

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00256**

## **vom 5. Januar 2021**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-01-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2020.00256](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2020.00256)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00256 du 5 janvier 2021

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00256 del 5 gennaio 2021

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Der 1970 geborene X.\_\_\_\_ war zuletzt seit 1. Oktober 2014 als Geschäftsführer und Managing Director Schweiz bei der Y.\_\_\_\_ - an welcher er mit 25 % der Aktien beteiligt ist ( Urk. 7/ 234 ) - angestellt ( Urk. 7/ 324 ) und zudem gemäss Auszug aus dem Handelsregister seit 14. August 2014 Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien ( Urk. 7/ 266 ). Am 31. Mai 2018 kündigte er das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der sechs monatigen Kündigungsfrist auf den 30. November 2018 ( Urk. 7/ 245 und Urk. 7/ 324 ). Am 15. Juni 2018 kündigte ihm die Arbeitgeberin fristlos ( Urk. 7/ 244 ). Mit Schreiben vom 13. August 2018 teilte der Versicherte dem Amt für Handelsregister und Zivilstandswesen des Kantons Thurgau mit, dass er per sofort als Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Y.\_\_\_\_ zurücktrete ( Urk. 7/ 230 ). Die entsprechende Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgte am 17. August 2018 ( Urk. 7/ 228 ).

#### **E. 1.1**

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).

#### **E. 1.2**

Der Arbeitsausfall ist gemäss Art.

#### **E. 1.3**

Mit Vereinbarung vom 3./ 4. September 2018 zwischen dem Versicherten und der ehemaligen Arbeitgeberin ( Urk. 7/63-64) verpflichtete sich Letztere, dem Versicherten zur Abgeltung sämtlicher Ansprüche Schadenersatz in der Höhe von Fr. 62'500.-- zu bezahlen.  
1.

#### **E. 1.3.1**

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 Verdienstaustausfalls. 1. 3.2

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. 3.3

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). Unerheblich ist somit, zu welchem Zeitpunkt die Zahlungen ausgerichtet werden (beispielsweise 13. Monatslohn, Provisionen, Bonuszahlungen, Dienstaltersgeschenke, Treueprämien; AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft [Seco],

Rz C2). 2.

## **E. 2**

0. Dezember 2018 (Urk. 7/174-179) mit Urteil vom 9. Mai 2019 ab (Prozess-Nr. AL.2018.00367, Urk. 7/142-149). Das Bundesgericht hiess die Beschwerde des Versicherten vom 21. Juni 2019 (Urk. 7/135-141) mit Urteil 8C\_433/2019 vom 20. Dezember 2019 (Urk. 7/117-126) teilweise gut, hob den Entscheid des hiesigen Gerichtes auf, bestätigte einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 14. August 2018, sofern auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, und wies die Sache zur neuen Verfügung an die Arbeitslosenkasse zurück.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Einspracheentscheid (Urk. 2/2) damit, dass dem Beschwerdeführer am 15. Juni 2018 die fristlose Kündigung ausgesprochen worden sei. Er habe daraufhin gegenüber seiner ehemaligen Arbeitgeberin arbeitsrechtliche Ansprüche über Fr. 164'166.-- (Fr. 82'500.-- als Lohnausfall für die Kündigungsfrist, Fr. 45'000.-- Pönalentschädigung und Fr. 36'666.-- Bonusverlust) geltend gemacht und diese habe sich mit Vereinbarung vom

3./4. September 2018 verpflichtet, ihm eine Schadenersatzzahlung von Fr. 62'500.-- netto zu entrichten. Zudem habe er den Lohn für den gesamten Monat Juni 2018 (zusätzlich Fr. 5'915.15 netto) erhalten (S. 4). Der Beschwerdeführer habe sich am 20. Juni 2018 zur Stellenvermittlung angemeldet und unter Würdigung der Zahlung über Fr. 68'415.15 einen

Verdienstauffall ab 20. Juli 2018 geltend gemacht. Dem könne - aus näher dargelegten Gründen - nicht gefolgt werden (S. 4-5). Für die Berechnung der Dauer des Verdienstauffalles sei die Zahlung über Fr. 68'415.15 netto durch den durchschnittlichen monatlichen Nettolohn der letzten 12 Monate (vorliegend Fr. 14'561.10) zu teilen. Dies entspreche einer Dauer von 4 Monaten und 15 Werktagen, womit der Beschwerdeführer vom 16. Juni bis 6. November 2018 keinen Verdienstauffall erlitten und für diesen Zeitraum auch keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe (S. 5). Die ihm fälligerweise bereits ab 1. Oktober 2018 ausgerichteten Taggelder von total netto Fr. 6'530.60 habe er zurückzuerstatten (S. 5-6).

## E. 2.2

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

bei einer ungerechtfertigten ausserordentlichen Kündigung seitens des Arbeitgebers ständen dem Arbeitnehmer neben Lohnersatzansprüchen auch Entschädigungsansprüche im Sinne einer Pönale zu. Bei Letzterer handle es sich nicht um massgebenden Lohn im Sinne der ALV. Im Gegensatz zu den Lohnersatzansprüchen stehe sie dem Arbeitnehmer zu (S. 4). An der Schlichtungsverhandlung habe er Ansprüche von total Fr. 247'098.-- geltend gemacht, diese angesichts der Finanzlage der ehemaligen Arbeitgeberin, die inzwischen in Konkurs gefallen sei, aber stark nach unten korrigieren müssen. Die geltend gemachten Ansprüche hätten sich zu Fr. 119'166.-- beziehungsweise 48.2 % aus Verdienstauffall und zu

Fr. 127'932.-- beziehungsweise 51.8 % aus Strafzahlung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung, Verwaltungsrats honorar und Bonus zusammen gesetzt. Bei einer Übertragung dieses Verhältnisses auf die Abgeltung von Fr. 68'415.15 verbleibe nicht die von der Beschwerdegegnerin angerechnete Gesamtsumme, sondern lediglich Fr. 32'976.-- für die Deckung des Verdienstauffalles (S. 5). Aus den Lohnzahlungen der letzten 6 Monate ergebe sich zudem ein

versicherter Verdienst von netto Fr. 25'654.09 pro Monat (S. 6). Mit einer anrechenbaren Leistung der ehemaligen Arbeitgeberin in Höhe von Fr. 32'976.-- sowie einem massgeblichen Monatseinkommen von Fr. 25'654.-- sei der Verdienstauffall nur bis am 24. Juli 2018 gedeckt gewesen. Es bestehe damit Anspruch auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab dem 25. Juli 2018 und eine Rückforderung bezahlter Gelder sei ausgeschlossen (S. 2 und S. 7). 3. 3.1

Der Beschwerdeführer wurde von seiner damaligen Arbeitgeberin am 15. Juni 2018 fristlos entlassen (Urk. 7/244). Mit Schlichtungsgesuch vom 9. Juli 2018 (Urk. 7/54-56) forderte er von ihr einen Bruttobetrag von Fr. 164'166.-- (Lohn ausfall Fr. 82'500.--, Pönale Fr. 45'000.--, Bonusverlust Fr. 36'666.--) ein. In der

Schlichtungsverhandlung seien höhere Ansprüche im Gesamtbetrag von Fr. 247'098.-- geltend gemacht worden (zusätzlich Fr. 8'750.-- Verwaltungsrats honorar bis Ende Juli 2018 und Fr. 74'182.-- Bonusanspruch bis 15. Juni 2018; Urk. 1 S. 5 und Urk. 7/42, vgl. auch Urk. 7/57, Urk. 7/60 und Urk. 7/238). Die Parteien einigten sich am 3./4. September 2018 schliesslich zur Abgeltung sämtlicher Ansprüche (Lohn, Lohnersatz, Provision, Entschädigung, VR-Honorare etc.) auf eine Schadenersatzzahlung in der Höhe von Fr. 62'500.-- (Urk. 7/63-64). 3.2 3.2.1

Wie bereits dargelegt, ist nach Art.

#### **E. 4**

Mit Verfügung vom 8. April 2020 ( Urk. 7/45-47 ) sprach die Arbeitslosenkasse dem Versicherten den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 16. Juni bis 12. Oktober 2018 mangels Verdienstauffalls ab, wogegen der Versicherte am 18. Mai 2020 Einsprache erhob ( Urk. 7/40-44 ). Nach Androhung einer allfälligen Reformatio in peius unter Gewährung des rechtlichen Gehörs ( Urk. 7/25-27 und

Urk. 7/19-21 ) wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache mit Entscheidung vom 29. September 2020 ab, verneinte einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vom 16. Juni bis 6. November 2018 und forderte vom Versicherten die ihm vom 12. Oktober 2018 bis 6. November 2018 zu viel ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung von netto Fr. 6'530.60 zurück (Urk. 2/2 ). 2.

Dagegen erhob der Versicherte am 1. Oktober 2020 Beschwerde (Urk. 1) und beantragte, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass er ab dem 25. Juli bis 6. November 2018 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe und dass keine Rückerstattungspflicht für bezogene Arbeitslosenentschädigung bestehe. Am 27. Oktober 2020 beantragte die Arbeitslosenkasse, die Beschwerde sei abzuweisen (Urk.

#### **E. 4.1**

Für die Berechnung der Dauer der Frist, während welcher der Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist, werden die vorliegend zu berücksichtigenden Fr. 38'125.-- (brutto) geteilt durch den durchschnittlichen Monatsbruttolohn des Beschwerdeführers. Analog zur Berechnung des versicherten Verdienstes (vgl. dazu E. 1.3 hievore) ist bei unregelmässigen Verdiensten der Durchschnittslohn der letzten 6 beziehungsweise 12 Monate massgebend ( Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV). Massgebend ist der effektiv erzielte Lohn inklusive Anteil der Provision, auch wenn dieser über dem Höchstbetrag des versicherten Verdienstes von gegenwärtig Fr.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer ging dabei von einem massgebenden Nettolohn von monatlich Fr. 25'654.10

aus ( Urk. 1 S. 6-7 ) . Dazu ist vorab festzuhalten, dass die aus den von ihm eingereichten Kontoauszügen ( Urk. 3/2 ) ersichtlichen Beträge von monatlich Fr. 1'520.-- den Reise- und Pauschalspesen (vgl. Urk. 7/298-310) entsprechen und bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen sind (vgl. dazu Art. 23 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 9 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung , AHVV ) .

#### **E. 4.3**

5

Dies entspricht einem monatlichen Durchschnittslohn von Brutto Fr. 20'709.70 (12 Monate) beziehungsweise Fr.

#### **E. 4.3.1**

Dem Beschwerdeführer wurde von Juni 2017 bis Juni 2018 ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 15'000.-- ausgerichtet ( Urk. 7/104-106 und Urk. 7/298-310 , ohne Kinderzulage , vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. f AHVV ) .

#### **E. 4.3.2**

Für das Jahr 2

#### **E. 4.4**

Werden die zu berücksichtigenden Fr. 3 8 ' 1 25.-- dividiert durch den massgeben den Durchschnittslohn von Fr. 20'709.70 ergibt dies einen anrechenbaren Ver dienstausfall während 1 Monat und 1 8 Arbeitstagen .

#### **E. 4.5**

Der Beschwerdeführer hat damit ab dem 1 0. August 2018 (beziehungsweise auf grund der arbeitgeberähnlichen Stellung bis zum Rücktritt aus dem Verwaltungs rat erst ab dem 1 4. August 2018 , vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_433/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 5.1 und E. 5.2.4 , Urk. 7/117-126 ) Anspruch auf Ausrich tung von Arbeitslosenentschädigung , sofern die übrigen Anspruchsvorausset zungen erfüllt sind .

Eine Rückerstattung spflicht für die vom 1 2. Oktober bis 6. November 2018 bezo gene Arbeitslosenentschädigung in Höhe von Fr. 6'530.60 entfällt entsprechend .

Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde. 5 .

Dem Beschwerdeführer steht ausgangsgemäss eine Prozessentschädigung zu, welche in Anwendung von Art. 61 lit . g des Bundesgesetzes über den Allgemei nen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) in Verbindung mit § 34 des Gesetz es 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. 1'9 00.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen ist. Eine Kürzung aufgrund des lediglich geringfügigen Unterliegens rechtfertigt sich nicht. Das Gericht erkennt: 1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeits losenkasse des Kantons Zürich vom 3. September 2020 dahingehend abgeändert, als festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer vom 1 6. Juni 2018 bis 13. August 2018 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschä digung von Fr. 1 ' 9 00.-- (inkl . Barauslagen und MWSt ) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Humbert Entress - 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 Bundes gesetzes 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 enthal ten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind bei zulegen,

soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin GräubLanzicher

#### **E. 6**

), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 29. Oktober 2020 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk.

#### **E. 9**

). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 11**

Abs. 3 AVIG nicht anrechenbaren Arbeitsausfall. Entsprechend kann auch die Schadenersatzzahlung von Fr. 62'500.-- lediglich in diesem Umfang, mithin mit Fr. 30'625.-- bei der Berechnung des Verdienstaufschlags berücksichtigt werden. 3.2.5

Ob der Restbetrag der Schadenersatzzahlung

als freiwillige Leistung der ehemaligen Arbeitgeberin im Sinne von Art. 11a AVIG zu qualifizieren ist, wie dies die Beschwerdegegnerin wohl annimmt, kann vorliegend offenbleiben. Denn solche Leistungen werden nur berücksichtigt, soweit sie Fr. 148'200.-- übersteigen (Art. 11a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 AVIG), was vorliegend offensichtlich

nicht der Fall ist. Die verbleibenden Fr. 31'875.-- sind somit bei der Berechnung des Verdienstaufschlags ausser Acht zu lassen. 3.3

Zum anzurechnenden Betrag von Fr. 30'625.-- ist festzuhalten, dass sich die ehemalige Arbeitgeberin in der Vereinbarung vom 3./4. September 2018 - wie bereits dargelegt - verpflichtete, dem Beschwerdeführer zur Abgeltung sämtlicher Ansprüche Schadenersatz in der Höhe von Fr. 62'500.-- zu bezahlen (Urk. 7/63-64). Entgegen der Annahme der Beschwerdegegnerin ergeben sich jedoch

weder aus der Vereinbarung noch aus den sonstigen Unterlagen Hinweise darauf, dass es sich dabei um einen Nettobetrag gehandelt hat. Denn es ist insbesondere mit Blick auf ihre bereits dazumal angespannte finanzielle Lage nicht davon auszugehen, dass die ehemalige Arbeitgeberin ohne entsprechende Verpflichtung in der Vereinbarung zusätzlich zu den Fr. 62'500.-- freiwillig für alle von ihr und dem Versicherten geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge aufkommen wäre. Hinzu kommt, dass für die im Schadenersatz enthaltene Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR ohnehin keine Sozialversicherungsbeiträge geschuldet wären (BGE 123 V 5). Wären die Parteien der Ansicht gewesen, dass es sich bei den ausbezahlten Fr. 62'500.-- um einen Nettobetrag handeln würde, hätten sie in der Vereinbarung wohl festgehalten, welcher Anteil der Zahlung die nicht beitragspflichtige Pönale betrifft. Dies war aber offenbar nicht der Fall. Bei den zu berücksichtigenden Fr. 30'625.-- handelt es sich somit um einen Bruttobetrag. 3.4

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer den Lohn für den gesamten Monat Juni 2018 erhalten hat, obwohl das Arbeitsverhältnis bereits am 15. Juni 2018 endete (vgl. Urk. 2/2 S. 4, Urk. 1 S. 5 und Urk. 7/42). Die zusätzliche Zahlung von

Fr. 5'915.15 netto (brutto Fr. 7'500.--, vgl. Urk. 7/310) ist damit

beim nach

Art. 11 Abs. 3 AVIG nicht anrechenbaren Arbeitsausfall ungekürzt

zu berücksichtigen. Daraus ergibt sich ein anrechenbarer Betrag von insgesamt Fr. 38'125.-.

**E. 12**

350.-- liegt (AVIG-Praxis ALE Rz B127).

**E. 017**

wurde ihm zusätzlich am 26. März 2018 ein Bonus von Brutto Fr. 50'000.-- und am 7. Mai 2018 eine Restzahlung Bonus 2017 von Netto Fr. 20'000.-- (Brutto Fr. 23'703.60) ausgerichtet (Urk. 7/307 und Urk. 7/104, vgl. auch Urk. 7/309), zudem am 27. Dezember 2017 Brutto Fr. 15'000.-- (Urk. 3/2 S. 8 und Urk. 7/304) für das Verwaltungsrats honorar (anzurechnen gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 7 lit. h AHVV). Dies entspricht einem im Jahr 2017 zusätzlich zu berücksichtigenden monatlichen Bruttobetrag von Fr. 7'391.95.

**E. 19**

027.45

(6 Monate), womit zu Gunsten des Beschwerdeführers (Art. 37 Abs. 2 AVIV) der

zwölfmonatige

Bemessungszeitraum zu berücksichtigen ist.

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