

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00226

vom 7. Dezember 2018

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-12-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00226

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00226 du 7 décembre 2018

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00226 del 7 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1.1

Nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosen versicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) gilt als versicherter Ver dienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen no r malerweise erzielt wurde. Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeits losenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) regelt den Bemes sungs zeitraum. Nach Abs. 1 bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art.

E. 1.2

Nach Gesetz und Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Ver dienstes grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. Von die ser 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). 2.

E. 1.3

Am 4. Januar 2018 meldete sich der Versicherte beim RAV zur Arbeitsvermittlung an und ersuchte gleichentags bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich um Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung (Urk. 7/302 ff.).

Mit Verfügung vom 2 4. April 2018 hielt die Arbeitslosenkasse fest, dass der versicherte Verdienst ab 4. Januar 2018 Fr. 928.-- betrage (Urk. 7/140-142) .

Mit Einspracheentscheid vom 2 5. Juni 2018 korrigierte sie diese Einschätzung dahingehend, dass sie den ver sicherte n Verdienst auf Fr. 1'466. -- festsetzte (Urk. 2).

E. 2

Dagegen erhob der Vertreter des Versicherten am 8. August 2018 Beschwerde und beantragte, es sei der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und der ver sicherte Verdienst auf Fr. 12'350.-- pro Monat festzusetzen ; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (Urk. 1 S . 2).

Mit Beschwerdeantwort vom 1 9. September 2018 beantragte die Beschwerde gegnerin die Abweisung der Beschwerde (Urk.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid damit, dass aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei der A.____ AG von einem Bemessungszeitraum für die Berechnung des versicherten Verdienstes vom 1. Juli 2017 bis 31. Dezember 2017 bzw. vom 1. Januar 2017 bis 31. Dezember 2017 auszugehen sei. Für diese Zeiträume sei lediglich am 22. September 2017 eine Lohnzahlung in der Höhe von Fr. 15'828.-- netto für die Periode Februar 2017 und allenfalls Januar 2017 erfolgt. Unter Hochrechnung auf ein Bruttoeinkommen ergebe sich ein Betrag von Fr. 17'595.10, was einen versicherten Verdienst von Fr. 1'466.-- zur Folge habe. Eine Berechnung des versicherten Verdienstes gestützt auf Art. 37 Abs. 3 AVIV falle mangels anrechenbaren Verdienstaussfalls ausser Betracht (Urk. 2 S. 6 f.).

E. 2.2

Demgegenüber machte der Vertreter des Beschwerdeführers im Wesentlichen geltend, dass der versicherte Verdienst vorliegend gemäss Art. 37 Abs. 3 AVIV zu ermitteln sei, alles andere wäre unbillig. Der Beschwerdeführer habe die Stelle bei der A.____ AG angetreten, um eine Arbeitslosigkeit zu vermeiden; hätte er sich nach dem Konkurs der C.____ AG angemeldet, hätte er einen Anspruch auf einen versicherten Verdienst in der Höhe von Fr. 12'350.-- gehabt (Urk. 1 S. 12). Gestützt auf Art. 37 Abs. 3 AVIV sei in der massgebenden Zeitperiode von einem Gesamteinkommen in der Höhe von Fr. 178'465.10 auszugehen, was den jährlichen Höchstbetrag von Fr. 148'200.-- übersteige (S. 14). Aus der Annahme des neuen Arbeitsvertrages bei der A.____ AG zur Verhinderung von Arbeitslosigkeit dürfe dem Beschwerdeführer nun kein Rechtsnachteil erwachsen (S. 14 f.). 3. 3.1

Zu prüfen ist zunächst, ob in der Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der C.____ AG (in Liquidation) von einem Verdienstaussfall auszugehen ist, welcher nur bei Vorliegen eines anrechenbaren Arbeitsausfalls relevant ist. Der Beschwerdeführer unterzeichnete am Tag nach der Konkursöffnung vom 31. Oktober 2016 über die genannte Arbeitgeberin mit der A.____ AG einen neuen Arbeitsvertrag. Dabei wurde dem Beschwerdeführer neben einem Monatsgehalt in der Höhe von Fr. 18'500.-- ein Eintrittsbonus von Fr. 15'828.-- vertraglich zugesichert (Urk. 7/98-99). Von einem anrechenbaren Arbeitsausfall für die Zeit ab 1. November 2016 kann angesichts von Art. 11 Abs. 3 AVIG (nicht anrechenbar, wenn Lohnansprüche bestehen) vor diesem Hintergrund nicht ausgegangen werden, sodass – entsprechend dem Vorgehen der Beschwerdegegnerin - die Ermittlung des versicherten Verdienstes gestützt auf Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV nicht zu beanstanden ist. 3.2

Zu prüfen bleibt weiter, ob der versicherte Verdienst gestützt auf den vereinbarten Lohn oder auf die tatsächlich ausgerichteten Zahlungen zu ermitteln ist. Hinzuweisen ist dabei darauf, dass es keines Nachweises eines konkret erfolgten Missbrauchs bedarf, um von der Grundlage des vereinbarten Lohnes abzuweichen, vielmehr muss eine Missbrauchsgefahr praktisch ausgeschlossen werden können.

Der Beschwerdeführer war seit 1980 bei der B.____ (heute: C.____ AG in Liquidation) angestellt und bei dieser seit Oktober 1999 als Prokurist im Handelsregister eingetragen (Urk. 10). Die schwierige Marktsituation, welche am 11. März 2016 zur definitiven Nachlassstundung und am 31. Oktober 2016 zum Konkurs der C.____ AG führte, musste dem Beschwerdeführer somit im Zeitpunkt des Stellenantritts bei der A.____ AG bekannt gewesen sein. Die neue Arbeitgeberin konnte dabei die (hohen) Lohnforderungen des Beschwerdeführers zu keiner Zeit erfüllen, wie den erfolgten Zahlungen zu entnehmen ist

(Urk. 3/11). Weiter wurden die Mitarbeiter der A.____ AG mehrfach angehalten, auf Betreibungsverfahren wegen ausstehenden Lohnzahlungen zu verzichten, da sich diese bei den Verhandlungen mit potentiellen Investoren und Kunden sehr störend ausgewirkt hätten (Urk. 3/18). Die Lohnauszahlungen

wurden dabei bewusst vom unternehmerischen Erfolg der Arbeitgeberfirma abhängig gemacht und damit auch das Risiko der Nichteinbringlichkeit in Kauf genommen. Die Arbeitslosenentschädigung, die sich nach der Höhe des versicherten Verdienstes richtet, darf jedoch nicht zur Absicherung des unternehmerischen Risikos verwendet werden (Urteil des Bundesgerichts 8C_840/2010 vom 14. Januar 2011 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen). 3.3

Vor diesem Hintergrund ist zur Ermittlung des versicherten Verdienstes im Sinne von Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV auf die tatsächlich ausgerichteten Zahlungen abzustellen.

Der Beschwerdeführer stellte sich am 4. Januar 2018 der Arbeitsvermittlung zur Verfügung (Urk. 7/30 6). Die massgebenden Zeiträume erstrecken sich demnach vom 4. Juli 2017 bis 3. Januar 2018 bzw. vom 4. Januar 2017 bis 3. Januar 2018 .

Entsprechend den Ausführungen der Beschwerdegegnerin erfolgte die in den genannten Zeitperioden allein massgebende Lohnzahlung am 22. September 2017 per Februar 2017 in der Höhe von Fr. 15'828.-- (Urk. 7/110-111). Spesenentschädigungen gehören nicht zum versicherten Verdienst (ARV 1992 N 14 S. 141 E. 2c). Der genannte Betrag entspricht dabei der erwarteten Höhe des monatlichen Einkommens (Urk. 7/110) wie auch den – ebenfalls auf einem Bruttolohn von Fr. 18'500.-- basierenden (Urk. 7/87) - bei der C.____ AG in Liquidation zuletzt erzielten Einkommen (vgl. Urk. 7/97). Bei dieser Ausgangslage erscheint es überwiegend wahrscheinlich, dass der per Februar 2017 ausbezahlte Betrag einem Bruttomonatslohn in der Höhe von Fr. 18'500.-- entspricht. 4.

Zusammenfassend führt dies zu einem versicherten Verdienst von Fr. 1'542.-- (Fr. 18'500.-- / 12), was in teilweiser Gutheissung der Beschwerde zur Abänderung des angefochtenen Einspracheentscheids

führt. Aufgrund des nur marginalen Obsiegens der beschwerdeführenden Partei ist von der Zusprache einer Prozessentschädigung abzusehen. Das Gericht erkennt: 1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 25. Juni 2018 dahingehend abgeändert, dass der versicherte Verdienst ab dem 4. Januar 2018 auf Fr. 1'542.-- festgesetzt wird. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Dem Beschwerdeführer wird keine Prozessentschädigung zugesprochen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Tobias Figi - 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, zuzu stellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweis mittel 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 VorsitzendeDer Gerichtsschreiber GräubSchetty

E. 6

), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 20. September 2018 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 9). Das Gericht zog sodann von Amtes wegen einen Auszug aus dem Handelsregister der C.____ AG in Liquidation bei (Urk. 10). 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 Verdienstaustausfalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen. Bei Lohnschwankungen, die auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind, bemisst sich der versicherte Verdienst gemäss Abs. 3 bis nach den Absätzen 1-3, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten jahres durchschnittlichen Arbeitszeit.

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