

200 18 447 ALV
SCP/REL/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 26. Juli 2018

Verwaltungsrichter Schütz, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Furrer
Gerichtsschreiberin Bischof

A. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Arbeitslosenkasse Unia
Kompetenzzentrum D-CH West, Monbijoustrasse 61, Postfach 3398,
3001 Bern
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 17. Mai 2018



Sachverhalt:

A.

Die 1970 geborene A. _____ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) stellte am 12. Februar 2018 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 10. Februar 2018 (Antwortbeilagen der Unia Arbeitslosenkasse [Unia bzw. Beschwerdegegnerin; AB], 36 - 39). Mit Verfügung vom 19. Februar 2018 (AB 32 - 35) lehnte die Unia den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 12. Februar 2018 mangels Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung ab. Die dagegen erhobene Einsprache (AB 28 - 30) wies die Unia mit Entscheid vom 17. Mai 2018 (AB 17 - 22) ab und bestätigte die Verfügung vom 19. Februar 2018 (AB 32 - 35).

B.

Hiergegen erhob die Versicherte am 14. Juni 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Sie beantragt die Aufhebung des Einspracheentscheids und die Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung.

Mit Beschwerdeantwort vom 2. Juli 2018 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 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. Mai 2018 (AB 17 - 22). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 12. Februar 2018 und dabei insbesondere die Frage, ob die Beschwerdeführerin eine arbeitgeberähnliche Stellung aufwies und gegebenenfalls bis wann.

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

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).

2.3 Der Eintrag im Handelsregister wird von der Rechtsprechung regelmässig als wichtiges und einfach zu handhabendes Kriterium berücksichtigt, wenn es um die Beurteilung geht, ob eine arbeitgeberähnliche Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Denn erst mit der Löschung des Eintrags ist nach aussen in für Dritte verlässlicher Weise kundgetan, dass die Person definitiv aus der Firma ausgetreten ist. Das Ausscheiden einer solchen Person muss an Hand eindeutiger Kriterien überprüfbar sein, welche keine Zweifel am endgültigen Austritt aus der Firma offen lassen. Solange dies nicht der Fall ist, kann eine solche Person keine Arbeitslosenentschädigung beziehen (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht {BGer}] vom 8. Juni 2004, C 110/03, E. 2.1).

3.

Aufgrund der Akten steht fest und ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin nach der Geschäftsaufgabe ihres Restaurants per 9. Februar 2018 (vgl. Beschwerde und AB 37) weiterhin als Gesellschafterin mit Einzelunterschriftsberechtigung und Geschäftsführerin der Firma „B._____ GmbH“ im Handelsregister eingetragen blieb (Handelsregisterauszug vom 15. Juni 2018 [in den Verfahrensakten]). Erst während der laufenden Beschwerdefrist hat die Gesellschafterversammlung am 1. Juni 2018 die Auflösung der GmbH beschlossen und es wurde die Liquidation eingeleitet (Handelsregisterauszug vom 3. Juli 2018 [in den Verfahrensakten]). Damit war die Beschwerdeführerin sowohl im Zeitpunkt der Verfügung vom 19. Februar 2018 (AB 32 - 35) wie auch im hier massgeblichen Überprüfungszeitpunkt – dem Datum des Erlasses des angefochtenen Einspracheentscheids vom 17. Mai 2018 (AB 17 - 22) – Geschäftsführerin der

GmbH und bekleidete damit eine arbeitgeberähnliche Stellung, welche einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesst (vgl. E. 2.2 f. hiavor). Auch wenn die Beschwerdeführerin den Restaurationsbetrieb bereits Ende Januar 2018 veräussert und ihren letzten Arbeitstag am 9. Februar 2018 hatte (AB 37), war und ist es ihr als Gesellschafterin und Geschäftsführerin der GmbH in Liquidation auch in der Folge dennoch möglich, die Geschicke der Gesellschaft bis zum Zeitpunkt der Löschung des Eintrages massgeblich zu beeinflussen, zumal deren Zweck gemäss dem Handelsregistereintrag über die Führung eines Restaurantbetriebs hinausgeht (vgl. Handelsregisterauszug vom 3. Juli 2018 [in den Verfahrensakten]). Folglich vermag die geltend gemachte Schliessung des Betriebes am 9. Februar 2018 nichts zu ändern, da sie kein taugliches Kriterium dafür ist, das definitive Ausscheiden einer arbeitgeberähnlichen Person zu belegen (vgl. E. 2.2 hiavor). Somit besteht bis zum Zeitpunkt der noch nicht erfolgten Löschung des Eintrages aus dem Handelsregister offensichtlich kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. E. 2.2 f. hiavor). Anzumerken bleibt, dass die Beschwerdegegnerin ab diesem Zeitpunkt den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und insbesondere dessen weitere Voraussetzungen erneut zu prüfen haben wird.

4.

Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 17. Mai 2018 (AB 17 - 22) nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist offensichtlich unbegründet und deshalb abzuweisen.

5.

5.1 Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG keine zu erheben.

5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat weder die Beschwerdeführerin (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG) noch die obsiegende Beschwerdegegnerin als Sozialversicherungsträgerin

einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 104 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. 3 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - 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.