

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00202**

## **vom 1. Januar 2019**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2018.00202](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00202)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00202 du 1 janvier 2019

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00202 del 1 gennaio 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich zwar in Art. 8 ff. AVIG keine Regelung, die dieser Norm zur Kurzarbeit entsprechen würde. Nach der Rechtsprechung gilt diese Regelung jedoch grundsätzlich auch für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 123 V 234 E. 7b/ bb).

#### **E. 1.2**

Anspruch auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung besteht für eine Person in arbeitgeberähnlicher Stellung deshalb nur, wenn ihr Ausscheiden aus dem Betrieb endgültig ist und anhand eindeutiger Kriterien feststeht. Behält sie nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann sie dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfügt sie nach wie vor über die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Da sich die Löschung eines Eintrags im Handelsregister aus welchen Gründen auch immer verzögern kann, ist für die Beendigung der Organstellung der tatsächliche, unmittelbar wirksame Rücktritt massgebend (vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C\_102/2018 vom 21. März 2018 E. 6.2 und 6.3, C 255/05 vom 25. Januar 2006 und C 92/02 vom 14. April 2003; vgl. Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 15 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung).

#### **E. 1.3**

Nachdem die Beschwerdeführerin im September 2016 nicht nur vom Stiftungsrat der Z.\_\_\_\_ als Betriebsleiterin freigestellt, sondern auch als kollektiv zeichnungsberechtigte Stiftungsrätin im Handelsregister gelöscht wurde, bestand im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug bei der Beschwerdeführerin zumindest unter den vorstehenden Gesichtspunkten keine Missbrauchsgefahr mehr. Demnach ist zu Recht unbestritten, dass auch die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, wenn sie die in Art. 8 Abs. 1 AVIG genannten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. 2.

## **E. 2**

9 4'975. – für den Zeitraum Juli 2013 bis September 2016 an ( Urk. 5/7).

Das Konkursverfahren wurde indes am 9. Januar 2017 mangels Aktiven eingestellt (publiziert im SHAB am 19. Januar 2017). Gleicher massen reichte sie beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich ein Schlichtungsgesuch gegen die A.\_\_\_\_ ein. Darin machte sie eine Lohnforderung von Fr. 20'700.– für die Monate Juni bis August 2013 im Sinne einer Teilklage geltend ( Urk. 5/18). Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte in der Folge

mit Urteil Nr. LA170037-O vom 3. April 2018 ( Urk. 5/124) das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich Nr. AG160201-L vom 23. Oktober 2017 ( Urk. 5/125) und wies die Klage mangels Passivlegitimation der A.\_\_\_\_

ab .

### **E. 2.1**

Die Höhe der Arbeitslosenentschädigung richtet sich grundsätzlich nach dem versicherten Verdienst. Nach dem Gesetz 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 ( Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Nach Art. 40 AVIV ist der Verdienst nicht versichert, wenn er während des Bemessungszeitraumes monatlich Fr. 500.– nicht erreicht.

### **E. 2.2**

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 , je mit Hinweisen). 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; vgl. ferner : ARV 2006 Nr. 19 S. 226 E. 1 [C 5/06], 2003 Nr. 9 S. 114 E. 1 und 4.1 [C 9/2], 1999 Nr. 7 S. 27 E. 1 [C 359/97]; Urteile des Bundesgerichts 8C\_20/2

### **E. 2.3**

Im Urteil 8 C\_840/2010 vom 14. Januar 2011 E. 3.3

befasste sich das Bundesgericht sodann mit der Anspruchsberechtigung eines Versicherten, der als Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen war und vorbrachte, zur Überbrückung der vorübergehenden Illiquidität des Unternehmens bewusst auf eine Auszahlung seiner Löhne verzichtet zu haben .

Das Bundesgericht

schlussfolgerte , dass es keinen Nachweis eines Missbrauchs [ im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne ] brauche . Massgebend sei einzig, ob ein Missbrauch praktisch

ausgeschlossen werden könne. So könne namentlich dann auf den vertraglich festgesetzten Lohn abgestellt werden, wenn dieser in einem langdauernden Arbeitsverhältnis nie bestritten gewesen sei. Dies gelte indes nicht im Falle des Versicherten, bei dem schon nach zehn Monaten Unregelmässigkeiten in Form verspäteter Teilzahlungen bestanden hätten. Vor allem aber habe dieser als geschäftsführender Gesellschafter und Verwaltungsratsmitglied einer verbundenen AG die Entscheidungen des Arbeitgebers massgeblich beeinflusst. Als Gesellschafter und betriebsleitendes Organ habe er von Anfang an ein unternehmerisches Risiko getragen, das er nicht auf die Arbeitslosenkasse überwälzen könne. Dieses Risiko habe ihm umso mehr bewusst sein müssen, als sich die Unternehmung erst im Aufbau befunden habe und demnach keinesfalls finanziell und wirtschaftlich stabil gewesen sei. Auch wenn anfänglich die Gehaltsforderungen hätten erfüllt werden können, seien die Lohnzahlungen letztlich bewusst vom unternehmerischen Erfolg der Arbeitgeberfirma abhängig gemacht und so das Risiko der Nichteinbringlichkeit in Kauf genommen worden. Die Arbeitslosenentschädigung, die sich nach der Höhe des versicherten Verdienstes richte, dürfe jedoch nicht zur Absicherung des unternehmerischen Risikos verwendet werden. Dies sei zweckwidrig und rechtsmissbräuchlich. 2. 4

Es ist vorliegend unbestritten, dass in den letzten drei Jahren vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Lohnzahlungen mehr an die Beschwerdeführerin flossen. Wie die sie selbst erklärte, stellte sie wiederholt zugunsten der Mitarbeitenden sowie – um den Betriebsablauf nicht zu gefährden – auch zugunsten von Lieferanten die Lohnauszahlung an sich selbst zurück. Wichtig sei ihr gewesen, dass die Sozialbeiträge, z.B. an die Gastrosocial, sowie die Fixkosten, z.B. der Mietzins, bezahlt worden seien (Urk. 1 S. 2 f. und 5/43). Entgegen ihrer Darstellung bestanden allerdings nicht erst ab Juli 2013 Lohnausstände. Solche sind gestützt auf Urk. 5/30, 5/31, 5/35 und 5/36 vielmehr seit mindestens dem Jahr 2012 als überwiegend wahrscheinlich anzunehmen.

Aufgrund ihrer Stellung als Betriebsleiterin der Y.\_\_\_\_ bzw. A.\_\_\_\_ und Stiftungsrätin der Z.\_\_\_\_ war die Beschwerdeführerin zu dem jederzeit seit Beginn ihrer Anstellung über die anhaltenden finanziellen Schwierigkeiten

dieser juristischen Personen (vgl. hierzu auch den Sachverhalt in den arbeitsrechtlichen Urteilen, Urk. 5/124 und 5/125) informiert, hatte Einfluss auf wesentliche Entscheidungen derselben und unterstützte die finanziell bedingte

Umstrukturierung. Das

unternehmerische Risiko trug sie dabei bewusst mit, was auch durch ihre Aussage bestätigt wird, dass sie dem Projekt eine Chance geben wollte (Urk. 5/43). Gleiches gilt für den Umstand, dass sie schon im Juni 2010 ein Darlehen in der Höhe von Fr. 15'000. — in die Y.\_\_\_\_

einbrachte (Urk.

### **E. 3**

1. Oktober 2016

beantragte sie als dann unter Beilage von Lohnabrechnungen

(Urk. 5/5) Arbeitslosenentschädigung ab dem 26. September 2016 (Urk. 5/12). Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich forderte sie am 11. November 2016 schriftlich auf, bis zum 30. November 2016 diverse Unterlagen einzureichen (Urk. 5/14). Ebenso

verlangte

diese

bei der Y.\_\_\_\_ / Z.\_\_\_\_ eine Arbeitgeberbescheinigung ein ( Urk. 5/16 und 5/23 ) und zog einen Auszug aus dem individuellen Konto (IK) bei ( Urk. 5/15 und 5/38 ).

Hierauf gab

X.\_\_\_\_

neben diversen Lohnabrechnungen eine für die A.\_\_\_\_ selbst ausgefüllte Arbeitgeberbescheinigung

zu den Akten ( Urk. 5/19-21). B.\_\_\_\_ , Mitglied des Verwaltungsrats der A.\_\_\_\_ , machte mit Schreiben vom 27. November 2016

indes geltend, Arbeitgeberin von X.\_\_\_\_ sei die Z.\_\_\_\_ gewesen ( Urk. 5/29) . Seinem Schreiben legte er diverse Unterlagen bei ( Urk. 5/2

### **E. 5**

-28 und 5/30-36), insbesondere im Zusammenhang mit der Bezahlung von Beiträgen an die Vorsorgeeinrichtung GastroSocial ( Urk. 5/25 und 5/28) und der Bestätigung offener Lohnzahlungen/Darlehen von X.\_\_\_\_

( Urk. 5/30-31 und 5/35-36). Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich forderte X.\_\_\_\_

deshalb auf, sich zu den Gründen für den Verzicht auf die Lohnzahlungen zu äussern. Diese erklärte

am 7. Dezember 2016 schriftlich , mit der Rückstellung ihrer Lohnzahlungen habe sie dem Projekt eine Chance geben wollen, sich zu entwickeln . Sie habe dies aus Loyalität zu den Mitarbeitern und Lieferanten getan. Es sei ihr wichtig gewesen , dass jeweils die Beiträge an die verschiedenen Sozialversicherungen sowie die Fixkosten bezahlt worden seien, was auch nur durch das Abwarten von Mahnungen bzw. Fristerstreckungen möglich gewesen sei ( Urk. 5/42-43).

Mit Verfügung vom 25. April 2018 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Anspruch von X.\_\_\_\_

auf Arbeitslosenentschädigung ( Urk. 5/113 ). Die von X.\_\_\_\_ dagegen erhobene Einsprache ( Urk. 5/119 ) wies sie mit Einspracheentscheid

vom 29. Juni 2018 ab ( Urk. 2). 2.

Gegen den Einspracheentscheid erhob X.\_\_\_\_

mit Eingabe vom 4. Juli 2018 Beschwerde . Darin beantragte sie, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei ihr ab dem 8. bzw. 26. September 2016 Arbeitslosenentschädigung zuzusprechen ( Urk. 1 letzte Seite ). Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich schloss in der Beschwerdeantwort vom 19. Juli 2018 auf Abweisung der Beschwerde ( Urk. 4 ). Davon wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 20. Juli 2018 Kenntnis gegeben ( Urk.

### **E. 007**

vom 17. Januar 2008 E. 2.1 und C 155 /06 vom 3. August 2007 E. 3.2 ; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 8C\_840/2010 vom 14. Januar 2011 E. 2.2 ).

Diesbezüglich betonte das Bundesgericht in seinem kürzlich ergangenen Urteil 8C\_119/2018 vom 5. Dezember 2018 E. 2.2, dass eine restriktive Haltung der Gerichte, dass bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nur in begründeten Ausnahmefällen auf die Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen sei, auch aus gesetzessystematischen Gründen als geboten erscheine. Für die Erfüllung der (Mindest-)Beitragszeit von sechs oder zwölf Monaten innerhalb der Rahmenfrist ( Art.

#### **E. 7**

). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 9**

Abs. 3 AVIG) als eine Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ( Art. 8 Abs. 1 lit. e und

Art.

#### **E. 13**

Abs. 1 AVIG) genügt nicht die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung. Vielmehr bildet eine solche Tätigkeit nur Beitragszeiten, wenn und soweit hier für effektiv ein Lohn ausbezahlt werde.

#### **E. 18**

Schlichtungsgesuch S. 3 und Urk. 5/26 Passiven). 2. 5

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der vereinbarte Lohn – falls überhaupt, da auch dies nicht belegt ist – höchstens für eine sehr kurze Zeit nach der Arbeitsaufnahme effektiv ausbezahlt wurde. In der Folge machte die Beschwerdeführerin diesen vom Unternehmenserfolg abhängig, wobei sie angesichts der finanziellen Schieflage des Projekts sowie ihrer schon im Jahr 2012 hohen und weiter anwachsenden Forderung nicht mehr darauf vertrauen konnte, dieses Geld jemals ausbezahlt zu erhalten. So handelt es sich hier denn auch nicht bloss um eine kurzfristige Überbrückung der Illiquidität im Rahmen eines langjährigen Arbeitsverhältnisses, sondern eine

( auch nach Abschluss aller Verfahren gegen die ehemaligen Arbeitgeberinnen )

faktisch

während mehreren Jahren

unentgeltlich ausgeübte Tätigkeit. Dabei bestand von Anfang an keine nennenswerte ( und im Laufe der Zeit immer noch geringere ) Aussicht auf die tatsächliche Entrichtung eines Entgelts. Es besteht somit kein Anlass, hier ausnahmsweise auf den vereinbarten Lohn abzustellen. 3.

Da sich somit ein Minimalverdienst von Fr. 500.– pro Monat für die Jahre 2014 bis 2016 nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bejahen lässt, hat die Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung im angefochtenen Einspracheentscheid vom 29. Juni 2018 zu Recht verneint. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.\_\_\_\_ - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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 Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Grünig Bonetti

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