

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00153

vom 24. November 2015

ZH Sozialversicherungsgericht, 2015-11-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2015.00153

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00153 du 24 novembre 2015

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00153 del 24 novembre 2015

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1957, meldete sich am 30. Oktober 2014 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Zürich Nansenstrasse zur Arbeitsvermittlung (Anmeldebestätigung vom 5. November 2014, Urk. 7/35) und stellte am 4. November 2014 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (Antrag vom 4. November 2014, Urk. 7/34). Mit Verfügung vom

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.

E. 1.2

Praxisgemäss ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes der im Bemessungszeitraum tatsächlich erzielte Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat grundsätzlich unbeachtlich zu bleiben (BGE 131 V 450 E. 3.2.1; 128 V 190 E. 3a/aa, je mit Hinweis).

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 131 V 451 E. 3.2.3 mit Hinweis). 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, praktisch ausgeschlossen werden kann (BGE 128 V 190 E. 3a/aa mit Hinweis, Urteil des Bundesgerichts 8C_913/2011 vom 10. April 2012 E. 3.1).

E. 1.3

Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Sozialversicherungsgerichts (oder der verfügenden Verwaltungsstelle) ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein (BGE 115 V 111 E. 3d/bb; Maurer, Sozialversicherungsrecht, Bd. I, 2. unveränderte Aufl., Bern 1983, S. 438 Ziff. 7a). Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der

Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (BGE 115 V 133 E. 8a). Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 261 E. 3b). 2 .

E. 2

3. März 2015 verneinte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eine Anspruchsberechtigung des Versicherten vom 1. November 2014 bis zum 31. Januar 2015, da er in diesem Zeitraum in der Y.____

als Geschäftsführer/Koch noch eine arbeitgeberähnliche Stellung inne gehabt habe. Im Weiteren bejahte das AWA die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten ab dem 1. Februar 2015 (Urk.

E. 2.1

Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung und dabei die Frage der Festsetzung des versicherten Verdienstes.

Massgebend ist vorliegend der Zeitraum von sechs Monaten vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug am 1. Februar 2015 (vgl. Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG) respektive die letzten zwölf Beitragsmonate, sofern dies für die versicherte Person günstiger ist.

E. 2.2

Die Beschwerdegegnerin kam zum Schluss, dass der Lohnfluss nicht nachgewiesen und es daher nicht möglich sei, einen versicherten Verdienst zu bemessen (Urk. 2). Der Beschwerdeführer machte demgegenüber

sinngemäss

geltend, die strittigen Lohnzahlungen seien belegt (Urk. 1/1 und Urk. 1/2). 3.

3.1

Aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer

seit dem 1. August 2013 in der Y.____ als Koch/Geschäftsführer angestellt war (Arbeitgeberbescheinigung vom 4. November 2014, Urk. 7/28, und Arbeitsvertrag vom 30. Juli 2013, Urk. 7/31). Wirtin der Y.____ war seine langjährige Partnerin

Z.____, die daneben auch im Service tätig war (vgl. Verfügung des AWA vom 23. März 2015, Urk. 7/5,

Urk. 1/1 und auch Auszug aus www.search.ch

, Urk. 7/20). Mit Schreiben vom 29. September 2014 kündigte Z.____

das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer zunächst per 30. Oktober 2014 aufgrund finanzieller Schwierigkeiten. Per 31. Dezember 2014 wurde seitens der Verpächterin sodann offenbar auch der betreffende Pachtvertrag mit der Y.____

gekündigt

(Urk. 7/30 und Urk. 1/2). In der Folge wurde das Pachtvertragsverhältnis

allerdings

noch bis zum 31. Januar 2015 verlängert, und der Beschwerdeführer arbeitete bis zu jenem Zeitpunkt weiter in der Y.____

(vgl.

Arbeitsverträge vom 31. Oktober 2014, Urk. 7/11, vom 12. Dezember 2014, Urk. 7/9, und vom 28. Dezember 2014, Urk. 7/8). 3.2

3.2.1

Was den Lohn des Beschwerdeführers bei der Y.____ betrifft, reichte er der Beschwerdegegnerin am 13. November 2014 zunächst den

Arbeitsvertrag vom 30. Juli 2013 (Urk. 7/31), die Arbeitgeberbescheinigung vom 4. November 2011 (Urk. 7/28) und Lohnabrechnungen der Monate November 2013 bis Oktober 2014 (Urk. 7/29) ein. Diesen Unterlagen ist zu entnehmen, dass er brutto Fr. 4'900.-- pro Monat verdient habe. 3.2.2

Nach entsprechender Aufforderung, die Lohnüberweisungen mittels Bankkonto auszügen zu belegen (Urk. 7/27), liess

der Beschwerdeführer

der Beschwerdegegnerin

am 26. November 2014

neue Lohnabrechnungen der Monate August 2013 bis Oktober 2014 zukommen, aus denen zwar ebenfalls hervorgeht, dass er monatlich brutto Fr. 4'900.-- verdient habe. Zusätzlich finden sich darauf aber noch Vermerke von Z.____, wonach dem Beschwerdeführer aufgrund finanzieller Schwierigkeiten jeweils nur Fr. 1'300.-- ausbezahlt worden seien (Urk. 7/25). 3.2.3

In der Folge forderte die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer zweifache Male auf, den Lohnfluss zu belegen bzw. Auszüge seines Bankkontos, einen Auszug aus dem individuellen Konto, die Steuerveranlagungen der letzten zwei Jahre und die Buchhaltungsunterlagen der Y.____ einzureichen (Urk. 7/14 und Urk. 7/19). Der Beschwerdeführer liess der Beschwerdegegnerin daraufhin insbesondere

Tabellen

mit den Buchungen der

Kasse der Y.____ im Zeitraum

Oktober 2012 bis August 2014 (Urk. 7/18), seine am 7. Januar 2015 ausgefüllte und nicht unterzeichnete Steuererklärung des Jahres 2013, gemäss welcher sich sein Jahreseinkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit auf Fr. 15'600.-- belaufen habe (Urk. 7/16), die Vereinbarung zwischen der Y.____ betreffend Abzahlung seiner Lohnansprüche vom 28. November 2014 (Urk. 7/13) und Bankbelege zu Renten- bzw. Akonto-Lohnzahlungen von Z.____ an ihn vom Dezember 2014 (Fr. 100.-- + Fr. 520.40 + Fr. 200.-- + Fr. 100.-- + Fr. 300.--) sowie vom Januar 2015 (Fr. 100.-- + Fr. 300.-- + Fr. 100.--, Urk. 7/12) zukommen. 3.2.4

Im Rahmen des

Einspracheverfahren teilte der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin

am 4. Mai 2015 mit, dass die Sozialversicherungsbeiträge aufgrund der finanziell sehr schwierigen Situation der Y.____ noch nicht überwiesen worden seien. Diese würden nun beglichen (Urk. 7/3). 3.2.5

In der Beschwerde vom 25. Juni 2015 gab der Beschwerdeführer neu an, dass ihm ein Monatslohn von ca. Fr. 2'800.-- ausbezahlt worden sei (Urk. 1/2). Zudem legte er

Auszüge seines Privatkontos des Zeitraum es Oktober 2012 bis Januar 2015 ins Recht, wobei er darin jeweils markierte, welche Belastungen/Gutschriften privat (Lohn) bzw. geschäftlich gewesen seien (Urk. 3/1-124) , und erklärte, dass daraus der Lohnfluss ersichtlich sei (Urk. 1/2). 4. 4.1

Aufgrund der dargelegten Akten ist

mit der Beschwerdegegnerin - nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

- davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer von August 2013

bis Ende Januar 2015 als Koch/Geschäftsführer bei der Y.____

angestellt war . Dabei dürfte er mit dieser Tätigkeit zweifelsohne auch ein Einkommen erzielt haben. 4.2

Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend feststellte (Urk. 2 S. 3) , lässt sich der versicherte Verdienst des Beschwerdeführers

trotz der vorliegenden umfangreichen Dokumentation jedoch nicht zuverlässig ermitteln. Z war geht insbesondere aus den neueren Lohnabrechnungen (Urk. 7/25) und auch aus der Vereinbarung betreffend Abzahlung der Lohnansprüche vom 28. November 2014 (Urk. 7/13) hervor, dass der Beschwerdeführer effektiv jeweils einen (reduzierten) Lohn von Fr. 1'300.-- pro Monat bezogen hat . Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber, dass der Beschwerdeführer in der Y.____

als Koch/ Geschäftsführer

eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte und damit Einfluss auf die Entscheidungen des Betriebes nehmen konnte, was den Beweiswert der betreffenden Vereinbarung, die von ihm und von seiner langjährigen Partnerin

Z.____ unterzeichnet wurde,

und der von Z.____

unterzeichneten Lohnabrechnungen grundsätzlich schmälert

(BGE 131 V 444 E. 1.2 mit Hinweisen ; vgl. auch Ziff. B146 ff. des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung, AVIG-Praxis ALE). Sodann

finden sich in den

Tabellen mit den Buchungen der Kasse der Y.____ im Zeitraum

Oktober 2012 bis August 2014 (Urk. 7/18)

auch keine entsprechende Einträge, die einen Lohnbezug des Beschwerdeführers in bar in der Höhe von Fr. 1'300. -- oder auch von ca. Fr. 2' 800.-- pro Monat plausibilisieren

könnten . Im Weiteren ist aus den

im Beschwerdeverfahren eingereichten Auszügen aus dem

Privatkonto des Beschwerdeführers

des Zeitraumes Oktober 2012 bis November 2014 kein entsprechender Lohnbezug ersichtlich . Auch wenn in diesen Kontoauszügen zahlreiche Gutschriften enthalten sind, lässt sich einerseits nicht nachvollziehen, von wem diese Gutschriften stammen, da sich weder

die Y.____

noch

Z.____ als Auftraggeber finden .

Andererseits variieren die monatlichen

Gutschriften

stark und deren Totalbetrag im Juli 2014 etwa Fr. 450.--, im August 2014 Fr. 40.--, im September 2014 Fr. 419.90, im Oktober 2014 Fr. 0.-- und im November 2014 Fr. 526.-- (Urk. 3/99-111) . Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht feststellte (Urk. 2 S. 2) , sind somit lediglich Belege für Überweisungen von Z.____ an den Beschwerdeführer aus den Monaten Dezember 2014 und Januar 2015 in der Höhe von insgesamt von Fr. 1'720.40 vorhanden (vgl. E. 3.2.3 und Urk. 3/117-124) . Auch diesbezüglich ist allerdings nicht ganz klar, für welche Zeitperiode diese Überweisungen erfolgt sind. 4.3

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass der versicherte Verdienst

aufgrund der vorliegenden umfangreichen Unterlagen angesichts der widersprüchlichen Angaben des Beschwerdeführers nicht schlüssig nachgewiesen werden kann, wobei auch von weiteren

Abklärungsmassnahmen keine einschneidenden neuen Erkenntnisse zu erwarten wären .

Es liegt daher Beweislosigkeit vor, was sich zu Lasten des Beschwerdeführers auswirkt, der aus dem unbewiesenen gebliebenen und nicht erstellbaren Sachverhalt ein Recht, nämlich den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung , ableiten will .

Der angefochtene Einspracheentscheid erweist sich damit als rechtmässig, was zur Abweisung der Beschwerde führt. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.____ - Unia Arbeitslosenkasse - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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
Hurst
Kreyenbühl

E. 7

/5). Mit Kassenverfügung vom 9. April 2015 teilte die Unia

Arbeitslosen kasse dem Versicherten mit, dass der Lohnfluss bei seiner Tätigkeit in der Y. nicht nachgewiesen sei und kein versicherter Verdienst bestehe (Urk. 7/4). Die dagegen vom Versicherten am 4. Mai 2015 erhobene Einsprache (Urk. 7/3) wies die Unia Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 26. Mai 2015 (Urk. 2) ab.

Dagegen erhob der Versicherte am 24. Juni 2015 Beschwerde und beantragte sinngemäss, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei ihm ab dem 1. Februar 2015 Arbeitslosenentschädigung auszurichten (Urk. 1/1 und Urk. 1/2). Die Beschwerdegegnerin schloss mit Beschwerdeantwort vom 6. Juli 2015 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6), was dem Beschwerdeführer am 8. Juli 2015 angezeigt wurde (Urk. 9). 3.

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 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).

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