

200 20 705 ALV  
WIS/REL/LAB

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil der Einzelrichterin vom 23. September 2021**

Verwaltungsrichterin Wiedmer  
Gerichtsschreiberin Bischof

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 14. Juli 2020



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der 1979 geborene A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war bei der C.\_\_\_\_\_ GmbH (später: C.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation) als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen und als ... tätig (Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse [nachfolgend AVA oder Beschwerdegegner; AB 66 und AB 135]). Am 28. Februar 2019 trat er seine Stammanteile an der C.\_\_\_\_\_ GmbH an D.\_\_\_\_\_ ab (AB 102 f.), war jedoch weiterhin als ... angestellt (AB 135). Nachdem über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet und mangels Aktiven wieder eingestellt worden war, wurde die Gesellschaft am XX. Juni 2020 von Amtes wegen aus dem Handelsregister gelöscht (AB 66 sowie <www.zefix.ch>). Bereits am 23. Dezember 2019 (AB 135 ff.) hatte der Versicherte für offene Lohnforderungen Antrag auf Insolvenzenschädigung gestellt. Mit Verfügung vom 2. März 2020 (AB 74 f.) lehnte das AVA den Anspruch auf Insolvenzenschädigung mit der Begründung ab, die Gesellschaft sei bereits vor Ausscheiden des Versicherten in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Daran hielt es auf Einsprache hin (AB 68 f.) mit Entscheidung vom 14. Juli 2020 (AB 39 ff.) fest.

### **B.**

Hiergegen erhob der Versicherte – vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ – am 14. September 2020 Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 14. Juli 2020. Der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, ihm ab dem 1. Juni 2019 die gesetzlichen Leistungen zu erbringen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen.

Mit Beschwerdeantwort vom 9. Oktober 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** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 14. Juli 2020 (AB 39 ff). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung.

**1.3** Bei einer streitigen Insolvenzenschädigung für die vier Monate Juni 2019 bis September 2019 (vgl. AB 136 Ziff. 15) und bei einem AHV-pflichtigen Lohn von monatlich Fr. 3'500.– (AB 129 f.) liegt der Streitwert unter Fr. 20'000.–, weshalb die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 57 Abs. 1 GSOG).

**1.4** Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61lit. c und d ATSG; Art. 80lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

## **2.**

**2.1** Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmende von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen (lit. a) oder der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen (lit. b), oder sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben (lit. c). 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** Nach der zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ergangenen 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 zeichnungsbe-rechtigt 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 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; SVR 2010 ALV Nr. 9 S. 25 E. 2).

Diese Rechtsprechung ist im Rahmen von Art. 51 Abs. 2 AVIG gleichermaßen anwendbar (ARV 2018 S. 102 E. 3.2).

**2.3** Bei definitiver Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung besteht auch für nachfolgend eintretende Lohnausstände kein Anspruch auf Integritätsentschädigung, wenn der Betrieb bereits während der Zeit in finanzielle Schwierigkeiten geraten ist, in welcher der betreffenden Person noch massgebender Einfluss zukam (BGE 126 V 134, vgl. auch SECO, Audit-Letter TCRD 2019/1 [Audit-Letter] S. 9 ff.; abrufbar unter <www.arbeit.swiss>).

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 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 2008 S. 149 E. 3.2).

### 3.

**3.1** Am 26. Oktober 2018 wurde die C.\_\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister eingetragen (Statutendatum XX. Oktober 2018) und der Beschwerdeführer als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift verzeichnet (AB 66). Mit Vertrag vom 28. Februar 2019 verkaufte er seine gesamten Anteile an der C.\_\_\_\_\_ GmbH an D.\_\_\_\_\_ und verpflichtete sich zum Rücktritt als Geschäftsführer (AB 102 f.). Am 4. März 2019 wurde die entsprechende Mutation im Handelsregister vorgenommen und D.\_\_\_\_\_ als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift eingetragen (AB 66). Der Konkurs über die C.\_\_\_\_\_ GmbH wurde am XX. Oktober 2019 eröffnet, das entsprechende Verfahren am XX. Januar 2020 mangels Aktiven wieder eingestellt und die Gesellschaft am XX. Juni 2020 von Amtes wegen aus dem Handelsregister

gelöscht (AB 66). Wenn der Beschwerdegegner vorbringt, dass die Konkursandrohung bereits am XX. Juni 2019 erfolgt und das Konkursbegehren bereits am XX. Juli 2019 gestellt worden sei (Beschwerdeantwort vom 9. Oktober 2020 S. 4 Ziff. 4), ist dies nicht erstellt und letztendlich in Anbetracht der nachfolgenden Erwägungen unerheblich.

**3.2** Strittig und zu prüfen ist, ob die C.\_\_\_\_\_ GmbH bereits in finanzielle Schwierigkeiten geraten ist, als der Beschwerdeführer noch Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift war und damit massgeblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeiten der GmbH hatte (vgl. E. 2.3 hiervor).

**3.2.1** Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, dass er zu keinem Zeitpunkt operativ in der C.\_\_\_\_\_ GmbH tätig gewesen sei, sondern die Geschicke der Gesellschaft von Anfang an unbesehen seinem "Geschäftsführer" und späteren Nachfolger D.\_\_\_\_\_ überlassen habe (Einsprache vom 1. Mai 2020 [AB 68 f.], Beschwerde vom 14. September 2020 S. 4 Art. 3 Ziff. 17 sowie Bestätigung von D.\_\_\_\_\_ [Beschwerdebeilage {BB} 5]), kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zum einen bestehen durchaus Hinweise auf eine tatsächliche operative Tätigkeit des Beschwerdeführers als Geschäftsführer. So ist dieser im Vertrag vom 30. Oktober 2018 mit dem E.\_\_\_\_\_, den der Beschwerdeführer selbst unterzeichnet hat, als "Inhaber und Geschäftsführer" sowie als "Schlüsselperson beim Auftraggeber" aufgeführt (AB 113). Zudem ist aus den Rechnungen der Gläubigerin F.\_\_\_\_\_ AG ersichtlich, dass der Beschwerdeführer in erheblichem Umfang Bestellungen tätigte oder zumindest als verantwortliche Ansprechperson fungierte (AB 52 bis AB 63), was ebenfalls auf eine operative Tätigkeit hindeutet. Auf der anderen Seite muss gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung die massgebliche Entscheidungsbefugnis eines Gesellschafters im Einzelfall nicht geprüft werden, wenn sich diese – zwingend – bereits aus dem Gesetz selbst ergibt. Dies ist bei einem Gesellschafter einer GmbH (gleichermaßen wie bei einem Verwaltungsrat einer AG) anzunehmen (ARV 2018 S. 103 E. 5 m.w.H.). Der massgebliche Einfluss des Beschwerdeführers als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung ergibt sich mit Blick auf diese Rechtsprechung.

**3.2.2** Wie vorstehend bereits dargelegt, hat der Beschwerdeführer seine Stammanteile an der C.\_\_\_\_\_ GmbH per 28. Februar 2019 an seinen Nachfolger verkauft (AB 102 f.) und die Geschäftsführung abgegeben (AB 103 Ziff. 6). Dass diese Änderung erst einige Tage später am 4. März 2019 im Handelsregister eingetragen wurde (vgl. AB 66) spielt hier keine Rolle (vgl. E. 2.3 vorstehend). Denn wie aus dem Betreibungsregisterauszug der C.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation vom 30. Januar 2020 (AB 104 ff.) ersichtlich ist, waren bereits bis im Februar 2019 mindestens zwei Betreibungen im Umfang von Fr. 11'477.– gegen die Gesellschaft eingeleitet worden (AB 105 Eintrag 1 und 2). Sie – und insbesondere auch die nicht beglichenen Rechnungen, die zu diesen Betreibungsbegehren geführt haben – datieren damit noch aus der Zeit, als der Beschwerdeführer Geschäftsführer war und massgeblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeiten der GmbH hatte. In den Akten finden sich denn auch mehrere Rechnungen der F.\_\_\_\_\_ AG über einen Gesamtbetrag von mehr als Fr. 26'000.– für Bestellungen, die der Beschwerdeführer in der Zeit vom 1. bis zum 7. Februar 2019, als er noch Geschäftsführer war, getätigt hat (AB 52 bis AB 63) und welche nur eineinhalb Monat nach seinem Austritt Bestandteil einer weiteren Betreibung waren (Betreibung der F.\_\_\_\_\_ AG vom 18. April 2019 [AB 105 Eintrag 4]). Die Gesellschaft befand sich damit schon wenige Monate nach ihrer Gründung unter der Führung des Beschwerdeführers in nicht unerheblichen Zahlungsschwierigkeiten und fand seither nicht aus dieser Situation heraus, denn bis zur Konkurseröffnung am 2. Oktober 2019 wurden ohne nennenswerten Unterbruch stetig weitere Betreibungen eingeleitet (vgl. AB 105 f.).

#### **4.**

Unter den dargelegten Umständen ist davon auszugehen, dass die C.\_\_\_\_\_ GmbH bereits zur Zeit, als der Beschwerdeführer noch massgebliche Einflussmöglichkeiten hatte, in finanzielle Schwierigkeiten geraten ist, welche seither ununterbrochen andauerten und schliesslich zum Konkurs geführt haben. Der Beschwerdeführer hat damit keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung (vgl. E. 2.1 vorstehend). Der angefochtene Ein-

spracheentscheid vom 14. Juli 2020 (AB 39 ff.) ist nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

## **5.**

**5.1** In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. aArt. 61 lit. a ATSG in der bis 31. Dezember 2020 gültig gewesenen und hier anwendbaren Fassung (vgl. Art. 82a ATSG) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**5.2** 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 die Einzelrichterin:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. des Beschwerdeführers
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
  - Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Die Einzelrichterin:

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.