Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 115/02

Urteil vom 4. Oktober 2002
I. Kammer

Besetzung
Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Meyer, Lustenberger und Ferrari; Gerichtsschreiber Widmer

Parteien
O._____, 1960, Beschwerdeführerin,

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, Industriestrasse 24, 6301 Zug, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Zug

(Entscheid vom 28. März 2002)

Sachverhalt:
A.
O._____, geboren 1960, arbeitete vom 12. April bis 7. August 2000 als Sekretärin im Verkauf-Innendienst bei der Firma X._____. Anschliessend war sie bis 16. November 2000 als Sachbearbeiterin bei der Firma Y._____ angestellt. Nach Beendigung dieses Temporäreinsatzes meldete sie sich am 17. November 2000 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug zur Arbeitsvermittlung an. Gestützt auf die Lohnabrechnungen setzte die Arbeitslosenkasse den versicherten Verdienst aufgrund des Durchschnittslohnes der letzten sechs Monate (1. Mai bis 31. Oktober 2000) und unter Einbezug der Überstundenentschädigungen auf Fr. 5791.- fest (Verfügung vom 22. August 2001).
B.
In teilweiser Gutheissung der von O._____ hiegegen eingereichten Beschwerde hob das Verwaltungsgericht des Kantons Zug die angefochtene Kassenverfügung mit Entscheid vom 28. März 2002 auf und setzte den versicherten Verdienst auf Fr. 5929.- fest. Dabei stellte es auf das im letzten Beitragsmonat erzielte Einkommen ab, brachte indessen die auf Überzeit- und Überstundenarbeit entfallenden Lohnbestandteile in Abzug.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt O._____, unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und der Verwaltungsverfügung sei der versicherte Verdienst auf Fr. 8008.- festzulegen; eventuell seien ihr die auf Überzeit- und Überstundenentschädigung entfallenden Beiträge zurückzuerstatten.

Während sich die Arbeitslosenkasse vernehmen lässt, ohne einen Antrag zu stellen, schliesst das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.

Als versicherter Verdienst, der für die Höhe des Taggeldes massgebend ist (Art. 22 Abs. 1 AVIG), gilt 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 Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 AVIG).
2.
In BGE 116 V 281 ff. hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in Auslegung von Art. 23 Abs. 1 AVIG erkannt, dass Überzeitentschädigung - verstanden als Entgelt für die Arbeit, welche die gesetzlich festgelegte Höchstarbeitszeit nach Arbeitsgesetz überschreitet und bei Nichtausgleichung durch Freizeit mit einem Zuschlag von mindestens 25 % wettzumachen ist (Art. 13 ArG; BGE 126 III 341 Erw. 6, 116 V 281 Erw. 2; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage, N 4 zu Art. 321c OR) - nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes bildet. Nachdem in Art. 33 Abs. 1 AlVV der bis 31. Dezember 1983 gültig gewesenen Übergangsordnung, wie bereits im früheren, bis Ende 1977 geltenden Recht (Art. 4bis Abs. 1 AlVV), Entschädigungen für Überzeitarbeit vom versicherten Verdienst ausgenommen waren und der Bundesrat in der Botschaft zum geltenden AVIG (BBl 1980 III 577) wiederum festhielt, dass Entschädigungen für Überzeitarbeit nicht zum versicherten Verdienst zählten, war klar, dass der Ausschluss von Überzeitentschädigung vom versicherten Verdienst ins neue Recht übernommen werden sollte. Neu war, dass diese Regelung nicht mehr bloss auf Verordnungs-, sondern auf Gesetzesstufe vorgesehen war, wenn auch nur noch indirekt, mit der Wendung
"normalerweise erzielter Lohn". Zum nämlichen Resultat führte auch die Auslegung nach Sinn und Zweck von Art. 23 Abs. 1 AVIG: Das AVIG will den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle, u.a. wegen Arbeitslosigkeit, garantieren (Art. 34novies altBV; Art. 1 AVIG). Wie das Gericht weiter dargelegt hat, widerspräche eine Entschädigung für angefallene Überzeitarbeit dem auch in anderen Bereichen des Gesetzes zum Ausdruck kommenden Grundgedanken der Arbeitslosenversicherung: Diese soll nur für eine normale übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz bieten, dagegen keine Entschädigung für Erwerbseinbussen ausrichten, die aus dem Ausfall einer Überbeschäftigung stammen (BGE 115 V 328 Erw. 3a mit Hinweisen).
3.
3.1 Anders als in BGE 116 V 281 ist im vorliegenden Fall nicht der Einbezug der Überzeitentschädigung streitig, sondern die Frage, ob die Entschädigung für die von der Beschwerdeführerin geleisteten Überstunden Bestandteil des versicherten Verdienstes bildet. Als Überstundenarbeit gilt Arbeit, die über die im Einzelarbeits-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet wird (BGE 116 II 70 Erw. 4a; nicht publizierte Erw. 2a des Urteils BGE 123 III 469; Streiff-von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 321c OR; Rehbinder, Berner Kommentar, N 1 zu Art. 321c OR).
3.2 Ausgehend vom Grundsatz, dass die Arbeitslosenversicherung nur für eine normale übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz bieten und daher keine Entschädigung für Erwerbseinbussen ausrichten solle, die aus dem Ausfall einer Überbeschäftigung stammen (BGE 116 V 283 Erw. 2d), hat das Eidgenössische Versicherungsgericht über den Bereich der Überzeit im vorstehend (Erw. 2.1) umschriebenen Sinn hinaus die Berücksichtigung von Überstundenentschädigungen bei der Berechnung des versicherten Verdienstes in mehreren Urteilen generell abgelehnt (unveröffentlichtes Urteil K. vom 22. Juni 1998, C 85/98; Urteile H. vom 3. Mai 2001, C 220/00, und R. vom 21. August 2001, C 1/01). Daran ist namentlich auch mit Blick auf Art. 114 Abs. 2 lit. a BV und Art. 1 Abs. 1 AVIG, wonach die Arbeitslosenversicherung angemessenen Erwerbsersatz gewährt, festzuhalten. Sowohl mit Überzeit wie auch mit Überstundenarbeit wird nicht "normalerweise" erzielter Lohn erworben, beschränkt sich doch der Einsatz des Arbeitnehmers regelmässig auf die vertraglich vereinbarte, betriebs- oder branchenübliche Arbeitszeit. Die Tatsache, dass je nach wirtschaftlicher und betrieblicher Situation darüber hinaus in nicht unerheblichem Ausmass Überstundenarbeit geleistet
wird, wozu der Arbeitnehmer im Übrigen laut Art. 321c Abs. 1 OR soweit verpflichtet ist, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann, ist wohl arbeitsrechtlich von Belang, in arbeitslosenversicherungsrechtlicher Hinsicht aber nicht entscheidend.

Mit dem vorliegend massgebenden Rechtsbegriff "normalerweise" im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG bleiben nebst Überzeit- und Überstundenentschädigung auch Einkünfte, die mit über ein normales Arbeitnehmerpensum hinausgehenden Beschäftigungen erzielt werden, für den versicherten Verdienst unbeachtlich, was bedeutet, dass bei Verlust eines von zwei gleichwertigen Hauptverdiensten lediglich die Differenz zu dem mit einer

normalen üblichen Arbeitszeit erzielbaren Lohn den versicherten Verdienst bildet (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, S. 116 Rz 303).

Die gleiche Auffassung liegt schliesslich auch dem Kreisschreiben des seco über die Arbeitslosenentschädigung (KS-ALE) von Januar 2000 zu Grunde, indem laut dessen Rz C2 Überstunden, welche die betriebliche Normalarbeitszeit übersteigen, nicht zum versicherten Verdienst gehören.
3.3 Nach dem Gesagten ist BGE 116 V 281 dahin zu präzisieren, dass nicht nur Überzeitentschädigung, sondern auch Entgelt für über die arbeitsvertragliche oder im Betrieb geltende Normalarbeitszeit hinaus geleistete Arbeit keinen Bestandteil des versicherten Verdienstes gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG bildet.
4.
Bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes stellte die Vorinstanz zu Recht auf die Lohnverhältnisse bei der Firma Y._____ im Oktober 2000 ab. Sie ging von der vertraglich vereinbarten Normalarbeitszeit von 40 Stunden in der Woche und dem Stundenlohn von Fr. 34.15 aus, was einen versicherten Verdienst von Fr. 5929.- ergibt. Die Entschädigung für geleistete Überstunden fällt ausser Betracht. Der angefochtene Entscheid ist damit rechtens.
5.
Soweit die Versicherte beantragt, es seien ihr die auf Überzeit- und Überstundenentschädigungen entfallenden Arbeitslosenversicherungsbeiträge zurückzuerstatten, ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten, da es insofern mangels Verwaltungsverfügung an einem Anfechtungsgegenstand und damit an einer Sachurteilsvoraussetzung fehlt (BGE 119 Ib 36 Erw. 1b, 118 V 313 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug, dem Kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit, Zug, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 4. Oktober 2002

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der I. Kammer: Der Gerichtsschreiber: