

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00049

## vom 29. Juli 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-07-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2010.00049](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2010.00049)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00049 du 29 juillet 2011

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00049 del 29 luglio 2011

### Erwägungen

#### E. 2

2.1. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem voraus, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat (Art. 8 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigkeit, AVIG). Nach Art. 9 AVIG gelten für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit grundsätzlich zweijährige Rahmenfristen (Abs. 1). Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Abs. 2). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Abs. 3). Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat.

2.2. Aufgrund seiner Beschäftigung bei der Y. vom 1. Juni 2006 bis zum 31. Mai 2009 erfüllt der Beschwerdeführer unbestrittenermassen die Beitragszeit (Urk. 1, Urk. 2, Urk. 11a/37). Strittig ist hingegen der dem Taggeldanspruch zugrunde zu legende versicherte Verdienst und dabei insbesondere die Fragen, welcher Zeitraum für die Berechnung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen, welcher Verdienst der Y. und ob der Verdienst der A. miteinzubeziehen ist.

#### E. 3.1

3.1.1. Nach Art. 23 Abs. 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde.

Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigkeit (AVIV) regelt den Bemessungszeitraum. Danach bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Abs. 1). Er bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1 (Abs. 2). Der Bemessungszeitpunkt beginnt, 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 (Abs. 3).

3.1.2. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (Urk. 1, Urk. 15) ist für die Bezifferung des versicherten Verdienstes nicht der Zeitraum von Juni 2007

bis Mai 2009 zu berücksichtigen. Ein Zeitraum von zwei Jahren wird lediglich für die Beurteilung der Beitragszeit betrachtet (vorne Erwägung 2). Vielmehr ist gestützt auf Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV entweder der Durchschnittslohn der letzten sechs oder der letzten zwölf Beitragsmonate für die Bezifferung des versicherten Verdienstes heranzuziehen, je nachdem welcher Durchschnittslohn höher ist. Da der Bemessungszeitraum sodann am Tag vor dem Eintritt des anrechenbaren Verdienstauffalls aufgrund der Kündigung per 31. Mai 2009 (Urk. 11a/37) beginnt, ist für die Bezifferung des versicherten Verdienstes der Zeitraum vom 1. Juni 2008 bis zum 31. Mai 2009 zu beachten.

### 3.2.1.1

Bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes ist der im Bemessungszeitraum tatsächlich erzielte Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat grundsätzlich unbeachtlich zu bleiben. 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 (Urteil des Bundesgerichts 8C\_743/2008 vom 9. Februar 2009 in Sachen G., E. 3 mit Hinweisen).

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 (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes C 161/04 vom 29. Juli 2005 in Sachen P., E. 3.1.1 mit Hinweisen). Der Nachweis eines konkret erfolgten Missbrauches bedarf es nicht, um nicht ausbezahlte Löhne beim versicherten Verdienst unberücksichtigt zu lassen (Urteil des Bundesgerichts 8C\_743/2008 vom 9. Februar 2009 in Sachen G., E. 5.2 mit Hinweisen).

3.2.2.1 In Bezug auf die Einkünfte der Y. ist - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (Urk. 1, Urk. 7, Urk. 15) - für die Bezifferung des versicherten Verdienstes lediglich das Einkommen des Monats Juni 2008 in der Höhe von brutto Fr. 8'515.17 (vgl. Urk. 11a/48.8) zu berücksichtigen. Zum einen sind die Löhne der Monate Januar bis und mit Mai 2008 nicht zu beachten, da der Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst vom 1. Juni 2008 bis zum 31. Mai 2009 dauert (vorne Erwägung 3.1.2).

### 3.2.2.2

Zum anderen können weder für die Monate Januar bis Mai 2009 Löhne von Fr. 8'515.17 (vgl. Urk. 11a/46.1-5) noch für die Monate Juli bis Dezember 2008 Löhne von Fr. 4'257.58 (vgl. Urk. 11a/47.1-6) Berücksichtigung finden. In Bezug auf den von der Y. bezogenen Lohn für die Monate der Beschwerdeführer nämlich in seinem E-Mail vom 5. September 2009 aus, bis Juni 2008 seien Auszahlungen von Fr. 8'000.-- erfolgt. Ab diesem Zeitpunkt habe sich die Y. keine Auszahlungen mehr leisten können. Sämtliche Mittel seien für die Begleichung der ausstehenden Rechnungen verwendet worden. Nach der Rückzahlung aller Darlehen habe kein Gehalt mehr ausbezahlt werden können. Er würde jeden Monatskontoauszug der Y. einreichen,

damit ersichtlich sei, dass er daraus keinen Verdienst erhalte (Urk. 11a/18). Auf diese Aussage ist abzustellen, zumal die am 21. Juli 2008 erfolgte und mittels eines Kontoauszugs belegte Vergütung damit in Einklang zu bringen ist (Urk. 11a/50.1) und der gegenüber der Sozialversicherungsanstalt verrechnete Betrag für die Jahre 2007 und 2008 von Fr. 51'091.-- ebenfalls damit übereinstimmt (6 x Fr. 8'515.17 = Fr. 51'091.--; Urk. 11a/45.4, Urk. 11a/45.7, Urk. 11a/45.9). Zudem kommt ihr als "Aussage der ersten Stunde" mehr Gewicht zu als den späteren Darlegungen des Beschwerdeführers, welche möglicherweise bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst wurden (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts U 258/04 vom 23. November 2006 in Sachen M., E. 3.1 mit Hinweisen). Weder die vom Beschwerdeführer eingereichten Lohnabrechnungen (Urk. 11a/46-48) noch die Bankbelege (Urk. 11a/50.1-4, Urk. 16/1-5) vermögen daran etwas zu ändern. In Bezug auf die vom Beschwerdeführer eingereichten Lohnabrechnungen ist festzuhalten, dass diesen - mangels entsprechenden Belegen für eine Lohnüberweisung (Post- oder Bankkontoauszüge oder Quittungen für Lohnzahlungen; vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 34/04 vom 20. September 2004 in Sachen L., E. 1.3) sowie aufgrund der damaligen Stellung des Beschwerdeführers in der Y. als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung (Urk. 11a/33) - für die geltend gemachten Löhne keine Beweiskraft zukommt. Dabei lassen auch die nachträglich abgeänderten Lohnabrechnungen mit einem Bruttolohn von Fr. 4'257.58 (Urk. 11a/47.1-12) keinen anderen Schluss zu, als dass sie - kraft der Stellung des Beschwerdeführers - einzig abgefasst wurden, um den gesamten Jahresverdienst des Jahres 2008 (Januar bis Juni 2008 in der Höhe von Fr. 51'091.--, Urk. 11a/45.4, Urk. 11a/45.7, Urk. 11a/45.9) auf zwölf Monate zu verteilen und damit nicht tatsächlich geflossene Löhne im Zeitraum von Juli bis Dezember 2008 zu belegen. In diesem Zusammenhang ist weiter zu erwähnen, dass der Beschwerdeführer ursprünglich im Schreiben vom 18. Juli 2009 gar festgehalten hatte, die Y. habe keine Lohnabrechnungen gemacht, daher könne er keine solche beilegen (Urk. 11b/5).

Die schliesslich am 11. April 2011 nachgereichten Kontoauszüge vermögen ebenfalls keinen Lohnfluss der Y. im Zeitraum von Juli 2008 bis Mai 2009 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu belegen. Zwar sind daraus am 27. November 2008 (Fr. 10'000.--, Urk. 16/3), am 11. Dezember 2008 (Fr. 10'000.--, Urk. 16/4), am 20. März 2009 (Fr. 10'000.--, Urk. 16/4) und am 18. Mai 2009 (Fr. 60'000.--, Urk. 16/5) Einkünfte der Y. ersichtlich. Es ist jedoch nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass diese Zahlungseinkünfte Lohn für geleistete Arbeit darstellen. Denn diese Zahlungen wurden gegenüber der Sozialversicherungsanstalt - entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers (Urk. 11a/24) - nicht abgerechnet. So geht auch aus dem Auszug aus dem individuellen Konto (IK-Auszug) vom 6. Januar 2010 (Urk. 11a/45.4) für das Jahr 2008 lediglich der bereits im IK-Auszug vom 22. Juli 2009 (Urk. 11a/45.9) ersichtliche Betrag von Fr. 51'091.--, welcher dem Verdienst der Monate Januar bis Juni 2008 entspricht (6 x netto Fr. 8'000.-- = netto Fr. 48'000.--; Urk. 11a/50.1-4), und für das Jahr 2009 kein Betrag hervor. Des Weiteren hielt der Beschwerdeführer am 28. August 2009 - mithin zu einem Zeitpunkt als die zuvor erwähnten Zahlungen bereits erfolgt wären - ausdrücklich - und im Gegensatz zu den Ausführungen am 11. April 2011 (Urk. 15) - fest, im Jahr 2009 seien keine Lohnzahlungen mehr erfolgt (Urk. 11a/24).

Î Î Î Î Î Î Î Î Insgesamt kann somit - aufgrund der damaligen Stellung des Beschwerdeführers als Gesellschafter und Geschäftsführer der Y. \_\_\_ mit Einzelzeichnungsberechtigung (Urk. 11a/33) sowie der diversen widersprüchlichen Ausführungen und unterschiedlichen Lohnabrechnungen - der geltend gemachte Lohn der Y. \_\_\_ im Zeitraum von Juli 2008 bis Mai 2009 nicht als versicherter Verdienst angerechnet werden, weil eine Missbrauchsgefahr nicht praktisch ausgeschlossen werden kann.

3.2.3 Schliesslich kann auch der vom Beschwerdeführer als "Zwischenverdienst" bezeichnete Betrag der A. \_\_\_ von Fr. 6'000.-- pro Monat im Zeitraum von März bis Juni 2009 (Urk. 1, Urk. 7) keine Anrechnung als versicherten Verdienst finden. Zu erwähnen ist vorweg, dass es sich nicht um einen Zwischenverdienst im Sinne von 24 Abs. 1 AVIG handelt, denn er wurde nicht innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Ausserdem schliessen sich ein Zwischenverdienst im Sinne des AVIG und der versicherte Verdienst aus, da ein versicherter Verdienst vor dem anrechenbaren Arbeitsausfall, ein Zwischenverdienst hingegen erst danach erzielt wird. Das bei der A. \_\_\_ erarbeitete Entgelt kann sodann nicht als versicherter Verdienst berücksichtigt werden, da zwischen dem Beschwerdeführer und der A. \_\_\_ kein Arbeitsvertrag geschlossen wurde und somit keine unselbständige Erwerbstätigkeit bestand, welche einen Lohnanspruch des Beschwerdeführers begründet hätte. Vielmehr wurde zwischen der A. \_\_\_ und der B. \_\_\_ als Einzelfirma (Urk. 11a/40) eine Zusammenarbeitsvereinbarung geschlossen. Damit wurde der Beschwerdeführer als Selbständigerwerbender für die A. \_\_\_ tätig, womit er keinen zu berücksichtigenden versicherten Lohn bezog. Dass es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis gehandelt hat, ergibt sich sodann auch aus der kurzen Rückmeldung der A. \_\_\_ auf dem Schreiben der Arbeitslosenkasse vom 24. September 2009. Darauf hielt die A. \_\_\_ fest, der Beschwerdeführer sei nicht bei ihnen angestellt gewesen, er sei selbständig (Urk. 11a/15). Auch die Kündigung des Zusammenarbeitsvertrags lässt keinen anderen Schluss zu, zumal von der Rechnungsstellung für erbrachte Leistungen die Rede ist (Urk. 11a/39). Die Zahlungen der A. \_\_\_ können daher für die Bestimmung des versicherten Verdienstes nicht berücksichtigt werden. Die Ausführungen des Beschwerdeführers, er sei von der Y. \_\_\_ an die A. \_\_\_ ausgeliehen worden und das Honorar habe der Rückzahlung eines Darlehens gedient (Urk. 7), vermögen an dieser Schlussfolgerung nichts zu ändern.

3.3 Î Î Î Î Î Î Î Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum von Juni 2008 bis Mai 2009 lediglich im Monat Juni 2008 einen zu berücksichtigenden Verdienst von Fr. 8'515.17 erzielte. Da der Durchschnittslohn der letzten 12 Monate (Fr. 8'515.17 / 12 = Fr. 710.--) aufgrund dieses Verdienstes höher ausfällt als derjenige der letzten 6 Monate (Fr. 0.--) ist jener zu berücksichtigen. Damit hat der Beschwerdeführer ab dem 28. Juli 2009 gestützt auf einen versicherten Verdienst von Fr. 710.-- Anspruch auf Arbeitslosentaggelder.

#### **E. 4**

4.1 Î Î Î Î Da der Beschwerdeführer trotz entsprechender gerichtlicher Aufforderung (Verfügung vom 16. Februar 2010, Urk. 4) in Bezug auf die im Schreiben vom 1. Februar 2010 erwählten Kinderzulagen kein genaues Rechtsbegehren stellte, ist androhungsgemäss nicht weiter darauf einzugehen.

4.2 Schliesslich beantragt der Beschwerdeführer ein Gespräch mit allen beteiligten Personen der Unia Z. \_\_\_ und ersucht um die Durchführung eines Verfahrens wegen unterlassener Hilfeleistung gegen die Unia Z. \_\_\_ sowie deren Geschäftsführerin, da sie ein Gespräch verweigert und Anträge vergessen hätten (Urk. 7). Auf diese Anträge wird nicht eingetreten, da das AVIG weder einen durchsetzbaren Anspruch auf ein Gespräch noch die Durchführung eines Verfahrens wegen unterlassener Hilfeleistung gibt.

Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten wird, abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. \_\_\_

- Unia Arbeitslosenkasse

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

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 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. 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).

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