

BL_GERICHTE 715 17 71 / 325 vom 7. Dezember 2017

BL Gerichte, 2017-12-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_715_17_71___325

FR: BL_GERICHTE 715 17 71 / 325 du 7 décembre 2017

IT: BL_GERICHTE 715 17 71 / 325 del 7 dicembre 2017

Regeste

Ablehnung der Anspruchsberechtigung; Rückforderung

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 in Verbindung mit den Art. 56 und 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 kann gegen Einspracheentscheide aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Örtlich zuständig ist gemäss Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person zur Zeit des Verfügungserlasses 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 Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG. Die Versicherte erfüllt die Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft, womit das Kantonsgericht örtlich und sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht erhobene Beschwerde vom 3. März 2017 und die Beschwerdebegründung vom 28. März 2017 ist demnach einzutreten. 2.1 Die versicherte Person hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie unter anderem die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 13 und 14 AVIG). Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit von zwei Jahren (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (vgl. AVIG-Praxis ALE, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung [AVIG-Praxis] Rz. B143). 2.2 Art. 13 Abs. 1 AVIG setzt eine beitragspflichtige Beschäftigung voraus. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG ist für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig, wer nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946 obligatorisch versichert und für Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist, d.h. massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG bezieht (vgl. BGE 122 V 251 E. 2b mit Hinweisen). Die Beitragspflicht einer versicherten unselbstständigen Person entsteht mit der Leistung der Arbeit. Beiträge sind indessen erst bei Realisierung des Lohn- oder Entschädigungsanspruchs geschuldet (vgl. BGE 111 V 161 E. 4a und b). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 AVIG deshalb

vorausgesetzt, dass die versicherte Person effektiv eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt und der Arbeitgeber für diese Beschäftigung tatsächlich auch einen Lohn entrichtet hat (vgl. BGE 128 V 189 E. 3a/aa; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, heute: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen] 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 (vgl. Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 2001 Nr. 27 S. 228 E. 4c). 2.3 In BGE 131 V 444 hat das EVG präzisierend 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 AVIG in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG sei die faktische Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer die einzige Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. BGE 113 V 352). Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung komme deshalb 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 (BGE 131 V 444 E. 3.3 in fine). Das im Gesetz zwar nicht ausdrücklich genannte, nach ständiger Rechtsprechung aber massgebliche Erfordernis der genügenden Überprüfbarkeit der beitragspflichtigen Beschäftigung diene der Verhinderung von Missbräuchen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 2005, C 258/04, E. 3.2 mit Hinweis). 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 (vgl. BGE 131 V 444 E. 3.2.2). 2.4 In zwei weiteren Urteilen (C 83/06 vom 18. August 2006 und C 111/06 vom 6. März 2007) hat die höchstrichterliche Rechtsprechung schliesslich präzisierend festgehalten, dass der Umstand, dass eine tatsächliche Lohnzahlung nicht hinreichend belegt werden könne, nicht bedeute, dass der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung kurzerhand abzulehnen wäre. Massgebend sei nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes einzig, dass innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit eine beitragspflichtige Beschäftigung während der Mindestdauer von zwölf Monaten rechtsgenügend dargetan sei. Soweit eine beitragspflichtige Beschäftigung nachgewiesen, der exakt ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben sei, habe eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (vgl. Urteil des EVG vom 18. August 2006, C 83/06, E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 131 V 444 E. 3.2.3). Was die Einkommenshöhe betreffe, habe sich die mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe diesfalls grundsätzlich zu Ungunsten der versicherten Person auszuwirken (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 6. März 2007, C 111/06, E. 3.4). 2.5 Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Der Verdienst gilt nicht als versichert, wenn er eine Mindestgrenze von monatlich Fr. 500.-- nicht erreicht (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 AVIG i.V.m. Art. 40 AVIV). Praxisgemäss ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes der

im Bemessungszeitraum tatsächlich erzielte Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat grundsätzlich unbeachtlich zu bleiben (BGE 131 V 444 f. E. 3.2.1 mit Hinweisen). Bei Art. 23 AVIG handelt es sich im Unterschied zu Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG in Verbindung mit Art. 13 AVIG um eine Bemessungsnorm. Sie bekommt nur dann die Bedeutung einer negativen Anspruchsvoraussetzung, wenn der Mindestbetrag für den versicherten Verdienst von monatlich Fr. 500.-- nicht erreicht wird (BGE 131 V 444 E. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen). Der versicherte Verdienst nach Art. 23 AVIG bildet ein Korrektiv bei allfälligen missbräuchlichen Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, indem grundsätzlich die tatsächlichen Lohnbezüge im Bemessungszeitraum massgebend sind (BGE 131 V 444 E. 3.2.3 mit Hinweis). 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 (BGE 128 V 189 E. 3a/aa; Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 2012, 8C_913/2011, E. 3.1; je mit Hinweisen).

2.6 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 (vgl. BGE 133 V 444 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: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge [SZS] 2005, S. 138 f.).

2.7 Für die im Rahmen einer beitragspflichtigen Beschäftigung geleistete Arbeit besteht grundsätzlich ein Lohnanspruch. Die Höhe des Entgelts bestimmt sich danach, was vereinbart wurde oder üblich ist unter Berücksichtigung allfälliger zwingender gesetzlicher Vorschriften (vgl. Art. 322 ff. OR). Selbst wenn der anspruchsberechtigten Person der Nachweis des tatsächlichen Lohnbezugs nicht gelingt, weil namentlich keine regelmässige Überweisung auf ein auf ihren Namen lautendes Post- oder Bankkonto erfolgte, ist ein Lohnverzicht nicht leichthin anzunehmen. Die Form der Lohnzahlung ist grundsätzlich frei. Geldlohn wird zwar regelmässig entweder bar ausbezahlt oder auf ein vom Arbeitnehmer angegebenes Postcheck- oder Bankkonto überwiesen. Das Konto muss indessen nicht notwendigerweise auf den Namen des Arbeitnehmers lauten. Sodann ist der Arbeitnehmer in der Verwendung des Lohnes grundsätzlich frei (vgl. zum Ganzen BGE 131 V 444 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen).

3.1 Das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungsverfahren und der Sozialversicherungsprozess sind vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach haben Versicherungsträger und das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat die rechtsanwendende Behörde ihren Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhaltes genügt den Beweisanforderungen nicht. Verwaltung und Gericht haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die

wahrscheinlichste würdigen (BGE 138 V 218 E. 6 mit Hinweisen). Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Sozialversicherungsgerichts (oder der verfügenden Verwaltungsstelle) ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein. Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 138 V 218 E. 6 mit Hinweisen).

3.2 Für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gilt ferner der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgericht die Beweise frei, das heisst ohne Bindung an förmliche Beweisregeln sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (Art. 61 lit. c ATSG; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 2. Auflage, Basel 2010, N 1001). 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.

4.1 Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung und die damit verbundene Rückforderung der bereits ausgerichteten Taggelder. In diesem Zusammenhang gilt es zunächst zu beurteilen, ob die Versicherte die Beitragszeit gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt hat. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin innerhalb der massgebenden Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 2. Mai 2014 bis 1. Mai 2016 (Art. 9 Abs. 1 und 3 AVIG) eine beitragspflichtige Beschäftigung von mindestens zwölf Monaten nachweisen kann und – bejahendenfalls – ob der erzielte versicherte Verdienst die Mindestgrenze von monatlich Fr. 500.-- (Art. 40 AVIV) erreicht hat.

4.2 Anlässlich der Parteiverhandlung konnte zweifelsfrei festgestellt werden, dass die Beschwerdeführerin im Restaurant B.____ und im Schwimmbad Y.____ Arbeitsleistungen erbracht hatte, für welche sie einen Lohn erwarten konnte. Entgegen den Darlegungen der Beschwerdegegnerin besorgte die Beschwerdeführerin während der Rahmenfrist für die Beitragszeit nicht nur den Haushalt und betreute die Kinder. Sie arbeitete gemäss übereinstimmender Zeugenaussagen im Service und am Buffet des Restaurants B.____ sowie am Kiosk des Schwimmbads in Y.____. Die Berufsbezeichnungen Gouvernante oder Hausangestellte, welche sich unter anderem im Arbeitsvertrag und in den Lohnabrechnungen finden lassen, erweisen sich daher als unpassend. Es bestehen im Weiteren keine Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin von ihrem ehemaligen Arbeitgeber einen Lohn erhalten hat. Damit ist eine beitragspflichtige Beschäftigung nach den Erfordernissen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtsgenügend dargetan (vgl. Erwägung 2.4). Die Mindestbeitragszeit gemäss Art. 8 Abs.1 lit. e AVIG in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG ist somit erfüllt.

E. 5

Zu beurteilen ist in einem weiteren Schritt der versicherte Verdienst und damit die Frage, ob dieser die Mindestgrenze von Fr. 500.-- erreicht. Im Hinblick auf die Beurteilung dieser Frage sind zwischen den Parteien insbesondere die Kriterien des Lohnflusses und der Lohnhöhe strittig.

E. 5.1

In den Akten finden sich ein Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2013, gemäss welchem der Beschwerdeführerin für ein Vollpensum ein monatlicher Festlohn von Fr. 3'000.-- zuzüglich eines anteilmässigen 13. Monatslohns von Fr. 250.-- zustand sowie eine Arbeitgeberbescheinigung vom 26. April 2016, laut welcher der Brutto-Monatslohn Fr. 3'250.-- betragen habe. Die gleiche Lohnsumme ist auch den Lohnabrechnungen, den Lohnausweisen und dem IK-Auszug zu entnehmen. Der Lohn wurde ausserdem im entsprechenden Umfang versteuert. Eine klassische Lohnauszahlung im Sinne einer Kontoüberweisung erfolgte allerdings nicht. Im Bestätigungsschreiben vom 29. November 2016 sowie anlässlich der durchgeführten Zeugenbefragung erklärte C.____, ehemaliger Arbeitgeber und Konkubinatspartner sowie Vater des jüngsten Kindes der Beschwerdeführerin, dass der Lohn der Beschwerdeführerin direkt für die Zahlung ihrer Rechnungen verwendet worden sei. Er habe mit dem Geld die hälftige Miete in Höhe von Fr. 1'500.-- und die Krankenkassenprämie der Beschwerdeführerin und deren Kinder in Höhe von rund Fr. 1'000.-- beglichen. Die verbleibende Lohnsumme sei unter anderem für den gemeinsamen Sohn G.____ bestimmt gewesen. Darauf angesprochen, dass der Bruttolohn von Fr. 3'250.-- den Mindestlohn nach dem Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV) unterschreitet, sagte C.____ aus, dass das Arbeitspensum der Beschwerdeführerin tatsächlich nicht 100%, sondern 80% betrug. Werde dieser Umstand berücksichtigt, liege ein L-GAV-konformer Lohn vor. Im Weiteren erklärten die Beschwerdeführerin und C.____ übereinstimmend, dass sie die Finanzen sehr unkompliziert gehandhabt hätten. Im Hinblick auf die saisonbedingten, unregelmässigen Arbeitseinsätze sei es ihre Intention gewesen, dass die Lohnzahlungen übers Jahr verteilt aufgehen würden. Die Beschwerdeführerin habe ihrem damaligen Partner vertraut und ihm die finanziellen Angelegenheiten überlassen. Er habe ihr regelmässig Bargeld für Alltagsbedürfnisse gegeben. Diese Barbeträge hätten aber keine Lohnzahlungen dargestellt.

E. 5.2

Die Arbeitslosenkasse stellte fest, dass der Lohnfluss nicht rechtsgenügend nachgewiesen sei. Es lägen keine Belege für eine Lohnüberweisung vor. Ausserdem sei es wahrscheinlich, dass es sich bei den Fr. 3'000.-- nicht um eine Entschädigung aus einem Arbeitsverhältnis gehandelt habe, sondern um Unterhaltszahlungen. Im Übrigen sei der Lohn anhand der anfallenden Kosten sowie im Hinblick auf verschiedene Sozialversicherungen bemessen worden.

E. 5.3

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, dass der Lohnfluss durch den Arbeitsvertrag, die monatlichen Lohnabrechnungen und die IK-Auszüge nachgewiesen sei. Auf diesen Lohn seien Sozialversicherungsabgaben geleistet und Steuern bezahlt worden. Zudem habe C.____ erklärt, dass er das Geld jeweils für den gemeinsamen Lebensunterhalt mit hälftigem Mietzinsanteil und für die Bezahlung der Krankenkassenprämien aller Kinder verwendet habe. Ferner habe die Beschwerdeführerin in der massgeblichen Periode nie Unterhaltszahlungen von C.____ versteuert und er habe nie solche bei seinen Steuern abgezogen. Am Unterhalt für den Sohn G.____ habe sich C.____ aufgrund der Lebensgemeinschaft ausserhalb dieser Lohnzahlungen engagiert.

E. 5.4

Die Beschwerdegegnerin hat zutreffend festgestellt, dass keine Bank- oder Postkontoauszüge, auf welchen die Lohneingänge ersichtlich wären, aktenkundig sind. Ebenfalls fehlen Buchhaltungsbelege, welche den Lohnfluss nachweisen. In Anbetracht der besonderen Situation, in welcher das Arbeitsverhältnis und das partnerschaftliche Verhältnis eng miteinander verbunden waren, erweist es sich als nachvollziehbar, dass eine Lohnauszahlung über ein Bankkonto als überflüssig erachtet wurde. Dadurch fehlt jedoch ein zweifelsfreier Beweis für den Lohnfluss. Ein solcher kann diesfalls lediglich anhand von Indizien festgestellt werden. Solche Indizien liegen mit den Arbeitgeberbescheinigungen, Lohnabrechnungen, Lohnausweisen und dem IK-Auszug grundsätzlich vor. Die besagten Indizien lassen allesamt auf einen Bruttolohn der Beschwerdeführerin in monatlicher Höhe von Fr. 3'250.-- schliessen. Die Korrektheit dieser Lohnsumme ist allerdings aufgrund der festgestellten Verwendung in Frage zu stellen. Dass der Lohn nicht auf ein Bankkonto der Beschwerdeführerin floss, sondern für private Bedürfnisse verwendet wurde, ist unbeachtlich und schliesst den Nachweis eines Lohnflusses nicht aus. Die Form der Lohnzahlung und die Verwendung des Lohnes sind grundsätzlich frei (vgl. Erwägung 2.7). Es steht der Arbeitnehmerin offen, ihrem Arbeitgeber gegenüber Zahlungsanweisungen zu machen. Anlässlich der Befragung wurde allerdings festgestellt, dass der als Lohn betitelte Betrag von Fr. 3'250.-- nicht ausschliesslich der Entschädigung von Arbeitsleistungen galt. Ein Teil davon war für den Unterhalt von G.____ bestimmt. Bei den bescheinigten Fr. 3'250.-- handelt es sich somit um Lohn und Kindesunterhalt, wobei eine klare Abgrenzung nicht möglich ist. Die oben genannten Indizien, welche einen Monats-Bruttolohn von Fr. 3'250 bestätigen, erweisen sich somit als unrichtig. Es fehlen daher Beweise und schlüssige Indizien, anhand welchen sich der exakte Lohn und damit der versicherte Verdienst ermitteln lässt.

E. 5.5

Für die geleistete Arbeit im Restaurant und im Schwimmbad bestand aber dennoch ein Lohnanspruch. Da die exakte Lohnhöhe mittels der oben genannten Indizien nicht bestimmbar ist, stellt sich die Frage, ob sie sich anhand der Arbeitsleistung und der üblichen Vergütung – unter Berücksichtigung gesetzlicher und/oder gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen – feststellen lässt.

E. 5.6

Die Partei- und Zeugenbefragung ergab, dass die Beschwerdeführerin jeweils in den Wintermonaten im Restaurant B.____ gearbeitet hat. Ihre Arbeitseinsätze waren von den Vorstellungen des Theaters D.____, welches sich oberhalb des Restaurants befindet, abhängig. In der Hochsaison arbeitete die Beschwerdeführerin täglich. Wenn es keine Theatervorstellung gab, arbeitete sie phasenweise gar nicht. In der Regel begann ihre Arbeitsschicht im Restaurant um 17:00 Uhr und endete um 20:00 Uhr. Zusätzliche Arbeitsstunden leistete sie in Form von Reinigungsarbeiten im Restaurant und Erledigung der Restaurantwäsche. In den Sommermonaten – wenn das Restaurant geschlossen war – arbeitete die Beschwerdeführerin bei schönem Wetter am Kiosk des Schwimmbads in Y.____. Die dortigen Arbeitseinsätze und die Anzahl Arbeitsstunden waren jeweils wetterabhängig. Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin sehr unregelmässig arbeitete. Für den Bemessungszeitraum sind weder die Anzahl Arbeitseinsätze, noch die Anzahl Arbeitsstunden feststellbar. Folglich lässt sich gestützt auf die Arbeitsleistung ebenfalls kein plausibler Monatslohn ableiten.

E. 5.7

Insgesamt liegt in Bezug auf den tatsächlich erzielten Lohn ein Beweisnotstand vor. Der Lohn und die Lohnhöhe sind nicht rechtsgenügend bestimmbar. Damit kann ein versicherter Verdienst gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht zuverlässig festgestellt werden. Mit anderen Worten bleibt es mangels Bestimmbarkeit der Lohnhöhe letztlich unbewiesen, ob die Beschwerdeführerin in der Bemessungszeit einen im Sinne der AHV-Gesetzgebung und für die Bestimmung der Höhe der Arbeitslosenentschädigung massgebenden versicherten Verdienst von mindestens Fr. 500.-- pro Monat erhalten hat (vgl. Art. 40 AVIV). Da sich die Beweislosigkeit grundsätzlich zu Ungunsten der versicherten Person auswirkt (vgl. Erwägung 3.1), ist davon auszugehen, dass der Verdienst der Beschwerdeführerin die Mindestgrenze von Fr. 500.-- nicht erreicht und daher nicht versichert ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 10. April 2012, 8C_913/2011, E. 3.3 in fine und vom 25. Juni 2013, 8C_75/2013, E. 3.5). Es besteht damit kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

E. 6

Zu prüfen bleibt die Rechtmässigkeit der am 15. Dezember 2016 ergangenen Verfügung, mit welcher die Arbeitslosenkasse von der Beschwerdeführerin die für die Monate Mai 2016 bis Dezember 2016 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung in Höhe von Fr. 19'306.20 zurückgefordert hat. Gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG ist die Arbeitslosenkasse verpflichtet, zu Unrecht ausbezahlte Versicherungsleistungen vom Empfänger zurückzufordern. Unrechtmässig ausgerichtete bzw. bezogene Geldleistungen können aber – unabhängig davon, ob diese Gegenstand einer formellen oder einer materiellen Verfügung bildeten – nur dann zurückgefordert werden, wenn entweder die für die Wiedererwägung (wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung; Art. 53 Abs. 2 ATSG) oder die für die prozessuale Revision (wegen vorbestandener neuer Tatsachen oder Beweismittel; Art. 53 Abs. 1 ATSG) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 129 V 110 E. 1.1 mit weiteren Hinweisen). Nach dem soeben Ausgeführten steht der Beschwerdeführerin für den strittigen Zeitraum vom 1. Mai 2016 bis 31. Dezember 2016 mangels versicherten Verdienstes kein Anspruch auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung zu. Die für die Monate Mai 2016 bis Dezember 2016 erfolgte Ausrichtung der Taggelder erweist sich deshalb als zweifellos unrichtig und die Berichtigung der entsprechenden Taggeldabrechnungen als von erheblicher Bedeutung. Somit hat die Beschwerdeführerin dem Versicherungsträger die entsprechenden, zu Unrecht bezogenen Leistungen gestützt auf Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG zurückzuerstatten. Zu ergänzen bleibt, dass die Arbeitslosenkasse den betreffenden Rückforderungsanspruch auch rechtzeitig, d.h. vor Ablauf eines Jahres, nachdem sie davon Kenntnis erhalten hat, verfügungsweise geltend gemacht hat. Dies wird von der Beschwerdeführerin – zu Recht – ebenso wenig bestritten wie die Höhe des von der Arbeitslosenkasse zurückgeforderten Betrages.

E. 7

Aus dem Gesagten folgt zusammenfassend, dass die Beschwerdeführerin eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt und die Beitragszeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt hat. Mangels Beweises des Lohnflusses, Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Lohn und Unterhalt sowie fehlender Klarheit in Bezug auf den Umfang der geleisteten Arbeit erweist sich die effektive Lohnhöhe als nicht rechtsgenügend bestimmbar. Aufgrund der Beweislosigkeit

muss davon ausgegangen werden, dass die Mindestgrenze für den versicherten Verdienst von Fr. 500.-- gemäss Art. 40 AVIV nicht erreicht wurde. Bei diesem Ausgang kann die strittige Frage betreffend die arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin offen gelassen werden. Insgesamt kommt das Gericht zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat und die erhaltenen Leistungen im Betrag von Fr. 19'306.20 zurückerstatten muss. Die Beschwerde wird abgewiesen.

E. 8

Art. 61 lit. a ATSG bestimmt, dass das Verfahren vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Gemäss dem Ausgang des Verfahrens sind die ausserordentlichen Kosten wettzuschlagen (Art. 61 lit. g ATSG). Demgemäss wird erkannt: ://: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen. Gegen diesen Entscheid wurde von der Beschwerdeführerin am 31. Januar 2018 Beschwerde beim Bundesgericht (siehe nach Vorliegen des Urteils: Verfahren-Nr. 8C_119/2018) erhoben.

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