

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00151

vom 10. Februar 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-02-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00151

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00151 du 10 février 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00151 del 10 febbraio 2023

Erwägungen

E. 1.1

Laut Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosenversicherung 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 zurückzu erstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

E. 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 beitrags pflichtige 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.

E. 1.3

Die Arbeitslosenkasse tätigte in der Folge ergänzende Abklärungen ; unter anderem holte sie die Steuerunterlagen des Versicherten für die Jahre 2015 bis 2019 und der Y. ____ für die Jahre 2015 bis 2017 (Urk. 8/131-276) sowie schriftliche Stellungnahmen des ehemaligen Geschäftsführers und eines ehemaligen Mitarbeiters des Versicherten (Urk. 8/115 und Urk. 8/117-119) ein . Am 29. Oktober 2021 (Urk. 8/103-105) nahm der Versicherte zu den ergänzenden Abklärungen Stellung .

Mit Verfügung vom 8 . November 2021 (Urk. 8/ 97-99) stellte die Arbeitslosenkasse erneut fest, dass der Versicherte ab dem 8. Dezember 2016 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt habe und forderte von ihm Fr. 88'445.85 für

die Monate Dezember 2016 bis Februar 2018 zu viel ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung zurück . Eine dagegen am 6. Dezember 2021 (Urk. 8/17-31) erhobene Einsprache wies die Arbeitslosenkasse mit Ent scheid vom 25. April 2022 (Urk. 2) ab.

E. 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 Insolvenzentschädigung (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 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).

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 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts; 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).

E. 1.5

Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (sog. Wiedererwägung, Art. 53 Abs. 2 ATSG).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt einer Leistungsabrechnung der Arbeitslosenkasse trotz Fehlens formeller Verfügungsmerkmale materiell Verfügungscharakter zu, weil sie eine behördliche Anordnung darstellt, durch welche die der versicherten Person zustehenden Arbeitslosentagegelder verbindlich festgelegt werden (Urteil des Bundesgerichts 8C_554/2015 vom 19. Oktober 2015 E. 3.4 mit Hinweisen auf BGE 129 V 110 E. 1.2 und 125 V 475 E).

1). 2.

E. 2

auf Abweisung der Beschwerde (Urk.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin hielt im angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) im Wesentlichen fest,

ausgelöst durch eine Überprüfung von Arbeitslosenentschädigung und Einkommen, welche letztere bei der Ausgleichskasse gemeldet worden seien, hätten Abklärungen ergeben, dass die ursprünglichen Taggeldabrechnungen aufgrund des fehlenden Lohnflusses zweifellos unrichtig gewesen seien. Deren Berichtigung sei von erheblicher Bedeutung. Ein Wiedererwägungsgrund sei daher gegeben (S. 3).

Es sei auch nach den ergänzenden Abklärungen 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. Nach weiteren Abklärungen müsse gar daran gezwungen werden, dass der Beschwerdeführer überhaupt im behaupteten Umfang bei der Y.____ gearbeitet habe. Es fehle somit nicht nur am Lohnfluss, sondern an einer hinreichend nachgewiesenen Anstellung.

Gesamthaft seien die vorliegenden Angaben als nicht glaubhaft zu werten und machten ein Nachvollziehen eines pro Monat zuweisbaren Lohnes im Sinne des Entstehungsprinzips, wie dies für die Berechnung der Beitragszeit und des versicherten Verdienstes erforderlich sei, unmöglich. Aufgrund dieser Umstände lasse sich weder die erforderliche Beitragszeit noch ein versicherter Verdienst hinreichend zuverlässig eruieren, was die Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung zur Folge habe. Selbst ein tatsächlicher Lohnbezug in verminderter Höhe ergebe sich nicht aus den vorliegenden Unterlagen und sei auch nicht überwiegend wahrscheinlich. Aufgrund der vorliegenden Aktenlage seien vom Beizug der Konkursakten keine neuen wesentlichen Erkenntnisse zu erwarten, die die massiven Unstimmigkeiten ausräumen könnten (S. 6-8). 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 unrechtmässig bezogene Leistung vollumfänglich zurückzuerstatten (S. 9).

E. 2.2

Demgegenüber stellte sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt (Urk. 1), der Sachverhalt sei unrichtig festgestellt und erneut nicht sachgemäss überprüft worden. Insbesondere seien die Konkursakten der Y.____ nicht eingefordert worden (S. 1). Gemäss der Arbeitgeberbescheinigung und den befragten Zeugen müsse von einem anrechenbaren Lohn von Fr. 133'034.85 ausgegangen werden. Herr Z.____

habe die Lohnkontozahlungen mittels Barquittungen von Fr. 10'000.-- bezeugt und einen Jahresdienst von Fr. 250'000.-- vermutet. Herr A.____

habe

die Barzahlungen bestätigt. Zudem seien gemäss IK-Auszug der Y.____ Löhne im Umfang von Fr.

117'798.35 deklariert worden. Demnach sei die Feststellung der Beschwerdegegnerin, dass gar keine Lohnzahlungen belegt seien, klar unrichtig und widerspreche den Akten und den Zeugenaussagen (S. 1 f.). In Bezug auf die Barzahlungen könne seine damalige Freundin sicherlich bezeugen, dass er ihre Barbeträge übergeben habe zur Begleichung von Rechnungen über ihr Onlinebanking. Zudem habe er selbst auch Zahlungen bei der Post in bar vorgenommen. Entgegen der Interpretation der Beschwerdegegnerin habe er in seinem Schreiben vom 14. Januar 2020 (Urk. 8/486-487) nicht ausgesagt, ihm seien die Löhne von der Y.____ nicht immer korrekt ausbezahlt worden, was ihm nun als widersprüchliche Aussage ausgelegt werde, sondern er habe damals mitgeteilt, dass die Y.____ ihm die einzelnen Monatsvorschüsse nicht immer termingerecht ausbezahlt habe (S. 3). Schliesslich habe die Y.____

seine Wohnungsmiete und Leasingraten für eine n BMW bezahlt, welche sie dann mit seinen Lohnvorschüssen verrechnet habe, womit es sich dabei um Lohnzahlungen gehandelt haben müsse. Es sei daher unmöglich, dass er - wie von der Beschwerdegegnerin behauptet - weder Angestellter gewesen sei noch keinen Lohn von der Y.____ erhalten habe (S. 3 f.). Zudem liege kein Rückkommenstitel vor (S. 4).

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, über welche mit Einspracheentscheid vom 25. April 2022 (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 Rahmenfrist

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. 3. 3.1

Aus den aufgrund der Rückweisung zur weiteren Abklärung eingeholten Akten lässt sich Folgendes entnehmen: 3. 2

Mit Veranlagungsverfügung des Gemeindesteueramtes B.____

wurde der Beschwerdeführer am 1. September 2016 (Urk. 8/138-139) für das Jahr 2015 mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 20'000.-- veranlagt, nachdem er es trotz Mahnung unterlassen hatte, eine Steuererklärung für das Jahr 2015 einzureichen. 3. 3

Mit Einschätzungsentscheid des Gemeindesteueramtes B.____ wurde der Beschwerdeführer am 31. August 2017 (Urk. 8/ 144 - 145) für das Jahr 2016 mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 20'000.-- veranlagt, nachdem er es trotz Mahnung unterlassen hatte, eine Steuererklärung für das Jahr 2016 einzureichen. 3.4

Nachdem die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer am 6. Mai

2021 (Urk. 8/130) aufgefordert hatte, ihr einen lückenlosen Bankkontoauszug für die Jahre 2015 bis 2018 einzureichen, liess er am 19. Juli 2021 (Urk. 8/124) verlauten, dass er die Bankauszüge nicht habe erhältlich machen können. Am 26. Mai 2016 sei Privatkonkurs über ihn eröffnet worden. Die Bank verfüge deswegen über keine Unterlagen vor Mai 2016. Nach dem Privatkonkurs habe er grösste Mühe gehabt, eine Bank zu finden, die ihn als Kunden aufgenommen habe. Erst im Januar 2017 habe er ein Bankkonto eröffnen können. 3. 5

Am 29. Juni 2020 (Urk. 8/199 -200) schrieb der Beschwerdeführer das Kantonale Steueramt des Kantons Zürich an und teilte diesem mit, er wolle sich selbst anzeigen und seine nicht angegebenen Löhne und Steuern nachbezahlen. Er habe in den letzten drei Jahren viele Probleme gehabt und illegale Substanzen konsumiert . Im Jahr 2017 habe er Fr. 60'000.--, im Jahr 2018 Fr. 160'000.-- und im Jahr 2019 120'000.-- an Einkommen nicht deklariert. 3. 6

In einem undatierten Schreiben (Urk. 8/117-119; Eingang bei der Beschwerdegegnerin am 8. September 2021) hielt Z.____ , ehemaliger Arbeitskollege des Beschwerdeführers bei der Y.____ , fest, er sei bei den Vorschusszahlungen an den Beschwerdeführer dabei gewesen, weil dieser seine Mitarbeiter bei dessen Kunden eingesetzt habe. Der Split zwischen ihnen habe bei je 50 % gelegen. Der Beschwerdeführer habe von 2016 bis 2017 immer monatliche Akontozahlungen in der Höhe von circa Fr. 10'000.-- und mehr erhalten (S. 1) . Das sei aber nur eine Teilzahlung, welche der Beschwerdeführer erwirtschaftet habe. Er habe im Jahr circa Fr. 2,5 Millionen Umsatz erreicht und davon könne man 10 % als R einverdienst zählen, also circa Fr. 250'000.-- im Jahr . Die Zahlungen hätten in den Räumlichkeiten der Y.____ in C.____

im Lohnbüro stattgefunden. Die Zahlungen seien in bar in Schweizer Banknoten erfolgt. Es sei definitiv jedes Mal eine Barquittung vorgelegt worden, wenn man eine Zahlung erhalten habe . Der Beschwerdeführer habe von der Y.____ eine Wohnung zur Verfügung erhalten, die Miete sei direkt an die Vermieterin bezahlt worden. Auf Ende Jahr sei diese dann mit seinem Umsatz verrechnet und von seiner Marge abgezogen worden. Er habe auch einen BMW bekommen. Das Leasing von um die Fr. 800.-- sei von der Y.____ bezahlt worden und von seiner Marge abgezogen worden (S. 1 f.). 3. 7

Mit Schreiben vom 29 . September 2021 (Urk. 8/115) berichtete A.____ , ehemalige r Geschäftsführer und Inhaber der Y.____ (vgl. Urk. 8/277-291 E. 3.1.9) ,

der Lohn des Beschwerdeführers habe jeweils auf der generierten Marge, wo er zu 50 % beteiligt gewesen sei, basiert. Die Wohnung und das Leasing hätten die Unternehmung monatlich circa Fr. 3'300.-- gekostet, welche dann mit den geleisteten Provisionen gegen verrechnet worden seien. Als sie Barzahlungen ausbezahlt hätten, seien die Miete und das Leasing von der Beteiligung abgezogen worden. Am Schluss sei die Rechnung immer aufgegangen. Der Beschwerdeführer habe immer eine Rechnung unterschrieben. Wie man in seinem Schreiben vom 27. April 2020 (Urk. 8/406-408 , vgl. dazu E. 3.1.9 des Urteils

des hiesigen Gerichts AL.2020.00201 vom 9. April 2021 [Urk. 8/277-292]) sehen könne, habe der Beschwerdeführer fast immer gleich viel Provision erhalten. 4. 4.1

Was die im Vordergrund stehende Frage der Festlegung des versicherten Verdienstes angeht, stellte das hiesige Gericht mit Urteil AL.2020.00201 (Urk. 8/ 277 291) fest , dass anhand der damaligen Akten lage

aufgrund der widersprüchlichen Angaben und den fraglichen Lohnbezügen allein die Angaben der ehemaligen Arbeitgeberin als Grundlage zur Berechnung des versicherten Verdienstes nicht taugen und daher für dessen Feststellung auf die tatsächlichen Lohnbezüge abzustellen ist . So zeigte das hiesige Gericht auf, dass die Lohnabrechnungen

zwar im Wesentlichen mit den Angaben der Arbeitgeberin in der Arbeitgeberrscheinigung und ihren Aussagen übereinstimmen , jedoch im Widerspruch zu dem in Form von Miete und Auto geleisteten Naturallohn

stehen und daneben der gleichbleibende Lohn der Art des Geschäftes, welches auf Provisionen beruht , widerspricht , was sich denn faktisch auch darin zeigt, dass ab Dezember 2016 (als

Zwischenverdienst bei einem angeblichen 50 %-Pensum)

ein stark schwankender Verdienst des Beschwerdeführers

ausgewiesen wurde (E. 3.2).

An dieser Ausgangslage ändern auch die nachträglich getätigten Abklärungen nichts. Die zusätzlich eingeholten Unterlagen und Aussagen der Arbeitgeberin vermögen die vorgenannten Widersprüche nicht aufzulösen. In den Steuerunterlagen der Y.____ der Jahre 2015 bis 2017 wird der Beschwerdeführer nicht namentlich aufgeführt (vgl. Urk. 8/201-276)

und aus den Aussagen von A.____ vom 29. September 2021 (E. 3.7) als ehemalige m Geschäftsführer und Inhaber der Y.____

ergeben sich bezüglich des Lohnes des Beschwerdeführers keine neuen Erkenntnisse , vielmehr wiederholt er darin im Wesentlichen, was er bereits am 29. Mai 2020 aussagte und was vom hiesigen Gericht nicht als beweiswertig erkannt wurde

(Urk. 8/ 380

und Urk. 8/277-292) .

Auch aus den bei den Konkursakten liegenden Unterlagen

der Y.____ sind keine weiteren Erkenntnisse respektive klärenden Angaben über das tatsächliche Einkommen des Beschwerdeführers zu erwarten. So lagen bereits

der Arbeitsvertrag, die Lohnabrechnungen von September 2015 bis November 2016, Arbeitgeberbescheinigungen, der IK-Auszug und das Buchungsjournal der Y.____ für die Jahre 2016

und 2017 vor (vgl. E. 3.1.1-3.1.7

Urteil des hiesigen Gerichts AL.2020.00201) und nun nach den ergänzenden Abklärungen auch die Steuerunterlagen der Y.____ der Jahre 2015 bis 2017

(Urk. 8/201-276; inklusive Revisionsberichte) . Insgesamt zeigen sich die Angaben in den Unterlagen weiter hin widersprüchlich und lassen keinen Schluss auf das vom Beschwerdeführer bei der Y.____ tatsächlich erzielte Einkommen zu. Nicht ersichtlich ist auch, welche weiteren Unterlagen der Y.____ diese bestehenden Widersprüche aufzulösen vermöchten, falls denn überhaupt solche Unterlagen vorhanden sein sollten .

Was die Lohnquittungen

angeht, konnten diese aufgrund des Aktenc haos bei der Y.____ nicht mehr aufgefunden werden, wie der Beschwerdeführer

am 2. November 2021 selbst angab (vgl. Urk. 8/103-105 S. 2 oben) , weshalb auch nicht zu erwarten ist, dass sich diese bei den Konkursakten befinden . Da aus den Konkursakten der Y.____

keine neuen wesentlichen Erkenntnisse zu erwarten sind, durfte die Beschwerdegegnerin - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (E. 2.2) - auf deren Beizug verzichten (antizipierte Beweiswürdigung, Urteil des Bundesgerichts 8C_237/2021 vom 6. September 2021 E. 4.2 mit Hinweis auf BGE 136 I 229 E. 5.3) . 4.2 4.2.1

Nachdem es sich bei den Unterlagen und Angaben der Y.____ nicht um verlässliche Grundlagen zur Beurteilung des Einkommens des Beschwerdeführers handelt, ist für die Feststellung des versicherten Verdienstes auf die tatsächlichen Lohnbezüge abzustellen . Dabei führt ein fehlender Nachweis des exakten Lohnes nicht zur Verneinung des Anspruches auf eine Arbeitslosenentschädigung, sondern ist bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen, wobei dessen Festlegung je nach Resultat der Abklärungen

– in Abweichung vom effektiv erzielten Lohn – bei Unklarheiten zu Ungunsten des Versicherten ausfällt (vgl. E. 3.3.1 Urteil des hiesigen Gerichts AL.2020.00201 vom 9. April 2021 ; Urk. 8/277-291) . 4.2.2

Vorliegend wird vom Beschwerdeführer geltend gemacht, er habe seinen Lohn jeweils in bar erhalten. Ein Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss in Form von Belegen über Zahlungen der Arbeitgeberin auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers lautendes Post- oder Bankkonto kommt daher nicht in Betracht.

Die für den Nachweis der behaupteten Barauszahlung in erster Linie

in Frage kommenden Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (E. 1.3.2) bilden vorliegend keine verlässliche Quelle für den tatsächlichen Zahlungsfluss .

Die Lohnquittungen sind - sofern sie jemals vorhanden waren und überhaupt glaubhaft wären, woran im Gesamtgefüge der Angaben der Y.____ doch erhebliche Zweifel bestehen - nicht (mehr) erhältlich zu machen (vgl.

E. 4.1 vorstehend). Die beim ehemaligen Mitarbeiter Herrn Z.____ eingeholte Stellungnahme

(E. 3.6) ist nicht glaubhaft . So stehen die Aussagen denjenigen des Geschäftsführers A.____, welcher angeblich die Barzahlungen vorgenommen haben will, entgegen . Herr Z.____

will bezeugen, dass dem Beschwerdeführer jeweils ungefähr Fr. 10'000.-- und mehr in bar pro Monat in Schweizer Banknoten in den Räumlichkeiten der Y.____ in C.____

ausbezahlt worden seien und die Zahlungen für die Miete und das Leasing des Autos jeweils erst Ende Jahr verrechnet worden seien. Dahingegen äusserte sich Herr A.____ so, dass bei den Barzahlungen die Miete und das Leasing von circa Fr. 3'300.-- jeweils direkt abgezogen worden seien (E. 3.7). Demnach hätte der Beschwerdeführer

bei einem Monatslohn von circa Fr. 10'000.-- (Fr. 9'816.50 monatlich bei einem Jahresverdienst im Jahr 2016 von Fr. 117'798.-- gemäss IK - A uszug beruhend auf den Angaben der Y.____ [Urk. 8/643 =

E. 3.1.6

Urteil des hiesigen Gerichts AL.2020.00201])

um die Fr. 6'000.--

bis Fr. 7'000.-- direkt in bar erhalten , niemals jedoch annähernd Fr. 10'000.-- oder mehr . Damit ist die Aussage von Herr Z.____ unglaubhaft und bildet keine verlässliche Grundlage für den faktischen Lohnfluss ; insbesondere auch über dessen Höhe . Nicht nachvollziehbar ist sodann, dass er bei jeder Geldübergabe anwesend gewesen sein will und sich nach Jahren an die genauen Beträge erinnern kann. Auch die genaue Kenntnis der Abrechnungsformalitäten rund um den Wagen seines Arbeitskollegen sind mehr als erstaunlich.

Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden

grundsätzlich Arbeitgeberbescheinigungen, Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (E. 1.3.2). Aufgrund der vorliegenden widersprüchlichen Angaben der Y.____ lassen sich die Lohnabrechnungen, Arbeitgeberbescheinigungen und die Eintragung im individuellen Konto (IK - Auszug) auch nicht als verlässliche Indizien für den tatsächlichen Lohnfluss beziehen (vgl. E. 4.1 vorstehend) .

Die Aussagen des Beschwerdeführers und sein Verhalten im Zusammenhang mit der Aufklärung des tatsächlichen Lohnflusses lassen seine Äusserungen insgesamt als äußerst zweifelhaft erscheinen und sind demnach als Grundlage zur Ermittlung des tatsächlichen Lohnflusses ungeeignet . So will der Beschwerdeführer gemäss eigener Aussage in den Jahren 2017 bis 2019 aufgrund vieler Probleme und wegen des Konsums illegaler Substanzen nicht in der Lage gewesen sein, eine Steuererklärung auszufüllen und einzureichen, es soll ihm aber trotz dieser Probleme und des Konsums in derselben Zeit möglich gewesen sein, ein Einkommen von Fr. 60'000.-- im Jahr 2017, Fr. 180'000.-- im Jahr 2018 und Fr. 120'000.-- im Jahr 2019 zu erwirtschaften (E. 3.5). Dies ist nicht glaubhaft . Daneben fällt auf, dass er unter dürftiger Begründung (E. 3.4)

und Verletzung seiner Mitwirkungspflicht (vgl. E. 1.4) nicht gewillt war, trotz ausdrücklicher Aufforderung der Beschwerdegegnerin ,

seine Bankkontoauszüge einzureichen.

Diese hätten anhand der Einzahlungen durch den Beschwerdeführer selbst allenfalls Anhaltspunkte über die Grössenordnung seines Einkommens liefern können. Die Behauptung , aufgrund seines Privatkonkurses vom Mai 2016 habe seine damalige Bank nicht mehr über die Unterlagen für die Zeit vor Mai 2016 verfügt und er habe diese deswegen nicht erhältlich machen können (E. 3.4), ist unzutreffend . Wie alle buchführungspflichtigen Unternehmen müssen auch Banken Geschäftsakten, mithin

Buchungsbelege und Geschäftskorrespondenz aufbewahren. Diese Aufbewahrungspflicht gilt für die Dauer von zehn Jahren (Art. 958f des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht ; OR).

Sodann wäre zu erwarten gewesen, dass er die Auszüge selber aufbewahrte. Ebenso wenig zu überzeugen vermag die Behauptung des Beschwerdeführers , er habe aufgrund seines Privatkonkurses erst wieder im Januar 2017 ein Bankkonto eröffnen können (E. 3.4), zumal er beim Stellen des Antrages auf Arbeitslosenentschädigung am 16. Dezember 2016 ein eigenes Konto angegeben hat (vgl. Urk. 8/775-778 S. 1).

Aus der Befragung der damaligen Freundin des Beschwerdeführers über allfällige von ihm an sie übergebene Barbeträge liess sich bezüglich des tatsächlichen Lohnflusses keine Erkenntnisse gewinnen , weshalb davon in antizipierter Beweis würdigung abzusehen ist (vgl. E. 4.1 vorstehend). So könnte die damalige Freundin - sofern sie sich nach Jahren daran überhaupt noch zu erinnern vermöchte - höchstens bezeugen, dass ihr vom Beschwerdeführer Bargeld übergeben worden ist . Dies ohne konkret zu wissen, woher dies es eigentlich stammt und ob es sich dabei tatsächlich um bei der Y.____ erwirtschaftetes Einkommen handelt . Gleiches gilt für die von ihm vorgenommenen Post einzahlungen in bar. Aus diesen ergibt sich keinerlei Hinweis darauf, woher das verwendete Geld stammt.

Insgesamt lässt sich ein Lohnfluss in Form von Bargeldzahlungen nicht mit dem Mass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit - zumindest in der effektiv erfolgten Höhe - festlegen, falls denn Lohn in bar auch tatsächlich ausgerichtet worden ist. In Abweichung von einem allenfalls effektiv erzielten Lohn fallen die diesbezüglichen Unklarheiten zu Ungunsten des Beschwerdeführers aus (E. 4.2.1 vorstehend). Ihm ist daher bei der Berechnung des versicherten Lohnes kein bar ausbezahlter Lohn anzurechnen. 4.2.3

Neben dem geltend gemachten Barlohn bestehen Hinweise auf einen allfälligen Naturallohn . So macht der Beschwerdeführer geltend, die Y.____ habe ihm die

Wohnungsmiete und Leasingraten eines BMWs bezahlt (E. 2.2) .

Was den BMW angeht, finden sich in den Unterlagen der Y.____ keinerlei Hinweise dafür, dass sie die Leasingraten für einen BMW übernommen hätte. Einzig in

der Steuererklärung der Y.____ für die Periode 1. Juli 2015 bis 30. Juni 2016 (Urk. 8/264-270) im Anhang unter Punkt 10 (Eventualverbindlichkeiten) sind Fahrzeuge aufgeführt , für welche die Y.____ die offenen Leasingraten übernehmen wollte . Aufgelistet sind ein Skoda Fabia (richtig: Fabia) Monte Carlo sowie ein VW Golf. Ein BMW wird nicht

erwähnt (S. 6) .

Anders verhält es sich mit der Mietwohnung an der D.____ Strasse 26

in B.____ mit einem Mietzins von monatlich Fr. 2'335.--, für welche die Y.____ Hauptmieter in

und der Beschwerdeführer Untermieter waren (vgl.

Mietvertrag vom 7. Juni 2014 [Urk. 8/473-476] und Untermietvertrag vom 4. Juni 2014 [Urk. 8/464]). Die Mietrechnung wurde an die Y.____ adressiert und mutmasslich von dieser übernommen (vgl. Urk. 8/403) , die Heiz- und Nebenkostenabrechnung wurde hingegen an den Beschwerdeführer adressiert und damit mutmasslich diesem in Rechnung

gestellt (vgl. Urk. 8/467).

Es kann somit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass dem Beschwerdeführer von der Y.____ zumindest in der für die Berechnung des versicherten Verdienstes massgeblichen Zeit sechs oder zwölf Monate vor dem 8. Dezember 2016 (vgl. E. 2.3 vorstehend) die Miete der Wohnung bezahlt worden ist und er damit einen Naturallohn in der Höhe der Mietkosten von Fr. 2'335.--

auch erhalten hat.

Dies stimmt von der Grössenordnung her (um die Fr. 20'000.--) auch in etwa mit der Steuereinschätzung des Beschwerdeführers überein. Zwar wurde der Beschwerdeführer, weil er selbst keine Steuererklärungen eingereicht hatte, für die Jahre 2015 bis 2019 jeweils durch das Steueramt veranlagt, für die Jahre 2017 bis 2019 reichte er aber eine Selbstanzeige unter Angabe eines bestimmten Einkommens ein, nicht jedoch für die Jahre 2015 und 2016 (E. 3.2-3, E. 3.5). Damit bestätigte er implizit die Richtigkeit der Einschätzungen. Hinweise, dass es sich bei der Leistung der Mietzahlungen der Y.____

um etwas anderes als die Arbeitsleistung des Beschwerdeführers handelt könnte, liegen keine vor. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin (E. 2.1) ist deshalb davon auszugehen, dass zumindest im Umfang der übernommenen Mietzahlungen ein Einkommen des Beschwerdeführers ausgewiesen ist. 4.3

Nach dem Gesagten erzielte der Beschwerdeführer in der für die Bestimmung des versicherten Verdienstes massgeblichen Zeit

sechs oder zwölf Monate vor dem

8. Dezember 2016 ein konstantes monatliches Einkommen von jeweils Fr. 2'335.-- in Form eines Naturallohnes (Mietübernahme durch die Y.____). Da dieses über die massgebliche Zeit unverändert blieb, entspricht dieses Einkommen auch dem massgeblichen versicherten Verdienst, welcher die Grundlage für die Berechnung des Taggeldes und somit der Arbeitslosenentschädigung bildet. 4.4

Bei korrekter Berechnung

resultiert damit für die massgebende Zeit ein Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung, soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Folglich war die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung nur im übersteigenden Betrag zweifellos unrichtig aufgrund der mangelhaften Feststellung des Sachverhaltes und damit in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (BGE

148 V 195 E. 5.3). Da zudem die Berichtigung angesichts der Höhe des zu erwartenden Rückforderungsbetrages von erheblicher Bedeutung ist, sind die Voraussetzungen für ein wiedererwägungswises Zurückkommen auf die ursprünglichen Taggeldabrechnungen gegeben. Die Fristen zur Geltendmachung der Rückforderung wurden mit Erlass der ursprünglichen

Verfügung vom 27. November 2019 (Urk. 8/516-520), nachdem die Beschwerdegegnerin im Juli 2019 Kenntnisse über die mögliche ungenügende Abklärung erhalten hat (vgl.

Schreiben der Ausgleichskasse vom 3. Juli 2019 unter Beilage der Buchungsjournale 2016/2017; Urk. 8/561),

eingehalten (Art. 25 Abs. 3 ATSG). 4.5

Die Beschwerde ist demnach in dem Sinne teilweise gutzuheissen, als festzustellen ist, dass der Beschwerdeführer in der massgebenden Zeit Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung basierend auf einem versicherten Verdienst von Fr. 2'335.-- hat - sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind - und für die für die Monate Dezember 2016 bis Februar 2018 entsprechend zu viel ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung rückerstattungspflichtig ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen .

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die von der Beschwerdegegnerin in ihrem Entscheid nicht untersuchten weiteren Voraussetzungen für eine Arbeitslosenentschädigung nicht Gegenstand der vorliegenden gerichtlichen Überprüfung bildeten (vgl. E. 2.3 vorstehend) . Der Beschwerdeführer machte in seiner Selbstanzeige vom 29. Juni 2020 (E. 3.5) gegenüber dem Kantonalen Steueramt des Kantons Zürich geltend, im Jahr 2017 Fr. 60'000.-- und im Jahr 2018 Fr. 160'000.-- an Einkommen erzielt zu haben. Sollte dies zutreffen und es sich dabei nicht um die erhaltene Arbeitslosenentschädigung handeln , könnte es fraglich sein , ob überhaupt ein Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung bestand. 5.

Dem

Beschwerdeführer ist keine Prozessentschädigung zuzusprechen, da sein Arbeitsaufwand und seine Umtriebe im vorliegenden Verfahren nicht den Rahmen dessen überschritten, was der Einzelne zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (BGE

129 V 113 E. 4 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 144 V 280 E. 8.2.2; Urteil des Bundesgerichts 9C_340/2012 vom 8. Juni 2012 E. 3.1). Das Gericht erkennt: 1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 25. April 2022

dahingehend abgeändert, als festgelegt wird , dass der Beschwerdeführer in der Zeit ab 8. Dezember 2016 Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung basierend auf einem versicherten Verdienst von Fr. 2'335.-- hat , sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, und für die für die Monate Dezember 2016 bis Februar 2018 zu viel ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung rückerstattungspflichtig ist . Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.____ - 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 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, 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 GräubMüller

E. 7

), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 29. Juni 2012 angezeigt wurde (Urk. 10). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 8

Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art.

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

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