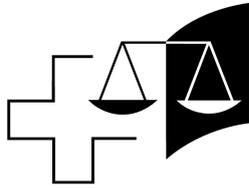


Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**8C\_237/2021**

**Urteil vom 6. September 2021**

**I. sozialrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichter Maillard, Präsident,  
Bundesrichterin Heine, Bundesrichter Abrecht,  
Gerichtsschreiberin Polla.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Stéphanie Baur,  
Beschwerdeführer,

*gegen*

Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, Zürcherstrasse 8, 8400 Winterthur,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Arbeitslosenversicherung (Einstellung in der Anspruchsberechtigung),

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 9.  
Februar 2021 (AL.2019.00274).

**Sachverhalt:**

**A.**  
Der 1966 geborene A. \_\_\_\_\_ meldete sich am 10. August 2018 zur Arbeitsvermittlung bei  
der Arbeitslosenversicherung an und erhob Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1.  
Oktober 2018. Zuvor war er vom 1. Oktober 1999 bis 31. Oktober 2017 bei der B. \_\_\_\_\_  
AG und vom 1. November 2017 bis 30. September 2018 bei der C. \_\_\_\_\_  
Aktiengesellschaft (C. \_\_\_\_\_) angestellt gewesen. Mit Verfügung vom 8. Februar 2019  
stellte ihn die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich ab 1. Oktober 2018 für die Dauer von 36

Tagen wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit in der Anspruchsberechtigung ein, was sie mit Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2019 bestätigte. Mit Verfügung vom 21. November 2019 und Einspracheentscheid vom 24. März 2020 setzte die Arbeitslosenkasse zudem den versicherten Verdienst auf Fr. 9572.- fest.

## **B.**

Gegen den Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2019 und denjenigen vom 24. März 2020 erhob A. \_\_\_\_\_ Beschwerde. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hob die zuvor verfügte Sistierung des Verfahrens betreffend Einstelltage auf, vereinigte dieses mit dem Verfahren betreffend versicherter Verdienst und wies beide Beschwerden ab (Urteil vom 9. Februar 2021).

## **C.**

A. \_\_\_\_\_ lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und beantragen, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des Einspracheentscheids vom 17. Oktober 2019 sei ihm die Arbeitslosenentschädigung ungekürzt zuzusprechen. In Abänderung des Einspracheentscheids vom 24. März 2020 sei der versicherte Verdienst auf Fr. 13'154.45 festzulegen.

Die Arbeitslosenkasse beantragt Abweisung der Beschwerde während das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) auf eine Stellungnahme verzichtet hat.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1.** Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG; [BGE 145 V 57](#) E. 4). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG).

**1.2.** Die Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung der Vorinstanz ist nicht schon dann offensichtlich unrichtig (willkürlich), wenn sich Zweifel anmelden, sondern erst, wenn sie eindeutig und augenfällig unzutreffend ist. Es genügt somit nicht, dass eine andere Lösung ebenfalls in Betracht fällt, selbst wenn diese als die plausiblere erscheint. Willkür liegt insbesondere vor, wenn die Vorinstanz offensichtlich unhaltbare Schlüsse gezogen, erhebliche Beweise übersehen oder solche grundlos ausser Acht gelassen (vgl. [BGE 144 V 50](#) E. 4.2 mit Hinweisen) oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz klar verletzt hat ([BGE 141 I 70](#) E. 2.2; [144 I 170](#) E. 7.3 mit Hinweisen). Solche Mängel sind in der Beschwerde aufgrund des strengen Rügeprinzips klar und detailliert aufzuzeigen. Auf ungenügend begründete Rügen oder bloss appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid, womit lediglich die eigene Sichtweise wiedergegeben wird, wie die Akten tatsächlich zu würdigen und welche rechtlichen Schlüsse daraus zu ziehen seien, geht das Bundesgericht nicht ein ([BGE 138 I 171](#) E. 1.4; [137 II 353](#) E. 5.1; Urteil 8C\_622/2020 vom 17. Dezember 2020 E. 1.2).

## 2.

**2.1.** Streitig ist, ob die vorinstanzliche Bestätigung der verfügten Einstellung des Beschwerdeführers in seiner Anspruchsberechtigung bundesrechtskonform ist. Dabei dreht sich die Streitfrage insbesondere darum, ob die Vorinstanz den von der Verwaltung auf Fr. 9572.- festgesetzten versicherten Verdienst zu Recht bestätigte.

**2.2.** Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen und die Rechtsprechung betreffend die Unzumutbarkeit einer Arbeit gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. i Teilsatz 1 AVIG, den Begriff des versicherten Verdienstes (Art. 23 AVIG; Art. 37 Abs. 1-3 AVIV; [BGE 131 V 444](#) E. 3.2.3; [128 V 190](#) E. 3a/aa) und die Einstellung der versicherten Person in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG; Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV) richtig dargelegt. Gleiches gilt zur verschuldensabhängigen Einstellungsdauer (Art. 30 Abs. 3 Satz 3 AVIG; Art. 45 Abs. 3 f. AVIV). Darauf wird verwiesen.

Zu betonen ist, dass im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung, mit welcher der Arbeitgeber nicht in erster Linie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern dessen Weiterführung mit veränderten Rechten und Pflichten bezwecken will (vgl. hiezu [BGE 123 III 246](#) E. 3 mit Hinweisen), das Verhalten der versicherten Person im Lichte des Tatbestands von Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV zu würdigen ist (ARV 2012 S. 294, 8C\_872/2011 E. 3.2). Die Arbeitslosigkeit kann - analog zur freiwilligen Stellenaufgabe gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV - nur dann als selbstverschuldet gelten, wenn das Beibehalten der Stelle unter den geänderten vertraglichen Bedingungen für die versicherte Person zumutbar war (vgl. ARV 1986 Nr. 23 S. 91, 1976 Nr. 18 S. 114). Bei der Beurteilung dieser Frage hat Art. 16 AVIG gemäss Rechtsprechung lediglich die Funktion einer Auslegungshilfe (Urteile 8C\_652/2020 vom 5. Februar 2021 E. 2.3; C 348/00 vom 21. Februar 2001 E. 2d).

Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung kommt erst in Frage, wenn die betroffene Person (zumindest) eventualvorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat. Das ist der Fall, wenn sie vorhersehen kann oder damit rechnen muss, dass ihr Verhalten zu einer Kündigung bzw. Nichtweiterführung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber führt, und dies in Kauf nimmt (vgl. ARV 2012 S. 294, 8C\_872/2011 E. 4.1; Urteil 8C\_796/2019 vom 27. März 2020 E. 3.2).

## 3.

### 3.1.

**3.1.1.** Die Vorinstanz erwog, es stehe fest, dass die C. \_\_\_\_\_ den Beschwerdeführer habe weiter beschäftigen wollen, dieser aber den neuen Arbeitsvertragsbedingungen gemäss Änderungskündigung vom 22. Juni 2018 nicht zugestimmt habe. Es sei für ihn ohne Weiteres ersichtlich gewesen, dass die Nichtannahme des neuen Arbeitsvertrags die Auflösung des bisherigen Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen würde, weshalb er eventualvorsätzlich gehandelt habe.

**3.1.2.** Den versicherten Verdienst setzten Vorinstanz und Arbeitslosenkasse auf Fr. 9572.- fest. Die Vertragsofferte sei, so die Ausführungen im angefochtenen Urteil, auch lohnmässig zumutbar gewesen, da der angebotene Verdienst Fr. 8721.- betragen habe und daher mit Blick auf Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG höher als 70 % des versicherten Verdienstes (Fr. 6700.-) gewesen sei. Der Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG erachtete die Vorinstanz somit als erfüllt, was zur Bestätigung der verfügten

Einstellung des Beschwerdeführers in der Anspruchsberechtigung im Umfang von 36 Tagen führte.

**3.2.** Während die Vorinstanz die in den Lohnabrechnungen als "Überstunden 25 %" und "Überstunden 50 %" bezeichneten Positionen als Entschädigung für Überstunden qualifizierte und somit nicht zum versicherten Verdienst hinzurechnete, will der Beschwerdeführer diese als regelmässige Schichtzulagen berücksichtigt haben (vgl. [BGE 144 V 195](#) E. 4.1 mit Hinweis auf THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2376 Rz. 366 f. mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung sowie Weisung des SECO in: AVIG-Praxis ALE, Rz. C2 vom Januar 2013). Er beruft sich dabei namentlich auf ein Schreiben der C. \_\_\_\_\_ vom 20. Mai 2019, worin ausgeführt worden sei, dass die Lohneinbussen aus dem Wegfall der nicht mehr zusätzlich ausbezahlten Schichtzulagen resultierten (rund Fr. 3583.- monatlich), die der frühere Arbeitgeber gewährt habe, obwohl im sog. ununterbrochenen Betrieb keine Nacht-, Sonn- und Feiertagszuschläge vorgesehen seien. Das Formular vom 27. Juni 2019 habe die C. \_\_\_\_\_ schlicht unsorgfältig ausgefüllt, worin sie bestätigt habe, dass die als "Überstunden 25 %" und "Überstunden 50 %" bezeichneten Positionen tatsächlich geleistete Überstunden seien. Sie habe ebenfalls erklärt, dass es sich um Sonn-, Feiertags- und Nachtzulagen gehandelt habe, weshalb die Antwort nicht unbesehen übernommen werden könne. Die Vorinstanz verletze klar Bundesrecht, wenn sie gestützt auf aktenwidrig erstelltem Sachverhalt die spätere Bestätigung der C. \_\_\_\_\_ vom 9. Dezember 2019, wonach es sich bei den Positionen "Überstunden 50 %" und "Überstunden 25 %" um Schichtzulagen gehandelt habe, als nicht glaubwürdig eingestuft habe. Bei Addition einer bisher nicht berücksichtigten Schichtzulage von monatlich Fr. 3583.- ergebe sich ein versicherter Verdienst von Fr. 13'154.45. Die Lohneinbusse gemäss Arbeitsvertragsofferte betrage damit 33,8 %, was unzumutbar im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG sei.

#### 4.

**4.1.** Nebst der Überzeimentschädigung ist auch die Überstundenentschädigung vom versicherten Verdienst ausgenommen ([BGE 129 V 105](#) E. 2 und 3.2), was nicht bestritten wird. 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). Die Schichtzulage hat im Allgemeinen überwiegend den Charakter einer Inkonvenienzenschädigung, weil Schichtarbeit effektiv mit typischen unmittelbaren Erschwernissen verbunden ist, die mit der Einstellung der Schichtarbeit wegfallen ([BGE 115 V 326](#) E. 5b). Der Ausschluss arbeitsbedingter Inkonvenienzenschädigungen vom versicherten Verdienst gilt aber nach dem klaren Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 AVIG nur für vertragliche und nicht auch für gesetzlich geschuldete Zulagen. Als Inkonvenienzenschädigungen sind im Allgemeinen zu betrachten: Die Nacht-, Schicht-, Sonntags-, Schmutz-, Baustellen- und Stollenzulagen. Gehören solche Zulagen jedoch zum ordentlichen Lohn, d.h. werden sie auch dann ausbezahlt, wenn der Arbeitnehmer keine Tätigkeit ausübt (z.B. während der Ferien) oder eine Tätigkeit, welche diese Zulage nicht begründen würde (z.B. "Schichtzulage", die auch bei normaler Arbeitszeit ausgerichtet wird), so gilt die Zulage nicht als Inkonvenienzenschädigung (vgl. [BGE 115 V 326](#) E. 2b; Urteil C 220/00 vom 3. Mai 2001 E. 3a).

**4.2.** Was der Beschwerdeführer vorbringt, dringt nicht durch. Er wiederholt im Wesentlichen das bereits im kantonalen Beschwerdeverfahren Vorgebrachte. Entgegen seiner Ansicht stellte die Vorinstanz weder den Sachverhalt unvollständig oder willkürlich fest, noch verletzt ihre Beweiswürdigung Bundesrecht. In Würdigung der gesamten Aktenlage durfte die Vorinstanz die Stellungnahme der C. \_\_\_\_\_ vom 27. Juni 2019, die auf das explizite Ersuchen der Beschwerdegegnerin hin den Unterschied zwischen "Überstunden 50 % und 25 % sowie "Schichtzulagen" erläuterte, als überzeugend und schlüssig ansehen. Danach seien die Überstunden 50 % (bei Sonn- und Feiertagen) und die Überstunden 25 % (bei Nacht) tatsächlich geleistete Überstunden. Die Vorinstanz legte willkürfrei dar, dass der Wert der geleisteten Überstunden (die in der jeweiligen Monats-Leistungsübersicht mit einem Minus gekennzeichnet sind; vgl. Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2019 S. 6) mit der Summe der im Folgemonat entschädigten "Überstunden 50 %" und "Überstunden 25 %" grundsätzlich korreliere. Die frühere Arbeitgeberin (B. \_\_\_\_\_ AG) habe in Übereinstimmung damit die in ihren Lohnabrechnungen als "Extraentschädigung" bezeichneten Positionen als Auszahlungen für über die normale Arbeitszeit hinaus geleisteten Stunden bezeichnet. Diese Feststellungen sind nicht offensichtlich unrichtig.

Fehl geht ferner der Einwand des Beschwerdeführers, er habe im Monat September 2018 nur vier Überstunden geleistet, hierfür aber eine Schichtzulage von Fr. 3669.45 erhalten. Wie die Vorinstanz darlegte, wurde die Überstundenentschädigung jeweils im Folgemonat ausbezahlt, wobei sich die Summe der Überstunden im Monat September 2018 auf 53.25 Stunden belief und im Monat Oktober 2018 entsprechend abgerechnet wurde. Die im Monat September 2018 erhaltenen Fr. 3669.45 beziehen sich ihrerseits auf die im August 2018 erfassten 51 Überstunde. Mit Blick auf das Dargelegte sind die vorinstanzliche Beweiswürdigung und die diesbezüglichen Feststellungen zum versicherten Verdienst weder offensichtlich unrichtig noch stellen sie das Ergebnis einer Rechtsverletzung dar. Auf weitere Abklärungen durfte in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung ([BGE 136 I 229](#) E. 5.3; [124 V 90](#) E. 4b) und damit ohne Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes verzichtet werden. Die Schlussfolgerungen der Vorinstanz bleiben für das Bundesgericht verbindlich (vorstehende E. 1.1). Nachdem der Beschwerdeführer zur Höhe der verhängten Einstelltage nichts vorbringt, hat es beim vorinstanzlichen Urteil sein Bewenden.

## **5.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

#### **3.**

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

Luzern, 6. September 2021

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Die Gerichtsschreiberin: Polla