

# BGer C 18/05 vom 18. März 2005

Bundesgericht, 2005-03-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_18\\_05](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_18_05)

FR: TF C 18/05 du 18 mars 2005

IT: TF C 18/05 del 18 marzo 2005

## Regeste

Arbeitslosenversicherung | Arbeitslosenversicherung

## Erwägungen

### E. 1

Das kantonale Gericht hat den streitigen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (in Form von Differenzausgleich nach Art. 24 Abs. 1 zweiter Satz AVIG [vgl. zum Begriff BGE 125 V 487 oben mit Hinweisen]) ab 1. Oktober 2003 mit folgender Begründung bejaht: Der Verdienst als landwirtschaftlicher Mitarbeiter auf dem Gutsbetrieb S.\_\_\_\_\_ in der Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2003 entspreche 65,29 % des Lohnes als Leiter des Gutsbetriebes A.\_\_\_\_\_. Bei der neuen Tätigkeit handle es sich somit um eine unzumutbare Arbeit im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG . Da der Versicherte sie dennoch angenommen habe, habe er Anspruch auf Kompensationszahlungen im Sinne von Art. 24 AVIG . Weiter sei er nach Art. 8 Abs. 2 lit. a AVIG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 AVIG arbeitslos. Ebenfalls müsse er keinen anrechenbaren Arbeitsausfall im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG erleiden, um Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu haben. Nach seinen glaubhaften Ausführungen habe er die Stelle bei der Stiftung C.\_\_\_\_\_ lediglich angenommen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden (vgl. Art. 24 Abs. 5 AVIG ). Somit habe der Versicherte für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2003 Anspruch auf Differenzausgleich und der erzielte Lohn sei als Zwischenverdienst zu bezeichnen. Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe aber auch ab 1. Januar 2004. Der Versicherte erziele zwar ab diesem Zeitpunkt ein über der für die Annahme einer unzumutbaren Tätigkeit im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG (70 Prozent des versicherten Verdienstes) liegendes Einkommen. Dies sei indessen insofern nicht von Bedeutung, als nach Art. 24 AVIG in Verbindung mit Art. 41a Abs. 1 AVIV der Anspruch auf Kompensationszahlungen dennoch weiterbestehe. Entscheidend sei, dass der Lohn weniger als die mögliche Arbeitslosenentschädigung ausmache. Das treffe hier zu. Der Versicherte hätte nach Art. 22 Abs. 1 AVIG (auch) ab 1. Januar 2004 Anspruch auf ein Arbeitslosentaggeld in der Höhe von 80 % des versicherten Verdienstes. Sein Einkommen ab diesem Zeitpunkt betrage jedoch lediglich maximal 73 % des versicherten Verdienstes.

### E. 2

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde führende Arbeitslosenkasse bringt vor, es läge aus mehreren Gründen ab 1. Oktober 2003 keine Arbeitslosigkeit im Sinne des Gesetzes vor. U.a. betrage das Arbeitspensum der Anstellung auf dem Gutsbetrieb S.\_\_\_\_\_ 100 %. Sodann habe der Beschwerdegegner spätestens seit dem Vertragsabschluss mit der Stiftung C.\_\_\_\_\_ im Juli 2003 keine persönlichen Arbeitsbemühungen mehr getätigt. Entgegen der Verwaltung ist die Anspruchsvoraussetzung der Arbeitslosigkeit nach Art. 8 Abs. 2 lit. a AVIG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 AVIG zu bejahen. Es steht fest, dass der

Beschwerdegegner nach Kündigung der Stelle im Dezember 2002 eine andere Arbeit suchte und schliesslich auch fand. Hiezu war er einstellungsrechtlich verpflichtet ( Art. 16 AVIG und Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG ; Urteil P. vom 16. September 2002 [C 141/02] Erw. 1 mit Hinweis auf ARV 1987 Nr. 2 S. 41 Erw. 1). Zu diesen Bemühungen zählt auch, dass es ihm gelang, über den Kündigungstermin von Ende März 2003 hinaus bis im September 2003 vom damaligen Arbeitgeber anderweitig beschäftigt und entlohnt zu werden. Es kann somit entgegen der Arbeitslosenkasse nicht gesagt werden, der Beschwerdegegner habe überhaupt keine Arbeit gesucht. Dass das neue Arbeitsverhältnis ein volles Pensum umfasste, ist ohne Belang. Entscheidend ist, dass der Lohn weniger als 70 Prozent des versicherten Verdienstes betrug. Die Arbeit war somit nach Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG unzumutbar und konnte demzufolge den Eintritt der Arbeitslosigkeit nach Beendigung des vorherigen Arbeitsverhältnisses nicht hindern. Im Übrigen kann auch das Einkommen aus einer Vollzeittätigkeit Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 Abs. 1 erster Satz AVIG darstellen (vgl. Art. 24 Abs. 5 AVIG e contrario).

### **E. 3**

Mit ihren Vorbringen verneint die Verwaltung den Anspruch auf Differenzausgleich ab 1. Oktober 2003 sinngemäss wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit.

#### **E. 3.1**

Nach Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG setzt der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung voraus, dass der Versicherte vermittlungsfähig ist. Der Arbeitslose ist laut Art. 15 Abs. 1 vermittlungsfähig, wenn er bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Vermittlungsunfähigkeit muss u.a. angenommen werden, wenn der versicherten Person aus persönlichen oder familiären Gründen oder im Hinblick auf anderweitige Verpflichtungen bei der Auswahl des Arbeitsplatzes so enge Grenzen gesetzt sind, dass das Finden einer Stelle sehr ungewiss ist ( BGE 123 V 216 Erw. 3, 120 V 388 Erw. 3a mit Hinweisen). Unter dem Gesichtspunkt der zeitlichen Disponibilität kann indessen die Vermittlungsfähigkeit nicht schon deswegen verneint werden, weil die versicherte Person einer vollzeitlichen Zwischenverdiensttätigkeit im Sinne von Art. 24 Abs. 1 erster Satz AVIG nachgeht. Dies ergibt sich ohne weiteres daraus, dass nach Gesetz und Rechtsprechung auch das Einkommen aus einer Vollzeittätigkeit als Zwischenverdienst anerkannt werden kann (ARV 2002 Nr. 13 S. 110 Erw. 4 mit Hinweis). Die Vermittlungsfähigkeit steht sodann auch in Frage, wenn die versicherte Person sich nicht genügend um zumutbare Arbeit bemüht. Fortdauernd ungenügende Arbeitsbemühungen oder die wiederholte Ablehnung zumutbarer Arbeit können zur Annahme von Vermittlungsunfähigkeit führen ( BGE 112 V 218 Erw. 1b mit Hinweisen; ARV 2001 Nr. 30 S. 233 Erw. 2a). Hiezu bedarf es indessen immer besonders qualifizierter Umstände (vgl. ARV 1996/97 Nr. 8 S. 31 Erw. 3 mit Hinweisen und Nr. 19 S. 101 Erw. 3b).

#### **E. 3.2**

Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner spätestens nach Abschluss des Dienstvertrages mit der Stiftung C.\_\_\_\_\_ am 24./26. Juli 2003 keine andere Stelle mehr suchte. Dieses Verhalten stellt ein gewichtiges Indiz dar, dass er nach Annahme der Stelle als landwirtschaftlicher Mitarbeiter auf dem Gutsbetrieb S.\_\_\_\_\_ im Juli 2003 nicht die Absicht hatte, eine andere, besser entlohnte Arbeit zu suchen. Eine zusätzliche Nebenerwerbstätigkeit zum 100 %-Arbeitspensum oder 50 Wochenstunden laut

Vernehmlassung fiel nicht in Betracht. Ob es sich tatsächlich so verhält und demzufolge die subjektive Vermittlungsfähigkeit und damit grundsätzlich auch die Anspruchsberechtigung zu verneinen wären (ARV 2001 Nr. 30 S. 234 Erw. 3a und b, 1996/97 Nr. 8 S. 31 unten), kann daraus indessen nicht ohne weiteres abgeleitet werden. Der Beschwerdegegner ist zu diesem Punkt denn auch nicht befragt worden. Daran ändern seine Vorbringen in der Vernehmlassung nichts, u.a. mit seinen jetzt 60 Jahren sei ihm eine weitere Stellensuche aussichtslos erschienen und ein Stellenwechsel hätte wieder einen Wechsel der Dienstwohnung zur Folge gehabt. Diese Ausführungen beziehen sich auf den Vorhalt der Arbeitslosenkasse in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, er habe entgegen der Aufforderung des RAV gemäss Schreiben vom 6. Februar 2004 keine Belege über die Arbeitsbemühungen für die Monate Oktober 2003 bis Januar 2004 bis zum Einspracheentscheid vom 10. März 2004 eingereicht.

### **E. 3.3**

In der Einsprache gegen die Verfügung vom 7. November 2003 hatte der Versicherte geltend gemacht, er habe sich vor Abschluss des Vertrages mit der Stiftung C. \_\_\_\_\_ auf dem RAV I. \_\_\_\_\_ erkundigt, wie es sich verhalte, wenn er die Stelle als landwirtschaftlicher Mitarbeiter auf dem Gutsbetrieb S. \_\_\_\_\_ in E. \_\_\_\_\_ annähme. Herr D. \_\_\_\_\_ habe ihm erklärt, er hätte dann Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von 80 % des fehlenden Lohnes zugute. Der angebotene Anfangs-Bruttolohn gälte als Zwischenverdienst und würde nach zwei Jahren neu berechnet. Gemäss Beschwerde an die Vorinstanz hatte ihm der RAV-Mitarbeiter (sogar) die Anweisung erteilt, die Stelle auf dem Gutsbetrieb S. \_\_\_\_\_ anzunehmen und sich am 1. Oktober 2003 auf der Arbeitslosenstelle in E. \_\_\_\_\_ zu melden.

#### **E. 3.3.1**

Es ist nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdegegner aufgrund von Auskünften auf dem RAV die Stelle auf dem Gutsbetrieb S. \_\_\_\_\_ in E. \_\_\_\_\_ angenommen und in der Folge keine andere, insbesondere besser entlohnte Arbeit mehr suchte. Verhält es sich so und durfte er in guten Treuen davon ausgehen, weitere persönliche Arbeitsbemühungen seien nicht mehr notwendig, kann ihm das willentliche Absehen von einer weiteren Stellensuche nicht zum Nachteil gereichen und die Anspruchsberechtigung nicht mit der Begründung fehlender Vermittlungsfähigkeit abgesprochen werden. Es stellt sich somit vorab die Frage, ob dem Beschwerdegegner auf dem RAV I. \_\_\_\_\_ gesagt worden war, mit Annahme der Stelle als landwirtschaftlicher Mitarbeiter auf dem Gutsbetrieb S. \_\_\_\_\_ im Juli 2003 entfalle die Pflicht zu weiteren Arbeitsbemühungen und verneinendenfalls, ob er aus den erhaltenen Auskünften diesen Schluss ziehen durfte. Hiezu wird die Arbeitslosenkasse insbesondere den besagten RAV-Mitarbeiter (Herr D. \_\_\_\_\_) zu befragen haben.

#### **E. 3.3.2**

In diesem Verfahren ist einzig zu prüfen, ob der Beschwerdegegner das RAV I. \_\_\_\_\_ aus zureichenden Gründen für die Erteilung von Auskünften betreffend seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei (späterem) Wohnsitz und Arbeitsort im Kanton Basel-Landschaft als zuständig erachten durfte (vgl. BGE 127 I 36 Erw. 3a). Dass solche Fragen nicht in den Zuständigkeitsbereich dieser im Kanton Q. \_\_\_\_\_ gelegenen Stelle fällt, ist klar. Es fehlt bereits an der örtlichen Zuständigkeit (vgl. Art 119 Abs. 1 AVIV in Verbindung mit Art. 85 Abs. 1 lit. b-e AVIG und Art. 85b Abs. 1 AVIG ).

### **E. 3.3.2.1**

Ob eine versicherte Person eine Behörde in guten Treuen als zuständig für die Erteilung bestimmter Auskünfte betreffend ihre Ansprüche und auch Verpflichtungen erachten darf, beurteilt sich aufgrund objektiver und subjektiver Elemente. In objektiver Hinsicht sind vor allem die Natur der erteilten Auskunft und die Rolle der auskunfterteilenden Person, in subjektiver die Stellung sowie etwaige besondere Befähigungen des Auskunftsempfängers zu berücksichtigen (vgl. BGE 114 Ia 109 Erw. 2d/aa; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., S. 140 Rz 675; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1983, S. 111).

### **E. 3.3.2.2**

Mit Bezug auf die hier im Vordergrund stehende (fehlende) örtliche Zuständigkeit des RAV fällt (objektiv) ins Gewicht, dass es bei der Arbeitslosenentschädigung um einen bundesrechtlichen Anspruch geht und die einzelnen Anspruchsnormen einheitlich und nicht von Kanton zu Kanton verschieden auszulegen und anzuwenden sind. Es kommt unter dem Gesichtspunkt der sachlichen (und funktionellen) Zuständigkeit dazu, dass die Regionalen Arbeitsvermittlungszentren häufig oder sogar regelmässig erste Anlaufstelle der Arbeitslosen oder der von Arbeitslosigkeit bedrohten Personen sind. Sie nehmen nach Massgabe des jeweiligen kantonalen Rechts Aufgaben der kantonalen Amtsstelle wahr ( Art. 85b Abs. 1 AVIG ). Dazu gehören in der Regel die Arbeitsvermittlung sowie Beratungs- und Kontrollfunktionen. Diese Kompetenzdelegation kann sich indessen grundsätzlich auf alle der kantonalen Amtsstelle übertragenen Aufgaben beziehen (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]/Soziale Sicherheit, S. 281 f.; vgl. BGE 125 V 364 f. Erw. 2b; ferner BGE 128 V 311 ). Es kann daher nicht gesagt werden, der Beschwerdegegner hätte (subjektiv) die sachliche Unzuständigkeit des RAV ohne weiteres erkennen müssen. Zumindest hätte er erwarten dürfen, dass ihn die auskunfterteilende Person (Herr D. \_\_\_\_\_) auf die Unzuständigkeit des RAV aufmerksam macht. Diese aus dem Vertrauensgrundsatz abgeleitete Verpflichtung ergibt sich auch aus Art. 27 Abs. 2 ATSG . Nach Satz 1 und 2 dieser aufgrund von Art. 1 Abs. 1 AVIG sowie Art. 1 lit. b und Art. 2 ATSG ebenfalls im Bereich der Arbeitslosenversicherung anwendbaren Bestimmung hat jede Person Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, S. 318 Rz 12). Ob der Beschwerdegegner auf die Unzuständigkeit des RAV für Auskünfte betreffend den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gemäss Art. 24 Abs. 1 AVIG bei Annahme und nach Antritt der Stelle als landwirtschaftlicher Mitarbeiter auf dem Gutsbetrieb S. \_\_\_\_\_ in E. \_\_\_\_\_ hingewiesen wurde, kann aufgrund der Akten nicht gesagt werden. Dies wird die am Recht stehende Arbeitslosenkasse ebenfalls abzuklären haben. Danach wird die Verwaltung, allenfalls unter Beachtung der nachstehenden Ausführungen in Erw. 3.4, über den Anspruch des Beschwerdegegners auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Oktober 2003 neu verfügen.

### **E. 3.4**

In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Oktober 2003 auch wegen Nichterfüllens der Kontrollvorschriften verneint ( Art. 8 Abs. 1 lit. g AVIG in Verbindung mit Art. 17 AVIG ). Aufgrund der Akten und der Vorbringen in der Vernehmlassung kann dazu nicht

abschliessend Stellung genommen werden. Insbesondere kann nicht gesagt werden, der Beschwerdegegner habe unentschuldig nicht an Beratungs- und Kontrollgesprächen teilgenommen. Abgesehen davon wirkt sich im Unterschied zur früheren Regelung mit dem Stempeln die Verletzung der Kontrollpflicht (Nichtteilnahme an Beratungs- oder Kontrollgesprächen) nach der Anmeldung beim Arbeitsamt grundsätzlich nicht mehr anspruchvernichtend aus. Vielmehr wird ein solches Verhalten mit einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung und als ultima ratio mit einem Leistungsentzug sanktioniert (Urteil L. vom 26. Mai 2000 [C 422/99] Erw. 2; Thomas Nussbaumer a.a.O. S. 99 ff. Rz 254 und 263). An dieser Regelung hat die Revision vom 22. März 2002 nichts geändert (vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 [BB1 2001 2245 ff.] S. 2280 und 2285 sowie Amtl. Bull. 2001 S 396 f., N 1893 und 1903). Im Weiteren ist zu beachten, dass der Beschwerdegegner zwar am 12. September 2003 seinen letzten Arbeitstag für das Institut J. \_\_\_\_\_ hatte. Er bezog indessen bis Ende November 2003 Lohn in derselben Höhe wie als Leiter des Gutsbetriebes A. \_\_\_\_\_ bis Ende März 2003. Überdies erhielt er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer mündlichen Abmachung zusätzlich eine Abfindung in der Höhe von drei Monatslöhnen. Diese Zahlungen sind gegebenenfalls im Lichte von Art. 11 Abs. 3 AVIG zu würdigen (vgl. dazu BGE 128 V 179 ff. Erw. 3a-e und 126 V 391 f. Erw. 5a und b). Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

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