

# **BGer 8C\_766/2015 vom 23. Februar 2016**

Bundesgericht, 2016-02-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_766\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_766_2015)

FR: TF 8C\_766/2015 du 23 février 2016

IT: TF 8C\_766/2015 del 23 febbraio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ( Art. 82 ff. BGG ) kann unter anderem die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; vgl. auch Art. 97 Abs. 1 BGG ). Zu den Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 lit. a BGG gehören namentlich auch die unvollständige (gerichtliche) Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen ( BGE 135 V 23 E. 2 S. 25 mit Hinweisen), die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes als einer wesentlichen Verfahrensvorschrift sowie die Pflicht zu inhaltsbezogener, umfassender, sorgfältiger und objektiver Beweiswürdigung ( Art. 61 lit. c ATSG ; BGE 132 V 393 E. 4.1 S. 400).

### **E. 2**

Der Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung setzt u.a. voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 10 AVIG ) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 11 AVIG ). Der Arbeitsausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Die gesetzliche Normierung des anrechenbaren Arbeitsausfalls stellt auch eine Regelung über die Entschädigungsbemessung dar, indem sich Dauer und Ausmass des Arbeitsausfalls auf den Umfang des Taggeldanspruchs auswirken ( BGE 125 V 51 E. 6b S. 58 f. mit Hinweisen; Urteil C 359/01 vom 16. August 2002 E. 2.2). Der anrechenbare Arbeitsausfall bestimmt sich grundsätzlich im Vergleich zum letzten Arbeitsverhältnis vor Eintritt der (Teil-) Arbeitslosigkeit ( BGE 125 V 51 E. 6c/aa S. 59). Es kommt aber auch darauf an, in welchem zeitlichen Umfang die versicherte Person bereit, berechtigt und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit aufzunehmen. Arbeitnehmer, die nach dem Verlust ihrer Vollzeitbeschäftigung, aus welchen Gründen auch immer, lediglich noch teilzeitlich erwerbstätig sein wollen oder können, die also zwar bereit sind, eine zumutbare Arbeit anzunehmen, im Unterschied zu vorher jedoch nur noch in reduziertem Umfang, erleiden einen bloss teilweisen Arbeitsausfall. Betrug beispielsweise die Normalarbeitszeit 42 Stunden in der Woche und möchte die ganz arbeitslose versicherte Person lediglich noch an drei Tagen zu acht Stunden wöchentlich arbeiten, ist der tatsächliche Arbeitsausfall (42 Wochenstunden) nur im Umfang von 24/42 (oder in Prozenten eines Ganzarbeitspensums ausgedrückt zu rund 57 %) anrechenbar und der Taggeldanspruch entsprechend zu kürzen. Die Kürzung des Taggeldanspruchs bei einem lediglich teilweise anrechenbaren

Arbeitsausfall geschieht durch eine entsprechende Reduktion des der Entschädigungsbemessung zugrunde zu legenden versicherten Verdienstes ( BGE 125 V 51 E. 6c/aa S. 59 f.; Urteil C 359/01 vom 16. August 2002 E. 2.3).

Zu betonen ist, dass der Begriff der Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f in Verbindung mit Art. 15 AVIG ) als Anspruchsvoraussetzung graduelle Abstufungen ausschliesst. Entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig, insbesondere bereit, eine zumutbare Arbeit (im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspensums; vgl. Art. 5 AVIV und BGE 120 V 385 E. 4c/aa S. 390) anzunehmen, oder nicht ( BGE 126 V 124 E. 2 S. 126, 125 V 51 E. 6a S. 58).

### **E. 3.1**

Zu beurteilen ist der umstrittene Umfang des anrechenbaren Arbeitsausfalls mit entsprechender Auswirkung auf die Höhe des Entschädigungsanspruchs.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, die Versicherte könne sich erfolgreich auf eine Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht ( Art. 27 ATSG ) berufen. Sie habe glaubhaft dargelegt, aufgrund der Auskunft von Herrn C.\_\_\_\_\_, Fachstelle Selbstständigkeit des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zürich, die Höhe des Taggeldes ( Art. 22 Abs. 2 lit. b AVIG ; 80 % des versicherten Verdienstes) mit der Berechnungsgrundlage für die Arbeitslosenentschädigung verwechselt zu haben. Zudem sei unbestritten geblieben, dass sie Herrn D.\_\_\_\_\_, vom zuständigen Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) auf ihre missliche finanzielle Lage aufmerksam gemacht und dargelegt habe, weder einen Nebenverdienst zu erzielen, noch selbstständig erwerbstätig zu sein. Dies sei von der Arbeitslosenkasse in materieller Hinsicht nicht bestritten worden. Daraus schloss das kantonale Gericht, die Versicherte erleide seit Anspruchserhebung am 26. Februar 2013 einen anrechenbaren Arbeitsausfall im Umfang von 80 %.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, die Vorinstanz habe den Sachverhalt in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes unvollständig festgestellt. Unzulässigerweise habe sie - ohne weitere Abklärungen - einzig gestützt auf die Angaben der Versicherten und auf die unvollständige Beschwerdeantwort der Arbeitslosenkasse eine Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht angenommen. Die Vorinstanz habe nicht beachtet, dass etliche Dokumente im Dossier darauf schliessen lassen, dass sich die Beschwerdegegnerin wegen ihrer selbstständigen Tätigkeit bewusst für einen geringeren Umfang von 60 % anstelle des bisher ausgeübten, dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellen wollte, womit sich das kantonale Gericht überhaupt nicht auseinandergesetzt habe.

### **E. 4.1**

Die Einwände der Arbeitslosenkasse sind stichhaltig, wobei die letztinstanzlich neu eingereichten Unterlagen als Noven unzulässig sind, weil nicht erst der vorinstanzliche Entscheid im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG Anlass zur Einreichung neuer Beweismittel gegeben hat. Die Nichtberücksichtigung dieser Aktenstücke ändert hingegen nichts am Ergebnis.

Die Vorinstanz hat zum einen keine Feststellungen hinsichtlich des von der Versicherten gesuchten Pensums anlässlich der Anmeldung zum Leistungsbezug getroffen. Zum andern

stützte sie die Annahme einer Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht einzig auf die Behauptung der Versicherten, sie habe aufgrund der Auskunft von Herrn C.\_\_\_\_\_ die Höhe des Taggeldes (80 % des versicherten Verdienstes) mit der Berechnungsgrundlage für die Arbeitslosenversicherung (versicherter Verdienst) verwechselt sowie auf die Aussage, ihr Berater des RAV habe über ihre missliche finanzielle Lage sowie über den Umstand, dass sie weder einem Nebenverdienst noch einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgehe, Bescheid gewusst. Die Vorinstanz hat damit den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig festgestellt und den Untersuchungsgrundsatz missachtet, was eine Rechtsverletzung darstellt (vgl. E. 1 hievov). Dass sich die Beschwerdeführerin hierzu in der vorinstanzlichen Beschwerde nicht geäußert hat, ändert daran nichts. Fehlt eine diesbezügliche Sachverhaltsfeststellung des kantonalen Gerichts, kann das Bundesgericht den Sachverhalt insoweit selber ergänzen, sofern die Akten liquid sind ( BGE 136 V 362 E. 4.1 S. 366).

#### **E. 4.2**

Unbestritten ist, dass die Versicherte sowohl bei der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung am 18. März 2013 als auch bei derjenigen zum Leistungsbezug am 21. März 2013 unterschriftlich bestätigte, sich im Ausmass von 60 % dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stellen, nachdem sie ihre im Umfang von 80 % ausgeübte Tätigkeit bei der B.\_\_\_\_\_ Ltd. in Zusammenhang mit ihrer (geplanten oder ausgeübten) Selbstständigkeit verloren hatte, wobei sie als Inhaberin eines Einzelunternehmens mit Dienstleistungen im Bereich der Organisation, Unterhaltung und Durchführung von Anlässen aller Art sowie diverser Büroarbeiten vom 13. Januar 2011 bis zur Löschung am xxx im Handelsregister eingetragen gewesen war. Aus den Akten ergibt sich überdies, dass die Beschwerdeführerin die Versicherte mit Schreiben vom 2. Mai 2013 Informationen zum Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zukommen liess. Sie führte u.a. den versicherten Verdienst mit Fr. 3'020.- auf und vermerkte die Taggeldleistung (Fr. 111.35 brutto) sowie die durchschnittliche Monatsentschädigung (Fr. 2'416.30 brutto). Hierauf hat die Versicherte ebenso wenig reagiert und einen zu tiefen versicherten Verdienst moniert, wie auf die monatlichen Taggeldberechnungen der Arbeitslosenkasse, welchen ebenfalls der angeführte versicherte Verdienst zugrunde lag. Sie hätte bei gebotener Aufmerksamkeit ohne weiteres erkennen können, dass der ermittelte versicherte Verdienst nicht mit dem zuletzt bei der B.\_\_\_\_\_ Ltd. erzielten Einkommen übereinstimmte, zumal, gestützt auf den angenommenen anrechenbaren Arbeitsausfall von 60 %, die monatliche Arbeitslosenentschädigung - auch bei einem Taggeld von 80 % des versicherten Verdienstes - entsprechend tief war.

#### **E. 4.3**

Mit Blick auf die nicht angefochtenen monatlichen Taggeldabrechnungen der Arbeitslosenkasse ist zu beachten, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts einer solchen Leistungsabrechnung trotz Fehlens formeller Verfügungsmerkmale materiell Verfügungscharakter zukommt, weil sie eine behördliche Anordnung darstellt, durch welche die der versicherten Person zustehenden Arbeitslosentaggelder verbindlich festgelegt werden ( BGE 129 V 110 E. 1.2 S. 111, 125 V 475 E. 1 S. 476). Eine solche "formlose Verfügung" oder "faktische Verfügung" wird - besondere Umstände vorbehalten - rechtsbeständig, wenn sie nicht innert 90 Tagen vom Adressaten gerügt wird (SVR 2004 ALV Nr. 1 S. 1, C 7/02). Gegen die Festsetzung des versicherten Verdienstes auf Fr. 3'020.- hat sich die Beschwerdegegnerin erst rund ein Jahr später mit einem als

Wiedererwägungsgesuch bezeichneten Schreiben vom 4. April 2014 gewehrt. Nachdem sie somit erst rund ein Jahr nach Festsetzung des versicherten Verdienstes dessen Höhe beanstandet hat, ist angesichts dieser Rechtsprechung von der Rechtsbeständigkeit des mit der ersten Bezügerabrechnung formlos festgelegten versicherten Verdienstes auszugehen, wobei die Arbeitslosenkasse im Einspracheentscheid vom 8. August 2014 einräumte, dass der versicherte Verdienst bei einem gesuchten 60 %-Arbeitspensum korrekterweise Fr. 3'147.- und bei einem 80%-igen Pensum Fr. 4'196.- beträgt. Soweit die Vorinstanz eine gegenteilige Auffassung vertritt, ist diese bundesrechtswidrig. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin vor der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung und dem Leistungsbezug in irgend einer Form von der Fachstelle Selbstständigkeit des AWA falsch oder unvollständig beraten worden sein sollte, auch wenn sich in den Akten keinerlei Hinweise hierzu finden, hätte sie innert 90 Tagen geltend machen können, sich irrtümlicherweise nur für ein Pensum von 60 % dem Arbeitsmarkt zur Verfügung gestellt zu haben, da sie sich über die Konsequenz des dementsprechend reduzierten versicherten Verdienstes nicht im Klaren gewesen, bzw. diesbezüglich ungenügend oder falsch beraten worden sei. Anzumerken ist, sofern kein Fehler der Verwaltung vorliegt, keine Vorteile aus der eigenen Rechtsunkenntnis abgeleitet werden können ( BGE 124 V 215 E. 2b/aa S. 220 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 139 V 289 E. 6.3 S. 296). Überdies ist nicht ersichtlich, welche nicht ohne Nachteil rückgängig zu machenden Dispositionen die Versicherte im Vertrauen auf die behauptete unrichtige oder unterlassene Auskunft getroffen hat, womit es bereits an dieser Voraussetzung für eine erfolgreiche Berufung auf den Vertrauensschutz fehlt ( Art. 9 BV ; 137 II 182 E. 3.6.2 S. 193 mit Hinweisen; BGE 131 V 472 E. 5 S. 480). Entgegen der vorinstanzlichen Beurteilung rechtfertigt es sich daher nicht, die Beschwerdegegnerin aus Gründen des Vertrauensschutzes abweichend von den gesetzlichen Vorgaben zu behandeln. Die Beschwerde ist begründet.

## **E. 5**

Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Beschwerdegegnerin zu überbinden ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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