

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 2. Februar 2021

Verwaltungsrichter Schütz, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Ackermann, Verwaltungsrichterin Fuhrer
Gerichtsschreiberin Prunner

A. _____
vertreten durch MLaw B. _____
Beschwerdeführer

gegen

Arbeitslosenkasse Unia
Monbijoustrasse 61, Postfach 3398, 3001 Bern
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 28. Oktober 2020



Sachverhalt:

A.

Der 1991 geborene A. _____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) hat jeweils befristet vom 1. Juni bis 31. August 2018 sowie vom 1. Juni bis 31. August 2019 als ... bzw. ... im ... (entgeltlich) für die C. _____ GmbH gearbeitet (Akten der Arbeitslosenkasse Unia [Unia bzw. Beschwerdegegnerin], Antwortbeilage [AB] 136, 152, 155 f., 160 ff., 166, 189 - 191). Ab dem 4. Dezember 2018 figurierte der Versicherte als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift für die C. _____ GmbH (vgl. www.zefix.ch sowie Handelsregisterauszug vom 30. November 2020 [in den Gerichtsakten]). Nach absolviertem Zivildienst vom 1. Oktober bis 29. November 2019 sowie vom 6. Januar bis 1. Februar 2020 (AB 157 - 159, 172, 176) meldete sich der Versicherte am 9. März 2020 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (153 f.) und stellte am 5. Mai 2020 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. In der Folge hat die Unia diverse Abklärungen vorgenommen. Am 10. Juli 2020 verfügte sie die Ablehnung der Anspruchsberechtigung ab dem 9. März 2019 mit dem Hinweis darauf, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Einreichung des Antrages bei der C. _____ GmbH eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe (AB 108 - 111). Die dagegen erhobene Einsprache (AB 67 - 72) wies sie mit Entscheid vom 28. Oktober 2020 ab (AB 35 - 41).

B.

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch MLaw B. _____, am 27. November 2020 (Poststempel) Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides sowie die Gewährung von Arbeitslosenentschädigung rückwirkend seit 9. März 2020.

Mit Beschwerdeantwort vom 14. Dezember 2020 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde.

Von der Möglichkeit Schlussbemerkungen einzureichen macht der Beschwerdeführer innert Frist keinen Gebrauch.

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 28. Oktober 2020 (AB 35 - 41). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 9. März 2020 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).

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. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dient der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstausschluss von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä., vor allem bei Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebes; BGE 123 V 234 E. 7b bb S. 238).

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).

2.3 Gemäss ständiger Rechtsprechung ist Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG analog auf arbeitgeberähnliche Personen sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten anwendbar, welche Arbeitslosenentschädigung beanspruchen (BGE 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 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).

3.

3.1 Gestützt auf die Akten ist erstellt und von den Parteien denn auch nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer seit dem 4. Dezember 2018 Gesellschafter bzw. Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der GmbH war und ihm damit aus formaler Sicht eine arbeitgeberähnliche Stellung zugekommen ist (vgl. www.zefix.ch sowie Handelsregisterauszug vom 30. November 2020 [in den Gerichtsakten]). Umstritten ist allein, ob der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Anmeldung vom 9. März 2020 auch tatsächlich noch eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte bzw. zu welchem Zeitpunkt er definitiv aus der GmbH ausgeschieden ist (vgl. E. 2.3 hiavor).

3.2 In tatsächlicher Hinsicht ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug als einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer der C._____ GmbH im Handelsregister eingetragen war. Die entsprechende Löschung erfolgte erst am 5. August 2020 (SHAB vom ... August 2020 [AB 102 f.]; www.zefix.ch sowie Handelsregisterauszug vom 30. November 2020 [in den Gerichtsakten]). Hinsichtlich der Beendigung der Organstellung von Personen mit arbeitgeberähnlichen Eigenschaften ist jedoch 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 2018 S. 174 E. 6.3).

Demnach ist für die definitive Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung entscheidend, bis zu welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer faktisch noch die Möglichkeit hatte, die Entscheidungen und Aktivitäten der GmbH (vgl. E. 2.2 hiavor) massgeblich zu beeinflussen bzw. als Organ mitzuwirken. Gestützt auf die Aktenlage ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer zwar anlässlich der Vorstandssitzung vom 18. November 2019 bekannt gab, dass er per Ende des Jahres 2019 als Geschäftsführer der C._____ GmbH zurücktrete und seine Stammanteile der C._____ GmbH (an wen sei noch unklar) verkaufe (AB 130 f.). Die C._____

GmbH hielt denn auch mit Schreiben vom 16. Juli 2020 fest, dass der Beschwerdeführer seit dem Austrittsbeschluss vom November 2019 nicht mehr Teil der operativen Leitung der GmbH sei und seit dem 1. September 2019 keinerlei Arbeiten mehr verrichtete und keine Geldleistungen mehr erhalten habe (AB 60; vgl. auch AB 118). Wie nachfolgend dargelegt wird, war es dem Beschwerdeführer – entgegen dessen Auffassung – jedoch trotz diesen Gegebenheiten weiterhin bzw. über den 9. März 2020 hinaus möglich, im Rahmen seiner finanziellen Beteiligung von 20% (vier Stammanteile) – und nicht wie die Beschwerdegegnerin vorbringt von 50% – als Organ faktisch Einfluss auf die GmbH zu nehmen bzw. bei Entscheidungen mitzuwirken (vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [heute Bundesgericht] vom 22. März 2005, C 180/04, E. 2.3). Das definitive Ausscheiden bzw. der tatsächliche Rücktritt kann in zeitlicher Hinsicht (z.B.) anhand einer notariellen Urkunde (Übertragung der GmbH-Stammanteile an eine Drittperson) nachgewiesen werden (vgl. Rz. B28 der vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO herausgegebenen AVIG-Praxis ALE [abrufbar: www.arbeit.swiss > Publikationen > Weisungen/Kreisschreiben/ AVIG-Praxis]; zur Verbindlichkeit von Verwaltungsweisungen: BGE 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228, BGE 132 V 121 E. 4.4 S. 125). Die Abtretung der Stammanteile erfordert nach Art. 786 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) die Zustimmung der Gesellschafterversammlung. In Ziff. 6.1 des Stammanteilkaufvertrages der C._____ GmbH wurde denn auch festgehalten, dass die Rechtswirksamkeit und der Vollzug des Vertrages unter dem Vorbehalt der Genehmigung der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft steht (unpaginiert eingefügt anstelle von AB 94).

Offenbar wurde erst im Mai bzw. Juni 2020 entschieden, an wen konkret – nämlich an die neu eintretende Gesellschafterin D._____ – der Beschwerdeführer seine Stammanteile verkaufen wird (vgl. AB 65, 124 ff.). Nachdem der Beschwerdeführer am 6. Juli 2020 per sofort seinen Rücktritt als Geschäftsführer der C._____ GmbH erklärte (unpaginiert eingefügt anstelle von AB 75), unterzeichnete er am 16. Juli 2020 den notariell ausgearbeiteten (vgl. AB 114, 124 ff.) Stammanteilkaufvertrag (vgl. unpaginiert eingefügt anstelle von AB 86, 95). Damit gab er nicht nur sein schriftliches Einverständnis zum Verkauf seiner vier Stammanteile an D._____,

sondern *als Gesellschafter* auch seine Zustimmung zum Verkauf der vier Stammanteile von E. _____ an F. _____ (drei Stammanteile) und D. _____ (ein Stammanteil) i.S.v. Ziff. 6.1 des Stammanteilkaufvertrages. E. _____ stimmte seinerseits als Gesellschafter dem Verkauf des Beschwerdeführers an D. _____ am 22. Juli 2020 zu (unpaginiert eingefügt anstelle von AB 84). Die beiden Käufer, F. _____ und D. _____, unterzeichneten den Stammanteilkaufvertrag jeweils zuletzt am 28. Juli 2020 (unpaginiert eingefügt anstelle von AB 74, 81). Damit war der Beschwerdeführer gegenüber der Käuferin seiner Stammanteile verpflichtet, während der Hängigkeit des Kaufgeschäfts für den Bestand der Kaufsache zu sorgen bzw. deren Interessen zu wahren, womit es ihm verwehrt war, auf sein Einflussnahmerecht als Gesellschafter zu verzichten. Folglich war der Beschwerdeführer bis zur Übertragung seiner vier Stammanteile am 28. Juli 2020 weiterhin nicht nur formal, sondern auch tatsächlich in einer arbeitgeberähnlichen Stellung für die GmbH tätig. Der Umstand, dass sich der Verkauf der Stammanteile bzw. die Unterzeichnung des Stammanteilkaufvertrages infolge interner Abklärungen und Angelegenheiten sowie durch die COVID-19-Krise verzögert hat (vgl. dazu auch AB 64 f.), ist für die hier massgebliche Frage betreffend den Zeitpunkt der endgültigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung unbeachtlich, da die Einflussmöglichkeiten des Beschwerdeführers auf die Gesellschaft massgebend sind, welche – wie dargelegt – während diesen Verzögerungen bestanden.

3.3 Nach dem Gesagten verneinte die Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 9. März 2020 aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung im Zeitpunkt der Anmeldung zu Recht. Die gegen den Einspracheentscheid vom 28. Oktober 2020 (AB 35 - 41) erhobene Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

3.4 Da der Beschwerdeführer bis am 28. Juli 2020 als arbeitgeberähnliche Person gilt, wird die Beschwerdegegnerin zu prüfen haben, ob der Beschwerdeführer ab dem 9. März 2020 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung im Rahmen der massgeblichen Bestimmungen der COVID-19-Verordnungen hat und ob, sollte der Anspruch bislang nicht geltend gemacht worden sein, gegebenenfalls Wiedereinsetzungsgründe (vgl. Art. 41 ATSG) vorliegen. Die Akten sind somit zur Vornahme der entsprechenden

Überprüfung und anschliessendem Entscheid an die Beschwerdegegnerin zu überweisen.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. aArt. 61 lit. a ATSG (in der bis 31. Dezember 2020 gültigen Fassung; vgl. Art. 83 ATSG) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Bei diesem Verfahrensausgang hat der unterliegende Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG); der Beschwerdegegnerin steht praxismässig ebenfalls keine Parteientschädigung zu (Art. 104 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. c VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Die Akten werden im Sinne von Erwägung 3.4 an die Arbeitslosenkasse Unia überwiesen.
4. Zu eröffnen (R):
 - MLaw B. _____ z.H. des Beschwerdeführers
 - Arbeitslosenkasse Unia
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - 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.