Urteilskopf

130 V 492

73. Urteil i.S. Staatssekretariat für Wirtschaft gegen Q. und Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich C 102/02 vom 18. Juni 2004

Regeste (de):
Art. 8 Abs. 1 lit. e, Art. 13 Abs. 1 AVIG; Art. 11 Abs. 3 AVIV: Anrechenbare Beitragszeit.

Die Abgeltung des Ferienanspruches in Form eines Zuschlages zum Stunden- oder Monatslohn führt nicht zu einer Erhöhung der anrechenbaren Beitragszeit entsprechend der auf Ferientage oder -wochen umgerechneten Ferienentschädigung (Erw. 4; Änderung der mit BGE 112 V 226 Erw. 2d begründeten Rechtsprechung).

Regeste (fr):
Art. 8 al. 1 let. e, art. 13 al. 1 LACI; art. 11 al. 3 OACI: Période de cotisations à prendre en considération.

L'indemnisation du droit aux vacances sous la forme d'un supplément sur le salaire horaire ou mensuel ne conduit pas à une augmentation de la période de cotisations déterminante correspondant à l'indemnité de vacances convertie en jours ou en semaines de vacances (consid. 4; changement de la jurisprudence basée sur l'arrêt publié aux ATF 112 V 226 consid. 2d).

Regesto (it):
Art. 8 cpv. 1 lett. e, art. 13 cpv. 1 LADI; art. 11 cpv. 3 OADI: Periodo di contribuzione computabile.

La compensazione del diritto alle vacanze sotto forma di un supplemento al salario orario e mensile non determina un aumento del periodo di contribuzione computabile corrispondente all'indennità di vacanze commutata in giorni o settimane di vacanze (consid. 4; cambiamento della giurisprudenza sviluppata in DTF 112 V 226 consid. 2d).

Sachverhalt ab Seite 493

BGE 130 V 492 S. 493

A. Q. bezog in einer ersten bis 8. September 2000 dauernden Leistungsrahmenfrist Arbeitslosenentschädigung. Am 23. Februar 2001 meldete er sich erneut zum Taggeldbezug ab 13. Februar 2001 an. Mit Verfügung vom 28. Juli 2001 lehnte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich das Leistungsbegehren mit der Begründung ab, die Anspruchsvoraussetzung der erfüllten Beitragszeit sei nicht gegeben und ein Befreiungsgrund liege nicht vor.

B. Die von Q. hiegegen erhobene Beschwerde hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 25. März 2002 in dem Sinne gut, dass es in Bejahung der Anspruchsvoraussetzung der erfüllten Beitragszeit die Verfügung vom 28. Juli 2001 aufhob und die Sache an die Arbeitslosenkasse zurückwies, damit sie nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung neu befinde.

C. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, der kantonale Gerichtsentscheid sei aufzuheben. Q. lässt sinngemäss die Abweisung des Rechtsmittels beantragen, während die Arbeitslosenkasse unter Verweisung auf die Ausführungen des seco auf eine Stellungnahme verzichtet.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. (Keine Anwendbarkeit des auf den 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]vom 6. Oktober 2000; vgl. BGE 129 V 4 Erw. 1.2)

2.

2.1 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt laut Art. 8 Abs. 1 AVIG unter anderm voraus, dass der Versicherte einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (lit. b) und die Beitragszeit

erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (lit. e). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens sechs Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Wird ein Versicherter innert dreier Jahre nach Ablauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug erneut arbeitslos, so muss er eine Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten aufweisen (Art. 13 Abs. 1 AVIG).

2.2 Die Ermittlung der Beitragszeit gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG ist in Art. 11 AVIV geregelt. Danach zählt als Beitragsmonat jeder volle Kalendermonat, in dem der Versicherte beitragspflichtig ist (Abs. 1). Beitragszeiten, die nicht einen vollen Kalendermonat umfassen, werden zusammengezählt. Je 30 Kalendertage gelten als ein Beitragsmonat (Abs. 2; zur Umrechnung der Tage beitragspflichtiger Beschäftigung in Kalendertage vgl. BGE 125 V 45 Erw. 3c). Die den Beitragszeiten gleichgesetzten Zeiten (Art. 13 Abs. 2 AVIG) und Zeiten, für die der Versicherte einen Ferienlohn bezogen hat, zählen in gleicher Weise (Abs. 3). Die Beitragszeit von Teilzeitbeschäftigten wird nach den gleichen Regeln ermittelt wie bei Arbeitnehmern mit Vollzeitbeschäftigung. Übt der Versicherte gleichzeitig mehrere Teilzeitbeschäftigungen aus, so wird die Beitragszeit nur einmal gezählt (Abs. 4).

3.

3.1 Vorliegend ist umstritten, ob der Beschwerdegegner innerhalb der Beitragsrahmenfrist vom 13. Februar 1999 bis 12. Februar 2001 mindestens zwölf Monate beitragspflichtiger Beschäftigung aufweisen kann (Art. 13 Abs. 1 Satz 2 AVIG). In diesem Zeitraum stand der Versicherte nach den unwidersprochen gebliebenen Feststellungen im angefochtenen Entscheid in zwei Arbeitsverhältnissen, und zwar vom 9. August bis 17. Dezember 1999 bei der Firma J. AG und vom 16. Juni 2000 bis 31. Januar 2001 bei der Firma P. AG. In beiden Anstellungen erfolgte die Entlöhnung nach Stunden. Die Ferien wurden mit einem Zuschlag von 8,33 % auf dem Stundenlohn abgegolten.

3.2 Gemäss Berechnung der Arbeitslosenkasse in ihren vorinstanzlichen Rechtsschriften ergeben die zwei Anstellungsverhältnisse eine Beitragszeit von 11,913 Monaten (0,793 [1,4 x 17/30; August 1999]+ 3 [September bis November 1999]+ 0,606 [1,4 x 13/30; Dezember 1999]+ 0,513 [1,4 x 11/30; Juni 2000]+ 7 [Juli 2000 bis Januar 2001]).

Diese Berechnung hat das kantonale Gericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (BGE 112 V 226 Erw. 2d sowie Urteil B. vom 16. Januar 2002 [C 263/01]) korrigiert, indem es für die angebrochenen Kalendermonate (vgl. zu diesem Begriff BGE 121 V 171 Erw. 2c/bb am Ende) August und Dezember 1999 sowie Juni 2000 zusätzliche Beitragszeiten entsprechend dem Lohnzuschlag von 8, BGE 121 V 33 % als Abgeltung für den Ferienanspruch berücksichtigte. Daraus resultieren weitere 0,159 Beitragsmonate (0,0833 x [0,793 (August 1999) + 0,606 (Dezember 1999) + 0,513 (Juni 2000)]). Dies ergibt insgesamt eine Beitragszeit von 12,072 Monaten, somit mehr als die vom Gesetz geforderten zwölf Monate (Art. 13 Abs. 1 Satz 2 AVIG).
Die Aufsichtsbehörde bringt vor, die vorinstanzliche Umrechnung der Ferienentschädigung in Beitragszeit habe eine Besserstellung derjenigen Arbeitnehmer zur Folge, die im Stundenlohn angestellt seien. Das sei mit dem Gesetz nicht vereinbar. Die vom kantonalen Gericht angewendete Rechtsprechung sei nicht (mehr) richtig. BGE 112 V 226 sei noch unter altem Recht ergangen, als die Nichtanrechenbarkeit des durch die Ferienentschädigung gedeckten Arbeitsausfalles gegolten habe (vgl. Art. 11 Abs. 4 AVIG in der bis 31. Dezember 1991 gültig gewesenen Fassung sowie nachstehende Erw. 4.2.2).

4.

4.1 Sprechen keine entscheidenden Gründe zu Gunsten einer Praxisänderung, ist die bisherige Praxis beizubehalten. Gegenüber dem Postulat der Rechtssicherheit lässt sich eine Praxisänderung grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht. Nach der Rechtsprechung ist eine bisherige Praxis zu ändern, wenn sie als unrichtig erkannt oder wenn deren Verschärfung wegen veränderter Verhältnisse oder zufolge zunehmender Missbräuche für zweckmässig gehalten wird (BGE 127 V 273 Erw. 4a, BGE 124 V 355 Erw. 3a, BGE 126 V 40 Erw. 5a; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 125 I 471 Erw. 4a, BGE 124 V 124 Erw. 6a, BGE 124 V 387 Erw. 4c, je mit Hinweisen).

4.2

4.2.1 In BGE 112 V 226 Erw. 2d äusserte sich das Eidgenössische Versicherungsgericht zur Bedeutung der Abgeltung des Ferienanspruchs in Form eines Zuschlages zum Stunden- oder Monatslohn

für den versicherten Verdienst (Art. 23 Abs. 1 AVIG), die Beitragszeit (Art. 13 Abs. 1 AVIG) sowie den anrechenbaren Arbeitsausfall (Art. 11 Abs. 4 AVIG). Es bestätigte die Rechtsprechung gemäss BGE 111 V 249

Erw. 3b, wonach die Ferienentschädigung Bestandteil des versicherten Verdienstes bildet. Bezug nehmend auf Art. 11 Abs. 3 AVIV sodann führte das Eidgenössische Versicherungsgericht aus, dass im Anwendungsfall zu ermitteln ist, auf welchen Betrag sich die Ferienentschädigung in Franken beziffert und wie viele Ferientage oder -wochen damit abgegolten werden. Durch die Zahl der abgegoltenen Ferientage erhöht sich einerseits unter anderm die anzurechnende Beitragszeit. Anderseits ist nach der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses der Arbeitsausfall - unter Vorbehalt von Art. 9 AVIV - für jene Tage nicht anrechenbar, die bereits durch die Ferienentschädigung abgegolten sind.

4.2.2 In BGE 121 V 165 hielt das Eidgenössische Versicherungsgericht fest, dass gemäss Art. 11 Abs. 3 AVIV und BGE 112 V 226 Erw. 2d für alle angebrochenen Kalendermonate nach Art. 11 Abs. 2 AVIV die im Lohn enthaltene Ferienentschädigung in entsprechende Beitragszeit um- und anzurechnen sei (BGE 121 V 169 oben und 175 Erw. 4c/dd).

4.2.3 Im nicht veröffentlichten Urteil B. vom 29. Mai 1996 (C 251/95) stellte das Eidgenössische Versicherungsgericht fest, dass der im Rahmen der Teilrevision vom 5. Oktober 1990 neu gefasste Art. 11 Abs. 4 AVIG - entgegen GERHARDS (Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], Bd. III, S. 1175 N 9 zu Art. 11 IV) - nichts an der Rechtsprechung gemäss BGE 112 V 226 Erw. 2d betreffend die Umrechnung von Ferienentschädigung in Ferientage und deren Anrechnung als zusätzliche Beitragszeit im Sinne von Art. 13 Abs. 1 AVIG geändert habe. Nach der seit 1. Januar 1992 geltenden Regelung besteht grundsätzlich Anspruch auf ungekürzte Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles, auch wenn der Versicherte bei der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses eine Ferienentschädigung bezogen hat oder eine solche in seinem Lohn eingeschlossen war. Früher galt das Umgekehrte, d.h. grundsätzliche Anrechenbarkeit der während des Arbeitsverhältnisses nicht bezogenen Ferien. Mit anderen Worten musste der arbeitslos gewordene Versicherte zuerst seinen Ferienanspruch ausschöpfen, und zwar unmittelbar im Anschluss an das beendete Arbeitsverhältnis, bevor er Arbeitslosenentschädigung beanspruchen konnte (vgl. ARV 1988 Nr. 7 S. 80).

BGE 130 V 492 S. 497

4.2.4 In BGE 123 V 70 änderte das Eidgenössische Versicherungsgericht seine Rechtsprechung gemäss BGE 111 V 249 Erw. 3b dahin gehend, dass im Falle der Abgeltung des Ferienanspruchs in Form eines Lohnzuschlages resp. bei "Verzicht auf den Realbezug" die Ferienentschädigung nicht zum versicherten Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 AVIG gehört. Zur Begründung führte das Gericht u.a. aus, die geltende Praxis bevorzuge Versicherte mit Lohnanspruch während den Ferien gegenüber denjenigen, die - ob im Monats- oder im Stundenlohn entlöhnt - ihr Ferienguthaben real bezögen. Sodann enthalte das Gesetz zur Sicherung des mit den Ferien verfolgten Erholungszwecks ein absolut zwingendes Verbot ihrer Abgeltung (Art. 329d Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 361 OR). Abweichungen davon lasse die Praxis nur mit äusserster Zurückhaltung bei unregelmässigem oder sehr kurzem Arbeitseinsatz zu. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des dem AVIG eigenen Grundgedankens, wonach die Arbeitslosenversicherung nur für eine normale übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz bieten soll, lasse sich der Einbezug der Ferienentschädigung in den versicherten Verdienst auch nicht damit rechtfertigen, es handle sich um massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung. Daran anknüpfend führte das Eidgenössische Versicherungsgericht weiter aus: "Immerhin gilt es im Falle der Ferienabgeltung mit Blick auf die anzurechnende Beitragszeit (Art. 13 Abs. 1 AVIG) - nach wie vor (vgl. BGE 112 V 226) - zu ermitteln, wie viele Ferientage oder -wochen damit vergütet werden. Diese Umrechnung erweist sich nicht zuletzt aus Sicht des Abgeltungsverbotes als folgerichtig und dem Schutzbedürfnis des Versicherten vollauf genügend, ohne dass es des direkten Einbezugs der Ferienentschädigung in den versicherten Verdienst bedürfte" (BGE 123 V 73 f. Erw. 5b und c). In BGE 125 V 42 präzisierte das Eidgenössische Versicherungsgericht die Rechtsprechung in BGE 123 V 70 in dem Sinne, dass im Falle der Abgeltung des Ferienanspruchs in Form eines Lohnzuschlages die Ferienentschädigung als versicherter Verdienst derjenigen Monate angerechnet wird, in denen Ferien, zusammenhängend oder an einzelnen Tagen, tatsächlich bezogen werden. "Mit BGE 123 V 70 sollte nur jenen Versicherten der Einbezug der lohnprozentualen Entschädigung in den versicherten

Verdienst versagt werden, die überhaupt nicht freinehmen, sondern ohne freie Tage ein volles Arbeitspensum erfüllen" (BGE 125 V 49 Erw. 6c). Im

BGE 130 V 492 S. 498

konkret zu beurteilenden Fall hatte die am Recht stehende Versicherte während der Dauer des Arbeitsverhältnisses insgesamt mehr freie Tage bezogen, als mit der Ferienentschädigung von 8,33 Lohnprozenten gedeckt waren. Dementsprechend war der zusätzlich zum Grundlohn ausbezahlte Zuschlag zur Abgeltung des Ferienanspruchs ohne weiteres in den versicherten Verdienst einzubeziehen (BGE 125 V 49 f. Erw. 6d und 8).

4.2.5 In den Urteilen H. vom 17. November 2000 (C 349/99) und B. vom 16. Januar 2002 (C 263/01) berücksichtigte das Eidgenössische Versicherungsgericht unter Hinweis auf Art. 11 Abs. 3 AVIV sowie BGE 123 V 74 Erw. 5c und BGE 112 V 226 Erw. 2d für die angebrochenen Kalendermonate zusätzliche Beitragszeiten entsprechend dem Lohnzuschlag von 8, BGE 112 V 33 % zur Abgeltung des Ferienanspruchs.

4.3

4.3.1 Art. 11 Abs. 3 AVIV, auf welchen in BGE 112 V 226 Erw. 2d und weiteren der erwähnten Präjudizien Bezug genommen wird, regelt den Fall, wo der oder die Versicherte während der Dauer des Arbeitsverhältnisses tatsächlich Ferien bezog (ARV 2001 Nr. 16 S. 156 Erw. 1b, 2000 Nr. 17 S. 87 Erw. 2b sowie THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Rz 172). Ob während dieser arbeitsfreien Zeit der Lohn weiterhin ausbezahlt wurde oder die Abgeltung in Form eines Zuschlages zum (Grund-)Lohn erfolgte, ist ohne Belang. Es kann sich insofern nach der Logik des Gesetzes unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Versicherten nicht anders verhalten als beim versicherten Verdienst (vgl. BGE 125 V 48 Erw. 5b; Erw. 4.2.4 zweiter Abschnitt). Fehlt es am Merkmal des realen Bezugs von Ferien, kann Art. 11 Abs. 3 AVIV somit nicht, zumindest nicht unmittelbar zur Anwendung gelangen. Und durch Auszahlung einer Entschädigung für effektiv nicht bezogene Ferien kann grundsätzlich keine Beitragszeit entstehen (ARV 2000 Nr. 17 S. 87 Erw. 2b; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 68 FN 349).

4.3.2 Im Weitern kann die mit BGE 112 V 226 Erw. 2d begründete und seither mehrmals bestätigte Rechtsprechung lediglich Sachverhalte betreffen, wo während des oder der in Frage stehenden Arbeitsverhältnisse keine Betriebsferien waren und der oder die Versicherte an keinem betriebsüblichen Arbeitstag beschäftigungsfrei war. Auf Grund der Bedeutung der formalen Dauer des Arbeitsverhältnisses für die Ermittlung der Beitragszeit (BGE 125 V 45 Erw. 3c,

BGE 130 V 492 S. 499

BGE 122 V 252 Erw. 3c) sodann beschränkt sich ihr Anwendungsbereich auf angebrochene Monate (Art. 11 Abs. 2 AVIV; vgl. BGE 125 V 47 oben, BGE 121 V 175 Erw. 4c/dd).

4.4 In BGE 123 V 74 Erw. 5c hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Umrechnung lohnprozentualer Ferienentschädigung in Ferientage oder -wochen und deren Anrechnung als Beitragszeit im Sinne von Art. 13 Abs. 1 AVIG aus Sicht des Abgeltungsverbotes nach Art. 329d Abs. 2 OR als folgerichtig bezeichnet (vgl. Erw. 4.2.4 erster Abschnitt in fine). Nach dieser Bestimmung dürfen Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Das Verbot ist zwingend

(Art. 361 OR). Es dient der Sicherung des mit den Ferien verfolgten Erholungszweckes (BGE 118 II 137 Erw. 3b). Wo die Durchsetzung des Verbots insbesondere auf Grund der Natur des konkreten Arbeitsverhältnisses (u.a. unregelmässiger oder sehr kurzer Arbeitseinsatz) oder bei gleichzeitiger Tätigkeit für verschiedene Arbeitgeber mit Schwierigkeiten verbunden ist, lässt die Praxis Ausnahmen zu, sofern für den Arbeitnehmer sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie aus den Lohnabrechnungen klar ersichtlich ist, welcher Teil des Lohnes den Ferienanspruch abgelten soll (BGE 116 II 517 Erw. 4a mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts in Sachen S. vom 21. Februar 2002 [4C.301/2001]Erw. 3a).

4.4.1 Ob die Abrede der Abgeltung des Ferienanspruches in Form eines Lohnzuschlages, soweit damit zum Voraus auf den realen Bezug von Ferien während des Arbeitsverhältnisses verzichtet wird, im Einzelfall zulässig ist, kann für die Frage der Anrechenbarkeit der in Ferientage oder -wochen umgerechneten Ferienentschädigung als zusätzliche Beitragszeit nicht von Bedeutung sein.

4.4.2 Mit der Rechtsprechung (BGE 112 V 220 und seitherige Urteile) werden Versicherte, deren Ferienanspruch in Form eines Lohnzuschlages abgegolten wurde, so gestellt, wie wenn sie während der Dauer des Arbeitsverhältnisses im Umfang der entschädigten Tage oder Wochen effektiv Ferien bezogen hätten, welche ihnen im Rahmen von Art. 11 Abs. 3 AVIV als Beitragszeit nach Art. 13 Abs. 1 AVIG angerechnet werden. Diese von der Aufsichtsbehörde als gesetzwidrig erachtete Praxis widerspricht in zweierlei Hinsicht dem Gleichbehandlungsgebot. Zum einen benachteiligt sie alle jene Versicherten, deren Arbeitsverhältnisse innerhalb der Beitragsrahmenfrist lediglich volle Kalendermonate umfassten und die wegen der Art der Tätigkeit und/oder aus zeitlichen Gründen

(Dringlichkeit) keine oder nicht alle Ferien beziehen konnten. Bei diesen Versicherten wird die Beitragszeit nach Art. 11 Abs. 1 AVIV ermittelt, was die Anrechnung von in welcher Form auch immer abgegoltenen nicht bezogenen Ferien zum Vornherein ausschliesst (Erw. 4.3.2). Schlechter gestellt werden zum andern Versicherte mit vereinbartem Lohnanspruch während den Ferien, welche aus von ihnen nicht zu vertretenden Gründen indessen effektiv keine oder nicht alle Ferien beziehen konnten. Wenn und soweit sie hiefür entschädigt wurden, führt dies nicht durch entsprechende Umrechnung in Ferientage oder -wochen zu zusätzlichen Beitragszeiten im Sinne von Art. 13 Abs. 1 AVIG (ARV 2000 Nr. 17 S. 87 Erw. 2b; vgl. auch BGE 123 V 74 oben). Die dargelegte ungleiche Behandlung wird dadurch akzentuiert, dass in Bezug auf die Anrechenbarkeit von Ferienentschädigung beim versicherten Verdienst (Art. 23 Abs. 1 AVIG) nicht nach der Form der Abgeltung (einmalige Zahlung, Lohnzuschlag) differenziert und auch nicht nach den Gründen für den Nichtbezug der Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses gefragt wird. Gleiches liesse sich im Übrigen auch für Art. 11 Abs. 4 AVIG sagen.

4.4.3 Aus vorstehenden Gründen kann an der mit BGE 112 V 226 Erw. 2d begründeten Rechtsprechung nicht festgehalten werden. Mit anderen Worten rechtfertigt die Abgeltung des Ferienanspruches in Form eines Lohnzuschlages allein nicht gestützt auf Art. 11 Abs. 3 AVIV die Anrechnung der auf Ferientage oder -wochen umgerechneten Ferienentschädigung als zusätzliche Beitragszeit (in diesem Sinne schon ARV 2001 S. 154). Dies führt im vorliegenden Fall dazu, dass der Beschwerdegegner weniger als zwölf Beitragsmonate aufweist, sodass die Anspruchsvoraussetzung der erfüllten Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG und Art. 13 Abs. 1 AVIG nicht gegeben ist.