

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00362

## vom 7. April 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-04-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2007.00362](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00362)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00362 du 7 avril 2009

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00362 del 7 aprile 2009

### Erwägungen

#### E. 2

2.1. Ursprünglich ging die Beschwerdegegnerin davon aus, dass innerhalb der massgebenden zweijährigen Rahmenfrist (24. August 2003 bis 13. August 2005) lediglich vom 28. August 2003 bis 31. Juli 2004 ein Lohnfluss, also nur während 11.233 Monaten statt der erforderlichen 12 Monate eine beitragspflichtige Beschäftigung nachgewiesen sei (Urk. 8/43/1 S. 2 Mitte).

Im Einspracheverfahren berücksichtigte die Beschwerdegegnerin den später als BGE 131 V 444 publizierten Entscheid, der klarstellte, dass es sich beim Lohnfluss nicht um eine eigenständige Anspruchsvoraussetzung handelt, und nahm als überwiegend wahrscheinlich an, dass der Beschwerdeführer auch nach dem 31. Juli 2004 eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt habe (Urk. 8/35 S. 3 oben). Allerdings verneinte sie die Anspruchsberechtigung wegen arbeitgeberähnlicher Stellung des Beschwerdeführers (Urk. 8/35 S. 3 f.).

In der Verfügung vom 26. Juli 2006 führte die Beschwerdegegnerin aus, Lohnzahlungen seien bis am 30. Juli 2004 nachgewiesen, und stellte auf das im Lohnausweis 2004 deklarierte Einkommen ab, was umgerechnet Fr. 4'896.-- ergab (Urk. 8/18).

Im vorliegend angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) führte die Beschwerdegegnerin aus, es sei unbestritten, dass der Beschwerdeführer während der gesamten massgebenden Rahmenfrist eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt habe (S. 3 f. Ziff. 1). Für die Ermittlung des versicherten Verdienstes sei rechtsprechungsgemäss der tatsächlich bezogene Lohn massgebend und nicht der vertraglich vereinbarte; dies diene der Verhinderung von Missbräuchen (S. 4 Ziff. 2). Bis Dezember 2003 seien die Lohnzahlungen im vertraglich vereinbarten Umfang von Fr. 12'000.-- (plus 13. Monatslohn) belegt. Die Kontoauszüge von Januar bis Juli 2004 hingegen belegten deutlich tiefere Zahlungen (S. 4 Ziff. 3). Dass der Beschwerdeführer auch von August 2004 bis Juli 2005 tatsächlich Lohn bezogen habe, sei - angesichts der unterschiedlichen Angaben im Lohnausweis und im Auszug aus dem individuellen Konto (IK-Auszug) - nicht mit überwogender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen (S. 5 Ziff. 5). Angesichts der Stellung des Beschwerdeführers als Vizepräsident des Verwaltungsrats mit Einzelzeichnungsberechtigung könne ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden, weshalb in Übereinstimmung mit BGE 128 V 189 und 131 V 444 auf die tatsächlich erfolgten und nicht auf die vertraglich vereinbarten Lohnzahlungen abzustellen sei (S. 5 f. Ziff. 6). Gehe man davon aus, dass der Beschwerdeführer ab August 2004 keine Lohnzahlungen

erhalten und somit einen Verdienstausschlag im Sinne von Art. 37 Abs. 3 AVIV erlitten habe, so fehle es an den Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung vorausgesetzten 12 vorangegangenen Beitragsmonaten, da sich diese auf lediglich 11.233 beliefen (S. 7 Ziff. 8). Bei Anwendung der Bemessungsvorschriften von Art. 37 Abs. 1 oder 2 AVIV schliesslich betrage der versicherte Verdienst Fr. 0.-- (S. 7 Ziff. 9).

2.2.2.2. Der Beschwerdeführer stellte sich auf den Standpunkt, der vertraglich vereinbarte Lohn sei von 1997 bis 2002 ordnungsgemäss ausbezahlt worden. Ab Sommer 2003 seien wirtschaftliche Probleme aufgetreten und zur Erhaltung der Liquidität der Firma (und der Arbeitsplätze) sei er bereit gewesen, dass nur noch ein Teil des Lohnes bar ausbezahlt werde und den anderen Teil der Firma zu stunden. Ihm gar keinen Lohn anzurechnen, würde bedeuten, ihm zu unterstellen, er habe während über einem Jahr freiwillig gratis gearbeitet (Urk. 1 S. 10 Ziff. 28). In seinem Fall sei analog dem Sachverhalt in BGE 131 V 444 nicht auf einen Lohnverzicht zu schliessen (Urk. 1 S. 11 Ziff. 29 f.). Mit der Stundung habe er auch nicht auf einen Teil seiner Lohnforderung verzichtet. Beweis dafür sei, dass ihm der gestundete Lohnanteil auf dem Kontokorrent gutgeschrieben worden sei. Auch dass er die (gesamte) Lohnforderung im Konkurs eingegeben habe und diese vom Konkursverwalter akzeptiert worden sei, zeige, dass er zu keinem Zeitpunkt auf diesen ihm zustehenden Lohnanteil verzichtet habe (Urk. 1 S. 11 Ziff. 31). Eine Missbrauchsgefahr im Sinne der massgebenden Rechtsprechung habe - aus einzelnen dargelegten Gründen - nicht bestanden (Urk. 1 S. 12 f. Ziff. 32 ff.).

### E. 3

3.1. Im Kontoblatt 4005 (Urk. 8/21 = Urk. 3/7) wurden auf dem Lohnkonto des Beschwerdeführers im Jahr 2004 von Januar bis Juli monatlich Fr. 4'833.40 und von August bis Dezember Fr. 22'167.-- unter dem Titel «Lohn» und weitere Fr. 60'000.-- unter dem Titel «Lohnforderung an Firma» gebucht. Im Jahr 2005 wurden bis Juni monatlich Fr. 4'833.35 und im Juli Fr. 4'833.30 als Lohn und Fr. 35'000.-- als Lohnforderungen an die Firma gebucht.

Im Schreiben vom 31. Oktober 2005 an die Beschwerdegegnerin (Urk. 8/43/3) führte der Beschwerdeführer aus, um die Liquidität der Gesellschaft zu schonen, seien die Monatslöhne nicht ausbezahlt, sondern nur dem Kontokorrent gutgeschrieben worden. Der Lebensunterhalt sei durch die Aufstockung einer Hypothek per Juli 2004 (Fr. 180'000.--) bestritten worden.

3.2. Im Lohnausweis des Beschwerdeführers vom 20. Mai 2005 (Urk. 8/67) wurde für das Jahr 2004 ein Nettolohn II von Fr. 63'662.-- ausgewiesen, dem eine Besoldung von Fr. 58'750.-- und Kinderzulagen von Fr. 8'760.-- zugrunde lagen.

Laut IK-Auszug vom 21. September 2005 wurden zugunsten des Beschwerdeführers im Jahr 2004 Beiträge auf einem Einkommen von Fr. 63'000.-- entrichtet (Urk. 8/69)

3.3. Das Konkursverfahren über die B. AG wurde am 28. November 2005 mangels Aktiven eingestellt (vgl. Urk. 8/70).

### E. 4

4.1. Rechtsprechungsgemäss ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienst in aller Regel von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. Damit soll die missbräuchliche Vereinbarung eines höheren als des effektiv ausbezahlten Lohnes

verhindert werden (vorstehend Erw. 1.2).

Der zu vermeidende Missbrauch besteht darin, dass - bereits mit Blick auf die später erwarteten Leistungen der Arbeitslosenversicherung - ein bestimmter Lohn lediglich zum Schein vertraglich ausgewiesen wird, ohne dass in Wirklichkeit die Absicht oder die Mittel vorhanden wären, diesen auch effektiv zu entrichten, so dass in der Folge in gegenseitigem Einverständnis weniger Lohn bezahlt wird als vertraglich vorgesehen. Ein solcher Missbrauch ist etwa zu vermuten, wenn ausgerechnet der in den letzten sechs Monaten vor der Kündigung vereinbarte Lohn deutlich höher als der frühere und allenfalls auch als ein der ausgeübten Tätigkeit angemessener Lohn ist. Auch andere Konstellationen missbräuchlicher Lohnvereinbarung sind denkbar. Illustrativ ist etwa der dem Entscheid ARV 2001 S. 225 (= SVR 2001 AL 14; C 279/00) zugrundeliegende Sachverhalt: Ein Versicherter wechselte buchstäblich ab zwischen Perioden des Bezugs von Arbeitslosenentschädigungen und solchen, in denen er - angeblich - immer wieder zu einem Lohn in der Grössenordnung des maximalen versicherten Verdiensts als Angestellter einer seiner zahlreichen eigenen Gesellschaften tätig war.

Gemeinsam ist den Missbrauchskonstellationen, dass einerseits eine Differenz zwischen vertraglichem und effektivem Lohn besteht und diese andererseits mit einer beabsichtigten Besserstellung in der Arbeitslosenversicherung zu erklären ist.

4.2 Vorliegend gibt es jedoch keinerlei konkrete Anzeichen dafür, dass ein solcher Zusammenhang bestehen könnte. Der Umstand allein, dass dem Beschwerdeführer eine arbeitgeberähnliche Stellung zukam, rechtfertigt noch nicht die Vermutung, er habe diese (auch) dazu verwendet, den vertraglichen und den effektiven Lohn zu seinem Vorteil sozusagen zu manipulieren.

Es steht vielmehr fest, dass dem Beschwerdeführer ab 1997 jahrelang der vertraglich vereinbarte Lohn auch effektiv bezahlt wurde. Dies änderte sich erst in dem Zeitpunkt, in welchem die Firma in wirtschaftliche Schwierigkeiten geriet, die sich insbesondere in Liquiditätsproblemen äusserten. Es sind offenkundig diese Probleme und der Versuch, sie zu bewältigen, welche zur Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten, bis dahin ausgerichteten und dem späteren, tieferen Lohn geführt haben.

Darin ist weder eine entfernte Möglichkeit noch gar die Absicht zu erkennen, sich in diesem Zusammenhang gegenüber der Arbeitslosenversicherung missbräuchlich zu verhalten.

4.3 Ist ein Missbrauch im Sinne der massgebenden Rechtsprechung somit auszuschliessen, so ist es zulässig und richtig, den versicherten Verdienst ausgehend vom vertraglich vereinbarten Lohn zu bestimmen.

Näher zu prüfen bleibt, was dies in betraglicher Hinsicht bedeutet und in welchem Umfang der Beschwerdeführer auf Lohnansprüche verzichtet oder aber diese gestundet hat.

4.4 Wie der Beschwerdeführer selber ausführte, liess er sich von seiner Firma ab August 2004 effektiv keinen Lohn mehr auszahlen, sondern beschaffte die für den Lebensunterhalt der Familie benötigten Mittel privat, indem er eine Hypothek aufstockte. Auf seinem Lohnkonto wurden bis Juli 2004 monatlich Fr. 4'833.40 und für die Zeit von

August bis Dezember 2004 Fr. 22'167.-- als Lohn gebucht, sowie weitere Fr. 60'000.-- als Lohnforderungen an Firma.

Im Zusammenhang mit den geschilderten und schliesslich in den Konkurs mündenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Firma hat der Beschwerdeführer somit zwei Massnahmen getroffen: Er hat nämlich erstens ab Januar 2004 seinen Lohn auf vorerst Fr. 4'833.40 reduziert und hat zweitens ab August 2004 davon abgesehen, sich diesen Lohn effektiv auszuzahlen, sondern hat ihn beziehungsweise Fr. 4'433.40 (x 5 = Fr. 22'167.--) lediglich buchhalterisch als Lohn verbucht.

4.5 Dass er ab Januar 2004 selber von einem Jahreslohn in der Grössenordnung von nunmehr Fr. 58'600.-- (12 x Fr. 4'833.40 = Fr. 56'600.80) ausging, zeigt der Umstand, dass er gemäss IK-Auszug Sozialversicherungsbeiträge auf einem Einkommen der gleichen Grössenordnung entrichtete und gemäss Lohnausweis 2004 auch ein Einkommen in dieser Höhe versteuerte.

Die als Sanierungsbeitrag zugunsten der Firma ab Januar 2004 vorgenommene Lohnsenkung auf Fr. 4'833.40 ist vor diesem Hintergrund als faktische Vertragsänderung zu qualifizieren. Ab Januar 2004 betrug der vertraglich vorgesehene Lohn - der Problemlage der Firma Rechnung tragend - nur noch Fr. 4'833.40 pro Monat. Auf die Differenz zum früheren vertraglich vereinbarten und bis 2003 auch bezahlten Lohn hat der Beschwerdeführer damit verzichtet. Dass diese als (wie sich zeigen sollte uneinbringlicher) Anspruch gegenüber der Firma noch in der Buchhaltung geführt wurde, ist aufgrund der gesamten Umstände von lediglich noch symbolischer Bedeutung gewesen und ändert nichts am erfolgten Lohnverzicht im entsprechenden Umfang.

4.6 Ab August 2004 begnügte sich der Beschwerdeführer nicht nur mit einem deutlich tieferen Monatslohn als früher, er liess sich diesen auch nicht mehr auszahlen, sondern lediglich noch als Lohn verbuchen.

Darin ist nun allerdings kein weiterer Lohnverzicht zu erblicken, sondern lediglich eine Stundung von Ansprüchen, deren Bestehen damit nicht in Frage gestellt sein sollte oder wurde. Dass der Beschwerdeführer im Interesse der Firma (und angesichts der arbeitgeberähnlichen Stellung mittelbar auch in seinem eigenen Interesse) vorübergehend von der effektiven Zahlung eines Lohnes abgesehen hat, erscheint betriebswirtschaftlich sinnvoll und nachvollziehbar. Dies ist offenkundig in der Annahme und Hoffnung erfolgt, dass sich die Lage der Firma wieder bessern würde, weshalb diese Lohnansprüche als lediglich gestundet und nicht bereits in diesem Zeitpunkt gänzlich aufgegeben zu qualifizieren sind.

4.7 Somit ist der versicherte Verdienst gestützt auf den im massgebenden Zeitraum als vertraglich vereinbart zu erachtenden Lohn zu ermitteln. Die zuverlässigsten Angaben über dessen Höhe sind die entsprechenden Einträge in der Buchhaltung.

Von Januar bis Juni 2005 wurde der Monatslohn in der Buchhaltung mit Fr. 4'833.35 (und im Juli 2005 mit Fr. 4'833.30) geführt. Die Sammelbuchung für die Monate August bis Dezember 2004 von Fr. 22'167.-- hingegen ergibt ein tieferes Monatsbetrags von Fr. 4'433.40. Somit resultiert bei Einbezug der letzten zwölf Monate (Art. 37 Abs. 2 AVIV) ein tieferer Durchschnitt als beim Abstellen auf die letzten sechs Monate vor dem Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug gemäss Art. 37 Abs. 1 AVIV.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä In den somit massgebenden Monaten Februar bis Juli 2005 betrug der Lohn Fr. 4'833.35, so dass der versicherte Verdienst auf Fr. 4'833.-- festzusetzen ist.

4.8 Ä Ä Ä Ä Demnach ist die Beschwerde in dem Sinne gutzuheissen, dass der angefochtene Entscheid dahin abgeändert wird, dass der versicherte Verdienst ab 23. August 2005 Fr. 4'833.-- beträgt.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä

5. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ausgangsgemäss steht dem obsiegenden und anwaltlich vertretenen Beschwerdefahrer eine Prozessentschädigung zu, welche beim praxisgemassen Stundenansatz von Fr. 200.-- (zuzaglich Mehrwertsteuer) auf Fr. 1'600.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä

Das Gericht erkennt:

1. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 21. September 2007 dahin abgeändert wird, dass der versicherte Verdienst ab 23. August 2005 Fr. 4'833.-- beträgt.

2. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Das Verfahren ist kostenlos.

3. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdefahrer eine Prozessentschädigung von Fr. 1600.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Markus Zimmermann
- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begrandung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdefahrers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.