

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00089 vom 20. Dezember 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-12-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2011.00089](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2011.00089)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00089 du 20 décembre 2011

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00089 del 20 dicembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

1.1. Streitig und zu präzisieren ist, ob der Beschwerdeführer die Beitragszeit erfüllt hat oder aber von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist, was entscheidend ist, ob der versicherte Verdienst anhand des im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebenden Lohnes (Art. 23 Abs. 1 AVIG) oder aber gestützt auf Pauschalansätze (Art. 23 Abs. 2 AVIG) zu ermitteln ist.

1.2. Die Beschwerdegegnerin machte geltend, die Anrechenbarkeit der in den Vereinigten Arabischen Emiraten zurückgelegten Beschäftigungszeiten müsse unabhängig vom zivilrechtlichen oder steuerrechtlichen Wohnsitz einzig aufgrund des Umstandes verneint werden, dass der Arbeitsort des Beschwerdeführers in Dubai ausserhalb des EU/EFTA-Raumes liege und der Beschwerdeführer dort auch nicht als Entsandter für einen Schweizer Arbeitgeber tätig gewesen sei. Gemäss KS ALE Januar 2007 Ziffer B168 würden ausländische Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten ausserhalb des EU/EFTA-Raumes nicht als Beitragszeit angerechnet. Daran vermöge nichts zu ändern, dass der Beschwerdeführer sich als Arbeitnehmer ohne beitragspflichtigen Arbeitgeber bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, der Beitragspflicht unterstellt und ebenfalls Arbeitslosenversicherungs(ALV)-Beiträge abgerechnet habe. Denn vorliegend erweise sich das AHV-Beitragsstatut - zumindest aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht - als offensichtlich unrichtig (Urk. 2 S. 4 Ziff. 3). Gestützt auf Art. 14 Abs. 3 AVIG sei der Beschwerdeführer jedoch von der Erfüllung der Beitragszeit befreit (Urk. 2 S. 5 Ziff. 4). Daher gelte für den versicherten Verdienst die Pauschalansätze gemäss Art. 41 Abs. 1 und 2 AVIV. Dies ergebe einen versicherten Verdienst von Fr. 2'213.40 (Urk. 2 S. 5 f. Ziff. 5 f.).

1.3. Dem hielt der Beschwerdeführer im Wesentlichen entgegen, er sei bei der Sozialversicherungsanstalt Zürich (SVA) seit Mai 2001 ohne Unterbrechung bis zu seinem Antrag auf Arbeitslosentaggeld als Arbeitnehmer ohne beitragspflichtigen Arbeitgeber in der Schweiz gemeldet. Durch seine Steuerpflicht in der Schweiz sei der Beitrag zur Arbeitslosenversicherung als Pflichtbeitrag angefallen und demzufolge gestützt auf die jährliche Beitragsbemessungsgrundlage von 2001 bis 2010 über ein Individuelles Konto (IK) durch die SVA verrechnet worden. Daher habe er eine in der Schweiz massgebende beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt. Bekannt sei auch seine im Ausland ausgeübte Berufstätigkeit. Über eine Befreiung von der Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung seitens der SVA habe er keine Kenntnis gehabt, und ein entsprechender Antrag sei von ihm auch nie gestellt worden. Demzufolge habe er sich nie um eine private Weiterversicherung bemüht. Gestützt auf den

Grundsatz von Treu und Glauben habe er auf einen uneingeschränkten Versicherungsschutz vertrauen dürfen. Zur Berechnung des versicherten Verdienstes sei mithin von seinem vom 1. Januar bis 22. Oktober 2010 erzielten Lohn auszugehen (Urk. 1).

## E. 2

2.1 Gemäss Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) hat die versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie unter anderem die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (lit. e).

2.2 Gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Diese Bestimmung bezieht sich auf die Beitragspflicht und setzt daher als Grundsatz die Ausübung einer beitragspflichtigen Tätigkeit in der Schweiz voraus (BGE 136 V 244 E. 2.1 S. 245 f.).

## E. 3

3.1 Es ist unbestritten und aufgrund der Aktenlage erstellt, dass der Beschwerdeführer innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist für die Beitragszeit keine beitragspflichtige Beschäftigung in der Schweiz oder einem EU/EFTA-Mitgliedstaat ausübte, sondern ausschliesslich in den Vereinigten Arabischen Emiraten gearbeitet hat (Urk. 1 S. 1, Urk. 2 S. 4 Ziff. 2, Urk. 6/1, Urk. 6/43).

3.2 Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt, ist vorliegend von einer falschen Versicherungsunterstellung in der schweizerischen Sozialversicherung auszugehen, war der Beschwerdeführer doch innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist ausschliesslich in den Vereinigten Arabischen Emiraten tätig. Dabei handelt es sich um eine ausländische Beschäftigungszeit ausserhalb des EU/EFTA-Raumes, welche grundsätzlich nicht als Beitragszeit angerechnet wird (KS ALE Januar 2007 Ziff. B168). Nicht geprüft hat die Beschwerdegegnerin hingegen, ob der Beschwerdeführer aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht so gestellt werden müsste, wie wenn die ausländische Beschäftigungszeit ausserhalb des EU/EFTA-Raumes vor Eintritt der Arbeitslosigkeit als Beitragszeit angerechnet würde.

## E. 4

4.1 Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV), welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtsuchenden gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist dies der Fall, 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 131 II 627 E. 6.1, 129 I 161 E. 4.1, 126 II 377 E. 3a, 122 II 113 E. 3b/cc, 121 V 65 E. 2a; RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223).

4.2. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass der Grundsatz von Treu und Glauben umso mehr gilt, wenn die Behörde nicht nur eine Auskunft erteilt, sondern eine unrichtige Verfügung erlassen hat (BGE 113 V 66 E. 2 mit Hinweisen). Sodann gilt das Vertrauensprinzip nicht nur dann, wenn die BÄrgerin oder der BÄrger Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, sondern auch, wenn sie oder er im Vertrauen auf die Richtigkeit einer behördlichen Auskunft oder Anordnung es unterlassen hat, Dispositionen zu treffen, die nicht mit dem früher möglichen Erfolg nachgeholt werden können (BGE 121 V 65 E. 2b mit Hinweisen). Erforderlich ist, dass die Auskunft für die darauf folgende Unterlassung ursächlich war. Ein solcher Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn angenommen werden kann, die versicherte Person hätte sich ohne die fehlerhafte Auskunft anders verhalten. An den Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen Auskunft und Disposition bzw. Unterlassung werden nicht allzu strenge Anforderungen gestellt. Denn bereits aus dem Umstand, dass eine versicherte Person Erkundigungen einholt, erwächst eine natürliche Vermutung dafür, dass er im Falle eines negativen Entscheides ein anderes Vorgehen gewählt hätte. Der erforderliche Kausalitätsbeweis darf deshalb schon als geleistet gelten, wenn es aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung als glaubhaft erscheint, dass sich die versicherte Person ohne die fragliche Auskunft anders verhalten hätte (BGE 121 V 65 E. 2b mit Hinweisen).

## E. 5

5.1. Es ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer von Mai 2001 bis 31. Oktober 2010 als Arbeitnehmer ohne beitragspflichtigen Arbeitgeber (ANOBAG) gemeldet war und während dieser Zeit AHV- und ALV-Arbeitnehmerbeiträge ablieferte (Urk. 6/35). Dies zeigen der Auszug aus dem Individuellen Konto, ausgestellt von der Ausgleichskasse Z. \_\_\_ (Urk. 6/20) sowie die Beitragsverfügungen Akonto der Ausgleichskasse A. \_\_\_ für die Jahre 2008 bis 2010 (Urk. 6/21-23). Sowohl die Ausgleichskasse Z. \_\_\_ als auch die Ausgleichskasse A. \_\_\_ gingen während der gesamten Beitragszeit davon aus, dass der Beschwerdeführer als ANOBAG der schweizerischen Sozialversicherung unterstellt war. Wären sie anderer Ansicht gewesen, hätten sie keine Beiträge nach schweizerischem Recht entgegennehmen dürfen.

5.2. Das Zurückkommen der Verwaltung auf die möglicherweise zu Unrecht erfolgte Unterstellung unter die schweizerische Versicherungspflicht als ANOBAG im Zeitpunkt der Geltendmachung eines Anspruchs auf schweizerische Arbeitslosentaggelder durch den Entscheid vom 30. März 2011 (Urk. 2) verletzt - wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbrachte - das Vertrauensprinzip (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 8C\_332/2011 vom 11. Oktober 2011, E. 6.3.3).

5.2.1. Vertrauensgrundlage bildet das Verhalten der Ausgleichskassen Z. \_\_\_ und A. \_\_\_. Arbeitnehmende, deren Arbeitgebende nicht beitragspflichtig sind, bezahlen ihre Beiträge selbst und zwar nach der Beitragsskala für Selbständigerwerbende. Im Gegensatz zu den Selbständigerwerbenden unterstehen sie aber der Arbeitslosenversicherung. Zwecks Erfassung und weiteren Abklärung melden sich die betroffenen Arbeitnehmer bei der kantonalen Ausgleichskasse an ihrem Wohnort oder bei der örtlichen AHV-Zweigstelle (<http://www.bsv.admin.ch/themen/ahv/00018/01204/index.html?lang=de>). Die geleisteten AHV- und ALV-Beiträge wurden an die Ausgleichskassen Z. \_\_\_ und A. \_\_\_ bezahlt, mithin an die für Auskunft zuständige Behörden. Gemäss Art. 27 ATSG sind

die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten, wobei Art. 27 Abs. 1 ATSG eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane stipuliert, die nicht erst auf persönlliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat (BGE 131 V 372 E. 4.1 S. 477; Urteil [des Eidgenössischen Versicherungsgerichts] C 138/05 vom 3. Juli 2006 E. 3.1 mit Hinweisen, in: ARV 2006 S. 295). Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Nach der gleichzeitig mit dem ATSG am 1. Januar 2003 in Kraft gesetzten Ausführungsbestimmung des Artikels 19a AVIV klären die in Art. 76 Abs. 1 lit. a-d AVIG genannten Durchführungsstellen die Versicherten über ihre Rechte und Pflichten auf, insbesondere über das Verfahren der Anmeldung und über die Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden und zu verkürzen (Abs. 1). Art. 27 Abs. 2 ATSG beschlät ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen (BGE 131 V 472 E. 4.1 S. 476). Sinn und Zweck der Beratungspflicht ist, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des jeweiligen Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt (BGE 131 V 472 E. 4.3 S. 478; Urteile 8C\_475/2009 vom 22. Februar 2010 E. 2.1, in: SVR 2010 UV Nr. 28 S. 113, und I 714/06 vom 20. April 2007 E. 4.1, in: SVR 2008 IV Nr. 10 S. 30; ULRICH MEYER, Grundlagen, Begriff und Grenzen der Beratungspflicht der Sozialversicherungsträger nach Art. 27 Abs. 2 ATSG, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2006, S. 9 ff., insb. S. 14 u. 25). Das Bundesgericht hat bisher offen gelassen, wo die Grenzen der in Art. 27 Abs. 2 ATSG verankerten Beratungspflicht in generell-abstrakter Weise zu ziehen sind. Es hat jedoch entschieden, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden (BGE 131 V 472 E. 4.3 S. 480). Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht nach Art. 27 Abs. 2 ATSG kommt gemäss konstanter (BGE 124 V 215 E. 2b/aa S. 221; 112 V 115 E. 3b S. 120; Urteil 8C\_383/2010 vom 28. September 2010 E. 5.1.3 mit diversen Hinweisen) und unter der Herrschaft des ATSG weitergeltender Rechtsprechung (BGE 131 V 472 E. 5 S. 481) einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich. Dieser hat in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen, sofern sämtliche Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes (vgl. hiernach) erfüllt sind (Urteil 8C\_383/2010 vom 28. September 2010 E. 5.1.3).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Vorliegend sind den Akten keine näheren Angaben zu entnehmen, ob sich der Beschwerdeführer von den Ausgleichskassen Z.\_\_\_\_ oder A.\_\_\_\_ beraten liess und wie es genau dazu kam, dass er als ANOBAG qualifiziert wurde. Dies kann jedoch offen gelassen werden, zeugt doch die über zehn Jahre andauernde Behandlung als ANOBAG und damit die ununterbrochene Erhebung von AHV- und ALV-Beiträgen von der impliziten Anerkennung des Beitragsstatus durch zwei verschiedene Ausgleichskassen.

5.2.2. Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG, wer innerhalb der Rahmenfrist mindestens 12 Monate eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Laut Art. 12 Abs. 1 lit. a AVIG untersteht der Beitragspflicht der Arbeitnehmer gemäss Art. 10 ATSG, der nach AHVG obligatorisch versichert ist und für Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist. Obligatorisch versichert sind nach Art. 1a Abs. 1 lit. a AHVG natürliche Personen mit Wohnsitz in der Schweiz. Gemäss KS ALE Januar 2007 Ziff. A2 sind auch ANOBAG obligatorisch versichert.

Bei dieser Gesetzeslage kann keine Rede davon sein, dass der Beschwerdeführer die Falschunterstellung ohne Weiteres hätte erkennen können. Er hat Wohnsitz in der Schweiz und bezog als Arbeitnehmer Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit, welches er auch in der Schweiz versteuerte. Dass gemäss KS ALE Januar 2007 Ziff. B168 ausländische Beschäftigungszeiten ausserhalb des EU/EFTA-Raumes nicht als Beitragszeit angerechnet werden, konnte und musste er nicht wissen, bezahlte er doch als ANOBAG - und damit auch an die Arbeitslosenversicherung - Beiträge.

5.2.3. Hätte der Beschwerdeführer gewusst, dass seine Beschäftigungszeit in den Vereinigten Arabischen Emiraten - obwohl als ANOBAG qualifiziert - im Falle von Arbeitslosigkeit nicht angerechnet würde, hätte er sich - wie er zu Recht geltend machte - um eine private Weiterversicherung bemüht oder gegebenenfalls anderweitige Dispositionen getroffen. Damit ist das Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen Auskunft und Unterlassung gegeben.

5.2.4. Eine relevante Änderung der gesetzlichen Ordnung seit Eintritt der Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers ist nicht ersichtlich.

5.3. Zusammenfassend ist der Beschwerdeführer aus Gründen des Vertrauensschutzes als ANOBAG zu behandeln.

## E. 6

6.1. 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 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). Schliesslich legt Abs. 3 bis 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.). Nebst der Überzeiterentschädigung ist auch die Überstundenentschädigung vom versicherten Verdienst ausgenommen (BGE 129 V 105 ff.).

6.2. In der Verfügung vom 7. Dezember 2010 errechnete die Beschwerdegegnerin gestützt auf die Beitragsverfügung Akonto vom 25. Januar 2010 der Ausgleichskasse A.\_\_\_\_ (Urk. 6/23) einen versicherten Verdienst von Fr. 5'408.-- (= Fr. 64'900.-- ./ 12). Der Beschwerdeführer machte demgegenüber geltend, es sei sein vom 1. Januar bis 22. Oktober 2010 erzielt Einkommen als versicherter Verdienst zu berücksichtigen. Wie er zu Recht ausführte, handelt es sich bei der Beitragsverfügung der Ausgleichskasse A.\_\_\_\_ um eine provisorische Erhebung der AHV- und ALV-Beiträge für das Jahr 2010, welche auf dem versicherten Verdienst der Beitragsperiode 2009 basiert und nicht auf dem effektiv durch den Beschwerdeführer erzielten Einkommen im Jahr 2010. Dies ist auch aus dem Schreiben der Ausgleichskasse A.\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2010 ersichtlich, mit welchem dem Beschwerdeführer die Aufhebung des Abrechnungskontos per 31. Oktober 2010 mitgeteilt und auf die Zustellung der Schlussabrechnung hingewiesen wurde (Urk. 6/35). Mangels Kenntnis der Schlussabrechnung kann der versicherte Verdienst aufgrund der Aktenlage nicht abschliessend beurteilt werden. Die Sache ist daher an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese den für den versicherten Verdienst massgebenden Lohn für das Jahr 2010 prüfe und alsdann über den Leistungsanspruch ab 25. Oktober 2010 neu entscheide.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid vom 30. März 2011 und die Verfügung vom 7. Dezember 2010 der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich aufgehoben werden und die Sache an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen wird, damit diese, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, den versicherten Verdienst neu festsetze.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X.\_\_\_\_

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- 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.