

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2009.00053 vom 16. Dezember 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2009.00053

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2009.00053 du 16 décembre 2009

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2009.00053 del 16 dicembre 2009

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, unter den in lit. a-d genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Erforderlich ist unter anderem, dass ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne der Kriterien in Art. 32 AVIG vorliegt (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG) und dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG).

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben diejenigen Personen, in deren Dispositionsfreiheit es liegt, Kurzarbeit einzuführen und damit den anspruchsbegründenden Sachverhalt für eine Kurzarbeitsentschädigung zu verwirklichen (vgl. BGE 123 V 236 f. Erw. 7a). Neben dem Arbeitgeber selber sind dies gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten. Im Bereich der Arbeitslosenentschädigung (Zweites Kapitel, Art. 8 ff. AVIG) besteht keine analoge Norm zu Art. 31 Abs. 3 AVIG, mit der sich der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für bestimmte Personengruppen ausschliessen liesse. Daraus lässt sich jedoch praxistypischermassen nicht der Schluss ziehen, dass die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG angeführten arbeitgeberähnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben. In der Botschaft (vgl. BBI 1980 III 591 f.) wird lediglich festgehalten, dass solche Personen gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein könnten (BGE 123 V 236 Erw. 7).

Bei Arbeitslosigkeit arbeitgeberähnlicher Personen kann dann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn das Unternehmen geschlossen wird und das Ausscheiden der betreffenden mitarbeitenden Person definitiv ist. Entsprechendes gilt auch für den Fall, dass das Unternehmen weiterbesteht, der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin jedoch mit der Kündigung auch endgültig jene Eigenschaft verliert, wegen der er beziehungsweise sie bei Kurzarbeit nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine andere Situation liegt dann vor, wenn die versicherte Person nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Unternehmen beibehält und dadurch die Entscheidung des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann. Wird die unternehmerische Dispositionsfreiheit, das Unternehmen jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer oder als Arbeitnehmerin einzustellen, erhalten, läuft

dies auf die rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 2 lit. c AVIG hinaus, welche Regelung ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und dabei insbesondere dem Umstand Rechnung trägt, dass der Arbeitsausfall arbeitgeberähnlicher Personen praktisch nicht kontrollierbar ist, da sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V 238 Erw. 7b/bb).

Das rechtsmissbräuchliche Vorgehen liegt somit nach der dargelegten höchststrichterlichen Auffassung in der zweckwidrigen Verwendung des Rechtsinstitutes der Kündigung. Wenn mit der Kündigung nicht die endgültige Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezweckt wird, sondern sie in erster Linie zum Zweck der - vorübergehenden - Geltendmachung von Arbeitslosenentschädigung ausgesprochen wird und von Anfang an eine Wiedereinstellung bei veränderter Geschäftslage vorgesehen ist, so liegt eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vor. Mit dem Mittel der Kündigung soll hier auf einem Umweg das erreicht werden, was diese Bestimmung ausschliessen will, nämlich dass Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung für einen vorübergehenden Arbeitsausfall in ihrem Betrieb Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen können.

Nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung (AVIV) regelt den Bemessungszeitraum. Danach bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) 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).

Als massgebender Lohn gemäss Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) gilt jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Zum massgebenden Lohn gehören begrifflich sämtliche Bezüge der Arbeitnehmerin und des Arbeitnehmers, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gleichgültig, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder gelöst worden ist und ob die Leistungen geschuldet werden oder freiwillig erfolgen. Als beitragspflichtiges Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit gilt somit nicht nur unmittelbares Entgelt für geleistete Arbeit, sondern grundsätzlich jede Entschädigung oder Zuwendung, die sonstwie aus dem Arbeitsverhältnis bezogen wird, soweit sie nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift von der Beitragspflicht ausgenommen ist (BGE 133 V 555 E. 4 S. 558).

E. 2

2.1 Streitig und zu präzisieren ist erstens der Anspruchsbeginn und zweitens die Höhe des versicherten Verdienstes.

2.2 Die Beschwerdegegnerin sprach den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vor dem 30. Juni 2008 ab, weil der Beschwerdeführer ab 31. Mai 2007 bei der Y. AG als Direktor mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen gewesen sei und damit

zweifelloso eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe. Damit habe er einen massgeblichen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen gehabt. Weiter berücksichtigte die Beschwerdegegnerin zur Berechnung des versicherten Verdienstes für die Monate Juni 2007 bis Januar 2008 den vereinbarten Monatslohn und ab Februar 2008 den tatsächlich bezogenen Lohn. Mangels Einleitung von rechtlichen Schritten zur Realisierung der noch offenen Lohnforderungen wurden die Monate mit solchen bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nicht mitgezählt (Urk. 2).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Dagegen stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, der Handelsregistereintrag sei auf Verlangen der mit der Firma zusammenarbeitenden Bank erfolgt, um seine Aufgaben als Verwalter der Kundenkonti überhaupt wahrnehmen zu können. Er sei weder an der Firma beteiligt gewesen, noch habe er Entscheidungseinfluss gehabt. Gemäss Anstellungsvertrag habe sich seine Tätigkeit und Verantwortung auf den Ausbau der Sparte (Kunden-)Vermögensverwaltung und damit auf Handlungen beschränkt, die für den Aufbau und den anschliessenden Weiterbestand dieser Abteilung notwendig gewesen seien. Andere Kompetenzen, insbesondere solche, welche die Firmenleitung betreffen würden, seien ihm ausdrücklich untersagt worden (Urk. 1 S. 4 f.). Hinsichtlich des versicherten Verdienstes macht der Beschwerdeführer geltend, die Gesellschaft sei in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, so dass die Lohnzahlungen ab Januar 2008 nur noch unregelmässig und in kleinen Beträgen erfolgt seien. Allerdings liege kein Lohnverzicht vor. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe er sich eine Schuldanerkennung über den noch ausstehenden Betrag von Fr. 23'162.90 ausstellen lassen und Ratenzahlungen mit Tilgung bis Ende Dezember 2009 vereinbart (Urk. 1 S. 8).

E. 3

3.1 Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Angesichts des Eintrags als Direktor mit Einzelunterschrift der Y. AG im Handelregister stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums der AG angehörte und in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen konnte. Massgebend ist dabei, welche Entscheidungsbefugnisse ihm aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukamen. Von einer entsprechenden Prüfung ausgenommen sind nach der Rechtsprechung einzig die mitarbeitenden Verwaltungsräte, da diese unmittelbar von Gesetzes wegen (Art. 716 bis 716b des Obligationenrechts [OR]) über eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verfügen (nicht veröffentlichtes Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 14. Dezember 1998, C 143/98 Erw. 3/a mit Hinweisen).

3.2 Ä Ä Ä Ä Dem Auszug aus dem Handelregister des Kantons A. vom 28. Juli 2008 lässt sich nur entnehmen, dass der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum einzelzeichnungsberechtigter Direktor der Y. AG war und dem Verwaltungsrat nicht angehörte. Aus seiner Stellung als Direktor (vgl. Art. 718 Abs. 2 OR), dessen Kompetenzbereich unmittelbar durch das Gesetz nur in Bezug auf die Vertretung (Art. 718a OR), nicht aber hinsichtlich der eigentlichen Geschäftsführung (Art. 716b OR) umrissen wird, kann keine massgebliche Beeinflussung der Willensbildung des Betriebes abgeleitet werden. Entscheidend sind die hier gegebenen rechtlichen (statutarischen, vertraglichen) und tatsächlichen Verhältnisse in der Y. AG. Laut Arbeitsvertrag vom 1. Juni 2007 wurde die Sparte Vermögensverwaltung mit und durch den Beschwerdeführer neu aufgebaut. Seine Tätigkeit umfasste demnach alle Handlungen,

welche dem Aufbau und dem anschliessenden Weiterbestand dieser Abteilung dienten. Aus diesem Grund wurde er als einzelzeichnungsberechtigter Direktor im Handelsregister eingetragen. Die Einzelunterschrift galt allerdings nur für seine Abteilung, nicht für andere Tätigkeiten innerhalb der Y. ___ AG. Insbesondere war es dem Beschwerdeführer nicht erlaubt, ohne vorherige Einwilligung des Verwaltungsrates neue Bankverbindungen oder Bankkonti namens der Gesellschaft zu eröffnen oder Filialen und so weiter zu gründen (Urk. 7/47). Daraus lässt sich schliessen, dass dem Beschwerdeführer keine Geschäftsführungskompetenzen zukamen. Vielmehr war seine Entscheidungsbefugnis auf die zur Vermögensverwaltung gehörenden alltäglichen Handlungen eingeschränkt.

Die Y. ___ AG bestätigte denn auch in ihrem Schreiben vom 2. Juli 2008, dass der Handelsregistereintrag lediglich auf Verlangen der Bank erfolgt sei, damit der Beschwerdeführer die Arbeit als Verwalter der Kundenkonti habe ausüben können. Darum sei bereits im Anstellungsvertrag versucht worden, alle weiteren Kompetenzen zu beschneiden. Entscheidungseinfluss auf die Firma habe der Beschwerdeführer nie gehabt (Urk. 7/48). An der Zuverlässigkeit und Richtigkeit dieser Bestätigung zu zweifeln, besteht kein Anlass.

Unter diesen Umständen kann festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer kein Mitglied des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums der Y. ___ AG war. Somit konnte er die Entscheidungen der Arbeitgeberin weder bestimmen noch massgeblich beeinflussen und verfügte auch nicht über die Fähigkeit, die Vermögensverwaltungsabteilung zu reaktivieren und sich wieder einzustellen. Der fragliche Handelsregistereintrag vermag somit seine Anspruchsberechtigung nicht zu hindern.

E. 4

4.1 Nach Gesetz und Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen, rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann. Eine restriktive Haltung dergestalt, dass bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nur in begründeten Ausnahmefällen auf die Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen ist, erscheint auch aus gesetzessystematischen Gründen als geboten (BGE 131 V 444 Erw. 3.2.3, 128 V 189 Erw. 3.a.aa, 123 V 70 Erw. 3).

Die Praxis, in begründeten Ausnahmefällen auf das vertraglich geschuldete Gehalt abzustellen, rechtfertigt sich - unabhängig davon, dass Beiträge nur auf den effektiv bezahlten Löhnen abgerechnet wurden -, weil der Schutzzweck der Arbeitslosenversicherung (vgl. Art. 1a Abs. 1 AVIG) es gebietet, einen Versicherten, dessen Arbeitgeber seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkam bzw. nicht nachkommen konnte, nicht noch zusätzlich mit einer Kürzung der Leistungsanwartschaft zu "bestrafen", also den bereits bei bestehendem Arbeitsverhältnis erlittenen Erwerbsausfall in das versicherte Risiko der Arbeitslosigkeit zu übernehmen und daselbst fortzusetzen (Urteil P. des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 29. Juli 2005, C 161/04, Erw. 3.1.2)

4.2. Vorliegend kann ausgeschlossen werden, dass überhohete Entschädigungen vereinbart worden sind, auf deren Auszahlung von vornherein keine Aussicht bestand, zahlte doch die Arbeitgeberin das Gehalt des Beschwerdeführers bis Dezember 2007 vor Fälligkeit. Danach leistete sie in unregelmässigen Zeitabständen Anzahlungen in unterschiedlicher Höhe. Am 16. Juli 2008 traf sie mit dem Beschwerdeführer eine Vereinbarung, worin sie den Ausstand von Fr. 23'162.90 anerkannte und sich zur Rückzahlung bis Ende Dezember 2009 verpflichtete (Urk. 7/93-94). Die finanziellen Schwierigkeiten und ein geschuldeter Monatslohn von Fr. 6'000.-- wurden von der Arbeitgeberin schliesslich auch in der Arbeitgeberbescheinigung bestätigt (Urk. 7/16). Unter diesen Umständen darf nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer bewusst auf die Auszahlung des ihm zustehenden Lohnes verzichtet hatte. Vielmehr ist ein Ausnahmefall im oben erwähnten Sinne anzunehmen, und für die Ermittlung des versicherten Verdienstes auf das vertraglich geschuldete Gehalt von Fr. 6'000.-- monatlich abzustellen.

5. Aus diesen Gründen ist der Einspracheentscheid vom 12. Februar 2009 in Gutheissung der Beschwerde insoweit abzuändern, als der Versicherte ab 5. Juni 2008 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gestützt auf einen versicherten Verdienst von Fr. 6'000.-- hat.

6. Nach Art. 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (Art. 34 Abs. 3 GSVGer).

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien ist dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'300.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 12. Februar 2009 insoweit abgeändert, als der Versicherte ab dem 5. Juni 2008 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gestützt auf einen versicherten Verdienst von Fr. 6'000.-- hat.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'300.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Urs P. Keller

- Unia Arbeitslosenkasse

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. 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).

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

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers 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.