

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00003**

## **vom 30. Juni 2016**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2016-06-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2016.00003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2016.00003)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00003 du 30 juin 2016

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00003 del 30 giugno 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist ( Art. 8 Abs. 1 lit . a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, AVIG ) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat ( Art. 8 Abs. 1 lit . b in Verbindung mit

Art.

#### **E. 1.2**

und E. 3.3). Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Nach der Rechtsprechung ist die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nur Beitragszeiten bildend, wenn und soweit hier für 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.

Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kommt dabei nicht der Sinn einer selbständigen Anspruchs - voraussetzung zu, wohl aber der Sinn eines bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlag gebenden Indizes für die Ausübung einer unselbständigen, beitragspflichtigen Beschäftigung. 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; ARV 2008 S. 314, 2007 S. 46 E. 2.1; Urteile des Bundesgerichts 8C\_387/2015 vom 11. August 2015 E. 3 und 8C\_75/2013 vom 25. Juni 2013 E.

2.2).

#### **E. 1.3.1**

Die Beitragszeit hat laut Art.

#### **E. 1.3.2**

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 (BGE 131 V 444 E. 1.2 mit Hinweisen ; Urteil des Bundesgerichts C 173/05 vom 7. April 2006 E. 1). Fehlen

Belege für eine Lohn überweisung (Post- oder Bankkontoauszüge oder Quittungen für Lohn zahlen gen ), ist eine tatsächlich erfolgte Lohnentrichtung nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit erstellt (ARV 2004 S. 115; Urteil des Bundesgerichts C 250/03 vom 28. Juli 2004 E. 2.1). Mit besonderer Vorsicht zu würdigen sind die Angaben einer versicherten Person insbesondere in jenen Fällen, in welchen diese oder ihr Gatte bei einer Gesellschaft sowohl angestellt gewesen war als auch als Gesellschafter oder Geschäftsführer eine wesentliche Stellung inne gehabt hatte (Urteil des Bundesgerichts C 316/99 vom 5. Juni 2001).

### **E. 1.3.3**

An die Beitragszeit innerhalb der Rahmenfrist (Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 AVIG) angerechnet werden unter anderem auch Zeiten, in denen die versicherte Person zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber wegen Krankheit ( Art. 3 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]) oder Unfalls ( Art. 4 ATSG) keinen Lohn erhält und daher keine Beiträge bezahlt ( Art.

### **E. 1.4.1**

Gemäss

Art. 23 Abs. 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) regelt den Bemessungszeitraum. Nach Abs. 1 bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Nach Abs. 2 bemisst er sich dann nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Abs. 1 .

Der Bemessungszeitraum beginnt nach Abs. 3 von Art. 37

AVIV - unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug - am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstausfalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen .

Der versicherte Verdienst wird auf die nächste Kontrollperiode neu festgelegt, wenn innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug die versicherte Person während mindestens sechs Monaten ununterbrochen eine beitragspflichtige Beschäftigung zu einem Lohn ausgeübt hat, der über dem versicherten Verdienst liegt und sie erneut arbeitslos wird (Art. 37 Abs. 4 lit . a AVIV).

### **E. 1.4.2**

Nach Gesetz und Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes 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 (BGE 128 V 189 E. 3a/ aa , siehe auch BGE 131 V 444 E. 3.2.3; ARV 2014 Nr. 6 S. 144 E. 3.4.1.2, 2012 Nr. 11 S. 290 E. 3.1).

### **E. 1.5**

Laut Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis Abs. 4 AVIG nach Art. 25 ATSG. Gemäss Art.

25 Abs.

1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurück zuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

2. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid damit, dass im ersten Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst ab 1. März 2014, vom 1. März 2

### **E. 5**

, meldete sich am 3. Februar 2014

beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Y.\_\_\_\_ zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 8/1) und stellte am 6. Februar 2014 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (ALK) den Antrag auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Februar 2014 (Urk. 8/2). Die Z.\_\_\_\_ GmbH bescheinigte am 6. Februar 2014 gegenüber der ALK, dass X.\_\_\_\_

vom 1. Juni 2012 bis 31.

Januar 2014 als Eisenleger in einer Vollzeitbeschäftigung im Stundenlohn angestellt war (Urk. 8/4). Gemäss dem Kündigungsschreiben vom 30. November 2013, unterzeichnet von A.\_\_\_\_, dem Bruder des Versicherten und Gesellschafter und Geschäftsführer der Z.\_\_\_\_ GmbH, war die Kündigung per Ende Januar 2014

wegen schlechter Wirtschaftslage erfolgt (Urk. 8/

### **E. 5.1**

Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid

(Urk. 2) davon ausging, dass weder durch das Verhältnis bei der Z.\_\_\_\_ GmbH noch durch dasjenige bei der B.\_\_\_\_ AG

ein tatsächlicher Lohnfluss in überwiegend wahrscheinlich bestimmbarer Höhe nachweisbar ist und sich damit der versicherte Verdienst (Art. 23 Abs. 1 AVIG, Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV) nicht hinreichend zuverlässig festlegen lässt, woraus die Verneinung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung folgt

(vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_75/2013 vom 25. Juni 2013 E. 3.5 mit Hinweis).

### **E. 5.2**

Ob bei gegebenem Sachverhalt, bei welchem der Beschwerdeführer seit 2004 stets für eine Gesellschaft seines Bruders tätig war und dazwischen wieder Arbeitslosenentschädigung bezog, eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vorliegt, wie die Beschwerdegegnerin ausführte (Urk. 2 S. 6), kann bei diesem Ausgang offen gelassen werden. Was der Beschwerdeführer des Weiteren vorbringt, führt zu keinem anderen Ergebnis. Namentlich kann er aus dem Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse

vom 22. September 2015 betreffend einen anderen Ver sicherten (Urk. 1 S. 5; Urk. 3) nichts zu seinen Gunsten ableiten, zumal es sich dabei nicht um e inen Gerichtsentscheid handelt, der Sachverhalt nicht derselbe war und dort - anders als hier - letztlich für den Nachweis des Lohnflusses entscheidend war, dass die Suva Taggelder für einen Betrie bsunfall leistete (Urk. 3 S. 2).

### **E. 5.3**

Die gestützt auf Art. 25 Abs. 1 ATSG in Verbindung mit Art. 95 Abs. 1 AVIG erlassene Rückerstattungspflicht der bereits geleisteten Taggelder von unstrittig Fr. 37'009.95 ist folglich rechtens.

Der angefochtene Einspracheentscheid vom 17. November 2015 (Urk. 2) ist somit zu Recht erfolgt und die Beschwerde ist abzuweisen. 6.

#### 6.1

Die Voraussetzungen zur Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung gemäss § 16 Abs. 2 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht ( GSVGer ) sind erfüllt. Dem Beschwerdeführer ist daher Rechts anwalt Eric Stern, Zürich, als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Ver fahren zu bestellen .

Das Verfahren ist kostenlos, weshalb das Gesuch des Beschwerdeführer s um Gewährung der unent gelt lichen Prozessführung (Urk. 1 S. 6) gegenstandslos ist. 6.2

Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter steht eine E ntschädigung zu, welche nach Art. 61 lit . g ATSG in Verbindung mit § 34 des Gesetzes über das Sozial ver - sicherungs gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, nach der Schwierigkeit des Prozesses, dem Zeitaufwand und den Barauslagen sowie unter Berücksichtigung der Honorarnote vom 16. Juni 2016 (Urk. 29 ) fest zusetzen ist .

In der Honorarnote ist ein Aufwand von insgesamt Fr. 2'575.-- zuzüglich Baraus lagen von Fr. 138.50 und Mehrwertsteuer von Fr . 217.10 aufgeführt (Urk. 29). Jedoch ist darin auch der Aufwand für das Einspracheverfahren ent halten, der im Rahmen dieses Verfahrens nicht zu vergüten ist. Der Aufwand vom 2. September bis 5. November 2015 im Betrag von insgesamt Fr. 577.-- ist daher in Abzug zu bringen, so dass ein Aufwand von Fr. 2'136.50 (Fr. 2'575.-- + Fr. 138.50 - Fr. 577.--) verbleibt. Die

E nt sch ädi gung ist dementspre chend auf Fr. 2'307.40 .-- (inkl usive

Bar auslagen und Mehrwert steuer von 8 %) festzu setzen. Das Gericht beschliesst:

In Bewilligung des Gesuchs vom 4. Januar 2016 wird dem Beschwerdeführer Rechts anwalt Eric Stern, Zürich, als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Ver fahren bestellt. und erkennt sodann : 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen . 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Eric Stern, Zürich, wird mit Fr. 2'307.40

(inkl. Barauslagen und MWSt ) aus der Ge richts kasse ent schädigt. Der Beschwerdeführer wird auf § 16 Abs. 4 GSVGer hinge wiesen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Eric Stern unter Beilage je einer Kopie von Urk. 25 -27

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich unter Beilage je einer Kopie von Urk. 25-27 - 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, zuzu stellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweis mit tel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthal ten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Ur kunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin GrünigHartmann

#### **E. 10**

). Die ALK eröffnet e ab dem 3. Februar 2014 eine Rah menfrist für den Leistungsbezug ( Urk. 2 S. 1). Mit Schreiben vom 19. März 2014 bestätigte das RAV die Abmel dung von X.\_\_\_\_ von der Arbeitsver mitt lung wegen eines neuen Stellen antritts

per 1. März 2014 (Urk. 8/15). Die Z.\_\_\_\_ GmbH wurde am

23. Juni 2014 im Rahmen eines Kon kurs verfahrens von Amtes wegen im Han dels register ge löscht (Urk. 8/38 ).

Am 28. Oktober 2013 war die B.\_\_\_\_ AG mit Sitz in C.\_\_\_\_ an derselben Adresse wie jener der Z.\_\_\_\_ GmbH (Urk. 8/38 ) und mit D.\_\_\_\_ als Prä sident des Verwaltungsrates der B.\_\_\_\_ AG sowie A.\_\_\_\_

und X.\_\_\_\_ als Mitglied er des Verwaltungsrates je mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen wor den . Ende Juni 2014 wurde das Prä sidium des Verwaltungsrates auf A.\_\_\_\_ übertra gen und D.\_\_\_\_ aus dem Han delsregister gestrichen . Am 24. September 2014 wurde auch

X.\_\_\_\_ als Mitglied des Verwaltungsrates im Handelsregister gelöscht (Urk. 25 S. 3 ).

#### **E. 11**

AVIG ) . Ausserdem muss gemäss Art. 8 Abs. 1 lit . e AVIG die Beitragszeit erfüllt sein, sofern kein Befreiungs grund nach Art. 14 AVIG gegeben ist.

#### **E. 013**

bis 28. Februar 2014 (bei 12 Monaten) respektive vom 1. September 2013 bis 28 Februar 2014 (bei 6 Mo naten) der Lohnfluss an sich und zumindest dessen Höhe zwei felhaft sei en . Die im Recht liegenden Beweis mittel, namentlich der Arbeits vertrag, die Lohnabrechnungen der Z.\_\_\_\_ GmbH , der Auszug aus dem Indivi duellen Konto (IK) der Sozialver sicherungsanstalt (SVA) des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, sowie die Steuer erklärung für das Jahr 2013 würden unein heitliche Angaben enthalten. So seien weder im

Jahr 2013 noch im Jahr 2014 von der Z.\_\_\_\_ GmbH, heute in Liquidation, deren Geschäftsführer und (einzig) Gesellschafter der Bruder des Beschwerdeführers sei, Einkommen deklariert und Beiträge entrichtet worden. Aufgrund der vorliegenden Belege seien keine klaren Rückschlüsse auf die in der fraglichen Zeit effektiv ausbezahlten Löhne und damit auch auf die Höhe des versicherten Verdienstes möglich, weshalb der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung

ab März 2014 wegen Beweislosigkeit zulasten des Beschwerdeführers, ausgehend von einem durchschnittlichen Bruttolohn von Fr. O.--, verneint werden müsse

(Urk. 2 S. 3 f.). Dasselbe gelte bezüglich des zweiten Beitragszeitraumes für den versicherten Verdienst ab 1. Oktober 2014.

So habe die B.\_\_\_\_ AG, bei welcher Gesellschaft er bis am 24. September 2014 Mitglied des Verwaltungsrates gewesen sei, gemäss dem IK-Auszug vom 12. Mai 2015 bis dahin kein Einkommen für den Beschwerdeführer deklariert und keine Beiträge entrichtet. Beiträge an die Pensionskasse seien nicht belegt. Die Angaben der Zeugen G.\_\_\_\_, H.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_

zur Barauszahlung des Lohnes vermöchten weder die Höhe noch die Frequenz der Lohnzahlungen zu belegen. Es seien aufgrund der vorliegenden Belege wiederum keine klaren Rückschlüsse auf die in der fraglichen Zeit effektiv ausbezahlten Löhne und damit auch auf die Höhe des versicherten Verdienstes möglich, weshalb auch der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab Oktober 2014 verneint werden müsse (Urk. 2 S. 4 f.). Selbst wenn der Beschwerdeführer den Lohnfluss nachzuweisen vermöchte, hätte er wegen Rechtsmissbrauchs respektive faktischer Arbeitgeberähnlicher Stellung bei der jeweiligen Gesellschaft seines Bruders A.\_\_\_\_ keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Denn der Beschwerdeführer sei gemäss dem IK-Auszug seit 2004 nie mehr für einen anderen Arbeitgeber als für seinen Bruder A.\_\_\_\_ tätig gewesen und habe dazwischen, nach regelmässigen Entlassungen durch seinen Bruder, immer wieder Arbeitslosenentschädigungen bezogen. Für die B.\_\_\_\_ AG, deren Verwaltungsratmitglied der Beschwerdeführer sei, sei er bis heute im „Zwischenverdienst“ tätig. Es sei augenfällig, dass er und sein Bruder auftragsschwache Zeiten über die Arbeitslosenkasse abfedern wollten, was jedoch dem Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung entgegenlaufe und einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG entspreche. Die unstrittig geleisteten Taggelder in der Höhe von Fr. 37'009.95 seien in Anwendung von Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG folglich zurückzuerstatten (Urk. 2 S. 5 ff.). 2.2

Dagegen wendet der Beschwerdeführer ein,

die Z.\_\_\_\_ GmbH sei in Zahlungsschwierigkeiten gewesen und habe möglicherweise Sozialversicherungsprämien nicht einbezahlt. Die Z.\_\_\_\_ GmbH und auch A.\_\_\_\_ seien dafür auch zur Rechenschaft gezogen worden. Die Z.\_\_\_\_ GmbH sei dann in Konkurs geraten, so dass keine Nachzahlungen mehr erfolgt seien.

Ge meldet und abgerechnet worden seien die Löhne indes für alle Angestellten. Es sei zudem nicht haltbar, dass die Beschwerdegegnerin die vorgelegten Beweisurkunden als Parteibehauptungen darstelle. Die Differenz zwischen dem versicherten Verdienst von Fr. 7'804.-- und Fr. 7'644.-- sei nicht derart, dass sie die Beweistauglichkeit der Angaben

und Belege zunichtemachen könnte. Mit der Verweigerung der Würdigung der Bestätigungen der B.\_\_\_\_ AG und der Bestätigung der Arbeitskollegen sowie der Weigerung von deren Anhörung als Zeugen sei sein Gehörsanspruch verletzt worden. Sie könnten zumindest ungefähr die Bezahlungen der Monatslöhne im geltend gemachten Umfang bezeugen. Es sei daher unhaltbar von Beweislosigkeit hinsichtlich der tatsächlichen Lohnbezüge auszugehen. Es sei sodann dem Argument des Rechtsmissbrauches entschieden entgegenzutreten. Entscheidend sei, dass er bei ausreichendem Auftragsbestand für Betriebe seines Bruders habe tätig sein können und es immer wieder Zeiten der Arbeitslosigkeit gegeben habe, wenn die Auftragslage ungenügend gewesen sei. Dies sei in der Baubranche eine Praxis, die von vielen Arbeitgebern betrieben werde. Gestützt auf diese Praxis aber den Arbeitnehmer zu benachteiligen und ihm Ansprüche gegenüber der Arbeitslosenversicherung zu verweigern, sei mit dem Arbeitslosenversicherungsgesetz, insbesondere Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht vereinbar. Entscheidend sei nicht, wer Inhaber oder Verantwortlicher der Arbeitgeberin sei, sondern ob die Lohnbezüge effektiv erfolgt seien, was anhand der konkreten Umstände zu prüfen sei. In einem (anderen) Fall sei aufgrund von eingereichten Lohnquittungen und Zeugenaussagen sowie einer Bestätigung der Suva entschieden worden, dass der Lohnfluss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sei. Dies sei analog auf den vorliegenden Fall anzuwenden (Urk. 1 S. 3 ff.). 2.3

Strittig ist, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. März 2014 hat und ob die Beschwerdegegnerin

den Beschwerdeführer zu Recht zur Rückerstattung der für die Monate Oktober 2014 bis März 2015 bezogene Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 37'009.95 verpflichtet hat. Zu klären gilt es hierbei insbesondere, ob und in welchem Umfang der Beschwerdeführer

innerhalb der Ruhefrist für die Beitragszeit von der Z.\_\_\_\_ GmbH und bis zur zweiten Anmeldung vom 7. Oktober 2014

von der B.\_\_\_\_ AG tatsächlich einen Lohn in bestimmbarer Höhe bezogen hat. 3. 3.1

Auch wenn der Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung keine selbständige Anspruchsvoraussetzung darstellt (vgl. oben E. 1.3.1), hat die Beschwerdegegnerin dennoch zu Recht den tatsächlichen Lohnfluss geprüft, zumal dieser rechtsprechungsgemäss

ein be deutsames, gerade in kritischen Fällen ausschlaggebendes Indiz für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung darstellt. Ausserdem führt man gerade die Bestimmbarkeit der Lohnhöhe dazu, dass sich ein verlässlicher Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht hinreichend zuverlässig festlegen lässt, woraus ebenfalls die Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung folgt (Urteil des Bundesgerichts 8C\_75/2013 vom 25. Juni 2013 E. 3.5 mit Hinweis; vgl. auch das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Februar 2016, Nr. AL.2015.00194). 3.2

3.2.1

Eine Anstellung des Beschwerdeführers wurde von der Z.\_\_\_\_ GmbH für die Zeit vom 1. Juni 2012 bis 31.

Januar 2014 bescheinigt (Urk. 8/4 S. 1). Unstrittig belegt ist auch, dass der Bruder des Beschwerdeführers, A.\_\_\_\_, Inhaber respektive alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer dieser Gesellschaft war, über welche Anfang Dezember 2013 der Konkurs eröffnet wurde und die am 23. Juni 2014 aus dem Handelsregister gelöscht wurde (Urk. 8/38).

Gemäss dem Arbeitsvertrag der Z.\_\_\_\_ GmbH mit dem Beschwerdeführer vom 30. April 2012 war dieser ab 1. Juni 2012

als Eisenleger und Vorarbeiter im Stundenlohn à Fr. 42.-- zuzüglich eines Anteils des 13. Monatslohnes von 8,33 % (Fr. 3.50), mithin à Fr. 45.50 pro Stunde angestellt (Urk. 8/8). Dieser Stundenlohn wurde von der Z.\_\_\_\_ GmbH auch in der Arbeitgeberbescheinigung vom 6. Februar 2014 angegeben (Urk. 8/4 S. 2). Laut den in den Akten liegenden Lohnabrechnungen von Februar bis Dezember 2013 erzielte der Beschwerdeführer mit diesem Stundenansatz bei einer monatlich jeweils gleich bleibenden Anzahl von 168 Arbeitsstunden ein Bruttoeinkommen von Fr. 7'643.76

respektive ein Nettoeinkommen von Fr. 6'763.20 pro Monat,

zuzüglich Kinderzulagen von Fr. 600.-- (3 x Fr. 200.--). Auf diesen Lohnabrechnungen wurde vom Beschwerdeführer je handschriftlich bestätigt, den Betrag von insgesamt je Fr. 7'363.20 pro Monat bar erhalten zu haben (Urk. 8/9).

In der Steuererklärung für das Jahr 2013 gab der Beschwerdeführer dagegen einen Nettoverdienst von Fr. 75'376.-- an, was einem monatlichen Nettoverdienst von Fr. 6'281.33 entspricht. Bei der Position Kinder- und Familienzulagen wurden keine Einnahmen deklariert (Urk. 8/44 S. 2).

Gemäss dem IK-Auszug der SVA Zürich, Ausgleichskasse, vom 2. November 2015 wurde seit Anfang 2013 kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ GmbH für den Beschwerdeführer abgerechnet (Urk. 8/73 S. 4).

Weitere Belege betreffend die Z.\_\_\_\_ GmbH, namentlich ein Lohnausweis derselben, liegen nicht bei den Akten. 3.2.2

Es ist unstrittig, dass für die fraglichen Lohnzahlungen der Z.\_\_\_\_ GmbH an den Beschwerdeführer keine Überweisungen auf ein auf seinen Namen lautendes Post- oder Bankkonto erfolgten. Damit fehlen Belege für eine Lohnüberweisung. Die Beschwerdegegnerin stellte daher zu Recht auf die Rechtsprechung ab, wonach bei - wie hier - behaupteter Barauszahlung Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen bilden (BGE 131 V 444 E. 1.2; Urteil des Bundesgerichts C 173/05 vom 7. April 2006 E. 1).

Da die Z.\_\_\_\_ GmbH

vom Bruder des Beschwerdeführers geführt worden war (Urk. 21/1), ist der Beweiswert der von dieser Gesellschaft aus gestellten Lohndokumente, namentlich der Arbeitsvertrag und die Lohnabrechnungen, aber auch

der vom Beschwerdeführer ausgestellten Belege, nämlich

die Steuererklärung für das Jahr 2013

zusätzlich eingeschränkt

(vgl. auch Rz B146

ff. des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung, AVIG -Praxis ALE ), zumal das in der Steuererklärung 2013 aufgeführte Nettoeinkommen von Fr. 75'376.-- im Jahr 2013 nicht mit dem in den Lohnabrechnungen deklarierten Lohn von von Fr. 6'763.20 pro Monat zuzüglich Kinderzulagen von Fr. 600.-- ( Urk. 8/9) in Einklang zu bringen ist. Daran ändert auch nicht s , dass der Beschwerdeführer die Auszahlungen des Monatslohnes entsprechend den Lohnabrechnungen Februar bis Dezember 2013 jeweils per Unterschrift bestätigt hat ( Urk. 8/9).

Zudem ist augenfällig, dass der Beschwerdeführer schon mehrmals bei Gesellschaften angestellt gewesen war, die von seinem Bruder A.\_\_\_\_ jeweils nacheinander an derselben Adresse gegründet und geführt worden waren, wo bei der Beschwerdeführer dazwischen jeweils Arbeitslosenentschädigung bezogen hat. So war er gemäss dem IK-Auszug vom 2. November 2015 in den Jahren 2004 bis 2007

bei F.\_\_\_\_ GmbH angestellt , die von A.\_\_\_\_

als Gesellschafter und Geschäftsführer, zuletzt mit Sitz an der J.\_\_\_\_ in C.\_\_\_\_ , geführt und Mitte Oktober 2008 im Handelsregister gelöscht worden war (Urk. 8/73 S. 2). Von Januar bis August 2008 bezog der Beschwerdeführer Arbeitslosenentschädigung (Urk. 8/73 S. 4 ). Von April 2008 bis Oktober 2009 sowie von

Juni bis Dezember 2010 war er sodann bei der

E.\_\_\_\_ GmbH (von Amtes wegen gelöscht Dezember 2011; Urk. 26 ) angestellt (Urk. 8/73 S. 4 ), welche von A.\_\_\_\_ als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Sitz an der J.\_\_\_\_ in C.\_\_\_\_ gegründet und geführt worden war (Urk. 26 ). Von Februar bis Juni 2010 und von August 2010 bis Juni 2011 bezog der Beschwerdeführer ausserdem

Arbeitslosenentschädigung ( Urk. 8/73 S. 4 ). Von Juli 2011

bis Dezember 2012 war er bei der von A.\_\_\_\_ Ende 2010 wiederum mit Sitz an der J.\_\_\_\_ in C.\_\_\_\_ gegründeten und geführten Z.\_\_\_\_ GmbH (von Amtes wegen gelöscht Juni 2014; Urk. 8/38 ) angestellt ( Urk. 8/73 S. 4). Von Oktober 2013 bis September 2014 war der Beschwerdeführer schliesslich Verwaltungsratsmitglied der B.\_\_\_\_ AG mit Sitz wiederum an derselben Adresse (Urk. 25 ) , für welche Gesellschaft er gemäss dem IK-Auszug von März bis Dezember 2014 tätig war . Dazwischen (März bis April 2012 , Februar 2014, Oktober bis Dezember 2014 ) bezog der Beschwerdeführer gemäss dem IK-Auszug wiederum Arbeitslosenentschädigung ( Urk. 8/73 S. 4 ).

Das Missbrauchsrisiko ist vor diesem Hintergrund als hoch einzustufen, weshalb dem Nachweis eines tatsächlichen Lohnflusses und dessen Umfangs besondere Bedeutung zukommt und Indizien, welche vom Beschwerdeführer selbst und dessen Bruder A.\_\_\_\_ respektive der Z.\_\_\_\_ GmbH ausgestellt wurden, nicht ausreichen. 3.3.3

Hinzu kommt, dass kein Lohnausweis der Z.\_\_\_\_ GmbH vorliegt , welcher für das Jahr 2012 noch 2013.

Gemäss dem

IK-Auszug vom 2. November 2015 betreffend das Jahr 2013 waren von der Z.\_\_\_\_ GmbH gegenüber der SVA Zürich, Ausgleichskasse, für den Beschwerdeführer keine Löhne

deklariert respektive Beiträge abgerechnet worden. Belege zu Einzahlungen für die Monate Januar 2013 bis Januar 2014 fehlen gänzlich.

Unabhängig davon, ob fehlende Beitragszahlungen der Z.\_\_\_\_ GmbH allein aus wirtschaftlichen Gründen nicht erfolgten, wie der Beschwerdeführer geltend macht (Urk. 1 S. 3), kann daraus angesichts der vorerwähnten Umstände jedenfalls nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf einen tatsächlichen Lohnfluss an den Beschwerdeführer während der Anstellung bei der Z.\_\_\_\_ GmbH von Juli 2012 bis Januar 2014 (Urk. 8/4 S. 1) und insbesondere nicht auf den genauen Umfang desselben geschlossen werden.

### 3.4

Da weder ordentlich und transparent geführte Geschäftsbücher der Z.\_\_\_\_ GmbH, noch Bank- oder Postauszahlungsbelege bezüglich der Zeit von Juli 2012 bis Januar 2014 vorliegen, schloss die Beschwerdegegnerin bei gegebener Rechts- und Sachlage zu Recht zu Lasten des Beschwerdeführers darauf, dass der Lohnfluss in der massgeblichen Rahmenfrist für die Beitragszeit aus diesem Arbeitsverhältnis mit dem geltenden Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht erwiesen und damit der versicherte Verdienst nicht hinreichend zuverlässig bestimmbare ist.

Von weiteren Beweisabnahmen ist angesichts der engen verwandtschaftlichen Beziehungen des Beschwerdeführers zum Inhaber der Z.\_\_\_\_ GmbH und der übrigen Anstellungsverhältnisse seit Juni 2010 in antizipierter Beweiswürdigung abzusehen (BGE 124 V 90 E. 4b; BGE 122 V 157 E. 1d). 4. 4.1

Zu prüfen bleibt damit der Lohnfluss von März bis September 2014.

Die B.\_\_\_\_ AG respektive der Bruder des Beschwerdeführers, A.\_\_\_\_, bescheinigte in der Arbeitgeberbescheinigung vom 8. Oktober 2014 die Anstellung des Beschwerdeführers für diese Zeit als Eisenleger (Urk. 8/19 S. 1). Wie bereits erwähnt, war der Beschwerdeführer ab der Gründung der B.\_\_\_\_ AG am 28.

Oktober 2013 bis am 24. September 2014 zudem Verwaltungsratsmitglied (Urk. 25).

Gemäss dem Arbeitsvertrag der B.\_\_\_\_ AG mit dem Beschwerdeführer vom 1. März 2014 war dieser wiederum im Stundenlohn à Fr. 42.-- zuzüglich eines Feiertagsanteils von 2,27 % (Fr. 0.95) und eines Anteils des 13. Monatslohnes von 8,33 % (Fr. 3.50), mithin à Fr. 46.40 pro Stunde als Vorarbeiter-Eisenleger angestellt, wobei ihm als Vorarbeiter eine Arbeitszeit von 42 Stunden pro Woche garantiert wurde (Urk. 8/23). Dieser Stundenlohn wurde von der B.\_\_\_\_ AG auch in der Arbeitgeberbescheinigung vom 8. Oktober 2014 angegeben (Urk. 8/19 S. 2).

Laut den Lohnabrechnungen der B.\_\_\_\_ AG von März bis September 2014 (Urk. 8/22) erzielte der Beschwerdeführer mit diesem Stundenansatz ein Bruttoeinkommen von Fr. 7'803.94 pro Monat (inklusive Feiertagsentschädigung und Anteil 13. Monatslohn) respektive ein Nettoeinkommen von Fr. 6'625.97 zuzüglich Kinderzulagen von Fr. 650.-- ([2 x Fr.

200.--] + Fr.

250.--), was einer Lohnsumme von Fr. 54'627.58

brutto respektive von Fr. 46'381.79 netto zuzüglich Kinderzulagen von Fr. 4'550.-- (März bis September 2014) entspricht. Auf den Lohnabrechnungen bestätigte der Beschwerdeführer je handschriftlich, dass er Betrag von insgesamt je Fr. 7'275.97 pro Monat bar erhalten habe (Urk. 8/22).

Auf dem Lohnblatt der B.\_\_\_\_ AG 2014 wurde zwar derselbe, wenn auch geringere Bruttomonatslohn von Fr. 7'803.-- respektive Fr. 54'621.-- brutto für sieben Monate, dagegen ein zur Auszahlung vorgesehener Nettolohn von Fr. 7'438.25 pro Monat respektive für die Monate März bis September 2014 von Fr. 52'067.75 (inklusive Kinderzulagen)

respektive Fr. 47'517.75 (exklusive Kinderzulagen von Fr. 4'550.--) aufgeführt (Urk. 8/53).

Im Unterschied zu den Lohnabrechnungen wurden hier die Beiträge an den Parifonds von Fr. 54.63 und der FAR-Beitrag von Fr. 101.45 (vgl. Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe; GAV FAR)

nicht vom Bruttolohn abgezogen und für die Krankentaggeldversicherung 0,7 % (Fr. 54.60) anstelle von 0,79 % (Fr. 61.65) in Abzug gebracht (Urk. 8/53).

In der Lohndeklaration der B.\_\_\_\_

AG zuhanden der SVA Zürich, Ausgleichskasse, vom 30. Januar 2015 wurde als beitragspflichtiger Lohn des Beschwerdeführers zwar wiederum ein Bruttoeinkommen von Fr. 54'621.-- (= 7 Mt. x Fr. 7'803.--), jedoch als ausbezahlte Familienzulagen Fr. 5'400.-- anstatt Fr. 4'550.-- (7 Mt. x Fr. 650.--) angegeben.

Gemäss dem IK-Auszug vom

### **E. 13**

Abs. 2 lit. c AVIG).

### **E. 17**

Juni 2015 war von der B.\_\_\_\_ AG betreffend den Beschwerdeführer nur

ein Einkommen von brutto Fr. 50'000.-- für die Monate März bis Dezember 2014 angegeben worden (Urk. 8/54). Erst im IK-Auszug vom 2. November 2015 wurde schliesslich der Betrag von Fr. 54'621.-- aufgeführt (Urk. 8/73 S. 4). Im IK-Auszug vom 12. Mai 2015 waren überdies noch gar keine Beitragsmonate der B.\_\_\_\_ AG aufgeführt gewesen (Urk. 8/41 S. 2). Auch dies ergibt ein unklares, uneinheitliches Bild zum Lohnfluss.

Mit dem Schreiben der SVA Zürich, Ausgleichskasse, vom 3. August 2015 wurden sodann lediglich allgemein die Bezahlungen der Konto-Rechnungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge der B.\_\_\_\_ AG für das Jahr 2014 bestätigt (Urk. 9/54). Daraus kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Im Lohnausweis der B.\_\_\_\_ AG vom 24. Februar 2015 zuhanden der Steuerbehörde wurde als Einkommen des Beschwerdeführers in den Monaten März bis September 2014 schliesslich zwar derselbe Bruttobetrag, nämlich Fr. 54'621.-- brutto, aber ein wiederum unterschiedlicher Nettobetrag, nämlich Fr. 47'900.-- eingetragen (Urk. 8/51). In der Steuererklärung des Beschwerdeführers für das Jahr 2014 wurde dementsprechend das Nettoein

kommen von Fr. 47'900.-- auf geführt (Urk. 8/46 S. 2 ). 4.2

#### 4.2.1

Auch in Bezug auf die B.\_\_\_\_ AG ist unstrittig, dass für die fraglichen Lohn zahlun gen von März bis September 2014 keine Überweisungen auf ein auf sei nen Namen lautendes Post- oder Bankkonto erfolgten. Auch hier fehlen somit Belege für eine Lohnüberweisung und es gilt die Rechtsprechung, wonach bei behaupteter Barauszahlung Arbeitgeberbescheinigungen, vom Ar beit nehmer unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintra gungen im individuellen Konto h öchstens Indi zien für tatsächliche Lohnzahlun gen bil den (BGE 131 V 444 E. 1 .2; Urteil des Bundesgerichts C 173/05 vom 7. April 2006 E. 1).

Der Beweiswert der vorliegenden Lohndokumente ist zudem dadurch grund sätzlich in Frage gestellt , dass die B.\_\_\_\_ AG vom Beschwerdeführer zusammen mit seinem Brüdern D.\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_ gegründet wurde und der Be schwer de führer wäh rend seiner Anstellung bei der B.\_\_\_\_ AG , nämlich vom 28. Oktober 2013 bis 24. September 2014

Verwaltungsrats mitglied seiner Arbeitgeberin war ( Urk. 25 S. 3 ; vgl. auch Rz B146 ff. des Kreisschreibens über die Arbeitslo senent schä digung , AVIG -Praxis ALE ).

Auch bezüglich des Nachweises des Lohnflusses von der B.\_\_\_\_ AG ist zudem - wie bei der Z.\_\_\_\_ GmbH (vgl. E. 3.2.2 hiervor) - zu beachten, dass der Beschwerdeführer schon mehrmals nur kurze Zeit bei Gesellschaften ange stellt gewesen war, die von seinem Bruder A.\_\_\_\_ nacheinander an derselben Adresse gegründet und geführt wor den waren, wobei der Beschwerdeführer dazwischen jeweils Arbeitslosen ent schädigung bezogen hat.

Das Missbrauchsrisiko ist bei dieser Ausgangslage ebenfalls als hoch einzu stu fen, weshalb auch hier dem Nachweis eines tatsächlichen Lohnflusses und des sen Umfangs besondere Bedeutung zukommt und Indizien, welche vom Be schwerdeführer selbst und dessen Bruder A.\_\_\_\_ respektive der B.\_\_\_\_ AG ausgestellt wurden, nicht ausreichen (vgl. auch Urteil des Sozialver siche rungs gerichts des Kantons Zürich AL.2015.00194 vom 26. Februar 2016 ) . Dies gilt umso mehr, als die ver schiedenen Lohndokumente wie dargelegt (E. 4.1) Unge reimtheiten auf weisen. Daran ändert auch nicht s , dass der Beschwerde führer die Auszahlungen des Monatslohnes entsprechend den Lohnabrech nungen März bis September 2014 jeweils per Unterschrift bestätigt hat (Urk.

#### 8/22). 4.2.2

Des Weiteren

können aus den Bestätigungen der Parifo nds Bau vom 24. Juli 2015 (Urk. 8/60 ) und der Suva vom 24. Juli 2015 (Urk. 8/59) keine Rückschlüsse auf den Lohnfluss zugunsten des Beschwerdeführers abgeleitet werden. Damit

wurden lediglich allgemein , das heisst ohne Angaben zu Lohnsummen der ein zelnen Mitarbeiter, die Begleichung der Prämienrechnungen der Suva respektive die Bezahlung der ver traglichen Solidaritätsbeiträge der Parifonds Bau durch die B.\_\_\_\_ AG bestätigt.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (Urk. 1 S. 4 f. )

ist sodann nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin in antizipierter Beweiswürdigung auf die im Verwaltungsverfahren angebotenen Zeugeneinvernahmen der Be triebsmitarbeiter

G.\_\_\_\_ , H.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ (Urk. 8/65/1 S. 2 ) verzichtet hat. Denn i m Verwaltungsverfahren hatte der Beschwerde führer lediglich ausgeführt, dass diese die bereits schriftlich eingereichte Erklärung auch im Rahmen einer Zeugenbefragung bestätigen könnten

(Urk. 8/65/1 S. 2) . In den

Schreiben dieser Personen vom 28. August und vom 31. August 2015 be stätigten sie, dass der Beschwerdeführer den Lohn bei der B.\_\_\_\_ AG immer in bar erhalten habe

(Urk. 8/65/3-5).

Selbst wenn sie dies bezeugen würden, würde es sich dabei indes nicht um Zeugenaussagen handeln, mit denen sich das gegebenenfalls tatsächlich ausbezahlte Einkommen des Beschwerdeführers rechtsgenügend bestimmen liesse (vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C\_913/2012 vom 10. April 2012 E. 3.3 und 8C\_75/2013 vom 25. Juni 2013 E. 3.4). Dass sie als Buch halter oder Treuhänder für die B.\_\_\_\_ AG tätig waren, ist nicht anzu nehmen und wurde auch nicht behauptet. Es könnte daraus mithin nicht auf die Höhe des an den Beschwerde führer in der Zeit von März bis September 2014 ausbezahlten Lohnes und mangels genauer Lohnhöhe auch nicht der versicherte Verdienst bestimmt werden. Das rechtliche Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 der Bun des verfassung [BV]; BGE 132 V 368 E. 3.1 mit Hin wei sen) wurde durch die antizipierte Beweiswürdigung daher nicht verletzt. 4.3

Da schliesslich weder ordentlich und transparent geführte Geschäftsbücher der B.\_\_\_\_ AG, noch Bank- oder Postauszahlungsbelege bezüglich der Zeit von An fang März bis Ende September 201 4 vorliegen, schloss die Beschwerdegegnerin bei gegebener Rechts- und Sachlage nach dem Gesagten zu Recht zu Lasten des Beschwerdeführers darauf, dass der Lohnfluss auch in der Zeit bis Ende Sep tem ber 201 4

nicht überwiegend wahrscheinlich erwiesen und der versicherte Ver dienst nicht hinreichend zuverlässig be stimmbar ist.

Von weiteren Beweisabnahmen ist angesichts der engen verwandtschaftlichen Beziehungen des Beschwerdeführers zum Inhaber der B.\_\_\_\_ AG

und der Vor ge schichte in antizipierter Beweiswürdigung abzusehen (BGE 1 24 V 90 E. 4b; BGE 122 V 157 E. 1d). 5.

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