

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00274 vom 7. März 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-03-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00274

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00274 du 7 mars 2019

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00274 del 7 marzo 2019

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1980, meldete sich am 18. Oktober 2017 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum Fehraltorf zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 8/1) und beantragte ab dem 1. November 2017 Arbeitslosenentschädigung (Urk. 8/10). Sie gab an, dass sie zuletzt vom 1. Februar 2015 bis 31. Oktober 2017 für die Y.____ GmbH gearbeitet habe (Urk. 8/10 S. 2). Gestützt auf die Lohnangaben der Y.____ GmbH richtete die Unia Arbeitslosenkasse X.____ ab 1. November 2017 Arbeitslosenentschädigung aus (Urk. 8/7, Urk. 8/12, Urk. 8/16-17). Nachdem sie festgestellt hatte, dass der Ehemann von X.____ im Handelsregister als Gesellschafter und Geschäftsführer der Y.____ GmbH eingetragen worden war, forderte sie X.____ mit Schreiben vom 9. Mai 2018 auf, weitere Unterlagen zu ihrer letzten Arbeitsstelle, insbesondere zu den Lohnzahlungen einzureichen (Urk. 8/65). In der Folge ging bei der Unia Arbeitslosenkasse die Stellungnahme vom 22. Mai 2018 ein, welche unter anderem von X.____, ihrem Ehemann und dem ehemaligen Geschäftsführer der Y.____ GmbH unterzeichnet war (Urk. 8/72). Zudem erhielt die Unia Arbeitslosenkasse diverse Unterlagen, welche die Lohnzahlungen an X.____ belegen sollten (Urk.

8/67-71, Urk.

8/79-82, Urk.

8/84-89). Die Unia Arbeitslosenkasse holte ferner einen Auszug aus dem individuellen Konto von X.____ ein (Urk.

8/77). Der Ehemann von X.____ reichte am 29. Mai 2018 eine weitere Stellungnahme ein (Urk. 8/83). Es folgten weitere Abklärungen der Unia beim Notariat/Konkursamt Wetzikon und bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse (Urk. 8/94-95).

X.____

teilte der Unia Arbeitslosenkasse sodann am 12. und 13. Juni 2018 mit, dass sie den Lohn nach Abzug sämtlicher Sozialabgaben in bar erhalten habe, jedoch über keine Quittung verfüge (Urk. 8/96-97). Am 13. Juni 2018 nahm das ehemalige Treuhandunternehmen der Y.____

GmbH zum Arbeitsverhältnis von X.____ Stellung (Urk. 8/98) und die Unia Arbeitslosenkasse erhielt eine Liste der «Stammkunden» der Y.____ GmbH, welche bestätigen könnten, dass X.____ dort in der Küche, in der Reinigung und im Service gearbeitet habe (Urk. 8/99).

Gestützt auf die erhaltenen Unterlagen verfügte die

Unia Arbeitslosenkasse am 27. Juni 2018, dass der Antrag von X.____ auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend per 1. November 2017 abgewiesen werde, weil nicht nachgewiesen sei, dass sie in der Zeit vom 1. Februar 2015 bis 31. Oktober 2017 eine beitragspflichtige Tätigkeit ausgeübt habe. Gleichzeitig forderte sie die vom 1. November 2017 bis 30. April 2018 ausbezahlten Taggelder zurück (Urk. 8/101). Dagegen erhob X.____ am 10. Juli 2018 Einsprache (Urk. 8/106), welche die Unia Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 23. Juli 2018 abwies (Urk. 2).

E. 1.2.1

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht darin, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der Rahmenfrist nach Art. 9 Abs. 3 AVIG während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG).

Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit nach Art.

E. 1.2.2

Nach der Rechtsprechung 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 Arbeitnehmer verhindert werden. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto. Bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (BGE 131 V 444 E. 1.2 mit Hinweisen).

E. 1.3.1

Die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sind auf Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung anwendbar, soweit das AVIG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht (Art. 1 AVIG).

E. 1.3.2

Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war (sogenannte prozessuale Revision; BGE 143 V 105 E. 2.1, 138 V 324 E. 3.2).

Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Überprüfung gebildet haben, zurück kommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (sogenannte Wiedererwägung; Art. 53 Abs. 2 und 3 ATSG; BGE 144 I 103 E. 2.2, 141 V 405 E. 5.2, 138 V 147 E. 2.1 mit Hinweis) .

E. 1.3.3

Laut Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis

Abs. 4 AVIG nach Art. 25 ATSG. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung. Wird der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend (Art. 25 Abs. 2 ATSG). 2.

E. 2

Dagegen erhob X.____ am 14. September 2018 Beschwerde und beantragte, in Aufhebung des Einspracheentscheids der Beschwerdegegnerin vom 23. Juli 2018 sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihr ab November 2017 Arbeitslosenentschädigung (Arbeitslosentaggelder) zu entrichten. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen und diese anzuweisen, die Sache aufgrund der in der Beschwerde bezeichneten Befunde sowie allfälligen weiteren gerichtlichen Weisungen materiell erneut zu beurteilen und gestützt darauf eine neue Verfügung zu erlassen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, dass ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt Hanspeter Küm in, Zürich, ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen sei. Sodann beantragte sie, dass die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich zum Verfahren beizuladen sei (Urk. 1 S. 2).

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Beschwerdeantwort vom 16. Oktober 2018 Abweisung der Beschwerde (Urk. 7, unter Beilage ihrer Akten [Urk. 8/1-116]).

Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 22. Oktober 2018 das ausgefüllte Formular zur Abklärung der prozessualen Bedürftigkeit sowie Belege zur Substantiierung ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege ein (Urk. 10, Urk. 11, Urk. 12/6-9). Zusammen mit diesen Belegen reichte die Beschwerdeführerin überdies eine schriftliche Erklärung eines ehemaligen Gastes der Y.____ GmbH ein (Urk. 12/10).

Mit Verfügung vom 24. Oktober 2018 wurde der Beschwerdeführerin die Beschwerdeantwort vom 16. Oktober 2018 (Urk. 7) zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 13) .

Die Beschwerdeführerin reichte am 12. Januar 2019 eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort vom 16. Oktober 2018 (Urk. 7) ein (Urk. 15), was der Beschwerdegegnerin am 15. Januar 2019 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 17).

E. 2.1

Strittig und zu prüfen ist, ob mit dem erforderlichen Beweisgrad der über wiegen den Wahrscheinlichkeit erstellt ist, dass die Beschwerdeführerin innerhalb der massgebenden Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 1. November 2015 bis 31. Oktober 2017 eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat beziehungsweise, ob ihr in dieser Zeit auch tatsächlich ein Lohn ausbezahlt worden ist.

E. 2.2

Die Beschwerdegegnerin führte im angefochtenen Einspracheentscheid vom 23. Juli 2018 im Wesentlichen aus, dass der Lohnfluss aufgrund der vorliegenden Dokumente nicht schlüssig nachgewiesen sei. Es würden weder ordentlich und transparent geführte Geschäftsbücher noch Bank-, Post- oder Barauszahlungsbelege vorliegen, die das Einkommen der Beschwerdeführerin rechtsgenügend bestimmen lassen würden. Selbst wenn davon auszugehen sei, dass die Beschwerdeführerin bei der Y.____ GmbH eine Tätigkeit ausgeübt habe, so sei das Vorliegen einer effektiv ausübten beitragspflichtigen Beschäftigung in der Zeit vom 1. November 2015 bis 31. Oktober 2017 weder bewiesen noch - wie von der Rechtsprechung gefordert - überwiegend wahrscheinlich. Ungeachtet dessen führe die mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe auch dazu, dass sich ein verlässlicher Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht hinreichend festlegen lassen würde, was ebenfalls zum Ausschluss eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung führen würde (Urk. 2 S.

4). Daher sei ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. November 2017 zu verneinen und die für die Zeit vom 1. November 2017 bis 30. April 2018 in der Höhe von Fr. 17'006.05 zu Unrecht ausbezahlten Taggelder seien zurück zu fordern (Urk. 2 S. 5).

E. 2.3

Die Beschwerdeführerin lässt demgegenüber im Wesentlichen vorbringen, sie habe während 2 Jahren und 9 Monaten in einem 100%-Pensum im Gastronomieunternehmen Y.____ GmbH gearbeitet. Zunächst sei sie dort ab Februar 2015 als Servicemitarbeiterin tätig gewesen und habe einen Monatslohn von brutto

Fr. 4'200.-- erzielt. Dieses Arbeitsverhältnis sei per Ende Dezember 2016 gekündigt worden. Alsdann habe sie von Januar bis Oktober 2017 als stellvertretende Geschäftsführerin der Y.____ GmbH gearbeitet und dafür einen Bruttolohn von Fr. 4'900.-- erhalten. Nach der wirtschaftlich begründeten Kündigung dieses Arbeitsverhältnisses sei sie später im Februar 2018 wieder bei der Y.____ GmbH angestellt gewesen und habe für diese Gesellschaft 16 Stunden im Monat gearbeitet. Nach dem Abschluss des Konkursverfahrens über die Y.____ GmbH habe sie sodann in einem Pensum von rund 20 Stunden für die am selben Ort domizilierte Z.____ Bar gearbeitet (Urk. 1 S. 3). Die Beschwerdegegnerin habe ihre Einsprache im Wesentlichen abgewiesen, weil sie keine Dokumentation über den Lohnfluss vorgelegt habe. Allerdings sei ihr Lohn jeweils bar ausbezahlt worden. Sie verfüge zwar über keine Lohnzahlungsbelege. Beweisrelevant sei jedoch, dass 22 Gäste der Y.____ Bar sowie die A.____ GmbH schriftlich festhalten hätten, dass sie Vollzeit gearbeitet habe. Die Erbringung von Arbeit sei von Gesetzes wegen zwingend mit der Entrichtung eines Lohns verknüpft. Weiter beweiskräftig sei der in der Steuererklärung 2016 des Ehepaars X.____ deklarierte Lohn. Sodann sei ihr Rechtsvertreter mit Schreiben vom 6.

September 2018 an die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich gelangt und habe diese ersucht, den ehemaligen Geschäftsführer der Y.____ GmbH zur Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge der Beschwerdeführerin auf zu fordern. Dies werde auch die Deklaration des AHV-pflichten Lohnes um fassen und den Nachweis für die Lohnhöhe erbringen (Urk. 1 S. 5) . Sie habe im fraglichen Zeitraum somit Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weshalb ihre Beschwerde gutzuheissen sei. 3.

E. 3

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

1.1

Gemäss Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) hat die versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie: a. ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 10 AVIG); b. einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 11 AVIG); c. in der Schweiz wohnt (Art. 12 AVIG); d. die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht; e. die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 13 und 14 AVIG); f. vermittlungsfähig ist (Art. 15 AVIG) und g. die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 17 AVIG).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin war ihren Angaben zufolge sei dem 1. Februar 2015 als Serviceangestellte mit einem Bruttolohn von Fr. 4'200.-- für die Y.____ GmbH tätig. Vom 1. Januar bis 31. Oktober 2017 sei sie zudem stellvertretende Geschäftsführerin

dieser Gesellschaft gewesen, weshalb ihr Bruttolohn auf Fr. 4'900.-- erhöht worden sei (Urk. 1 S. 3). Hierzu reichte die Beschwerdeführerin nach der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung

Arbeitsverträge ein, welche

von ihr und B.____

am

1. Februar 2015 beziehungsweise

4. Januar 2017 unterzeichnet worden sein sollen (Urk. 8/3, Urk. 8/8). Gemäss der von der Beschwerdeführerin, ihrem Ehemann, C.____, und

B.____ unterzeichneten Stellungnahme vom 22. Mai 2018, war Letzterer

der Geschäftsführer der Y.____ GmbH (Urk. 8/72 S. 1). Er habe zum Ehemann der Beschwerdeführerin, C.____, in einem «kollegialen Verhältnis» gestanden (Urk. 8/72 S. 2; die von der Beschwerdeführerin vorbereitete Erklärung, wonach B.____ nicht mit ihr verwandt oder verschwägert sei, wollte dieser nicht unterzeichnen [Urk. 8/100]). Mit Statutenänderung vom 7. Dezember 2017 übernahm der Ehemann der Beschwerdeführerin die Y.____ GmbH als Gesellschafter und Geschäftsführer. Nur wenige Tage später, am 11. Dezember 2017, eröffnete die Konkursrichterin des Bezirksgerichts Hinwil den Konkurs über die Gesellschaft (vgl. den Internet-Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vom 9. Mai 2018 [Urk. 8/63]).

Der Stellungnahme vom 22. Mai 2018 ist ferner zu entnehmen, dass B.____ «den Betrieb aufrechterhalten» sollte, bis die neue Betreiberin das Lokal übernehmen würde (Urk. 8/72). Im Handelsregister war B.____ fortan jedoch nicht mehr eingetragen (vgl. den Internet-Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vom 9. Mai 2018 [Urk. 8/63]). Der Lohnausweis der Beschwerdeführerin für das Jahr 2017 wurde von ihrem Ehemann unterzeichnet (Urk. 8/73).

Aufgrund dieser Verhältnisse ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin vorliegend prüfte, ob der Nachweis der tatsächlichen Lohnzahlung an die Beschwerdeführerin mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erbracht werden kann.

Es kann offen bleiben, ob der Ehemann der Beschwerdeführerin vor seiner Übernahme der Y.____ GmbH dort bereits eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt hat oder nicht. Dies gilt ebenfalls für das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach sie von ihrem Ehemann getrennt gelebt und erst einige Monate später von dessen Übernahme der Gesellschaft erfahren habe (Urk. 8/72 S. 3). Bei begründeten Zweifeln am Lohnfluss kann die Beschwerdegegnerin stets weitere Abklärungen tätigen (vgl. Rz.

B145 f. der AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft [Seco]).

E. 3.2

3

Die Beschwerdeführerin hat sich zunächst auf die von B.____ unterschriebene Arbeitgeberbescheinigung der Y.____ GmbH (Urk. 8/7; vgl. Urk. 8/72 S. 1) und ihre beiden Arbeitsverträge, welche am 4.

Januar 2017 und 1.

Februar 2015 unterzeichnet worden sein sollen (Urk.

8/3, Urk.

8/8), berufen.

Selbst wenn Löhne in dieser Höhe vereinbart worden wären, so würden die dortigen

Angaben für sich allein noch keinen Beweis dafür erbringen, dass diese Löhne auch tatsächlich ausbezahlt worden sind. Gleiches gilt für die Lohnabrechnungen für die Monate November 2016 bis Oktober 2017, welche weder von der Beschwerdeführerin noch vom Geschäftsführer der Y.____ GmbH unterzeichnet wurden (Urk. 8/6). Bezüglich dieser Lohnabrechnungen fällt zudem auf, dass die Lohnabrechnungen für die Monate November 2016 bis Mai 2017 auf die Adresse

D.____ (richtig: E.____) in F.____ ausgestellt wurden, obwohl der Beginn der Miete einer 1-Zimmerwohnung an dieser Adresse durch die Beschwerdeführerin erst am 30. Mai 2017 war (vgl. den Mietvertrag der Beschwerdeführerin, unnummerierte Beilage zu Urk.

3/5). Vorgängig war die Beschwerdeführerin gemäss der Wohnsitzbescheinigung der Gemeinde G.____ vom 30. Mai 2018 vom 1. Juli 2016 bis 31. Mai 2017 dort gemeldet und wohnhaft (Urk. 8/84). In F.____ war die Beschwerdeführerin erst ab 1. Juni 2017 gemeldet (Urk. 8/70). Zudem hielt der Ehemann der Beschwerdeführerin in seiner Stellungnahme vom 22. Mai 2018 fest, dass er die Lohnblätter für seine Ehefrau ausgestellt habe (Urk.

8/72 S. 1). Wie festgehalten wurde, wurde er aber erst am 7. Dezember 2017 als Gesellschafter und Geschäftsführer der

Y.____ GmbH im Handelsregister eingetragen (Urk. 8/63). Auf die von B.____ beziehungsweise vom Ehemann der Beschwerdeführerin unterzeichneten Lohnausweise für die Steuererklärung für das Jahr 2016 beziehungsweise für den Zeitraum vom

1. Januar bis 31. Oktober 2017 (Urk. 8/67, Urk. 8/73) kann aus den genannten Gründen ebenfalls nicht abgestellt werden.

E. 3.2.1

Auch wenn der Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung keine selbständige Anspruchsvoraussetzung darstellt, ist dieser rechtsprechungsgemäss ein bedeutsames, gerade in kritischen Fällen wie dem hier zu beurteilenden Fall ausschlaggebendes Indiz für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung. Ausserdem führt die mangelnde Bestimmbarkeit der Löhne dazu, dass sich ein versicherter Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht hinreichend zuverlässig festlegen lässt, woraus ebenfalls die Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung folgt (Urteil des Bundesgerichts 8C_75/2013 vom 25. Juni 2013 E. 3.5 mit Hinweis).

E. 3.2.2

Vorliegend kann der Nachweis von Lohnzahlungen nicht mittels Kontoauszügen erbracht werden. Die Beschwerdeführerin hat den Lohn von der Y.____ GmbH gemäss ihren Angaben stets in bar erhalten, wofür keine Quittungen vorhanden

waren (Urk. 8/72 S. 2, Urk. 8/96-97). Weil die Y.____ GmbH sodann keine geordnete Buchhaltung geführt hat und beim Konkurs der Gesellschaft dem Konkursamt nur eine «Kiste voll Blätter» abgegeben wurde (vgl. die Auskunft des Notariats/Konkursamts Wetzikon vom 4. Juni 2018 [Urk. 8/94]), können auch gestützt darauf bezüglich Lohnfluss keine Rückschlüsse gezogen werden. Zu prüfen bleibt, ob dies aufgrund der übrigen von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen möglich ist.

E. 3.2.4

Was sodann die eingereichten Steuererklärungen betrifft, so wurde in der Steuererklärung 2015 ein von der Beschwerdeführerin im Nebenerwerb vom 10. bis 28. August 2015 bei der H.____ AG erzielter Lohn von Fr. 1'965.-- deklariert (Urk. 8/82, vgl. Urk. 8/85). Es fehlt jedoch der Lohn, welcher die Beschwerdeführerin bei der Y.____ GmbH erhalten haben soll. Der Ehemann der Beschwerdeführerin gab an, dass er das Gehalt der Y.____ GmbH nicht angeben habe, weil er Streit mit der Beschwerdeführerin gehabt habe (Urk. 8/83). Die Beschwerdeführerin hat die Steuerklärung jedoch auch unterschrieben und damit bestätigt, dass diese Steuerklärung - ohne den Lohn bei der Y.____ GmbH - vollständig und wahrheitsgetreu ausgefüllt wurde (Urk. 8/82 S. 4). Für das Jahr 2016 erfolgte die Steuerveranlagung zunächst nach Ermessen, weil das Ehepaar X.____ die Steuerklärung nicht innert Frist eingereicht hatte (Urk. 8/88). In der am 25. September 2017 ausgefüllten Steuererklärung 2016 gab das Ehepaar X.____ an, dass die Beschwerdeführerin vom 1. Januar bis 31. Dezember 2016 bei der Y.____ GmbH einen Nettolohn von Fr. 44'043.-- erzielt habe (Urk. 8/89). Einen Tag später soll das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin mit der Y.____ GmbH aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden sein (vgl. Urk. 8/4). In der Folge meldete sich die Beschwerdeführerin am 18. Oktober 2017 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an (Urk. 8/1). Soweit es sich mit den

nicht unterzeichneten Lohnabrechnungen ein Lohnfluss nachweisen lässt, vermag die Beschwerdeführerin aus der Steuererklärung 2016 etwas zu ihren Gunsten abzuleiten, zumal sich damit die aufgezeigten Ungereimtheiten nicht ausräumen lassen.

E. 3.2.5

Hinzu kommt, dass die geltend gemachten Löhne der Y.____ GmbH

für den Zeitraum vom 1. November 2015 bis 31. Oktober 2017 nicht im individuellen Konto (IK) der Beschwerdeführerin eingetragen sind (vgl. den IK-Auszug vom 28. Mai 2018, Urk. 8/77). Alsdann hat die Ausgleichskasse der Beschwerdeführerin am 6. Juni 2018 bestätigt, dass die Y.____ GmbH in den Jahren 2015 bis 2017 für die Beschwerdegegnerin keine Beiträge abgerechnet habe (Urk. 8/95). Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe die Ausgleichskasse am 6. September 2018 ersucht, den ehemaligen Geschäftsführer der Y.____ GmbH zur Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge der Beschwerdeführerin aufzufordern (Urk. 1 S.

5). Sie hat im weiteren Verfahren jedoch nicht mitgeteilt, ob die Ausgleichskasse diesem Ersuchen nachgekommen ist. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist zudem nicht davon auszugehen, dass dies den «Nachweis für die Lohnhöhe» erbringen könnte (Urk. 1 S. 5).

Würden die geltend gemachten Löhne tatsächlich nachträglich im IK der Beschwerdeführerin eingetragen, würde dies höchstens ein Indiz für den Lohnfluss darstellen (E. 1.2.2 vorstehend), während die inkonsistenten Angaben in den übrigen Unterlagen

allesamt dagegen sprechen, dass die Beschwerdeführerin den geltend gemachten Lohn in der behaupteten Höhe tatsächlich erhalten hat. Es erübrigt sich deshalb, bei der Ausgleichskasse weitere Auskünfte einzuholen.

Sie ist ebenfalls nicht zum Vorliegen des Prozesses beizuladen.

Anzufügen ist, dass die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 30. Mai 2018 aufgefordert hatte, Kopien ihrer Pensionskassenausweise für die Jahre 2015, 2016 und 2017 einzureichen. Zudem wurde die Beschwerdeführerin gebeten, der Beschwerdegegnerin mitzuteilen, welches die Unfall- und Krankentaggeldversicherung der Y.____ GmbH gewesen sei (Urk. 8/96). Die Beschwerdeführerin hat daraufhin die geforderten Unterlagen nicht eingereicht.

E. 3.2.6

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die «Stammkunden» der Y.____ GmbH und deren ehemalige Treuhänderin

könnten bestätigen, dass sie bei der Y.____ GmbH in Küche, Reinigung und Service gearbeitet habe (Urk. 1 S.

4-5, Urk. 10 S.

2). Eine Befragung dieser «Stammkunden»

(vgl. die Liste in Urk. 8/99 sowie Urk. 12/10) sowie der beiden im Schreiben des besagten Treuhandunternehmens vom 13. Juni 2018 an gegebenen Personen (Urk. 8/98) kann indes unterbleiben. Es ist nicht davon auszugehen, dass diese Personen auch bei den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Barauszahlungen durch die

Y.____ GmbH zugegen waren oder überhaupt eine der behaupteten Lohnzahlungen bezeugen könnten. Gleiches gilt für die übrigen ehemaligen Mitarbeiter dieser Gesellschaft (vgl. Urk.

8/72). Somit liesse sich mangels Bestimmbarkeit der Lohnhöhe ein versicherter Verdienst nicht zuverlässig festlegen, was ebenfalls zur Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung führte (E. 3.2.1).

E. 3.3

Aufgrund der von der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren aufgelegten Unterlagen ist somit

nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass die Beschwerdeführerin vom 1. November 2015 bis 31. Oktober 2017 den geltend gemachten Lohn tatsächlich erhalten hat. Bei den Angaben der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes sowie des ehemaligen Geschäftsführers der Y.____ GmbH bestehen vielmehr zahlreiche Inkonsistenzen. Von weiteren Abklärungen sind keine weiteren Aufschlüsse zu erwarten. Die Folgen der Beweislosigkeit hinsichtlich der behaupteten Lohnzahlungen wirken sich zu Lasten der Beschwerdeführerin aus. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass für den fraglichen Zeitraum keine Gründe für eine Befreiung von der Beitragszeit (Art. 14 AVIG) ersichtlich sind.

E. 3.4

Weil der tatsächliche Lohnfluss nicht nachgewiesen ist, ging die Beschwerdegegnerin richtigerweise davon aus, dass damit auch der Nachweis einer beitragspflichtigen Beschäftigung der Beschwerdeführerin in der Zeit vom 1. November 2015 bis 31. Oktober 2017 nicht gelingt und sich der versicherte Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht bestimmen lässt. Sie hat den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung somit zu Recht verneint. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend per 1. November 2017 aberkannt hat, erweisen sich doch die in den Monaten November 2017 bis April 2018 ausgerichteten Zahlungen wie vorstehend gezeigt als zweifellos unrichtig und ist deren Berichtigung mit Blick auf die Höhe von erheblicher Bedeutung (E. 1.3.2; vgl. auch BGE 122 V 270, wonach eine prozessuale Revision bei der Nichtbeachtung eines Handelsregistereintrages ausser Betracht fiel, die Wiedererwägungsvoraussetzungen aber gegeben waren).

Nachdem die Beschwerdegegnerin die bereits ausgerichteten Leistungen innert Jahresfrist zurückgefordert (Urk. 8/101) und die Beschwerdeführerin zu Recht keine Einwände gegen die Höhe der Rückforderung vorgebracht hat (Urk. 1; vgl. Urk. 8/17, 22, 36, 50, 57, 61 und 101), ist auch die Rückforderung in Höhe von Fr. 17'006.05 zu bestätigen (E. 1.3.3).

Diese Erwägungen führen zur Abweisung der Beschwerde. 4.4.1

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte

die Beschwerdeführerin am

E. 8

Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art.

E. 13

Abs. 1 AVIG ist grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer von zwölf Beitragsmonaten. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kommt dabei nach dem Gesagten 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 (Urteil des Bundesgerichts 8C_75/2013 vom 25. Juni 2013 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 131 V 444 E. 3.2.3).

E. 14

September 2018, dass ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin Hanspeter Kumin eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen sei (Urk. 1 S. 2). 4.2

Die unentgeltliche Rechtspflege kann nur gewährt werden, wenn die Rechtsverkehr nicht aussichtslos ist. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten (ex ante betrachtet) beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 133 III 614 E. 5 mit Hinweisen). 4.3

Die Beschwerdeführerin führte im angefochtenen Einspracheentscheid vom 23. Juli 2018 aus, selbst wenn davon auszugehen sei, dass die Beschwerdeführerin bei der Y.____ GmbH eine Tätigkeit ausgeübt habe, sei der Lohnfluss nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen (Urk. 2 S. 4).

Es ging mithin nicht darum, ob die Beschwerdeführerin im Restaurant der Y.____ GmbH bei der Arbeit gesehen worden war. Zu dem

im vorliegenden Verfahren strittigen und zu prüfenden Lohnfluss hat die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren aber keine weiteren Belege eingereicht.

Die Beschwerdeführerin konnte auch nicht davon ausgehen, dass das Gericht einzig gestützt auf die sich bereits bei den Akten befindliche Steuererklärung 2016 des Ehepaars X.____ von einem tatsächlichen Lohnbezug ausgehen würde (Urk. 1 S. 4). Gleiches gilt für ihr Schreiben an die Ausgleichskasse vom 6. September 2018 (Urk. 1 S. 5). Es ist mithin davon auszugehen, dass eine Person, welche über die erforderlichen Mittel zur Bezahlung ihrer eigenen Rechtsvertretung verfügt, sich nicht zu dieser Beschwerde entschlossen hätte.

Sofern sich das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 14. September 2018 um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes nicht ohnehin als gegenstandslos erweist - im Bereich der obligatorischen Arbeitslosenversicherung sind Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht in der Regel kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG) - ist es daher wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Das Gericht beschliesst:

Das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 14. September 2018 um unentgeltliche Rechtsvertretung wird abgewiesen, und erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Hanspeter Kümin - Unia Arbeitslosenkasse - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 4.

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 1. Juli bis und mit dem 1. August sowie vom 1. 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
Der Gerichtsschreiber
Hurst
Hübscher

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