

200 14 266 ALV
MAW/ZID/KRK

Verwaltungsgericht des Kantons Bern

Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 22. Mai 2014

Verwaltungsrichter Matti, Kammerpräsident
Verwaltungsrichterin Fuhrer, Verwaltungsrichter Grütter
Gerichtsschreiber Zimmermann

A. _____
Beschwerdeführer

gegen



Arbeitslosenkasse Unia
Kompetenzzentrum D-CH West, Monbijoustrasse 61, Postfach 1174,
3000 Bern 23
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 25. Februar 2014

Sachverhalt:

A.

Der 1964 geborene A._____ (nachfolgend: Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war ab dem TT.MM.2011 als Geschäftsführer der B._____ (nachfolgend: GmbH) in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zu 100% tätig (Akten der Arbeitslosenkasse Unia [nachfolgend: ALK Unia bzw. Beschwerdegegnerin], Antwortbeilage [AB] 75 f.); als solcher war er auch Gesellschafter mit Kollektivunterschrift zu zweien und Inhaber von 50% der Stammanteile (50 Stammanteile zu je Fr. 1'000.--; vgl. Handelsregisterauszug, abrufbar unter www.zefix.ch). Nachdem dieses Arbeitsverhältnis am 30. September 2013 arbeitgeberseitig (unter sofortiger Freistellung) per Ende November 2013 aufgelöst worden war (AB 73 f.), stellte der Versicherte im Oktober 2013 bei der ALK Unia für die Zeit ab dem 1. Dezember 2013 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (AB 80 ff.). Fortan war der Versicherte als Gesellschafter noch Inhaber von 50% der Stammanteile, aber ohne Zeichnungsberechtigung (vgl. Handelsregisterauszug, abrufbar unter www.zefix.ch). Mit Schreiben der ALK Unia vom 11. November 2013 (AB 69 f.) erhielt der Versicherte Gelegenheit, sich zu seiner arbeitgeberähnlichen Stellung in der GmbH zu äussern; dem kam er mit Eingabe vom 21. November 2013 (AB 41 ff.) nach.

Mit Verfügung vom 5. Februar 2014 (AB 31 ff.) verneinte die ALK Unia einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wegen (weiterhin bestehender) arbeitgeberähnlicher Stellung, woran sie mit Einspracheentscheid vom 25. Februar 2014 (AB 12 ff.) festhielt.

B.

Hiergegen erhob der Versicherte am 16. März 2014 Beschwerde und beantragte sinngemäss, ihm sei unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides eine Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 2013 auszurichten. Zur Begründung brachte er vor, ihm sei nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein Lohn mehr ausbezahlt worden und aus dem Verkauf seiner

Stammanteile werde kein finanzieller Erfolg resultieren, weshalb er nach deren Verkauf (voraussichtlich im ersten Halbjahr 2014; AB 41) und der Löschung im Handelsregister rückwirkend ab 1. Dezember 2013 Arbeitslosenentschädigung verlange.

Mit Beschwerdeantwort vom 1. April 2014 beantragte die Beschwerdegegnerin die 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 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 11. Juni 2009 (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 [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 über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 25. Februar 2014 (AB 12 ff.). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 2013.

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 Nach Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a bis d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG jene Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dient der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstausschluss von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä., vor allem bei Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebes; BGE 123 V 234 E. 7b bb S. 238).

Nach der Rechtsprechung muss bei Arbeitnehmern, bei denen sich aufgrund ihrer Mitwirkung im Betrieb die Frage stellt, ob sie einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, jeweils geprüft werden, welche Entscheidungsbefugnisse

ihnen aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukommen. Es ist nicht zulässig, Angestellte in leitenden Funktionen allein deswegen generell vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auszuschliessen, weil sie für einen Betrieb zeichnungsberechtigt und im Handelsregister eingetragen sind. Amtet ein Arbeitnehmer dagegen als Verwaltungsrat, so ist eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ex lege gegeben, so dass sich weitere Abklärungen zu den konkreten Verantwortlichkeiten in der Unternehmung erübrigen (BGE 123 V 234 E. 7a S. 237, 122 V 270 E. 3 S. 272; SVR 2010 ALV Nr. 9 S. 25 E. 2).

2.2 Gemäss Rechtsprechung ist Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG in bestimmten Fallkonstellationen analog auf arbeitgeberähnliche Personen sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten anwendbar, welche Arbeitslosenentschädigung beanspruchen (BGE 133 V 133 E. 2.4.2 S. 135). Denn Kurzarbeit kann nicht allein in einer Reduktion der täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass ein Betrieb (bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis) für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird (100%ige Kurzarbeit). In einem solchen Fall ist ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt. Wird das Arbeitsverhältnis jedoch gekündigt, liegt Ganzarbeitslosigkeit vor, und es besteht unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Dabei kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbesteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliert, derentwegen er bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine grundsätzlich andere Situation liegt jedoch dann vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann (BGE 123 V 234 E. 7b bb S. 238).

Diese Rechtsprechung will nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen und

deren Ehegatten inhärent ist (ARV 2011 S. 242 E. 5.1; SVR 2007 ALV Nr. 21 S. 69 E. 3.1).

3.

3.1 Es ist unbestritten und aufgrund der Akten erstellt, dass der Beschwerdeführer per Ende November 2013 als Geschäftsführer der GmbH entlassen worden ist (AB 73 f.) und infolgedessen auch die Unterschriftenberechtigung (kollektiv zu zweien) verloren hat (vgl. Handelsregisterauszug, abrufbar unter www.zefix.ch), er aber nach wie vor – zumindest einstweilen und insbesondere auch noch im Zeitpunkt des Einspracheentscheides (vgl. AB 26, 36 Ziff. 5, sowie 41 Ziff. 3) – Gesellschafter und Inhaber von 50% der Stammanteile der GmbH war.

3.2 Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass er sich im Handelsregister hätte löschen lassen. Der Eintrag im Handelsregister wird von der Rechtsprechung regelmässig als wichtiges und einfach zu handhabendes Kriterium berücksichtigt, wenn es um die Beurteilung geht, ob eine arbeitgeberähnliche Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Denn erst mit der Löschung des Eintrags ist nach aussen in für Dritte verlässlicher Weise kundgetan, dass die Person definitiv aus der Firma ausgetreten ist. Das Ausscheiden einer solchen Person muss an Hand eindeutiger Kriterien überprüfbar sein, welche keine Zweifel am endgültigen Austritt aus der Firma offen lassen. Solange dies nicht der Fall ist, kann eine solche Person keine Arbeitslosenentschädigung beziehen (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht [BGer] vom 8. Juni 2004, C 110/03, E. 2.1, mit Hinweis auf ARV 2002 S. 183).

3.3 Auch wenn die Situation des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der GmbH anhand der Akten so zu beurteilen ist, dass kaum mit seiner Rückkehr in eine Tätigkeit innerhalb der GmbH zu rechnen ist, so steht doch fest, dass er im Zeitpunkt des Einspracheentscheides nach wie vor Inhaber von 50% der Stammanteile der GmbH war und damit nach der Rechtsprechung (vgl. E. 2.2 hiavor) seine arbeitgeberähnliche Stellung beibehalten hatte. Entsprechend hat das EVG im Entscheid C 180/04 vom 22. März 2005 entschieden, damit sei eine versicherte Person nicht definitiv

aus der Firma ausgeschieden, sondern dort als finanziell Beteiligter in arbeitgeberähnlicher Stellung verblieben. Es sei ihm ungeachtet der nunmehr fehlenden Zeichnungsberechtigung weiterhin möglich, massgebend auf den Gang der Geschäfte Einfluss zu nehmen (E. 2.3). Dies gilt vorliegend umso mehr, als es dem Beschwerdeführer seine hälftige finanzielle Beteiligung am Stammkapital erlaubt, (allenfalls zusammen mit einem weiteren Gesellschafter mit einer Beteiligung von 25%) die Geschicke der Gesellschaft zu steuern (vgl. Entscheid des BGer vom 13. Februar 2009, 8C_1044/2008, E. 3.2.2). Dabei ist unerheblich, dass das hierfür aufgewendete Geld aus einem Privatdarlehen stammt, zumal der Beschwerdeführer und nicht der Darlehensgeber im Handelsregister als Gesellschafter eingetragen ist. Diese finanzielle Beteiligung schliesst den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung aus. Was der Beschwerdeführer hiergegen vorbringt, vermag daran nichts zu ändern. Namentlich bezweckt die Rechtsprechung nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen zu begegnen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (vgl. E. 2.2 hiervor). Ein solches Risiko ist hier gegeben, selbst wenn der Beschwerdeführer momentan keine Aktivitäten in der GmbH entfaltet.

3.4 Solange es demnach dem Beschwerdeführer nicht gelingt, seine Stammanteile zu verkaufen, bleibt er in einer arbeitgeberähnlichen Stellung und ist von der Anspruchsberechtigung ausgeschlossen. Der Einspracheentscheid vom 25. Februar 2014 (AB 12 ff.) erweist sich somit als rechtmässig und die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

4.

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

4.2 Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (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 eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Arbeitslosenkasse Unia
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
 - 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.