

200 16 295 ALV  
KOJ/SCM/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 7. Juni 2016**

Verwaltungsrichter Kölliker, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Scheidegger, Verwaltungsrichterin Fuhrer  
Gerichtsschreiberin Schädeli

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 11. Februar 2016



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die 1980 geborene A.\_\_\_\_\_ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) figuriert seit XX.XX.2014 als alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift der C.\_\_\_\_\_, welche mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom XX.XX.2015 aufgelöst wurde (seither C.\_\_\_\_\_ in Liquidation; vgl. [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2015 verneinte die Arbeitslosenkasse Unia (Unia bzw. Beschwerdegegnerin) die ab 1. Dezember 2015 beantragte Arbeitslosenentschädigung mit dem Hinweis darauf, dass die Versicherte die Mindestbeitragszeit nicht erfüllt habe (Akten der Unia, Antwortbeilagen [AB] 84). Die dagegen erhobene Einsprache (AB 76) wurde mit Entscheid vom 11. Februar 2016 (AB 45) abgewiesen. Dabei erwoگ die Unia im Wesentlichen, die Versicherte weise in der Rahmenfrist vom 1. Dezember 2013 bis 30. November 2015 lediglich eine Beitragszeit von 3.84 Monaten auf, wobei die Zeit der Anstellung bei der C.\_\_\_\_\_ in Liquidation vom 28. Mai 2014 bis 30. April 2015 nicht als Beitragszeit angerechnet werden könne, da die Versicherte eine arbeitgeberähnliche Stellung innehabt und noch nicht aufgegeben habe.

### **B.**

Hiergegen erhob die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, am 10. März 2016 Beschwerde. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge lässt sie die folgenden Anträge stellen:

Die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 11. Februar 2016 sei aufzuheben und es seien der Beschwerdeführerin die ihr zustehenden gesetzlichen Versicherungsleistungen, namentlich Arbeitslosentaggelder ab dem 1. Dezember 2015 auszurichten.

Eventualiter: Die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 11. Februar 2016 sei aufzuheben und die Akten seien zur Vornahme weiterer Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

Mit Eingabe vom 18. April 2016 schliesst die Beschwerdegegnerin 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 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** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 11. Februar 2016 (AB 45). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 2015.

**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. 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).

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; ARV 2008 S. 150 E. 5).

**2.3** 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.

**2.3.1** Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dient der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstaussstellung 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).

**2.3.2** 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, 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).

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** Aufgrund der Akten ist erstellt und unbestritten, dass die Beschwerdeführerin per XX.XX.2014 als einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der C. \_\_\_\_\_ im Handelsregister eingetragen wurde. Nachdem die Gesellschafterversammlung am XX.XX.2015 die Auflösung beschlossen hatte, wurde die Beschwerdeführerin weiterhin als Gesellschafterin und Geschäftsführerin sowie neu zusätzlich als Liquidatorin mit Einzelunterschrift vermerkt ([www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)). Insofern kommt ihr nach konstanter Rechtsprechung von Gesetzes wegen eine arbeitgeberähnliche Stellung zu (vgl. E. 2.3 hiervor; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 18. November 2014, 8C\_729/2014, E. 2; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2405 N. 464 f.; Art. 810 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]). In Anwendung dieser Praxis hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) in einem dem vorliegenden vergleichbaren Fall, in welchem es ebenfalls um die Geschäftsaufgabe eines in der Rechtsform einer GmbH geführten ... Betriebes ging, erkannt, dass das Missbrauchsrisiko auch nach erfolgtem Konkurs und mangels Aktiven eingestelltem Verfahren bis zur Löschung der Firma im Handelsregister andauere, zumal im Rahmen der Liquidation auch die Weiterführung des Geschäfts bis zu dessen Ver-

kauf oder Auflösung möglich sei (Entscheid vom 28. Juli 2005, C 94/05, E. 2.2 f.)

**3.2** Aus dem unvollständig bei den Akten liegenden Pachtvertrag zwischen der D.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ (AB 74, nur S. 1 in den Akten) geht hervor, dass der C.\_\_\_\_\_ in der Liegenschaft D.\_\_\_\_\_ in ... für die befristete Dauer vom XX.XX.2014 bis XX.XX.15 das gesamte C.\_\_\_\_\_ (...), zwei Kellerräume sowie eine Fläche zum Betrieb einer ... zum Gebrauch als ... und ... überlassen wurde. Die Befristung des Pachtvertrages geht denn auch aus dem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 12. Mai 2015 hervor (AB 101 Ziff. 18 - 20). Gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Beschwerdeführerin wurde der Pachtvertrag in der Folge nicht erneuert und das Pachtobjekt an einen Dritten weiterverpachtet (vgl. Beschwerde S. 6). Demnach wurde der Betrieb der C.\_\_\_\_\_ (in Liquidation), welche gemäss Handelsregistereintrag die Führung und den Betrieb von ... bezweckt ([www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)), definitiv eingestellt, was insoweit mit der Gesellschaftsauflösung vom XX.XX.2015 korrespondiert. Hier amtet die Beschwerdeführerin zwar grundsätzlich als arbeitgeberähnliche Person und Liquidatorin, mangels Aktiven und mit Blick auf die Betriebsschliessung – mit Folge des definitiven Ausscheidens der Beschwerdeführerin – besteht jedoch im Gegensatz zur Sachlage im vorerwähnten Entscheid C 94/05 kein Missbrauchsrisiko mehr (vgl. E. 2.3 und 3.1 hiervor, BARBARA KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Aufl. 2013, Art. 31 S. 210). Demnach kann der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht mit dem pauschalen Hinweis auf die arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin verneint werden.

**3.3** Nach dem Ausgeführten stellt sich daher die Frage, ob die Beitragszeit unter Berücksichtigung der Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_\_ als erfüllt zu betrachten ist (vgl. E. 2.2 hiervor). Eine weitergehende Abklärung rechtfertigt sich auch mit Blick auf Rz. B146 der vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO herausgegebenen „AVIG-Praxis ALE“ (Stand Januar 2016, abrufbar unter [www.treffpunkt-arbeit.ch](http://www.treffpunkt-arbeit.ch)).

Nach der Rechtsprechung ist die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nur Beitragszeiten bildend, wenn und soweit hierfür ef-

fektiv ein Lohn ausbezahlt wird. Die Akten enthalten von der C. \_\_\_\_\_ an die Beschwerdeführerin adressierte Lohnabrechnungen für die Monate Mai 2014 bis April 2015 (AB 57 - 69). Diese stellen jedoch höchstens Indizien für den tatsächlichen Lohnfluss dar. Einen hinreichenden Beweis vermöchten demgegenüber Belege über Lohnzahlungen auf ein auf den Namen der Beschwerdeführerin lautendes Post- bzw. Bankkonto zu erbringen (vgl. zum Ganzen: Entscheid des EVG vom 3. April 2006, C 267/04, E. 1.2). Solche liegen jedoch nicht bei den Akten und wurden offenbar auch nicht eingefordert. Insoweit erweist sich der Sachverhalt als ungenügend abgeklärt und die entsprechenden Beweismassnahmen sind von der Beschwerdegegnerin nachzuholen. Zu diesem Zweck wie auch zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen sind die Akten an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Es erübrigt sich deshalb, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Nachreichung der von ihr angebotenen Belege betreffend Lohnfluss zu geben (vgl. Beschwerde S. 5).

**3.4** Zusammenfassend ist die Beschwerde in dem Sinne gutzuheissen, als der Einspracheentscheid vom 11. Februar 2016 aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist, damit sie nach Vornahme der Abklärungen im Sinne des vorstehend Dargelegten neu über den Anspruch der Beschwerdeführerin verfüge.

#### **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** Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). Nach der Rechtsprechung gilt es unter dem Gesichtspunkt des (bundesrechtlichen) Anspruchs auf eine Parteientschädigung im Streit um eine Sozialversicherungsleistung bereits als Obsiegen, wenn die versicherte Person ihre Rechtsstellung im Vergleich zu derjenigen nach Abschluss des Administrativverfahrens insoweit verbessert, als sie die Aufhebung

einer ablehnenden Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu ergänzender Abklärung und neuer Beurteilung erreicht (BGE 137 V 57 E. 2.1 S. 61).

**4.2.1** Nach Art. 13 der kantonalen Parteikostenverordnung vom 17. Mai 2006 (PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in sozialversicherungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- pro Instanz. Praxisgemäss ist dem Gericht bei der Festsetzung der Parteientschädigung ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen. Als Grundsatz gilt, dass die Parteientschädigung nur den objektiv erforderlichen Vertretungsaufwand umfassen soll (SVR 2006 BVG Nr. 26 S. 105 E. 11.3.1). Bei der Beurteilung des Arbeits- und Zeitaufwandes darf und soll das Sozialversicherungsgericht auch beachten, dass der Sozialversicherungsprozess im Unterschied zum Zivilprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, wodurch in vielen Fällen die Arbeit des Anwalts erleichtert wird. Dessen Tätigkeit kann nur in dem Umfang berücksichtigt werden, als sich der Anwalt bei der Erfüllung seiner Aufgabe in einem vernünftigen Rahmen hält (BGE 114 V 83 E. 4b S. 87).

**4.2.2** In der Kostennote vom 21. April 2016 hat Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ ein Honorar von Fr. 4'960.-- (40 % von Fr. 11'400.-- zuzüglich Sockelbetrag) sowie Auslagen von Fr. 153.-- und die Mehrwertsteuer von Fr. 409.05, insgesamt ausmachend Fr. 5'522.05 geltend gemacht. Dies erscheint insbesondere unter Berücksichtigung des einfachen Schriftenwechsels sowie der sechs Seiten umfassenden Beschwerdeschrift als zu hoch. Angemessen ist mit Blick auf vergleichbare Fälle, die Wichtigkeit der Streitsache und den gebotenen Aufwand ein Honorar von pauschal Fr. 3'000.-- (inkl. Auslagen und MWSt.). Diesen Betrag hat die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin zu ersetzen.

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse Unia vom 11. Februar 2016 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie – nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen – neu verfüge.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 3'000.-- (inkl. Auslagen und MWSt.), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. der Beschwerdeführerin
  - Arbeitslosenkasse Unia
  - 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.