

## **BGE 106 V 117**

Bundesgericht (BGE), 1980-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_106\\_V\\_117](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_106_V_117)

FR: ATF 106 V 117

IT: DTF 106 V 117

### **Regeste**

Regeste Art. 28 Abs. 2 AIVG. Diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf Zweifel hinsichtlich des rechtlichen Bestandes eines Lohnanspruches, nicht auf Zweifel an dessen Realisierbarkeit.

Regeste Art. 28 al. 2 LAC. Cette disposition se rapporte seulement à des doutes sur l'existence du droit au salaire, non à des doutes sur le versement de celui-ci.

Regesto Art. 28 cpv. 2 LAD. La norma si riferisce solamente al dubbio sull'esistenza di diritto al salario e non già al dubbio sul pagamento dello stesso.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Zu Recht hat die Vorinstanz den Beschwerdegegner arbeitslosenversicherungsrechtlich als Arbeitnehmer eingestuft, so dass seine Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich zu bejahen ist.

#### **E. 2**

Gemäss Art. 28 Abs. 1 AIVG ist der Verdienstaussfall nicht anrechenbar während Arbeitstagen, für welche dem Versicherten Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber aus Dienstvertrag zustehen. Bestehen über den Anspruch des Versicherten gegenüber dem Arbeitgeber Zweifel, so ist die Kasse nach Art. 28 Abs. 2 AIVG zur Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung ermächtigt. Es ist unbestritten, dass dem Beschwerdegegner zufolge der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten für die Zeit vom 31. Oktober 1978 (Kündigung) bis 31. Januar 1979 - und dies unbeschadet durch den am 9. November 1978 eingetretenen Konkurs der Arbeitgeberin - ein Lohnanspruch zusteht. Folglich erleidet der Beschwerdegegner gemäss Art. 28 Abs. 1 AIVG keinen anrechenbaren Verdienstaussfall, so dass er kein Recht auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung hat. Unbeachtlich ist, dass er seinen Lohnanspruch mangels Aktiven der Konkursitin nicht realisieren kann. Kriterium für den Ausschluss von der Genussberechtigung ist nach Art. 28 Abs. 1 AIVG der rechtliche Bestand der dienstvertraglichen Forderung gegenüber dem Arbeitgeber. Am Bestehen des Anspruchs ändert indes die Insolvenz des Arbeitgebers nichts. Zum gleichen Ergebnis führt auch Art. 28 Abs. 2 AIVG, der sich unmissverständlich auf Zweifel hinsichtlich des BGE 106 V 117 S. 119 Rechtsanspruchs bezieht und damit die logische Ergänzung von Art. 28 Abs. 1 AIVG bildet. Verhindert nämlich Art. 28 Abs. 1 AIVG bei einem klar ausgewiesenen Lohnanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und unabhängig von der Realisierbarkeit der Forderung den Eintritt des Versicherungsfalles, so bleibt für die Anwendung von Art. 28 Abs. 2 AIVG notwendigerweise kein Raum. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz besteht der Zweck von Art. 28 Abs. 2 AIVG nicht darin, den Versicherten gegen die

Insolvenz des Arbeitgebers zu schützen. Die geltende Ordnung der Arbeitslosenversicherung kennt das Institut der Insolvenzenschädigung nicht. Diese Lücke im Sozialversicherungsrecht zu schliessen ist Sache des Gesetzgebers, was denn auch im Entwurf vom 7. November 1979 zum neuen Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung zum Ausdruck kommt. Die von der Vorinstanz geschützte und vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit geduldete Praxis einzelner Kassen, Leistungen auch dann zu erbringen, wenn der Arbeitnehmeranspruch wegen Konkurses des Arbeitgebers aller Wahrscheinlichkeit nach nicht bzw. erst nach Abschluss des oft langdauernden Konkurses realisierbar ist, erweist sich somit als rechtswidrig.

### **E. 3**

Aus dem rechtswidrigen Verhalten der Aufsichtsbehörde und der Kassen in den erwähnten Fällen kann der Beschwerdegegner nichts zu seinen Gunsten ableiten. Der Umstand, dass das Gesetz in andern Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, der eine Übereinstimmung der Entscheidung mit dem Gesetz verlangt, geht der Rücksichtnahme auf gleichmässige Rechtsanwendung vor ( BGE 104 Ib 364 Erw. 5, BGE 103 Ia 242 Erw. 2 mit Hinweisen). Die Störung der Rechtsgleichheit, die das Urteil in sich birgt, wird dadurch zu beheben sein, dass Aufsichtsbehörde und Kassen Art. 28 AIVG künftig im Sinne der vorstehenden Erwägungen handhaben. Dispositiv Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht: In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid der Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich vom 28. Juni 1979 aufgehoben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.