

# **BGer 8C\_749/2018 vom 28. Februar 2019**

Bundesgericht, 2019-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_749\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_749_2018)

FR: TF 8C\_749/2018 du 28 février 2019

IT: TF 8C\_749/2018 del 28 febbraio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist ein reformatorisches Rechtsmittel ( Art. 107 Abs. 2 BGG ), weswegen die beschwerdeführende Partei grundsätzlich einen Antrag in der Sache stellen und angeben muss, welche Abänderungen beantragt werden. Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung oder blosser Aufhebungsanträge genügen demgegenüber in der Regel nicht. Ausnahmsweise lässt es die Rechtsprechung genügen, dass ein kassatorisches Begehren gestellt wird, wenn sich aus der Begründung ergibt, was mit der Beschwerde angestrebt wird, oder wenn das Bundesgericht ohnehin nicht reformatorisch entscheiden könnte, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen, oder im Falle einer vor Bundesgericht nicht heilbaren Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. Urteil 9C\_304/2016 vom 23. Mai 2017 E. 1.1 mit zahlreichen Hinweisen, nicht publ. in: BGE 143 V 208 , aber in: SVR 2017 BVG Nr. 34 S. 155 f.).

### **E. 1.2**

Aus der Beschwerdebegründung geht hervor, dass sinngemäss um Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ersucht wird. Auf die Beschwerde kann eingetreten werden.

### **E. 2**

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. 3.1**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie in Bestätigung des Einspracheentscheids der Arbeitslosenkasse einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung verneint hat.

### **E. 3.2**

Die Rechtsgrundlagen für die Beurteilung der Streitsache sind im vorinstanzlichen Entscheid zutreffend dargelegt, worauf verwiesen wird. Mit Blick auf den infrage gestellten Lohnfluss ist nochmals festzuhalten, dass 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 grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer von mindestens zwölf Beitragsmonaten ist. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kommt dabei nicht der Sinn einer selbstständigen 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 ( BGE 131 V 444 E. 3.2.3 f. S. 451 ff.; ARV 2008 S. 314, C 92/06, 2007 S. 46 E. 2.1, C 284/05, S. 44 E. 2.2, C 83/06). Sodann ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes gemäss BGE 128 V 189 E. 3a/aa S. 190 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.

#### **E. 4.1**

In ihrem Einspracheentscheid führte die Arbeitslosenkasse aus, die Einsprecherin und ihr Ehemann würden als einzige Angestellte im Shop B. \_\_\_\_\_ arbeiten. Der Inhaber der Einzelfirma arbeite nicht dort und beziehe auch keinen Lohn. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fungiere er lediglich als Strohmann für die Einsprecherin und ihren Ehemann, welche seit dem Jahr 2001 diverse Einzelfirmen und GmbH im Handelsregister der Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt eingetragen hätten. Während dieser Zeit hätten die Einsprecherin und ihr Ehemann eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt. De facto sei es so, dass die beiden den Shop B. \_\_\_\_\_ in Fortführung ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit betreiben würden und alle Entscheidungen selber treffen könnten. Sie befänden sich nicht in einem Subordinationsverhältnis zu einem Arbeitgeber und könnten deshalb auch nicht als angestellte Arbeitnehmende qualifiziert werden. Vielmehr habe der Ehemann nach wie vor eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb und die Ehefrau eine solche gehabt. Bereits aus diesem Grund sei die Anspruchsberechtigung abzulehnen. Hinzu komme, dass die Einsprecherin einen tatsächlichen Lohnfluss nicht nachweisen könne, zumal die Quittungen über den jeweils in bar bezogenen Nettolohn nicht beweiskräftig seien. Gerade in kritischen Fällen wie dem vorliegenden sei der Nachweis der tatsächlichen Lohnzahlung aber ausschlaggebendes Indiz für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung. Überdies sei die Mindestgrenze des versicherten Verdienstes von monatlich Fr. 500.- ( Art. 23 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 40 AVIV ) aufgrund des fehlenden Lohnflusses nicht erreicht, weshalb auch aus diesem Grund kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe.

#### **E. 4.2**

Nach Ansicht der Vorinstanz bestehen mehrere Indizien dafür, dass die Beschwerdeführerin zusammen mit ihrem Ehemann seit Jahren ein Lebensmittelgeschäft betreibe, jeweils unter wechselnden Gesellschaftsformen resp. wechselnden im Handelsregister eingetragenen Inhabern. Insoweit sei die Vermutung der Arbeitslosenkasse, dass nicht C. \_\_\_\_\_, sondern die Beschwerdeführerin zusammen mit ihrem Ehemann den Shop B. \_\_\_\_\_ führe, nicht von der Hand zu weisen. Ob diese Indizien ausreichen würden, um eine arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin oder ihres Ehemannes rechtsgenügend nachzuweisen, liess das kantonale Gericht letztlich aber offen. Jedenfalls seien die Lohnquittungen der Beschwerdeführerin nicht mit überwiegender

Wahrscheinlichkeit echtzeitlich entstanden und deshalb nicht geeignet, einen entsprechenden Lohnfluss - zumindest nicht im behaupteten Umfang - zu belegen. Zudem lägen in Bezug auf die Lohnhöhe unterschiedliche Arbeitsverträge bei den Akten. Insgesamt sei aufgrund der unstimmigen Lohnquittungen ein Verdienst in der Mindesthöhe von Fr. 500.- pro Monat nicht nachgewiesen, weshalb die Verneinung der Anspruchsberechtigung im Ergebnis nicht zu beanstanden sei.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Beweise einseitig gewürdigt und damit Bundesrecht verletzt. Massgebend sei, dass ein Arbeitsvertrag vorliege, sie weisungsgebunden sei und in einem Subordinationsverhältnis stehe. Zudem habe sie lückenlos zwölf Monatsgehälter jeweils bar ausbezahlt erhalten. Darauf seien entsprechend Sozialversicherungsbeträge entrichtet worden. Damit seien vorliegend die Voraussetzungen gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt und es bestehe Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, zumal eine Überweisung des Lohnes auf ein Bankkonto nicht vorausgesetzt sei.

#### **E. 5.2**

Mit diesen Vorbringen vermag die Beschwerdeführerin keine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz hinsichtlich des nicht erbrachten Nachweises eines Lohnflusses darzutun. Die Vorinstanz war sich durchaus im Klaren darüber, dass ein Arbeitsvertrag bei den Akten lag. Sie wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass zwei Verträge mit unterschiedlicher Lohnhöhe aktenkundig seien. Ausserdem berücksichtigte sie den Umstand, dass der Ausgleichskasse die Löhne der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes gemeldet wurden. Indessen erachtete sie die von der Beschwerdeführerin unterzeichneten Lohnquittungen aufgrund verschiedener Ungereimtheiten als nicht beweiskräftig für einen effektiven Lohnfluss. So seien die eingereichten Quittungen insofern unstimmig, als damit jeweils schon Anfang Monat der Erhalt des Lohnes für den entsprechenden Arbeitsmonat bestätigt worden sei. Soweit die Beschwerdeführerin geltend mache, sie habe jeweils den Erhalt des Lohnes des Vormonats bestätigt, überzeuge dies nicht, zumal auch die Quittung für den Juni-Lohn 2016 unterschriftlich eine am 5. Juni 2016 erfolgte Barauszahlung ausweise, obwohl die Beschwerdeführerin ihre Tätigkeit gemäss Arbeitsvertrag erst per 1. Juni 2016 aufgenommen habe und eine Arbeitstätigkeit bereits im Mai auch nie behauptet worden sei. Insgesamt liege der Schluss nahe, dass die Lohnquittungen nicht echtzeitlich entstanden und deshalb nicht geeignet seien, einen entsprechenden Lohnfluss nachzuweisen. Mit diesen Ausführungen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht ansatzweise auseinander. Indem sie stattdessen lediglich behauptet, sie habe die Monatsgehälter jeweils bar ausbezahlt erhalten, übt sie rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid, was nicht genügt. Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin auch nicht geltend, die Arbeitslosenkasse und die Vorinstanz hätten den Sachverhalt ungenügend abgeklärt. Weiterungen hierzu erübrigen sich deshalb.

#### **E. 5.3**

Nach dem Gesagten ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass ein Lohnfluss nicht rechtsgenügend dargetan ist, zumal Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin erstellte Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden ( BGE 131 V 444 E. 1.2 mit Hinweisen; Urteil 8C\_913/2011 vom 10. April 2012 E. 3.3). Allein

deshalb kann der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung aber nicht verneint werden. Wie das kantonale Gericht mit Verweis auf BGE 131 V 444 und zwei Folgeurteile richtig erkannte, ist 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 grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer von mindestens zwölf Beitragsmonaten vorausgesetzt (vgl. E. 3.2 hiervor). Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kommt dabei nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung zu, wohl aber jener eines bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung. Falls eine solche Beschäftigung nachgewiesen, der exakte ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen. Soweit die Vorinstanz einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung verneinte, weil ein Lohnfluss im behaupteten Umfang nicht nachgewiesen sei und folglich die Beitragszeit gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG nicht erfüllt sei, hat sie den Nachweis der Lohnzahlung zur Anspruchsvoraussetzung erklärt, was der angeführten Rechtsprechung zuwider läuft. Dies ändert aber am Ergebnis nichts, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

#### **E. 5.4**

Die Vorinstanz verneinte eine Anspruchsberechtigung nämlich nicht allein wegen Nichterfüllens der Beitragszeit im Sinne von Art. 13 Abs. 1 AVIG. So hielt sie fest, in Bezug auf die Lohnhöhe lägen mehrere Arbeitsverträge bei den Akten, welche unterschiedliche Gehälter ausweisen würden (Fr. 2'000.-, Fr. 1'500.-). Insgesamt sei - so die Vorinstanz wörtlich - "aufgrund der unstimmigen Lohnquittungen im Mindestumfang von monatlich Fr. 500.- nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, so dass die Verneinung der Anspruchsberechtigung durch die Beschwerdegegnerin im Ergebnis nicht zu beanstanden [sei]". Dieser unvollständige Satz ist im Lichte der Erwägung 5.2.5 der Vorinstanz so zu verstehen, dass nach ihrer Auffassung die Erzielung eines versicherten Verdienstes im Mindestumfang von monatlich Fr. 500.- im Sinne von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 AVIG in Verbindung mit Art. 40 AVIV nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad nachgewiesen sei. Mit dieser Begründung setzt sich die Beschwerdeführerin überhaupt nicht auseinander. Dass die Vorinstanz dabei den Sachverhalt offensichtlich unrichtig oder unvollständig festgestellt, Beweise willkürlich gewürdigt oder sonstwie Bundesrecht verletzt haben soll, ist auch nicht ersichtlich. Rechtsprechungsgemäss führt die mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe dazu, dass sich ein versicherter Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht hinreichend zuverlässig festlegen lässt, was zur Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung führt (vgl. Urteile 8C\_119/2018 vom 5. Dezember 2018 E. 3; 8C\_75/2013 vom 25. Juni 2013 E. 3.5 in fine; ARV 2012 S. 288, 8C\_913/2011 E. 3.3). Ist nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz der Mindestbetrag für den versicherten Verdienst von monatlich Fr. 500.- nach Art. 40 AVIV über den Bemessungszeitraum gemittelt nicht nachgewiesen, besteht auch kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

#### **E. 5.5**

Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob der Ehemann der Beschwerdeführerin im Einzelunternehmen Shop B. \_\_\_\_\_ eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat resp. ob es sich bei diesem Betrieb faktisch um die Weiterführung der selbstständigen Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin (Einzelunternehmen D. \_\_\_\_\_ mit identischem Sitz wie der

Shop B. \_\_\_\_\_) handelt, wie die Arbeitslosenkasse in ihrem Einspracheentscheid annahm (vgl. E. 4.1 hiervor). Es braucht auch nicht weiter erörtert zu werden, wie der Umstand zu würdigen ist, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin nach wie vor einziger Gesellschafter und Geschäftsführer (mit Einzelunterschrift) der E. \_\_\_\_\_ GmbH ist, welche - ähnlich wie das Einzelunternehmen Shop B. \_\_\_\_\_ - unter anderem den Handel mit Lebensmitteln zum Zweck hat.

#### **E. 5.6**

Nach dem Gesagten hat es beim angefochtenen Entscheid sein Bewenden.

#### **E. 6**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Gerichtskosten grundsätzlich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ) kann jedoch entsprochen werden. Sie hat der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten, wenn sie später dazu in der Lage ist ( Art. 64 Abs. 4 BGG ).

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