

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00146 vom 26. Februar 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-02-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2017.00146

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00146 du 26 février 2019

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00146 del 26 febbraio 2019

Erwägungen

E. 1

X.____ war ab 1. Oktober 2013 als Leiter Qualitätssicherung bei der Y.____ angestellt (Urk. 3/4) .

Nach dem ihm das Arbeitsverhältnis am 18. April 2016 per 30. Juni 2016 gekündigt worden war (Urk. 3/13) , meldete er sich am 3. August 2016 beim zuständigen Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Stellenvermittlung an (Urk. 7/1) und beantragte die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab dem 3. August 2016 (Antrag vom 19. August 2016, Urk. 7/2) . Mit Verfügung vom 14. November 2016 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mangels Bestimmbarkeit der Höhe des versicherten Verdienstes (Urk. 7/13).

E. 1.2

Nach der Rechtsprechung ist die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nur Beitragszeiten bildend, wenn und soweit hierfür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird. Mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung sollen und können Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindert werden. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto. Bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (BGE 131 V 444 E. 1.2 mit Hinweisen).

E. 1.3

Gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen. 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 E. 3.2.1; 128 V 189 E. 3a/aa). 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 E. 3.2.3 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 (BGE 128 V 189 E. 3a/ aa mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts 8C_840/2010 vom 14. Januar 2011 E. 3.3).

Bei einer versicherten Person, die vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte, muss die Arbeitslosenkasse hinsichtlich des Lohnflusses weitergehende Abklärungen treffen (AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariates für Wirtschaft [Seco], ab 1. Juli 2017 gültige, unveränderte Fassung, Rz. B146).

Lassen sich in Fällen, die weitergehende Abklärungen bedingen, Bank- oder Postbelege beibringen, ist damit der Lohnfluss und die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung in der Regel nachgewiesen (AVIG-Praxis ALE, Rz. B147).

E. 1.4

Streitig und zu prüfen ist die Höhe des versicherten Verdienstes des Beschwerdeführers für die per 3. Oktober 2016 zu eröffnende Rahmenfrist für den Leistungsbezug. 2.

E. 2

Gegen diese Verfügung erhob X. ____

unter Einreichung diverser Dokumente

am 15. Dezember 2016 frist- und formgerecht Einsprache mit dem Antrag auf Anerkennung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung (Urk. 7/15).

Mit Entscheid vom 22. Mai 2017 hiess die Arbeitslosenkasse die Einsprache vom 15. Dezember 2016 in dem Sinne gut, dass der versicherte Verdienst ab dem 3. Oktober 2016 auf CHF 2'910.00 festgelegt wurde (Urk. 2; Urk. 3/25).

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin hielt im angefochtenen Einspracheentscheid vom 22. Mai 2017 fest, der Lohn des Beschwerdeführers betrage gemäss Arbeitsvertrag vom 16. Dezember 2013 CHF 4'166.66 brutto. Die Arbeitgeberin habe sich vertraglich bereit erklärt, abhängig vom Geschäftserfolg und den festgelegten Zielen dem Beschwerdeführer in den Jahren 2014 und 2015 leistungsbezogene Lohnhöhen bis maximal CHF 120'000.-- pro Jahr zu gewähren. Die Arbeitgeberin habe am 14. Oktober 2016 einen zuletzt ausgerichteten Lohn von CHF 5'000.-- brutto festgehalten.

Mit Schreiben vom 7. April 2017 habe die Z. ____ der Arbeitslosenkasse mitgeteilt, dem Beschwerdeführer seien von der Arbeitgeberin im Zeitraum August 2015 bis September 2016 CHF 1'000.-- ausbezahlt worden (Urk. 7/25). Ebenfalls am 7. April 2017 habe die Arbeitgeberin die Arbeitslosenkasse darüber informiert, dass der Beschwerdeführer in der Zeit von August 2015 bis September 2016 aus wirtschaftlichen Gründen und mit seinem Einverständnis keine monatlichen Lohnzahlungen erhalten habe. Lediglich eine Anzahlung an die gestundeten Gehälter in der Höhe von CHF 1'000.-- habe geleistet werden können. Am 2. Dezember 2016 hätten der Beschwerdeführer und die Arbeitgeberin eine Vereinbarung unterzeichnet (Urk. 3/17), welche abschliessend alle gegenseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis beinhalte. Darin habe der Beschwerdeführer für die

Zeit vom 1. Oktober 2013 bis 30. September 2016 Forderungen aus Arbeitsvertrag in der Höhe von CHF 165'000.-- geltend gemacht, die

jedoch von der Arbeitgeberin

bestritten worden seien. Aufgrund ihrer Liquiditätsprobleme und zur Beilegung der Streitigkeit seien die Parteien übereingekommen, dass der Beschwerdeführer vergleichshalber seine Forderungen auf CHF 82'500.-- brutto reduziere.

Gestützt auf die vorliegende Aktenlage und die als verbindlich anzusehende Vereinbarung vom 2. Dezember 2016 (Urk. 3/17) sei von Seiten des Beschwerdeführers von einem Lohnverzicht in der Höhe von 62.70 % auszugehen (vgl. dazu auch das Schreiben der Ausgleichskasse vom 21. April 2017 [Urk. 7/27]), davon ausgenommen die Monate Juni 2016 und Juli 2016, für welche die Arbeitgeberin ein Gehalt von je CHF 5'000.-- brutto anerkenne. Daraus ergebe sich, dass die Berücksichtigung der letzten sechs Monate (vom 1. April 2016 bis 30. September 2016) für den Beschwerdeführer günstiger sei als eine Berücksichtigung der letzten 12 Monate und der versicherte Verdienst somit bei CHF 2'910.-- festzulegen sei. %1.2 Demgegenüber wurde beschwerdeweise vorgebracht, in Anbetracht der vorliegenden Beweismittel sei der versicherte monatliche Verdienst auf CHF 5'000.-- festzulegen (Urk. 1). Die Arbeitslosenkasse habe nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer einer beitragspflichtigen Beschäftigung nachgegangen sei, als «Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e i.V. mit Art.

E. 3

Mit Beschwerde vom 22. Juni 2017 beantragte X.____, es sei der versicherte Verdienst auf Fr. 5'000.-- festzulegen. Überdies sei abzuklären, «in wie fern der Abzug des Ersatzeinkommens nicht ein schockierendes Resultat erzeugt» (Urk. 1). Die Beschwerdegegnerin ersuchte mit Beschwerdeantwort vom 17. Juli 2017 (Urk. 6) um Abweisung der Beschwerde, was dem Beschwerdeführer am

E. 3.1

Die Erfüllung der Rahmenfrist für die Beitragszeit gemäss Art. 9 Abs. 3 AVIG wird von keiner Seite bestritten.

E. 3.2

Bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes genügt es in der Regel von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen (BGE 128 V 189 E. 3a/aa). Aufgrund der vom Beschwerdeführer als Gesellschafter (Aktienverkauf per 2. Dezember 2016; Urk. 7/15 Beil. 6a-b) und Geschäftsführer bei der Y.____ ausgeübten arbeitgeberähnlichen Stellung (Urk. 7/4) rechtfertigt sich eine genauere Betrachtung des Lohnflusses und der Lohnhöhe. Denn Art. 31 Abs. 3 AVIG bezweckt einen absoluten Ausschluss vom Anspruch auf Arbeitslosengelder von Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung gerade wegen des erhöhten Missbrauchsrisikos dieses Personenkreises.

Der Beschwerdeführer

war vom 1. Oktober 2013 bis zum 30. September 2016 bei der Y.____ einer beitragspflichtigen Beschäftigung nachgegangen .

Gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich war er

bis zum 4. Oktober 2016 als Geschäftsführer eingetragen (Urk. 7/4) – obwohl dies mit Hinweis auf seinen Antrag auf Wiedererwägung vom 15. Dezember 2016 in Abrede gestellt wird (Urk. 7/15 S. 1 und Beilage 3).

Über den gesamten Zeitraum des Anstellungsverhältnisses sind keine regel mässigen Lohnzahlungen der Y.____ auf ein Bank- oder Postkonto akten kundig. Die eingereichten Unterlagen lassen keine klaren Rückschlüsse zu auf einen effektiv ausbezahlten Lohn für die Zeitdauer vom 1. Oktober 2013 bis 31. Dezember 2015, so dass die Lohnhöhe nicht bestimmbar ist. Aufgrund der Akten bestätigt sind die Bankzahlungen für den Zeitraum August 2015 bis September 2016 mit Valuta vom 31. August 2016 (Urk. 7/25 ; Anfrage Arbeitslosenkasse vom 20. März 2017, Urk. 7/23 und 26) über CHF 1'000.-- und die Lohnzahlungen gemäss Vereinbarung vom 2. Dezember 2016 über CHF 30'201.50 (Urk. 7/15 Beilagen 10 und 12).

E. 3.3

Der Beschwerdeführer war ab 1. Oktober 2013 als Leiter Qualitätssicherung tätig, bis die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis am 18. April 2016 per 30. Juni 2016 beendet hat (Urk. 3/13) , wobei aufgrund einer vorübergehenden krankheits bedingten Arbeitsunfähigkeit das Arbeitsverhältnis effektiv am 30. September 2016 endete (Urk. 1 S. 5) . Bei Einbezug des vereinbarten anstelle des tatsächlich aus bezahlten Verdienstes in die Berechnung des versicherten Verdienstes würde die Arbeitslosenversicherung zur Absicherung des unternehmerischen Risikos verwendet (8C_743/2018 vom 9. Februar 2009, E.

3 und E. 5.2 mit zahlreichen Hinweisen). Somit könnte ein höherer Lohn versichert werden, als tatsächlich erzielt wurde, was nicht dem Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung entspräche. Daran ändert die Tatsache

nichts , dass der Beschwerdeführer zur Überbrückung der vorübergehenden Illiquidität des Unternehmens auf eine Auszahlung der Löhne verzichtete. Es bedarf keines Nachweises eines konkret erfolgten Missbrauchs, um nicht ausbezahlte Löhne bei der Berechnung des versicherten Verdienstes unberücksichtigt zu lassen. Entscheidend ist, ob eine Missbrauchsgefahr praktisch ausgeschlossen werden kann (8C_743/2008, E. 5.2).

Als Gesellschafter (Urk. 7/4) trug der Beschwerdeführer von Anfang an ein unternehmerisches Risiko, das nicht auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt werden kann. Spätestens durch seine finanzielle Einlage (Aktienkauf) beim Unternehmensaufbau musste ihm bewusst sein, dass die finanzielle und wirtschaftliche Stabilität der Gesellschaft in keinem Fall gegeben war. Dies zeigte sich dann auch rasch in den Schwierigkeiten der Firma, die vereinbarte Lohnsumme vollständig auszurichten. Die Lohnauszahlung wurde klar vom unternehmerischen Erfolg der Arbeitgeberfirma abhängig gemacht (vgl. Versprechen auf leistungsbezogene Lohnerhöhung) . Das Risiko der Nichteinbringlichkeit wurde so mit in Kauf genommen.

Zum vornherein nicht einbringlicher Lohn kann jedoch nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes sein , ansonsten dies der Absicherung des unternehmerischen Risikos diene , was rechtsprechungsgemäss zweckwidrig wäre .

E. 3.4

Aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. September 2016 erstreckt sich der Zeitraum für die Bemessung des versicherten Verdienstes nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (Art. 11 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, AVIV), somit vom 1. April 2016 bis 30. September 2016 oder nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1, somit vom 1. Oktober 2015 bis 30. September 2016 (Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV).

Laut Arbeitgeberbescheinigung vom 14. Oktober 2016 (Urk. 7/10) wurde dem Beschwerdeführer am Ende für das Jahr 2016 ein Monatslohn von CHF 5'000.-- brutto ausbezahlt. Mit Schreiben vom 7. April 2017 (Urk. 7/26) an die Arbeitslosenkasse teilte die Arbeitgeberin mit, dass aus wirtschaftlichen Gründen in der Zeit von August 2015 bis September 2016 keine monatlichen Lohnzahlungen geleistet werden konnten. Im Einverständnis mit dem Beschwerdeführer erfolgte für diese Zeit lediglich eine Anzahlung an die gestundeten Gehälter in der Höhe von CHF 1'000.--. In der Vereinbarung vom 2. Dezember 2016 (Urk. 3/23 Beilage 1a-1c) wurden die gegenseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis abschliessend aufgeführt. Der Beschwerdeführer machte darin Lohnforderungen in der Höhe von CHF 165'000.-- (insgesamt 33 Bruttolöhne) geltend, welche von der Arbeitgeberin jedoch bestritten wurden (Oktober und Dezember 2013, die Jahre 2014 und 2015 plus Januar bis Mai sowie August und September 2016). Um die Streitigkeit beizulegen und in Berücksichtigung der finanziellen Probleme der Arbeitgeberin kamen die Parteien überein, dass der Beschwerdeführer mit Vergleich seine Lohnforderung auf CHF 82'500.-- brutto reduzierte. Er verzichtete auf seine Lohnforderungen für die Monate Oktober bis Dezember 2013, Januar bis Dezember 2014 sowie Januar bis Mitte März 2015, wobei die Sozialversicherungsbeiträge davon nicht betroffen seien und in der Gesamtsumme von CHF 21'000.--

für die ganze Zeitspanne abgezogen würden. Als Vergleichssumme resultierte der zugestandene Betrag von CHF 61'500.--, der im Verhältnis zur ursprünglich eingeforderten Lohnsumme von CHF 165'000.-- einen Lohnverzicht über das ganze Arbeitsverhältnis in der Höhe von 62,7 % ergab, wobei die Arbeitgeberin für die Monate Juni 2016 und Juli 2016 das volle Gehalt von CHF

5'000.-- brutto anerkannte.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Betrachtung der letzten sechs Monate für die Bemessung des versicherten Verdienstes (vom 1. April 2016 bis 30. September 2016) für den Beschwerdeführer günstiger ist. Unter Berücksichtigung des erreichten Verzichts auf 62,7 %

seines Einkommens resultiert für die Monate März, April, Mai und August 2016 je ein Verdienst von CHF 1'865.- (37,3 % von CHF

5'000.--) und für die Monate Juni und Juli 2016 je ein solcher von CHF

5'000.--. Der von der Arbeitslosenkasse festgelegte versicherte Verdienst von CHF 2'910.-- ist daher nicht zu beanstanden. 4.

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen.

Soweit der Beschwerdeführer einen Abzug des Ersatzeinkommens thematisiert, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, da die Beschwerdegegnerin darüber noch nicht verfügt hat. Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen beziehungsweise zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich – in Form einer Verfügung beziehungsweise eines Einspracheentscheids – Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung beziehungsweise der Einspracheentscheid den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Umgekehrt fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und insoweit keine Verfügung beziehungsweise kein Einspracheentscheid ergangen ist (BGE 131 V 164 E. 2.1; 125 V 413 E. 1a).

Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X. ___ - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, unter Beilage von Urk. 22 und Urk. 23 - seco – Direktion für Arbeit - 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Der Gerichtsschreiber HurstBüchel

E. 7

August 2017 angezeigt wurde (Urk.

E. 9

Abs. 3 AVIG).

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht darin, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor

dem Tag, an welchem die versicherte Person sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG).

E. 13

Abs. 1 AVIG» gemäss BGE 131 V 44 4. Sie habe aber keine Erklärung dafür abgegeben, wieso sie die am 6. Dezember 2016 erfolgte Zahlung (Urk. 3/20) von CHF 30'201.50 nicht als tatsächliche Lohnzahlung anerkannt habe, sondern von einem Lohnverzicht von Seiten des Beschwerdeführers ausgegangen sei «ausgenommen die Monate Juni 2016 und Juli 2016, für welche die Arbeitgeberin ein Gehalt von je CHF 5'000.-- brutto anerkannte». Die beiden angehobenen Betreibungen gegen die

Y.____, derentwegen es zur Aufkündigung seiner Stelle gekommen sei, zeigten, dass sich der Beschwerdeführer für seine Lohnforderungen eingesetzt habe. Diese Betreibungen seien ursächlich dafür, dass sich die (ehemalige) Arbeitgeberin in der Vereinbarung vom 2. Dezember 2016 dazu verpflichtet habe, innerhalb von 10 Tagen nach der unten Unterzeichnung die ausstehenden Löhne für die Monate Januar bis Mai, sowie August und September 2016 im Betrage von CHF 30'201.50 zu überweisen, was einem ermittelten monatlichen Bruttolohn von CHF 5'000.-- entspreche. Von einem Lohnverzicht für das Jahr 2016, wie es die Arbeitslosenkasse in ihrem Schreiben vom 21. April 2017 festhielt (Urk. 3/23),

könne daher nicht die Rede sein. Dass die Berechnung des versicherten Verdienstes für die Zeitspanne vom 1. April

2016 bis 30. September 2016 für den Beschwerdeführer günstiger ausfiele, dürfe unter Berücksichtigung der erfolgten Zahlungen angenommen werden. 3.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.