Urteilskopf

106 V 117

27. Urteil vom 27. Mai 1980 i.S. Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich gegen Gut und Kantonale Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung, Zürich
Regeste (de):
Art. 28 Abs. 2 AlVG.

Diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf Zweifel hinsichtlich des rechtlichen Bestandes eines Lohnanspruches, nicht auf Zweifel an dessen Realisierbarkeit.

Regeste (fr):
Art. 28 al. 2 LAC.

Cette disposition se rapporte seulement à des doutes sur l'existence du droit au salaire, non à des doutes sur le versement de celui-ci.

Regesto (it):
Art. 28 cpv. 2 LAD.

La norma si riferisce solamente al dubbio sull'esistenza di diritto al salario e non già al dubbio sul pagamento dello stesso.

Sachverhalt ab Seite 117

A.- Die Firma X. AG löste am 31. Oktober 1978 zufolge massiven Umsatzrückgangs die Arbeitsverhältnisse mit ihren Mitarbeitern auf und fiel am 9. November 1978 in Konkurs, der in der Folge mangels Aktiven eingestellt wurde. Vom 10. November 1978 bis 24. Februar 1979 besuchte Hans Gut, Geschäftsführer, Mehrheitsaktionär und Präsident des Verwaltungsrates der Konkursitin, die Stempelkontrolle. Mit Verfügung vom 30. Januar 1979 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich die Anspruchsberechtigung des Hans Gut bis zum 31. Januar 1979, da ihm infolge der dreimonatigen Kündigungsfrist bis zu diesem Datum noch Ansprüche gegenüber der Arbeitgeberin aus Arbeitsvertrag zustünden.

B.- Die gegen diese Verfügung von Hans Gut eingereichte Beschwerde hiess die Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich am 28. Juni 1979 mit der Begründung gut, dass Art. 28 Abs. 2 AlVG nicht nur auf die Fälle Anwendung finde, in denen über das Bestehen des Lohnanspruchs eines Versicherten gegenüber seinem Arbeitgeber Zweifel bestünden. Nach dem Zweck von Art. 28 AlVG und

nach dem Sinn der Arbeitslosenversicherung könne auch dann eine Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet werden, wenn ein klar ausgewiesener Lohnanspruch zufolge Konkurs des Arbeitgebers aller Wahrscheinlichkeit nach nicht einbringlich sei.

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die Arbeitslosenkasse die Aufhebung des Entscheides der Rekurskommission. Hans Gut könne keine genügend überprüfbare Beschäftigung als Arbeitnehmer (Art. 9 Abs. 2 AlVB) nachweisen. Hans Gut schliesst sinngemäss auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit beantragt ebenfalls Abweisung.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. Zu Recht hat die Vorinstanz den Beschwerdegegner arbeitslosenversicherungsrechtlich als Arbeitnehmer eingestuft, so dass seine Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich zu bejahen ist.

2. Gemäss Art. 28 Abs. 1 AlVG ist der Verdienstausfall nicht anrechenbar während Arbeitstagen, für welche dem Versicherten Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber aus Dienstvertrag zustehen. Bestehen über den Anspruch des Versicherten gegenüber dem Arbeitgeber Zweifel, so ist die Kasse nach Art. 28 Abs. 2 AlVG zur Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung ermächtigt. Es ist unbestritten, dass dem Beschwerdegegner zufolge der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten für die Zeit vom 31. Oktober 1978 (Kündigung) bis 31. Januar 1979 - und dies unbeschadet durch den am 9. November 1978 eingetretenen Konkurs der Arbeitgeberin - ein Lohnanspruch zusteht. Folglich erleidet der Beschwerdegegner gemäss Art. 28 Abs. 1 AlVG keinen anrechenbaren Verdienstausfall, so dass er kein Recht auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung hat. Unbeachtlich ist, dass er seinen Lohnanspruch mangels Aktiven der Konkursitin nicht realisieren kann. Kriterium für den Ausschluss von der Genussberechtigung ist nach Art. 28 Abs. 1 AlVG der rechtliche Bestand der dienstvertraglichen Forderung gegenüber dem Arbeitgeber. Am Bestehen des Anspruchs ändert indes die Insolvenz des Arbeitgebers nichts. Zum gleichen Ergebnis führt auch Art. 28 Abs. 2 AlVG, der sich unmissverständlich auf Zweifel hinsichtlich des

Rechtsanspruchs bezieht und damit die logische Ergänzung von Art. 28 Abs. 1 AlVG bildet. Verhindert nämlich Art. 28 Abs. 1 AlVG bei einem klar ausgewiesenen Lohnanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und unabhängig von der Realisierbarkeit der Forderung den Eintritt des Versicherungsfalles, so bleibt für die Anwendung von Art. 28 Abs. 2 AlVG notwendigerweise kein Raum. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz besteht der Zweck von Art. 28 Abs. 2 AlVG nicht darin, den Versicherten gegen die Insolvenz des Arbeitgebers zu schützen. Die geltende Ordnung der Arbeitslosenversicherung kennt das Institut der Insolvenzentschädigung nicht. Diese Lücke im Sozialversicherungsrecht zu schliessen ist Sache des Gesetzgebers, was denn auch im Entwurf vom 7. November 1979 zum neuen Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung zum Ausdruck kommt. Die von der Vorinstanz geschützte und vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit geduldete Praxis einzelner Kassen, Leistungen auch dann zu erbringen, wenn der Arbeitnehmeranspruch wegen Konkurses des Arbeitgebers aller Wahrscheinlichkeit nach nicht bzw. erst nach Abschluss des oft langdauernden Konkurses realisierbar ist, erweist sich somit als rechtswidrig.

3. Aus dem rechtswidrigen Verhalten der Aufsichtsbehörde und der Kassen in den erwähnten Fällen kann

der Beschwerdegegner nichts zu seinen Gunsten ableiten. Der Umstand, dass das Gesetz in andern Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, der eine Übereinstimmung der Entscheidung mit dem Gesetz verlangt, geht der Rücksichtnahme auf gleichmässige Rechtsanwendung vor (BGE 104 Ib 364 Erw. 5, BGE 103 Ia 242 Erw. 2 mit Hinweisen). Die Störung der Rechtsgleichheit, die das Urteil in sich birgt, wird dadurch zu beheben sein, dass Aufsichtsbehörde und Kassen Art. 28 AlVG künftig im Sinne der vorstehenden Erwägungen handhaben.

Dispositiv

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid der Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich vom 28. Juni 1979 aufgehoben.