

200 18 425 ALV  
FUR/TOZ/STA

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 2. Oktober 2018**

Verwaltungsrichterin Fuhrer, Kammerpräsidentin  
Verwaltungsrichter Furrer, Verwaltungsrichter Kölliker  
Gerichtsschreiberin Tomic

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

Beschwerdeführerin

gegen

**beco Berner Wirtschaft**

Arbeitslosenkasse Kanton Bern, Lagerhausweg 10, 3018 Bern

Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 30. Mai 2018



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die 1961 geborene A.\_\_\_\_\_ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) war vom 1. Januar 2015 bis 31. März 2018 als ... bei der B.\_\_\_\_\_ AG (später: B.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation) tätig (Antwortbeilagen des beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse Kanton Bern [beco bzw. Beschwerdegegner; AB] 156 bis 159). Nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses per Ende März 2018 (AB 159) meldete sie sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 20. März 2018 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. April 2018 (AB 84 f. und 152 bis 155). Mit Verfügung vom 25. April 2018 (AB 181 bis 183) verneinte das beco einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter Hinweis auf ihre arbeitgeberähnliche Stellung als Mitglied des Verwaltungsrates (mit Kollektivunterschrift zu zweien) der B.\_\_\_\_\_ AG und auf ihre Stellung als mitarbeitende Ehegattin des kollektivzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten der Gesellschaft, C.\_\_\_\_\_. Daran hielt es auf Einsprache hin (AB 132) mit Entscheidung vom 30. Mai 2018 (AB 119 bis 123) fest und verwies zur Begründung ergänzend auf die arbeitgeberähnliche Stellung des Ehegatten in der neu gegründeten D.\_\_\_\_\_ GmbH mit fast identischem Gesellschaftszweck und auf dessen unternehmerische Dispositionsfähigkeit.

### **B.**

Hiergegen erhob die Versicherte am 3. Juni 2018 Beschwerde und beantragte die Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. April 2018.

Mit Beschwerdeantwort vom 28. Juni 2018 schloss der Beschwerdegegner auf Abweisung der Beschwerde.

Die Beschwerdeführerin reichte am 28. Juni 2018 weitere Unterlagen, am 4. Juli 2018 eine Eingabe und am 9. Juli 2018 Schlussbemerkungen ein.

Der Beschwerdegegner liess sich nicht vernehmen.

### **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 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 30. Mai 2018 (AB 119 bis 123). Streitig und zu prüfen ist die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. April 2018.

**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** 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 Ganzarbeitslo-

sigkeit 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).

**2.4** Im Betrieb mitarbeitende Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen haben gemäss ständiger Rechtsprechung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Das Missbrauchsrisiko ist dasselbe, ob es um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenzenschädigung geht. Daher rechtfertigt sich keine unterschiedliche Behandlung von Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungsarten (BGE 142 V 263 E. 4.1 S. 267 und E. 5.2 S. 268). Wie die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Kurzarbeitsentschädigung mehrmals betont hat, ist der Ausschluss absolut zu verstehen. Es ist somit nicht möglich, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (BGE 142 V 263 E. 4.1 S. 267, 123 V 234 E. 7 S. 236).

### **3.**

**3.1** Am 25. Mai 2018 wurde über die B.\_\_\_\_\_ AG, bei welcher die Beschwerdeführerin bis zur Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen per Ende März 2018 als ... angestellt gewesen war (AB 159), der Konkurs eröffnet (AB 60 f.). Der Gesellschaftszweck ist laut Handelsregistereintrag wie folgt umschrieben: „... mit ... und ...; die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen errichten, sich an anderen Unternehmungen des In- und Auslandes beteiligen, Unternehmen erwerben, finanzieren oder sich mit solchen zusammenschliessen, Grundstücke erwerben oder weiterveräussern, sowie alle Geschäfte eingehen und Verträge abschliessen, die geeignet sind, den Zweck der Gesellschaft zu fördern, oder die direkt oder indirekt damit im Zusammenhang stehen“. Auch nach der Anmeldung der Beschwerdeführerin zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. April 2018 (152 bis 155) und nach der Konkurseröffnung am 25. Mai 2018 blieben die Beschwerdeführerin als Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien und ihr Ehemann als Verwaltungsratspräsident mit Kollektivunterschrift zu zweien der mittlerweile in Liquidation befindlichen Gesellschaft im Handelsregister eingetragen (AB 60 f.). Zuvor hatte der Ehemann am 19. April 2017 die D.\_\_\_\_\_ GmbH gegründet und ist seither als deren Gesellschafter mit einem Stammanteil von Fr. 20'000.-- und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen; die Beschwerdeführerin ist einzelzeichnungsberechtigt (AB 125 f.). Der Gesellschaftszweck besteht laut Handelsregistereintrag in ... und ...; die Gesellschaft kann weiter Zweigniederlassungen errichten, sich an anderen Unternehmungen des In- und Auslandes beteiligen, Unternehmen erwerben, finanzieren oder sich mit solchen zusammenschliessen, Grundstücke erwerben oder weiterveräussern, sowie alle Geschäfte eingehen und Verträge abschliessen, die geeignet sind, den Zweck der Gesellschaft zu fördern, oder die direkt oder indirekt damit im Zusammenhang stehen (AB 125).

**3.2** Vorab ist bezüglich der - mittlerweile in Liquidation befindlichen - B.\_\_\_\_\_ AG festzuhalten, dass für die Zeit zwischen dem geltend gemachten Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. April 2018 und der Konkurseröffnung am 25. Mai 2018 dem Ehemann der Beschwerdeführerin die Befugnisse als Verwaltungsrat nicht verloren gingen, auch wenn die Unternehmung überschuldet war (AB 103). Er behielt als Verwal-

tungsratspräsident seine formelle Organstellung und damit seine arbeitgeberähnliche Funktion, die ex lege bis zur Konkureröffnung eine Einflussmöglichkeit auf die Unternehmensentscheidungen - ungeachtet der tatsächlichen Einflussnahme - vorsieht (vgl. Art. 716 und 716b des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]; BGE 123 V 234 E. 7a S. 237). Aufgrund des Umstandes, dass der Ehegatte die unternehmerische Dispositionsfreiheit mit der jederzeitigen Möglichkeit behielt, die Beschwerdeführerin im Betrieb wieder anzustellen, ist sie gestützt auf die mit BGE 123 V 234 begründete Rechtsprechung, welche nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen will, sondern bereits dem Risiko eines solchen (vgl. E. 2.3 hiervor), als Ehegattin einer arbeitgeberähnlichen Person im Zeitraum vom 1. April 2018 bis 25. Mai 2018 vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen. Bei dieser Sach- und Rechtslage braucht nicht die Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerdebeilagen [BB] 2) in der genannten Unternehmung geprüft zu werden.

Die genannte Ausschlusseigenschaft verlor die Beschwerdeführerin - wie nachfolgend aufgezeigt wird - auch für die Zeit danach bis zum Erlass des für die gerichtliche Überprüfung massgeblichen Einspracheentscheids vom 30. Mai 2018 (BGE 131 V 242 E. 2.1 S. 243, 130 V 138 E. 2.1 S. 140; AB 119 bis 123) nicht.

**3.3** Angesichts der in E. 3.1 f. dargelegten Umstände und der nahezu gleich lautenden Gesellschaftszwecke der oben genannten Unternehmen kann davon ausgegangen werden, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin die Geschäftstätigkeit der B.\_\_\_\_\_ AG im Rahmen der neu gegründeten D.\_\_\_\_\_ GmbH weiterführt. Mit der Fortführung der Unternehmung in einem neuen rechtlichen Kleid hat er diejenigen Eigenschaften, welche ihn zur arbeitgeberähnlichen Person machten, nicht aufgegeben. Er ist als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift (AB 125 f.) in der Lage, die Geschäftstätigkeit weiterzuführen, was eine erneute Beschäftigung der Ehefrau in seiner Unternehmung in beliebigem Umfang aufgrund seiner weiterhin bestehenden Dispositionsfreiheit jederzeit möglich macht. Verliert ein Ehegatte - trotz Konkurs der ursprünglichen Gesellschaft, in welcher die

Ehefrau mitarbeitete - zu keinem Zeitpunkt seine arbeitgeberähnlichen Eigenschaften, indem es ihm möglich war, jederzeit und allein die Geschicke der Nachfolgeunternehmung - und damit auch über eine Weiter- oder Wiederbeschäftigung seiner Ehegattin - zu bestimmen, bleibt der Ausschlussgrund im Sinne der Rechtsprechung bestehen (vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 20. Februar 2013, 8C\_863/2012, E. 3.3.2).

Hieran vermögen die Einwendungen der Beschwerdeführerin bezüglich der Verpfändung der Stammanteile des Ehegatten am 14. Januar 2018 (BB 11) und des am 9. Mai 2018 über ihn eröffneten Privatkonkurses (BB 10) nichts zu ändern (vgl. Eingaben der Beschwerdeführerin vom 4. und 9. Juli 2018; in den Gerichtsakten). Der Ehegatte verfügt auch nach Verpfändung seiner Stammanteile und nach Eröffnung des Privatkonkurses über ihn als alleiniger Gesellschafter weiterhin über seine Gesellschaftsanteile und die damit verbundenen Rechte. Der Pfandgläubiger, E. \_\_\_\_\_ (BB 11), kann keine mit dem Stammanteil verbundenen Rechte ausüben, insbesondere verbleiben das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte beim Pfandschuldner (vgl. Art. 905 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]). Schliesslich vermag auch der Einwand, die D. \_\_\_\_\_ GmbH habe ihre Tätigkeit lediglich auf zwei ... beschränkt (vgl. Beschwerde, S. 2), nichts am Ergebnis zu ändern, denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass weitere Geschäfte über diese Unternehmung abgewickelt werden.

**3.4** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass, solange der Ehegatte eine vollständige unternehmerische Dispositionsfreiheit mit der jederzeitigen Möglichkeit beibehält, die Beschwerdeführerin wieder in sein Unternehmen einzubinden, eine Missbrauchsgefahr besteht. Die Beschwerdeführerin hat somit keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wegen der fortdauernden arbeitgeberähnlichen Stellung ihres Ehemanns.

**4.**

Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 30. Mai 2018 (AB 119 bis 123) nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

**5.**

**5.1** Es sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

**5.2** Bei diesem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin keinen 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
  - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
  - Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Die Kammerpräsidentin:

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.