

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00308 vom 30. Juni 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-06-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2007.00308](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00308)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00308 du 30 juin 2009

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00308 del 30 giugno 2009

## Erwägungen

### E. 10

Abs. 3 AVIG).

Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG). Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, für den dem Arbeitslosen Lohnanspruch oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsanspruch zustehen (Art. 11 Abs. 3 AVIG).

Zu den Lohn- oder Entschädigungsansprüchen gemäss Art. 11 Abs. 3 AVIG zählen unter anderem Forderungen des Arbeitnehmers aus Art. 337c Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) bei fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ohne wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR (ARV 1999 Nr. 8 S. 33 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Die versicherte Person ist in der Anspruchsberechtigung einzustellen unter anderem, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos ist (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG) oder sie zu Lasten der Versicherung auf Lohn- und Entschädigungsanspruch gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber verzichtet hat (Art. 30 Abs. 1 lit. b AVIG).

1.3

1.3.1 Hat die Kasse begründete Zweifel darüber, ob der Arbeitslose für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsanspruch im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 hat oder ob sie erfüllt werden, so zahlt sie Arbeitslosenentschädigung aus (Art. 29 Abs. 1 AVIG). Art. 29 Abs. 1 AVIG regelt nach dem Wortlaut zwei unterschiedliche Tatbestände, nämlich einerseits den Fall, dass Zweifel darüber bestehen, ob der Versicherte überhaupt Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber hat, und andererseits den Fall, dass Zweifel über die Realisierbarkeit ausgewiesener Ansprüche bestehen (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel, 2006, Rz 450).

1.3.2 Wenn die arbeitsvertraglichen Ansprüche der versicherten Person feststehen und an und für sich Art. 11 Abs. 3 AVIG anwendbar wäre, so greift die Sonderregelung des Art. 29 Abs. 1 AVIG ein, wenn begründete Zweifel an deren Realisierbarkeit bestehen, und zwar ungeachtet davon, ob bereits ein gerichtliches oder betriebsrechtliches Verfahren eingeleitet ist (BGE 126 V 372 Erw. 3a/bb). In diesem Fall hat Art. 29 Abs. 1 AVIG die Funktion einer Insolvenzversicherung. Der Unterschied zur Insolvenzenschädigung besteht darin, dass sich diese nur auf Ansprüche für

geleistete Arbeit bezieht und einen Verdienst-, nicht aber einen Arbeitsausfall ersetzt. Begründete Zweifel sind zum Beispiel zu bejahen, wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen der schlechten finanziellen Lage des Arbeitgebers erfolgt ist, sich dieser im Konkurs oder Nachlassstadium befindet, sich ins Ausland abgesetzt hat oder für seine schlechte Zahlungsmoral bekannt ist. Zudem sind Zweifel auch immer dann als begründet anzusehen, wenn zu erwarten ist, dass die arbeitslose Person nicht innerhalb einer Frist ihr Geld erhält (BGE 126 V 376 Erw. 4, Nussbauer, a.a.O., Rz 450 mit Hinweisen).

1.3.3. Mit der Zahlung von Arbeitslosenentschädigung gestützt auf Art. 29 Abs. 1 AVIG gehen alle Ansprüche des versicherten Arbeitnehmers samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Leistungen auf die Kasse über (Art. 29 Abs. 2 erster Satz AVIG). Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Subrogation (BGE 120 II 366 unten; Urteil R. vom 15. Januar 2001, C 91/00, Erw. 5b/cc), eine formlose und von einer entsprechenden Willenskundgebung der versicherten Person unabhängige Legalzession im Sinne von Art. 166 OR (Urteil des Bundesgerichts in Sachen CAC gegen A. SA und P. vom 2. April 2004, 4C.259/2003, Erw. 4.1). Der Übergang der Lohn- und Entschädigungsansprüche nach Art. 11 Abs. 3 AVIG im Umfang der bezogenen Taggelder auf die Kasse hat zur Folge, dass der arbeitslosen Person insoweit die Aktivlegitimation fehlt, auf gerichtlichem Wege Lohnforderungen gegen den früheren Arbeitgeber geltend zu machen (BGE 125 III 11 ff. Erw. 3a/cc-3b). Bis zur Mitteilung der Kasse, an ihrer Stelle in das Verfahren einzutreten, ist sie indessen als Prozessstandschafter hierzu berechtigt (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen G. vom 23. Februar 2005, C 118/04, Erw. 1.4.3).

1.4. Gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000; ATSG) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG).

2.

2.1. Streitig und zu prüfen zunächst, ob die Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers nach der fristlosen Entlassung der Arbeitgeberin vom 5. September 2006 selbstverschuldet im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG in Verbindung mit Art. 44 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) ist und der Beschwerdeführer ab 7. September 2006 zu Recht für die Dauer von 44 Tagen in der Anspruchsberechtigung eingestellt wurde. Die Beschwerdegegnerin stellt sich dabei auf den Standpunkt, dass der Beschwerdeführer, indem er darauf verzichtet habe, seine Lohnansprüche für die Zeit der ordentlichen Kündigungsfrist auf dem arbeitsgerichtlichen Weg geltend zu machen, implizit in die sofortige Aufhebung seines Arbeitsverhältnisses eingewilligt habe, was rechtsprechungsgemäss einer Selbstkündigung gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV gleichkomme (Urk. 2 S. 4).

2.2

2.2.1. Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass die ehemalige Arbeitgeberin des Beschwerdeführers das Arbeitsverhältnis am 5. September 2006 einseitig und unwiderruflich per 6. September 2006 aufgelöst hat (vgl.

Kündigungsschreiben vom 5. September 2006, Beilage zu Urk. 8/31). Namentlich weist nichts darauf hin, dass der Beschwerdeführer an seiner fristlosen Entlassung in irgendeiner Weise interessiert war. Die fristlose Kündigung führte zur sofortigen faktischen und rechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses (BGE 120 II 245 Erw. 3b mit Hinweis).

Im Weiteren fehlte es an einem wichtigen Grund für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 337 OR). Nach der Rechtsprechung ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt (BGE 117 II 561 Erw. 3 mit Hinweisen). Es bestehen vorliegend weder Anhaltspunkte für ein solches, die fristlose Entlassung rechtfertigendes Fehlverhalten des Beschwerdeführers, noch werden solche von der Beschwerdegegnerin behauptet. Namentlich lassen sich den Akten keine Hinweise entnehmen, dass der Beschwerdeführer für die Kündigungsgrund genannten wirtschaftlichen Probleme des Unternehmens, welche am 26. März 2007 im Konkurs der Gesellschaft mündeten (vgl. Internet-Auszug des Handelsregisters des Kanton Zürich unter: [www.hrazh.ch](http://www.hrazh.ch)), mitverantwortlich gewesen war.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz fällt eine Einstellung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung - von welcher vorliegend auszugehen ist - aber ausser Betracht, hat doch der ungerechtfertigt fristlos Entlassene keinen Anspruch auf Fortsetzung des mit der fristlosen Entlassung nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich sofort aufgelösten Arbeitsverhältnisses. Folglich kann ihm unter dem Titel der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit auch nicht vorgeworfen werden, er habe von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht (vgl. ARV 1996/1997 Nr. 21 Erw. 6b und 6c).

Hat aber der ungerechtfertigt fristlos Entlassene rechtsgültig, beispielsweise aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs oder eines Vertrages, ganz oder teilweise auf seinen gesetzlichen Schadenersatzanspruch für entgangenen Lohn verzichtet, kann dieses Verhalten eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AVIG rechtfertigen (ARV 1996/1997 Nr. 21 S. 119 Erw. 6b).

Da die fristlose Entlassung nach dem Gesagten einseitig und ohne wichtigen Grund erfolgt war, hatte der Beschwerdeführer nach Art. 337c Abs. 1 OR einen lohnmassigen Entschädigungsanspruch gegen die ehemalige Arbeitgeberin auf den Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre. Mangels einer arbeitsvertraglichen Regelung (vgl. Urk. 8/32) bemisst sich die ordentliche Kündigungsfrist nach Art. 335c Abs. 1 OR. Der lohnmassige Ersatzanspruch des Beschwerdeführers erstreckte sich somit bis 30. November 2006.

Grundsätzlich führt dieser Ersatzanspruch nach Art. 337c Abs. 1 OR zu einem nicht anrechenbaren Arbeitsausfall im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG und damit zur Verneinung der Anspruchsberechtigung als solcher aufgrund der fehlenden Voraussetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG. Angesichts des Umstandes aber, dass dem Beschwerdeführer unter Hinweis darauf, dass die Firma nicht mehr existiere, den Lohnzahlungen nachzukommen, die Firma geschlossen werden und die Bilanz hinterlegt werden müsse (Kündigungsschreiben vom 5. September 2006 in Beilage zu Urk. 8/31), fristlos gekündigt worden war, und gemäss Angaben der Arbeitgeberin in der

Arbeitgeberbescheinigung vom 8. September 2006 der Lohn letztmals am 30. April 2006 bezahlt worden war (Urk. 8/31 S. 1), hatte die Arbeitslosenkasse zu Recht begründete Zweifel an der Realisierbarkeit der Ersatzansprüche und zahlte dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 29 Abs. 1 AVIG ab 8. September 2006 Arbeitslosenentschädigung. Dies zeigte sie der ehemaligen Arbeitgeberin unter Hinweis auf den Forderungsübergang gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG mit Schreiben vom 14. November 2006 denn auch an (Urk. 8/45).

Mit der Zahlung der Arbeitslosenentschädigung gingen - wie unter Erw. 1.3.3 dargelegt - alle Ansprüche der Beschwerdeführers samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse über. Von der Legalzession werden auch die verfahrensmässigen Rechte erfasst. Abgesehen davon, dass die Anspruchsberechtigung im Rahmen von Art. 29 Abs. 1 AVIG nicht voraussetzt, dass der Versicherte im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug oder bis zum Abschluss des Abklärungsverfahrens seine Forderung auf gerichtlichem Weg schon, respektive überhaupt geltend gemacht hat (BGE 126 V 374 Erw. 3c/aa), stand der Kasse ab dem Zahlungszeitpunkt die Aktivlegitimation zur Erhebung einer arbeitsrechtlichen Klage oder zur Beschreitung des betriebsrechtlichen Weges zu (vgl. Erw. 2.3.3).

Einstellungsrechtlich irrelevant ist folglich sowohl der Umstand, dass der Beschwerdeführer zumindest bis zum Erlass der Verfügung vom 26. Januar 2007 (Urk. 8/5) das Arbeitsgericht nicht angerufen hat, als auch, dass sein Betreibungsbegehren vom 30. November 2006 lediglich auf Lohnforderungen von Mai bis September 2006 gerichtet war (Urk. 8/8). Darin liegt kein rechtsgültiger Verzicht auf den gesetzlichen Schadenersatzanspruch auf Lohn, welcher eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AVIG rechtfertigen könnte (vgl. oben Erw. 2.2.2), zumal die Arbeitslosenkasse angesichts der ihr zustehenden Aktivlegitimation jederzeit in das Verfahren hätte eintreten können respektive selber entsprechende arbeitsgerichtliche oder betriebsrechtliche Wege hätte beschreiten können respektive müssen. Diesbezügliche Unterlassungen seitens der Arbeitslosenkasse können angesichts der gesetzlichen Subrogation in die Stellung der versicherten Person (Erw. 1.3.3) nicht letzterer zugerechnet werden.

Nach dem Gesagten erweist sich die hier strittige Einstellung in der Anspruchsberechtigung als widerrechtlich. Demgemäss fehlt es auch dem Rückckerstattungsanspruch an der Voraussetzung der Unrechtmässigkeit des Leistungsbezugs. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die angefochtenen Einspracheentscheide Nrn. 81 und 82 vom 24. Juli 2007 sind aufzuheben.

Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende beschwerdeführende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

Dem Beschwerdeführer ist in Anwendung dieser Grundsätze eine Prozessentschädigung von Fr. 1'100.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Einspracheentscheide Nrn. 81 und 82 vom 24. Juli 2007 der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich aufgehoben.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'100.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Winterthur-ARAG Rechtsschutzversicherungs-Gesellschaft
- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. 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 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).

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