

200 21 51 ALV
ACT/SHE/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 8. April 2021

Verwaltungsrichter Ackermann, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Furrer
Gerichtsschreiber Schnyder

A. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern
Arbeitslosenkasse, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 23. Dezember 2020



Sachverhalt:

A.

Die 1957 geborene A. _____ (nachfolgend Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) arbeitete vom 1. August 2016 bis zum 31. Juli 2020 bei der B. _____ GmbH ... (Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [nachfolgend AVA bzw. Beschwerdegegner; act. II] 105) und war von November/Dezember 2018 bis August 2020 als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (act. II 31-33; vgl. auch www.zefix.ch). Am 24. Juli 2020 (act. II 86-87) meldete sie sich zur Arbeitsvermittlung an und am 3. August 2020 (act. II 107-110) stellte sie Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. August 2020. Mit Verfügung vom 5. Oktober 2020 (act. II 45-47) verneinte das AVA einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, da während der Rahmenfrist für die Beitragszeit keine beitragspflichtige Beschäftigung nachgewiesen sei. Die dagegen erhobene Einsprache (act. II 41-42) wies es mit Entscheid vom 23. Dezember 2020 (act. II 25-30) ab.

B.

Mit Eingabe vom 14. Januar 2021 erhob die Versicherte dagegen Beschwerde. Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und die Zusprache von Arbeitslosenentschädigung.

Der Beschwerdegegner schliesst am 12. Februar 2021 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 Abs. 1 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 Anfechtungsgegenstand bildet der Einspracheentscheid vom 23. Dezember 2020 (act. II 25-30). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und in diesem Zusammenhang die Erfüllung der Beitragszeit.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). Sie beurteilen offensichtlich begründete oder offensichtlich unbegründete Fälle in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 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 Die versicherte Person hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie – unter anderem – die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG).

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). Was eine beitragspflichtige Beschäftigung ist, ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG. Danach ist für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig, wer nach AHVG versichert und für Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist (BGE 122 V 249 E. 2b S. 251).

2.2 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; SVR 2020 ALV Nr. 16 S. 51 E. 4; ARV 2008 S. 150 E. 5).

Gemäss der vom Staatssekretariat für Wirtschaft seco herausgegebenen AVIG-Praxis ALE (abrufbar unter www.arbeit.swiss, Rubrik: Arbeitgeber/Publikationen/Kreisschreiben/AVIG-Praxis) muss die Arbeitslosenkasse bei Personen, die vor ihrer Arbeitslosigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung

innehalten, hinsichtlich des Lohnflusses weitergehende Abklärungen treffen (AVIG-Praxis ALE B32 i.V.m. B146 ff.; zur Verbindlichkeit von Verwaltungsweisungen für das Gericht vgl. BGE 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228). 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 lautendes Post- oder Bankkonto. Bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (BGE 131 V 444 E. 1.2 S. 447).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin hat sich am 3. August 2020 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 1. August 2020 angemeldet (act. II 107-110). Damit umfasst die Rahmenfrist für die Beitragszeit die Periode vom 1. August 2018 bis zum 31. Juli 2020. Während dieser Zeit muss nach Art. 13 Abs. 1 AVIG eine beitragspflichtige Beschäftigung von mindestens zwölf Monaten ausgeübt worden sein (vgl. E. 2.1 hiavor).

3.2 Die Beschwerdeführerin war bis Ende August 2020 als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift der B. _____ GmbH ... im Handelsregister eingetragen (act. II 31-33; vgl. auch www.zefix.ch), wobei diese Gesellschaft gleichzeitig ihre Arbeitgeberin war (act. II 108 Ziff. 14; vgl. auch act. II 105-106). Damit ist die Beschwerdeführerin eine sogenannte arbeitgeberähnliche Person, was weitere Abklärungen über den Lohnfluss seitens des Beschwerdegegners nötig macht (vgl. E. 2.2 hiavor); notwendig für die Erfüllung der Beitragspflicht ist denn auch, dass „nachweislich und tatsächlich“ ein Lohn geflossen ist (BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 59 unten).

3.3 Ein schriftlicher Arbeitsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Gesellschaft existiert nicht, sondern das Arbeitsverhältnis wurde

mündlich eingegangen (act. II 85). Dieser Umstand schadet jedoch nicht, da ein Arbeitsvertrag formlos, d.h. auch mündlich, abgeschlossen werden kann (Art. 320 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]). Wenn in der Einsprache vom 8. Oktober 2020 davon die Rede ist, dass „wir per Mandat arbeiteten“ (act. II 42), ist damit die Gesellschaft gemeint, welche Mandate ausgeführt hat (was aufgrund des Zusammenhangs in der Einsprache klar ersichtlich wird) und nicht etwa – wie in der Beschwerdeantwort S. 5 angenommen –, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen eines Auftrages für die GmbH tätig gewesen wäre (abgesehen davon, dass die zivilrechtliche Natur des Verhältnisses für die sozialversicherungsrechtliche Stellung als Arbeitnehmer nicht massgebend ist; vgl. BGE 144 V 111 E. 4.2 S. 112 betreffend AHV).

3.4 Erstellt ist, dass die Lohnzahlungen nicht regelmässig im Sinne von monatlichen Zahlungen erfolgten (vgl. Einsprache vom 8. Oktober 2020 [act. II 42] sowie Beschwerde S. 1), was den Lohnfluss jedoch nicht per se ausschliesst. Die Beschwerdeführerin hat denn auch den Grund für die unregelmässigen Lohnbezüge genannt, nämlich dass diese erst bei Begleichung der Rechnungen durch die Kunden möglich waren (act. II 42). Immerhin fällt für das Jahr 2019 auf, dass der „ordentliche Lohn“ (act. II 103) bereits im Mai 2019 auf dem Konto der Beschwerdeführerin einging (act. II 72) und im Dezember 2019 der Bonus (act. II 104) bezahlt wurde (act. II 71), nachdem es sich offensichtlich um ein gutes Geschäftsjahr gehandelt hatte (vgl. Einsprache vom 8. Oktober 2020 [act. II 41]). Ob der Lohn im Voraus frankenmässig vereinbart worden ist oder nicht (vgl. Beschwerdeantwort S. 5), kann offen bleiben, denn im Rahmen des Vertrages ist ein effektiver Lohnfluss für die hier fragliche Zeitspanne vom 1. August 2018 bis zum 31. Juli 2020 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen:

- Im Lohnausweis vom 31. Dezember 2018 ist für 2018 ein Bruttolohn von Fr. 123'416.-- resp. ein Nettolohn von Fr. 110'500.-- aufgeführt (act. II 13). Diese Zahlen decken sich mit der Arbeitgeberbescheinigung vom 12. August 2020, welche einen Bruttolohn von insgesamt Fr. 123'415.95 erwähnt (act. II 106 Ziff. 16) sowie dem Eintrag im Individuellen Konto von Fr. 123'415.-- (act. II 51, 55), wobei die Differenz von fünf Rappen bzw. einem Franken offen-

sichtlich auf Rundungen zurückzuführen ist und nichts an der Glaubwürdigkeit des Lohnflusses ändert. Schliesslich – und entscheidend – ist gemäss den Gutschriftanzeigen erstellt, dass auf dem Bankkonto der Beschwerdeführerin für 2018 im Juni 2018 Fr. 70'000.-- (act. II 18) und im September 2018 Fr. 40'000.-- (act. II 19) von der Arbeitgebergesellschaft eingegangen sind, wobei für den ersten Betrag als Zahlungsgrund „Salaer“ angegeben wurde. Nichts an der Glaubwürdigkeit dieses Lohnflusses ändert der ungewöhnliche Bruttolohn: Einerseits sind die Vertragsparteien in der Lohngestaltung grundsätzlich frei, andererseits war hier für die Parteien offensichtlich der Nettolohn massgebend und es wurde ausgehend von diesem Betrag der Bruttolohn festgesetzt.

- Im Lohnblatt vom 15. Mai 2019 ist für 2019 ein Bruttolohn von Fr. 80'778.55 resp. ein Nettolohn von Fr. 70'000.-- aufgeführt (act. II 103); zusätzlich liegt ein Lohnblatt vom 23. Dezember 2019 in den Akten, wonach im Dezember ein Bonus von brutto Fr. 53'319.10 resp. von netto Fr. 50'000.-- abgerechnet worden ist (act. II 104). Diese Zahlen decken sich einerseits mit der Arbeitgeberbescheinigung vom 12. August 2020, welche einen Bruttolohn von insgesamt Fr. 134'097.65 erwähnt (act. II 106 Ziff. 16), sowie dem Eintrag im Individuellen Konto von Fr. 134'097.-- (act. II 51, 55) und im Lohnausweis vom 31. Dezember 2019 von brutto Fr. 134'098.-- resp. netto Fr. 120'500.-- (act. II 67), wobei die letztere Differenz von Fr. 500.-- nichts an der Glaubwürdigkeit des Lohnflusses ändert. Entscheidend und gemäss den Gutschriftanzeigen erstellt ist, dass auch im Jahr 2019 auf dem Bankkonto der Beschwerdeführerin im Mai 2019 ein Betrag von Fr. 70'000.-- (act. II 72) und im Dezember 2019 ein solcher von Fr. 50'000.-- (act. II 71) der Arbeitgebergesellschaft eingegangen ist, wobei als Zahlungsgrund „Salaer“ bzw. „Bonus 2019“ angegeben wurde. Nichts an der Glaubwürdigkeit dieses Lohnflusses ändert – wie bereits betreffend das Jahr 2018 dargelegt – der ungewöhnliche Bruttolohn.
- Für das Jahr 2020 ist im Lohnblatt vom 24. Juli 2020 ein Bruttolohn von Fr. 14'931.55 resp. ein Nettolohn von Fr. 10'000.-- aufge-

führt (act. II 102), was sich mit der Angabe in der Arbeitgeberbescheinigung vom 12. August 2020 (Fr. 14'931.--; act. II 106 Ziff. 16) sowie der am 2. Juli 2020 erfolgten Gutschrift auf dem Bankkonto der Beschwerdeführerin deckt (Fr. 10'000.--; act. II 70).

3.5 Aufgrund des Dargelegten ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin im vorliegend massgebenden Zeitraum vom 1. August 2018 bis zum 31. Juli 2020 tatsächlich Lohnzahlungen, die entgegen dem Beschwerdegegner (Beschwerdeantwort S. 5) den Jahren bzw. Monaten (Jahreslohnsumme geteilt durch 12 Monate) zugerechnet werden können, erhalten und damit die Beitragszeit erfüllt hat, womit die Beschwerde offensichtlich begründet ist. In Gutheissung der Beschwerde geht die Sache daher an den Beschwerdegegner zurück, damit er die weiteren Voraussetzungen des Anspruchs auf Taggelder prüfe und anschliessend neu verfüge.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61^{fbis} ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Da der Aufwand der Beschwerdeführung nicht den Rahmen dessen überschritt, was der Einzelne üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (BGE 127 V 205 E. 4b S. 207), hat die Beschwerdeführerin trotz ihres Ob-siegens keinen Anspruch auf eine Partei- bzw. Umtriebesentschädigung.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid des AVA vom 23. Dezember 2020 aufgehoben und die Sache an die Verwaltung zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen vorgehe.

2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteien-schädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern,
Arbeitslosenkasse
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Der Kammerpräsident:

Der Gerichtsschreiber:

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.