

# **BGer 8C\_119/2018 vom 5. Dezember 2018**

Bundesgericht, 2018-12-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_119\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_119_2018)

FR: TF 8C\_119/2018 du 5 décembre 2018

IT: TF 8C\_119/2018 del 5 dicembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren beanstandeten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG; BGE 135 II 384 E. 2.2.1 S. 389). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2.1**

Streitgegenstand bildet die Frage, ob das kantonale Gericht zu Recht in Bestätigung des Einspracheentscheids der Arbeitslosenkasse vom 10. Februar 2017 den von der Beschwerdeführerin ab Anfang Mai 2016 geltend gemachten Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint und dementsprechend eine Rückerstattung bejaht hat. Unbestritten ist die vorinstanzliche Feststellung, dass sie von ihrem ehemaligen Lebenspartner einen Lohn erhalten und damit eine beitragspflichtige Beschäftigung nach den Erfordernissen der Rechtsprechung rechtsgenügend dargetan hatte, weshalb die Mindestbeitragszeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit a in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG insoweit erfüllt gewesen war. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin während der anzurechnenden Beitragszeit einen die Mindestgrenze von monatlich Fr. 500.- erreichenden Lohn erzielt hatte (vgl. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 AVIG in Verbindung mit Art. 40 AVIV ).

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz hat die zur Beurteilung des Streitgegenstands massgebliche Praxis zutreffend dargestellt. Darauf wird verwiesen. Zu wiederholen ist, dass gemäss BGE 128 V 189 E. 3a/aa S. 190 mit Hinweisen nach Gesetz und Rechtsprechung bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen ist. 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. Eine restriktive Haltung dergestalt, dass bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nur in begründeten Ausnahmefällen auf die Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen ist, erscheint auch aus gesetzessystematischen Gründen als geboten. Für die Erfüllung der (Mindest-) Beitragszeit von sechs oder zwölf Monaten innerhalb der Rahmenfrist als eine Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ( Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 13 Abs. 1 AVIG ) genügt nicht die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen

Beschäftigung. Vielmehr bildet eine solche Tätigkeit nur Beitragszeiten, wenn und soweit hierfür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird.

### **E. 3.1.1**

Die Vorinstanz hat erkannt, dass die Versicherte gemäss Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2013 einen monatlichen Lohn von Fr. 3'000.- zuzüglich eines anteilmässigen 13. Monatsgehalts von Fr. 250.- erhalten habe (Fr. 3'250.- brutto). Dieser Verdienst stimme überein mit der Arbeitgeberbescheinigung vom 26. April 2016, den Lohnabrechnungen, den Lohnausweisen sowie dem Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) und sei zudem entsprechend versteuert worden. Die Arbeitslosenkasse habe allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass keine Bank- oder Postkontoauszüge, auf welchen die Lohneingänge ersichtlich wären, aktenkundig seien. Zudem fehlten Buchhaltungsbelege in Bezug auf die vom ehemaligen Lebenspartner betriebenen Restaurants, mit welchen der Lohnfluss nachgewiesen werden könnte. In Anbetracht der engen Verbundenheit von Arbeits- und partnerschaftlichem Verhältnis sei zwar nachvollziehbar, dass die Konkubinatspartner eine Lohnauszahlung über ein Bankkonto als überflüssig erachtet hätten. Damit fehle jedoch ein zweifelsfreier Beweis für den Lohnfluss, weshalb anhand von anderen Beweismitteln zu prüfen sei, ob dieser tatsächlich erfolgt sei. Die genannten Indizien liessen zwar auf einen Bruttolohn von Fr. 3'250.- monatlich schliessen. Jedoch habe der ehemalige Lebenspartner anlässlich der Zeugenbefragung im kantonalen Gerichtsverfahren angegeben, ein Teil davon sei als Unterhalt für den gemeinsamen Sohn bestimmt gewesen. Unter diesen Umständen sei der versicherte Verdienst nicht schlüssig bestimmbar. Hinzu komme, dass sich anhand der Partei- und Zeugenaussagen für den Bemessungszeitraum die Anzahl der geleisteten Arbeitseinsätze und Arbeitsstunden im Restaurant B. \_\_\_\_\_ sowie im Kiosk des Schwimmbades nicht zuverlässig eruieren liessen, weshalb sich auch gestützt darauf kein plausibler Monatslohn ableiten lasse.

Die Vorinstanz ist zum Schluss gelangt, ein versicherter Verdienst könne nicht zuverlässig bestimmt werden. Da sich die Beweislosigkeit zu Ungunsten der Anspruchstellerin auswirke, sei davon auszugehen, dass ihr Einkommen während der massgeblichen Beitragszeit die Mindestgrenze von Fr. 500.- nicht erreicht habe und sie daher nicht versichert gewesen sei.

### **E. 3.1.2**

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, Unterhaltszahlungen für ein im gemeinsamen Haushalt der Eltern lebendes Kind entspreche nicht der Regel. Daher sei auch hier davon auszugehen, dass ihr Lebenspartner keine Unterhaltszahlungen entrichtet habe, zumal er solche steuerlich nie deklariert habe. Sie habe zudem zwei weitere Kinder aus einer früheren Beziehung, für deren Lebensbedarf sie mit ihrem Lohn gesorgt habe. Damit bestünden keine Widersprüche zwischen den schriftlichen Belegen (Arbeitsvertrag, Lohnblättern, Arbeitgeberbescheinigung, Steuererklärung, IK-Auszug) und den Aussagen des ehemaligen Konkubinatspartners.

### **E. 3.2**

Die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts ist nicht offensichtlich unrichtig oder unvollständig (vgl. E. 1 hievore). Das kantonale Gericht ist entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht davon ausgegangen, der vereinbarte Lohn von Fr. 3'250.- sei als Unterhalt für sie und das Kind anzusehen. Vielmehr hat es festgehalten, bei den bescheinigten Fr. 3'250.- handle es sich um Lohn und um Kindesunterhalt, wobei eine klare

Abgrenzung nicht möglich sei. Zur Begründung hat es sich wesentlich auf die anlässlich der mündlichen Parteiverhandlung vom 5. Dezember 2017 protokollierten Aussagen der Beschwerdeführerin und des als Zeugen einvernommenen ehemaligen Lebenspartners gestützt. Daraus ergibt sich ohne Weiteres und im Übrigen unbestritten, dass die Konkubinatspartner nicht zwischen Lohn- und Lebenshaltungskosten unterschieden. Insoweit ist dem Einwand der Arbeitslosenkasse in der Vernehmlassung zur bundesgerichtlichen Beschwerde, die Beschwerdeführerin begründe den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung aufgrund ihrer im Rahmen der eheähnlichen Gemeinschaft entstandenen Lebenshaltungskosten, beizupflichten. Jedenfalls ist mit der Schlussfolgerung der Vorinstanz festzuhalten, dass hier kein Ausnahmefall vorliegt, den versicherten Verdienst gestützt auf die Abrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin festzustellen. Der kantonale Entscheid ist daher in diesem Punkt zu bestätigen und die Beschwerde insoweit abzuweisen.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin bringt hinsichtlich des Begehrens, auf die Rückforderung der erbrachten Versicherungsleistungen sei zu verzichten, nichts vor, womit sich das Bundesgericht im vorliegenden Verfahren zu befassen hätte, weshalb auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht näher einzugehen ist.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ).

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