

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00262 vom 11. Februar 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-02-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2012.00262](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2012.00262)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00262 du 11 février 2013

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00262 del 11 febbraio 2013

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Die Beschwerdeführerin hielt im angefochtenen Entscheid dafür, der Beschwerdeführer habe mittels eingereichtem Urteil des Arbeitsgerichts Y.\_\_\_\_ zwar glaubhaft gemacht, dass er vom 1. Januar 2009 bis zum 30. April 2010 eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt habe (Urk. 2 S. 2). Aufgrund der Akten stehe jedoch fest, dass der Beschwerdeführer nie Lohn bezogen habe. Zudem sei er für den fraglichen Zeitraum bei der Ausgleichskasse als Nichterwerbstätiger gemeldet gewesen. Schliesslich sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschwerdeführer während eineinhalb Jahren ohne jeglichen Lohn hätte arbeiten sollen. Bei dieser Sachlage könne die Missbrauchsgefahr trotz Vorlage des rechtskräftigen Urteils nicht ausgeschlossen werden, weshalb der Lohn, welcher eben nie ausbezahlt worden sei, beim versicherten Verdienst keine Berücksichtigung finden können. Mithin sei dieser zu Recht bei Fr. 0.-- festgesetzt worden (Urk. 2 S. 4).

1.2 Hiergegen brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, gestützt auf das Urteil des Bezirksgerichts Y.\_\_\_\_ sowie auf die rechtskräftige Weisung des Friedensrichteramts Z.\_\_\_\_ sei auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht von einem Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers vom 1. Januar 2009 bis zum 30. April 2010 auszugehen (Urk. 1 S. 2). Auch wenn tatsächlich nie Lohn geflossen sei, könne angesichts des rechtskräftig ausgewiesenen Zivilanspruchs von einem Salärverzicht und damit von einem Missbrauch keine Rede sein (Urk. 1 S. 3).

### E. 2

2.1 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.

2.2 Nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes der im Bemessungszeitraum (Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung; AVIV) tatsächlich bezogene Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat grundsätzlich unbeachtet zu bleiben. Bei Art. 23 AVIG handelt es sich im Unterschied zu Art. 13 AVIG (in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG) um eine Bemessungsnorm. Sie bekommt nur dann die Bedeutung einer negativen Anspruchsvoraussetzung, wenn der Mindestbetrag für den versicherten Verdienst von monatlich 500 Franken respektive 300 Franken bei Heimarbeitnehmern nach Art. 40 AVIV

Über den Bemessungszeitraum gemittelt nicht erreicht wird. Das Abstellen auf den tatsächlich ausgerichteten Lohn anstatt auf den vereinbarten Lohn wirkt sich allenfalls auf die Höhe des Taggeldes aus (Art. 22 Abs. 1 AVIG), berührt aber den Anspruch an sich nicht (BGE 131 V 450 E. 3.2.1 f. mit Hinweisen).

Der versicherte Verdienst nach Art. 23 AVIG bildet somit ein Korrektiv bei allfälligen missbräuchlichen Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, indem grundsätzlich die tatsächlichen Lohnbezüge im Bemessungszeitraum massgebend sind (BGE 131 V 450 E. 3.2.3 mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts 8C\_840/2010 vom 14. Januar 2011 E. 2.2). 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 (8C\_840/2010 E. 2.2 mit Hinweisen).

### E. 3

3.1 Es ist aktenkundig und unbestritten (E. 1.2), dass dem Beschwerdeführer im Zeitraum vom 1. Januar 2009 und bis zum 30. April 2010 nie Lohn zugeflossen ist. Nachdem die Beschwerdegegnerin dennoch mit Blick auf das Urteil des Bezirksgerichts Y. vom 15. März 2012 (Urk. 7/16) das Vorliegen einer beitragspflichtigen Beschäftigung und damit die Erfüllung der Beitragszeit bejaht hat, bleibt unter den Parteien strittig, ob sich für die Ermittlung des versicherten Verdienstes ein Abweichen von der genannten Regel aufdrängt, wonach rechtsprechungsgemäss grundsätzlich auf den tatsächlichen Lohnbezug und nicht auf die arbeitsvertraglich festgelegten Löhne abzustellen ist (E. 2.2).

3.2 Gemäss Beitragsverfugung der Ausgleichskasse vom 9. Januar 2009 (Urk. 7/50) war der Beschwerdeführer als Nichterwerbstätiger gemeldet, welcher Status sich für das Jahr 2009 auch aus dem am 2. Juli 2012 angefertigten Auszug aus dem individuellen Konto (IK-Auszug, Urk. 7/10) ergibt. Zuvor bezog der Beschwerdeführer in der vom 1. Juni 2007 bis zum 31. Mai 2009 dauernden Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Urk. 7/41) vom Juni 2007 bis zum Dezember 2008 Taggelder der Arbeitslosenkasse (IK-Auszug, Urk. 7/10). Womit der Beschwerdeführer seine und seiner Familie Existenz im Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis zum 30. April 2010 bestritt, bleibt unklar. In den aufliegenden Akten findet sich erstmals am 29. April 2010 ein Schreiben, mit welchem der Beschwerdeführer A., der B. AG und der C. AG für vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2009 geleistete Beratung und Ausföhrung Fr. 200'000.-- in Rechnung (Urk. 7/49) stellte. Gemäss - offenbar mit Schreiben vom 27. Mai 2010 (Urk. 7/46) an A. bzw. die C. AG gerichteter, aber in der Folge nicht unterzeichneter - Arbeitsbestätigung vom 30. April 2010 (Urk. 7/48) war der Beschwerdeführer im Kalenderjahr 2009 für die B. AG und die D. AG und erst hernach, ab dem 1. Januar 2010, für die C. AG tätig. Weshalb sich die C. AG und A. mit Urteil des Bezirksgerichts Y. vom 15. März 2012 (Urk. 7/16) dennoch zur Übernahme von Lohnzahlungen für das Jahr 2009 verpflichteten, ist unklar und scheint einzig in der offensichtlich desolaten finanziellen Situation der ins Recht gefassten Schuldner (Urk. 7/7) begründet zu sein, brachte der Beschwerdeführer doch selber vor, inkassomässig sei mit grösster Wahrscheinlichkeit nichts zu holen (Urk. 7/15). Augenfällig ist sodann, dass anfangs von im Jahr 2009 auf Mandatebene geleisteter Arbeit gesprochen wurde (Urk. 7/20 S. 3, Urk. 7/35) und es an einer klaren Lohnvereinbarung - zumindest was das Jahr 2009 betrifft - gebricht. So machte der

Beschwerdeführer noch am 29. April 2010 eine Forderung unter dem Titel «Lohn für Beratung und Ausführung» von Fr. 200'000.-- sowie Spesen von Fr. 1'600.-- geltend (Urk. 7/49), während er in der Klageschrift vom 4. April 2011 (Urk. 7/20) - seinen Ausführungen zufolge mangels Beweis der Lohnmodalitäten (Urk. 7/20 S. 4) - von einem (Brutto)Gehalt von Fr. 182'000.-- (13 x Fr. 14'000.--) ausging. Mit Urteil vom 15. März 2012 (Urk. 7/16) wurde dann ein Arbeitspensum von 70 % vom 1. Januar bis zum 30. September 2009 und hernach ein solches von 100 % bis zum 30. April 2010 festgestellt. Ferner ist aktenkundig, dass den Beschwerdeführer gemäss eigenem Bekunden eine langjährige Bekanntschaft mit A.\_\_\_\_ verband (Urk. 7/20 S. 6) und er mit dem vertraulichen Auftrag befasst war, das Firmenkonstrukt von A.\_\_\_\_ mittels Aufbau einer Holdingstruktur vor (finanziellen) Übergriffen zu schützen (Urk. 7/43 S. 3, Urk. 7/20 S. 10). Schliesslich mutete es seltsam an, dass der Beschwerdeführer sich bereits am 5. Januar 2010 zur Arbeitsvermittlung meldete (Urk. 7/57) und am 11. Januar 2010 einen ersten Termin mit der RAV-Beraterin wahrnahm (Urk. 7/59), nachdem noch am 28. Dezember 2009 mit der C.\_\_\_\_ AG ein schriftlicher Arbeitsvertrag mit Wirkung ab 1. Januar 2010 (Urk. 7/53) bei einem Monatslohn von Fr. 14'000.-- (x 13) geschlossen worden war und die Kündigung erst am 26. Februar 2010 per 30. April 2010 (Urk. 7/52) erfolgte.

Angesichts dieser Gegebenheiten ist eine Missbrauchsgefahr im Sinne der Rechtsprechung nicht auszuschliessen. Im Gegenteil deutet vieles darauf hin, dass erst mit Blick auf die später erwarteten Leistungen der Arbeitslosenkasse eine Lohnvereinbarung für das Jahr 2010 (Urk. 7/53) getroffen beziehungsweise ein Lohnanspruch des Beschwerdeführers ab Januar 2009 anerkannt worden ist, ohne dass in Wirklichkeit die Absicht oder die Mittel vorhanden gewesen wären, diesen Lohn auch effektiv zu entrichten. So ist der Hinweis des Beschwerdeführers, weil noch kein Lohn geflossen sei, habe er sich bei der Ausgleichskasse als nichterwerbstätig melden müssen, nicht nachvollziehbar, datiert die entsprechende Verfügung doch vom 9. Januar 2009 (Urk. 7/50), während der erste Lohn aus dem Arbeitsverhältnis üblicherweise erst Ende Januar 2009 zu erwarten gewesen wäre (Art. 323 Abs. 1 OR). Sodann unterliess es der Beschwerdeführer, trotz sich verschlechternder Lage, rechtliche Schritte zur Realisierung seiner Lohnansprüche zu unternehmen, obwohl seinen Angaben zufolge diverse Mitarbeiter das Unternehmen bereits im Verlauf des Jahres 2009 verliessen (vgl. Überblick: Arbeit 2009/10, Urk. 7/43 S. 3-4). Erst nach der ablehnenden Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 14. Juni 2010 (Urk. 7/37) - und mithin eineinhalb Jahre nach dem ersten behaupteten Lohnanspruch - sah der Beschwerdeführer Anlass genug zu klären, ob Lohn hätte fliessen müssen (vgl. Urk. 7/29 S. 2). Und endlich schien er eine besondere Vertrauensstellung im Holding-Geflecht einzunehmen (vgl. den Hinweis, alle Dateien und der E-Mail-Verkehr seien ausschliesslich auf seiner Festplatte gespeichert gewesen: Urk. 7/43 S. 4; langjährige Bekanntschaft mit A.\_\_\_\_: Urk. 7/20 S. 6).

Unter all diesen Umständen hat die Beschwerdegegnerin zu Recht daran festgehalten, den versicherten Verdienst gestützt auf die tatsächlichen Lohnbezüge und damit auf Fr. 0.-- festzusetzen. Daran vermag nichts zu ändern, dass mit Urteil vom 15. März 2012 eine Forderung in Höhe von Fr. 144'376.65 gegen die C.\_\_\_\_ AG und A.\_\_\_\_ festgestellt worden war (Urk. 7/16). Welchen Sachverhalt das Arbeitsgericht diesem Entscheid zugrunde legte, ist dem unbegründeten Urteil nicht zu entnehmen. Weil, wie vorstehend ausführlich dargelegt, viele Anhaltspunkte für eine

möglicherweise missbräuchlich erfolgte Lohnabrede bestehen, verbietet es sich aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht so oder anders, auf das genannte Urteil abzustellen.

3.3 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass es des Nachweises eines konkret erfolgten Missbrauchs nicht bedarf, sondern einzig massgebend ist, ob eine Missbrauchsgefahr praktisch ausgeschlossen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_840/2010 vom 14. Januar 2011, E. 3.3). Dies ist vorliegend klar zu verneinen, weshalb von weiteren Sachverhaltsabklärungen und dabei insbesondere vom Beizug der Steuerakten des Beschwerdeführers Umgang genommen werden kann.

4. Diese Erwägungen führen zur vollumfänglichen Abweisung der Beschwerde.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Guy Reich
- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich
- seco - Direktion für Arbeit
- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

4. Gegen diese Entscheidung 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.