

Arbeitslosenversicherung – KGE (Sozialversicherungsrechtliche Abteilung) vom 19. Juli 2011 in Sachen Z. c. DIHA – TCV S1 11 188

Begriff des Zwischenverdienstes

- Zwischenverdienst fällt nicht unter den Begriff der zumutbaren Arbeit, die zwingend zur Beendigung des Arbeitslosigkeit führt.

Ref. CH: Art. 24 AVIG

Ref. VS: -

Notion du gain intermédiaire

- Le gain intermédiaire n'implique pas la notion de travail ordinaire, lequel conduit impérativement à la fin du chômage.

Réf. CH: art. 24 LACI

Réf. VS: -

Sachverhalt

A. Die am 22. Dezember 1967 geborene A. meldete sich erstmals am 16. April 2010 beim Gemeindearbeitsamt zur Arbeitsvermittlung an. In ihrer Anmeldung legte sie dar, für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis zum 18. April 2010 sowie vom 18. Juni 2010 bis zum 30. April 2011 für die B. in X. als Wellnesstherapeutin gearbeitet zu haben bzw. tätig zu sein. Vom 14. Februar 2010 bis zum 30. April 2010 sei sie ausserdem für die C. als Skilehrerin im Einsatz gewesen. Am 1. Juli 2010 meldete sich die Versicherte telefonisch beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum Oberwallis (RAV) von der Arbeitsvermittlung ab, was ihr mit Schreiben vom 26. Juli 2010 bestätigt wurde. Mit Verfügung vom 1. September 2010 lehnte die Arbeitslosenkasse Syna die Anspruchsberechtigung auf ein Taggeld wegen Nichterfüllung der Beitragszeiten ab.

B. Am 13. September 2010 meldete sich die Versicherte erneut bei der Gemeinde zur Arbeitsvermittlung an, nachdem es im September 2010 zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei der B. gekommen war. Gemäss den Unterlagen belief sich der versicherte Verdienst auf Fr. 4'635.--. Mit Schreiben vom 15. September 2010 wurde die Versicherte zu einem Kollektivgespräche beim RAV eingeladen. Am 22. September 2010 erhielt die Versicherte das Merkblatt für versicherte Personen und wurde über die Definition der persönlichen

Arbeitsbemühungen aufgeklärt. Anlässlich des Gesprächs erklärte sie ausserdem, keinen Zwischenverdienst, keinen Arbeitsvertrag und keine Arbeit zugesichert erhalten zu haben. Am 5. Oktober 2010 hinterlegte A. den Arbeitsvertrag zwischen ihr und der C., wonach eine Zusammenarbeit vom 1. Dezember 2010 bis zum 30. April 2011 vereinbart worden war. Gemäss Vertrag verpflichtete sich die Arbeitnehmerin während 5 Monaten zu täglichem Einsatz. Gestützt auf diesen Vertrag nahm die Arbeitslosenkasse am 15. November 2010 eine Abmeldung der Versicherten von der Arbeitsvermittlung per 30. November 2010 vor. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2010 bestätigte sie die Abmeldung gegenüber A. Das Schreiben wurde mittels einfacher Post versandt. Für den Monat November 2010 rechnete A. noch den Zwischenverdienst ab.

C. Am 7. Januar 2011 hinterlegte A. bei der Arbeitslosenkasse Syna die Lohnabrechnung für den Monat Dezember 2010, die eine Lohn-Auszahlung von Fr. 2'300.-- nachwies, und das Formular „Angaben der versicherten Person für den Monat Dezember 2010“. Darin legte sie dar, nicht mehr Arbeit im gleichen Umfang wie im Vormonat zu suchen, nicht mehr arbeitslos zu sein und mit Datum vom 31. Dezember 2010 die Arbeitslosigkeit beendet zu haben. Am 1. März 2011 erklärte A., sie habe im November noch einen Zwischenverdienst abrechnen können, jedoch sei dies im Dezember nicht mehr erfolgt, obwohl sie die „Angaben der versicherten Person“ ebenfalls abgegeben habe. Da sie jedoch vom RAV-Berater per 30. November 2010 mit dem Vermerk 2 abgemeldet worden sei, habe sie im Dezember keinen Zwischenverdienst mehr abrechnen können. Es stelle sich die Frage, ob sie ohne ihr Einverständnis abgemeldet worden sei. Ausserdem sei sie über die Folgen nie informiert worden. Der im Dezember 2010 erzielte Verdienst von Fr. 2'320.50 zeige deutlich, dass sie auf die Kompensationszahlungen angewiesen sei. Die Kasse habe ihre Beratungspflicht verletzt. Per Mail vom 4. März 2011 legte der Personalberater dar, dass nie von einem Zwischenverdienst im Monat Dezember die Rede gewesen sei. Auch habe die Versicherte auf das Schreiben vom 13. Dezember 2010 nicht reagiert.

D. Am 11. März 2011 meldete sich die Versicherte zum dritten Mal beim Gemeindearbeitsamt an. Mit Schreiben vom 28. April 2011 legte die Dienststelle für Industrie, Handel und Arbeit (DIHA) dar, kein Zwischenverdienstformular erhalten zu haben. Ausserdem sei im Kollektivgespräch vom 22. September 2010 betreffend den Vertrag

mit der C. nie über einen Zwischenverdienst gesprochen worden. Da die Versicherte im November 2010 schon vereinzelt einen Zwischenverdienst in der Skischule erzielt habe, habe man von der Teilnahme der Versicherten am AMM-Programm von Anfang November 2010 bis Mitte Dezember 2010 abgesehen. Mit Verfügung vom 19. Mai 2011 bestätigte die Dienststelle die Abmeldung per Ende November 2010. Damit erklärte sich die Versicherte nicht einverstanden. In ihrer Einsprache vom 9. Juni 2011 legte sie dar, ein Protokoll betreffend das Kollektivgespräch vom 22. September 2010 liege nicht vor. Die Abmeldung von ihr nie unterzeichnet worden. Da sie durch das RAV abgemeldet worden sei, habe sie auch keine Formulare mehr erhalten. Schliesslich liege es am RAV zu beweisen, dass das Schreiben vom 13. Dezember 2010 tatsächlich zugestellt worden sei. Sie habe schon ab dem 1. November 2010 für die Skischule arbeiten können, weshalb das Arbeitsverhältnis bereits zu diesem Zeitpunkt begründet worden sei. Aus diesen Gründen seien die Abmeldung zu annullieren und die ausstehenden Leistungen zu vergüten. Mit Schreiben vom 7. September 2011 legte der RAV-Sachbearbeiter dar, er habe die Abmeldung aufgrund des Vertrages bei der C. vorgenommen. Die Versicherte habe im Beratungsgespräch vom 22. September 2010 eine Zwischenverdienstmöglichkeit auf Nachfrage verneint. Dies sei auch auf dem Protokoll „Saisonalitätsbilanz TOU“ in der Sparte Zwischenverdienst mit einem Nein erfasst worden. Die Versicherte habe das Dokument unterzeichnet. Das Thema des Zwischenverdienstes sei erstmals im März 2011 von der Versicherten angesprochen worden. Mit Entscheid vom 18. Oktober 2011 hielt die DIHA an ihrer Verfügung fest. Zur Begründung führte sie aus, dass von einem Zwischenverdienst vom 1. Dezember 2010 bis März 2011 nie die Rede gewesen und unbestritten sei, dass die Einsprecherin während dieser Periode keine Zwischenverdienstabrechnung übermittelt habe. Schliesslich sei sie an den Kollektiv- und Beratungsgesprächen eingehend informiert worden, dass die Zwischenverdienstabrechnungen jeweils am Ende des Monats bei der Arbeitslosenversicherung abzugeben seien.

E. Dagegen reichte A. am 11. November 2011 Beschwerde bei der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Wallis ein. Darin brachte sie das in der Einsprache Dargelegte erneut vor und ergänzte, sie habe sich sehr wohl bei der Arbeitslosenkasse gemeldet und zwar am 7. Januar 2011. Ausserdem habe sie im November 2010 Zwischenverdienst gestempelt und es habe keinen

Anlass gegeben, daran etwas zu ändern. Schliesslich sei sie vom RAV nie aufgefordert worden, darzulegen, weshalb die Arbeitsbemühungen nicht erbracht worden seien. Die Dienststelle verwies am 12. Dezember 2011 auf ihren Einspracheentscheid und legte dar, auf dem Formular „Angaben der versicherte Person“ vom Dezember 2010 habe die Versicherte schriftlich deklariert, nicht weiter arbeitslos zu sein. Am 22. Dezember 2011 wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass das Formular vom Dezember 2010 am 7. Januar 2011 abgegeben worden sei und lediglich die Bemerkung „31.12.2010 beendet arbeitslosig“ enthalte. Mit Schreiben vom 4. Januar 2012 verzichtete die Dienststelle auf eine Replik. Am 9. Januar 2012 wurde der Schriftenwechsel abgeschlossen.

Erwägungen

1. (Zuständigkeit)

2. Strittig ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Zwischenverdienstentschädigung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2010 bis März 2011. Diesbezüglich ist insbesondere zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin während des besagten Zeitraumes arbeitslos war.

3. a) Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt u.a. voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG). Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Als teilweise arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und b AVIG). Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG in Verbindung mit Art. 11 AVIG hat der Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG).

b) Während es sich bei der Arbeitslosigkeit um eine Anspruchsvoraussetzung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung handelt, geht es bei der Zwischenverdienstregelung um eine nach besonderen

Regeln bemessene Entschädigung, die jedoch nicht grundsätzlich von den allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen losgelöst ist (Faesi, Arbeitslosenentschädigung und Zwischenverdienst, Ursachen und Wirkungen der zweiten Teilrevision des AVIG, Zürich 1999, S. 242). Zu den allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen zählt die Arbeitslosigkeit gemäss Art. 10 AVIG. Ist eine versicherte Person nicht als arbeitslos im Sinne von Art. 10 Abs. 1 oder 2 AVIG zu betrachten, kann sie sich demnach nicht auf die Zwischenverdienstregelung berufen (Faesi, a.a.O., S. 243). Verfügt die arbeitslose Person über eine zumutbare Tätigkeit, ist sie im Umfang dieser Beschäftigung nicht mehr arbeitslos. Trotzdem ist eine solche Person dann als arbeitslos im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG zu betrachten, wenn sie über den Arbeitsumfang hinaus, den sie bereits innehat, eine Beschäftigung ausüben möchte. Es erfolgt in diesem Umfang eine Kompensationszahlung.

c) Gemäss Art. 24 Abs. 1 und 3 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Anknüpfungspunkt ist und bleibt das tatsächliche Ausüben einer (Zwischenverdienst-)Tätigkeit. Entscheidend ist - wie sich bereits deutlich aus dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 AVIG ergibt - allein, ob eine auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit vorliegt, d.h. faktisch ausgeübt worden ist (Stauffer/Kupfer, Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, Zürich 2008, Art. 24, S. 124). Liegt keine Tätigkeit vor, gibt es nichts anzurechnen (Urteil des Bundesgerichtes C 316/05 vom 12. Oktober 2006 E. 2.4).

4. a) In der Beschwerde wird behauptet, die Beschwerdegegnerin habe die Beschwerdeführerin ohne deren Wissen eigenmächtig von der Arbeitslosenversicherung abgemeldet.

Aus den Unterlagen geht einerseits hervor, dass der RAV-Sachbearbeiter Mitte November 2010 gestützt auf den Vertrag mit der C. die Versicherte per 30. November 2010 abmeldete. Andererseits steht fest, dass die Versicherte im Monat November 2010 aufgrund der Tätigkeit bei der C. noch einen Zwischenverdienst abrechnete, danach jedoch keine Entschädigung mehr erhielt. Sodann vermag die Beschwerdegegnerin den Beweis nicht zu erbringen, dass und allenfalls wann sie die Beschwerdeführerin über die Abmeldung und

deren nachteiligen Folgen (Wegfall der Zwischenverdienstzahlungen) orientiert hat. Denn diesbezüglich kann sich die Beschwerdegegnerin weder auf das Schreiben vom 13. Dezember 2010 berufen, da dessen Empfang nicht bewiesen werden kann, noch lässt sich aufgrund der anderen Unterlagen - und insbesondere auch nicht aufgrund des Protokolls vom 22. September 2010 - dieser Nachweis erbringen.

Aufgrund der Begebenheiten wäre die Beschwerdegegnerin bzw. das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum verpflichtet gewesen, die Versicherte weiterhin als Arbeitslose zu führen. Zwischenverdienst fällt nicht unter den Begriff der zumutbaren Arbeit, die zwingend zur Beendigung der Arbeitslosigkeit führt (BGE 114 V 348 f. E. 2d; vgl. auch BGE 120 V 247 E. 4b), weshalb allein gestützt auf den hinterlegten Vertrag mit der C. eine Abmeldung nicht hätte vorgenommen werden dürfen. Die Arbeitslosigkeit der Beschwerdeführerin - deren Rahmenfrist im Übrigen vom 13. September 2010 bis zum 12. September 2012 dauerte - war ausserdem auch deshalb nicht beendet, weil es sich bei der Tätigkeit der Beschwerdeführerin bei der C. um eine gemäss Art. 16 AVIG unzumutbare Tätigkeit handelte, welche insbesondere nicht angemessen auf ihre Fähigkeiten oder die bisherige Hauptbeschäftigung Rücksicht genommen hatte, die die Wiederbeschäftigung in ihren Beruf erschwerte und die einen Lohn einbrachte, der weniger als der versicherte Verdienst von Fr. 4'635.-- war. Aufgrund dieser Tatsachen und da aus dem Arbeitsvertrag sowie den vorgängig erzielten Einkommen unschwer zu erkennen gewesen war, dass der Lohn und die Tätigkeit gemäss Art. 16 AVIG unzumutbar waren und die Beschwerdeführerin bereits im November 2010 Anspruch auf Kompensationszahlungen gehabt hatte, hätte der Sachbearbeiter nicht gestützt auf den Arbeitsvertrag mit der C. auf die Beendigung der Arbeitslosigkeit schliessen und die Versicherte abmelden dürfen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin keineswegs - wie von der Beschwerdegegnerin fälschlicherweise behauptet - untätig blieb. Vielmehr ging noch am 23. Dezember 2010 das Formular „Angaben der versicherten Person für den Monat November 2010“ und am 7. Januar 2011 dasjenige betreffend den Dezember 2010 sowie die Lohnabrechnung für den Monat Dezember 2010 ein. Spätestens in diesem Zeitpunkt hätte der Sachbearbeiter reagieren und weitere Abklärungen treffen müssen, zumal die Beschwerdeführerin in den hinterlegten Unterlagen zum Ausdruck brachte, frühestens per Ende Dezember 2010 die Arbeitslosigkeit beendet zu haben.

Soweit sich die Beschwerdegegnerin auf die fehlenden Arbeitsbemühungen für die Monate Dezember 2010 bis März 2011 beruft, bilden diese nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Ebenso wenig führt dieser Umstand zur Beendigung der Arbeitslosigkeit, sondern er stellt allenfalls einen Grund für die Einstellung von Taggeldern dar. Im Übrigen übersieht die Beschwerdegegnerin, dass die Versicherte zu einer Stellungnahme hätte aufgefordert werden müssen. Auch diesbezüglich blieb die Vorinstanz unverständlicherweise untätig.

Wenn die Beschwerdegegnerin weiter darlegt, die Beschwerdeführerin habe im Beratungsgespräch vom 22. September 2010 eine Zwischenverdienstmöglichkeit auf Nachfrage hin verneint, brachte die Versicherte damit nur zum Ausdruck, dass im Monat September eine solche nicht vorlag. Dass das Thema Zwischenverdienst erstmals im März 2011 angesprochen worden wäre, trifft so auch nicht zu, zumal die Versicherte im November 2010 den Zwischenverdienst noch abrechnen konnte.

Wie bereits oben dargelegt, kann die Beschwerdegegnerin auch gestützt auf das Schreiben vom 13. Dezember 2010 nichts zu ihren Gunsten ableiten, da diesbezüglich nicht einmal die Zustellung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststeht, geschweige denn, deren Zeitpunkt.

Zu der von der Beschwerdegegnerin gerügten fehlenden Bescheinigungen für den Zwischenverdienst sei festgehalten, dass diese Formulare vom Arbeitgeber auszufüllen sind und gemäss Mitteilung des SECO eine Bescheinigung pro Arbeitsverhältnis ausreicht. Im Zweifelsfall wäre es sodann ohne Weiteres möglich, zumutbar und letztlich zu erwarten gewesen, dass der Personalberater die nötigen Abklärungen trifft, zumal die Versicherte im Januar 2011 die Lohnabrechnung für den Monat Dezember 2010 hinterlegte und der Personalberater diesbezüglich schon früher mit der Arbeitgeberin im telefonischen Kontakt stand (vgl. Schreiben vom 7. September 2011 Pt. 3). Ferner legte diese mit Mail vom 9. Mai 2011 dar, leider keine Kopien angefertigt zu haben, was sie inskünftig tun werde.

Was schliesslich die Bemerkung auf dem Formular „Angaben der versicherten Person für den Monat Dezember 2010“ anbelangt, wonach die Versicherte bemerkte „31.12.2010 beendet arbeitslosig“ und die Frage nach der Arbeitslosigkeit verneinte, sei festgehalten,

dass die Versicherte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in der irrigen Annahme war, dass ein höherer Zwischenverdienst zwingend zur Beendigung der Arbeitslosigkeit führt. Auch diesbezüglich hätte der Sachbearbeiter die Versicherte orientieren und allenfalls nachfragen müssen, ob sie über den Arbeitsumfang hinaus, den sie bereits innehatte, noch eine Beschäftigung ausüben wolle bzw. dazu bereit sei bzw. dem Arbeitsmarkt noch zur Verfügung stehen wolle.

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Beschwerdeführerin ab dem 1. Dezember 2010 weiterhin als arbeitslos galt und die Beschwerdegegnerin den Leistungsanspruch nicht ohne nähere Prüfung hätte einstellen dürfen. Mithin hat die Beschwerdegegnerin den Anspruch der Beschwerdeführerin auf die Zwischenverdienstentschädigungen für den Zeitraum vom 1. Dezember 2010 bis zur Wiederanmeldung im März 2011 zu prüfen und, sofern die Berechnungsvoraussetzungen erfüllt sind, diese auszuzahlen.