

# **BGer C 117/06 vom 25. Oktober 2007**

Bundesgericht, 2007-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_117\\_06](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_117_06)

FR: TF C 117/06 du 25 octobre 2007

IT: TF C 117/06 del 25 ottobre 2007

## **Regeste**

Arbeitslosenversicherung (AIV) - Arbeitslosenversicherung (AIV) |  
Arbeitslosenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Damit wurden das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) und das Bundesgericht in Lausanne zu einem einheitlichen Bundesgericht (an zwei Standorten) zusammengefügt (Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, S. 10 Rz. 75) und es wurde die Organisation und das Verfahren des obersten Gerichts umfassend neu geregelt. Dieses Gesetz ist auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist ( Art. 132 Abs. 1 BGG ). Da der Entscheid der kantonalen Rekurskommission am 23. Februar 2006 - und somit vor dem 1. Januar 2007 - erlassen wurde, richtet sich das Verfahren nach dem bis 31. Dezember 2006 in Kraft gestandenen Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) vom 16. Dezember 1943 (vgl. BGE 132 V 393 E. 1.2 S. 395).

### **E. 2**

Der Versicherte hat Anspruch auf höchstens 520 Taggelder, wenn er das 55. Altersjahr zurückgelegt hat und eine Beitragszeit von mindestens 18 Monaten nachweisen kann ( Art. 27 Abs. 2 lit. b AVIG in der seit 1. Juli 2003 geltenden Fassung). Gemäss Art. 27 Abs. 3 AVIG in der seit 1. Juli 2003 in Kraft stehenden Fassung kann der Bundesrat für Versicherte, die innerhalb der letzten vier Jahre vor Erreichen des AHV-Rentenalters arbeitslos geworden sind und deren Vermittlung allgemein oder aus Gründen des Arbeitsmarktes unmöglich oder stark erschwert ist, den Anspruch um höchstens 120 Taggelder erhöhen und die Rahmenfrist für den Leistungsbezug um längstens zwei Jahre verlängern. Gestützt auf diese Delegationsnorm hat der Bundesrat den Anspruch in Art. 41b Abs. 1 AVIV (in der seit 1. Juli 2003 geltenden Fassung) für Versicherte, denen innerhalb der letzten vier Jahre vor Erreichen des ordentlichen AHV-Rentenalters auf Grund von Art. 13 AVIG eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet wird, auf zusätzliche 120 Taggelder ausgedehnt. Nach Art. 41b Abs. 2 AVIV (in der vom 1. Juli 2003 bis 30. Juni 2006 gültig gewesenen Fassung, nachfolgend: Art. 41b aAbs. 2 AVIV) wird die Rahmenfrist für den Leistungsbezug bis zum Ende des der Ausrichtung der AHV-Rente vorangehenden Monats verlängert. Sie wird nicht verlängert, wenn während ihrer Dauer genügend Beitragszeit für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist nachgewiesen werden kann. Die verlängerte Rahmenfrist wird durch eine neue Rahmenfrist für den

Leistungsbezug ersetzt, wenn nach Ausschöpfung des Taggeldhöchstanspruchs die Voraussetzungen für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug erfüllt sind ( Art. 41b Abs. 3 AVIV in der vom 1. Juli 2003 bis 30. Juni 2006 gültig gewesenen Fassung).

### **E. 3**

Streitig und zu prüfen ist die Taggeldhöhe für die Zeit ab 2. Mai 2005. Unbestritten ist dabei, dass der Versicherte durch die in der ersten Rahmenfrist für den Leistungsbezug ab 21. Juli 2003 ausgeübte Zwischenverdiensttätigkeit genügend Beitragszeit für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist nachweisen kann. Gegen die Höhe des in der zweiten Rahmenfrist für den Leistungsbezug massgebenden versicherten Verdienstes, welchen die Kasse basierend auf dem Einkommen als Sicherheitsmitarbeiter bei der Firma P. \_\_\_\_\_ SA errechnet hat, werden keine Einwände erhoben.

#### **E. 3.1**

Allerdings ist der Beschwerdeführer der Ansicht, er werde durch die Eröffnung einer Folgerahmenfrist für den Leistungsbezug und insbesondere durch die damit verbundene Neuberechnung des versicherten Verdienstes auf der Basis des (im Vergleich zum Einkommen vor Eintritt der Arbeitslosigkeit tieferen) Zwischenverdienstes in ungerechtfertigter Weise schlechter gestellt als jene Versicherte, die während ihrer Arbeitslosigkeit keinen Zwischenverdienst erzielt hätten und damit weiterhin Taggelderleistungen auf der Grundlage des ursprünglichen versicherten Verdienstes erhielten.

#### **E. 3.2**

Die Rekurskommission weist darauf hin, dass der Bundesrat bei der Schaffung von Art. 41b AVIV nicht eine Besitzstandsgarantie habe schaffen wollen, sondern einen verlängerten Bezugsanspruch für ältere von Arbeitslosigkeit betroffene Versicherte bis zum Eintritt des AHV-Alters. Es treffe zu, dass die Verordnungsbestimmung für den Beschwerdeführer nicht zum Tragen gekommen wäre, wenn er während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug keine hinreichende Beitragszeit für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist durch Einkommen aus der Zwischenverdiensttätigkeit erarbeitet hätte. Dazu hätte er aber in Verletzung seiner Schadenminderungspflicht jeder Neuanschaffung aus dem Weg gehen müssen, was arbeitslosenversicherungsrechtliche Sanktionen ausgelöst hätte. Widersetze sich nämlich eine arbeitslose Person einer ihr zumutbaren Anstellung oder unternehme sie keine oder wenig ernst gemeinte Stellenbemühungen, so werde sie zwangsläufig mit Einstelltagen auf ihr Fehlverhalten hingewiesen. In ihrer letztinstanzlich eingereichten Vernehmlassung gibt die Rekurskommission an, sie habe zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Entscheides noch keine Kenntnis der seco-Mitteilung vom 23. März 2006 gehabt, in welcher empfohlen werde, die sich abzeichnende Änderung des Art. 41b AVIV auf alle laufenden und neuen Fälle rückwirkend per 1. März 2006 anzuwenden; für laufende Fälle bedeute dies, dass die neu eröffnete Rahmenfrist für den Leistungsbezug storniert und die alte Rahmenfrist wieder eröffnet und somit bis zur Ausschöpfung des Taggeldhöchstanspruchs verlängert werde.

#### **E. 3.3**

Die Arbeitslosenkasse schliesst sich - ohne weitere Ausführungen in materieller Hinsicht - den Anträgen der Rekurskommission an.

#### **E. 3.4**

Das seco führt unter Hinweis auf den dem Bundesrat unterbreiteten Antrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes (EVD) vom Juni 2006 aus, Art. 41b aAbs. 2 AVIV führe in der Anwendung oft zu nicht befriedigenden und schwer nachvollziehbaren Resultaten. Mit der neuen Regelung könnten nun kurz vor der AHV-Rente stehenden Personen 120 zusätzliche Taggelder gewährt werden, ohne dass ihnen zusätzliches Arbeiten zum Nachteil gereiche. Der in der Arbeitslosenversicherung geltende Grundsatz "Arbeiten lohnt sich immer" komme so besser zum Tragen. Die Änderung der Verordnungsbestimmung sei aber kein Eingeständnis für die Gesetzeswidrigkeit der alten Fassung. Sie sei vielmehr eine Reaktion auf die im Vollzug festgestellte schwer nachvollziehbare Auswirkung. Die Gesetzmässigkeit der nunmehr geltenden Bestimmung schliesse die Gesetzmässigkeit der bis Ende Juni 2006 in Kraft gewesenen Regelung nicht aus.

#### **E. 4.1**

Nach der Rechtsprechung kann das Bundesgericht Verordnungen des Bundesrates grundsätzlich, von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen, auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen. Bei (unselbständigen) Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, geht es in erster Linie darum zu beurteilen, ob sie sich im Rahmen der Delegationsnorm halten. Besteht ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene, muss sich das Gericht auf die Prüfung beschränken, ob die umstrittenen Vorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus andern Gründen verfassungs- oder gesetzeswidrig sind (vgl. Art. 190 BV). Es kann sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen und es hat auch nicht die Zweckmässigkeit zu untersuchen. Die verordnete Regelung verstösst allerdings dann gegen das Willkürverbot oder das Gebot der rechtsgleichen Behandlung ( Art. 9 und Art. 8 Abs. 1 BV ), wenn sie sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt, wenn sie sinn- oder zwecklos ist oder wenn sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt. Gleiches gilt, wenn die Verordnung es unterlässt, Unterscheidungen zu treffen, die richtigerweise hätten berücksichtigt werden sollen ( BGE 133 V 42 E. 3.1 S. 44; 132 V 273 E. 4 S. 275; 131 II 562 E. 3.2 S. 566; vgl. auch BGE 130 V 39 E. 4.3 S. 45). Verordnungsrecht ist gesetzeskonform auszulegen. Es sind die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen. Im Rahmen verfassungskonformer oder verfassungsbezogener Auslegung sind sodann der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Danach muss eine Massnahme, insbesondere eine verwaltungsrechtliche Sanktion, das geeignete Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles sein und darf nicht über das hierzu Erforderliche hinausgehen. Ferner muss zwischen Ziel und Mitteln ein vernünftiges Verhältnis bestehen ( BGE 131 I 99 E. 3.3, 130 V 214 E. 8, 130 II 438 E. 5.2, je mit Hinweisen). Der klare Sinn einer Gesetzesnorm darf indessen nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung beiseite geschoben werden ( BGE 128 V 24 E. 3a, 126 V 472 E. 5a, 122 V 93 E. 5a/aa).

#### **E. 4.2**

Art. 41b aAbs. 2 AVIV stützt sich auf Art. 27 Abs. 3 AVIG. Diese Gesetzesbestimmung gibt dem Bundesrat die Kompetenz, eine Regelung zu erlassen, welche dem Umstand Rechnung trägt, dass es für ältere Personen, welche kurz vor der Pensionierung stehen, äusserst schwierig ist, wieder eine Dauerstelle zu finden (vgl. Botschaft zu einem

revidierten Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 28. Februar 2001, BBl 2001 II 2284). Durch die offene Formulierung und den Umstand, dass es sich um eine "Kann-Vorschrift" handelt, wird dem Verordnungsgeber ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt. Der Bezug von zusätzlichen Taggeldern im Sinne von Art. 41b AVIV ist allerdings an zwei gesetzliche Voraussetzungen gebunden, welche kumulativ erfüllt sein müssen. Verlangt wird gemäss Art. 27 Abs. 3 AVIG, dass die versicherte Person innerhalb der letzten vier Jahre vor Erreichen des AHV-Rentenalters arbeitslos geworden ist (erste Voraussetzung); zudem muss deren Vermittlung allgemein oder aus Gründen des Arbeitsmarktes unmöglich oder stark erschwert sein (zweite Voraussetzung). In Art. 41b Abs. 1 AVIV wiederholt der Bundesrat die erste gesetzliche Voraussetzung für den Bezug von zusätzlichen Taggeldern, setzt den Umfang der zusätzlichen Taggelder auf 120 fest und schöpft damit den vom Gesetz in zahlenmässiger Hinsicht gesteckten Rahmen vollumfänglich aus.

## **E. 5**

Weist eine versicherte Person während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug eine mindestens zwölfmonatige Erwerbstätigkeit nach, welche niedriger entlohnt wird als die Beschäftigung vor Eintritt der Arbeitslosigkeit, so wird die Verlängerung der Rahmenfrist für den Leistungsbezug nicht gewährt. Stattdessen wird eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet, was zwangsläufig eine Neuberechnung des versicherten Verdienstes nach sich zieht. Diese Berechnung basiert auf dem niedrigeren Einkommen aus der Erwerbstätigkeit während der Leistungsrahmenfrist. Versicherte Personen, welche während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug keine mindestens zwölfmonatige Erwerbstätigkeit aufnehmen, kommen demgegenüber in den Genuss von bis zu 120 zusätzlichen Taggeldern, welche auf dem ursprünglichen, höheren versicherten Verdienst basieren. Dieses Ergebnis steht nach Ansicht des seco mit dem arbeitslosenversicherungsrechtlichen Grundgedanken, dass sich Arbeit auch während der Arbeitslosigkeit immer lohnen soll, nicht im Einklang. Der Beschwerdeführer beruft sich zur Begründung seiner Beschwerde dem Sinne nach ebenfalls auf dieses Argument. Das EVD hat im Juni 2006 dem Bundesrat eine Verordnungsänderung beantragt. Seit 1. Juli 2006 gilt Art. 41b Abs. 2 AVIV in der neuen Fassung. Mit dieser Regelung, welche nachfolgend im Wortlaut wiedergegeben wird, lässt sich ein solches Ergebnis vermeiden: "Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug wird bis zum Ende des der Ausrichtung der AHV-Rente vorangehenden Monats verlängert. Ist der Taggeldhöchstanspruch ausgeschöpft, so wird eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet, wenn die Beitragszeit innerhalb der gesamten bisherigen Rahmenfrist für die Eröffnung genügt und die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind."

### **E. 5.1**

Für eine rückwirkende Anwendung der neuen Regelung, wie sie das seco in seiner Mitteilung vom 23. März 2006 (AVIG-Praxis 2006/13, Ziff. 2) ohne Angabe von Gründen empfiehlt, besteht schon deshalb kein Anlass, weil - wie sich nachfolgend zeigt - Art. 41b aAbs. 2 AVIV gesetzmässig ist.

### **E. 5.2**

Nach Art. 41b aAbs. 2 AVIV kann die Rahmenfrist für den Leistungsbezug nur verlängert werden, wenn während ihrer Dauer nicht genügend Beitragszeit für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist nachgewiesen werden kann. Kann sie nicht verlängert werden, so ist es möglich, dass die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug mit einer

Herabsetzung des versicherten Verdienstes verbunden ist. Diese Konsequenz ist aber nicht aussergewöhnlich. Sie ist vielmehr die normale Folge der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Vorgabe, wonach die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug immer mit einer Neuberechnung des versicherten Verdienstes einherzugehen hat (was sich je nach Konstellation im Einzelfall positiv oder negativ auswirken kann: E. 5.3 hiernach). Die Verordnungsbestimmung hält sich im Rahmen der im Gesetz delegierten Kompetenzen. Indem die Norm zwischen Versicherten unterscheidet, welche während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug nicht genügend Beitragszeit für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist nachweisen können (und deswegen Anspruch auf weitere 120 Taggelder haben), und solchen, die genügend Beitragszeit für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug erarbeitet haben (und demzufolge ein in zeitlicher Hinsicht beträchtlich länger dauerndes Anrecht auf den Bezug von Arbeitslosenentschädigung erhalten), schafft sie keine unhaltbare Abgrenzung. Die Gesetzmässigkeit von Art. 41b aAbs. 2 AVIV steht damit fest.

### **E. 5.3**

Im Übrigen wirkt sich Art. 41b aAbs. 2 AVIV lange nicht in allen Fällen zu Ungunsten der versicherten Person aus.

#### **E. 5.3.1**

Hat die versicherte Person nämlich in der ersten Leistungsrahmenfrist eine (mindestens zwölfmonatige) Erwerbstätigkeit ausgeübt, welche besser entlohnt wurde als die Beschäftigung, welche sie vor Eintritt der Arbeitslosigkeit inne hatte, so erhöht sich ihr versicherter Verdienst, welcher bei Eröffnung der zweiten Leistungsrahmenfrist festgelegt wird. Demgegenüber kann sich diese bessere Entlohnung bei der Regelung, wie sie ab 1. Juli 2006 gilt, erst niederschlagen, nachdem die zusätzlichen 120 Taggelder bezogen worden sind. Bis dahin werden die Taggelder auf der Basis des geringeren ursprünglichen versicherten Verdienstes ausgerichtet.

#### **E. 5.3.2**

Sodann haben versicherte Personen, welche sich mit einer mindestens zwölfmonatigen Erwerbstätigkeit während der Leistungsrahmenfrist eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnen, wiederum Anspruch auf 400 Taggelder, bzw. bei einer Beitragszeit von 18 Monaten auf 520 Taggelder, währenddem Versicherte, welche in der ersten Leistungsrahmenfrist nicht oder nicht in diesem Umfang erwerbstätig sind, lediglich in den Genuss von 120 zusätzlichen Taggeldern kommen. Finanziell dürften die Versicherten, welche die geforderte Beitragszeit erfüllen, im Allgemeinen besser fahren, auch wenn die Taggelder im Einzelfall weniger hoch sein mögen.

#### **E. 5.3.3**

Art. 41b aAbs. 2 AVIV wirkt sich demnach nur zu Ungunsten der versicherten Person aus, wenn sie von der neu eröffneten Rahmenfrist zufolge kurz bevorstehender Pensionierung nicht mehr lange profitieren kann und die Entlohnung in der Erwerbstätigkeit während der ersten Leistungsrahmenfrist wirklich niedriger war als der Lohn in der letzten Beschäftigung vor der Arbeitslosigkeit. Das unbefriedigende Ergebnis in diesem Fall wird zusätzlich gemildert durch den Umstand, dass eine Angleichung stattfindet, wenn die versicherte Person einen niedrigeren Zwischenverdienst erzielt hat. Beruht nämlich die Berechnung des versicherten Verdienstes auf einem Zwischenverdienst, den die versicherte Person während der Rahmenfrist für die Beitragszeit erzielt hat, so werden die

Kompensationszahlungen für die Ermittlung des versicherten Verdienstes mitberücksichtigt, wie wenn darauf Beiträge zu entrichten wären, sofern der Zwischenverdienst die Mindestgrenze nach Art. 23 Absatz 1 AVIG erreicht ( Art. 23 Abs. 4 AVIG ).

#### **E. 6**

Im zu beurteilenden Fall konnte der Versicherte in der ersten Rahmenfrist für den Leistungsbezug über eine längere Dauer eine Erwerbstätigkeit ausüben, welche ihm als genügend lange Beitragszeit für die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug angerechnet werden konnte. Die Eröffnung einer zweiten Rahmenfrist für den Leistungsbezug und die Neuberechnung des versicherten Verdienstes durch die Verwaltung lässt sich damit nicht beanstanden. Ein Anspruch auf zusätzliche Taggelder im Sinne von Art. 41b Abs. 1 AVIV auf der Basis des in der ersten Rahmenfrist für den Leistungsbezug geltenden versicherten Verdienstes besteht bei dieser Sachlage nicht. erkennt das Bundesgericht:

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