

BL_GERICHTE 715 16 36 vom 30. Juni 2016

BL Gerichte, 2016-06-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_715_16_36

FR: BL_GERICHTE 715 16 36 du 30 juin 2016

IT: BL_GERICHTE 715 16 36 del 30 giugno 2016

Regeste

Arbeitslosenversicherung Wiedererwägungsweise Ablehnung der Anspruchsberechtigung und Rückforderung bereits ausgerichteter Arbeitslosenentschädigung wegen arbeitgeberähnlicher Stellung sowie mangels Nachweis eines Lohnflusses in der massgebenden Beitragsrahmenzeit. Geht die unrechtmässige Leistungsausrichtung auf einen Fehler des Versicherungsträgers zurück, beginnt die einjährige Verwirklichungsfrist nicht bereits mit der Leistungsausrichtung zu laufen.

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 i. V. m. Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 ist ein Gericht als letzte kantonale Instanz für die Beurteilung von Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherung sachlich zuständig. Örtlich zuständig ist nach Art. 100 Abs. 3 AVIG (Fassung gemäss Bundesgesetz über die Änderung des Anhangs zum ATSG [Revision 3 des Anhangs zum ATSG] vom 21. Juni 2002) i. V. m. Art. 128 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 und Art. 119 Abs. 1 AVIV die Rekursinstanz am Ort, wo die versicherte Person die Kontrollpflicht erfüllt. Nach § 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG. Damit ist es auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. 2.1 Steht die Zusprechung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen mit den massgebenden rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen nicht mehr in Übereinstimmung, stellt sich die Frage ihrer Korrektur. Eine Leistung ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung allerdings nur zurückzuerstatten, wenn in verfahrensrechtlicher Hinsicht entweder die für die (prozessuale) Revision oder die für die Wiedererwägung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 129 V 110 E. 1.1, 126 V 23 f. E. 4b). Diese sind in Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG umschrieben, wobei es sich im Wesentlichen um eine Kodifizierung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Anforderungen an ein Zurückkommen auf eine rechtsbeständig gewordene Verfügung handelt. Was insbesondere die Wiedererwägung betrifft, so kann der Versicherungsträger gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide dann zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Wird eine solche rückwirkende Korrektur vorgenommen, entfällt die rechtliche Grundlage für die

zugesprochenen Leistungen. Diese werden – im Nachhinein – zu unrechtmässigen Leistungen (BGE 122 V 138; Ueli Kieser, a.a.O., Art. 25 Rz 2 ff.). Die für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen gelten dabei unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (BGE 129 V 110 E. 1.1 mit Hinweisen). 2.2 An den Entscheid betreffend die zweifellose Unrichtigkeit der ursprünglichen Leistungsausrichtung schliesst sich der Entscheid über die Rückerstattung an, ob bei einer einmal festgestellten Unrechtmässigkeit des Leistungsbezugs eine rückwirkende Korrektur zu erfolgen hat. Grundlage dafür bildet Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG. Danach sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Der Rückforderungsanspruch erlischt allerdings mit Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 Satz 1 ATSG). Die Fristen von Art. 25 Abs. 2 ATSG sind gewahrt, wenn vor Ablauf der massgebenden Frist eine Rückerstattungsverfügung ergeht und der rückerstattungspflichtigen Person zugestellt wird (BGE 119 V 434). Durch den Begriff des "Erlöschens" bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass nicht eine unterbrechbare Verjährungsfrist, sondern eine Verwirkungsfrist besteht (BGE 133 V 582, 119 V 433).

E. 3

Strittig ist, ob die Kasse die Anspruchsberechtigung des Versicherten zu Recht ab 25. August 2010 abgelehnt und die seit 25. August 2010 ausgerichteten Taggelder in der Höhe von CHF 31'893.75 zu Recht zurückgefordert hat. Was zunächst die wiedererwägungsweise Absprache der Anspruchsberechtigung ab 25. August 2010 gemäss Verfügung der Kasse Nr. 270/2012 vom 2. Februar 2012 betrifft, gilt es in zeitlicher Hinsicht zwei Abschnitte zu unterscheiden: Zum einen gilt es zu prüfen, wie es sich mit der Anspruchsberechtigung ab 1. Dezember 2011 verhält, nachdem sich der Versicherte innerhalb der bereits laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug am 30. November 2011 erneut zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern ab 1. Dezember 2011 angemeldet hat. Zum anderen ist darüber zu befinden, wie es sich mit der Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers ab dem 25. August 2010 hinsichtlich seines vorangehenden Arbeitsverhältnisses bei der B.____ GmbH verhält. Während letztere Frage von der Kasse nachträglich mangels Nachweises eines nachvollziehbaren Lohnflusses verneint worden ist, hat sie die Anspruchsberechtigung des Versicherten für die Zeit ab 1. Dezember 2011 in Nachachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt.

E. 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, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass Arbeitgeber und arbeitgeberähnliche Personen über eine unternehmerische Dispositionsfreiheit verfügen, kraft derer sie die Möglichkeit haben, die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung selbst herbeizuführen. So können sie insbesondere auch die dafür nötigen Bescheinigungen selber ausstellen bzw. solche Bescheinigungen aus Gefälligkeit erlangen (vgl. Regina Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher

Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG in: SZS 48/2004, S. 4). Mit der Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG wollte der Gesetzgeber somit verhindern, dass arbeitgeberähnliche Personen missbräuchlich Kurzarbeitsentschädigung erhalten.

E. 3.2

Für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung gibt es keine dem Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG entsprechende, unmittelbar anwendbare Norm. Wie das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG, ab 1. Januar 2007: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen) im Grundsatzentscheid 123 V 234 ff. erwog, kann Kurzarbeit nicht nur in einer Reduktion der Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass der Betrieb für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird. Solange ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung mit der betreffenden Unternehmung deshalb noch in einem Arbeitsverhältnis steht, hat er aufgrund der Ausschlussbestimmung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Wird dieses Arbeitsverhältnis hingegen gekündigt, so gilt die arbeitgeberähnliche Person nach den Erwägungen im zitierten Entscheid nunmehr als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen der Art. 8 ff. AVIG Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Behält sie nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb jedoch bei und kann sie dadurch dessen Entscheidungen weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, so läuft die Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung gemäss der Auffassung des höchsten Gerichts auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, und es besteht auch bei grundsätzlich gegebenen Voraussetzungen nach Art. 8 ff. AVIG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Das EVG begründete den Umgehungstatbestand im erwähnten Entscheid damit, dass die arbeitgeberähnliche Person über die Dispositionsfreiheit verfüge, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen (Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Andererseits könne dann nicht mehr von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung definitiv sei, oder wenn das Unternehmen zwar weiter fortbestehe, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliere, weshalb sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (BGE 123 V 238 f. E. 7b/bb). In seiner nachfolgenden Judikatur strich das EVG wiederholt heraus, dass die Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnen wolle (Urteil des EVG vom 15. März 2006 C 278/05, E. 2.3 und die Urteile des Bundesgerichts vom 20. Februar 2007, C 151/06, E. 3 und vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Im Anwendungsbereich von Art. 31 Abs. 3 AVIG ist deshalb nicht individuell für den Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich eine rechtsmissbräuchliche Absicht besteht; vielmehr genügt bereits die Möglichkeit eines solchen Missbrauchs, um einen Leistungsausschluss zu rechtfertigen (Regina Jäggi , a.a.O., S. 6 ff.).

E. 3.3

Die arbeitgeberähnliche Stellung kann auf drei Gründen beruhen: Auf der Eigenschaft als Gesellschafter, auf einer finanziellen Beteiligung am Betrieb oder auf der Teilhabe an der Betriebsleitung (Nussbaumer , a.a.O., Rz. 463). Was insbesondere die Teilhabe an der Betriebsleitung betrifft, fallen nicht nur die formellen Organe eines Arbeitgebers unter den Begriff des Mitglieds eines betrieblichen Gremiums. Vielmehr ist von einem materiellen

Organbegriff auszugehen, wonach jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, welche Entscheidungsbefugnisse dem Betroffenen aufgrund der betrieblichen Struktur tatsächlich zukommen (BGE 122 III 227 E. 4b; 114 V 214). Massgebend ist damit stets die faktische Einflussmöglichkeit im konkreten Betrieb.

E. 3.4

Dabei ist zu beachten, dass bei kleineren Betrieben mit wenig ausgeprägten Organisationsstrukturen ein massgebender Einfluss auf die Entscheidungen eines Unternehmens auch ohne formelle Zeichnungsberechtigung und ohne Handelsregistereintrag möglich ist. Das EVG bejahte beispielsweise eine arbeitgeberähnliche Stellung des im väterlichen Baugeschäft mitarbeitenden Sohnes, der jeweils Offerten für Baumeisterarbeiten erstellt, Aufträge für Bankbürgschaften erteilt und auch eine Kündigung eines leitenden Mitarbeiters ausgesprochen hatte (Urteil des EVG vom 27. August 2003, C 273/01, E. 4). Was die faktische Einflussnahme einer versicherten Person betrifft, kann ein massgebender Einfluss allerdings nicht schon alleine aufgrund der verwandtschaftlichen Verhältnisse bejaht werden. So verneinte beispielsweise das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 13. August 2008 (AL 2008.00169) das Vorliegen einer massgebenden Einflussnahme der Mutter, die ihre Stammeinlagen auf ihre beiden Söhne übertragen hatte, mit der Argumentation, dass aufgrund der konkreten Verhältnisse keine Mitbeteiligung dargetan sei. Auch im Fall einer versicherten Person, deren Sohn Präsident des Verwaltungsrats und Geschäftsführer war, sah das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich keinen Grund, aufgrund verwandtschaftlicher Verflechtungen eine arbeitgeberähnliche Stellung der Mutter anzunehmen, obschon der ihr entrichtete Monatslohn für Sekretariatsarbeiten mit Fr. 6'950.-- relativ hoch bemessen und die Anspruchstellerin phasenweise gar die einzige Lohnbezügerin gewesen war (Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 22. März 2010, AL 2008.00295).

E. 4

Das Kantonsgericht besitzt in Sozialversicherungssachen die vollständige Überprüfungsbefugnis und ist in der Beweiswürdigung frei (vgl. § 57 VPO in Verbindung mit Art. 61 Satz 1 ATSG; Art. 61 lit. c ATSG). Die Abklärung des Sachverhalts hat das Gericht gemäss dem im Sozialversicherungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz von Amtes wegen vorzunehmen. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgericht von sich aus und ohne Bindung an die Parteibehagen für die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhaltes zu sorgen (Thomas Locher , Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 443 f.). Eine Einschränkung erfährt der Untersuchungsgrundsatz durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 121 V 210 E. 6c). Für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gilt ferner der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgericht die Beweise frei und somit ohne Bindung an förmliche Beweisregeln sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss , Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, S. 176 N 914 und S. 220 N 1138). Für das Beschwerdeverfahren hat dies zur Folge, dass das Sozialversicherungsgericht alle Beweismittel - unabhängig davon, von wem sie stammen - objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs gestatten. Weiter dürfen die

Verwaltung als verfügende Instanz beziehungsweise im Beschwerdefall das Gericht eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht ist der Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Vielmehr ist jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste zu würdigen ist (BGE 115 V 142 E. 8b).

E. 5

Vorab ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer nach seinem erneuten Stellenverlust bei der D.____ GmbH per 30. November 2011 weiterhin massgebend an deren Dispositionen beteiligt gewesen war und damit eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte, was unbeschadet des Nachweises einer beitragspflichtigen Beschäftigung bei der D.____ GmbH zur Ablehnung seiner Anspruchsberechtigung ab 1. Dezember 2011 führen würde.

E. 5.1

Den Akten ist in diesem Zusammenhang zu entnehmen, dass dem Versicherten infolge Umstrukturierung der D.____ GmbH per Ende November 2011 gekündigt worden ist. Seit 1. April 2011 habe er ein AHV-pflichtiges Einkommen von CHF 56'000.— bezogen (Arbeitgeberbescheinigung D.____ GmbH vom 30. November 2011). Den dieser Bescheinigung beigelegten Lohnabrechnungen zufolge belief sich das monatliche Salär des Versicherten auf CHF 7'000.—, wobei im November 2011 zusätzlich ein 13. Monatslohn in der Höhe von ebenfalls CHF 7'000.— abgerechnet worden sei. Als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der D.____ GmbH fungierte seit Februar 2011 E.____, der auch den Arbeitsvertrag des Versicherten vom 31. März 2011 sowie dessen Kündigung vom 27. Oktober 2011 unterzeichnet hat (vgl. Kassen Akt N° 344). Die Lohndeklaration der D.____ GmbH für 2011 wurde den identischen Unterschriften zufolge am 15. Dezember 2011 indessen vom Beschwerdeführer unterzeichnet (vgl. Kassen Akt N° 350 und 299). Sodann befindet sich ein von E.____ unterzeichnetes Antwortschreiben der D.____ GmbH vom 19. Januar 2012 in den Akten (vgl. Kassen Akt N° 397). Daraus ergibt sich, dass die D.____ GmbH seit 1. April 2011 "gegen aussen" durch den Beschwerdeführer vertreten werde, da der Geschäftsführer über nur ungenügende Deutschkenntnisse verfüge. Im Weiteren geht daraus hervor, dass der Versicherte für die D.____ GmbH Verträge abschliessen dürfe. Dem Schreiben ist eine Vollmacht vom 1. April 2011 beigelegt (vgl. Kassen Akt N° 395), der zufolge die D.____ GmbH dem Beschwerdeführer die Erlaubnis erteilt hat, diese "in Sachen bürokratische Abwicklungen wie Vertragsabschlüsse, Personalwesen, Versicherungen, Steuern, Betreibungen und bei anderen Ämtern" zu vertreten. Aus den in der Aktennotiz der Kasse vom 18. Januar 2012 erhobenen Aussagen des seit 15. Dezember 2011 für die D.____ GmbH neu tätigen Buchhalters geht schliesslich hervor, dass der Versicherte Vorarbeiter der D.____ GmbH gewesen sei. Die Lohndeklaration der D.____ GmbH für das Jahr 2011 sei deshalb dem Versicherten und nicht dem Geschäftsführer E.____ ausgehändigt worden (vgl. Kassen Akt N° 359).

E. 5.2

Es ist unbestritten, dass der Versicherte keinerlei formelle Organeigenschaft bei der D.____ GmbH inne gehabt hat. Während die Kasse die Auffassung vertritt, dass an einer arbeitgeberähnlichen Stellung des Versicherten trotzdem nicht zu zweifeln sei, vertritt der Beschwerdeführer den Standpunkt, dass er mit den von der Kasse erwähnten Firmen nicht

mehr zu tun gehabt habe, als sich aus dem Handelsregister entnehmen lasse. Mit Blick auf die Betriebsverhältnisse der hier interessierenden D.____ GmbH ist davon auszugehen, dass es sich um einen Kleinbetrieb gehandelt hat, der nebst dem Beschwerdeführer nur wenig sonstiges Personal eingestellt hatte (vgl. Lohndeklaration per 2011, Kassen Akt N° 350). Es ist deshalb von einer Gesellschaft mit wenig ausgeprägten Organisationsstrukturen und einer wohl eher flachen Hierarchie auszugehen. Auch wenn dies mit Blick auf die aktenkundige Stellung des Versicherten als Vorarbeiter (vgl. Kassen Akt N° 359) alleine noch nicht genügt, um daraus eine arbeitgeberähnliche Stellung des Versicherten abzuleiten, ist gestützt auf die Bestätigung der D.____ GmbH vom 19. Januar 2012 (vgl. Kassen Akt N° 395 ff.) eine faktische Geschäftsführung des Versicherten jedoch klar erstellt. Die dort umschriebenen, dem Beschwerdeführer zwecks Vertretung der D.____ GmbH übertragenen Befugnisse umfassten nämlich just jene Bereiche, wie sie für eine Teilhabe an der Betriebsleitung notorisch notwendig und üblich sind. So oblag es offenbar dem Versicherten alleine, seine Arbeitgeberin ab 1. April 2011 – notabene seit Beginn seiner Anstellung bei der D.____ GmbH – nicht nur gegen aussen, sondern insbesondere auch im Bereich des Personalwesens und mithin intern zu vertreten (vgl. Vollmacht vom 1. April 2011, Kassen Akt N° 395). Die faktische Einflussmöglichkeit des Beschwerdeführers auf den konkreten Geschäftsgang der D.____ GmbH während der Dauer seiner Anstellung ist demnach geradezu offensichtlich. Es tritt hinzu, dass der Beschwerdeführer auch nach seinem Ausscheiden als Arbeitnehmer Ende November 2011 für die D.____ GmbH tätig gewesen ist und damit die Geschicke seiner ehemaligen Arbeitgeberin weiterhin mindestens mitbeeinflussen konnte. Anders als mit einer über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus andauernden faktischen Geschäftsführung lässt sich nämlich nicht erklären, weshalb der erst seit Mitte Dezember 2015 für die D.____ GmbH tätige Buchhalter dem Beschwerdeführer das Lohndeklarationsformular per 2011 überreicht hat (vgl. Kassen Akt N° 359), und der Beschwerdeführer den identischen Unterschriften zufolge (vgl. Kassen Akt N° 350 sowie 297) die von der D.____ GmbH per 2011 ausgerichteten Löhne am 15. Dezember 2011 gegenüber der Ausgleichskasse anschliessend offenbar selbst deklariert hat. Insgesamt ist unter diesen Umständen seit dem Beginn seiner Anstellung am 1. April 2011 von einem massgebenden Einfluss des Versicherten auf die D.____ GmbH und damit zweifelsohne von einer arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers in deren Betrieb auszugehen. Die Aberkennung seiner Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung unter diesem Titel ab 1. Dezember 2011 ist daher zu Recht erfolgt.

E. 6

Steht die mit Antrag vom 30. November 2011 erneut geltend gemachte Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit seiner arbeitgeberähnlichen Stellung im Betrieb der D.____ GmbH, liegen die Voraussetzungen zur Eröffnung einer neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug ab 1. Dezember 2011 nicht vor (Urteil des Bundesgerichts 8C_957/2011 vom 4. Juli 2012, E. 4.2). Bei diesem Zwischenergebnis bleibt demnach zu prüfen, wie es sich mit der Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers ab 25. August 2010 hinsichtlich seines vorangehenden Arbeitsverhältnisses bei der B.____ GmbH und in diesem Zusammenhang mit der Erfüllung der hierfür erforderlichen Erfüllung der Beitragszeit verhält (vgl. oben, Erwägung 3).

E. 6.1

Art. 8 Abs. 1 AVIG zählt die für die Arbeitslosenentschädigung massgeblichen Anspruchsvoraussetzungen auf. Danach ist unter anderem erforderlich, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG). Gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt die Beitragszeit, wer innerhalb der dafür vorgesehen Rahmenfrist während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt gemäss Art. 9 Abs. 3 AVIG zwei Jahre vor der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Letztere wiederum beginnt gemäss Art. 9 Abs. 2 AVIG an jenem Tag, an dem sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt, in welchem sich die versicherte Person erstmals zur Erfüllung der Kontrollpflicht auf der Wohnsitzgemeinde meldet (vgl. Art. 17 Abs. 2 AVIG).

E. 6.2

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 AVIG vorausgesetzt, dass die versicherte Person effektiv eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt und der Arbeitgeber für diese Beschäftigung tatsächlich auch einen Lohn entrichtet hat (BGE 128 V 190 E. 3a/aa; Urteil des EVG vom 28. Februar 2003, C 127/02, E. 1). Mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung sollen Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindert werden (ARV 2001 Nr. 27 S. 228 E. 4c). Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein Post- oder Bankkonto, welches auf den Namen des Arbeitnehmers lautet. Bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen sowie Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern – allenfalls in Form von Zeugenaussagen – in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen bilden Arbeitgeberbescheinigungen und vom Arbeitnehmer unterzeichnete Lohnabrechnungen oder AHV-Lohnblätter sowie Steuererklärungen (BGE 133 V 447 E. 1.2 mit Hinweisen; Urteil des EVG vom 28. Juli 2004, C 250/03, E. 2.1; ARV 2004 Nr. 10 S. 115 ff.; vgl. auch: Barbara Kupfer Bucher, Der Nachweis des Lohnflusses als Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, in: SZS 2005, S. 138 f.). In BGE 131 V 444 ff. E. 3.3 hat das Bundesgericht festgehalten, die bisherige Rechtsprechung sei nicht in dem Sinne zu verstehen, dass eine beitragspflichtige Beschäftigung überhaupt nur dann zur Bildung von Beitragszeiten führe, wenn und soweit der Nachweis tatsächlicher Lohnzahlungen erbracht ist. Unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 13 Abs. 1 AVIG sei die faktische Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer die einzige Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 113 V 352 f.). Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung komme deshalb nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung zu, wohl aber jenes eines bedeutsamen und in kritischen Fällen ausschlaggebenden Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung. Fehle es am Nachweis einer tatsächlich ausgeübten unselbstständigen Tätigkeit, sei das Anspruchserfordernis nach Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 13 AVIG nicht gegeben. Dies gelte auch dann, wenn als Lohn bezeichnete oder auf ein als solches bezeichnetes Lohnkonto erfolgte Zahlungen des Arbeitgebers bestehen würden. Dieser Umstand bilde eben nur, aber immerhin, ein bedeutsames Indiz für eine beitragspflichtige Beschäftigung (BGE 131 V 451 E. 3.2.2).

E. 6.3

Nachdem sich der Beschwerdeführer am 25. August 2010 beim zuständigen Arbeitsvermittlungszentrum seiner Wohnsitzgemeinde zur Arbeitsvermittlung angemeldet

hatte (vgl. Kassen Akt N° 148 bis 152), dauert die massgebende Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 25. August 2008 bis 24. August 2010 (vgl. oben, Erwägung 6.1). Den Akten ist in diesem Zusammenhang zu entnehmen, dass der Versicherte in dieser Periode seit August 2008 bis August 2009 zunächst als Geschäftsführer der F.____ GmbH angestellt gewesen war (vgl. Kassen Akt N° 48 bis 76). Trotz wiederholter Mahnungen wurde ihm die Anspruchsberechtigung jedoch bereits mit Verfügung der Kasse vom 19. April 2010 mangels Nachweises eines Lohnflusses für diese Tätigkeit (vgl. Kassen Akt N° 100 f. sowie 108 f.) abgesprochen. Diese Verfügung erwuchs in der Folge in Rechtskraft (vgl. Kassen Akt N° 121). Nachdem er sich nach seinem Stellenverlust nunmehr bei der B.____ GmbH mit Wirkung per 25. August 2010 erneut zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet hatte (vgl. Kassen Akt N° 154), gingen bei der Verwaltung am 14. September 2010 zusammen mit der Arbeitgeberbescheinigung der B.____ GmbH vom 26. August 2010 die Lohnabrechnungen des Versicherten für die Zeit von Januar bis August 2010 ein. Daraus geht hervor, dass der Beschwerdeführer während seiner Anstellung bei der B.____ GmbH ein Brutto-Salär von insgesamt CHF 54'171.— erzielt habe (vgl. Kassen Akt N° 173 bis 182). In der Folge ersuchte die Kasse den Versicherten mit Schreiben vom 19. November 2010, den Lohnfluss bei der B.____ GmbH mittels privaten Bank- oder Postkontoauszügen zu belegen (vgl. Kassen Akt N° 215 f.). Mit Eingang vom 23. November 2010 verzeichnete die Kasse eine nicht unterschriebene Antwort, wonach der Lohn bar ausbezahlt worden sei (vgl. Kassen Akt N° 220). Im Rahmen der erneuten Überprüfung der Anspruchsberechtigung des Versicherten nach dessen Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung vom 1. Dezember 2011 forderte die Kasse den Versicherten am 24. Dezember 2011 erneut auf, den Lohnfluss von 2008 bis und mit zum 30. November 2011 mittels Bank- oder Postkontoauszügen zu belegen (vgl. Kassen Akt N° 316 f.). Nachdem diese Aufforderung unbeantwortet geblieben war, ersuchte die Kasse den Beschwerdeführer mit einer als letzten Mahnung betitelten und per Einschreiben versandten Aufforderung vom 12. Januar 2012, das Versäumte nachzuholen sowie alle Arbeitszeitrapporte, Stundenerfassungsblätter und Stempelkarten für seine Tätigkeiten bei der F.____ GmbH, der B.____ GmbH sowie der D.____ GmbH ab Januar 2009 einzureichen (vgl. Kassen Akt N° 354a und b).

E. 6.4

Mit Ausnahme der anschliessend offenbar durch den Buchhalter der D.____ GmbH im Verwaltungsverfahren am 20. Januar 2012 betreffend die D.____ GmbH eingereichten Stundenkontrolle für April 2011 bis November 2011 (vgl. Kassen Akt N° 366 bis 373) sind nebst den im vorstehenden Beschwerdeverfahren am 19. Februar 2016 eingereichten und ebenfalls die D.____ GmbH betreffenden Kontoauszügen keine Unterlagen vorhanden, welche einen effektiven Lohnfluss für die Tätigkeiten des Beschwerdeführers belegen würden. Es ist daran zu erinnern, dass die Unterlagen betreffend die Tätigkeit bei der D.____ GmbH, bei welcher der Versicherte erst seit 1. April 2011 tätig gewesen war, für die in Frage stehende Beitragszeit vom 25. August 2008 bis 24. August 2010 vorliegend nicht von Belang sind. Massgebend ist einzig, ob der Beschwerdeführer für seine Tätigkeit zuvor bei der F.____ GmbH und der B.____ GmbH mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine beitragspflichtige Beschäftigung im Sinne des Dargelegten zu belegen in der Lage ist (vgl. oben, Erwägung 6.2). Dies ist nicht der Fall. Es liegen zweifelsohne keinerlei Belege in den Akten, welche diesbezüglich einen Lohnfluss zu Gunsten des Beschwerdeführers belegen würden. Es ist im Gegenteil festzustellen, dass dessen Anspruchsberechtigung mangels Nachweises konkreter Lohnflüsse im Zusammenhang mit der Anstellung bei der

F.____ GmbH von August 2008 bis August 2009 in der Vergangenheit bereits rechtskräftig abgelehnt worden ist (vgl. Kassen Akt N° 121). Daran ist festzuhalten. Mit Blick auf die massgebende Rahmenfrist für die Beitragszeit resultiert demnach bereits an dieser Stelle, dass die Dauer der Beschäftigung des Beschwerdeführers für die B.____ GmbH ab Januar 2010 offensichtlich so oder anders nicht ausreicht, um die für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vorausgesetzte Beitragszeit von mindestens zwölf Monaten zu erreichen. Unabhängig davon sind aber hinsichtlich dieser Beschäftigung ebenfalls schlicht keine Unterlagen vorhanden, welche den rechtsgenügenden Nachweis eines tatsächlichen Lohnflusses erbringen können. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Versicherte seinen Lohn in bar erhalten haben soll (vgl. Kassen Akt N° 220). Der Beschwerdeführer vermag keine Quittungen oder sonstige Dokumente beizubringen, welche einen solchen Lohnbezug belegen würden. Ebenfalls liegen keine sonstigen Indizien – beispielsweise in Form von Auskünften ehemaliger Mitarbeiter oder in Form von Zeugenaussagen – vor, welche einen effektiven Lohnbezug überwiegend wahrscheinlich erscheinen liessen. Auch der Lohnausweis der B.____ GmbH vom 22. November 2010 kann den Nachweis eines Lohnbezugs zwischen Januar und November 2010 nicht erbringen (vgl. Kassen Akt N° 221). Nicht anders verhält es sich mit der Arbeitgeberbescheinigung der B.____ GmbH vom 26. August 2010 (vgl. Kassen Akt N° 173 f.). Diese Unterlagen stellen offensichtlich einzig Parteibehauptungen dar, die sich weder überprüfen lassen noch die Lohnzahlung an sich oder deren Höhe an den Beschwerdeführer bestätigen. Schliesslich ist es zweifelsohne auch als wenig stichhaltig zu bezeichnen, dass der Versicherte seinen Lohn in nicht unbedeutender Höhe auf Franken und Rappen während rund acht Monaten stets bar ausbezahlt erhalten haben soll.

E. 6.5

Zusammenfassend kann deshalb nicht festgestellt werden, wie hoch der effektive Lohnbezug des Beschwerdeführers in der hier relevanten Beitragsrahmenfrist vom 25. August 2008 bis 24. August 2010 ausgefallen ist. Unabhängig davon, dass seine Anspruchsberechtigung mangels entsprechender Nachweise für die Zeit bis August 2009 bereits rechtskräftig abgelehnt worden ist, bleibt es mangels Bestimmbarkeit der Lohnhöhe letztlich völlig unbewiesen, ob er in der für eine Leistungsausrichtung ab 25. August 2010 relevanten Beitragsrahmenfrist überhaupt einen im Sinne der AHV-Gesetzgebung und für die Bestimmung der Höhe der Arbeitslosenentschädigung massgebenden versicherten Verdienst von mindestens CHF 500.— pro Monat erhalten hat (Art. 40 AVIV). Da sich diese Beweislosigkeit grundsätzlich zu Ungunsten der versicherten Person auswirkt, hat die Kasse dem Beschwerdeführer mangels anrechenbarer Beitragszeit offensichtlich aber zu Unrecht eine Leistungsrahmenfrist per 25. August 2010 eröffnet. Die anschliessende Ausrichtung von Taggeldern erweist sich unter diesen Umständen als zweifellos unrichtig. Damit entfällt nachträglich auch die rechtliche Grundlage für deren Zusprache (BGE 122 V 138; Ueli Kieser, a.a.O., Art. 25 Rz 2 ff.), und die damalige Zusprache der Arbeitslosentaggelder erweist sich als gesetzeswidrig (vgl. oben, Erwägung 2.1). Daran ändert nichts, dass die Kasse – wie der Beschwerdeführer vorbringen lässt – die Taggelder zunächst trotz bereits erfolgter Abklärungen des Sachverhalts im Wissen um seine Position in der B.____ GmbH und der nur bar erhaltenen Lohnflüsse ausbezahlt hat. Es ist in diesem Zusammenhang vielmehr daran zu erinnern, dass eine zweifellose Unrichtigkeit nicht nur dann vorliegt, wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden, sondern auch dann, wenn eine in Wiedererwägung zu ziehende formlose Leistungszusprache auf Grund eines unzutreffenden Sachverhalts oder unzutreffender

Rechtsnormen erfolgt ist. Eine derart gesetzwidrige Leistungszusprechung gilt regelmässig als zweifellos unrichtig (BGE 126 V 399 E. 2bb) und erfüllt daher auch im vorliegenden Fall die Voraussetzung für eine Wiedererwägung der seit Eröffnung der Leistungsrahmenfrist ab 25. August 2010 ergangenen Taggeldauszahlungen (vgl. oben, Erwägung 2.2). Dies führt zum rückwirkenden Wegfall und zur Rückforderung der insgesamt zu Unrecht ausgerichteten Zulagen im Umfang der von der Kasse masslich korrekt festgelegten Höhe von CHF 31'893.75 (vgl. Kassen Akt N° 407 bis 413). 7.1 Zu prüfen bleibt, ob der Rückforderungsanspruch verwirkt ist. Der Beschwerdeführer lässt vorbringen, dass die Kasse die gesamten Umstände um seine Anspruchsberechtigung im Zeitpunkt der ersten Auszahlung des Taggelds bereits gekannt hat bzw. hätte kennen müssen. Es trete hinzu, dass sich der grösste Teil der von ihr aufgeführten Argumente aus deren eigenen Recherche und der von ihr daraus gezogenen Schlussfolgerungen ergebe. Als die Kasse mit der Auszahlung der Taggelder begonnen habe, habe sie dies nach eingehenden Abklärungen des Sachverhalts und insbesondere auch im Wissen um die Position des Beschwerdeführers in der B.____ GmbH sowie der Lohnflüsse getan. Insbesondere der Lohnfluss des Beschwerdeführers sei der Kasse am 1. Dezember 2010 längst bekannt gewesen. Wenn sie nunmehr abweichende Schlüsse daraus ziehe als noch anlässlich der Auszahlung der Taggelder, ändere dies nichts daran, dass die Rückforderung verwirkt sei. 7.2 Geht die unrechtmässige Leistungsausrichtung auf einen Fehler des Versicherungsträgers zurück, beginnt die einjährige Verwirkungsfrist (vgl. oben, Erwägung 2.2) nicht bereits mit der Leistungsausrichtung zu laufen. Massgebend ist vielmehr der spätere Zeitpunkt, in welchem der Versicherungsträger anlässlich einer nachfolgenden Kontrolle seinen Fehler tatsächlich entdeckt oder mindestens hätte entdecken können (BGE 124 V 383; Ueli Kieser, a.a.O., Art. 25 Rz 58 ff.). Die für die relative Verwirkung massgebende einjährige Frist setzt mithin nicht bereits mit dem Zeitpunkt des ursprünglichen Fehlers der Verwaltung ein. Erst ein zweiter Anlass, nämlich die nachträglich zumutbare Kenntnis über den ursprünglichen Irrtum, lässt die einjährige Verwirkungsfrist beginnen (SVR 2012 UV Nr. 28, Urteil des Bundesgerichts 8C_777/2011 E. 5.3). Vorliegend trifft es zwar zu, dass die Kasse den Versicherten im Rahmen ihrer Abklärungen im Zusammenhang mit der Eröffnung einer Leistungsrahmenfrist ab 25. August 2010 bereits mit Schreiben vom 19. November 2010 um Bestätigung des Lohnflusses für seine Beschäftigung ab 1. Januar 2010 bis 18. August 2010 ersucht hat (vgl. Kassen Akt N° 218 f.). Ebenfalls ist zutreffend, dass sie aufgrund der am 23. November 2010 eingegangenen Antwort, wonach der Lohn bar ausbezahlt worden sei (vgl. Kassen Akt N° 220), bereits dazumal hätte erkennen können, dass die Voraussetzungen zur Eröffnung einer Leistungsrahmenfrist ab 25. August 2010 nicht vorgelegen haben (vgl. Kassen Akt N° 121). Entgegen der vom ihm vertretenen Auffassung stellt die an den Beschwerdeführer in der Folge erfolgte Taggeldausrichtung jedoch das erstmalige unrichtige Handeln der Verwaltung dar (vgl. Kassen Akt N° 238). Unter dem Ausdruck "Kenntnis erhalten hat" ist mit anderen Worten erst jener Zeitpunkt zu verstehen, in dem sich die Kasse anlässlich der erneuten Anmeldung des Versicherten zum Leistungsbezug am 30. November 2011 (vgl. Kassen Akt N° 286 bis 288) – unter Anwendung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit – über ihren vorgängigen Fehler bewusst geworden ist (BGE 110 V 306 f. E. 2b in fine; Urteil des EVG vom 30. Mai 2001, I 678/00). Für den Beginn des einjährigen Fristenlaufs gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG ist demnach auf den 30. November 2011 abzustellen. Erst im Rahmen ihrer diesbezüglichen Abklärungen war die Kasse zum Ergebnis gelangt, den Fall des Versicherten genauer zu überprüfen (vgl. Kassen Akt N° 315). Daraufhin sistierte sie

zwecks nochmaliger Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen dessen bisher ausgerichtete Taggeldzahlungen (vgl. Kassen Akt N° 324) und verfügte in der Folge am 6. Februar 2012 – mithin lediglich rund zwei Monate nach der erneuten Anmeldung des Versicherten zum Leistungsbezug als fristauslösendes Element – die strittige Rückforderung noch innert Verwirkungsfrist. 7.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit seinem Stellenverlust bei der D.____ GmbH ab 1. Dezember 2011 infolge analoger Anwendung der Bestimmungen über die Kurzarbeitsentschädigung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besitzt (vgl. oben, Erwägung 5.2). Betreffend seinen Stellenverlust zuvor noch bei der B.____ GmbH vermag er in der hierfür massgebenden Beitragsrahmenfrist mangels nachweisbarer Lohnzahlungen die erforderliche Beitragszeit von mindestens zwölf Monaten offensichtlich nicht zu erfüllen (vgl. oben, Erwägung 6.4). Die Kasse hat die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers wiedererwägungsweise ab 25. August 2010 somit zu Recht abgelehnt. Die von der Kasse verfügte Rückforderung der seither ausgerichteten Taggelder im Umfang von CHF 31'893.75 und mit ihr der angefochtene Einspracheentscheid erweist sich somit als rechtmässig (vgl. oben, Erwägung 6.5 und 7). Die Beschwerde ist bei diesem Ergebnis abzuweisen.

E. 8

Es verbleibt, über die Kosten zu befinden. Gemäss Art. 61 lit. a ATSG hat der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein. Für das vorliegende Verfahren sind deshalb keine Kosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind wettzuschlagen. Demgemäss wird e r k a n n t: //: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen. Gegen diesen Entscheid wurde am 26. September 2016 Beschwerde beim Bundesgericht erhoben (siehe nach Vorliegen des Urteils: Verfahren-Nr. 8C_647/2016)

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