

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00246 vom 22. November 2018

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-11-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00246

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00246 du 22 novembre 2018

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00246 del 22 novembre 2018

Erwägungen

E. 1.1

X.____, geboren 19 85, war Mitglied des Verwaltungsrates der seit 20. März 2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen gewesenen A.____ AG (Urk. 7/4). Laut Arbeit geberbescheinigung arbeitete er vom 1. Januar 2017 bis 1 2. März 2018 als Head of Marketing - Managing Direktor dieser Gesel lschaft (Urk. 7/7 S. 1). Die A.____ AG fiel am 12. März 2018 in Konkurs (Urk. 7/4).

E. 1.2

X.____ meldete sich am 10. April 2018 beim Regionalen Arbeitsvermitt lungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung (Urk. 7 /1). Der für die Aus richtung der Arbeitslosentaggelder massgebende versicherte Verdienst wurde von der Unia Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Unia) nach durchgeführten Abklärun gen am

E. 3

1. Mai 2018 auf Fr.

E. 3.1

Mit angefochtenem Einspracheentscheid vom 20. August 2018 führte die Beschwerdegegnerin aus, dass der Beschwerdeführer als einziger Verwaltungsrat und Teilhaber der A.____ AG eine arbeitgeberähnliche Stellung inne gehabt habe. Er sei bis zum 1 2. März 2018 für die Gesellschaft tätig gewesen. Mit der Konkurs eröffnung am 1 2. März 2018 sei das Arbeitsverhältnis aufgelöst worden und der Beschwerdeführer habe seine arbeitgeberähnliche Stellung aufgegeben. Somit hätte frühestens ab 1 3. März 2018 ein anrechenbarer Arbeitsausfall vorgelegen und Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestanden. Der Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst würde demzufolge am 1 2. März 2018 be gin nen. Zwar sei vertraglich ein Lohn von Fr. 10'500.-- vereinbart worden und dieser sei gemäss den vom Beschwerdeführer eingereichten Bankkonto auszügen bis November 2017 auch ausbezahlt worden. Unbestritten sei indessen, dass ab Dezember 2017 kein Lohn mehr ausbezahlt worden sei. Nachdem - insbesondere bei Versicherten mit einer arbeitgeberähnliche n Stellung vor Anmeldung zum Leis tungsbezug - für die Bemessung des versicherten Verdienstes rechts spre chungs gemäss der tatsächlich erzielte Lohn massgebend sei, sei ab Dezember 2017 somit ein Lohn von Fr. 0.-- zu erfassen. Dem Vorbringen des Beschwerde führers, wonach der fehlende Lohnfluss mit einem Ereignis nach Art.

51 Abs.

1 AVIG begründet werde, sei entgegenzuhalten, dass Personen mit arbeitgeber ähnlicher Stellung nach Art. 51 Abs. 2 AVIG keinen Anspruch auf Insolvenzent schädigung haben würden. Vorliegend ergebe sich für die letzten sechs Beitragsmonate ein Durchschnittslohn von Fr. 4'622.-- und für die letzten zwölf Beitragsmonate ein solcher von Fr. 7'567.--. In Anwendung von Art. 37 Abs. 2 AVIV sei der ver sic herte Verdienst demnach auf Fr. 7'567.-- festzusetzen (Urk. 2 S.

3) .

E. 3.2

Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, dass grundsätzlich die tatsächlichen Lohnbezüge im Bemessungszeitraum massgebend seien. Von dieser Regelung könne gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch abgewichen werden, wenn - wie in seinem Fall - ein Missbrauch im Sinne einer Vereinbarung fiktiver Löhne, die in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt seien, praktisch ausgeschlossen werden könne (Urk. 1 S. 2). Er macht ferner im Wesentlichen geltend, dass er ab 1. Dezember 2017 auf seinen Lohn verzichtet

habe, um bei den beschränkten finanziellen Mitteln der Gesellschaft primär den anderen Mitarbeitenden Löhne auszubezahlen und auch in der Hoffnung, dass die A.____ AG doch noch gerettet werden könne (Urk. 1 S. 3). In diesem Zusammenhang führte der Beschwerdeführer in seinem Schreiben vom 25. August 2018 aus, dass den vier Mitarbeiterinnen der A.____ AG und einer Gruppe von Freelancern in den rund drei einhalb Monaten vor der Konkurseröffnung über die Gesellschaft am 12. März 2018 versprochen worden sei, dass sie bald einen Lohn erhalten würden. Er habe am 28. Januar 2018 - nach einem zweiten Monat ohne Lohn und im Vertrauen darauf, dass die organisatorischen Probleme der Gesellschaft gelöst würden - einen Brief geschrieben, mit welchem er im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auf sein Gehalt verzichtet habe (Urk. 3/2). Diesem Schreiben des Beschwerdeführers vom 28. Januar 2018 ist zu entnehmen, dass er ab Dezember 2017 sowie für die Zeit, in welcher die Gesellschaft über keine finanziellen Mittel verfüge, auf seinen Lohn verzichte. Dazu hielt er fest, dass er seinen Lohn gemäss Arbeitsvertrag einfordern könne, sobald die A.____ AG wieder über finanzielle Mittel verfügen würde (Urk. 3/1). Der Beschwerdeführer schliesst daraus, dass er bereits ab 1. Dezember 2017 und nicht erst ab 12. März 2018 einen anrechenbaren Verdienst ausfall erlitten habe, weshalb in Anwendung von Art. 37 Abs. 3 AVIV für die Festsetzung des versicherten Verdienstes ab

1. Dezember 2017 hätte rückwärts gerechnet werden müssen (Urk. 1 S. 3).

E. 3.3

mit Hinweis) . Dem entspricht der Fall des Beschwerdeführers .

Die

A.____ AG wurde am

20. März 2017 in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (Urk. 7/4). Der Beschwerdeführer war Eigentümer von 30 % des Aktienkapitals der Gesellschaft (Urk. 3/2 S.

1), gehörte dem Verwaltungsrat an und arbeite als Direktor der Gesellschaft (Urk. 3/2 S.

1, Urk.

7/4, Urk.

7/7). Er verzichtete ab 1. Dezember 2017 auf seinen Lohn. Grund dafür war die angespannte finanzielle Lage der A.____ AG (Urk. 3/2 S. 2) . Der Beschwerdeführer hielt in seiner Verzichtserklärung vom 28. Januar 2018 fest, dass er seinen Lohn erhalten werde , sobald die A.____ AG wieder über genügend Liquidität verfüge (Urk. 3/1). Die Löhne, auf welche der Beschwerdeführer ab 1. Dezember 2017 verzichtet hat, können daher bei der Ermittlung des ver sicher ten Verdienstes nicht berücksichtigt werden . Deswegen ist auch die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Berechnung in Anwendung von Art. 37 Abs.

3 AVIV nicht möglich, denn der Lohnverzicht des Beschwerdeführers kann nach dem Gesagten nicht als anrechenbarer Verdienstausfall im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden.

E. 3.4

Demnach ergibt sich folgendes:

Unbestritten geblieben ist, dass der Beschwer de führer als Arbeitnehmer (Urk. 7/8) und Verwaltungsrat (Urk. 7/4) der A.____ AG eine arbeitgeberähnliche Stellung hatte. Gestützt auf die vom Beschwerde führer eingereichten Bankkontoauszüge (Urk. 7/13) ermittelte die Beschwerde gegnerin für den Zeitraum vom 14. März 2017 bis 12. März 2018 folgende monatliche Grundlöhne: März 2017 (14. bis 31. März 2017): Fr. 6'856.--, April bis November 2017: jeweils Fr. 10'500.-- sowie Dezember 2017 bis März 2018: Fr. 0.-- (Urk. 7/16). Dies blieb ebenfalls unbestrit ten, insbesondere auch, dass die A.____ AG dem Beschwerdeführer von 1. De zember 2017 bis 12. März 2018 effektiv kei nen Lohn ausbezahlt ha t . Vom 14. März 2017 bis 12. März 2018 resultiert damit ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 7'567.--. Dies entspricht dem versi cherten Verdienst. 4.

Diese Erwägungen führen zur Abweisung der Beschwerde. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.____ - Unia Arbeitslosenkasse - 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 Bundesge setzes 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 Beweismit tel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizu legen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der VorsitzendeDer Gerichtsschreiber HurstHübscher

E. 7

.-- festgelegt

(Urk. 7/17) . Mit Verfügung vom 20. Juni 2018 forderte sie vom Versicherten überdies zu viel ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr.

1'699.10 zurück (Urk. 7/18). Mit Eingabe vom 6. August 2018 erhob der Versicherte

Einsprache gegen die Rückforderungsverfügung vom 20. Juni 2018 und beantragte zudem, dass der versicherte Verdienst auf Fr. 10'756.--, eventuell Fr. 10'500.-- festzusetzen sei (Urk.

7/19).

In der Folge setzte die Unia den versicherten Verdienst mit Verfügung vom 8. August 2018 auf Fr. 7'567.-- fest (Urk. 7/B1). Dagegen erhob der Versicherte am 10.

August 2018 Einsprache (Urk. 7/B2), welche die Unia mit Einspracheentscheid vom 20. August 2018 abwies (Urk. 2). 2.

Dagegen erhob X.____ am 25. August 2018 Beschwerde und beantragte, in Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids

vom 20. August 2018 sei der versicherte Verdienst auf Fr. 10'756.--, eventuell auf Fr. 10'500.--, festzusetzen (Urk. 1 S. 1). Mit Beschwerdeantwort vom 20. September 2018 beantragte die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde (Urk. 6, unter Beilage ihrer Akten [Urk. 7/1-21, Urk. 7/A1-A6, Urk. 7/B1-B7]), was dem Beschwerdeführer am 21. September 2018 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 9). 3.

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

Strittig und zu prüfen ist die Höhe des versicherten Verdienstes.

Die Rückforderung von Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 1'699.10 (vgl. Urk. 7/18)

ist im vorliegenden Verfahren demgegenüber nicht zu beurteilen, weil sie nicht Gegenstand des angefochtenen Einspracheentscheids vom 20. August 2018 (Urk.

2) ist (vgl. zum Anfechtungsgegenstand im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren: BGE 131 V 164 E. 2.1; 125 V 413 E. 1a). 2.

2.1

Gemäss Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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). 2.2

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. 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 Verdienstaufschlags. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen. Bei Lohnschwankungen, die auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurück zu führen sind, bemisst sich der versicherte Verdienst gemäss Abs. 3 bis nach den Absätzen 1-3, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten Jahres durchschnittlichen Arbeitszeit. 2. 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

89 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). 2.4

2.4.1

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). 2.4.2

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.

Nicht entscheidend ist hingegen, ob der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge tatsächlich an die Ausgleichskasse überwiesen hat.

Hat die Arbeitslosenkasse jedoch 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 z. B. bei Anstellungsverhältnissen unter Verwandten ergeben (AVIG-Praxis ALE, Rz B145). 2.4.3

Bei einer versicherten Person, die vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte, für ihre Ehegatten und Ehegattinnen oder für Partner und Partnerinnen 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 bei tragspflichtigen Beschäftigung in der Regel nachgewiesen (AVIG-Praxis ALE, Rz B147). 2.5

Gemäss Rz B12 der AVIG-Praxis ALE befinden sich Personen in einer arbeitgeberähnlichen Stellung, die nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) als Unselbständigerwerbende Lohn erzielen (z. B. in einer AG, GmbH oder Genossenschaft) und einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes haben.

Die Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung will nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (AVIG-Praxis ALE, Rz B14 mit Hinweis auf BGE 123 V 234). Es muss kein Rechtsmissbrauch beziehungsweise keine absichtliche Rechtsumgehung nachgewiesen werden (AVIG-Praxis ALE, Rz B15).

Bei Verwaltungsräten einer AG (Art. 716 ff. OR) ergibt sich die massgebliche Einflussnahme und damit die arbeitgeberähnliche Stellung von Gesetzes wegen (AVIG-Praxis ALE, Rz B17). 2.6

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). 3.

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