

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00122

vom 29. August 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-08-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2011.00122

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00122 du 29 août 2012

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00122 del 29 agosto 2012

Erwägungen

E. 1

1.1 Der versicherte Verdienst berechnet sich nach dem Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen erzielt worden ist (Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung, AVIG). Der Bemessungszeitraum umfasst die letzten sechs Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug respektive die letzten zwölf Beitragsmonate, sofern dies für die versicherte Person günstiger ist. Der Bemessungszeitraum beginnt, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaufschlags. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen (Art. 37 Abs. 1 - 3 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung, AVIV).

1.2 Bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes ist grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. Der Lohnfluss muss überprüfbar sein. Mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung sollen und können Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindert werden. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kommt dabei nicht der Sinn einer selbständigen Anspruchsvoraussetzung zu, wohl aber jener eines bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung. Soweit eine solche Beschäftigung nachgewiesen, der exakte ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (BGE 131 V 451 ff. E. 3.2.3; ARV 2008 S. 314, 2007 S. 46 E. 2.1).

1.3 Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto; bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (BGE 131 V 447 E. 1.2). 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; Urteile des Bundesgerichts 9C_388/08 vom 29. September 2009 E. 4.1 und C 250/03 vom 28. Juli 2004 E. 2.1).

vorliegend interessierenden Zeitraum ab August 2009 folgende Angaben zu entnehmen: im August Auszahlung von Fr. 1'611.15 (Konto Nr. 1000) und Verzicht einer Auszahlung von Fr. 3'000.-- (Konto Nr. 2560), im September Auszahlung von Fr. 4'611.15 (Konto Nr. 1000), im Oktober Auszahlung von Fr. 1'611.15 (Konto Nr. 1000) und Verzicht auf Auszahlung von Fr. 3'000.-- (Konto Nr. 2560), im November Auszahlung von Fr. 4'611.15 (Konto Nr. 1000) und im Dezember Auszahlung von Fr. 1'611.15 (Konto Nr. 1000) und Verzicht auf Auszahlung von Fr. 3'000.-- (Konto Nr. 2560; Urk. 7/59).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Daraus ist zu schliessen, dass das gegenüber der AHV, das im Lohnausweis und das auf den Lohnabrechnungen deklarierte Einkommen nicht den tatsächlichen Lohnbeträgen entsprach. Für deren Bestimmung für das Jahr 2009 ist vielmehr auf die Buchhaltung abzustellen. Dass darüber hinaus effektiv weitere Lohnbeträge getätigt wurden, ist nicht erstellt und angesichts des drohenden Konkurses, der schliesslich am 20. August 2010 eintrat, auch nicht wahrscheinlich. Aufgrund der fehlenden originären Buchhaltungsunterlagen für das Jahr 2010 fehlt es sodann an einem hinreichenden Nachweis tatsächlicher Lohnzahlungen ab Januar 2010. Die Folgen dieser Beweislosigkeit hat der Beschwerdeführer zu tragen (vgl. dazu 1.3 hievore). Daran vermag die im Beschwerdeverfahren eingereichte Buchhaltung für das Jahr 2010 nichts zu ändern. Diese wurde im Mai 2011 im Hinblick auf das vorliegende Verfahren und hinsichtlich der verbuchten Lohnbeträge gestützt auf die Angaben des Beschwerdeführers erstellt (Urk. 3/1-6, 3/7, vgl. auch Urk. 15), weshalb ihr kein Beweiswert zukommt. Von der beantragten Einvernahme des Buchhalters Z.____ ist abzusehen (Urk. 11), zumal dieser keine Angaben über tatsächliche Lohnauszahlungen zu machen vermag (antizipierte Beweiswürdigung, BGE 136 I 236 E. 5.3; 124 V 94 E. 4b).

3.2 Ä Ä Ä Ä Die Praxis lässt in begründeten Ausnahmefällen zu, auf das vertraglich geschuldete Gehalt statt auf die effektiven Lohnbeträge abzustellen. Eine derartige Abweichung vom Regelfall rechtfertigt sich jedoch nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, 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 (BGE 128 V 190 E. 3a/aa; vgl. zum Ganzen auch: ARV 2006 Nr. 19 S. 226 E. 1 [C 5/06], 2003 Nr. 9 S. 114 E. 1 und 4.1 [9/2]). Diese ist vorliegend zu bejahen. Als Gesellschafter und betriebsleitendes Organ der Y.____ GmbH beeinflusste der Beschwerdeführer deren Entscheidungen massgeblich. Von Anfang an trug er ein unternehmerisches Risiko, das nicht auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt werden kann. Verzichtete er als Arbeitnehmer zur Unterstützung seiner Firma vorläufig auf die Auszahlung des vereinbarten Lohnes und kommt es in der Folge der Insolvenz der Firma nicht zur Auszahlung des Lohnes, kann dieser beim versicherten Verdienst nicht berücksichtigt werden. Andernfalls würde Arbeitslosenentschädigung, deren Bemessung auf dem versicherten Verdienst beruht, zur Absicherung des unternehmerischen Risikos verwendet. Dies ist zweckwidrig und damit rechtswidrig (vgl. auch die Bundesgerichtsurteile 8C_840/201 vom 14. Januar 2011 und 8C_743/2008 vom 9. Februar 2009 mit vergleichbarem Sachverhalt).

3.3 Ä Ä Ä Ä Mangels Vorliegen des Ausnahmetatbestands ist somit auf die tatsächlichen Lohnbeträge abzustellen. In der Buchhaltung wurden die Löhne als Nettolöhne

verbucht. Bei der Berechnung des versicherten Verdienstes sind sie auf Bruttolöhne umzurechnen. Damit ergeben sich folgenden Beträge: August 2009 Fr. 1'921.70, September 2009 Fr. 5'500.--, Oktober 2009 Fr. 1'921.70, November 2009 Fr. 5'500.-- und Dezember 2009 Fr. 1'921.70 (vgl. Urk. 7/57). Da von Januar bis Juli 2010 kein Lohnfluss nachgewiesen ist, ergibt sich - basierend auf einem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate - ein massgebender versicherter Verdienst von Fr. 1'398.--. Damit ist die Beschwerde hinsichtlich des versicherten Verdienstes abzuweisen.

4. Ursprünglich wurde der versicherte Verdienst auf Fr. 1'856.-- angesetzt. Gestützt darauf wurde das Taggeld berechnet und während 73 Tagen formlos zugesprochen (Urk. 2/2, Urk. 7/5). Da sich die ursprüngliche Berechnung des versicherten Verdienstes als zweifellos unrichtig erweist und dessen Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist, ist die Arbeitslosenkasse berechtigt, im Sinne von Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) auf diese formlos zugesprochenen Versicherungsleistungen zurückzukommen (BGE 129 V 110; siehe auch Kreisschreiben des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO über die Umsetzung von ATSG und ATSV [KS ATSG/ATSV] in der Arbeitslosenversicherung, Dezember 2002, S. 40) und den zu viel ausbezahlten Betrag von Fr. 1'131.65 netto zurückzufordern. Die Beschwerde ist somit auch hinsichtlich der Rückforderung abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. ____

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- seco - Direktion für Arbeit

- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

4. Gegen diese Entscheidung 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.