

**VBE.2022.116 / If / BR**

Art. 78

**Urteil vom 19. August 2022**

Besetzung	Oberrichterin Peterhans, Präsidentin Oberrichterin Gössi Oberrichterin Schircks Denzler Gerichtsschreiberin Fricker
Beschwerde- führerin	A. _____ vertreten durch lic. iur. Sandra Straumann, Protekta Rechtsschutz- Versicherung AG, Monbijoustrasse 68, 3001 Bern
Beschwerde- gegnerin	<b>Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau,</b> Bahnhofstrasse 78, 5001 Aarau
Gegenstand	Beschwerdeverfahren betreffend AVIG (Einspracheentscheid vom 23. Februar 2022)

---

## **Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

Die 1988 geborene Beschwerdeführerin meldete sich am 28. Oktober 2021 zur Arbeitsvermittlung an und beantragte am 12. November 2021 Arbeitslosenentschädigung. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2021 lehnte die Beschwerdegegnerin den von der Beschwerdeführerin ab dem 9. November 2021 geltend gemachten Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Kompensationszahlungen) ab mit der Begründung, dass mit der ab dem 9. November 2021 aufgenommenen Tätigkeit bei der B., Q., eine lohnmassig zumutbare Arbeit vorliege. Die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Einsprache wies die Beschwerdegegnerin mit Einspracheentscheid vom 23. Februar 2022 ab.

### **2.**

#### **2.1.**

Gegen den Einspracheentscheid vom 23. Februar 2022 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 21. März 2022 fristgerecht Beschwerde und stellte nachfolgende Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Einspracheentscheid vom 23. Februar 2022 aufzuheben.
2. Es seien die gesetzlichen Leistungen auszurichten.
3. Das Verfahren sei bis zum Abschluss des arbeitsrechtlichen Verfahrens zu sistieren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge"

#### **2.2.**

Mit Vernehmlassung vom 4. April 2022 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde.

---

## **Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kompensationszahlungen der Beschwerdegegnerin.

### **2.**

#### **2.1.**

Soweit eine ganz oder teilweise arbeitslose Person im Sinne von Art. 10 AVIG die weiteren Anspruchsvoraussetzungen (Art. 8 AVIG) erfüllt, steht ihr eine Arbeitslosenentschädigung zu. Diese wird als Taggeld ausgerichtet (Art. 21 AVIG). Ausgangspunkt der Taggeldbemessung ist der versicherte Verdienst (Art. 22 AVIG). Ein volles Taggeld beträgt 70 % oder 80 % des versicherten Verdienstes (Art. 22 Abs. 1 und 2 AVIG).

## **2.2.**

Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG; BGE 135 V 185 E. 7.1 S. 191).

## **2.3.**

Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstauffalls (Art. 24 Abs. 1 erster und zweiter Satz AVIG). 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 ("Differenzausgleich" oder "Kompensationszahlungen"; Art. 24 Abs. 3 erster Satz AVIG; BGE 129 V 102 E. 3.3 S. 103 f.; Urteile des Bundesgerichts C 139/06 vom 13. Oktober 2006 E. 2. und C 290/03 vom 6. März 2006 E. 4.3 mit Hinweisen). Verglichen wird dabei das versicherte Brutto-Taggeld mit dem im selben Monat erzielten Brutto-Tageslohn (berechnet nach der Formel "Brutto-Monatslohn geteilt durch 21.7"; BGE 121 V 51; Urteil des Bundesgerichts C 236/06 vom 26. April 2007 E. 3).

## **2.4.**

Nach der Rechtsprechung hat der Versicherte so lange Anspruch auf Ersatz des Verdienstauffalls nach Art. 24 AVIG, als er in der fraglichen Kontrollperiode nicht eine zumutbare Arbeit im Sinne von Art. 16 AVIG aufnimmt. Der Versicherte muss gemäss Art. 16 Abs. 1 AVIG zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen. Somit gilt grundsätzlich auch jede Arbeit als zumutbar. Art. 16 Abs. 2 AVIG enthält demgegenüber eine abschliessende Liste von Ausnahmetatbeständen (BGE 124 V 62 E. 3b S. 63). Bei einer Differenz zwischen Arbeitslosenentschädigung und Zwischenverdienst besteht Anspruch auf Kompensationszahlungen nach Art. 41a Abs. 1 AVIV. Der Versicherte hat so lange Anspruch auf Kompensationszahlungen, als er in der fraglichen Kontrollperiode nicht eine zumutbare Arbeit im Sinne von Art. 16 AVIG aufnimmt. Nimmt die versicherte Person während einer Kontrollperiode eine lohnmässig zumutbare Arbeit auf, die ihr einen Verdienst verschafft, der zumindest dem Betrag der Arbeitslosenentschädigung entspricht, bleibt für die Annahme eines Zwischenverdienstes kein Raum, vielmehr liegt eine zumutbare Arbeit vor, welche zwingend zur Beendigung der Arbeitslosigkeit führt (BGE 127 V 479 E. 2 S. 480; 121 V 51 E. 4 S. 56 f.; Art. 41a Abs. 1 AVIV e contrario; BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 5. Aufl. 2019, S. 176

und 180 mit Hinweisen, THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, SBVR, Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel 2016, S. 2386 N 411).

### **3.**

#### **3.1.**

Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, der Arbeitsvertrag mit der B. garantiere keinen Einsatz im Umfang von 80 bis 100 % bzw. 34 bis 42.5 Stunden pro Woche. In den Bemerkungen werde festgehalten, dass sich die normale Arbeitszeit auf mindestens zwei und auf maximal 42 Stunden pro Woche belaufe. Die effektiv geleistete Arbeit, mindestens aber zwei Stunden pro Woche, würden grundsätzlich mit dem vereinbarten Stundenlohn abgegolten. Für die nicht geleistete Arbeit ab zwei Stunden pro Woche sei keine Lohnentschädigung vorgesehen. Dies werde auch entsprechend in den Anstellungsbestimmungen der B. geregelt. Es werde darin zusätzlich geregelt, dass Stunden über dem Stundenminimum nicht entschädigt würden, wenn der Mitarbeiter sie nicht effektiv leiste. Der Mitarbeiter müsse sich über das Stundenminimum hinaus nicht bereithalten. Garantiert würden damit lediglich zwei Stunden pro Woche. Dem versicherten Verdienst sei somit dieses garantierte Mindestpensum von zwei Stunden pro Woche gegenüberzustellen, womit sie die Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung von Kompensationszahlungen erfülle (vgl. Beschwerde S. 3).

#### **3.2.**

Die private Arbeitsvermittlung und der Personalverleih werden durch das AVG geregelt. Nach Art. 19 Abs. 1 AVG muss der Verleiher den Vertrag mit dem Arbeitnehmer in der Regel schriftlich abschliessen. Der Bundesrat regelt die Ausnahmen. Im Vertrag sind die Art der zu leistenden Arbeit (Abs. 2 lit. a), der Arbeitsort sowie der Beginn des Einsatzes (lit. b), die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfrist (lit. c), die Arbeitszeiten (lit. d), der Lohn, allfällige Spesen und Zulagen sowie die Abzüge für die Sozialversicherung (lit. e), die Leistungen für Überstunden, Krankheit, Mutterschaft, Unfall, Militärdienst und Ferien (lit. f) sowie die Termine für die Auszahlung des Lohnes, der Zulagen und die übrigen Leistungen (lit. g) zu regeln.

Gemäss Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco) vom 19. Dezember 2019 (Weisung 2019/1) müssen die Arbeitszeiten im Arbeitsvertrag geregelt sein und die arbeitnehmende Person muss klar erkennen können, in welchem Umfang sie ihre Dienste zur Verfügung stellt und mit welchem Verdienst sie folglich rechnen kann (S. 3). In Einzelfällen sind auch Bandbreitenmodelle möglich. Diese müssen jedoch für den konkreten Einsatz realistisch sein. In der Regel dürften Bandbreitenmodelle zwischen 80 und 100 %, bzw. 34 bis zu 42 Stunden pro Woche glaubhaft sein. Im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG muss im Arbeitsvertrag die Bandbreite der Arbeitszeit, welche zu leisten ist, genannt werden. Dabei ist immer die genannte minimale Arbeitszeit und die allfällig darüber hinaus geleistete Arbeitszeit

mit dem vereinbarten Stundenlohn zu entschädigen. Für die Zeit in der Bandbreite, in welcher der Arbeitnehmer nicht arbeiten kann, weil ihn der Einsatzbetrieb nach Hause schickt, muss ihm analog der Arbeit auf Abruf zusätzlich eine Entschädigung bezahlt werden (S. 4). Weicht der Stunden- bzw. Arbeitsrapport von den im Einsatzvertrag vereinbarten Stunden nach unten ab, ist der Verleiher gemäss zwingendem Art. 324 OR grundsätzlich verpflichtet, die arbeitnehmende Person im Umfang der im Einsatzvertrag vereinbarten Stunden zu entlönnen und es darf nicht einfach auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport abgestellt werden. Das Risiko, dass der Einsatzbetrieb nicht im vereinbarten Umfang Arbeit anbieten kann, geht auf den Verleiher über, weil es dieser ist, der mit der arbeitnehmenden Person die arbeitsvertragliche Beziehung pflegt und gehalten ist, die zwingenden Bestimmungen einzuhalten (S. 5).

### **3.3.**

Im Einsatzvertrag vom 8. November 2021 wurden 34.00 bis 42.50 Arbeitsstunden und ein Pensum von 80 bis 100 % vereinbart. Unter Bemerkungen wurde festgehalten, dass sich die normale Arbeitszeit auf mindestens zwei und maximal 42 Stunden pro Woche belaufe. Die effektiv geleistete Arbeit, mindestens aber zwei Stunden pro Woche, werde grundsätzlich mit dem vereinbarten Stundenlohn abgegolten. Für die nicht geleistete Arbeit ab zwei bis zu 42 Stunden pro Woche sei keine Lohn-Entschädigung vorgesehen (Vernehmlassungsbeilage [VB] 44). Ein damit faktisches Bandbreitenmodell von zwei bis 42 Stunden pro Woche erscheint als nicht glaubhaft. Die unter Bemerkungen festgehaltene Ausdehnung des eigentlich abgemachten Bandbreitenmodells von 34 bis 42 Stunden pro Woche bzw. von einem Pensum von 80 bis 100 % ist nicht damit zu vereinbaren, dass der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin klar erkennen muss, in welchem Umfang seine oder ihre Dienste zur Verfügung gestellt werden müssen bzw. damit, dass die Arbeitszeit nach Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG geregelt sein muss (vgl. E. 3.2. hiavor). In den Bescheinigungen über den Zwischenverdienst von November 2021 bis Januar 2022 wurde zudem ebenfalls festgehalten, dass eine wöchentliche Arbeitszeit von 34 Stunden pro Woche vereinbart worden sei (VB 32; 52; 61). Aufgrund der zwingenden Bestimmung von Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG ist damit auf das Bandbreitenmodell von 34.00 bis 42.50 Stunden pro Woche abzustellen und daher mindestens von einer 34-Stundenwoche auszugehen und nicht von den tatsächlich geleisteten Stunden gemäss den Arbeitsrapporten.

Da die Prüfung der Rechtmässigkeit der Abweisung des Anspruchs auf Kompensationszahlungen damit aufgrund der Akten möglich ist, kann in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. BGE 127 V 491 E. 1b S. 494 mit Hinweisen) auf eine Sistierung des Verfahrens bis zum Abschluss des arbeitsrechtlichen Verfahrens (Verfahrensantrag Ziff. 3) verzichtet werden.

**4.**

Das von der Beschwerdegegnerin gemäss Verfügung vom 6. Dezember 2021 (VB 67) berechnete Bruttotaggeld in der Höhe von Fr. 140.00 wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten (Rügeprinzip; BGE 119 V 347 E. 1a S. 349 f.) und ist ausweislich der Akten nicht zu beanstanden. Bei einer mindestens zu berücksichtigenden Arbeitszeit von 34 Stunden pro Woche ergibt sich sodann ein Bruttotagesverdienst der Beschwerdeführerin von Fr. 164.22 ( $6.8 [34 / 5] \times \text{Fr. } 24.15 = \text{Fr. } 164.22$ , VB 14, ohne Ferienentschädigung, AVIG-Praxis ALE Rz. B299, C125). Da damit der Bruttotagesverdienst von Fr. 164.22 das Bruttotaggeld von Fr. 140.00 übersteigt, handelt es sich um eine lohnmässig zumutbare Arbeit und es besteht folglich kein Raum für die Annahme eines Zwischenverdienstes und somit auch kein Anspruch auf Kompensationszahlungen (vgl. E. 2.4 hiervor). Der Einspracheentscheid vom 23. Februar 2022 (VB 23) ist folglich zu bestätigen.

**5.**

**5.1.**

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde abzuweisen.

**5.2.**

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG).

**5.3.**

Der Beschwerdeführerin steht nach dem Ausgang des Verfahrens (Art. 61 lit. g ATSG) und der Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer Stellung als Sozialversicherungsträgerin (BGE 126 V 143 E. 4 S. 149 ff.) kein Anspruch auf Parteientschädigung zu.

---

**Das Versicherungsgericht erkennt:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

---

Zustellung an:  
die Beschwerdeführerin (Vertreterin; 2-fach)  
die Beschwerdegegnerin  
das seco

---

### **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten**

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen** seit der Zustellung beim **Bundesgericht Beschwerde** eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

---

Aarau, 19. August 2022

### **Versicherungsgericht des Kantons Aargau**

2. Kammer

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Peterhans

Fricker

