Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 161/04

Urteil vom 29. Juli 2005
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Lustenberger und Kernen; Gerichtsschreiber Traub

Parteien
P._____, 1973, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Müller, Kappelergasse 11, 8022 Zürich,

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, Brunngasse 6, 8400 Winterthur, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 11. Juni 2004)

Sachverhalt:
A.
P._____ war in den Jahren 2001 und 2002 beim FC X._____ als Spieler im bezahlten Fussball tätig. Mit Übereinkunft vom 20. Juli 2001 vereinbarte er mit der Fussballclub X._____ AG eine Vertragsdauer vom 1. August 2001 bis zum 30. Juni 2002. Nachdem über die Aktiengesellschaft der Konkurs eröffnet worden war, schloss der Versicherte nunmehr mit dem Fussballclub X._____ direkt für die restliche Laufzeit (1. Januar bis 30. Juni 2002) einen neuen Arbeitsvertrag ab, der den alten Vertrag ersetzte und eine abgeänderte Gehaltsregelung enthielt. Seit dem 1. Juli 2002 bezog P._____ Arbeitslosentaggelder. Gestützt auf Angaben in einer Arbeitgeberbescheinigung zuhanden der Arbeitslosenversicherung wurde der Arbeitslosenentschädigung zunächst ein versicherter Verdienst im Höchstbetrag von Fr. 8900.- zugrunde gelegt. Nachdem eine nähere Überprüfung anhand eines Auszugs aus dem individuellen Konto der AHV-Ausgleichkassen (IK-Auszug) ergeben hatte, dass tatsächlich niedrigere Bezüge geflossen waren, wurde der versicherte Verdienst hinsichtlich der Taggeldabrechnungen für Juli 2002 bis März 2003 rückwirkend auf Fr. 5000.- herabgesetzt. Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich forderte mit Verfügung vom 24. April 2003 Fr. 22'072.-
von P._____ zurück. Auf Einsprache hin erhöhte die Verwaltung den versicherten Verdienst auf Fr. 5066.-, wodurch sich der Rückforderungsbetrag auf Fr. 21'671.25 reduzierte (Entscheid vom 8. September 2003).
B.
Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hiess die hiegegen erhobene Beschwerde teilweise gut, indem es den angefochtenen Entscheid aufhob und die Sache an die Verwaltung zurückwies, damit diese den Betrag der Rückforderung aufgrund eines monatlich versicherten Verdienstes von Fr. 5533.35 berechne und entsprechend neu verfüge (Entscheid vom 11. Juni 2004).
C.
P._____ führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, die Rückzahlungsforderung sei vollumfänglich abzuweisen, eventuell die Streitsache zur Abklärung des Sachverhalts an die Vorinstanz zu-

rückzuweisen.
Die Arbeitslosenkasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Wie das kantonale Gericht zutreffend festgehalten hat, sind nach einer allgemeinen intertemporalrechtlichen Regel diejenigen Vorschriften anwendbar, die zu der Zeit gültig gewesen sind, als sich der zu Rechtsfolgen führende Sachverhalt verwirklicht hat (BGE 130 V 445). Im Vorliegenden sind die bis zum 30. Juni 2003 geltenden Bestimmungen des Arbeitslosenversicherungsrechts beachtlich.
1.2 Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG (vgl. BGE 130 V 318) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Zu Unrecht bezogene Geldleistungen, die auf einer formell rechtskräftigen Verfügung beruhen, können, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind, nur zurückgefordert werden, wenn entweder die für die Wiedererwägung (wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung) oder die für die prozessuale Revision (wegen vorbestandener neuer Tatsachen oder Beweismittel) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 129 V 110 Erw. 1, 126 V 399 Erw. 1).

Strittig und zu prüfen ist die Rechtmässigkeit der Rückforderung eines Teils der vom Beschwerdeführer zwischen Juli 2002 und März 2003 bezogenen Arbeitslosenentschädigung. Der Umfang des Leistungsanspruchs ist von der zutreffenden Höhe des versicherten Verdienstes abhängig, diese wiederum vom massgebenden Bemessungszeitraum (Erw. 2 hienach) sowie von der Frage, ob die vertraglich vereinbarten Bezüge mitsamt variablen, erfolgsabhängigen Lohnbestandteilen oder aber die effektiven, tieferen Auszahlungen als Bemessungsgrundlage heranzuziehen sind (Erw. 3).
2.
2.1 Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen. Der Höchstbetrag des versicherten Verdienstes entspricht demjenigen der obligatorischen Unfallversicherung (Art. 23 Abs. 1 AVIG). Der Bundesrat hat in Art. 37 AVIV ausführende Bestimmungen erlassen. Danach gilt als Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst in der Regel der letzte Beitragsmonat vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Abs. 1). Davon kann unter anderem bei Lohnschwankungen abgewichen werden, die in der Art des Arbeitsverhältnisses liegen; hier wird der versicherte Verdienst aus den letzten zwölf Monaten ermittelt (Art. 37 Abs. 3bis AVIV).
2.2 Der Versicherte hat mit der Fussballclub X._____ AG am 20. Juli 2001 einen befristeten Vertrag mit Laufzeit vom 1. August 2001 bis zum 30. Juni 2002 abgeschlossen. Hinsichtlich der Entlöhnung sah das Vertragswerk vor, dass der Spieler einen monatlichen Grundlohn von Fr. 5500.- (brutto) sowie Spesen von Fr. 500.- beziehen sollte; daneben wurde eine Einsatzprämie von Fr. 1000.- pro Spiel vorgesehen, sofern der Spieler während jeweils mindestens 45 Minuten zum Einsatz gelangt, sowie "übrige Leistungsprämien gemäss neuem Prämienreglement". Zugesichert wurden dem Beschwerdeführer schliesslich nach Anzahl von Einsätzen gestaffelte Prämien für den Fall, dass die Finalrunde der Fussballmeisterschaft erreicht werde. Nachdem der Konkurs über die Aktiengesellschaft eröffnet worden war, schloss der Verein selber mit dem Versicherten am 1. Januar 2002 einen neuen Kontrakt, welcher für die verbliebene Vertragsdauer an die Stelle der bisherigen, nunmehr gegenstandslos gewordenen Vereinbarung trat (zum Verhältnis zwischen Verein und AG vgl. Urs Scherrer, Die Aktiengesellschaft im Schweizer Fussball, in: SpuRt 1998 S. 42 f.). Das Grundgehalt wurde, bei unveränderter Spesenregelung, auf Fr. 5000.- gesenkt; hinsichtlich der variablen
Lohnbestandteile findet sich lediglich noch ein pauschaler Hinweis auf die entsprechende Vereinsregelung ("Prämien wie Kader 1. Mannschaft").
2.3
2.3.1 Das Gehalt des Beschwerdeführers war, wie branchenüblich, von einer starken erfolgsabhängigen Komponente geprägt (vgl. etwa Urteil B. vom 7. Februar 2001, C 377/00, Erw. 2b). Leistungsprämien gehören - im Gegensatz zur Spesenentschädigung (ARV 1992 Nr. 14 S. 141 mit Hinweis) - zum massgebenden Lohn nach Art. 5 Abs. 2 AHVG und Art. 7 lit. c AHVV, an welchem sich der Begriff des versicherten Verdienstes ori-

entiert (BGE 122 V 365 Erw. 4b). Damit ist zu prüfen, ob den zwangsläufig auftretenden Lohnschwankungen - grundsätzlich, unabhängig von den tatsächlich ausbezahlten Bezügen - Rechnung zu tragen ist, indem der Bemessungszeitraum gemäss Art. 37 Abs. 3bis AVIV auf bis zu zwölf der letzten Beitragsmonate vor Eintritt der Arbeitslosigkeit ausgedehnt wird. Dies kommt hier nur in Frage, wenn die Entschädigungsverhältnisse, wie sie für die Zeit vor dem 1. Januar 2002 vereinbart waren, mit dem Abschluss des neuen, novatorischen Vertrags für die hier interessierenden Belange nicht hinfällig geworden sind.
2.3.2 Es handelt sich um die Fortführung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses im Rahmen der ursprünglich vorgesehenen Vertragsdauer, aber zu veränderten Bedingungen. Die Tragweite der nur noch ganz pauschal gefassten Umschreibung der Prämienanrechte ist zwar allein aus dem Vertragstext, ohne zusätzliche Kenntnis des vereinsinternen Reglements und der geltenden Usanzen, nicht möglich. Angesichts der wirtschaftlichen Lage des Vereins zur fraglichen Zeit ist immerhin anzunehmen, dass nicht nur im Fixum, sondern auch hinsichtlich der variablen Lohnbestandteile geringere Bezüge beabsichtigt waren. Dass der Beschwerdeführer aufgrund der im Fussballgeschäft herrschenden Sachzwänge (begrenzter Markt, verbandsrechtliche Transferhemmnisse) und anderer Eigenheiten des Sports (Wahrung des sportlichen Images auch hinsichtlich der Einhaltung von Verpflichtungen in schwierigen Zeiten) für die verbleibende Vertragszeit gegenüber seinem juristisch neuen, faktisch aber bisherigen Arbeitgeber in für ihn schlechtere Konditionen eingewilligt hat, soll ihm prinzipiell nicht zum Nachteil gereichen, da sich dieses Verhalten - aus der Sicht der Arbeitslosenversicherung - unverkennbar schadenmindernd auswirkt (vgl. BGE 127 V 351 Erw. 3d, 112 V 220).

Nach dem Gesagten steht die Neukontrahierung während laufender Vertragszeit einer Anwendung von Art. 37 Abs. 3bis AVIV nicht entgegen, wie die Verwaltung zu Recht erkannt hat. Der Bemessungszeitraum erstreckt sich auf die gesamte Beschäftigungsdauer beim FC X._____, reicht also von August 2001 bis Juni 2002.
3.
In Abweichung von den vertraglichen Bedingungen (Erw. 2.2 hievor) erhielt der Beschwerdeführer, soweit auf den IK-Auszug abgestellt wird, im Zeitraum August bis Dezember 2001 ein Monatsgehalt von durchschnittlich Fr. 4505.- ausbezahlt, von Januar bis Juni 2002 ein solches über gemittelte Fr. 5533.-. Laut Arbeitgeberbescheinigung vom 17. Januar 2002 errechnet sich hingegen, offenbar unter (hypothetischem) Einbezug aller vereinbarter Lohnbestandteile, zumindest unter dem Regime des alten Vertrages ein monatlicher Verdienst von Fr. 11'450.-. Fraglich bleibt, wie mit der Diskrepanz zwischen dem vertraglichen Guthaben und den effektiven Bezügen umzugehen ist.
3.1
3.1.1 Bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes ist grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen (BGE 123 V 72 Erw. 3; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Basel 1998, S. 115 f. Rz. 302). 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 (vgl. ARV 1995 Nr. 15 S. 81 Erw. 2c), praktisch ausgeschlossen werden kann. Ob subjektiv die Absicht einer Gesetzesumgehung bestand oder zumindest eine solche in Kauf genommen wurde, ist nicht von Bedeutung. Entscheidend ist die unter objektivem Gesichtswinkel zu bejahende Missbrauchsgefahr. Eine restriktive Haltung dergestalt, dass bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nur in begründeten Ausnahmefällen auf die Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen ist, erscheint auch aus gesetzessystematischen Gründen geboten. Für die Erfüllung der Mindestbeitragszeit von sechs oder zwölf Monaten innerhalb der Rahmenfrist als eine Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 13 Abs. 1 AVIG) genügt die
Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nicht. Vielmehr bildet eine solche Tätigkeit nur Beitragszeiten, wenn und soweit hiefür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird (BGE 128 V 190 f. Erw. 3a/aa und 3b mit Hinweisen; ARV 2003 S. 115 Erw. 1).
3.1.2 Die Praxis, in begründeten Ausnahmefällen auf das vertraglich geschuldete Gehalt abzustellen, rechtfertigt sich - unabhängig davon, dass Beiträge nur auf den effektiv bezahlten Löhnen abgerechnet wurden -, weil der Schutzzweck der Arbeitslosenversicherung (vgl. Art. 1a Abs. 1 AVIG) es gebietet, einen Versicherten, dessen Arbeitgeber seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkam bzw. nicht nachkommen konnte, nicht noch zusätzlich mit einer Kürzung der Leistungsanwartschaft zu "bestrafen", also den bereits bei bestehendem Arbeitsverhältnis erlittenen Erwerbsausfall in das versicherte Risiko der Arbeitslosigkeit zu übernehmen und

daselbst fortzusetzen.
3.2
3.2.1 Vorliegend kann ausgeschlossen werden, dass überhöhte Entschädigungen vereinbart worden sind, auf deren Auszahlung von vornherein keine Aussicht bestand. Es ist - vor dem Hintergrund der Kurzlebigkeit der Verhältnisse im professionellen Fussballgeschäft und im Unterschied zu den dem nicht veröffentlichten Urteil P. vom 31. Mai 1994 (C 14/94) zugrunde liegenden Rahmenbedingungen - selbst dann keine Missbrauchsgefahr feststellbar, wenn man sich vor Augen hält, dass der Arbeitgeber die vertragliche Gehaltsregelung - nach dem IK-Auszug zu schliessen - offenbar gar nie effektiv eingehalten hat bzw. (wegen des finanziellen Engpasses) nicht einhalten konnte und durfte. Es handelt sich mit Blick auf die branchenspezifischen Verhältnisse um reguläre, eher moderate Bezüge. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Vereinsorgane gehalten waren, im Interesse der Erhaltung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage des Clubs - man denke nur an die Sponsorenverträge - die Konkurrenzfähigkeit in der höchsten Spielklasse (seinerzeit Nationalliga A) auch bei knappen finanziellen Mitteln zu wahren, einem Spieler also branchenüblich dotierte Verträge anzubieten. Im Weitern ist dem Beschwerdeführer darin beizupflichten, dass die
Salärstruktur auf die kurze Aktivitätszeit des Fussball-Professionals und dessen Vorsorgebedürfnisse Rücksicht nehmen muss. Der Umstand schliesslich, dass der Beschwerdeführer nicht - wegen der zu Beginn nicht einmal das vertragliche Fixum erreichenden Auszahlungen - die naheliegenden Konsequenzen gezogen, sondern gegenteils einen neuen Vertrag abgeschlossen hat, ist mit Blick auf die besonderen Verhältnisse (Erw. 2.3 hievor) nicht geeignet, einen konkludenten Salärverzicht annehmen zu lassen (vgl. BGE 128 V 191 Erw. 3b; bereits erwähntes Urteil P. vom 31. Mai 1994, C 14/94, Erw. 3b). Bleibt damit an sich ein Nachforderungsrecht des Arbeitnehmers gewahrt, kann zudem sinngemäss auf die Rechtsprechung abgestellt werden, wonach bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes auch Provisionen zu berücksichtigen sind, die für die im Bemessungszeitraum ausgeübte Erwerbstätigkeit geschuldet sind, aber erst später zur Auszahlung gelangen (vgl. das nicht veröffentlichte Urteil D. vom 26. März 1987, C 85/86, Erw. 4c).
3.2.2 Ebensowenig wie auf die tatsächlichen Auszahlungen kann allerdings auf die Angaben in der Arbeitgeberbescheinigung vom 17. Januar 2002 abgestellt werden. Deren Zustandekommen ist nicht unmittelbar nachvollziehbar; die Beträge beruhen offenkundig auf einer abstrakten Konstruktion, was sich schon an den über mehrere Monate hinweg genau gleich bleibenden Beträgen zeigt. Welchen Beträgen die variablen Lohnbestandteile bei normaler Liquidität des Arbeitgebers aufgrund aller massgebenden Parameter (Anzahl Einsätze des Spielers; bei den betreffenden Spielen erzielte Resultate etc.) tatsächlich entsprochen hätten, lässt sich indes rekonstruieren. Die Arbeitslosenkasse wird sich zu diesem Zweck beim FC X._____ über die im betreffenden Zeitraum geltenden Prämienmodalitäten und über die den Beschwerdeführer betreffenden Daten, namentlich dessen Einsatzzeiten, und, soweit aufgrund der vereinsinternen Regelung der Erfolgsbeteiligung erforderlich, über die Spielergebnisse erkundigen.
3.3 Die Sache wird mithin an die Verwaltung zurückgewiesen, damit diese den versicherten Verdienst anhand des Durchschnitts aller Löhne, einschliesslich deren variabler Bestandteile, auf welche der Beschwerdeführer im massgebenden Bemessungszeitraum (August 2001 bis Juni 2002) nach den vertraglichen Absprachen mit der Fussballclub X._____ AG und dem Fussballclub X._____ Anspruch gehabt hätte, abkläre und gegebenenfalls neu verfüge. Dies wird notwendig sein, falls der versicherte Verdienst auf der so ermittelten Basis den gesetzlichen Höchstbetrag von Fr. 106'800.- im Jahr (vgl. Art. 23 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 UVV [in der Fassung vom 28. September 1998, in Kraft seit dem 1. Januar 2000; AS 1998 III 2588]) nicht erreichen sollte, welcher der ausbezahlten Arbeitslosenentschädigung zugrunde lag.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 11. Juni 2004 und der Einspracheentscheid vom 8. September 2003 aufgehoben, und es wird die Sache an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen, damit sie, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, gegebenenfalls über die Rückforderung neu verfüge.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Die Arbeitslosenkasse hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungs-

gericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4.
Die Vorinstanz wird über eine Neuverlegung der Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 29. Juli 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: