

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 35/02

Urteil vom 7. April 2003
IV. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Ferrari; Gerichtsschreiber Jancar

Parteien
K. _____, 1952, Beschwerdeführer,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin,

Vorinstanz
Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, St. Gallen

(Entscheid vom 12. Dezember 2001)

Sachverhalt:

A.

Der 1952 geborene K. _____ hatte ab 1. Dezember 1995 Anspruch auf eine halbe Invalidenrente der Invalidenversicherung bei einem Invaliditätsgrad von 50 % (Verfügung der IV-Stelle des Kantons Zug vom 26. August 1996). Während einer ersten, vom 15. Dezember 1995 bis 14. Dezember 1997 dauernden Rahmenfrist bezog er Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Am 15. April 1998 sprach ihm die IV-Stelle des Kantons Thurgau ab 1. Oktober 1996 bei einem Invaliditätsgrad von 69 % eine ganze Invalidenrente zu. Seit 1. Mai 1992 bis 31. März 1998 arbeitete er mit Unterbrüchen als "Allrounder-Restaurations-Partyservice-Manager" beim Verein X. _____, wo er von Januar bis März 1998 monatlich Fr. 8900.- verdiente. Am 20. Oktober 1998 reichte er bei der Invalidenversicherung ein Revisionsgesuch ein, da er wieder mehr arbeiten könne und eine halbe oder bestenfalls noch eine Viertelsrente benötige. Wegen Umzugs des Versicherten wurden die Akten am 22. November 1999 der IV-Stelle des Kantons St. Gallen überwiesen. Mit Verfügung vom 23. Juni 2000 lehnte diese das Begehren um revisionsweise Herabsetzung der Invalidenrente ab. Die vom Versicherten hiegegen erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit in Rechtskraft erwachsenem Entscheid vom 24. Oktober 2000 ab.

In einer zweiten, vom 29. Oktober 1998 bis 28. Oktober 2000 dauernden Rahmenfrist für den Leistungsbezug bezog der Versicherte zunächst bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Thurgau Taggelder. Nach dem Wohnsitzwechsel war er seit 1. Oktober 1999 im Kanton St. Gallen arbeitslos gemeldet. Ab 1. April bis 30. November 2000 arbeitete er zu 100 % bei einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 4700.- und ab 1. Dezember 2000 bis 31. Mai 2001 zu 80 % als Nachtconciierge im Hotel Z. _____. Mit Verfügung vom 9. August 2000 verneinte die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen (nachfolgend Kasse) seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. April 2000, da sein Verdienst von monatlich Fr. 4700.- höher sei als die maximal mögliche Arbeitslosenentschädigung von Fr. 4527.55. Mit Verfügung vom 15. September 2000 stellte das Amt für Arbeit des Kantons St. Gallen (nachfolgend Amt für Arbeit) fest, die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten sei ab 1. September 2000 im Umfang eines anrechenbaren Arbeitsausfalls von 100 % gegeben. Die gegen die Verfügung vom 9. August 2000 erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid vom 11. April 2001 ab. Die gegen die Verfügung vom 15. September 2000 eingereichte Beschwerde wies es teilweise gut und stellte fest, der Versicherte sei ab 1. April 2000 für leichte und repetitive Arbeiten zu 100 % vermittlungsfähig (Entscheid vom 13. Juni 2001). Die gegen den kantonalen

Entscheid vom 11. April 2001 vom Versicherten erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Urteil vom 2. April 2003 ab. Im gleichen Urteil trat es auf die vom Versicherten und vom Amt für Arbeit gegen den kantonalen Entscheid vom 13. Juni 2001 erhobenen Beschwerden nicht ein; zur Begründung wurde ausgeführt, da der Versicherte seit 1. April 2000 nicht mehr arbeitslos gewesen sei, bestehe kein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung seiner Vermittlungsfähigkeit (Verfahren C 133, 226 + 245/01).

Am 6. September 2000 stellte der Versicherte erneut Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 29. Oktober 2000. Mit Taggeldabrechnungen vom 6. März 2001 verneinte die Kasse seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit von Dezember 2000 bis Februar 2001. Mit Schreiben vom 7. März 2001 teilte sie ihm mit, der versicherte Verdienst belaufe sich per 29. Oktober 2000 auf Fr. 5610.-, per 1. November 2000 auf Fr. 5750.- und per 1. Dezember 2000 auf Fr. 5766.-. Da der vom 29. bis 31. Oktober 2000 und im November 2000 erzielte Zwischenverdienst höher sei als die möglichen Arbeitslosentaggelder, bestehe kein Anspruch auf Letztere. Mit Verfügung vom 29. März 2001 verneinte die Kasse den Anspruch auf Taggelder für die Zeit vom 29. Oktober bis 30. November 2000, da der im Z. _____ erzielte Verdienst höher sei als die mögliche Arbeitslosenentschädigung.

B.

Die gegen die Taggeldabrechnungen vom 6. März 2001 und die Verfügung vom 29. März 2001 erhobenen Beschwerden wies das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid vom 12. Dezember 2001 ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt der Versicherte, die Kasse sei zu verpflichten, die Entschädigung resp. den Ausgleich korrekt zu berechnen und den gesamten erzielten Zwischenverdienst zu berücksichtigen; er sei ab 29. Oktober 2000 weiterhin als teilarbeitslos zu qualifizieren und als berechtigt zu erklären, Teilarbeitslosenentschädigung zu beziehen; die Taggeldabrechnungen vom 6. März 2001 für die Monate Dezember 2000 bis Februar 2001 seien zu korrigieren (versicherter Verdienst Fr. 9800.-).

Die Kasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Amt für Arbeit und das Staatssekretariat für Wirtschaft auf eine Vernehmlassung verzichten.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im Arbeitslosenversicherungsbereich geändert worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1), und weil ferner das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: Taggeldabrechnungen vom 6. März 2001 und Verfügung vom 29. März 2001) eingetretenen Sachverhalt abstellt (BGE 121 V 366 Erw. 1b), sind im vorliegenden Fall die neuen Bestimmungen nicht anwendbar.

2.

Den Abrechnungen vom 6. März 2001 kommt materiell Verfügungscharakter zu. Denn sie stellen behördliche Anordnungen dar, mit welchen der Entschädigungsanspruch für die in Frage stehenden Kontrollperioden verbindlich festgelegt wird (BGE 125 V 476 Erw. 1 mit Hinweis). Das kantonale Gericht ist deshalb zu Recht auf die hiegegen eingereichte Beschwerde eingetreten.

3.

3.1 Das kantonale Gericht hat die gesetzlichen Bestimmungen über die Berechnung des versicherten Verdienstes (Art. 23 Abs. 1 und 3 AVIG; Art. 37 Abs. 1, 2 und 3ter AVIV) sowie die dazu ergangene Rechtsprechung (BGE 126 V 208 Erw. 1, 125 V 477 ff. Erw. 4 und 5 mit Hinweisen) richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

3.2

3.2.1 Zu ergänzen ist, dass als versicherter Verdienst, welcher für die Höhe des Taggeldes massgebend ist (Art. 22 Abs. 1 AVIG), der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn gilt, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen. Der Höchstbetrag des versicherten Verdienstes entspricht demjenigen der obligatorischen Unfallversicherung (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und 2 AVIG). Dieser betrug bis Ende 1999 monatlich Fr. 8100.- und beläuft sich seit 1. Januar 2000 auf monatlich Fr. 8900.- (Art. 22 Abs. 1 UVV in der bis Ende 1999 und in der seit 1. Januar 2000 gültigen Fassung).

Bei Versicherten, die unmittelbar vor oder während der Arbeitslosigkeit eine gesundheitsbedingte Beeinträchtigung ihrer Erwerbstätigkeit erleiden, ist der Verdienst massgebend, welcher der verbleibenden Erwerbsfähigkeit entspricht (Art. 40b AVIV).

3.2.2 Gemäss Art. 24 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt (Abs. 1). Der Versicherte hat innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags für Tage, an denen er einen Zwischenverdienst erzielt. Der anzuwendende Entschädigungssatz bestimmt sich nach Art. 22 (Abs. 2 Sätze 1 und 2). Als Verdienstaufschlag 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).

Nach der Rechtsprechung hat der Versicherte so lange Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags nach Art. 24 Abs. 1-3 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 lohnmassig - 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 (BGE 120 V 250 ff. Erw. 5c, 512 Erw. 8c; vgl. auch BGE 121 V 54 Erw. 2 und 359 Erw. 4b). Diese zum Anspruch auf Differenzausgleich bei Zwischenverdienst nach Art. 24 AVIG (in der bis Ende 1995 gültig gewesenen Fassung) ergangene Rechtsprechung ist auch unter der Herrschaft des neuen, seit 1. Januar 1996 in Kraft stehenden Rechts anwendbar (SVR 1999 ALV Nr. 8 S. 21 Erw. 2). Gemäss dem im nämlichen Urteil als gesetzmässig erklärten Art. 41a Abs. 1 AVIV (in der seit 1. Januar 1997 gültigen Fassung) besteht innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug ein Anspruch auf Kompensationszahlungen, wenn das Einkommen geringer ist als die dem Versicherten zustehende Arbeitslosenentschädigung (BGE 127 V 480 Erw. 2).

Mit der Aufnahme einer zumutbaren Voll- oder Teilzeitbeschäftigung im Sinne von Art. 16 AVIG wird die Arbeitslosigkeit beendet (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], S. 47 Rz 114 und S 126 f. Rz 336; Gerhard Gerhards, Grundriss des neuen Arbeitslosenversicherungsrechts, Bern 1996, S. 165 Rz 34).

4.

Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab 29. Oktober 2000 bis Ende Februar 2001. Umstritten ist in diesem Rahmen die Berechnung des versicherten Verdienstes.

4.1 Der Versicherte arbeitete ab 1. April bis 30. November 2000 zu 100 % und ab 1. Dezember 2000 bis 31. Mai 2001 zu 80 % als Nachtconciierge im Hotel Z._____, wobei er einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 4700.- bzw. Fr. 3760.- erzielte. Gemäss den eingereichten Zwischenverdienstbescheinigungen war er daneben teilweise für den Verein X._____ tätig und erzielte folgende Einkommen: im Juli 2000 Fr. 21'000.- (bezeichnet als "Festanstellung 100 % mit 200 % Pensum für 1 Monat vereinbart"), im September 2000 Fr. 4300.- (Festanstellung 100 % für einen Monat) und im Oktober 2000 Fr. 1200.- (100%ige Tätigkeit während 10 Tagen).

Das kantonale Gericht legte dar, der Beschwerdeführer habe seine Behauptungen, die Arbeiten für den Verein X._____ während seiner Nachtschichten im Hotel Z._____ erledigt zu haben, in keiner Weise belegt. Es sei wenig wahrscheinlich, dass ihn das Hotel für Arbeitsstunden bezahlt haben soll, während denen er für den Verein X._____ gearbeitet habe; ohne Zustimmung des Hotels wäre ein Verstoß gegen die Treuepflicht vorgelegen. Abgesehen hiervon habe es sich bei den X._____ -Einkommen um ausserhalb der normalen Arbeitszeit erzielte Nebenverdienste im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG gehandelt, weshalb sie bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen seien. Gleiches gelte für die von der Kasse in den Monaten September und Oktober 2000 ausbezahlten Kompensationszahlungen, da sie mangels Arbeitslosigkeit des Versicherten zu Unrecht gewährt worden seien. Demnach habe er in den massgebenden letzten sechs Beitragsmonaten der abgelaufenen Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Art. 37 Abs. 3ter AVIV) ein durchschnittliches Bruttoeinkommen von Fr. 4700.- erzielt. Da sein Lohn ab 29. Oktober bis 30. November 2000 gleich hoch gewesen sei, sei er ab 29. Oktober 2000 nicht mehr arbeitslos gewesen, weshalb kein

Taggeldanspruch bestehe. Per 1. Dezember 2000 habe der Versicherte durch eine Änderungskündigung sein Arbeitspensum beim Hotel auf 80 % reduziert, worauf sein Einkommen Fr. 3760.- plus anteilmässiger 13. Monatslohn von Fr. 78.35, somit Fr. 3838.35, betragen habe. Als Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst gelte nach Art. 37 Abs. 1 AVIV ab 1. Dezember

2000 der letzte Beitragsmonat vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, somit der November 2000, in dem der Beschwerdeführer Fr. 4700.- zuzüglich Anteil 13. Monatslohn von Fr. 97.90, total Fr. 4797.90, verdient habe. Da das von ihm ab 1. Dezember 2000 erzielte Einkommen gleich hoch sei wie das ihm zustehende Taggeld, nämlich 80 % des versicherten Verdienstes (Art. 22 Abs. 1 AVIG), stehe ihm auch für die Zeit ab 1. Dezember 2000 bis 28. Februar 2001 keine Arbeitslosenentschädigung zu. Die Kasse habe demnach ab 1. Dezember 2001 zu Unrecht eine neue Rahmenfrist eröffnet.

4.2

4.2.1 Fest steht, dass der Versicherte von der Invalidenversicherung seit 1. Dezember 1995 eine halbe Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 50 % und seit 1. Oktober 1996 eine ganze Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 69 % bezog. Mit Verfügung vom 23. Juni 2000 lehnte die IV-Stelle sein Begehren um revisionsweise Herabsetzung der Invalidenrente ab. Die vom Versicherten hiegegen erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit in Rechtskraft erwachsenem Entscheid vom 24. Oktober 2000 ab. Es wird von keiner Seite behauptet, dass die Invalidenrente bzw. der ihr zu Grunde liegende Invaliditätsgrad von 69 % seit dem kantonalen Entscheid vom 24. Oktober 2000 rechtskräftig revidiert worden wäre. Vielmehr führte der Versicherte noch in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 24. August 2001 gegen den kantonalen Entscheid vom 13. Juni 2001 (Verfahren C 245/01) aus, er beziehe diese Invalidenrente weiterhin.

Demnach ist der Versicherte seit 1. Dezember 1995 in rentenbegründendem Ausmass invalid. Bei dieser Sachlage ist er im Sinne von Art. 15 Abs. 2 AVIG dauernd und erheblich in seiner Arbeits- und Vermittlungsfähigkeit beeinträchtigt (BGE 126 V 127 Erw. 3a; ARV 1995 Nr. 30 S. 173 Erw. 3a/aa, 1991 Nr. 10 S. 95 f. Erw. 3b). In solchen Fällen erfolgt die Koordination mit der Invalidenversicherung nicht nur bezüglich der Vermittlungsfähigkeit (Art. 15 Abs. 2 AVIG, Art. 15 AVIV), sondern auch bezüglich des versicherten Verdienstes (Art. 23 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 40b AVIV) ausgehend vom IV-rechtlich massgebenden Begriff der Erwerbs(un)fähigkeit (ARV 1991 Nr. 10 S. 95 f. Erw. 3b; Urteil K. vom 28. März 2002 Erw. 6b/bb; C 157 + 158/00). Somit ist bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes auf den Grad der Erwerbsfähigkeit von 31 % abzustellen, wie er sich aus der vom Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen rechtskräftig bestätigten Invaliditätsbemessung der Invalidenversicherung ergibt.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat gestützt hierauf hinsichtlich der ab 29. Oktober 1998 laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug mit Urteil vom 2. April 2003 entschieden, der Umstand, dass der Versicherte ab 1. April 2000 zu 100 % und ab 1. Dezember 2000 zu 80 % als Nachtconciierge im Hotel Z._____ gearbeitet habe, habe an seinem Status als Behinderter und damit an der dargelegten Berechnung des versicherten Verdienstes nichts geändert. Gleiches gelte für die Berichte der Dres. med. V._____, Oberarzt Forschung, Spital Y._____, vom 26. Mai 2000 und S._____, Spezialarzt für Chirurgie, vom 11./13. Juni 2001, wonach der Versicherte seit Oktober 1999 zu 100 % bzw. seit 1. Dezember 2000 als Nachtportier zu 80 % arbeitsfähig gewesen sei (nicht veröffentlichtes Urteil A. vom 9. Juli 1998 Erw. 2, C 88/98). Als Grundlage für die Berechnung des versicherten Verdienstes sei daher das vom Versicherten vor der Arbeitslosigkeit im März 1998 zuletzt erzielte Einkommen von monatlich Fr. 8900.- heranzuziehen. Der ab 1. Januar 2000 zu berücksichtigende versicherte Verdienst betrage somit Fr. 2759.- (31 % von Fr. 8900.-), was zu einer maximal möglichen Arbeitslosenentschädigung von Fr. 2339.50 führe. Der Versicherte sei somit

auf Grund des ab 1. April 2000 erzielten Einkommens von monatlich Fr. 4700.- nicht mehr arbeitslos und habe keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Differenzausgleich).

4.2.2 Der Versicherte war demnach seit 1. April 2000 bis zur Neuanmeldung bei der Arbeitslosenversicherung per 29. Oktober 2000 nicht mehr arbeitslos.

Da sich jedoch trotz seiner Anstellung im Hotel Z._____ ab 1. April 2000 und der Arbeit für den Verein X._____ in den Monaten Juli, September und Oktober 2000 an seinem Status als Behinderter nichts änderte, ist auch bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes für die Zeit ab 29. Oktober 2000 weiterhin auf die Erwerbsfähigkeit von 31 % und das im März 1998 erzielte Einkommen von Fr. 8900.- abzustellen, was einen versicherten Verdienst von Fr. 2759.- bzw. eine maximal mögliche Arbeitslosenentschädigung von Fr. 2339.50 ergibt. Weil sein Einkommen im Hotel Z._____ im fraglichen Zeitraum ab 29. Oktober 2000 bis Ende Februar 2001 höher war (Erw. 4.1 hievor), besteht kein Taggeldanspruch.

Nach dem Gesagten bleibt entgegen der Vorinstanz kein Raum für die Anwendung von Art. 37 Abs. 1 oder Abs. 3ter AVIV. Aber selbst wenn nach Art. 37 Abs. 1 AVIV der letzte Beitragsmonat vor dem 29. Oktober 2000 herangezogen wird, kann der Versicherte daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Vorinstanz hat zu Recht erwogen, dass bei der Bemessung des versicherten Verdienstes weder

die Einkommen beim Verein X. _____ noch die zu Unrecht erfolgten Kompensationzahlungen der Kasse von September und Oktober 2000 zu berücksichtigen sind. Demnach stimmt das erzielte Einkommen ab 29. Oktober 2000 mit dem versicherten Verdienst von Fr. 4700.- und dasjenige ab 1. Dezember 2000 mit dem Arbeitslosentaggeld (80 % des versicherten Verdienstes) überein, was ebenfalls einen Taggeldanspruch ausschliesst.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
- 3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, dem Amt für Arbeit des Kantons St. Gallen und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 7. April 2003

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: