

200 15 455 ALV  
SCI/FRN/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 2. November 2015**

Verwaltungsrichter Schwegler, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Kölliker, Verwaltungsrichter Grütter  
Gerichtsschreiberin Franzen

**A.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 23. April 2015



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der 1951 geborene A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Versicherter bzw. Beschwerdeführer) meldete sich am 18. Dezember 2014 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum ... zur Arbeitsvermittlung an (Akten des beco, Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse des Kantons Bern [nachfolgend: beco bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 242 f.) und stellte am selben Tag Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (AB 229 ff.).

Mit Verfügung vom 11. März 2015 (AB 67 ff.) lehnte das beco den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 18. Dezember 2014 mangels Erfüllung der Beitragszeit zufolge arbeitgeberähnlicher Stellung ab. Die dagegen erhobene Einsprache (AB 55) wurde mit Einspracheentscheid vom 23. April 2015 abgewiesen (AB 45 ff.).

### **B.**

Hiergegen erhob der Versicherte mit Eingabe vom 18. Mai 2015 Beschwerde und beantragte sinngemäss die Anerkennung der Anspruchsbeziehung auf Arbeitslosenentschädigung.

Mit Beschwerdeantwort vom 2. Juni 2015 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 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** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 23. April 2015 (AB 45 ff.). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch 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).

Gemäss Art. 9 Abs. 1 AVIG gelten für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit zweijährige Rahmenfristen, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Abs. 2). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Abs. 3).

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.

**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.

Gemäss Rechtsprechung ist Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG in bestimmten Fallkonstellationen analog auf arbeitgeberähnliche Personen 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 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).

**2.3** Um den ungerechtfertigten gleichzeitigen Bezug von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge und von Arbeitslosenentschädigung bei Personen, die vor Erreichung des Rentenalters der AHV (Alters- und Hinterlassenenversicherung) pensioniert worden sind, zu verhindern, hat der Bundesrat gestützt auf die Delegationsnorm in Art. 13 Abs. 3 AVIG die Verordnungsbestimmung in Art. 12 AVIV erlassen. Gemäss dieser Bestimmung wird versicherten Personen, die vor Erreichung des Rentenalters der AHV pensioniert worden sind, nur jene beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit angerechnet, die sie nach der Pensionierung ausgeübt haben (Abs. 1). Mit der Regelung gemäss Art. 12 Abs. 1 AVIV soll verhindert werden, dass vorzeitig Pensionierte unmittelbar im Anschluss an ihre Pensionierung zusätzlich zur Pension noch Arbeitslosenentschädigung beziehen können, ohne dass sie ihre weitere Vermittlungsfähigkeit und vor allem Vermittlungswilligkeit unter Beweis stellen (BGE 134 V 418 E. 3.2.1 S. 422, 129 V 327 E. 4.3 S. 330, 126 V 393 E. 3b bb S. 397 f.).

Absatz 1 gilt nicht, wenn die versicherte Person entweder aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge vorzeitig pensioniert wurde (Abs. 2 lit. a) oder wenn sie einen Anspruch auf Altersleistungen erwirbt, der geringer ist als die Entschädigung, die ihr nach Artikel 22 AVIG zustünde (lit. b). Die Anwendung von Art. 12 Abs. 2 AVIV setzt voraus, dass die vorzeitige Pensionierung aufgrund objektiver Umstände erfolgt, ohne dass der betroffenen Person eine Alternative offen steht (BGE 129 V 327 E. 4.6 S. 332).

Als Altersleistungen im Sinne von Art. 13 Abs. 3 AVIG gelten Leistungen der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge sowie Alters-

leistungen einer ausländischen obligatorischen oder freiwilligen Altersversicherung, unabhängig davon, ob es sich um eine ordentliche Altersleistung oder um eine Vorruhestandsleistung handelt (Art. 12 Abs. 3 AVIV).

### 3.

**3.1** In seinem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 18. Dezember 2014 (AB 229 ff.) hat der Beschwerdeführer als letztes Arbeitsverhältnis eine Vollzeitbeschäftigung bei der B.\_\_\_\_\_, ..., in der Zeit vom 1. Januar 2011 bis zum 2. September 2013 angegeben. Den Akten ist zu entnehmen, dass er am 2. September 2013 einen Arbeitsunfall erlitten hat und an der rechten Schulter operiert werden musste (AB 20). Durch den Unfallversicherer wurden ihm sodann in der Zeit vom 5. September 2013 bis 31. Oktober 2014 Taggelder im Rahmen der Unfallversicherung ausgerichtet (AB 88 ff.). Es ist unbestritten und aufgrund der Akten erstellt, dass die B.\_\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer am 1. Oktober 2013 gekündigt hat (AB 219). Am ... 2015 wurde über die B.\_\_\_\_\_ der Konkurs eröffnet (AB 80).

**3.2** Der Beschwerdeführer war im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug (18. Dezember 2014, AB 229 ff.) und auch noch im Zeitpunkt der Konkursöffnung der B.\_\_\_\_\_ (... 2015, AB 80) als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (AB 71 ff.), weshalb ihm nach konstanter Rechtsprechung von Gesetzes wegen eine arbeitgeberähnliche Stellung zukommt (vgl. E. 2.2 hiervor; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 18. November 2014, 8C\_729/2014, E. 2). Somit hatte er während der gesamten vorliegend relevanten Zeit (bis zur Konkursöffnung) eine arbeitgeberähnliche Stellung im Unternehmen inne. Die vom Beschwerdeführer vorgelegte Beglaubigung seines Treuhänders vom 15. Januar 2015 (AB 157), wonach seit dem Unfall des Beschwerdeführers im September 2013 keine betrieblichen Tätigkeiten mehr vorhanden seien, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Dies weil es nicht massgebend ist, ab wann in einer GmbH keine betrieblichen Tätigkeiten mehr vorhanden sind, sondern bis zu welchem Zeitpunkt ein Gesellschafter, der zugleich Vorsitzender der Ge-

schäftsführung mit Einzelunterschrift ist, in dieser Funktion im Handelsregister eingetragen ist (vgl. E. 2.2 hiervor; BGer 8C\_729/2014, E. 2). Hinsichtlich der Anspruchsberechtigung ab der Anmeldung zum Leistungsbezug am 18. Dezember 2014 (AB 229 ff.) bis zum ... 2015 besteht deshalb bereits zufolge arbeitgeberähnlicher Stellung kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Dabei kann offen bleiben, ob mit Blick auf die ab dem 1. Januar 2015 erfolgte Pensionierung (vgl. E. 3.3 hiernach) überhaupt eine hinreichend lange Zeit bestand, welche eine Vermittlungsfähigkeit annehmen liesse.

**3.3** Der am xx.xx 1951 geborene Beschwerdeführer erreicht das ordentliche Rentenalter für Männer von 65 Jahren (Art. 21 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 [AHVG; SR 831.10]) im Dezember 2016. Am 15. Dezember 2014 hat er sich für einen Rentenvorbezug angemeldet (AB 192 ff.). Seit dem 1. Januar 2015 bezieht er eine AHV-Rente (AB 4). Am 1. Januar 2015 trat somit die vorzeitige Pensionierung ein. Damit fällt der Beschwerdeführer ohne weiteres unter Art. 12 Abs. 1 AVIV (vgl. E. 2.3 hiervor). Der Ausnahmetatbestand von Art. 12 Abs. 2 AVIV ist vorliegend nicht erfüllt. Selbst wenn das Arbeitsverhältnis gemäss Kündigungsschreiben vom 1. Oktober 2013 aus „betriebswirtschaftlichen Gründen“ aufgelöst worden sein sollte (AB 219), so ist doch offensichtlich, dass die Pensionierung selbst nicht zwingend mit diesen wirtschaftlichen Gründen in Verbindung steht. Dem Beschwerdeführer hätte es durchaus offen gestanden, anstelle der Pensionierung eine neue Stelle anzutreten. Eine Pensionierung aus wirtschaftlichen Gründen im Sinne von Art. 12 Abs. 2 AVIV liegt somit nicht vor. Das Arbeitsverhältnis wurde auch nicht wegen zwingender Regelungen der beruflichen Vorsorge beendet (vgl. E. 2.3 hiervor).

Nach dem Ausgeführten fehlt es dem Beschwerdeführer für die Zeit ab dem 1. Januar 2015 an der erforderlichen Beitragszeit zufolge Pensionierung, womit kein Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung besteht.

**3.4** Im Einspracheverfahren prüfte der Beschwerdegegner, wie es sich mit dem Lohnbezug resp. dessen Nachweisbarkeit verhält (AB 45 ff.). Eine diesbezügliche Prüfung erübrigt sich jedoch, weil der Beschwerdeführer

nach dem Gesagten (vgl. E. 3.2 und 3.3 hiervor) ab dem 18. Dezember 2014 bis mindestens am 31. Dezember 2014 infolge arbeitgeberähnlicher Stellung und ab dem 1. Januar 2015 infolge vorzeitiger Pensionierung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

**3.5** Zusammenfassend verneint der Beschwerdegegner den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu Recht. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und 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 Ausgang des Verfahrens ist dem Beschwerdeführer 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 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 Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.