Urteilskopf

111 V 251

48. Auszug aus dem Urteil vom 15. Oktober 1985 i.S. Andres gegen Arbeitslosenkasse SMUV und Versicherungsgericht des Kantons Bern
Regeste (de):
Art. 24 AVIG, Art. 41a AVIV: Anrechnung von Zwischenverdienst.

Art. 41a AVIV (in Kraft seit 1. Juli 1985) ist insofern gesetzwidrig, als das Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit von insgesamt über drei Monaten nicht als Zwischenverdienst, sondern als Einkommen aus Teilzeitbeschäftigung behandelt wird.

Regeste (fr):
Art. 24 LACI, art. 41a OACI: Prise en considération du gain intermédiaire.

L'art. 41a OACI (en vigueur depuis le 1er juillet 1985) est contraire à la loi dans la mesure où le revenu d'une activité qui a duré plus de trois mois au total n'est pas considéré comme gain intermédiaire, mais comme revenu tiré d'une activité à temps partiel.

Regesto (it):
Art. 24 LADI, art. 41a OADI: Computo del guadagno intermedio. L'art. 41a OADI (in vigore dal 1o luglio 1985) è contrario alla legge nella misura in cui non considera il reddito di un'attività durata complessivamente più di tre mesi quale guadagno intermedio, ma bensì quale reddito di occupazione parziale.

Sachverhalt ab Seite 252

BGE 111 V 251 S. 252

A.- Das Anstellungsverhältnis des Versicherten bei der Firma O. AG wurde rezessionsbedingt auf Ende März 1983 aufgelöst, worauf ein Sozialplan der ehemaligen Arbeitgeberin durchgeführt wurde. Am 1. März 1984 trat der Versicherte eine unbefristete Halbtagesstelle in der Firma B. AG an. Von April bis Juni 1984 richtete ihm die Arbeitslosenkasse SMUV Arbeitslosenentschädigungen auf der Basis eines Taggeldansatzes von Fr. 131.20 aus, wobei das bei der Firma B. AG erzielte monatliche Einkommen von Fr. 1500.– in dieser Zeit als Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 AVIG angerechnet wurde. Ab Juli 1984 qualifizierte die Kasse dieses Einkommen nicht mehr als Zwischenverdienst, sondern als Entgelt für eine Teilzeitbeschäftigung mit der Folge, dass die Taggelder entsprechend reduziert wurden. Der Versicherte erhielt von dieser Änderung in der Berechnung seiner Arbeitslosenentschädigung mit der Bezügerabrechnung vom 8. August 1984 Kenntnis.

B.- Beschwerdeweise beantragte der Versicherte, seine Arbeitslosenentschädigung sei ab Juli 1984 gleich zu berechnen wie während der ersten 3 Monate seiner Tätigkeit bei der Firma B. AG. Das Versicherungsgericht des Kantons Bern wies die Beschwerde mit Entscheid vom 16. Januar 1985 ab.

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde erneuert der Versicherte das vor der Vorinstanz gestellte Begehren.

Die Arbeitslosenkasse und das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. a) ...
b) Die streitige Bezügerabrechnung ist nicht als Verfügung bezeichnet und auch nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Trotz des Fehlens dieser formellen Verfügungsmerkmale hat diese

BGE 111 V 251 S. 253

Abrechnung jedoch materiell gleichwohl Verfügungscharakter, weil damit durch behördliche Anordnung die dem Versicherten zustehenden Arbeitslosentaggelder verbindlich neu festgelegt wurden (vgl. BGE 100 Ib 432; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., S. 131). Daher hat die Vorinstanz richtigerweise das Vorliegen einer materiellen Verfügung und damit die Anfechtbarkeit der Bezügerabrechnung bejaht.

2. a) Nach Art. 18 Abs. 1 AVIG richtet sich der Umfang des Entschädigungsanspruches nach dem anrechenbaren Arbeitsausfall während einer Kontrollperiode. Ein allfälliger Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 AVIG wird berücksichtigt. Gemäss Art. 18 Abs. 2 AVIG gilt als Kontrollperiode jeder Kalendermonat, für den der Arbeitslose Entschädigungsansprüche geltend macht. Als Zwischenverdienst gilt Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Ein Nebenverdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 3 bleibt unberücksichtigt (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Der Gesamtbetrag der Arbeitslosenentschädigung, auf den der Arbeitslose ohne Zwischenverdienst während der Kontrollperiode Anspruch hätte, wird um die Hälfte des Zwischenverdienstes gekürzt. Ein allfälliger Restbetrag der Arbeitslosenentschädigung wird als Taggeld ausbezahlt, solange die Höchstzahl der Taggelder (Art. 27 AVIG) nicht bezogen ist. Der ganze Zwischenverdienst und die Taggelder dürfen jedoch zusammen 90 Prozent des versicherten Monatsverdienstes nicht übersteigen (Art. 24 Abs. 2 AVIG). b) Im Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Bezügerabrechnung (8. August 1984) hatte das provisorische Kreisschreiben des BIGA über die Arbeitslosenentschädigung vom Februar 1984 Geltung, gemäss dessen Ziff. 4.10 ein Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit höchstens während 3 Kontrollperioden als Zwischenverdienst anrechenbar und danach als Entgelt für eine Teilzeitbeschäftigung zu behandeln ist. Im Verlaufe des letztinstanzlichen Verfahrens trat auf den 1. Juli 1985 die Änderung der AVIV vom 25. April 1985 und damit der neue Art. 41a AVIV in Kraft. Mit dieser Verordnungsbestimmung hat der Bundesrat die Regelung im Sinne der erwähnten Weisung übernommen und Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit, die der Versicherte insgesamt länger als drei Monate oder bereits bei Beginn der Arbeitslosigkeit ausübte, nicht als Zwischenverdienst, sondern als Einkommen aus Teilzeitbeschäftigung anrechenbar erklärt. Ebenfalls auf den 1. Juli

BGE 111 V 251 S. 254

1985 hat das BIGA das provisorische Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung vom Februar 1984 durch ein neues ersetzt, wobei an der bisherigen Weisung betreffend die Anrechenbarkeit von Zwischenver-

dienst festgehalten wurde (Ziff. 4.10 Rz. 168, 170, 176; vgl. auch Ziff. 4.11 zur Abgrenzung Zwischenverdienst/Teilzeitbeschäftigung). Nach der Übergangsbestimmung (Ziff. II der Änderung der AVIV vom 25. April 1985) gilt Art. 41a AVIV für alle bei Inkrafttreten nicht rechtskräftig entschiedenen Fälle. Da im Sinne der folgenden Ausführungen sowohl diese neue Verordnungsbestimmung als auch die erwähnten (bis Ende Juni bzw. ab Juli 1985 geltenden) Verwaltungsweisungen, soweit es um die Beschränkung der Anrechenbarkeit von Zwischenverdienst auf drei Monate und somit um eine für den Versicherten ungünstigere Regelung geht, als gesetzwidrig zu erachten sind, kann die Frage offengelassen werden, ob die fragliche Übergangsbestimmung vor dem Prinzip der Nichtrückwirkung neuen Rechts standhält (vgl. dazu IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Bd. I,S. 106; GRISEL, Traité de droit administratif, S. 148).

3. Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass die Kasse das Einkommen aus der Tätigkeit bei der Firma B. AG zu Recht nur während 3 Monaten als Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 AVIG und danach als Einkommen aus Teilzeitbeschäftigung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 AVIG behandelt hat. Dabei erachtete sie die vom BIGA in Rz. 4.10 seines provisorischen Kreisschreibens vom Februar 1984 vorgesehene Regelung, wonach ein Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit höchstens während 3 Kontrollperioden als Zwischenverdienst anrechenbar ist, im Hinblick auf die Abgrenzung Zwischenverdienst/Teilzeitbeschäftigung aus Praktikabilitätsgründen als sinnvoll. Dies hat gemäss vorinstanzlichem Entscheid und angefochtener Bezügerabrechnung zur Folge, dass der Gesamtbetrag der Arbeitslosenentschädigung, auf den der Beschwerdeführer ohne Zwischenverdienst Anspruch hätte, lediglich in den Monaten April bis Juni 1984 nur um die Hälfte des Zwischenverdienstes gekürzt wird und dass der ganze Zwischenverdienst und die Taggelder zusammen nur für diese 3 Monate zusammen 90% des versicherten Monatsverdienstes ausmachen dürfen (Art. 24 Abs. 2 AVIG) statt 70% bzw. 80% bei einem verheirateten Versicherten wie hier (vgl. Art. 22 Abs. 1 AVIG).

4. Wie indessen das Eidg. Versicherungsgericht im nicht veröffentlichten Urteil Huguenin vom 19. Juni 1985 festgestellt hat, erweist sich die erwähnte Weisung des BIGA insofern als gesetzwidrig, als das Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit von insgesamt über 3 Monaten nicht als Zwischenverdienst, sondern als Einkommen aus Teilzeitbeschäftigung zu behandeln ist. Das Gericht ging dabei von der Überlegung aus, dass die Anrechenbarkeit von Zwischenverdienst, dem definitionsgemäss ein Übergangscharakter zukommt, zwar grundsätzlich zu beschränken ist, es aber naheliegend erscheint, die Begrenzung gleich wie diejenige der Höchstzahl der Taggelder gemäss Art. 27 AVIG festzulegen. Dass diese Lösung sinnvoll ist, ergibt sich nach jenem Urteil auch aus der Regelung von Art. 24 Abs. 2 Satz 2 AVIG, gemäss welcher ein allfälliger Restbetrag - d.h. ein Differenzbetrag zwischen dem Gesamtbetrag der Arbeitslosenentschädigung, auf den der Arbeitslose ohne Zwischenverdienst während den Kontrollperioden Anspruch hätte, und dem Betrag, welcher dem Versicherten aufgrund der (hälftigen) Anrechnung seines Zwischenverdienstes ausbezahlt wird - in Form von Taggeldern auszubezahlen ist, solange der Versicherte die Höchstzahl der Taggelder (Art. 27 AVIG) nicht bezogen hat. Ferner ist beim vergleichbaren Institut des Differenzausgleiches bei Ersatzarbeit im Sinne von Art. 25 AVIG der Anspruch des Arbeitslosen auf die Differenz zwischen dem Lohn für die Ersatzarbeit und 90% des versicherten Verdienstes auf höchstens 6 Kontrollperioden beschränkt (Art. 25 Abs. 2 AVIG), weshalb anzunehmen ist, der Gesetzgeber hätte eine besondere zeitliche Begrenzung bei der Anrechnung von Zwischenverdienst in Art. 24 AVIG ausdrücklich angeordnet, wenn er dies gewollt hätte.

5. Aus dem Gesagten folgt, dass auch der zitierte, seit 1. Juli 1985 in Kraft stehende und inhaltlich mit der genannten Weisung des provisorischen Kreisschreibens vom Februar 1984 übereinstimmende Art. 41a AVIV gegen Art. 24 AVIG (vgl. Erw. 2a) verstösst. Dasselbe trifft zu für die entsprechenden gleichlautenden Weisungen des neuen, ab 1. Juli 1985 geltenden Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung gemäss Ziff. 4.10 Rz. 168, 170 und 176 sowie für die diesbezüglichen Ausführungen des BIGA zur Abgrenzung Zwischenverdienst/Teilzeitbeschäftigung in Ziff. 4.11 seines Kreisschreibens. Mit der Ordnung von Art. 24 AVIG wollte der Gesetzgeber die Annahme von Ersatzarbeit fördern. Wer mit einer solchen Arbeit zu einem Zwischenverdienst

kommt, "erzielt nicht nur ein höheres

Einkommen als der Arbeitslose, sondern hat damit gleichzeitig den Vorteil, dass er damit weitere Beitragszeiten erwirkt, die im Hinblick auf eine spätere Arbeitslosigkeit von Bedeutung sein können" (vgl. Botschaft des Bundesrates zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 2. Juli 1980, BBl 1980 III 579). Dabei kann weder dem Gesetzestext noch den Materialien ein Hinweis dafür entnommen werden, dass der Anspruch des Arbeitslosen, sich einen während der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst nur zur Hälfte auf sein Arbeitslosengeld anrechnen lassen zu müssen, und der Vorteil, mit der Anrechnung des Zwischenverdienstes weitere Beitragszeiten erwirken zu können, auf 3 Monate beschränkt sein soll. Mangels einer entsprechenden Ermächtigung fehlte dem Bundesrat die Kompetenz, den gesetzlich geschaffenen Anreiz zur Annahme von Ersatzarbeit in der Änderung der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 25. April 1985 auf 3 Monate zu beschränken. Wenn in Art. 41a AVIV bestimmt wird, dass das Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit, die der Versicherte insgesamt länger als 3 Monate ausübt, nicht als Zwischenverdienst, sondern als Einkommen aus Teilzeitbeschäftigung gelte, so erweist sich diese Ordnung nach Sinn und Zweck der "Anrechnung des Zwischenverdienstes" (vgl. Randtitel zu Art. 24 AVIG) auch aus Praktikabilitätsgründen nicht als notwendig, sachlich nicht gerechtfertigt und mithin gesetzwidrig (vgl. in diesem Zusammenhang BGE 110 V 337 und 341, je mit Hinweisen). Mangels einer gesetzlichen Grundlage kann jene einschränkende Verordnungsbestimmung nicht angewendet werden, soweit sie vorsieht, die Anrechnung von Zwischenverdienst auf 3 Kontrollperioden zu begrenzen.

6. Im vorliegenden Fall haben Kasse und Vorinstanz das vom Beschwerdeführer bei der Firma B. AG erzielte Einkommen zu Unrecht nur von April bis Juni 1984 als Zwischenverdienst behandelt. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich somit als begründet. Die Sache ist an die Verwaltung zurückzuweisen, damit diese auch den ab Juli 1984 verdienten Lohn als Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 AVIG anrechne und dementsprechend die dem Beschwerdeführer zustehenden Taggelder ab Juli 1984 neu berechne.