

200 14 823 ALV  
MAW/PRN/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 28. Oktober 2014**

Verwaltungsrichter Matti, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Ackermann, Verwaltungsrichter Grütter  
Gerichtsschreiberin Prunner

A. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

gegen



**beco Berner Wirtschaft**  
Arbeitslosenkasse Kanton Bern, Lagerhausweg 10, 3018 Bern  
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 5. August 2014

## Sachverhalt:

### A.

A. \_\_\_\_\_ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war seit xxxx 2008 alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der B. \_\_\_\_\_ (vgl. Akten des beco Berner Wirtschaft [beco bzw. Beschwerdegegnerin], Antwortbeilage [AB] 149 sowie [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)). Dieses Anstellungsverhältnis wurde ihm per 31. Dezember 2013 gekündigt (vgl. AB 140 f.). In der Folge meldete sich der Versicherte zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 4. Dezember 2013 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2014 (AB 156 - 159).

Am xx. xxxx 2014 wurde der Versicherte aus dem Handelsregister gelöscht und an seiner Stelle wurde seine Mutter, C. \_\_\_\_\_, als alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift eingetragen (AB 148; vgl. [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)). Nachdem die vom Versicherten eingereichte Buchhaltung 2013 und Lohnabrechnungen der Monate Januar bis Dezember 2013 von seinem Treuhänder D. \_\_\_\_\_ unterzeichnet worden waren (AB 89 ff.), erfolgte die Eröffnung der Rahmenfrist ab 6. Januar 2014 (AB 88).

Nach Einholung bzw. Eingang weiterer Unterlagen - insbesondere verschiedener Bescheinigungen über Zwischenverdienste in den Monaten Februar, März und Mai 2014 (AB 46 f., 71 f., 79 f.) - verfügte das beco am 30. Juni 2014 die Ablehnung der Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 6. Januar 2014. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Versicherte sei nach wie vor in der B. \_\_\_\_\_ tätig und habe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung bzw. einen massgeblichen Einfluss bei der Firma. Die Löschung als Gesellschafter im Handelsregister und die Führung der Firma durch die Mutter erfülle den Tatbestand der Rechtsumgehung (AB 35 - 38).

Die hiergegen erhobene Einsprache (AB 21 f.) wies das beco mit Entscheid vom 5. August 2014 ab (AB 6 - 10).

## **B.**

Dagegen erhob der Versicherte mit Eingabe vom 7. September 2014 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Einspracheentscheides vom 5. August 2014. Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, dass er keine arbeitgeberähnliche Stellung bzw. keinen Einfluss auf die Führung oder Entscheidungen der Firma B. \_\_\_\_\_ mehr habe. Ihm sei durch die Regionale Arbeitsvermittlung (RAV) und die Arbeitslosenkasse zugesichert worden, dass ein Zwischenverdienst bei der B. \_\_\_\_\_ kein Problem sei. Weiter sei der Bau der neuen Gewerbehalle rein privater Natur. So sei die B. \_\_\_\_\_ auch erst nach Baubeginn gegründet worden. Schliesslich stehe er seitens der Alters- und Hinterlassenenversicherung klar in einem Anstellungsverhältnis und habe somit auch Arbeitslosenbeiträge zu entrichten.

Mit Beschwerdeantwort vom 18. September 2014 beantragte das beco 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 Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982 [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung 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 des beco vom 5. August 2014 (AB 6 - 10). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung.

**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** Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, wer ganz oder teilweise arbeitslos ist, einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat, in der Schweiz wohnt, die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht, die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist, vermittlungsfähig ist und die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 8 Abs. 1 AVIG).

**2.2** 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.

**2.3** 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).

**2.4** 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, deretwegen er bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurza-

rbeitsentschädigung 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).

### 3.

**3.1** Gestützt auf die Akten ist erstellt und von den Parteien denn auch nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der B.\_\_\_\_\_ war. Diese Anstellung wurde ihm per 31. Dezember 2013 gekündigt (AB 140 f.). Ferner ist unbestritten, dass er sich per xx. xxxx 2014 aus dem Handelsregister hat löschen lassen und seine Anteile und die Geschäftsführung der B.\_\_\_\_\_ seiner Mutter, C.\_\_\_\_\_, übertragen hat (www.zefix.ch; AB 148 f.). Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer über den xx. xxxx 2014 hinaus noch immer massgeblichen Einfluss bei der Firma B.\_\_\_\_\_ hat und aus diesem Grund wegen arbeitgeberähnlicher Stellung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat (vgl. E. 2.4 hier vor).

**3.2** Der Beschwerdeführer ist seit dem xx. xxxx 2014 nicht mehr im Handelsregister eingetragen (vgl. www.zefix.ch), was von der Rechtsprechung regelmässig als wichtiges und einfach zu handhabendes Kriterium berücksichtigt wird, wenn es um die Beurteilung geht, ob eine arbeitgeberähnliche Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Denn erst mit der Löschung des Eintrags ist nach aussen hin für Dritte in 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 (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht {BGer}] vom 8. Juni 2004, C 110/03, E. 2.1).

Den vorliegenden Akten sind jedoch Hinweise zu entnehmen, welche auf eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der B.\_\_\_\_\_ nach dem xx. xxxx

2014 schliessen lassen. So ist insbesondere den Bescheinigungen über Zwischenverdienst für die Monate Februar und Mai 2014 zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer in den jeweiligen Monaten für die B. \_\_\_\_\_ tätig war (AB 46 f., 79 f.). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist keine Zusicherung durch die RAV oder die Ausgleichskasse für die erneute Aufnahme der Tätigkeit für die B. \_\_\_\_\_ ersichtlich. Vielmehr ist dem E-Mail von E. \_\_\_\_\_ von der Arbeitslosenkasse vom 17. Juli 2014 zu entnehmen, dass er den einmaligen und alten Auftrag der B. \_\_\_\_\_ im Februar 2014 als Zwischenverdienst abrechnen soll (AB 17). Ein generelles Anraten zur Wiederaufnahme der Tätigkeiten für die B. \_\_\_\_\_ ist den Unterlagen nicht zu entnehmen. Vielmehr handelt es sich bei der Zusicherung im Februar 2014 um eine einmalige Regelung. Weiter war der Beschwerdeführer ab dem 1. März 2014 für die F. \_\_\_\_\_ tätig (AB 68 ff.). Diese Anstellung wurde bereits per 14. März 2014 in gegenseitigem Einverständnis wieder gekündigt (AB 71 ff.). Dem Schreiben vom 15. Mai 2014 der F. \_\_\_\_\_ betreffend den Kündigungsgrund ist unter anderem zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer während der Arbeit Telefongespräche für seine ehemalige Firma B. \_\_\_\_\_ geführt habe (AB 61). Ein weiterer Hinweis auf einen immer noch bestehenden Einfluss auf die B. \_\_\_\_\_ ist der Bau einer Gewerbehalle in ... (vgl. AB 58 - 60). Dem Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend die private Nutzung dieser Halle ist entgegenzuhalten, dass eine Gewerbehalle grundsätzlich gewerblichem Zweck dient. Der Beschwerdeführer äussert sich denn auch nicht zu einem anderweitigen Verwendungszweck. Der Umstand, dass der Baubeginn der Halle im Jahr 2007 d.h. vor Gründung der B. \_\_\_\_\_ im Jahr 2008 war, vermag daran nichts zu ändern, insbesondere da sich das Bauprojekt verzögert. Schliesslich ist anzumerken, dass auch Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung Beiträge an die Arbeitslosenversicherung zu leisten haben, ist doch im Falle eines Gesellschafters und einzelzeichnungsberechtigten alleinigen Geschäftsführers, welcher zweifellos als arbeitgeberähnliche Person gilt, grundsätzlich von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit auszugehen (Entscheid des EVG vom 13. Juni 2006, C 266/05, E. 2.2.1 f.).

Unter den dargelegten Umständen ist überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer durch die Übertragung auf seine Mutter eine

Rechtsumgehung bezwecken wollte, um eine der Voraussetzungen zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu schaffen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt bereits das Risiko bzw. die Möglichkeit eines Missbrauchs oder einer Gesetzesumgehung für die Annahme einer arbeitgeberähnlichen Stellung (BGE 123 V 234; vgl. auch Entscheidung des BGer vom 11. Juli 2005, C 52/05, E. 2).

**3.3** Nach dem Gesagten ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Beschwerdeführer seine arbeitgeberähnliche Stellung nie aufgegeben bzw. auch nach der Löschung im Handelsregister am xx. xxxx 2014 Einfluss auf die B.\_\_\_\_\_ hat. Folglich ist der Beschwerdeführer nicht anspruchsberechtigt (vgl. E. 2.4 hiavor).

#### **4.**

**4.1** Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG überhaupt erfüllt.

**4.2** Die versicherte Person hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 7 Abs. 2 lit. a AVIG), wenn sie unter anderem die Beitragszeit erfüllt hat, was dann zutrifft, wenn innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt wurde (Art. 13 Abs. 1 AVIG).

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 (Entscheidung des EVG vom 3. April 2006, C 267/04, E. 1.2).

**4.3** Am 6. Februar 2014 hat der Beschwerdeführer betreffend die Lohnzahlungen durch die B.\_\_\_\_\_ auf Anfrage hin ausgeführt, er habe keine Lohnabrechnungen und habe sich auch nicht regelmässig Lohn ausbe-

zahlt. Sein Treuhänder habe ihm gesagt, dass der Lohnausweis reichen müsse (AB 136). In der Folge reichte er einen Lohnausweis für das Jahr 2013 (AB 134) sowie eine Lohnbescheinigung bei der Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 8. Januar 2014 (AB 135) über Fr. 70'000.-- ein. Am 18. Februar bzw. 20. März 2014 forderte die Ausgleichskasse ein durch ein Treuhandbüro geführtes Lohnkonto mit Unterschrift des Treuhänders, woraus der Lohnbezug ersichtlich ist, und eine Kopie der letzten Steueranmeldung des Jahres 2012 sowie eine Kopie der Steuererklärung des Jahres 2013 (Formular mit den Einkommen aus Erwerbstätigkeit, sofern bereits vorhanden; AB 125 ff.). Daraufhin reichte der Beschwerdeführer - schliesslich vom Treuhänder unterzeichnete - Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis Dezember 2013 (AB 89 ff.) und die „Buchhaltung 2013“ bzw. das Kassabuch (AB 101 ff.) ein. Die Lohnabrechnungen (Barauszahlungen) sind monatlich datiert und vom Beschwerdeführer quittiert und in der „Buchhaltung 2013“ bzw. im Kassabuch sind die geltend gemachten Lohnbezüge monatlich verbucht.

Diese Unterlagen widersprechen dem Schreiben des Beschwerdeführers vom 6. Februar 2014. Nachdem dieser angegeben hatte, es existierten keine Lohnabrechnungen und er habe sich auch nicht regelmässig Lohn ausbezahlt, muss angenommen werden, dass die eingereichten Belege nachträglich erstellt worden sind. Zudem sind im Kassabuch keine Einkünfte aus der Geschäftstätigkeit, sondern lediglich Bareinlagen im Gesamtbetrag von Fr. 65'000.-- verbucht, welche verhindern, dass aufgrund der aufgeführten Nettolohn-Auszahlungen ein Defizit resultiert. Weiter fällt auf, dass die Lohnabrechnungen zwar jeweils Abzüge der Sozialversicherungsbeiträge enthalten, entsprechende Zahlungen an die Ausgleichskasse im Kassabuch aber fehlen. Ob der Eintrag im IK-Auszug des Jahres 2012 (AB 132) daran etwas ändert, kann offen bleiben, da bereits wegen der arbeitgeberähnlichen Stellung kein Anspruch besteht.

**5.** Nach dem Gesagten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 5. August 2014 nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

**6.**

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

**6.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

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

desgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.