

BGE 120 V 233

Bundesgericht (BGE), 1994-05-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_120 V 233](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_120_V_233)

FR: ATF 120 V 233

IT: DTF 120 V 233

Regeste

Regeste Art. 24 AVIG in der seit 1. Januar 1992 gültigen Fassung, Art. 24 und Art. 25 AVIG in der bis 31. Dezember 1991 gültig gewesenen Fassung, Art. 16 und Art. 18 AVIG. - Sämtliche Formen unselbständiger Erwerbstätigkeit, welche bisher unter die verschiedenen Bemessungsnormen oder -grundsätze der Teilzeitarbeit (Art. 18 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 ff. AVIG), des Zwischenverdienstes (alt Art. 24 AVIG) und der Ersatarbeit (alt Art. 25 AVIG) subsumiert wurden, sind Gegenstand des revidierten Art. 24 AVIG (Erw. 5b). - Der Versicherte hat so lange Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalles nach Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG, als er in der fraglichen Kontrollperiode nicht eine zumutbare Arbeit im Sinne von Art. 16 AVIG aufnimmt. An den übrigen von der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernissen für das Vorliegen von Zwischenverdienstarbeit (Vorläufigkeit, Übergangscharakter, leichte Auflösbarkeit) ist nicht mehr festzuhalten (Erw. 5c; Änderung der Rechtsprechung). - Nimmt der Versicherte während der streitigen Kontrollperiode eine - insbesondere lohnmässig - zumutbare Arbeit auf, mithin eine Tätigkeit, die ihm ein Einkommen verschafft, welches zumindest dem Betrag der Arbeitslosenentschädigung entspricht, bleibt für die Annahme eines Zwischenverdienstes kein Raum (Erw. 5c). - Allfällige Ersatzeinkommen sind entgegen Rz. 188 des BIGA-Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung nicht zu berücksichtigen. Hingegen ist das in der genannten Rz. erwähnte Erfordernis des Mindestarbeitsausfalles insofern gesetzmässig, als Tätigkeiten geringeren Arbeitsausfalls unter Art. 24 Abs. 4 AVIG zu subsumieren sind (Erw. 5c). - Die Frage der - lohnmässigen - Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit beurteilt sich nur in bezug auf ein Arbeitsverhältnis (Erw. 5d). - Das in Art. 24 Abs. 3 AVIG erwähnte Erfordernis der Berufs- und Ortsüblichkeit muss auch für die Ersatarbeit gemäss Art. 24 Abs. 4 AVIG gelten. Die Nichteinhaltung des Kriteriums der Berufs- und Ortsüblichkeit führt aber weder im Bereich von Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG noch nach Art. 24 Abs. 4 AVIG zum Dahinfallen des Anspruchs auf Differenzausgleich. Vielmehr wird der vom Versicherten erzielte effektive Lohn in masslicher Hinsicht bis zu dem als berufs- und ortsüblich zu qualifizierenden Ansatz angehoben, und es erfolgt nur auf dieser Grundlage ein Differenzausgleich (Erw. 5e). - Ist der Versicherte im Verlaufe einer Kontrollperiode durch Ausübung einer oder mehrerer Tätigkeiten in zeitlicher Hinsicht über eine Vollzeitbeschäftigung hinaus erwerbstätig, sind jene Einkünfte, die er aus dem über das normale Arbeitnehmerpensum hinausgehenden Einsatz erzielt, bei der Anwendung der Zwischenverdienstregelung unbeachtlich (Erw. 5f).

Erwägungen

E. 1

a) Nach der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts stellt der Rückweisungsentscheid einer kantonalen Rekursinstanz eine im Sinne von Art. 128 in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 OG und Art. 5 VwVG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidg. Versicherungsgericht anfechtbare Endverfügung dar. Anfechtbar ist grundsätzlich nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung eines Entscheides. Verweist indessen das Dispositiv eines Rückweisungsentscheides ausdrücklich auf die Erwägungen, werden diese zu dessen Bestandteil und haben, soweit sie zum Streitgegenstand gehören, an der formellen Rechtskraft teil. Dementsprechend sind die Motive, auf die das Dispositiv verweist, für die Behörde, an die die Sache zurückgewiesen wird, bei Nichtanfechtung verbindlich. Beziehen sich diese Erwägungen auf den Streitgegenstand, ist somit auch deren Anfechtbarkeit zu bejahen (BGE 113 V 159 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und Lehre). b) Das Verwaltungsgericht hat die angefochtene Verfügung vom 4. November 1992 in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben und die Sache an die BGE 120 V 233 S. 238 Arbeitslosenkasse zurückgewiesen "zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen". In der Begründung, auf welche das Dispositiv verweist, hat die Vorinstanz vorab festgestellt, dass die Versicherte - entgegen der Auffassung der Verwaltung - einen Verdienstausschlag erleide, indem sie seit 1. August 1992 trotz der Anstellung in der Firma Z und der stundenweisen Weiterbeschäftigung in der Firma X im Vergleich zu früher einen erheblichen Einkommensverlust hinnehmen müsse. Unbestritten sei hingegen, dass kein Arbeitsausfall von mindestens zwei aufeinanderfolgenden Arbeitstagen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG oder von mindestens zwei vollen Arbeitstagen innerhalb von zwei Wochen (Art. 5 AVIV) vorliege. Dieses Erfordernis sei jedoch nicht massgeblich, sofern und solange die Regelung über den Zwischenverdienst zur Anwendung gelange. Mit der neuen, seit 1. Januar 1992 geltenden Fassung des Art. 24 AVIG habe man erreichen wollen, dass Versicherte, welche einen irgendwie gearteten Zwischenverdienst erzielen, unabhängig vom zeitlichen Umfang des Arbeitsausfalls eine allein nach dem Verdienstausschlag bemessene Entschädigung in der Höhe von 80% des innerhalb einer Kontrollperiode erlittenen Ausfalls beanspruchen können. Die Anspruchsvoraussetzung hänge daher einzig von der Frage ab, wie eine vorübergehende Arbeitsgelegenheit, die nach den Bestimmungen über den Zwischenverdienst Anspruch auf (teilweisen) Differenzausgleich zwischen dem Einkommen und dem versicherten Verdienst verleihe, von einer Tätigkeit abzugrenzen sei, welche die Arbeitslosigkeit beende und in diesem Umfange keinen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung mehr auslösen könne. In bezug auf diese Abgrenzungsfrage sei die unter dem alten Recht zu Art. 24 und 25 AVIG ergangene Rechtsprechung (BGE 114 V 348 f. Erw. 2d) weiterhin anwendbar. Im vorliegenden Fall ergebe sich, dass die Tätigkeit in der Firma Z, welche mit einem Monatsgehalt von Fr. 3'760.-- entschädigt werde, im Hinblick auf die R. zustehende Arbeitslosenentschädigung von Fr. 4'784.-- nach Art. 16 AVIG lohnmässig nicht zumutbar sei. Ferner sei die Versicherte in Anbetracht der vereinbarten Kündigungsfristen von sieben Tagen während der Probezeit und einem Monat während des ersten Dienstjahres trotz ihrer Stelle in der Firma Z uneingeschränkt vermittlungsfähig gewesen. Bei dieser Sachlage sei die Tätigkeit in der Firma Z als vorübergehende Arbeitsgelegenheit im Sinne der Bestimmungen über den Zwischenverdienst zu qualifizieren. Gleiches gelte für die stundenweise Beschäftigung in der Firma X. BGE 120 V 233 S. 239 An diesem Ergebnis vermöge Rz. 188 des Kreisschreibens des BIGA über die Arbeitslosenentschädigung (KS ALE), in Kraft seit 1. Januar 1992, nichts zu ändern. Diese Bestimmung, wonach die versicherte Person Anspruch auf 80% des Verdienstausschlages nur hat, solange der erzielte Verdienst zusammen mit

allfälligen Ersatzeinkommen niedriger ist als die Arbeitslosenentschädigung, die sie ohne Zwischenverdienst hätte erwarten können, dürfe der Versicherten nicht entgegengehalten werden. Denn die darin vorgenommene Beschränkung der Zwischenverdienstregelung auf Fälle, da die gesamten Einkünfte innerhalb einer Kontrollperiode weniger betragen als die der versicherten Person zustehende Arbeitslosenentschädigung, finde im Gesetz keine Stütze. Richtig sei einzig, dass die Aufnahme einer lohnmässig zumutbaren Beschäftigung ein gewichtiges Indiz dafür bilde, dass die versicherte Person ihre Arbeitslosigkeit beendet habe. Es müssten deshalb klare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die lohnmässig zumutbare Beschäftigung bloss als Übergangslösung im Rahmen der Schadenminderungspflicht gedacht sei. Dies sei dann der Fall, wenn es sich um Arbeitsgelegenheiten handle, welche bloss provisorischen Charakter hätten und die kurzzeitig ohne Einhaltung längerer Kündigungsfristen wieder aufgegeben werden könnten. Solange der Übergangscharakter der angenommenen Beschäftigung (allenfalls auch mehrerer Tätigkeiten) und die Suche nach einer Dauerstelle ausgewiesen seien, schliesse die Tatsache, dass der dabei erzielte Lohn die auf die gleiche Kontrollperiode entfallende Arbeitslosenentschädigung überschreite, die Anrechnung von Zwischenverdienst nicht aus. Auch die weitere Einschränkung in Rz. 188 KS ALE, wonach ein Anspruch auf Verdienstausschlag nur bestehe, wenn innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausgefallen seien, erweise sich als unhaltbar. Denn im Falle von Zwischenverdienst trete an die Stelle des anrechenbaren Arbeitsausfalles als Voraussetzung für die Ausrichtung von Versicherungsleistungen ein bestimmter Prozentsatz des versicherten Verdienstes, so dass kein minimaler Arbeitsausfall erforderlich sei. c) Das BIGA stellt sich in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf den Standpunkt, mit der auf den 1. Januar 1992 erfolgten Revision des Art. 24 Abs. 1 AVIG, wonach jedes Einkommen, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erziele, als Zwischenverdienst gelte, sei bewusst auf die bisherigen administrativ umständlichen und in einigen Fällen ungerechten Unterscheidungen zwischen Ersatzarbeit, Zwischenverdienst und Verdienst aus Teilzeitbeschäftigung verzichtet worden. Als Zwischenverdienst gelte somit BGE 120 V 233 S. 240 nicht nur ein kurzfristiger Arbeitseinsatz, sondern auch jeder Verdienst aus einer unbefristeten Teilzeitbeschäftigung. Soweit ein Versicherter insgesamt in einem Rahmen erwerbstätig sei, welcher über eine Vollzeitbeschäftigung hinausgehe, handle es sich beim eine Vollzeitbeschäftigung übersteigenden Teil um eine Nebenbeschäftigung, die sowohl bei der Bemessung des versicherten Verdienstes als auch bei der Festlegung des Zwischenverdienstes unberücksichtigt zu bleiben habe. Art. 24 Abs. 4 AVIG, welcher während der ersten sechs Monate vom Anspruchsrequisit des anrechenbaren Arbeitsausfalles im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG dispensiere, sei nur anwendbar, wenn die vom Versicherten während der Kontrollperioden ausgeübte(n) Erwerbstätigkeit(en) eine Vollzeitbeschäftigung darstellt (darstellen). Im vorliegenden Fall habe die Versicherte folglich Anspruch auf einen Differenzausgleich gemäss Art. 24 Abs. 4 AVIG, wenn die beiden Tätigkeiten in zeitlicher Hinsicht zusammen einer Vollzeitbeschäftigung entsprechen und einen anrechenbaren Verdienstausschlag ergeben. Sofern und soweit aber die beiden Tätigkeiten in den einzelnen Kontrollperioden keine Vollzeitbeschäftigung darstellten, könne ein Differenzausgleich gemäss Art. 24 Abs. 2 und 3 AVIG nur ausgerichtet werden, wenn der zeitliche Mindestausfall im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG (und Art. 4 f. AVIG) gegeben sei. Die vorinstanzliche Auffassung, wonach Versicherte, welche einen irgendwie gearteten Zwischenverdienst erzielen, unabhängig vom zeitlichen Umfang des Arbeitsausfalles eine allein nach dem Verdienstausschlag bemessene

Entschädigung in Höhe von 80% des innerhalb einer Kontrollperiode erlittenen Verdienstausfalles beanspruchen könnten, sei folglich nur teilweise richtig. Der zeitliche Aufwand (einer oder mehrerer Beschäftigungen) spiele bezüglich der Höhe des Zwischenverdienstes - allerdings unter Beachtung der orts- und berufsüblichen Entlohnung und der frankenmässigen Zumutbarkeitsgrenze - so lange keine Rolle, als die Voraussetzungen für den zeitlichen Mindestausfall erfüllt seien. Sobald der zeitliche Mindestausfall gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG und Art. 4 bzw. Art. 5 AVIV nicht mehr erfüllt sei, fehle es an einem anrechenbaren Arbeitsausfall. Müsste der zeitliche Mindestausfall im Rahmen eines Zwischenverdienstes nicht geprüft werden, würde Art. 24 Abs. 4 AVIG mit dem Verweis auf Art. 11 Abs. 1 AVIG keinen Sinn ergeben. Rz. 188 KS ALE stelle daher - entgegen den Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid - keine gesetzlich nicht abgesicherte Anspruchseinschränkung dar. BGE 120 V 233 S. 241 Zusammenfassend ergebe sich, dass der vom Verwaltungsgericht vertretene Übergangscharakter des Zwischenverdienstes aufgrund der bisherigen Rechtsprechung nicht aufrechterhalten werden könne, sei doch nach der auf den 1. Januar 1992 in Kraft getretenen Neuregelung des Zwischenverdienstes die zeitlich unbeschränkte Ausrichtung des Differenzausgleichs ausserhalb des Art. 24 Abs. 4 AVIG möglich und einzig durch die zweijährige Rahmenfrist für den Leistungsbezug und den persönlichen Höchstanspruch begrenzt. Die Frage des Übergangscharakters der von der Versicherten ausgeübten Tätigkeiten sei daher, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung, zu vernachlässigen, wobei im übrigen der Übergangscharakter hier nicht angenommen werden könnte, weil der von der Versicherten abgeschlossene Arbeitsvertrag eindeutig auf Dauer angelegt worden sei. d) In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde stellt das BIGA somit den von der Vorinstanz vorbehaltlos bejahten Anspruch der Versicherten auf Differenzausgleich in Frage für den Fall, dass die von der Versicherten ausgeübten Tätigkeiten einerseits keine Vollzeitbeschäftigung darstellen und andererseits keinen zeitlichen Mindestausfall gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG oder Art. 4 f. AVIV bewirken. Ferner vertritt es die Auffassung, dass jene Einkünfte, welche die Versicherte mit einer Erwerbstätigkeit erzielt, die über eine normale Vollzeitbeschäftigung hinausgeht, Nebenverdienst darstellen und daher - entgegen der vorinstanzlichen Auffassung - bei der Bemessung des Differenzausgleichs ausser acht zu bleiben haben. Damit beantragt das BIGA nicht einfach die ersatzlose Aufhebung des kantonalen Entscheids, wodurch die Ablehnungsverfügung der Kasse bestätigt würde, sondern es will den Differenzausgleich nach anderen Grundsätzen beurteilt wissen. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

a) Art. 8 Abs. 1 AVIG zählt die für die Arbeitslosenentschädigung massgeblichen Anspruchsvoraussetzungen auf. Danach ist unter anderem erforderlich, dass der Versicherte ganz oder teilweise arbeitslos ist (lit. a). Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG). Als teilweise arbeitslos gilt nach Art. 10 Abs. 2 AVIG , wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. a) oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. b). Zu den weiteren gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen gehört, dass der Versicherte einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 BGE 120 V 233 S. 242 lit. b AVIG). Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Als voller Arbeitstag gilt der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die der Versicherte

normalerweise während seines letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Art. 4 Abs. 1 AVIV). Hatte der Versicherte zuletzt eine Vollzeitbeschäftigung, so gilt als ausgefallener voller Arbeitstag jeder Wochentag von Montag bis Freitag, an dem der Versicherte ganz arbeitslos ist und für den er die Kontrollvorschriften erfüllt hat, einschliesslich der Feiertage, für die ein Entschädigungsanspruch besteht (Art. 4 Abs. 2 AVIV). Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIV). b) Von den Anspruchsnormen zu unterscheiden sind die Bestimmungen über die Bemessung der Arbeitslosenentschädigung. Diese finden sich in Art. 18 ff. AVIG . Gemäss Art. 18 Abs. 1 Satz 1 AVIG richtet sich der Entschädigungsanspruch nach dem anrechenbaren Arbeitsausfall während einer Kontrollperiode. Nach Satz 2 dieser Bestimmung wird ein allfälliger Zwischenverdienst (Art. 24 AVIG) berücksichtigt. Als Kontrollperiode gilt jeder Kalendermonat, für den der Arbeitslose Entschädigungsansprüche geltend macht (Art. 18 Abs. 2 AVIG). Ein volles Taggeld beträgt gemäss Art. 22 Abs. 1 Satz 1 AVIG 80% des versicherten Verdienstes, wie ihn Art. 23 AVIG umschreibt. Nicht versichert ist ein Nebenverdienst; als solcher gilt im Falle des Arbeitnehmers jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit erzielt (Art. 23 Abs. 3 AVIG). c) Aus dieser Gesetzeslage, dass nämlich das AVIG den Begriff des anrechenbaren Arbeitsausfalls sowohl als Anspruchsvoraussetzung wie auch als Bemessungsgrundlage nennt, hat das Eidg. Versicherungsgericht geschlossen, dass der anrechenbare Arbeitsausfall ein Doppelbegriff ist: Als Anspruchsvoraussetzung, welche das Gesetz in Art. 11 AVIG in Verbindung mit Art. 4 und 5 AVIV abschliessend (BGE 112 V 133) umschreibt, bedeutet er ein gewisses Mindestmass an ausgefallenen Arbeitstagen, das eingetreten sein muss, um überhaupt den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszulösen; zusätzlich ist er in masslicher Hinsicht die wichtigste Grundlage für den Entschädigungsanspruch als solchen. Dauer und Ausmass des anrechenbaren Arbeitsausfalles wirken sich daher auf den Entschädigungsanspruch aus. Der Ganzarbeitslose, der einen vollständigen Arbeitsausfall erleidet, hat einen vollen (Art. 22 Abs. 1 AVIG) und damit höheren Entschädigungsanspruch als der Teilarbeitslose, der - bei sonst BGE 120 V 233 S. 243 gleichen Verhältnissen - z.B. noch halbtags erwerbstätig ist und daher nur einen hälftigen anrechenbaren Arbeitsausfall aufweist (BGE 112 V 234 Erw. 2c und 237 ff.).

E. 3

(Meldepflicht)

E. 4

(Dahinfall des Differenzausgleichs, wenn dem Arbeitslosen eine zumutbare Arbeit vermittelt werden kann)

E. 5

a) Die vom BIGA gestützt auf den Wortlaut des Art. 24 Abs. 1 AVIG vertretene Auffassung, unter die gesetzliche Zwischenverdienstregelung falle jedes während einer Kontrollperiode erzielte Einkommen, insbesondere auch das von einem Teilarbeitslosen erzielte, weckt gewisse gesetzessystematische Bedenken. Der vom Gesetz ausdrücklich als versichertes Risiko normierte Tatbestand der Teilarbeitslosigkeit zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der Versicherte schon zu Beginn der streitigen Kontrollperiode teilarbeitslos im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a oder b AVIG ist, sei es, dass er auf den Beginn der Kontrollperiode hin seine Arbeitsstelle ganz verloren hat und nur eine

Teilzeitbeschäftigung sucht, sei es, dass er von mehreren bisher ausgeübten Anstellungen eine verloren hat und nun eine zusätzliche Teilzeitanstellung sucht. Wegen der in Erw. 2c hievorigen festgehaltenen Doppelfunktion des anrechenbaren Arbeitsausfalles hat das Eidg. Versicherungsgericht in den Urteilen BGE 112 V 229 und BGE 112 V 237 erkannt, dass sich die Bemessung des Anspruchs des Teilarbeitslosen auf Taggeld der Arbeitslosenversicherung direkt nach Massgabe des eingetretenen Arbeitsausfalles im Sinne von Art. 18 Abs. 1 AVIG bemisst, mit den Folgen, welcher dieser eingeschränkte Arbeitsausfall quantitativ auf den nach Art. 22 f. AVIG zu bemessenden Taggeldanspruch hat. Nach der der bisherigen Rechtsprechung zugrunde liegenden, ohne weiteres aus der Gesetzessystematik sich ergebenden Betrachtungsweise ist die Bemessung des Taggeldes des Teilarbeitslosen somit direkt gestützt auf und nach Massgabe von Art. 18 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 f. AVIG zu lösen; eines Rückgriffs auf die Zwischenverdienstregelung gemäss Art. 24 AVIG bedarf es nicht. Insofern ist festzustellen, dass die vom BIGA erwähnte Gleichstellung aller Erscheinungsformen von erzielten Arbeitsentgelten während der Kontrollperiode mit der Revision der Art. 24 f. AVIG systematisch unzutreffend durchgeführt worden ist: Indem Art. 18 und in Verbindung damit Art. 22 f. AVIG, soweit für die Belange des vorliegenden Problems wesentlich, unverändert aufrechterhalten worden sind, ist der Fall der Teilarbeitslosigkeit und der damit verbundenen Bemessung des Taggeldes an sich nicht erfasst worden. b) In der Botschaft vom 23. August 1989 zu einer Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes hat der Bundesrat ausgeführt: "Das geltende Gesetz führt bei der Festsetzung der Entschädigung im Falle von bloss teilweiser Arbeitslosigkeit zu grossen Schwierigkeiten. Insbesondere besteht ein zum Teil widersprüchliches Nebeneinander von mehreren verschiedenen Berechnungsarten für die Berücksichtigung von Verdiensten, die ein Arbeitsloser während der Arbeitslosigkeit erzielt. Die BGE 120 V 233 S. 249 vorgeschlagene Regelung verzichtet auf die bisherigen, administrativ umständlichen und in einigen Fällen ungerechten Unterscheidungen zwischen Ersatzarbeit, Zwischenverdienst und Verdienst aus Teilzeitbeschäftigung, fasst sämtliche während der Kontrollperiode erzielten Verdienste unter der Bezeichnung 'Zwischenverdienst' zusammen und regelt sie einheitlich. Die Neuregelung verstärkt den Anreiz zur Annahme von Zwischenverdienstgelegenheiten, wobei Überentschädigungen wie bis anhin ausgeschlossen werden. Praktisch bedeutet die neue Fassung, dass der Versicherte, welcher einen irgendwie gearteten Zwischenverdienst erzielt, unabhängig vom zeitlichen Umfang des Arbeitsausfalls eine allein nach dem Verdienstausschlag bemessene Entschädigung in der Höhe von 80% des innerhalb einer Kontrollperiode erlittenen Ausfalls beanspruchen kann. Für den Versicherten ist die neue Regelung insgesamt der bisherigen mindestens gleichwertig (Separatausgabe S. 14 f.)." Damit steht die in der Folge von den vorberatenden Kommissionen geteilte und in beiden Räten diskussionslos angenommene (Sten.Bull. S 1990 S. 74; Sten.Bull. N. 1990 II S. 1437) Regelungsabsicht des Gesetzgebers fest: Die während einer oder mehrerer Kontrollperioden erzielten Verdienste sollen nach dem Prinzip des Verdienstausschlages, und nicht nach jenem des Arbeitsausfalls entschädigt werden, von welchem das Gesetz sonst primär ausgeht (Art. 11 AVIG ; GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band III, S. 1214 N. 15 und S. 1215 N. 22), und zwar in einheitlicher Weise über den Weg von Art. 24 AVIG . Dass die legislatorische Regelungsabsicht im positiven Recht gewordenen Gesetzestext überhaupt keinen Niederschlag gefunden hätte, was in der Regel gegen die Massgeblichkeit des historischen Auslegungselementes spricht, kann vorliegend nicht gesagt werden, nicht nur wegen der eindeutigen Formulierung in Art. 24 Abs. 1 AVIG ,

sondern vermehrt noch wegen Art. 24 Abs. 4 AVIG, wo für den Spezialfall der ganztägig ausgeübten Zwischenverdienstarbeit (nach bisheriger Terminologie Ersatzarbeit) der Bogen geschlagen wird zu Art. 11 Abs. 1 AVIG und für diesen Fall angeordnet wird, das Mindesterfordernis des anrechenbaren Arbeitsausfalles müsse nicht erfüllt sein. Zusammenfassend ist somit festzuhalten: Sämtliche Formen unselbständiger Erwerbstätigkeit, welche bisher unter die verschiedenen Bemessungsnormen oder -grundsätze der Teilzeitarbeit (Art. 18 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 f. AVIG), des Zwischenverdienstes (alt Art. 24 AVIG) und der Ersatzarbeit (alt Art. 25 AVIG) subsumiert wurden, sind heute Gegenstand des revidierten Art. 24 AVIG. Die in BGE 112 V 229 und BGE 112 V 237 aufgestellten Bemessungsgrundsätze für den Fall der Teilarbeitslosigkeit BGE 120 V 233 S. 250 sind daher aufgrund der geänderten Rechtslage heute gegenstandslos. c) Im weiteren ist der Begriff des Zwischenverdienstes mit dem BIGA weit zu fassen. Eine zuverlässige praktikable Anwendung der Zwischenverdienstregelung gemäss Art. 24 AVIG ist einzig über das Kriterium der insbesondere lohnmässig zumutbaren Arbeit im Sinne von Art. 16 Abs. 1 lit. e AVIG zu erreichen. Insofern ist an der mit BGE 114 V 345 eingeleiteten Rechtsprechung, wie sie in Erw. 3b hievordargelegt worden ist, festzuhalten (nicht publiziertes Urteil C. vom 7. Dezember 1993). Hingegen kann in Anbetracht der vom Revisionsgesetzgeber bewusst gewollten Gleichstellung der verschiedenen Formen von (Teil-)Erwerbstätigkeit während einer oder mehrerer Kontrollperioden an den übrigen von der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernissen für das Vorliegen von Zwischenverdienstarbeit (Vorläufigkeit, Übergangscharakter, leichte Auflösbarkeit) nicht länger festgehalten werden. In diesem Sinne ist das Urteil C. vom 7. Dezember 1993 zu korrigieren, soweit darin ausgeführt wird, dem Zwischenverdienst komme auch unter dem revidierten Art. 24 AVIG definitionsgemäss nur Übergangscharakter zu. Das Erfordernis der Vorläufigkeit widerspricht auch der in BGE 111 V 251 ergangenen Rechtsprechung, welche die Beschränkung der Zwischenverdienstregelung auf drei Monate als gesetzwidrig bezeichnete. Das BIGA bemerkt zu Recht, dass die Zwischenverdienstregelung (vorbehältlich ihrer besonderen Form des Differenzausgleiches bei Ersatzarbeit nach Art. 24 Abs. 4 AVIG) an keine zeitliche Limite gebunden ist, ausser an jene der globalen Taggeldberechtigung im Rahmen der Leistungsbezugsperiode. Mit den Kriterien der Vorläufigkeit, der leichten Auflösbarkeit und des Übergangscharakters werden Ermessensgesichtspunkte ins Spiel gebracht, welche eine sichere Grenzziehung verunmöglichen und die legislatorische Regelungsabsicht, wie sie in Art. 24 AVIG zum Ausdruck gebracht worden ist, vereiteln. Sofern und soweit es dem ganz- oder teilarbeitslosen Versicherten gelingt, während der streitigen Kontrollperioden eine zumutbare Arbeit aufzunehmen, und zwar insbesondere auch in lohnmässiger Hinsicht, mithin eine Tätigkeit, die ihm ein Einkommen verschafft, welches zumindest dem Betrag der Arbeitslosenentschädigung entspricht, bleibt für die Annahme eines Zwischenverdienstes kein Raum. Die vorinstanzliche Auffassung, dass auch Tätigkeiten, die dem Versicherten ein Einkommen verschaffen, das zwar über dem Taggeld, aber unter dem versicherten Verdienst liegt, der Zwischenverdienstregelung gemäss Art. 24 AVIG zu BGE 120 V 233 S. 251 unterstellen seien, ist zwar nach dem Wortlaut von Art. 24 AVIG (insbesondere dessen Abs. 3) nicht ausgeschlossen, lässt sich aber letztlich aus systematischen Gründen nicht bestätigen. Das Argument, der Gesetzgeber habe auch in solchen Fällen das die Versicherung entlastende Ausüben von Teilerwerbstätigkeiten fördern wollen, widerspricht im Ergebnis Art. 15 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 16 und Art.

17 Abs. 1 und 3 AVIG, wonach der Versicherte ohnehin bereit sein muss, eine zumutbare Arbeit anzunehmen, ansonsten er mit der Einstellung im Taggeldbezug (Art. 30 Abs. 1 lit. c und d AVIG ; ARV 1991 Nr. 9 S. 88, 1990 Nr. 5 S. 34, 1984 Nr. 14 S. 167) oder mit der Aberkennung der Anspruchsberechtigung wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit (BGE 112 V 326 ; ARV 1992 Nr. 10 S. 122, 1990 Nr. 3 S. 25 und Nr. 14 S. 83) zu rechnen hat. Es erscheint daher nicht sachgerecht, bei Erfüllung einer gesetzlichen Obliegenheit Kompensationsleistungen nach Art. 24 AVIG zuzusprechen, ganz abgesehen von den damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich Beendigung der Arbeitslosigkeit. Zu einer anderen Betrachtungsweise besteht auch unter dem Gesichtswinkel des Urteils F. vom 2. März 1992 kein Anlass. In jenem Fall hatte die kantonale Instanz die Auffassung vertreten, dass nach Art. 24 Abs. 2 AVIG in der bis Ende 1991 gültig gewesenen Fassung ein die Arbeitslosenentschädigung übersteigendes und damit zumutbares Arbeitsentgelt als Zwischenverdienst in Betracht falle. Sie begründete dies damit, dass das Gesetz dem Versicherten in Art. 24 Abs. 2 AVIG so lange Anspruch auf Differenzausgleich gewähre, als der ganze Zwischenverdienst und die ihm von der Arbeitslosenversicherung auszurichtenden Taggelder 90% des versicherten Verdienstes nicht übersteigen würden; demnach entfalle der Differenzausgleich nicht schon bei einem Einkommen, welches höher ausfalle als die (70% oder 80% des versicherten Verdienstes betragende) Arbeitslosenentschädigung, sondern erst, wenn der ganze Zwischenverdienst 90% des versicherten Verdienstes erreiche. Das Eidg. Versicherungsgericht liess die Frage offen, ob von der dargelegten Rechtsprechung abzugehen sei, wonach die Annahme von Zwischenverdienst und Ersatzarbeit dann nicht in Betracht falle, wenn die betreffende Tätigkeit hinsichtlich des Lohnes und der übrigen Verhältnisse im Sinne von Art. 16 AVIG zumutbar sei. Diese Frage ist heute zum einen gegenstandslos, nachdem der revidierte Art. 24 AVIG die in alt Art. 24 Abs. 2 AVIG vorgesehene Kürzung des Taggeldanspruches um die Hälfte des Zwischenverdienstes fallenliess. Zum BGE 120 V 233 S. 252 ändern bleibt ein Differenzausgleich, durchaus unter Berücksichtigung des versicherten Verdienstes als obere Grenze (Art. 24 Abs. 3 Satz 1 AVIG), dort geboten, wo der Versicherte keinen zumutbaren Lohn erzielt, sondern diesen unterschreitende Zwischenverdienste nach Art. 24 Abs. 1 AVIG. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Versicherte so lange Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufalles nach Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG hat, als er nicht in der (den) fraglichen Kontrollperiode(n) ein zumutbares Einkommen im Sinne von Art. 16 AVIG erzielt. Allfällige Ersatzeinkommen sind entgegen Rz. 188 KS ALE nicht zu berücksichtigen, solange es um Bezugszeiten geht, die sich vor dem Inkrafttreten von Art. 16 Abs. 1 bis AVIG ereignet haben. Gegen das in der genannten Randziffer erwähnte Erfordernis des Mindestarbeitsausfalles (Art. 5 AVIV) ist insofern nichts einzuwenden, als Tätigkeiten geringeren Arbeitsausfalls unter Art. 24 Abs. 4 AVIG zu subsumieren sind. d) Richtig ist hingegen, dass die Zumutbarkeitsfrage, einschliesslich des lohnmässigen Gesichtspunktes, immer in bezug auf ein Arbeitsverhältnis zu beurteilen ist. Denn zuweisungsfähig im Sinne von Art. 17 Abs. 3 AVIG sind nur solche Arbeitsleistungen, die im Rahmen derselben vertraglichen Abrede erbracht werden und insgesamt die in Art. 16 AVIG aufgestellten Erfordernisse erfüllen, nicht hingegen an sich unzumutbare einzelne Einsätze, an denen aufgrund verschiedener Vertragsverhältnisse mit je eigener Regelung von Arbeitseinsatz, Entlohnung usw. mehrere Arbeit- oder Auftraggeber beteiligt sind (nicht publiziertes Urteil F. vom 2. März 1992). Daran ist auch unter dem neuen Recht festzuhalten. e) Zu berücksichtigen ist ferner, dass die in Art. 24 Abs. 4 AVIG vorgesehene Ersatzarbeit nichts anderes ist als eine besondere Form von Zwischenverdienst. Es handelt

sich, wie bereits im Rahmen von alt Art. 25 AVIG, um eine Vollzeitbeschäftigung, welche dem Versicherten einen den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unterschreitenden, aber doch wenigstens berufs- und ortsüblichen Lohn einbringt. Einer besonderen Regelung der Ersatzarbeit als Form der Erzielung von Zwischenverdienst bedarf es nur, weil es bei der Ersatzarbeit, wie sie begrifflich umschrieben ist, nicht zu einem Arbeitsausfall im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG kommt. Ohne dass der Versicherte einen erheblichen Arbeitsausfall erleidet, trifft ihn ein Verdienstausschlag. Für diesen speziellen Tatbestand gewährt Art. 24 Abs. 4 AVIG, beschränkt auf die ersten sechs Monate einer solchen Beschäftigung (analog zur Regelung gemäss alt Art. 25 Abs. 2 Satz 2 AVIG, BGE 120 V 233 S. 253 wonach der Anspruch auf höchstens sechs Kontrollperioden beschränkt war), die Befreiung vom gesetzlichen Anspruchserfordernis des anrechenbaren Arbeitsausfalls im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG. Handelt es sich aber bei der Ersatzarbeit nur um eine besondere Form der Erzielung von Zwischenverdienst, muss die in Art. 24 Abs. 3 AVIG für den Regelfall der Erzielung von Zwischenverdienst aufgestellte Voraussetzung der Berufs- und Ortsüblichkeit auch für die Ersatzarbeit nach Abs. 4 dieser revidierten Bestimmung gelten. Die Nichteinhaltung des Kriteriums der Berufs- und Ortsüblichkeit führt aber weder im Bereich von Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG noch nach Art. 24 Abs. 4 AVIG zum Dahinfallen des Anspruches auf Differenzausgleich. Vielmehr wird nunmehr bloss der vom Versicherten erzielte effektive Lohn in masslicher Hinsicht bis zu dem als berufs- und ortsüblich zu qualifizierenden Ansatz angehoben, und es erfolgt nur auf dieser Grundlage ein Differenzausgleich (nicht publiziertes Urteil G. vom 13. Mai 1993; GERHARDS, a.a.O., S. 1216 N. 25). f) Schliesslich bleibt die Frage zu prüfen, wie vorzugehen ist, wenn der Versicherte im Verlaufe einer Kontrollperiode durch Ausübung einer oder mehrerer Tätigkeiten in zeitlicher Hinsicht über eine Vollzeitbeschäftigung hinaus erwerbstätig ist. Ausgehend vom Grundgedanken, dass die Arbeitslosenversicherung nur für das Risiko des Verlustes einer normalen Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz gewährt (BGE 113 V 234 Erw. 3b), schliesst Art. 23 Abs. 3 Satz 1 AVIG Nebenverdienste vom versicherten Verdienst aus. Folgerichtig bestimmt auch Art. 24 Abs. 3 letzter Satz AVIG, dass Nebenverdienste unberücksichtigt bleiben, dass also jene Einkünfte, die der Versicherte aus der (oder den) über das normale Arbeitnehmerspensum (übliche Vollzeitbeschäftigung) hinausgehenden Beschäftigung(en) erzielt, bei der Anwendung der Zwischenverdienstregelung unbeachtlich sind.

E. 6

Für den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Versicherte ab August 1992 zwei Arbeitnehmertätigkeiten aufgenommen hat, welche - je für sich betrachtet - lohnmässig unbestrittenerweise keine zumutbaren Anstellungen im Sinne von Art. 16 Abs. 1 lit. e AVIG sind. Ob diesen Arbeitsstellen Übergangscharakter zukommt oder nicht, ist nach dem Gesagten nicht entscheidend. Massgeblich ist einzig, dass die Versicherte keine AIV-rechtlich zumutbare Arbeit ausübte. Damit ist die Anwendbarkeit von Art. 24 AVIG gegeben. Soweit der minimale Arbeitsausfall gemäss Art. 5 AVIV (vgl. Rz. 188 KS ALE) nicht erfüllt sein sollte, handelt es sich um eine BGE 120 V 233 S. 254 Vollzeitanstellung im Sinne von Art. 24 Abs. 4 AVIG. Andererseits sind unter dem Titel Nebeneinkünfte jene Bezüge ausser acht zu lassen, welche die Versicherte mit dem über ein normales Vollzeitspensum hinausgehenden Einsatz erwirtschaftet hat. Die Verwaltung, an welche die Vorinstanz die Sache richtigerweise zurückgewiesen hat, wird daher vorab zu prüfen haben, ob die Versicherte mit ihrer Anstellung in der Firma Z einen Arbeitsausfall im Mindestausmass von Art. 5 AVIV erlitten hat. Sie wird ferner abzuklären haben, in

welchem Umfang die Versicherte zusätzlich für die Firma X arbeitete und welchen Lohn sie dafür genau bezog. Je nach dem Ergebnis dieser Abklärungen wird die Verwaltung gestützt auf Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG oder gestützt auf Art. 24 Abs. 4 AVIG in Berücksichtigung des versicherten Verdienstes einerseits, der beiden Zwischenverdienste andererseits, über den Anspruch auf Differenzausgleich neu zu verfügen haben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.