

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2008.00372 vom 30. Juni 2010

ZH Sozialversicherungsgericht, 2010-06-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2008.00372

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2008.00372 du 30 juin 2010

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2008.00372 del 30 giugno 2010

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) haben beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzentschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen. Die Insolvenzentschädigung deckt die Lohnforderung für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkursöffnung (BGE 125 V 493 ff.) sowie allfällige Lohnforderungen für Arbeitsleistungen nach der Konkursöffnung, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen (Art. 52 Abs. 1 AVIG).

1.2 Nach der Rechtsprechung deckt die Insolvenzentschädigung nur Lohnforderungen, die sich auf geleistete Arbeit beziehen, nicht aber auf Ansprüche bei (ungerechtfertigter) vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses und für noch nicht bezogene Ferien (BGE 121 V 377, 114 V 60, 111 V 269, 110 V 30).

Der rechtliche Bestand eines Arbeitsverhältnisses allein ist kein taugliches Kriterium für die Beantwortung der Frage, ob Ansprüche für geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG geschuldet sind (BGE 121 V 381 Erw. 3c, 119 V 157 Erw. 2a; vgl. auch BGE 125 V 495 Erw. 3b; Urs Burgherr, Die Insolvenzentschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Diss. Zürich 2004, S. 90). Massgebend für die Abgrenzung des Anspruchs auf Insolvenzentschädigung von demjenigen auf Arbeitslosenentschädigung ist, ob die versicherte Person in der fraglichen Zeit vermittlungsfähig war (Art. 15 Abs. 1 AVIG) und die Kontrollvorschriften (Art. 17 AVIG) erfüllen konnte. Ist dies zu bejahen, so besteht kein Anspruch auf Insolvenzentschädigung. Bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung kann der Arbeitnehmer der Vermittlung grundsätzlich wie jede andere arbeitslose Person zur Verfügung stehen. Er

ist daher dem vermittlungsfähigen Arbeitnehmer gleichzustellen, der nach Eröffnung des Konkurses Anspruch auf Kündigungslohn hat. Bestehen über die Erfüllung der Ansprüche aus ungerechtfertigter Entlassung begründete Zweifel, ist die Ausrichtung einer Arbeitslosenentschädigung nach Art. 29 Abs. 1 AVIG möglich, nicht hingegen die Gewährung einer Insolvenzentschädigung (BGE 111 V 270 Erw. 1b). Um zu bestimmen, ob Arbeitslosen- oder Insolvenzentschädigung in Frage kommt, ist somit darauf abzustellen, ob die versicherte Person in der fraglichen Periode vermittlungsfähig

war und die Kontrollvorschriften befolgen konnte (BGE 121 V 379 Erw. 2b; ARV 2003 S. 256 Erw. 2.4.1). Diese Grundsätze gelten auch bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c des Obligationenrechts, OR) und wenn das Arbeitsverhältnis zur Unzeit aufgelöst wird (Art. 336c OR). In diesen Fällen weist die versicherte Person eine genügend grosse Verfügbbarkeit auf, um eine zumutbare Arbeit anzunehmen und sich den Kontrollvorschriften zu unterziehen (BGE 125 V 495 Erw. 3b, 121 V 380 Erw. 3). Keine andere Betrachtungsweise hat bei der Freistellung während der Kündigungsfrist Platz zu greifen (BGE 132 V 85 Erw. 3.2, ARV 2003 S. 257 Erw. 2.4.3, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen H. vom 15. April 2005, C 217/04, Erw. 3.1).

E. 2

2.1 Im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens anerkannte die ehemalige Arbeitgeberin, folgende Beträge zu schulden: Fr. 5'678.-- für Lohn Dezember 2006, Fr. 5'678.-- für Lohn Januar 2007, Fr. 5'678.-- für Lohn Februar 2007, Fr. 1'838.90 für Spesen November 2006 und Fr. 1'255.-- für Provision für das Projekt A.____, insgesamt somit Fr. 20'127.90. Strittig waren die Höhe der variablen Lohnanteile, der Anspruch auf zusätzliche Provisionszahlungen sowie die Höhe der Gegenforderung der Arbeitgeberin. Das zuständige Arbeitsgericht erachtete im Rahmen des vom ihm vorgelegten Vergleichsvorschlags, der in der Folge von den Parteien akzeptiert wurde, zusätzliche Provisionszahlungen für das Projekt A.____ von Fr. 652.50 sowie einen variablen Lohn für die Monate Dezember 2006 bis Februar 2007 von gesamthaft Fr. 5'490.25 für angemessen. In Berücksichtigung der unbestrittenen Lohnansprüche von Fr. 20'127.90 resultierte so ein Betrag von Fr. 26'260.65. Die - zu subtrahierende - Gegenforderung veranschlagte es auf Fr. 6'600.--. Gerundet ergab dies den Betrag von Fr. 20'000.-- (Urk. 9/28, Urk. 9/32).

2.2 Gestützt auf den Vergleich unterschied die Arbeitslosenkasse im Einspracheentscheid zwischen folgenden Forderungen: Lohn für die Zeit vom 1. Dezember 2006 bis 28. Februar 2007, Provision für das Projekt A.____ und Spesen für den Monat November 2006. Sie führte aus, der letzte Arbeitstag des Beschwerdeführers sei der 20. November 2006 gewesen. Danach sei er vollständig freigestellt worden und hätte sich somit der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen können, was den Anspruch auf Insolvenzenschuldigung ausschliesse. Damit bestehe für die geltend gemachten Lohnforderungen für die Monate Dezember 2006 bis Februar 2007 kein Anspruch auf Insolvenzenschuldigung. In Bezug auf die Provision für das Projekt A.____ erklärte die Arbeitslosenkasse, die Insolvenzenschuldigung decke die Lohnforderung für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses, wobei diese vier Monate durch Zurückrechnung vom letzten effektiven Arbeitstag zu ermitteln seien. Die Insolvenzenschuldigung decke folglich den Zeitraum vom 21. Juli bis 20. November 2006. Die Arbeitsleistung, welche den Anspruch auf die besagte Provision begründet habe, habe der Beschwerdeführer vor dem 21. Juli 2006 erbracht, weshalb hierfür ebenfalls kein Anspruch auf Insolvenzenschuldigung bestehe. Des Weiteren hielt die Arbeitslosenkasse fest, der genaue Umfang der Spesenforderung für den Monat November 2006 lasse sich nicht eruieren, was dazu führe, dass hierfür keine Insolvenzenschuldigung ausgerichtet werden könne (Urk. 2).

2.3 Der Beschwerdeführer geht offenbar davon aus, dass die Arbeitslosenkasse zu bezahlen hat, was ihm die Y.____ schuldete (Urk. 1). Dem ist jedoch nicht so. Der

Vergleich, mit welchem sich die Y. ___ per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche verpflichtete, Fr. 20'000.-- an den Beschwerdeführer zu bezahlen, umfasst die ganze Dauer des Anstellungsverhältnisses und berücksichtigt sämtliche Ausstände. Demgegenüber deckt die Insolvenzenschuldung lediglich die Lohnforderungen für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkurseröffnung (Art. 52 Abs. 1 AVIG, vgl. Erw. 1.1 hievor).

Der Beschwerdeführer bestritt im Einspracheverfahren eine vollständige Freistellung und machte geltend, er habe sich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist jederzeit zur Verfügung halten müssen. Er habe denn auch an zwei Besprechungen bei Kunden teilgenommen (Urk. 9/54). Die Arbeitslosenkasse hielt diese Aussage für nicht glaubhaft, zumal sie seiner eigenen, anlässlich der Verhandlung vor Arbeitsgericht gemachten Angabe widerspreche, wonach er der Arbeitgeberin seine Arbeit angeboten und mitgeteilt habe, bei Bedarf könne er aushelfen. Diese Angabe sei daraufhin laut Verhandlungsprotokoll von der ehemaligen Arbeitgeberin bestätigt worden. Von einer Pflicht, sich während der Freistellung jederzeit bereit zu halten, könne daher keine Rede sein. Der Beschwerdeführer habe lediglich freiwillig angeboten, bei Bedarf für allfällige Arbeitseinsätze während der Kündigungsfrist zur Verfügung zu stehen (Urk. 2 S. 3).

2.4 Dem ist beizupflichten. Ein Arbeitnehmer muss sich vom Lohn abziehen lassen, was er anderweitig verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat, soweit der Ersatzverdienst zumutbar war. Dies gilt auch im Falle einer Freistellung (vgl. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, ZÄrich 2006, 6. Aufl., N 13 zu Art. 324). Der Beschwerdeführer unterliess es, während der Freistellung einen Ersatzverdienst zu erzielen. Dass von einer Freistellung im eigentlichen Sinne auszugehen ist, bestreitet der Beschwerdeführer in der Beschwerde denn auch nicht mehr (vgl. Urk. 1) und ist aufgrund der gezeigten widersprüchlichen Darstellung erwiesen. Ab dem Zeitpunkt der Freistellung hätte der Beschwerdeführer somit ohne Weiteres eine andere Stelle annehmen können, was den geltend gemachten Anspruch auf Insolvenzenschuldung für die Lohnforderungen für die Monate Dezember 2006 bis Februar 2007 ausschliesst.

2.5 Wie bereits erwähnt, deckt die Insolvenzenschuldung lediglich Lohnforderungen für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkurseröffnung ab. Im Fall, da das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht mehr besteht, ist der massgebende Zeitrahmen für die Forderung ab dem letzten Tag des Arbeitsverhältnisses anzurückzurechnen (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, 2. A, Rz. 622). Da der letzte Arbeitstag der 20. November 2006 war, betrifft dies die Dauer vom 21. Juli bis 20. November 2006. Massgebend ist, ob die Arbeitsleistung, für welche ein Anspruch auf Provision besteht, in der durch die Insolvenzenschuldung abgedeckten Zeitspanne erbracht wurde. Zu welchem Zeitpunkt die Provision ausbezahlt wurde, ist hingegen unerheblich (vgl. hierzu das Kreisschreiben über die Insolvenzenschuldung des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit, gültig ab 1. Januar 1992, Ziffer 3.4; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen K. vom 29. März 2004, C 244/03, Erw. 2.1.2).

Der Beschwerdeführer arbeitete in den ersten, rund sechs Monaten des Jahres 2006 im Verkauf und konnte durch Akquisition einzelner Projekte Provisionen

erzielen. Diese setzten sich aus einem Anteil gemäss Vorkalkulation und einem Anteil gemäss Nachkalkulation zusammen. Die Nachkalkulation erfolgte erst nach Abschluss des Projekts (Urk. 9/26 S. 4 f.). Ab Juni/Juli 2006 leistete er wegen eines Personalengpasses vorübergehend Arbeit in einem anderen Bereich und konnte daher ab diesem Zeitpunkt keine provisionseinbringende Akquisitionen mehr tätigen (Urk. 9/23/2 S. 3, Urk. 9/26 S. 5, Urk. 9/27 S. 13, Urk. 9/28 S. 3). Damit entfällt die Ausrichtung von Insolvenzenschädigung für Provisionen, zumal der Beschwerdeführer die hierfür erforderliche Arbeitsleistung vor der vorliegend relevanten Zeitperiode erbracht hatte. Daran ändert nichts, dass er für das Projekt A. ___ noch zu einem späteren Zeitpunkt Provisionen aufgrund der Nachkalkulation erzielen konnte und ihm denn auch hierfür im Vergleich der Betrag von Fr. 1'255.-- zugesprochen wurde.

2.6 Aufgrund der Akten ist ausgewiesen, dass dem Beschwerdeführer im Monat November 2006 Spesen in der Höhe von Fr. 1'838.90 erwachsen sind (Urk. 9/26 S. 3, Urk. 9/28). Dies bestreitet die Arbeitslosenkasse denn auch nicht. Sie macht jedoch geltend, der Vergleich sei durch eine Verrechnung der Forderungen des Beschwerdeführers in der Höhe von insgesamt Fr. 26'260.65 mit der Gegenforderung der Y. ___ in der Höhe von Fr. 6'600.-- zustande gekommen. Dabei sei nicht deklariert worden, mit welchen Einzelforderungen die Verrechnung erfolgt sei. Folglich sei unklar, ob die Spesenforderung durch Verrechnung getilgt worden sei. Sie sei deshalb nur ungenügend glaubhaft gemacht (Urk. 2 S. 5).

Durch den Vergleich, den die damaligen Parteien unter gerichtlicher Mitwirkung und mit der entsprechenden Begründung versehen, abgeschlossen hatten, stellten die Parteien das damalige umstrittene und ungewisse Rechtsverhältnis auf eine neue Basis, sie griffen mit dem Vergleichsabschluss unmittelbar und umgestaltend ein, indem sie über das Rechtsverhältnis verfügten (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. A., Rz 751). Dabei standen den Hauptforderungen des Klägers eine Gegenforderung der arbeitgeberischen Beklagten gegenüber, durch gegenseitiges Nachgeben kam schliesslich der Vergleich zustande. Es ist zwar zutreffend, dass im Rahmen des Vergleichs dabei nicht bestimmt wurde, welche der einzelnen Forderungen verrechnet werden sollten. Fehlt es - im Rahmen eines Vergleichs naheliegenderweise - an einer solchen Erklärung, kann dies aber nicht zur Annahme führen, die einzelnen Forderungen seien nicht bestimmbar und somit nicht ausgewiesen. Vielmehr rechtfertigt es sich, bei Fehlen einer solchen Erklärung Art. 87 Abs. 2 OR sinngemäss anzuwenden (vgl. BGE 58 III 24 f.; Wolfgang Peter, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N1 zu Art. 124) und die Gegenforderung den einzelnen Forderungen verhältnismässig anzurechnen. Die Berücksichtigung der Gegenforderung der ehemaligen Arbeitgeberin beim Vergleich hatte rechnerisch eine Kürzung der Forderungen des Beschwerdeführers um Fr. 6'260.65 (Fr. 26'260.65 - Fr. 20'000.--) zur Folge, was 23,84 % ($100 : 26'260.65 \times 6'260.65$), entspricht. Die einzelnen Forderungen des Beschwerdeführers sind anteilmässig bis zur Höhe dieses Betrags zu kürzen. Dies ergibt im Falle der Spesenforderungen den Betrag von Fr. 1'400.50 ($1'838.90 : 100 \times [100 - 23,84]$). In diesem Umfang steht dem Beschwerdeführer eine Insolvenzenschädigung zu. Insofern ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 6. November 2008 aufgehoben und die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich verpflichtet, dem Beschwerdeführer Insolvenzentschädigung im Betrag von Fr. 1'400.50 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. unter Beilage einer Kopie von Urk. 16

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- 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 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.