

200 18 418 ALV  
KOJ/SCC/ARJ

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 2. Oktober 2018**

Verwaltungsrichter Kölliker, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Grütter  
Gerichtsschreiberin Schertenleib Gamero

**A.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 9. Mai 2018



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die 1973 geborene A.\_\_\_\_\_ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) war bei der B.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt (Dossier des beco [beco] Berner Wirtschaft, Antwortbeilage [AB] 43). Am ... März 2018 eröffnete das Regionalgericht ... den Konkurs über die B.\_\_\_\_\_ GmbH; damit endete das Arbeitsverhältnis der Versicherten mit der Firma (AB 50).

Die Versicherte stellte am 20. März 2018 Antrag auf Insolvenzenschädigung (AB 41). Nachdem das beco einen Auszug des Schweizerischen Handelsblattes (shab.ch) und des Handelsregisters des Kantons Bern betreffend die B.\_\_\_\_\_ GmbH eingeholt hatte (AB 37 f.), lehnte es mit Verfügung vom 26. März 2018 einen Anspruch der Versicherten auf Insolvenzenschädigung ab und verwies zur Begründung auf Art. 51 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0; AB 35). Die hiergegen erhobene Einsprache der Versicherten (AB 12 ff.) wies das beco mit Entscheid vom 9. Mai 2018 ab (AB 9 f.).

### **B.**

Am 1. Juni 2018 erhob die Versicherte beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Zusprechung von Insolvenzenschädigung.

Mit Beschwerdeantwort vom 8. Juni 2018 beantragt 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 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 AVIG i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 lit. d 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 9. Mai 2018 (AB 9 f.). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Insolvenzenschädigung.

**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** Beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, haben Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn:

- a. gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen oder
- b. der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen, oder
- c. sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben (Art. 51 Abs. 1 AVIG). Keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben 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. 51 Abs. 2 AVIG).

**2.2** Die zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ergangene Rechtsprechung ist gleichermaßen anwendbar, wenn zu beurteilen ist, ob eine versicherte Person zum Personenkreis zählt, der nach Art. 51 Abs. 2 AVIG vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen ist (BARBARA BUCHER KUPFER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Aufl., 2013, S. 251).

**2.2.1** 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 Verant-

wortlichkeiten 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).

**2.2.2** Hinsichtlich der Beendigung der Organstellung von Personen mit arbeitgeberähnlichen Eigenschaften ist nicht auf den Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister abzustellen. Nach der Rechtsprechung ist vielmehr in Angleichung an die Praxis nach Art. 52 AHVG der tatsächliche Rücktritt, welcher unmittelbar wirksam wird, massgebend (BGE 126 V 134 E. 5b S. 137; ARV 2008 S. 149 E. 3.2).

**2.3** Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nichts Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhaltes genügt diesen Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 138 V 218 E. 6 S. 221; SVR 2017 UV Nr. 20 S. 67 E. 3.2).

**2.4** Der Versicherungsträger prüft die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein (Art. 43 Abs. 1 ATSG).

Der Untersuchungsgrundsatz besagt, dass die verfügende Instanz den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder Beweisanträge der Parteien, abklären und feststellen muss. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist. In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebenden Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a S. 283). Der Untersuchungsgrundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 193 E. 2 S. 195, 122 V 157 E. 1a S. 158; SVR 2009 IV Nr. 4 S. 7 E. 4.2.2).

### 3.

**3.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe seit dem 5. Dezember 2017, als sie als Geschäftsführerin abgewählt worden sei, keine arbeitgeberähnliche Position mehr inne gehabt. Es sei nicht dargelegt worden, inwiefern die Ursachen für die Insolvenz vor Ende der effektiven Einflussmöglichkeit von ihr gesetzt worden seien. Der Beschwerdegegner macht geltend, die Löschung aus dem Handelsregister vor dem Konkursdatum könne sich nicht anspruchsbegründend auswirken. Es sei dabei auch unerheblich, ob die Beschwerdeführerin an der Herbeiführung der Insolvenz direkt beteiligt gewesen sei.

**3.2** Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin bis am .... Februar 2018 im Handelsregister als Geschäftsführerin der B. \_\_\_\_\_ GmbH mit Einzelunterschrift eingetragen war (AB 37 f.). Laut Protokoll der Gesellschafterversammlung wurde sie am 5. Dezember 2017 als Geschäftsführerin abgewählt (AB 17), was dem Betreibungsamt ... gemeldet wurde (AB 19) und laut einer (jedoch undatierten) „Anmeldung“ auch dem Handelsregisteramt (AB 16). Über die Arbeitgeberin wurde am .... März 2018 der Konkurs eröffnet.

Die (ehemalige) arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin ist zwar gegeben; dies ist jedoch mit Blick auf die Rechtsprechung nicht massgebend. Es ist hinsichtlich der Beendigung der Organstellung von Personen mit arbeitgeberähnlichen Eigenschaften nicht auf den Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister abzustellen, vielmehr ist der tatsächliche Rücktritt, welcher unmittelbar wirksam wird, massgebend (E. 2.2.2 hiervor). Der Beschwerdegegner hat hierzu jedoch keinerlei Abklärungen getroffen (vgl. zur Untersuchungspflicht: E. 2.4 hiervor). Namentlich hat er nicht geklärt, ob die Beschwerdeführerin nach ihrer per 5. Dezember 2017 erfolgten Abwahl als Geschäftsführerin faktisch noch Einfluss auf den Geschäftsgang nehmen konnte oder nicht (vgl. E. 2.2.1 hiervor).

Soweit der Beschwerdegegner – unter Berufung auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 1. September 2009, 8C\_522/2009 – einen Anspruch der Beschwerdeführerin verneint mit der allgemein formulierten Begrün-

dung, die Ursache der Insolvenz sei vor dem Ende der effektiven Einflussmöglichkeit der Beschwerdeführerin gesetzt worden (vgl. AB 10) bzw. die Löschung aus dem Handelsregister oder auch die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung bereits im Dezember 2017 könne sich nicht anspruchsbegründend auswirken (Beschwerdeantwort S. 2), kann ihm nicht gefolgt werden. Mit Blick auf die bisherigen Abklärungen bzw. die eingeholten und eingereichten Akten (Handelsregisterauszüge, Arbeitsvertrag, Lohnunterlagen von 2017 und Protokoll der Gesellschafterversammlung) lässt sich eine solche Schlussfolgerung nicht ohne weiteres ziehen. Vielmehr ist im vorliegenden Fall völlig unklar, welche Ursachen in welchem Zeitpunkt zur Insolvenz geführt haben. Es ist keineswegs auszuschliessen, dass sich Entscheidendes erst nach der Abwahl der Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin zugetragen hat. Es ist auch nicht geklärt, welche Tätigkeit zu welchem Lohn die Beschwerdeführerin nach ihrer Abwahl als Geschäftsführerin in der B.\_\_\_\_\_ GmbH ausgeübt hat. In diesem Zusammenhang wäre dann aber gerade die oben erwähnte Frage einer allfälligen faktischen Einflussnahme der Beschwerdeführerin von Interesse. Damit ist der Sachverhalt unvollständig abgeklärt und der Beschwerdegegner hat die notwendigen Abklärungen nachzuholen.

**3.3** In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Einspracheentscheid des beco Berner Wirtschaft vom 9. Mai 2018 (AB 9 f.) aufzuheben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit er – nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen – neu verfüge.

#### **4.**

**4.1** Es werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 61 lit. a ATSG).

**4.2** Trotz ihres Obsiegens hat die nicht vertretene Beschwerdeführerin nach konstanter Praxis keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da ihr Aufwand den Rahmen dessen nicht überschreitet, was der Einzelne üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (BGE 127 V 205 E. 4b S. 207).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid des beco Berner Wirtschaft vom 9. Mai 2018 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückgewiesen, damit er – nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen – neu verfüge.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - A. \_\_\_\_\_
  - beco Berner Wirtschaft Arbeitslosenkasse Kanton Bern
  - beco Berner Wirtschaft Arbeitsvermittlung Kanton Bern
  - 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.