

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2024.00100

vom 15. August 2024

ZH Sozialversicherungsgericht, 2024-08-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2024.00100

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2024.00100 du 15 août 2024

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2024.00100 del 15 agosto 2024

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1984, war ab dem 1. August 2018 bei der Y.____ AG bzw. der Z.____ AG als Marketing Director angestellt (Urk.

8/6, 8/21/7). Am 8.

September 2023 kündigte sie dieses Arbeitsverhältnis aufgrund ausstehender Lohnzahlungen fristlos (Urk. 8/7) und meldete sich am 3.

Oktober 2023 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) A.____ zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 8/1). Ferner stellte sie bei der Unia Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Unia) am 12. Oktober 2023 den Antrag auf Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 3. Oktober 2023 (Urk. 8/5) und ersuchte am 18. Oktober 2023 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (nachfolgend: ALK) um die Ausrichtung von Insolvenzenschädigung (Urk. 8/14).

Mit Verfügung vom 30. Oktober 2023 verneinte die Unia den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mit der Begründung, der versicherte Verdienst erreiche den gesetzlich festgelegten Mindestbetrag von Fr. 500.-- nicht (Urk.

8/16). Nachdem die Versicherte dagegen am 30. November 2023 und ergänzend am 15. Dezember 2023 Einsprache erhoben hatte (Urk. 8/19, 8/21), forderte die Unia

sie mit Schreiben vom 19. Dezember 2023 zur Einreichung von Bankkontoauszügen auf (Urk. 8/22). Dem kam die Versicherte mit Eingabe vom 31. Januar 2024 nach (Urk. 8/23 f.). Mit Verfügung vom 19. Februar 2024 sistierte die Unia das Einspracheverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Antrages auf Insolvenzenschädigung durch die kantonale Arbeitslosenkasse bzw. bis zu dem rechtskräftigen Abschluss des die ehemalige Arbeitgeberin betreffenden Konkursverfahrens (Urk. 8/25). Am 9. April 2024 orientierte die Versicherte die Unia darüber, dass die ALK den Anspruch auf Insolvenzenschädigung mit Verfügung vom 22. März 2024 verneint habe (Urk.

8/26 f.). Daraufhin hob die Unia mit Einspracheentscheid vom 17. April 2024 die Sistierung des Einspracheverfahrens auf und hiess die Einsprache insofern teilweise gut, als sie den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 3. Oktober 2023 grundsätzlich bejahte und den versicherten Verdienst ab Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (3.

Oktober 2023) auf Fr. 852.-- festsetzte (Urk. 2 = Urk.

8/29).

E. 1.1

Nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normaler Weise 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.

Der Bemessungszeitraum beginnt nach Abs. 3, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstauffalls. 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. 3 bis nach den Absätzen 1-3, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten Jahresdurchschnittlichen Arbeitszeit.

E. 1.2

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; Urteil des Bundesgerichts 8C_749/2018 vom 28. Februar 2019 E. 3.2).

E. 2

Dagegen erhob X.____ am 21. Mai 2024 «Rekurs» (richtig: Beschwerde) mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei die Arbeitslosenentschädigung aufgrund des vereinbarten Lohns zu ihren Gunsten festzustellen und auszurichten (Urk. 1 S. 2). Mit Beschwerdeantwort vom 10. Juni 2024 schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 7), worauf die Beschwerdeführerin mit Replik vom 20. Juni 2024 an ihren Rechtsbegehren festhielt (Urk. 11).

Mit Eingabe vom 8. Juli 2024 beantragte die Beschwerdegegnerin unverändert die Abweisung der Beschwerde und verzichtete im Übrigen auf eine Duplik (Urk. 14). Darüber wurde die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 11. Juli 2024 in Kenntnis gesetzt (Urk. 15). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin erwog im angefochtenen Einspracheentscheid vom 17. April 2024 im Wesentlichen, die Beschwerdeführerin habe vom 1. August 2018 bis 8. September 2023 bei der Y.____

AG bzw. der Z.____ AG gearbeitet. Für die Ermittlung des versicherten Verdienstes seien die tatsächlichen Lohnbezüge innerhalb des Bemessungszeitraums vorliegend dem 9.

September 2022 bis 8. September 2023

massgebend. Auf die Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer könne demgegenüber nur in begründeten Ausnahmefällen abgestellt werden, wobei kein solcher vorliege. Es bedürfe auch keines Nachweises eines konkret erfolgten Missbrauchs, um von der Grundlage des vereinbarten Lohnes abzuweichen (Urk. 2 S. 4 Ziff. 11-13).

In den Monaten September und Oktober 2022 habe die Beschwerdeführerin je einen Bruttolohn von Fr. 5'944.95 erzielt. Danach seien keine Lohnzahlungen mehr erfolgt und die ALK habe einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung abgelehnt. Es ergebe sich somit, dass für den Monat September 2022 ein Betrag von Fr. 4'280.37

und für den Monat Oktober 2022 ein Betrag von Fr. 5'944.95 im versicherten Verdienst zu berücksichtigen sei. Dieser belaufe sich demnach auf Fr.

852.11 respektive gerundet Fr.

852.-- ([Fr. 4'280.37 + Fr. 5'944.95] /

12

Monate). Dies führe zur teilweisen Gutheissung der Einsprache (Urk. 2 S. 4 Ziff.

14 f.).

E. 2.2

In ihrer Beschwerdeschrift vom 21. Mai 2024 rügte die Beschwerdeführerin einerseits eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da die Beschwerdegegnerin nicht begründet habe, weshalb keine Ausnahme vorliege, die es rechtfertigen würde, auf den vereinbarten anstatt auf den tatsächlichen Lohn abzustellen. Andererseits habe die Beschwerdegegnerin ausser Acht gelassen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Abweichung zulässig sei, sofern fiktive Löhne ausgeschlossen werden könnten. In Anbetracht des bereits seit August 2018 bestehenden Arbeitsverhältnisses und den seitdem während zweieinhalb Jahren regelmässig ausgerichteten Löhnen wäre es verfehlt anzunehmen, es hätte sich dabei um fiktive Löhne oder einen anderweitigen Missbrauch gehandelt. Hinzu komme, dass sie [die Beschwerdeführerin] bei den Sozialversicherungen gemeldet gewesen sei und die Z. ___ AG zumindest noch vor den finanziellen Schwierigkeiten regelmässig die entsprechenden Lohnbeiträge abgeführt habe. Vor diesem Hintergrund sei die von der Beschwerdegegnerin vertretene Position nicht gerechtfertigt; für die Berechnung der Höhe der Arbeitslosenentschädigung sei auf den vereinbarten und nicht auf den tatsächlich ausbezahlten Lohn abzustellen (Urk. 1 S. 5 f.).

E. 2.3

Mit Beschwerdeantwort vom 10. Juni 2024 hielt die Beschwerdegegnerin an ihrer Auffassung fest, dass für die Ermittlung des versicherten Verdienstes der im Bemessungszeitraum tatsächlich ausbezahlte Lohn massgebend sei. Anhand der Akten sei ausgewiesen, dass der vertraglich vereinbarte Brutto-Monatslohn von Fr. 11'000.-- zu keinem Zeitpunkt bzw. nicht über einen längeren Zeitraum regelmässig und in der vereinbarten Höhe ausbezahlt worden sei.

Ab November 2022 bis zur Kündigung im September 2023 seien überhaupt keine Lohnzahlungen mehr erfolgt, wobei die Beschwerdeführerin offenbar erstmals im August 2023 ausstehende Lohnzahlungen schriftlich gemahnt bzw. eingefordert habe. Hierzu sei

Folgendes festzuhalten: Wenn ein Arbeitnehmer zur Unterstützung der Arbeitgeberfirma vorläufig auf die Auszahlung des vereinbarten Lohns verzichte und es in der Folge aufgrund Insolvenz des Unternehmens nicht zur Auszahlung des Lohnes komme, könne dieser beim versicherten Verdienst nicht berücksichtigt werden. Andernfalls würde Arbeitslosenentschädigung, deren Bemessung auf dem versicherten Verdienst beruhe, zur Absicherung des unternehmerischen Risikos und demnach zweckwidrig verwendet (Urk. 7 S. 2).

E. 2.4

Mit Replik vom 20. Juni 2024 betonte die Beschwerdeführerin, dass ihr der vereinbarte Monatslohn bis und mit 2020 stets vollständig und regelmässig ausbezahlt worden sei, was die Beschwerdegegnerin ausser Acht lasse. Soweit sie im Übrigen auf die Insolvenzenschädigung verweise, bestehe kein Zusammenhang zur vorliegenden Beschwerde (Urk. 11 S. 2 f.).

E. 3.1

Zunächst ist da formeller Natur (vgl. BGE 144 I 11 E. 5.3, 137 I 195 E. 2.2) die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu prüfen, wobei die Beschwerdeführerin geltend macht, die Beschwerdegegnerin habe sich nicht hinreichend mit ihren Vorbringen auseinandergesetzt (Urk. 1 S. 6).

E. 3.2

Verfügungen der Versicherungsträger müssen, wenn sie den Begehren der Parteien nicht voll entsprechen, eine Begründung enthalten (Art. 49 Abs. 3 Satz 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG), das heisst eine Darstellung des vom Versicherungsträger als relevant erachteten Sachverhaltes und der rechtlichen Erwägungen. Gemäss Art. 52 Abs. 2 Satz 2 ATSG werden Einspracheentscheide begründet. Die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) fliessende Begründungspflicht gebietet nicht, dass sich das kantonale Gericht beziehungsweise der Versicherungsträger mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sich die Behörde auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht respektive der Versicherungsträger hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 142 II 49 E. 9.2, 136 I 229 E. 5.2, je m.w.H.).

E. 3.3

Diesen Anforderungen wird der angefochtene Einspracheentscheid ohne Weiteres gerecht. Die Beschwerdegegnerin legte dar, gestützt auf welche Bemessungsgrundlagen sie den versicherten Verdienst ermittelte und weshalb sie in diesem Zusammenhang den Begehren der Beschwerdeführerin nicht entsprach (Urk. 2 S. 4). Dabei durfte sie sich rechtsprechungsgemäss auf die für ihren Entscheid massgebenden Gesichtspunkte beschränken (BGE 136 I 229 E. 5.2). Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf und es ist nicht ersichtlich, dass der Einspracheentscheid infolge einer ungenügenden Begründung nicht sachgerecht anfechtbar gewesen wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_715/2022 vom 8. März 2023 E. 4.2 mit Hinweisen). Die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs

erweist sich folglich als nicht stichhaltig; eine Rückweisung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs wurde von der Beschwerdeführerin denn auch nicht beantragt.

E. 4

).

E. 4.1

Strittig und zu prüfen ist, ob der versicherte Verdienst gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG auf der Grundlage des tatsächlich von der Beschwerdeführerin erzielten oder des zwischen ihr und der Arbeitgeberin vertraglich vereinbarten Lohns zu berechnen ist (vgl. vorstehende E. 2.1-2).

E. 4.2

Anhand der Akten ist erstellt, dass ab 1. August 2018 zunächst ein 60%-Pensum mit einem jährlichen Bruttogehalt von Fr. 79'200.-- arbeitsvertraglich vereinbart war. Per 1. Januar 2019 wurde der Beschäftigungsgrad auf 100 % erhöht, was mit einem Bruttolohn von Fr. 132'000.-- pro Jahr bzw. Fr. 11'000.-- pro Monat einherging (Urk. 8/ 33, 8/8, 8/21/12-13 und 8/21/16-17).

Unstreitig ist, dass das Salär in den vorliegend von der Beschwerdegegnerin in Anwendung von Art. 37 Abs. 2 AVIV zu Recht für massgebend erachteten zwölf Beitragsmonaten vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug

E. 4.3

In Anbetracht dieser Sachlage ist der Beschwerdegegnerin beizupflichten, dass kein begründeter Anlass besteht, vom Grundsatz der Massgeblichkeit des im Bemessungszeitraums tatsächlich erzielten Lohns abzuweichen. Eine Missbrauchsgefahr kann nämlich unter den konkreten Umständen aus objektiver Sicht (vgl. BGE 128 V 189 E. 3 b) nicht ausgeschlossen werden. So ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin zwar zu Beginn des Anstellungsverhältnisses regelmässig

den vertraglich vereinbarten Lohn ausbezahlt erhalten hat (vgl. Urk. 8/21/10, 8/21/12-13 [Jahr 2018], 8/21/16-17, 8/21/31 [Jahr 2019], 8/21/18 [Jahr 2020, inkl. Kurzarbeitsentschädigung]) und die hierfür geschuldeten Lohnbeiträge an die Sozialversicherungsträger entrichtet wurden (vgl. Urk. 8/21/29, 8/21/32).

Gemäss ihrer

eigenen Darstellung war dies jedoch bereits ab 2021 nicht mehr der Fall (Urk. 1 S. 5, Urk. 11 S. 2), wodurch schliesslich offene Lohnforderungen in der Höhe von über Fr. 230'000.-- resultierten (Urk.

8/21/5-6). Die Beschwerdeführerin muss sich in diesem Zusammenhang mit Blick auf die ihr obliegende Schadenminderungspflicht entgegenhalten lassen, die ausstehenden Lohnforderungen weder zeitnah noch

konsequent geltend gemacht zu haben. Aktenkundig ist lediglich eine an die Arbeitgeberin gerichtete Zahlungsaufforderung vom 7. August 2023. Eine Betreibung leitete sie erst nach fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses im September 2023 ein (Urk. 8/15). Vor diesem Hintergrund wurde auch ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung seitens der ALK mit Verfügung vom 22.

März 2024 verneint (Urk. 8/27).

Aus dem von ihr zitierten Urteil des Bundesgerichts 8C_20/2007 vom 17. Januar 2008 (Urk. 1 S. 5 Ziff. 21) vermag die Beschwerdeführerin folglich nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, da in jenem Fall das Ausbleiben der Lohnzahlung lediglich der Arbeitgeberin angelastet werden konnte und die versicherte Person ernsthaft um die Begleichung der Lohnausstände bemüht war (E. 2.4-2.5). Vorliegend einschlägig ist vielmehr die von der Beschwerdegegnerin angerufene bundes gerichtliche Praxis , wonach die Arbeitslosenentschädigung, die sich nach der Höhe des versicherten Verdienstes richtet, nicht zweckwidrig zur Absicherung des unternehmerischen Risikos verwendet werden darf . Dementsprechend darf Lohn, auf dessen Auszahlung der Arbeitnehmer zur Unterstützung der Arbeitgeberin vorläufig

verzichtet hat und der in der Folge aufgrund einer Insolvenz des Unternehmens nicht zur Auszahlung gelangt, beim versicherten Verdienst nicht berücksichtigt werden

(Urteil des Bundesgerichts 8C_89/2019, 8C_90/2019 vom 19. Juni 2019 E. 5.2 mit Hinweisen).

E. 4.4

Nach dem Gesagten hat die Beschwerdegegnerin den versicherten Verdienst zu Recht ausgehend von den tatsächlichen Lohnbezügen im Bemessungszeitraum und nicht vom vertraglich vereinbarten Lohn ermittelt.

Mangels Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Kalkulation hat es folglich beim versicherten Verdienst von Fr. 852.-- sein Bewenden.

Der angefochtene Einspracheentscheid

vom 17. April 2024 ist demnach nicht zu beanstanden, was zur Abweisung der dagegen erhobenen Beschwerde führt. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Marc Buchmann - Unia Arbeitslosenkasse - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Arbeit (AFA) 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 siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 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 der beschwerdeführenden Partei oder ihrer Rechtsvertretung 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 VorsitzendeDer Gerichtsschreiber

FehrWüersch

E. 9

September 2022 bis 8.

September 2023

nicht in der vereinbarten Höhe ausbezahlt wurde. So wurden der Beschwerdeführerin in den Monaten September und Oktober 2022 lediglich je Fr. 4'500.-- netto ausgerichtet (Urk. 8/9, 8/24/1). Danach floss bis zur fristlosen Kündigung am 8. September 2023 (Urk. 8/7) überhaupt

kein Lohn mehr (Urk.

8/23).

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