

# **BGer C 64/05 vom 7. Juni 2005**

Bundesgericht, 2005-06-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_64\\_05](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_64_05)

FR: TF C 64/05 du 7 juin 2005

IT: TF C 64/05 del 7 giugno 2005

## **Regeste**

Arbeitslosenversicherung | Arbeitslosenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Eidgenössische Versicherungsgericht prüft von Amtes wegen die formellen Gültigkeitserfordernisse des Verfahrens ( BGE 128 V 89 Erw. 2a, 112 V 83 Erw. 1). Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht auf die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 8. Juli 2004 eingetreten ist.

#### **E. 1.1**

In BGE 130 V 388 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden, dass auch unter der Herrschaft des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege der Erlass einer Verfügung unabdingbare Sachurteilsvoraussetzung im nachfolgenden Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren ist. Dabei entspricht der Begriff der Verfügung mangels näherer Konkretisierung in Art. 49 Abs. 1 ATSG demjenigen von Art. 5 Abs. 1 VwVG .

#### **E. 1.2**

Es steht fest, dass die Arbeitslosenkasse keine Verfügung über den versicherten Verdienst für die am 1. Januar 2004 eröffnete zweite Leistungsrahmenfrist erlassen hat. Das bei den Akten liegende Datenerfassungsblatt, worin ein versicherter Verdienst von Fr. 3992.- angegeben wird, kann nicht als Verfügung im Sinne von Art. 49 Abs. 1 ATSG betrachtet werden. Das von der Arbeitslosenkasse als Einsprache behandelte Schreiben vom 18. März 2004, mit welchem der Versicherte die Neuberechnung des versicherten Verdienstes verlangte, stellte daher das Begehren um Erlass einer (einsprachefähigen) Verfügung dar (vgl. Art. 100 Abs. 1 AVIG ). Der Einspracheentscheid vom 8. Juli 2004 ist somit als Verfügung im Sinne von Art. 49 Abs. 1 ATSG zu betrachten. Dagegen konnte nicht direkt Beschwerde erhoben werden (SVR 2005 AHV Nr. 9 S. 30).

#### **E. 1.3**

Das kantonale Gericht hätte somit nicht auf die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 8. Juli 2004 eintreten und in der Sache entscheiden dürfen. Ob dieser Mangel heilbar ist, wie die Vorinstanz implizit angenommen hat, ist fraglich. Dieser Punkt kann indessen offen bleiben. Der angefochtene Entscheid hält (auch) materiell vor Bundesrecht nicht Stand.

#### **E. 2.1**

Im Rahmen der dritten Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsrechts gemäss Bundesgesetz vom 22. März 2002 und Verordnung vom 28. Mai 2003 sind unter anderem Art. 23 AVIG (Versicherter Verdienst) und Art. 37 AVIV (Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst) geändert worden. Die Neuerungen sind mangels einer anders lautenden Übergangsbestimmung mit ihrem In-Kraft-Treten am 1. Juli 2003 grundsätzlich sofort anwendbar. Lief in diesem Zeitpunkt eine Rahmenfrist für die Beitragszeit nach Art. 9 Abs. 3 AVIG, liegt eine zulässige unechte Rückwirkung vor (BGE 126 V 135 Erw. 4a und AHI 1994 S. 140 Erw. 5, je mit Hinweisen).

#### **E. 2.2.1**

Art. 23 AVIG, soweit hier von Bedeutung, hat seit 1. Juli 2003 folgenden Wortlaut: 1Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; (...). Der Verdienst gilt nicht als versichert, wenn er eine Mindestgrenze nicht erreicht. Der Bundesrat bestimmt den Bemessungszeitraum und die Mindestgrenze. (...) 4Beruht die Berechnung des versicherten Verdienstes auf einem Zwischenverdienst, den der Versicherte während der Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3) erzielt hat, so werden die Kompensationszahlungen (Art. 24) für die Ermittlung des Verdienstes mitberücksichtigt, wie wenn darauf Beiträge zu entrichten wären, sofern der Zwischenverdienst die Mindestgrenze nach Absatz 1 erreicht.

#### **E. 2.2.2**

Art. 37 Abs. 1, 2, und 3ter AVIV lauten: 1Der versicherte Verdienst bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzteren sechs Beitragsmonate (Art. 11) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. 2Er bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1. 3terErzielte die versicherte Person in einer abgelaufenen Rahmenfrist einen Zwischenverdienst, so bemisst sich der versicherte Verdienst nach der für sie vorteilhafteren der folgenden Berechnungsvarianten, wobei Beitragszeiten mit Differenzzahlungen nach Artikel 41a Absatz 4 unberücksichtigt bleiben: a. Summe des beitragspflichtigen Einkommens und der anrechenbaren Kompensationszahlungen nach Artikel 23 Absätze 4 und 5 AVIG, geteilt durch die Anzahl der zu berücksichtigenden Kalendermonate; es sind so viele Kalendermonate zu berücksichtigen, bis die sechs oder zwölf Beitragsmonate nach den Absätzen 1 oder 2 erreicht werden; b. beitragspflichtiges Einkommen, geteilt durch die Anzahl der Beitragsmonate des Bemessungszeitraums. Als Beitragsmonat zählt jeder volle Kalendermonat, in dem der Versicherte beitragspflichtig ist (Art. 11 Abs. 1 AVIV). Beitragszeiten, die nicht einen vollen Kalendermonat umfassen, werden zusammengezählt. Je 30 Kalendertage gelten als Beitragsmonate (Art. 11 Abs. 2 AVIV; vgl. zur Umrechnung der Arbeitstage in Kalendertage BGE 121 V 168 Erw. 2b mit Hinweis). 3. 3.1 Die Arbeitslosenkasse ermittelte in Anwendung von Art. 23 Abs. 4 und 5 AVIG sowie Art. 37 Abs. 3ter lit. a AVIV einen versicherten Verdienst von Fr. 3992.-. Sie berücksichtigte die beitragspflichtigen Einkommen der letzten zwölf Monate August 2002 bis Juli 2003 vor Beginn der neuen Leistungsrahmenfrist am 1. Januar 2004 sowie den in den Monaten Dezember 2002 bis Mai 2003 erzielten Zwischenverdienst. Die daraus resultierende Summe von Fr. 47'907.15 hat die Verwaltung durch die zwölf Beitragsmonate dividiert. Dies ergibt Fr. 3992.25. Das kantonale Gericht hat diese Berechnungsweise im Wesentlichen bestätigt. Allerdings dürften, so die Vorinstanz, für die Monate Dezember 2002 und Januar 2003

keine Kompensationszahlungen angerechnet werden, weil die entsprechenden Zwischenverdienste Fr. 165.- und Fr. 243.70 unter der Mindestgrenze von Fr. 500.- gemäss Art. 40 AVIV lägen. Wegen der Geringfügigkeit der Beträge hat das kantonale Gericht jedoch von einer entsprechenden Korrektur abgesehen. Die vom Versicherten beantragte Herausnahme der Monate Dezember 2002 und Januar 2003 aus der Berechnung und stattdessen Berücksichtigung der Monate Juni und Juli 2002 mit beitragspflichtigen Einkommen in der Höhe von Fr. 6505.- und Fr. 6504.- hat die Vorinstanz abgelehnt. 3.2 Die Verdienstberechnung der Arbeitslosenkasse ist in folgendem Sinne nicht schlüssig. Der Beschwerdeführer arbeitete im Dezember 2002 an fünf Tagen jeweils zwei Stunden als Raumpfleger bei einer Reinigungsfirma. Im Januar 2003 war er an zwei Sonntagen als Zeitungsverkäufer tätig. Die (versicherten) Verdienste betragen Fr. 165.- und Fr. 243.70. Gemäss Berechnungsblatt der Arbeitslosenkasse gelten Dezember 2002 und Januar 2003 als (volle) Beitragsmonate im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIV. Es ist nicht auszuschliessen, dass es sich bei den erwähnten stundenweisen Arbeitseinsätzen um (zusammen zu zählende) Beitragszeiten im Sinne von Abs. 2 dieser Vorschrift handelt, wie der Beschwerdeführer sinngemäss vorbringt. Verhält es sich so und wurden die fraglichen Arbeitsstunden nicht im Rahmen eines durchgehenden Teilzeitarbeitsverhältnisses geleistet, können Dezember 2002 und Januar 2003 nicht als volle Beitragsmonate betrachtet werden (vgl. BGE 121 V 169 ff. Erw. 2c; Urteil E. vom 14. Juli 2000 [C 119/00] Erw. 3). Damit wären nach Art. 37 Abs. 3ter lit. a AVIV auch die Monate Juli und Juni 2002 im entsprechenden Umfang bei der Verdienstberechnung mit zu berücksichtigen. Die Arbeitslosenkasse wird diesen aufgrund der Akten nicht entscheidbaren Punkt noch abzuklären haben und danach den versicherten Verdienst für die am 1. Januar 2004 eröffnete zweite Leistungsrahmenfrist neu festsetzen. 4. Der Beschwerdeführer rügt, dass die Methode zur Berechnung des versicherten Verdienstes zu «Unterschieden von Tausenden von Franken» führe, je nachdem wie die Zwischenverdienste innerhalb der Beitragsrahmenfrist verteilt seien. Dem selben Einwand einer Versicherten ist das Eidgenössische Versicherungsgericht im erwähnten Urteil E. (Erw.3.2 in fine) wie folgt begegnet: In die Berechnung des versicherten Verdienstes für eine zweite oder weitere Leistungsrahmenfrist im Falle erzielter Zwischenverdienste finden verschiedene Faktoren Eingang. Es ist dies neben der Höhe des Verdienstes und der Verteilung der Arbeitszeit nach Tagen innerhalb der Kontrollperiode (grundlegend BGE 125 V 480 zu Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 Abs. 2 und 3 AVIG) der Bemessungszeitraum, welcher in Fällen wie dem vorliegenden gemäss Art. 37 Abs. 3ter AVIV grundsätzlich die letzten sechs Beitragsmonate der abgelaufenen Leistungsrahmenfrist umfasst. Jedem dieser Elemente haftet ein gewisses Zufallsmoment an, welches sich im Einzelfall zu Ungunsten, aber auch zu Gunsten der versicherten Person auswirken kann. In diesem Zusammenhang weist die Beschwerdeführerin insoweit zu Recht darauf hin, dass Arbeitslose grundsätzlich jede Arbeitsgelegenheit wahrzunehmen haben (vgl. Art. 16 Abs. 1 AVIG und BGE 124 V 62), sie somit nicht Beschäftigungsmöglichkeiten ausser Acht lassen oder Stellenangebote ausschlagen dürfen, nur weil sich dies allenfalls auf die Berechnung des versicherten Verdienstes für eine weitere Leistungsrahmenfrist negativ auswirken könnte. Dies bedeutet indessen nicht, dass die betreffende Regelung ( Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 AVIG sowie Art. 37 Abs. 3ter AVIV) mit dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 4 Abs. 1 aBV und Art. 8 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) in einer Art und Weise unvereinbar wäre, die einer Anwendung nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck entgegenstehe. Was das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 125 V 490 ff. Erw.

4c/dd zur Ermittlung der Kompensationszahlungen nach Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 AVIG als Bestandteil des versicherten Verdienstes für die zweite oder eine weitere Leistungsrahmenfrist unter Berücksichtigung der effektiv geleisteten kontrollierten Arbeitstage unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit ausgeführt hat, gilt auch in Bezug auf den Bemessungszeitraum nach Art. 37 Abs. 3ter AVIV, zu dessen Erlass der Bundesrat nach Art. 23 Abs. 1 letzter Satz AVIG ausdrücklich befugt war. Dieser die letzten sechs Beitragsmonate umfassende Zeitraum kann im Übrigen nach der Verwaltungspraxis - in sinngemässer Anwendung der Art. 37 Abs. 1 bis 3 AVIV - bei unbilligen Ergebnissen auf längstens zwölf Monate ausgedehnt werden, sofern dies für die versicherte Person günstiger ist und zu einem mindestens um 10 Prozent höheren versicherten Verdienst führt (vgl. AM/ALV-Praxis 99/2 Blatt 10/2; ..). Diese Erwägungen gelten sinngemäss auch für die seit 1. Juli 2003 modifizierte Regelung der Berechnung des versicherten Verdienstes unter Berücksichtigung von Kompensationszahlungen.

## **E. 5**

Zu der von der Arbeitslosenkasse abweichenden Berechnungsweise des kantonalen Gerichts ist Folgendes zu sagen. Nach dem in Art. 23 Abs. 4 AVIG am Ende neu eingefügten Passus «sofern der Zwischenverdienst die Mindestgrenze nach Absatz 1 erreicht» sind bei der Berechnung des versicherten Verdienstes für eine Folgerahmenfrist beitragspflichtige Einkommen nicht zu berücksichtigen, welche weniger als 500 Franken oder 300 Franken bei Heimarbeitnehmern betragen. Ein bestimmter Grund für diese Regelung lässt sich den Materialien zur Teilrevision vom 22. März 2002 nicht entnehmen. Die Annahme ist daher nahe liegend, dass der Gesetzgeber auch bei einer weiteren Bezugsrahmenfrist eine Art. 23 Abs. 1 dritter Satz AVIG entsprechende Vorschrift schaffen wollte, wonach der Verdienst nicht als versichert gilt, wenn er eine Mindestgrenze nicht erreicht. Dabei handelt es sich wiederum um einen über den Bemessungszeitraum gemittelten Betrag (Erw. 2.2.1). Die auf die einzelnen Kontrollperioden bezogene Betrachtungsweise des kantonalen Gerichts (Erw. 3.1) ist abzulehnen. Sie könnte unter Umständen dazu führen, dass die Beitragszeit nicht (mehr) erfüllt ist, was dem Zweck von Art. 23 Abs. 4 AVIG widerspricht, Anreiz für die Annahme einer nach Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG lohnmässig unzumutbaren Arbeit zu geben (vgl. BGE 125 V 490 Erw. 4c/dd). Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

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