

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00330 vom 21. Oktober 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-10-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2018.00330](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00330)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00330 du 21 octobre 2019

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00330 del 21 ottobre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Der im Jahre 1977 geborene X.\_\_\_\_

war ab dem 1. August 2004 als Aushilfe im Gastrobetrieb seiner Mutter erwerbstätig (Urk. 7/13, Urk. 7/20), wobei das Arbeitsverhältnis infolge Betriebsschliessung seitens des Arbeitgebers per 31. Januar 2018 aufgelöst wurde (Urk. 7/5, Urk. 7/12). Am 26. März 2018 stellte sich der Versicherte der Arbeitsvermittlung zur Verfügung (Urk. 7/1) und beantragte am 28. März 2018 die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab dem 27. März 2018 (Urk. 7/2).

Mit Verfügung vom 12. Juli 2018 hielt die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich fest, dass der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 27. bis 31. März 2018 erloschen sei (Urk. 7/52); mit Verfügung vom 6. August 2018 verneinte sie weiter einen Anspruch ab dem 27. März respektive 1. April 2018 (Urk. 7/56). Mit Schreiben vom 21. August 2018 bestätigte das zuständige RAV die Abmeldung von der Stellenvermittlung infolge Stellenantritts per 1. Oktober 2018 (Urk. 7/64). Gegen die Verfügungen vom 6. August und 12. Juli 2018 erhob der Vertreter des Versicherten am 5. September 2018 Einsprache (Urk. 7/68). Mit Einspracheentscheiden vom 17. Oktober 2018 hob die Arbeitslosenkasse die Verfügung vom 12. Juli 2018 auf, unter Hinweis, dass ein allfälliger Anspruch für die Zeit vom 27. bis 31. März 2018 nicht erloschen sei (Urk. 7/75); darüber hinaus hielt sie an der Verfügung vom 6. August 2018 fest, indem sie einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 27. März 2018 verneinte (Urk. 7/76 = Urk. 2).

### 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).

Die Frage, ob eine arbeitnehmende Person einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die

Unternehmensentscheidungen nehmen kann, ist aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt (BGE 123 V 234 E. 7a).

Damit eine versicherte Person in arbeitgeberähnlicher Stellung oder deren mitarbeitender Ehegatte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss sie mit dem Ausscheiden aus dem Betrieb definitiv auch die arbeitgeberähnliche Stellung verlieren. 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. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs.

### **E. 1.2**

Zu beachten gilt es dabei gemäss höchstgerichtlicher Rechtsprechung weiter, dass von der Anspruchsberechtigung im Sinne von Art. 31 Abs.

### **E. 1.3**

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. 1.4**

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 Insolvenzentschädigung (AVIV) regelt den Bemessungszeitraum. Nach Abs. 1 bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 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 zurückzuführen sind, bemisst sich der versicherte Verdienst gemäss Abs.

## **E. 2**

Dagegen erhob der Vertreter des Versicherten am 16. November 2018 Beschwerde und beantragte, es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer ab dem 27. März 2018 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe und es seien ihm auf der Grundlage des noch zu berechnenden versicherten Verdienstes Taggelder auszurichten (Urk. 1 S. 2).

Mit Beschwerdeantwort vom 5. Dezember 2018 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (Urk. 6), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 6. Dezember 2018 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 9). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid damit, dass unbestritten sei, dass der Beschwerdeführer in der Zeit vom 1. August 2004 bis zum 31. Januar 2018 im Betrieb seiner Mutter angestellt gewesen sei. Aufgrund der sich daraus ergebenden arbeitgeberähnlichen Stellung sei der effektive Lohnfluss näher zu prüfen (Urk. 2 S. 3). Die eingereichten Unterlagen würden dabei für den Beweis eines regelmässigen Lohnflusses nicht genügen. So sei den Zahlungseingängen auf dem Privatkonto weder ein Hinweis auf den behaupteten Lohncharakter zu entnehmen, noch sei ersichtlich, für welchen Monat die Zahlung erfolgt sei. So sei unbestritten, dass die Zahlungen auch für andere Zwecke erfolgt seien, sodass diese nicht nachvollzogen werden könnten. Aufgrund dieser Umstände lasse sich weder die erforderliche Beitragszeit noch die Höhe des versicherten Verdienstes hinreichend zuverlässig eruieren (S. 5 f.).

### **E. 2.2**

Demgegenüber machte der Vertreter des Beschwerdeführers im Wesentlichen geltend, dass den beigelegten Bankunterlagen entnommen werden könne, dass der Vater des Beschwerdeführers betreffend die Monate Dezember 2016 bis Januar 2018 einen Betrag von insgesamt Fr. 72'800.-- auf das Konto des Beschwerdeführers überwiesen habe (Urk. 1 S. 4). Die Zahlungen seien regelmässig erfolgt, was für den Lohncharakter sprechen würde. Weiter seien die Unterschiede in der Höhe auf ein bis April 2017 reduziertes Pensum sowie die Abgeltung von weiteren Kosten bis zum Wohnungswechsel am 19. April 2017 zurückzuführen (S. 5 f.). Dies erkläre auch die Lohndifferenz der Jahre 2016 und 2017 (S. 6 unten). Letztlich mache der Beschwerdeführer aber nur den Nettolohn von Fr. 52'901.-- als versicherten Verdienst geltend und nicht das Total der ausbezahlten Beträge. Der Vorinstanz sei dabei zuzustimmen, dass der exakte Lohn aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht sofort ermittelt werden könne; dennoch sei es überwiegend wahrscheinlich, dass es sich im Umfang der deklarierten Beträge um Lohnzahlungen gehandelt habe (S. 7).

## **E. 3**

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'700.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

### **E. 3.1**

Unbestritten und durch die Akten belegt ist vorliegend, dass der Beschwerdeführer in der Zeit vom 1. August 2004 bis zum 31. Januar 2018 im Betrieb seiner Mutter angestellt

gewesen ist. Hinsichtlich der Erfüllung der Beitragszeit ist dabei anzumerken, dass dabei rechtsprechungsgemäss allein eine genügend überprüf bare beitragspflichtige Beschäftigung gefordert wird. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlungen kommt dabei nicht der Sinn einer selbständigen Anspruchsvoraussetzung zu, wohl aber eines in kritischen Fällen ausschlaggebenden Indizes. Soweit eine solche Beschäftigung nachgewiesen, der exakte ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_387/2015 vom 11. August 2015 E).

### **E. 3.2**

Als Bemessungszeitraum für die Ermittlung des versicherten Verdienstes ist in Anwendung von Art. 37 Abs.

### **E. 3.3**

Zusammenfassend führt dies zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids.

Ausgangsgemäss ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von Art. 61 lit. g ATSG, namentlich unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses auf Fr. 1'700.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen ist. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2018 (Nr. «...») aufgehoben und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer einen versicherten Verdienst in der Höhe von Fr. 60'450.-- nachweisen kann und – sofern die weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind – ab 27. März 2018 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. 2.

Das Verfahren ist kostenlos.

### **E. 4**

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Atakan Özçelebi - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

### **E. 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 Der Gerichtsschreiber Gräub Schetty

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