Urteilskopf

127 V 348

52. Auszug aus dem Urteil vom 27. Juli 2001 i. S. Staatssekretariat für Wirtschaft gegen R. und Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich
Regeste (de):
Art. 23 Abs. 1 und 4 AVIG; Art. 37 AVIV: Versicherter Verdienst.

Hat die versicherte Person zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit eine Teilzeitarbeit angenommen und dabei weniger als normalerweise verdient, so ist, gemäss BGE 112 V 226 Erw. 2c, für die Bestimmung des versicherten Verdienstes auf den letzten ordentlichen Verdienst abzustellen, der innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit noch während mindestens eines Monats erzielt worden ist.

BGE 112 V 220 ist demgegenüber seit dem Inkrafttreten des neuen Art. 23 Abs. 4 AVIG insoweit überholt, als er sich auf die Berechnung des versicherten Verdienstes in einer zweiten Leistungsrahmenfrist bezieht.

Regeste (fr):
Art. 23 al. 1 et 4 LACI; art. 37 OACI: Gain assuré.

Si, pour éviter le chômage, l'assuré a accepté un travail à temps partiel et qu'il en retire un gain inférieur à celui qu'il obtiendrait normalement, il faut, selon l'ATF 112 V 226 consid. 2c, calculer le gain assuré sur la base du dernier salaire normal réalisé, pendant un mois au moins, au cours du délai-cadre applicable à la période de cotisation.

L'ATF 112 V 220 est en revanche dépassé depuis l'entrée en vigueur du nouvel art. 23 al. 4 LACI, dans la mesure où cette norme a trait au calcul du gain assuré durant un second délai-cadre relatif à la période d'indemnisation.

Regesto (it):
Art. 23 cpv. 1 e 4 LADI; art. 37 OADI: Guadagno assicurato.

Qualora l'assicurato, al fine di ovviare alla disoccupazione, accetti un lavoro a tempo parziale procurantegli un guadagno inferiore a quello ottenuto normalmente, occorre, conformemente a DTF 112 V 226 consid. 2c, calcolare il guadagno assicurato sulla base dell'ultimo salario normale percepito per almeno un mese durante il termine quadro applicabile al periodo di contribuzione.

La giurisprudenza in DTF 112 V 220 non può viceversa più trovare applicazione a far tempo dall'entrata in vigore del nuovo art. 23 cpv. 4 LADI, nella misura in cui questa norma si riferisce al calcolo del guadagno assicurato durante un secondo termine quadro per la riscossione della prestazione.

Sachverhalt ab Seite 349

A.- Die 1965 geborene R. war seit 21. Februar 1995 bei der T. AG als Redaktorin tätig. Nachdem die T.

AG das Arbeitsverhältnis per 31. August 1996 beendet hatte, arbeitete R. anschliessend als freie Journalistin für verschiedene Printmedien, wobei sie gleichzeitig wieder eine vollzeitliche Festanstellung suchte. Am 20. Mai 1998 stellte R. Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 10. Mai 1998. Mit Verfügung vom 13. August 1998 bejahte die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI die Anspruchsberechtigung und setzte den versicherten Verdienst auf 3708 Franken fest.

B.- Dagegen erhob R. beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde und stellte das Rechtsbegehren, die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 13. August 1998 sei aufzuheben und der versicherte Verdienst neu nach ihrem als Redaktorin erzielten Einkommen festzulegen. Das kantonale Gericht hiess die Beschwerde in dem Sinne gut, als es den versicherten Verdienst auf Fr. 7655.70 festsetzte und die Sache an die Arbeitslosenkasse zur Vornahme von Differenzzahlungen zurückwies (Entscheid vom 21. März 2000).

C.- Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) führt hiegegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei die Verwaltungsverfügung vom 13. August 1998 zu bestätigen. R. lässt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen, während die Arbeitslosenkasse mit Hinweis auf die Begründung in der Verwaltungsverfügung und die Ausführungen des seco deren Gutheissung beantragt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Streitig und zu prüfen ist die Höhe des versicherten Verdienstes, welcher den Taggeldberechnungen zu Grunde zu legen ist, wobei die Frage des massgeblichen Bemessungszeitraumes im Vordergrund steht. Gestützt auf die Sonderfallregelung in Art. 37 Abs. 3bis AVIV setzte die Arbeitslosenkasse den versicherten Verdienst anhand der Einkommen der letzten zwölf vollen Kalendermonate innerhalb der vom 20. Mai 1996 bis 19. Mai 1998 dauernden Rahmenfrist für die Beitragszeit fest. Die Vorinstanz betrachtet dagegen die in BGE 112 V 226 Erw. 2c ergangene Rechtsprechung als anwendbar, wonach bei Personen, welche in Ausübung ihrer Schadenminderungspflicht zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit eine Ersatzarbeit (alt Art. 25

AVIG) oder Teilzeitbeschäftigung angenommen oder einen Zwischenverdienst (alt Art. 24 AVIG) erzielt und dabei weniger als normalerweise verdient haben, auf den letzten ordentlichen Verdienst abzustellen ist, den die versicherte Person innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit noch während mindestens eines Monats erzielt hat. Demgegenüber macht das Beschwerde führende seco geltend, BGE 112 V 226 Erw. 2c sei nicht mehr einschlägig, vielmehr gelte Art. 23 Abs. 4 AVIG (in der seit 1. Januar 1996 geltenden Fassung), wonach bei einer auf einem Zwischenverdienst beruhenden Verdienstberechnung die erhaltenen Kompensationszahlungen bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes mitberücksichtigt würden. Daher sei die in BGE 112 V 220 ergangene Rechtsprechung überholt.

3. a) Die Versicherte war innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit von zwei Jahren (Art. 9 Abs. 1 und 3 AVIG) bei vier verschiedenen Printmedien teilzeitlich als freie Journalistin tätig gewesen. Die Entlöhnung bemass sich nach Aufwand (Tagessätze) pro Artikel, wobei diese Beiträge jeweils lediglich wenige Tage in Anspruch nahmen. Vorher arbeitete die Beschwerdegegnerin in festen Arbeitsverhältnissen, zunächst als Volontärin (August 1990 bis Dezember 1992), anschliessend bis 31. August 1996 als Redaktorin mit einem 100%igen

Pensum. b) Die von der Arbeitslosenkasse angewendete Sonderregelung des Art. 37 Abs. 3bis AVIV sieht zwar vor, dass bei einem besonderen, in der Art des Arbeitsverhältnisses oder des branchenüblichen Arbeitszeitkalenders angelegten Grund für die Lohnschwankungen der versicherte Verdienst aus den letzten zwölf Kalender- und nicht Beitragsmonaten ermittelt wird, wobei mit der Wendung "Art des Arbeitsverhältnisses" in erster Linie die in Art. 8 Abs. 1 AVIV genannten Personen gemeint sind (BGE 121 V 173 Erw. 4b), welche Bestimmung den Beruf des Journalisten ausdrücklich aufführt. Daher ist die Anwendung des Art. 37 Abs. 3bis AVIV nicht zum Vornherein von der Hand zu weisen. Auf Grund der Aktenlage steht jedoch fest, dass die Versicherte rund sechs Jahre als Volontärin und Redaktorin in festen Arbeitsverhältnissen mit fixem Gehalt tätig war und in den massgeblichen zwei Jahren lediglich zur Schadensminderung und als Überbrückung bis zur nächsten Festanstellung als freie Journalistin Aufträge annahm. Dies wird auch durch die fast ausschliessliche Stellensuche in der angestammten Tätigkeit sowie durch den Umstand, dass die Beschwerdegegnerin seit 1. August 1999 wieder eine teilzeitliche Festanstellung als Redaktorin innehat,

BGE 127 V 348 S. 351

glaubhaft dargelegt. Daher ist bei vorliegender Sachlage Art. 37 Abs. 3bis AVIV nicht massgeblich, da bei dieser Art journalistischer Tätigkeit Lohnschwankungen gerade nicht üblich sind. c) Zu Recht erachtet das seco seine interne Verwaltungsweisung für arbeitslose Personen mit schwankendem Beschäftigungsrad (ALV-Praxis 97/1, Blatt 11) nicht als massgeblich. Die darin festgelegte differenzierte Betrachtungsweise sieht vor, dass sich der versicherte Verdienst nach dem gesuchten Beschäftigungsgrad bemisst, soweit der Versicherte innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit während mindestens sechs Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung im entsprechenden Umfang ausgeübt hat. Diese - im Übrigen mit Art. 37 AVIV vereinbare Weisung - erging zwar ebenfalls mit dem Zweck, dass Versicherten, welche den Verlust ihrer Arbeitsstelle oder die Reduktion des Beschäftigungsgrades kurz oder mittelfristig ohne Inanspruchnahme von Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu überbrücken versuchen, nicht zum Nachteil gereichen soll, wenn sie einen Taggeldanspruch nicht unmittelbar bei Eintritt der ganzen oder teilweisen Arbeitslosigkeit geltend machen. Die Beschwerdegegnerin war aber in den massgeblichen letzten zwei Jahren vor Anmeldung zum Taggeldbezug lediglich rund drei Monate bei der T. AG vollzeitig angestellt und anschliessend nur noch tageweise tätig, sodass die Anwendung dieser Weisung ausser Betracht fällt. d) Weiter geht der in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgebrachte Einwand fehl, dass die Versicherte bei einer früheren Anmeldung zum Leistungsbezug einen höheren versicherten Verdienst erlangt hätte. Dies steht dem Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung entgegen, deren Ziel es ist, Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zumindest zu verkürzen (Art. 17 Abs. 1 AVIG), und nicht, diese möglichst früh zu begründen. Daher ist mit kantonalem Gericht die in BGE 112 V 226 Erw. 2c ergangene Rechtsprechung anzuwenden, welche insoweit nicht überholt ist, als sie sich auf Arbeitsvertragsverhältnisse bezieht, die vor Eintritt der Arbeitslosigkeit zur Vermeidung derselben eingegangen wurden (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Rz 304). Mit dem Inkrafttreten des revidierten Abs. 4 von Art. 23 AVIG bezweckte der Gesetzgeber mit Bezug auf eine zweite Rahmenfrist für den Leistungsbezug (BGE 125 V 482 Erw. 1b), eine Schlechterstellung derjenigen Versicherten zu vermeiden, welche in der ersten Leistungsrahmenfrist einen

BGE 127 V 348 S. 352

Zwischenverdienst erzielt haben, indem die Differenzzahlungen bei der Festlegung des versicherten Verdienstes so in Rechnung gestellt werden, wie wenn darauf, entsprechend der Grundregel des Art. 23 Abs. 1 in

Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AVIG, Beiträge nach Massgabe der AHV-Gesetzgebung erhoben worden wären. Diesbezüglich ist die Rechtsprechung in BGE 112 V 220 gegenstandslos geworden (nicht veröffentlichtes Urteil E. vom 14. Dezember 1998, C 91/98). Folglich wäre mit dem seco in einem solchen Fall der versicherte Verdienst nach der Regelung des Art. 37 AVIV zu bestimmen, welcher Sachverhalt hier aber nicht vorliegt. Die Versicherte stellte erst im Mai 1998 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung, was auch erstmals ihre Arbeitslosigkeit begründete (Art. 10 Abs. 3 AVIG), sodass keine in einer früheren Leistungsrahmenfrist ausgeübte Zwischenverdiensttätigkeit vorliegt (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Während der Rahmenfrist für die Beitragszeit arbeitete die Beschwerdegegnerin noch vom 20. Mai 1996 bis 31. August 1996 als Redaktorin für die T. AG, sodass die Festlegung des versicherten Verdienstes aus dieser Tätigkeit auf Fr. 7655.70 nicht zu beanstanden ist und der vorinstanzliche Entscheid somit Stand hält.