



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für  
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF  
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO



# Letter

---

# TCRD

---

Ausgabe 2019 / 1

April 2019

## Inhalt

---

Sperrfristen bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses - ALV-rechtliche Folgen bei Aufhebungsvereinbarung	2
Versicherter Verdienst von behinderten Personen bei nicht rentenbegründender Invalidisierung - Grundsatz und Ausnahme	4
Versicherter Verdienst – Mitberücksichtigung von Dienstaltersgeschenken bzw. Treueprämien	7
Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung im Betrieb vor Eintritt des IE Ereignisses	9
Impressum	12

## Zweck des Audit Letters

---

Mit diesem Kommunikationsmittel wollen wir Sie periodisch, d.h. 2 – 3 mal jährlich, über wichtige Erkenntnisse aus unseren verschiedenen Revisionen informieren, materielle Fragestellungen vertiefen und wiederholt auftauchende Problemfelder erörtern.

Der Audit Letter hat keinen Weisungscharakter und es werden darin keine neuen Regelungen aufgestellt. Das ist Aufgabe der AVIG-Praxis. Hingegen können neue rechtliche Bestimmungen oder Weisungen aus der AVIG-Praxis, bei deren Handhabung wir in der Revision Schwierigkeiten feststellen, im Audit Letter thematisiert werden.

Ziel des Audit Letter soll sein, die Vollzugstellen in ihrer täglichen Arbeit zu unterstützen und mitzuhelfen die Qualität der Arbeit hochzuhalten oder zu verbessern.

## Sperrfristen bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses - ALV-rechtliche Folgen bei Aufhebungsvereinbarung

---

Art. 11 und 29 AVIG, Art. 336c und 341 OR, AVIG-Praxis ALE B88 ff. und C198 ff.

### Relativ zwingende Sperrfristenregelung bei Kündigung durch Arbeitgeber

Bei der Sperrfristenregelung nach Art. 336c OR bezüglich Nichtigkeit einer Kündigung bzw. Unterbruch der Kündigungsfrist bei Militärdienst, Krankheit, Unfall, Schwangerschaft etc. handelt es sich um eine sogenannt relativ zwingende Bestimmung. Solche Bestimmungen dürfen nur zu Gunsten der Arbeit nehmenden Person abgeändert werden.

Die arbeitnehmende Person kann gemäss Art. 341 OR während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus zwingenden und relativ zwingenden Vorschriften des OR oder auch aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten. Ein solcher Verzicht bspw. im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung des Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich nichtig.

Mit dieser Norm sollen einseitige Verzichte von Arbeit nehmenden Personen verhindert werden, welche diesen keine Vorteile bieten und zu einer Umgehung des gesetzlich vorgesehenen Kündigungsschutzes führen.

Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung sind Verzichte auf die Kündigungsschutzregeln des OR dann aber zulässig, wenn diese durch zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers «reichlich kompensiert» werden. Es gilt zu prüfen, ob eine Aufhebungsvereinbarung im wohlverstandenen Interesse der Arbeit nehmenden Person liegt. Das ist nicht der Fall, wenn die Vereinbarung der Arbeit nehmenden Person gegenüber den Kündigungsregelungen des OR keine Vorteile bietet.

In welchen Fällen ein Verzicht auf Kündigungsschutz im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung mit zusätzlichen Leistungen zulässig ist, dürfte in der Praxis schwierig zu beurteilen sein. Das Bundesgericht hält bspw. im Entscheid BGE 110 II 168 fest, dass sich zulässige Verzichte auf eindeutige Fälle beschränken müssen.

Erhält bspw. eine Arbeit nehmende Person, welche sich bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses im fünften Dienstjahr befindet, als Gegenleistung für den Verzicht auf den Kündigungsschutz nach Art. 336c OR im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung drei zusätzliche Monatslöhne ausbezahlt, ist die Voraussetzung der «reichlichen Kompensation» sicherlich gegeben. Deckt die Zusatzleistung des Arbeitgebers die Sperrfrist nach Art. 336c OR oder die allenfalls kürzer ausfallende Lohnfortzahlungsfrist ab, kann grundsätzlich von einer ausgeglichenen und damit rechtsgültigen Vereinbarung ausgegangen werden.

### **Auswirkungen auf die Arbeitslosenentschädigung**

Ist von einem rechtsgültigen Verzicht auf den Kündigungsschutz auszugehen, da die Arbeit nehmende Person durch den Arbeitgeber im Rahmen der Aufhebungsvereinbarung mit zusätzlichen Leistungen angemessen entschädigt wurde, gelangt Art. 11 Abs. 3 AVIG zur Anwendung. Es besteht solange kein anrechenbarer Arbeitsausfall, als die Entschädigung den Einkommensverlust während der verlängerten Kündigungsfrist, auf welche verzichtet wurde, deckt.

Bestehen begründete Zweifel, ob der Verzicht auf den Kündigungsschutz ausreichend abgegolten worden ist, ist von einer nichtigen Aufhebungsvereinbarung auszugehen. Leistungen erfolgen in diesem Fall in Anwendung von Art. 29 AVIG.

### **Rechtsprechung**

- BGE 110 II 168
- 4C.27/2002 vom 19.4.2002
- 4A\_563/2011 vom 19.1.2012
- 4A\_362/2015 vom 1.12.2015
- Aufsatz «Die arbeitsrechtliche Sperrfrist» von Martin Farner, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

## Versicherter Verdienst von behinderten Personen bei nicht rentenbegründender Invalidisierung - Grundsatz und Ausnahme

---

Art. 15 Abs. 2 AVIG, Art. 40b AVIV, AVIG-Praxis ALE C26 ff.

### Grundsatz

Nach Art. 40b AVIV richtet sich der versicherte Verdienst nach der verbleibenden Erwerbsfähigkeit. Diese Anpassung des versicherten Verdienstes hat grundsätzlich auch dann zu erfolgen, wenn die erfolgte Invalidisierung nicht rentenbegründend ausgefallen ist. Nur ein Invaliditätsgrad von weniger als 10% führt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung zu keiner Kürzung des versicherten Verdienstes.

### Ausnahme - Bundesgerichtsurteil C 79/06 vom 18.7.2017

Mit Urteil C 79/06 vom 18.7.2017 hielt das Bundesgericht fest, dass der versicherte Verdienst von Personen, bei denen eine Sozialversicherung (bspw. IV) eine nicht rentenbegründende Invalidität festgestellt hat, nicht in allen Fällen ohne weiteres um den verfügten Invaliditätsgrad zu kürzen ist.

Das Bundesgericht argumentierte, dass in gewissen Konstellationen das Abstellen auf den von einer Sozialversicherung ermittelten Invaliditätsgrad problematisch sei und zu ungerechten Ergebnissen führen könne. Es sei zu beachten, dass die versicherte Person im IV-Verfahren grundsätzlich kein schutzwürdiges Interesse daran hat, einen geringeren Invaliditätsgrad oder fehlende Invalidität geltend zu machen. Zudem werde der Invaliditätsgrad auf Grund des Sachverhaltes festgestellt, wie er sich bis zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses entwickelt habe. Daher sei im arbeitslosen-versicherungsrechtlichen Verfahren vorfrageweise zu prüfen, ob sich die Erwerbsfähigkeit der versicherten Person bei einem festgelegten IV-Grad, welcher keine Rente begründet, inzwischen verbessert hat.

Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall hatte der Versicherte fortlaufend beteuert, er habe sich seit der Verfügung der IV-Stelle gesundheitlich erholt, fühle sich voll arbeitsfähig, sei motiviert und überzeugt davon, wieder zu 100 % arbeitsfähig zu sein.

Im Ergebnis wies das Bundesgericht die Angelegenheit an die Verwaltung für weitere Abklärungen zurück.

### **Bedeutung dieses Urteils für den Vollzug**

Es gilt nach wie vor der Grundsatz, dass gemäss Art. 40b AVIV auch bei nicht rentenbegründenden Invalidisierungen eine entsprechende Kürzung des versicherten Verdienstes vorgenommen werden muss. Die Bundesgerichtsrechtsprechung stellt diese Regelung nicht in Frage. Nur ein Invaliditätsgrad von weniger als 10 % führt zu keiner Anpassung des versicherten Verdienstes. Vgl. zum Ganzen AVIG-Praxis ALE C26 ff.

Damit der Aufwand der Kassen in solchen Fällen administrierbar und mit der notwendigen Rechtssicherheit umsetzbar bleibt, empfehlen wir folgendes Vorgehen:

- Der versicherte Verdienst kann zunächst gemäss festgelegtem IV-Grad ohne weitere Abklärungen gekürzt werden.
- Erst im Falle einer Einsprache ist vorfrageweise zu prüfen, ob sich die Erwerbsfähigkeit der versicherten Person seit dem Zeitpunkt der IV-Verfügung überwiegend wahrscheinlich verbessert hat. Für diese Prüfung benötigt die Kasse ein Arzzeugnis, welches sich über den Umfang und den Zeitpunkt der wiedererlangten Arbeitsfähigkeit äussert. Dem Arzzeugnis kommt grundsätzlich Beweiskraft zu, sofern sich das Zeugnis über den Umfang und den Zeitpunkt der (vollen) wiedererlangten Arbeitsfähigkeit äussert.
- Sofern auch das Verhalten der versicherten Person nicht im Widerspruch zum Arzzeugnis steht, d.h. die versicherte Person sich effektiv im entsprechenden Umfang dem Arbeitsmarkt zur Vermittlung zur Verfügung stellt und auch solche Arbeitsbemühungen ausweist, kann die Einsprache gutgeheissen und auf die Kürzung des versicherten Verdienstes verzichtet werden.
- Die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung erachten wir in solchen Fällen grundsätzlich nicht als zielführend. Dies dürfte nur mit unnötigen Mehrkosten verbunden sein. Auch die IV-Stelle wird in solchen Fällen nicht weiterhelfen können, hatte sie doch nur den Gesundheitszustand bis zu ihrem Verfügungszeitpunkt geprüft.
- Die Zuständigkeit für die Umsetzung von Art. 40b AVIV (Grundsatz und Ausnahme) liegt bei den Kassen, d.h. es braucht grundsätzlich keine Überweisung an die kantonale Amtsstelle gemäss Art. 81 Abs. 2 AVIG. Die Kasse ist nicht nur zuständig für die Kürzung des versicherten Verdienstes, sondern muss auch im Falle einer Einsprache gegen einen Kürzungsentscheid prüfen und beurteilen, ob eine Ausnahme vom Grundsatz im Sinne der genannten Rechtsprechung beweisrechtlich bejaht werden kann.

Auf eine Kürzung des versicherten Verdienstes kann ohne zusätzliche Abklärungen verzichtet werden, wenn die versicherte Person nach Verfügungszeitpunkt der IV-Stelle eine genügende beitragspflichtige Erwerbstätigkeit in höherem Umfang ausgeübt hat und sich nun in diesem Umfang der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellt. Die Person hat damit ihre Vermittlungsfähigkeit mit der nach Eintritt der Behinderung ausgeübten Beschäftigung unter Beweis gestellt.

### **Rechtsprechung**

- C 79/06 vom 18.7.2007

## Versicherter Verdienst – Mitberücksichtigung von Dienstaltersgeschenken bzw. Treueprämien

---

Art. 23 AVIG, AVIG-Praxis ALE C2

### Bundesgerichtsurteil 8C\_902/2017 vom 12.6.2018

Das Bundesgericht setzt sich in seinem Entscheid 8C\_902/2017 vom 12.6.2018 eingehend mit der Frage auseinander, ob Dienstaltersgeschenke und Treueprämien im versicherten Verdienst zu berücksichtigen sind. Das Gericht hält fest, dass solche Zulagen immer dem versicherten Verdienst zuzurechnen sind, wenn es sich um vertraglich vereinbarte und tatsächlich ausbezahlte, regelmässige Zulagen handelt.

Dienstaltersgeschenke und Treueprämien gelten auch dann als normalerweise erzielt, wenn sie nur in grossen Zeitabständen entrichtet werden. Immerhin erfolgt die Anrechnung des Betrages anteilmässig auf die ganze Dienstdauer verteilt, die zur Zulage geführt hat. Bei einer Treueprämie für bspw. 5 zurückgelegte Dienstjahre beträgt der für die Berechnung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigende Anteil pro Monat 1/60.

⇒ Beispiel

Eine Arbeitnehmerin erhält per Ende März eine Treueprämie in Höhe eines Monatslohnes von CHF 8'000 für 5 zurückgelegte Dienstjahre (60 Monate). Ende Juni des gleichen Jahres wird sie entlassen. In den letzten 12 Monaten erzielte sie einen gleichbleibenden Monatslohn inkl. Anteil am 13. Mt.Lohn von CHF 8'666.

Der versicherte Verdienst ermittelt sich aus dem für die Versicherte günstigeren Bemessungszeitraum von 12 Monaten. Für die letzten drei Beschäftigungsmonate von April – Juni sind die CHF 8'666 massgebend. Für die vorangehenden neun Beschäftigungsmonate kann pro Monat noch 1/60 der Treueprämie von CHF 133 mitberücksichtigt werden. Der versicherte Verdienst beträgt dementsprechend CHF 8'766 (9 Mte x CHF 8'799 und 3 Mte. x CHF 8'666, geteilt durch 12 Mte)

Gemäss Bundesgerichtsurteil ist der in Art. 23. Abs. 1 AVIG verwendete Begriff «regelmässig» in dem Sinne zu verstehen, dass die Zulage immer geschuldet ist, wenn das entsprechende Ereignis bzw. die geforderte Anzahl Dienstjahre im Betrieb erreicht wird. So ist selbst ein einmaliges Dienstaltersgeschenk/eine einmalige Treueprämie, welche bspw. für 20 zurückgelegte Dienstjahre ausgerichtet

wird, im versicherten Verdienst zu berücksichtigen, wenn diese Zulage «regelmässig» allen Mitarbeitenden zusteht, welche die geforderten Dienstjahre zurückgelegt haben. Bei diesem Beispiel mit einem einmaligen Dienstaltersgeschenk nach 20 Jahren, beläuft sich der pro Monat anzurechnende Betrag auf 1/240 der Leistung.

Als Gegensatz dazu erläutert das Bundesgericht in dieser Entscheidung, dass einmalige Sonderprämien, die nur unter ganz bestimmten Konstellationen zur Auszahlung gelangen, nicht als normalerweise erzielter Lohn zu qualifizieren sind. Als Beispiel führt das Gericht einen «Anwesenheitsbonus» (Durchhalteprämie) in Höhe von drei Monatslöhnen an, dessen Ausrichtung nur einmalig bei der Einstellung des Betriebs ausgerichtet wurde.

### **Nicht beitragspflichtige Naturalleistungen**

Dienstaltersgeschenke oder Treueprämien in Form von nicht beitragspflichtigen Naturalleistungen wie bspw. zusätzliche Ferientage werden nicht im versicherten Verdienst berücksichtigt.

### **Korrektur Audit Letter 2015/2 «Zulagen und versicherter Verdienst»**

Die AVIG-Praxis ALE C2 wurde per 1.1.2019 gemäss der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts angepasst. Mit vorliegendem Beitrag wird auch Audit Letter 2015/2, «Zulagen und versicherter Verdienst» letzter Absatz «Dienstaltersgeschenke/Treueprämien» berichtigt.

### **Rechtsprechung**

- 8C\_902/2017 vom 12.6.2018

## Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung im Betrieb vor Eintritt des IE Ereignisses

---

Art. 51 Abs. 2 AVIG, AVIG-Praxis IE B10

### Ausgangslage

Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter oder Gesellschafterin, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, haben keinen Anspruch auf IE. Das gilt auch für ihre im selben Betrieb mitarbeitende Ehegattin bzw. ihren mitarbeitenden Ehegatten (AVIG-Praxis IE, B10).

### Kein Anspruch bei kurz vor dem IE Ereignis beendetem massgebendem Einfluss

Bei definitiver Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung besteht auch für nachfolgend eintretende Lohnausstände kein Anspruch auf IE, wenn der Betrieb bereits während der Zeit in finanzielle Schwierigkeiten geraten ist, in welcher der betreffenden Person noch massgebender Einfluss zukam. Davon kann ausgegangen werden, wenn zwischen der Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung und dem Eintritt des IE Ereignisses nur ein kurzer Zeitraum liegt oder wenn die betreffende Person bereits während der Zeit ihres massgebenden Einflusses Lohnausstände zu verzeichnen hat.

Wie kurz der Zeitraum zwischen Beendigung des massgebenden Einflusses und dem Eintritt des IE Ereignisses sein muss, um von fehlender Anspruchsvoraussetzung auszugehen, lässt sich leider nicht exakt bestimmen. Immerhin lassen sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts Rückschlüsse ziehen. Dazu die folgenden Beispiele aus Bundesgerichtsentscheiden.

#### ⇒ Beispiel 1

Am 20. April wird über die G. AG der Konkurs eröffnet. Frau H. beantragt für die Monate März und April infolge Lohnausständen Insolvenzentschädigung. Sie ist per 1. März aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden.

Die massgebliche Einflussmöglichkeit von Frau H. endete weniger als zwei Monate vor der Konkursöffnung. Der Konkurs ist damit auf Gründe, welche

die Beschwerdeführerin mit zu vertreten hat, zurückzuführen. Frau H. hat kein Anspruch auf IE.

⇒ Beispiel 2

Herr G. trat am 14. Februar aus dem Verwaltungsrat der Y. AG aus, verblieb jedoch noch bis Ende Juni als Arbeitnehmer im Betrieb. Ab März erhielt er infolge Liquiditätsproblemen der Y. AG keinen Lohn mehr. Am 17. August wird über die Firma der Konkurs eröffnet.

Bereits die Tatsache, dass schon ab dem folgenden Monat nach dem Rücktritt als Verwaltungsrat die Lohnzahlungen ausblieben, lässt den Schluss zu, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt des Rücktritts aus dem Verwaltungsrat finanzielle Probleme hatte. Herr G. erhält keine IE.

⇒ Beispiel 3

Die massgebende Einflussmöglichkeit von Herrn W. in der A. AG endete mit dem Rücktritt aus dem Verwaltungsrat 9 Monate vor Konkurseröffnung über den Betrieb. Bis zum Konkurs stand Herr W. noch im Arbeitsverhältnis mit der A. AG, erhielt jedoch für die letzten drei Monate keinen Lohn mehr. Den Akten lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, dass die A. AG bereits zur Zeit, als Herr W. noch das Verwaltungsratsmandat inne hatte, eine Zahlungsunfähigkeit abzeichnete.

Herr W. steht für die ausstehenden Lohnzahlungen der letzten Monate des Arbeitsverhältnisses IE zu.

⇒ Beispiel 4

Herr M., Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates der N. AG, kündigt das Arbeitsverhältnis per 14. Juni infolge ausstehender Lohnzahlungen fristlos und beendete gleichzeitig auch sein Verwaltungsratsmandat. Am 14. Dezember des gleichen Jahres wird über den Betrieb der Konkurs eröffnet. Herr M. beantragt IE für Lohnausstände von Januar bis Juni.

Da Herr M. schon während seines Verwaltungsratsmandates Lohnausstände zu verzeichnen hatte, muss darauf geschlossen werden, dass sich der Betrieb bereits zu dieser Zeit in erheblichen finanziellen Schwierigkeiten befunden hatte, diese Probleme nach dem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat bestehen blieben und zuletzt zum Konkurs der Gesellschaft führten. Bei diesem Sachverhalt besteht trotz der Dauer von 6 Monaten zwischen Beendigung des massgebenden Einflusses und der Konkurseröffnung kein Anspruch auf IE.

### Rechtsprechung

- BGE 126 V 134
- C 59/03 vom 2.7.2003
- C 25/04 vom 30.8.2004
- C 67/05 vom 25.4.2005 (nicht publiziert)
- 8C\_705/2007 vom 6.5.2007
- 8C\_506/2009 vom 26.8.2009

## Impressum

---

### **Publikation:**

Leistungsbereich Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung

Staatssekretariat für Wirtschaft

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF

### **Redaktion:**

Charles Lauber, Ressort Revisionsdienst TCRD

### **Gestaltung und Layout:**

Daniela Schärer, Ressort Revisionsdienst TCRD

[tc-revisionsdienst@seco.admin.ch](mailto:tc-revisionsdienst@seco.admin.ch)