

[AZA 7]  
C 135/98 Ge

III. Kammer

Bundesrichter Schön, Meyer und Ferrari;  
Gerichtsschreiber Grünvogel

Urteil vom 5. Juni 2001

in Sachen

B.\_\_\_\_\_, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Peter Frick, Florastrasse 44, 8032  
Zürich,

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, Rudolf Diesel-Strasse 28, 8405 Winterthur,  
Beschwerdegegnerin,

und

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- Der 1958 geborene B.\_\_\_\_\_ meldete sich am 26. Juni 1995 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung rückwirkend ab 18. April 1995 an, nachdem er die zuvor bekleidete Stelle als Vermögensberater bei der C.\_\_\_\_\_ AG auf den 5. April 1995 verloren hatte. Für die Kontrollperioden Juli bis November 1995 reichte B.\_\_\_\_\_ u.a. Bescheinigungen über einen Zwischenverdienst bei der Firma A.\_\_\_\_\_ AG ein. Die Arbeitslosenkasse erachtete die darin ausgewiesenen Entschädigungen nicht als orts- und berufsüblich und setzte daher das Zwischenverdiensteinkommen mit Verfügung vom 17. Januar 1996 auf Fr. 35.- pro Stunde fest, entsprechend dem in den Abrechnungen vom 16. Januar 1996 für die Kontrollperioden Juli bis November 1995 berücksichtigten Betrag.

B.- B.\_\_\_\_\_ liess Beschwerde erheben mit den Anträgen, ihm sei unter Aufhebung der Abrechnungen vom 16. Januar 1996 sowie der Verfügung vom 17. Januar 1996 für die Monate Juli bis November 1995 ein Taggeld auf der Grundlage eines versicherten Verdienstes von Fr. 8100. -, unter Anrechnung des bei der A.\_\_\_\_\_ AG als Zwischenverdienst tatsächlich erzielten Einkommens, zu vergüten. Weiter verlangte er die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab 18. April 1995 bis Ende Juni 1995, wobei eine allfällige Karenzzeit berücksichtigt werden könne. Mit Entscheid vom 20. März 1998 wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich die Beschwerde, soweit es darauf eintrat, ab. Bezüglich der Kontrollperioden Juli bis November 1995 führte es zur Begründung aus, B.\_\_\_\_\_ sei während dieser Zeit nicht vermittlungsfähig gewesen und habe somit auch keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weshalb die Frage der Orts- und Berufsüblichkeit der Entlöhnung offen gelassen werden könne.

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt B.\_\_\_\_\_ die vorinstanzlich gestellten Begehren erneuern. Zusätzlich ersucht er um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung.

Die Kasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit hat sich nicht vernehmen lassen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Der Antrag auf Leistungen für die Monate April bis Juni 1995 ist mit keinem Wort begründet. Damit liegt in diesem Punkt keine rechtsgenügende Beschwerde im Sinne von Art. 108 Abs. 2 OG vor, weshalb diesbezüglich auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eingetreten werden kann (BGE 123 V 336 Erw. 1a mit Hinweisen).

b) Zu prüfen bleibt, ob und in welchem Umfang der Versicherte für die Zeit vom 1. Juli bis 30. November 1995 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Diese Frage beurteilt sich nach den Rechtssätzen, die im Zeitraum, für den Leistungen geltend

gemacht werden, Gültigkeit hatten (BGE 122 V 36, 250, je Erw. 1). Zur Anwendung gelangen demnach die Bestimmungen des AVIG in der bis 31. Dezember 1995 gültig gewesenen Fassung.

2.- Das kantonale Gericht hat die gesetzlichen Bestimmungen über die für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vorausgesetzte Vermittlungsfähigkeit (Art. 15 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG), den Begriff des Zwischenverdienstes (Art. 24 Abs. 1 AVIG), den Entschädigungsanspruch bei Ausübung einer Zwischenverdiensttätigkeit und den anwendbaren Entschädigungssatz (Art. 24 Abs. 2 AVIG) sowie die Ermittlung des Verdienstauffalls (Art. 24 Abs. 3 AVIG) zutreffend dargelegt. Richtig wiedergegeben hat das kantonale Gericht auch die Rechtsprechung, wonach der in einer Kontrollperiode erzielte effektive Lohn in masslicher Hinsicht bis zu dem als berufs- und ortsüblich (Art. 24 Abs. 3 AVIG) zu qualifizierenden Ansatz angehoben wird. Der Differenzausgleich erfolgt nur auf dieser Grundlage (BGE 120 V 253 Erw. 5e, 513 Erw. 8e). Dies gilt, was zu ergänzen ist, rechtsprechungsgemäss auch dann, wenn ein vollzeitlich angestellter Aussendienstmitarbeiter auf Provisionsbasis in den ersten Monaten seiner Anstellung noch kein Einkommen erzielt (ARV 1998 Nr. 33 S. 182 Erw. 2 am Ende und Erw. 3a).

3.- In tatsächlicher Hinsicht erachtete es die Vorinstanz als überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer im massgebenden Zeitraum mindestens 40 Stunden pro Woche für die A. \_\_\_\_\_ AG - Ausbildung eingeschlossen - tätig gewesen war, somit einer Vollzeitbeschäftigung nachging. Dies ist nicht zu beanstanden, ergänzte doch der Versicherte selber die monatlichen Bescheinigungen des Arbeitgebers über den Zwischenverdienst dahingehend, dass er acht Stunden täglich für die A. \_\_\_\_\_ AG arbeite. Weiter präziserte er am 2. Oktober 1995 gegenüber der Kasse, die Schulungszeit bei der A. \_\_\_\_\_ AG betrage seit April 1995 bis auf weiteres wöchentlich mindestens sieben Stunden, zuzüglich einer persönlichen Besprechung von rund zwei Stunden sowie 32 bis 40 Stunden, die er für Beratungs- und Analysentermine benötige. Demgegenüber vermag seine von diesen Angaben abweichende, erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Darstellung nicht zu überzeugen. Ferner ist erstellt, dass der Versicherte bei dieser, ausschliesslich auf Provisionsbasis entlohnten Arbeit von der Firma im Juni 1995 Fr. 360. 30, im Juli und August 1995 nichts, im September Fr. 3247. 85, im Oktober 1995 Fr. 535. 60 und im November 1995 Fr. 8.95 ausbezahlt erhielt. Endlich wies er im Unterschied zu den Monaten Juni und August 1995 für Juli sowie September bis November 1995 keine einzige Arbeitsbemühung nach.

4.- Die Vorinstanz schloss aus dem vom Beschwerdeführer für seine Tätigkeit bei der A. \_\_\_\_\_ AG betriebenen zeitlichen Aufwand sowie seinen dürftigen Bemühungen um eine neue Stelle auf fehlende Vermittlungsfähigkeit.

Dieser Auffassung kann nicht beigespflichtet werden. Denn wenn die Aufnahme einer Vollzeitbeschäftigung nach der Rechtsprechung als Zwischenverdienst anerkannt werden kann, wird die Vermittlungsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung stark relativiert (ARV 1996/97 Nr. 38 S. 212 Erw. 2a mit Hinweis). Man kann daher die Vermittlungsfähigkeit nicht schon deswegen absprechen, weil ein Versicherter einer vollzeitlichen Zwischenverdiensttätigkeit nachgeht. Auch lässt sich aus ungenügenden Bemühungen um eine neue Stelle nicht ohne weiteres auf die fehlende subjektive Bereitschaft schliessen, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (ARV 1996/97 Nr. 8 S. 31 Erw. 3, Nr. 19 S. 101 Erw. 3b, je mit Hinweisen). In der Regel sind diese nur Ausdruck unzureichender Erfüllung der gesetzlichen Schadenminderungspflicht (ARV 1986 Nr. 26 S. 101 Erw. 1b mit Hinweisen). Für die Annahme fehlender Vermittlungsbereitschaft auf Grund ungenügender Stellensuche bedarf es vielmehr besonders qualifizierter Umstände (hiezuvor ARV 1996/97 Nr. 8 S. 31 Erw. 3 und Nr. 19 S. 101 Erw. 3b), welche aber vorliegend nicht ausgewiesen sind.

5.- Die Bejahung der Vermittlungsfähigkeit ändert aber nichts daran, dass für den Differenzausgleich nicht auf die effektiv von der A. \_\_\_\_\_ AG getätigten Auszahlungen abgestellt werden kann. Weil der Versicherte mangels Geschäftsabschlüssen in der Zeit von Juli bis November 1995 in einzelnen Monaten keinen oder nur einen geringen Verdienst erzielte, ist vielmehr vom berufs- und ortsüblichen Lohn auszugehen. Der von der Verwaltung hierfür verwendete Stundenansatz als Finanzberater von Fr. 35.- ist ermessensweise nicht zu beanstanden (Art. 132 OG; BGE 122 V 42 Erw. 5b mit Hinweis), zumal der Beschwerdeführer diesen Betrag nicht näher in Zweifel zieht. Bei einem auf den Monat hochgerechneten Tagespensum von durchschnittlich acht Stunden (Erw. 3 hievor) ergibt dies im Juli und im September 1995 jeweils einen anrechenbaren Lohn von Fr. 5880. - (21 Arbeitstage), im August 1995 Fr. 6440. - (23 Arbeitstage) sowie im Oktober und im November 1995 Fr. 6160. - (22 Arbeitstage). Dies führt dazu, dass auf Grund von Art. 24 Abs. 2 AVIG (in der bis Ende 1995 gültig gewesenen Fassung; Erw. 1b hievor) 80 % des Verdienstaufalles, d.h. der Differenz zwischen dem versicherten Lohn (Fr. 8100. -) und dem jeweiligen aufgerechneten Zwischenverdienst,

als Taggelder auszurichten sind. Insofern ist die Anspruchsberechtigung zu bejahen. Nachdem der Beschwerdeführer ab September 1995 keine Arbeitsbemühungen mehr ausgewiesen hat, stellt sich für diese Zeit noch die Frage der Einstellung in der Anspruchsberechtigung. Es wird Sache der Verwaltung sein, hiefür die erforderlichen Abklärungen vorzunehmen.

6.- Da es um Versicherungsleistungen geht, sind gemäss Art. 134 OG keine Gerichtskosten zu erheben. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der Befreiung von den Gerichtskosten ist daher gegenstandslos.

Dem teilweise obsiegenden Beschwerdeführer steht eine reduzierte Parteientschädigung zu Lasten der kantonalen Arbeitslosenkasse zu (Art. 159 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 135 OG). In diesem Umfang ist auch das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung als gegenstandslos geworden zu betrachten. Im Übrigen kann dem Versicherten die unentgeltliche Verbeiständung gewährt werden (Art. 152 in Verbindung mit Art. 135 OG), da die Bedürftigkeit aktenkundig ist, die Beschwerde nicht als aussichtslos zu bezeichnen und die Vertretung geboten war (BGE 124 V 309 Erw. 6; ARV 1998 Nr. 32 S. 178 Erw. 5a mit Hinweisen). Es wird indessen ausdrücklich auf Art. 152 Abs. 3 OG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn sie später dazu im Stande ist.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in den Sinne teilweise gutgeheissen, dass der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. März 1998, soweit die Taggeldabrechnungen vom 16. Januar 1996 für die Kontrollperioden Juli bis November 1995 betreffend, sowie die Taggeldabrechnungen selbst aufgehoben werden und die Sache an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen wird, damit sie, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen neu verfüge. Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

III. Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1500. - (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

IV. Zuzufolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wird Rechtsanwalt Peter Frick, Zürich, für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 1000. - (einschliesslich Mehrwertsteuer) ausgerichtet.

V. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kanton Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 5. Juni 2001

Im Namen des  
Eidgenössischen Versicherungsgerichts  
Der Präsident der III. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: