

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00234

vom 2. November 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-11-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2021.00234

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00234 du 2 novembre 2021

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00234 del 2 novembre 2021

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1957, meldete sich am 10. Februar 2021 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV), Zürich Lagerstrasse, zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 6/99) und beantragte ab diesem Datum Arbeitslosenentschädigung (Urk. 6/43). Mit Schreiben vom 24. Februar (Urk. 6/89), 8., 24. und 31. März (Urk. 6/85, 60, 47) sowie vom 19. April 2021 (Urk. 6/25) forderte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (ALK) den Versicherten jeweils schriftlich dazu auf, verschiedene Unterlagen zur Anspruchsprüfung nachzureichen. Mit Verfügung vom 30. April 2021 verneinte sie einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 25. Februar 2021 (Urk. 6/19). Die dagegen erhobene Einsprache von X.____ (Urk. 6/15) wies die ALK mangels nachweisbarer beitragspflichtiger Beschäftigung sowie hinreichend zuverlässig ermittelbaren versicherten Verdienstes mit Einspracheentscheid vom 19. Juli 2021 (Urk. 2) ab.

E. 1.1

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung

(AVIG) haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich zwar in Art. 8 ff. AVIG keine Regelung, die dieser Norm zur Kurzarbeit entsprechen würde. Nach der Rechtsprechung gilt diese Regelung jedoch grundsätzlich auch für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 123 V 234 E. 7b/ bb).

Die Frage, ob eine arbeitnehmende Person einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen kann, ist aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt (BGE 123 V 234 E. 7a), was insbesondere für Verwaltungsräte einer AG gilt, für welche das Gesetz in der Eigenschaft als Verwaltungsrat in Art. 716-716b OR verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt (Urteil des Bundesgerichts 8C_34/2021 vom 8. Juli 2021 E. 3.3 mit Hinweis auf BGE 145 V 200 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

Damit eine versicherte Person in arbeitgeberähnlicher Stellung oder deren mit arbeitender Ehegatte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss sie mit dem Ausscheiden aus dem Betrieb definitiv auch die arbeitgeberähnliche Stellung verlieren. Behält sie nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann sie dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfügt sie nach wie vor über die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs.

E. 1.2

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht darin, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat (Art. 8 Abs. 1 lit. e

AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der Rahmenfrist nach Art. 9 Abs. 3 AVIG während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG).

Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit nach Art.

E. 1.3

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 (Urteil des Bundesgerichts C 173/05 vom 7.

April 2006 E. 1 mit Hinweis auf BGE 131 V 444 E. 1.2 mit Hinweisen).

E. 1.4

Führen die im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1, Art. 61 lit. c des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG) von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen den Versicherungsträger 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 Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen 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). 2.

Zwischen den Parteien streitig ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 25. Februar 2021. Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Entscheid damit, dass der Beschwerdeführer keinerlei Unterlagen habe beibringen können, welche es ermöglichen, die erforderliche Beitragszeit oder den versicherten Verdienst zuverlässig zu ermitteln, weshalb ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht gegeben sei (Urk. 2). Dem hielt der Beschwerdeführer entgegen, er habe seit dem Jahr 1983 Beiträge an die Arbeitslosenversicherung bezahlt, verfüge über keinerlei Einkommen und könne nicht akzeptieren, dass er als Verwaltungsrat keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe (Urk. 1). 3.

E. 2

6. Juli 2021 bei der ALK Beschwerde (Urk. 1), welche diese zuständigkeithalber dem hiesigen Gericht überwies (Schreiben vom 28. Juli 2021, Urk. 3). Sinngemäss beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung. Mit Beschwerdeantwort vom 2. August 2021 (Urk. 5) schloss die ALK auf Abweisung der Beschwerde, was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 5. August 2021 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 8). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 3

lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Diese Rechtsprechung will nicht bloss dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (Urteile des Bundesgerichts C 255/05 vom 25. Januar 2006 und C 92/02 vom 14. April 2003; vgl. Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genève 2019, S. 18 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung).

E. 3.1

Aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer über Jahre einziger Verwaltungsrat der Y.____ AG war, deren Auflösung am 25. Februar 2021 beschlossen (Urk. 6/79-80) und über

welche Gesellschaft am 19. März 2021 der Konkurs eröffnet

wurde (Urk. 6/50-52). Mithin kam es am 29. April 2021 zur Einstellung des Konkursverfahrens

(Urk. 2 S. 3, vgl. auch Handelsregister des Kantons Zürich betreffend Y. ___ AG in Liquidation). Mithin hatte der Beschwerdeführer in der zweijährigen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG) eine arbeitgeberähnliche Stellung inne (E. 1.1) . Zu Recht hat daher die Beschwerdegegnerin den tatsächlichen Lohnfluss überprüft (vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft, Seco , AVIG-Praxis Rz B 146) , sollen mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlungen doch Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen verhindert werden (vgl. E. 1.3) . Wenn auch dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung keine selbständige Anspruchsvoraussetzung zukommt, so stellt dieser doch rechtsprechungsgemäss ein bedeutsames, gerade in kritischen Fällen ausschlaggebendes Indiz für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung dar. Ausserdem führt mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe dazu, dass sich ein versicherter Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht hinreichend zu verlässlich festlegen lässt, woraus ebenfalls die Verneinung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung folgt (Urteil des Bundesgerichts 8C_ 472 /2019 vom 20. November 2019 E . 4 mit Hinweisen).

E. 3.2

Trotz mehrmaliger Aufforderung durch die Beschwerdegegnerin (vgl. Sachverhalt E. 1) hat es der Beschwerdeführer unterlassen, Belege, welche einen tatsächlichen Lohnfluss hinreichend nachweisen würden, aufzulegen. So hat er sich weder über Zahlungen auf ein auf seinen Namen lautendes Post- oder Bankkonto ausgewiesen, noch hat er Barauszahlungen behauptet, welche sich allenfalls durch Zeugenaussagen bestätigen liessen. Sodann hat der Beschwerdeführer ausdrücklich erklärt, nie eine Lohnabrechnung für sich erstellt zu haben (Urk.

6/42 , 49). Ferner sei die Buchhaltung nur bis ungefähr Mitte 2019 nachgeführt, der letzte Abschluss datiere vom 31. Dezember 2018 (Urk. 6/35). Die vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten Lohnausweise der Jahre 2019 und 2020 (Urk. 6/73-74) sowie die Steuererklärung

2019 (Urk. 6/62-72) vermögen einen tatsächlichen Lohn bezug alleine nicht zu belegen, zumal die erst am 17. März 2021 ausgefüllte Steuererklärung nicht unterzeichnet ist und solche Unterlagen rechtsprechungsgemäss höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen darstellen (E. 1.3) . Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer gemäss Auskunft des zuständigen Steueramtes für die Jahre 2018 bis 2020 keine Steuererklärung einreichte (Urk. 6/76), was Zweifel an seinen diesbezüglichen Angaben erweckt .

Alsdann fehlen auf der Arbeitgeberbescheinigung vom 25. März 2021 Angaben zum AHV-pflichtigen Lohn, welcher in den letzten zwei Jahren vor Anspruchstellung ausgerechnet wurde; gemäss der Bescheinigung erfolgten Lohnzahlungen bis Oktober 2020 (vgl. Urk. 6/54).

In Anbetracht dieser Gegebenheiten erweist es sich als unmöglich, einen hinreichend belegten monatlichen Lohn festzusetzen. Schliesslich ist es - wie die Beschwerdegegnerin zu Recht einwandte (Urk. 2 S. 4) - auch nicht auszu-schliessen, dass sich der Beschwerdeführer im für die Berechnung des versicherten Verdienstes und der Beitragszeit relevanten Zeitraum gar keinen Lohn mehr ausbezahlt hat , was der Beschwerdeführer für

das Jahr 2021 eingeräumt hat (vgl. Urk. 6/42) . Damit lässt sich weder die erforderliche Beitragszeit (E. 1.2) noch ein versicherter Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG hinreichend zuverlässig ermitteln, was zur Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung führt (vgl. E. 3.1).

E. 3.3

Nicht durchzudringen vermag der Beschwerdeführer mit seinem Einwand, er habe seit unzähligen Jahren Beiträge an die Arbeitslosenversicherung entrichtet, ist doch nicht die Erfüllung der Beitragspflicht massgebend, sondern die Ausübung einer - genügend überprüfbaren - beitragspflichtigen Beschäftigung (BGE 131 V 444 E. 3.1.1) , woran es wie vorstehend dargelegt mangelt .

Angesichts des zuvor Erörterten

lässt sich daher auch aus dem IK-Auszug (Urk. 6/55-57) , welcher wie Arbeitgeberbescheinigung en und Lohnabrechnungen rechtsprechungsgemäss ebenfalls höchstens Indiz für eine tatsäch liche Lohnzahlung bildet (E. 1.3) , nichts zugunsten des Beschwerdeführers gewinnen, liegen doch weder ordentlich und transparent geführte Geschäftsbücher, noch Bank-, Post- oder Barauszahlungs belege oder Zeugenaussagen vor (Urteil des Bundesgerichts 8C_913/2011 vom 1 0. April 2012). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Entrichtung von ALV-Beiträgen nicht einen gleichsam automatischen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung begründet, sondern der Leistungsanspruch von weiteren Anspruchsvoraussetzungen abhängt (Urteil des Bundesgerichts 8C_604/2009 vom 3 1. August 2009).

Nachdem der Beschwerdeführer mehrfach ausgeführt hat, über keine weiteren Unterlagen zu verfügen (Urk. 6/23, 84) kann von zusätzlichen Abklärungen Ab stand genommen werden (E. 1.4).

E. 3.4

Nach dem Gesagten ergeben sich aus den Akten keine klaren Rückschlüsse auf in der fraglichen Zeit effektiv ausbezahlte Löhne. Es liegt Beweislosigkeit zulasten des Beschwerdeführers vor (E. 1.4) und ein Anspruch auf Arbeitslosen entschädigung entfällt. 4.

Dies führt zur vollumfänglichen Abweisung der Beschwerde. 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 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 1 5. Juli bis und mit 1 5. August sowie vom 1 8. 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 bei zulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin VogelMuraro

E. 8

Abs. 1 lit . e in Verbindung mit Art.

E. 13

Abs. 1 AVIG ist grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer von zwölf Beitragsmonaten. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kommt dabei nach dem Gesagten 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 (Urteil des Bundesgerichts 8C_75/2013 vom 25. Juni 2013 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 131 V 444 E. 3.2.3).

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