

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00221

vom 30. März 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-03-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2021.00221

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00221 du 30 mars 2022

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00221 del 30 marzo 2022

Erwägungen

E. 1

). In seinem Urteil führte das Bundesgericht aus, dass sich weitere Abklärungen zum Grund der von der Y.____ GmbH im Jahr 2017 auf das Konto von X.____ vorgenommenen Überweisung in der Höhe von Fr. 82'427.05 aufdrängen würden (E. 4.5 jenes Urteils, Urk. 1).

E. 1.1

X.____, geboren 1965, wurde gemäss Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 2015 am selben Tag von der Y.____ GmbH als stellvertretender Geschäftsführer in einem 100%-Pensum eingestellt (Urk. 2/7/168-170). Über die Y.____ GmbH wurde sodann mit Urteil des Konkursrichters des Bezirksgerichts Uster am 18. Februar 2020 der Konkurs eröffnet (Urk. 2/7/131-133). Mit der Durchführung des Konkursverfahrens wurde das Konkursamt Dübendorf beauftragt (Urk. 2/7/132). Auf Antrag des Konkursamtes Dübendorf vom 28. April 2020 verfügte der Konkursrichter des Bezirksgerichts Uster am 29. April 2020 die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven (Urk. 2/7/129-130). Nachdem kein begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben wurde, wurde die Gesellschaft am 17. August 2020 (Tagesregister-Datum) im Sinne von Art. 159 Abs. 5 lit. a der Handelsregisterverordnung von Amtes wegen gelöscht (Internetauszug Handelsregister des Kantons Zürich).

E. 1.1.1

Nach Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) gelten - soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht - für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit zweijährige Rahmenfristen. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 AVIG), und die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Art. 9 Abs. 3 AVIG).

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 dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG).

E. 1.1.2

Als Beitragszeiten angerechnet werden gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG auch Zeiten, in denen der Versicherte zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber wegen Krankheit (Art. 3 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG) oder

Unfall (Art. 4 ATSG) keinen Lohn erhält und daher keine Beiträge bezahlt.

E. 1.2

Zuvor hatte X.____ am 6. März 2020 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab März 2020 beantragt (Urk. 2/ 7/209). Nach Abklärungen verfügte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich am 21. August 2020, dass X.____ ab dem 4. März 2020 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe (Urk. 2/7/57). Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass sie aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung seiner Ehefrau bei der Y.____ GmbH Abklärungen zu den X.____ ausgerichteten Löhnen getätigt habe (Urk. 2/7/58). Die eingereichten Unterlagen würden keine Rückschlüsse auf den effektiv ausbezahlten Lohn zulassen. Weil die Lohnhöhe nicht bestimmbar sei, könne auch der versicherte Verdienst nicht hinreichend zuverlässig festgesetzt werden (Urk. 2/7/59). Darin hielt sie mit Einspracheentscheid vom 2. Oktober 2020 fest (Urk. 2/2). Die dagegen von X.____ am 3. November 2020 erhobene Beschwerde (Urk. 2/1) wies das Sozialversicherungsgericht mit Urteil AL.2020.00307 vom 29. Januar 2021 ab (Urk. 2/10). Gegen dieses Urteil erhob X.____ am 3. März 2021 Beschwerde beim Bundesgericht (Urk. 2/13). Mit Urteil 8C_194/2021 vom 15. Juni 2021 hiess das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut und hob das Urteil des Sozialversicherungsgerichts auf. Es wies die Sache zu neuer Entscheidung an das Sozialversicherungsgericht zurück. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab (Urk.

E. 1.2.1

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 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 Verdienstaufschlags. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen. Bei Lohnschwankungen, die auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind, bemisst sich der versicherte Verdienst gemäss Abs. 3 bis nach den Absätzen 1-3, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten jahres durchschnittlichen Arbeitszeit.

E. 1.2.2

Für Zeiten, die nach Art. 13 Abs. 2 lit. b-d AVIG als Beitragszeiten angerechnet werden, ist derjenige Lohn massgebend, den der Versicherte normalerweise erzielt hätte (Art. 39 AVIV).

E. 1.3.1

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen

oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Praxisgemäss ist diese der Vermeidung von Missbräuchen dienende Bestimmung analog auf arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten anzuwenden, die Arbeitslosenentschädigung verlangen (Urteil des Bundesgerichts 8C_433/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 145 V 200 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

E. 1.3.2

Bei einer versicherten Person, die vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte, für ihre Ehegatten und Ehegattinnen oder für Partner und Partnerinnen in eingetragener Partnerschaft, muss die Arbeitslosenkasse hinsichtlich des Lohnflusses weitergehende Abklärungen treffen (AVIG-Praxis ALE, Rz. B146). Ergeben sich aufgrund der eingereichten Belege keine klaren Rückschlüsse auf die in der fraglichen Zeit effektiv ausbezahlten Löhne, liegt Beweislosigkeit zulasten der versicherten Person vor, womit ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung infolge fehlender Beitragszeit verneint werden muss. Dem Nachweis des tatsächlich realisierten Lohnes kommt nicht nur bei der Bestimmung der Beitragszeit, sondern auch bei der Festsetzung der Höhe des versicherten Verdienstes entscheidende Bedeutung zu. Ohne genaue Angaben über den Lohnfluss ist es nicht möglich, die Höhe des versicherten Verdienstes zu bestimmen (AVIG-Praxis ALE, Rz. B148).

E. 1.4

Im Sozialversicherungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz. Danach haben der Versicherungsträger oder das Durchführungsorgan und im Beschwerdefall das kantonale Versicherungsgericht von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen (Art. 43 Abs. 1 und Abs. 1 bis sowie Art. 61 lit. c in Verbindung mit Art. 2 ATSG). Der Untersuchungsgrundsatz wird durch die Mitwirkungspflicht der Versicherten respektive der Parteien beschränkt (Art. 28 und Art. 43 Abs. 2 ATSG), vor allem in Bezug auf Tatsachen, die sie besser kennen als die (Verwaltungs- oder Gerichts-) Behörde und welche diese sonst gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben könnte (BGE 122 V 157 E. 1a; Urteil des Bundesgerichts 9C_341/2020 vom 4. September 2020 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 138 V 86 E. 5.2.3 und 125 V 193 E. 2; vgl. BGE 130 I 180 E. 3.2).

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 Entscheidung zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (Urteil des Bundesgerichts 8C_765/2020 vom 4. März 2021 E. 3.2.2 mit Hinweis auf BGE 144 V 427 E. 3.2). Bleiben jedoch erhebliche Zweifel an der Vollständigkeit und/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_257/2018 vom 24. August 2018 E. 3.3.2 mit Hinweis). 2.

Es bedarf keiner weiterer Erläuterung mehr, dass sich der versicherte Verdienst des Beschwerdeführers vorliegend nach Art. 39 AVIV

bestimmt (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts AL.2020.00307 vom 29. Januar 2021 E. 2.1, Urk.

2/10 S. 6-7). Das Bundesgericht hat dies mit Urteil 8C_194/2021 vom 15. Juni 2021 bestätigt (E. 4.1 jenes Urteils, Urk. 1 S. 5). Bei der Bestimmung des versicherten Verdienstes ist sodann zunächst die für diese Berechnung massgebende Zeitperiode festzulegen.

Dabei ist analog Art. 37 AVIV vorzugehen (Urteil des Bundesgerichtes 8C_194/2021 vom 15. Juni 2021 E. 4.5 mit Hinweis auf das Urteil 8C_218/2014 vom 9. Februar 2015 E. 5.2.2). Der versicherte Verdienst ergibt sich somit entweder nach dem Durchschnitt der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) oder - falls dies für die versicherte Person günstiger ist - nach dem Durchschnitt der letzten zwölf Beitragsmonate vor dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit (« précédant la survenance de l'incapacité de travail », vgl. Urteil des Bundesgerichtes 8C_218/2014 vom 9. Februar 2015 E.

5.2.2). Dies bezüglich ist bekanntlich, dass die Suva wegen einer unfallbedingten 100%igen Arbeitsunfähigkeit vom 19. Dezember 2017 bis 31. Oktober 2019 Taggelder leistete (Urk. 7/20-21, Urk. 7/197-200) erbrachte. Alsdann hat das Bundesgericht im Sachverhalt des Urteils 8C_194/2021 vom 15. Juni 2021 festgehalten, dass der Beschwerdeführer am 19. Dezember 2017 und am 16. Juni 2018 Unfälle erlitten habe.

Massgebend ist somit der Durchschnitt des Lohnes des Beschwerdeführers vom 19. Juni bis 18. Dezember 2017. Der Durchschnitt seines Lohnes in der Zeitperiode vom 19. Dezember 2016 bis 18. Dezember 2017 wäre heranzuziehen, wenn sich dies für den Beschwerdeführer als günstiger erweisen sollte. 2.2

In E. 4.5 des Urteils 8C_194/2021 vom 15. Juni 2021 (Urk. 1) führte das Bundesgericht aus, es stehe fest, dass im Jahr 2017 Fr. 82'847.05 respektive - wie der Beschwerdeführer geltend mache - Fr. 82'427.05 von der Y.____ GmbH in Liquidation auf das Konto des Beschwerdeführers geflossen seien. Grundsätzlich genüge als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto. Weshalb dies vorliegend nicht der Fall sein solle, ergebe sich aus dem angefochtenen Urteil des Sozialversicherungsgerichts nicht. Die grundsätzlich gegebene Arbeitnehmereigenschaft scheine unbestritten zu sein. Dem angefochtenen Urteil des Sozialversicherungsgerichts sei auch nicht zu entnehmen, dass es sich bei den Banküberweisungen um etwas anderes als Lohn für geleistete Arbeit gehandelt hätte. Sollte es sich bei den betreffenden Zahlungen aber tatsächlich um Lohn handeln, so wäre nicht einsichtig, weshalb dieses Einkommen nicht zur Ermittlung des normalerweise erzielten Lohnes respektive des versicherten Verdienstes (Art. 24 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 39 AVIV) herangezogen werden könnte. Indem das Sozialversicherungsgericht auf Feststellungen dazu verzichtet habe, ob die von der

Y.____ GmbH auf das Bankkonto des Beschwerdeführers geleisteten Zahlungen als Lohnzahlungen zu betrachten seien, habe es den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig festgesetzt und folglich Bundesrecht verletzt. Da der Sachverhalt nicht liquid erscheint, könne er vom Bundesgericht auch nicht ergänzt werden. Es würden sich vielmehr weitere Abklärungen zum Grund der fraglichen Überweisungen aufdrängen (z. B. Beizug von

weiteren Lohn abrechnungen sowie der Geschäftsbücher der Y.____ GmbH soweit [noch] vorhanden, Zeugen befragen). Dass von weiteren Beweiserhebungen keine neuen Erkenntnisse in Bezug auf den Grund der Banküberweisungen erwartet werden könnten, sei nicht einsichtig und die von der Vorinstanz vorgenommene antizipierte Beweiswürdigung nicht haltbar (Urk. 1 S. 7-8).

Das Sozialversicherungsgericht hat somit zu prüfen, ob es sich bei den Fr. 82'847.05, die im Jahr 2017 von der Y.____ GmbH in Liquidation auf das Konto des Beschwerdeführers geflossen sind, um Lohnzahlungen handelt. 2.3

2.3.1

In Nachachtung des Rückweisungsentscheids
des Bundesgerichts

holte das Sozialversicherungsgericht zunächst die Auskunft des Konkursamtes Dübendorf zu den Geschäftsbüchern der

Y.____ GmbH ein (Urk. 6). In seiner Stellungnahme vom 10. September 2021 führte das Konkursamt Dübendorf aus, dass die damalige Geschäftsführerin der Y.____ GmbH, Frau Z.____, sich zur Zeit der Konkursöffnung im Ausland aufgehalten habe. Es sei nicht möglich gewesen, sie einzuvernehmen. An ihrer Stelle habe ihr Ehemann der Beschwerdeführer - am 2. März 2020 Auskunft erteilt. Bezüglich Buchhaltung habe er auf Frau A.____, B.____, verwiesen. Anlässlich der Inventuraufnahme seien die vermutlich in den Mieträumlichkeiten vorhandenen Akten fotografiert worden. Über den Verbleib dieser Akten sei dem Konkursamt nichts bekannt, wobei die Mieträumlichkeiten der Verwaltung C.____ GmbH per 6. März 2020 freigegeben worden seien. Wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt werde, obliege es der Geschäftsführung, die vorhandenen Akten für die gesetzlich vorgesehene Dauer aufzubewahren. Beim Konkursamt würden sich einzig noch zwei Ordner zur Lohnbuchhaltung 2020 (Urk. 12) befinden (Urk. 10).

Zu ergänzen ist, dass der Beschwerdeführer gemäss den Feststellungen des Konkursamtes Dübendorf bei der Konkursaufnahme nicht sehr kooperativ war. Das Konkursamt führte aus, dass er sich auf die Arbeitnehmerposition gestellt

habe. Er habe mit dem Ganzen nichts zu tun haben wollen und auf seine Ehefrau verwiesen, welche sich in Tschechien aufhalte und auch nicht in die Schweiz zurückkehren werde (Urk.

11/2).

Vom Konkursamt Dübendorf konnten mithin keine Geschäftsbücher der Y.____ GmbH betreffend das Jahr 2017 erhältlich gemacht werden. 2.3.2

Von einer Befragung der formell als einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Y.____ GmbH eingetragen gewesenen Ehefrau des Beschwerdeführers (Internet-Auszug Handelsregister des Kantons Zürich) sind keine weiteren Aufschlüsse zum Grund der dem Beschwerdeführer von der Gesellschaft im Jahr 2017 überwiesenen Fr. 82'847.05 zu erwarten. Sie liess sich im Konkursverfahren durch den Beschwerdeführer vertreten. Aus dessen im jenen Verfahren gemachten Aussagen geht unmissverständlich hervor, dass seine Ehefrau keine Angaben zum Geschäftsbetrieb der Y.____ GmbH mehr machen kann und insbesondere auch keinerlei Bereitschaft zeigte, die Fragen des Konkursamtes zu beantworten (E. 2.3.1). Darüber hinaus kommt grundsätzlich noch eine Befragung der

Buchhalterin der Y.____ GmbH, Frau A.____, in Frage (E. 2.3.1). Die aktuelle Adresse von A.____ ist dem Beschwerdeführer nicht bekannt (Urk. 16 S. 2). Wie seinen Ausführungen zu entnehmen ist, könnte A.____ jedoch bei Unklarheiten zum vom Beschwerdeführer mit Eingabe vom 3. November 2021 (Urk. 16) eingereichten, vom 29. Oktober 2021 datierenden Jahresabschluss 2017 (Urk. 17/1) Auskunft geben (Urk. 16 S. 2). Weil dies nicht nötig ist (E. 3.2 nachstehend) und ansonsten nicht ersichtlich ist, dass A.____ über weitere Unterlagen verfügen würde oder sachdienliche Angaben machen könnte, muss auch sie vom Gericht

nicht befragt werden. 2.3.3

Der Beschwerdeführer selber liess in seiner Stellungnahme vom 3. November 2021 insbesondere ausführen, dass er auf eine Stellungnahme zu den vom Konkursamt Dübendorf eingereichten Unterlagen verzichte. Es würden sich daraus keine neuen Erkenntnisse bezüglich des von ihm im Jahr 2017 effektiv bezogenen Lohnes ergeben. Er habe nun aber endlich von der ehemaligen Treuhänderin A.____ den Jahresabschluss 2017 der Y.____ GmbH in Liquidation erhältlich machen können. Im Konto 5000 «Lohnaufwand» (S. 110 des Jahresabschlusses 2017, Urk. 17/1) werde ein Jahreslohn des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 98'800.-- ausgewiesen. Dieser Betrag entspreche im Übrigen den Deklarationen gegenüber den Sozialversicherungen. Im Konto 1190 «sonstige kurzfristige Forderungen» (S. 73-74 des Jahresabschlusses 2017, Urk. 17/1) seien die einzelnen Lohnbetreffnisse des Beschwerdeführers festgehalten. Dabei sei zu bemerken, dass der Vermerk «D.____» ebenfalls den Beschwerdeführer betreffe. Es handle sich dabei um seinen früheren Namen vor der Namensänderung. Er wisse nicht, weshalb dies im Jahresabschluss nicht einheitlich angegeben worden sei. Jedenfalls seien einzelne Akonto-Lohnzahlungen für den Beschwerdeführer in der Höhe von Fr. 77'850.-- netto aufgeführt (Urk. 16 S. 1). Gestützt auf den Jahresabschluss seien somit Netto-Lohnauszahlungen in der Höhe von Fr. 77'850.-- buchhalterisch ausgewiesen. Dass die entsprechenden Zahlungen tatsächlich geflossen seien, ergebe sich aus dem bereits bekannten Kontoauszug des Beschwerdeführers (Urk. 16 S. 2).

Zu ergänzen ist, dass der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren mit Verfügung vom 3. September 2021 unmissverständlich aufgefordert wurde, sämtliche Lohnabrechnungen des Jahres 2017 einzureichen (Urk. 6 S. 4). Darauf antwortete der Beschwerdeführer, er sei der Überzeugung, dass sich die Lohnabrechnungen 2017 in den Konkursakten befänden (Urk. 13). Wie festgehalten (E.

2.3.1) hat das Konkursamt Dübendorf dem Gericht sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen überlassen. Darin befanden sich keine Lohnabrechnungen des Jahres 2017 (vgl. Urk. 11/1-2, Urk. 20). Für den vorliegend zu prüfenden Zeitraum (E. 2.1) ist somit nur die Lohnabrechnung für den Monat November 2017 (Urk. 2/7/83) bekannt, welche vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Eingabe vom 20. August 2020 bei der Beschwerdegegnerin eingereicht wurde (Urk. 2/7/84). 3.

E. 3

.

E. 3.1

Bislang liess sich den Unterlagen zur Buchhaltung der Y.____ GmbH in Liquidation noch nicht entnehmen, dass die Gesellschaft dem Beschwerdeführer einen Lohn ausgerichtet

hat. Bezüglich der Buchhaltung lagen nur vier Seiten vor (je eine Seite mit Aktiven und Passiven der Bilanz, je eine Seite mit Aufwand und Ertrag der Erfolgsrechnung, Urk. 2/7/33-36). Im Konto-Auszug der E.____ AG vom 30. Dezember 2017 konnte nachgelesen werden, dass die Y.____ GmbH dem Beschwerdeführer am 6. April, 31. Juli, 11. August, 29. September, 6., 17. und 25. Oktober, 15. November und 13. Dezember 2017 Zahlungen geleistet hatte (Urk. 2/7/22-28). Diese Zahlungen wurden im Kontoauszug aber nicht als Lohnzahlungen bezeichnet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_472/2019 vom 20. November 2019 E. 5.3). Der Bezug zu den angeblichen Lohnzahlungen der Y.____ GmbH in Liquidation wurde vom Beschwerdeführer selber hergestellt indem er auf dem Konto-Auszug bei diesen Zahlungen jeweils einen eigenen - nicht beweiskräftigen - handschriftlichen Vermerk «Y.____ Lohn» angebracht hatte (Urk. 2/7/22-28).

E. 3.2

Im Zuge der weiteren Abklärungen des Sozialversicherungsgerichts wurde vom Beschwerdeführer der «Jahresabschluss 2017» der Y.____ GmbH in Liquidation eingereicht (Urk. 16 S. 1, Urk. 17/1). Wie die bereits vorliegenden Unterlagen zur Buchhaltung (Urk. 2/7/33-36), weist der Jahresabschluss «Jahresabschluss 2017» einen Verlust in der Höhe von Fr. 54'014.-- aus. Nebst Bilanz und Erfolgsrechnung (Urk. 17/1 S. 1-11) finden sich bei diesen Buchhaltungsunterlagen auch diverse Konto-Blätter (Urk. 17/1 S. 12-139). Gemäss diesen Geschäftsbüchern verfügte die Y.____ GmbH über ein Konto bei der Bank F.____ (Konto-Blatt Nr. ... , Urk. 17/1 S. 50) und bei der Bank G.____ (Konto-Blatt Nr. ... , Urk. 17/1 S. 51-70). Laut der Übersicht zum Konto Nr. ...

«G.____ » wurden unter dem Titel « Akonto Lohn X.____ » und « Akonto Lohn D.____ » die folgenden Buchungen vorgenommen (Urk. 17/1 S. 51-70): 07.02.2017 CHF 8'500.00 10.02.2017 CHF 500.00 13.03.2017 CHF 500.00 20.02.2017 CHF 700.00 09.03.2017 CHF 200.00 03.04.2017 CHF 5'000.00 06.04.2017 CHF 4'000.00 05.05.2017 CHF 3'300.00 15.05.2017 CHF 10'000.00 16.06.2017 CHF 3'050.00 28.07.2017 CHF 17'000.00 22.09.2017 CHF 1'300.00 29.09.2017 CHF 1'500.00 29.09.2017 CHF 1'000.00 08.11.2017 CHF 5'000.00 09.11.2017 CHF 3'000.00 15.11.2017 CHF 800.00 24.11.2017 CHF 2'000.00 20.12.2017 CHF 10'000.00 21.12.2017 CHF 500.00 Total CHF 77'850.00 Andere verbuchte Lohnzahlungen an den Beschwerdeführer sind den vorliegenden Geschäftsbüchern der Y.____ GmbH nicht zu entnehmen und der Beschwerdeführer bringt mit seiner Stellungnahme vom 28. Januar 2022 selber vor, gestützt auf den Jahresabschluss 2017 sei von Netto-Lohnauszahlungen in der Höhe von Fr. 77'850.-- auszugehen (Urk. 23 S. 1). Insofern ist die Buchhaltung der Y.____ GmbH mithin nicht erklärungsbedürftig, weshalb eine zusätzliche Befragung der Buchhalterin A.____ nicht nötig ist. 3.3 Im Auszug zum Privatkonto des Beschwerdeführers bei der E.____ AG für das Jahr 2017 sind die vom Sozialversicherungsgericht zu überprüfenden Banküberweisungen der Y.____ GmbH an den Beschwerdeführer in der Höhe von Fr. 82'847.05 aufgeführt (Urk. 2/7/22-28) . Dieser Betrag setzt sich wie folgt zusammen (die nachfolgend genannten Daten entsprechen den Valutadaten gemäss Kontoauszug, Urk. 2/7/22-28): 06.04.2017 CHF 533.05 31.07.2017 CHF 20'014.00 11.08.2017 CHF 8'000.00 29.09.2017 CHF 1'000.00 06.10.2017 CHF 15'000.00 17.10.2017 CHF 2'500.00 25.10.2017 CHF 5'000.00 15.11.2017 CHF 800.00 13.12.2017 CHF 30'000.00 Total CHF 82'847.05

Diese Banküberweisungen der Y.____ GmbH an den Beschwerdeführer können somit nicht mit in den in den Geschäftsbüchern der Gesellschaft für den gleichen Zeitraum verbuchten Lohnzahlungen vom Geschäftskonto der Gesellschaft bei der G.____ an den

Beschwerdeführer in Verbindung gebracht werden (vgl. für einen vergleichbaren Fall: Urteil des Bundesgerichts 8C_913/2011 vom 10. April 2012 E. 3.2). Die Buchungen in den Geschäftsbüchern sind höchstens ein Indiz für Lohnzahlungen. Es lässt sich aber nicht feststellen, dass die verbuchten Lohnzahlungen auch in derselben Höhe auf das Konto des Beschwerdeführers überwiesen worden sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_913/2011 vom 10. April 2012 E. 3.3). In seiner Stellungnahme vom 28. Januar 2022 führte der Beschwerdeführer aus, dass bei glaubhaftem Lohnbezug, aber widersprechenden Beweismitteln zur Lohnhöhe für die Bemessung des versicherten Verdienstes respektive bei der Festlegung des normalerweise erzielten Verdienstes vom geringeren Betrag aus zugehen sei. Entsprechend sei ausgehend vom Jahresabschluss 2017 von Netto-Lohnauszahlungen von Fr. 77'850.-- auszugehen, anstatt von den gemäss Kontoauszug der E.____ AG nachgewiesenen Zahlungen der Y.____ GmbH von Fr. 82'847.05 (Urk. 23 S. 1). Dem kann nicht gefolgt werden. Wenn - wie im vorliegenden Fall - die Buchungsdaten in den Geschäftsbüchern

nicht mit den Daten der tatsächlichen Überweisungen übereinstimmen, ist der Nachweis eines effektiven Lohnflusses nicht erbracht (Urteil des Bundesgerichts 8C_166/2021 vom 6. Mai 2021 E. 4.1 f.). Der

Lohnabrechnung für den Monat November 2017 (Urk. 2/7/83) ist dazu auch nichts zu entnehmen, weil der Beschwerdeführer darauf unterschriftlich bestanden hat, den Lohn in bar erhalten zu haben. Weil sich die Lohnzahlungen betreffenden Buchungen auf dem Geschäftskonto der Y.____ des Jahres 2017 und die Überweisungen auf das Privatkonto nicht decken, ist davon auszugehen, dass es sich dabei um etwas anderes als Lohnzahlungen gehandelt hat. Was genau der Grund für diese Überweisungen

in der Höhe von Fr. 82'847.05 war, kann offen bleiben.

Hinzu kommt, dass selbst bei einer Annahme eines Lohnflusses divergierende Angaben zum vom Beschwerdeführer im Jahr 2017 bezogenen Lohnbeständen. Die selbsterhellende Bestimmbarkeit der Lohnhöhe würde dazu führen, dass sich ein versicherter Verdienst im Sinne von

Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht hinreichend zuverlässig festlegen liesse, weshalb ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auch aus diesem Grund entfielen (Urteile des Bundesgerichts 8C_194/2021 vom 15. Juni 2021 E. 4.4 und 8C_166/2021 vom 6. Mai 2021 E. 4.2, je mit Hinweis). 3. 4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin mit dem angefochtenen Einspracheentscheid vom 2. Oktober 2020 (Urk. 2/2) den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung

verneinte. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass sich - weil die Ehegattin des Beschwerdeführers bei der Y.____ GmbH eine arbeitgeberähnliche Stellung gehabt habe - eine nähere Prüfung des Lohnflusses rechtfertige (Urk. 2/2 S. 3). Die Beschwerdegegnerin gelangte nach ihrer Prüfung zum Schluss, dass von einem überwiegend wahrscheinlichen Lohnfluss der Y.____ GmbH an den Beschwerdeführer nicht gesprochen werden könne (Urk. 2/2 S. 5). Gemäss dem Urteil des Bundesgerichts 8C_194/2021 vom 15. Juni 2021 (Urk. 1) hatte das Sozialversicherungsgericht zu überprüfen, ob es sich bei den Überweisungen der Y.____ GmbH auf das Privatkonto des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 82'847.05 im Jahr 2017 um Lohnzahlungen

handelte. Der in der Folge vom hiesigen Gericht durchgeführte Vergleich mit den Geschäftsbüchern der Y.____ GmbH hat ergeben, dass sich diese Überweisungen nicht mit den verbuchten Löhnen decken. Hinsichtlich der verbuchten Löhne fand sich wiederum kein Beleg für einen Lohnfluss.

Demnach erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 2. Oktober 2020 (Urk. 2) als rechtens, was zur Abweisung der Beschwerde führt. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Daniel Christe - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 4.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 1. Juli bis und mit dem 1. August sowie vom 1. 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
HurstHübscher

E. 4

Der Beschwerdeführer führte in seiner Eingabe vom 27. September 2021 aus, er sei der Überzeugung, dass sich sämtliche wesentlichen Geschäftsunterlagen wie auch die Lohnabrechnungen 2017 in den Konkursakten befinden würden. Aus verfahrenswirtschaftlicher Sicht sei es deshalb sinnvoll, ihm die Konkursakten zu zustellen und ihm gleichzeitig eine neue Frist anzusetzen, um allfällige weitere Beweismittel einzureichen oder zu benennen und um auch bereits zu den Konkursakten und den allfälligen weiteren Beweismitteln Stellung zu nehmen (Urk. 13).

E. 5

Seinem Begehren entsprechend wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 13. Oktober 2021

die mit Verfügung vom 3. September 2021 angesetzte Frist zur Einreichung der Lohnabrechnungen des Jahres 2017 und allfälliger weiterer Beweismittel abgenommen (Urk. 15).

Mit derselben Verfügung wurde dem Beschwerdeführer sodann Frist

angesetzt, um zur Vernehmlassung des Konkursamtes Dübendorf vom 10. September 2021 und den vom Konkursamt eingereichten Akten Stellung zu nehmen. Ihm wurde über diese Gelegenheit gegeben, um innert derselben Frist weitere Beweismittel einzureichen oder zu bezeichnen (Urk. 15).

E. 6

Mit seiner Stellungnahme vom 3. November 2021 (Urk. 16) reichte der Beschwerdeführer den Jahresabschluss 2017 der Y.____ GmbH (Urk. 17/1) und den Auszug aus seinem individuellen Konto (IK) vom 31. Mai 2018 (Urk. 17/2) ein .

Dazu führte er insbesondere aus, dass gestützt auf den Jahresabschluss 2017 Netto-Lohnzahlungen in der Höhe von Fr. 77'850.-- buchhalterisch ausgewiesen seien (Urk. 16 S. 2).

E. 7

Hernach wurde die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 19. November 2021 aufgefordert, anhand der Prozessakten einlässlich zu begründen, ob die Lohnzahlungen der Y.____ GmbH in Liquidation an den Beschwerdeführer im Jahr 2017 mit dem erforderlichen Beweisgrad der Überwiegenden Wahrscheinlichkeit gegeben seien und - gegebenenfalls - in welcher Höhe der Lohnfluss als bewiesen angenommen werden könne (Urk. 18).

E. 8

Die Beschwerdegegnerin reichte daraufhin die Stellungnahme vom 7. Januar 2022 ein (Urk. 20). Sie beantragte, dass die Beschwerde abzuweisen sei. Eventualiter sei der versicherte Verdienst des Beschwerdeführers in teilweiser Gutheissung seiner Beschwerde auf Fr. 2'625.-- festzulegen (Urk. 20 S. 2).

E. 9

Dem Beschwerdeführer wurde mit Verfügung vom 12. Januar 2022 (Urk. 21) Gelegenheit gegeben, um sich dazu vernehmen zu lassen, was er mit seiner Stellungnahme vom 28. Januar 2022 (Urk. 23) auch tat.

E. 10

Mit Verfügung vom 2. Februar 2022 wurde der Beschwerdegegnerin eine Kopie dieser Stellungnahme des Beschwerdeführers zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 25). 2.

Auf die Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

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