

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00120

## vom 28. Juni 2010

ZH Sozialversicherungsgericht, 2010-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2010.00120](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2010.00120)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00120 du 28 juin 2010

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00120 del 28 giugno 2010

### Erwägungen

#### E. 1

1.1. X., geboren 1959, meldete sich am 2. September 2009 bei der Arbeitslosenversicherung zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an (Urk. 10/1 Ziff. 2, Ziff. 3).

1.2. Mit Verfügung Nr. 36435 vom 30. November 2009 (Urk. 10/20 = Urk. 10/42) und Einspracheentscheid Nr. 526 vom 24. Februar 2010 (Urk. 10/18 = Urk. 5/2) verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich den Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 3. September bis 28. Oktober 2009 (Urk. 5/2).

Mit Verfügung Nr. 36851 vom 18. Dezember 2009 (Urk. 10/33 = Urk. 10/46) und Einspracheentscheid Nr. 17 vom 24. Februar 2010 (Urk. 10/31 = Urk. 2) ermittelte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen versicherten Verdienst ab dem 29. Oktober 2009 von Fr. 4'532.-- (Urk. 2).

Schliesslich verneinte die Arbeitslosenkasse mit Verfügung Nr. 36421 vom 30. November 2009 (Urk. 10/109) und Einspracheentscheid Nr. 18 vom 25. Februar 2010 (Urk. 10/107 = Urk. 6/2) den Anspruch des Versicherten auf Insolvenzenschuldenerentschädigung (Urk. 6/2).

#### E. 2

2.1. Nicht strittig und aufgrund der Akten ausgewiesen ist, dass es sich vorliegend offensichtlich um ein Firmenkonglomerat handelte (vgl. Urk. 10/21). Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend ausgeführt hatte (Urk. 5/2 S. 3 Ziff. 2), war der Beschwerdeführer vom 9. September 2008 bis 29. Mai 2009 zunächst als Geschäftsführer und danach bis 5. Oktober 2009 als Vizedirektor der Y. GmbH im Handelsregister eingetragen (Urk. 10/91). Bei der A. GmbH war er sodann vom 1. Oktober 2008 bis 28. Oktober 2009 als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (Urk. 10/92). Ebenfalls als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift war der Beschwerdeführer bei der B. GmbH (vormals C. GmbH) bis zum 21. September 2009 eingetragen (Urk. 10/96). Und schliesslich war er vom 1. Oktober 2008 bis 12. Oktober 2009 auch als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift bei der D. GmbH im Handelsregister eingetragen (Urk. 10/98).

Gestützt auf diese Eintragungen im Handelsregister ging die Beschwerdegegnerin davon aus, dass ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erst nach der Löschung sämtlicher Handelsregistereinträge und damit ab 29. Oktober 2009 bestehe (Urk. 5/2 S. 3 f.), da - solange der Beschwerdeführer im Handelsregister eingetragen gewesen sei -

das abstrakte Risiko eines Rechtsmissbrauchs bestanden habe (Urk. 5/2/ S. 4 Mitte). Dabei verwies sie unter anderem auf den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen P. vom 20. April 2005 (C 75/04). Im genannten Urteil hatte das Bundesgericht ausgeführt, dass einem Versicherten von Gesetzes wegen eine arbeitgeberähnliche Stellung zukomme, wenn er als Verwaltungsratspräsident oder Liquidator tätig sei, da in einem solchen Fall kein definitives Ausscheiden aus dem Betrieb vorliege und der Versicherte im begrenzten Rahmen der Liquidationstätigkeit weiterhin die Geschicke des Betriebes bestimmen könne (Urteil C 75/04 Erw. 3). Weiter verwies die Beschwerdegegnerin auf ein Urteil des hiesigen Gerichts vom 30. November 2009 (AL.2008.00245). Darin war die Anspruchsberechtigung eines Versicherten zu beurteilen, der nach dem Liquidationsbeschluss weiterhin als geschäftsführender Gesellschafter und zugleich als Liquidator im Handelsregister eingetragen war.

Wie der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde zu Recht ausgeführt hatte (Urk. 5/1/1), sind diese beiden Sachverhalte indes mit der vorliegend zu beurteilenden Streitsache nicht vergleichbar. Weder war der Beschwerdeführer in der Stellung eines Verwaltungsrates noch war er als Liquidator tätig und entsprechend im Handelsregister eingetragen.

2.2. Aus dem Kündigungsschreiben der Arbeitgeberin vom 11. August 2009 ergibt sich, dass der Beschwerdeführer für die Dauer der Kündigungsfrist von jeglicher Arbeitsleistung freigestellt wurde. Dies deckt sich mit den Angaben des Beschwerdeführers in seinem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 2. September 2009 (Urk. 10/1), worin er ausgeführt hatte, dass sein letzter Arbeitstag am 11. August 2009 gewesen sei (Urk. 10/1 Ziff. 20). Mit Schreiben an das Handelsregisteramt vom 2. September 2009 beantragte der Beschwerdeführer dann die Löschung sämtlicher Eintragungen im Handelsregister (Urk. 10/59, Urk. 10/60, Urk. 10/64). Anlässlich der Referentenaudienz vom 17. Juni 2009 gab der Beschwerdeführer zudem an, nach der Kündigung noch einige Arbeiten, die damals angefallen seien, erledigt und per Ende August 2009 definitiv seine Arbeit bei der Y.\_\_\_\_ GmbH beendet zu haben. Dies wird bestätigt durch seine Angaben gegenüber der Beschwerdegegnerin betreffend den Monat September 2009, worin er ausgeführt hatte, im besagten Monat bei keinem Arbeitgeber gearbeitet zu haben (Urk. 10/45 Ziff. 1). Entsprechend hat er sich auch am 2. September 2009 bei der Arbeitslosenversicherung zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet (Urk. 10/1).

2.3. Aus dem Gesagten ergibt sich folglich, dass der Beschwerdeführer seit 1. September 2009 nicht mehr für seine Arbeitgeberin tätig war, deshalb die Löschung im Handelsregister beantragte und effektiv auch keinerlei Einfluss mehr auf die Tätigkeit der Gesellschaften nehmen konnte. Das Bundesgericht hat bereits in BGE 126 V 134 ausgeführt, dass für die Frage, bis wann tatsächlich auf die Tätigkeit der Gesellschaft Einfluss genommen werden könne, der Zeitpunkt des effektiven Rücktritts, welcher unmittelbar wirksam sei, und nicht derjenige der Löschung im Handelsregister oder das Datum der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt entscheidend sei (BGE 126 V 137 Erw. 2b). Demnach kann aber ab dem Zeitpunkt des effektiven Austritts, der per 1. September 2009 erfolgt war, nicht mehr von einer arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers gesprochen werden. Da der Beschwerdeführer ab diesem Zeitpunkt keinerlei Möglichkeit mehr hatte, auf die Geschäftstätigkeit Einfluss zu nehmen, bestand auch das von der Beschwerdegegnerin

angeführte abstrakte Risiko eines Rechtsmissbrauchs klar nicht mehr.

Nach dem Gesagten ist deshalb die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers ab 1. September 2009 zu bejahen. Die Beschwerdegegnerin hat den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 1. September bis 28. Oktober 2009 demnach zu Unrecht verneint.

### E. 3

3.1 Der Beschwerdeführer betreffend führte die Beschwerdegegnerin aus, gemäss höchststrichterlicher Rechtsprechung sei grundsätzlich auf die tatsächlichen Lohnbezüge abzustellen. Von dieser Regelung könne nur ganz ausnahmsweise abgewichen werden (Urk. 2 S. 2 f. Ziff. 1).

Im Februar 2009 seien bei der Arbeitgeberin des Beschwerdeführers offenbar finanzielle Probleme aufgetreten, weshalb der Lohn für den Monat Februar 2009 erst Ende März 2009 ausbezahlt worden sei. Für die nachfolgenden Monate seien gar keine Lohnzahlungen mehr erfolgt. Der Beschwerdeführer habe im Vertrauen auf die Äusserungen der Arbeitgeberin, wonach die Liquiditätsprobleme kurzfristiger Natur seien, einstweilen auf die Ausrichtung des Lohnes verzichtet. Dies sei klar mit dem Zweck erfolgt, seine Arbeitsstelle und die Arbeitgebergesellschaft (Y. GmbH), bei der er eine arbeitgeberähnliche Stellung inne gehabt habe, zu erhalten. Damit habe der Beschwerdeführer das Risiko des Verlustes seiner Lohn Guthaben in Kauf genommen. Eine Missbrauchsgefahr könne deshalb nicht offensichtlich ausgeschlossen werden. Der nicht ausbezahlte Lohn könne somit beim versicherten Verdienst nicht berücksichtigt werden (Urk. 2 S. 3 Ziff. 2).

3.2 Der Beschwerdeführer brachte dagegen vor, die nicht ausgezahlten Löhne seien bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen. Er habe die Lohnausstände mehrmals mündlich angemahnt und schliesslich auch die ehemalige Arbeitgeberin betrieben sowie die Konkursöffnung verlangt (Urk. 1/1 lit. b).

### E. 4

4.1 Die massgeblichen rechtlichen Grundlagen zum versicherten Verdienst (Art. 23 AVIG) sowie zu dessen Bemessung (Art. 37 Abs. 1 und Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung; AVIV) sind im angefochtenen Einspracheentscheid zutreffend wiedergegeben (Urk. 2 S. 2 Ziff. 1, S. 4 Ziff. 3). Darauf kann verwiesen werden.

4.2 Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer letztmals am 31. März 2009 den Lohn für den Monat Februar 2009 ausbezahlt erhielt. Danach wurden keine Lohnzahlungen mehr geleistet (vgl. Urk. 10/122). Bei ihrer Entscheidung, die nicht ausgezahlten Löhne anlässlich der Ermittlung des versicherten Verdienstes unberücksichtigt zu lassen, stützte sich die Beschwerdegegnerin auf den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen G. vom 9. Februar 2009 (8C\_743/2008). Darin hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, in welchem die Parteien arbeitsvertraglich einen monatlichen Lohn von Fr. 8'500.-- vereinbart hatten. Da es sich bei der Arbeitgeberin jedoch um ein Start-up-Unternehmen handelte, wurde separat vereinbart, dass der Versicherte den vereinbarten Lohn nicht sofort beziehe (Erw. 4). Das Bundesgericht führte aus, der nicht ausbezahlte Lohn könne beim versicherten Verdienst nicht berücksichtigt werden, wenn der Arbeitnehmer zur Unterstützung der neu

gegründeten Arbeitgeberfirma vorläufig auf die Auszahlung des vereinbarten Lohnes verzichte. Diesfalls werde die Lohnauszahlung bewusst vom unternehmerischen Erfolg der Arbeitgeberfirma abhängig gemacht und damit auch das Risiko der Nichteinbringlichkeit in Kauf genommen (Erw. 5.2).

Dieser Sachverhalt unterscheidet sich grundlegend vom vorliegend zu beurteilenden. Der Beschwerdeführer arbeitete seit dem 1. Juni 2008 als Senior Consultant bei der Y.\_\_\_\_ GmbH und erhielt den vereinbarten Lohn bis im Februar 2009 regelmässig ausbezahlt (vgl. Urk. 10/122). Zwar ist der Beschwerdegegnerin darin beizupflichten, dass bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbeträgen auszugehen ist (BGE 123 V 72 Erw. 3; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, SBVR, Soziale Sicherheit, Basel 2007, S. 2287 Rz. 365). Eine Abweichung rechtfertigt sich aber dort, wo ein Missbrauch im Sinne einer Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht ausbezahlt werden, praktisch ausgeschlossen werden kann (Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts, EVG, in Sachen P. vom 29. Juli 2005, C 161/04, Erw. 3.1.1; ARV 1995 Nr. 15 S. 81 Erw. 2c). Das EVG führte aus, die entsprechende Praxis rechtfertige sich, weil der Schutzzweck der Arbeitslosenversicherung es gebiete, einen Versicherten - dessen Arbeitgeber seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei oder der diesen nicht habe nachkommen können - nicht noch zusätzlich mit einer Kürzung der Leistungsanswartschaft zu bestrafen, also den bereits bei bestehendem Arbeitsverhältnis erlittenen Erwerbsausfall in das versicherte Risiko der Arbeitslosigkeit zu übernehmen und daselbst fortzusetzen (Urteil des EVG in Sachen P. vom 29. Juli 2005, C 161/04, Erw. 3.1.2).

4.3 Vorliegend kann klar ausgeschlossen werden, dass zwischen den Parteien überhörtete Entschädigungen, auf deren Auszahlung von vornherein keine Aussicht bestand, vereinbart wurden. Dies zeigt die Tatsache, dass die Lohnzahlungen bis zum Auftreten der finanziellen Schwierigkeiten im Februar 2009 stets erfolgt waren, deutlich. Ein Missbrauch kann vorliegend somit ausgeschlossen werden. Deshalb rechtfertigt sich ein Abweichen vom Grundsatz der Ermittlung des versicherten Verdienstes auf der Grundlage der tatsächlichen Lohnbeträge. Entscheidend zur Bemessung des versicherten Verdienstes ist demnach der vertraglich vereinbarte Lohn innerhalb des Bemessungszeitraumes vom 1. September 2008 bis 31. August 2009 (vgl. vorstehend Erw. 2.3).

Die Sache ist deshalb an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese den versicherten Verdienst im Sinne der Erwägungen neu bemesse, die übrigen Anspruchsvoraussetzungen prüfe und hernach neu über den Anspruch des Beschwerdeführers verfuge.

In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

## E. 5

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, dass grundsätzlich ab 1. September 2009 ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung besteht, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies wird von der Beschwerdegegnerin zu prüfen sein. Des Weiteren sind bei der Bemessung des versicherten Verdienstes die nicht erfolgten, vertraglich aber vereinbarten Zahlungen zu berücksichtigen.

Die Sache ist deshalb an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese im Sinne der Erwägungen den versicherten Verdienst neu bemesse, die übrigen Anspruchsvoraussetzungen prüfe und hernach neu über den Anspruch des Beschwerdeführers verfüge.

In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

Das Gericht beschliesst:

Der Prozess wird hinsichtlich des Anspruchs auf Insolvenzenschädigung als durch Rückzug der Beschwerde gegen den Einspracheentscheid Nr. 18 vom 25. Februar 2010 erledigt abgeschlossen,

und erkennt:

1. Im übrigen werden die Beschwerden in dem Sinne gutgeheissen, dass die angefochtenen Einspracheentscheide Nr. 526 und Nr. 17 vom 24. Februar 2010 aufgehoben werden und festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer ab 1. September 2009 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind.

Die Sache wird sodann an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen, damit diese im Sinne der Erwägungen den versicherten Verdienst neu bemesse, die übrigen Anspruchsvoraussetzungen prüfe und hernach neu über den Anspruch des Beschwerdeführers verfüge.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. \_\_\_\_\_

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich unter Beilage einer Kopie von Urk. 14

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

4. 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.