Urteilskopf

120 V 233

33. Urteil vom 31. Mai 1994 i.S. Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Bern gegen R. und Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Regeste (de):
Art. 24 AVIG in der seit 1. Januar 1992 gültigen Fassung, Art. 24 und Art. 25 AVIG in der bis 31. Dezember 1991 gültig gewesenen Fassung, Art. 16 und Art. 18 AVIG.

- Sämtliche Formen unselbständiger Erwerbstätigkeit, welche bisher unter die verschiedenen Bemessungsnormen oder -grundsätze der Teilzeitarbeit (Art. 18 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 ff. AVIG), des Zwischenverdienstes (alt Art. 24 AVIG) und der Ersatzarbeit (alt Art. 25 AVIG) subsumiert wurden, sind Gegenstand des revidierten Art. 24 AVIG (Erw. 5b).

- Der Versicherte hat so lange Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalles nach Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG, als er in der fraglichen Kontrollperiode nicht eine zumutbare Arbeit im Sinne von Art. 16 AVIG aufnimmt. An den übrigen von der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernissen für das Vorliegen von Zwischenverdienstarbeit (Vorläufigkeit, Übergangscharakter, leichte Auflösbarkeit) ist nicht mehr festzuhalten (Erw. 5c; Änderung der Rechtsprechung).

- Nimmt der Versicherte während der streitigen Kontrollperiode eine - insbesondere lohnmässig - zumutbare Arbeit auf, mithin eine Tätigkeit, die ihm ein Einkommen verschafft, welches zumindest dem Betrag der Arbeitslosenentschädigung entspricht, bleibt für die Annahme eines Zwischenverdienstes kein Raum (Erw. 5c).

- Allfällige Ersatzeinkommen sind entgegen Rz. 188 des BIGA-Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung nicht zu berücksichtigen. Hingegen ist das in der genannten Rz. erwähnte Erfordernis des Mindestarbeitsausfalles insofern gesetzmässig, als Tätigkeiten geringeren Arbeitsausfalls unter Art. 24 Abs. 4 AVIG zu subsumieren sind (Erw. 5c).

- Die Frage der - lohnmässigen - Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit beurteilt sich nur in bezug auf ein Arbeitsverhältnis (Erw. 5d).

Regeste (fr):
Art. 24 LACI dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 1992, art. 24 et art. 25 LACI dans leur teneur valable jusqu'au 31 décembre 1991, art. 16 et art. 18 LACI.

- Toutes les formes d'activité salariée, soumises jusque-là aux différentes normes ou principes de calcul concernant le travail à temps partiel (art. 18 al. 1 en corrélation avec les art. 22 ss LACI), le gain intermédiaire (ancien art. 24 LACI) et le travail de remplacement (ancien art. 25 LACI), font l'objet de l'art. 24 LACI révisé (consid. 5b).

- L'assuré a droit à l'indemnisation de la perte de gain selon l'art. 24 al. 1 à 3 LACI, aussi longtemps qu'il ne commence pas pendant la période de contrôle en cause un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI. Les autres conditions mises par la jurisprudence à l'existence d'un travail dont le revenu constitue un gain intermédiaire (activité provisoire, à caractère transitoire, à laquelle il peut être mis fin facilement) doivent être abandonnées (consid. 5c; changement de jurisprudence).

- Si l'assuré prend durant la période de contrôle litigieuse un travail convenable - en particulier du point de vue de la rémunération -, à savoir une activité lui procurant un revenu qui correspond au moins au montant de l'indemnité de chômage, il n'y a plus de place pour admettre l'existence d'un gain intermédiaire (consid. 5c).

- Contrairement à ce que prévoit le ch. m. 188 de la circulaire de l'OFIAMT relative à l'indemnité de chômage, d'éventuels revenus compensatoires ne sont pas à prendre en compte. Par contre, l'exigence de la perte de travail minimum mentionnée sous le ch. m. précité est conforme à la loi, dans la mesure où, en cas de perte de travail plus faible, les activités tombent sous le coup de l'art. 24 al. 4 LACI (consid. 5c).

- La question du caractère convenable - du point de vue de la rémunération - d'une activité lucrative doit être tranchée uniquement en fonction d'un rapport de travail (consid. 5d).

Regesto (it):
Art. 24 LADI nella versione vigente dal 1o gennaio 1992, art. 24 e art. 25 LADI nella loro versione in vigore sino al 31 dicembre 1991, art. 16 e art. 18 LADI.

- Tutte le norme di attività lucrativa dipendente finora sottoposte ai diversi disposti o principi di valutazione del lavoro a tempo parziale (art. 18 cpv. 1 in relazione con gli art. 22 segg. LADI), del guadagno intermedio (vecchio art. 24 LADI) e del lavoro sostitutivo (vecchio art. 25 LADI) costituiscono oggetto del nuovo art. 24 LADI (consid. 5b).

- L'assicurato ha diritto all'indennizzo della perdita di guadagno secondo l'art. 24 cpv. 1 a 3 LADI fintantoché egli nel periodo di controllo in questione non assume un'occupazione adeguata ai sensi dell'art. 16 LADI. Le rimanenti esigenze poste dalla giurisprudenza riguardo alla presenza di un'attività il cui reddito costituisce guadagno intermedio (carattere provvisorio e transitorio, facile risolubilità) non possono essere mantenute (consid. 5c; cambiamento della giurisprudenza).

- Se l'assicurato assume durante il periodo di controllo litigioso un'occupazione adeguata - segnatamente dal profilo salariale -, ovvero un'attività la cui retribuzione corrisponde almeno all'importo dell'indennità di disoccupazione, non vi è spazio per l'ammissione di un guadagno intermedio (consid. 5c).

- Contrariamente a quanto previsto dalla cifra marg. 188 della circolare dell'UFIAML concernente l'indennità di disoccupazione, eventuali redditi sostitutivi non sono tenuti in considerazione. Di contro, l'esigenza della durata minima della perdita di lavoro menzionata nella predetta cifra marg. è conforme alla legge, nella misura in cui le attività comportanti una perdita di lavoro minore cadono sotto l'art. 24 cpv. 4 LADI (consid. 5c).

- Il tema dell'adeguatezza - dal profilo della retribuzione - di un'attività lucrativa deve essere risolto con riferimento ad un solo rapporto di lavoro (consid. 5d).

Sachverhalt ab Seite 236

BGE 120 V 233 S. 236

A.- R. (geb. 1934) arbeitete ab 1. Mai 1990 als Sekretärin und Buchhalterin in der Firma X, Werbeagentur, in Bern, zu einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'200.–, zuzüglich 13. Monatsgehalt. Am 26. März 1992 kündigte ihr die Firma. Am 29. Juni 1992 meldete sich R. bei der Arbeitslosenversicherung zum Taggeldbezug an, und ab 1. Juli 1992 unterzog sie sich der Stempelkontrolle. In der Folge konnte die Versicherte in wechselndem Ausmass für die bisherige Arbeitgeberin tätig sein. Zudem fand sie eine Anstellung in der Firma Y, Wabern. Im Arbeitsvertrag vom 8./12. Juli 1992 verpflichtete sie sich, für die "Einsatzfirma" des Elektroingenieurbüros Z, Gümligen, als kaufmännische Angestellte zu einem Stundenlohn von Fr. 26.40 brutto, zuzüglich eines Ferienanteils von Fr. 2.20, zu arbeiten. Der Rahmenarbeitsvertrag vom 8./12. Juli 1992 wurde ergänzt

durch einen zwischen der Firma Z und R. abgeschlossenen Einzelarbeitsvertrag vom 25. August 1992, der eine Anstellung im Umfang von 90% ab 1. August 1992 auf unbestimmte Dauer vorsah zu einem Bruttogehalt von Fr. 3'760.– monatlich, wobei bei einem sechs Monate übersteigenden Beschäftigungsverhältnis der Lohnanspruch nach dem jeweils gültigen Lohn- und Gehaltsreglement beurteilt werde. R. meldete die erzielten Löhne der Arbeitslosenversicherung als Zwischenverdienst. Mit Verfügung vom 4. November 1992 lehnte die Arbeitslosenkasse Bern die Anspruchsberechtigung ab 1. August 1992 ab mit der Begründung, die Versicherte habe am 1. August 1992 eine 90%ige Daueranstellung in der Firma Z angetreten und gleichzeitig in der Firma X einen Zwischenverdienst erzielt, so dass sie ab diesem Datum keinen Verdienstausfall erleide.

B.- R. wandte sich beschwerdeweise an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern, wobei sie, unter Darlegung der Einkommensverhältnisse seit August 1992 im Vergleich zum früheren Lohn in der Firma X,

Verdienstausfälle von Fr. 836.– bis Fr. 1'779.50 monatlich geltend machte. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern stellte im wesentlichen fest, dass die von der Versicherten in den Firmen Z und X erzielten Einkommen als Zwischenverdienst zu qualifizieren seien und dass die Versicherte daher grundsätzlich Anspruch auf Differenzausgleich habe. Demgemäss hob es mit Entscheid vom 18. Mai 1993 die angefochtene Verfügung auf und wies die Sache zur Festlegung des Differenzausgleichs im Sinne der Erwägungen an die Arbeitslosenkasse zurück.

C.- Das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des kantonalen Entscheides und Rückweisung der Sache an die Arbeitslosenkasse "zur Neuberechnung des Zwischenverdienstes im Sinne der Ausführungen dieser Verwaltungsgerichtsbeschwerde". Die Versicherte äussert sich zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde; das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Abteilung Arbeitslosenkasse, pflichtet der Auffassung des BIGA bei. Auf die Ausführungen im kantonalen Entscheid und in den Rechtsschriften wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. a) Nach der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts stellt der Rückweisungsentscheid einer kantonalen Rekursinstanz eine im Sinne von Art. 128 in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 OG und Art. 5 VwVG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidg. Versicherungsgericht anfechtbare Endverfügung dar. Anfechtbar ist grundsätzlich nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung eines Entscheides. Verweist indessen das Dispositiv eines Rückweisungsentscheides ausdrücklich auf die Erwägungen, werden diese zu dessen Bestandteil und haben, soweit sie zum Streitgegenstand gehören, an der formellen Rechtskraft teil. Dementsprechend sind die Motive, auf die das Dispositiv verweist, für die Behörde, an die die Sache zurückgewiesen wird, bei Nichtanfechtung verbindlich. Beziehen sich diese Erwägungen auf den Streitgegenstand, ist somit auch deren Anfechtbarkeit zu bejahen (BGE 113 V 159 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und Lehre). b) Das Verwaltungsgericht hat die angefochtene Verfügung vom 4. November 1992 in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben und die Sache an die

Arbeitslosenkasse zurückgewiesen "zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen". In der Begründung, auf welche das Dispositiv verweist, hat die Vorinstanz vorab festgestellt, dass die Versicherte - entgegen der Auffassung der Verwaltung - einen Verdienstausfall erleide, indem sie seit 1. August 1992 trotz der Anstellung in der Firma Z und der stundenweisen Weiterbeschäftigung in der Firma X im Vergleich zu früher einen erheblichen Einkommensverlust hinnehmen müsse. Unbestritten sei hingegen, dass kein Arbeitsausfall von mindestens zwei aufeinanderfolgenden Arbeitstagen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG oder von mindestens zwei vollen Arbeitstagen innerhalb von zwei Wochen (Art. 5 AVIV) vorliege. Dieses Erfordernis sei jedoch nicht massgeblich, sofern und solange die Regelung über den Zwischenverdienst zur Anwendung gelange. Mit der neuen, seit 1. Januar 1992 geltenden Fassung des Art. 24 AVIG habe man erreichen wollen, dass Versicherte, welche einen irgendwie gearteten Zwischenverdienst erzielen, unabhängig vom zeitlichen Umfang des Arbeitsausfalls eine allein nach dem Verdienstausfall bemessene Entschädigung in der Höhe von 80% des innerhalb einer Kontrollperiode erlittenen Ausfalls beanspruchen können. Die Anspruchsvoraussetzung hänge daher einzig von der Frage ab, wie eine vorübergehende Arbeitsgelegenheit, die nach den Bestimmungen über den Zwischenverdienst Anspruch auf (teilweisen) Differenzausgleich zwischen dem Einkommen und dem versicherten Verdienst verleihe, von einer Tätigkeit abzugrenzen sei, welche die Arbeitslosigkeit beende und in diesem Umfange keinen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung mehr auslösen könne. In bezug auf diese Abgrenzungsfrage sei die unter dem alten Recht zu Art. 24 und 25 AVIG ergangene Rechtsprechung (BGE 114 V 348 f. Erw. 2d) weiterhin anwendbar. Im vorliegenden Fall ergebe sich, dass die Tätigkeit in der Firma Z, welche mit einem Monatsgehalt von Fr. 3'760.– entschädigt werde, im Hinblick auf die R. zustehende Arbeitslosenentschädigung von Fr. 4'784.– nach Art. 16 AVIG lohnmässig nicht zumutbar sei. Ferner sei die Versicherte in Anbetracht der vereinbarten Kündigungsfristen von sieben Tagen während der Probezeit und einem Monat während des ersten Dienstjahres trotz ihrer Stelle in der Firma Z uneingeschränkt vermittlungsfähig gewesen. Bei dieser Sachlage sei die Tätigkeit in der Firma Z als vorübergehende Arbeitsgelegenheit im Sinne der Bestimmungen über den Zwischenverdienst zu qualifizieren. Gleiches gelte für die stundenweise Beschäftigung in der Firma X.

An diesem Ergebnis vermöge Rz. 188 des Kreisschreibens des BIGA über die Arbeitslosenentschädigung (KS ALE), in Kraft seit 1. Januar 1992, nichts zu ändern. Diese Bestimmung, wonach die versicherte Person Anspruch auf 80% des Verdienstausfalles nur hat, solange der erzielte Verdienst zusammen mit allfälligen Ersatzeinkommen niedriger ist als die Arbeitslosenentschädigung, die sie ohne Zwischenverdienst hätte erwarten können, dürfe der Versicherten nicht entgegengehalten werden. Denn die darin vorgenommene Beschränkung der Zwischenverdienstregelung auf Fälle, da die gesamten Einkünfte innerhalb einer Kontrollperiode weniger betragen als die der versicherten Person zustehende Arbeitslosenentschädigung, finde im Gesetz keine Stütze. Richtig sei einzig, dass die Aufnahme einer lohnmässig zumutbaren Beschäftigung ein gewichtiges Indiz dafür bilde, dass die versicherte Person ihre Arbeitslosigkeit beendet habe. Es müssten deshalb klare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die lohnmässig zumutbare Beschäftigung bloss als Übergangslösung im Rahmen der Schadenminderungspflicht gedacht sei. Dies sei dann der Fall, wenn es sich um Arbeitsgelegenheiten handle, welche bloss provisorischen Charakter hätten und die kurzzeitig ohne Einhaltung längerer Kündigungsfristen wieder aufgegeben werden könnten. Solange der Übergangscharakter der angenommenen Beschäftigung (allenfalls auch mehrerer Tätigkeiten) und die Suche nach einer Dauerstelle ausgewiesen seien, schliesse die Tatsache, dass der dabei erzielte Lohn die auf die gleiche Kontrollperiode entfallende Arbeitslosenentschädigung überschreite, die Anrechnung von Zwischenverdienst nicht aus. Auch die weitere Einschränkung in Rz. 188 KS ALE, wonach ein Anspruch auf Verdienstausfall nur bestehe, wenn innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausgefallen seien, erweise sich als unhaltbar. Denn im Falle von Zwischenverdienst trete an die Stelle des anrechenbaren Arbeitsausfalles als Voraussetzung für die Ausrichtung von Versicherungsleis-

tungen ein bestimmter Prozentsatz des versicherten Verdienstes, so dass kein minimaler Arbeitsausfall erforderlich sei. c) Das BIGA stellt sich in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf den Standpunkt, mit der auf den 1. Januar 1992 erfolgten Revision des Art. 24 Abs. 1 AVIG, wonach jedes Einkommen, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erziele, als Zwischenverdienst gelte, sei bewusst auf die bisherigen administrativ umständlichen und in einigen Fällen ungerechten Unterscheidungen zwischen Ersatzarbeit, Zwischenverdienst und Verdienst aus Teilzeitbeschäftigung verzichtet worden. Als Zwischenverdienst gelte somit

nicht nur ein kurzfristiger Arbeitseinsatz, sondern auch jeder Verdienst aus einer unbefristeten Teilzeitbeschäftigung. Soweit ein Versicherter insgesamt in einem Rahmen erwerbstätig sei, welcher über eine Vollzeitbeschäftigung hinausgehe, handle es sich beim eine Vollzeitbeschäftigung übersteigenden Teil um eine Nebenbeschäftigung, die sowohl bei der Bemessung des versicherten Verdienstes als auch bei der Festlegung des Zwischenverdienstes unberücksichtigt zu bleiben habe. Art. 24 Abs. 4 AVIG, welcher während der ersten sechs Monate vom Anspruchsrequisit des anrechenbaren Arbeitsausfalles im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG dispensiere, sei nur anwendbar, wenn die vom Versicherten während der Kontrollperioden ausgeübte(n) Erwerbstätigkeit(en) eine Vollzeitbeschäftigung darstellt (darstellen). Im vorliegenden Fall habe die Versicherte folglich Anspruch auf einen Differenzausgleich gemäss Art. 24 Abs. 4 AVIG, wenn die beiden Tätigkeiten in zeitlicher Hinsicht zusammen einer Vollzeitbeschäftigung entsprechen und einen anrechenbaren Verdienstausfall ergeben. Sofern und soweit aber die beiden Tätigkeiten in den einzelnen Kontrollperioden keine Vollzeitbeschäftigung darstellten, könne ein Differenzausgleich gemäss Art. 24 Abs. 2 und 3 AVIG nur ausgerichtet werden, wenn der zeitliche Mindestausfall im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG (und Art. 4 f. AVIV) gegeben sei. Die vorinstanzliche Auffassung, wonach Versicherte, welche einen irgendwie gearteten Zwischenverdienst erzielen, unabhängig vom zeitlichen Umfang des Arbeitsausfalles eine allein nach dem Verdienstausfall bemessene Entschädigung in Höhe von 80% des innerhalb einer Kontrollperiode erlittenen Verdienstausfalles beanspruchen könnten, sei folglich nur teilweise richtig. Der zeitliche Aufwand (einer oder mehrerer Beschäftigungen) spiele bezüglich der Höhe des Zwischenverdienstes - allerdings unter Beachtung der orts- und berufsüblichen Entlöhnung und der frankenmässigen Zumutbarkeitsgrenze - so lange keine Rolle, als die Voraussetzungen für den zeitlichen Mindestausfall erfüllt seien. Sobald der zeitliche Mindestausfall gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG und Art. 4 bzw. Art. 5 AVIV nicht mehr erfüllt sei, fehle es an einem anrechenbaren Arbeitsausfall. Müsste der zeitliche Mindestausfall im Rahmen eines Zwischenverdienstes nicht geprüft werden, würde Art. 24 Abs. 4 AVIG mit dem Verweis auf Art. 11 Abs. 1 AVIG keinen Sinn ergeben. Rz. 188 KS ALE stelle daher - entgegen den Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid - keine gesetzlich nicht abgesicherte Anspruchseinschränkung dar.

Zusammenfassend ergebe sich, dass der vom Verwaltungsgericht vertretene Übergangscharakter des Zwischenverdienstes aufgrund der bisherigen Rechtsprechung nicht aufrechterhalten werden könne, sei doch nach der auf den 1. Januar 1992 in Kraft getretenen Neuregelung des Zwischenverdienstes die zeitlich unbeschränkte Ausrichtung des Differenzausgleichs ausserhalb des Art. 24 Abs. 4 AVIG möglich und einzig durch die zweijährige Rahmenfrist für den Leistungsbezug und den persönlichen Höchstanspruch begrenzt. Die Frage des Übergangscharakters der von der Versicherten ausgeübten Tätigkeiten sei daher, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung, zu vernachlässigen, wobei im übrigen der Übergangscharakter hier nicht angenommen werden könnte, weil der von der Versicherten abgeschlossene Arbeitsvertrag eindeutig auf Dauer angelegt worden sei. d) In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde stellt das BIGA somit den von der Vorinstanz vorbehaltlos bejahten Anspruch der Versicherten auf Differenzausgleich in Frage für den Fall, dass die von der Versicherten

ausgeübten Tätigkeiten einerseits keine Vollzeitbeschäftigung darstellen und anderseits keinen zeitlichen Mindestausfall gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG oder Art. 4 f. AVIV bewirken. Ferner vertritt es die Auffassung, dass jene Einkünfte, welche die Versicherte mit einer Erwerbstätigkeit erzielt, die über eine normale Vollzeitbeschäftigung hinausgeht, Nebenverdienst darstellen und daher - entgegen der vorinstanzlichen Auffassung - bei der Bemessung des Differenzausgleichs ausser acht zu bleiben haben. Damit beantragt das BIGA nicht einfach die ersatzlose Aufhebung des kantonalen Entscheids, wodurch die Ablehnungsverfügung der Kasse bestätigt würde, sondern es will den Differenzausgleich nach anderen Grundsätzen beurteilt wissen. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. a) Art. 8 Abs. 1 AVIG zählt die für die Arbeitslosenentschädigung massgeblichen Anspruchsvoraussetzungen auf. Danach ist unter anderem erforderlich, dass der Versicherte ganz oder teilweise arbeitslos ist (lit. a). Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG). Als teilweise arbeitslos gilt nach Art. 10 Abs. 2 AVIG, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. a) oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. b). Zu den weiteren gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen gehört, dass der Versicherte einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1

lit. b AVIG). 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 der Versicherte normalerweise während seines letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Art. 4 Abs. 1 AVIV). Hatte der Versicherte zuletzt eine Vollzeitbeschäftigung, so gilt als ausgefallener voller Arbeitstag jeder Wochentag von Montag bis Freitag, an dem der Versicherte ganz arbeitslos ist und für den er die Kontrollvorschriften erfüllt hat, einschliesslich der Feiertage, für die ein Entschädigungsanspruch besteht (Art. 4 Abs. 2 AVIV). Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIV). b) Von den Anspruchsnormen zu unterscheiden sind die Bestimmungen über die Bemessung der Arbeitslosenentschädigung. Diese finden sich in Art. 18 ff. AVIG. Gemäss Art. 18 Abs. 1 Satz 1 AVIG richtet sich der Entschädigungsanspruch nach dem anrechenbaren Arbeitsausfall während einer Kontrollperiode. Nach Satz 2 dieser Bestimmung wird ein allfälliger Zwischenverdienst (Art. 24 AVIG) berücksichtigt. Als Kontrollperiode gilt jeder Kalendermonat, für den der Arbeitslose Entschädigungsansprüche geltend macht (Art. 18 Abs. 2 AVIG). Ein volles Taggeld beträgt gemäss Art. 22 Abs. 1 Satz 1 AVIG 80% des versicherten Verdienstes, wie ihn Art. 23 AVIG umschreibt. Nicht versichert ist ein Nebenverdienst; als solcher gilt im Falle des Arbeitnehmers jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit erzielt (Art. 23 Abs. 3 AVIG). c) Aus dieser Gesetzeslage, dass nämlich das AVIG den Begriff des anrechenbaren Arbeitsausfalls sowohl als Anspruchsvoraussetzung wie auch als Bemessungsgrundlage nennt, hat das Eidg. Versicherungsgericht geschlossen, dass der anrechenbare Arbeitsausfall ein Doppelbegriff ist: Als Anspruchsvoraussetzung, welche das Gesetz in Art. 11 AVIG in Verbindung mit Art. 4 und 5 AVIV abschliessend (BGE 112 V 133) umschreibt, bedeutet er ein gewisses Mindestmass an ausgefallenen Arbeitstagen, das eingetreten sein muss, um überhaupt den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszulösen; zusätzlich ist er in masslicher Hinsicht die wichtigste Grundlage für den Entschädigungsanspruch als solchen. Dauer und Ausmass des anrechenbaren Arbeitsausfalles wirken sich daher auf den Entschädigungsanspruch aus. Der Ganzarbeitslose, der einen vollständigen Arbeitsausfall erleidet, hat einen vollen (Art. 22 Abs. 1 AVIG) und damit höheren Entschädigungsanspruch als der Teilarbeitslose, der - bei sonst

gleichen Verhältnissen - z.B. noch halbtags erwerbstätig ist und daher nur einen hälftigen anrechenbaren Arbeitsausfall aufweist (BGE 112 V 234 Erw. 2c und 237 ff.).

3. a) Die bis Ende 1991 gültig gewesene gesetzliche Regelung über die Anrechnung von Zwischenverdienst (Art. 24 AVIG) und den Differenzausgleich bei Ersatzarbeit (Art. 25) lautete wie folgt: Art. 24 Anrechnung von Zwischenverdienst
1
Als Zwischenverdienst gilt Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Ein Nebenverdienst (Art. 23 Abs. 3) bleibt unberücksichtigt.
2
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) nicht bezogen ist. Der ganze Zwischenverdienst und die Taggelder dürfen jedoch zusammen 90% des versicherten Monatsverdienstes nicht übersteigen. Art. 25 Differenzausgleich bei Ersatzarbeit
1
Als Ersatzarbeit gilt eine Vollzeitbeschäftigung, die der Versicherte zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit für wenigstens eine ganze Kontrollperiode annimmt und deren Entlöhnung geringer ist als die ihm zustehende Arbeitslosenentschädigung. Die Entlöhnung muss jedoch den berufs- und ortsüblichen Ansätzen entsprechen. 2
Der Arbeitslose hat Anspruch auf die Differenz zwischen dem Lohn für die Ersatzarbeit und 90% des versicherten Verdienstes. Dieser Anspruch besteht während höchstens sechs Kontrollperioden, solange die Höchstzahl der Taggelder (Art. 27) nicht bezogen ist. 3
(Meldepflicht)
4
(Dahinfall des Differenzausgleichs, wenn dem Arbeitslosen eine zumutbare Arbeit vermittelt werden kann) 5
(Nichtberücksichtigung der Ersatzarbeit bei nachfolgender Ermittlung des versicherten Verdienstes) b) Unter dem Geltungsbereich des alt Art. 24 AVIG hat das Eidg. Versicherungsgericht in BGE 111 V 251 die in den Weisungen des BIGA und in

Art. 41a AVIV (gültig gewesen bis 31. Dezember 1991) vorgenommene Beschränkung des Zwischenverdienstes auf drei Monate als gesetzwidrig bezeichnet. Zudem hat das Gericht die Verwaltungspraxis des BIGA insoweit als gesetzwidrig erklärt, als sie den Begriff des Zwischenverdienstes auf das Einkommen beschränkte, das der Arbeitslose durch eine provisorische Tätigkeit erzielt, welche nicht zu seinem gewohnten Beruf gehört (BGE 113 V 150). In BGE 114 V 345 hat das Gericht sodann einlässlich zur Abgrenzung von Zwischenverdienst und Teilzeitarbeit Stellung genommen. Es ist dabei von Art. 16 Abs. 1 lit. e AVIG (welche Bestimmung durch den dringlich erklärten, vorliegendenfalls jedoch nicht anwendbaren Bundesbeschluss über Massnahmen in der Arbeitslosenversicherung vom 19. März 1993, in Kraft seit 1. April 1993, relativiert worden ist) ausgegangen, wonach eine Arbeit unter anderem dann zumutbar ist, wenn sie dem Arbeitslosen einen Lohn einbringt, der nicht geringer ist als die ihm zustehende Arbeitslosenentschädigung. Dieses lohnmässige Erfordernis für die Annahme zumutbarer Arbeit sei auch bei einer Teilzeitbeschäftigung massgeblich, nachdem das Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür enthalte, dass mit dem Begriff Lohn im Falle einer Teilzeitbeschäftigung auch die für den verbleibenden Arbeitsausfall ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung zu verstehen sei. Aus finanzieller Sicht sei somit massgebend, ob die Arbeit zu einem höheren Einkommensverlust führe als die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung. Die lohnmässige Zumutbarkeit bestimme sich durch Vergleich des

angebotenen Bruttolohnes mit der Brutto-Arbeitslosenentschädigung, die ohne diesen Bruttolohn zur Auszahlung gelangen müsste. Die gegenteilige, in jenem Fall von der kantonalen Amtsstelle vertretene Auffassung, es sei für die Zumutbarkeitsfrage die Entschädigung des verbleibenden Verdienstausfalles durch das Arbeitslosentaggeld mitzuberücksichtigen, verwarf das Eidg. Versicherungsgericht mit dem Argument, damit würde eine klare Grenzziehung zwischen Zwischenverdienst und zumutbarer Teilzeitarbeit verunmöglicht. Dem Zwischenverdienst komme definitionsgemäss nur Übergangscharakter zu. Der Versicherte habe trotz Erzielung von Zwischenverdienst Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und bleibe zur Befolgung der Kontrollvorschriften sowie der Weisungen des Arbeitsamtes verpflichtet. Schliesse aber die auf Erzielung von Zwischenverdienst gerichtete Tätigkeit den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht aus, so falle diese Tätigkeit nicht unter den Begriff der zumutbaren Arbeit im Sinne von Art. 16 AVIG, zu deren

BGE 120 V 233 S. 245

Annahme der Versicherte verpflichtet sei. Denn die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit führe zwingend zur Beendigung der Arbeitslosigkeit. Als auf Erzielung eines Zwischenverdienstes gerichtete Tätigkeiten kämen deshalb nur Gelegenheits- oder Aushilfsarbeiten in Betracht, bei denen der Versicherte über den einzelnen, relativ kurzfristigen Arbeitseinsatz hinaus keine vertraglichen Verpflichtungen eingehe und daher der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehe. Würde eine Teilzeitarbeit von geringerem als dem gewünschten Umfang unter Berücksichtigung der auf den verbleibenden Arbeitsausfall entfallenden Arbeitslosenentschädigung aus lohnmässiger Sicht als zumutbar qualifiziert, würde dies bedeuten, dass der Versicherte zur Annahme dieser Teilzeitarbeit verpflichtet sei, obschon seine Arbeitslosigkeit dadurch nicht beendet würde. Systemwidrig würde damit zwischen der zumutbaren Teilzeitarbeit mit Beendigung der Arbeitslosigkeit einerseits und der auf einen Zwischenverdienst gerichteten Tätigkeit anderseits ein gesetzesfremdes Institut im Sinne einer - zumutbaren - Teilzeitbeschäftigung ohne Beendigung der Arbeitslosigkeit geschaffen (BGE 114 V 348 f. Erw. 2d). Diese Rechtsprechung ist in ARV 1988 Nr. 14 S. 115, 1990 Nr. 4 S. 29 und 1992 Nr. 2 S. 75 f. Erw. 3 in fine bestätigt worden. Im unveröffentlichten Urteil F. vom 2. März 1992 hat das Eidg. Versicherungsgericht die Frage, ob im Hinblick auf Art. 24 AVIG in der bis Ende 1991 gültig gewesenen Fassung daran festzuhalten sei, aufgeworfen, in der Folge aber offengelassen. c) In der Rechtsprechung zu dem mit Wirkung ab 1. Januar 1992 aufgehobenen Art. 25 AVIG über die Ersatzarbeit hat vor allem das Kriterium der Berufs- und Ortsüblichkeit im Vordergrund gestanden. Der Sinn dieses den Anspruch auf Differenzausgleich im Falle der Ausübung einer vollzeitigen Ersatzarbeit einschränkenden Erfordernisses ist folgender: Mit dem Differenzausgleich soll zwar die Annahme lohnmässig unzumutbarer Arbeiten gefördert werden; doch soll unüblich tiefen Honorierungen solcher Ersatzarbeiten dann entgegengetreten werden, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer - im Sinne eines Lohndumping - einen zu niedrigen Lohn vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen. So hat das Eidg. Versicherungsgericht die Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlöhnung bei vollzeitiger Ersatzarbeit verneint im Falle eines Versicherten, der nach Provision entschädigt wurde und trotz vollen Einsatzes mit anspruchsvoller Arbeit während Monaten nicht einmal

BGE 120 V 233 S. 246

einen Verdienst in der Höhe des Existenzminimums erzielte (ARV 1986 Nr. 22 S. 88). Ebenfalls verneint hat das Gericht die Berufsüblichkeit im Falle eines ausgebildeten Psychologen, der wegen Personalstopps des betreffenden Kantons für seine Arbeit nur wie ein Praktikant entlöhnt wurde. Das Gericht hat dabei insbesondere ausgeführt, es könne nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung sein, Lohnkosten eines Kantons mit Personalstopp zu übernehmen (nicht publiziertes Urteil F. vom 29. August 1986). Eine berufsübliche Entlöhnung

bedeutet somit, dass der Versicherte, der auf seinem erlernten Berufsgebiet eine Ersatzarbeit ausübt, wie ein ausgebildeter Angehöriger dieses Berufes normal bezahlt wird. Bei ungelernten Tätigkeiten im Rahmen von Ersatzarbeit sind branchenübliche Durchschnittslöhne heranzuziehen (nicht publiziertes Urteil H. vom 10. November 1989). In diese Sichtweise lassen sich grundsätzlich auch die Weisungen des BIGA in AlV-Praxis 86/2 über die Frage, wann bei einem vollzeitlich ausgeübten Praktikum Ersatzarbeit vorliegt, einordnen. Danach erbringt die Arbeitslosenversicherung keine Leistungen, wenn das Praktikum integrierender Bestandteil einer beruflichen Grundausbildung ist, wie z. B. das Anwaltspraktikum oder das FMH-Praktikum eines Arztes (Ziff. 1). Stellt das Praktikum eine spezifisch aufgrund arbeitsmarktlicher Indikation durchgeführte arbeitslosenversicherungsrechtliche Weiterbildungsmassnahme dar, können unter dem Titel Präventivmassnahmen (Art. 59 ff. AVIG) Beiträge gewährt werden (Ziff. 2). Nimmt ein Versicherter zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit eine Praktikumsstelle an, die weder der Grundausbildung noch einer arbeitslosenversicherungsrechtlichen Weiterbildung im Sinne einer Präventivmassnahme zuzurechnen ist, können die Bestimmungen über die Ersatzarbeit (Art. 25 AVIG) angewendet werden, wenn die Entlöhnung geringer ist als die Arbeitslosenentschädigung, aber mindestens den berufs- und ortsüblichen Ansätzen entspricht (Ziff. 3 Sätze 1 und 2). Nicht beigepflichtet werden kann hingegen dem letzten Satz dieser Ziff. 3, welcher lautet: "Es genügt also nicht, wenn diese Entlöhnung lediglich den üblichen Ansätzen für Praktikanten entspricht." Einen solchen Schluss lässt die dargelegte Rechtsprechung nicht zu, bezieht sie sich doch auf ausgebildete (nicht publiziertes Urteil F. vom 29. August 1986) oder auf voll beruflich leistungsfähige (ARV 1986 Nr. 22 S. 88) Personen. Falls ein Ungelernter eine Praktikumstätigkeit versieht, richtet sich seine Entlöhnung von vornherein nicht nach den für ausgebildete Personen üblichen

Ansätzen (nicht publiziertes Urteil H. vom 10. November 1989).

4. a) Der auf den 1. Januar 1992, unter Streichung des bisherigen Art. 25 AVIG, neu gefasste Art. 24 AVIG lautet: Art. 24 Anrechnung von Zwischenverdienst
1
Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. 2
Der Versicherte hat Anspruch auf 80% des Verdienstausfalls, solange die Höchstzahl der Taggelder (Art. 27) nicht bezogen ist. 3
Als Verdienstausfall 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. Ein Nebenverdienst (Art. 23 Abs. 3) bleibt unberücksichtigt. 4
Nimmt der Versicherte zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit für wenigstens eine ganze Kontrollperiode eine Vollzeitbeschäftigung an, deren Entlöhnung geringer ist als die ihm zustehende Arbeitslosenentschädigung, so ist Art. 11 Abs. 1 (betreffend den anrechenbaren Arbeitsausfall) während der ersten sechs Monate einer solchen Beschäftigung nicht anwendbar. b) Zu dieser Bestimmung hat das Eidg. Versicherungsgericht im nicht publizierten Urteil G. vom 13. Mai 1993 erkannt, dass im Gegensatz zum alten Recht gemäss dem revidierten Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG die Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlöhnung kein Anspruchserfordernis mehr darstellt. Entspricht der vom Versicherten erzielte Zwischenverdienst nicht den berufs- und ortsüblichen Ansätzen, hat dies lediglich zur Folge, dass der Verdienstausfall nur im Umfang der Differenz zwischen der berufs- und ortsüblichen Entschädigung und dem versicherten Verdienst ausgeglichen wird. Ferner hat das Eidg. Versicherungsgericht im nicht publizierten Urteil C. vom 7. Dezember 1993 die in BGE 114 V 349 Erw. 2d ergangene Rechtsprechung bestätigt, dass nur Gelegenheits- oder Aushilfsarbeiten als auf Erzielung eines Zwischenverdienstes gerichtete Tätigkeiten in Betracht kommen, bei denen der Versicherte über den einzelnen, relativ kurzfristigen Arbeitseinsatz hinaus keine vertraglichen Verpflichtungen eingeht und daher der Arbeitsvermittlung

zur Verfügung steht.

BGE 120 V 233 S. 248

5. a) Die vom BIGA gestützt auf den Wortlaut des Art. 24 Abs. 1 AVIG vertretene Auffassung, unter die gesetzliche Zwischenverdienstregelung falle jedes während einer Kontrollperiode erzielte Einkommen, insbesondere auch das von einem Teilarbeitslosen erzielte, weckt gewisse gesetzessystematische Bedenken. Der vom Gesetz ausdrücklich als versichertes Risiko normierte Tatbestand der Teilarbeitslosigkeit zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der Versicherte schon zu Beginn der streitigen Kontrollperiode teilarbeitslos im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a oder b AVIG ist, sei es, dass er auf den Beginn der Kontrollperiode hin seine Arbeitsstelle ganz verloren hat und nur eine Teilzeitbeschäftigung sucht, sei es, dass er von mehreren bisher ausgeübten Anstellungen eine verloren hat und nun eine zusätzliche Teilzeitanstellung sucht. Wegen der in Erw. 2c hievor festgehaltenen Doppelfunktion des anrechenbaren Arbeitsausfalles hat das Eidg. Versicherungsgericht in den Urteilen BGE 112 V 229 und BGE 112 V 237 erkannt, dass sich die Bemessung des Anspruchs des Teilarbeitslosen auf Taggeld der Arbeitslosenversicherung direkt nach Massgabe des eingetretenen Arbeitsausfalles im Sinne von Art. 18 Abs. 1 AVIG bemisst, mit den Folgen, welcher dieser eingeschränkte Arbeitsausfall quantitativ auf den nach Art. 22 f. AVIG zu bemessenden Taggeldanspruch hat. Nach der der bisherigen Rechtsprechung zugrunde liegenden, ohne weiteres aus der Gesetzessystematik sich ergebenden Betrachtungsweise ist die Bemessung des Taggeldes des Teilarbeitslosen somit direkt gestützt auf und nach Massgabe von Art. 18 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 f. AVIG zu lösen; eines Rückgriffs auf die Zwischenverdienstregelung gemäss Art. 24 AVIG bedarf es nicht. Insofern ist festzustellen, dass die vom BIGA erwähnte Gleichstellung aller Erscheinungsformen von erzielten Arbeitsentgelten während der Kontrollperiode mit der Revision der Art. 24 f. AVIG systematisch unzutreffend durchgeführt worden ist: Indem Art. 18 und in Verbindung damit Art. 22 f. AVIG, soweit für die Belange des vorliegenden Problems wesentlich, unverändert aufrechterhalten worden sind, ist der Fall der Teilarbeitslosigkeit und der damit verbundenen Bemessung des Taggeldes an sich nicht erfasst worden. b) In der Botschaft vom 23. August 1989 zu einer Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes hat der Bundesrat ausgeführt: "Das geltende Gesetz führt bei der Festsetzung der Entschädigung im Falle von bloss teilweiser Arbeitslosigkeit zu grossen Schwierigkeiten. Insbesondere besteht ein zum Teil widersprüchliches Nebeneinander von mehreren verschiedenen Berechnungsarten für die Berücksichtigung von Verdiensten, die ein Arbeitsloser während der Arbeitslosigkeit erzielt. Die

BGE 120 V 233 S. 249

vorgeschlagene Regelung verzichtet auf die bisherigen, administrativ umständlichen und in einigen Fällen ungerechten Unterscheidungen zwischen Ersatzarbeit, Zwischenverdienst und Verdienst aus Teilzeitbeschäftigung, fasst sämtliche während der Kontrollperiode erzielten Verdienste unter der Bezeichnung 'Zwischenverdienst' zusammen und regelt sie einheitlich. Die Neuregelung verstärkt den Anreiz zur Annahme von Zwischenverdienstgelegenheiten, wobei Überentschädigungen wie bis anhin ausgeschlossen werden. Praktisch bedeutet die neue Fassung, dass der Versicherte, welcher einen irgendwie gearteten Zwischenverdienst erzielt, unabhängig vom zeitlichen Umfang des Arbeitsausfalls eine allein nach dem Verdienstausfall bemessene Entschädigung in der Höhe von 80% des innerhalb einer Kontrollperiode erlittenen Ausfalls beanspruchen kann. Für den Versicherten ist die neue Regelung insgesamt der bisherigen mindestens gleichwertig (Separatausgabe S. 14 f.)." Damit steht die in der Folge von den vorberatenden Kommissionen geteilte und in beiden Räten diskussionslos angenommene (Sten.Bull. S 1990 S. 74; Sten.Bull. N. 1990 II S. 1437) Regelungsabsicht des Gesetzgebers fest: Die während einer oder mehrerer Kontrollperioden erzielten Verdienste sollen nach dem Prinzip des Verdienstausfalls, und nicht nach jenem des Arbeitsausfalls entschädigt werden, von welchem das Gesetz sonst primär ausgeht (Art. 11 AVIG; GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz,

Band III, S. 1214 N. 15 und S. 1215 N. 22), und zwar in einheitlicher Weise über den Weg von Art. 24 AVIG. Dass die legislatorische Regelungsabsicht im positives Recht gewordenen Gesetzestext überhaupt keinen Niederschlag gefunden hätte, was in der Regel gegen die Massgeblichkeit des historischen Auslegungselementes spricht, kann vorliegend nicht gesagt werden, nicht nur wegen der eindeutigen Formulierung in Art. 24 Abs. 1 AVIG, sondern vermehrt noch wegen Art. 24 Abs. 4 AVIG, wo für den Spezialfall der ganztägig ausgeübten Zwischenverdienstarbeit (nach bisheriger Terminologie Ersatzarbeit) der Bogen geschlagen wird zu Art. 11 Abs. 1 AVIG und für diesen Fall angeordnet wird, das Mindesterfordernis des anrechenbaren Arbeitsausfalles müsse nicht erfüllt sein. Zusammenfassend ist somit festzuhalten: Sämtliche Formen unselbständiger Erwerbstätigkeit, welche bisher unter die verschiedenen Bemessungsnormen oder -grundsätze der Teilzeitarbeit (Art. 18 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 f. AVIG), des Zwischenverdienstes (alt Art. 24 AVIG) und der Ersatzarbeit (alt Art. 25 AVIG) subsumiert wurden, sind heute Gegenstand des revidierten Art. 24 AVIG. Die in BGE 112 V 229 und BGE 112 V 237 aufgestellten Bemessungsgrundsätze für den Fall der Teilarbeitslosigkeit

sind daher aufgrund der geänderten Rechtslage heute gegenstandslos. c) Im weiteren ist der Begriff des Zwischenverdienstes mit dem BIGA weit zu fassen. Eine zuverlässige praktikable Anwendung der Zwischenverdienstregelung gemäss Art. 24 AVIG ist einzig über das Kriterium der insbesondere lohnmässig zumutbaren Arbeit im Sinne von Art. 16 Abs. 1 lit. e AVIG zu erreichen. Insofern ist an der mit BGE 114 V 345 eingeleiteten Rechtsprechung, wie sie in Erw. 3b hievor dargelegt worden ist, festzuhalten (nicht publiziertes Urteil C. vom 7. Dezember 1993).
Hingegen kann in Anbetracht der vom Revisionsgesetzgeber bewusst gewollten Gleichstellung der verschiedenen Formen von (Teil-)Erwerbstätigkeit während einer oder mehrerer Kontrollperioden an den übrigen von der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernissen für das Vorliegen von Zwischenverdienstarbeit (Vorläufigkeit, Übergangscharakter, leichte Auflösbarkeit) nicht länger festgehalten werden. In diesem Sinne ist das Urteil C. vom 7. Dezember 1993 zu korrigieren, soweit darin ausgeführt wird, dem Zwischenverdienst komme auch unter dem revidierten Art. 24 AVIG definitionsgemäss nur Übergangscharakter zu. Das Erfordernis der Vorläufigkeit widerspricht auch der in BGE 111 V 251 ergangenen Rechtsprechung, welche die Beschränkung der Zwischenverdienstregelung auf drei Monate als gesetzwidrig bezeichnete. Das BIGA bemerkt zu Recht, dass die Zwischenverdienstregelung (vorbehältlich ihrer besonderen Form des Differenzausgleiches bei Ersatzarbeit nach Art. 24 Abs. 4 AVIG) an keine zeitliche Limite gebunden ist, ausser an jene der globalen Taggeldberechtigung im Rahmen der Leistungsbezugsperiode. Mit den Kriterien der Vorläufigkeit, der leichten Auflösbarkeit und des Übergangscharakters werden Ermessensgesichtspunkte ins Spiel gebracht, welche eine sichere Grenzziehung verunmöglichen und die legislatorische Regelungsabsicht, wie sie in Art. 24 AVIG zum Ausdruck gebracht worden ist, vereiteln. Sofern und soweit es dem ganz- oder teilarbeitslosen Versicherten gelingt, während der streitigen Kontrollperioden eine zumutbare Arbeit aufzunehmen, und zwar insbesondere auch in lohnmässiger Hinsicht, mithin eine Tätigkeit, die ihm ein Einkommen verschafft, welches zumindest dem Betrag der Arbeitslosenentschädigung entspricht, bleibt für die Annahme eines Zwischenverdienstes kein Raum. Die vorinstanzliche Auffassung, dass auch Tätigkeiten, die dem Versicherten ein Einkommen verschaffen, das zwar über dem Taggeld, aber unter dem versicherten Verdienst liegt, der Zwischenverdienstregelung gemäss Art. 24 AVIG zu

unterstellen seien, ist zwar nach dem Wortlaut von Art. 24 AVIG (insbesondere dessen Abs. 3) nicht ausge-

schlossen, lässt sich aber letztlich aus systematischen Gründen nicht bestätigen. Das Argument, der Gesetzgeber habe auch in solchen Fällen das die Versicherung entlastende Ausüben von Teilerwerbstätigkeiten fördern wollen, widerspricht im Ergebnis Art. 15 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 16 und Art. 17 Abs. 1 und 3 AVIG, wonach der Versicherte ohnehin bereit sein muss, eine zumutbare Arbeit anzunehmen, ansonsten er mit der Einstellung im Taggeldbezug (Art. 30 Abs. 1 lit. c und d AVIG; ARV 1991 Nr. 9 S. 88, 1990 Nr. 5 S. 34, 1984 Nr. 14 S. 167) oder mit der Aberkennung der Anspruchsberechtigung wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit (BGE 112 V 326; ARV 1992 Nr. 10 S. 122, 1990 Nr. 3 S. 25 und Nr. 14 S. 83) zu rechnen hat. Es erscheint daher nicht sachgerecht, bei Erfüllung einer gesetzlichen Obliegenheit Kompensationsleistungen nach Art. 24 AVIG zuzusprechen, ganz abgesehen von den damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich Beendigung der Arbeitslosigkeit. Zu einer anderen Betrachtungsweise besteht auch unter dem Gesichtswinkel des Urteils F. vom 2. März 1992 kein Anlass. In jenem Fall hatte die kantonale Instanz die Auffassung vertreten, dass nach Art. 24 Abs. 2 AVIG in der bis Ende 1991 gültig gewesenen Fassung ein die Arbeitslosenentschädigung übersteigendes und damit zumutbares Arbeitsentgelt als Zwischenverdienst in Betracht falle. Sie begründete dies damit, dass das Gesetz dem Versicherten in Art. 24 Abs. 2 AVIG so lange Anspruch auf Differenzausgleich gewähre, als der ganze Zwischenverdienst und die ihm von der Arbeitslosenversicherung auszurichtenden Taggelder 90% des versicherten Verdienstes nicht übersteigen würden; demnach entfalle der Differenzausgleich nicht schon bei einem Einkommen, welches höher ausfalle als die (70% oder 80% des versicherten Verdienstes betragende) Arbeitslosenentschädigung, sondern erst, wenn der ganze Zwischenverdienst 90% des versicherten Verdienstes erreiche. Das Eidg. Versicherungsgericht liess die Frage offen, ob von der dargelegten Rechtsprechung abzugehen sei, wonach die Annahme von Zwischenverdienst und Ersatzarbeit dann nicht in Betracht falle, wenn die betreffende Tätigkeit hinsichtlich des Lohnes und der übrigen Verhältnisse im Sinne von Art. 16 AVIG zumutbar sei. Diese Frage ist heute zum einen gegenstandslos, nachdem der revidierte Art. 24 AVIG die in alt Art. 24 Abs. 2 AVIG vorgesehene Kürzung des Taggeldanspruches um die Hälfte des Zwischenverdienstes fallenliess. Zum

andern bleibt ein Differenzausgleich, durchaus unter Berücksichtigung des versicherten Verdienstes als obere Grenze (Art. 24 Abs. 3 Satz 1 AVIG), dort geboten, wo der Versicherte keinen zumutbaren Lohn erzielt, sondern diesen unterschreitende Zwischenverdienste nach Art. 24 Abs. 1 AVIG. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Versicherte so lange Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalles nach Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG hat, als er nicht in der (den) fraglichen Kontrollperiode(n) ein zumutbares Einkommen im Sinne von Art. 16 AVIG erzielt. Allfällige Ersatzeinkommen sind entgegen Rz. 188 KS ALE nicht zu berücksichtigen, solange es um Bezugszeiten geht, die sich vor dem Inkrafttreten von Art. 16 Abs. 1bis AVIG ereignet haben. Gegen das in der genannten Randziffer erwähnte Erfordernis des Mindestarbeitsausfalles (Art. 5 AVIV) ist insofern nichts einzuwenden, als Tätigkeiten geringeren Arbeitsausfalls unter Art. 24 Abs. 4 AVIG zu subsumieren sind. d) Richtig ist hingegen, dass die Zumutbarkeitsfrage, einschliesslich des lohnmässigen Gesichtspunktes, immer in bezug auf ein Arbeitsverhältnis zu beurteilen ist. Denn zuweisungsfähig im Sinne von Art. 17 Abs. 3 AVIG sind nur solche Arbeitsleistungen, die im Rahmen derselben vertraglichen Abrede erbracht werden und insgesamt die in Art. 16 AVIG aufgestellten Erfordernisse erfüllen, nicht hingegen an sich unzumutbare einzelne Einsätze, an denen aufgrund verschiedener Vertragsverhältnisse mit je eigener Regelung von Arbeitseinsatz, Entlöhnung usw. mehrere Arbeit- oder Auftraggeber beteiligt sind (nicht publiziertes Urteil F. vom 2. März 1992). Daran ist auch unter dem neuen Recht festzuhalten. e) Zu berücksichtigen ist ferner, dass die in Art. 24 Abs. 4 AVIG vorgesehene Ersatzarbeit nichts anderes ist als eine besondere Form von Zwischenverdienst. Es handelt sich, wie bereits im Rahmen von alt Art. 25 AVIG, um eine Vollzeitbeschäftigung, welche dem Versicherten einen den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unterschreitenden, aber doch wenigstens berufs- und ortsüblichen Lohn einbringt. Einer besonderen Regelung der Ersatzarbeit als Form der Erzielung von Zwischenverdienst bedarf es nur, weil es bei der Ersatzarbeit, wie sie begrifflich umschrieben ist, nicht zu einem Arbeitsausfall im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG kommt. Ohne dass der Versicherte einen erheblichen Arbeitsausfall erleidet,

trifft ihn ein Verdienstausfall. Für diesen speziellen Tatbestand gewährt Art. 24 Abs. 4 AVIG, beschränkt auf die ersten sechs Monate einer solchen Beschäftigung (analog zur Regelung gemäss alt Art. 25 Abs. 2 Satz 2 AVIG,

BGE 120 V 233 S. 253

wonach der Anspruch auf höchstens sechs Kontrollperioden beschränkt war), die Befreiung vom gesetzlichen Anspruchserfordernis des anrechenbaren Arbeitsausfalls im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG. Handelt es sich aber bei der Ersatzarbeit nur um eine besondere Form der Erzielung von Zwischenverdienst, muss die in Art. 24 Abs. 3 AVIG für den Regelfall der Erzielung von Zwischenverdienst aufgestellte Voraussetzung der Berufs- und Ortsüblichkeit auch für die Ersatzarbeit nach Abs. 4 dieser revidierten Bestimmung gelten. Die Nichteinhaltung des Kriteriums der Berufs- und Ortsüblichkeit führt aber weder im Bereich von Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG noch nach Art. 24 Abs. 4 AVIG zum Dahinfallen des Anspruches auf Differenzausgleich. Vielmehr wird nunmehr bloss der vom Versicherten erzielte effektive Lohn in masslicher Hinsicht bis zu dem als berufs- und ortsüblich zu qualifizierenden Ansatz angehoben, und es erfolgt nur auf dieser Grundlage ein Differenzausgleich (nicht publiziertes Urteil G. vom 13. Mai 1993; GERHARDS, a.a.O., S. 1216 N. 25). f) Schliesslich bleibt die Frage zu prüfen, wie vorzugehen ist, wenn der Versicherte im Verlaufe einer Kontrollperiode durch Ausübung einer oder mehrerer Tätigkeiten in zeitlicher Hinsicht über eine Vollzeitbeschäftigung hinaus erwerbstätig ist. Ausgehend vom Grundgedanken, dass die Arbeitslosenversicherung nur für das Risiko des Verlustes einer normalen Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz gewährt (BGE 113 V 234 Erw. 3b), schliesst Art. 23 Abs. 3 Satz 1 AVIG Nebenverdienste vom versicherten Verdienst aus. Folgerichtig bestimmt auch Art. 24 Abs. 3 letzter Satz AVIG, dass Nebenverdienste unberücksichtigt bleiben, dass also jene Einkünfte, die der Versicherte aus der (oder den) über das normale Arbeitnehmerpensum (übliche Vollzeitbeschäftigung) hinausgehenden Beschäftigung(en) erzielt, bei der Anwendung der Zwischenverdienstregelung unbeachtlich sind.

6. Für den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Versicherte ab August 1992 zwei Arbeitnehmertätigkeiten aufgenommen hat, welche - je für sich betrachtet - lohnmässig unbestrittenerweise keine zumutbaren Anstellungen im Sinne von Art. 16 Abs. 1 lit. e AVIG sind. Ob diesen Arbeitsstellen Übergangscharakter zukommt oder nicht, ist nach dem Gesagten nicht entscheidend. Massgeblich ist einzig, dass die Versicherte keine AlV-rechtlich zumutbare Arbeit ausübte. Damit ist die Anwendbarkeit von Art. 24 AVIG gegeben. Soweit der minimale Arbeitsausfall gemäss Art. 5 AVIV (vgl. Rz. 188 KS ALE) nicht erfüllt sein sollte, handelt es sich um eine

BGE 120 V 233 S. 254

Vollzeitanstellung im Sinne von Art. 24 Abs. 4 AVIG. Anderseits sind unter dem Titel Nebeneinkünfte jene Bezüge ausser acht zu lassen, welche die Versicherte mit dem über ein normales Vollzeitpensum hinausgehenden Einsatz erwirtschaftet hat. Die Verwaltung, an welche die Vorinstanz die Sache richtigerweise zurückgewiesen hat, wird daher vorab zu prüfen haben, ob die Versicherte mit ihrer Anstellung in der Firma Z einen Arbeitsausfall im Mindestausmass von Art. 5 AVIV erlitten hat. Sie wird ferner abzuklären haben, in welchem Umfang die Versicherte zusätzlich für die Firma X arbeitete und welchen Lohn sie dafür genau bezog. Je nach dem Ergebnis dieser Abklärungen wird die Verwaltung gestützt auf Art. 24 Abs. 1 bis 3 AVIG oder gestützt auf Art. 24 Abs. 4 AVIG in Berücksichtigung des versicherten Verdienstes einerseits, der beiden Zwischenverdienste anderseits, über den Anspruch auf Differenzausgleich neu zu verfügen haben.