

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00019

vom 31. August 2010

ZH Sozialversicherungsgericht, 2010-08-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2010.00019

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00019 du 31 août 2010

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00019 del 31 agosto 2010

Erwägungen

E. 1

1.1. Im Urteil vom 31. Juli 2008 (AL.2007.00394; Urk. 8/40) kam das hiesige Gericht zum Schluss, dass der Beschwerdeführer trotz Löschung der Z.____ GmbH am 11. August 2006 wegen Einstellung des Konkurses mangels Aktiven als Verwaltungsrat der Z.____ Group AG weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung inne gehabt habe, weshalb ihm grundsätzlich keine Arbeitslosenentschädigung zugestanden habe (Erw. 4.2). Allerdings habe die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 19. Juni 2006 trotz Kenntnis des Handelsregistereintrags die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers ab 15. Mai 2006 anerkannt und ihn in Verletzung der ihr obliegenden Aufklärungspflicht über die Gefährdung des Anspruchs durch seine fortdauernde arbeitgeberähnliche Stellung nicht orientiert (Erw. 5.3). Demzufolge wurde die Sache an die Beschwerdegegnerin zur Abklärung der Frage zurückgewiesen, ob der Beschwerdeführer die Löschung des Eintrags sofort veranlasst hätte, wenn er von der Verwaltung von Anfang an auf das Problem seiner arbeitgeberähnlichen Position in den Firmen Z.____ Group AG und Z.____ GmbH aufmerksam gemacht worden wäre (Erw. 5.4).

1.2. Gestützt auf die in der Folge eingeholten Auskünfte der weiteren zwei ehemaligen Verwaltungsräte der Z.____ Group AG (Urk. 8/19-20, Urk. 8/34-35) sowie des Beschwerdeführers selbst (Urk. 8/23, Urk. 8/33) anerkannte die Kasse mit Verfügung vom 4. Februar 2009 die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers ab 22. Mai 2006 aus vertrauensschutzrechtlichen Gründen.

Im vorliegend angefochtenen Einspracheentscheid vom 30. November 2009 ergänzte die Beschwerdegegnerin, dass erst ab Löschung der Einzelfirma Y.____ im Handelsregister in verlässlicher Weise kundgetan worden sei, dass der Beschwerdeführer definitiv aus der Firma ausgetreten sei. Somit habe er erst ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Urk. 2 S. 5). Weiter habe der Beschwerdeführer ab September 2005 von der Z.____ GmbH keine Lohnzahlungen mehr erhalten und somit aufgrund seiner arbeitgeberähnlicher Position auf den Lohn zugunsten der Erhaltung der Gesellschaft verzichtet. Der nicht ausbezahlte Lohn könne unter diesen Umständen bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nicht berücksichtigt werden, weshalb er aufgrund des durchschnittlichen Verdienstes der letzten zwölf Beitragsmonate zu ermitteln sei und Fr. 4'134.-- betrage (Urk. 2 S. 6).

Der Beschwerdeführer hingegen stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass seine Anspruchsberechtigung ab dem Tag der Anmeldung der Löschung der Einzelfirma Y.____ beim Handelsregister, somit ab dem 15. Mai 2006 anzuerkennen sei (Urk. 1 S. 4). Ausserdem habe er in der Hoffnung, der Betrieb werde später erfolgreich

sein und sein Arbeitsplatz können dadurch erhalten werden, mehrere Monate seine Lohnforderungen gestundet, nachdem er vorher regelmässig Lohn erhalten habe, was nicht missbräuchlich sei. Zur Ermittlung des versicherten Verdienstes sei somit in Anwendung von Art. 13 Abs. 1 AVIG auf den im Arbeitsvertrag vereinbarten Lohn von brutto Fr. 11'000.-- beziehungsweise netto Fr. 10'190.-- abzustellen, was einen versicherten Verdienst von Fr. 8'900.-- ergebe (Urk. 1 S. 6-10).

E. 2

2.1      Streitig und zu prüfen ist vorerst ab wann ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung entstanden ist.

2.2      Es steht fest, dass der Beschwerdeführer am 15. Mai 2006 beim Handelsregisteramt die Löschung der Einzelfirma Y.____ beantragt hatte (Urk. 8/100-101). Damit verlor er nach konstanter Rechtsprechung diejenigen Eigenschaften, die seine arbeitgeberähnliche Stellung ausmachten. Dieser Umstand und nicht die Löschung des Handelsregistereintrages ist für die Annahme eines definitiven Ausscheidens der versicherten Person aus dem Betrieb ausschlaggebend (vgl. u.a. die Urteile des Bundesgerichts beziehungsweise damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 22. Februar 2008, 8C_245/2007, Erw. 3.2 sowie vom 7. August 2001, C 426/00, Erw. 3). Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer die Entscheidungen der Einzelfirma Y.____ bis zur Löschung am 19. Mai 2006 weiterhin bestimmte oder massgeblich beeinflusste, liegen keine vor. Demzufolge stehen ihm bereits ab dem 16. Mai 2006 Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu.

E. 3

3.1      Der Beschwerdeführer hat die Beitragszeit erfüllt, nachdem er während mindestens zwölf Monaten als Angestellter der Z.____ GmbH eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG)). Streitig ist der dem Taggeldanspruch zugrunde zu legende versicherte Verdienst.

3.2      Nach Art. 23 Abs. 1 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 Insolvenzenschädigung (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).

Praxisgemäss ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes der im Bemessungszeitraum tatsächlich erzielte Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat grundsätzlich unbeachtlich zu bleiben (BGE 131 V 444 Erw. 3.2.1 S. 450 f.; 128 V 189 Erw. 3a/aa S. 190, je mit Hinweisen). Der versicherte Verdienst nach Art. 23 AVIG bildet ein Korrektiv bei allfälligen missbräuchlichen Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, indem grundsätzlich die tatsächlichen Lohnbezüge im Bemessungszeitraum massgebend sind (BGE 131 V 444 Erw. 3.2.3 S. 451 mit Hinweis). 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. Ob subjektiv die Absicht einer Gesetzesumgehung bestand oder zumindest eine solche in Kauf genommen wurde, ist nicht von Bedeutung. Entscheidend ist die unter objektivem Gesichtswinkel zu bejahende Missbrauchsgefahr. 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 geboten. Für die Erfüllung der Mindestbeitragszeit von sechs oder zwölf Monaten innerhalb der Rahmenfrist als eine Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 13 Abs. 1 AVIG) genügt die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nicht. Vielmehr bildet eine solche Tätigkeit nur Beitragszeiten, wenn und soweit hierfür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird (BGE 128 V 189 Erw. 3a/aa S. 190 mit Hinweisen).

3.3 Mit Blick auf den Lohnfluss ist unbestritten, dass im Arbeitsvertrag zwar ein Lohn von Fr. 10'100.- vereinbart worden war, jedoch ab September 2005 keine Zahlungen mehr erfolgten. Der Beschwerdeführer führt denn auch aus, er habe in Abweichung zu dem festgelegten Salär auf seine Lohnforderungen zu Gunsten der Sicherung der Firma verzichtet. Wie vorgängig erwähnt, ändert dies nichts an der Anspruchsvoraussetzung bezüglich einer Beschäftigung von mehr als zwölf Monaten, ist jedoch bei der Festsetzung des massgebenden versicherten Verdienstes zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juni 2006 [C 266/05]). Sodann sind für die Ermittlung des versicherten Verdienstes die tatsächlichen Lohnbezüge massgeblich und nicht die arbeitsvertraglich festgelegten Löhne (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, 2. Auflage, RdZiff. 365, BGE 123 V 70, Erw. 3.). Das Vorgehen der Verwaltung, auf den tatsächlichen Lohnfluss der letzten zwölf Monate abzustellen, war demnach rechtens.

4. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Beschwerdeführer ab 16. Mai 2006 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei einem versicherten Verdienst von Fr. 4'134.-- hat.

5. Die Beschwerdegegnerin ist ausgangsgemäss zur Bezahlung einer reduzierten Prozessentschädigung an den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer zu verpflichten (§ 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht [GSVGer] in Verbindung mit Art. 61 lit. g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]).

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien ist die Prozessentschädigung auf Fr. 700.-- festzusetzen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 30. November 2004 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer ab 16. Mai 2006 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei einem versicherten Verdienst von Fr. 4'134.-- hat.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 700.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Peter T. Isler

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- 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.