

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00085 vom 12. April 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-04-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2011.00085

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00085 du 12 avril 2011

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00085 del 12 aprile 2011

Erwägungen

E. 2

2.1 Nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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.

2.2 Erzielt die versicherte Person innerhalb einer Kontrollperiode, also eines Kalendermonates (vgl. Art. 18a AVIG in Verbindung mit Art. 27a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [AVIV]), ein Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, einen sogenannten Zwischenverdienst, so hat sie nach Art. 24 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls, wobei sich der anzuwendende Entschädigungssatz nach Art. 22 AVIG bestimmt. Der Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalles im gerade definierten Sinn besteht gemäss Art. 24 Abs. 4 AVIG längstens während der ersten zwölf Monate einer Zwischenverdiensttätigkeit, bei Versicherten mit Unterhaltspflichten gegenüber Kindern sowie bei Versicherten, die über 45 Jahre alt sind, während längstens zwei Jahren. Kein Anspruch auf Kompensationszahlungen besteht nach Art. 41a Abs. 1 AVIV (e contrario) dort, wo das Einkommen höher ist als die der versicherten Person zustehende Arbeitslosenentschädigung.

Hat die versicherte Person keinen Anspruch mehr auf sogenannte Kompensationszahlungen nach Art. 24 Abs. 4 AVIG, so wird gemäss Art. 41a Abs. 4 AVIV das innerhalb einer Kontrollperiode erzielte Einkommen aus einer unzumutbaren Tätigkeit von der ihr zustehenden Arbeitslosenentschädigung abgezogen. Zudem gilt in diesen Fällen gestützt auf Art. 41a Abs. 2 AVIV ein Einkommen ab 70 % des versicherten Verdienstes als zumutbar, mit der Folge, dass diesfalls gar kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht.

2.3 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 versicherte Verdienst beschränkt sich auf das aus der normalen Arbeitszeit resultierende Einkommen (BGE 126 V 207 ff., 125 V 475 ff.). Neben der Überzeitsentschädigung ist auch die Überstundenentschädigung vom versicherten Verdienst ausgenommen (BGE 129 V 105 ff.).

2.4. Erzielte die versicherte Person in einer abgelaufenen Rahmenfrist einen Zwischenverdienst, so bemisst sich der versicherte Verdienst nach der sie vorteilhafteren der folgenden Berechnungsvarianten, wobei Beitragszeiten mit Differenzzahlungen nach Artikel 41a Absatz 4 unberücksichtigt bleiben:

a. Summe des beitragspflichtigen Einkommens und der anrechenbaren Kompensationszahlungen nach Artikel 23 Absätze 4 und 5 AVIG, geteilt durch die Anzahl der zu berücksichtigenden Kalendermonate; es sind so viele Kalendermonate zu berücksichtigen, bis die sechs oder zwölf Beitragsmonate nach den Absätzen 1 und 2 erreicht werden;

b. beitragspflichtiges Einkommen, geteilt durch die Anzahl der Beitragsmonate des Bemessungszeitraums (Art. 37 Abs. 3 ter AVIV, in der bis zum 31. März 2011 gültig gewesenen Fassung).

2.5. Im Zuge der 4. Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes wurde die Bestimmung von Art. 37 Abs. 3 ter AVIG per 1. April 2011 ersatzlos aufgehoben. Bei der Berechnung des versicherten Verdienstes für eine Folgerahmenfrist werden die Kompensationszahlungen nicht mehr berücksichtigt. Der versicherte Verdienst in einer Folgerahmenfrist berechnet sich gemäss Weisung des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO wie für eine erste Rahmenfrist nach den Bemessungsregeln von Art. 37 Abs. 1 - 3 bis AVIV (023-AVIG-Praxis 2011/R-15 Ziff. 2). Übergangsrechtlich ist Folgendes zu beachten: Wurde die Rahmenfrist für den Leistungsbezug vor dem 1. April 2011 eröffnet, ist in dieser Rahmenfrist keine Anpassung des versicherten Verdienstes vorzunehmen (023-AVIG-Praxis 2011/R-16 Ziff. 6).

Da vorliegend die (Folge-)Rahmenfrist für den Leistungsbezug am 1. November 2010 - mithin vor der Gesetzesrevision - eröffnet wurde, unterbleibt eine Anpassung des versicherten Verdienstes während der laufenden Rahmenfrist.

Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 133 V 587 E. 6.1 S. 591; 133 V 257 E. 3.2 S. 258 mit Hinweisen; vgl. BGE 133 II 305 E. 8.1 S. 315).

3. Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Beschwerdegegnerin habe sich mit ihren Ausführungen in der Einsprache nicht auseinandergesetzt (Urk. 1 S. 5), ist ihr insoweit beizupflichten, als die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid vom 18. März 2011 lediglich pauschal festhielt, die vorgebrachten Entgegnungen liessen keine andere Einschätzung zu (Urk. 2 S. 1). Die Sache deswegen unter Aufhebung des Einspracheentscheides allein aus formellen Gründen an die Verwaltung zurückzuweisen, ist allerdings nicht angezeigt, da das Sozialversicherungsgericht sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., 2009, N 10 zu Art. 42 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts; ATSG), und selbst bei einer schwerwiegenden Gehaltsverletzung von einer Rückweisung abgesehen werden kann,

wenn und soweit diese zu einem formalistischen Leerlauf führen würde, der mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer befriedlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar ist (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1).

E. 4

4.1 Die Beschwerdeführerin stellte sich auf den Standpunkt, für die Berechnung des versicherten Verdienstes seien nebst des versicherten Einkommens und den geleisteten Kompensationszahlungen auch der in der letzten Rahmenfrist massgebende Vermittlungsgrad - 70 % - massgebend, und stützte sich bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes auf die vom SECO herausgegebene Tabelle zur Berechnung des versicherten Verdienstes in einer Folgerahmenfrist (Urk. 2, 6, 7/3 und 7/4).

4.2 Demgegenüber wendet die Beschwerdeführerin zur Hauptsache ein, sie habe in der alten Rahmenfrist während 14 Monaten gearbeitet und in diesen zwei Jahren während oder nach den jeweiligen Arbeitsperioden insgesamt acht Wochen Ferien bezogen. Die Beschwerdeführerin habe die Ferienentschädigung jedoch nicht berücksichtigt und auch sonst bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes mit Hilfe der Tabelle fehlerhafte Eingaben gemacht (Urk. 1 und 3/1).

E. 5

5.1 Die Berechnung des versicherten Verdienstes gestützt auf Art. 37 Abs. 3 ter lit. a AVIV ergab für die Beschwerdeführerin ein günstigeres Ergebnis. Es resultierte ein versicherter Verdienst von Fr. 2'763.90 oder gerundet Fr. 2'764.-- gegenüber einem Betrag von Fr. 2'471.75, welcher resultiert hätte, wenn der versicherte Verdienst gemäss Art. 37 Abs. 3 ter lit. b AVIV berechnet worden wäre (Urk. 7/3).

Zu prüfen ist daher die Korrektheit der von der Beschwerdeführerin vorgenommenen Berechnung. Es ist nachfolgend auf die in den einzelnen Kontrollperioden (November 2008 bis Dezember 2009; Urk. 7/3) erzielten Zwischenverdienste und geleisteten Kompensationszahlungen näher einzugehen.

5.2

5.2.1 Kontrollperiode Dezember 2009 (Urk. 7/3 Kolonne 5): Die Beschwerdeführerin ging von einem beitragspflichtigen Einkommen in der Höhe von Fr. 2'705.60 aus (Urk. 7/3) und ermittelte dieses, indem sie von der Lohnabrechnung der Spitex Y. vom 28. Dezember 2009 (Urk. 7/2/9) den auf den November 2009 entfallenen Lohn in der Höhe von Fr. 1'607.75 (Urk. 7/2/10) sowie die Reisespesen von Fr. 122.-- in Abzug brachte.

Die Beschwerdeführerin macht geltend (Urk. 3/1 S. 2), in der Lohnabrechnung seien die nach dem 24. Dezember 2009 geleisteten Arbeitseinsätze nicht berücksichtigt, weshalb der Verdienst in diesem Monat um Fr. 728.70 höher ausfalle.

Gemäss der Arbeitsbestätigung vom 31. August 2010 (Urk. 7/2/9b) hat die Beschwerdeführerin zusätzlich am 27. und am 31. Dezember 2009 je 8,4 Stunden gearbeitet. Damit verdiente sie zusätzlich zur Lohnabrechnung vom 28. Dezember 2009 Fr. 369.60 (8,4 Stunden \times Fr. 22.--) zusätzlich Sonn- und Feiertagszuschlag für den 27. Dezember von Fr. 42.-- (8,4 Stunden \times Fr. 5.--). Insgesamt ergibt sich für diese beiden Tage noch ein zusätzlicher Verdienst von Fr. 411.60, wobei die Ferienentschädigung unberücksichtigt bleibt, da diese beim versicherten Verdienst

ARV 2000 N 7 S. 35 f. E. 2). Da es sich um Ferien während der Beschäftigung und nicht um kontrollfreie Tage gemäss Art. 27 AVIV gehandelt hat, ist die ganze Kontrollperiode (Kolonne 2) massgebend.

Unbestritten sind sodann die Berechnungen für die Kontrollperioden Juni und Juli 2009 (Urk. 3/1 S. 4).

5.2.6 Kontrollperiode Mai 2009: Bescheinigt wird ein Zwischenverdienst von Fr. 2'250.--, was abzüglich Ferienentschädigung (Fr. 180.-- [90 Stunden × Fr. 2.--]) Fr. 2'070.-- ergibt; die Kompensationszahlung belief sich auf Fr. 740.35 (Urk. 7/3, Kolonnen 5 und 6). Hierzu macht die Beschwerdeführerin geltend, es seien auf ihrem Bankkonto weitere Zahlungseingänge in der Höhe von Fr. 375.05 am 2. Juni und Fr. 93.45 am 9. Juni verbucht worden. Daher habe die Beschwerdegegnerin auch diese Zahlungen dem versicherten Verdienst zugrunde zu legen (Urk. 3/1 S. 4).

Belegt ist bezüglich der Kontrollperiode Mai 2009 einzig die Abrechnung vom 10. Juni 2009 mit einer Auszahlung über Fr. 740.35 brutto (Urk. 7/2/16b). Eine Korrektur drängt sich daher nicht auf.

5.2.7 Kontrollperiode April 2009: Die Beschwerdeführerin ersucht um die zusätzliche Anrechnung eines Betrages von Fr. 91.10 gemäss Abrechnung vom 14. Mai 2009 (Urk. 3/1 S. 4 und Urk. 7/2/17c). Dabei übersieht sie, dass diese Abrechnung am 2. Juni 2009 (Urk. 7/2/17b) ersetzt wurde und der Anspruch auf Kompensationszahlungen für den April neu auf Fr. 660.60 festgesetzt wurde, welcher Betrag auch in der Kolonne 6 aufgeführt ist. Eine Korrektur drängt sich daher nicht auf.

5.2.8 In den Kontrollperioden Januar bis März 2009 erzielte die Beschwerdeführerin mit Zwischenverdiensten Einkünfte, welche die Grenze von 70 % des versicherten Verdienstes, nämlich Fr. 2'162.30 (70 % von Fr. 3'089.--) überschritten (Urk. 7/3), so dass keine Kompensationszahlungen geschuldet waren. Unbestritten ist die Kontrollperiode März 2009.

Hinsichtlich der Kontrollperioden Januar und Februar 2009 macht die Beschwerdeführerin hingegen geltend (Urk. 3/1 S. 5), das beitragspflichtige Einkommen müsse einschliesslich der Ferienentschädigung berücksichtigt werden. Gemäss den handschriftlichen Vermerken der in der Tabelle (Urk. 7/3 [Kolonne 5]) aufgeführten Zwischenverdienste sind die Ferienentschädigungen enthalten (vgl. auch Urk. 7/2/18 [Abrechnung für den März 2009 von Fr. 2'481.25, welcher Betrag als Zwischenverdienst in der Kontrollperiode März 2009 figuriert]). Im Februar 2009 verdiente die Beschwerdeführerin gemäss den Lohnabrechnungen Fr. 606.65 bei Familie A. (Urk. 7/2/19) und Fr. 2'212.50 bei der B. (Urk. 7/2/19a), insgesamt somit Fr. 2'819.15. Gemäss den Lohnabrechnungen für den Januar 2009 hat die Beschwerdeführerin insgesamt Fr. 4'143.65 verdient (brutto Fr. 1'243.65 bei Familie A., Urk. 7/2/20, und brutto Fr. 2'900.-- bei B., Urk. 7/2/20d). Von diesen Zahlen ist daher beim anrechenbaren Einkommen in Kolonne 5 auszugehen.

5.2.9 Kontrollperiode Dezember 2008: Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, es sei der ausbezahlte Bonus von Fr. 200.-- beim erzielten Zwischenverdienst zu berücksichtigen (Urk. 3/1 S. 5).

Gemäss der Auskunft des Arbeitgebers handelt es sich bei dem Betrag von Fr. 200.-- um eine Gratifikation (Urk. 7/2/21c und 7/2/21d), ausbezahlt für

das seit dem 1. Juli 2008 bestehende Arbeitsverhältnis (Urk. 7/2/21b). Die Beschwerdegegnerin hat diesen Betrag anteilmässig mit Fr. 33.35 (Fr. 200.-- : 6 Monate) berücksichtigt und einen Zwischenverdienst in der Höhe von Fr. 1'620.35 angerechnet (Urk. 7/2/21 und 7/2/21e [Abrechnung vom 9. Juni 2009]). Gleich ist sie bezüglich der Kontrollperiode November 2008 vorgegangen und hat auch hier die Gratifikation anteilmässig in der Höhe von Fr. 33.35 berücksichtigt (Urk. 7/2/22). Dieses Vorgehen erweist sich als korrekt.

5.2.10 Zusammengefasst erfährt die Kolonne 5 der seco-Tabelle Änderungen bei der Kontrollperiode Dezember 2009 mit Fr. 3'117.20 statt Fr. 2'705.69 (E. 5.2.1); sodann sind bei den Kontrollperioden Februar 2009 Fr. 2'819.15 statt Fr. 2'772.50 und Januar 2009 Fr. 4'143.65 statt Fr. 4'048.-- anzurechnen (E. 5.2.8). Keine Änderung erfährt die Kolonne 6 (ALE gemäss ASAL).

5.3 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor (Urk. 3/1 S. 5), es sei nicht richtig und widerspreche der gesetzlichen Regelung, wenn die Summe der beitragspflichtigen Einkommen und Kompensationszahlungen durch 14 Kontrollperioden geteilt werde.

Nach der gesetzlichen Bestimmung von Art. 37 Abs. 3 ter lit. a AVIV (E. 2.4) sind so viele Kalendermonate zu berücksichtigen, bis sechs oder zwölf Beitragsmonate erreicht werden. Da Beitragsmonate nicht den Kalendermonaten entsprechen, hat die Beschwerdegegnerin so viele Beitragsmonate (Kolonne 8) addiert bis insgesamt sechs respektive zwölf Beitragsmonate erreicht waren. Das war mit acht beziehungsweise 14 Kalendermonaten (Kontrollperioden) der Fall.

Nachdem das Bundesgericht mit Urteil vom 15. Januar 2013 die Beitragsdauer abgeändert hat, ist von diesen Angaben auszugehen. Demnach sind in den Kontrollperioden August, September und November 2009 in der Kolonne 8 nicht 0,75 Monate, 0,65 Monate und 0,33 Monate zu berücksichtigen, sondern die Beitragszeit beträgt jeweils einen vollen Monat. Die Beitragszeit im Oktober 2009 hat das Sozialversicherungsgericht im Urteil vom 16. März 2012 bereits von 0,37 auf 0,42 Monate korrigiert; das wurde vom Bundesgericht nicht geändert. Mithin werden mit sieben zu berücksichtigenden Kontrollperioden 6,42 Beitragsmonate und mit 13 Kontrollperioden 12,42 Beitragsmonate erreicht.

In diesem Sinne ist die Berechnung des versicherten Verdienstes nach Variante A wie folgt zu korrigieren: Liegen der Berechnung sieben Beitragsmonate zugrunde, sind aus Kolonne 5 Fr. 13'223.30 (Fr. 3'117.20, Fr. 1'496.75, Fr. 506.--, Fr. 2'157.85, Fr. 1'932.--, Fr. 2'116.-- und Fr. 1'897.50) und aus Kolonne 6 Fr. 6'822.60 (Fr. 1'195.95, Fr. 2'095.75, Fr. 774.50, Fr. 842.85, Fr. 922.60 und Fr. 990.95) anrechenbar. Es resultiert ein Total aus sieben Kontrollperioden von Fr. 20'045.90 und ein versicherter Verdienst von Fr. 2'863.70 (Fr. 20'045.90 : 7). Ausgehend von 13 Kontrollperioden ergibt sich folgendes Ergebnis: Anrechenbar aus Kolonne 5 sind zum Betrag von Fr. 13'223.30 zusätzlich Fr. 15'292.10 (Fr. 2'070.--, Fr. 2'300.--, Fr. 2'481.25, Fr. 2'819.15, Fr. 4'143.65 und Fr. 1'620.35), somit ein Zwischentotal von Fr. 28'515.40. Aus Kolonne 6 sind zu den Fr. 6'822.60 noch Fr. 2'722.20 (Fr. 740.35, Fr. 660.60 und Fr. 1'321.25) zu addieren, so dass Fr. 9'544.80 resultieren. Teilt man das Total von Fr. 38'060.20 (28'515.40 und Fr. 9'544.80) durch 13, resultiert ein versicherter Verdienst von Fr. 2'938.65

beziehungsweise von gerundet Fr. 2'939.--.

Der Einspracheentscheid vom 18. März 2011 ist somit dahingehend abzuändern, dass der versicherte Verdienst Fr. 2'939.-- beträgt. Das führt zur Gutheissung der Beschwerde.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 18. März 2011 mit der Feststellung abgeändert, dass der versicherte Verdienst Fr. 2'939.-- beträgt.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. _____

- Unia Arbeitslosenkasse

- seco - Direktion für Arbeit

- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

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.