

05
24**legalis brief**
Fachdienst
Arbeitsrecht
Urteil des Monats**Berechnung des Zwischenverdienstes – Massgeblichkeit des Anspruches und nicht der effektiven Lohnzuflüsse****BGer 8C_229/2023 vom 26.04.2024 (Zur Publikation vorgesehen)****Art. 24 AVIG**

A. meldete sich am 27. Oktober 2021 zur Arbeitsvermittlung und am 7. November 2021 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an, nachdem ihm die Teilzeitanstellung mit einer Wochenarbeitszeit von 15 Stunden als Unterhaltsreiniger bei der B. AG per 31. Juli 2021 gekündigt worden war. Eine weitere, seit 3. Juli 2020 ausgeübte teilzeitliche Tätigkeit als Reinigungsmitarbeiter für die C. AG konnte A. auch nach der Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse beibehalten. Gemäss Arbeitsvertrag vom 7. Dezember 2020 war in dieser Anstellung bei der C. AG bei einer Arbeitszeit «gemäss Einsatzplänen» eine «Wochenarbeitszeit» von 16.50 Stunden vereinbart.

Die Unia Arbeitslosenkasse rechnete die Kontrollperioden November 2021 bis Februar 2022 unter Anrechnung eines auf 16.5 Wochenarbeitsstunden basierenden Zwischenverdienstes ab, wobei sie darauf hinwies, dass sich der Zwischenverdienst nach der arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitszeit richte. Die von der C. AG zugesicherten Stunden seien von der Kasse als Zwischenverdienst anzurechnen, auch wenn im betreffenden Monat weniger gearbeitet worden sei. Die dagegen erhobene Einsprache lehnte sie ab. In Gutheissung der dagegen geführten Beschwerde hob das Sozialversicherungsgericht BS den Einspracheentscheid auf und wies die Sache zur Neuberechnung des Zwischenverdienstes an die Kasse zurück (Urteil vom 5. Oktober 2022).

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten stellt die Kasse das Rechtsbegehren, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und der Einspracheentscheid sei zu bestätigen.

Erwägungen

Zunächst stellt das BGer in E. 1.1. des Urteils in prozessualer Hinsicht fest, dass ein Rückweisungsentscheid der Vorinstanz als «Zwischenentscheid» zu qualifizieren sei. Gegen selbstständig eröffnete Zwischenentscheide ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Zuständigkeit oder den Ausstand betreffen (**Art. 92 BGG**), einen nicht wiedergutmachenden Nachteil bewirken können (**Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG**), oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (**Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG**). Anders verhält es sich aber dann, wenn der unteren Instanz, an welche zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr verbleibt und die Rückweisung bloss noch der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient (BGE 135 V 141 E. 1.1 S. 143; **134 II 124 E. 1.3 S. 127**). Diesfalls liegt – materiell betrachtet – kein Zwischen-, sondern ein Endentscheid vor (BGE 140 V 282 E. 4.2 mit Hinweisen; vgl. BGer, **BGer 8C_242/2022**, 4. 8.2022, E. 1).

Letzteres war vorliegend der Fall, da die Vorinstanz die Arbeitslosenkasse mit dem angefochtenen Rückweisungsentscheid gezwungen hatte, den Zwischenverdienst basierend auf dem in dieser Zeit effektiv zur Auszahlung gelangten Lohn (und nicht anhand der ver-

traglich vereinbarten Arbeitsstunden) zu berechnen. Weil die Rückweisung folglich einem Endentscheid gleichkommt und auch die übrigen Formvorschriften eingehalten sind, war auf die Beschwerde einzutreten (E. 1.2. des Urteils).

Art. 8 Abs. 1 AVIG zählt die für die Arbeitslosenentschädigung massgeblichen Anspruchsvoraussetzungen auf. Dazu gehört, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (**Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG**) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (**Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG**). Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitstelle sucht (**Art. 10 Abs. 1 AVIG**), und als teilweise arbeitslos, wer entweder in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht (**Art. 10 Abs. 2 lit. a AVIG**) oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (**Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG**; E. 4.1. des Urteils).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der von teilarbeitslosen Personen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG weiterhin durch die teilszeitlich ausgeübte Tätigkeit erzielte Lohn als Zwischenverdienst anzurechnen (BGE 141 V 426 E. 5.1). Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt (**Art. 24 Abs. 1 AVIG**). Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufalls. Als Verdienstaufall 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 (**Art. 24 Abs. 3 AVIG**; E. 4.2. des Urteils).

Die Vorinstanz gelangte in Auslegung von **Art. 24 Abs. 3 AVIG** (insbesondere anhand von dessen Wortlaut) zum Schluss, die Arbeitslosenkasse hätte der Berechnung des Zwischenverdienstes den während der jeweiligen Kontrollperioden von A. effektiv zur Auszahlung erhaltenen Verdienst zugrunde legen müssen, statt unbesehen von nicht realisierbaren Lohnansprüchen auszugehen, indem sie auf die mit der C. AG vertraglich vereinbarten (Arbeits-)Stunden abgestellt habe. Die Weisung des SECO in AVIG-Praxis ALE Rz. C142, wonach bei Minusstunden im Zwischenverdienst die Grundsätze nach **Art. 324 OR** zu berücksichtigen seien, sei gesetzeswidrig. Die Verwaltungsweisung führe dazu, dass Arbeitslose, deren Ansprüche aus Zwischenverdienst zweifelhaft seien, schlechter gestellt würden als Arbeitslose mit fraglichen Ansprüchen aus bisherigen Arbeitsverhältnissen, weil die Schutzfunktion von **Art. 29 AVIG** nicht zur Anwendung gelange. Davon wäre gerade der vorliegende Fall betroffen, bei dem konträre Meinungen seitens Arbeitgeberin und Arbeitnehmer über den (Lohn-)Anspruch bestehen würden. Dies erscheine stossend und würde auch die Attraktivität des Zwischenverdienstes schmälern (E. 5 des Urteils). Die Arbeitslosenkasse hingegen hatte vorgebracht, dass der Zwischenverdienst bereits in dem Moment als «erzielt» zu gelten habe, in welchem der Rechtsanspruch auf die Leistung erworben werde, also sobald die finanzielle Forderung für die erbrachte Leistung entstanden sei (Entstehungsprinzip). Da der Arbeitsvertrag ein Pensum vorsah und A. der C. AG die Arbeit im vereinbarten Pensum angeboten habe, bleibe die C. AG lohnzahlungspflichtig (**Art. 324 Abs. 1 OR**). A. habe demnach einen Anspruch auf Lohn gegen die C. AG «erzielt» (E. 6.1. des Urteils).

A. hingegen hatte im resp. in den vorinstanzlichen Verfahren ausgeführt (und die Vorinstanz hatte dies ihrem Entscheid zugrunde gelegt), dass er effektiv weniger Arbeitsstunden geleistet habe und er und die C. AG über die diesbezüglichen Gründe uneins gewesen seien, was sich aus entsprechendem aktenkundigem E-Mail-Austausch ergebe, so dass es sich bei den Differenzen zwischen dem Lohn gemäss arbeitsvertraglichem Pensum und den effektiven Lohnzahlungen um «strittige Ansprüche» handle. Der Anspruch hätte mithin auf dem Rechtsweg durchgesetzt werden müssen. Im Zeitpunkt der Anrechnung des Zwischenverdienstes seien die Lohnansprüche demnach nicht realisierbar gewesen, da gerade über die Erfüllung der geldwerten Leistung keine Einigung bestanden habe (E. 6.3. und E. 6.4. des Urteils).

Alsdann wiederholt das Bundesgericht in E. 7. des Urteils die Grundsätze der Gesetzesauslegung: Normen müssen in erster Linie nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden.

Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (BGE 142 V 466 E. 3.2 S. 471 mit Hinweisen).

Strittig ist vorliegend die Auslegung der Begriffe «Zwischenverdienst» und «erzielt» in Art. 24 Abs. 1 und Abs. 3 AVIG. Zunächst hält das Bundesgericht in E. 7.1.1. fest, dass der Wortlaut nicht eindeutig sei, aber eher darauf hinweise, dass das tatsächlich erhaltene Arbeitsentgelt massgebend sei. Darauf deute im Übrigen auch Art. 23 AVIG und die diesbezügliche Praxis hin, wonach für den «versicherten Verdienst» massgebend ist, welcher Lohn in der Referenzperiode normalerweise (effektiv) erzielt wurde (E. 7.1.2.).

Alsdann befasst sich das Bundesgericht in E. 7.2. – wohl in wertungsbezogener Auslegung – mit dem Einfluss von Art. 29 AVIG auf das Auslegungsergebnis. Gemäss Art. 29 AVIG muss die Arbeitslosenkasse Leistungen erbringen, wenn sie begründete Zweifel darüber hat, ob der Versicherte für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche hat oder ob sie erfüllt werden (sie subrogiert alsdann in die [strittigen] Ansprüche des Arbeitnehmers). Die Vorinstanz hatte auch auf Art. 29 AVIG referenziert, um ihren Entscheid zu begründen. Bei Art. 29 Abs. 1 AVIG handelt es sich um eine Sonderregelung an der Schnittstelle zwischen dem Ende des Arbeitsverhältnisses und dem Eintritt der Arbeitslosigkeit. Sie garantiert den arbeitslos gewordenen Versicherten in dieser Übergangsphase aus sozialen Gründen den für ihren Lebensunterhalt notwendigen Erwerbsersatz und nimmt ihnen die mit einem Prozess gegen den früheren Arbeitgeber verbundenen Kosten- und Inkassorisiken ab (BGE 126 V 368 E. 3c/aa). Art. 29 Abs. 1 AVIG erfasst zwei Tatbestände: Beim ersten bestehen Zweifel darüber, ob die versicherte Person Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber hat. Beim zweiten Tatbestand beziehen sich die Zweifel auf die Realisierbarkeit eines ausgewiesenen Anspruchs (BGE 126 V 368 E. 3a/aa; BGE, BGE 8C_581/2014, 16.3.2015, E. 8.1.1, in: SVR 2015 ALV Nr. 9 S. 25). Das Bundesgericht lehnt es, anders als die Vorinstanz, ab, Art. 29 AVIG zum Schutz der versicherten Person beizuziehen. Da es an einer analogen Bestimmung für den Zwischenverdienst fehle, wäre auch eine Subrogation nicht möglich, weswegen sich die versicherte Person zum einen den reduzierten Zwischenverdienst anrechnen lassen könnte, zum andern aber dennoch selber eine Lohndifferenz gegenüber der Arbeitgeberin geltend machen und sich so im Resultat quasi «bereichern» könnte (E. 7.2.3. des Urteils).

Der Entstehungsgeschichte von Art. 24 AVIG könne nichts entnommen werden (E. 7.3. des Urteils).

Schliesslich untersucht das Bundesgericht in E. 7.4. Sinn und Zweck der Bestimmung. Dieser liege zunächst offensichtlich darin, die Kompensationszahlungen der Arbeitslosenversicherung in den einzelnen Kontrollperioden auf die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst und dem versicherten Verdienst zu begrenzen. Art. 24 Abs. 3 AVIG enthalte sodann ein Korrektiv zur Missbrauchsbekämpfung: Entspricht der erzielte Zwischenverdienst nicht dem berufs- oder ortsüblichen Ansatz, so wird der Verdienstausschlag nur im Umfang der Differenz zwischen der berufs- und ortsüblichen Entschädigung und dem versicherten Verdienst ausgeglichen. So soll namentlich vermieden werden, dass Arbeitgebende und Arbeitnehmende einen zu niedrigen Lohn vereinbaren können, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (BGE 129 V 102). Die Nichteinhaltung des Kriteriums der Berufs- und Ortsüblichkeit führt nicht zum Dahinfallen des Anspruches auf Differenzausgleich. Vielmehr wird nunmehr bloss der von der versicherten Person 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 (vgl. BGE 120 V 233 E. 5e mit Hinweisen). Entsprechendes gilt bei fehlender Entlohnung oder Lohnverzicht (vgl. BGE 133 V 161 E. 5.2.2).

Im Sinne des Grundgedankens von Art. 24 Abs. 3 AVIG folgert das Bundesgericht alsdann in E. 7.4.2. des Urteils, dass die Nichteinforderung von ausstehendem Lohn durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin im Sinne der soeben erwähnten Praxis mit einem Lohnverzicht gleichzusetzen sei. Um im Einzelfall eruieren zu können, ob und allenfalls in welcher Höhe ein Lohnverzicht erfolgt ist, müsse deshalb der Lohnanspruch feststehen. Übt nun eine bei der Arbeitslosenversicherung angemeldete Person eine Erwerbstätigkeit aus, so hat demgemäss der daraus erzielte Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 Abs. 1 und Abs. 3 erster Teilsatz AVIG mit dem erworbenen Lohnanspruch, nicht mit dem arbeitgeberseitig ausbezahlten Geldbetrag, übereinzustimmen. Nur so könne eine korrekte Abgrenzung zu den arbeitsrechtlichen Zahlungspflichten der Arbeitgebenden stattfinden. Der abweichenden Sichtweise des kantonalen Gerichts, wonach der erzielte Zwischenver-

dienst dem ausbezahlten Lohnbetrag entspreche, könne nicht gefolgt werden. Dies gelte im Übrigen auch dann, wenn der Lohn gemäss der effektiven Arbeitszeit ausgerichtet werde, Letztere aber von der vertraglichen Abrede abwich. Ansonsten könnte dies zu einer Umgehung von **Art. 24 Abs. 3 AVIG** führen, indem Arbeitgebende einen Anreiz erhielten, den eigenen Pflichten aus dem Einzelarbeitsvertrag nicht nachzukommen. Denn so könnten die Arbeitgebenden das wirtschaftliche Risiko, welches sie gegenüber den Arbeitnehmenden gemäss **Art. 324 OR** tragen, auf die Arbeitslosenkasse überwälzen (E. 7.4.3. des Urteils).

Schliesslich verweist das Bundesgericht in E. 7.4.4. auch auf die Gerichtspraxis dazu, wann Löhne im Sinne der AHV-Beitragspflicht als erzielt gelten, nämlich mit der Zahlungspflicht und nicht erst mit der Auszahlung (BGE 122 V 367). Der Erwägung der Vorinstanz, dass vorliegend im Unterschied zum zitierten Entscheid nicht der Ausrichtungszeitpunkt an sich das Problem darstellte, sondern – aufgrund der Haltung der C. AG, welche den Anspruch verneinte – die Realisierbarkeit, vermag das Bundesgericht mit Verweis auf die bisherigen Erwägungen nicht zu folgen.

Zusammenfassend hält das Bundesgericht in E. 7.5. fest, dass der Wortlaut des **Art. 24 Abs. 1 und 3 AVIG** in Bezug auf die Definition des erzielten Zwischenverdienstes nicht eindeutig sei. Aus der Entstehungsgeschichte der Zwischenverdienstregelung ergäben sich keine zusätzlichen Erkenntnisse. Jedoch führe die Gesetzessystematik und die *ratio legis* dazu, den erzielten Zwischenverdienst – unabhängig von der Höhe des arbeitgeberseitig ausbezahlten Geldbetrags – mit dem arbeitsvertraglich festgelegten Lohnanspruch gleichzusetzen.

Mithin wäre der Ansicht der Arbeitslosenkasse zu folgen, wonach der Lohnanspruch massgebend sei und nicht der effektiv erhältlich gemachte Zwischenverdienst. Allerdings stellt das Bundesgericht abschliessend fest, dass der Sachverhalt in Bezug auf die Anspruchsberechtigung vorliegend nicht erstellt sei (E. 8.1. des Urteils). Bei einem Annahmeverzug der Arbeitgeberin im Sinne des **Art. 324 Abs. 1 OR** würde diese zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet bleiben. A. müsste sich diesfalls an die Arbeitgeberin halten, und die ausstehenden Löhne wären ihm im Sinne von **Art. 24 Abs. 3 AVIG** als erzielter Zwischenverdienst anzurechnen. Da aber gegensätzliche Ansichten über den (effektiven) Inhalt der arbeitsvertraglichen Abmachungen vorlagen, liess sich durch das Bundesgericht nicht feststellen, ob tatsächlich mit der Arbeitslosenkasse von einem Annahmeverzug der Arbeitgeberin ausgegangen werden kann (E. 8.1.2. des Urteils). Somit konnte auch nicht unbesehen auf das Arbeitsvertragsdokument und die dort festgehaltene Arbeitszeit abgestellt werden.

Ergänzend und zutreffend hält das Bundesgericht dazu Folgendes fest (E. 8.2. des Urteils): Der Inhalt eines Vertrags ist durch Auslegung zu bestimmen. Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (**Art. 18 Abs. 1 OR**). Steht der Vertragsinhalt fest, ist in einem zweiten Schritt gestützt auf der Grundlage des festgestellten Vertragsinhalts die Vereinbarung rechtlich einzuordnen. Im vorliegenden Fall ist nicht einmal klar, wie der schriftliche Arbeitsvertrag vom 7. Dezember 2020, auf den die Kasse als einziges «objektivierbares Beweismittel» abstellen möchte, zu verstehen ist. Dieser sieht vor, dass A. ab 3. Juli 2020 eingestellt werde und dass der Vertrag ab 2. Dezember 2020 gelte und alle vorhergehenden Verträge ersetze. Als «Wochenarbeitszeit» sind 16.5 Stunden vereinbart, und unter dem Titel «Arbeitszeit» wird lediglich «gemäss Einsatzplänen» notiert. Ausserdem wird namentlich der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz (2018–2020) als integrierender Bestandteil des Vertrages erklärt. Der entsprechende GAV bestimmt in Ziffer 3.1, dass der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin bei der Anstellung einen Arbeitsvertrag unterschreiben, der mindestens folgende Angaben enthält: die Berufskategorie, die normale durchschnittliche Wochenarbeitszeit (auf Monatsbasis) und den Lohn. Aufgrund der Formulierung und Umsetzung des Arbeitsvertrags («Arbeitszeit gemäss Einsatzplänen» ohne nähere Bezifferung) kann zunächst nicht ausgeschlossen werden, dass die Parteien eine Arbeit auf Abruf vereinbart haben. Bei der Arbeit auf Abruf besteht keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang, so dass die Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstausschlag nach **Art. 11 Abs. 1 AVIG** erleidet. Denn ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit kann nur entstehen, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart war. Von diesem Grundsatz kann jedoch abgewichen werden, wenn der auf Abruf erfolgte Einsatz während längerer Zeit im

Wesentlichen mehr oder weniger konstant war. In diesem Fall ist die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal zu betrachten (BGE 146 V 112 E. 3.3 mit Hinweisen). Falls hier weitere Abklärungen das Vorliegen einer Arbeit auf Abruf bestätigen sollten, könnten Kompensationszahlungen somit bereits aufgrund des Fehlens eines Verdienstaufschlags ausgeschlossen sein. Zudem bestand für Änderungen des Arbeitsvertrags weder gesetzlich noch vertraglich eine Notwendigkeit zur Schriftlichkeit. Denn wird es vom Gesetz nicht anders bestimmt, so bedarf der Einzelarbeitsvertrag gemäss **Art. 320 Abs. 1 OR** zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form. Er gilt auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (**Art. 320 Abs. 2 OR**). Folglich ist auch die Änderung eines Einzelarbeitsvertrages formlos gültig. Ob ferner eine stillschweigende Zustimmung zu einer von der Gegenpartei vorgenommenen einseitigen Änderung des Vertrags anzunehmen ist, bestimmt sich nach dem Vertrauensprinzip.

A. hat bislang keinen Zivilprozess gegen die Arbeitgeberin angestrengt. Er ist der Meinung, ein solcher wäre aussichtslos, da ein Irrtum über das vereinbarte Arbeitspensum vorliege. Die Vorinstanz sah sich bei ihrer Sichtweise nicht zu weiteren Sachverhaltsabklärungen veranlasst. Wie dargelegt, ist der Sachverhalt in Bezug auf die arbeitsvertraglichen Abmachungen alles andere als klar. Es ist jedoch nicht Aufgabe des Bundesgerichts, nun erstmals den Sachverhalt zu vervollständigen. In der Folge ist die Arbeitslosenkasse zunächst gehalten, vorfrageweise zu untersuchen, welche Vereinbarungen die C. AG mit A. für den vorliegend relevanten Zeitraum getroffen hat, namentlich ob allenfalls Arbeit auf Abruf abgemacht war, was die schriftliche Vereinbarung verneinenfalls sonst bedeutet und ob nach Vertragsabschluss mündliche Absprachen oder sogar eine stillschweigende Zustimmung zu einseitigen Vertragsänderungen vorliegen. Einzig wenn sich ergeben sollte, dass A. aus dem Arbeitsverhältnis über den bereits ausbezahlten Lohn hinaus keine weiteren Lohnansprüche gegenüber der C. AG hat, entspricht vorliegend der erzielte Zwischenverdienst dem ausbezahlten Lohn.

Somit war der angefochtene Entscheid aufzuheben, ohne dass gleichzeitig die erstinstanzliche Verfügung zu bestätigen war. Die Sache ist an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen, die nach Abklärung des Sachverhalts neu über den Anspruch auf Kompensationszahlungen zu verfügen hat.

Kommentierung

Das Bundesgericht stellt mit diesem zur Publikation vorgesehenen Urteil im Sinne einer Grundsatzentscheidung klar, dass es – wie bereits in der Wegleitung des SECO (AVIG-Praxis ALE Rz. C142) namentlich zum Fall des Annahmeverzuges nach **Art. 324 OR** festgehalten – in Bezug auf den anrechenbaren Zwischenverdienst auf die Lohnansprüche ankommt und nicht auf die effektiv ausgerichteten Lohnzahlungen.

Die Vorinstanz, welche anders entschieden hatte, nahm eine der versicherten Person freundlichere Position ein: Sie hatte insbesondere darauf verwiesen, dass die Arbeitslosenkasse bei strittigen oder uneinbringlichen Lohnzahlungen die arbeitslose Person grundsätzlich zu unterstützen habe (**Art. 29 AVIG**) und es der Wortlaut und Sinn und Zweck von **Art. 24 AVIG** ermöglichen würden, (nur) den effektiven Mittelzufluss zu berücksichtigen. Das Bundesgericht hält dem entgegen, dass **Art. 29 AVIG** eine andere Situation – nämlich diejenige zwischen dem Arbeitnehmer und der vormaligen Arbeitgeberin in der «Transitionsphase» der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – betreffe und insbesondere die Interessen der Arbeitslosenkasse durch die Subrogation ausreichend schützt, wohingegen es beim Zwischenverdienst der versicherten Person offen stünde, selber noch Lohndifferenzen gegenüber der (aktuellen) Arbeitgeberin, bei welcher die versicherte Person den Zwischenverdienst erzielt, geltend zu machen.

Die Erwägungen des Bundesgerichts sind insofern zutreffend. Etwas störend mag erscheinen, dass die Auslegung der massgebenden Normen in Bezug auf den «Verdienst» je nach Situation unterschiedlich, aber jeweils zugunsten der Arbeitslosenkasse erfolgt: Wenn es nämlich um den versicherten Verdienst geht (**Art. 23 AVIG**), ist grundsätzlich das effektiv erhältlich gemachte Entgelt massgebend (AVIG-Praxis ALE Rz. C1 ff.), so dass die Arbeitslosenkasse davon profitieren kann, wenn allenfalls nicht der *prima facie* geschuldete Lohn ausgerichtet wurde. Umgekehrt soll beim Zwischenverdienst, welcher von den Leistungen in Abzug gebracht werden kann, der Lohnanspruch massgebend sein.

Auf diese Art und Weise wird bei strittigen Lohnansprüchen jeweils zugunsten der Arbeitslosenkasse gerechnet.

Immerhin aber hält das Bundesgericht im vorliegenden Falle auch klar fest, dass bei der Festlegung des Zwischenverdienstes im Sinne der (massgebenden) Anspruchsberechtigung auf den Zwischenverdienst nicht unbesehen auf ein Vertragsdokument abgestellt werden kann. Die Arbeitslosenkasse hat vielmehr die notwendigen Abklärungen zu treffen, um zu eruieren, ob eine Anspruchsberechtigung tatsächlich besteht, insbesondere ob bspw. ein Annahmeverzug der Arbeitgeberin vorliegt (**Art. 324 OR**). Wenn der Sachverhalt in Bezug auf die Abreden zwischen der versicherten Person und der Arbeitgeberin betreffend das Arbeitspensum, den Lohnanspruch etc. unklar ist, darf die Arbeitslosenkasse nicht einfach auf ein Vertragsdokument abstellen, sondern hat die notwendigen Abklärungen zu treffen – ganz ebenso, wie wenn ein Gericht über die Anspruchslage des Arbeitnehmers zu entscheiden hätte. Es wird aber an der versicherten Person liegen, die erforderlichen Informationen aufzubereiten, um den Nachweis zu führen, dass die effektiv erhaltenen Lohnzahlungen dem vertraglichen Zwischenverdienstanspruch entsprechen, insbesondere dann, wenn kein Vertragsdokument vorhanden ist oder die versicherte Person einen davon abweichenden (natürlichen oder normativen) Konsens geltend machen will.

Insofern ist dem Entscheid des Bundesgerichts zu folgen. Das wirtschaftliche Risiko, wenn eine Arbeitgeberin im Zwischenverdienst mögliche Lohnansprüche nicht zahlen will oder kann, liegt bei der versicherten Person und nicht bei der Arbeitslosenkasse.

Praxishinweis

Sofern ein effektiv erhältlich gemachter Zwischenverdienst tiefer ist, als er gemäss Dokumentenlage – auf welche die Arbeitslosenkasse primär abstellen wird – vermeintlich sein sollte, liegt es an der versicherten Person, der Arbeitslosenkasse aufzuzeigen, dass die Lohnzahlungen der tatsächlichen Abrede entsprechen (oder alternativ, die möglichen Differenzansprüche halt gegenüber der Arbeitgeberin einzuklagen). Immerhin: Sollte die Arbeitslosenkasse bei der Berechnung des Zwischenverdienstes von einem höheren Anspruch ausgehen, als die Arbeitgeberin effektiv auszahlt, dürfte sie wohl kaum von einer selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit ausgehen, wenn die versicherte Person alsdann – allenfalls nach erfolglosen Mahnungen gegenüber der Arbeitgeberin – ihre Zwischenverdienst-Stelle kündigt. Ansonsten würde die versicherte Person bestraft dafür, dass sie eine Stelle aufgeben will, bei welcher sie – aus Sicht der Arbeitslosenkasse – nicht vertragsgemäss abgegolten wird.

Marco Kamber