

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00167 vom 16. August 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-08-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2010.00167

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00167 du 16 août 2011

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00167 del 16 agosto 2011

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Beschwerdeführerin führt zur Festsetzung des versicherten Verdienstes des Beschwerdeführers auf Fr. 4'515.-- aus, es sei festzuhalten, dass der Beschwerdeführer kraft seines Mandats als Mitglied des Verwaltungsrats der Y.____ - mit oder ohne Zeichnungsberechtigung, welche lediglich etwas über die Vertretungsbefugnis nach aussen aussage - von Gesetzes wegen eine arbeitgeberähnliche Stellung inne gehabt habe. Aus den Lohnabrechnungen von Januar bis Dezember 2008 (fehlend: März und August 2008) ergebe sich ein Guthaben des Beschwerdeführers von Fr. 83'149.70 für den Zeitraum von 10 Monaten. Dies sage jedoch nichts über den tatsächlichen Lohnfluss aus, auf welchen die Berechnung der Arbeitslosenentschädigung abgestellt werde. Aus der Übersicht der ausbezahlten Löhne der Y.____ gehe hervor, dass die Löhne für März und August 2008 nicht ausbezahlt worden seien. Auch die Buchungsdetails der Bankverbindung des Beschwerdeführers zeigten keine Lohnzahlungen für März und August 2008. Betreffend die Löhne von Januar bis März 2009 habe der Beschwerdeführer selber in seinem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung festgehalten, es seien seit Januar 2009 keine Lohnzahlungen mehr erfolgt. Es stehe damit fest, dass für die Monate März und August 2008 sowie Januar bis März 2009 keine Lohnzahlungen an den Beschwerdeführer erfolgt seien. Folglich sei es für ihn günstiger, den versicherten Verdienst anhand der zwölf seiner Anmeldung zum Leistungsbezug vorangehenden Monate zu berechnen als nur anhand der sechs davorliegenden Monate, während derer grossteils kein Lohn geflossen sei. Massgebend seien mithin die Beitragsmonate April 2008 bis März 2009. Für diese Zeit ergebe sich insgesamt ein Einkommen von Fr. 54'241.20, woraus ein versicherter Verdienst von Fr. 4'515.-- pro Monat resultiere. Für die Monate März 2009 bis Juli 2009 wären dem Beschwerdeführer daher unter Berücksichtigung der möglichen Arbeitstage und nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge Fr. 11'376.50 netto geschuldet. Ausbezahlt worden seien ihm bereits Fr. 20'926.30 netto, weshalb eine Rückforderung von Fr. 9'549.80 entstanden sei. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers habe die Verrechnung des Rückforderungsanspruchs mit den laufenden Taggeldleistungen ohne Berücksichtigung des betriebsrechtlichen Existenzminimums zu erfolgen (Urk. 2).

1.2 Der Beschwerdeführer lässt hiergegen vorbringen, er habe, obwohl Mitglied des Verwaltungsrates, keinen massgeblichen Einfluss auf die betriebliche Entscheidungsfindung gehabt. Er sei lediglich zuständig für die IT sowie die Organisation des Personals und des Sekretariats gewesen. Die Z.____ hätten im Auftrag der Finma Anfang Februar 2009 der Y.____ die vorläufige weitere Geschäftstätigkeit untersagt, und es sei ein Untersuchungsverfahren eingeleitet worden. Am ____ sei der Konkurs über

die Y.____ eröffnet worden. Spätestens mit Einleitung des Finma-Verfahrens gegen die Y.____ habe er somit keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr inne gehabt. Er habe aufgrund der Insolvenz der Y.____ ab Januar 2009 keinen Lohn mehr ausbezahlt erhalten. Ab Januar 2009 liege somit ein anrechenbarer Verdienstausschlag vor. Die Berechnung des versicherten Verdienstes habe somit gestützt auf Art. 37 Abs. 3 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) entsprechend dem Lohnfluss in der Zeitspanne von Januar bis Dezember 2008 zu erfolgen, wie dies ursprünglich vorgesehen gewesen sei. Der versicherte Verdienst belaufe sich somit auf Fr. 8'135.--. Sollte das Gericht wider Erwarten der Ansicht sein, dass die Rückforderung der Beschwerdegegnerin gerechtfertigt sei, so sei auf jeden Fall festzuhalten, dass eine Verrechnung mit dem laufenden Leistungsanspruch nur unter Wahrung des betriebsrechtlichen Existenzminimums erfolgen dürfe (Urk. 1).

2. Nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (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 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 den Leistungsbezug (Abs. 1). Er bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1 (Abs. 2). Der Bemessungszeitraum beginnt, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstausschlages. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist die Beitragszeit liegen (Abs. 3). Schliesslich legt Abs. 3 bis (in der bis 30. März 2011 gültig gewesenen Fassung) fest, dass bei Lohnschwankungen, die auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind oder in der Art des Arbeitsverhältnisses liegen, der versicherte Verdienst auf den letzten zwölf Monaten, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit ermittelt wird (vgl. BGE 125 V 42 und 125 V 51). Der versicherte Verdienst beschränkt sich auf das aus der normalen Arbeitszeit resultierende Einkommen (BGE 126 V 207 ff., 125 V 475 ff.). Neben der Überzeitschädigung ist auch die Überstundenentschädigung vom versicherten Verdienst ausgenommen (BGE 129 V 105 ff.).

E. 3

3.1 Hinsichtlich der Berechnung des versicherten Verdienstes des Beschwerdeführers ist zwischen den Parteien strittig, ob der Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008 oder der Zeitraum vom 24. März 2008 bis 23. März 2009 massgebend ist. Hierbei sind sich die Parteien uneins, ob in den Monaten Januar bis März 2009 ein anrechenbarer Verdienstausschlag im Sinne von Art. 37 Abs. 3 AVIV vorliegt.

Von Januar bis März 2009 bezog der Beschwerdeführer unbestrittenermassen keinen Lohn mehr. Es gilt jedoch zu beachten, dass in den typischen Leistungsbereichen der Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosenentschädigung, Kurzarbeitsentschädigung, Schlechtwetterentschädigung) ein Verdienstausschlag nur insoweit entschädigt wird, als diesem ein entsprechender Arbeitsausfall zugrunde liegt. Ein Verdienstausschlag, hinter dem kein entsprechender Arbeitsausfall steht, wie z.B.

unentgeltliche Arbeit für den Eigenbedarf oder für einen Dritten, wird nicht entschädigt (Urteil des Bundesgerichts C 93/03 vom 23. März 2004 E. 4.2 mit Hinweis auf Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, N 16 zu Art. 1). Ein massgebender Verdienstausschlag des Beschwerdeführers liegt somit erst mit Beginn des Arbeitsausfalls ab 24. März 2009 vor (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C 840/2010 vom 14. Januar 2011). Hierbei gilt es zu beachten, dass bei Versicherten, die Anspruch auf Insolvenzschiessung im Sinne von Art. 51 ff. AVIG haben, die Insolvenzschiessung bei der Berechnung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen ist und so der versicherte Verdienst bei Ausbleiben von Lohnzahlungen nicht geschmälert wird. Der Beschwerdeführer hat als Verwaltungsrat aber keinen Anspruch auf Insolvenzschiessung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C 989/2010 vom 27. April 2009). Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass er keine Zeichnungsberechtigung hatte und ihm durch die FINMA die Vornahme von Rechtshandlungen untersagt wurde. Demnach ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin den versicherten Verdienst anhand des von April 2008 bis März 2009 erzielten Einkommens berechnete. Der so errechnete versicherte Verdienst von Fr. 4'515.-- pro Monat erweist sich als korrekt (Urk. 8/63 und Urk. 8/71).

E. 3.2

3.2.1.1. Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss geltend macht, dass nur rechtskräftige Rückforderungsverfügungen mit laufenden Sozialversicherungsleistungen verrechnet werden dürfen, ist ihm die konstante gegenteilige Rechtsprechung des Bundesgerichts entgegenzuhalten, wonach die Verrechnung zu viel ausgerichteter Sozialversicherungsleistungen - soweit sie unter den allgemeinen Regeln zulässig ist - die Gegenforderung der Versicherten auf laufende Sozialversicherungsleistungen tilgt (Entscheid des Bundesgerichts 9C_941/2009 vom 15. Dezember 2009, E. 5.2). Da sich die ursprüngliche Berechnung des versicherten Verdienstes als zweifellos unrichtig erweist und dessen Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist, war die Beschwerdegegnerin grundsätzlich berechtigt, im Sinne von Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) auf die formlos zugesprochenen Versicherungsleistungen für die Monate März bis Juli 2009 (Urk. 8/3, Urk. 8/5, Urk. 8/7, Urk. 8/9 und Urk. 8/11) zurückzukommen (BGE 129 V 110; siehe auch Kreisschreiben des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO über die Umsetzung von ATSG und ATSV [KS ATSG/ATSV] in der Arbeitslosenversicherung, Dezember 2002, S. 40).

3.2.2. Zwischen den Parteien ist weiter strittig, ob die Beschwerdegegnerin berechtigt war, die Rückforderung für zu viel ausbezahlte Taggeldleistungen auch soweit mit den laufenden Taggeldleistungen zu verrechnen, als dadurch ins Existenzminimum des Beschwerdeführers eingegriffen wurde. Die Verrechenbarkeit von sich gegenüberstehenden (auch öffentlichrechtlichen) Forderungen entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der auch im Bundessozialversicherungsrecht gilt. Sinngemäss anwendbar ist Art. 125 Ziff. 2 OR, wonach Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt - wie Unterhaltsansprüche und Lohnguthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind -, wider den Willen des Gläubigers nicht durch Verrechnung getilgt werden können. Im Bereich der Sozialversicherungen ist eine Verrechnung demnach nur zulässig, sofern das

betriebsrechtliche Existenzminimum nicht beeinträchtigt wird (Urteil des Bundesgerichts 9C_372/2010 vom 13. September 2010 E. 3.1 mit Hinweisen). Es ist daher festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin nicht berechtigt war, durch die Verrechnung der zu viel ausbezahlten Taggeldleistungen ins Existenzminimum des Beschwerdeführers einzugreifen.

4. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insoweit teilweise gutzuheissen, als festzustellen ist, dass die Beschwerdegegnerin nicht berechtigt war, durch Verrechnung ins Existenzminimum des Beschwerdeführers einzugreifen. Hinsichtlich der Berechnung des versicherten Verdienstes des Beschwerdeführers ist die Beschwerde hingegen abzuweisen.

5. Nach § 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 nach dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer). Dem Beschwerdeführer ist in Anbetracht seines teilweisen Obsiegens und in Anwendung der genannten Kriterien eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin nicht berechtigt war, durch Verrechnung ihres Rückforderungsanspruchs mit den zu leistenden Taggeldleistungen ins Existenzminimum des Beschwerdeführers einzugreifen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 500.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwältin Christine Kessi
- 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

Vertreter 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.