



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Augustinergasse 3, Postfach 1654, 1701 Freiburg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

605 2019 36

Urteil vom 7. November 2019

I. Sozialversicherungsgerichtshof

Besetzung	Präsident:	Marc Boivin
	Richter:	Dominique Gross, Yan Hofmann
	Gerichtsschreiber-Berichterstatter:	Bernhard Schaaf

Parteien **A. _____, Beschwerdeführer,**
 gegen
 SYNA ARBEITSLOSENKASSE, Vorinstanz

Gegenstand Arbeitslosenversicherung – Versicherter Verdienst, Ferien- und Feiertags-
 entschädigung

 Beschwerde vom 31. Januar 2019 gegen den Einspracheentscheid vom
 20. Dezember 2018

Sachverhalt

A. A. _____, geboren 1956, wohnhaft in B. _____, arbeitete vom 20. April bis 20. September 2015 sowie vom 18. April bis 18. September 2016 bei der Gemeinde C. _____. Ferner war er vom 12. September bis 30. Dezember 2016 sowie vom 3. Januar bis 10. März 2017 für die D. _____ AG tätig. Seit dem 10. März 2017 war er bei seiner Wohngemeinde als arbeitslos gemeldet. Er verfügte über seine zweite Rahmenfrist für den Leistungsbezug.

Vom 8. Mai bis 17. September 2017 sowie vom 1. Mai bis 16. September 2018 arbeitete er bei der Gemeinde E. _____.

Mit Verfügung vom 26. November 2018, bestätigt durch Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2018, setzte die Syna Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Syna), Tafers, den versicherten Verdienst auf CHF 5'319.- fest, basierend auf den Einkünften bei der Gemeinde C. _____ und bei der D. _____. Das höhere Einkommen bei der Gemeinde E. _____ könne nicht berücksichtigt werden, da die Anstellungen jeweils weniger als sechs Monate gedauert hätten.

B. Dagegen erhebt A. _____ am 31. Januar 2019 Beschwerde am Kantonsgericht Freiburg und beantragt eine Neuberechnung des versicherten Verdienstes auf der Grundlage des Bruttolohnes bei der D. _____ von CHF 6'101.08 pro Monat. Er bringt vor, er sei bei der D. _____ ununterbrochen vom 12. September 2016 bis 11. März 2017 in einem Arbeitsverhältnis gewesen, auch wenn zwei Arbeitsverträge vorliegen würden.

In ihren Bemerkungen vom 6. Februar 2019 beantragt die Syna die Abweisung der Beschwerde.

Die weiteren Elemente des Sachverhalts ergeben sich, soweit für die Urteilsfindung massgebend, aus den nachfolgenden Erwägungen.

Erwägungen

1.

Die Beschwerde vom 31. Januar 2019 gegen den Einspracheentscheid der Syna vom 20. Dezember 2018 ist unter der Berücksichtigung des Fristenstillstandes vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar (Art. 38 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1], welches hier aufgrund von Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung [AVIG, SR 837.0] zur Anwendung kommt) fristgerecht bei der sachlich und örtlich zuständigen Beschwerdeinstanz eingereicht worden. Der Beschwerdeführer hat ein Interesse, dass das Kantonsgericht, I. Sozialversicherungsgerichtshof, prüft, ob die Syna die Berechnung des versicherten Verdienstes korrekt vorgenommen hat.

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1. Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes (gemäss Art. 37 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]) aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Darin eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen. Der versicherte Verdienst orientiert sich demnach am massgebenden Lohn i. S. v. Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) i. V. m. Art. 7 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101). Mit dem Rechtsbegriff "normalerweise" sollen Einkünfte, die mit über ein normales Arbeitnehmerpensum hinausgehenden Beschäftigungen erzielt werden, für den versicherten Verdienst unbeachtlich bleiben. Entsprechend der Zweckbestimmung, nur für normale übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz zu bieten, oder weil der eigentliche Grund ihrer Ausrichtung mit der Arbeitslosigkeit entfallen ist, sind Überzeit- und Überstundenentschädigung, vertraglich vereinbarte Schichtzulagen, Familienzulagen und Spesenentschädigungen etc. bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen (BGE 144 V 195 E. 4.1 mit Hinweisen).

2.2. Entsprechend der Regelung von Art. 37 AVIV bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (Art. 11) 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 Bemessungszeitraum beginnt, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstauffalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen (Abs. 3). Der versicherte Verdienst wird auf die nächste Kontrollperiode neu festgesetzt, wenn innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug: a. der Versicherte während mindestens sechs Monaten ununterbrochen eine beitragspflichtige Beschäftigung zu einem Lohn ausgeübt hat, der über dem versicherten Verdienst liegt, und er erneut arbeitslos wird; b. die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten sich verändert (Abs. 4).

2.3. Die 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 144 V 195 E. 4.2 mit Hinweisen).

3.

Vorliegend ist streitig, ob die Syna den versicherten Verdienst korrekt berechnet hat.

3.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, der versicherte Verdienst müsse allein gemäss den Lohnangaben der D._____ berechnet werden, bei welcher er ununterbrochen vom 12. September 2016 bis 11. März 2017 gearbeitet habe, auch wenn zwei Arbeitsverträge vorliegen würden. Der erste Vertrag sei unbefristet abgeschlossen worden, weil die Länge des Projekts, für welches er

angestellt worden sei, nicht klar war. Als sich das Ende dieses Projektes abzeichnete, sei am 27. Dezember 2016 ein zweiter Vertrag mit dem Enddatum des 11. März 2017 geschlossen worden. Grundlage für die Berechnung des versicherten Verdienstes sei deshalb der Bruttolohn bei der D. _____ gemäss Arbeitgeberbescheinigung vom 23. März 2017 von CHF 36'606.55 und damit CHF 6'101.08/Monat (CHF 36'606.55 /6).

3.2. Die Syna ging von einem versicherten Verdienst von CHF 5'319.- aus, wobei die Berechnung weder in der Verfügung vom 26. November 2018 noch im hier streitigen Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2018 weiter erläutert wird. Aufgrund der im Dossier vorhandenen Berechnungstabellen versicherter Verdienst ergibt sich, dass sich die Syna gemäss der Regelung von Art. 37 Abs. 1 AVIV auf den bei der D. _____ zwischen dem 12. September 2016 und dem 10. März 2017 erzielten Lohn abstützte, da der versicherte Verdienst basierend auf zwölf Beitragsmonaten gemäss Art. 37 Abs. 2 AVIV mit CHF 5'200.- tiefer gewesen wäre.

Weiter berücksichtigte die Syna die dem Beschwerdeführer ausbezahlte Ferien- und Feiertagsentschädigung nicht. Hierfür stützte sie sich wohl auf Rz. C2 der AVIG-Praxis ALE [nachfolgend: AVIG-Praxis] des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO], wonach Ferien- und Feiertagsentschädigungen der im Stundenlohn beschäftigten Arbeitnehmenden für die Berechnung des versicherten Verdienstes mit zu berücksichtigen sind, soweit der gemäss vertraglich vereinbarter Arbeitszeit maximal mögliche Verdienst ohne Ferien- und Feiertagsentschädigung nicht überschritten wird.

Gemäss den beiden Arbeitsverträgen betrug die Arbeitszeit bei der D. _____ 40 Stunden pro Woche, bzw. 8 Stunden pro Arbeitstag. Der maximal mögliche Verdienst (inkl. Anteil 13. Monatslohn) betrug gemäss der "Berechnungstabelle versicherter Verdienst" der Syna während der Anstellung bei der D. _____ CHF 31'914.95, was einem Betrag von CHF 5'319.16, gerundet CHF 5'319.- pro Monat entspricht. Dieser Betrag war kleiner als der tatsächlich bezogene Bruttolohn inkl. Anteil 13. Monatslohns sowie Ferien- und Feiertagsentschädigung, weshalb gemäss Sichtweise der Syna der versicherte Verdienst dem maximal möglichen Verdienst entspricht.

3.3. Dieser Sichtweise kann angesichts der oben dargestellten Gesetzeslage sowie der Rechtsprechung, auf welche nachfolgend eingegangen wird, nicht gefolgt werden.

Zwar nahm die Syna ihre Berechnung zu Recht entsprechend der Regelung von Art. 37 Abs. 1 AVIV, basierend auf dem während der sechs Beitragsmonaten vor Eröffnung der Rahmenfrist für den Leistungsbezug erzielten Durchschnittslohn, vor. Ebenso ist korrekt, dass die geleisteten Überstunden nicht miteinbezogen wurden.

Was die Ferien- und Feiertagsentschädigung betrifft, so findet sich für die Vorgehensweise mit der Berechnung eines maximal möglichen Verdienstes (wie in Rz. C2 AVIG-Praxis vorgesehen) keine Bestätigung in der Rechtsprechung. In Rz. C2 AVIG-Praxis wird diesbezüglich soweit ersichtlich einzig auf das Urteil EVG C 99/03 vom 30. März 2004 hingewiesen und dabei zusammenfassend wiedergegeben, die Ferienentschädigung der im Stundenlohn Angestellten sei bei der Festlegung des versicherten Verdienstes ausser Acht zu lassen. Dies ergibt sich jedoch nicht aus diesem Urteil. So wies das Bundesgericht im Urteil 8C_467/2015 vom 14. September 2015 E. 6.2.2 hinsichtlich der Feiertagsentschädigung explizit darauf hin, das Urteil EVG werde in der Verwaltungspraxis unzutreffend zitiert, da sich im besagten Urteil keine entsprechenden Ausführungen zur Feiertagsentschädigung finden.

Vielmehr ist hinsichtlich der Frage, ob eine Ferienentschädigung bei der Berechnung des versicherten Verdienst zu berücksichtigen ist, gemäss der Rechtsprechung einzig relevant, ob Ferienta-

ge bezogen wurden oder nicht. So hielt das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung fest, dass im Fall, dass Ferientage zusammenhängend oder an einzelnen Tagen tatsächlich bezogen wurden, auch die Ferienentschädigung in den entsprechenden Monaten beim versicherten Verdienst zu berücksichtigen ist (vgl. Urteil BGer 8C_148/2019 vom 4. Juli 2019 E. 3.3.2 mit Hinweisen auf BGE 144 V 195 E. 4.6.2 sowie 125 V 42 E. 5b; vgl. auch vorerwähntes Urteil BGer 8C_467/2015 E. 6.2.1 mit Hinweis). Überdies dürfte davon auszugehen sein, dass die Abgeltung des Ferienanspruchs in Form eines Lohnzuschlages grundsätzlich nur Versicherte betrifft, die im Stundenlohn arbeiten.

Weiter ist gemäss der Rechtsprechung die zusätzlich zum Grundlohn ausgerichtete Feiertagsentschädigung bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen (vgl. vorerwähnte Urteile BGer 8C_148/2019 E. 5.4.3 sowie 8C_467/2015 E. 6.2.2; vgl. auch Urteil BGer 8C_18/2017 vom 4. Mai 2017 E. 4.2, jeweils mit Hinweis auf BGE 125 V 42 E. 8).

Ferner gehören sowohl die Ferien- als auch die Feiertagsentschädigung gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG wie auch gemäss Art. 7 Bst. o AHVV zum massgebenden Lohn, weshalb es sich auch deshalb rechtfertigt, bei der Berechnung des versicherten Verdienstes – innerhalb der von der Rechtsprechung gesetzten Schranken – diese Entschädigungen mitzuberechnen.

Aus den vorstehenden Gründen kann den Ausführungen in Rz. C2 AVIG-Praxis hinsichtlich der Ferien- und Feiertagsentschädigungen nicht gefolgt werden. Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Verwaltungspraxis bei der Berechnung des Zwischenverdienstes die Rechtsprechung bezüglich der Ferien- und Feiertagsentschädigung korrekt wiedergibt (vgl. Rz. C125 sowie C149 ff.). Offenbar wird in der Verwaltungspraxis ein Unterschied zwischen der Berechnung des versicherten Verdienstes sowie des Zwischenverdienstes gemacht, der gemäss Bundesgericht (vgl. vorerwähntes Urteil 8C_18/2017 E. 4.2.1) jedoch nicht besteht.

3.4. In Bezug auf den vorliegenden Fall ergibt sich daraus was folgt:

Auf den Lohnabrechnungen der D. _____ ist jeweils angegeben, wie viele Arbeitstage möglich waren. Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer in jedem Monat Überstunden geleistet hat. So hatte beispielsweise der Monat Dezember 2016 20 mögliche Arbeitstage, was eine vertragliche Arbeitszeit von 160 Stunden ergibt, der Beschwerdeführer leistete jedoch 162.31 Stunden. Deshalb muss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer während seiner Tätigkeit bei der D. _____ keine Ferientage bezogen hat, weshalb die Syna, im Ergebnis zu Recht, die Ferienentschädigung von 10.6% nicht berücksichtigt hat.

Demgegenüber hat sie zu Unrecht die Feiertagsentschädigung von 3.2% nicht miteinbezogen, weshalb die Syna eine Neuberechnung des versicherten Verdienstes vorzunehmen hat.

4.

Zusammenfassend kann der Syna hinsichtlich der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht vollständig gefolgt werden, da sie zu Unrecht die Feiertagsentschädigung nicht berücksichtigt hat. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2018 aufzuheben und die Angelegenheit für eine Neuberechnung des versicherten Verdienstes im Sinne der Erwägungen an die Syna zurückzuweisen.

Gemäss dem hier zur Anwendung kommenden Prinzip der Kostenlosigkeit des Verfahrens werden keine Gerichtskosten erhoben.

Der Hof erkennt:

I. Die Beschwerde von A._____ wird gutgeheissen.

Der Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2018 wird aufgehoben und die Angelegenheit für eine Neuberechnung des versicherten Verdienstes im Sinne der Erwägungen an die Syna Arbeitslosenkasse zurückgewiesen.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

III. Zustellung.

Gegen diesen Entscheid kann innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab Erhalt beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden. Diese Frist kann weder verlängert noch unterbrochen werden. Die Beschwerdeschrift muss in drei Exemplaren abgefasst und unterschrieben werden. Dabei müssen die Gründe angegeben werden, weshalb die Änderung dieses Urteils verlangt wird. Damit das Bundesgericht die Beschwerde behandeln kann, sind die verfügbaren Beweismittel und der angefochtene Entscheid mit dem dazugehörigen Briefumschlag beizulegen. Das Verfahren vor dem Bundesgericht ist grundsätzlich kostenpflichtig.

Freiburg, 7. November 2019/bsc

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber-Berichterstatler: