

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00186**

## **vom 12. Mai 2022**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-05-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2021.00186](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2021.00186)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00186 du 12 mai 2022

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00186 del 12 maggio 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 19 77, war seit dem 8. Januar 2018 bei der Y.\_\_\_\_ GmbH, Zürich, zuletzt in einem Pensum von 60 % als Projektleiter E-Commerce angestellt (Urk. 6/186-187 Ziff. 2-3, Ziff. 5-6, Urk. 6/202-203) und betrieb daneben seit dem 25. August 2015 als alleiniger Gesellschafter der Z.\_\_\_\_ GmbH einen Online-Handel für Kinderkleider über eine Internetseite ( www. A.\_\_\_\_.ch ; Urk. 6/179, Urk. 6/214-215 S. 1). Das Arbeitsverhältnis bei der Y.\_\_\_\_ GmbH

wurde am 24. Februar 2020

von der Arbeitgeberin aus betrieblichen Gründen unter Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist auf den 30. April 2020 gekündigt ( Urk. 6/212 ).

Am 26. März 2020

meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Winterthur

im Ausmass von 60 % zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 6/ 211 ) und beantragte Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Mai 20 20 (Urk. 6/ 207-210 Ziff. 2 -3 ).

Mit Verfügung vom 7. September 2020 bestätigte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten ab 1. Mai 2020 sowie einen anrechenbaren Arbeitsausfall von 60 % einer Vollzeitbeschäftigung (Urk. 6/55-57).

Infolge Stellenantritts meldete sich der Versicherte per 31. Oktober 2020 wieder von der Stellenvermittlung ab (Urk. 6/118). Mit Verfügung en

vom 2. Dezember 2020 (Urk. 6/ 58-60 und Urk. 6/61-63 ) setzte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich den versicherten Verdienst auf Fr. 6'094.-- sowie in den Monaten Mai bis Oktober 2020 einen fiktiven Zwischenverdienst und die Höhe der auszahlenden Arbeitslosenentschädigung fest. Die dagegen vom Versicherten am 15. Dezember 2020 erhobene Einsprache (Urk. 6/ 50-51 ), wies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich mit Einspracheentscheid en Nr. 1395 und Nr. 1396 vom 19. Mai 2021 (Urk. 6/37-42 und Urk. 6/43-49 = Urk. 2/1-2) ab .

#### **E. 1.1**

Da der Streitwert Fr. 3 0'000.-- nicht übersteigt, fällt die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit (§ 11 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer, in der ab 1. Juni 2020 geltenden Fassung ).

#### **E. 1.2**

Soweit eine ganz oder teilweise arbeitslose Person im Sinne von Art. 10 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) die weiteren Anspruchsvoraussetzungen (Art. 8 AVIG) erfüllt, steht ihr eine Arbeitslosenentschädigung zu. Diese wird als Taggeld ausgerichtet (Art. 21 AVIG). Ausgangspunkt der Taggeldbemessung ist der versicherte Verdienst (Art. 22 AVIG). 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. 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. 1.

## **E. 2**

Der Versicherte erhob am 3. Juni 2021 Beschwerde gegen die Einspracheentscheide Nr. 1395 und Nr. 1396 vom 19. Mai 2021 (Urk. 2/1-2) und beantragte, diese seien aufzuheben und der anrechenbare versicherte Verdienst sei auf Fr. 8'125.-- pro Monat festzulegen und es sei ihm ein Brutto-Taggeld von Fr. 299.55 ausbezahlt (Urk. 1 S. 1). Mit Beschwerdeantwort vom 16. Juli 2021 (Urk. 5) beantragte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, die Beschwerde sei abzuweisen, was dem Beschwerdeführer am 27. Juli 2021 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 9). Die Einzelrichterin zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin begründete in ihrer Einspracheentscheid Nr. 1395 (Urk. 2/1) die Festsetzung des versicherten Verdienstes ab 1. Mai 2020 auf Fr. 6'094.-- damit, dass für die Berechnung einerseits die vom Beschwerdeführer bis zum 30. April 2020 ausgeübte Tätigkeit bei der Y.\_\_\_\_ GmbH, wo er mit einem Beschäftigungsgrad von 60 % Fr. 8'125.-- brutto erzielt habe, und andererseits seine Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ GmbH, wo er mit einem Pensum von 20 % kein Einkommen erzielt habe, zu berücksichtigen seien. Dies ergebe insgesamt bei einem Beschäftigungsgrad von 80 % ein durchschnittliches Erwerbseinkommen von Fr. 8'125.--. Da sich der Beschwerdeführer bereit erklärt habe, eine Stelle im Umfang von 60 % zu suchen und anzunehmen, habe dies direkten Einfluss auf den versicherten Verdienst, indem dieser zu kürzen sei. Es bestehe folglich Anspruch auf Taggeldleistungen basierend auf einem versicherten Verdienst von Fr. 6'094.-- (Fr. 8'125.-- / 80 x 60; S. 4 Ziff. 3). Bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers für die Z.\_\_\_\_ GmbH sei von einer unselbständigen Tätigkeit auszugehen, die er in arbeitgeberähnlicher Stellung ausgeübt habe. Damit habe er kein Einkommen erzielt, was unbestritten geblieben sei. Dass er sich in der Gründungsphase der Firma noch keinen Lohn ausbezahlt habe, vermöge an der Annahme, dass er dort gearbeitet habe, nichts zu ändern, denn grundsätzlich würde für die Tätigkeit des Beschwerdeführers ein Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung ausbezahlt. Damit sei bei der Berechnung des versicherten Verdienstes die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der Z.\_\_\_\_ GmbH korrekterweise berücksichtigt worden und von einem Verdienst in der Höhe von Fr. 0.-- auszugehen (S. 5 f. Ziff. 5).

### **E. 2.2**

In ihrem Einspracheentscheid Nr. 1396 (Urk. 2/2) begründete die Beschwerdegegnerin die Anrechnung eines Zwischenverdienstes in unterschiedlicher Höhe in den Monaten Mai bis Oktober 2020 damit, dass bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers in der Firma Z.\_\_\_\_ GmbH von einer unselbständigen Tätigkeit auszugehen sei, weshalb, auch wenn er mit dieser Tätigkeit keinen Lohn erzielt habe, ein orts- und branchenüblicher Lohn entsprechend der von ihm an gegebenen Arbeitsstunden anzurechnen sei (S. 3 ff. Ziff. 2).

### **E. 2.3**

Dagegen machte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde (Urk. 1) geltend, dass hinsichtlich der materiellen Anspruchsvoraussetzungen der unangefochten in Rechtskraft erwachsene Entscheidung des AWA vom 8. September 2020 für die Beschwerdegegnerin bindend sei. Damit ergebe sich ohne Weiteres ein versicherter Verdienst von Fr. 8'125.-- entsprechend seinem mit einem Pensum von 60 % bei der ihm gekündigten Stelle erzielten Einkommen (S. 2 Ziff. 3). Das AWA habe festgehalten, dass es sich bei seiner Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ GmbH nicht um eine selbständige Tätigkeit im Zwischenverdienst, sondern um eine selbständige Tätigkeit auf Dauer handle (S. 3 oben). Er habe mit dieser Tätigkeit keinen massgebenden Lohn im Sinne des AHVG erhalten, welcher als versicherter Lohn gemäss Art. 23 AVIG zu qualifizieren wäre (S. 3 Mitte). Tatsächlich habe er mit seiner GmbH eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt. Er sei nicht ALV-beitragspflichtig und somit, was ein allenfalls daraus erzieltetes Einkommen betreffe, von der Anspruchsberechtigung in der Arbeitslosenversicherung grundsätzlich ausgeschlossen (S. 3 unten).

### **E. 2.4**

Strittig und zu prüfen ist die Höhe des versicherten Verdienstes des Beschwerdeführers und ob sich die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Anrechnung eines fiktiven Zwischenverdienstes als rechtens erweist.

### **E. 3**

).

#### **E. 3.1**

Den Akten lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer vor Eintritt in die kontrollierte Arbeitslosigkeit am 1. Mai 2020 und Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab diesem Datum vom 8. Januar 2018 bis 30. April 2020 in einem Pensum von 60 % bei der Y.\_\_\_\_ GmbH angestellt war (Urk. 6/186-187 Ziff. 2 und Ziff. 5-6). Die Beschwerdegegnerin ermittelte einen aus dieser Tätigkeit resultierenden versicherten Verdienst in der Höhe von Fr. 8'125.--, was unbestritten blieb. Ebenso unbestritten sind die Angaben des Beschwerdeführers, wonach er sich einen Tag pro Woche entsprechend 20 % der Kinderbetreuung und weiteren 20 % dem Aufbau seiner durch die Z.\_\_\_\_ GmbH betriebene Online Plattform www. A.\_\_\_\_.ch zum Vertrieb von Kinderkleidung kümmerte. Letztere Tätigkeit führte er nach dem Verlust der Haupttätigkeit bei der Y.\_\_\_\_ GmbH fort (vgl. Urk. 6/55-57).

#### **E. 3.2.1**

Vorab ist sowohl hinsichtlich der Festsetzung des versicherten Verdienstes (vorstehend E. 1. 2) als auch hinsichtlich der Berücksichtigung eines allfälligen Zwischenverdienstes (vorstehend E. 1. 3) zu klären, in welchem Verhältnis der Beschwerdeführer

über die Z.\_\_\_\_ GmbH den Online Shop für Kinderkleidung betreibt.

Die Beschwerdegegnerin ging vorliegend davon aus, dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine unselbständige Tätigkeit gehandelt habe, welche in arbeit geberähnlicher Stellung ausgeübt worden sei (vorstehend E. 2.1-2). Dagegen stellte sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, diese Tätigkeit als selbständig Erwerbende r auszuüben, was so auch im Entscheid des AWA vom 7. September 2020 rechtskräftig festgehalten worden sei (vorstehend E. 2.

### **E. 3.2.2**

Die vom A WA am 7. September 2020 erlassene rechtskräftige Feststellungs verfügung (Urk. 6/55-57) ist bezüglich der Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers bindend. Im Dispositiv der Verfügung wurde eine Ver mittlungsfähigkeit ab 1. Mai 2020 bejaht und der anrechenbare Arbeitsausfall auf 60 % einer Vollzeitbeschäftigung gesetzt. Das AWA führte in seinem Entscheid aus, dass feststehe, dass der Beschwerdeführer bei der Z.\_\_\_\_ GmbH als Gesell schafter und Geschäftsführer mit Berechtigung zur Einzelunterschrift seit dem 25. August 2015 tätig sei. Er habe glaubhaft darlegen können, dass er bis zum jetzigen Zeitpunkt noch keine, oder nur geringe Einnahmen habe generieren können, weshalb es sich hierbei auch um keine selbständige Tätigkeit im Zwischenverdienst, sondern um eine selbständige Tätigkeit auf Dauer handle. Festgehalten wurde weiter, dass sich aus den Akten keine rechtsgenügenden Indizien ergäben, welche die Annahme zuliessen, dass der Beschwerdeführer durch seine selbständige Tätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ GmbH zeitlich derart bean sprucht wäre, als dass er sich nicht im Ausmass von 60 % einer Vollzeit beschäftigung der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen könnte (Urk. 6/55-57 S. 3).

### **E. 3.2.3**

Festzuhalten ist, dass die Verfügung des AWA vom 7. September 2020 (Urk. 6/55-57) für das hiesige Gericht lediglich hinsichtlich der Anspruchsvoraus setzung der Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers bindend ist und nicht hinsichtlich der Erwägungen betreffend die Qualifikation der Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der Z.\_\_\_\_ GmbH.

Unbestrittenermassen hat der Beschwerdeführer als geschäftsführender Gesell schafter mit Einzelzeichnungsberechtigung arbeitgeberähnliche Stellung inne. Als selbständig Erwerbender kann er jedoch aufgrund dessen nicht qualifiziert werden, da er zum Ausüben seiner Tätigkeit mit der Z.\_\_\_\_ GmbH eine juristische Person gegründet hat, in deren Namen er die Online-Plattform www. A.\_\_\_\_ .ch betreibt, die Kleider verkauft und auf deren Rechnung und Risiko er handelt. Mit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der eigenen AG oder GmbH beginnt auch die Beitragspflicht an die AHV/IV/EO/ALV, da diese Tätigkeit als unselbständige Erw erbstätigkeit qualifiziert wird.

### **E. 3.2.4**

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass es sich bei der vom Beschwerde führer über die Z.\_\_\_\_ GmbH ausgeübten Tätigkeit mit dem Verkauf von Kinder kleidern über die Online-Plattform A.\_\_\_\_ um eine in arbeitgeberähnlicher Stellung ausgeübte unselbständige Tätigkeit handelt.

### **E. 3.3**

Da die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der Z.\_\_\_\_ GmbH als unselbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, die in arbeitgeberähnlicher Stellung aus geübt wird, ist

der entsprechende Lohn grundsätzlich beim versicherten Verdienst zu berücksichtigen (vgl. AVIG-Praxis ALE B34a). Hätte der Beschwerdeführer nun mit seinem geleisteten 20%-Pensum ein Einkommen erwirtschaftet und die an ihn erfolgten Lohnzahlungen klar dokumentieren können, wäre dies als ver sicherter Verdienst berücksichtigt worden. Daraus geht hervor, dass er sich eben falls anzurechnen hat, wenn er mit der für die Z.\_\_\_\_ GmbH ausgeübten Tätigkeit - wie vorliegend geltend gemacht - kein Einkommen erwirtschaftet hat, ist doch der in Art. 40 AVIV angegebene Mindestbetrag von Fr. 500.-- als Durchschnitts wert des aus verschiedenen Arbeitsverhältnissen erzielten Lohnes zu sehen.

Damit ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin den versicherten Verdienst des Beschwerdeführers aus den beiden unselbständigen Arbeitsverhältnissen in einem Pensum von insgesamt 80 % korrekt entsprechend dem Vermittlungsgrad auf Fr. 6'094.-- festgesetzt hat (Fr. 8'125.--/80 x 60).

### **E. 3.4**

Zu prüfen bleibt, ob sich die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene An rechnung eines fiktiven Zwischenverdienstes für die über die Z.\_\_\_\_ GmbH aus geübte Tätigkeit des Beschwerdeführers (vorstehend E. 2.2) als rechtens erweist. Da festgehalten wurde, dass es sich bei der für die Z.\_\_\_\_ GmbH ausgeübten Tätigkeit um eine in arbeitgeberähnlicher Stellung ausgeübte unselbständige Tätigkeit handelt (vorstehend E. 3.2.4) und nicht um eine auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit, kann ein Zwischenverdienst grundsätzlich angerechnet werden (vgl. AVIG-Praxis ALE B34a).

Hinsichtlich der vom Gesetz genannten selbständigen Erwerbstätigkeiten gilt es jedoch anzumerken, dass entsprechend dem Gedanken des Zwischenverdienstes als ein zeitlich begrenztes Ersatzeinkommen hier nur eine vorübergehende, zeit lich beschränkte und investitionsarme selbständige Erwerbstätigkeit in Frage kommt ( Thomas Nussbaumer , Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 3. Auflage, Basel 2015, S. 2389 Rz 418 ). Wie sich aus dem Entscheid des AWA vom 7. September 2020 (Urk. 6/55-57) einher gehend mit der Aktenlage und den Äusserungen des Beschwerdeführers ergibt, erfüllt die in arbeitgeberähnlicher Stellung ausgeübte Tätigkeit für die Z.\_\_\_\_ GmbH die Erfordernisse einer bloss vorübergehenden, zeitlich beschränkten und investitionsarmen Tätigkeit nicht.

Anzurechnen ist sodann jedes innerhalb einer Kontrollperiode erzielte Ein kommen aus Zwischenverdienst (vgl. vorstehend E. 1.3). Wird unbestrittener massen kein Einkommen erzielt und fehlen wie vorliegend jegliche Hinweise auf einen Missbrauchstatbestand, besteht kein Raum für die Anrechnung eines fiktiven Zwischenverdienstes. Insbesondere jedoch erweist es sich als inkonse quent, wenn die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Berechnung des versicherten Verdienstes aus der Tätigkeit des Beschwerdeführers für die Z.\_\_\_\_ GmbH infolge der Gründungsphase ein Einkommen von Fr. 0.-- anrechnet und dann im Rahmen der Berechnung des Taggeldes entgegen dieser Annahme von einem fiktiven Einkommen ausgeht. Unter diesen Gesichtspunkten rechtfertigt sich die Anrechnung eines fiktiven Zwischenverdienstes vorliegend nicht, was zur diesbezüglichen Gutheissung der Beschwerde führt.

### **E. 4**

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

## E. 5

Gegen diese Entscheidung 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 bei zulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die Einzelrichterin Die Gerichtsschreiberin Sager Schucan

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