

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

8C_678/2013

Urteil vom 31. März 2014

I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Leuzinger, Präsidentin,
Bundesrichter Ursprung, Frésard, Maillard, Bundesrichterin Heine,
Gerichtsschreiberin Berger Götz.

Verfahrensbeteiligte
B._____,
vertreten durch Rechtsanwalt David Husmann,
Beschwerdeführer,

gegen

Unia Arbeitslosenkasse, Sektion Zürcher Unterland, Schaffhauserstrasse 105, 8180 Bülach,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosenentschädigung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. Juni 2013.

Sachverhalt:

A.
Der 1982 geborene B._____ war seit 16. August 2004 als Gipser für die E._____ AG tätig. Da er diese Beschäftigung nach einem am 13. Dezember 2008 erlittenen Unfall, für dessen Folgen die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) Versicherungsleistungen erbrachte, nicht mehr ausüben konnte, löste die Arbeitgeberin die Anstellung durch schriftliche Kündigung vom 16. Februar 2011 per 31. März 2011 auf.

B._____ meldete sich am 7. März 2011 zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 4. April 2011 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. April 2011, wobei er angab, er sei bereit und in der Lage, Vollzeit zu arbeiten. Die Unia Arbeitslosenkasse eröffnete eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. April 2011 bis 31. März 2013 und richtete in der Folge Taggelder, basierend auf einem versicherten Verdienst von Fr. 5'515.-, aus. Nachdem die SUVA einen Rentenanspruch mit Verfügung vom 7. April 2011 unter Hinweis auf eine Erwerbsunfähigkeit von "maximal 7.89 %" abgelehnt hatte, kündigte die Kasse mit Schreiben vom 11. Mai 2011 eine Korrektur des versicherten Verdienstes auf Fr. 5'080.- (92,11 %) an und teilte mit, sie werde die für den April 2011 zuviel geleisteten Taggelder im Betrag von Fr. 232.20 mit der Auszahlung im Monat Mai 2011 verrechnen. Mit Verfügung vom 23. Juni 2011 setzte sie den versicherten Verdienst ab April 2011 von Fr. 5'515.- um 7,89 % auf Fr. 5'080.- herab. Daran hielt sie auf Einsprache hin fest (Einspracheentscheid vom 18. November 2011).

B.
Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wies die dagegen erhobene Beschwerde ab (Entscheid vom 28. Juni 2013).

C.
B._____ lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, die Arbeitslosentaggelder seien gestützt auf einen ungekürzten versicherten Verdienst von Fr. 5'515.-

auszurichten. Ferner lässt er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung ersuchen. Dieses Begehren wurde am 9. Januar 2014 wieder zurückgezogen.

Die Arbeitslosenkasse und das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) verzichten auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann eine - für den Ausgang des Verfahrens entscheidende (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG) - Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft indessen - unter Beachtung der allgemeinen Begründungspflicht in Beschwerdeverfahren (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254).

2.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Arbeitslosenkasse den versicherten Verdienst von Fr. 5'515.- ab 1. April 2011 um 7,89 % (entsprechend der Höhe der von der SUVA mit Verfügung vom 7. April 2011 festgestellten Erwerbsunfähigkeit; zu den Rundungsregeln: BGE 130 V 121) auf Fr. 5'080.- reduzieren durfte.

3.

Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Bei Versicherten, die unmittelbar vor oder während der Arbeitslosigkeit eine gesundheitsbedingte Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit erleiden, ist gemäss Art. 40b AVIV der Verdienst massgebend, welcher der verbleibenden Erwerbsfähigkeit entspricht. Die ratio legis des Art. 40b AVIV besteht darin, über die Korrektur des versicherten Verdienstes die Koordination zur Eidgenössischen Invalidenversicherung zu bewerkstelligen, um eine Überentschädigung durch das Zusammenfallen einer Invalidenrente mit Arbeitslosentaggeldern zu verhindern (BGE 132 V 357 E. 3.2.3 S. 359).

4.

4.1. Die Vorinstanz gelangt zum Ergebnis, die Kürzung des versicherten Verdienstes nach Massgabe des von der Unfallversicherung festgestellten Erwerbsunfähigkeitsgrades sei rechters.

4.2. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 40b AVIV sei generell und insbesondere auch mit Blick auf die vorliegende Konstellation nicht haltbar. Die Verordnungsbestimmung basiere auf der gesetzlichen Delegation in Art. 15 Abs. 2 AVIG, worin nur die Koordination mit der Invalidenversicherung genannt werde. Koordination insinuiere zudem die intersystemische Koordination bei Zusammentreffen von jeweiligen Versicherungsleistungen verschiedener Sozialversicherer. Da er mit dem von der Unfallversicherung festgestellten Invaliditätsgrad von 7,89 % unter die Rentenerheblichkeitsgrenze des UVG falle, erhalte er aber gar keinen Ersatz für die von der Arbeitslosenkasse vorgenommene Kürzung des versicherten Verdienstes. Eine Überentschädigung liege nicht vor, weshalb ein Absenken des versicherten Verdienstes zu verzerrten und ungleichen Resultaten führe, welche sich weder systematisch noch teleologisch rechtfertigen lassen würden.

5.

5.1. Art. 40b AVIV betrifft nicht allein die Leistungskoordination zwischen Arbeitslosen- und Invalidenversicherung, sondern - in allgemeinerer Weise - die Abgrenzung der Zuständigkeit der Arbeitslosenversicherung gegenüber anderen Versicherungsträgern nach Massgabe der Erwerbsfähigkeit. Nach Sinn und Zweck der Verordnungsbestimmung soll die Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung auf einen Umfang beschränkt werden, welcher sich nach der verbleibenden Erwerbsfähigkeit der versicherten Person während der Dauer der Arbeitslosigkeit auszurichten hat. Da

die Arbeitslosenversicherung nur für den Lohnausfall einzustehen hat, welcher sich aus der Arbeitslosigkeit ergibt, kann für die Berechnung der Arbeitslosenentschädigung keine Rolle spielen, ob ein anderer Versicherungsträger Invalidenleistungen erbringt (BGE 133 V 524 E. 5.2 S. 527). Durch das Abstellen auf die verbleibende Erwerbsfähigkeit soll verhindert werden, dass die Arbeitslosenentschädigung auf einem Verdienst ermittelt wird, den der Versicherte nicht mehr erzielen könnte (BGE 132 V 357 E. 3.2.3 S. 359 mit Hinweis auf das Schreiben des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes vom 18. April 1985 an den Bundesrat). Der Beschwerdeführer weist zwar zu Recht darauf hin, dass teilinvaliden, nicht rentenberechtigten Versicherten bei dieser Bemessung des versicherten Verdienstes ein ungedeckter Ausfall entsteht. Indessen ist zu berücksichtigen, dass einen solchen Ausfall auch erleidet, wer - bei nicht rentenbegründender Invalidität - einem Erwerb nachgeht und einen Invalidenlohn erzielt (BGE 133 V 524 E. 5.3 S. 528). Entgegen der Ansicht des Versicherten kann es für die Anwendbarkeit von Art. 40b AVIV nicht ausschlaggebend sein, ob die Teilinvalidität von der Invalidenversicherung oder - wie vorliegend - von der Unfallversicherung festgestellt wurde.

5.2. Soweit der Versicherte geltend macht, der Begriff der Erwerbsunfähigkeit gemäss Art. 40b AVIV sei nicht im Sinne der Definition in Art. 7 ATSG, sondern als Arbeitsunfähigkeit in einer Verweistätigkeit zu verstehen, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Unter Erwerbsunfähigkeit nach Art. 40b AVIV ist die als dauernde Erwerbsunfähigkeit umschriebene Invalidität im Sinne des Art. 8 ATSG zu verstehen (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 140/05 vom 1. Februar 2006 E. 3.2.2). Die im ATSG enthaltenen Formulierungen der Erwerbsunfähigkeit und der Invalidität entsprechen den bisherigen von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen (BGE 130 V 343). Deshalb ist die Behauptung des Beschwerdeführers, Art. 40b AVIV sei schon vor Inkrafttreten des ATSG in Kraft gestanden, weshalb dieses Gesetz für die Auslegung des Begriffs Erwerbsfähigkeit in Art. 40b AVIV nicht massgebend sein könne, nicht stichhaltig. Aus dem Umstand, dass der versicherte Verdienst beim Zusammentreffen von Arbeitslosenentschädigung und Krankentaggeldern nicht verändert wird, lässt sich ebenfalls nichts ableiten, da Art. 40b AVIV nicht die vorübergehende Arbeitsunfähigkeit, sondern allein die Erwerbs (un) fähigkeit betrifft. Der Versicherte verkennt sodann, dass es im Anwendungsbereich des Art. 40b AVIV nicht um Zweifel über die Vermittlungsfähigkeit geht. Die gesetzliche Vermutung der grundsätzlich gegebenen Vermittlungsfähigkeit von Behinderten (Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG und Art. 15 Abs. 2 AVIG in Verbindung mit Art. 15 Abs. 3 AVIV) führt für die Zeit, in welcher der Anspruch auf Leistungen einer anderen Versicherung abgeklärt wird und somit noch nicht feststeht (Schwebezustand), zu einer Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung. Damit sollen Lücken im Erwerbsersatz vermieden werden. Die Vorleistungspflicht ist aber auf die Dauer des Schwebezustandes begrenzt, denn sobald das Ausmass der Erwerbsunfähigkeit feststeht, muss der versicherte Verdienst im Sinne von Art. 40b AVIV angepasst werden (BGE 136 V 95 E. 7.1 S. 101). Art. 40b AVIV kommt mit anderen Worten lediglich zur Anwendung, wenn eine dauernde Einschränkung in der Erwerbsfähigkeit feststeht. Aus dem Umstand, dass bei der Beurteilung des Anspruchs auf Heilbehandlung und Taggeld nach dem UVG die Rechtsprechung zur Invalidität bei unklaren Beschwerden gemäss BGE 130 V 352 nicht zur Anwendung gelangt, lässt sich folglich nicht mit dem Versicherten ableiten, die Erwerbs (un) fähigkeit nach Art. 40b AVIV müsse abweichend von Art. 7 (recte: Art. 8) ATSG definiert werden.

5.3. Die Anrufung des Äquivalenz- und Versicherungsprinzips hilft dem Beschwerdeführer ebenfalls nicht weiter. Art. 23 Abs. 1 AVIG erklärt den normalerweise aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen erzielten Lohn als massgeblich. Diese Formulierung lässt Sonderregeln, wie sie denn auch auf Gesetzes- und auf Verordnungsebene statuiert wurden, zu. Art. 40b AVIV, welcher eine Durchbrechung des Äquivalenzprinzips mit sich bringt, findet seine genügende gesetzliche Grundlage in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 AVIG und ist rechtmässig. Auch wenn diese Norm die vom versicherten Verdienst zu trennende Frage der Vermittlungsfähigkeit beschlägt, wird der Bundesrat darin umfassend ermächtigt, die Koordination zwischen Invaliden- und Arbeitslosenversicherung - bzw. die Abgrenzung der Zuständigkeit der Arbeitslosenversicherung gegenüber anderen Versicherungsträgern nach Massgabe der Erwerbsfähigkeit (BGE 133 V 524 E. 5.2 S. 527) - zu regeln. Eine klarere gesetzliche Grundlage wäre allerdings wünschenswert (SVR 2006 AIV Nr. 16 S. 55, C 256/03 E. 4.3.2).

Inwieweit zudem mit einer Anpassung des versicherten Verdienstes an die aktuelle Erwerbsfähigkeit im Sinne von Art. 40b AVIV der Integrationsgedanke in der Invaliden- und der Unfallversicherung verletzt sein soll, wie der Versicherte weiter geltend macht, ist nicht nachvollziehbar. Aus dem Hinweis, wonach Betroffene mit einer Senkung des versicherten Verdienstes von ihren berechtigten ALV-Leistungen ausgeschlossen würden, wenn sie sich auf Integrationsmassnahmen der Invaliden- oder Unfallversicherung einliessen und in diesem Rahmen wegen der Leistungsschwellen aus der dortigen Leistungspflicht herausfielen, kann er jedenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Arbeitslose Personen müssen zur Schadenminderung grundsätzlich jede Beschäftigung unverzüglich annehmen (Art. 16 Abs. 1 AVIG). Erfahren die Behörden der Arbeitslosenversicherung unter anderem zufolge einer unterlassenen Anmeldung bei der Invalidenversicherung erst später von einer anhaltenden Unzumutbarkeit gewisser Beschäftigungen oder von einer (teilweisen) Erwerbsunfähigkeit infolge gesundheitlicher Probleme, sind sie befugt und verpflichtet, im Rahmen einer prozessualen Revision auf die bereits ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung zurückzukommen, den versicherten Verdienst rückwirkend zu berichtigen und zu Unrecht ausgerichtete Taggelder zurückzufordern, sobald das Ausmass der Erwerbsunfähigkeit feststeht (Art. 25 ATSG in Verbindung mit Art. 95 Abs. 1 sowie Abs. 1bis AVIG; BGE 133 V 530 E. 4 S. 533 mit Hinweis; vgl. auch BGE 133 V 524; Urteil 8C_212/2010 vom 31. Mai 2010 E. 6.2).

5.4. Die Arbeitslosenversicherung will der versicherten Person einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, schlechtem Wetter und Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers garantieren (Art. 1a Abs. 1 AVIG). Es gehört nicht zu ihren Aufgaben, Leistungslücken in der Unfallversicherung zu füllen, welche in concreto wegen einer unter 10 % liegenden unfallbedingten Invalidität bestehen. Der Beschwerdeführer bringt allerdings zu Recht vor, dass eine solch geringe Invalidität nicht als erheblich gelten kann:

5.4.1. Art. 18 Abs. 1 UVG sah in seiner ursprünglichen Fassung (ab Inkrafttreten des hier interessierenden Teils des UVG am 1. Januar 1984) keinen Mindestinvaliditätsgrad für den Rentenanspruch vor. Es wurde auch keine "erhebliche" Verminderung der Erwerbsfähigkeit verlangt (AS 1982 1681). Das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute: I. und II. sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) hatte jedoch in seiner früheren Praxis, welche zuletzt in RKUV 1988 Nr. U 48 S. 230 (U 99/86) publiziert wurde (vgl. BGE 122 V 335 E. 4d S. 337), einen Mindestinvaliditätsgrad von 10 % gefordert. In BGE 122 V 335 änderte es diese Rechtsprechung. In der Folge nahm der Gesetzgeber auf die Parlamentarische Initiative von NR Raggenbass hin die Praxisänderung zum Anlass, den Mindestinvaliditätsgrad von 10 % in Art. 18 Abs. 1 UVG nunmehr gesetzlich vorzuschreiben (Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats [SGK-N] vom 26. November 1999 zur Parlamentarischen Initiative "Invalidität unter 10 % (Raggenbass)", BBl 2000 1320 ff.; Stellungnahme des Bundesrates vom 23. Februar 2000, BBl 2000 1330 ff.; AB 2000 N 366 f. und 1611; AB 2000 S 877 und 941). Diese Gesetzesänderung vom 15. Dezember 2000 trat am 1. Juli 2001

in Kraft (AS 2001 1491 f.). Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens hatten die Befürworter des Entwurfs namentlich vorgebracht, nach dem klaren Willen des Gesetzgebers solle eine Invalidenrente nur gewährt werden, wenn eine spürbare erwerbliche Beeinträchtigung eingetreten sei. Es sei fraglich, ob kleinere Einbussen, die unter 10 % liegen, überhaupt eine dauerhafte Invalidität zur Folge hätten. Geringfügige Restfolgen eines Unfalles begründeten in der Regel keine sich praktisch auswirkende Arbeits- oder Erwerbsunfähigkeit. Meist gewöhne sich der Versicherte bei der Wiederaufnahme der Arbeit an die anfänglichen Beschwerden, und man könne davon ausgehen, dass er die wirtschaftlichen Folgen durch eine entsprechende Willensanstrengung ausgleichen oder auch selbst tragen könne. Kleinstrenten würden zudem die Eigeninitiative der Versicherten, kleine Verdiensteinbussen wettzumachen, hemmen (a.a.O., BBl 2000 1324 f. Ziff. 2.4.1). Der Bundesrat unterstützte mit Stellungnahme vom 23. Februar 2000 die Vorlage der SGK-N mit ähnlichen Argumenten (BBl 2000 1330-1332). Der Antrag der SGK-N wurde in der Folge sowohl durch den National- als auch den Ständerat am 15. Dezember 2000 diskussionslos verabschiedet (AB 2000 N 1611 und S 877, 941; BGE 131 V 84 E. 2.2 S. 86 ff.).

5.4.2. Gemäss der Marginalie zu Art. 40b AVIV soll in dieser Verordnungsbestimmung der versicherte Verdienst von "Behinderten" geregelt werden. Er wird an die verbleibende Erwerbsfähigkeit angepasst. Art. 40b AVIV schreibt zwar für die Notwendigkeit einer Korrektur des versicherten Verdienstes nicht ausdrücklich eine "erhebliche" gesundheitsbedingte Beeinträchtigung vor. Die Gründe, welche gemäss den Befürwortern der Parlamentarischen Initiative Raggenbass Anlass zur Einführung der Erheblichkeitsschwelle für eine Rente der Unfallversicherung führten, sind allerdings auch im Zusammenhang mit dem versicherten Verdienst in der Arbeitslosenversicherung zu berücksichtigen, stellt doch die Korrekturnorm des Art. 40b AVIV auf die verbleibende Erwerbsfähigkeit ab (vgl. dazu E. 5.2 hiavor). Wenn nämlich im Unfallversicherungsbereich davon ausgegangen wird, dass bei einer Einschränkung der Erwerbsfähigkeit unter 10 % gar keine Invalidität vorliegt und allfällige wirtschaftliche Folgen von der versicherten Person durch Willensanstrengung ausgeglichen werden, so kann Art. 40b AVIV ebenfalls nicht zur Anwendung kommen, wenn eine kaum spürbare Erwerbsunfähigkeit unter 10 % besteht. Da der gesundheitsbedingt nicht mehr erwirtschaftete Verdienst

diesfalls marginal ist, besteht kein Anlass für eine Korrektur des versicherten Verdienstes. Es ist vielmehr auch im Arbeitslosenversicherungsrecht davon auszugehen, dass die so geringfügig eingeschränkte versicherte Person gleichwohl den ohne Gesundheitsschaden vor der Arbeitslosigkeit bezogenen Lohn zu erzielen in der Lage ist.

6.

Mit Blick auf die in casu von der Unfallversicherung festgestellte Erwerbsunfähigkeit von 8 % erweist sich die mit Einsprache- und vorinstanzlichem Entscheid bestätigte Kürzung des versicherten Verdienstes von Fr. 5'515.- auf Fr. 5'080.- als nicht rechters. Es muss beim ursprünglich auf Fr. 5'515.- festgesetzten versicherten Verdienst sein Bewenden haben, da dieser der verbleibenden Erwerbsfähigkeit entspricht.

7.

Gemäss Ausgang des Verfahrens hat die Arbeitslosenkasse als unterliegende Partei die Gerichtskosten zu tragen (Art. 65 Abs. 4 lit. a in Verbindung mit Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG) und dem obsiegenden Beschwerdeführer überdies eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. Juni 2013 und der Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 18. November 2011 werden aufgehoben.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'800.- zu entschädigen.

4.

Die Sache wird zur Neuverlegung der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich zurückgewiesen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 31. März 2014

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Leuzinger

Die Gerichtsschreiberin: Berger Götz