Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 34/04

Urteil vom 20. September 2004
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Lustenberger; Gerichtsschreiberin Berger Götz

Parteien
Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Zentralverwaltung, Werdstrasse 62, 8004 Zürich, Beschwerdeführerin,

gegen

L._____, 1940, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 29. Januar 2004)

Sachverhalt:
A.
Der 1940 geborene L._____ war seit 1. April 1997 als Sachbearbeiter beim Personalamt X._____ tätig und liess sich auf den 30. November 2001 frühzeitig pensionieren. Per 1. Dezember 2001 meldete er sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Da ihm zufolge freiwilliger vorzeitiger Pensionierung die letzte Beschäftigung nicht als Beitragszeit angerechnet werden konnte, kam es in der Folge nicht zur Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern. Gemäss Vertrag vom 1. August 2002 wurde er - bei einem monatlichen Gehalt von Fr. 8250.- zuzüglich 13. Monatslohn - per 1. August 2002 als Geschäftsführer der in Gründung begriffenen M._____ GmbH mit der Aufgabe, die Cafeteria E._____ zu führen, angestellt. Der Eintrag der Gesellschaft im Handelsregister erfolgte am ... Oktober 2002, wobei L._____ als Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung aufgeführt wurde. Als Gesellschafterinnen ohne Zeichnungsberechtigung waren B._____ und G._____, die Ehefrau von L._____, eingetragen. Mit Schreiben vom 30. Dezember 2002 löste die Gesellschaft den Arbeitsvertrag mit L._____ per 31. Januar 2003 auf. Als Kündigungsgrund gab sie die schlechte Wirtschaftslage an. Die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI lehnte den Antrag von L._____ auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab 3. Februar 2003 unter Hinweis auf seine arbeitgeberähnliche Stellung in der M._____ GmbH ab (Verfügung vom 27. März 2003). Daran hielt sie auf Einsprache hin fest (Einspracheentscheid vom 17. April 2003). In Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde hob das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich den Einspracheentscheid vom 17. April 2003 auf und hielt in den Erwägungen fest, dass die arbeitgeberähnliche Stellung nach dem 31. Januar 2003 nicht mehr bestehe (Entscheid vom 20. August 2003). Daraufhin verneinte die Kasse die Anspruchsberechtigung ab 3. Februar 2003 wegen Nichterfüllung der Beitragszeit (Verfügung vom 2. September 2003, bestätigt mit Einspracheentscheid vom 26. September 2003).
B.

In Gutheissung der dagegen eingereichten Beschwerde hob das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich den Einspracheentscheid vom 26. September 2003 auf und stellte fest, L._____ habe ab 3. Februar 2003 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt seien (Entscheid vom 29. Januar 2004).
C.
Die Arbeitslosenkasse führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, der kantonale Gerichtsentscheid vom 29. Januar 2004 sei aufzuheben; eventualiter sei die Sache zur näheren Sachverhaltsabklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Während L._____ sinngemäss auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, verzichtet das Staatssekretariat für Wirtschaft auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, mit welchem zahlreiche Bestimmungen im Arbeitslosenversicherungsbereich geändert worden sind, ist - vorbehältlich abweichender Regelungen des AVIG (Art. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 AVIG) - auf den hier zu beurteilenden Fall anwendbar.
1.2 Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen zur Erfüllung der Beitragszeit als Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG [in der bis 30. Juni 2003 gültig gewesenen Fassung]) sowie zur Beitragszeit vorzeitig pensionierter Versicherter (Art. 13 Abs. 3 AVIG [in Kraft gestanden bis 30. Juni 2003]in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 AVIV) richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.
In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1, 126 V 136 Erw. 4b, je mit Hinweisen). Mit Blick darauf, dass im zu beurteilenden Fall sowohl der Eintritt der Arbeitslosigkeit als auch die Anmeldung zur Arbeitsvermittlung vor dem 1. Juli 2003 liegen, gelangt die am 1. Juli 2003 in Kraft getretene Änderung von Art. 13 Abs. 1 AVIG nicht zur Anwendung. Es kann unter diesen Umständen offen bleiben, ob versicherte Personen, welche vor dem 1. Juli 2003 arbeitslos geworden sind und sich nach dem 30. Juni 2003 zur Arbeitsvermittlung gemeldet haben, innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist eine sechs- (Art. 13 Abs. 1 AVIG, in Kraft gestanden bis 30. Juni 2003) oder eine zwölfmonatige beitragspflichtige Beschäftigung (Art. 13 Abs. 1 AVIG in der seit 1. Juli 2003 geltenden Fassung) ausgeübt haben müssen, damit die Beitragszeit als erfüllt gelten kann.
1.3 Gemäss BGE 113 V 352 ist im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 AVIG einzig vorausgesetzt, dass die versicherte Person effektiv eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat, nicht aber, dass der Arbeitgeber als Organ des Beitragsbezugsverfahrens die Arbeitnehmerbeiträge tatsächlich der Ausgleichskasse überwiesen hat. Diese Rechtsprechung wurde insoweit präzisiert, als im Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 AVIG nicht nur die effektive Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung verlangt wird, sondern auch, dass der Arbeitgeber der versicherten Person für diese Tätigkeit tatsächlich einen Lohn entrichtet hat (BGE 128 V 190 Erw. 3a/aa in fine mit Hinweisen; ARV 2002 S. 116, 2001 S. 228 Erw. 4c). Als Beweis für den Lohnfluss sind selbst unterzeichnete AHV-Lohnblätter und Steuererklärungen nicht geeignet. Fehlen Belege für eine Lohnüberweisung (Post- oder Bankkontoauszüge oder Quittungen für Lohnzahlungen), ist eine tatsächlich erfolgte Lohnentrichtung nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit erstellt (ARV 2004 S. 115).
2.
Es ist rechtskräftig entschieden, dass der Beschwerdegegner seine frühere arbeitgeberähnliche Stellung in der M._____ GmbH auf den 31. Januar 2003 definitiv aufgegeben hat (Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. August 2003). Im vorliegenden Prozess ist sodann letztinstanzlich zu Recht nicht mehr bestritten, dass der Versicherte nach seiner vorzeitigen Pensionierung auf den 30. November 2001 in der Rahmenfrist vom 3. Februar 2001 bis 2. Februar 2003 die Beitragszeit von sechs Monaten trotz des Umstandes, dass der Arbeitsvertrag am 1. August 2002 mit der M._____ GmbH in Gründung abgeschlossen und die Firma erst am ... Oktober 2002 im Handelsregister eingetragen worden ist, vollständig absolviert hat.
Streitig und zu prüfen ist, ob der Versicherte für die sechsmonatige Beschäftigung bei der M._____ GmbH effektiv einen Lohn bezogen hat.
3.

3.1 Gemäss der Ansicht der Vorinstanz ist mit der von B._____ unterzeichneten Arbeitgeberbescheinigung vom 15. Januar 2003 und den Lohnabrechnungen für die Monate August 2002 bis Januar 2003, worin der Beschwerdegegner unterschriftlich bestätigt hat, den jeweils angegebenen Geldbetrag bar erhalten zu haben, rechtsgenüglich dargetan, dass der vertraglich vereinbarte Lohn von Fr. 8250.- zuzüglich 13. Monatslohn effektiv bezahlt worden ist.
3.2 Die Arbeitslosenkasse bringt dagegen vor, es sei auffallend, dass das Arbeitsverhältnis des Beschwerdegegners als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer mit der M._____ GmbH für genau sechs Monate und mit einem auf die Höhe des maximal versicherten Verdienstes festgelegten Lohn begründet worden sei. Den vom Versicherten ins Recht gelegten Schriftstücken (Lohnbescheinigungen, nicht unterzeichnete Steuererklärung für das Jahr 2002, rudimentäre Buchhaltungsunterlagen der Gesellschaft, Jahresrechnung der Ausgleichskasse für das Jahr 2002) komme kein Beweiswert zu. Post- oder Bankkontoauszüge, welche geeignet wären, einen regelmässigen Lohnfluss nachzuweisen, würden gänzlich fehlen, Lohnzahlungen in der entsprechenden Höhe seien nirgends beweistauglich verbucht und würden in keiner Relation zur finanziellen Realität der M._____ GmbH stehen. Unter diesen Umständen könne von einem nachgewiesenen Lohnfluss nicht gesprochen werden.
3.3 Der Beschwerdegegner wendet ein, bereits nach drei Monaten - mit einer Umsatzeinbusse von minus 35 % - habe sich abgezeichnet, dass sich die Prognose auf Grund der schlechten Wirtschaftslage nicht erfüllen würde. Dank der sozialen Einstellung der Arbeitgeberin sei er noch für weitere drei Monate beschäftigt worden. Die Gesellschafterin B._____ habe zu diesem Zweck ein privates Darlehen von Fr. 6200.- eingeschossen. Sein für einen allein verantwortlichen Geschäftsführer marktübliches Jahresgehalt von Fr. 107'250.- liege ferner über dem maximal versicherten Verdienst von Fr. 106'800.-. Die Barauszahlung des Lohnes sei auf seinen ausdrücklichen Wunsch hin erfolgt, weil er über kein Bank- oder Postscheckkonto verfüge und seine Rechnungen bar bezahle. Seine Unterschrift auf den Lohnabrechnungen würden den Erhalt des jeweiligen Geldbetrages in bar bestätigen. Die Lohnzahlungen seien im Kontenplan der Gesellschaft korrekt verbucht und seine auf den 27. Oktober 2003 datierte Steuererklärung 2002 sei "rechtsgültig" unterzeichnet. Im Geschäftsmonat August 2002 habe die M._____ GmbH einen Gewinn vor Steuern von Fr. 1115.- erwirtschaftet. Bei einem prognostizierten Umsatzzuwachs von 10 % pro Jahr wären seine Lohnkosten somit
"durchaus intakt geblieben".
4.
4.1 Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 Erw. 2, 122 V 158 Erw. 1a, je mit Hinweisen).
Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. 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 unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes auf Grund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 264 Erw. 3b mit Hinweisen).
4.2 Allein gestützt auf die von B._____ unterzeichnete Arbeitgeberbescheinigung vom 15. Januar 2003 und die Lohnabrechnungen der Monate August 2002 bis Januar 2003, jeweils mit unterschriftlicher Bestätigung des Versicherten, dass er den Betrag erhalten habe, lässt sich mit Blick auf die Rechtsprechung (ARV 2004 S. 115, 2002 S. 116) entgegen der Auffassung des kantonalen Gerichtes nicht darauf schliessen, dass die vereinbarten Lohnsummen dem Beschwerdegegner tatsächlich ausbezahlt wurden. Bei der Würdigung dieser Beweismittel ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der Versicherte vom 1. August 2002 bis 31. Januar 2003 für die Gesellschaft die Funktion eines Geschäftsführers mit Einzelzeichnungsberechtigung innehatte. Demgegenüber hatten die zwei Gesellschafterinnen anfänglich keine Zeichnungsberechtigung. Erst im Laufe der Zeit wurde B._____ die Kollektivzeichnungsberechtigung eingeräumt, während G._____ als Gesellschafterin gelöscht wurde (Handelsregister, Tagebucheintrag vom ... Januar 2003). Bis zum 31. Januar 2003 hatte der Versicherte somit eine beherrschende Stellung in der Firma, weshalb seine Bestätigungen auf den Lohnabrechnungen und die Angaben von B._____ in der Arbeitgeberbescheinigung vom 15. Januar
2003 mit besonderer Vorsicht zu würdigen sind. Es ist der Arbeitslosenkasse zuzustimmen, dass die Steuerer-

klärung 2002 des Versicherten, das an die "M._____ GmbH c/o L._____" adressierte AHV-Jahresabrechnungsformula
für das Jahr 2002 und die für die Beantwortung der vorliegenden Streitfrage zu rudimentären Buchhaltungsunterlagen der M._____ GmbH nicht als Beweis für den Lohnfluss geeignet sind (Erw. 1.3 hiervor). Mit den vereinzelten ins Recht gelegten privaten Quittungsabschnitten für Posteinzahlungen, welche der Beschwerdegegner mit dem Barlohn beglichen haben will, verhält es sich nicht anders.
4.3 Gemäss Geschäftsabschluss 2002 der M._____ GmbH betrugen die "Erlöse Gastro" gesamthaft Fr. 44'067.- (August 2002: Fr. 12'500.-; September 2002: Fr. 9500.-; Oktober 2002: Fr. 9500.-; November 2002: Fr. 9000.-; Dezember 2002: Fr. 3567.-) und die "Erlöse Dienstleistungen" total Fr. 30'000.- (August 2002: Fr. 5000.-; September 2002: Fr. 5500.-; Oktober 2002: Fr. 6500.-; November 2002: Fr. 5500.-; Dezember 2002: Fr. 7500.-). Die Vorinstanz wird von der Gesellschaft die Edition aller Akten zu verlangen haben, welche diese Einnahmen im Einzelnen sowie den jeweiligen Abfluss der Lohnbeträge aus der Kasse oder vom allfälligen Geschäftskonto an den Beschwerdegegner belegen. Sollte die M._____ GmbH die Mitwirkung verweigern oder sollten sich aus den edierten Unterlagen keine klaren Rückschlüsse auf in der fraglichen Zeit effektiv ausbezahlte Löhne ergeben, liegt Beweislosigkeit vor und ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung entfällt (Erw. 4.1 hiervor). Gelangt das kantonale Gericht nach Durchführung der ergänzenden Abklärung zur Auffassung, das Erfordernis des effektiven Lohnflusses für die sechsmonatige Beschäftigung bei der M._____ GmbH sei erfüllt, so wird die Verwaltung die weiteren gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen
zu prüfen und dabei zu berücksichtigen haben, dass die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdegegners für die Zeit ab 1. Februar 2003 bereits rechtskräftig verneint worden ist.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 29. Januar 2004 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, über die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI vom 26. September 2003 neu entscheide.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 20. September 2004

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der III. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: