

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00509 vom 22. November 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-11-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2005.00509](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2005.00509)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00509 du 22 novembre 2005

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00509 del 22 novembre 2005

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Die Verwaltung hat die massgebenden Gesetzesbestimmungen über die Anspruchsvoraussetzung der Erfüllung der Beitragszeit oder Befreiung davon (Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung, AVIG) und die Mindestzeit einer beitragspflichtigen Beschäftigung (Art. 13 Abs. 1 AVIG in der seit 1. Juli 2003 geltenden Fassung) zutreffend dargelegt, weshalb darauf, mit den nachstehenden Ergänzungen, verwiesen werden kann (vgl. Urk. 2 S. 2 Ziff. 2).

1.2 Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person erstmals sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG).

1.3 Gemäss BGE 113 V 352 ist im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 AVIG einzig vorausgesetzt, dass die versicherte Person effektiv eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat, nicht aber, dass der Arbeitgeber als Organ des Beitragsbezugsverfahrens die Arbeitnehmerbeiträge tatsächlich der Ausgleichskasse überwiesen hat. Diese Rechtsprechung wurde insoweit präzisiert, als im Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 AVIG nicht nur die effektive Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung verlangt wird, sondern auch, dass der Arbeitgeber der versicherten Person für diese Tätigkeit tatsächlich einen Lohn entrichtet hat (BGE 128 V 190 Erw. 3a/aa in fine mit Hinweisen; ARV 2002 S. 116, 2001 S. 228 Erw. 4c) Als Beweis für den Lohnfluss sind selbst unterzeichnete AHV-Lohnblätter und Steuererklärungen nicht geeignet. Fehlen Belege für eine Lohnüberweisung (Post- oder Bankkontoauszüge oder Quittungen für Lohnzahlungen), ist eine tatsächlich erfolgte Lohnentrichtung nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit erstellt (ARV 2004 S. 115).

1.4 In seinem Urteil in Sachen A. vom 12. September 2005, C 247/04, Erw. 1.2, wies das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) darauf hin, dass mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindert werden sollten und könnten (ARV 2001 Nr. 27 S. 228 Erw. 4c). Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügt Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto. Bei behaupteter Barauszahlung fielen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bildeten Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie

Eintragungen im individuellen Konto (vgl. die erwähnten Präjudizien; ferner Barbara Kupfer Bucher, Der Nachweis des Lohnflusses als Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung: eine zusammenfassende Darstellung der Grundlagen und der Praxis mit einer kritischen Würdigung, in: SZS S. 125 ff., insbesondere S. 134 ff.).

## E. 2

2.1. Der Beschwerdegegner begründete die Verneinung der Anspruchsberechtigung damit, dass aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung des Ehemannes der Beschwerdeführerin eine erhöhte Gefahr des Missbrauchs bestehe. Die Beschwerdeführerin gebe an, der Monatslohn von Fr. 4'250.-- sei ihr jeweils in bar ausbezahlt worden. Belege wie Lohnüberweisungen beziehungsweise Post- oder Bankbelege oder Quittungen, die dies bewiesen, habe sie indessen nicht eingereicht. Allein der Umstand, dass die Sozialversicherungsbeiträge richtig abgerechnet und der Ausgleichskasse einbezahlt worden seien, sowie die eingereichte Steuererklärung 2003 vermöchten den Lohnfluss nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit zu beweisen. In Anbetracht der Arbeitsunfähigkeitszeiten der Beschwerdeführerin vom 13. Februar bis 17. Dezember 2004 und vom 31. Januar bis 16. Februar 2005 sei ohnehin fraglich, ob diese in diesen Zeitspannen in der Lage gewesen wäre, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (vgl. Urk. 2 S. 3 Ziff. 4).

2.2. Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe über sechs Jahre bei der A. \_\_\_ GmbH gearbeitet und damit die Beitragszeit erfüllt. Die Firma habe keine Bank- oder Postkonten unterhalten. Sämtliche Ein- und Auszahlungen seien in bar getätigt worden. Die ausbezahlten Löhne seien jährlich gegenüber der Ausgleichskasse, den Versicherungen und in der Steuererklärung ausgewiesen worden. Ihres Erachtens genügt diese Belege und die Lohnblätter und Lohnabrechnungen für das Jahr 2003 als Beweis für die tatsächliche Auszahlung der Löhne (vgl. Urk. 1 S. 2).

3. Zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin innert der vom 6. Januar 2002 bis 5. Januar 2004 dauernden Rahmenfrist eine beitragspflichtige Beschäftigung von mindestens 12 Monaten ausgeübt hat.

3.1. Gemäss Auskunft der Arbeitgeberin erzielte die Beschwerdeführerin im Jahr 2002 ein Einkommen von Fr. 36'000.-- und im Jahr 2003 ein solches von Fr. 48'250.-- brutto (Urk. 6/3/1 Ziff. 16). Diese Angaben decken sich mit denjenigen in den Lohnausweisen 2002 (Urk. 6/5/7) und 2003 (Urk. 6/5/6) und dem Auszug aus dem individuellen Konto (Urk. 6/6).

3.2. Die Beschwerdeführerin gab an, ihre Löhne immer bar ausbezahlt erhalten zu haben. Auch enthalten die Akten keinen Hinweis auf Lohnüberweisungen auf ein Konto der Beschwerdeführerin.

Im erwähnten Urteil vom 12. September 2005 führte das EVG zum Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung in Erw. 3.2 und Erw. 3.3 aus, der Verhinderung von Missbräuchen diene das im Gesetz zwar nicht ausdrücklich genannte, nach ständiger Rechtsprechung, an der festzuhalten sei, aber massgebliche Erfordernis der genügenden Überprüfbarkeit der beitragspflichtigen Beschäftigung (ARV 2001 Nr. 12 S. 143 mit weiteren Hinweisen). Fehle es am Nachweis einer tatsächlich ausgeübten unselbständigen Tätigkeit, sei das Anspruchserfordernis der erfüllten Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 13 AVIG nicht gegeben, und zwar

auch dann nicht, wenn als Lohn bezeichnete oder auf ein als solches bezeichnetes Lohnkonto erfolgte Zahlungen des Arbeitgebers bestanden. Dieser Umstand bilde nur, aber immerhin, ein bedeutsames Indiz für eine beitragspflichtige Beschäftigung.

Der versicherte Verdienst nach Art. 23 AVIG bilde ein Korrektiv bei allfälligen missbräuchlichen Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, indem grundsätzlich die tatsächlichen Lohnbezüge im Bemessungsraum massgebend seien (BGE V 190 Erw. 3a/aa). Im übrigen könnten im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug allenfalls noch nicht verabgabte beitragspflichtige Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit nacherfasst werden. Die Frist für die verfahrensmässige Geltendmachung der Beitragsforderung bestimme sich nach Art. 16 Abs. 1 AHVG.

Für die im Rahmen einer beitragspflichtigen Beschäftigung geleistete Arbeit bestehe grundsätzlich ein Lohn- oder Entschädigungsanspruch. Die Höhe des Entgelts bestimme sich danach, was vereinbart worden sei oder üblich sei unter Berücksichtigung allfälliger zwingender gesetzlicher Vorschriften (vgl. Art. 322 ff. des Obligationenrechts (OR) und BGE 115 V 330 Erw. 4). Üblich sei eine Vergütung, die im selben Betrieb, in der gleichen oder einer ähnlichen Branche, am gleichen oder einem ähnlichen Ort unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der Parteien, namentlich des Ausbildungsstandes und der Fähigkeiten des Arbeitnehmers, für eine gleich oder ähnliche Tätigkeit bezahlt zu werden pflegte (in Pra 2000 Nr. 47 S. 268 mit weiteren Hinweisen). Gelingt der anspruchsberechtigten Person der Nachweis des tatsächlichen Lohnbezuges nicht, erfolgte namentlich keine regelmässige Überweisung auf ein auf ihren Namen lautendes Post- oder Bankkonto, werde sie bei Verneinung des Anspruchsmerkmals der erfüllten (Mindest-)Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG im Ergebnis so gestellt, wie wenn sie gänzlich auf ein Arbeitsentgelt verzichtet hätte.

Ein Lohnverzicht sei indessen nicht leichthin anzunehmen. Die Form der Lohnzahlung sei grundsätzlich frei. Geldlohn werde zwar regelmässig entweder bar ausbezahlt oder auf ein vom Arbeitnehmer angegebenes Postcheck- oder Bankkonto überwiesen (Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht. Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 3. Auflage, 1996, N 6 zu Art. 323b). Das Konto müsse indessen nicht notwendigerweise auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lauten. Bei Eheleuten könne es sich hierbei ohne weiteres um ein gemeinsames Konto handeln oder sogar ein solches, worüber der andere Ehegatte allein verfügungsberechtigt sei. Sodann sei der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in der Verwendung des Lohnes grundsätzlich frei. Im Verhältnis zum Arbeitgeber sei zwar Art. 323b Abs. 3 OR zu beachten. Danach seien Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Arbeitgebers nichtig (BGE 130 III 27 Erw. 4.2 mit Hinweisen auf die Lehre). Unter dieses Verbot falle beispielsweise, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin sich verpflichte, einen Teil des Lohnes als Darlehen für bestimmte Zeit beim Arbeitgeber stehen zu lassen. Dagegen werde eine Vereinbarung über eine Lohnstundung als zulässig erachtet, soweit sie zur Erhaltung des Arbeitsplatzes bei vorübergehender Illiquidität des Arbeitgebers getroffen werde (Zürcher Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag a.a.O. N 22 zu Art. 323b). Selbst ein solches an sich unzulässiges Stehen lassen von Lohnforderungen lasse indessen nicht ohne weiteres den Schluss auf einen arbeitslosenversicherungsrechtlich bedeutsamen Lohnverzicht zu. Dies treffe

insbesondere bei Sachverhalten zu, die unter Art. 165 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB) fielen, gelte aber grundsätzlich auch dort, wo der Ehegatte des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin eine leitende Funktion im Betrieb innehatte und eine wirtschaftlich massgebliche Stellung im Unternehmen bekleidete. Die gegenteilige Auffassung lasse sich mit der eherechtlichen Verpflichtung nicht vereinbaren, gemeinsam für den Unterhalt der Familie zu sorgen, sei es durch Geldzahlungen, Besorgen des Haushaltes, Betreuen der Kinder oder durch Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten (Art. 163 Abs. 1 und 2 ZGB). Können die Verhältnisse dem Tatbestand der Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des anderen im Sinne von Art. 164 f. ZGB gleich, stelle sich die weitere Frage, ob die in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit sich im Rahmen der eherechtlichen Unterhaltspflicht halte. Sei dies zu bejahen, bestehe zwar Anspruch auf einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung (Art. 164 Abs. 1 ZGB). Dabei handle es sich indessen nicht um massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG (BGE 115 Ib 46 Erw. 5c mit Hinweisen und ARV 1999 Nr. 21 S. 113).

Zusammenfassend hielt das EVG fest, dass Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragspflicht nach Art. 8 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer von mindestens sechs, ab 1. Juli 2003 zwölf Beitragsmonaten sei (BGE 113 V 352). Diese Tätigkeit müsse genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung könne nach dem Gesagten nicht der Sinn einer selbständigen Anspruchsvoraussetzung zukommen, wohl aber jener eines bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung. In diesem Sinne seien die Gerichtspraxis gemäss ARV 2001 Nr. 27 S. 225 und seitherige Urteile zu präzisieren.

3.3 Vorliegend wurden keine genügenden Abklärungen getroffen, ob die Beschwerdeführerin in der fraglichen Zeit tatsächlich eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hatte. Für diese Beurteilung lagen dem Beschwerdegegner lediglich Lohnabrechnungen (vgl. Urk. 6/2/3/1-12), Lohnausweise (vgl. Urk. 6/5/6-7), Steuererklärungen (vgl. Urk. 6/5/1) und der Auszug aus dem individuellen Konto (vgl. Urk. 6/6), mithin Indizien, welche übereinstimmend für die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin sprechen, vor.

Unter Beachtung des Vorstehenden hat das AWA ergänzende Abklärungen vorzunehmen, insbesondere ob die Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 6. Januar 2002 bis 5. Januar 2004 effektiv eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hatte und bejahendenfalls, ob ein Art. 164 ZGB vergleichbarer Sachverhalt gegeben ist. Dabei und allenfalls vorweg wird auch zu prüfen sein, ob unter dem Aspekt der analogen Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG (vgl. BGE 123 V 236 Erw. 7) ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht. Danach hat es über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung neu zu verfahren.

4. Die Beschwerdeführerin beantragt eine Prozessentschädigung (vgl. Urk. 1 S. 1). Es ist ihr keine Prozessentschädigung zuzusprechen, da ihr Arbeitsaufwand und ihre Umtriebe im vorliegenden Verfahren nicht den Rahmen dessen überschritten, was der Einzelne zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 19. August 2005 aufgehoben und die Sache an das Amt für Wirtschaft und Arbeit zurückgewiesen wird, damit diese, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, neu verfährt.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- S. \_\_\_\_\_

- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- Arbeitslosenkasse Unia, Horgen

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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