

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00605 vom 24. Februar 2006

ZH Sozialversicherungsgericht, 2006-02-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2005.00605](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2005.00605)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00605 du 24 février 2006

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00605 del 24 febbraio 2006

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) ist eine der Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist. Als ganz arbeitslos gilt gemäss Art. 10 Abs. 1 AVIG, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Als teilweise arbeitslos gilt gemäss Art. 10 Abs. 2 AVIG, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. a) oder wer eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. b).

Als weitere Anspruchsvoraussetzung muss die versicherte Person gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten haben. Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Als voller Arbeitstag gilt der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die die versicherte Person normalerweise während ihres letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [AVIV]). Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen nach Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIV).

Ferner muss die versicherte Person, die Arbeitslosenentschädigung beansprucht, gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG vermittlungsfähig sein. Dies ist nach Art. 15 Abs. 1 AVIG dann der Fall, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört zum einen die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn und zum andern subjektiv die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 58 Erw. 6a, 123 V 216 Erw. 3, je mit Hinweis; ARV 2004 Nr. 2 S. 48 Erw. 1.2, S. 122 Erw. 2.1). Als zumutbar gilt gemäss Art. 16 AVIG jede - unselbständige - Arbeit, die nicht mit einem Unzumutbarkeitsgrund nach Abs. 2 dieser Bestimmung behaftet ist.

1.2 Von den Anspruchsnormen in Art. 8 ff. AVIG zu unterscheiden sind die Bestimmungen über die Bemessung der Arbeitslosenentschädigung in Art. 18 ff. AVIG.

Die Arbeitslosenentschädigung wird gestützt auf Art. 21 und Art. 22 AVIG als Taggeld ausgerichtet, welches sich nach dem versicherten Verdienst bemisst

und sich auf 70 % oder 80 % dieses versicherten Verdienstes beläuft.

Gemäss Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde, wobei die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen eingeschlossen sind, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen. Nicht versichert ist gemäss Art. 23 Abs. 3 Satz 1 AVIG ein Nebenverdienst. Als solcher gilt nach Art. 23 Abs. 3 Satz 2 AVIG jeder Verdienst, den eine versicherte Person ausserhalb ihrer normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmerin oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt.

Nach Art. 24 Abs. 1 Satz 1 AVIG gilt jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt, als Zwischenverdienst. Die versicherte Person hat gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Satz 2 AVIG Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls. Als Verdienstausfall gilt nach Art. 24 Abs. 3 Satz 1 AVIG die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst. Ein Nebenverdienst nach Art. 23 Abs. 3 AVIG bleibt gemäss Art. 24 Abs. 3 Satz 2 AVIG unberücksichtigt. Die versicherte Person hat dann keinen Anspruch mehr auf Ersatz des Verdienstausfalles nach Art. 24 Abs. 1 und Abs. 3 AVIG, wenn sie eine Tätigkeit mit einer Entlohnung aufnimmt, welche mindestens dem Betrag der Arbeitslosenentschädigung entspricht (BGE 127 V 480 Erw. 2 mit Hinweisen sowie Art. 41a Abs. 1 AVIV e contrario).

### **E. 1.3**

1.3.1 Die Vorschrift über den anrechenbaren Arbeitsausfall in Art. 11 AVIG figuriert in der Gesetzessystematik zwar unter den Anspruchsnormen; das Eidgenössische Versicherungsgericht hat jedoch darauf hingewiesen, dass diese Vorschrift nicht nur Anspruchsnorm, sondern gleichzeitig auch Entschädigungsbemessungsregel sei (vgl. BGE 125 V 58 f. Erw. 6b). Die Bestimmung des Ausmasses des Arbeitsausfalles erfolgt nach höchststrichterlicher Rechtsprechung durch den Vergleich des verlorenen Beschäftigungsumfanges mit dem Beschäftigungsumfang, den die versicherte Person nach Eintritt der Arbeitslosigkeit anstrebt (BGE 125 V 59 f. Erw. 6c/aa mit Hinweisen).

1.3.2 Einen bloss teilweisen Arbeitsausfall erleiden gemäss dieser Rechtsprechung unter anderem diejenigen Personen, die nach dem Verlust einer Stelle, aus welchen Gründen auch immer, nicht mehr im gleichen Umfang wie bisher, sondern in einem reduzierten Umfang unselbständig erwerbstätig sein wollen. Bei diesen Personen erfolgt die Entschädigungsbemessung rechtsprechungsgemäss dadurch, dass der versicherte Verdienst, dem der Lohn aus der verlorenen Beschäftigung zugrunde liegt, entsprechend zu reduzieren ist (vgl. BGE 125 V 59 f. Erw. 6c/aa mit Hinweisen).

1.3.3 Eine davon abweichende Regelung der Entschädigungsbemessung gilt für diejenigen versicherten Personen, die nach Eintritt der Arbeitslosigkeit weiterhin einen Beschäftigungsumfang im bisherigen Umfang anstreben, die jedoch deshalb nur teilweise arbeitslos sind und einen nur teilweisen Arbeitsausfall aufweisen, weil sie bereits eine zeitliche Beschäftigung innehaben. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in einem Grundsatzentscheid (BGE 120 V 233 ff.) festgehalten, dass sich die

Arbeitslosenentschädigung bei diesen Personen seit dem Inkrafttreten des revidierten Art. 24 AVIG per Anfang 1992 unabhängig vom zeitlichen Umfang des Arbeitsausfalles allein nach dem Verdienstaufschlag bemessen, und zwar in einheitlicher Weise über den Weg der Zwischenverdienstregelung in Art. 24 AVIG. Sämtliche Formen unselbständiger Erwerbstätigkeit seien damit Gegenstand dieser revidierten Bestimmung, und die bis zur Revision getroffene Unterscheidung nach Teilzeitarbeit, altrechtlichem Zwischenverdienst und Ersatzarbeit falle dahin (vgl. BGE 120 V 249 f. Erw. 5b). An dieser Rechtsprechung hat das Eidgenössische Versicherungsgericht auch unter der Herrschaft des seit dem 1. Januar 1996 in Kraft stehenden Rechts festgehalten (vgl. BGE 127 V 480 Erw. 2 mit Hinweis).

## E. 2

2.1 Strittig und zu präzisieren ist, ob die Beschwerdeführerin ab dem 1. September 2005 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

2.2 Korrekt ist, dass die Beschwerdegegnerin den versicherten Verdienst anhand der Summe der Einkünfte der Beschwerdeführerin in den beiden Arbeitsverhältnissen mit der Unternehmung Y. und der Unternehmung X. festgelegt hat. Wie sie dabei zum genauen Betrag von Fr. 3'621.-- gelangt ist (vgl. Urk. 7/I/3 S. 2 und Urk. 2 S. 2), hat sie zwar nirgendwo festgehalten, und es lässt sich auch nicht näher darauf eingegangen zu werden. Denn wie sich aus dem Folgenden ergibt, ist die Sache zur genauen Festlegung des Taggeldanspruchs an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Im Rahmen dieses von der Beschwerdegegnerin durchzuführenden Verfahrens bleibt der Beschwerdeführerin das Recht gewahrt, allfällige Einwendungen zur Höhe des versicherten Verdienstes noch vorzubringen.

2.3 Nicht vereinbar mit den dargelegten Grundsätzen der Rechtsprechung ist nämlich, dass die Beschwerdegegnerin den errechneten versicherten Verdienst entsprechend dem Arbeitsausfall, den die Beschwerdeführerin durch den Verlust der Stelle bei der Unternehmung Y. erlitten hat, reduziert hat (vgl. Urk. 7/I/3 S. 2 und Urk. 2 S. 2). Denn die Beschwerdeführerin fällt als Person, die nach Eintritt der (Teil-) Arbeitslosigkeit immer noch eine Teilzeitbeschäftigung innehat und den Beschäftigungsumfang wieder in Richtung des früher innegehabten Umfangs ausdehnen will, unter die in Erw. 1.3.3 abgehandelte Fallkategorie, bei der die Arbeitslosenentschädigung allein über die Zwischenverdienstregelung in Art. 24 AVIG nach dem Verdienstaufschlag zu bemessen ist. Diese Bemessungsregel ist unabhängig davon anwendbar, ob die Beschwerdeführerin die Ausdehnung des Beschäftigungsumfangs ausschliesslich mit einer weiteren Teilzeitstelle im Umfang des bei der Unternehmung Y. innegehabten Beschäftigungsgrades erreichen will oder ob sie auch dazu bereit ist, ihr Arbeitsverhältnis mit der Unternehmung X. zugunsten einer Stelle mit höherem Beschäftigungsgrad aufzugeben. Denn die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin bei der Arbeitssuche auf Stellen beschränken darf, welche ihr erlauben, ihr bestehendes Arbeitsverhältnis beizubehalten, ist auf der Stufe der Entschädigungsbemessung nicht relevant.

2.4 Sie kann hingegen bei der Frage nach der Vermittlungsfähigkeit von Bedeutung sein, die indessen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, sondern vom kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) zu klären wäre (vgl. Art. 85 lit. d AVIG). An dieser Stelle soll nur darauf hingewiesen werden, dass die

Vermittlungsfähigkeit keine graduell abstufbare Grösse darstellt, sondern allein durch die Fähigkeit und die Bereitschaft zur Annahme zumutbarer Arbeit charakterisiert ist (vgl. BGE 125 V 58 Erw. 6a). Da zumutbare Arbeit im Falle der Beschwerdeführerin auch eine Teilzeitbeschäftigung in Ergänzung zur Tätigkeit bei der Unternehmung X. sein kann (vgl. hierzu auch BGE 127 V 482 f. Erw. 4b), könnte der Beschwerdeführerin die Vermittlungsfähigkeit grundsätzlich nur dann abgesprochen werden, wenn sie aufgrund dieser Tätigkeit oder aufgrund anderer Umstände in ihrer Verfügbarkeit in einem Mass eingeschränkt wäre, welches das Finden einer passenden Ergänzungsstelle unrealistisch machen würde (vgl. BGE 123 V 216 Erw. 3, 120 V 388 Erw. 3a mit Hinweisen). Eine weitere, von der generellen Vermittlungsfähigkeit zu unterscheidende Frage ist, ob von der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Schadenminderungspflicht verlangt werden könnte, dass sie gegebenenfalls auch eine Stelle annimmt, für die sie ihre angestammte Teilzeitaktivität bei der Unternehmung X. aufgeben müsste. Dies hängt von der konkret zur Diskussion stehenden Stelle ab, und es ist hier nur darauf hinzuweisen, dass die Aufgabe einer sicheren langjährigen Stelle zugunsten einer möglicherweise unsichereren neuen Stelle in Anbetracht der gebotenen Rücksichtnahme auf die Fähigkeiten und die bisherige Tätigkeit (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. b AVIG) sowie auf die persönlichen Verhältnisse (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. c AVIG) nicht in jedem Fall zumutbar sein dürfte (vgl. Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Bern 1987, N 67 zu Art. 15 AVIG).

2.4.4.4 Soweit demnach die Beschwerdeführerin bereit ist, zusätzlich zu ihrer Stelle bei der Unternehmung X. eine Teilzeitstelle anzunehmen, deren Umfang nicht geringer ist als derjenige der verlorenen Stelle bei der Unternehmung Y., hat die Berücksichtigung des nur teilweisen Arbeits- und Verdienstaufalles nicht über eine Reduktion des versicherten Verdienstes, sondern ausschliesslich über die Anrechnung des bei der Unternehmung X. erzielten Einkommens als Zwischenverdienst zu erfolgen. Eine Reduktion des versicherten Verdienstes zusätzlich zu dieser Anrechnung, wie sie die Beschwerdegegnerin vorgenommen hat (vgl. Urk. 7/I/3 S. 2 und Urk. 2 S. 2), verbietet sich, wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemerken liess (vgl. Urk. 1 S. 4). Denn auf diese Weise würde der Umstand, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Einkommens bei der Unternehmung X. nur einen teilweisen Verdienstaufall aufweist, doppelt berücksichtigt.

4.4.4.4 Eine zusätzliche Reduktion des versicherten Verdienstes wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Beschwerdeführerin nicht mehr im früheren innegehabten Beschäftigungsumfang erwerbstätig sein wollte und dementsprechend nicht mehr bereit wäre, eine Stelle mit einem Pensum von etwa 10 Stunden pro Woche beziehungsweise von 25 % einer Vollzeitbeschäftigung anzunehmen, wie sie es bei der Unternehmung Y. verrichtet hatte. Diesfalls wäre der versicherte Verdienst in Anwendung der in Erw. 1.3.2 dargelegten Rechtsprechung im Umfang der Verminderung des gesuchten Beschäftigungsumfangs zu reduzieren. Wie es sich mit diesem gesuchten Beschäftigungsumfang verhält, ist noch nicht ganz eindeutig. So gab die Beschwerdeführerin im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung einen gesuchten Beschäftigungsumfang von lediglich etwa 8 Stunden pro Woche beziehungsweise von 20 % einer Vollzeitbeschäftigung an (Urk. 7/II/5 S. 1 Ziff. 3), nannte dann aber im Formular des RAV immerhin einen Umfang von 8-9 Stunden (Urk. 7/II/9) und führte im Schreiben vom 15. September 2005 aus, dass sie sich beim RAV "weiterhin für die bis anhin 20-25

% " vermitteln lassen werde (Urk. 7/II/3). Die Beschwerdegegnerin wird daher von der Beschwerdeführerin noch präzisierende Angaben zum gesuchten Beschäftigungsumfang einzuholen haben.

Schliesslich geht aus den Akten hervor, dass die Beschwerdeführerin neben den Einkünften aus unselbständiger Tätigkeit auch gewisse Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit erzielt (vgl. Urk. 7/II/19-22 und Urk. 7/III/4-5). Da die Beschwerdeführerin die selbständige Tätigkeit schon vor dem Verlust der Stelle bei der Unternehmung Y. ausübt hat, dürfen ihr die Einkünfte daraus nur dann als Zwischenverdienst angerechnet werden, wenn und soweit sie signifikant höher sind als vor dem Stellenverlust. Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zur Anrechnung des Einkommens aus einer (unselbständigen) Nebenbeschäftigung im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG als Zwischenverdienst (vgl. BGE 123 V 233 f. Erw. 3c+d, 120 V 518 Erw. 3; vgl. auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen R. vom 28. Februar 2001, C 186/00); diese Rechtsprechung gelangt auf den vorliegenden Fall einer selbständigen Nebentätigkeit analog zur Anwendung (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts in Sachen S. vom 27. September 2002, Nr. AL.2002.00507, Erw. 3b/dd).

2.5. Damit ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 9. November 2005 aufzuheben, und die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung und die ihr zustehenden Taggelder im Sinne der Erwerbungen ermittle.

3. Nach Art. 61 lit. g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) hat die obsiegende beschwerdeführende Person Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten, die nach dem zu beurteilenden Sachverhalt beziehungsweise nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen sind; als weitere Bemessungskriterien nennen die ergänzenden kantonalen Vorschriften (§ 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht [GSVGer] sowie § 8 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht [GebV SVGer]) den Zeitaufwand und die Barauslagen.

In Anwendung dieser Kriterien rechtfertigt es sich, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 9. November 2005 aufgehoben und die Sache an die Unia Arbeitslosenkasse zurückgewiesen wird, damit sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung und die ihr zustehenden Taggelder im Sinne der Erwerbungen ermittle.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Hans Kupfer
- Unia Arbeitslosenkasse
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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