act. 52 S. 102–127) wies die ALK mit Entscheid vom 25. Oktober 2022 ab (ALK-act. 15).

B Am 11. November 2022 liess A._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und beantragen, in Aufhebung des Einspracheentscheides vom 25. Oktober 2022 seien die ihm zustehenden Arbeitslosentaggelder für die Monate November und Dezember 2021 neu zu berechnen, indem als Zwischenverdienst lediglich die ihm für seine Arbeit in der Werkstätte B._____ effektiv ausbezahlten Bruttolöhne auf Basis des vereinbarten Stundenlohns von Fr. 1.50 anzurechnen seien bzw. von der Anrechnung einer branchen- und ortsüblichen Entschädigung als Zwischenverdienst abzusehen sei. Eventualiter sei die Sache zur Neuberechnung der Arbeitslosentaggelder für die Monate November und Dezember 2021 an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (act. 1).

C. Die Arbeitslosenkasse schloss vernehmlassend auf Abweisung der Beschwerde (act. 4).

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1.

1.1 Gemäss Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) kann gegen Einspracheentscheide oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, Beschwerde erhoben werden. Für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen einer kantonalen Amtsstelle ist – in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG – das Versicherungsgericht desselben Kantons zuständig (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Im Kanton Zug beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für die das Bundesrecht eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht (§ 77 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1]).

1.2 Der angefochtene Einspracheentscheid wurde von der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug erlassen, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig ist. Er datiert vom 25. Oktober 2022; die Beschwerde wurde am 11. November 2022 elektronisch und somit rechtzeitig eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid direkt betroffen und folglich zur Beschwerde legitimiert. Letztere entspricht schliesslich den formellen Anforderungen an eine Beschwerde, weshalb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

2. Streitig und zu prüfen ist, ob die Arbeitslosenkasse zu Recht für die Tätigkeit des Beschwerdeführers in der Werkstätte B. _____ eine orts- und branchenübliche Entschädigung von Fr. 15.– pro Stunde als Zwischenverdienst anstelle des vereinbarten Lohns von Fr. 1.50 pro Stunde angerechnet hat.

3.

3.1 Gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG hat eine versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie (lit. a) ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 10 AVIG); (lit. b) einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 11 AVIG); (lit. c) in der Schweiz wohnt (Art. 12 AVIG); (lit. d) die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht; (lit. e; gemäss der vorliegend massgeblichen bis am 31. Dezember 2023 gültigen Fassung) die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 13 und 14 AVIG); (lit. f) vermittlungsfähig ist (Art. 15 AVIG) und (lit. g) die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 17 AVIG).

3.2 Nach Art. 21 AVIG wird die Arbeitslosenentschädigung als Taggeld ausgerichtet. Für eine Woche werden fünf Taggelder ausbezahlt. Die Höhe des Taggeldes bestimmt sich nach Art. 22 AVIG. Ein volles Taggeld beträgt 80 Prozent des versicherten Verdienstes. Der Versicherte erhält zudem einen Zuschlag, der den auf den Tag umgerechneten gesetzlichen Kinder- und Ausbildungszulagen entspricht, auf die er Anspruch hätte, wenn er in einem Arbeitsverhältnis stünde. Dieser Zuschlag wird nur ausbezahlt, soweit die Kinderzulagen während der Arbeitslosigkeit nicht ausgerichtet werden und für dasselbe Kind kein Anspruch einer erwerbstätigen Person besteht (Art. 22 Abs. 1 AVIG).

3.3 Ein Zwischenverdienst wird angerechnet. Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Als Verdienstaufschlag gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst (Art. 24 Abs. 3 AVIG). Ist das Einkommen geringer als die der versicherten Person zustehende Arbeitslosenentschädigung, so besteht ein Anspruch auf Kompensationszahlung (Art. 41a Abs. 1 AVIV). Die Kompensationszahlung beträgt je nach Entschädigungssatz (vgl. Art. 22 AVIG) 70 oder 80 % des Verdienstaufschlags (vgl. zum Ganzen die Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO] über die Arbeitslosenentschädigung [AVIG-Praxis ALE] C132 ff. [Version Juli 2022]).

3.4 Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstauffalles ist es, Anreiz für die Annahme schlecht entlohnter Arbeiten zu schaffen (BGE 125 V 480 E. 4c/cc). Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung soll 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 102 E. 3.3). Die Berufs- und Ortsüblichkeit ist auch im Falle einer unbezahlt ausgeübten Tätigkeit zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen BGer 8C_411/2018 vom 21. September 2018 E. 4.2).

Nimmt eine versicherte arbeitslose Person aus freien Stücken, d.h. ohne amtliche Zuweisung eine Tätigkeit ohne berufs- und ortsüblichen Verdienst auf, liefe es dem genannten Zweck zuwider, wenn die Arbeitslosenversicherung für die Folgen der unüblich niedrigen Salärierung einzustehen hätte (BGer 8C_411/2018 vom 21. September 2018 E. 8.2).

3.5 Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers soll die Annahme einer zumutbaren Zwischenverdienstarbeit nicht im Belieben der versicherten Person stehen. Vielmehr ist die versicherte Person verpflichtet, eine ihr zugewiesene, lohnmässig unzumutbare Zwischenverdienstarbeit anzunehmen. Die verschuldete Nichtannahme einer solchen Tätigkeit stellt einen Verstoss gegen die in Art. 17 Abs. 1 AVIG statuierte Schadenminderungspflicht dar und hat eine Sanktion zur Folge (Barbara Kupfer Bucher, Fokus Arbeitslosenversicherung, 2016, S. 181; BGE 122 V 34 E. 4b).

4.

4.1 Die ALK erwog im angefochtenen Entscheid, bei den Tätigkeiten, die der Beschwerdeführer von November 2021 bis Januar 2022 ausgeführt habe, habe es sich um Laubrechen, Wischen, Mithilfe beim Winterrückschnitt an Sträuchern und Stauden, Reinigungstour mit Kübel leeren und fötzeln sowie Spielplatzkontrolle auf städtischen Spielplätzen gehandelt. Diese Hilfs- oder Aushilfsarbeiten seien als Arbeitstätigkeiten im Sinne des OR zu qualifizieren und somit zu entlohnen. Sie erfüllten grundsätzlich die Voraussetzungen einer Erwerbstätigkeit. Der lediglich symbolisch festgesetzte Stundenansatz [von Fr. 1.50] stehe der Annahme einer Erwerbstätigkeit nicht entgegen. Nichts daran zu ändern vermöge der Umstand, dass es sich nicht um Lohndumping handle, sondern um einen geschützten Arbeitsplatz für IV-Rentenbezüger/-innen, denn das AVIG unterscheide nicht zwischen ordentlicher und aufgrund eines speziellen Inhalts ausserordentlicher Erwerbstätigkeit. Eine andere Qualifizierung wäre nur möglich gewesen, wenn diese Tätigkeit im Rahmen einer IV-Massnahme verbunden mit entsprechender IV-Taggeldzusprache

oder im Rahmen eines Beschäftigungsprogrammes, vermittelt durch das RAV, durchgeführt worden wäre (ALK-act. 15 E. 6b).

4.2 Was der Beschwerdeführer dagegen einwendet, ist stichhaltig:

4.2.1 Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung laut Art. 24 Abs. 3 AVIG soll verhindert werden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne eines Lohn-dumpings einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zulasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (BGer C 139/06 vom 13. Oktober 2006 E. 2.1 mit Hinweisen). Daraus wird ersichtlich, dass eine Tätigkeit im zweiten respektive ergänzenden Arbeitsmarkt nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen kann (vgl. zum Ganzen SVGer ZH AL.2013.00198 vom 20. Februar 2014 E. 3.1).

4.2.2 Es mag zutreffen, dass – wie die Beschwerdegegnerin ausführt – es sich bei den vom Beschwerdeführer verrichteten Arbeiten wie Laubrechen, Wischen, Mithilfe beim Winterrückschnitt an Sträuchern und Stauden, Reinigungstour mit Kübel leeren und fötzeln sowie Spielplatzkontrolle um Hilfs- oder Aushilfsarbeiten handelt, die im Sinne des OR als Arbeitstätigkeiten qualifiziert werden können, und dies üblicherweise zu entlohnen ist. Damit kann aber noch nicht abschliessend beurteilt werden, ob der vereinbarte Stundenlohn von Fr. 1.50 nicht orts- und branchenüblich ist. Denn es gilt einen genaueren Blick auf den Arbeitgeber zu werfen. Beim B._____ handelt es sich in erster Linie um einen Verein mit dem Namen "Verein Werkstätte B._____". Das Ziel des Vereins ist, begleitete Angebote für Menschen mit einer psychischen Beeinträchtigung zu bieten. Diese Angebote unterstützen die Integration in die Gesellschaft und bieten vorübergehend oder langfristig Arbeit, Tagesstruktur, Ausbildung/Rehabilitation oder Wohnmöglichkeiten. Insgesamt verfügt der Verein über 156 Plätze mit begleiteter Arbeit/Produktion, 10 extern begleitete Arbeitsplätze, 20 Plätze für die begleitete Ausbildung/Rehabilitation IV, 20 Plätze mit Begleitung Atelier (Tagesstätte) und 28 Plätze für das begleitete Wohnen (ALK-act. E1). Daraus erhellt, dass der Verein keine Gewinnorientierung verfolgt und ausschliesslich Arbeitsplätze auf dem zweiten Arbeitsmarkt anbietet. Die nachhaltige Integration von Menschen mit psychischer Beeinträchtigung zurück in die Gesellschaft stellt das erklärte Ziel dar (vgl. auch www.B._____.ch, zuletzt besucht am 9. Juli 2024). Das Angebot steht lediglich Personen mit einem psychischen Gesundheitsschaden offen, die zudem entweder eine IV-Rente erhalten oder eine Kostengutsprache vorweisen können (https://B._____.ch/integration/fuer-interessierte-betroffene/arbeiten/, besucht am 9. Juli 2024). Der Beschwerdeführer erfüllt – wie er zu Recht vorbringt – offensichtlich die erforder-

derlichen Voraussetzungen, um in den Genuss des Angebots von B. _____ kommen zu können. Ausweislich der Akten bezieht er seit dem 1. September 2008 eine halbe Invalidenrente bei einer 50%igen Erwerbsunfähigkeit (ALK-act. 181).

4.2.3 Da nach dem Gesagten erstellt ist, dass es sich bei den angebotenen Tätigkeiten von B. _____ nicht um solche des ersten Arbeitsmarktes handelt, sondern vielmehr um solche, die der Integration und Wiedereingliederung in die Arbeitswelt und Gesellschaft dienen, kann nicht von einem Lohndumping ausgegangen werden, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen. Es ist auch nicht erkennbar, dass auf Kosten der Arbeitslosenversicherung Betriebe und Arbeitsplätze bestehen, die ansonsten in der freien Wirtschaft nicht überlebensfähig wären. Tätigkeiten im zweiten Arbeitsmarkt, wie sie vorliegend gegeben sind, können nicht in den Anwendungsbereich von Art. 24 Abs. 3 AVIG fallen. Eine Aufrechnung des durch den Beschwerdeführer erzielten Monateinkommens bei B. _____ basierend auf einem Stundenlohn von Fr. 1.50 auf eine berufs- und ortsübliche Entlohnung von Fr. 15.– pro Stunde fällt damit ausser Betracht.

4.2.4 Ergänzend sei an dieser Stelle erwähnt, dass dem Beschwerdeführer seitens der Arbeitslosenversicherung keine andere Arbeit, arbeitsmarktliche Massnahme oder dergleichen zugewiesen worden wäre. Gegenteiliges wird denn auch nicht geltend gemacht. Unter Berücksichtigung des Alters des Beschwerdeführers, im Zeitpunkt der massgeblichen Beschäftigung war er 63 Jahre alt, ist es durchaus verständlich, wenn er eine solche Tätigkeit annimmt, um einerseits eine normale Tagesstruktur zu erreichen und andererseits weiterhin seine Tauglichkeit für den ersten Arbeitsmarkt unter Beweis stellen zu können. Dies kann ihm im hier zu beurteilenden Fall nicht zum Nachteil gereichen, zumal er – wie vorstehend dargelegt – die Voraussetzungen für eine Teilnahme am Angebot von B. _____ erfüllt.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Arbeitslosenkasse Bundesrecht verletzt, wenn sie unter Anwendung von Art. 24 Abs. 3 AVIG dem Beschwerdeführer anstelle des vereinbarten Stundenlohns von Fr. 1.50 einen orts- und branchenüblichen Stundenlohn von Fr. 15.– anrechnet. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet und ist dahingehend gutzuheissen, dass der Einspracheentscheid vom 25. Oktober 2022 aufgehoben und die Sache zur Festsetzung der Arbeitslosenentschädigung unter Anrechnung des tatsächlich erzielten Zwischenverdienstes an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen

wird. Damit erübrigen sich Weiterungen zu einem möglichen Vertrauensschutz, wie ihn der Beschwerdeführer noch geltend gemacht hat (act. 1 Ziff. 17 ff.).

6.

6.1 Mangels einer entsprechenden Bestimmung im AVIG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenlos (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG).

6.2 Dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ist zulasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung nach Art. 61 lit. g ATSG auszurichten, welche ermessensweise auf Fr. 2'000.– (inkl. Barauslagen und MWST) festzusetzen ist.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid vom 25. Oktober 2022 aufgehoben und die Sache zur Festsetzung der Arbeitslosenentschädigung unter Anrechnung des tatsächlich erzielten Zwischenverdienstes an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– (inkl. Barauslagen und MWST) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Luzern Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden.
5. Mitteilung an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (im Doppel), an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug und an das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern.

Zug, 22. Juli 2024

Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Der Gerichtsschreiber

versandt am