

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00257 vom 19. Februar 2014

ZH Sozialversicherungsgericht, 2014-02-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2012.00257

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00257 du 19 février 2014

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00257 del 19 febbraio 2014

Erwägungen

E. 1

X.____

war vom 1. Januar bis 31. Dezember 2011 als Pizzaiolo und Pizza

Kurier bei der Y.____ GmbH angestellt (Urk. 11/165). Nach erfolgter Kündigung des Arbeitsverhältnisses meldete er sich am

E. 1.1

Nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (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 Insolvenzenschädigung (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). Schliesslich legt Abs.

E. 1.2

Nach der Rechtsprechung ist die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nur Beitragszeiten bildend, wenn und soweit hierfür effektiv ein Lohn

ausbezahlt wird. Mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung sollen und können Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindert werden. 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 444 E. 1.2 mit Hinweisen).

E. 1.3

Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder

das Gericht bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (antizipierte Beweiswürdigung). In einem solchen Vorgehen liegt kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; BGE 124 V 90 E. 4b; 122 V 157 E. 1d). 2.

E. 2

7. Mai 2013 weiterhin die Abweisung der Beschwerde (Urk. 24), wovon dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28. Mai 2013 Kenntnis gegeben wurde (Urk. 25). Mit Schreiben vom 22. Oktober 2013 teilte der Beschwerdeführer dem Gericht seine neue Adresse mit (Urk. 26); zudem reichte er mit Schreiben vom 28. Januar 2014 weitere Unterlagen ein (Urk. 27-28). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid im Wesentlichen damit, dass neben den Kontoauszügen keine verlässlichen Belege für die geltend gemachten Lohnzahlungen vorliegen würden. Die monatlichen Lohnabrechnungen und der Lohnausweis würden lediglich Indizien für den bezogenen Lohn darstellen; Quittungen über tatsächlich erfolgte Barzahlungen würden nicht existieren. Damit sei der Lohnfluss lediglich für vier Monate nachgewiesen, was zu einem versicherten Verdienst von Fr. 2'000.-- führe (Urk. 2/1). An dieser Einschätzung ändere auch das nachträgliche Einreichen von Lohnquittungen sowie der Steuererklärung nichts (Urk. 10), was auch für die gestützt auf die Buchhaltung erstellten Kontoblätter sowie den IK-Auszug gelte (Urk. 24).

Von einer Zeugenbefragung der beschwerdeweise genannten Personen seien keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten, so dass auf eine solche verzichtet werden könne (Urk. 10).

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Verwaltungsverfahren sei mangels Notwendigkeit abzuweisen (Urk. 2/2, Urk. 10).

E. 2.2

Demgegenüber machte der damalige Vertreter des Beschwerdeführers im Wesentlichen geltend, dass sich die Barauszahlungen aus den Kassen- und Buchungsbögen der Y.____ GmbH ergeben würden, weiter lägen Barzahlungsquittungen vor. Daneben sei im Rahmen der beruflichen Vorsorge an die Basler Versicherung eine Vorschusszahlung in der Höhe von Fr. 9'820.80 überwiesen worden; diese habe aber in der Folge die Übernahme der BVG-Verpflichtung ohne Angabe von Gründen abgelehnt. Das Jahreseinkommen in der Höhe von Fr. 72'000.-- ergebe sich auch aus der Steuererklärung, weiter seien die Sozialversicherungsbeiträge korrekt abgerechnet und bezahlt worden. Der Sachverhalt könne auch durch die Zeugenaussage zweier ehemaliger Mitarbeiter bestätigt werden (Z.____, A.____), wie auch durch die Aussagen von B.____ (Inhaber Y.____ GmbH) sowie von C.____ (Buchhaltung D.____ AG; Urk. 1).

E. 3

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.____ - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit unter Beilage einer Kopie von Urk. 27 - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

E. 3.1

Unbestritten und durch die Akten (Bankkontoauszüge) belegt ist vorliegend, dass der Beschwerdeführer für die Monate Januar, Februar, August, September und Dezember 2011 Lohnzahlungen in der Höhe von zweimal Fr. 5'319.-- und drei mal Fr. 5'197.80 nachweisen kann (Urk. 21/11 S. 9-12). Für die übrigen Monate des Jahres 2011 wie auch für Dezember 2011 macht der Beschwerdeführer geltend, dass die Auszahlung des Lohnes – wie im Betrieb üblich – in bar erfolgt sei (vgl. auch Barzahlungsquittungen Urk. 3/6), wobei bei dieser Darstellung des Beschwerdeführers der Lohn für Dezember 2011 doppelt bezahlt worden wäre, was nicht einleuchtet. Bezüglich der vorgelegten Unterlagen ist anzumerken, dass die nunmehr vorliegende Steuererklärung, die Arbeitgeberbescheinigung, die Lohnabrechnungen sowie die Unterlagen der Buchhaltung wie auch die Eintragungen im

individuellen Konto (Urk. 21/8/3)

und Quittungen gemäss geltender Rechtsprechung

lediglich Indizien für einen tatsächlichen Lohnfluss darstellen (Urk. 3/4,

Urk.

3/6,

Urk. 3/7, Urk. 11/7 ff., Urk. 11/165 -166). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Buchhaltung allein auf den Angaben des Geschäftsführers beruht (Urk. 11/45), so dass der Buchführung in beweisrechtlicher Hinsicht keine eigenständige Bedeutung zukommen kann. Hinsichtlich der erstmals im gerichtlichen Verfahren vorgelegten Barzahlungsquittungen wies die Beschwerde gegen ihn zu Recht darauf hin, dass diese bereits im Verwaltungsverfahren angefordert worden seien (Urk. 11/190). Eine Quittung wird typischerweise rechtzeitig bei Erhalt des Geldes unterzeichnet, so dass nicht einzusehen ist, wieso diese erst im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens eingereicht worden sind. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist dabei auch zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer der Y.____ GmbH der Bruder des Beschwerdeführers ist.

Auffällig ist denn auch, dass der Beschwerdeführer seinen Lohn von netto über Fr. 5'000.-- für vier Monate per Banküberweisung erhalten hat, für acht Monate indes in bar bezogen haben will. Dies bei Umsätzen des Lokals von grösstenteils dreistelligen Frankenbeträgen pro Tag (Urk. 3/7). Solches ist nicht glaubhaft, widerspricht es doch jeglicher Logik, die Einnahmen von mehreren Tagen nicht sicher auf der Bank zu verwahren, sondern diese herumliegen zu lassen, bloss um

den Lohn des Beschwerdeführers in bar statt per Banküberweisung zu begleichen.

Befremdlich mutet sodann an, dass der Beschwerdeführer jeweils innert Tagen praktisch die ganze Lohnzahlung wieder in bar von seinem Konto abhob, wobei die Einzahlungen wie die Auszahlungen teilweise mit derselben Karte erfolgten (vgl. Urk. 21/11 S. 9-11). Dabei leuchtet nicht ein und hat der Beschwerdeführer auch nicht dargelegt, weshalb er selbst den angeblich mehrheitlich in bar erhaltenen Lohn auch in bar verwaltete, anstatt über sein sicheres Privatkonto.

Schliesslich blieben auch die betragslichen Unterschiede der Lohnzahlungen ungeklärt. So soll zwar der Nettolohn monatlich Fr. 5'197.80 betragen haben (vgl. Urk. 11/79-80), doch wurden im Januar und Februar 2011 Fr. 5'319.-- - entgegen

dem Buchungsjournal (Urk. 11/10 und Urk. 11/13) - auf das Konto des Beschwerdeführers einbezahlt.

Auch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise spricht gegen einen versicherten Verdienst in der Höhe von Fr. 72'000.--. So konnte die Y.____ GmbH im Jahr 2011 einen Gewinn von rund Fr. 8'000.-- erwirtschaften (Urk. 11/40). Da bei seien die folgenden Löhne ausbezahlt worden: X.____ : Fr. 72'000.--, E.____ : Fr. 66'533.--, B.____ : Fr. 4'423.-- (Urk. 11/83). Der Geschäftsführer hätte dabei infolge der erheblichen Personalkosten – auch unter Anrechnung des Gewinnes – ein lediglich marginales Einkommen erzielen können. Dabei ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer bereits im Dezember 2009 bei der Y.____ GmbH an gestellt war, damals zu einem Pensum

von 50 % , wobei der Bruttolohn Fr. 1'600.-- betragen hat

(Urk. 11/150) . Bei einem vollen Pensum er gäbe dies ein Einkommen von Fr. 3'200.--, was wohl eher der wirtschaftlichen Realität entspricht, als das im hiesigen Verfahren geltend gemachte Salär.

Auch aus der an die Basler Versicherung geleistete n Vorschusszahlung in der Höhe von Fr. 9'820.80 (Urk. 11/149) kann nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers abgeleitet werden. Zum einen kann allein gestützt auf diesen Betrag kein Rückschluss auf die geltend gemachte Lohnhöhe gezogen werden, zum andern hat die Basler Versicherung einen Vertragsschluss abgelehnt ; Bemühungen für einen Versicherungsabschluss bei einer anderen Gesellschaft sind dabei keine do kumen tiert.

Was die beantragten Zeugeneinvernahmen betrifft, ist anzumerken, dass es im vorliegenden Verfahren nicht ausreichend ist, wenn e in Zeuge die Barauszahlung des Lohnes als im Betrieb üblich bestätigt. Vielmehr muss der konkrete Erhalt einer Lohnzahlung in der entsprechenden Höhe bestätigt werden können. Die Beschwerdegegnerin wies diesbezüglich zu Recht darauf hin, dass die ehemalige Mitarbeiter Z.____ (Kündigung 2008) und A.____ (Kündigung 2009) im fraglichen Zeitraum schon lange nicht mehr im Betrieb gearbeitet haben, so dass die Bezeugung einer konkreten Geldübergabe an den Beschwerdeführer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann. Gleiches gilt für die Angestellte der Buchhaltung (C.____), welche ebenfalls nicht im Betrieb vor Ort tätig ist. Was die Zeugenaussage von B.____ betrifft, ist entsprechend den Ausführungen der Beschwerdegegnerin (Urk. 10 S. 3) nicht zu erwarten, dass er den Sachverhalt anders darstellt, als in der ausgestellten Arbeitgeberbescheinigung (Urk. 11/165). Dabei ist zu berücksichtigen, dass B.____ Geschäftsführer der ehemaligen Arbeitgeber in (Urk.

11/143)

und der Bruder des Beschwerdeführers ist. Vor diesem Hintergrund kann seiner Aussage aber kein entscheidendes Gewicht zukommen, da die zum Nachweis des Lohnflusses ergangene Rechtsprechung gerade Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindern will. Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung kann demnach von den beantragten Zeugeneinvernahmen abgesehen werden. Entgegen den Ausführungen des damaligen Vertreters des Beschwerdeführers (Urk. 1 S.

5) ist damit nicht gesagt, dass die vorgelegten Unterlagen nicht korrekt sind, da die ergangene Rechtsprechung schon allein das Risiko eines Missbrauches minimieren will.

In Würdigung der gesamten Umstände ist das Vorgehen der Arbeitslosenkasse nicht zu beanstanden und es ist von einem versicherten Verdienst von insgesamt

Fr. 2'500.-- auszugehen.

E. 3.2

Was die angefochtene Verfügung betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Verwaltungsverfahren betrifft, kann auf die Verfügung des hiesigen Gerichts vom 28. Februar 2013 verwiesen werden (Urk. 17). Für den Zeitraum von Januar bis August 2012 wurde in der genannten Verfügung die Bedürftigkeit infolge Bezugs von Arbeitslosenentschädigung verneint. Gleiches muss infolge Lohnbezugs für den Zeitraum von Januar bis Dezember 2011 gelten. Vor diesem Hintergrund kann entsprechend den Ausführungen in der Verfügung vom 28. Februar 2013 die Frage der Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung sowie der Aussichtslosigkeit des Verfahrens offen bleiben. Die Verfügung vom 20. August 2012 (Urk. 2/2) ist damit ebenfalls zu bestätigen.

Zusammenfassend führt dies in teilweiser Gutheissung der Beschwerde zur Feststellung, dass der versicherte Verdienst des Beschwerdeführers auf Fr. 2'500.-- festzusetzen ist.

E. 3.3

Wie es sich mit der Anspruchsberechtigung (Erfüllung der Beitragszeit) an sich verhält, ist nicht in diesem Verfahren zu prüfen. Das Gericht erkennt: 1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich insoweit abgeändert, als der versicherte Verdienst des Beschwerdeführers auf Fr. 2'500.-- festgelegt wird. 2.

Das Verfahren ist kostenlos.

E. 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich
Der Vorsitzende
Der Gerichtsschreiber
Gräub-Schetty

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