

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00717 vom 23. April 2003

ZH Sozialversicherungsgericht, 2003-04-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2002.00717](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2002.00717)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00717 du 23 avril 2003

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00717 del 23 aprile 2003

## Erwägungen

### E. 1

1.1???? A.\_\_\_\_ arbeitete seit dem 2. April 1986 als angelernter Operateur bei der B.\_\_\_\_, \_\_\_\_ (Urk. 8/3). An dieser Stelle war er (aufgrund einer Bewilligung des BIGA [heute: Staatssekretariat f?r Wirtschaft seco]) regelm?ssig als Nachtschichtarbeiter t?tig, wof?r er einen Zuschlag zum ordentlichen Lohn von Fr. 10.-- pro Stunde erhielt (Urk. 3/3 und Urk. 8/5). Infolge von Betriebsumstrukturierungen k?ndigte die Arbeitgeberin am 22. Januar 2002 das Arbeitsverh?ltnis per 30. April 2002 (Urk. 8/2). In der Folge meldete sich der Versicherte am 27. M?rz 2002 zum Bezug von Arbeitslosenentsch?digung ab dem 1. Mai 2002 an (Urk. 8/7).

### E. 1.2

??? Die Arbeitslosenkasse der GBI, Horgen, setzte mit Verf?gung vom 3. Juli 2002 (Urk. 2) den versicherten Verdienst von A.\_\_\_\_ w?hrend der Rahmenfrist f?r den Leistungsbezug vom 1. Mai 2002 bis 30. April 2004 auf Fr. 5'178.-- fest. Sie errechnete die H?he des versicherten Verdienstes auf der Grundlage eines monatlichen Bruttoeinkommens von Fr. 4'780.-- zuz?glich eines Zw?lftels einer j?hrlichen Gratifikation in der H?he eines Monatslohnes, demnach zuz?glich Fr. 398.--. Hingegen ber?cksichtigte die Kasse bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes die Nachtschichtzulagen des Versicherten nicht und begr?ndete dies damit, dass es sich hierbei um variable Zulagen f?r arbeitsbedingte Inkonvenienzen gehandelt habe.

### E. 2

2.1???? Laut Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes ?ber die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzensch?digung (AVIG) gelten f?r die Beitragszeit und den Leistungsbezug, sofern dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, zweij?hrige Rahmenfristen. Die Rahmenfrist f?r den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, f?r den s?mtliche Anspruchsvoraussetzungen erf?llt sind (Abs. 2). Die Rahmenfrist f?r die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Abs. 3).

### E. 2.2

??? Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der w?hrend eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverh?ltnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelm?ssigen Zulagen, soweit sie nicht Entsch?digung f?r arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen.

???????? Der versicherte Verdienst umfasst die vertraglich vereinbarten regelm?ssigen Zulagen wie beispielsweise den 13. Monatslohn, Treuepr?mien, Orts- und

Teuerungszulagen sowie Gratifikationen ohne Rücksicht auf ihre Klagbarkeit (BGE 122 V 362 f.). Hingegen fallen Spesenentschädigungen, Überzeimentschädigungen und Familienzulagen nicht unter den Begriff des versicherten Verdienstes (ARV 1992 Nr. 14 S. 141 Erw. 2c).

Bei den Nachtschichtzulagen ist zu unterscheiden. Sie sind dem versicherten Verdienst zuzurechnen, wenn sie aufgrund arbeitsvertraglicher Abmachungen auch während der Ferien bezahlt werden (BGE 115 V 332 Erw. 5b) oder wenn sie bei vorübergehender Nachtarbeit aufgrund von Art. 17 Abs. 1 des Arbeitsgesetzes (ArG) beziehungsweise bei regelmässiger Nachtarbeit - insofern die Vertragsparteien vor Erteilung der seco-Bewilligung keine individuellen Abmachungen im Hinblick auf die Entlohnung der einzuführenden Nachtarbeit getroffen haben - nach Art. 17 Abs. 2 ArG aus öffentlichem Recht geschuldet sind (BGE 115 V 333 Erw. 6). Andernfalls stellen sie Entschädigungen für arbeitsbedingte Inkonvenienzen dar, die nicht dem versicherten Verdienst zuzurechnen sind (BGE 115 V 331 f. Erw. 5b).

Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 4 AVIG bestimmt der Bundesrat den Bemessungszeitraum des versicherten Verdienstes. Laut Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldung (AVIV) gilt als Bemessungszeitraum in der Regel der letzte Beitragsmonat (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Abs. 1). Weicht der Lohn im letzten Beitragsmonat um mindestens 10 % vom Durchschnittslohn der letzten sechs Monate ab, so wird der versicherte Verdienst aufgrund dieses Durchschnittslohnes berechnet (Abs. 2). Wirkt sich die Bemessung aufgrund der Abs. 1 und 2 für die versicherte Person unbillig aus, so kann die Kasse auf einen längeren Bemessungszeitraum, höchstens aber die letzten 12 Beitragsmonate abstellen (Abs. 3).

### **E. 3**

3.1 Zwischen den Parteien streitig ist die Höhe des versicherten Verdienstes des Beschwerdeführers für die Rahmenfrist vom 1. Mai 2002 bis zum 30. April 2004. Sie hängt unter anderem davon ab, ob die Nachtschichtzulagen, die der Beschwerdeführer bis Ende des Jahres 2001 bezogen hat, bei der Berechnung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen sind.

3.2 Mit Schreiben vom 26. November 2002 teilte die B. dem Gericht mit, sie habe zwar allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die ständig Nachtschicht gearbeitet hätten, eine Zulage von Fr. 40.-- auch während Krankheit, Ferien und Feiertagen gewährt. Indes handle es sich beim Beschwerdeführer insofern um eine Ausnahme, als sein Grundgehalt vor einigen Jahren angepasst worden sei. Eine Vergütung während Krankheitsabsenzen, Ferien und Feiertagen sei dem Beschwerdeführer gestützt auf den aktuellen Umfang des Nachschichteinsatzes geleistet worden (Urk. 15). Zum Beleg ihrer Aussagen reichte die vormalige Arbeitgeberin die Stempelkarten des Beschwerdeführers des Jahres 2001 sowie die Lohnstammlisten der Jahre 2000 und 2001 ein (Urk. 16/1-13).

Aus den von der Arbeitgeberin eingereichten Unterlagen geht hervor, dass sie dem Beschwerdeführer auch während der Ferien und Feiertagen eine Nachtschichtzulage von Fr. 10.-- pro Stunde auszahlte, wobei sie für die Bestimmung der Stundenzahl auf die vom Beschwerdeführer während des jeweiligen Monats normalerweise geleisteten Nachtschichtstunden abstellte (Urk. 16/8 und 11). Demnach sind die dem Beschwerdeführer ausbezahlten Nachtschichtzulagen rechtsprechungsgemäss dem versicherten Verdienst

zuzuz?hlen.

### 3.3.1???

3.3.1?? Der Beschwerdef?hrer beantragt ferner, dass f?r die Berechnung seines versicherten Verdienstes grunds?tzlich auf die letzten zw?lf Beitragsmonate vor Eintritt der Arbeitslosigkeit, und innerhalb dieser Zeitspanne auf die Monate Mai bis Dezember 2001 abgestellt werde.

3.3.2?? Art. 37 Abs. 3 AVIV meint mit den letzten zw?lf Beitragsmonaten nicht die letzten der Arbeitslosigkeit unmittelbar vorangehenden zw?lf Kalendermonate, sondern die letzten zw?lf Monate innerhalb der Rahmenfrist f?r die Beitragszeit, w?hrend denen die versicherte Person eine beitragspflichtige Besch?ftigung aus?bte. Hat die versicherte Person innerhalb dieser Rahmenfrist nicht durchgehend gearbeitet, so k?nnen zwischen den einzelnen Beitragsmonaten L?cken liegen und in der Folge auch Beitragsmonate innerhalb der ersten zw?lf Monate der Rahmenfrist ber?cksichtigt werden (vgl. ARV 1992 Nr. 1 S. 71 Erw. 4; Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG), Band I, Bern/Stuttgart 1987, Rz. 22 zu Art. 23). Unzul?ssig ist dagegen, bei der Feststellung der maximal letzten zw?lf Beitragsmonate zuletzt tats?chlich zur?ckgelegte Zeiten einer beitragspflichtigen Besch?ftigung wegzulassen und auf beliebige, diesen vorangehende Beitragsmonate abzustellen, um so gewissermassen die 'ideale' Grundlage f?r die Berechnung des versicherten Verdienstes herzustellen (vgl. auch BGE 121 V 177 Erw. 44 im Umkehrschluss). Demnach kann die vom Beschwerdef?hrer verlangte Berechnungsweise w?hrend des Bemessungszeitraums nach Art. 37 Abs. 3 AVIV nicht zur Anwendung gelangen.

3.3.3?? In der angefochtenen Verf?gung stellte die Beschwerdegegnerin f?r die Ermittlung des versicherten Verdienstes implizit auf Art. 37 Abs. 1 AVIV ab. Sie ging davon aus, dass der Beschwerdef?hrer w?hrend seines Arbeitsverh?ltnisses durchgehend einen anrechenbaren Lohn von Fr. 4'780.-- zuz?glich einer Gratifikation von Fr. 398.-- pro Monat erhalten habe, wobei sie die jeweils ausgerichteten Nachtzulagen als nicht zu ber?cksichtigende Inkonvenienzentsch?digung betrachtete. Die Beschwerdegegnerin ?bersieht dabei, dass der Anstellungsvertrag ab 1. April 1986 (Urk. 3/3) die Ausrichtung einer j?hrlichen Gratifikation in der H?he eines Monatslohnes nur in ungek?ndigtem Arbeitsverh?ltnis und nach Ermessen der Arbeitgeberin vorsieht und laut Arbeitgeberbescheinigung vom 12. April 2002 (Urk. 3/4) eine solche Gratifikation zwar f?r das Jahr 2001, nicht aber f?r die Monate Januar bis April 2002 ausgerichtet wurde. Daher betr?gt die H?he des versicherten Verdienstes w?hrend des Bemessungszeitraums von Art. 37 Abs. 1 AVIV allein anhand des Grundlohnes f?r den Monat April 2002 Fr. 4'780.--, zumal der Beschwerdef?hrer ab Januar 2002 auch keine Nachtschichten mehr leistete.

3.3.4?? Demnach ist zu pr?fen, ob die Anwendung des Bemessungszeitraums von Art. 37 Abs. 3 AVIV zu einem versicherten Verdienst f?hrt, welche eine Festsetzung in der H?he von Fr. 4'780.-- unbillig erscheinen l?sst.

Der Beschwerdef?hrer erhielt f?r die w?hrend der Monate Januar bis April 2002 geleistete Arbeit weder eine anteilm?sige Gratifikation noch Nachtschichtzulagen. Dies gilt entgegen dem ersten Anschein auch f?r den Monat Januar 2002. Denn die Arbeitgeberin h?lt zwar in der Bescheinigung vom 12. April 2002 die Ausrichtung eines Lohnes von Fr. 5'040.-- im Monat Januar 2002 fest. Jedoch ist zu ber?cksichtigen, dass sie gem?s ihren eigenen Angaben die Nachtzulagen f?r den laufenden Monat immer erst mit dem

Grundlohn des n?chsten Monats ausbezahlt (Urk. 15). Demnach erarbeitete der Beschwerdef?hrer die im Januar 2002 ausgerichtete Nachtschichtzulage in der H?he von Fr. 260.-- im Monat Dezember 2001. Gem?ss dem im Sozialversicherungsrecht massgebenden Realisierungsprinzip (Vgl. BGE 122 V 370 f. Erw. 5b) ist daher der genannte Betrag auch dem versicherten Verdienst des Vormonats zuzuschlagen, weshalb die von der Arbeitgeberin f?r Januar 2002 angegebene Lohnsumme von Fr. 5'040.-- tats?chlich jene des Monats Dezember 2001 darstellt. Ebenso geben die in den Monaten Juni 2001 bis Dezember 2001 ausbezahlten Lohnsummen (Urk. 8/3, Urk. 8/4, Urk. 3/5a) tats?chlich die H?he des massgeblichen Einkommens des jeweiligen Vormonats wieder. Schliesslich ist zu ber?cksichtigen, dass der Beschwerdef?hrer f?r die Monate Mai bis Dezember 2001? eine Gratifikation von umgerechnet Fr. 398.-- pro Monat erhielt.

Demnach erzielte der Beschwerdef?hrer w?hrend des Bemessungszeitraums vom Mai 2001 bis April 2002 folgende Einkommen: Januar bis April 2002 je Fr. 4'780.-- (zusammen Fr. 19'120.--); Dezember 2001 Fr. 5'040.--, November 2001 Fr. 5'200.--, Oktober 2001 Fr. 6'070.--, September 2001 Fr. 4'980.--, August 2001 Fr. 5'900.--, Juli 2001 Fr. 5'350.--, Juni 2001 Fr. 5'090.--, Mai 2001 Fr. 4'990.-- (zusammen also Fr. 42'620.--). Hinzuzuz?hlen ist f?r die Monate Mai bis Dezember 2001 eine Gratifikation von umgerechnet Fr. 398.-- pro Monat (zusammen Fr. 3'184.--). Hieraus ergibt sich ein versicherter Verdienst im Zeitraum von Mai 2001 bis April 2002 von insgesamt Fr. 64'924.--, was einem monatlichen Durchschnitt von aufgerundet Fr. 5'411.-- entspricht.

3.3.5 ? Da der nach der Methode von Art. 37 Abs. 3 AVIV errechnete Betrag von Fr. 5'411.-- deutlich h?her liegt als der in Anwendung von Art. 37 Abs. 1 AVIV ermittelte Betrag von Fr. 4'780.--, ist der versicherte Verdienst des Beschwerdef?hrers anhand des ersteren festzulegen.

#### **E. 4**

4.1???? Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der versicherte Verdienst des Beschwerdef?hrers f?r die Rahmenfrist f?r den Leistungsbezug vom 1. Mai 2002 bis zum 30. April 2004 die H?he von Fr. 5'411.-- erreicht.

4.2???? Nach ? 34 Abs. 1 des Gesetzes ?ber das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) haben die Parteien auf Antrag nach Massgabe ihres Obsiegens Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten. Dieser wird ohne R?cksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach dem Schwierigkeitsgrad des Prozesses bemessen. Vorliegend erscheint eine Prozessentsch?digung von Fr. 1'600.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) als angemessen.

Das Gericht erkennt:

1.???????? In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der versicherte Verdienst des Beschwerdef?hrers f?r die Rahmenfrist f?r den Leistungsbezug vom 1. Mai 2002 bis zum 30. April 2004 auf Fr. 5'411.-- festgelegt.

2.???????? Das Verfahren ist kostenlos.

3.???????? Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdef?hrer eine Prozessentsch?digung von Fr. 1'600.-- zu bezahlen.

4.???????? Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Fortuna Rechtsschutz-Versicherungs-Gesellschaft

- Arbeitslosenkasse der GBI Sektion Horgen
- Staatssekretariat f?r Wirtschaft seco
- AWA Amt f?r Wirtschaft und Arbeit

5.????????? Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgen?ssischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgen?ssischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begr?ndung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdef?hrenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugeh?rige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdef?hrende Person sie in H?nden hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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