Urteilskopf

121 V 51

10. Urteil vom 13. März 1995 i.S. Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit gegen W. und Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich
Regeste (de):
Art. 16 Abs. 1 lit. e und Art. 24 AVIG, Art. 40a AVIV: Zwischenverdienst; Anspruch auf Differenzausgleich.

- Zur Beurteilung der Frage, ob das von einem Versicherten mit einer Teilzeitbeschäftigung erzielte Einkommen im Sinne von Art. 16 Abs. 1 lit. e AVIG lohnmässig zumutbar ist, ist das auf der Grundlage des versicherten Tagesverdienstes gemäss Art. 40a AVIV berechnete Taggeld mit dem Bruttotagesverdienst zu vergleichen. Dieser ist bei den im Monatslohn angestellten Versicherten mit dem Divisor 21,7 zu ermitteln. Ist der Bruttotagesverdienst tiefer als das Bruttotaggeld, handelt es sich um Zwischenverdienst mit der Folge, dass die Voraussetzungen für einen Differenzausgleich nach Art. 24 Abs. 2 und 3 AVIG erfüllt sind. Andernfalls liegt eine lohnmässig zumutbare Arbeit vor, und für die Annahme eines Zwischenverdienstes bleibt kein Raum.

Regeste (fr):
Art. 16 al. 1 let. e et art. 24 LACI; art. 40a OACI: gain intermédiaire; droit à l'indemnisation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire.

- Le point de savoir si le gain réalisé par un assuré travaillant à temps partiel constitue une rémunération convenable au sens de l'art. 16 al. 1 let. e LACI doit être tranché en comparant l'indemnité journalière - fixée sur la base du gain journalier assuré selon l'art. 40a OACI - avec le gain journalier brut. Celui-ci, chez les assurés payés au mois, est calculé en divisant le salaire mensuel par 21,7. Si le gain journalier brut est inférieur à l'indemnité journalière brute, il constitue un gain intermédiaire et les conditions du droit à l'indemnisation de la différence (art. 24 al. 2 et 3 LACI) sont réalisées. Si tel n'est pas le cas, l'activité en question est réputée convenable eu égard au salaire offert et il n'y a pas place pour la prise en considération d'un gain intermédiaire.

Regesto (it):
Art. 16 cpv. 1 lett. e ed art. 24 LADI, art. 40a OADI: guadagno intermedio; diritto a compensazione della differenza.

- Per stabilire se il guadagno conseguito da un assicurato mediante l'esercizio di un'attività a tempo parziale sia adeguato dal profilo salariale ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 lett. e LADI, occorre paragonare l'indennità giornaliera calcolata sulla base del guadagno giornaliero assicurato secondo l'art. 40a OADI con il guadagno giornaliero lordo. Quest'ultimo è determinato, nel caso di assicurati che percepiscono un salario mensile, applicando il divisore 21,7. Se il guadagno giornaliero lordo è d'importo inferiore all'indennità giornaliera lorda, esso costituisce guadagno intermedio; sono in tal caso adempiuti i presupposti per una compensazione della differenza giusta l'art. 24 cpv. 2 e 3 LADI. Altrimenti sussiste un'occupazione adeguata per quanto riferita alla retribuzione e non c'è spazio per ammettere un guadagno intermedio.

Sachverhalt ab Seite 52

A.- Die 1941 geborene W. arbeitete seit April 1991 im Umfang von 20 Stunden in der Woche als kaufmännische Angestellte bei der Firma I. AG. Ihr Lohn belief sich auf Fr. 2'900.– im Monat, zuzüglich 13. Monatslohn. Auf Ende 1992 kündigte die I. AG das Anstellungsverhältnis. Ab Dezember 1992 war W. für den nämlichen Betrieb noch während 15 Stunden in der Woche (37,5% einer Vollzeitbeschäftigung) tätig, wobei ihr Bruttomonatsgehalt ab Januar 1993 Fr. 2'240.35, zuzüglich 13. Monatslohn, betrug. Am 14. Dezember 1992 stellte sie Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 1992. Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich rechnete das mit der reduzierten Arbeitszeit erzielte Einkommen als Zwischenverdienst an und vergütete der Versicherten für den Monat Januar 1993 eine Arbeitslosenentschädigung in Höhe von Fr. 486.35. Laut Abrechnung vom 13. März 1993 ergab sich für den Monat Februar 1993 kein Entschädigungsanspruch, worauf sich W. am 23. März 1993 an die Arbeitslosenkasse wandte und geltend machte, ihr Lohnausfall für diesen Monat betrage Fr. 714.05, weshalb ihr eine Arbeitslosenentschädigung von Fr. 571.25 (80% von Fr. 714.05) zustehe. Mit Schreiben vom 30. März 1993 teilte die Arbeitslosenkasse der Versicherten mit, eine Differenzzahlung könne nur geleistet werden, wenn das Ersatzeinkommen geringer sei als die ihr für den entsprechenden Monat zustehende Arbeitslosenentschädigung, und erläuterte die Abrechnung vom 13. März 1993 wie folgt: "Die mögliche Arbeitslosenentschädigung für den Februar 1993 beträgt Fr. 2'316.– (20 x Fr. 115.80). Der Zwischenverdienst von Fr. 2'426.95 übersteigt die mögliche Arbeitslosenentschädigung, weshalb keine Differenzzahlung möglich ist".

B.- In Gutheissung der von W. eingereichten Beschwerde hob die Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich die Taggeldabrechnung vom 13. März 1993 auf und verpflichtete die Arbeitslosenkasse, der Versicherten für den Monat Februar 1993 einen Differenzausgleich von Fr. 571.76 zu bezahlen (Entscheid vom 29. September 1993).

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragte das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA), der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und die Sache sei zu neuer Entscheidung an die kantonale Rekurskommission zurückzuweisen. W. schloss auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während die Arbeitslosenkasse das Rechtsbegehren des BIGA unterstützte. In einer weiteren Eingabe vom 17. März 1994 äusserte sich W. nochmals zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde, worauf das Eidg. Versicherungsgericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnete und den Parteien Gelegenheit einräumte, zu einem Berechnungsmodell Stellung zu nehmen, welches für die Prüfung des Anspruchs auf Differenzausgleich vom versicherten Tagesverdienst ausgeht. Auf die nachfolgend eingereichten Stellungnahmen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen Bezug genommen.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. Der Abrechnung vom 13. März 1993, mit welcher die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich der Beschwerdegegnerin eröffnete, dass ihr für den Monat Februar 1993 keine Arbeitslosenentschädigung zustehe, kommt in Verbindung mit dem Schreiben vom 30. März 1993, in dem die Verwaltung die Abrechnung erläuterte, trotz Fehlens formeller Verfügungsmerkmale materiell Verfügungscharakter zu (BGE 111 V 252 Erw. 1b). Denn sie stellt eine behördliche Anordnung dar, durch welche verbindlich festgelegt wird, dass die Versicherte für die in Frage stehende Kontrollperiode keine Arbeitslosenentschädigung beanspruchen kann. Die Vorinstanz ist daher zu Recht auf die hiegegen eingereichte Beschwerde eingetreten.

2. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG u.a. voraus, dass der Versicherte einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Der Arbeitsausfall ist nach Art. 11 Abs. 1 AVIG

anrechenbar, wenn er einen Verdienstausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert.

BGE 121 V 51 S. 54

Gemäss Art. 24 AVIG (in der seit 1. Januar 1992 in Kraft stehenden Fassung) gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt (Abs. 1). Der Versicherte hat Anspruch auf 80% des Verdienstausfalls, solange die Höchstzahl der Taggelder nicht bezogen ist (Abs. 2). 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 (Abs. 3 Satz 1).
In BGE 120 V 233 hat das Eidg. Versicherungsgericht erkannt, dass 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 (altArt. 24 AVIG) und der Ersatzarbeit (altArt. 25 AVIG) subsumiert wurden, Gegenstand des revidierten Art. 24 AVIG sind. Dabei hat der Versicherte solange 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. 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. Diese Grundsätze wurden in BGE 120 V 502 bestätigt.

3. a) Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin für den Monat Februar 1993 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in Form eines Differenzausgleiches hat. Dies hängt davon ab, ob das Einkommen, das sie mit der im Sinne von Art. 16 Abs. 1 lit. a bis d unbestrittenermassen zumutbaren Teilzeittätigkeit bei der Firma I. AG erzielt, die Zumutbarkeitsgrenze gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. e AVIG unterschreitet, weil nur in diesem Fall von einem Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 Abs. 1 AVIG gesprochen werden kann, der Anspruch auf Differenzausgleich gemäss Art. 24 Abs. 2 und 3 AVIG gibt. Für die Beurteilung der Frage, ob einem teilweise Arbeitslosen eine Teilzeitbeschäftigung lohnmässig zumutbar ist, muss der durch diese Beschäftigung erzielbare Bruttolohn mit der Brutto-Arbeitslosenentschädigung verglichen werden, die ohne diesen Bruttolohn zur Auszahlung gelangen müsste (BGE 114 V 347 Erw. 2b). In Erw. 3 (S. 349) wird beigefügt, dass dabei der während einer Kontrollperiode

BGE 121 V 51 S. 55

erzielbare Bruttolohn massgebend ist, dem die auf den gleichen Zeitraum entfallende Brutto-Arbeitslosenentschädigung gegenüberzustellen ist. Im folgenden ist zu prüfen, wie der Vergleich zwischen Bruttolohn und Brutto-Arbeitslosenentschädigung zu erfolgen hat und ob an einem kontrollperiodenbezogenen Vergleich festgehalten werden kann. b) Die Vorinstanz verglich den der Beschwerdegegnerin ab Januar 1993 ausgerichteten Bruttomonatslohn von Fr. 2'426.95 (einschliesslich Anteil 13. Monatslohn) mit der durchschnittlich zu erwartenden Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 2'513.33 (80% des versicherten Verdienstes von Fr. 3'141.67). Sie erachtete die Teilzeitbeschäftigung als lohnmässig unzumutbar, weil der damit erzielte Bruttolohn unter der durchschnittlich zu erwartenden Arbeitslosenentschädigung lag, weshalb sie den Anspruch auf Differenzausgleich bejahte. Das BIGA macht demgegenüber geltend, dem in der entsprechenden Kontrollperiode erzielten Bruttolohn sei die Arbeitslosenentschädigung gegenüberzustellen, auf welche die Versicherte im gleichen Kalendermonat ohne diesen Bruttolohn Anspruch gehabt hätte. Dies führe dazu, dass die Höhe der Arbeitslosenentschädigung von der Anzahl Taggelder und somit von der Anzahl Stempeltage abhängig sei, da je nach

Anzahl Wochentage in der betreffenden Kontrollperiode zwischen 20 und 23 Taggelder bezogen werden könnten. Dies habe zur Folge, dass derjenige Versicherte, der einen Zwischenverdienst im Monatslohn erhält, in bestimmten Monaten - wie in casu im Februar mit bloss 20 Bezugstagen - durch die "systemimmanente schwankende finanzielle Zumutbarkeitsgrenze" einen Verdienst erzielen könne, der im Vergleich mit der (monatlich schwankenden) Arbeitslosenentschädigung, die ohne diesen Verdienst zur Auszahlung gelangen müsste, höher sei. Dies wiederum bedeute, dass der Anspruch auf Differenzzahlung, wie hier, infolge der Verrichtung einer zumutbaren Arbeit für die in Frage stehende Kontrollperiode abgelehnt werden müsse. c) Weder die Lösung der Vorinstanz noch diejenige des BIGA vermögen vollends zu überzeugen, da die Prüfung des Anspruchs auf Differenzausgleich nicht auf der Grundlage von Vergleichsgrössen erfolgt, die auf die nämliche Weise ermittelt werden. Die Rekurskommission vergleicht den fixen Bruttomonatslohn mit der durchschnittlich zu erwartenden Arbeitslosenentschädigung; das BIGA wiederum berücksichtigt einerseits den in der jeweiligen Kontrollperiode erzielten Bruttomonatslohn und

andererseits die von der variablen Anzahl Stempeltage (je nach Kalendermonat 20 bis 23) abhängige Arbeitslosenentschädigung.

4. a) Eine sachgerechte Lösung, die der Tatsache Rechnung trägt, dass die Kalendermonate eine unterschiedliche Anzahl Stempeltage aufweisen, ergibt sich nur, wenn für Bruttolohn und Brutto-Arbeitslosenentschädigung identische Vergleichsgrössen herangezogen werden. Dabei ist es naheliegend, vom versicherten Tagesverdienst auszugehen, der gemäss Art. 40a AVIV ermittelt wird, indem der versicherte Monatsverdienst durch 21,7 geteilt wird. Das Bruttotaggeld beträgt dementsprechend 80% des versicherten Tagesverdienstes. Um eine übereinstimmende Vergleichsgrösse zu erhalten, ist auch der Bruttomonatslohn mit dem gleichen Divisor 21,7 auf einen Tagesverdienst umzurechnen. Ist der Bruttotagesverdienst tiefer als das Bruttotaggeld, handelt es sich um einen Zwischenverdienst mit der Folge, dass die Voraussetzungen für einen Differenzausgleich nach Art. 24 Abs. 2 und 3 AVIG erfüllt sind; verhält es sich umgekehrt - der Bruttotagesverdienst ist höher als das Bruttotaggeld -, liegt eine lohnmässig zumutbare Arbeit vor und für die Annahme eines Zwischenverdienstes bleibt kein Raum (BGE 120 V 233, 502). b) Diese Lösungsvariante hat den Vorteil, dass sich das "Schwankungsproblem" nicht mehr stellt, wie das BIGA in der Vernehmlassung vom 31. Oktober 1994 zu diesem Berechnungsmodell zutreffend bemerkt. Sowohl die für die Zwischenverdiensttätigkeit im Stundenlohn bezahlten als auch die im Monatslohn angestellten Versicherten laufen dank diesen Vergleichsgrössen grundsätzlich nicht mehr Gefahr, "Opfer einer schwankenden Zumutbarkeitsgrenze (bei fixem Zwischenverdienst) bzw. eines schwankenden Zwischenverdienstes (bei fixer Arbeitslosenentschädigung)" zu werden, weil kontrollperiodenunabhängige Beträge miteinander verglichen werden. c) Die vom BIGA aufgrund des Wortlauts von Art. 16 Abs. 1 lit. e AVIG geäusserten Bedenken sind unbegründet. Nach dieser Bestimmung ist eine Arbeit zumutbar, wenn sie dem Arbeitslosen einen Lohn einbringt, der nicht geringer ist, als die ihm zustehende Arbeitslosenentschädigung. Art. 16 Abs. 1 lit. e AVIG erwähnt nicht ausdrücklich, dass Bruttolohn und Brutto-Arbeitslosenentschädigung kontrollperiodenbezogen miteinander verglichen werden müssen. Vielmehr finden sich in dieser Vorschrift lediglich die Begriffe Lohn und Arbeitslosenentschädigung. Diese können durchaus im Sinne von Tagesverdienst und Taggeld verstanden werden. Soweit

in BGE 114 V 349 Erw. 3 - ohne nähere Begründung - dargelegt wird, für die Beurteilung der Zumutbarkeit von

- die Arbeitslosenentschädigung beendigenden - Teilzeitbeschäftigungen sei der während einer Kontrollperiode erzielbare Lohn massgebend, welchem die auf den gleichen Zeitraum entfallende Brutto-Arbeitslosenentschädigung gegenüberzustellen sei, kann daran nicht festgehalten werden. Für die vorstehend umschriebene Lösung spricht auch der Umstand, dass die Arbeitslosenentschädigung laut Art. 21 AVIG als Taggeld ausgerichtet wird, welches aufgrund des gemäss Art. 40a AVIV ermittelten Tagesverdienstes festzulegen ist, und der Versicherte Anspruch nicht auf eine Arbeitslosenentschädigung in Höhe von 80% des versicherten Verdienstes, sondern auf ein Taggeld hat, das 80% des versicherten (Tages-)Verdienstes beträgt (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 AVIG in der vorliegend anwendbaren, bis Ende März 1993 gültig gewesenen Fassung). Aus diesen Gesetzesbestimmungen erhellt, dass auch unter systematischen Auslegungsgesichtspunkten als Arbeitslosenentschädigung nicht die in einem Kalendermonat bezogene Entschädigung, sondern die auf einen Arbeitstag umgerechnete Entschädigung (Taggeld) gilt. Die Anwendung des einheitlichen Divisors 21,7 im Sinne von Art. 40a AVIV zur Ermittlung des versicherten Tagesverdienstes und damit zur Festlegung des Taggeldes hat denn auch zur Folge, dass der Versicherte nicht in jedem Kalendermonat eine Arbeitslosenentschädigung in Höhe von genau 80% seines versicherten Verdienstes erhält. Das Eidg. Versicherungsgericht hat indessen in dieser aus der Anwendung des einheitlichen Divisors 21,7 resultierenden Konsequenz keinen Verstoss gegen die Bestimmungen des AVIG erblickt (unveröffentlichtes Urteil B. vom 27. August 1985).

5. Ausgehend vom versicherten Monatsverdienst von Fr. 3'141.– ergibt sich im vorliegenden Fall ein versicherter Tagesverdienst von Fr. 144.70 (Fr. 3'141.–: 21,7). Das Bruttotaggeld beträgt demzufolge Fr. 115.75 (80% von Fr. 144.70). Der auf einen Tag umgerechnete Bruttolohn beläuft sich auf Fr. 111.83 (Fr. 2'426.95: 21,7). Da dieser Betrag tiefer ist als das Bruttotaggeld, handelt es sich um Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 Abs. 1 AVIG mit der Folge, dass die Beschwerdegegnerin für den Monat Februar 1993 grundsätzlich Anspruch auf Differenzausgleich nach Massgabe von Art. 24 Abs. 2 und 3 AVIG hat. Mit Bezug auf die Berechnung der Differenzzahlung ist zunächst die Differenz zwischen dem versicherten

Monatsverdienst und dem Zwischenverdienst zu ermitteln. Dieser beträgt im vorliegenden Fall Fr. 714.70 (Fr. 3'141.67 - Fr. 2'426.94), woraus sich ein Differenzausgleich von Fr. 571.76 (80% von Fr. 714.70) ergibt. Der angefochtene Entscheid erweist sich demnach im Ergebnis als Rechtens.