

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00019

vom 1. August 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-08-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2019.00019

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00019 du 1 août 2019

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00019 del 1 agosto 2019

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1989 (Urk. 10/166),

meldete sich am 5. September 2018 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Y.____ zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 10/193) und beantragte ab 1. Oktober 2018 Arbeitslosenentschädigung (Urk. 10/155). Mit Schreiben vom 17. und 30. Oktober 2018 forderte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich den Versicherten jeweils schriftlich dazu auf, verschiedene Unterlagen zum Nachweis einer beitragspflichtigen Beschäftigung nachzureichen (Urk. 10/151 und 10/140). Schliesslich verneinte sie mit Verfügung Nr. «...» vom 13. November 2018 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Urk. 10/119-121). Die vom Versicherten dagegen erhobene Einsprache (Urk. 10/74), wies sie mit Einspracheentscheid Nr. «...» vom

E. 1.1

Die massgeblichen Rechtsgrundlagen wurden von der Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid (Urk.

E. 1.2

Bezüglich des in Frage gestellten tatsächlichen Lohnflusses ist hervorzuheben, dass als Beweis hierfür Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto genügen. 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).

Im Übrigen ist 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 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer von mindestens zwölf Beitragsmonaten (und nicht die Erfüllung der Beitragspflicht, AVIG-Praxis ALE des SECO, April 2012, Rz. A20; ferner Urteil des Bundesgerichts I 560/03 vom 25. März 2004 E. 2.1). Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. 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 (vgl. auch

AVIG-Praxis ALE des SECO , Oktober 2012 , Rz . B144-148 zur Unterscheidung zwischen Personen mit und ohne arbeitgeberähnliche Stellung). 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 444 E. 3.2.3 f .; zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 8C_749/2018 vom 28. Februar 2019 E. 3.2 und 5.3 mit Hinweisen).

E. 1.3

Nach Art. 40 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) ist der Verdienst nicht versichert, wenn er während des Bemessungszeitraumes monatlich Fr. 500.-- nicht erreicht. Bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes ist gemäss BGE 128 V 189 E. 3a/ aa grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. 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 (obgenanntes Urteil des Bundesgerichts 8C_749/2018 E. 3.2 mit Hinweisen).

E. 1.4

Führen die im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1, Art. 61 lit. c ATSG) von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen den Versicherungsvertragsnehmer oder das Gericht bei umfassender, sorgfältiger, objektiver und inhaltsbezogener Beweiswürdigung (BGE 132 V 393 E. 4.1) zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so liegt im Verzicht auf die Abnahme weiterer Beweise keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 136 I 229 E. 5.3 mit Hinweisen). Bleiben jedoch erhebliche Zweifel an der Vollständigkeit oder Richtigkeit der bisher getroffenen Tatsachenfeststellung bestehen, ist weiter zu ermitteln, soweit von zusätzlichen Abklärungsmassnahmen noch neue wesentliche Erkenntnisse zu erwarten sind (Urteil des Bundesgerichts 9C_662/2016 vom 15. März 2017 E. 2.2 mit Hinweis). Im Sozialversicherungsprozess tragen die Parteien mithin in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Fall der Beweislosigkeit der Entscheidung zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, ZGB ; vgl. BGE 138 II 465 E. 6.8.2). 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 138 V 218 E. 6 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 8C_794/2016 vom 28. April 2017 E. 4.2 und 4.3.1 je mit weiteren Hinweisen).

E. 2

Es ist unbestritten, dass die relevante Rahmenfrist für die Beitragszeit (vgl. Art. 9 AVIG) am 1. Oktober 2016 begann und am

E. 3

0. September 2018 endete (Urk. 2 S. 3).

Während der Beschwerdeführer jedoch geltend machte, vom 12. Juni 201

E. 3.1

Zur umstrittenen Tätigkeit bei der Z.____

gab der Beschwerdeführer im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung an, vom 13. Juni 2017 bis 30. April 2018 für diese Arbeitgeberin tätig gewesen zu sein (Urk. 10/ 157).

Dazu reichte er

Lohnabrechnungen für die Monate Juni 2017 bis Februar 2018 ein. Danach betrug der monatliche Bruttolohn stets Fr. 7'920.--, entsprechend 176 Arbeitsstunden à Fr. 45.--. Der Nettolohn bzw. Auszahlungsbetrag nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge wurde immer

mit

Fr. 6'868.60 beziffert (Urk. 10/182-188 und 10/175 f.).

Weiter legte der Beschwerdeführer

seinem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung das Formular « Arbeitgeberbescheinigung » bei, das er mit der Anmerkung versah, die Z.____

sei aufgrund vieler Schulden verkauft worden ; es gebe diese nicht mehr

(Urk. 10/159 f.).

E. 3.2

Nach einer ersten schriftlichen Aufforderung der Beschwerdegegnerin , datiert vom 17. Oktober 2018 (Urk. 10/151), reichte der Beschwerdeführer eine schlecht leserliche Kopie des Arbeitsvertrags vom 19. Mai 2017 (Urk. 10/146) nach. Ferner erklärte er schriftlich, die Z.____ sei verkauft worden und werde von einer anderen Person geführt, die ihm keine Arbeitgeberbescheinigung ausstellen könne. Im März/April 2018 habe er zudem nicht gearbeitet, weshalb er dazu auch keine Lohnabrechnungen habe (Urk. 10/145).

E. 3.3

Hierauf informierte die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 30. Oktober 2018, ausnahmsweise selbst eine Arbeitgeberbescheinigung bei der Z.____ einzuholen (Urk. 10/ 140) und verfasste gleichentags eine entsprechende Aufforderung zur Einreichung von Unterlagen, adressiert an A.____ , Z.____ (Urk. 10/139). Diese wurde von der Post indes retourniert, da der Empfänger nicht ermittelbar war (Urk. 10/135).

Vom Beschwerdeführer forderte die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 30. Oktober 2018 bezüglich des Arbeitsverhältnisses bei der Z.____ abermals eine leserliche Kopie des Arbeitsvertrages , des Kündigungsschreibens und der Lohnabrechnungen März und April 2018. Zusätzlich verlangte sie Kopien sämtlicher Gutschriften anzeigen der Lohneingänge auf seinem Privatkonto beider Arbeitgeber (gemeint der Z.____ und der B.____ , vgl. Urk. 10/157). Hierzu setzte sie ihm eine Frist bis 31. Januar 2019 an (Urk. 10/140).

E. 3.4

Mit Schreiben vom 11. November 2018 erläuterte der Beschwerdeführer ,

der Arbeitgeber habe ihm Ende Februar 2018 mitgeteilt, dass er per sofort entlassen werde; er müsse die Firma aus finanziellen Gründen verkaufen . Eine Kündigung habe er keine erhalten. Aufgrund des Firmenverkaufs habe er im März und April [2018] nicht gearbeitet (

Urk. 10/122).

Dazu reicht er eine leserliche Kopie des Arbeitsvertrags vom 19. Mai 2017 ein, wonach Arbeitsbeginn am 12. Juni 2017 war. Der Bruttostundenlohn betrug Fr. 45.--

inkl. Ferien- und Feiertagsentschädigung sowie Anteil am 13. Monatslohn. Für den Auslagenersatz und die Reisezeit wurde auf den Gesamtarbeitsvertrag verwiesen. Ferner vereinbart war eine Kündigungsfrist von einem Monat nach der dreimonatigen Probezeit (Urk. 10/123-124).

Ausserdem legte der Beschwerdeführer Gutschriftenanzeigen seines Privatkontos bei der C.____ vor. Danach wurden mit Valuta vom 30. Juni, 28. Juli, 30. August, 29. September, 1. November und 7. Dezember 2017 jeweils Fr. 6'947.80 von der Z.____ auf sein Konto überwiesen (Urk. 10/125-132). Ergänzend brachte er eine schriftliche «Bestätigung» der Z.____ bei, datiert vom 23. März 2018 und unterzeichnet von A.____, wonach dem Beschwerdeführer der Lohn im Dezember 2017, im Januar 2018 und Februar 2018 bar ausbezahlt worden sei und man für weitere Fragen unter der angegebenen Telefonnummer zur Verfügung stehe (Urk. 10/133).

E. 3.5

Mit der Einsprache vom 19. November 2018

reichte der Beschwerdeführer ergänzend eine Kopie der 10-seitigen

Steuererklärung 2017 samt Beilagen, Druckdatum vom 3. April 2018, ein. Darin gab er die Z.____ als Arbeitgeberin an (Urk. 10/80), deklarierte einen Haupterwerb als Ehemann von Fr. 48'080.-- (Urk. 10/81) und machte bei den Berufsauslagen Fahrtkosten an 154 Arbeitstage geltend (Urk. 10/97). Bewegliches Vermögen, insbesondere sein Lohnkonto bei der C.____,

gab er keines an bzw. füllte kein Wertschriften- und Guthabenverzeichnis aus (Urk. 10/83). 3.6

Die Beschwerdegegnerin holte sodann einen Auszug aus dem individuellen Konto beschränkt auf die Jahre 2016 bis 2018 (Urk. 10/66) ein, der vom 14. Januar 2019 datiert. Darin wird neben den Arbeitslosenentschädigungen lediglich die D.____ als Arbeitgeberin im Jahr 2016 erwähnt (Urk. 10/67).

E. 3.7

Im Gerichtsverfahren reichte der Beschwerdeführer sodann diverse Fotos von Baustellen ein, die vom Juni, Juli, August, November und Dezember 2017 datieren (Urk. 6/5 und 6/6). Auch legte er ein Foto ins Recht, das von der Internetseite der E.____ stammt und ihn als Mitarbeiter zeigt (Urk. 6/8). Dazu erwähnte er, die Z.____ habe die meisten Aufträge von der E.____ erhalten. Der Geschäftsführer und der Projektleiter dieses Unternehmens könnten zu den Einsätzen auf den verschiedenen Baustellen Auskunft erteilen (Urk. 5 S. 2). 4.4.1

Die Beschwerdegegnerin legte zutreffend dar (Urk. 2. S. 3), dass sich die tatsächliche Arbeitsaufnahme anhand der vorstehenden Unterlagen nicht klären lässt, zumal im Arbeitsvertrag der Arbeitsbeginn auf den 12. Juni 201

E. 7

angegeben wurde und gemäss der Lohnabrechnung bzw. Gutschriftenanzeige beim Lohn vom Juni 2012 das Arbeitspensum eines ganzen Monats berücksichtigt wurde.

In der Steuererklärung 2017 setzte der Beschwerdeführer bei den Berufsauslagen zudem 154 Arbeitstage ein. In der Einsprache vom 19. November 2018 hatte er dazu ausgeführt, ab 1. Juni 2017 « angestellt » gewesen zu sein (Urk. 10/74). Im Rahmen der Beschwerde erläuterte er indes, man habe ihm im Juni 2017 den vollen Lohn ausbezahlt und gesagt, man bezahle ihm die kommenden Überstunden schon mal im Voraus. Die restlichen Überstunden seien ihm dann nicht mehr bezahlt worden (Urk. 2 S. 1). Eine solche Vorauszahlung, vor allem zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses, ist indes keinesfalls üblich und erscheint daher fragwürdig.

Zudem hat die Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Lohnzahlungen zu Recht auf weitere Probleme hingewiesen

(Urk. 2 S. 4), nämlich die Auszahlung eines konstanten Betrages über dem Nettolohn und trotz Vereinbarung eines Stundenlohns in der Baubranche, in der die Arbeitszeit oft entsprechend der Auftragslage schwankt. 4.2

Hierbei gilt es allerdings zu bedenken, dass es sich bei der fraglichen Arbeitgeberin nicht um eine grosse Baufirma mit Personal- und Buchhaltungsabteilung handelt. Der rudimentäre und in schlechtem Deutsch abgefasste Arbeitsvertrag, der nur gerade die häufigsten praktischen Fragen beantwortet, deutet darauf hin, dass A.____ die administrativen Angelegenheiten seiner Ein-Personen-Gesellschaft selbst erledigte.

Aus dem im Internet abrufbaren Handelsregisterauszug der « Z.____ in Liquidation » (www.zefix.ch) ergibt sich ergänzend, dass er am 1. März 2018 als Geschäftsführer

und Geschäftsführer ausgeschieden war, kurz bevor am 31. Mai 2018 das Konkursverfahren eröffnet und mit Urteil vom 31. August 2018 mangels Aktiven eingestellt worden war. Insofern ist eine pragmatische Handhabung der Lohnzahlungen zwischen den beiden Handwerkern nicht ohne weiteres auszuschliessen. Dies gilt auch für die Benzinspesen, welche die Differenz

zwischen Nettolohn gemäss Lohnabrechnung und Gutschriftenanzeige erklären sollen, wie der Beschwerdeführer auf Nachfragen von A.____ erfahren haben will (Urk. 5 S. 2). Zusätzlich zum Lohn ausbezahlte Spesen sind dabei aufgrund des im Arbeitsvertrag erwähnten Ersatzes für Auslagen und Reisezeit nicht abwegig (Urk. 10/124), wenn auch mit Blick auf die verschiedenen Baustellen (Urk. 5 S. 2) nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. 4.3

Soweit die Beschwerdegegnerin weiter argumentierte, die Vorauszahlung der Löhne von Dezember 2017 bis Februar 2018 sei durch die schriftliche Bestätigung der Arbeitgeberin nicht belegt (Urk. 2 S. 4), so wäre ein solcher Einwand nach der Rechtsprechung grundsätzlich gerechtfertigt, wenn der Beschwerdeführer selbst oder eine ihm nahestehende Person diese unterzeichnet hätte. Für ein vorbestehendes enges freundschaftliches oder ein verwandtschaftliches Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und A.____ bestehen bislang indes keine

Anhaltspunkte. Eine Gefälligkeit kann daher nicht ohne Weiteres angenommen werden. Es kommt hinzu, dass letzterer aufgrund des Auszugs aus dem individuellen Konto allenfalls auch mit finanziellen (Art. 52 AHVG) und strafrechtlichen (Art. 87 AHVG)

Konsequenzen im Zusammenhang mit den nicht

bezahlten Beiträgen an die Sozialversicherungen zu rechnen hat. Im Übrigen wäre es der Beschwerdegegnerin freigestanden, wenn sie eine Rückzahlung der Lohnzahlungen vermutet (Urk. 2 S. 4), einen vollständigen Kontoauszug und nicht ausdrücklich nur die Gutschriftenanzeigen einzuverlangen. 4.4

Zusammenfassend bestehen somit

in der Tat gewisse Ungereimtheiten. Indessen lässt sich daraus zum heutigen Zeitpunkt noch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schliessen, der Beschwerdeführer sei keiner beitragspflichtigen Beschäftigung nachgegangen oder habe den Minimalverdienst nicht effektiv erzielt. So hat dieser, nachdem die Beschwerdegegnerin sich erstmals im angefochtenen Einspracheentscheid konkret mit den vorhandenen Unterlagen auseinandergesetzt hatte,

in der Beschwerde zu den Vorwürfen Stellung genommen (z.B. Benzinspesen), detaillierte Angaben (z.B. Auftraggeberin, Ort der Baustellen) gemacht und zahlreiche Zeugen (z.B. Bauleiter) benannt. Es ist daher zu erwarten, dass durch entsprechende Abklärungen – vorab bei der E.____ – neue Erkenntnisse gewonnen werden

können. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass für die Bestimmung der Beitragsmonate letztlich die formale Dauer der Arbeitsverhältnisse entscheidend ist, soweit in den einzelnen Kalendermonaten Arbeit geleistet wurde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_127/2017 vom 13. Juni 2017 E. 2) und der Minimalverdienst durchschnittlich Fr. 500.-- monatlich beträgt. 5.

Der angefochtene Entscheid ist somit aufzuheben und die Sache ist zur Durchführung der notwendigen Abklärungen

und – gegebenenfalls nach Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen – zu neuer Entscheidung über die Anspruchsberechtigung ab 1. Oktober 2018 an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (§ 26 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVG). Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid vom 22. Januar 2019 aufgehoben und die Sache an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen wird, damit diese nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen neu über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Oktober 2018 verfüge. 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 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 Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Fehr Bonetti

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