

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00156 vom 28. Februar 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-02-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00156

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00156 du 28 février 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00156 del 28 febbraio 2023

Erwägungen

E. 1

erhobene Einsprache (Urk. 7/34-37) wies die Kasse mit Einspracheentscheid Nr. ... vom 18. Mai 2022 (Urk. 7/27-33 = Urk. 2) ab.

E. 1.1

Gemäss Art. 51 Abs. 1 des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) haben beitragspflichtige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn: a)

gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen oder b)

der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offen sichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet , die Kosten vorzuschüssen, oder c)

sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben.

E. 1.2

Keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung 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 (Art. 51 Abs. 2 AVIG).

E. 1.3

Die Insolvenzenschädigung deckt für das gleiche Arbeitsverhältnis Lohnforderungen für höchstens die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen (Art. 52 Abs. 1 AVIG).

E. 1.4

Die Insolvenzenschädigung ist eine Lohnausfallversicherung bei Zahlungs unfähigkeit des Arbeitgebers. Sie setzt eine Lohnforderung der versicherten Person gegenüber dem insolventen Arbeitgeber voraus. Unter Lohnforderung im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AVIG ist grundsätzlich der massgebende Lohn gemäss Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetz es über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) zu verstehen, einschliesslich der

geschuldeten Zulagen. Als zweiseitiger Vertrag verpflichtet der Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Leistung von Arbeit und den Arbeitgeber zur Entrichtung eines Lohnes. Die Rechtsfolge besteht aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht darin, dass die Lohnforderung grundsätzlich an die Leistung von Arbeit gebunden ist. Der Schutzzweck der Insolvenzenschädigung erstreckt sich daher nur auf tatsächlich geleistete, aber nicht entlohnte Arbeit; sie erfasst nicht Lohnforderungen wegen (ungerechtfertigter) vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses und für noch nicht bezogene Ferien. Diese Praxis stützt sich auf den Gesetzeswortlaut und den klaren Willen des Gesetzgebers (BGE 132 V 82 E. 3.1 mit Hinweis).

Im Einzelnen ist ein Lohnbestandteil von der Insolvenzenschädigung nur gedeckt, wenn die versicherte Person für den von Art. 52 Abs. 1 AVIG vor geschriebenen Zeitraum unter Annahme eines fortbestehenden Arbeitsverhältnisses und eines zahlungsfähigen Arbeitgebers berechnete Aussichten auf dessen Auszahlung haben konnte. Dazu gehört ein anteilmässiger 13. Monatslohn, weil dieser pro rata temporis in Geld erworben wird, und die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit diesem normalerweise gegen Ende des Kalenderjahrs ausbezahlten Lohnanteil bereits Anfang Jahr rechnen können. Wie der 13. Monatslohn bilden auch die Ferien- und Überstundenentschädigungen grundsätzlich einen Bestandteil des massgebenden Lohnes (BGE 137 V 96 E. 6.2-6.3).

Die Kasse darf gemäss Art. 74 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) eine Insolvenzenschädigung nur ausrichten, wenn die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Lohnforderungen glaubhaft machen. Mit dieser Bestimmung werden die Beweisanforderungen bezüglich der Lohnforderungen herabgesetzt. Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen müssen demgegenüber mit dem üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt sein (BGE 144 V 427 E. 3.3).

E. 1.5

Gemäss Art. 53 Abs. 1

AVIG müssen im Konkursfall des Arbeitgebers die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihren Entschädigungsanspruch spätestens 60 Tage nach der Veröffentlichung des Konkurses im SHAB bei der öffentlichen Kasse stellen, die am Ort des Betreibungs- und Konkursamtes zuständig ist. 2.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin führte zur Begründung des angefochtenen Entscheids (Urk. 2) aus, im Anstellungsvertrag des Beschwerdeführers von Januar 2018 sei für die Anstellung des Beschwerdeführers in einem Pensum von 20 %

ein Bruttogehalt von Fr. 24'000.-- (12 x Fr. 2'000.--) und mit Vertragsänderung vom 18. Juni 2018 für eine nunmehr vollzeitliche Anstellung ein Bruttogehalt von Fr. 72'000.-- (12 x Fr. 6'000.--) vereinbart worden. Mit Vertragsergänzung vom 25. Juni 2019 sei der Bruttogehalt per 1. Juli 2019 einvernehmlich auf Fr. 180'000.-- (12 x Fr. 15'000.--) erhöht, die Auszahlung indes zu Gunsten der Geschäftsentwicklung aufgeschoben worden, mit der Option, diesen Aufschub während und bis drei Monate nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses als Anspruch durch Geldleistung geltend zu machen (S. 5 Mitte). Dem Begehren des Beschwerdeführers, die Differenz zwischen dem ihm tatsächlich ausbezahlten Bruttomonatslohn von Fr. 6'000.-- und dem mittels Vertragsergänzung

vereinbarten Bruttomonatslohn von Fr. 15'000.-- bei der Ausrichtung der Insolvenzenschädigung zu berücksichtigen, könne nicht statt gegeben werden. Da die Auszahlung des erhöhten Lohnes in der Vertragsergänzung aufgeschoben worden sei, sei davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer schon zum damaligen Zeitpunkt gewisse finanzielle Schwierigkeiten der Y.____ AG bekannt gewesen seien oder ihm zumindest bewusst gewesen sei, dass die Y.____ AG nicht in der Lage sein könnte, den Lohn entsprechend der Vertragsergänzung zu entrichten. Ansonsten wäre der höhere Lohn bereits rechtzeitig vertragsgemäss entrichtet worden. Zudem hätte der Beschwerdeführer wohl kaum einem Zahlungsaufschub zugestimmt, wenn die Y.____ AG damals tatsächlich in der Lage gewesen wäre, ihrer Lohnzahlungspflicht nachzukommen. Erst als am 28. April 2021 eine baldige Konkursöffnung unausweichlich ersahen sei, habe der Beschwerdeführer am 30. April 2021 bewusst noch die Lohndifferenz der letzten 22 Monate geltend gemacht, den Zahlungsaufschub hinsichtlich künftiger Lohnforderungen widerrufen und die Y.____ AG in der Folge erfolglos gemahnt. Aufgrund der gesamten Umstände sei davon auszugehen, dass jede der geschilderten Handlungen äusserst kalküliert erfolgt sei, damit bei der Berechnung der Insolvenzenschädigung möglichst der höhere Bruttomonatslohn berücksichtigt werde (S. 6 oben). Wenn ein Arbeitnehmer zugunsten eines sich in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen Arbeitgebers auf einen Teil des Lohnes verzichte, müsse er sich dies im Falle des Eintritts eines Insolvenztatbestandes auch gegenüber der Arbeitslosenkasse anrechnen lassen. Zudem habe sich der Beschwerdeführer während beinahe zwei Jahren mit weniger als der Hälfte des ihm zustehenden Lohnes begnügt, und die von ihm angeführten Gründe, weshalb er den Aufschub am 30. April 2021 rechtmässig widerrufen haben wolle, vermöchten nicht zu überzeugen. Abgesehen davon sei die in der Vertragsergänzung vereinbarte Lohnerhöhung um 150 % nicht objektiv begründbar, zumal sich die Y.____ AG zum Zeitpunkt der Vereinbarung auch schon in finanziellen Schwierigkeiten befunden habe und sich die Funktion und Aufgaben des Beschwerdeführers nicht geändert hätten. Eine Entlohnung in der vereinbarten Höhe erscheine denn auch offensichtlich nicht als orts- und branchenüblich (S. 6 Mitte). Im Weiteren stelle sich auch die Frage, ob die Parteien am 25. Juni 2019 nicht gar einen simulierten und damit unwirksamen Vertrag abgeschlossen hätten, sei dieser doch immerhin während knapp zwei Jahren nicht beachtet worden (S. 6 unten). Aufgrund der gesamten Umstände sei davon auszugehen, dass die Y.____ AG und der Beschwerdeführer Liquiditätsprobleme über die Arbeitslosenkasse hätten abfedern wollen. Mit der objektiv nicht begründeten Erhöhung des Lohnes sei in erster Linie bezweckt worden, erhöhte Leistungen von der Arbeitslosenversicherung zu erlangen, was rechtsmissbräuchlich sei (S. 6 unten, S. 7 oben). Da der Beschwerdeführer während der insolvenzenschädigungsberechtigenden Zeit den vollen Bruttomonatslohn von Fr. 6'000.-- erhalten habe, stehe ihm lediglich der Ferienanteil für die Zeitspanne vom 1. April bis 31. Juli 2021 zu, welcher sich ebenfalls auf einen Bruttomonatslohn von Fr. 6'000.-- zu stützen habe (S. 7 Ziff. 5).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer machte demgegenüber geltend (Urk. 1), der Vorwurf der Beschwerdegegnerin, er hätte mehr als zwei Jahre vor dem Konkurs den Fokus bereits darauf gerichtet gehabt, dass irgendwann in absehbarer Zeit die Insolvenzenschädigung abzuholen sei, sei realitätsfremd (S. 4 unten, S. 5 oben). Die im Einspracheentscheid gestützt auf die Ausführungen in der Einsprache vom 17. Dezember 2021 wiedergegebene Sachverhaltsbeschreibung (betreffend den Streit der Y.____ AG als Muttergesellschaft mit

ihrer Tochtergesellschaft, der D.____ GmbH, und dessen Folgen, vgl. Urk. 2 S. 3 f. Ziff. 2) könne bei Bedarf sehr viel detaillierter wiedergegeben und mit 100 Seiten Strafanzeige schrift (in Sachen B.____ / Y.____ AG gegen Dr. C.____ , vgl. S. 6 oben, S. 7 unten) respektive Beweismaterial angereichert werden (S. 5 Mitte). Der von der Beschwerdegegnerin als Grundlage für ihre Entscheidungsfindung auf gebauten Spekulation einer unternehmerischen Schieflage im Jahr 2019 sei mit aller Vehemenz entgegenzutreten (S. 5 unten). Das Jahr 2019 sei für die Y.____ AG ein Aufbruchsjahr gewesen. Die neugegründete 100%ige Tochtergesellschaft in Deutschland sei ab 2019 stark ausgebaut worden und habe im Mai 2021 bereits etwa 60 Mitarbeiter gehabt. In der Folgezeit seien in Deutschland die ersten grösseren staatlichen Forschungsprojekte vereinnahmt worden und in der Schweiz hätten später Pilotverträge mit namhaften potenziellen Produkt abnehmern abgeschlossen werden können (S. 5 Mitte). Dass die Y.____ AG eines der vielversprechendsten Start-up-Unternehmen der Schweiz der vergangenen Jahre gewesen sei, zeige sich nicht zuletzt an den Aktienverkäufen, welche Dr. C.____ bis noch ins Frühjahr 2021 hinein getätigt habe. Zudem sei belegt, dass namhafte Personen ein Investitionsinteresse gezeigt hätten (S. 5 unten). Insbesondere sei bekannt gewesen, dass die Y.____ AG bereits damals über eine Software respektive einen Quellcode verfügt habe, wo für Investoren bereits vor Mai 2018 rund 80 Millionen Franken geboten hätten (S. 6 oben). 2019 seien Dr. C.____ und B.____ davon ausgegangen, dass sie die Gesellschaft innerhalb der nächsten zwei Jahre mit sehr viel Erfolg und Gewinn in den Aktienmarkt einbringen können. Dies sei auch der Grund für die damalige Verbesserung der Arbeitsverträge gewesen. Der vereinbarte Lohnaufschub komme weder dem Wort nach noch im Sinn und Zweck einem Verzicht gleich. Das Team der Y.____ AG sei vollends auf den eigenen Erfolg und den zukünftigen Börsengang fokussiert gewesen. Der Lohnaufschub sei als Beschleunigung des Unternehmenserfolgs verstanden worden, welcher zu einem späteren Zeitpunkt wieder eingebracht werden könne (S. 6 Mitte). Das Ziel sei es gewesen, den Aufschub zu widerrufen, sobald die Y.____ AG die Entwicklung ihres AI-Produktes erfolgreich abgeschlossen habe, was gemäss Plan im Juni 2021 hätte der Fall sein sollen. Dafür sei Tag und Nacht gearbeitet worden . Neben der Schweizer Armee seien viele andere nationale und internationale Unternehmen im Begriffe gewesen , Projekte umzusetzen, habe die Y.____ AG doch bereits über eine eigene Software und die dafür notwendige Produktentwicklung verfügt. Am 28. April 2021 sei dann die Welt zusammengebrochen. Dr. C.____ habe kriminelle Machenschaften an den Tag gelegt, weshalb es nicht mehr zumutbar gewesen sei, auf den Lohnaufschub zu verzichten (S. 6 unten). Dies sei der einzige Auslöser gewesen, welcher ihn (den Beschwerdeführer) dazu veranlasst habe, zwei Tage später den Lohnaufschub zu widerrufen. Inwiefern der Sachverhalt auf ein simuliertes Geschäft hinweise, erschliesse sich in keiner Weise (S. 7 oben). Der mit der Lohnerhöhung vereinbarte Lohn sei mit Aussicht auf Erfolg zu Gunsten der Geschäftsentwicklung aufgeschoben worden. Mit der späteren Auszahlung habe effektiv gerechnet werden können . Diese Start-up-Mentalität habe als gerichtsnotorisch zu gelten (S. 7 Mitte). Die Unterstellungen der Beschwerde gegnerin seien haltlos. Der Konkurs der Muttergesellschaft sei vom Geschäftspartner und damaligen Verwaltungsrat Dr. C.____ absichtlich herbei geführt worden, um den in Aussicht stehenden Erfolg für sich alleine in Anspruch nehmen zu können (S. 7 unten). Die Beschwerdegegnerin habe keinerlei Untersuchungen

zur Unternehmenssituation im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vertragsergänzung vom 25. Juni 2019 vorgenommen und für ihre Behauptungen gebe es keine Sachverhaltsstütze (S. 8 oben). Dass der Widerruf des Lohnaufschubs in keinem Zusammenhang mit der Insolvenzenschädigung gestanden habe, sei im Übrigen bereits im Einspracheverfahren dargelegt worden (S. 8 unten).

E. 2.3

In der Beschwerdeantwort (Urk. 6) hielt die Beschwerdegegnerin dem entgegen, auch wenn die Y.____ AG zum Zeitpunkt der Vertragsergänzung vom 25. Juni 2019 davon ausgegangen sei, dass sie sich innerhalb der nächsten zwei Jahre mit sehr viel Erfolg und Gewinn in den Aktienmarkt werde einbringen können, handle es sich dabei um eine reine Annahme und Hoffnung. Es habe folglich nach wie vor das Risiko eines Misserfolgs des Unternehmens und damit auch das Risiko bestanden, dass die vereinbarte Lohndifferenz gar nie werde ausgerichtet werden können. Da die Lohnerhöhung ausdrücklich zu Gunsten der Geschäftsentwicklung der Y.____ AG aufgeschoben worden sei, sei dem Beschwerdeführer zumindest bewusst gewesen, dass die Y.____ AG unter Umständen nicht in der Lage sein werde, den Lohn entsprechend der Vertragsergänzung zu entrichten. Zudem stelle sich die Frage, warum mit der Lohnerhöhung um 150 % nicht zu gewartet worden sei, bis die Y.____ AG tatsächlich in der Lage gewesen sei, die Lohndifferenz auch zu entrichten beziehungsweise weshalb nicht vorerst eine Lohnerhöhung in einem Umfang vorgenommen worden sei, wie sie die finanzielle Situation tatsächlich zugelassen habe (S. 2 f. Ziff. 3). 3.

E. 3

Mit Verfügungen vom 7. Dezember 2021 und diese bestätigenden Einspracheentscheiden Nr. ... und Nr. ... vom 18. Mai 2022 hatte die Kasse auch Z.____ und A.____

(vgl. vorstehend Ziff. 1.1) je eine Insolvenzentschädigung für den Ferienanteil in der Zeit vom 1. April bis 31. Juli 2021 zu gesprochen. Betreffend die von Z.____ und A.____

dagegen (ebenfalls) am 31. Mai 2022 erhobenen Beschwerden wird das

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit heutige m Datum

ebenfalls den Endentscheid fällen (Verfahren AL.2022.0015

E. 3.1

Die Y.____ AG bezweckte unter anderem den Erwerb und die Entwicklung von Software und deren Nutzungsüberlassung an Dritte, verbunden mit der Organisations- und Einsatzbetreuung (Urk. 7/44

oben).

Gemäss der am 18. Juni 2018 vom Beschwerdeführer und der damals noch als GmbH im Handelsregister eingetragenen Y.____

unterzeichneten « Änderung zum Arbeitsvertrag vom Januar 2018 » (Urk. 7/91 ;

Arbeitsvertrag vom Januar 2018 :

Urk. 7/100-105) war der Beschwerdeführer ab dem 1. Juli 2018 vollzeitlich als Leiter AI und Big Data Advisor

bei der Y.____ GmbH angestellt und es wurde ein Bruttomonatslohn von Fr. 6'000.-- beziehungsweise ein Jahreslohn von Fr. 72'000.-- (12 x Fr. 6'000.--) vereinbart.

E. 3.2

Am 25. Juni 2019 (Urk. 7/90) vereinbarten der Beschwerdeführer und die ab 21. Mai 2019 neu als AG im Handelsregister eingetragene Y.____ (vgl. www.zefix.ch) «in Ergänzung zum Arbeitsvertrag vom 01.02.2018», dass der Bruttojahreslohn des Beschwerdeführers ab 1. Juli 2019 Fr. 180'000.-- (12 x Fr. 15'000.--) betrage. Die Vertragsparteien hielten weiter fest, dass die erhöhten Lohnforderungen bis auf Weiteres zu Gunsten der Geschäftsentwicklung der Firma aufgeschoben würden. Der Arbeitnehmer könne während und bis drei Monate nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses, egal aus welchem Grund, diesen Aufschub als Anspruch durch Geldleistung geltend machen. Die Berechnung der Forderung resultiere aus der Differenz zwischen gezahlter Lohnsumme zum obigen Bruttojahreslohn. Ein Vergleich werde ausgeschlossen. Die maximale Dauer für den Aufschub des Lohnes sei 60 Monate. Beide Parteien verpflichteten sich im schlechtesten Fall zur Einhaltung dieser Frist. Der Arbeitnehmer könne jederzeit diesen Anspruch auf Geldleistung geltend machen. Bei Erreichung der Frist müsse eine Geldwert-Entschädigung angeboten werden.

E. 3.3

Am 30. April 2021 unterzeichneten der Beschwerdeführer und B.____ für die Y.____ AG ein Dokument mit dem Betreff «Forderung der Differenz zwischen gezahlter Lohnsumme und Bruttolohn aus der Ergänzung zum Arbeitsvertrag vom 01.02.2018» (Urk. 7/89). Es wurde festgehalten, dass die Y.____ AG dem Beschwerdeführer Fr. 198'000.-- (22 x [Fr. 15'000.-- - Fr. 6'000.--]) schulde und diese Geldleistung per 30. April 2021 geltend gemacht werde. Zudem würden zukünftige Aufschübe von Lohnforderungen aufgehoben. Dies bedeute, dass der Monatslohn ab 1. Mai 2021 Fr. 15'000.-- sei.

Bezugnehmend auf dieses Dokument forderte der Beschwerdeführer die Y.____ AG mit Mahnschreiben vom 31. Mai 2021 (Urk. 7/81) und vom 30. Juni 2021 (Urk. 7/75) zur Bezahlung der ausstehenden Geldleistungen (Fr. 207'000.-- per 31. Mai 2021 beziehungsweise Fr. 216'000.-- per 30. Juni 2021) sowie zur Entrichtung eines Monatslohnes von Fr. 15'000.-- für den jeweils folgenden Monat auf. Mit Schreiben vom 31. Juli 2021 (Urk. 7/67) forderte er die Y.____ AG zur Bezahlung von Fr. 225'000.-- auf und drohte ihr die Betreuung an.

E. 3.4

Mit Schreiben vom 21. Juni 2021 (Urk. 7/88) kündigte die Y.____ AG das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer auf den nächstmöglichen Termin. Zur Begründung führte der unterzeichnende B.____ im Wesentlichen aus, dass die Y.____ AG aufgrund dessen, dass die Software IP gestohlen worden sei, immer noch ausgesperrt sei von den eigenen Systemen, daher seit einiger Zeit keine Kunden mehr bedienen könne und folglich auf unabsehbare Zeit keine Einnahmequellen mehr ersichtlich seien. Zudem seien der Y.____ AG ohne ihr Verschulden hohe Schäden entstanden. Obwohl das Team ausserordentlich gute Projekte gewonnen habe, hätten aufgrund des fehlenden Zugriffs auf die eigene Software alle Kundenprojekte eingestellt werden müssen.

Gemäss den Angaben des Beschwerdeführers in den Anträgen auf Insolvenzentuschädigung war der letzte von ihm geleistete Arbeitstag der 30. Juli 2021 (Urk. 7/111

Ziff. 7, Urk. 7/82

Ziff. 7).

E. 4

und AL.2022.00155). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 4.1

Unbestritten ist, dass mit dem Konkurs der Y.____ AG am 17. August 2021 ein Insolvenztatbestand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG vorliegt und der Beschwerdeführer am 1. Oktober 2021 innert der gesetzlich vorgesehenen Frist gemäss Art. 53 Abs. 1 AVIG einen Entschädigungsanspruch geltend machte. Nach Abklärungen zur Frage nach einer den Anspruch auf Insolvenzentschädigung ausschliessenden arbeitgeberähnlichen Stellung (Art. 51 Abs. 2 AVIG; vgl. Urk. 7/65-66) gelangte die Beschwerdegegnerin zum Schluss, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich anspruchsberechtigt ist .

E. 4.2

Strittig und zu prüfen ist indes die Höhe der Insolvenzenschädigung in der insolvenzenschädigungsberechtigenden Zeit gemäss Art. 52 Abs. 1 AVIG, das heisst in den vier der Konkurseröffnung vorausgehenden Monaten. Seinen letzten Arbeitstag leistete der Beschwerdeführer eigenen Angaben zufolge (vgl. vorstehend E. 3.4) am 30. Juli 2021. Bis und mit Juli 2021 wurde ihm denn auch der gemäss «Änderung zum Arbeitsvertrag vom Januar 2018»

vom 18. Januar 2018 (vorstehend E. 3.1) vereinbarte Bruttolohn von Fr. 6'000.-- ausbezahlt (vgl. Lohnabrechnungen der Monate April bis Juli 2021, Urk.

E. 7

/106-109 , sowie Kontoauszüge der Monate April bis Juli 2021, Urk. 7/ 68- 71 ; vgl. auch Urk. 7/111

Ziff. 8) .

Indessen stellt sich die Frage, ob die mit der Vertragsergänzung vom 25. Juni 2019 vereinbarte aber gleichzeitig aufgeschobene Lohnerhöhung (vorstehend E. 3.2) bei der Berechnung der Insolvenzenschädigung zu berücksichtigen ist.

Die sich in diesem Zusammenhang stellende Vorfrage ist gemäss den Bestimmungen des OR über den Arbeitsvertrag zu beurteilen. Bei Vorfragen aus einem anderen Rechtsgebiet, deren Beurteilung grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde fällt, steht der Arbeitslosenkasse respektive dem Sozialversicherungsgericht die Befugnis zu deren selbständiger Prüfung zu, solange die an sich zuständige Behörde darüber noch nicht entschieden hat (BGE 120 V 378 E. 3a, 108 II 456 E. 2). Diese Voraussetzung ist hier zu bejahen. Weder ergibt sich aus den Akten noch wurde dargetan, dass die Rechtmässigkeit der Arbeitsvertragsergänzung vom 25. Juni 2019 bereits zivil gerichtlich beurteilt worden ist. 4.3

Der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin ist in der Verwendung des Lohnes grundsätzlich frei. Im Verhältnis zum Arbeitgeber ist aber Art. 323b Abs. 3 OR zu beachten. Danach sind Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Arbeitgebers nichtig. Unter dieses Verbot fällt beispielsweise, wenn der Arbeitnehmer oder

die Arbeitnehmerin sich namentlich im Voraus verpflichtet, einen Teil des Lohnes als Darlehen für bestimmte Zeit beim Arbeitgeber stehen zu lassen (BGE 131 V 44 4 E. 3.3 mit Hinweis auf Adrian Staehelin, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag: Art. 319-330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006, N 22 zu Art. 323b; Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, in: Berner Kommentar, Band VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Bern 2010, N 19 zu Art. 323b mit weiteren Hinweisen), es sei denn, der Arbeitnehmer erkläre sich ausnahmsweise dazu bereit, um einen Beitrag zur Linderung von finanziellen Problemen des Arbeitgebers zu leisten und seinen Arbeitsplatz zu erhalten (Morf Roger Peter, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2011 (= SSA 73), S. 196). 4. 4. 4. 1

Der Beschwerdeführer machte in seiner auf die Gerichtsverfügung vom 23. November 2022 (Urk. 10) hin erstatteten Stellungnahme vom 8. Dezember 2022 (Urk. 12) geltend, die Vertragsänderung vom 25. Juni 2019 stehe nicht im Widerspruch zum klassischen Truckverbot im Sinne von Art. 323b Abs. 3 OR und gelange auch vor dem Hintergrund von Rechtsprechung und Lehre nicht zur Anwendung. Mit der Vertragsänderung vom 25. Juni 2019 seien Lohnforderungen aufgeschoben worden, welche die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer in jedem Fall schuldig geblieben sei. Es handle sich somit nicht um Mitarbeiterbeteiligungen, welche unter Umständen unter Art. 323b Abs. 3 OR fallen könnten. Im mit Vertragsänderung vom 25. Juni 2019 gewährten Aufschub sei auch keine dem Arbeitnehmerschutz widersprechende Stundungsabrede oder ein unzulässiges Darlehen zu erblicken. Denn der vereinbarte Lohnaufschub sei jederzeit frei abrufbar und zudem in seinem persönlichen Interesse an der Geschäftsentwicklung der Firma gewesen, da er Mitaktionär gewesen sei. Die Vertragsänderung vom 25. Juni 2019 werde daher nicht vom Verbot von Art. 323b Abs. 3 OR erfasst. 4. 4. 2

Die Beschwerdegegnerin machte in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2023 (Urk. 14) geltend, wenn in der Vertragsergänzung vom 25. Juni 2019 nicht ohnehin ein fiktives und damit unwirksames Rechtsgeschäft zu erblicken sei, sei sie in Anbetracht von Art. 323b Abs. 3 OR wohl nichtig und damit bei der Berechnung der Insolvenzenschädigung ebenfalls nicht von Relevanz. Das überwiegende Interesse des Aufschubs der höheren Lohnforderung habe bei der Y. AG gelegen. In der Vertragsergänzung sei weder eine unter gewissen Voraussetzungen zulässige Stundungsabrede zu erblicken, noch handle es sich um ein unter dem Gesichtspunkt von Art. 323b Abs. 3 OR zulässiges Darlehen. Denn ob wohl so vereinbart, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die erhöhten Lohnforderungen jederzeit frei abrufbar gewesen seien, nachdem – wie bereits im Einspracheentscheid dargelegt – dem Beschwerdeführer schon zum Zeitpunkt der Vertragsergänzung gewisse Zahlungsschwierigkeiten der Y. AG bekannt gewesen seien oder ihm zumindest bewusst gewesen sei, dass die Y. AG nicht in der Lage sein könnte, den Lohn entsprechend der Vertragsergänzung zu entrichten. Zudem hätte im Falle eines Darlehens die Zusprache eines Zinses erwartet werden dürfen (S. 1 f.). 4. 5 4. 5. 1

Inwiefern die am 25. Juni 2019 zwischen dem Beschwerdeführer und der Y. AG vereinbarte Gehaltserhöhung mit der Ausübung zusätzlicher Funktionen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses in einem Zusammenhang stand, ergibt sich aus der Vertragsergänzung nicht. Darüber wurde darin nichts festgehalten (Urk. 7/90). Die Vereinbarung vom 25. Juni 2019 enthält nebst der Änderung der Höhe des Salärs einzig eine Abrede über die Verwendung der Gehaltserhöhung. Indem der Beschwerdeführer entsprechend der

Vereinbarung auf eine Auszahlung der vereinbarten Lohnerhöhung von Fr. 9'000.-- monatlich zu Gunsten der Geschäftsentwicklung verzichtete, stellte er der Y.____ AG diesen Betrag zur gänzlich freien Verfügung

und konnte diesen aufgeschobenen Lohn in die Geschäftsentwicklung investieren. Dies wird auch durch die Aussage des Beschwerdeführers bestätigt, wonach der Lohnaufschub zur Beschleunigung des Unternehmenserfolgs erfolgt sei (vgl. vorstehend E. 2.2).

Der Beschwerdeführer betonte auch, die Lohnerhöhung sei mit einer Beteiligung am Unternehmen in Folge Übernahme von Aktien gekoppelt gewesen (Urk. 1 S. 6). Die Vereinbarung des Lohnaufschubs wurde am 25. Juni 2019 unterzeichnet (Urk. 7/90), während dessen der vom Beschwerdeführer eingereichte Auszug aus dem Aktienbuch vom 30. April 2021 datiert (Urk. 13/2). Wann die Aktien übertragen wurden, ist nicht aktenkundig und die Ergänzung zum Arbeitsvertrag enthält keinen Vermerk betreffend gleichzeitiger Aktienübertragung. Eine unmittelbare Koppelung von Lohnaufschub und Erwerb von Aktien der Y.____ AG ist damit nicht dargetan. Fest steht nur, dass zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt Aktien der Y.____ AG im Gesamtwert von Fr. 15'000.-- auf den Beschwerdeführer übertragen wurden (Urk. 13/2). Dass der Beschwerdeführer als Mitaktionär ein Interesse an einem erfolgreichen Geschäftsgang der Y.____ AG hatte, mag wohl zutreffen, ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass Letztere aufgrund der getroffenen Vereinbarung über den aufgeschobenen Lohn frei verfügen konnte und damit insbesondere auch die Gefahr bestand, dass die damit getätigten Investitionen sich nicht auszahlen. Hinzu kommt, dass es sich aufgrund des noch ungewissen Erfolgs der Y.____ AG als Startup-Unternehmen beim fraglichen Aktienpaket im Wert von Fr. 15'000.-- (Liberierungswert; Urk. 13/2) nicht annähernd um eine adäquate Gegenleistung zum Lohnaufschub von Fr. 9'000.-- monatlich für längstens 60 Monate gehandelt hat, zumal nach Darstellung des Beschwerdeführers die Aktien zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht börslich gehandelt wurden (Urk. 1 S. 6) und damit nicht über einen effektiven Marktwert verfügten. 4.5.2

Zwar vereinbarten die Parteien, dass der Beschwerdeführer den Lohnaufschub jederzeit als Anspruch durch Geldleistung geltend machen beziehungsweise die Differenz zwischen der gezahlten Lohnsumme und dem erhöhten Bruttojahreslohn fordern könne. Eine derartige Regelung kann Teil einer gültigen Abrede über einen sogenannten Spar- oder Investivlohn sein. Vorauszusetzen ist dabei jedoch, dass der als Guthaben beim Arbeitgeber stehende Lohn zu einem marktüblichen oder höheren Zins verzinst wird (vgl. Stahelin, a.a.O., N 21 zu Art. 323b). Eine Verzinsung war indes vorliegend nicht vorgesehen, sondern es wurde lediglich der Betrag der Lohnerhöhung bei der Arbeitgeberin belassen. Anders als etwa im Falle eines Arbeitnehmers, der wie ein Investor Wertpapiere der Arbeitgeberin kauft (vgl. BGE 131 III 615 E.4, übersetzt in Pra 95 [2006] Nr. 92), hatte die vorliegende Vereinbarung vom 25. Juni 2019 aus Sicht des Beschwerdeführers somit keinen Spar- oder Investitionscharakter. Ferner machte der Beschwerdeführer geltend, potentielle Kunden hätten bereits konkret Interesse an den von der Y.____ AG entwickelten Produkten gezeigt (vgl. Urk. 1 S. 5 f.). Tatsächlich war zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Lohnaufschubes ein Erfolg des Startups aber offen und der weitere Verlauf gestaltete sich auch nicht wie erhofft. Dass im Zeitpunkt der Vereinbarung des Lohnaufschubes mit einer ungünstigen Entwicklung klarerweise nicht gerechnet werden musste, hat der Beschwerdeführer durch nichts näher substantiiert. Im Interesse des Beschwerdeführers als Arbeitnehmer hätte angesichts des Aufschubs von Fr. 9'000.-- pro Monat für längstens 60

Monate (total Fr. 540'000.--) die Abrede einer Verzinsung der aufgeschobenen Lohnforderungen oder einer zumindest teilweisen Sicherstellung der aufgeschobenen Löhne gelegen. Solches kann der Vereinbarung vom 25. Juni 2019 aber nicht entnommen werden. Ohne solche zusätzliche Abreden lag die Verwendung der im Voraus und für die Dauer von längstens 60 Monate aufgeschobenen Lohnauszahlungen offenkundig im Interesse der Y.____ AG als Arbeitgeberin.

Denn mit der Entscheidung, sich keinen Lohn auszahlen zu lassen, sondern diesen der Arbeitgeberin über Jahre hinweg als Darlehen zu gewähren, hat der Beschwerdeführer im Ergebnis das wirtschaftliche beziehungsweise das unternehmerische Risiko der

Y.____ AG mitgetragen. 4.5.3

Im Übrigen hat die Beschwerdegegnerin zutreffend darauf hingewiesen, dass die erhöhten Lohnforderungen im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vertragsergänzung vom 25. Juni 2019 noch nicht fällig waren (Urk. 14 S. 2 Mitte), sodass eine Qualifikation der Vereinbarung als Stundungsabrede, die unter der Voraussetzung als zulässig erachtet wird, dass sie auch im Interesse des Arbeitnehmers liegt, zum Beispiel zur Rettung des (eigenen) Arbeitsplatzes bei vorübergehender Illiquidität (vgl. Staehelin, a.a.O., N 22 zu Art. 323b; vgl. auch Ullin

Streiff /Adrian von Kaenel /Roger Rudolph, in: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich /Basel/Genf 2012, N 7 zu Art. 323b), ausser Betracht fällt. Abgesehen davon bestritt der Beschwerdeführer, dass sich die Y.____ AG im Jahr 2019 in einer unternehmerischen Schieflage befand, und machte vielmehr geltend, das Jahr 2019 sei ein Aufbruchsjahr gewesen (vorstehend E. 2.2). Dies lässt sich aufgrund der aufliegenden Akten indes genauso wenig überprüfen wie die Annahme der Beschwerdegegnerin, die Y.____ AG habe im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vertragsergänzung vom 25. Juni 2019 Liquiditätsprobleme gehabt (vorstehend E. 2.1). Mit Blick auf das in vorstehender E. 4.5.1-2 Ausgeführte können weitere Abklärungen hierzu aber unterbleiben. 4.5.4

Nach dem Gesagten ist die Vereinbarung vom 25. Juni 2019 gestützt auf Art. 323b Abs. 3 OR als unwirksam zu erachten.

Als solche hat sie im Rahmen der Insolvenzenschädigung unberücksichtigt zu bleiben.

Der zusätzliche Lohnanspruch ist nicht rechtsgenügend ausgewiesen (vgl. vorstehende E. 1.4).

Der Entscheid der Beschwerdegegnerin erweist sich daher im Ergebnis als rechtens. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Thomas Stulz, unter Beilage je einer Kopie von Urk. 14 und Urk. 15/1-4 - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, unter Beilage je einer Kopie von Urk.

E. 12

und Urk. 13/1+2 - 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 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 1. Juli bis und mit 1. August sowie vom 1. 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
Die Vorsitzende
Die Gerichtsschreiberin
Fehr
Barblan

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