

200 17 1013 ALV
GRD/FRN/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 15. Februar 2018

Verwaltungsrichter Grütter, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Loosli
Gerichtsschreiberin Franzen

A. _____
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2017



Sachverhalt:

A.

Der 1960 geborene A._____ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war gemäss Arbeitsvertrag vom 1. Januar 2011 ab Januar 2011 als ... für die B._____ GmbH tätig (Dossier des beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse Kanton Bern [nachfolgend beco bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 120 f.). Mit Schreiben vom 30. April 2017 wurde ihm per 30. Juni 2017 gekündigt (AB 117). Gemäss Mutation im Handelsregister schied er am 13. Juni 2017 aus der Gesellschaft aus und seine Einzelzeichnungsbefugnis erlosch (AB 98 ff.). Gleichzeitig liess sich C._____, die Ehefrau des Versicherten (nachfolgend Ehefrau), als Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelzeichnungsbefugnis eintragen (AB 98 ff.). Am 29. Juni 2017 meldete sich der Versicherte beim RAV ... zur Arbeitsvermittlung an (AB 122 f.) und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Juli 2017 (AB 113 ff.). Hierauf verlangte das beco vom Versicherten verschiedene Unterlagen ein (AB 102 ff; 71 f.). Mit Verfügung vom 27. September 2017 verneinte es einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (AB 57 ff.). Die dagegen erhobene Einsprache (AB 51) wies das beco in Bestätigung der angefochtenen Verfügung mit Entscheid vom 17. Oktober 2017 (AB 42 ff.) mit der Begründung ab, die Ehefrau sei nach wie vor als Gesellschafterin und Geschäftsführerin der B._____ GmbH im Handelsregister eingetragen, womit der Versicherte keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe, weil er den Geschäftsverlauf der Firma massgeblich beeinflussen und die Ehefrau ihn jederzeit wieder einstellen könne. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2017 führte der Versicherte insbesondere aus, seine Ehefrau sei mit der Liquidation der überschuldeten Firma betraut, die keine Betriebsstätte mehr aufweise und vermögens- sowie auftragslos sei (AB 37). Daraufhin verlangte das beco vom Versicherten weitere Unterlagen ein (AB 35 f.) und hielt mit Schreiben vom 13. November 2017 am Einspracheentscheid fest (AB 25 f.).

B.

Mit Eingabe vom 17. November 2017 erhob der Versicherte Beschwerde und beantragte eine Neuurteilung der Sache, unter Aufhebung des ergangenen Einspracheentscheids.

Mit Beschwerdeantwort vom 15. Dezember 2017 schloss der Beschwerdegegner auf Abweisung der Beschwerde und führte aus, dass ein ordentliches Liquidationsverfahren im Handelsregister nach wie vor nicht angemeldet worden sei, weshalb die B._____ GmbH nach wie vor vollumfänglich aktiv und handlungsfähig sei. Solange die Ehefrau weiterhin für die B._____ GmbH im Handelsregister eingetragen sei bzw. die gesetzlichen und statutarischen Befugnisse beibehalte, habe der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

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. 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 vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 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 17. Oktober 2017 (AB 42 ff.). Streitig und zu prüfen ist die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 3. Juli 2017.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). Sie beurteilen offensichtlich begründete oder offensichtlich unbegründete Fälle in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 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 Entscheidungs-

gremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.

2.3 Gemäss ständiger Rechtsprechung ist Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG analog auf arbeitgeberähnliche Personen sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten anwendbar, welche Arbeitslosenentschädigung beanspruchen (BGE 142 V 263 E. 4.1 S. 266 und E. 5.2 S. 268, 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 (BGE 142 V 263 E. 4.1 S. 266 und E. 5.3 S. 270; 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 dem Beschwerdeführer per 30. Juni 2017 gekündigt wurde (AB 117). Seine Ehefrau ist seit dem 13. Juni 2017 als Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelzeichnungsbefugnis der B._____ GmbH im Handelsregister eingetragen (20 Stammanteile zu je Fr. 1'000.--). Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, dass die Gesellschaft überschuldet sowie vermögens- und auftragslos ist, ist darauf hinzuweisen, dass der Zustand der Liquidation nicht im Handelsregister eingetragen und die Gesellschaft damit nach wie vor vollumfänglich aktiv und handlungsfähig ist (vgl. Handelsregisterauszug vom 9. Oktober 2017; AB 48 ff.). Als einzelzeichnungsberechtigte Gesellschafterin und Geschäftsführerin gilt die Ehefrau des Beschwerdeführers als arbeitgeberähnliche Person (BGE 123 V 234 E. 7b bb S. 238; bestätigt mit Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 13. Januar 2010, 8C_664/2009, E. 2).

3.2 Die Beschlussfassung der Gesellschaftsversammlung vom 3. Juli 2017 betreffend Auflösung der B._____ GmbH (AB 28) sowie die Kündigung der Geschäftsräumlichkeiten per Ende Februar 2018 (AB 30 f.) belegen den Willen zum endgültigen Ausscheiden aus dem Betrieb nicht rechtsgenügend. Das Ausscheiden aus der Firma muss endgültig sein und anhand eindeutiger Kriterien feststehen. Die Rechtsprechung hat wiederholt darauf abgestellt, ob der Eintrag der betreffenden Person im Handelsregister gelöscht worden ist. Denn erst mit der Löschung des Eintrags ist das Ausscheiden der arbeitgeberähnlichen Person aus der Firma für ausstehende Dritte erkennbar. Als weiteres Kriterium für den Austritt aus der Firma wird der Konkurs genannt. Indessen ist zu beachten, dass die Gesellschaftsorgane während einer allfälligen Liquidation ihre gesetzlichen und statutarischen Befugnisse beibehalten, soweit sie zur Durchführung der Liquidation erforderlich sind und dem Liquidationszweck nicht entgegenstehen und die daraus abgeleiteten Handlungen ihrer Natur nach nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können. Dazu kann auch die Weiterführung des Geschäfts bis zu dessen Verkauf oder Auflösung gehören. Daher haben auch arbeitgeberähnliche Personen, die als Liquidatoren eingesetzt werden, während der Liquidation in der Regel keinen An-

spruch auf Arbeitslosenentschädigung (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht] vom 3. April 2006, C 267/04, E. 4.2 mit Hinweisen).

3.3 Da Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG den mitarbeitenden Ehegatten ebenfalls umfasst, entfällt beim Beschwerdeführer grundsätzlich der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Gemäss dem Kreisschreiben des seco über die AVIG-Praxis ALE vom Januar 2017 (AVIG-Praxis ALE, abrufbar unter: <http://treffpunkt-arbeit.ch>) gelten mitarbeitende Ehegatten oder Ehegattinnen, die aus dem Betrieb - welcher vom anderen Ehepartner weitergeführt wird - ausgeschieden sind, 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 12 Monaten alleine ausserhalb des ehelichen Betriebes erfüllen (vgl. AVIG-Praxis ALE B31 und Entscheid des EVG vom 31. März 2004, C 171/03, E. 2.3.2 und 2.3.3). Diese Voraussetzungen erfüllt der Beschwerdeführer nicht. Gemäss den Akten hat er nach dem Austritt aus der B._____ GmbH keine sechsmonatige beitragspflichtige Beschäftigung aufgenommen oder die Mindestbeitragszeit von 12 Monaten ausserhalb des ehelichen Betriebes ebenfalls nicht erfüllt, was unbestritten bleibt.

3.4 Nach dem Dargelegten ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen. Da die Liquidation der B._____ GmbH nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist ein Missbrauchsrisiko nach wie vor nicht ausgeschlossen (vgl. E. 2.3 hiavor). Der angefochtene Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2017 (AB 42 ff.) erweist sich als rechtens. Die dagegen erhobene Beschwerde ist offensichtlich unbegründet und deshalb 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. _____
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse
 - 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.