

# SO\_GERICHTE VSBES.2021.4 vom 13. Juli 2021

SO Obergericht, 2021-07-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VSBES.2021.4\\_d20210713](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VSBES.2021.4_d20210713)

FR: SO\_GERICHTE VSBES.2021.4 du 13 juillet 2021

IT: SO\_GERICHTE VSBES.2021.4 del 13 luglio 2021

## Regeste

Verneinung der Anspruchsberechtigung

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Die Sachurteilsvoraussetzungen (zulässiges Anfechtungsobjekt, Einhaltung von Frist und Form, örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, Legitimation) sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Bei der Beurteilung des Falles ist grundsätzlich auf den Sachverhalt abzustellen, der bis zum Erlass des angefochtenen Einspracheentscheides am 24. November 2020 eingetreten ist (BGE 121 V 362 E. 1b S. 366).

### E. 2

2.1 Versicherte, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, finanziell am Betrieb beteiligte Personen oder Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten, haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 3 lit. c Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG, SR 837.0]). Diese Regelung nebst der dazu entwickelten Rechtsprechung findet analog auch auf die Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG Anwendung: Wenn ein Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann, so hat er insbesondere die Möglichkeit, sich bei Bedarf wieder in seiner Firma anzustellen und damit seine Arbeitslosigkeit nach eigenem Belieben zu verlängern oder zu beenden. Unter solchen Umständen besteht kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b S. 239; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genf 2014, Art. 10 N 18 und 19 sowie Art. 31 N 40). Anders verhält es sich, wenn nicht nur das Arbeitsverhältnis gekündigt, sondern auch der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist; dasselbe gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbesteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig jene Eigenschaften verliert, derentwegen er vom Leistungsanspruch ausgenommen wäre (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b S. 238 f.). Entscheidend ist der Zeitpunkt des effektiven Rücktritts von der arbeitgeberähnlichen Position, welcher unmittelbar wirksam ist, und nicht die Löschung des Eintrags der betreffenden Person im Handelsregister (Rubin, a.a.O., Art. 10 N 32 und Art. 31 N 42; Urteil des Bundesgerichts 8C\_478/2018 vom 16. August 2018 E. 3.2).

Die mitarbeitenden Ehegatten, die aus dem Betrieb ■ welcher vom anderen Ehepartner weitergeführt wird ■ ausgeschieden sind, gelten erst dann als anspruchsberechtigt, wenn sie

entweder mindestens eine sechsmonatige beitragspflichtige Beschäftigung nach Aufgabe der Tätigkeit im ehelichen Betrieb ausgeübt haben oder die Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten alleine ausserhalb des ehelichen Betriebes erfüllen (AVIG-Praxis ALE B31).

2.2 Wer Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erheben will, muss die Beitragszeit erfüllt haben oder von deren Erfüllung befreit sein (Art. 8 Abs. 1 lit. e Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG, SR 837.0]). Die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der Beitragsrahmenfrist während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG), selbst wenn der Arbeitgeber die für diese Zeit geschuldeten, vom ihm zu entrichtenden paritätischen Beiträge nicht an die Ausgleichskasse weitergeleitet hat (vgl. BGE 131 V 444 E. 3.1.1 S. 449; Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich 2019, S. 59). Diese Rahmenfrist beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person erstmals sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (vgl. Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 AVIG).

2.3 Die beitragspflichtige Beschäftigung muss bewiesen oder zumindest überwiegend wahrscheinlich sein (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 62; Rubin, a.a.O., Art. 13 N 19). Fehlt es daran, so ist das Anspruchserfordernis der erfüllten Beitragszeit nicht gegeben (BGE 131 V 444 E. 3.2.2 S. 451). Soweit eine beitragspflichtige Beschäftigung erstellt, der exakte ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 60).

2.4 Die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung muss genügend überprüfbar sein, um Missbräuche zu verhindern (BGE 131 V 444 E. 3.2.2 S. 451), namentlich durch fiktive Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (a.a.O. E. 1.2 S. 447). Der Nachweis effektiver Lohnzahlungen stellt dabei keine selbstständige Anspruchsvoraussetzung dar, sondern nur ein ■ allerdings bedeutsames und u.U. ausschlaggebendes ■ Indiz für eine beitragspflichtige Beschäftigung (a.a.O. E. 3.2.2 S. 451 und E. 3.3 S. 453; vgl. auch Rubin, a.a.O., Art. 13 N 18).

Bei einer versicherten Person, die vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung eine arbeitgeberähnliche Stellung besass, muss die Arbeitslosenkasse weitergehende Abklärungen darüber treffen, ob der vereinbarte Lohn tatsächlich ausbezahlt wurde. Diese Abklärungspflicht erstreckt sich auch auf die mitarbeitenden Ehegatten und Partner sowie die nahen Verwandten von arbeitgeberähnlichen Personen (AVIG-Praxis ALE B32 und B146, in der ab 1. Oktober 2012 geltenden Fassung; vgl. auch Rubin, a.a.O., Art. 13 N 19).

### **E. 2.1**

hievord; siehe auch AVIG-Praxis ALE B27). Ein allfälliger Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung könnte daher, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, an diesem Zeitpunkt beginnen (siehe beispielsweise Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 36/03 vom 22. August 2003 E. 3). Die Beschwerdeführerin macht daher zu Recht geltend, dass ein Anspruch ab dem 10. März 2020 (und nicht, wie von der Beschwerdegegnerin angeführt, ab 11. März 2020) zu prüfen sei (vgl. E. II. 3.6 hievord).

Was die im Einspracheentscheid vom 24. November 2020 (vgl. E. II. 3.3 hievord) angerufene Weisung in AVIG-Praxis ALE B31 (Erfordernis einer sechsmonatigen Beitragszeit ausserhalb des ehelichen Betriebes; vgl. E. II. 2.1 in fine) anbelangt, bleibt

dafür ■ wie mit Beschwerde und Beschwerdeantwort zutreffend erkannt wurde (vgl. E. II. 3.4 und 3.5 hievore) ■ aufgrund der endgültigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung des Ehemannes der Beschwerdeführerin für die Zeit ab 10. März 2020 kein Raum.

Die Beschwerdeführerin erklärt sich im Übrigen mit den in der Beschwerdeantwort gestellten Anträgen einverstanden, obschon sie den Lohnfluss und die Beitragszeit an sich als erwiesen erachtet (vgl. E. I. 4 und E. II. 3.6 hievore). Die Parteien beantragen somit übereinstimmend die Rückweisung der Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin zwecks weiterer Abklärung und Neuverfügung (vgl. E. I. 3 f. und E. II. 3.5 f. hievore).

5. Nach dem Gesagten ist der Einspracheentscheid vom 24. November 2020 insoweit aufzuheben, als damit ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 10. März 2020 verneint wird. Die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 10. März 2020 neu prüfe. Die Beschwerde ist in diesem Sinne gutzuheissen.

### **E. 3**

3.1 Die Beschwerdegegnerin führt in der Verfügung vom 20. März 2020 (ALK-Nr. 2) aus, die Beschwerdeführerin sei während der Rahmenfrist für die Beitragszeit (1. November 2017 bis 31. Oktober 2019) vom 1. März 2018 bis 30. Juni 2019 in einem Arbeitsverhältnis mit der B.\_\_\_\_ GmbH gestanden, was grundsätzlich eine Beitragszeit von 16 Monaten ergebe. Bei diesem Arbeitsverhältnis sei der Ehemann der Beschwerdeführerin, Herr D.\_\_\_\_, bis zur Konkureröffnung am 10. März 2020 als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift eingetragen gewesen. Da die Beschwerdeführerin den Lohnfluss als mitarbeitende Ehegattin nicht nachweisen könne, sei dieses Arbeitsverhältnis nicht als beitragspflichtige Beschäftigung anzusehen und somit nicht als Beitragszeit anzurechnen. Ausser dieser Tätigkeit könne die Beschwerdeführerin ein Arbeitsverhältnis mit der C.\_\_\_\_ GmbH nachweisen, welches vom 1. Juli 2019 bis 31. Oktober 2019 gedauert habe. Es könnten damit lediglich vier Monate Beitragszeit angerechnet werden, womit die Mindestbeitragszeit von 12 Monaten nicht erfüllt sei. Ein Grund für eine Beitragsbefreiung liege nicht vor. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. November 2019 sei daher zu verneinen.

3.2 Mit Einsprache vom 19. Mai 2020 (ALK-Nr. 3) wird zusammenfassend festgehalten, die Beschwerdeführerin habe sowohl ihren grundsätzlichen Leistungsanspruch (Beitragszeit von 20 Monaten innerhalb der Rahmenfrist) rechtsgenügend nachgewiesen als auch die erforderlichen Belege für die Festsetzung der Höhe ihres Taggeldanspruches durch die von ihr ins Recht gelegten Dokumente beigebracht.

3.3 Im Einspracheentscheid vom 24. November 2020 (A.S. 1 ff.) wird erwogen, die Frage nach dem effektiven Lohnfluss könne offenbleiben, da bereits aufgrund fehlender sechsmonatiger Beitragszeit ausserhalb des ehelichen Betriebes (B.\_\_\_\_ GmbH) der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen sei (Hinweis auf AVIG-Praxis ALE B31).

3.4 In der Beschwerdeschrift vom 11. Januar 2021 (A.S. 11 ff.) wird vorgebracht, die Beschwerdegegnerin verkenne bei ihrer Argumentation, dass dieses zusätzliche Erfordernis einer sechsmonatigen Tätigkeit nach Aufgabe der Arbeit in arbeitgeberähnlicher Stellung nur für die Zeit gelte, als der Ehegatte der Beschwerdeführerin noch im fraglichen Betrieb eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe. Mit dem Konkurs der B.\_\_\_\_ GmbH sei

dieses zusätzliche Erfordernis für die Leistungsansprüche der Beschwerdeführerin ab 10. März 2020 hinfällig (Hinweis auf AVIG-Praxis ALE B22). Da die Situation so zu beurteilen sei, wie sie sich im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung präsentiert habe, hätte somit die Beschwerdegegnerin in ihrem Einspracheentscheid auch die Leistungsansprüche der Beschwerdeführerin ab 10. März 2020 beurteilen müssen. Ein blosses Obiter dictum, in welchem sich die Beschwerdegegnerin nicht wirklich mit der Argumentation der Beschwerdeführerin auseinandersetze, sei als Begründung offensichtlich unzureichend. Die Beschwerdegegnerin, die offenbar nicht erkannt habe, dass das Erfordernis einer sechsmonatigen Tätigkeit in einem Drittbetrieb mit der Konkurseröffnung über die B.\_\_\_\_ GmbH am 10. März 2020 entfallen sei, verletze damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin. Letztlich werde der fehlende Nachweis einer versicherten Erwerbstätigkeit alleine mit dem Umstand begründet, dass die Lohnzahlungen teilweise gleich nach Eingang auf dem Lohnkonto der Beschwerdeführerin wieder bezogen worden seien. Es dürfe wohl unbestritten sein, dass der Arbeitnehmer mit seinem Lohn nach der Überweisung machen könne, was er wolle, ohne dass er dadurch seiner Ansprüche gegenüber der Arbeitslosenkasse verlustig gehe. Die Beschwerdegegnerin habe überdies die Anforderungen an den Beweis für eine versicherte Tätigkeit in unzulässiger Weise weit überspannt und zudem Unterlagen eingefordert, die im Abklärungszeitpunkt noch gar nicht hätten existieren können. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin sowohl den Lohnfluss als auch die gehörige Abrechnung dieses Lohnflusses nachgewiesen habe, womit sie ab dem 10. März 2020 Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenkasse nach Massgabe ihrer beitragspflichtigen Löhne habe.

3.5 Mit Beschwerdeantwort vom 1. März 2021 (A.S. 29 ff.) hält die Beschwerdegegnerin fest, es sei unbestritten, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin, Herr D.\_\_\_\_, als Gesellschafter und Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister eingetragen gewesen und ihm damit eine arbeitgeberähnliche Stellung zugekommen sei. Ebenfalls unbestritten sei, dass über die B.\_\_\_\_ GmbH am 10. März 2020 der Konkurs eröffnet worden sei. Von der Beschwerdeführerin werde nicht mehr bestritten, dass sie aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung ihres Ehemannes bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung aufgrund der analogen Anwendbarkeit von Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Jedoch mache sie aufgrund der Konkurseröffnung über die B.\_\_\_\_ GmbH einen Anspruch ab dem 11. März 2020 geltend. Leider sei im Einspracheentscheid vom 24. November 2020 nicht berücksichtigt worden, dass am 10. März 2020 über die B.\_\_\_\_ GmbH der Konkurs eröffnet worden sei und der Beschwerdeführerin damit die arbeitgeberähnliche Stellung ihres Mannes nicht mehr entgegengehalten werden könne, sondern ab diesem Zeitpunkt der Frage des Lohnflusses und der Berücksichtigung der geltend gemachten Beitragszeit bei der B.\_\_\_\_ GmbH für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 11. März 2020 relevante Bedeutung zukomme. Die Frage des Lohnflusses respektive der genügenden Beitragszeit sei jedoch im Einspracheentscheid vom 24. November 2020 ausdrücklich offengelassen worden. Deshalb sei es leider auch unterlassen worden, im Einspracheverfahren weitere notwendige Abklärungen zur Klärung der Beitragszeit und des Lohnflusses vorzunehmen. Es bestünden erhebliche Zweifel, ob die B.\_\_\_\_ GmbH tatsächlich eine aktive Geschäftstätigkeit ausgeübt und die Beschwerdeführerin vom 1. März 2018 bis zum 30. Juni 2019 eine beitragspflichtige Beschäftigung in diesem Unternehmen ausgeführt habe (vgl. dazu Ziff. 3 ff. der Beschwerdeantwort). Aus Sicht der Beschwerdegegnerin fehlten jedoch notwendige Informationen und Unterlagen, um eine abschliessende Beurteilung vornehmen

zu können. Aus diesem Grund beantrage die Beschwerdegegnerin, das Beschwerdedossier an sie zurückzuweisen, damit sie die erforderlichen Abklärungen vornehmen und den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 11. März 2020 neu prüfen könne.

3.6 Mit Replik vom 29. April 2021 (A.S. 45 ff.) bestreitet die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Beschwerdegegnerin in den Ziff. 2 ■ 5 der Beschwerdeantwort (vgl. Replik, Ziff. 4 ■ 16). Der Nachweis des Lohnflusses sei vorliegend erbracht, womit die Beschwerdeführerin trotz ihrer ehemals arbeitgeberähnlichen Stellung Anspruch auf Arbeitslosengeld habe, ohne dass es hierfür noch weiterer Abklärungen bedürfe (Replik, Ziff. 3). Gleichzeitig beantragt die Beschwerdeführerin grundsätzlich die Gutheissung der mit Beschwerdeantwort gestellten Anträge, d.h. die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides und die Rückweisung der Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin «zur Prüfung und Festsetzung der Leistungsansprüche der Beschwerdeführerin» (A.S. 46 oben). Sie sei allerdings der Auffassung, dass ihr Leistungsanspruch bereits am Tag des Konkurses der B.\_\_\_\_ GmbH, also dem 10. März 2020, und nicht erst am Folgetag beginne (Replik, Ziff. 17). Die Beschwerdeführerin hoffe, mit ihren Ausführungen aufgezeigt zu haben, dass die Verdächtigungen und Unterstellungen der Beschwerdegegnerin deplatziert seien. Entsprechend gebe sie ihrer Hoffnung Ausdruck, dass das Verwaltungsverfahren nach der auch von der Beschwerdegegnerin beantragten Rückweisung der Angelegenheit ordnungsgemäss geführt und ihr entsprechend die bereits über ein Jahr ausstehenden Taggeldansprüche zeitnah ausbezahlt würden.

4. Nach dem Gesagten sind sich die Parteien darin einig und ergibt sich auch aus den Akten, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin, D.\_\_\_\_, als Gesellschafter und Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ GmbH bis zur Konkurseröffnung über die Gesellschaft am 10. März 2020 (vgl. ALK-Nr. 4 mit dem Auszug aus den Handelsregister) eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte, sodass die Beschwerdeführerin als mitarbeitende Ehegattin bis zur Konkurseröffnung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hatte (analoge Anwendbarkeit von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG; vgl. E. II. 2.1 hievor).

Mit der Konkurseröffnung über die B.\_\_\_\_ GmbH wurde die Gesellschaft mit Wirkung ab 10. März 2020 aufgelöst (vgl. ALK-Nr. 4). Demnach hat der Ehemann der Beschwerdeführerin seine arbeitgeberähnliche Stellung am 10. März 2020 endgültig aufgegeben (vgl. E. II).

#### **E. 4**

Das Beschwerdedossier sei an die Öffentliche Arbeitslosenkasse zurückzuweisen, damit sie den Anspruch ab dem 11. März 2020 neu prüfe.

#### **E. 5**

Es sei eine angemessene Parteientschädigung auszurichten. 4. Mit Replik vom 29. April 2021 (A.S. 45 ff.) lässt die Beschwerdeführerin folgende Rechtsbegehren stellen: 1. Es sei in Gutheissung der Anträge des Beschwerdegegners – mit der Präzisierung, dass bereits per 10. März 2020 (und nicht erst 11. März 2020) das Hindernis der arbeitgeberähnlichen Stellung weggefallen und damit ab diesem Datum der Leistungsanspruch der Beschwerdeführerin zu prüfen und zu berechnen sein wird – in Gutheissung der Beschwerde der Einspracheentscheid vom 24. November 2020 aufzuheben und die Angelegenheit zur Prüfung und Festsetzung der Leistungsansprüche der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. 2. Es seien die ordentlichen Kosten – soweit denn solche überhaupt anfallen sollten – dem

Beschwerdegegner aufzuerlegen und es sei der Beschwerdegegner, wie auch von ihm beantragt, zur Zahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten. Diese sei gestützt auf die beiliegende Rechnung auf CHF 4'141.85 (inkl. Auslagen und MwSt) festzusetzen. 5. Die Beschwerdegegnerin verzichtet in der Folge auf eine Duplik (vgl. A.S. 53). 6. Auf die Ausführungen in den Rechtsschriften der Parteien wird im Folgenden, soweit erforderlich, eingegangen. Im Übrigen wird auf die Akten verwiesen. II. 1. 1.1 Die Sachurteilsvoraussetzungen (zulässiges Anfechtungsobjekt, Einhaltung von Frist und Form, örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, Legitimation) sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten. 1.2 Bei der Beurteilung des Falles ist grundsätzlich auf den Sachverhalt abzustellen, der bis zum Erlass des angefochtenen Einspracheentscheides am 24. November 2020 eingetreten ist (BGE 121 V 362 E. 1b S. 366). 2. 2.1 Versicherte, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, finanziell am Betrieb beteiligte Personen oder Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten, haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 3 lit. c Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG, SR 837.0]). Diese Regelung nebst der dazu entwickelten Rechtsprechung findet analog auch auf die Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG Anwendung: Wenn ein Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann, so hat er insbesondere die Möglichkeit, sich bei Bedarf wieder in seiner Firma anzustellen und damit seine Arbeitslosigkeit nach eigenem Belieben zu verlängern oder zu beenden. Unter solchen Umständen besteht kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b S. 239; Boris Rubin, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, Genf 2014, Art. 10 N 18 und 19 sowie Art. 31 N 40). Anders verhält es sich, wenn nicht nur das Arbeitsverhältnis gekündigt, sondern auch der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist; dasselbe gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbesteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig jene Eigenschaften verliert, derentwegen er vom Leistungsanspruch ausgenommen wäre (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b S. 238 f.). Entscheidend ist der Zeitpunkt des effektiven Rücktritts von der arbeitgeberähnlichen Position, welcher unmittelbar wirksam ist, und nicht die Löschung des Eintrags der betreffenden Person im Handelsregister (Rubin, a.a.O., Art. 10 N 32 und Art. 31 N 42; Urteil des Bundesgerichts 8C\_478/2018 vom 16. August 2018 E. 3.2). Die mitarbeitenden Ehegatten, die aus dem Betrieb – welcher vom anderen Ehepartner weitergeführt wird – ausgeschieden sind, gelten erst dann als anspruchsberechtigt, wenn sie entweder mindestens eine sechsmonatige beitragspflichtige Beschäftigung nach Aufgabe der Tätigkeit im ehelichen Betrieb ausgeübt haben oder die Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten alleine ausserhalb des ehelichen Betriebes erfüllen (AVIG-Praxis ALE B31). 2.2 Wer Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erheben will, muss die Beitragszeit erfüllt haben oder von deren Erfüllung befreit sein (Art. 8 Abs. 1 lit. e Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG, SR 837.0]). Die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der Beitragsrahmenfrist während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG), selbst wenn der Arbeitgeber die für diese Zeit geschuldeten, vom ihm zu entrichtenden paritätischen Beiträge nicht an die Ausgleichskasse weitergeleitet hat (vgl. BGE 131 V 444 E. 3.1.1 S. 449; Barbara Kupfer Bucher, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG*, 5.

Aufl., Zürich 2019, S. 59). Diese Rahmenfrist beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person erstmals sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (vgl. Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 AVIG).

2.3 Die beitragspflichtige Beschäftigung muss bewiesen oder zumindest überwiegend wahrscheinlich sein (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 62; Rubin, a.a.O., Art. 13 N 19). Fehlt es daran, so ist das Anspruchserfordernis der erfüllten Beitragszeit nicht gegeben (BGE 131 V 444 E. 3.2.2 S. 451). Soweit eine beitragspflichtige Beschäftigung erstellt, der exakte ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 60).

2.4 Die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung muss genügend überprüfbar sein, um Missbräuche zu verhindern (BGE 131 V 444 E. 3.2.2 S. 451), namentlich durch fiktive Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (a.a.O. E. 1.2 S. 447). Der Nachweis effektiver Lohnzahlungen stellt dabei keine selbstständige Anspruchsvoraussetzung dar, sondern nur ein – allerdings bedeutsames und u.U. ausschlaggebendes – Indiz für eine beitragspflichtige Beschäftigung (a.a.O. E. 3.2.2 S. 451 und E. 3.3 S. 453; vgl. auch Rubin, a.a.O., Art. 13 N 18). Bei einer versicherten Person, die vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung eine arbeitgeberähnliche Stellung besass, muss die Arbeitslosenkasse weitergehende Abklärungen darüber treffen, ob der vereinbarte Lohn tatsächlich ausbezahlt wurde. Diese Abklärungspflicht erstreckt sich auch auf die mitarbeitenden Ehegatten und Partner sowie die nahen Verwandten von arbeitgeberähnlichen Personen (AVIG-Praxis ALE B32 und B146, in der ab 1. Oktober 2012 geltenden Fassung; vgl. auch Rubin, a.a.O., Art. 13 N 19).

3. 3.1 Die Beschwerdegegnerin führt in der Verfügung vom 20. März 2020 (ALK-Nr. 2) aus, die Beschwerdeführerin sei während der Rahmenfrist für die Beitragszeit (1. November 2017 bis 31. Oktober 2019) vom 1. März 2018 bis 30. Juni 2019 in einem Arbeitsverhältnis mit der B.\_\_\_\_ GmbH gestanden, was grundsätzlich eine Beitragszeit von 16 Monaten ergebe. Bei diesem Arbeitsverhältnis sei der Ehemann der Beschwerdeführerin, Herr D.\_\_\_\_, bis zur Konkurseröffnung am 10. März 2020 als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift eingetragen gewesen. Da die Beschwerdeführerin den Lohnfluss als mitarbeitende Ehegattin nicht nachweisen könne, sei dieses Arbeitsverhältnis nicht als beitragspflichtige Beschäftigung anzusehen und somit nicht als Beitragszeit anzurechnen. Ausser dieser Tätigkeit könne die Beschwerdeführerin ein Arbeitsverhältnis mit der C.\_\_\_\_ GmbH nachweisen, welches vom 1. Juli 2019 bis 31. Oktober 2019 gedauert habe. Es könnten damit lediglich vier Monate Beitragszeit angerechnet werden, womit die Mindestbeitragszeit von 12 Monaten nicht erfüllt sei. Ein Grund für eine Beitragsbefreiung liege nicht vor. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. November 2019 sei daher zu verneinen.

3.2 Mit Einsprache vom 19. Mai 2020 (ALK-Nr. 3) wird zusammenfassend festgehalten, die Beschwerdeführerin habe sowohl ihren grundsätzlichen Leistungsanspruch (Beitragszeit von 20 Monaten innerhalb der Rahmenfrist) rechtsgenügend nachgewiesen als auch die erforderlichen Belege für die Festsetzung der Höhe ihres Taggeldanspruches durch die von ihr ins Recht gelegten Dokumente beigebracht.

3.3 Im Einspracheentscheid vom 24. November 2020 (A.S. 1 ff.) wird erwogen, die Frage nach dem effektiven Lohnfluss könne offenbleiben, da bereits aufgrund fehlender sechsmonatiger Beitragszeit ausserhalb des ehelichen Betriebes (B.\_\_\_\_ GmbH) der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen sei (Hinweis auf AVIG-Praxis ALE B31).

3.4 In der Beschwerdeschrift vom 11. Januar 2021 (A.S. 11 ff.) wird vorgebracht, die Beschwerdegegnerin verkenne bei ihrer Argumentation, dass dieses zusätzliche Erfordernis einer sechsmonatigen Tätigkeit nach Aufgabe der Arbeit in

arbeitgeberähnlicher Stellung nur für die Zeit gelte, als der Ehegatte der Beschwerdeführerin noch im fraglichen Betrieb eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe. Mit dem Konkurs der B.\_\_\_\_ GmbH sei dieses zusätzliche Erfordernis für die Leistungsansprüche der Beschwerdeführerin ab 10. März 2020 hinfällig (Hinweis auf AVIG-Praxis ALE B22). Da die Situation so zu beurteilen sei, wie sie sich im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung präsentiert habe, hätte somit die Beschwerdegegnerin in ihrem Einspracheentscheid auch die Leistungsansprüche der Beschwerdeführerin ab 10. März 2020 beurteilen müssen. Ein blosses Obiter dictum, in welchem sich die Beschwerdegegnerin nicht wirklich mit der Argumentation der Beschwerdeführerin auseinandersetze, sei als Begründung offensichtlich unzureichend. Die Beschwerdegegnerin, die offenbar nicht erkannt habe, dass das Erfordernis einer sechsmonatigen Tätigkeit in einem Drittbetrieb mit der Konkurseröffnung über die B.\_\_\_\_ GmbH am 10. März 2020 entfallen sei, verletze damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin. Letztlich werde der fehlende Nachweis einer versicherten Erwerbstätigkeit alleine mit dem Umstand begründet, dass die Lohnzahlungen teilweise gleich nach Eingang auf dem Lohnkonto der Beschwerdeführerin wieder bezogen worden seien. Es dürfe wohl unbestritten sein, dass der Arbeitnehmer mit seinem Lohn nach der Überweisung machen könne, was er wolle, ohne dass er dadurch seiner Ansprüche gegenüber der Arbeitslosenkasse verlustig gehe. Die Beschwerdegegnerin habe überdies die Anforderungen an den Beweis für eine versicherte Tätigkeit in unzulässiger Weise weit überspannt und zudem Unterlagen eingefordert, die im Abklärungszeitpunkt noch gar nicht hätten existieren können. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin sowohl den Lohnfluss als auch die gehörige Abrechnung dieses Lohnflusses nachgewiesen habe, womit sie ab dem 10. März 2020 Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenkasse nach Massgabe ihrer beitragspflichtigen Löhne habe. 3.5 Mit Beschwerdeantwort vom 1. März 2021 (A.S. 29 ff.) hält die Beschwerdegegnerin fest, es sei unbestritten, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin, Herr D.\_\_\_\_, als Gesellschafter und Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister eingetragen gewesen und ihm damit eine arbeitgeberähnliche Stellung zugekommen sei. Ebenfalls unbestritten sei, dass über die B.\_\_\_\_ GmbH am 10. März 2020 der Konkurs eröffnet worden sei. Von der Beschwerdeführerin werde nicht mehr bestritten, dass sie aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung ihres Ehemannes bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung aufgrund der analogen Anwendbarkeit von Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Jedoch mache sie aufgrund der Konkurseröffnung über die B.\_\_\_\_ GmbH einen Anspruch ab dem 11. März 2020 geltend. Leider sei im Einspracheentscheid vom 24. November 2020 nicht berücksichtigt worden, dass am 10. März 2020 über die B.\_\_\_\_ GmbH der Konkurs eröffnet worden sei und der Beschwerdeführerin damit die arbeitgeberähnliche Stellung ihres Mannes nicht mehr entgegengehalten werden könne, sondern ab diesem Zeitpunkt der Frage des Lohnflusses und der Berücksichtigung der geltend gemachten Beitragszeit bei der B.\_\_\_\_ GmbH für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 11. März 2020 relevante Bedeutung zukomme. Die Frage des Lohnflusses respektive der genügenden Beitragszeit sei jedoch im Einspracheentscheid vom 24. November 2020 ausdrücklich offengelassen worden. Deshalb sei es leider auch unterlassen worden, im Einspracheverfahren weitere notwendige Abklärungen zur Klärung der Beitragszeit und des Lohnflusses vorzunehmen. Es bestünden erhebliche Zweifel, ob die B.\_\_\_\_ GmbH tatsächlich eine aktive Geschäftstätigkeit ausgeübt und die Beschwerdeführerin vom 1. März 2018 bis zum 30. Juni 2019 eine

beitragspflichtige Beschäftigung in diesem Unternehmen ausgeführt habe (vgl. dazu Ziff. 3 ff. der Beschwerdeantwort). Aus Sicht der Beschwerdegegnerin fehlten jedoch notwendige Informationen und Unterlagen, um eine abschliessende Beurteilung vornehmen zu können. Aus diesem Grund beantrage die Beschwerdegegnerin, das Beschwerdedossier an sie zurückzuweisen, damit sie die erforderlichen Abklärungen vornehmen und den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 11. März 2020 neu prüfen könne. 3.6 Mit Replik vom 29. April 2021 (A.S. 45 ff.) bestreitet die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Beschwerdegegnerin in den Ziff. 2 – 5 der Beschwerdeantwort (vgl. Replik, Ziff. 4 – 16). Der Nachweis des Lohnflusses sei vorliegend erbracht, womit die Beschwerdeführerin trotz ihrer ehemals arbeitgeberähnlichen Stellung Anspruch auf Arbeitslosengeld habe, ohne dass es hierfür noch weiterer Abklärungen bedürfe (Replik, Ziff. 3). Gleichzeitig beantragt die Beschwerdeführerin grundsätzlich die Gutheissung der mit Beschwerdeantwort gestellten Anträge, d.h. die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides und die Rückweisung der Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin «zur Prüfung und Festsetzung der Leistungsansprüche der Beschwerdeführerin» (A.S. 46 oben). Sie sei allerdings der Auffassung, dass ihr Leistungsanspruch bereits am Tag des Konkurses der B.\_\_\_\_ GmbH, also dem 10. März 2020, und nicht erst am Folgetag beginne (Replik, Ziff. 17). Die Beschwerdeführerin hoffe, mit ihren Ausführungen aufgezeigt zu haben, dass die Verdächtigungen und Unterstellungen der Beschwerdegegnerin deplatziert seien. Entsprechend gebe sie ihrer Hoffnung Ausdruck, dass das Verwaltungsverfahren nach der auch von der Beschwerdegegnerin beantragten Rückweisung der Angelegenheit ordnungsgemäss geführt und ihr entsprechend die bereits über ein Jahr ausstehenden Taggeldansprüche zeitnah ausbezahlt würden. 4. Nach dem Gesagten sind sich die Parteien darin einig und ergibt sich auch aus den Akten, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin, D.\_\_\_\_, als Gesellschafter und Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ GmbH bis zur Konkurseröffnung über die Gesellschaft am 10. März 2020 (vgl. ALK-Nr. 4 mit dem Auszug aus den Handelsregister) eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte, sodass die Beschwerdeführerin als mitarbeitende Ehegattin bis zur Konkurseröffnung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hatte (analoge Anwendbarkeit von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG; vgl. E. II. 2.1 hievor). Mit der Konkurseröffnung über die B.\_\_\_\_ GmbH wurde die Gesellschaft mit Wirkung ab 10. März 2020 aufgelöst (vgl. ALK-Nr. 4). Demnach hat der Ehemann der Beschwerdeführerin seine arbeitgeberähnliche Stellung am 10. März 2020 endgültig aufgegeben (vgl. E. II).

## **E. 6**

6.1 Unter dem Gesichtspunkt des (bundesrechtlichen) Anspruchs auf eine Parteientschädigung im Streit um eine Sozialversicherungsleistung gilt das Aufheben einer ablehnenden Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu ergänzender Abklärung und neuer Beurteilung als Obsiegen der versicherten Person (BGE 132 V 215 E. 6.2 S. 235 f.). Der Beschwerdeführerin steht somit ■ wie auch von der Beschwerdegegnerin selbst beantragt ■ eine ordentliche Parteientschädigung zu. Diese ist ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen (Art. 61 lit. g ATSG).

6.2 Der Vertreter der Beschwerdeführerin macht in seiner Kostennote vom 29. April 2021 (A.S. 51; BB 7) einen Kostenersatz von CHF 4'141.85 geltend (siehe auch E. I. 4 hievor). Der darin ausgewiesene Aufwand von insgesamt 15.0833 Stunden (Korrespondenz 1.0833 Std.; Akten und Rechtsstudium 4 Std.; Rechtsschriften 9.75 Std.; Diverses 0.25 Std.)

erscheint im Vergleich zu ähnlich gelagerten Fällen sowie in Anbetracht des Umstandes, dass der Vertreter bereits am verwaltungsinternen Verfahren beteiligt war und zum Teil auf dortige Vorarbeiten zurückgreifen konnte, als zu hoch. Der zeitliche Aufwand ist daher um zwei Stunden auf 13.0833 Stunden zu kürzen. Bei einem Stundenansatz von CHF 250.00 und unter Berücksichtigung der geltend gemachten Auslagen (CHF 74.90) sowie der Mehrwertsteuer (7.7 %) beläuft sich die Parteientschädigung demnach auf total CHF 3'603.35.

7. Bei Streitigkeiten über Leistungen ist das Verfahren kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist; sieht das Einzelgesetz keine Kostenpflicht bei solchen Streitigkeiten vor, so kann das Gericht einer Partei, die sich mutwillig oder leichtsinnig verhält, Gerichtskosten auferlegen (Art. 61 lit. fbisATSG). Das AVIG sieht keine Kostenpflicht vor und es ist vorliegend keine mutwillige oder leichtsinnige Beschwerdeführung zu erkennen. Das Verfahren ist demnach kostenlos.

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