

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00160

vom 2. Juni 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-06-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2020.00160

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00160 du 2 juin 2021

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00160 del 2 giugno 2021

Erwägungen

E. 1.1

Nach Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist. Die Beitragszeit hat laut Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat, wobei gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung unter anderem Zeiten angerechnet werden, in denen die versicherte Person zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber wegen Krankheit oder Unfalls keinen Lohn erhält und daher keine Beiträge bezahlt (lit. c; BGE 131 V 444 E. 1.2 und E. 3.3; ARV 2004 S. 115, C 127/02).

E. 1.2

Gemäss Art. 11 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) zählt als Beitragsmonat jeder volle Kalendermonat, in dem die versicherte Person beitragspflichtig ist (Abs. 1). Beitragszeiten, die nicht einen vollen Kalendermonat umfassen, werden zusammenge zählt. Je 30 Kalendertage gelten als ein Beitragsmonat (Abs. 2). Die den Beitragszeiten gleichgesetzten Zeiten (Art. 13 Abs. 2 AVIG) und Zeiten, für die der Versicherte einen Ferienlohn bezogen hat, zählen in gleicher Weise (Abs. 3). Die Beitragszeit von Teilzeitbeschäftigten wird nach den gleichen Regeln ermittelt wie bei Arbeitnehmern mit Vollzeitbeschäftigung. Übt die versicherte Person gleichzeitig mehrere Teilzeitbeschäftigungen aus, so wird die Beitragszeit nur einmal gezählt (Abs. 4).

E. 1.3

Gemäss Art. 9 AVIG gelten für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit, sofern dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, 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).

E. 1.4

Art. 23 Abs. 1 AVIG bestimmt, dass als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn gilt, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde, unter Einschluss der vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, so weit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen, und dass der Verdienst nicht

als versichert gilt, wenn er eine Mindestgrenze nicht erreicht, wobei der Bundesrat den Bemessungszeitraum und die Mindestgrenze bestimmt (Satz 4). Der versicherte Verdienst bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Art. 37 Abs. 1 AVIV). Er bemisst sich gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Art. 37 Abs. 1 AVIV. Der Bemessungszeitraum beginnt gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstausfalls, wobei vorausgesetzt wird, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen.

E. 1.5

) Rechtsprechung die mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe dazu führt, dass sich ein versicherter Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht hinreichend zuverlässig festlegen lässt, was zur Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung führt. Nach Gesagtem

lässt sich auf Grund der

Überweisung vom 12. November 2019 weder hinreichend zuverlässig ein versicherter Verdienst ermitteln, noch lässt sich daraus mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf eine Lohnzahlung beziehungsweise auf die Ausübung einer beitragspflichtigen Tätigkeit im Monat November 2019 schliessen. 6.

E. 1.6

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. Fehlen Belege für eine Lohnüberweisung (Post oder Bankkontoauszüge oder Quittungen für Lohnzahlungen), ist eine tatsächlich erfolgte Lohnentrichtung nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit erstellt (BGE 131 V 444 E. 1.2; Urteil des Bundesgerichts C 250/03 vom 28. Juli 2004 E. 2.1). 2.

E. 2

Gegen den Einspracheentscheid vom 14. Mai 2020 (Urk. 2) erhob die Versicherte am 15. Juni 2020 Beschwerde (Urk. 1) und beantragte dessen Aufhebung und die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung. Gleichzeitig ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung (S. 1). Mit Beschwerdeantwort vom 10. Juli 2020 beantragte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich die Abweisung der Beschwerde (Urk. 8).

Mit Verfügung vom 8. September 2020 (Urk. 13) wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass über das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werde, und es wurde beim Konkursamt C.____ die Akten des Konkursverfahrens über die A.____ GmbH, in Liquidation (Urk. 20/A+B, 1-2

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin ging im angefochtenen

Einspracheentscheid vom 14. Mai 2020 (Urk. 2) davon aus, dass auf Grund der Akten monatliche Lohnentgänge beziehungsweise ein tatsächlicher Lohnfluss in der geltend gemachten Höhe nicht ausgewiesen seien, weshalb sich weder die erforderliche Beitragszeit noch der versicherte Verdienst hinreichend zuverlässig festsetzen lasse. Aus diesem Grunde sei ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen (S. 6).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin bringt hiergegen vor, dass auf Grund der Akten und der eingereichten Unterlagen erstellt sei, dass sie in den zwölf Monaten vom 1. Dezember 2018 bis 30. November 2019 bei der A.____ GmbH durchschnittlich einen Monatslohn von Fr. 2'660.83 bezogen habe (Urk. 1 S. 4), weshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, dass die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung in der Zeit von

1. Dezember 2018 bis 4. Dezember 2019 und ein Lohnfluss dafür erstellt sei (Urk. 1 S. 5). Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung sei ab 1. Dezember 2019, eventuell ab 14. März 2020, zu bejahen (Urk. 1 S. 6). 3. 3.1

Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin seit der Gründung der A.____ GmbH, D.____, vom 27. September 2018 (Statutendatum: 17. September 2018) bis 12. März 2020 (Eintrag im Tagesregister; Publikation im Handelsregister: 17. März 2021; Urk. 9/79) als Gesellschafterin mit einem hälftigen Anteil am Stammkapital sowie als Geschäftsführerin mit Einzelzeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen war. Bei der anderen Gesellschafterin, welche mit dem anderen hälftigen Anteil am Stammkapital im Handelsregister eingetragen war, handelte es sich um die E.____, welcher keine Zeichnungsberechtigung zu stand (Urk. 9/79). 3.2

Nach Gesagtem steht fest, dass die Beschwerdeführerin während der Zeit vom 27. September 2018 bis 12. März 2020 stets Gesellschafterin mit einem hälftigen Anteil am Stammkapital sowie Geschäftsführerin mit Einzelzeichnungsberechtigung der A.____ GmbH war. Damit fehlte jegliches Unterordnungsverhältnis zwischen der GmbH als Arbeitgeberin und der Beschwerdeführerin als Arbeitnehmerin und es ist davon auszugehen, dass sämtliche Führungs- und Entscheidungskompetenzen innerhalb der A.____ GmbH bei der Beschwerdeführerin lagen. Fehlt es insoweit an einem Unterordnungsverhältnis, liegt aus zivilrechtlicher Sicht kein Arbeitsvertrag vor (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 267/04 vom 3. April 2006 E. 4.4.1 mit Hinweis). Nach der Rechtsprechung (Urteile des Bundesgerichts C 266/05 vom 13. Juni 2006 E. 2.2.1 und C 267/04 vom 3. April 2006 E. 4.4.2) ist indes ungeachtet der zivilrechtlichen Würdigung selbst im Falle eines Gesellschafters und einzelzeichnungsberechtigten alleinigen Geschäftsführers, welcher das gesamte Stammkapital hielt, und mithin bei wirtschaftlicher Identität zwischen der Gesellschaft und der

versicherten Person, aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht grundsätzlich von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit auszugehen. Im Lichte dieser Rechtsprechung ist auch hier die Beschwerdeführerin als Arbeitnehmerin in der A.____

GmbH zu qualifizieren. 3.3

Als einzelzeichnungsberechtigte Gesellschafter in und Geschäftsführer in gilt die Versicherte aber zweifelsohne als arbeitgeberähnliche Person, die rechtsprechungsgemäss (BGE 123 V 236) nur dann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, wenn ihr Ausscheiden aus der Firma endgültig ist und anhand eindeutiger Kriterien feststeht. Unter diesen Umständen ist bis zum Ausscheiden der Beschwerdeführerin

als Geschäftsführerin aus der A.____ GmbH am 12. März 2020 von einer arbeitgeberähnlichen Stellung auszugehen. Unter diesen Umständen hat die Beschwerdegegnerin daher zu Recht weitere Abklärungen zum Lohnfluss vorgenommen.

3.4

Da gemäss der Rechtsprechung (Urteile des Bundesgerichts 8C_656/2011 vom 14. Februar 2012 E. 3.4 und C 267/04 vom 3. April 2006 E. 4.3) ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung während der Liquidation einer Gesellschaft zu bejahen ist, wenn ein Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt und die Firma anschliessend von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht wird (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts C 324/05 vom 2. Juni 2006 E. 4 und C 266/05 vom 13. Juni 2006 E. 2), ist vorliegend nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin von einer Rahmenfrist für den Leistungsbezug

vom 5. Dezember 201

E. 6

), sowie beim Migrationsamt des Kantons Zürich die Akten betreffend die Beschwerdeführerin (Urk. 19/1-9) beigezogen. Mit Verfügung vom 9. November 2020 (Urk. 22) wurde sodann beim Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, welcher vormals auch die A.____ GmbH vertreten hatte, die Buchhaltungs- und Geschäftsakten der Konkursiten

A.____ GmbH beigezogen. Mit Eingabe vom 7. Dezember 2020 (Urk. 25) nahm die Versicherte zu den Akten des Konkursverfahrens über die A.____

GmbH sowie zu denjenigen des Migrationsamtes des Kantons Zürich Stellung. Gleichzeitig führte ihr Rechtsvertreter aus, dass er die Buchhaltungs- und Geschäftsakten der Konkursiten

A.____ GmbH nicht einreichen könne, weil die Gesellschaft in ihrem ersten Geschäftsjahr noch keine Buchhaltung geführt habe (S. 1). Mit Eingabe vom 5. Januar 2021 (Urk. 29) hielt die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich daran fest, dass die Anspruchsvoraussetzung der erforderlichen Beitragszeit nicht erfüllt sei, und dass ein versicherter Verdienst nicht ermittelt werden könne, weil der geltend gemachte Lohnfluss nicht hinreichend belegt sei. Davon wurde der Beschwerdeführerin am 7. Januar 2021 Kenntnis gegeben. Gleichzeitig wurde ihr Rechtsvertreter darauf hingewiesen, dass er die Möglichkeit habe, dem Gericht vor der Fällung des Endentscheids eine detaillierte Zusammenstellung über den bisherigen Zeitaufwand und die bisher angefallenen Barauslagen einzureichen, und dass im Unterlassungsfall die Entschädigung nach Ermessen festgesetzt werde (Urk. 30). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 6.1

Nach Gesagtem kann ein Lohnfluss zwischen der A.____ GmbH und der Beschwerdeführerin jedenfalls für die Zeit ab 1. August 2019 nicht mit der erforderlichen

Wahrscheinlichkeit als nachgewiesen gelten. Die

Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung

und die Erzielung eines versicherten Verdienstes aus der Tätigkeit der Beschwerdeführerin bei der A.____ GmbH ist für die Zeit ab 1. August 201

E. 6.2

In der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 5. Dezember 2017 bis 4. Dezember 2019 (vorstehend E. 3.4) bezog die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen (Urk. 9/28) vom 5. Dezember 2017 bis 30. Juni 2018 Arbeitslosenentschädigung (vgl. Urk. 9/98) und übte in der Zeit vom 1. Juli bis 30. November 2018 keine Erwerbstätigkeit aus (Urk. 9/28). Eine beitragspflichtige Tätigkeit hat die Beschwerdeführerin lediglich vom 1. Dezember 2018 bis 31. Juli 2019 und mithin während acht Monaten als Geschäftsführerin bei der A.____ GmbH ausgeübt. Die Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten hat sie daher nicht erfüllt. Ein Leistungsanspruch der Beschwerdeführerin ist daher mangels Erfüllung der genügenden Beitragszeit beziehungsweise mangels genügender Bestimmbarkeit des versicherten Verdienstes zu verneinen. 7.

Nach Gesagtem ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin mit dem angefochtenen Einspracheentscheid vom 14. Mai 2020

(Urk. 2) einen Anspruch

der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab 5. Dezember 2019 verneinte, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. 8.8.1

Nach § 34 Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) wird die Prozessentschädigung und die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen. Gemäss § 8 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV

SVGer) wird - auch im Rahmen der unentgeltlichen Rechtsvertretung - namentlich für unnötigen Aufwand kein Ersatz gewährt. 8.2

Die Voraussetzungen zur Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung gemäss § 16 Abs. 2 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) sind erfüllt. 8.3

Da der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin keine Zusammenstellung über den Zeitaufwand und die angefallenen Barauslagen eingereicht hat, ist die Entschädigung androhungsgemäss (Urk. 30) nach Ermessen festzusetzen (§ 7 Abs. 2 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht). 8.4

Ausgangsgemäss ist der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt Zsombor

Revesz, Wädenswil,

unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses sowie eines gerichtlichen Stundenansatzes von Fr. 220.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) mit Fr. 1'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu

entschädigen.

Das Gericht beschliesst: In Bewilligung des Gesuchs vom 15. Juni 2020 wird der Beschwerdeführerin Rechtsanwältin Zsombor

Revesz, Wädenswil, als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren bestellt, und erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt Zsombor Revesz, Wädenswil, wird mit Fr. 1'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Beschwerdeführerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 16 Abs. 4 GSVG hingewiesen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Zsombor

Revesz - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) sowie an: - Gerichtskasse 5.

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
Mosimann
Volz

E. 9

daher nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt.

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