

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00201 vom 9. April 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-04-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2020.00201](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2020.00201)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00201 du 9 avril 2021

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2020.00201 del 9 aprile 2021

## Erwägungen

### E. 1.1

Laut Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosen versicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG)

richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis

Abs. 4 AVIG nach Art. 25 des Bundesgesetz es über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) . Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. 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. 8 Abs. 1 lit . e in Verbindung mit Art.

### E. 1.2

Mit Verfügung vom 27 . November

2019 (Urk. 7 / 152-156 ) stellte die Arbeitslosenkasse fest, dass der Versicherte ab dem 8. Dezember 2016 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt habe und forderte von ihm Fr. 88'445.85 für zu viel ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung zurück. Zur Begründung führte die Arbeitslosenkasse aus, im Rahmen der Massnahmen zur Bekämpfung von Schwarzarbeit habe die Arbeitslosenkasse den Auftrag , überschneidende Monate, für welche bei der Ausgleichskasse ein AHV-pflichtiges Einkommen deklariert werde, abzuklären. Aufgrund dieser Überprüfungen seien Ungereimtheiten festgestellt worden .

Abklärungen hätten ergeben, dass die vorhandenen Unterlagen (Arbeitgeberbescheinigung, Lohnabrechnungen, IK-Auszug, Lohnsummendeklaration) keine klaren Rückschlüsse auf den effektiv bezahlten Lohn zu liessen . Da die Lohnhöhe nicht bestimmbar sei, lasse sich der versicherte Verdienst nicht hinreichend zuverlässig festsetzen, weshalb kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe.

Mit von der Arbeitslosenkasse als vorsorgliche Einsprache beurteilte r Eingabe vom 9. Dezember 2019 ersuchte der Beschwerdeführer um eine Fristverlängerung für die Einsprache, um fehlende Unterlagen beizubringen (vgl. Urk. 2 S. 1 unten, Urk. 7/127). Die Arbeitslosenkasse setzte dem Versicherten daraufhin am 13. Dezember 2019 (vgl. Urk.

## **E. 2**

S. 1 unten) Frist zur formgerechten Einsprache, woraufhin dieser mit als «Gesuch um Erlass» betitelm Schreiben vom 14. Januar 2020 (Urk. 7/122 -123 )

begründete , weshalb er es als nicht g erechtfertigt erachte , dass er die bezogenen Taggelder zurück zu zahlen habe .

Die Arbeitslosenkasse for derte den Versicherten daraufhin am 5. März 2020 (Urk. 7/56) auf, mitzuteilen, ob er Einsprache gegen die Verfügung vom 27. November 2019 erheben wolle. Am 15 . März

2020 (Urk.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin hielt im angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) im Wesentlichen fest, es sei aufgrund der vorliegenden Aktenlage nicht ausreichend und rechtsgenügend belegt, dass der Beschwerdeführer bei der Y.\_\_\_\_ den geltend gemachten Lohn in der zur Berechnung der Beitragszeit und des versicherten Verdienstes relevanten Zeitspanne in der geltend gemachten Höhe tatsächlich bezogen habe. Seine Angaben zum Anstellungszeitraum und zur Lohnhöhe widersprächen den Lohnabrechnungen und dem IK-Auszug .

Nach Dezember 2016 seien gar keine Lohnabrechnungen mehr vorhanden und der Beschwerdeführer habe keine Steuererklärungen für den relevanten Zeitraum einreichen können. Ferner hätten die geltend gemachten Barlohnzahlungen, die als Vorschüsse bezeichnet worden seien, nicht auf den Tag genau und monatlich zuweisbar eingegrenzt werden können. Hinzu

komme, dass der Mietzins der Wohnung und die Benützung des Autos

gemäss Aussage des Beschwerdeführers Lohnbestandteile gewesen seien sollen, jedoch sei nicht nachvollziehbar, wie und wann entsprechende Lohnzahlungen als solche angerechnet worden seien. Dass der einzige vom Beschwerdeführer genannte Zeuge, Z.\_\_\_\_ , gleichzeitig als unehrlich bezeichnet werde und den Beschwerdeführer bedroht haben soll, lasse erhebliche Zweifel am vom Beschwerdeführer Vorgebrachten aufkommen .

Gesamthaft seien seine Angaben als nicht glaubhaft zu werten und würden ein Nachvollziehen eines pro Monat zuweisbaren Lohnes im Sinne des Entstehungsprinzips, wie es für die Berechnung der Beitragszeit und des versicherten Verdienstes erforderlich sei, verunmöglichen . Aufgrund dieser Umstände lasse sich weder die Beitragszeit noch ein versicherter Verdienst hinreichend eruieren, was die Verneinung eines Anspruches auf Arbeitslosenentschädigung zur Folge habe . Die für den Zeitraum vom 8. Dezember 2016 bis 27. Februar 2018 in der Höhe von Fr. 88'445.85 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung sei daher als unrecht mässig bezogene Leistung vollumfänglich zurückzuerstatten

( S. 3-6; insbesondere Ziff. 5 ).

## **E. 2.2**

Demgegenüber stellte sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, trotz erschwerter Umstände könne der versicherte Verdienst zweifelsfrei festgestellt werden. Der von ihm im wesentlichen Bemessungszeitraum vom 8. Dezember 2015 bis 7. Dezember 2016 erzielte Lohn lasse sich aus den Lohnabrechnungen und der Arbeitgeberbescheinigung eruieren und stimme mit dem Bestätigungs schreiben der ehemaligen Arbeitgeberin überein. Das einzige Dokument, welches gegen die von der Arbeitgeberin deklarierten Lohnhöhe spreche, sei der Auszug aus dem individuellen Konto, wobei ebenfalls berücksichtigt werden müsse, dass die Arbeitgeberin ihre Buchhaltung nicht im Griff gehabt habe (S. 5-8). Die von der ehemaligen Arbeitgeberin deklarierte AHV-Lohnsumme habe in keinem Jahr von 2013 bis 2016 übereingestimmt. Wenig erstaunlich stimme auch die im Jahr 2017 deklarierte Lohnsumme von Fr. 67'659. -- nicht. Im Jahr 2017 habe er keinen anderen Lohn erzielt als seine Arbeitgeberin mit den Zwischenverdienst bescheinigungen offengelegt habe (S. 9-11). Herr Z. \_\_\_ habe die Barvorschüsse bestätigt. Es könne sein, dass dieser sich nicht mehr an jede Zahlung erinnere. Diese Erwartung wäre vier Jahre später auch lebensfremd. Diverse Personen könnten die Barauszahlungen als Zeugen bestätigen. Ferner könnten diese Personen sich dazu äussern, in welchem zeitlichen Umfang er gearbeitet habe und bis zu welchem Zeitpunkt. Die Beschwerdeführerin habe es zudem unterlassen, die benannten Zeugen einzuvernehmen. Beim Nachweis des tatsächlichen Lohnflusses gehe es darum, Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zu verhindern. Er habe aber keine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt und es habe nicht in seinen Händen gelegen, Lohnabrechnungen und oder Arbeitgeber bescheinigungen zu erstellen (S. 11-14). Zudem könne die Beschwerdegegnerin nicht mehr als die bezahlten Fr. 46'182.60 zurückfordern (S. 15 f.). Ferner habe es die Beschwerdegegnerin unterlassen, den Sachverhalt rechtsgenügend abzuklären. So hätte sie die drei Zeugen befragen müssen und sie habe es unterlassen, zu prüfen, ob sich in den einschlägigen Konkursakten im Konkursverfahren gegen die Y. \_\_\_ erhellende Lohnunterlagen befänden (S. 16).

## **E. 2.3**

Strittig und zu prüfen ist nachfolgend die Höhe und der Bestand der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Rückforderung und in diesem Zusammenhang insbesondere die Beitragszeit sowie die Höhe des versicherten Verdienstes des Beschwerdeführers (nachstehend E. 3), über welche mit Einsprache entschieden vom 15. Juni 2020 (Urk. 2) entschieden wurde.

Nicht Gegenstand der vorliegenden gerichtlichen Überprüfung bilden hingegen die von der Beschwerdegegnerin in ihrem Entscheid nicht untersuchten weiteren Voraussetzungen für eine Arbeitslosenentschädigung (vgl. Art. 8 Abs. 1 AVIG).

Nachdem die ursprüngliche Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung auf einer von der Arbeitslosenkasse festgelegten Rahmenzeit ab dem 8. Dezember 2016 beruht und vom 8. Dezember 2016 bis 27. Februar 2018 Taggelder ausgerichtet worden sind, ist für die Prüfung der Beitragszeit die Periode vom 8. Dezember 2014 bis 7. Dezember 2016 massgeblich und für den versicherten Verdienst die Zeitspanne entweder sechs oder zwölf Monate vor dem 8. Dezember 2016 (vgl. E. 1.2-1.3). 3. 3. 1 3.1.1

Aus den vorliegenden Akten ergibt sich Folgendes: 3.1.2

Gemäss Arbeitsvertrag vom 24. August 2015 (Urk. 7/415-418) war der Beschwerdeführer ab dem 1. September 2015 (Ziff. 2) als Personalberater (Ziff. 1) bei der Y.\_\_\_\_ mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 45 Stunden (Ziff. 4) angestellt. Zum Lohn wurde eine Margenprovision vereinbart. Dabei wurde festgehalten: «ab 1.-- CHF generierte Bruttomarge werden 25 % (auf Teileinsatz) und 50 % (auf Volleinsatz) provisioniert». 3.1.3

In den Lohnabrechnungen September bis Dezember 2015 ist jeweils ein Bruttolohn von Fr. 9'760.60 vermerkt, wobei jeweils ein Barvorschuss von Fr. 8'700.-- angegeben wird. Von Januar bis November 2016 ist jeweils ein Bruttolohn von Fr. 11'568.25 und jeweils – abgesehen von Februar (Vorschuss: Fr. 10'200.--) – ein Vorschuss von Fr. 10'400.-- angegeben. Für den Dezember 2016 wurde ein Lohn von Fr. 5'784.10 sowie ein Vorschuss von Fr. 5'100.-- verzeichnet (Urk. 7/390-405). 3.1.4

Die Y.\_\_\_\_ stellte dem Versicherten für die Monate Dezember 2016 bis Mai 2017 Bescheinigungen für einen Zwischenverdienst aus. Für Dezember 2016 Fr. 5'784.10, für Januar 2017 Fr. 518.80, für Februar 2017 Fr. 1'460.--, für März 2017 Fr. 1'340.--, für April 2017 Fr. 1'520.-- und für Mai 2017 Fr. 1'510.-- (vgl. Urk. 7/421-422, Urk. 7/384-385, Urk. 7/380-381, Urk. 7/376-377, Urk. 7/370-371, Urk. 7/366-367). 3.1.5

Die Arbeitgeberin gab in der Arbeitgeberbescheinigung vom 6. Januar 2017 (Urk. 7/406-407) für die Zeit vom 1. September bis 31. Dezember 2015 einen AHV-pflichtigen Gesamtverdienst von Fr. 39'043.60 und für 1. Januar bis 21. Dezember 2016 einen solchen von Fr. 133'034.85 an. 3.1.6

Gemäss IK-Auszug vom 14. Januar 2019 (Urk. 7/279) erzielte der Beschwerdeführer bei der Y.\_\_\_\_ von Oktober bis November 2015 ein Einkommen von Fr. 17'000.--, im Jahr 2016 ein solches von Fr. 117'798.-- und von Januar bis Juli 2017 ein solches von Fr. 67'659.--. 3.1.7

Aus dem Buchungsjournal der Y.\_\_\_\_ vom 3. Juli 2019 (Urk. 7/198-213) für die Jahre 2016 und 2017 geht hervor, dass für den Beschwerdeführer für das Jahr 2016 ein Einkommen von Fr. 117'798.35 (Urk. 7/198-208 S. 2 oben) und für das Jahr 2017 ein Einkommen von Fr. 67'659.61 (Urk. 7/209-213 S. 1 Mitte) verbucht sind. 3.1.8

Auf Rückfrage der Beschwerdegegnerin gab der Beschwerdeführer am 15. März 2020 (Urk. 7/26-27) an, die Wohnung von der Y.\_\_\_\_ als Untermieter im Januar 2015 angeboten bekommen zu haben und bis Mitte 2017 darin gewohnt zu haben. Aus dem Mietvertrag mit Mietbeginn am 1. Juli 2014 (Urk. 7/35-37) zwischen der Vermieterin und der Y.\_\_\_\_ als Mieterin lässt sich entnehmen, dass die Bruttomiete monatlich Fr. 2'335.-- betrug. Im Formular zur Bewilligung einer Untervermietung vom 4. Juni 2014 (Urk. 7/100) wurde der Beschwerdeführer als künftiger Untermieter aufgeführt. 3.1.9

Mit Schreiben vom 27. April 2020 (Urk. 7/42-44) bestätigte Z.\_\_\_\_ als ehemaliger Geschäftsführer und Inhaber der Y.\_\_\_\_ die persönlich vorgenommenen Lohnzahlungen in Form von Barvorschüssen; für September bis Dezember 2015 von je Fr. 8'700.--, für Januar 2016 und März bis November 2016 von je Fr. 10'400.--, für Februar 2016 von Fr. 10'200.-- und für Dezember 2016 von Fr. 5'100.-- (S. 1-3). Dazu hielt er fest, dass Zahlungen nur noch monatlich eingegrenzt werden könnten (S. 3). 3.1.10

Auf Rückfrage der Beschwerdegegnerin (Urk. 7/24-25) verwies Z.\_\_\_\_

in seinem Schreiben vom 29. Mai 2020 (Urk. 7/16) für Akten und Lohnabrechnungen bezüglich des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers mit der Y.\_\_\_\_ an das

Konkursamt. In Beantwortung der Fragen hielt er fest, dass er die Lohnbarzahlungen nicht auf den Tag genau eingrenzen könne. Die Kosten für Wohnung und Auto seien von der Firma bezahlt und mit der Provision verrechnet worden. Zu den Differenzen der verschiedenen Angaben zu den Lohnzahlungen könne er keine Stellung nehmen, da er nicht mehr für die Y.\_\_\_\_ tätig sei. 3.1. 11

Auf Rückfrage der Beschwerdegegnerin teilte das Verwaltungssekretariat des zuständigen Konkursamtes mit Mail vom 11. Juni 2020 (Urk. 7/15) mit, die Akten des Konkursverfahrens (acht Archivschachteln)

seien Ende 2017 in einem Zentralarchiv in Oerlikon-Zürich eingelagert worden. 3.2

Was die im Vordergrund stehende Frage der Festlegung des versicherten Verdienstes angeht, ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers der Beschwerdegegnerin darin beizupflichten, dass aufgrund der widersprüchlichen Angaben in den vorhandenen Akten und den fraglichen

Lohnbezügen (angebliche Barauszahlungen, Miete und Auto als Lohnbestandteil) alleine die Angaben der ehemaligen Arbeitgeberin (Lohnabrechnungen, Arbeitgeberbescheinigung)

als Grundlage zur Berechnung des versicherten Verdienstes

nicht taugen.

Zwar stimmt es – wie der Beschwerdeführer vorbrachte (E. 2.2) – dass die Lohnabrechnungen im Wesentlichen mit den Angaben der Arbeitgeberin in der Arbeitgeberbescheinigung und ihrem Schreiben vom 27. April 2020 übereinstimmen (vgl. E. 3.1.3, E. 3.1.5-7, E. 3.1.9), jedoch stehen sie im Widerspruch zu dem in Form von Miete und Auto geleisteten Naturallohn, welcher keinen Niederschlag in den Lohnabrechnungen fand. So ist da jeweils die Rede von einem Vorschuss (Barzahlung), nicht aber von einer Kostenübernahme des Autos oder der Mietwohnung. Zudem widerspricht die Art des Geschäftes, welches auf Provisionen beruht, einem stetig gleichbleibenden Lohn (E. 3.1.2), was Zweifel aufkommen lässt, ob der von der Arbeitgeberin zuvor angegebene Lohn auch tatsächlich erzielt worden war. So variierte denn in den Monaten nach der Reduktion des Pensums auf 50 % (Urk.

7/408) ab Dezember 2016 der dann als Zwischenverdienst ausgewiesene Lohn immer und bewegte sich bei angeblicher Auslastung von etwa 50 % zwischen Fr. 518.80 und Fr. 5'784,10 (E. 3.1.4). Damit kann alleine auf

die Angaben der ehemaligen Arbeitgeberin als Grundlage zur Festlegung des versicherten Verdienstes

nicht abgestellt werden. Zudem äusserte sich auch der Beschwerdeführer dahingehend, dass seine ehemalige Arbeitgeberin ihre Buchhaltung nicht im Griff gehabt habe (E. 2.2), was darauf hindeutet, dass es sich bei deren Angaben nicht um verlässliche Grundlagen handelt. Es ist daher für die Feststellung des versicherten Verdienstes auf die tatsächlichen Lohnbezüge abzustellen (E. 3.3 nachstehend). 3.3.3.1

Nach dem unter E. 3.2 A usgeführten besteht – wie von der Beschwerdegegnerin behauptet (E. 2.1) – aus denselben Gründen Zweifel daran, dass der Lohn tatsächlich auch im geltend gemachten Umfang ausbezahlt worden war. Ein fehlender Nachweis des exakten Lohnes

führt jedoch nicht zur Verneinung des Anspruches auf eine Arbeitslosenentschädigung, sondern ist bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts C 284/05 vom 25. April 2006 E. 2.5). Eine gänzliche Verneinung eines Anspruchs auf eine Arbeitslosenentschädigung, gerade bei einem Arbeitnehmer – wie es beim Beschwerdeführer der Fall ist und auch von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten wird (E. 2.1) –, welchem keine arbeitgeberähnliche Stellung zukam, der nachweislich eine Arbeitsleistung in der für die Bestimmung des versicherten Verdienstes vorliegend zu beurteilenden Zeit vom 8. Dezember 2015 bis 7. Dezember 2016 (wie von der Beschwerdegegnerin richtig erkannt; Urk. 2 S. 3 Ziff. 2)

erbracht und überwiegend wahrscheinlich auch Lohn bezogen hat (zumindest in Form einer Mietwohnung und eines Autos), kommt nicht in Frage, auch wenn sich der tatsächlich erzielte Lohn nicht exakt feststellen lässt. Viel mehr fällt die Festlegung des versicherten Verdienstes je nach Resultat der Abklärungen nach Ausschöpfung des Untersuchungsgrundsatzes – in Abweichung vom effektiv erzielten Lohn –

bei Unklarheiten zu seinen Ungunsten aus. 3.3.2

Für den Nachweis der Barauszahlung kommen in erster Linie Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern

in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen stellen

dagegen Arbeitgeberbescheinigungen, Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie der IK-Auszug dar (E. 1.3.2).

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin in seinem Schreiben vom 20. November 2019 (Urk. 7/145-146) darauf aufmerksam gemacht, dass er den Erhalt seines Barlohnes jeweils mit seiner Unterschrift quittieren musste und die Bescheinigungen ihm nicht ausgehändigt worden seien (S. 1 Mitte), was er mit am 20. Januar 2020 (Urk. 7/116-117) bei der Beschwerdegegnerin eingegangenen Schreiben wiederholte (S. 1 Mitte). In seinem Schreiben vom 14. Januar 2020 (Urk. 7/122-123) nannte er als mögliche Zeugen für den Erhalt der Barauszahlungen A.\_\_\_\_ (Assistentin Buchhaltung), B.\_\_\_\_ (Vermittler) und C.\_\_\_\_ (Filialleiter). Die Beschwerdegegnerin unterliess es in der Folge, eine der genannten Personen

zu befragen oder in den Konkursunterlagen nach den allfällig vorhandenen Quittungen zu forschen. Sie begnügte sich damit,

den Beschwerdeführer schriftlich zu befragen (Urk. 7/46-47), wobei dieser detailliert und im Wesentlichen konsistent antwortete (Urk. 7/26-27), und dem ehemaligen Geschäftsführer der Y.\_\_\_\_ einen kurzen Fragebogen zuzustellen (Urk. 7/24-25). Letzterer beantwortete die im Fragebogen gestellten Fragen soweit er sich erinnern konnte und verwies im Weiteren auf die Akten des Konkursverfahrens (E. 3.1.10). Zudem hatte er die Barauszahlungen – in Übereinstimmung mit den Lohnabrechnungen (E. 3.1.3) – bestätigt (E. 3.1.9), was zumindest den Angaben des Beschwerdeführers über den geltend gemachten Lohnbezug nicht wider spricht. Gleiches gilt für die vom Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren eingereichte Aussage von B.\_\_\_\_ (Urk. 12/1), welcher

im Wesentlichen die Barauszahlungen ebenfalls bestätigte. Wieso die Schilderung eines Konfliktes mit Z.\_\_\_\_ die vom Beschwerdeführer gemachten Aussagen gänzlich in Zweifel

ziehen sollte, ist nicht ersichtlich, wenn gleich aufgrund gewisser Ungeheimheiten offene Fragen bleiben (vgl. E. 3.2 vorstehend). Nicht nachvollziehbar ist auch, weshalb die Beschwerdegegnerin bei den vorliegenden Hinweisen auf die im Konkursverfahren liegenden Unterlagen nicht auf diese zurückgriff. Zwar wandte sie sich deswegen an das Konkursamt Aussersihl -Zürich (Urk. 7/23), unterliess es aber nach dessen Antwort, wo sich die Akten befinden (E. 3.1.11), diese tatsächlich einzuholen.

Indem sie weder die vom Beschwerdeführer genannten Zeugen befragte noch die besagten Unterlagen aus dem Konkursverfahren besorgte, bleiben erhebliche Zweifel an der Vollständigkeit oder Richtigkeit der bisher getroffenen Tatsachensfeststellung, wären doch von diesen Abklärungen noch neue wesentliche Erkenntnisse zu erwarten. Damit verletzt die Beschwerdegegnerin ihre Untersuchungspflicht. Die Beschwerde ist daher in dem Sinne gutzuheissen, als der Einspracheentscheid vom 15. Juli 2020 aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin für weitere Abklärungen zurückzuweisen ist.

Zu den ergänzenden Abklärungen ist zu bemerken, dass die Beschwerdegegnerin in ihren weiteren Abklärungen – neben den zu tätigen den Befragungen und dem Einholen der notwendigen Konkursunterlagen (v.a. besagte

Lohnquittungen) - Kontoauszüge des Beschwerdeführers aus der Zeit der Anstellung bei der Y.\_\_\_\_

einholen könnte. Wenngleich keine Direktzahlungen nachzuweisen wären, kann doch bei den angegebenen Barlohnzahlungen im Umfang von jeweils einigen tausend Franken davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer diese auch selbst zumindest teilweise im Anschluss an die Übergabe zeitnah auf sein eigenes Konto einbezahlt hätte, da er von diesem Geld seinen Unterhalt bestreiten musste. Allenfalls sind auch aus den Steuererklärungen der Jahre 2015/2016 – falls überhaupt vorhanden - Erkenntnisse über die Grössenordnung des Einkommens

zu erwarten. Die Beschwerdegegnerin hat sich bisher

darauf beschränkt, die Steuererklärungen der Jahre 2017 und 2018 einzuverlangen (Urk. 7/241).

### 3. 4

Zusammenfassend hat sich die Vorinstanz auf die Unterlagen abgestützt, ohne sich mit den darin enthaltenen Widersprüchen und Ungereimtheiten sowie den dazu gemachten Vorbringen des Beschwerdeführers genügend auseinander zu setzen, geschweige denn, diese aufzulösen. Insbesondere durfte sie unter den gegebenen Umständen nicht einfach in antizipierter Beweiswürdigung auf weitere eigene Abklärungen verzichten. Insofern hätte es beispielsweise nahe gelegen, die vom Beschwerdeführer angeführten Personen zu befragen

oder die betreffenden Akten aus dem Konkursverfahren (v.a. Lohnquittungen)

beizuziehen, die Kontoauszüge des Beschwerdeführers der Jahre 2015-2016 einzuholen und allenfalls, die Steuererklärungen der Jahre 2015-2016 erhältlich zu machen. So

hätten sich daraus weiterführende Anhaltspunkte und Hinweise ergeben können. Der Sachverhalt ist somit unrichtig und unvollständig festgestellt und bedarf der Ergänzung. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 15. Juni 2020 (Urk. 2) ist daher aufzuheben

und die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. 4.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass den Leistungsabrechnungen der Arbeitslosenkasse – aufgrund welcher die Arbeitslosenentschädigung ursprünglich ausbezahlt worden waren (vgl. Urk. 7/337-338) - materieller Verfügungs charakter zukommt ( BGE 129 V 110 E. 1.2.1). Voraussetzung für ein Zurück kommen auf eine Verfügung bildet das Vorliegen eines Rückkommenstitels . Als solcher kommen die prozessuale Revision nach Art. 53 Abs. 1 ATSG oder die Wie dererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG in Frage (vgl. Urteil des Bundes gerichts 8C\_294/2018 vom 28. Juni 2018 E. 4.1) .

Die Beschwerdegegnerin äusserte sich

in ihrem Einspracheentscheid vom 15. Juni 2020 (Urk. 2) nicht

zu einem allfälligen Rückkommenstitel . Ebenso wenig finden sich in der ursprünglichen Verfügung vom 27. November 2019 (Urk. 7/152-156) Ausführungen dazu. Es ist unklar, auf welchen Rückkommenstitel sich die Beschwerdege g nerin tatsäch lich stützte . Sollten ihre Abklärungen sie dahin führen, dass eine Rückforderung weiterhin angezeigt ist, wird sie sich deshalb auch zum Rückkommenstitel und dessen Voraussetzungen zu äussern haben . 5.

Nach ständiger Rechtsprechung gilt die Rückweisung der Sache an die Verwal tung zur weiteren Abklärung und neuen Verfügung als vollständiges Obsiegen (BGE 137 V 57).

Ausgangsgemäss ist die Beschwerdegegnerin daher zu verpflichten, dem Beschwer deführer eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahle n, welche in Anwendung von Art. 61 lit .

g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), namentlich unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schw ichtigkeit des Prozesses auf Fr. 2'200 .-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen ist. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, als der angefochtene Einsprache entscheid vom 15. Juni 2020 aufgehoben und die Sache an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen wird , damit diese im Sinne der Erwägungen verfare und hernach über den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers neu verfüge. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessent schädigung von Fr. 2'200 .-- (inkl. Barauslagen und MWSt ) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Sandra M. Kammerbauer - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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 Bundes gesetzes 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 beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat ( Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich  
Der Vorsitzende  
Der Gerichtsschreiber  
Gräub Müller

#### **E. 7**

/ 50-51 ) reichte der Versicherte ein mit «Einsprache gegen die Verfügung Nr. 400044234 vom 27.11.2019» betitelt Schreiben ein, worin er wiederum darlegte, weshalb er die Rückforderung als unberechtigt erachtete.

Mit Einspracheentscheid vom 15. Juni

2020 (Urk. 2) wies das AWA die Einsprache gegen die Verfügung vom 27. November 201

#### **E. 9**

ab und stellte fest, dass der Versicherte ab 8. Dezember 2016 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe und er für die Arbeitslosenentschädigung von Fr. 88'445.85, welche für die Monate Dezember 2016 bis Februar 2018 ausbezahlt worden war rückerstattungspflichtig sei. Zudem trat das AWA auf das Gesuch um Erlass der Rückforderung nicht ein, mit dem Hinweis, dass nach Rechtskraft des Entscheides über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 8. Dezember 2016 und die damit verbundene Rückerstattung

das Erlassgesuch an die zuständige Amtsstelle überwiesen werde (S. 1). 2.

Dagegen erhob der Versicherte am 17. August 2020 (Urk. 1) Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides sowie es sei sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 8. Dezember 2016 zu bejahen, mit Hinweis von der Rückerstattung der bereits bezahlten Arbeitslosenentschädigung von Fr. 88'445.85 für die Monate Dezember 2016 bis Februar 2018 abzusehen; eventualiter sei die Rückforderung auf Fr. 46'182.60 festzulegen; subeventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (S. 2).

Die Beschwerdegegnerin schloss mit Beschwerdeantwort vom 24. August

2020 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 27. August

2020 angezeigt wurde (Urk.

#### **E. 10**

).

Am 4. März 2021 (Urk. 11) reichte der Beschwerdeführer eine schriftliche Aussage eines ehemaligen Mitarbeiters sowie eine eigene ergänzende schriftliche Erklärung ein (Urk. 12/1-2). Die Eingabe wurde der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 25. März 2021 (Urk. 13) zur Kenntnis gebracht. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **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). 1. 3 1. 3 .1

Nach 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 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (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 Absatz 1.

Der Bemessungszeitraum beginnt nach Abs. 3, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstauffalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen. 1. 3 .2

Bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes ist grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinn der Vereinbarung fiktiver Löhne, die in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers 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 unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto

(Urteil 8C\_472/2019 vom 20. November 2019 E. 4.2). 1. 4

Sowohl das sozialversicherungsrechtliche Administrativverfahren wie auch der kantonale Sozialversicherungsprozess sind vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 43 Abs. 1, Art. 61 lit. c ATSG). Danach haben Sozialversicherungsträger und Sozialversicherungsgericht den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Diese Untersuchungspflicht dauert so lange, bis über die für die Beurteilung des streitigen Anspruchs erforderlichen Tatsachen hinreichende Klarheit besteht. Die Verwaltung als verfügende Instanz und - im Beschwerdefall - das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind.

Im Sozialversicherungsrecht hat die Verwaltung ihre Entscheidung, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die bloße Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisansforderungen nicht. Die Verwaltung hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt. Führen die im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen den Versicherungsträger oder das Gericht bei umfassender, sorgfältiger, objektiver und inhaltsbezogener Beweiswürdigung 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). 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 8C \_ 794 /2016 vom 28. April 2017 E. 4 mit Hinweis en ) . 2.

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