

# **BGer C\_82/2003 vom 12. Oktober 2004**

Bundesgericht, 2004-10-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_82\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_82_2003)

FR: TF C\_82/2003 du 12 octobre 2004

IT: TF C\_82/2003 del 12 ottobre 2004

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Streitig und zu prüfen ist die Höhe des für die Festsetzung der Arbeitslosenentschädigung massgebenden versicherten Verdienstes ab 1. August 2002.

### **E. 2**

Der Versicherte hat innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls für Tage, an denen er einen Zwischenverdienst erzielt.

#### **E. 2.1**

Da die mit dem In-Kraft-Treten des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 [AS 2002 S. 3371 ff.] am 1. Januar 2003 einher gegangenen Änderungen zahlreicher materieller Bestimmungen im Arbeitslosenversicherungsbereich nach den Regeln des zeitlich massgebenden Sachverhalts und des intertemporalen Rechts hier keine Anwendung finden (vgl. BGE 121 V 366 Erw. 1b, 127 V 467 Erw. 1), sind für die Beurteilung der strittigen Rechtsfrage die Normen des AVIG in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung massgebend.

#### **E. 2.2.1**

Gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigungen für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Satz 1).

Der Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst richtet sich nach Art. 37 AVIV . Gemäss Abs. 3ter dieser Bestimmung (in Kraft seit 1. Januar 1996) berechnet sich der versicherte Verdienst dann, wenn die Beitragszeit ( Art. 13 AVIG ) für einen erneuten Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesslich in einer abgelaufenen Rahmenfrist für den Leistungsbezug zurückgelegt wurde, grundsätzlich aus den letzten sechs Beitragsmonaten dieser Rahmenfrist ( Art. 9 Abs. 3 AVIG ). Nach der Verwaltungspraxis kann der Bemessungszeitraum - in sinngemässer Anwendung der Art. 37 Abs. 1 bis 3 AVIV - bei unbilligen Ergebnissen auf zwölf Monate ausgedehnt werden, wenn der Durchschnittslohn aus zwölf Monaten für die versicherte Person günstiger ist und mindestens um 10 % vom Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate abweicht (vgl. Rz C 43 KS-ALE in der ab 1. Januar 2002 geltenden Fassung).

#### **E. 2.2.2**

Beruhet die Verdienstberechnung auf einem Zwischenverdienst, den der Versicherte während der Rahmenfrist für die Beitragszeit ( Art. 9 Abs. 3 AVIG ) erzielt hat, so sind gemäss Art. 23 Abs. 4 AVIG (eingefügt mit dringlichem Bundesbeschluss vom 19. März

1993 über Massnahmen in der Arbeitslosenversicherung [AS 1993 1066], in der seit 1. Januar 1996 geltenden Fassung gemäss Bundesgesetz vom 23. Juni 1995 [AS 1996 278]) bei der Berechnung des versicherten Verdienstes für eine zweite Leistungsrahmenfrist ( Art. 9 Abs. 4 AVIG ) Kompensationszahlungen (Art. 24) mitzuberechnen, wie wenn darauf Beiträge zu entrichten wären.

Art. 24 AVIG , auf welchen Art. 23 Abs. 4 AVIG integral verweist, lautet - soweit vorliegend von Bedeutung - wie folgt:

"1 Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt.

### **E. 3**

Als Verdienstausschlag gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit und dem versicherten Verdienst. (...)"

In Auslegung von Wortlaut, Sinn und Zweck dieser Gesetzordnung hat das Eidgenössische Versicherungsgericht im Grundsatzentscheid BGE 125 V 488 Erw. 4c/aa präzisiert, wie die bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes für eine zweite oder weitere Leistungsrahmenfrist zu berücksichtigenden Kompensationszahlungen ( Art. 23 Abs. 4 AVIG ) bezogen auf eine bestimmte Kontrollperiode resp. einen bestimmten Beitragsmonat (vgl. Art. 11 Abs. 1 und Art. 27a AVIV ) innerhalb des Bemessungszeitraumes ( Art. 37 Abs. 3ter AVIV ) zu berechnen sind und hierfür folgende Formel angegeben:

$$(vV - Zv) \times Es \times At / Kt$$

vV = versicherter Verdienst in der ersten (resp. vorangehenden) Leistungsrahmenfrist

Zv = Zwischenverdienst in der Kontrollperiode

At = Anzahl (effektiv geleisteter) Arbeitstage in der Kontrollperiode

Kt = Anzahl Kontrolltage in der Kontrollperiode

Es = Entschädigungssatz ( Art. 22 AVIG )

Diese Berechnungsweise hat nach wie vor Gültigkeit (unveröffentlichte Erw. 1 des Urteils BGE 127 V 348 ; Urteile A. vom 15. April 2002 [C 4/02] Erw. 3b/bb in fine, J. vom 28. August 2001 [C 15/01] Erw. 2, O. vom 7. Juli 1999 [C 403/97] Erw. 2b).

### **E. 3.1**

Vorinstanz und Verwaltung haben unter Hinweis auf Art. 37 Abs. 3ter AVIV (Erw. 2.2.1 hievon) zutreffend erwogen, dass sich der versicherte Verdienst der Beschwerdeführerin für die Leistungsrahmenfrist ab 1. August 2002 grundsätzlich aus den letzten sechs Beitragsmonaten der abgelaufenen, von 1. August 2000 bis 31. Juli 2002 dauernden Rahmenfrist für den Leistungsbezug bemisst, in welcher allein die Beitragszeit ( Art. 13 und 9 Abs. 3 AVIG ) zurückgelegt wurde. Während des sechsmonatigen Bemessungszeitraums von Februar bis Juli 2002 erzielte die Versicherte einen Zwischenverdienst in der unbestrittenen Höhe von insgesamt Fr. 12'251.80. Ausgehend von diesem beitragspflichtigen Einkommen ermittelte die Arbeitslosenkasse unter Anrechnung von Kompensationszahlungen gemäss Art. 23 Abs. 4 AVIG im Betrag von insgesamt Fr. 7'286.65 (für die Beitragsmonate Februar bis Juli 2002) einen versicherten Verdienst von Fr. 3'256.- ( $(12'251.80 + 7'286.65) : 6$ ). Die - entsprechend der Verwaltungspraxis (Erw.

2.2.1 hievori; vgl. auch BGE 125 V 57 Erw. 5b/bb) - kontrollweise vorgenommene Ausdehnung des Bemessungszeitraums auf zwölf Monate führte zu keinem für die Beschwerdeführerin günstigeren Ergebnis.

### **E. 3.2**

Soweit in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in grundsätzlicher Hinsicht eingewendet wird, die unter Erw. 2.2 dargelegte gesetzliche Regelung der Verdienstberechnung für eine Folgerahmenfrist sei insgesamt stossend und wirke sich rechtsungleich aus, insbesondere indem es auf die Anzahl effektiv geleisteter Arbeitstage (pro Kontrollperiode/Beitragsmonat) anstelle der insgesamt geleisteten Arbeitsstunden ankomme, ist sie unbegründet. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht im Urteil A. vom 15. April 2002 [C 4/02] dargelegt hat, finden in die Berechnung des versicherten Verdienstes für eine zweite oder weitere Leistungsrahmenfrist im Falle erzielter Zwischenverdienste verschiedene Faktoren Eingang, namentlich die Höhe des Verdienstes, die 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 ) sowie der Bemessungszeitraum (hier gemäss Art. 37 Abs. 3ter AVIV ). Jedem dieser Elemente haften ein gewisses Zufallsmoment an, welches sich im Einzelfall zu Ungunsten, aber auch zu Gunsten der versicherten Person auswirken könne. In diesem Zusammenhang werde insoweit zu Recht darauf hingewiesen, 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 bedeute indessen nicht, dass die geltende Regelung betreffend den Bemessungszeitraum (Art. 23 Abs. 1 letzter Satz AVIG in Verbindung mit Art. 37 Abs. 3ter AVIV ) oder die Berücksichtigung der effektiv geleisteten kontrollierten Arbeitstage bei der Ermittlung der anrechenbaren Kompensationszahlungen als Bestandteil des versicherten Verdienstes für die zweite oder eine weitere Leistungsrahmenfrist ( Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 AVIG ) 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 entgegenstünde (a.a.O., Erw. 3b/bb; vgl. auch BGE 125 V 490 ff. Erw. 4c/dd; Urteil E. vom 14. Juli 2000 [C 119/00] Erw. 2). Von dieser Rechtsprechung abzurücken, besteht kein Anlass.

### **E. 4.1**

Bei der Berechnung des versicherten Verdienstes, namentlich der Festsetzung der zu berücksichtigenden Kompensationszahlungen, stützte sich die Arbeitslosenkasse nach eigenen Angaben auf die Weisungen des seco gemäss KS-ALE in der ab 1. Januar 2002 gültigen Fassung. Nach dessen Randziffer C 49 - welche unverändert in das ab 1. Januar 2003 gültige KS-ALE übernommen wurde - sind die anrechenbaren Kompensationszahlungen für einen bestimmten Beitragsmonat folgendermassen festzusetzen:

$$([\text{Brutto-}] \text{Arbeitslosenentschädigung gemäss ASAL}) \times (\text{geleistete bzw. bezahlte Arbeitstage} / \text{mögliche anspruchsberechtigte Tage})$$

Gestützt darauf hat die Arbeitslosenkasse - nach Massgabe des Kreisschreibens korrekt - folgende Kompensationszahlungen angerechnet (Berechnungsblatt der ALK):

Februar 2002: Fr. 904.10

März 2002: Fr. 1'154.65

April 2002: Fr. 1'842.20

Mai 2002: Fr. 2'017.40

Juni 2002: Fr. 1'368.30

Juli 2002: Fr. 0.-

Total: Fr. 7'286.65

Folgt man dagegen für die Ermittlung der anzurechnenden Kompensationszahlungen strikt der unter Erw. 2.2.2 hievordargelegten Berechnungsvorschrift " $(vV - Zv) \times Es \times At/Kt$ ", ergeben sich für die Monate Februar bis Juli 2002 bei einem bisherigen versicherten Verdienst von Fr. 5'369.- und einem Entschädigungssatz von 0.7 ( Art. 22 Abs. 2 AVIG ) folgende, abweichende Werte:

Februar 2002: Fr. 992.-

März 2002: Fr. 1'197.50

April 2002: Fr. 1'794.90

Mai 2002: Fr. 1'838.30

Juni 2002: Fr. 1'661.80

Juli 2002: Fr. 0.-

Total: Fr. 7'484.50

Wird der Zeitraum für die Bemessung des versicherten Verdienstes auf zwölf Monate ausgedehnt (vgl. Erw. 2.2.1 in fine), ergibt dies gemäss der in BGE 125 V 480 dargelegten Berechnungsmethode anzurechnende Kompensationszahlungen in der Höhe von Fr. 16'308.10, während die Arbeitslosenkasse gestützt auf Randziffer C 49 KS-ALE einen Wert von Fr. 16'216.75 ermittelt hat.

#### **E. 4.2**

Die bezogen auf den einzelnen Beitragsmonat zu Gunsten oder zu Lasten der Versicherten ausfallenden Abweichungen in den anzurechnenden Kompensationszahlungen sind gemäss Stellungnahme des seco vom 13. Mai 2004 - wozu den Parteien das rechtliche Gehör gewährt wurde - darauf zurückzuführen, dass Basis der Berechnungsformel gemäss C 49 KS-ALE der Tagesverdienst  $(vV/21, 7)$  nach Art. 40a AVIV ist. Mit andern Worten wird der versicherte Verdienst mit dem Faktor " $Kt/21,7$ " multipliziert. Der Ausdruck " $vV \times [Kt/21,7] - Zv$ " entspricht dem Term "ALE gemäss ASAL" in C 49 KS-ALE. Damit werden die Taggeldberechnung ohne Zwischenverdienst und die Bemessung des Differenzausgleichs bei einem Zwischenverdienst auf dieselbe Grundlage gestellt. Diese Modifikation ändert indessen an der Struktur der Formel zur Berechnung der bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigenden Kompensationszahlungen gemäss Rechtsprechung (Erw. 2.2.2 hievord) nichts. C 49 KS-ALE steht daher nicht in Widerspruch zu BGE 125 V 484 ff. und kann deshalb nicht als gesetzwidrig bezeichnet werden.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

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