Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 250/03

Urteil vom 28. Juli 2004
II. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichter Schön und Frésard; Gerichtsschreiber Hochuli

Parteien
L._____, 1946, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Weidmann, Schaffhauserstrasse 146, 8302 Kloten,

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, Brunngasse 6, 8400 Winterthur, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 11. September 2003)

Sachverhalt:
A.
Der 1946 geborene österreichische Staatsbürger L._____, seit 1968 in der Schweiz lebend, meldete sich am 1. September 2002 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 4. September 2002 einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. September 2002. Dabei bezeichnete er die C._____ AG als letzte Arbeitgeberin. Dieses Arbeitsverhältnis habe vom 1. Dezember 2001 bis Ende Juli 2002 gedauert und sei infolge des Konkurses der Arbeitgeberin aufgelöst worden. Vor dem Arbeitsverhältnis mit der C._____ AG (nachfolgend: Arbeitgeberin) sei er selbstständig erwerbstätig gewesen. L._____ war einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident der Arbeitgeberin, bevor über diese am 13. Juni der Konkurs eröffnet und am 5. September 2002 mangels Aktiven eingestellt wurde. Die Firma "C._____ AG in Liquidation" wurde am 5. Februar 2003 von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht. Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (nachfolgend: Kasse) verneinte den erhobenen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weil L._____ die erforderliche Beitragszeit weder erfüllt habe noch von der Erfüllung der Beitragszeit befreit worden sei (Verfügung vom 14. November 2002).
B.
Die hiegegen erhobene Beschwerde des seit dem zweiten Schriftenwechsels anwaltlich vertretenen L._____ wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 11. September 2003 ebenso ab wie das damit eingereichte Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt L._____ unter Aufhebung des kantonalen Entscheids und unter Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung beantragen, es seien weitere Beweise abzunehmen und dem Versicherten ab 1. September 2002 Arbeitslosenentschädigung auszurichten bei Ersatz der vorinstanzlichen anwaltlichen Aufwendungen.

Sowohl die Kasse als auch das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) verzichten auf eine Stellungnahme zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Das kantonale Gericht hat die Anspruchsvoraussetzung der erfüllten Beitragszeit (Art. 8 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 13 AVIG) oder der Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaft (Art. 8 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG) sowie den im Sozialversicherungsrecht geltenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 126 V 360 Erw. 5b, 125 V 195 Erw. 2, je mit Hinweisen) richtig dargelegt. Weiter hat es zutreffend erwogen, dass 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 wurden, im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, da nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: vom 14. November 2002) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen vom Sozialversicherungsgericht nicht berücksichtigt werden (BGE 129 V 4 Erw. 1.2, 127 V 467 Erw. 1, 121 V 366 Erw. 1b). Darauf wird verwiesen. Ebenso wenig sind die am 1. Juli 2003 in Kraft getretenen Änderungen des AVIG anwendbar.
2.
Strittig ist, ob der Beschwerdeführer in der vom 1. September 2000 bis 31. August 2002 dauernden Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens sechs Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt (Art. 13 Abs. 1 Satz 1 AVIG) und hiefür effektiv einen Lohn ausbezahlt erhalten hat.
2.1 Für die Erfüllung der Mindestbeitragszeit von sechs Monaten innerhalb der Rahmenfrist als eine Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 13 Abs. 1 Satz 1 AVIG) genügt nicht die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung. Vielmehr bildet eine solche Tätigkeit nur Beitragszeiten, wenn und soweit hiefür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird (BGE 128 V 190 Erw. 3a/aa in fine mit Hinweisen). Nicht als Beweis für den Lohnfluss geeignet sind selbstunterzeichnete AHV-Lohnblätter sowie die Steuererklärung. 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).
2.2 Die Verwaltung vertrat mit Verfügung vom 14. November 2002 die Auffassung, der Versicherte habe den Nachweis dafür, eine beitragspflichtige Beschäftigung als Arbeitnehmer ausgeübt und einen entsprechenden Lohn von Fr. 8000.- pro Monat bezogen zu haben, nicht erbracht. Das kantonale Gericht, welches die Steuerakten (Steuererklärung 2001) beizog, stellte entscheidend auf die am 27. März 2002 vom Beschwerdeführer unterzeichnete Steuererklärung 2001 ab, wo er unter dem Titel "Einkünfte" im Jahre 2001 einzig ein Einkommen von Fr. 6000.- aus selbstständiger Erwerbstätigkeit deklarierte. Dieser "Aussage der ersten Stunde" mass das Gericht grösseres Gewicht bei als der im April 2003 ausgefüllten Steuererklärung 2002, in welcher der Versicherte für den Zeitraum von Januar bis Juni 2002 einen Bruttolohn der Arbeitgeberin von Fr. 48'000.- auswies. Es schloss sich der Ansicht der Kasse an und hielt zusammenfassend fest (angefochtener Entscheid S. 8 Erw. 3.9), es erscheine bestenfalls als möglich, dass die angeblichen Lohnzahlungen effektiv geleistet wurden. Allerdings seien "diese nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, was zur Abweisung der Beschwerde" führe. Die nicht unterzeichneten Lohnabrechnungen und Aufstellungen der
Löhne 2001 und 2002 der Arbeitgeberin seien nicht geeignet, effektiv erfolgte Lohnzahlungen mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu belegen. Auch die vom Verwaltungsratsmitglied H._____ am 8. November 2002 mitunterzeichnete Erklärung zuhanden der Kasse, wonach der Lohn jeweils in bar an den Beschwerdeführer ausbezahlt und ordentlich verbucht worden sei, genügten unter den dargelegten Umständen und Ungereimtheiten in den Akten nicht für den Nachweis der effektiven Lohnzahlungen. Auf die beantragte Zeugeneinvernahme sei zu verzichten. Soweit untergeordnete Angestellte der Arbeitgeberin bezeugen könnten, ihren eigenen Lohn meist in bar erhalten zu haben, folge daraus nicht der Beweis dafür, dass auch der Versicherte seinen Lohn in der fraglichen Zeit in bar bezogen habe. Wegen der engen verwandtschaftlichen Beziehung könne auch von einer Anhörung seines Sohnes abgesehen werden. Ebenso wenig vermöge die Edition von Bankauszügen zu Konten der Arbeitgeberin zu einer Erhellung des Sachverhalts beitragen. Daraus ersichtliche Kontenbewegungen liessen allenfalls auf entsprechende Geschäftsumsätze schliessen, nicht aber auf konkrete Lohnzahlungen.

2.3 Demgegenüber rügt der Beschwerdeführer die einseitige und willkürliche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz. Er habe als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident alleine Zugriff auf das Geschäftskonto (Nr. ... der Bank X._____) der Arbeitgeberin gehabt. Durch Edition der entsprechenden Kontoauszüge und Bankunterlagen hätte sich das kantonale Gericht von den hohen Bargeld-Bezügen jeweils gegen Ende des Monats zum Zwecke der effektiven Lohnauszahlungen in bar überzeugen können. Auch das Verwaltungsratsmitglied der Arbeitgeberin, H._____, hätte dem Gericht anlässlich einer Zeugeneinvernahme seine konkreten Kenntnisse in Bezug auf den Geldfluss, die quittierten Lohnzettel und weitere, nicht mehr auffindbare Ausgabenbelege eröffnen können. H._____ sei in der Lage, die Lohnzahlungen zu bestätigen, weil er jeweils deren korrekte Verbuchung eigenhändig kontrolliert habe. Ebenso hätten die ehemaligen Mitarbeiter der Arbeitgeberin, A._____ und O._____, als Zeugen über den Zeitpunkt und die Art der Lohnauszahlungen befragt werden können. Sein Sohn, O._____, welcher mit dem Versicherten im gleichen Haushalt lebte, könne zudem bezeugen, dass der Beschwerdeführer den Lebensunterhalt aus den in bar erhaltenen Lohnbezügen bestritten habe. Alle diese Beweismittel seien in höherem Masse dazu geeignet, die regelmässigen und üblicherweise jeweils gegen Ende des Monats in bar erfolgten Lohnzahlungen von Fr. 8000.- an den Versicherten zu belegen als die von der Vorinstanz einseitig gewürdigten Indizien.

2.4 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).

2.5 In Bezug auf die Klärung der Streitfrage, ob die Arbeitgeberin dem Versicherten von Dezember 2001 bis Juni 2002 tatsächlich monatlich Fr. 8000.- Lohn (in bar) ausbezahlt hat, wäre die Edition der Bankauszüge zum Geschäftskonto (Nr. ... der Bank X._____) - entgegen dem kantonalen Gericht - aufschlussreich gewesen, um nähere Angaben über die Kontenbewegungen zu erhalten. Sollte sich daraus ergeben, dass jeweils gegen Ende der fraglichen Kalendermonate Beträge in der Höhe der verzeichneten Lohnsummen (für alle Mitarbeiter zusammen oder für einzelne von ihnen gemäss Aufstellung der ausbezahlten Löhne der Arbeitgeberin) diesem Konto belastet wurden, wäre dies ein gewichtiges Indiz für die Glaubwürdigkeit der Angaben des Beschwerdeführers. Weiter ist unklar, weshalb das kantonale Gericht die einschlägigen Konkursakten nicht beizog. Zwar soll der Versicherte gemäss telefonischer Auskunft des Konkursamtes dort keine Lohnunterlagen eingereicht haben (Abklärungsprotokoll der Kasse vom 14. November 2002). Doch führte er in seinem Schreiben an die Kasse vom 21. November 2002 nach Empfang der Verwaltungsverfügung unter anderem aus:

"[...]Auch wusste Frau R._____ [Mitarbeiterin der Kasse]aus meinen Aussagen, dass sich die buchhaltungsrelevanten Unterlagen in dem ehe- maligen Büro der C._____ AG in W._____ befanden, welche zwangsrechtlich inventarisiert wurden. Das Büro selbst sowie sämtliche Gegenstände, welche sich im Besitz der C._____ AG in Liquidation befanden, wurden zwangsrechtlich durch das Betreibungsamt W._____ am 14. Oktober 2002 in meiner Abwesenheit geräumt. [...]"

Nicht stichhaltig ist sodann, was die Vorinstanz gegen die Einvernahme von A._____ und H._____ als Zeugen für die Barauszahlung von Löhnen vorbringt. Nachdem die Arbeitgeber-Firma am 5. Februar 2003 von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht wurde, besteht zwischen dem Beschwerdeführer als ehemaligem Verwaltungsratspräsident dieser Firma und seinem damaligen Mitarbeiter A._____ sowie dem früheren Verwaltungsratsmitglied H._____ kein arbeits- oder gesellschaftsrechtliches Subordinationsverhältnis mehr. Weshalb den Aussagen dieser Zeugen in Bezug auf die Art und Weise der betriebsüblichen Lohnauszahlung zum Vornherein nicht die volle Beweiskraft zukommen sollte, ist nicht ersichtlich. Zudem scheint nach Angaben des Versicherten (Verwaltungsgerichtsbeschwerde S. 5) H._____ die monatlich durch die Empfänger quittierten Lohnzettel jeweils kontrolliert zu haben, weshalb seiner Aussage zur hier strittigen Frage durchaus erhebliche Bedeutung zukommt. Unter diesen Umständen unterliess es das kantonale Gericht zu Unrecht, die konkursamtlich beschlagnahmten Geschäftsakten sowie die Bankbelege (Kontoauszüge, Zahlungsaufträge, Be-

lastungsanzeigen etc.) zum Geschäftskonto der Arbeitgeberin bei der Bank X._____ (Kontokorrent-Nr. ...) edieren zu lassen und A._____ sowie H._____ als Zeugen einzuvernehmen. Soweit die Vorinstanz ihre eigenen Abklärungen auf den Beizug der Steuerakten beschränkte, sei auf ARV 2004 S. 115 ff. (Erw. 2.1 hievor) verwiesen, wonach unter anderem Steuererklärungen nicht als Beweis für den Lohnfluss geeignet sind.

3.

Für den Fall, dass das kantonale Gericht nach Durchführung der ergänzenden Beweisabnahmen gestützt auf die Ergebnisse der weiteren Abklärungen zur Auffassung gelangen sollte, das Erfordernis der ausreichenden Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung sei erfüllt, wird gegebenenfalls die Verwaltung vor Ausrichtung von Arbeitslosenversicherungsleistungen noch die weiteren gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen haben. Denn gemäss dem Internet-Vollauszug aus dem Handelsregister des Kantons Y._____ vom 8. Juli 2004 blieb der Beschwerdeführer über das Datum der Konkurseröffnung vom 13. Juni 2002 hinaus als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident im Handelsregister bis zur amtlichen Löschung der Firma (SHAB Nr. ... vom ...) eingetragen. Sollte sich zeigen, dass dem Versicherten in der Arbeitgeber-Firma nach der Konkurseröffnung eine arbeitgeberähnliche Stellung zukam, wäre ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gegebenenfalls unter den Bedingungen im Sinne von BGE 123 V 234 (ARV 2003 S. 242 Erw. 4 mit Hinweisen; vgl. dazu auch Urteil E. vom 16. Dezember 2003, C 301/02) zu verneinen.

4.

5.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Dem Ausgang des letztinstanzlichen Verfahrens entsprechend steht dem obsiegenden Versicherten eine Parteientschädigung zu (Art. 135 in Verbindung mit Art. 159 Abs. 2 OG). Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung ist somit gegenstandslos.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 11. September 2003 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit sie, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, über die Beschwerde neu entscheide.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

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, 28. Juli 2004

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der II. Kammer: Der Gerichtsschreiber: