

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00129

vom 11. September 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-09-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00129

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00129 du 11 septembre 2019

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00129 del 11 settembre 2019

Erwägungen

E. 1

Der 1962 geborene X.____ war zuletzt vom 25. April 1983 bis 31. August 2017 als Betriebsleiter bei der Y.____ angestellt (Urk. 7/3) . Am 24. August 2017 meldete er sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Z.____ zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 7/1) und beantragte ab dem 1. September 2017 die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung (Urk. 7/2).

Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich richtete dem Versicherten ab dem 1. September 2017 Taggelder gestützt auf einen versicherten Verdienst von Fr. 6'107.-- aus (Urk. 7/30). Mit Verfügung vom 15. Januar 2018 (Urk. 7/34) hielt sie an der Höhe des versicherten Verdienstes fest.

Die vom Versicherten gegen diesen Entscheid erhobene Einsprache vom 13. Februar 2018 (Urk. 7/42) hiess die Arbeitslosenkasse am

E. 1.1

Gemäss Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) hat die versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie: a. ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 10 AVIG); b. einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 11 AVIG); c. in der Schweiz wohnt (Art. 12 AVIG); d. die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht; e. die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 13 und 14 AVIG); f. vermittlungsfähig ist (Art. 15 AVIG) und g. die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 17 AVIG).

E. 1.2

Die Höhe der Arbeitslosenentschädigung richtet sich grundsätzlich nach dem versicherten Verdienst. 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 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) regelt den Bemessungszeitraum. Nach Abs. 1 bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art.

E. 1.5.1

Für Personen, die vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung keine arbeitgeberähnliche Stellung innehatten, gelingt der Nachweis des Lohnbezuges und damit der beitragspflichtigen Beschäftigung in der Regel mittels Arbeitgeberbescheinigung und Lohnabrechnungen.

Hat die Arbeitslosenkasse begründete Zweifel, ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit der versicherten Person korrekt bescheinigt oder ob ein solches überhaupt bestanden hat, muss sie weitergehende Abklärungen treffen. Begründete Zweifel können sich beispielsweise bei Anstellungsverhältnissen unter Verwandten ergeben (AVIG-Praxis ALE, Rz B145). 1. 5. 2

Bei einer versicherten Person, die vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte, für ihre Ehegatten oder Partner in eingetragener Partnerschaft, muss die Arbeitslosenkasse hinsichtlich des Lohnflusses weitergehende Abklärungen treffen (AVIG-Praxis ALE, Rz B146).

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

E. 1.6

Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 133 V 587 E. 6.1; 133 V 257 E. 3.2 mit Hinweisen; vgl. BGE 133 II 305 E. 8.1). 2.

E. 2

Dagegen erhob der Versicherte am

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Einspracheentscheid (Urk. 2) damit, dass der Beschwerdeführer von 25. April 1989 bis 31. August 2017 als Betriebsleiter bei der Y.____ angestellt und bei dieser bis am 21. November 2016 als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen gewesen sei, wobei kein schriftlicher Arbeitsvertrag bestanden habe. Es sei davon auszugehen, dass es sich dabei um einen Familienbetrieb gehandelt habe. Aufgrund des abstrakten Risikos eines Rechtsmissbrauchs sei der Lohnfluss näher zu prüfen. Die Arbeitgeberbescheinigung, Lohnausweise und der Auszug aus dem individuellen Konto (IK) würden von Januar 2016 bis August 2017 übereinstimmend einen Monatslohn von Fr. 12'350.-- festhalten. Der Bemessungszeitraum für die Berechnung des versicherten Verdienstes erstreckte sich von

1. März bis 31. August 2017 beziehungsweise von

1. September 2016 bis 31. August 2017 (S. 3-4). Den Lohnblättern sei zu entnehmen, dass dem Beschwerdeführer in den Jahren 2016 und 2017 Gratifikationen zugesprochen, diese jedoch nur teilweise beziehungsweise gar nicht an ihn ausbezahlt worden seien. Stattdessen

seien sie auf ein Kontokorrentkonto der Arbeitgeberin geflossen. Auch der Lohn von August 2017 sei dorthin überwiesen worden. Mittels Kontoauszugs habe er von September 2016 bis August 2017 lediglich einen durchschnittlichen Monatslohn von Fr. 8'903.-- nachgewiesen, weshalb der versicherte Verdienst ab dem 1. September 2017 in dieser Höhe festzulegen sei (S. 4-5).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt (Urk. 1),

als leitender Angestellter habe er jeweils eine Gratifikation erhalten, welche im gegenseitigen Einvernehmen seinem Kontokorrentkonto gutgeschrieben worden sei. Aus seinen persönlichen Bankauszügen ergebe sich, dass ihm das Kontokorrentguthaben inzwischen vollständig zurückbezahlt worden sei. So seien ihm bereits am 18. Januar 2017 Fr. 70'000.-- davon überwiesen worden, was bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht berücksichtigt worden sei. Die Arbeitgeberbescheinigung, Lohnausweise und der IK-Auszug würden von Januar 2016 bis August 2017 übereinstimmend einen Monatslohn von Fr. 12'350.-- festhalten. Aus den Unterlagen ergäben sich keine Widersprüche in Bezug auf den versicherten Lohn. Zudem habe die Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber nach ihrer Arbeitgeberkontrolle 2012-2016 festgehalten, dass die persönlichen Lohnblätter 2016 sowie die Lohnkonten 2016 lückenlos kontrolliert worden seien. Es seien keine Abweichungen festgestellt worden und es habe keinen Anlass für Beanstandungen gegeben (S. 2-4). Bei kleinen und mittleren Unternehmungen sei es üblich, dass die Gratifikationen von Kadermitarbeitern auf deren persönliches Kontokorrentkonto beim Arbeitgeber gebucht würden. Der Arbeitgeber erhalte dadurch mehr Liquidität, der Arbeitnehmer bessere Zinsen, als wenn er das Geld auf ein privates Sparkonto bei einer Bank überweisen würde. Zwischen Arbeitgeber und -nehmer sei jedoch unbestritten, dass der Saldo des Kontokorrentkontos eine Schuld des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer darstelle. Die Gratifikation sei denn auch voll dem Lohnaufwand der Arbeitgeberin belastet und es seien darauf Sozialversicherungsbeiträge bezahlt worden. Die Höhe des versicherten Verdienstes von Fr. 12'350.-- pro Monat lasse sich lückenlos belegen und es gebe keinerlei Anhaltspunkte, aufgrund welcher dieser anzuzweifeln wäre. Es sei deshalb nicht gerechtfertigt, das versicherte Einkommen zu kürzen (S. 5-6). 3.

E. 3

0. April 2018 Beschwerde (Urk. 1) und beantragte, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei der versicherte Verdienst ab dem 1. September 2017 auf den im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebenden Lohn in der Höhe von Fr. 148'200.-- pro Jahr beziehungsweise Fr. 12'350.-- pro Monat festzusetzen. Am 14. Mai 2018 beantragte die Arbeitslosenkasse, die Beschwerde sei abzuweisen (Urk.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer war während 34 Jahren in der Gesellschaft seines Vaters tätig, dies zuletzt als Betriebsleiter. Vorab ist festzuhalten, dass keine Hinweise auf fiktive Lohnabsprachen oder ein ähnliches missbräuchliches Verhalten zwischen ihm und der ehemaligen Arbeitgeberin bestehen. Die Beschwerdegegnerin hat denn solches auch nicht geltend gemacht. Aufgrund einer (allfälligen) arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers hat sie hinsichtlich des Lohnflusses dennoch und zu Recht weitere Abklärungen getätigt.

Gestützt auf dieselben ist vorliegend unbestritten, dass die dem Beschwerdeführer monatlich ausbezahlten Bruttomonatslöhne von September 2016 bis Juli 2017 von je Fr. 8'500.-- beim versicherten Verdienst zu berücksichtigen sind, ebenso die ihm am 23. Dezember 2016 überwiesene anteilmässige Gratifikation für das Jahr 2016 von Fr. 13'333.30 (vgl. dazu Urk. 7/16-17).

E. 3.2.1

Umstritten ist hingegen, ob die weiteren geltend gemachten Beträge (Fr. 8'500.-- [Lohn August 2017] , Fr. 2'066.70 [Rest betrag der anteilmässigen Gratifikation September bis Dezember 2016] und Fr. 30'800.-- [Gratifikation Januar bis August 2017] , vgl. Urk. 7/16) beim versicherten Verdienst ebenfalls anzurechnen sind. Die genannten Beträge sind in den Lohnausweisen 2016 und 2017, im IK-Auszug und in der Arbeitgeberbescheinigung aufgeführt (vgl. Urk. 3/5-7 und Urk. 7/3). Sie wurden jedoch jeweils nicht unmittelbar nach Fälligkeit an den Beschwerdeführer direkt ausbezahlt, sondern seinem Kontokorrentkonto bei der Arbeitgeberin gut geschrieben (Urk. 7/16 und Urk. 3/10 ; Einträge vom 31. August 2017, Positionen 300001 und 300002 « X.____ Lohn August» und « X.____

Grati 17» über die Beträge von Fr. 6'871.60 und Fr. 29'035.--).

E. 3.2.2

Bereits am 18. Januar 2017 erfolgte eine Auszahlung über Fr. 70'000.-- von diesem unter anderem durch die nicht vollständig ausbezahlte Gratifikation geäußerten - Kontokorrentkonto auf das Privatkonto des Beschwerdeführers (Urk. 7/17/5 und Urk. 3/10 ; Position 50077). Aus welchem Grund ihm dieser Betrag überwiesen wurde, ist vorliegend nicht von Belang, jedenfalls war er um ein vielfaches höher als die ihm im Dezember 2016 noch nicht ausbezahlte Gratifikation von netto Fr. 5'720.20. Dasselbe gilt für die Auszahlung von Fr. 135'000.-- am 29. November 2017 (Urk. 3/10 ; Position 10008 und Urk. 3/11), welche betragsmässig ebenfalls deutlich höher war als der ausstehende Lohn von August 2017 sowie die Gratifikation von Januar bis August 2017 (total Fr. 39'300.--).

E. 3.2.3

Wie bereits dargelegt, ist der erzielte Verdienst in jenen Beitragsmonaten anzurechnen, in welchen die Arbeitsleistung erbracht worden ist (E. 1.4.2 hievore, vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts C 161/04 vom 29. Juli 2005 E. 3.2.1 mit Hinweisen). Unerheblich ist damit, zu welchem Zeitpunkt der erzielte Verdienst an den Beschwerdeführer ausbezahlt wurde, dies jedenfalls, wenn der Lohnfluss wie vorliegend mittels Bankbelegen nachgewiesen wurde. Die total Fr. 205'000.-- wurden im Übrigen an ihn ausbezahlt, bevor er feststellen konnte, dass die Beschwerdegegnerin lediglich von einem versicherten Verdienst von Fr. 6'107.-- ausging (vgl. Abrechnungen der Monate September bis November 2017 vom 21. Dezember 2017, Urk. 7/30, sowie Schreiben des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin vom 9. Januar 2018, Urk. 7/33).

Auch diesbezüglich bestehen demnach keine Hinweise auf ein allfälliges missbräuchliches Verhalten seitens des Beschwerdeführers oder der ehemaligen Arbeitgeberin und es besteht kein Anlass, die genannten Beträge bei seinem versicherten Verdienst nicht zu berücksichtigen.

E. 3.2.4

Somit setzen sich die für die Ermittlung des versicherten Verdienstes massgebenden Bezüge von September 2016 bis August 2017 zusammen aus dem Bruttolohn von monatlich Fr. 8'500.--, der anteilmässigen Gratifikation von Fr. 15'400.--

für das Jahr 2016 und der Gratifikation von Fr. 30'800.--

für das Jahr 2017 was insgesamt Fr. 148'200.-- und damit pro Monat Fr. 12'350.-- ergibt.

Auf diesen Betrag ist der versicherte Verdienst festzusetzen, was zur Gutheissung der Beschwerde führt. 4.

Dem Beschwerdeführer steht ausgangsgemäss eine Prozessentschädigung zu, welche in Anwendung von Art. 61 lit. g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) in Verbindung mit § 34 des

Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses, dem Zeitaufwand und den Barauslagen auf Fr. 1'200.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen ist. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 23. März 2018 dahingehend abgeändert, als festgestellt wird, dass der versicherte Verdienst ab 1. September 2017 Fr. 12'350.-- beträgt. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Bischof & Partner AG - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - SECO - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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 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
Die Gerichtsschreiberin
Gräub Lanzicher

E. 6

), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 15. Mai 2018 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk.

E. 9

). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 11

AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Nach Abs. 2 bemisst er sich dann nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1.

Der Bemessungszeitraum beginnt nach Abs. 3, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstauffalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen. 1. 3

Nach Gesetz und Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. 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, siehe auch BGE 131 V 444 E. 3.2.3; ARV 2014 Nr. 6 S. 144 E. 3.4.1.2, 2012 Nr. 11 S. 290 E. 3.1). 1.4.1.4.1

Der AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco) ist zu entnehmen, dass bezüglich Bestimmung des versicherten Verdienstes in der Regel der arbeitsvertraglich festgelegte Lohn massgebend ist, soweit dieser auch tatsächlich realisiert worden ist. Dem Nachweis des tatsächlich realisierten Lohnes kommt nicht nur für die Bestimmung der Beitragszeit, sondern auch für die Festsetzung der Höhe des versicherten Verdienstes eine entscheidende Bedeutung zu. Ohne genaue Angaben über den Lohnfluss ist es aber nicht möglich, die Höhe des versicherten Verdienstes zu bestimmen. Der Nachweis hat nach Rz B144 ff. der AVIG-Praxis ALE zu erfolgen (AVIG-Praxis ALE, Rz

C2, vgl. unten E. 1.5). 1.4.2

Zum massgebenden Lohn gehören unter anderem insbesondere der Grundlohn (Monats-, Stunden- oder Akkordlohn), der 13. Monatslohn und die Gratifikation, sofern sie ausgerichtet worden sind oder die versicherte Person ihre glaubhaft gemachte Forderung gerichtlich durchzusetzen versucht, sowie Provisionen und Bonuszahlungen. Der erzielte Verdienst wird in jenen Beitragsmonaten angerechnet, in welchen die Arbeitsleistung erbracht worden ist (Entstehungsprinzip). Unzweifelhaft ist somit, zu welchem Zeitpunkt die Zahlungen ausgerichtet werden (beispielsweise 13. Monatslohn, Provisionen, Bonuszahlungen, Dienstaltersgeschenke, Treueprämien; AVIG-Praxis ALE, Rz

C2).

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