



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 11. November 2021 (715 21 160 / 299)

Arbeitslosenversicherung

Anrechenbarkeit des versicherten Verdiensts bei einer Änderungskündigung mit reduziertem Arbeitspensum; Zumutbarkeit (Art. 37 Abs. 3 AVIV)

Besetzung Präsidentin Doris Vollenweider, Kantonsrichter Jgnaz Jermann, Kantonsrichter Christof Enderle, Gerichtsschreiber i.V. Benjamin Appius

Parteien **A.**_____, Beschwerdeführer

gegen

Unia Arbeitslosenkasse, Kompetenzzentrum D-CH West, Monbijoustrasse 61, Postfach 3398, 3001 Bern, Beschwerdegegnerin

Betreff Ablehnung der Anspruchsberechtigung

A. Der 1973 geborene A._____ arbeitet seit 1. Januar 2019 bei der B._____ AG. Mit Änderungskündigung vom 2. September 2020 setzte die Arbeitgeberin das Anstellungspensum mit Wirkung per 1. November 2020 von 100 % auf 80 % herab. A._____ meldete sich am 27. Januar 2021 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) X._____ zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 1. Februar 2021 bei der Unia Arbeitslosenkasse (Arbeitslosenkasse) Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. November 2020. In der Folge wurde ihm die Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 27. Januar 2021 bis 26. Januar 2023 mit einem versicherten Verdienst

von Fr. 5'160.-- eröffnet. Mit Verfügung vom 19. März 2021 verneinte die Arbeitslosenkasse eine Anspruchsberechtigung mangels anrechenbaren Verdienstauffalls. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Einspracheinstanz der Arbeitslosenkasse am 23. April 2021 ab.

B. Gegen diesen Entscheid erhob der Versicherte am 17. Mai 2021 Beschwerde bei der Arbeitslosenkasse. Er beantragte sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 23. April 2021 und eine Neuberechnung des versicherten Verdiensts. Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend, dass sein Lohn im Jahr 2020 niedriger als berechnet ausgefallen sei und im Jahr 2021 noch weiter gesunken sei, weshalb ein Verdienstaufall vorliege. Am 18. Mai 2021 überwies die Arbeitslosenkasse die Angelegenheit zuständigkeitshalber dem Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht).

C. Mit Vernehmlassung vom 15. Juni 2021 schloss die Arbeitslosenkasse unter Verweis auf die Ausführungen im angefochtenen Einspracheentscheid auf Abweisung der Beschwerde.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 in Verbindung mit den Art. 56 und 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 kann gegen Einspracheentscheide aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Örtlich zuständig ist nach Art. 100 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 128 Abs. 1 sowie Art. 119 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person zur Zeit des Verfügungserlasses die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend kommt der in Y.____ wohnhafte Versicherte im Kanton Basel-Landschaft seinen Kontrollpflichten nach, weshalb die örtliche Zuständigkeit zu bejahen ist. Laut § 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG, weshalb auch die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts gegeben ist. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2.1 Strittig und zu prüfen ist, ob die Arbeitslosenkasse den Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 27. Januar 2021 zu Recht abgelehnt hat.

2.2 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt nach Art. 8 Abs. 1 AVIG unter anderem voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 10) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 11). Gemäss Art. 10 AVIG gilt als ganz arbeitslos, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Abs. 1). Als teilweise arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht

(Abs. 2 lit. a) oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Abs. 2 lit. b). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der von teilzeitarbeitslosen Personen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG weiterhin durch die teilzeitliche ausgeübte Tätigkeit erzielte Lohn als Zwischenverdienst anzurechnen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17. August 2021, 8C_378/2021, E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 127 V 479, 122 V 433, 120 V 233, bestätigt in SVR 2011 ALV Nr. 5 S. 11 [8C_721/2010]). Darunter fällt – wie vorliegend – die Weiterarbeit beim bisherigen Arbeitgeber bzw. bei der bisherigen Arbeitgeberin mit reduziertem Pensum infolge Teil- bzw. Änderungskündigung (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel 2016, S. 2389 Rz. 419).

2.3 Nach Art. 24 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstauffalls für Tage, an denen sie einen Zwischenverdienst erzielt. Der anzuwendende Entschädigungssatz bestimmt sich nach Art. 22 AVIG (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Als Verdienstaufall gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst (Art. 24 Abs. 3 AVIG).

3.1 In einem ersten Schritt ist der versicherte Verdienst zu ermitteln. Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde (Art. 23 Abs. 1 AVIG). Zum massgebenden Lohn gehören insbesondere der Grundlohn und der 13. Monatslohn. Familien- und Haushaltszulagen werden dagegen nicht berücksichtigt (AVIG-Praxis ALE C2). Gemäss Art. 37 Abs. 1 AVIG bemisst sich der versicherte Verdienst in der Regel nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate 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). Für versicherte Personen, die sich bei Eintritt eines anrechenbaren Verdienstauffalls nicht sofort zum Taggeldbezug anmelden, beginnt der Bemessungszeitraum am Tag vor dem Eintritt eines solchen Ausfalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen (Abs. 3).

3.2 Die Arbeitslosenkasse hat die Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 27. Januar 2021 bis 26. Januar 2023 und diejenige für die Beitragszeit vom 27. Januar 2019 bis 26. Januar 2021 festgelegt, was vom Versicherten zu Recht nicht bestritten wird (vgl. Art. 9 Abs. 2 und 3 AVIG). Aus den Akten ergibt sich, dass der Versicherte seit 1. Januar 2019 bei der B.____ AG arbeitet. Dabei war er ab 1. September 2019 in einem Vollzeitpensum angestellt (vgl. act. S. 80 und 81). Sein Lohn betrug damals Fr. 5'416.65 (Fr. 5'000.-- [Basislohn] und Fr. 416.65 [Anteil 13. Monatslohn]) brutto. Mit Änderungskündigung vom 27. August 2020 (act. S. 98) bzw. vom 2. September 2020 (act. S. 97) reduzierte die Arbeitgeberin das Arbeitspensum des Versicherten per 1. November 2020 auf 80 % mit der Folge, dass sie dem Versicherten seither einen Bruttolohn von monatlich Fr. 4'333.33 (Fr. 4'000.-- [Basislohn] + Fr. 333.33 [Anteil 13. Monatslohn]) auszahlt (vgl.

Auszug aus dem Lohnkonto, act. S. 83). Der Versicherte erlitt somit per 1. November 2020 einen Verdienstauffall. Dabei weist er vor dem 1. November 2020 während der hier massgebenden Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 27. Januar 2019 bis 26. Januar 2021 mehr als die erforderlichen 12 Beitragsmonate aus. Da der monatliche Lohn des Versicherten in dieser Zeit stets gleich hoch war, entspricht dieser dem versicherten Verdienst. Damit ist der von der Arbeitslosenkasse in ihrer Vernehmlassung vom 15. Juni 2021 in Rz. 7 ermittelte versicherte Verdienst per 1. November 2020 von Fr. 5'416.65 korrekt.

3.3.1 In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob der Verdienstauffall per 1. November 2020 anrechenbar ist. Ein Verdienstauffall im Sinne von Art. 37 Abs. 3 AVIV ist anrechenbar, wenn er anspruchsbegründend ist. Dies ist der Fall, wenn die versicherte Person aufgrund einer Änderungskündigung oder eines Stellenwechsels einen unzumutbaren Lohn erzielt (AVIG-Praxis ALE C 22). Nimmt die versicherte Person während der streitigen Kontrollperiode eine lohnmässig zumutbare Arbeit auf, mithin eine Tätigkeit, die ihr ein Einkommen verschafft, welches zumindest dem Betrag der Arbeitslosenentschädigung entspricht, bleibt für die Annahme eines entschädigungsberechtigten Verdienstauffalls kein Raum (BGE 120 V 502). Ob eine Tätigkeit zumutbar oder unzumutbar ist, entscheidet sich nach Art. 16 AVIG. Allgemein gilt eine Arbeit in lohnmässiger Hinsicht gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG als zumutbar, wenn der damit erzielbare Verdienst mindestens 70 % des versicherten Verdiensts beträgt. Mit der generellen Festlegung der Zumutbarkeitsgrenze auf 70 % für alle versicherten Personen werden die Taggeldbezüger bzw. Taggeldbezügerinnen nach Art. 22 Abs. 1 und 2 AVIG ungleich behandelt, indem die allgemeine Zumutbarkeitsgrenze von 70 % auch für versicherte Personen, deren Taggeld 80 % des versicherten Verdienstes beträgt, gilt. Gemildert wird dies durch die Möglichkeit von Kompensationszahlungen. Bei einem Lohn zwischen 70 % und weniger als 80 % des versicherten Verdiensts handelt es sich somit um eine zumutbare Tätigkeit, die aber dennoch Anspruch auf Kompensationszahlungen auslöst (Art. 41a Abs. 1 AVIV; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2270 Rz. 304 und S. 2299 Rz. 411).

3.3.2 Zur Beurteilung, ob das von einer versicherten Person mit einer Teilzeitbeschäftigung erzielte Einkommen im Sinne von Art. 16 Abs. 1 lit. i AVIG zumutbar ist, ist das auf der Grundlage des versicherten Tagesverdienstes berechnete Bruttotaggeld mit dem Bruttotageslohn zu vergleichen. Der Tagesverdienst wird gemäss Art. 40a AVIV ermittelt, d.h. der versicherte Monatsverdienst wird durch 21,7 geteilt. Das Bruttotaggeld beträgt dementsprechend 80 % bzw. 70 % des versicherten Tagesverdienstes (Art. 22 Abs. 1 AVIG). Um eine übereinstimmende Vergleichsgrösse zu erhalten, ist ein Bruttomonatslohn mit dem gleichen Divisor 21,7 auf einen Bruttotageslohn umzurechnen (BGE 121 V 51 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts vom 26. April 2007, C 236/06, E. 3, vom 17. Juli 2006, C 224/05, E. 1, und vom 16. Februar 2005, C 170/04, E. 2.2). Ist der verdiente Bruttotageslohn tiefer als das versicherte Bruttotaggeld, handelt es sich um einen entschädigungsberechtigten Verdienstauffall mit der Folge, dass die Voraussetzungen für einen Differenzausgleich nach Art. 24 Abs. 1 und 3 AVIG erfüllt sind (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2270 Rz. 304); verhält es sich umgekehrt – der Bruttotageslohn ist höher als das Bruttotaggeld –, liegt eine lohnmässig zumutbare Arbeit vor (BGE 121 V 51 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts vom 26. April 2007, C 236/06, E. 3).

3.4 Bei einem versicherten Verdienst von Fr. 5'416.65 per 1. November 2020 beträgt der Tagesverdienst Fr. 249.62 (= Fr. 5'416.65 : 21,7). Beim für den Versicherten unbestritten massgebenden Ansatz von 80 % führt dies zu einem Bruttotaggeldansatz von Fr. 199.70 (= Fr. 249.62 x 80 %). Die Umrechnung des vom Versicherten bei der B.____ AG ab 1. November 2020 erzielten Bruttomonatslohns von Fr. 4'333.33 in einen Bruttotageslohn ergibt Fr. 199.70 (Fr. 4'333.33 : 21,7). Damit ist der Bruttotaggeldansatz gleich hoch wie der Bruttotageslohn. Bei diesem Ergebnis ist nicht mehr von einem Zwischenverdienst, sondern von einer lohnmässig zumutbaren Arbeit auszugehen, welche im Übrigen auch keine Kompensationszahlungen auslösen würde. Demzufolge ist der Verdienstausschlag per 1. November 2020 nicht anrechenbar (vgl. Erwägung 3.3.1). Da bis zum 27. Januar 2021 (= Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug) kein anrechenbarer Verdienstausschlag vorliegt, berechnet sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten 6 bzw. 12 Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (vgl. Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV; AVIG-Praxis ALE C22).

4.1 In Anbetracht der hier massgebenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 27. Januar 2021 bis 26. Januar 2023 ist der versicherte Verdienst per 27. Januar 2021 zu berechnen. Im angefochtenen Einspracheentscheid hat die Arbeitslosenkasse den versicherten Verdienst gestützt auf Art. 37 Abs. 2 AVIV in Anwendung der für den Versicherten vorteilhafteren Berechnung nach dem Durchschnittslohn der letzten 12 Beitragsmonate, mithin vom 28. Januar 2020 bis 26. Januar 2021, ermittelt. Dabei berechnete sie einen versicherten Verdienst von jährlich Fr. 61'915.83 bzw. monatlich Fr. 5'160.-- (= Fr. 61'915.83 : 12) per 27. Januar 2021. In ihrer Beschwerdeantwort nahm sie eine kleine Korrektur vor, weil sie im Januar 2021 einen zu tiefen Lohn angerechnet hatte. Sie ging nunmehr von einem Jahreslohn von Fr. 61'921.54 aus. Diese Korrektur hat jedoch keine Erhöhung des versicherten Verdiensts zur Folge, beläuft sich dieser doch weiterhin auf Fr. 5'160.-- (= Fr. 61'921.54 : 12 Monate). Die Überprüfung der dem versicherten Verdienst zugrundeliegenden Monatslöhne ergibt, dass diese mit denjenigen von der Arbeitgeberin angegebenen Löhnen übereinstimmen. Damit ist der von der Arbeitslosenkasse ermittelte versicherte Verdienst in der Höhe von Fr. 5'160.-- per 27. Januar 2021 nicht zu beanstanden.

4.2 Ausgehend von einem versicherten Verdienst in Höhe von Fr. 5'160.-- ist der Tagesverdienst gemäss Art. 40a AVIV auf Fr. 237.79 (= Fr. 5'160.-- : 21,7) festzusetzen. Das Bruttotaggeld beträgt demnach Fr. 190.23 (= Fr. 237.79 x 80 %). Eine Gegenüberstellung des Bruttotaggeldes von Fr. 190.23 und des Bruttotageslohnes von Fr. 199.70 (Fr. 4'333.33 : 21,7) ergibt, dass der Bruttotageslohn höher ist als das dem Versicherten zustehende Bruttotaggeld, weshalb es sich um eine lohnmässig zumutbare Arbeit handelt; d.h. es liegt keine Arbeitslosigkeit im rechtlichen Sinne vor. Bei einem im Vergleich zum Bruttotaggeld höheren Bruttotageslohn besteht auch kein Anspruch auf Kompensationszahlungen gemäss Art. 24 AVIG und Art. 41a AVIV (vgl. Erwägung 3.3.1). Auch wenn der Versicherte ab dem 1. November 2020 eine Einkommenseinbusse in Höhe von Fr. 1'083.30 (= Fr. 5'416.65 – Fr. 4'333.35) erlitten hat, kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn eine Einkommenseinbusse von 20 % ist nicht versichert.

5.1 Der Beschwerdeführer hat bereits in der Einsprache geltend gemacht, dass die Arbeitslosenkasse ihm mit Infoschreiben vom 5. März 2021 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in Aussicht gestellt habe, sofern er weniger als Fr. 5'000.-- verdiene und Kinder habe. Damit macht er sinngemäss eine Verletzung des Vertrauensschutzes geltend. Das in Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 verankerte Recht auf Vertrauensschutz bewirkt unter anderem, dass eine (selbst unrichtige) Zusicherung einer Behörde unter bestimmten Umständen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebietet. Die Voraussetzung für eine Berufung auf Vertrauensschutz ist erfüllt: 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein; ist bereits eine nicht gegeben, erübrigt es sich, die anderen zu prüfen (BGE 137 II 182 E. 3.6.3). Vorliegend hat der Beschwerdeführer keine Dispositionen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, geltend gemacht. Solche sind auch nicht ersichtlich, weshalb die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes offensichtlich nicht erfüllt sind.

5.2 Soweit der Beschwerdeführer weiter vorbringt, sein Lohn im Jahr 2020 sei aufgrund der Korrektur des Quellensteuerabzugs tiefer, als von der Arbeitslosenkasse berechnet ausgefallen, ist dies unbehelflich. Da die Quellensteuer erst bei der Berechnung der Netto-Arbeitslosenentschädigung zu beachten ist, haben Quellensteuerabzüge keinen Einfluss auf den anrechenbaren versicherten Verdienst bzw. auf den bei der B.____ AG erzielten Bruttolohn. Die Arbeitslosenkasse hat deshalb zutreffend dargelegt, dass der Quellensteuerabzug kein massgebender Lohnbestandteil bildet und deshalb bei der Berechnung des versicherten Verdienstes unberücksichtigt zu bleiben hat. Demnach hat die Korrektur des Quellensteuerabzugs keine Auswirkung auf den versicherten Verdienst.

5.3 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Versicherte mangels anrechenbaren Verdienstauffalls keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 27. Januar 2021 hat. Daraus folgt, dass die Arbeitslosenkasse den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu Recht abgelehnt hat, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

6. Gemäss Art. 61 lit. f^{bis} ATSG ist das Verfahren bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Da das AVIG keine Kostenpflicht vorsieht, sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

Mitteilung an Parteien
KIGA Baselland
Direktion für Arbeit (seco)

Präsidentin

Gerichtsschreiber i.V.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 17. Juni 2005 eingereicht werden. Diese Frist kann nicht verlängert werden (Art. 47 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, einzureichen. Sie ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die Urkunden, auf die sich die Beschwerde führende Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat. Ebenfalls beizulegen ist der angefochtene Entscheid (Art. 42 Abs. 3 BGG).