

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00164 vom 7. März 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-03-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00164

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00164 du 7 mars 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00164 del 7 marzo 2023

Erwägungen

E. 1

(Urk. 9/269- 272). Mit V erfügung vom 18. November 2021 (Urk. 9/153-156) verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2021, da die Lohnhöhe nicht bestimmbar sei und sich deshalb der versicherte Verdienst nicht zuverlässig festsetzen lasse . Die vom Versicherten dagegen erhobene Einsprache vom 4. Januar 2022 (Urk. 9/140, Urk. 9/115-119) wies sie mit Entscheid vom 20. Mai 2022 (Urk. 2) ab.

E. 1.1

Nach Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosenver sicherung 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). 1.2

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenent schädigung besteht darin, dass die ver si cherte Person die Beitragszeit erfüllt hat (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der Rahmen frist nach Art. 9 Abs. 3 AVIG während mindestens zwölf Monaten eine beitrags pflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG).

Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG ist grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitrags pflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer von zwölf Beitrags monaten. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein.

Nach der Recht sprechung ist die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nur Beitragszeiten bildend, wenn und soweit hierfür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird. Mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung sollen und können Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und arbeitnehmenden Personen verhindert werden. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers lautendes Post- oder Bankkonto. Bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehe ma ligen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugen aussagen) in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeber bescheinigungen, von der Arbeitnehmerin oder vom

Arbeitnehmer unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (BGE 131 V 444 E. 1.2).

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 (Urteil des Bundesgerichts 8C_472/2019 vom 20. November 2019 E. 4.1) .

E. 2

Dagegen erhob der Versicherte am 16. Juni 2022 Beschwerde (Urk. 1) und beantragte, es sei der Einspracheentscheid vom 20. Mai 2022 aufzuheben und die Angelegenheit zur ergänzenden Abklärung des Sachverhalts an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese insbesondere das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Y.____ für die Zeit vom 1. Dezember 2019 bis 31. Januar 2021 umfassend abkläre. Eventuell sei ihm rückwirkend ab 1. Februar 2021 Arbeitslosenentschädigung zuzusprechen (S. 2).

Mit Beschwerdeantwort vom 11. Juli 2022 (Urk. 8) schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde. Am 5. Oktober 2022 erstattete der Beschwerdeführer Replik (Urk. 14), worauf die Beschwerdegegnerin am 26. Oktober 2022 auf das Einreichen der Duplik verzichtete (Urk. 16), was dem Beschwerdeführer am 1. November 2022 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 17). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) damit, dass

die eingereichten Unterlagen betreffend das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Y.____ widersprüchlich seien. Für die Monate Dezember 2019 und Januar 2020 seien keine Lohnabrechnungen eingereicht worden, weshalb nicht klar sei, ob der Beschwerdeführer die Tätigkeit bei der Y.____

bereits am 1. Dezember 2019 aufgenommen habe. Die im Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) vom 23. Februar 2021 und die seitens der Sozialversicherungsanstalt des Kantons E.____ (SVA) am 4. Mai 2021 für Dezember 2019 respektive für Januar bis April 2020 angegebenen Verdienste stimmten sodann nicht mit dem vertraglich vereinbarten Lohn und den Lohnabrechnungen der Y.____ überein. Ab Mai 2020 seien mit der SVA zudem keine Beiträge mehr abgerechnet worden . Vor diesem Hintergrund könne nicht ausgeschlossen werden, dass dem Beschwerdeführer ab diesem Zeitpunkt kein Lohn mehr ausbezahlt worden sei (S. 3 f.). Im Weiteren sei auch der effektive Lohnfluss nicht nachgewiesen. Die vom Beschwerdeführer diesbezüglich beigebrachten Bestätigungen seien zweifelhaft, zumal er angegeben habe, für den Monat Juni 2020 den Lohn sowohl in bar als auch per Überweisung und somit doppelt erhalten zu haben . Unglaublich sei es sodann seine Angaben, wonach er den Barlohn für die Monate September, November und Dezember 2020 jeweils an einem Sonntag entgegengenommen habe . Weitere Unterlagen, welche die effektive Bezahlung des Lohnes seitens der

Y.____ beweisen würden, lägen nicht vor, weshalb unklar sei, welchen Lohn der Beschwerdeführer tatsächlich erhalten habe. Der quellensteuerpflichtige Beschwerdeführer sei sodann in den Verfügungen des Steueramtes des Kantons E.____ (Steueramt

E.____) betreffend Quellensteuer nicht aufgeführt

worden und auch die provisorische Abrechnung der Y.____ über die Quellensteuer für Lohn- und Ersatzeinkünfte spreche nicht für einen tatsächlichen Lohnfluss, da es sich dabei um eine blosser Selbstdeklaration der Y.____

handle. Gemäss den Angaben des Geschäftsführers der Y.____ vom 24. August 2021 gegenüber dem zuständigen Betreibungsamt habe das Unternehmen sodann seit November 2020 keinen Umsatz mehr generiert. Entsprechend sei das monatliche Bruttoeinkommen des Beschwerdeführers nicht ausreichend dokumentiert und der versicherte Verdienst lasse sich damit nicht zuverlässig festsetzen (S. 4 f.). Schliesslich bestünden auch widersprüchliche Angaben betreffend die Baustellen, auf welchen der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum gearbeitet habe. Die von ihm eingereichten Baustellenfotos widersprüchen teilweise seinen schriftlichen Auskünften. Seitens der A.____ sei am 18. August 2021 sodann bestätigt worden, der Beschwerdeführer – und nicht die Y.____ – sei für sie als Subunternehmer tätig gewesen. Zudem habe auch kein Arbeitskollege bestätigt, dass der Beschwerdeführer von Dezember 2019 bis Januar 2021 für die Y.____ gearbeitet habe, wobei es sich bei den entsprechenden Bestätigungen der Mitarbeiter allenfalls um Gefälligkeitsschreiben

gehandelt haben könnte

(S. 5 f.). Vor diesem Hintergrund sei allgemein fraglich, wann der Beschwerdeführer tatsächlich für die Y.____ tätig gewesen sei. Ob er tatsächlich die Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten zu erfüllen vermöge, sei zu bezweifeln. Entsprechend

habe der Beschwerdeführer ab dem 1. Februar 2021 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (S. 6).

E. 2.2

Demgegenüber machte der Beschwerdeführer geltend (Urk. 1), die Y.____ habe der B.____ in den Jahren 2019 und 2020 auf verschiedenen Baustellen als Unterakkordantin ausgeholfen, wobei seitens der B.____ bestätigt worden sei, dass der Beschwerdeführer bei der Y.____ angestellt gewesen sei. Im Weiteren seien diverse Bar-/Bankbezüge für Zahlungen von Rechnungen der Y.____ durch die B.____ sowie Rechnungen der Y.____ an die B.____ vorgelegt worden (S. 7 f. Ziff. 11 f f.). Gemäss dem Werkvertrag betreffend die Baustelle C.____ sei klar dargelegt, dass die B.____ als Subunternehmerin – und nicht der Beschwerdeführer – beigezogen worden sei. Der Beschwerdeführer habe zudem auf der Bescheinigung der B.____ zuhanden der A.____ bestätigt, dass er die für seine Lohnklasse vorgeschriebene minimale Entlohnung erhalte (S.

8 Ziff. 14 f.).

Im Weiteren führte der Beschwerdeführer aus, dass ihm der Umstand, dass die Y.____ die Geschäftsbücher und Lohnabrechnungen nicht korrekt geführt habe und diese daher nicht lückenlos beigebracht werden könnten, nicht angelastet werden könne. Er arbeite als Eisenleger in einer Branche, wo auf der Baustelle auszuführende Aufträge oftmals durch neu gegründete GmbHs mit einer Lebensdauer von ein bis zwei Jahren abgewickelt würden, welche regelmässig mit den Sozialversicherungen in den «Clinch»

kämen, da bei effektiver Ablieferung sämtlicher notwendiger Sozialversicherungsbeiträge das wirtschaftliche Überleben solcher Gesellschaften nicht möglich sei (S. 9 f. Ziff. 16 f.).

E. 2.3

In ihrer Beschwerdeantwort vom 11. Juli 2022 (Urk. 8) beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde und

führte aus,

der Geschäftsführer der B.____

habe nicht näher angegeben, wann der Beschwerdeführer für die Y.____ auf der Baustelle C.____ gearbeitet habe, und auch ein Lohnfluss zwischen der Y.____ und dem Beschwerdeführer sei dadurch nicht belegt.

Des Weiteren sei auch aufgrund der Unterlagen über die bezogenen Dritteleistungen der B.____, der Rechnungen der Y.____ an die B.____ und der Lohnklassen-Bestätigung des Beschwerdeführers nicht erwiesen, dass letzterer tatsächlich für die Y.____ gearbeitet und dafür einen Lohn bezogen habe (S. 2 f.).

E. 2.4

Der Beschwerdeführer hielt in seiner Replik vom 5. Oktober 2022 (Urk. 14) an seinen ursprünglichen Anträgen fest und führte aus, diverse Personen hätten seine Tätigkeit als Eisenleger bei der Y.____ bestätigt. Der Beginn seiner Tätigkeit liege nun bereits bald drei Jahre zurück, weshalb ihm der Umstand, dass er den ersten Arbeitstag bei der Y.____ nicht genau benennen könne, nicht zum Vorwurf gemacht werden könne. Die Beschwerdegegnerin setze gesamthaft betrachtet derart hohe Massstäbe an den Nachweis der Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers an, dass dieser unmöglich zu erbringen sei (S. 3 Ziff. 5 ff.).

E. 3

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'900.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

E. 3.1

Zwischen den Parteien ist unbestritten und aufgrund der Akten ausgewiesen, dass angesichts der Anmeldung des Beschwerdeführers zum Leistungsbezug per 1. Februar 2021 (Urk. 9/269-272) die relevante Rahmenfrist für die Beitragszeit (vgl. E. 1. 1 f.) am 1. Februar 2019 begann und am 31. Januar 2021 endete. Für den fraglichen Zeitraum sind keine Gründe für eine Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit (Art. 14 AVIG) ersichtlich; solche werden vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. Strittig und zu prüfen ist, ob mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit mit Blick auf den Nachweis der tatsächlichen Lohnzahlungen erstellt ist, dass der Beschwerdeführer innerhalb der relevanten Rahmenfrist bei der Y.____ eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat und somit die erforderlichen zwölf Monate an beitragspflichtiger Beschäftigung nachweisen kann.

E. 3.2.1

Für Personen, die vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung keine arbeitgeberähnliche Stellung innehatten, gelingt der Nachweis des Lohnbezugs und damit der beitragspflichtigen Beschäftigung in der Regel mittels Arbeitgeberbescheinigungen und Lohnabrechnungen. Nicht entscheidend ist hin gegen, ob der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge tatsächlich an die Ausgleichskasse überwiesen hat. Bei begründeten Zweifeln, ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit der versicherten Person

korrekt bescheinigt oder ob ein solches überhaupt bestanden hat, muss die Arbeitslosenkasse weitergehende Abklärungen treffen (Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, AVIG-Praxis ALE B145).

Die Beschwerdegegnerin hat vorliegend am 29. April (Urk. 9/249) , 22. Juli (Urk. 9/210-212) , 6. September (Urk. 9/179 -181) und am 12. Oktober 2021 beim Beschwerdeführer (Urk. 9/167) , am 29. April 2021 bei der SVA und beim Steueramt Z.____ (Urk. 9/247-248), am 30. April 2021 beim Steueramt E.____ (Urk. 9/245) und am 17. Mai 2021 bei der Y.____ (Urk. 9/ 239) diverse Unterlagen eingefordert.

E. 3.2.2

Gemäss dem Arbeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Y.____ vom 15. November 2019 (Urk. 9/302-303), dem Kündigungsschreiben der Y.____ vom 27. November 2020 (Urk. 9/304), deren Arbeitszeugnis vom 5. Februar 2021 (Urk. 9/289), der Arbeitgeberbescheinigung vom 8. Februar 2021 (Urk. 9/305-306)

und dem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 25. Februar 2021 (Urk. 9/ 278-281) dauerte das entsprechende Arbeitsverhältnis vom 1. Dezember 2019 bis 31. Januar 2021. Der monatliche Bruttolohn betrug gemäss Arbeitsvertrag Fr. 7'041.45 (Grundlohn: Fr. 6'500.-- plus Anteil 13. Monatslohn: Fr. 541.45 , Urk. 9/303) , was mit dem auf der Arbeitgeberbescheinigung angegebenen Monatslohn (Urk. 9/306 Ziff. 17) sowie den in den Akten liegenden Lohnabrechnungen für die Monate Februar bis Dezember 2020 und Januar 2021 (Urk. 9/290-301) übereinstimmt. Die Lohnzahlungen an den Beschwerdeführer erfolgten mehrheitlich in bar (Urk. 9/242), wobei für die Zeit zwischen Januar 2020 und Januar 2021 folgende Zahlungen erfolgten :

Januar 2020 Fr. 5'728.70 (Barauszahlung; Urk. 9/231) Februar 2020 Fr. 5'728.70 (Überweisung von Fr. 7'310.25 einschliesslich Vorschuss März 2020 von Fr. 1'581.55 ; Urk. 9/185, vgl. auch Urk. 9/300 , Urk. 9/230 und Urk. 9/241) März 2020 Fr. 4'147.15 (Barauszahlung , Urk. 9/230)

plus Vorschuss von Fr. 1'581.55 (Überweisung, Urk. 9/185; vgl. auch Urk. 9/299) April 2020 Fr. 5'728.70 (Überweisung von Fr. 6'503.60

einschliesslich Vorschuss Mai 2020 von Fr. 774.90; Urk. 9/184 , vgl. auch Urk. 9/298 , Urk. 9/229 und Urk. 9/241) Mai 2020 Fr. 4'953.80 (Überweisung von Fr. 5'543.65 einschliesslich Vorschuss Juni 2020 von Fr. 589.85 ; Urk. 9/229 , Urk. 9/183) plus Vorschuss von

Fr.

774.90 (Überweisung, Urk. 9 /184 ; vgl. auch Urk. 9/297) Juni 2020 Fr. 5'138.85 (Barauszahlung , Urk. 9/228)

plus Vorschuss von Fr. 589.85 (Überweisung, Urk. 9/ 183) , Fr. 5'844.77 (Überweisung; Urk. 9/182; vgl. auch Urk. 9/296) Juli 2020 Fr. 5'728.70 (Barauszahlung; Urk. 9/227, vgl. auch Urk. 9/295) August 2020 Fr. 5'728.70 (Barauszahlung; Urk. 9/226, vgl. auch Urk. 9/294) September 2020 Fr. 5'728.70 (Barauszahlung; Urk. 9/225, vgl. auch Urk. 9/293) Oktober 2020 Fr. 5'728.70 (Barauszahlung; Urk. 9/224, vgl. auch Urk. 9/292) November 2020 Fr. 5'728.70 (Barauszahlung; Urk. 9/223, vgl. auch Urk. 9/291) Dezember 2020 Fr. 5'728.70 (Barauszahlung; Urk. 9/222, vgl. auch Urk. 9/290) Januar 2021

Fr. 5'728.70 (Barauszahlung; Urk. 9/232, vgl. auch Urk. 9/301)

Der Beschwerdeführer war gemäss der Bestätigung der A.____ vom 10. Mai 2022 (Urk. 9/78) als Vorarbeiter für das Subunternehmen Y.____ von Dezember 2019 bis März 2020 auf der Baustelle

D.____ und von April 2020 bis Januar 2021 auf der Baustelle C.____ tätig. Im Weiteren wurde seitens der B.____ – welche

im Zusammenhang mit der Baustelle C.____ als Subunternehmerin der A.____ fungierte (Urk. 9/55-61) und in den Jahren 2019 und 2020 die Y.____ auf diversen Baustellen als Unterakkordantin beizog – bestätigt, dass der Beschwerdeführer im Jahre 2020 als Vorarbeiter die Eisenlegerarbeiten auf der Baustelle C.____ geleitet hat (Urk. 9/36).

Sodann erklärten fünf ehemalige Arbeitskollegen des Beschwerdeführers am 10. und 11. Mai 2022, dass sie zusammen mit ihm auf den Baustellen D.____ und C.____ gearbeitet hatten (Urk. 9/79-83).

E. 3.2.3

Vor diesem Hintergrund ist mit dem im Sozialversicherungsrecht erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausgewiesen, dass der Beschwerdeführer für die Zeit von Dezember 2019 bis Januar 2021 als Mitarbeiter der Y.____ tätig war. Ein Lohnfluss ist ausgewiesen, nachdem der Beschwerdeführer zumindest in den Monaten Februar

bis Juni 2020 den Lohn via Banküberweisung

erhalten hat und im Übrigen nicht davon auszugehen ist, dass er von

Dezember 2019 bis Januar 2021 und somit während mehrerer Monate

unentgeltlich für die Y.____

arbeitete, zumal er angab, während seiner Anstellung bei der Y.____

unter finanzielle n Schwierigkeiten gelitten zu haben (Urk. 9/189).

Daran vermag der Einwand der Beschwerdegegnerin, es sei

aufgrund der Lohnabrechnungen nicht klar, ob der Beschwerdeführer die Tätigkeit bei der Y.____ bereits am 1. Dezember 2019 aufgenommen

habe (Urk. 2 S. 3), nichts zu ändern. Gestützt auf die Bestätigungen der A.____ vom 10. Mai 2022 (Urk. 9/78) sowie der B.____ vom 14. Juni 2022 (Urk. 9/36) ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bereits im Dezember 2019 als Mitarbeiter der als Unterakkordantin auf der Baustelle

D.____ eingesetzten Y.____ arbeitete. Gleiches gilt bezüglich des Hinweises der Beschwerdegegnerin, es seien ab dem 1. Mai 2020 keine Beiträge mehr mit der SVA abgerechnet worden, weshalb nicht ausgeschlossen werden könne, dem Beschwerdeführer sei ab diesem Zeitpunkt kein Lohn mehr ausbezahlt worden (Urk. 2 S. 4). Auch hier ist auf die Bestätigung der A.____ sowie der B.____ zu verweisen, wonach der Beschwerdeführer von April 2020 bis Januar 2021 respektive im Jahre 2020 auf den fraglichen Baustellen

gearbeitet habe (Urk. 9/78, Urk. 9/36). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im IK-Auszug vom 23. Februar 2021 (Urk. 9/274-275) für den Monat Dezember 2019 ein

Verdienst bei der Y.____ ausgewiesen wurde und gemäss Auskunft der SVA vom 4. Mai 2021 (Urk. 9/244)

für den Beschwerdeführer zudem auch für die Zeit von Januar bis April 2020 Lohnsummen über die Y.____ abgerechnet worden sind. Es liegt zudem ein vom Beschwerdeführer unterzeichnetes Arbeitszeiterfassungsformular für das Jahr 2020 vor (Urk. 9/217), in welchem ein Total von 1'979 Stunden respektive von 252 Tagen pro Jahr ausgewiesen wurde.

Was die Einwände der Beschwerdegegnerin betreffend den effektiven Lohnfluss angeht (Urk. 2 S. 4 f.), ist Folgendes festzuhalten: Bezüglich der Lohnzahlungen von monatlich Fr. 5'728.70 netto für die Monate Februar, März (in der Höhe von Fr. 1'581.55), April, Mai und Juni (in der Höhe von Fr. 589.85) 2020 liegen Bankbelege (Urk. 9/183-185) vor, welche mit den Angaben in den entsprechenden Barlohnquittungen übereinstimmen. Die Überweisung von Fr. 7'310.25 vom 21.

Februar 2020 (Urk. 9/185) umfasst den Lohn für Februar 2020 (Fr. 5'728.70) sowie den Vorschuss für den Lohn März 2020 (Fr.

1'581.55, vgl. Urk. 9/230). Die Banküberweisung von Fr. 6'503.60 vom 6. Mai 2020 (Urk. 9/184) betrifft den Lohn für April 2020 (Fr. 5'728.70) und den Vorschuss für den Lohn Mai 2020 (Fr. 774.90, vgl. Urk. 9/299).

Die Überweisung von Fr. 5'543.65 vom 2. Juni 2020 (Urk. 9/183) beinhaltet den Restlohn für den Monat Mai 2020 (Fr. 4'953.80, vgl. Urk. 9/229) sowie den Vorschuss für den Lohn für Juni 2020 (Fr. 589.85, vgl. Urk. 9/228). Zusätzlich erfolgte

am 3. Juli 2020 eine Zahlung von Fr. 5'844.77 (Urk. 9/182), welche trotz Angabe eines konkreten Monats in der Rubrik « Zahlungszweck »

(Lohn Juni 2020) und unter Berücksichtigung der vom Beschwerdeführer unterzeichneten Barlohnbestätigungen (Urk. 9/222-232, insbesondere Urk. 9/228) keinem bestimmten Monat zugeordnet werden

kann. Ungeachtet dieser Unklarheit ist durch die Bankbelege ausgewiesen, dass der Beschwerdeführer für die Monate Februar bis Juni 2020 einen Lohn bezogen hat, wobei aufgrund der Umstände nicht anzunehmen ist, dass er für die Zeit danach respektive von Juli 2020 bis Januar 2021 unentgeltlich für die Y.____ gearbeitet hat (vgl. E. 3.2. 2). Daran vermag auch der Hinweis der Beschwerdegegnerin

(Urk. 2 S. 4 unten) auf die Verfügungen des Steueramtes E.____ betreffend Quellensteuern (Urk. 9/194-208; bezüglich der Quellensteuerpflicht des Beschwerdeführers, vgl. Urk. 9/243) nichts zu ändern, wobei die Mehrheit der entsprechenden Verfügungen die Zeit vor Januar 2020 betrifft (vgl. Urk. 9/194-201).

Für das Jahr 2020 wurde die Y.____ mangels rechtzeitigen Einreichens der entsprechenden Abrechnungsformulare vom Steueramt

E.____ teilweise nach Ermessen veranlagt (Urk. 9/206-208) respektive reichte sie das Formular frühestens am 25. Juni 2021 ein (Urk. 9/187), wobei der Beschwerdeführer für das ganze Jahr 2020 als quellensteuerpflichtig aufgeführt wurde. In der Leere geht sodann der Hinweis der Beschwerdegegnerin, die Y.____ habe gemäss den Angaben ihres Geschäftsführers gegenüber dem Betreibungsamt vom 24. August 2021 seit November 2020 keinen Umsatz mehr generiert, weshalb die Angaben des Beschwerdeführers

betreffend Tätigkeit bei der Y.____ und entsprechende Lohnzahlungen für die Zeit vom 1. Dezember 2019 bis 31. Januar 2021 unglaubwürdig seien (Urk. 2 S. 5). Von einem fehlenden Umsatz der Y.____ ab November 2020 kann nicht automatisch darauf geschlossen werden, der Beschwerdeführer habe

zwischen Dezember 2019 und Januar 2021 –

und insbesondere vor November 2020

– nicht für die Y.____

gearbeitet und keine Lohnzahlungen erhalten. Im Übrigen gab der Geschäftsführer der Y.____ am 11. Februar 2022 gegenüber dem Konkursamt an, dass sämtliche Lohnforderungen beglichen worden seien (Urk. 7/3 S. 3), und es

wurden in der Aufstellung der B.____

betreffend Aufwand für bezogene Drittleistungen insbesondere im November 2020 Zahlungen an die Y.____ in der Höhe von Fr. 12'000.-- und Fr. 9'600.-- aufgeführt (Urk. 3/7 S. 6 f.). Schliesslich erscheinen in der Aufstellung der Y.____ betreffend Barbezüge vom Konto in die Kasse für das Jahr 2020 im Monat November 2020 Bezüge in der Höhe von insgesamt Fr. 13'960.--

(Urk. 3/7 S. 9).

Schliesslich zielt auch der Einwand der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführer habe widersprüchliche Angaben betreffend seine Einsätze auf den jeweiligen Baustellen gemacht (Urk. 2 S. 5 f.), ins Leere. Massgebend ist vorliegend die Bestätigung der A.____ vom 10. Mai 2022 (Urk. 9/78), in welcher die beiden Baustellen, auf welchen der Beschwerdeführer in der in Frage stehenden Zeit tätig war, sowie die entsprechenden Einsatzperioden vom zuständigen Bauführer der A.____ klar bezeichnet wurden. Der Hinweis der Beschwerdegegnerin (Urk. 2 S. 5) auf das Schreiben der A.____ vom 18. August 2021 (Urk. 9/120) ändert nichts daran, da darin ebenfalls bestätigt wurde, dass der Beschwerdeführer von Dezember 2019 bis Januar 2021 auf Baustellen der A.____ im Einsatz war, auch wenn dort in ungenauer Weise vom Beschwerdeführer als Subunternehmer die Rede war, was am 10. Mai 2022 (Urk. 9/78)

– im Einklang mit der Bestätigung der B.____ (Urk. 9/36) – entsprechend präzisiert wurde.

Was die Bestätigungen der ehemaligen Arbeitskollegen des Beschwerdeführers vom 10. respektive 11. Mai 2022 (Urk. 9/79-83) betrifft, ist zu berücksichtigen, dass

hier nicht die darin angegebenen Zeitspannen der entsprechenden Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer massgebend sind, sondern vielmehr der Umstand, dass die betreffenden Arbeitskollegen mit dem Beschwerdeführer auf den Baustellen D.____ und C.____ im Einsatz waren, im Vordergrund steht.

E. 3.3.1

Ist eine beitragspflichtige Beschäftigung nachgewiesen (vgl. E. 3.2.3), der exakt ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben, hat eine Korrektur rechtsprechungs gemäss über den versicherten Verdienst zu erfolgen. Nicht auszuräumende Unklarheiten hinsichtlich der exakten Lohnhöhe bei der Bestimmung des versicherten Verdiensts wirken sich dabei zum Nachteil des Versicherten aus. Dabei führt eine mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe dazu, dass sich ein versicherter Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit

Art. 40 der Verordnung über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) nicht zuverlässig festlegen lässt, was in letzter Konsequenz auch die Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung zur Folge haben kann. Bei der Ermittlung des versicherten Verdiensts ist grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen, rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann (Urteil des Bundesgerichts 8C_472/2019 vom 20. November 2019 E. 4.1 f. mit Hinweis auf BGE 131 V 444 E. 3.2.3).

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

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 Verdienstaustauschs. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen.

E. 3.3.2

Gestützt auf die Überweisungsbelege für die Lohnzahlungen betreffend die Monate Februar bis Juni 2020 ist ausgewiesen, dass der Beschwerdeführer in den genannten Monaten einen Nettolohn von jeweils Fr. 5'728.70 (inklusive Spesen von Fr. 400.--) bezog. Auch wenn hinsichtlich der Überweisung an den Beschwerdeführer vom 3. Juli 2020 Unklarheit besteht (vgl. E. 3.2.3), ist es überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer auch in den Monaten Juli 2020 bis Januar 2021 respektive in den letzten sechs Monaten vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (1. Februar 2021) einen Nettolohn von Fr. 5'728.70 erhielt, was im Wesentlichen dem in den Lohnabrechnungen aufgeführten Nettolohn entspricht (Urk. 9/290-301), welcher wiederum mit dem vertraglich vereinbarten Bruttolohn von Fr. 7'041.45 übereinstimmt (Urk. 9/302-303). Auf diese Höhe ist der versicherte Verdienst festzulegen.

E. 3.4

Zusammenfassend hat der Beschwerdeführer innerhalb der massgebenden Rahmenfrist (vgl. E. 3.1) bei der Y.____ eine beitragspflichtige Beschäftigung von wenigstens zwölf Monaten ausgeübt, wobei

der versicherte Verdienst auf Fr. 7'041.45

festzulegen ist. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigen sich Ausführungen sowohl

zu dem vom Beschwerdeführer vorgebrachten Einwand betreffend Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör respektive zum Antrag auf persönliche Befragung der Arbeitskollegen durch das hiesige Gericht als auch bezüglich der Abklärungspflicht der Beschwerdegegnerin (Urk. 1 S. 5 f f. Ziff. 7 f f., Urk. 14 S. 1 f. Ziff. 1 ff.; vgl. auch Urk. 8 S. 2).

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids. % 1. Ausgangsgemäss ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen, 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 Schwierigkeit des Prozesses auf Fr. 1'900.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen ist. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 20. Mai 2022 aufgehoben und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer bei einem versicherten Verdienst von Fr. 7'041.45 ab 1. Februar 2021 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. 2.

Das Verfahren ist kostenlos.

E. 4

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Andreas Fäh - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

E. 5

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, 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 Die Gerichtsschreiberin GräubSchleiffer Marais

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