

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00535 vom 8. September 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-09-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2005.00535

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00535 du 8 septembre 2005

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00535 del 8 settembre 2005

Erwägungen

E. 3

3.1. Eine beitragspflichtige Beschäftigung ist indessen nicht nur dann Beitragszeiten bildend, wenn und soweit der Nachweis tatsächlicher Lohnzahlungen erbracht ist. Für eine solche den klaren Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 AVIG einschränkende Auslegung sprechen auch keine triftigen Gründe.

3.2. Nach BGE 113 V 352 ist im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 AVIG einzig vorausgesetzt, dass die versicherte Person innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist des Art. 9 Abs. 3 AVIG während mindestens zwölf Monaten effektiv eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Nicht erforderlich ist, dass die für diese Zeit geschuldeten, vom Arbeitgeber zu entrichtenden paritätischen Beiträge auch tatsächlich bezahlt wurden. Dass nach dem Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 AVIG die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung massgeblich ist, und nicht die Erfüllung der Beitragspflicht, ergibt sich auch aus der gesetzlichen Ordnung des Beitragsbezugs (Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 AVIG, Art. 14 Abs. 1 AHVG). Danach hat es der oder die unselbstständig erwerbende Versicherte in der Arbeitslosenversicherung so wenig wie in der Alters- und Hinterlassenenversicherung in der Hand, dass die paritätischen Beiträge tatsächlich der Ausgleichskasse zufließen.

3.3. In dem in BGE 113 V 352 beurteilten Fall konnte die am Recht stehende Versicherte lediglich für viereinhalb Monate innerhalb der Beitragsrahmenfrist einen effektiven Lohnbezug nachweisen. Weitere Lohnzahlungen waren unbestrittenermassen nicht erfolgt. Gleichwohl bejahte das Eidgenössische Versicherungsgericht wie schon die Vorinstanz das Anspruchserfordernis der erfüllten (Mindest-)Beitragszeit, weil aufgrund der gesamten Umstände als erstellt gelten konnte, dass die Versicherte "zusammen mit den 4 1/2 Monaten des Jahres 1984 eine beitragspflichtige Beschäftigung von mindestens sechs Monaten ausgeübt hat" (ARV 1988 Nr. 1 S. 19 f. Erw. 3b und c).

3.3. Aus BGE 113 V 352 ergibt sich, dass die Tatsache von bei Eintritt der Arbeitslosigkeit noch nicht realisierten Entgelten für in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit grundsätzlich nicht zu Lasten der versicherten Person gehen soll. Dies kommt auch in der Regelung des Art. 29 Abs. 1 AVIG (Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei begründeten Zweifeln über das Bestehen von arbeitsvertraglichen Ansprüchen im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG oder deren Erfüllbarkeit) sowie bei der Insolvenzenschädigung (Art. 51 ff. AVIG) zum Ausdruck. Vorbehalten bleiben Obliegenheiten im Rahmen der Schadenminderungspflicht (vgl. BGE 126 V 374 Erw. 3c/aa und ARV 1999 Nr. 8 S. 34 Erw. 3b sowie ARV 2002 Nr. 8 S. 62 und

Nr. 30 S. 190). Anders verhält es sich nur bei einem klaren Verzicht der versicherten Person auf der Beitragspflicht unterliegende Forderungen aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis (vgl. ARV 1999 Nr. 8 S. 34 Erw. 3b; vgl. auch BGE 126 V 374 unten).

Der Tatbestand von bei Eintritt der Arbeitslosigkeit (noch) nicht realisierten Entgelten aus einer beitragspflichtigen Beschäftigung kann insbesondere gegeben sein, wenn eine versicherte Person nach Art. 165 Abs. 1 ZGB Anspruch auf angemessene Entschädigung für ihre Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des von ihr getrennt lebenden, geschiedenen oder verstorbenen Ehegatten hat (ARV 1999 Nr. 21 S. 113 in Verbindung mit BGE 120 II 280 und BGE 115 Ib 37).

3.4 Nach der in ARV 2001 Nr. 27 S. 225 aufgenommenen Rechtsprechung ist demgegenüber bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG der im Bemessungszeitraum (Art. 37 AVIV) tatsächlich bezogene Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat grundsätzlich unbeachtet zu bleiben (BGE 128 V 190 Erw. 3a/aa mit Hinweisen). Bei Art. 23 AVIG handelt es sich im Unterschied zu Art. 13 AVIG (in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG) um eine Bemessungsnorm. Sie bekommt nur dann die Bedeutung einer negativen Anspruchsvoraussetzung, wenn der Mindestbetrag für den versicherten Verdienst von monatlich 500 Franken resp. 300 Franken bei Heimarbeitnehmern nach Art. 40 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung (AVIV) über den Bemessungszeitraum gemittelt nicht erreicht wird (BGE 128 V 189 Erw. 1; vgl. auch BGE 127 V 52). Das Abstellen auf den tatsächlich ausgerichteten Lohn anstatt auf den vereinbarten Lohn wirkt sich allenfalls auf die Höhe des Taggeldes aus (Art. 22 Abs. 1 AVIG), berührt somit nicht den Anspruch an sich.

3.5 Der Verhinderung von Missbräuchen dient das im Gesetz zwar nicht ausdrücklich genannte, nach ständiger Rechtsprechung, an der festzuhalten ist, aber massgebliche Erfordernis der genügenden Überprüfbarkeit der beitragspflichtigen Beschäftigung (ARV 2001 Nr. 12 S. 143, 1996/97 Nr. 17 S. 79, 1988 Nr. 1 S. 16; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, SBVR, Soziale Sicherheit, Rz 161; vgl. zum alten Recht BGE 108 V 104 Erw. 2b und Max Holzer, Kommentar zum Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung, Zürich 1954, S. 113 mit Hinweisen auf die Materialien sowie BB1 1980 III 562 f.). Fehlt es am Nachweis einer tatsächlich ausgeübten unselbstständigen Tätigkeit, ist 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 bestehen. Dieser Umstand bildet nur, aber immerhin ein bedeutsames Indiz für eine beitragspflichtige Beschäftigung.

3.6 Der versicherte Verdienst nach Art. 23 AVIG bildet ein Korrektiv bei allfälligen missbräuchlichen Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, indem grundsätzlich die tatsächlichen Lohnbezüge im Bemessungszeitraum massgebend sind (BGE 128 V 190 Erw. 3a/aa). Im übrigen können im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug allenfalls noch nicht verabgabte beitragspflichtige Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit nacherfasst werden. Die Frist für die verfahrensmässige Geltendmachung der Beitragsforderung bestimmt sich nach Art. 16 Abs. 1 AHVG.

3.7. Für die im Rahmen einer beitragspflichtigen Beschäftigung geleistete Arbeit besteht grundsätzlich ein Lohn- oder Entschädigungsanspruch. Die Höhe des Entgelts bestimmt sich danach, was vereinbart wurde oder üblich ist unter Berücksichtigung aller zwingender gesetzlicher Vorschriften (vgl. Art. 322 ff. des Obligationenrechts und BGE 115 V 330 Erw. 4).

Üblich ist eine Vergütung, die im selben Betrieb, in der gleichen oder einer ähnlichen Branche, am gleichen oder einem ähnlichen Ort unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falls sowie der persönlichen Verhältnisse der Parteien, namentlich des Ausbildungsstandes und der Fähigkeiten des Arbeitnehmers, für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit bezahlt zu werden pflegt (in Pra 2000 Nr. 47 S. 268, Urteil des Bundesgerichts vom 23. August 1999 in Sachen F. gegen W., S. 271 nicht publizierte Erw. 3 mit Hinweisen auf die Lehre; zu Art. 165 Abs. 1 ZGB im Besonderen vgl. BGE 120 II 280, 113 II 414 und ARV 1999 Nr. 21 S. 118 Erw. 2c/aa). Gelingt der anspruchsberechtigten Person der Nachweis des tatsächlichen Lohnbezugs nicht, erfolgte namentlich keine regelmäßige Überweisung auf ein auf ihren Namen lautendes Post- oder Bankkonto, wird 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 ist indessen nicht leichthin anzunehmen. Die Form der Lohnzahlung ist grundsätzlich frei. Geldlohn wird zwar regelmässig entweder bar ausbezahlt oder auf ein vom Arbeitnehmer angegebenes Postcheck- oder Bankkonto überwiesen (Adrian Staehlin, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag: Art. 319-362 OR, 3. Aufl., Zürich 1996, N 6 zu Art. 323b).

3.8. Zusammenfassend ist in Abänderung der in ARV 2001 Nr. 27 S. 225 aufgenommenen Rechtsprechung des EVG aufgrund des am 12. September 2005 ergangenen Urteils 131 V 444 festzustellen, dass Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit 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 ist (BGE 113 V 352). Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kann nach dem Gesagten nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung zukommen, wohl aber jener eines bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung (vgl. zum Ganzen BGE 131 V 444 Erw. 3).

4. Ü Ü Ü Ü Ü Ü

4.1. Der Beschwerdeführer hat vom 1. Oktober 2003 bis 28. Februar 2005 für die A. ___ GmbH gearbeitet (vgl. Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 22. April 2005, Urk. 9/1). Während der massgebenden Zeit der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 5. April 2003 bis 4. April 2005 erfolgten monatlich Einzahlungen in unterschiedlicher Höhe auf sein Konto bei der C. ___ AG (Urk. 3/2/1-16). Auch wurde auf den in der fraglichen Zeit erzielten Einkünfte des Beschwerdeführers die Quellensteuer in Abzug gebracht (Urk. 3/3). Sodann wurden - entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin - die Lohnbeiträge vor Erhalt der ablehnenden Verfügung vom 5. Juli 2005 mit der Ausgleichskasse abgerechnet (Urk. 7/1-4). Ausgewiesen sind auch die Taggelderleistungen

für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit ab September 2004 (Urk. 9/32).

4.2. Aufgrund der Akten bestehen keine Zweifel daran, dass der Beschwerdeführer während der massgebenden Zeit für die Beitragspflicht während mehr als 12 Monaten für die A. ___ GmbH gearbeitet hat. Ob dabei tatsächlich auch in diesem Umfang Löhne geflossen sind, ist im Lichte der neuen Rechtsprechung des EVG (BGE 131 V 144) nicht mehr abschliessend massgebend, sofern die Tätigkeit genügend nachweisbar ist (vgl. dazu oben Ziff. 3). Auch wenn der Beschwerdeführer geschuldete Lohnzahlungen in bar oder gar nicht erhalten hat, vermag dies seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung somit nicht auszuschliessen. Vielmehr müssten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er seiner Tätigkeit bei der A. ___ GmbH nicht während mindestens 12 Monaten (regelmässig) nachgegangen ist. Die Bestätigungen der Mitarbeiter und Verkäufer (Urk. 3/4-5) sprechen für eine durchgehende Beschäftigung des Beschwerdeführers bei der A. ___ GmbH AG ab Herbst 2003 bis zur Kündigung per 28. Februar 2005. Auch die Beschwerdegegnerin geht mittlerweile davon aus, es sei Tatsache, dass der Beschwerdeführer im massgeblichen Zeitraum für die Firma tätig gewesen sei (Urk. 18 S. 1 unten). Das Erfordernis der beitragspflichtigen Beschäftigung während der Dauer von 12 Monaten ist daher als erfüllt anzusehen, weshalb die Beschwerdegegnerin die weiteren Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 5. April 2005 zu prüfen haben wird. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen und die Sache zur weiteren Prüfung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 8. September 2005 mit der Feststellung, dass die Anspruchsvoraussetzung der genügenden Beitragszeit erfüllt ist, aufgehoben und die Sache an die Unia Arbeitslosenkasse zurückgewiesen wird, damit diese die weiteren Voraussetzungen prüfe und hernach über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 5. April 2005 neu verführe.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- K. ___ unter Beilage einer Kopie von Urk. 18
- Unia Arbeitslosenkasse
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

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.