

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00143 vom 7. Juni 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-06-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2011.00143](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2011.00143)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00143 du 7 juin 2011

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00143 del 7 giugno 2011

## Erwägungen

### E. 1

1.1???? 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. Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung (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).

1.2???? In BGE 120 V 105 hat das Bundesgericht ausgehend vom Grundsatz, dass die Arbeitslosenversicherung nur für eine normale übliche Arbeitnehmergehörigkeit Versicherungsschutz bietet und daher keine Entschädigung für Erwerbseinbussen auszurichten hat, die aus dem Ausfall einer überbeschäftigung stammen, die frühere Rechtsprechung insoweit präzisiert, als weder überzeit- noch überstundenentschädigung bei der Berechnung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen sind. Sowohl mit überzeit als auch mit überstundenarbeit wird nicht "normalerweise" erzielter Lohn erworben, beschränkt sich doch der Einsatz des Arbeitnehmers regelmässig auf die vertraglich vereinbarte, betriebs- oder branchenübliche Arbeitszeit. Die Tatsache, dass je nach wirtschaftlicher und betrieblicher Situation darüber hinaus in nicht unerheblichem Ausmass überstundenarbeit geleistet wird, wozu der Arbeitnehmer im übrigen laut Art. 321c Abs. 1 des Obligationenrechts soweit verpflichtet ist, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann, ist rechtsprechungsgemäss arbeitsrechtlich von Belang, in arbeitslosenversicherungsrechtlicher Hinsicht aber nicht entscheidend. Mit dem vorliegend massgebenden Rechtsbegriff "normalerweise" im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG bleiben nebst überzeit- und überstundenentschädigung auch Einkünfte, die mit über ein normales Arbeitnehmerpensum hinausgehenden Beschäftigungen erzielt werden, für den versicherten Verdienst unbeachtlich, was bedeutet, dass bei Verlust eines von zwei gleichwertigen Hauptverdiensten lediglich die Differenz zu dem mit einer normalen üblichen Arbeitszeit erzielbaren Lohn den versicherten Verdienst bildet (BGE 129 V 105 E. 3.2).

### E. 2

2.1???? Streitig und zu prüfen ist die Höhe des versicherten Verdienstes und dabei insbesondere, ob die vom Beschwerdeführer für die geleisteten Mehrstunden bezogene Entschädigung als versicherter Verdienst zu qualifizieren ist.

2.2???? Im Einspracheentscheid vom 7. Juni 2011 berechnete die Beschwerdegegnerin den versicherten Verdienst anhand des Durchschnittslohnes aus den letzten sechs Beitragsmonaten. Für die Monate Januar bis September 2009 ging sie von dem aufgrund des im Arbeitsvertrag vom 7. März 2008 vereinbarten Arbeitspensums von 60 % bezogenen Monatslohn von Fr. 5'940.-- und ab Oktober 2009 von dem nach einer mündlichen Pensumerhöhung auf 90 % laut Lohnabrechnungen entrichteten Lohn von Fr. 9'650.-- aus (Urk. 2, Urk. 7/8-20).

??????? Dagegen stellt sich der Beschwerdeführer im Wesentlichen auf den Standpunkt, es habe ein Basisvertrag bestanden, der die monatliche Auszahlung von über dem Arbeitspensum von 60 % hinaus geleisteten Arbeitsstunden geregelt habe. Der dabei zu leistende Überstundenzuschlag von 25 % habe Ferien, Feiertage und Gratifikation/Bonus gedeckt. Seine normale Arbeitszeit sei variabel gewesen. Im Jahresdurchschnitt habe sie etwas mehr als eine Vollzeitstelle betragen (Urk. 1).

### **E. 3**

3.1???? Im Arbeitsvertrag vom 7. März 2008 zwischen der Y.\_\_\_\_ AG und dem Beschwerdeführer wurden eine vertragliche Normalarbeitszeit von 24 Wochenstunden und darüber hinaus bei Bedarf der Arbeitgeberin die Pflicht zur Leistung von bis zu acht Mehrstunden pro Woche vorgesehen. Diese Mehrstunden sollten kompensiert oder mit einem Zuschlag von 25 % zum Stundenlohn entschädigt werden. Weiter wurde ein Basisjahreslohn von brutto Fr. 71'280.-- vereinbart, zahlbar in zwölf gleichen Teilen, somit von brutto Fr. 5'940.-- pro Monat (Urk. 7/20 S. 1 und 2).

??????? Die Normalarbeitszeit im Betrieb der Y.\_\_\_\_ AG betrug laut Angaben der Arbeitgeberin in der Bescheinigung vom 25. März 2010 40 Stunden pro Woche (Urk. 7/23). Den Lohnabrechnungen für die letzten sechs Beitragsmonate (Juli bis Dezember 2009) lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer in den Monaten Juli bis Oktober einen Lohn von Fr. 5'940.--, im November einen solchen von Fr. 13'360.-- und im Dezember einen solchen von Fr. 9'650.-- bezog. Daneben wurde er im Juli für 60, im August und im September für je 65 und im Dezember 2009 für 28 Überstunden entschädigt (Urk. 7/14-19). Darüber hinaus bezog der Beschwerdeführer im Juni und im November 2009 insgesamt Fr. 5'346.-- als Boni, welche laut Auskunft der Arbeitgeberin dem Jahr 2008 zuzuschreiben seien (Urk. 7/13, Urk. 7/18, Urk. 7/22).

3.2???? War der Beschwerdeführer anfänglich zu einem Arbeitspensum von 60 % angestellt, untermauern die Lohnabrechnungen der Monate Oktober bis Dezember 2009 die im Einspracheverfahren geltend gemachte Erhöhung seines Arbeitspensums von 60 % auf 90 % per 1. Oktober 2009 (Urk. 7/17-19, Urk. 7/60). Dementsprechend ging die Beschwerdegegnerin für diese letzten drei Beitragsmonate zu Recht vom ausgewiesenen, höheren Monatslohn von Fr. 9'650.-- bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes aus (Urk. 2 S. 4).

3.3???? Die vom Beschwerdeführer ab Januar 2009 geleisteten Mehrstunden stellen Arbeit, welche über die im Einzelarbeitsvertrag vereinbarte Stundenzahl von 24 beziehungsweise - ab Oktober 2009 - von 36 Stunden pro Woche hinaus geleistet wurde, und somit Überstunden dar. Bei einer Leistung von maximal 16 Überstunden pro Woche,

beziehungsweise 69.44 Überstunden pro Monat (16 : 5 x 21.7), und ab Oktober 2009 von 4 Überstunden pro Woche, beziehungsweise 17.36 Überstunden pro Monat (4 : 5 x 21.7), würde der Beschwerdeführer die Normalarbeitszeit seines Betriebs nicht überschreiten.

Die in den Monaten Juli (60), August (65) und September (65) 2009 geleisteten Überstunden liegen noch im Rahmen der betrieblichen Normalarbeitszeit. Zwar arbeitete der Beschwerdeführer faktisch weit mehr als das vertragliche Teilzeit-Pensum von 60 %. Seine Arbeitnehmersituation blieb jedoch im normalen, betrieblichen Rahmen von 40 Wochenstunden, womit von einer nicht versicherten Überbeschäftigung keine Rede sein kann. Darin liegt der Unterschied dieses Falles zu dem eine Überbeschäftigung betreffenden Sachverhalt in BGE 129 V 105.

Mit der Leistung von 28 Überstunden im Monat Dezember 2009 hingegen überschritt der Beschwerdeführer die betriebliche Normalarbeitszeit um 10.64 Stunden. In diesem Umfang liegt eine nicht versicherte Überbeschäftigung vor.

Demzufolge bildet das vom Beschwerdeführer bezogene Entgelt für die zwischen Juli und Dezember 2009 geleistete Überstundenarbeit nur bis zur Erreichung der im Betrieb geltenden Normalarbeitszeit von 40 Stunden Bestandteil des versicherten Verdienstes gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG. Dieser ist ausgehend von den Lohnabrechnungen der Monate Juli bis Dezember 2009 (Urk. 7/14-19) wie folgt zu berechnen:

Monate 2009 Monatslohn zu berücks. Überstunden Stundenansatz anrechenbare Überstundenentschädigung

Juli 5'940.00 60 71.12 4'267.20

August 5'940.00 65 71.12 4'622.80

September 5'940.00 65 71.12 4'622.80

Oktober 5'940.00

November 13'360.00

Dezember 9'650.00 17.36 77.03 1'337.25

Total 46'770.00

14'850.05

Der Durchschnitt der während sechs Monaten bezogenen Löhne (Fr. 46'770.--) sowie der anrechenbaren Überstundenentschädigungen (Fr. 14'850.05) ergibt einen versicherten Verdienst von Fr. 10'270.-- (Art. 37 Abs. 1 AVIG).

Die Entschädigung für die dem Jahr 2008 zuzurechnenden Bonuszahlungen fällt ausser Betracht (vgl. das Bundesgerichtsurteil 8C\_757/2011 E. 3.3 und 3.4 mit Hinweis auf BGE 122 V 362).

Aus diesen Gründen ist der Einspracheentscheid vom 7. Juni 2011 in Gutheissung der Beschwerde insoweit abzuändern, als der Beschwerdeführer ab dem Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug am 28. September 2010 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gestützt auf einen versicherten Verdienst von Fr. 10'270.-- hat.

Das Gericht erkennt:

1.???????? In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Z?rich vom 7. Juni 2011 insoweit abge?ndert, als festgestellt wird, dass der Beschwerdef?hrer Anspruch auf Arbeitslosenentsch?digung gest?tzt auf einen versicherten Verdienst von Fr. 10'270.-- hat.

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

3.???????? Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X.\_\_\_\_

- Arbeitslosenkasse des Kantons Z?rich

- seco - Direktion f?r Arbeit

- Amt f?r 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 ?ber das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht w?hrend 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 Begr?ndung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdef?hrers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in H?nden hat (Art. 42 BGG).

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