Urteilskopf

114 V 336

62. Urteil vom 30. Mai 1988 i.S. Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit gegen W. und Kantonale Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung, Zürich
Regeste (de):
Art. 8 Abs. 1 lit. b, Art. 11 Abs. 3, Art. 29 Abs. 1 und 2 AVIG: Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Temporär-Arbeitsverhältnis.

- Arbeitnehmer in einem Temporär-Arbeitsverhältnis sind im Rahmen des Systems der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG von der Anspruchsberechtigung nicht ausgeschlossen (Erw. 1).

- Wurde dem in einem Temporär-Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer keine feste Einsatzdauer zugesichert, so besteht die Lohnzahlungspflicht der Organisation für temporäre Arbeit (Art. 322 Abs. 1 OR) in der Regel nur für die Dauer des jeweiligen Arbeitseinsatzes, weshalb im Falle von witterungsbedingten Arbeitsausfällen im Einsatzbetrieb der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu prüfen ist (Erw. 5a).

- Ob aufgrund der konkreten Umstände ausnahmsweise eine Lohnzahlungspflicht auch während der witterungsbedingten Arbeitsunterbrüche im Einsatzbetrieb anzunehmen ist, muss als Zweifelsfall im Sinne von Art. 29 AVIG betrachtet werden. Art. 11 Abs. 3 AVIG begründet die Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalls nur, wenn Lohnansprüche ausgewiesen sind (Erw. 5b-d).

- Hätte die Kasse begründete Zweifel darüber haben müssen, ob der Arbeitslose für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem Arbeitgeber Lohnansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG hat oder ob sie erfüllt werden, so kann sie vom Richter zum Vorgehen nach Art. 29 Abs. 1 und 2 AVIG verhalten werden (Erw. 6a-e).

Regeste (fr):
Art. 8 al. 1 let. b, art. 11 al. 3, art. 29 al. 1 et 2 LACI: Indemnisation du chômage en cas de rapports de travail intérimaire.

- Les salariés engagés en vertu d'un contrat de travail intérimaire ne sont pas exclus du cercle des ayants droit à l'indemnisation du chômage selon les art. 8 ss LACI (consid. 1).

- Si l'intérimaire n'a pas été engagé pour une période déterminée, l'organisme de travail temporaire n'est en principe tenu de verser le salaire (art. 322 al. 1 CO) que pour la durée de la mission en cours, de sorte que la question du droit à l'indemnisation du chômage doit être examinée, en cas de perte de travail, consécutive aux intempéries, dans l'entreprise cliente (consid. 5a).

- Doit être considéré comme douteux au sens de l'art. 29 LACI le point de savoir s'il y a lieu, exceptionnellement et au vu des circonstances de l'espèce, d'admettre aussi une obligation de verser le salaire en cas d'interruption du travail, pour cause d'intempéries dans l'entreprise cliente. L'art. 11 al. 3 LACI ne permet de faire abstraction d'une perte de travail que si la créance de salaire est dûment établie (consid. 5b-d).

- Si la caisse devait éprouver des doutes fondés quant au droit du chômeur de faire valoir, pour la durée de la perte de travail, des prétentions de salaire envers son employeur, au sens de l'art. 11 al. 3 LACI, ou s'il devait y avoir doute sur la satisfaction de ces prétentions, le juge peut l'obliger à procéder selon l'art. 29 al. 1 et 2 LACI (consid. 6a-e).

Regesto (it):
Art. 8 cpv. 1 lett. b, art. 11 cpv. 3, art. 29 cpv. 1 e 2 LADI: Diritto a indennità di disoccupazione nei rapporti di

lavoro temporanei.

- Prestatori d'opera in rapporto di lavoro temporaneo non sono esclusi dall'ambito degli aventi diritto a indennità di disoccupazione secondo l'art. 8 segg. LADI (consid. 1).

- Se il lavoratore temporaneo non è stato assunto per un periodo determinato, l'organizzazione di lavoro temporaneo non è di principio tenuta a versare il salario (art. 322 cpv. 1 CO) che per la durata dell'impiego in corso, per cui si pone, in caso di perdita di lavoro per intemperie nell'impresa cliente, il tema dell'indennità di disoccupazione (consid. 5a).

- Deve essere ritenuto dubbio ai sensi dell'art. 29 LADI il tema di stabilire se eccezionalmente, date le circostanze del caso, debba essere riconosciuto l'obbligo di versare il salario da parte dell'impresa cliente in caso di interruzione di lavoro per causa di intemperie. L'art. 11 cpv. 3 LADI consente di non prendere in considerazione la perdita di lavoro che quando è stabilito il credito salariale (consid. 5b-d).

- Se la cassa avesse dubbi fondati sul diritto del lavoratore di pretendere il salario durante la perdita di lavoro nei confronti del datore di lavoro, oppure se ci fosse dubbio sul soddisfacimento di queste pretese, il giudice può obbligarla a procedere giusta l'art. 29 cpv. 1 e 2 LADI (consid. 6a-e).

Sachverhalt ab Seite 337

BGE 114 V 336 S. 337

A.- Donato W. stand seit dem 28. Oktober 1985 mit der Temporärfirma T., domiziliert in Vaduz, Fürstentum Liechtenstein, und vom 28. Januar bis 20. April 1986 mit der Temporärfirma J., Arbeits- und Personalvermittlung, ebenfalls mit Sitz in Vaduz und einer Geschäftsniederlassung in Zürich, in einem Vertragsverhältnis. Er wurde seit dem 29. Oktober 1985 immer als Hilfsdachdecker bei der Firma D. AG, Kaminfeger- und Dachdeckergeschäft in Zürich, eingesetzt, ohne dass ihm eine bestimmte Einsatzdauer zugesichert worden war. Da er infolge schlechten Wetters an 12 Arbeitstagen (11.-14., 17., 19. und 24.-28. Februar sowie 3. März 1986) nicht beschäftigt werden konnte, besuchte er an den erwähnten Tagen beim Städtischen Arbeitsamt Zürich die Stempelkontrolle. Mit Gesuch vom 12. März 1986 beanspruchte er ab 11. Februar 1986 Arbeitslosenentschädigung. Mit Verfügung

BGE 114 V 336 S. 338

vom 2. April 1986 verneinte die Arbeitslosenkasse des Schweizerischen Metall- und Uhrenarbeitnehmer-Verbandes den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weil der Versicherte in einem ungekündigten Temporär-Arbeitsverhältnis stehe; ferner sei der Einsatz bei der Firma D. AG nicht beendet, sondern nur infolge schlechten Wetters vorübergehend eingestellt gewesen.

B.- Die Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich hiess die hiegegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 6. Oktober 1986 teilweise gut, hob die angefochtene Kassenverfügung auf und bejahte den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für sechs Tage (19. sowie 24.-28. Februar 1986). Die fünf vorangegangenen Ausfalltage (11.-14. und 17. Februar 1986) erachtete die Rekurskommission wegen der

von temporären Arbeitnehmern zu bestehenden Wartezeit als nicht anrechenbaren Arbeitsausfall. Für den am 3. März 1986 erlittenen Ausfalltag, an welchem Donato W. die Stempelkontrolle besuchte, sprach sie ihm keine Entschädigung zu, weil er den Anspruch nicht innert der gesetzlichen Frist von drei Monaten geltend machte bzw. der Kasse im Juli 1986 noch keine Stempelkarte vorlag.

C.- Das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragt Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides. Während Donato W. sich zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht hat vernehmen lassen, schliesst die Arbeitslosenkasse auf deren Gutheissung.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. Streitig ist nicht ein Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 ff. AVIG), sondern ein solcher auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 ff. AVIG). Das BIGA räumt in seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu Recht ein, dass im Rahmen des Systems der Arbeitslosenentschädigung (Art. 7 Abs. 1 lit. a sowie Art. 8 ff. AVIG) - um die es hier einzig geht - Arbeitnehmer in einem Temporär-Arbeitsverhältnis von der Anspruchsberechtigung nicht ausgeschlossen sind. Dies im Unterschied zu den Organisationen für temporäre Arbeit, welche Arbeitnehmer an Baufirmen vermitteln und welche gemäss ARV 1986 Nr. 28 S. 108 nicht zu den in Art. 65 Abs. 1 AVIV grundsätzlich abschliessend aufgezählten Erwerbszweigen mit Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung (Art. 7 Abs. 1 lit. c sowie Art. 42 ff. AVIG) gehören.

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt u.a. einen anrechenbaren Arbeitsausfall im Sinne von Art. 11 AVIG voraus (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, für den dem Arbeitslosen Lohnansprüche oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche zustehen (Art. 11 Abs. 3 AVIG).

2. (Anwendbares Recht.)

3. (Ausführungen zum Temporär-Arbeitsverhältnis.)

4. a) Die Vorinstanz hat den Anspruch des Donato W. auf Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich anerkannt. Dabei nahm sie an, dass ihm keine feste Einsatzdauer zugesichert worden war. Vielmehr ging die Abrede laut vorinstanzlichem Entscheid "dahin, dass sich die Einsatzdauer nach den Bedürfnissen des Einsatzbetriebes richtet, was im Ergebnis darauf hinausläuft, dass die Lohnzahlungspflicht des Temporärunternehmers nur nach Massgabe der vom Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb geleisteten Arbeit besteht. Lediglich im selteneren Fall der Zusicherung trägt der Temporärunternehmer das Risiko eines (auch schlechtwetterbedingten) Arbeitsausfalls." b) Im weiteren hat die Vorinstanz festgestellt, dass Donato W. als temporärer Arbeitnehmer nach Art. 8 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Abs. 1 AVIV eine Wartezeit von fünf Tagen zu bestehen hat (Art. 11 Abs. 2 AVIG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 AVIV), weshalb die Ausfalltage vom 11. bis 14. sowie jener vom 17. Februar 1986 nicht anrechenbar sind. Diese Wartezeit stellt eine Kompensation für das erhöhte Risiko von Arbeitslosigkeit der Berufsangehörigen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen und der temporären Arbeitnehmer dar (vgl. BGE 113 V 153 Erw. 3c). Ferner hat die Vorinstanz Donato W. für den 3. März 1986 keine Entschädigung zugesprochen, weil er den Anspruch nicht innert der Frist von drei Monaten nach Art. 20 Abs. 3 AVIG geltend machte bzw. der Kasse im Juli 1986 noch keine Stempelkarte vorlag.

5. a) Nach BGE
108 V 95 hat ein Versicherter, der mit einer Organisation für temporäre Arbeit einen "festen" Arbeitsvertrag abschliesst und in den Zeiten zwischen den befristeten Arbeitseinsätzen ohne Beschäftigung ist, in der Regel keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Diese zum alten, bis Ende 1983 in Kraft gewesenen Recht ergangene Rechtsprechung findet auch für das neue, seit 1. Januar 1984 geltende Recht Anwendung. Sie beruht auf der Überlegung, dass der Arbeitgeber, der mit der

Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät (vgl. hiezu REHBINDER, Berner Kommentar, N. 16 zu Art. 319 OR; THEVENOZ, Le travail intérimaire, Diss. Genf 1987, S. 378, N. 1174), gemäss Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet bleibt, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (BGE 108 V 98 Erw. 1c). Diese Praxis ist auch auf Arbeitsausfälle infolge schlechten Wetters anwendbar (nicht veröffentlichte Urteile B. vom 14. März 1984 und L. vom 16. Februar 1983).
Da im vorliegenden Fall - wie nachfolgend darzulegen ist - kein "fester" Arbeitsvertrag im Sinne der erwähnten Rechtsprechung dargetan ist, kann der Anspruch des Donato W. auf Arbeitslosenentschädigung auch nicht mit jener Begründung verneint werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass bei einem Temporär- Arbeitsverhältnis ohne Zusicherung einer bestimmten Einsatzdauer die Lohnzahlungspflicht (Art. 322 Abs. 1 OR) normalerweise nur für die Dauer des jeweiligen Arbeitseinsatzes besteht (Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR) 1984, S. 114, Erw. 2a). Dies hat zur Folge, dass bei witterungsbedingten Arbeitsausfällen im Einsatzbetrieb und entsprechenden allfälligen Lohnausfällen des Arbeitnehmers der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG zu prüfen ist. b) Unbestrittenermassen kam am 28. Oktober 1985 und am 28. Januar 1986 zwischen Donato W. und der Temporärfirma T. bzw. J. je ein Rahmenvertrag und damit ein bedingter Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR zustande (vgl. dazu JAR 1987, S. 296, Erw. 2 mit Hinweisen). Nach Ziff. 1 dieser (weitgehend übereinstimmenden) Verträge wurde der Arbeitnehmer als Hilfsdachdecker angestellt, wobei eine Verpflichtung der Arbeitgeberin, den Arbeitnehmer in diesem Beruf einzusetzen, nicht bestand. Gemäss Ziff. 5 war der Arbeitnehmer u.a. gegen Lohnausfall bei Krankheit und Unfall versichert. Laut Ziff. 7 betrug die Kündigungsfrist zwei Wochen, und der Vertrag wurde jeweils auf maximal drei Monate abgeschlossen. Aus diesem Grunde wurde denn auch der am 28. Oktober 1985 abgeschlossene Vertrag am 28. Januar 1986 durch einen neuen abgelöst (wobei die neue Arbeitgeberin mit der alten rechtlich nicht identisch war). Der Einsatz bei der Firma D. AG, Dachdeckergeschäft in Zürich, erfolgte aufgrund einer einzigen, später nie mehr wiederholten Einsatzmitteilung (Annahmebestätigung) vom 28. Oktober 1985. Darin wurde der Arbeitsbeginn auf Dienstag, den 29. Oktober 1985, 6.45 Uhr, festgesetzt und abschliessend festgehalten: "Der Arbeitsvertrag

wird für die Dauer des Einsatzes bei obiger Firma geschlossen und gilt daher bei Beendigung dieses Einsatzes als einvernehmlich aufgelöst, es sei denn, dass vor Beendigung dieses Einsatzes (spätestens am letzten Tag) eine neue Einsatzmitteilung erfolgt, mit welcher bestätigt wird, dass der Arbeitsvertrag für die Dauer des neuen Einsatzes mit den gleichen Rechten und Pflichten weiterbesteht." Gemäss Auftragsbestätigung der Temporärfirma J. an die Einsatzfirma D. AG vom 31. Januar 1986 wurde Donato W. für eine unbestimmte Einsatzdauer zur Verfügung gestellt. In diesem Zusammenhang weist das BIGA mit Bezug auf das Vorliegen einer einzigen Einsatzmitteilung darauf hin, dass nach den wetterbedingten Einsatzlücken im Februar und März 1986 keine neue

Einsatzmitteilung ausgestellt wurde, obwohl der Arbeitnehmer in der Folge im gleichen Einsatzbetrieb bis zum 20. April 1986 weiterbeschäftigt wurde. Daraus schliesst das BIGA, dass Donato W. aus Witterungsgründen an der Ausführung der Arbeiten verhindert war, was bedeute, dass "der Einsatzbetrieb oder die Temporärorganisation dem Versicherten für die wetterbedingten Einsatzlücken noch Lohn nach Art. 324 Abs. 1 OR" schulde. Da ein Lohnanspruch gegenüber der Arbeitgeberin bestehe, könne in Anwendung von Art. 11 Abs. 3 AVIG keine Arbeitslosenentschädigung gewährt werden. c) Bezüglich der vom BIGA erwähnten allfälligen Pflicht zur Lohnfortzahlung während der wetterbedingten Ausfalltage ist zunächst klarzustellen, dass eine solche nur die Organisation für temporäre Arbeit und nicht den Einsatzbetrieb treffen kann. Ein eigentliches Arbeitsverhältnis besteht allein zwischen dem Arbeitnehmer und dem Verleiher, nicht aber zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher. Diesem gegenüber hat der Arbeitnehmer daher in der Regel keinen direkten Lohnanspruch, auch wenn gewisse Arbeitgeberbefugnisse auf ihn übergegangen sind (zur Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen siehe REHBINDER, Berner Kommentar, N. 16 zu Art. 319 OR). Sodann hat das Argument des BIGA, dass der Versicherte aus Witterungsgründen an der Ausführung der Arbeiten verhindert war, so dass ein Lohnanspruch im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR für die Schlechtwettertage bestehe, im Hinblick auf die erwähnte, nur einmalige Einsatzmitteilung vom 28. Oktober 1985 und die oben zitierte Vertragsbestimmung über Abschluss, Dauer und Auflösung des Arbeitsvertrages einiges für sich. Für diese Betrachtungsweise

spricht auch die am 21. Februar 1986 ausgestellte Arbeitgeberbescheinigung zuhanden der Arbeitslosenversicherung, wonach Donato W. seit dem 28. Oktober 1985 bis zum Ausstellungsdatum in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehe und der Einsatz bei der Firma D. AG nicht beendet, sondern nur witterungsbedingt vorübergehend eingestellt worden sei. In die gleiche Richtung weist die Auftragsbestätigung der Arbeitgeberin an die Firma D. AG vom 31. Januar 1986, in welcher die Einsatzdauer als "unbestimmt" angegeben wurde. Darin könnten Anhaltspunkte dafür erblickt werden, dass witterungsbedingte Arbeitsunterbrüche des Donato W. im Einsatzbetrieb jeweils nicht zur sofortigen Auflösung des Einsatzvertrages und damit des (durch ihn bedingten) Rahmenvertrages sowie zu einem entsprechenden Neuabschluss nach Wegfall des Arbeitshindernisses, sondern lediglich zu einer Suspendierung des Einsatzes an den Schlechtwettertagen führten. Diesfalls läge ein Annahmeverzug der Arbeitgeberin vor, bei welchem sie nach Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet wäre (ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist). Unter der Voraussetzung, dass Donato W. für die erlittenen Ausfalltage Lohnansprüche zustünden, wäre der Arbeitsausfall nach Art. 11 Abs. 3 AVIG nicht anrechenbar. d) Aufgrund der Akten und der bestehenden Rechtslage kann indessen im Rahmen des vorliegenden Sozialversicherungsprozesses nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob Donato W. - im Sinne einer Ausnahme von der Regel für die fraglichen, witterungsbedingten Ausfalltage gegenüber der Temporärfirma J. Lohnansprüche zustehen. Art. 11 Abs. 3 AVIG begründet die Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalls aber nur, wenn Lohnansprüche ausgewiesen sind. Diese Voraussetzung kann im vorliegenden Fall entgegen der vom BIGA in seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde vertretenen Auffassung nicht als sicher erfüllt erachtet werden. Es liegt mithin ein Zweifelsfall im Sinne von Art. 29 AVIG vor.

6. a) Liegen Zweifel über Ansprüche aus Arbeitsvertrag vor, so bestimmt Art. 29 AVIG folgendes: Hat die Kasse begründete Zweifel darüber, ob der Arbeitslose für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 hat oder ob sie erfüllt werden, so zahlt sie Arbeitslosenentschädigungen aus (Abs. 1).

Mit der Zahlung gehen alle Ansprüche des Arbeitslosen samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang

der ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung auf die Kasse über. Diese darf auf die Geltendmachung nicht verzichten, es sei denn, das Konkursverfahren werde durch das Konkursgericht eingestellt (Art. 230 SchKG) oder der Anspruch erweise sich nachträglich offensichtlich als unberechtigt. Im letztgenannten Fall ist die Zustimmung der kantonalen Amtsstelle erforderlich (Abs. 2). b) Da im vorliegenden Fall begründete Zweifel über die Ansprüche aus Arbeitsvertrag (vgl. Randtitel zu Art. 29 AVIG) bestehen, stellt sich die weitere Frage, ob die Arbeitslosenkasse zum Vorgehen nach Art. 29 AVIG verhalten werden kann. (Es folgen Ausführungen zur Auslegung des Gesetzes; siehe BGE 113 V 109 Erw. 4a.) c) Dem zitierten Art. 29 Abs. 1 und 2 des (seit dem 1. Januar 1984 in Kraft stehenden) AVIG entsprach im alten (bis Ende 1983 gültig gewesenen) Gesetz Art. 28 Abs. 2, dessen erster Satz wie folgt lautete: Bestehen über den Anspruch des Versicherten gegenüber dem Arbeitgeber Zweifel, so ist die Kasse zur Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung ermächtigt. Diese Bestimmung wurde von der Rechtsprechung als Kann-Vorschrift (vgl. dazu BGE 111 V 281 Erw. 2b) qualifiziert (nicht veröffentlichtes Urteil R. vom 5. Juni 1979). Demgegenüber zahlt die Kasse nach dem Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 AVIG Arbeitslosenentschädigung aus, wenn sie begründete Zweifel darüber hat, ob dem Arbeitslosen für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 zustehen oder ob sie erfüllt werden. Im Entwurf zum AVIG war der damalige Art. 28 Abs. 1, welcher nunmehr Art. 29 Abs. 1 entspricht, noch anders formuliert: Bestehen begründete Zweifel darüber, ob der Arbeitslose ... gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche ... hat oder ob sie erfüllt werden, so darf die Kasse Arbeitslosenentschädigung bezahlen. In der Botschaft wurde zu dieser Bestimmung folgendes ausgeführt: "Normalerweise darf die Arbeitslosenversicherung keine Entschädigungen ausrichten, wenn der Versicherte für die betreffende Zeit Ansprüche gegenüber seinem ehemaligen Arbeitgeber geltend machen kann. Der vorliegende Artikel, der übrigens in ähnlicher Weise bereits im alten Recht enthalten war, erlaubt Ausnahmen von dieser Regel in zwei verschiedenen Fällen. Erstens darf die Versicherung leisten, wenn Zweifel über die Berechtigung der Forderung bestehen. Zweitens dürfen auch Taggelder erbracht werden, wenn der Anspruch zwar unbestritten, die Einbringlichkeit desselben aber fraglich ist ... Einige Vernehmlasser, besonders aus Arbeitnehmerkreisen,

haben gewünscht, dass die Kassen nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet werden sollten, die Leistungen nach diesem Artikel zu erbringen. In diese absolute Form kann die Vorschrift jedoch nicht gefasst werden. Sie würde die Kassen jeglichen Spielraums bei der Würdigung der erhobenen Begehren berauben und sie möglicherweise zur Führung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten in einem Ausmass verpflichten, das sie nicht mehr bewältigen könnten." (Botschaft des Bundesrates zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 2. Juli 1980, BBl 1980 III 587 f.) d) Anlässlich der Sitzung der Kommission des Nationalrates vom 24./25. November 1980 wollte Nationalrat Dafflon der Kasse in Art. 28 ein "mandat impératif" geben, "vu la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances en ce domaine". BIGA-Direktor Bonny empfahl, die Wendung "Bestehen begründete Zweifel ..." durch die Formulierung "Hat die Kasse begründete Zweifel" zu ersetzen, falls die "Muss-Form" obsiegen sollte. Nationalrat Dafflon war mit diesem modifizierten Vorschlag einverstanden, der in der Folge auch die Zustimmung fand (Protokoll der Kommission des Nationalrates, Sitzung vom 24./25. November 1980, S. 28). In der Kommission des Ständerates erklärte Bundesrat Honegger, dass es sich bei der Fassung des Nationalrates nur um eine klarere Formulierung handle, worauf der nationalrätliche Vorschlag angenommen wurde (Protokoll der Kommission des Ständerates, Sitzung vom 17./18. August 1981, S. 46). Im Nationalrat wurde folgende Kommissions-Fassung von Abs. 1 zur Abstimmung gebracht und angenommen: "Si la caisse a des doutes fondés quant au droit qu'a le chômeur de faire valoir, pour la durée de la perte de travail, des prétentions de salaire ou d'indemnisation au sens de l'article 11, 3e alinéa, envers son ancien employeur ou s'il y a doute sur la satisfaction de ces prétentions, elle verse l'indemnité de chômage." e) Aufgrund der dargelegten Entstehungsgeschichte kann Art. 29 Abs. 1 AVIG nicht als blosse Kann-Vorschrift aufgefasst werden. Es steht daher nicht im freien Ermessen der Kasse, ob sie die Arbeitslosenentschädigung ausrichten will oder nicht, wenn sie begründete Zweifel über das Bestehen oder die

Durchsetzbarkeit von arbeitsvertraglichen Ansprüchen hat. Vielmehr wird die Kasse in einem solchen Fall gesetzlich angewiesen, die Entschädigung auszuzahlen. Dies muss auch gelten, wenn die Kasse derartige Zweifel nicht hat, nach den konkreten tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten aber hätte haben müssen. In diesem Fall kann

der Richter die Kasse zum Vorgehen nach Art. 29 AVIG verhalten. Dabei darf nicht etwa verlangt werden, dass bereits ein Zivilprozess hängig ist. Aus den Materialien ist jedoch die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die Anforderungen für die Annahme eines Zweifelsfalls im Sinne von Art. 29 AVIG auch nicht zu large sein dürfen.
f) Nach dem Gesagten besteht der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis insoweit zu Recht, als die Auszahlung von sechs Taggeldern für den 19. Februar sowie die Zeit vom 24. bis 28. Februar 1986 angeordnet und ferner für weitere sechs Tage (11. bis 14. und 17. Februar sowie 3. März 1986) verweigert wurde. Er ist indessen dahingehend zu ergänzen, dass die Kasse nunmehr verhalten wird, nach Art. 29 Abs. 1 und 2 AVIG vorzugehen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.