

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00039 vom 29. Februar 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-02-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00039

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00039 du 29 février 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00039 del 29 febbraio 2008

Erwägungen

E. 2

2.1 Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Beitragspflichtig für die Arbeitslosenversicherung ist gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG, wer nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) obligatorisch versichert und für Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist, d.h. einen massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG bezieht. Nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Die zum massgebenden Lohn gehörenden Bestandteile werden in Art. 7 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) beispielhaft näher aufgeführt, während Art. 8 AHVV die Ausnahmen davon umschreibt. Demgegenüber bestimmt Art. 6 Abs. 2 AHVV als Ausführungsnorm zu Art. 4 Abs. 1 AHVG, was nicht zum Erwerbseinkommen (aus unselbständiger oder selbständiger Tätigkeit) zählt. Es sind dies nach Abs. 2 lit. b der erwähnten Bestimmung Versicherungsleistungen bei Unfall, Krankheit oder Invalidität, ausgenommen die Taggelder nach Art. 25 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG).

Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG sieht alsdann vor, dass als Beitragszeit ebenfalls Zeiten angerechnet werden, in denen die versicherte Person zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber wegen Krankheit oder Unfalls keinen Lohn erhält und daher keine Beiträge bezahlt.

2.3 Die für die Beitragszeit massgebende zweijährige Rahmenfrist (Art. 9 AVIG) begann am 25. Oktober 2002 und endete am 24. Oktober 2004 (vgl. Urk. 8/69 Blatt 3). Während dieser Zeit bezog die Beschwerdeführerin zwar verschiedentlich Krankentaggelder, erzielte aber während mehr als zwölf Monaten ein AHV-pflichtiges Einkommen (Urk. 8/65, Urk. 8/65a). Die Anspruchsvoraussetzung der erfüllten Beitragszeit (Art. 8 lit. e AVIG) ist damit zu bejahen, ohne dass zu prüfen wäre, ob und inwieweit der Beitragspflicht gleichgestellte Tatbestände gemäss Art. 13 Abs. 2 AVIG vorliegen. Das ist hinsichtlich der strittigen Frage der Festsetzung des versicherten Verdienstes relevant. Art. 39 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung (AVIV) sieht nämlich vor, dass für Zeiten, die nach Art. 13 Abs. 2 lit. b-d AVIG als Beitragszeiten angerechnet werden, derjenige Lohn massgebend ist, den die versicherte Person normalerweise erzielt hätte. Fallen der Beitragszeit gleichgestellte Tatbestände aber ausser Betracht, ist Art. 39 AVIV mangels Anrechnung von Beitragszeiten für die Festsetzung des versicherten

Verdienstes nicht einschliesslich. Es ist hiefür ausschliesslich nach Art. 37 AVIV zu verfahren (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen O. vom 22. Dezember 2003, C 153/02, Erw. 4.2).

E. 3

3.1 Nach Art. 23 Abs. 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde.

Art. 37 AVIV regelt den Bemessungszeitraum. Danach bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Abs. 1). Er bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1 (Abs. 2). Der Bemessungszeitpunkt beginnt, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaustauschs. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen (Abs. 3).

Art. 37 Abs. 3 bis AVIV bestimmt, dass bei Lohnschwankungen, die auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind oder in der Art des Arbeitsverhältnisses liegen, der versicherte Verdienst auf den letzten zwölf Monaten, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit ermittelt wird (vgl. BGE 125 V 42 und 125 V 51). Der versicherte Verdienst beschränkt sich auf das aus der normalen Arbeitszeit resultierende Einkommen (BGE 126 V 207 ff., 125 V 475 ff.). Nebst der Überzeitschädigung ist auch die Überstundenentschädigung vom versicherten Verdienst ausgenommen (BGE 129 V 105 ff.).

3.2 Die Beschwerdegegnerin ging im Einspracheentscheid bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes - wohl in Anwendung von Art. 37 Abs. 3 oder Abs. 3 bis AVIV - vom Durchschnittslohn der Beschwerdeführerin in den letzten zwölf Monaten aus. Dabei berücksichtigte sie ebenfalls die in dieser Zeit ausbezahlten Krankentaggelder, wobei sie die ausbezahlten Beträge von 80 % auf 100 % hochrechnete. Zur so berechneten Lohnsumme addierte sie zudem eine einmalige Entschädigung von Fr. 5'000.--, welche die Beschwerdeführerin nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses von ihrer ehemaligen Arbeitgeberin, der A. ____, im Rahmen eines aussergerichtlichen Vergleichs erhalten hatte. Den entsprechenden Betrag dividiert durch 12 ergab einen durchschnittlichen Betrag von Fr. 3'721.21. Diesen Betrag erachtete sie indessen nicht als versicherten Verdienst. Aufgrund der vereinbarten Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche und des erzielten Stundenlohnes von Fr. 19.02 (ohne Ferienentschädigung) sei nämlich höchstens ein versicherter Verdienst von Fr. 3'301.85 $([40 : 5 \times 21,7] \times 19.02)$ möglich und daher massgebend (Urk. 2).

3.3 Die Beschwerdeführerin hatte mit Datum vom 15. August 2001 einen Einsatzvertrag mit der A. ____, bei einem Bruttolohn von Fr. 23.-- pro Stunde (Grundlohn Fr. 21.33, Ferienzuschlag Fr. 1.77; Urk. 12/1) vereinbart. Am 12. Februar 2002 erfolgte rückwirkend per 11. Februar 2002 eine Vertragsänderung. Neu galt ein Bruttolohn von Fr. 23.80 pro Stunde (Grundlohn von Fr. 19.02, Ferienzuschlag Fr. 1.58, Schichtzulage Fr. 3.20; Urk. 8/70 Blatt 3).

Â Â Â Â Â Â Â Â Â Â Ausgehend von der von der Beschwerdegegnerin vorgenommenen Berechnung des versicherten Verdienstes forderte die Beschwerdeführerin in der Beschwerde die Berücksichtigung der Schichtzulage von Fr. 3.20. Massgeblich sei mithin ein Stundenlohn von Fr. 22.22 (Fr. 19.02 plus Fr. 3.20). Dementsprechend resultiere ein versicherter Verdienst von Fr. 3'857.40 ($[40 : 5 \times 21.7] \times 22.22$). Zwar sei die Schichtzulage ab 27. Oktober 2003 nicht mehr ausbezahlt worden. Die Ausstände seien jedoch Teil der im Rahmen des Vergleichs vereinbarten Entschädigung von Fr. 5'000.-- und damit letztlich beglichen worden (Urk. 1, Urk. 3/3). Dazu räumte die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid ein, dass die Entschädigung von Fr. 5'000.-- einen teilweisen Ausgleich für die per 11. Februar 2002 erfolgte Lohnreduktion auf Fr. 19.02 darstelle. Jedoch sei eine Aufschlüsselung nach den diversen Anteilen (Ausgleich für Lohnreduktion, Krankentaggelder etc.) aufgrund der Vereinbarung nicht möglich. Die effektive Höhe des Stundenlohnes lasse sich daher nicht mehr eruieren. Da jedoch die Beschwerdeführerin dafür die Beweislast trage, habe sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Dies bedeute, dass bei der Berechnung des versicherten Verdienstes ausschliesslich ein Stundenlohn von Fr. 19.02 einbezogen werden könne (Urk. 2).

3.4 Â Â Â In den letzten zwölf Beitragsmonaten (Oktober 2003 bis Oktober 2004) bezog die Beschwerdeführerin vom 27. Oktober bis 9. November 2003 Krankentaggelder (Urk. 8/65a Blatt 25). Im Dezember 2003 erzielte sie weder Erwerbs- noch Ersatzeinkommen (Urk. 8/61a). Ab 12. Januar 2004 wurde ihr wieder Lohn ausbezahlt, obschon offenbar für sie keine Einsatzmöglichkeit bestand (vgl. auch Urk. 3/6). Dabei wurde wöchentlich abgerechnet auf der Basis einer Normalarbeitszeit von 39 Stunden (Urk. 8/65a). Einzig in den Wochen vom 24. bis 30. Mai 2004 (Woche 422) und vom 20. bis 26. September 2004 (Woche 439) betrug die Normalarbeitszeit 31 beziehungsweise 31.2 Stunden. Dafür wurde in den Wochen vom 5. bis 11. April 2004 (Woche 415), 12. bis 18. April 2004 (Woche 416), 17. bis 23. Mai 2004 (Woche 421) jeweils eine Ausfallentschädigung von 8 Stunden gewährt (Urk. 8/65a). Vom 1. Juni bis 9. August 2004 bezog die Beschwerdeführerin Krankentaggeld (Urk. 8/65a). Per 24. Oktober 2004 wurden die Lohnzahlungen eingestellt (Urk. 8/65a).

Â Â Â Â Â Â Â Â Â Wie bereits erwähnt, ging die Beschwerdegegnerin in Anlehnung an ein Kreisschreiben des seco (vgl. Urk. 8/66 und Urk. 8/77), davon aus, dass der versicherte Verdienst nach der Formel "[Normalarbeitszeit : 5×21.7] x Stundenlohn (ohne Ferien- und Feiertagsentschädigung)" zu berechnen sei (Urk. 2). Dem ist im Ergebnis beizupflichten. Für diejenigen Beitragszeiten, in denen die Beschwerdeführerin zwar in einem Arbeitsverhältnis stand, aber wegen Krankheit oder Unfalls keinen Lohn, dafür Taggelder erhielt, ist derjenige Lohn massgebend, den sie ohne Verhinderung normalerweise erzielt hätte (vgl. das ab Januar 2004 in Kraft gewesene Kreisschreiben des seco über die Arbeitslosenentschädigung, Rz. 3). Deswegen und weil die Beschwerdeführerin teilweise im November 2003 und während des ganzen Dezembers 2003 weder Erwerbs- noch Ersatzeinkommen erzielte (Urk. 8/61a), ist der Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate höher als derjenige der letzten zwölf Beitragsmonate.

Â Â Â Â Â Â Â Â Â Wie den Lohnabrechnungen Januar 2004 bis Oktober 2004 zu entnehmen ist, betrug die Normalarbeitszeit 39 Stunden und nicht, wie von den Parteien angenommen, 40 Stunden (Urk. 8/65a). Zwar erhielt die Beschwerdeführerin in den

letzten sechs Monaten unter Berücksichtigung der Ausfallentschädigungen im Durchschnitt geringfügig mehr als die 39 Stunden pro Woche vergütet. Eine Vergütung, welche die Normalarbeitszeit übersteigt, hat jedoch bei der Berechnung des versicherten Verdienstes ausser Acht zu bleiben (BGE 129 V 108 f. Erw. 3.3, vgl. auch Erw. 3.1). Diesem Grundsatz wird in der oben erwähnten Formel entsprochen, zumal dort von der Normalarbeitszeit ausgegangen wird.

3.5 In Bezug auf die strittige Frage, ob die Schichtzulage beim Stundenansatz zu berücksichtigen ist, ist wesentlich, dass Schichtzulagen im Allgemeinen überwiegend den Charakter einer Inkonvenienzentschädigung zukommt. Schichtentschädigungen für normale Arbeit stellen indessen keine echten Schichtzulagen, sondern vielmehr ein gewöhnlicher Lohnbestandteil dar (BGE 115 V 331 f. Erw. 5b). Vom Letzteren ist vorliegend auszugehen. Ursprünglich wurde die Beschwerdeführerin mit Fr. 23.-- pro Stunde (Grundlohn Fr. 23.23, Ferienzuschlag Fr. 1.77) entschädigt (Urk. 12/1). Per 11. Februar 2002 gab die A. eine Lohnerhöhung bekannt und setzte den Bruttolohn neu auf Fr. 23.80 pro Stunde fest (Grundlohn Fr. 19.02, Ferienzuschlag Fr. 1.58, Schichtzulage Fr. 3.20; Urk. 8/70). Dieser neue Lohn (samt Schichtzulage) wurde der Beschwerdeführerin denn auch in der Folge für die gleiche, wie bis anhin schon ausgeübte Tätigkeit bei der B. ausbezahlt (Urk. 8/65). Anhaltspunkte, dass nunmehr mit der auszubehenden Tätigkeit Inkonvenienzen verbunden gewesen wären, bestehen nicht. Dafür, dass diese Schichtzulagen Lohnbestandteil darstellen und geschuldet waren, spricht auch, dass sich die A. am 25. Februar 2005 in einem aussergerichtlichen Vergleich zur Zahlung von Fr. 5'000.-- (netto) - entsprechend Fr. 5'592.20 brutto (Urk. 8/65a) - verpflichtete (Urk. 8/70).

Das Dass der Stundenlohn effektiv höher war als Fr. 19.02, bestreitet auch die Beschwerdegegnerin nicht. Soweit sie sich jedoch auf den Standpunkt stellt, es liesse sich nicht beweisen, ob und inwieweit die Schichtzulagen nachbezahlt worden seien, weshalb sie aufgrund der Beweislastverteilung zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausser Acht zu bleiben hätten, kann ihr nicht gefolgt werden. Entscheidend ist nicht, ob und inwiefern die Schichtzulagen zur Auszahlung gelangten, sondern vielmehr die Tatsache, dass sie als Lohnbestandteil geschuldet waren und damit Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG darstellen. Nach Gesetz und Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes zwar grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbeträgen auszugehen (BGE 123 V 72 Erw. 3 mit Hinweis; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]/Soziale Sicherheit, 2. Aufl., S. 2287 Rz 365). Allerdings rechtfertigt es sich, im Einzelfall davon abzuweichen, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind (vgl. ARV 1995 Nr. 15 S. 81 Erw. 2c), praktisch ausgeschlossen kann (ARV 2003 Nr. 4 S. 60 Erw. 3a). Dies ist hier der Fall.

3.6 Nach dem Gesagten ist die Schichtzulage von Fr. 3.20 beim Stundenansatz zu berücksichtigen, womit dieser Fr. 22.22 (19.02 plus 3.20) beträgt. Der versicherte Verdienst beläuft sich somit auf Fr. 3'760.95 ($[39 : 5 \times 21,7] \times 22.22$), was zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde führt.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 18. Dezember 2006

aufgehoben und der versicherte Verdienst der Beschwerdeführerin wird auf Fr. 3'760.95 festgelegt.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, unter Beilage einer Kopie von Urk. 12/1
- K. _____

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, 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 zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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