

200 18 280 ALV
ACT/SCM//SEJ/ARJ

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 2. August 2018

Verwaltungsrichter Ackermann, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Scheidegger, Verwaltungsrichter Knapp
Gerichtsschreiberin Schädeli

A. _____
Beschwerdeführerin

gegen

beco Berner Wirtschaft
Arbeitslosenkasse Kanton Bern, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 7. März 2018



Sachverhalt:

A.

Die 1966 geborene A. _____ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) war ab dem 1. März 2015 bei der nicht im Handelsregister eingetragenen Firma B. _____ tätig (vgl. Akten des beco Berner Wirtschaft [beco bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 133, 139 sowie www.zefix.admin.ch). Nachdem die Kündigung per 31. Oktober 2017 ausgesprochen worden war (AB 141), meldete sich die Versicherte am 6. November 2017 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an (AB 127 ff.). In der Folge richtete das beco für die Monate November und Dezember 2017 Leistungen in Höhe von insgesamt Fr. 1'463.60 aus (vgl. AB 63).

Auf die erlangte Kenntnis hin, dass es sich beim Inhaber der Firma B. _____ um den Sohn der Versicherten handelt (AB 85), forderte das beco entsprechende Belege zum Nachweis des tatsächlichen Lohnbezugs ein (AB 72, 79 f.). Mit Verfügung vom 15. Februar 2018 (AB 64 ff.) lehnte es die Anspruchsberechtigung ab dem 1. November 2017 ab, weil die Beitragszeit nicht erfüllt sei, und forderte die ausbezahlten Leistungen im Betrag von Fr. 1'463.60 zurück. Daran hielt es auf Einsprache hin (AB 27) mit Entscheid vom 7. März 2018 (AB 20 ff.) fest.

B.

Hiergegen erhob die Versicherte mit Eingabe vom 3. resp. 16. April 2018 Beschwerde und beantragte sinngemäss, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und ihr sei weiterhin Arbeitslosenentschädigung zuzusprechen.

In der Beschwerdeantwort vom 14. Mai 2018 schloss der Beschwerdegegner auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 7. März 2018 (AB 20 ff.). Streitig und zu prüfen ist einerseits der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. November 2017 und in diesem Zusammenhang die Erfüllung der Beitragszeit sowie andererseits die Rückerstattung der bereits ausgerichteten Leistungen für die Monate November und Dezember 2017 im Betrag von Fr. 1'463.60.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

1.4 Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

2.

2.1 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem voraus, dass die Beitragszeit erfüllt worden ist oder eine Befreiung von der Beitragszeit vorliegt (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG).

2.2 Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt die Beitragszeit, wer innerhalb der Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person erstmals sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 AVIG).

2.3 Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit ist grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Mindestbeitragsdauer. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kann nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung zukommen, 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 S. 453; ARV 2008 S. 150 E. 5).

2.4 Gemäss der vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO herausgegebenen AVIG-Praxis ALE (abrufbar unter <www.arbeit.swiss>, Rubrik: Arbeitgeber/Publicationen/Kreisschreiben/AVIG-Praxis) hat die Arbeitslosenkasse bei Personen, die vor ihrer Arbeitslosigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatten, näher zu prüfen, ob diese tatsächlich einen Lohn bezogen haben. Diese Abklärungspflicht erstreckt sich auch auf die mitarbeitenden Ehegatten und Ehegattinnen und nahen Verwandten von arbeitgeberähnlichen Personen. Lassen sich in Fällen, die weitergehende Abklärungen bedingen, Bank- oder Postbelege beibringen, ist damit der Lohn-

fluss und die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung in der Regel nachgewiesen. Wurde der Lohn bar bezogen, können das bei der Steuerverwaltung mit Lohnausweis deklarierte Einkommen, Lohnquittungen oder durch ein Treuhandbüro geführte Geschäftsbücher jeweils in Verbindung mit einem entsprechenden individuellen Kontoauszug der AHV als Nachweis für den Lohnbezug akzeptiert werden. Widersprechen die genannten Beweismittel dem individuellen Kontoauszug der AHV, so ist für die Bestimmung des versicherten Verdienstes vom geringeren Betrag auszugehen. Der Lohnfluss lässt sich z. B. allein durch eine Lohnabrechnung, eine Lohnquittung, einen Arbeitsvertrag, eine Kündigungsbestätigung oder eine Lohnforderungseingabe im Konkurs nicht nachweisen. Solche Dokumente stellen lediglich Parteibehauptungen dar, über deren Wahrheitsgehalt niemand ausser die versicherte Person selbst Angaben machen kann (AVIG-Praxis ALE B32 i.V.m. B147 f.; zur Verbindlichkeit von Verwaltungsweisungen für das Gericht vgl. BGE 142 V 425 E. 7.2 S. 434, 141 V 365 E. 2.4 S. 368).

2.5 Der den Sozialversicherungsprozess beherrschende Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Gerichts – und der verfügenden Behörde – ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein. Die Parteien tragen mithin in diesem Verfahrensbereich in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheidung zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, durch die Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 138 V 218 E. 6 S. 222; SVR 2017 UV Nr. 17 S. 58 E. 2.2). Ergeben sich aufgrund der eingereichten Belege keine klaren Rückschlüsse auf die in der fraglichen Zeit effektiv ausbezahlten Löhne, liegt Beweislosigkeit zulasten der versicherten Person vor, womit ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung infolge fehlender Beitragszeit verneint werden muss (AVIG-Praxis ALE B148).

3.

Zunächst ist streitig, ob die Beschwerdeführerin die Beitragspflicht erfüllt hat.

3.1 Zwischen den Parteien ist unbestritten und aufgrund der Akten erstellt, dass die Beschwerdeführerin für ihren Sohn tätig gewesen war (AB 68, Beschwerde). Damit gilt sie nicht als arbeitgeberähnliche Person, weshalb ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht bereits aus diesem Grund ausscheidet (vgl. BGE 142 V 263 E. 4.1 S. 266 und E. 5.2 S. 268). Jedoch muss auch von nahen Verwandten arbeitgeberähnlicher Personen der tatsächliche Lohnfluss nachgewiesen sein (E. 2.4). Die dazu gemäss den Verwaltungsweisungen notwendigen weitergehenden Abklärungen sind wegen der drohenden Missbrauchsgefahr im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (vgl. BGE 131 V 444 E. 1.2 S. 447) sachgerecht und nicht gesetzeswidrig, denn sie schliessen nahe Verwandte arbeitgeberähnlicher Personen nicht vom Anspruch aus, sondern spezifizieren lediglich den Nachweis des Lohnflusses. Demzufolge wird allein eine Beweisfrage geregelt.

3.2 Der Beschwerdegegner verneinte die Anspruchsberechtigung mit der Begründung, die Beschwerdeführerin könne in der massgebenden Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 1. November 2015 bis 31. Oktober 2017 keinen tatsächlichen Lohnfluss als Nachweis für eine (mindestens zwölfmonatige) beitragspflichtige Beschäftigung (E. 2.2) belegen (AB 20, Beschwerdeantwort S. 3 Ziff. 4). Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, ihr Sohn habe den Lohn nicht auf ein Bankkonto überwiesen, sondern diesen durch das Finanzieren verschiedener Auslagen (Krankenkasse, Versicherung, Wohnungsmiete) und in Form von Bargeld ausbezahlt. Der Gegenwert sei als Einkommen bei der Ausgleichskasse des Kantons Bern (AKB) deklariert worden (vgl. Beschwerde, AB 68, 71). In diesem Zusammenhang verweist sie auf die Lohnausweise für die Jahre 2015, 2016 und 2017 (AB 33, 69 f.) und die Lohnabrechnungen von Januar 2016 bis Oktober 2017 (AB 37 - 58).

3.3 Vorliegend wurden keine Bank- oder Postbelege beigebracht, die einen Lohnfluss und damit die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäf-

tigung nachzuweisen vermögen (E. 2.4); entsprechende Kontoauszüge bestehen nicht, macht die Beschwerdeführerin doch selber geltend, den Lohn teils bar und teils durch die direkt vom Sohn bezahlten Auslagen bezogen zu haben (E. 3.2). Andere Unterlagen, welche die erwähnten Zahlungen (Krankenkasse, Versicherung, Wohnungsmiete) durch den Sohn belegen könnten, wurden jedoch nicht eingereicht. Sie würden für sich allein auch nicht belegen, dass der Sohn die Zahlungen deshalb getätigt hatte, um eine Lohnforderung der Beschwerdeführerin zu erfüllen. Die Prämienabrechnung der Krankenkasse ist denn auch an den Ehemann und nicht etwa an den Sohn adressiert (AB 36). Der Lohnfluss ist auch nicht dadurch belegt, dass der Sohn für die Beschwerdeführerin ein Einkommen bei der AHV abgerechnet hat (AB 5, 33, 69 f.), denn diese Beitragszahlungen allein bedeuten noch nicht, dass der abgerechnete Lohn wirklich geflossen ist. Dasselbe gilt für die – trotz vorgängiger Aufforderung, sachdienliche Unterlagen zum Nachweis des Lohnflusses einzureichen (AB 72, 79, 92, 123 f.) – erst im Einspracheverfahren vorgelegten Lohnabrechnungen (AB 37 - 58). Die eingereichten Unterlagen stellen allein Parteibehauptungen dar, auf die nicht abgestellt werden kann (E. 2.4).

3.4 Nach dem hiervor Ausgeführten ist der Lohnfluss während der hier massgeblichen Zeit vom 1. November 2015 bis 31. Oktober 2017 nicht erstellt und demnach – entgegen der Auffassung in der Beschwerde – auch keine beitragspflichtige Beschäftigung nachgewiesen, so dass die Beitragszeit gar nicht erfüllt werden konnte (vgl. E. 2.2). Damit fehlt es – von Anfang an – an einer Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 13 Abs. 1 AVIG).

4.

Streitig ist weiter, ob die Beschwerdeführerin die bereits bezogenen Leistungen zurückerstatten muss.

4.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG i.V.m. Art. 95 Abs. 1 AVIG).

4.1.1 Zu Unrecht bezogene Geldleistungen, die auf einer formell rechtskräftigen Verfügung beruhen, können, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind, nur zurückgefordert werden, wenn entweder die für die Wiedererwägung (wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung) oder die für die prozessuale Revision (wegen vorbestandener neuer Tatsachen oder Beweismittel) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 142 V 259 E. 3.2 S. 260, 130 V 318 E. 5.2 S. 320; SVR 2016 ALV Nr. 11 S. 29 E. 3).

4.1.2 Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die Wiedererwägung dient der nachträglichen Korrektur einer ursprünglich unrichtigen Rechtsanwendung oder Sachverhaltsfeststellung durch die Verwaltung (BGE 117 V 8 E. 2c S. 17, SVR 2014 IV Nr. 10 S. 40 E. 4.1). Zweifellos ist die Unrichtigkeit, wenn kein vernünftiger Zweifel daran möglich ist, dass die Verfügung unrichtig war. Es ist nur ein einziger Schluss – derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung – denkbar (vgl. BGE 141 V 405 E. 5.2 S. 414). Eine gesetzwidrige Leistungszusprechung gilt regelmässig als zweifellos unrichtig (BGE 126 V 399 E. 2b bb S. 401).

4.2 Mangels Erfüllung der Beitragszeit bestand von Beginn weg kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (E. 3.4), so dass sich die für die Monate November und Dezember 2017 erbrachten Leistungen als gesetzwidrig und damit zweifellos unrichtig erweisen. Zudem ist die Berichtigung des Betrages von Fr. 1'463.60 (vgl. AB 63) von erheblicher Bedeutung, weshalb die formlos verfügten Leistungszusprechen in Wiedererwägung zu ziehen sind (E. 4.1.2).

Die Beschwerdeführerin hat folglich während der Monate November und Dezember 2017 zu Unrecht Leistungen bezogen und ist hierfür rückerstattungspflichtig (E. 4.1). Die Höhe der Rückforderung von Fr. 1'463.60 (AB 22) ist nicht zu beanstanden (vgl. die Abrechnung in AB 63), sie wird beschwerdeweise denn auch nicht moniert. Über das bereits gestellte Erlassgesuch (AB 19) ist hier nicht zu befinden, da erstinstanzlich nicht das

Gericht, sondern der Versicherungsträger darüber entscheidet (vgl. UELI KIESER, Kommentar zum ATSG, 3. Aufl. 2015, Art. 25 N. 53) und die Verwaltung noch nicht verfügt hat (vgl. Beschwerdeantwort S. 3 Ziff. 4 unten).

5.

Nach dem Dargelegten erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 7. März 2018 (AB 20 ff.) als rechtens und die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

6.

6.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

6.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse Kanton Bern
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung Kanton Bern
 - Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Der Kammerpräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.