Urteilskopf

121 V 165

26. Urteil vom 22. Mai 1995 i.S. S. gegen Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie (GBI) und Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich
Regeste (de):
Art. 11 Abs. 1, 2 und 4 AVIV: Ermittlung der Beitragszeit. Begriff des Beitragsmonats bei unregelmässig arbeitenden Versicherten; Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 2 AVIV.

Art. 37 Abs. 3 und 3bis AVIV: Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst.

- Der Begriff "Monate" meint in Art. 37 Abs. 2 AVIV Beitragsmonate, in Art. 37 Abs. 3bis AVIV hingegen Kalendermonate.

- Art. 37 Abs. 3bis AVIV setzt einen besonderen, in der Art des Arbeitsverhältnisses angelegten Grund für die Lohnschwankungen voraus.

- Annahme einer vom Richter auszufüllenden unechten Lücke bejaht, da die Festsetzung des Bemessungszeitraumes nach Art. 37 Abs. 3 AVIV (unter Berücksichtigung von Art. 11 AVIV) zu einem verfassungswidrigen Ergebnis (Art. 34novies BV) führen würde.

- Wenn bei den letzten zwölf Monaten im Sinne von Art. 37 Abs. 3bis AVIV jene Monate unberücksichtigt bleiben, in denen der Versicherte keine Beschäftigung ausübte, wird Bundesrecht nicht verletzt.

Regeste (fr):
Art. 11 al. 1, 2 et 4 OACI: calcul de la période de cotisation. Notion de mois de cotisation en cas de travail irrégulier; champ d'application de l'art. 11 al. 2 OACI.

Art. 37 al. 3 et 3bis OACI: période de référence pour le calcul du gain assuré.

- Le terme "mois" désigne les mois de cotisation à l'art. 37 al. 2 OACI, mais les mois civils à l'art. 37 al. 3bis OACI.

- L'art. 37 al. 3bis OACI suppose que les variations de salaire sont dues à un motif particulier, propre au genre de contrat de travail.

- Dans la mesure où la fixation de la période de référence selon l'art. 37 al. 3 OACI (en relation avec l'art. 11 OACI) conduirait à un résultat contraire à la Constitution (art. 34novies Cst.), on doit admettre l'existence d'une lacune improprement dite, que le juge est appelé à combler.

- Ne viole pas le droit fédéral le fait de ne pas prendre en considération au nombre des douze derniers mois, au sens de l'art. 37 al. 3bis OACI, les mois au cours desquels l'assuré n'a pas exercé d'activité.

Regesto (it):
Art. 11 cpv. 1, 2 e 4 OADI: calcolo del periodo di contribuzione. Nozione di mese di contribuzione nel caso di assicurati che lavorano in modo irregolare; campo d'applicazione dell'art. 11 cpv. 2 OADI.

Art. 37 cpv. 3 e 3bis OADI: periodo di calcolo per il guadagno assicurato.

- Per "mesi" secondo l'art. 37 cpv. 2 OADI s'intendono i mesi di contribuzione, mentre giusta l'art. 37 cpv.

3bis OADI quelli civili.

- L'art. 37 cpv. 3bis OADI presuppone che le variazioni di salario siano dovute a motivo particolare, riconducibile alla natura del rapporto di lavoro.

- Ammessa la sussistenza di una lacuna impropria che il giudice è chiamato a colmare, poiché la fissazione del periodo di calcolo conformemente all'art. 37 cpv. 3 OADI (tenuto conto dell'art. 11 OADI) condurrebbe a soluzione contraria alla Costituzione (art. 34novies Cost.).

- Se negli ultimi dodici mesi ai sensi dell'art. 37 cpv. 3bis OADI non sono considerati quelli in cui l'assicurato era inattivo, non è data violazione del diritto federale.

Sachverhalt ab Seite 166

BGE 121 V 165 S. 166

A.- S., von Beruf Filmschaffender, meldete sich Anfang November 1991 bei der Arbeitslosenkasse GBI (damals noch GBH) zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 21. Oktober 1991 an und unterzog sich ab diesem Datum der Stempelkontrolle. Zuvor hatte er als Beleuchter oder Bühnenbauer an verschiedenen Stellen gearbeitet, wobei es sich in der Regel um befristete Einsätze handelte, die häufig auf Abruf erfolgten. Auf diese Weise war er innerhalb der für ihn geltenden Beitragsrahmenfrist (21. Oktober 1989 bis 20. Oktober 1991) nach Lage der Akten an insgesamt 134,1 Tagen für verschiedene Arbeitgeber tätig gewesen. Mit Verfügung vom 16. Juli 1992 setzte die Arbeitslosenkasse den versicherten Verdienst für S. gestützt auf Art. 37 Abs. 3bis AVIV aufgrund des in den letzten zwölf Monaten (8. Oktober 1990 bis 7. Oktober 1991) erzielten Gesamteinkommens von Fr. 32'447.55 auf Fr. 2'704.– pro Monat fest.

B.- Beschwerdeweise liess der Versicherte die Erhöhung des versicherten Verdienstes auf Fr. 6'605.05 beantragen. Demgegenüber errechnete das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA), Zürich, - seinerseits ausgehend von einem nach Abs. 3 von Art. 37 AVIV festgelegten Bemessungszeitraum (Juli 1990 bis August 1991) und einem in diesem erzielten Gesamteinkommen von Fr. 34'992.55 - einen versicherten Verdienst von monatlich Fr. 2'916.05.

BGE 121 V 165 S. 167

Mit Entscheid vom 29. März 1993 hiess die Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich die Beschwerde in dem Sinne teilweise gut, dass sie den versicherten Verdienst auf Fr. 2'809.80 anhob. Dabei erachtete sie mit dem KIGA Art. 37 Abs. 3 AVIV als anwendbar. Weiter hielt die Rekurskommission im wesentlichen fest, dass als "Beitragsmonat" gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIV jeder volle Kalendermonat gelte, in dem der Versicherte beitragspflichtig sei, wobei sich der Beitragsmonat in zeitlicher Hinsicht mit dem Kalendermonat decke. Folglich dienten vorliegendenfalls die letzten zwölf Beitragsmonate als Bemessungsgrundlage, doch sei dabei - entgegen dem KIGA - auch der Monat April 1991 zu berücksichtigen, weil es bei der Anwendung von Art. 40 AVIV nicht auf den einzelnen Monatsverdienst, sondern auf den Durchschnittslohn im Bemessungszeitraum ankomme. Letzterer erstrecke sich von August 1990 bis August 1991, in welcher Zeit der Versicherte ein Einkommen von Fr. 33'717.55 erzielt habe.

C.- S. lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Begehren, der versicherte Verdienst sei auf monat-

lich Fr. 7'551.– zu erhöhen. Die Arbeitslosenkasse verzichtet auf eine Stellungnahme zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) deren Abweisung beantragt. Auf die Begründung der Anträge wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. Gegenstand der vom Beschwerdeführer angefochtenen Kassenverfügung vom 16. Juli 1992 bildete allein die Frage der Höhe des versicherten Verdienstes. Auch im vorliegenden Verfahren gilt es daher einzig über dieses Element der Leistungsberechnung zu befinden, während die Anspruchsberechtigung an sich (Art. 8 AVIG) ausser Frage steht.

2. a) Die Arbeitslosenkasse hat bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums Abs. 3bis von Art. 37 AVIV angewandt, während KIGA und Vorinstanz dessen Abs. 3 als massgeblich erachten. Nach Abs. 1 des als Ausführungsnorm zu Art. 23 Abs. 1 AVIG erlassenen Art. 37 AVIV gilt als Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst in der Regel der letzte Beitragsmonat (Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Art. 37 Abs. 1 AVIV). Weicht der Lohn im letzten Beitragsmonat um mindestens 10 Prozent vom Durchschnittslohn der letzten

sechs Monate (vor dem 1. Januar 1992: drei Monate) ab, so wird der versicherte Verdienst aufgrund dieses Durchschnittslohnes berechnet (Art. 37 Abs. 2 AVIV). Wirkt sich die Bemessung aufgrund der Abs. 1 und 2 für den Versicherten unbillig aus, so kann die Kasse auf einen längeren Bemessungszeitraum, höchstens aber auf die letzten zwölf Beitragsmonate, abstellen (Art. 37 Abs. 3 AVIV). Schliesslich legt Abs. 3bis fest, dass bei Lohnschwankungen, die auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind oder in der Art des Arbeitsverhältnisses liegen, der versicherte Verdienst auf den letzten zwölf Monaten, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit ermittelt wird. Die dargelegte Fassung von Abs. 2 des Art. 37 AVIV steht wie dessen neugeschaffener Abs. 3bis seit dem 1. Januar 1992 in Kraft. Da die entsprechende Verordnungsnovelle vom 28. August 1991 keine besondere Übergangsordnung enthält (AS 1991 III 2132), gelten die allgemeinen übergangsrechtlichen Regeln zur (unechten) Rückwirkung (vgl. BGE 119 V 206 Erw. 5c/dd, BGE 110 V 254 Erw. 3a mit Hinweisen). b) Der Beschwerdeführer begründet seinen Standpunkt im wesentlichen unter Berufung auf Art. 11 Abs. 2 AVIV. Art. 11 AVIV, auf den Art. 37 Abs. 1 AVIV hinsichtlich des "Beitragsmonats" verweist, regelt die Ermittlung der Beitragszeit. Nach Abs. 1 zählt als Beitragsmonat jeder volle Kalendermonat, in dem der Versicherte beitragspflichtig ist. Gemäss Abs. 2 werden Beitragszeiten, die nicht einen vollen Kalendermonat umfassen, zusammengezählt (Satz 1), wobei je 30 Kalendertage als ein Beitragsmonat gelten (Satz 2). Sodann bestimmt Abs. 3 unter anderem, dass Zeiten, für die der Versicherte einen Ferienlohn bezogen hat, in gleicher Weise zählen. Aus Abs. 4 schliesslich geht hervor, dass die Beitragszeit von Teilzeitbeschäftigten nach den gleichen Regeln ermittelt wird wie bei Arbeitnehmern mit Vollzeitbeschäftigung; übt der Versicherte gleichzeitig mehrere Teilzeitbeschäftigungen aus, so wird die Beitragszeit nur einmal gezählt. Das Eidg. Versicherungsgericht hat in einem zu Art. 11 Abs. 2 AVIV ergangenen Urteil entschieden, dass die effektiven Arbeitstage (= Tage einer beitragspflichtigen Beschäftigung) mit dem Faktor 1,4 in Kalendertage umzurechnen sind, damit - wie beim vollen Kalendermonat nach Art. 11 Abs. 1 AVIV - auch Tage der Nichtbeschäftigung (wie Samstage und Sonntage) im Ergebnis als Beitragszeit berücksichtigt werden (ARV 1992 Nr. 1 S. 70 Erw. 3). Gemäss einem früheren Urteil ist sodann eine Ferienentschädigung in der

Weise in Beitragszeit umzurechnen, dass einerseits der Betrag, auf den sich die Ferienentschädigung in Franken beziffert, ermittelt und anderseits festgestellt wird, wieviele Ferientage oder -wochen durch die Entschädigung abgegolten werden. Dabei hat das Eidg. Versicherungsgericht indes zugleich die vom BIGA aufgeworfene Frage offengelassen, wie die Ferienentschädigung in Beitragszeit umzurechnen ist, wenn man es mit einer Teilzeitbeschäftigung zu tun hat (BGE 112 V 226 Erw. 2d). c) Im folgenden scheint es angezeigt, zunächst der Frage nachzugehen, was unter einem Beitragsmonat im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIV insbesondere bei jenen Versicherten zu verstehen ist, die unregelmässig arbeiten. aa) Für die Beurteilung dieser von der Rechtsprechung - soweit ersichtlich - bislang nicht ausdrücklich aufgegriffenen Frage ist von Art. 11 Abs. 4 Satz 1 AVIV auszugehen, wonach für die Ermittlung der Beitragszeit bei Teilzeitbeschäftigten die gleichen Regeln gelten wie bei Vollzeitbeschäftigten. Welche Tätigkeitsformen unter den Begriff der Teilzeitbeschäftigung fallen sollen, wird indes - obwohl der Begriff verschiedentlich auftaucht (Art. 10 Abs. 2 AVIG) - im Recht der Arbeitslosenversicherung nicht näher umschrieben. Auch die Rechtsprechung hat sich dazu nicht grundsätzlich, sondern eher beiläufig und punktuell geäussert. Insofern wurde etwa erkannt, dass Teilzeitarbeit auch dann vorliegen kann, wenn die Arbeitsleistung nicht in zusammenhängenden Zeitabschnitten erfolgt (BGE 115 V 432 Erw. 2c/aa in fine). Weiter wurde Teilzeitbeschäftigung in einem Fall angenommen, in dem sich der Versicherte im Rahmen einer über den einzelnen Arbeitseinsatz hinausgreifenden vertraglichen Bindung verpflichtet hatte, sich während einer nicht bestimmten Dauer zur Arbeitsleistung auf Abruf bereitzuhalten (ARV 1991 Nr. 7 S. 81 Erw. 2b). Werden die Begriffe "Arbeitsverhältnis" (Art. 10 AVIG) und "Teilzeitbeschäftigung" (Art. 10 AVIG, Art. 11 AVIV) als Rechtsverhältnis im schuldrechtlichen Sinne verstanden (ARV 1989 Nr. 5 S. 82 Erw. 4; vgl. ferner 1991 Nr. 7 S. 81 Erw. 2b), kann auf die gesetzliche Umschreibung in Art. 319 Abs. 2 OR zurückgegriffen werden. Danach definiert sich Teilzeitarbeit als regelmässige Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit im Dienst des Arbeitgebers, zu der sich ein Arbeitnehmer vertraglich verpflichtet. Das Merkmal der Regelmässigkeit gilt nach herrschender Lehre nicht als begriffsnotwendig. Entscheidend ist nicht der Rhythmus, sondern allein die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Auf diese

Weise lässt sich die Teilzeitarbeit gegenüber der nur vorübergehend ausgeübten Aushilfs- oder Abrufertätigkeit abgrenzen, bei der mit dem jeweiligen Einsatz ein neues Arbeitsverhältnis begründet wird (zum Ganzen vgl. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 1990, S. 285; REHBINDER, Berner Kommentar, VI/2, 2. Teilband, 1985, N. 27 f. zu Art. 319, der "wiederholt" mit "fortgesetzt" berichtigt, und Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 1994, S. 6 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). bb) Dieser Betrachtungsweise haben sich sowohl Literatur als auch Verwaltungspraxis zur Arbeitslosenversicherung angeschlossen, welche Teilzeitbeschäftigung als regelmässige oder unregelmässige Arbeitsleistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit im Rahmen eines ununterbrochenen Arbeitsverhältnisses definieren (GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. 1, 1987, N. 25 und 27 zu Art. 10 AVIG, vgl. auch N. 6 zu Art. 13 AVIG; Rz. 15 des ab 1. Januar 1992 geltenden BIGA-Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung [KS-ALE]). Deshalb wird nicht nur in bezug auf Art. 13 Abs. 1 AVIG, sondern namentlich auch auf Art. 11 Abs. 1 AVIV festgehalten, dass es für die Bestimmung des Beitragsmonats auf die formale Dauer des Arbeitsverhältnisses ankomme (a.a.O., N. 4 und 8 zu Art. 13 AVIG). Nachdem das AVIG im Gegensatz zum früheren Recht nicht mehr mit vollen Arbeitstagen, sondern mit Beitragsmonaten rechnet (vgl. auch STAUFFER, Die Arbeitslosenversicherung, 1984, S. 14), werde erreicht, dass auch solche Teilzeitbeschäftigte die Beitragszeit

erfüllen können, die "nur während sehr weniger Stunden im Kalendermonat" eine beitragspflichtige Beschäftigung ausüben (GERHARDS, a.a.O., N. 5 zu Art. 13 AVIG). Für einen Arbeitnehmer, der im Rahmen eines sich über mehrere Monate erstreckenden Arbeitsverhältnisses regelmässig oder unregelmässig (unter Umständen auf Abruf) eine Arbeitsleistung erbringt, folgt hieraus zwangsläufig, dass jeder Kalendermonat, in dem Arbeit geleistet wird, als (ein) Beitragsmonat gilt, während jene Kalendermonate innerhalb dieses Arbeitsverhältnisses ausser Betracht fallen, in denen der Arbeitnehmer an gar keinem Tag gearbeitet hat (GERHARDS, a.a.O., N. 9 zu Art. 13 AVIG). Dies kann - wie der Beschwerdeführer an sich richtig vorbringt - so weit gehen, dass mit sechs Arbeitstagen verteilt auf sechs verschiedene Monate die Mindestbeitragszeit erfüllt wird. Ein solches Ergebnis mag krass anmuten, steht indes zum übergeordneten Art. 13 Abs. 1 AVIG keineswegs in Widerspruch, welche

Bestimmung nämlich nicht eine Mindestzahl von vollen Arbeitstagen verlangt, sondern bloss die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während mindestens sechs Monaten. Abgesehen davon ergäbe sich in jenem Fall eine Korrektur in der Weise, dass ein Leistungsbezug am Erfordernis des anrechenbaren Arbeitsausfalls (Art. 11 AVIG) und/oder an der Mindestgrenze des versicherten Verdienstes (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 AVIG, Art. 40 AVIV) scheitern würde (GERHARDS, a.a.O., N. 5 zu Art. 13 und N. 29 zu Art. 23 AVIG). Wenn sich der Beschwerdeführer für seinen Standpunkt auf den zweiten Absatz von Art. 11 AVIV beruft, erscheint dies auf den ersten Blick als naheliegend. Bei näherer Betrachtung dringt er damit freilich nicht durch. Denn wenn Art. 11 Abs. 1 AVIV in Einklang mit Art. 13 Abs. 1 AVIG jenen Monat als vollen Kalendermonat gelten lässt, in dem der Versicherte aufgrund eines während dieses ganzen Monats dauernden Arbeitsverhältnisses eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat, so kommt Art. 11 Abs. 2 AVIV eben nur zur Anwendung bei angebrochenen Kalendermonaten (Beginn oder Ende des Arbeitsverhältnisses im Laufe des Monats) oder aber bei Arbeitsverhältnissen, die nicht den ganzen Monat angedauert haben (GERHARDS, a.a.O., N. 10 zu Art. 13 AVIG; im gleichen Sinne STAUFFER, a.a.O., S. 14). cc) Wird Art. 11 AVIV im soeben dargelegten Sinne verstanden, so kommt es im hier zu beurteilenden Fall für die Ermittlung des Bemessungszeitraums darauf an, ob der Beschwerdeführer seine Arbeit aufgrund von Teilzeitarbeitsverhältnissen oder im Rahmen von Einzeleinsätzen mit je neuem Arbeitsvertrag erbracht hatte. Ob und wie lange ein Arbeitsverhältnis bestand, ist dabei aufgrund einer faktischen Betrachtungsweise zu beurteilen (ARV 1989 Nr. 5 S. 82 f. mit Hinweis).

3. Die Beitragsrahmenfrist dauerte im Falle des Beschwerdeführers unbestrittenermassen vom 21. Oktober 1989 bis am 20. Oktober 1991. In dieser Zeit war er zumeist als Beleuchter tätig. Die Arbeitgeberbescheinigungen bezeichnen die Art der Arbeitsverhältnisse sehr unterschiedlich. Einmal wird von Temporärarbeitsverhältnis mit festem Beginn und Ende gesprochen, in andern Fällen von Vollzeitbeschäftigung, sei es mit, sei es ohne Angabe der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Mitunter ist von Teilzeitbeschäftigung, in den meisten Fällen jedoch von einer Beschäftigung auf Abruf oder von kurzen befristeten Einsätzen die Rede. Im allgemeinen vermitteln indes die Arbeitgeberbescheinigungen den Eindruck, dass es eher von Zufälligkeiten abhing, wie die nach dem Auswahlsystem

(multiple choice) gestellten Fragen zur Art des Arbeitsverhältnisses beantwortet wurden.

4. Vorweg fragt sich, ob vorliegendenfalls der Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst nach Abs. 3

von Art. 37 AVIV oder aber nach dessen Abs. 3bis festzulegen ist. a) Die Arbeitslosenkasse hat Art. 37 Abs. 3bis AVIV angewandt, dies in Übereinstimmung mit der vorgängig vom BIGA eingeholten Stellungnahme. Demgegenüber hat sich das KIGA ausdrücklich für Art. 37 Abs. 3 AVIV ausgesprochen mit dem Hinweis auf Rz. 149 KS-ALE, wonach diese Bestimmung dann anzuwenden sei, wenn Versicherte in der Beitragsrahmenfrist keinen "normalen" Verdienst ausweisen (z.B. Personen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen). Die Vorinstanz ist dieser Betrachtungsweise gefolgt mit der Begründung, dass Abs. 3bis auf "Personen beispielsweise aus dem Baugewerbe oder dem Forst- und Gartenbau" abziele, während Personen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen, zu denen namentlich auch Filmtechniker gehören (Art. 8 Abs. 1 AVIV), unter Abs. 3 fallen. Der Beschwerdeführer pflichtet der Vorinstanz bei und hält fest, dass in bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 37 Abs. 3 AVIV Einigkeit bestehe. Ob diese Rechtsauffassung standhält, ist im folgenden von Amtes wegen zu prüfen. b) Bei näherer Betrachtung der ersten drei Absätze von Art. 37 AVIV fällt auf, dass hier der letzte bzw. die sechs (vor 1992: drei) oder höchstens zwölf letzten Beitragsmonate den Bemessungszeitraum bilden. Dass Abs. 2 bloss von "Monaten" spricht, kann nicht bedeuten, es gehe hier um Kalendermonate. Denn wenn nach Abs. 2 der Lohn des letzten "Beitragsmonats" mit demjenigen aus einem längeren Zeitraum zu vergleichen ist, so können unter den Monaten dieses längeren Zeitraums nicht unmittelbar vorangehende Kalendermonate, sondern allein gleichartige Perioden, also - wie auch in Abs. 3 (dazu ARV 1992 Nr. 1 S. 71 Erw. 4) - ebenfalls nur Beitragsmonate gemeint sein. In diesem Sinne geht denn auch GERHARDS (a.a.O., N. 18 zu Art. 23 AVIG) bei Abs. 2 zu Recht von Beitragsmonaten aus. Weiter fällt auf, dass die beiden Ausnahmen (Abs. 2 und 3) zur Grundregel in Abs. 1 sich gegenüber dieser abgrenzen, indem der auf dem längeren Bemessungszeitraum ermittelte Verdienst sich bloss quantitativ von demjenigen nach Abs. 1 unterscheidet (Abs. 2: Abweichung um mind. 10% nach unten oder oben; Abs. 3: für den Versicherten günstigerer, also höherer Verdienst). Die Gründe für diese quantitativen Schwankungen können etwa

darin liegen, dass der Versicherte vielleicht wiederholt die Stelle gewechselt und allenfalls nur eine Teilzeitarbeit verrichtet hat (vgl. BGE 112 V 220 , ARV 1992 Nr. 1 S. 70 f.; ferner BGE 111 V 244), dass der Lohn leistungsabhängig bemessen ist (etwa bei Vertretern auf Provisionsbasis) oder dass ein Versicherter, der in einem Dauerarbeitsverhältnis steht und nur auf Abruf zum Einsatz kommt, eben nur in unterschiedlichem Masse abgerufen wird (z.B. Aushilfsverkaufspersonal, Securitas-Wächter). Demgegenüber bringt der nachträglich eingefügte Abs. 3bis von Art. 37 AVIV zwei neue Kriterien ins Spiel. Erstens stellt diese Bestimmung keine Ausnahme zu Abs. 1 dar, knüpft also nicht an den dortigen "Beitragsmonat" an, sondern enthält einen neuen, eigenständigen Bemessungszeitraum, nämlich die letzten zwölf Kalendermonate. Dies gelangt zwar im Wortlaut nicht zum Ausdruck, da Abs. 3bis nur von den "letzten zwölf Monaten" spricht. Indes kann kein anderer Zeitraum als ein solcher von Kalendermonaten gemeint sein, ansonsten Abs. 3bis keinen Sinn ergäbe im Vergleich zu Abs. 3, der ja bereits an (max. 12) Beitragsmonate anknüpft. Sodann kommt mit Abs. 3bis ein neuer, qualitativer Gesichtspunkt zum Tragen, indem nicht irgendwelche Lohnschwankungen (denen bereits die Abs. 2 und 3 Rechnung tragen) Anlass für die Anwendung von Abs. 3bis geben, sondern nur solche Lohnschwankungen, die "auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind" oder die "in der Art des Arbeitsverhältnisses liegen". Mit andern Worten setzt Abs. 3bis einen besonderen, in der Art des Arbeitsverhältnisses angelegten Grund für die Lohnschwankungen voraus. Das BIGA erwähnt in seinem Kreisschreiben als Beispiele für solche Arbeitsverhältnisse diejenigen von Abrufbeschäftigten und Heimarbeitern im Auftragsverhältnis (Rz. 150 KS-ALE), während es als Anwendungsbeispiele für Art. 37 Abs. 3 AVIV "Personen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen" nennt (Rz. 149 KS-ALE), mithin solche Personen, auf die Art. 8 AVIV (Wartezeit) zugeschnitten ist, in welcher Bestimmung Filmtechniker ausdrücklich erwähnt sind. Die Vorinstanz beruft sich denn auch - wie erwähnt - für die Anwendbarkeit von Art. 37 Abs. 3 AVIV ausdrücklich auf das betreffende Kreisschreiben und Art. 8 AVIV. Allerdings wurde das Beispiel vom BIGA zu Art. 37 Abs. 3 AVIV unglücklich gewählt, während sich anderseits die vorinstanzliche Auffassung als falsch erweist. Bei den in Art. 8 Abs. 1 AVIV genannten Personen geht es nämlich gerade um solche, die eine Tätig-

keit ausüben, die durch Arbeitseinsätze von unregelmässiger Dauer und

BGE 121 V 165 S. 174

Häufigkeit, dies verbunden mit Beschäftigungslücken zwischen den Engagements, gekennzeichnet sind, und deren Einkommen eben wegen dieser Art der Beschäftigung grossen Schwankungen unterliegt. Der neue Abs. 3bis von Art. 37 AVIV zielt, soweit es um die dort genannte Variante "Art des Arbeitsverhältnisses" geht, ebenfalls genau auf diese Gruppe von Personen ab. c) aa) Im vorliegenden Fall verteilen sich die verschiedenen Einsätze während der Beitragsrahmenfrist auf insgesamt 13 Arbeitgeber. Die Länge der Einsätze variiert von einem Tag über wenige Tage bis zu insgesamt 24 Tagen, wobei sich letztere auf acht Monate innerhalb von 22 Monaten verteilen. Die längsten Einsätze je Firma und Monat machen in einem Fall neun Tage, in zwei Fällen acht Tage und in vier Fällen sieben Tage aus. Dementsprechend schwanken die Verdienste. Sie gehen - laut der in den Akten enthaltenen Aufstellung des KIGA vom 7. September 1992 - von Fr. 400.– bis Fr. 500.– im Kalendermonat (März, Mai und November 1990 sowie April 1991) über rund Fr. 4'200.– bis Fr. 4'500.– (April, September 1990 und März 1991) bis zu rund Fr. 5'300.– bis Fr. 5'400.– (Juni 1990 sowie Januar und Juli 1991). Wenngleich die Firmen mehr oder weniger genau den Beginn und das Ende des Arbeitsverhältnisses angeben, können nach den gesamten Umständen und im Hinblick auf die massgebende faktische Betrachtungsweise keine unregelmässigen Teilzeitbeschäftigungsverhältnisse angenommen werden. Vielmehr liegt ein typischer Fall vor, bei dem die Lohnschwankungen ihren Grund in der speziellen Art der Arbeitsverhältnisse haben. Dies spricht entgegen KIGA und Vorinstanz für die Anwendbarkeit von Art. 37 Abs. 3bis AVIV. bb) Ausgehend von den unbestritten gebliebenen Angaben in der KIGA-Aufstellung vom 7. September 1992 ergibt sich für den Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 37 Abs. 3bis AVIV ein versicherter Verdienst von monatlich Fr. 2'703.–. Als Bemessungszeitraum dienen dabei die letzten zwölf Kalendermonate (vgl. Erw. 4b), mithin die Zeit von September 1990 bis August 1991, in welcher Periode der Beschwerdeführer ein Gesamteinkommen von Fr. 32'432.55 erzielte. Dabei ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass bei der Bestimmung des Bemessungszeitraumes auch diejenigen Monate zu berücksichtigen sind, in denen der Verdienst weniger als Fr. 500.– ausmachte (vgl. Rz. 151 KS-ALE). Denn wie im angefochtenen Gerichtsentscheid richtig ausgeführt wird, handelt es sich bei dem in Art. 40 AVIV verankerten Mindestverdienst von monatlich Fr. 500.– aufgrund des in der fraglichen Bestimmung enthaltenen Zusatzes "während des

BGE 121 V 165 S. 175

Bemessungszeitraumes" um einen Durchschnittswert.
cc) Im übrigen hat die Vorinstanz ihrerseits einen versicherten Verdienst von Fr. 2'809.80 ermittelt, wobei sie sich ausdrücklich darauf beruft, dies ergebe sich aus der Anwendung von Art. 37 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 AVIV. Dies trifft indes nicht zu. Richtig besehen hat die Vorinstanz nämlich nicht Abs. 3, sondern Abs. 3bis von Art. 37 AVIV angewandt. Dies folgt daraus, dass sie letztlich den "Beitragsmonat" (gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIV) mit dem Kalendermonat gleichgesetzt und daher genauso mit zwölf Kalendermonaten gerechnet hat. Hinzu kommt, dass sie dabei nur die zwölf letzten Kalendermonate berücksichtigt hat, in denen der Beschwerdeführer tatsächlich einer Beschäftigung nachging. Wird in diesem Sinne im vorliegenden Fall der Monat Juni 1991 ausser acht gelassen, ergibt sich für den Beschwerdeführer ein Bemessungszeitraum von August 1990 bis August 1991. dd) Würde demgegenüber tatsächlich gemäss Art. 37 Abs. 3 AVIV vorgegangen und dies unter Berücksichtigung von "Beitragsmonaten", wie sie aufgrund von Art. 11 AVIV zu verstehen sind, so ergäbe sich ein völlig anderes Bild: Ausgehend davon, dass keine längerdauernden, sich über mindestens einen Kalendermonat erstreckenden Arbeitsverhältnisse vorliegen, wären zunächst alle Beschäftigungstage

innerhalb der Beitragsrahmenfrist zusammenzuzählen. Gemäss KIGA-Aufstellung vom 7. September 1992 ergäbe dies nach Aufrundung der angebrochenen auf ganze Tage insgesamt deren 136. Diese wären alsdann im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AVIV mit Faktor 1,4 (ARV 1992 Nr. 1 S. 70) in 190,4 Kalendertage umzurechnen. Sodann müsste - in Anwendung von Art. 11 Abs. 3 AVIV und BGE 112 V 226 Erw. 2d - die im Lohn enthaltene Ferienentschädigung in entsprechende Beitragszeit um- und angerechnet werden (zum Ganzen vgl. Erw. 2b). Wird dabei der Einfachheit halber und ohne Präjudizierung der seit BGE 112 V 227 Erw. 2d noch immer offenen Frage davon ausgegangen, es handle sich bei den Arbeitstagen des Beschwerdeführers um ganze Tage, und wird im übrigen auf einen durchschnittlichen Ferienentschädigungssatz von 9,45% abgestellt, ergäben sich weitere 18 Tage, die zu den 190,4 Tagen hinzuzuzählen wären. Wenn nun der Gesamtverdienst gemäss KIGA-Aufstellung vom 7. September 1992 von Fr. 55'701.75 durch das so ermittelte Total von 208,4 Tage geteilt und mit 30 multipliziert würde (vgl. BGE 112 V 228 Erw. 3b), resultierte daraus ein versicherter Monatsverdienst von Fr. 8'018.50. Die - nach Massgabe von

Art. 11 AVIV, auf den Art. 37 Abs. 1 AVIV für den Beitragsmonat verweist - korrekt durchgeführte Ermittlung von Bemessungszeitraum und versichertem Verdienst führte damit zu einem Ergebnis, das schlechthin nicht vertretbar wäre. Erfolgte die Berechnung hingegen in der vom Eidg. Versicherungsgericht in ARV 1992 Nr. 1 S. 71 bestätigten Weise, nämlich indem das Gesamteinkommen nicht durch die Zahl der Kalender-, sondern der möglichen Arbeitstage (= Beschäftigungstage) geteilt und mit 21,7 zum Monatsverdienst hochmultipliziert würde, so ergäbe sich gar ein noch höherer versicherter Monatsverdienst von Fr. 8'887.70. Beide der aufgezeigten Berechnungsverfahren führten somit zu einem versicherten Verdienst von mehr als Fr. 8'000.– monatlich, mithin zu einem Betrag, den der Beschwerdeführer in dieser Höhe in keinem der in die Beitragsrahmenfrist fallenden Monate auch nur annähernd zu erzielen vermochte. Art. 37 Abs. 3 AVIV zeitigt somit bei Arbeitsverhältnissen, die sich wie im vorliegenden Fall durch sporadische, kurzfristige Einsätze mit Beschäftigungslücken kennzeichnen, hinsichtlich der Höhe des versicherten Verdienstes und damit des Taggeldanspruchs (Art. 22 AVIG) Ergebnisse, die nicht mehr als "angemessener" Ersatz für den Erwerbsausfall aus einer normalen, üblichen Arbeitnehmertätigkeit gewertet werden können, wie dies gemäss Bundesverfassung (Art. 34novies Abs. 3 BV) und Gesetz (Art. 1 Abs. 1 AVIG) das Ziel der Arbeitslosenversicherung sein sollte (vgl. BGE 116 V 283 Erw. 2d mit Hinweis). Abgesehen davon ginge mit einem derart hohen versicherten Verdienst die Folge einher, dass dem Versicherten unter dem Gesichtspunkt des Lohn-/Taggeldvergleichs (Art. 16 Abs. 1 lit. e AVIG) praktisch keine Arbeit mehr zumutbar wäre. d) Angesichts des Ergebnisses, welches die Anwendung von Art. 37 Abs. 3 AVIV im vorliegenden Fall zeitigt, müsste - wenn es dessen Abs. 3bis noch nicht gäbe - auf eine unechte Lücke in Art. 37 AVIV geschlossen werden (BGE 111 V 327 , 106 V 70 Erw. 2a). Zwar enthält die alte Fassung von Art. 37 AVIV an sich eine Lösung. Diese führt aber in Fällen wie dem vorliegenden zu derart unbefriedigenden, ja verfassungswidrigen Ergebnissen, dass der Richter hier eingreifen und nach der Regel entscheiden muss, die er als Gesetzgeber (Art. 1 Abs. 2 ZGB) aufstellen würde (BGE 118 V 173 Erw. 2b; RKUV 1985 Nr. K 620 S. 78 je mit weiteren Hinweisen). Nun verhält es sich allerdings so, dass der Verordnungsgeber mit dem Erlass von Abs. 3bis zu Art. 37 AVIV bereits gehandelt und eine solchen Sonderfällen hinreichend

gerecht werdende Lösung getroffen hat. Insofern erübrigt sich ein richterliches Eingreifen. Dies gilt aber nur soweit, als ein konkreter Fall nach dem seit 1992 geltenden neuen Recht zu entscheiden ist. Vorliegend trifft

dies gerade nicht zu, nachdem der Beschwerdeführer bereits am 21. Oktober 1991 zum ersten Mal die Stempelkontrolle besuchte und der ab diesem Tag für die Taggeldberechnung massgebende versicherte Verdienst folglich aufgrund des damals geltenden alten Rechts zu ermitteln wäre. Weil dieses aber nach dem Gesagten zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führt, ist es angezeigt, den erst am 1. Januar 1992 in Kraft getretenen Abs. 3bis von Art. 37 AVIV im Sinne richterlicher Lückenfüllung auch im vorliegenden Fall anzuwenden. e) Zu prüfen bleibt schliesslich, wie es sich mit der Differenz verhält zwischen dem Ergebnis, wie es in Anwendung von Art. 37 Abs. 3bis AVIV unter Erw. 4c/bb ermittelt worden ist, und demjenigen im angefochtenen Gerichtsentscheid, das sich - wie gezeigt (Erw. 4c/cc) - faktisch auf dieselbe Bestimmung abstützt. Der Unterschied gründet darin, dass in der ersten Lösung die dem letzten Arbeitstag unmittelbar vorangehenden letzten zwölf Monate als Bemessungszeitraum dienen, während die Vorinstanz jenen Monat ausser acht gelassen hat, in dem keine Beschäftigung ausgewiesen war. Diese Lösung lässt sich durchaus mit Art. 37 Abs. 3bis AVIV vereinbaren. Zwar spricht der Wortlaut von den "letzten zwölf Monaten", was aber keineswegs bedingt, darunter nur die unmittelbar vorausgehenden zwölf Monate zu verstehen. So wie bei Art. 37 Abs. 3 AVIV zwischen einzelnen Beitragsmonaten Zeitlücken liegen können (ARV 1992 Nr. 1 S. 71), bestehen auch aufgrund des Wortlauts von Abs. 3bis keine Bedenken, jene Monate wegzulassen, in denen der Versicherte überhaupt keine Beschäftigung ausübte. Daher erweist sich die von der Vorinstanz getroffene Lösung im Ergebnis als richtig, dies mit der zu korrigierenden Begründung, dass vorliegend Art. 37 Abs. 3bis AVIV anwendbar ist. Dies führt zur Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.