

200 20 487 ALV
KOJ/IMD/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 14. September 2020

Verwaltungsrichter Kölliker, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Furrer
Gerichtsschreiber Imhasly

A. _____
Beschwerdeführer

gegen

Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern
Arbeitslosenkasse, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 27. Mai 2020



Sachverhalt:

A.

A. _____ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) stand vom 15. Januar 2018 bis zum 30. September 2019 in einem befristeten Anstellungsverhältnis beim Verein B. _____ (nachfolgend Verein; Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse [nachfolgend AVA bzw. Beschwerdegegner], [act II] pag. 51-52, 101, 110). Vom 28. Februar 2011 bis zum 22. Juli 2020 figurierte der Versicherte als einzelzeichnungsberechtigter Präsident und Geschäftsführer des Vereins im Handelsregister (Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB] Nr. 44 vom 3. März 2011 und vom 27. Juli 2020). Im Anschluss an das Arbeitsverhältnis beim B. _____ war der Versicherte vom 1. Oktober bis Ende November 2019 bei der C. _____ AG angestellt (act. II 94-95, 107).

Am 28. Dezember 2019 stellte der Versicherte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (act. II pag. 108-111, 114). Nach diversen Abklärungen verneinte das AVA mit Verfügung vom 28. April 2020 (act. II pag. 28-31) einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 2. Dezember 2019 mit der Begründung, der Versicherte habe beim Verein eine arbeitgeberähnliche Stellung inne und könne mit der Anstellung bei der C. _____ AG nur für zwei Monate eine beitragspflichtige Beschäftigung in einem Drittbetrieb nachweisen. Die dagegen erhobene Einsprache (act. II pag. 23-24) wies das AVA mit Einspracheentscheid vom 27. Mai 2020 (act. II pag. 18-22) ab.

B.

Hiergegen erhob der Versicherte mit Eingabe vom 22. Juni 2020 Beschwerde mit dem Antrag, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und ihm sei Arbeitslosenentschädigung zu gewähren.

Mit prozessleitender Verfügung vom 25. Juni 2020 wies der Instruktionsrichter den Beschwerdeführer auf die formellen Erfordernisse der Beschwerdeführung hin und forderte ihn auf, die Beschwerde innert Frist ei-

genhändig zu unterzeichnen, andernfalls auf diese nicht eingetreten werden könne. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 1. Juli 2020 nach.

Mit Beschwerdeantwort vom 12. August 2020 schloss der Beschwerdegegner 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. 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 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 27. Mai 2020 (act. II pag. 18-22). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 2. Dezember 2019 und in diesem Zusammenhang die Frage des Vorliegens einer arbeitgeberähnlichen Stellung.

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.

Diese Rechtsprechung ist nicht auf Kapitalgesellschaften beschränkt, sondern findet auch auf Vereine Anwendung, unabhängig davon, ob es sich

um einen gemeinnützigen oder einen auch geschäftlich tätigen Verein handelt (ARV 2018 S. 174 E. 6.1).

2.3 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 oder als Gesellschafter einer GmbH, 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 Verantwortlichkeiten in der Unternehmung erübrigen (BGE 145 V 200 E. 4.2 S. 203, 123 V 234 E. 7a S. 237, 122 V 270 E. 3 S. 272; ARV 2018 S. 102 E. 3.2 und S. 103 E. 5.1).

2.4 Gemäss ständiger Rechtsprechung ist Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG analog auf arbeitgeberähnliche Personen sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten anwendbar, welche Arbeitslosenentschädigung beanspruchen (BGE 145 V 200 E. 4.1 S. 203, 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 Kurza-

beitsentschädigung 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).

3.

3.1 In tatsächlicher Hinsicht ist aktenkundig und zwischen den Parteien unbestritten, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug als einzelzeichnungsberechtigter Präsident und Geschäftsführer des Vereins im Handelsregister eingetragen war. Die entsprechende Löschung erfolgte erst am 22. Juli 2020 (vgl. SHAB vom 27. Juli 2020). Entgegen der von den Parteien, namentlich auch vom Beschwerdegegner hauptsächlich vertretenen Auffassung (act. II pag. 21; Beschwerdeantwort S. 3 Ziff. 4) ist hinsichtlich der Beendigung der Organstellung von Personen mit arbeitgeberähnlichen Eigenschaften allerdings nicht auf den Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister abzustellen. Nach der Rechtsprechung ist vielmehr in Angleichung an die Praxis zu Art. 52 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10] der tatsächliche Rücktritt, welcher unmittelbar wirksam wird, massgebend (BGE 126 V 134 E. 5b S. 137; ARV 2018 S. 174 E. 6.3).

Demnach ist entscheidend, ob der Beschwerdeführer die Entscheidungen und Aktivitäten des Vereins auch nach der Anmeldung zum Leistungsbezug massgeblich beeinflusste bzw. beeinflussen konnte. Dies ist gestützt auf die Aktenlage zu bejahen: Einerseits hielt der Beschwerdeführer in der Beschwerde fest, die Suche nach einem Nachfolger (für seine Funktion) habe sich unter anderem auch deswegen schwierig gestaltet, weil er selber sich in Südafrika aufgehalten habe. Dies deutet darauf hin, dass er bei der Personalsuche in erheblicher Weise involviert war. Andererseits führte er im Schreiben vom 3. Februar 2020 (act. II pag. 76) aus, die Steuerbefreiung des Vereins sei noch ausstehend und de facto könne nur er die entsprechenden Formalitäten umsetzen. Damit war der Beschwerdeführer

offensichtlich weiterhin nicht nur formal (vgl. Beschwerde S. 1), sondern auch tatsächlich in einer arbeitgeberähnlichen Stellung für den Verein tätig.

3.2 Hat eine versicherte Person weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung in einem Betrieb inne und macht sie den Verlust einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit ohne arbeitgeberähnliche Stellung in einem anderen Betrieb geltend, so kann der Arbeitsausfall nur dann entschädigt werden, wenn die beitragspflichtige Beschäftigung im Drittbetrieb wenigstens sechs Monate gedauert hat und die Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten insgesamt erfüllt ist (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [heute: Bundesgericht] vom 31. März 2004, C 171/03, E. 2.3.2).

Wie der Beschwerdegegner zu Recht festgehalten hat (Beschwerdeantwort S. 3 f. Ziff. 4), erfüllt der Beschwerdeführer die hiervoor wiedergegebenen Voraussetzungen mit der lediglich zweimonatigen Anstellung bei der C._____ AG zwischen Oktober und November 2019 (act. II 94-95, 107) nicht, weshalb er aus diesem Arbeitsverhältnis keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ableiten kann.

3.3 Nach dem Gesagten verneinte der Beschwerdegegner einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 2. Dezember 2019 zu Recht. Die gegen den Einspracheentscheid vom 27. Mai 2020 (act. II pag. 18-22) erhobene Beschwerde erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist 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 Ausgang des Verfahrens ist dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zuzusprechen (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 wird eine Parteienschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern,
Arbeitslosenkasse
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - Staatssekretariat für Wirtschaft – seco

Der Kammerpräsident:

Der Gerichtsschreiber:

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.