

200 21 23 ALV  
SCP/PES/IVE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 8. März 2021**

Verwaltungsrichter Schütz, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Kölliker, Verwaltungsrichter Jakob  
Gerichtsschreiber Peter

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

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 30. November 2020



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Am 21. November 2019 stellte die 1984 geborene A. \_\_\_\_\_ (ehemals C. \_\_\_\_\_; nachfolgend Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) bei der Arbeitslosenversicherung einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab Dezember 2019. Als letztes Arbeitsverhältnis gab sie eine vom 10. Mai 2018 bis 30. November 2019 dauernde Teilzeitbeschäftigung bei der D. \_\_\_\_\_ an. Gemäss dem der Anmeldung beigelegten Arbeitsvertrag (Antwortbeilage [AB] 211 – 214) war sie dort in den Bereichen ..., ... und ... tätig (AB 204 – 207). Ab Dezember 2019 bezog die Versicherte daraufhin Taggelder der Arbeitslosenversicherung (siehe AB 132, 135, 138, 141, 144).

Mit Verfügung vom 8. Mai 2020 (AB 121 – 125) verneinte das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (AVA), Arbeitslosenkasse (nachfolgend Arbeitslosenkasse bzw. Beschwerdegegner), aufgrund der Feststellungen, dass der Ehemann der Versicherten (ehemals Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der D. \_\_\_\_\_) seit April 2020 wiederum bei der D. \_\_\_\_\_ eingetragen ist und zwar neu als Präsident des Stiftungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien und dass die Versicherte selbst seit April 2020 neu als Mitglied des Stiftungsrates eingetragen ist, ebenfalls mit Kollektivunterschrift zu zweien (vgl. AB 130 f.), eine Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab Dezember 2019. Gleichzeitig forderte es die bereits ausgerichteten Leistungen im Betrag von Fr. 7'680.90 zurück. Gegen diese Verfügung erhob die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, mit Eingabe vom 3. Juni 2020 (AB 85 – 90) und Ergänzungen vom 4. Juli 2020 (AB 74 – 79) Einsprache. Mit Entscheid vom 30. November 2020 (AB 53 – 60) wies die Arbeitslosenkasse diese ab.

### **B.**

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob die Versicherte, wiederum vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, am 7. Januar 2021 Beschwerde

mit den Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid und die angefochtene Verfügung seien aufzuheben und der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin die ihr rechtlich zustehenden Arbeitslosentaggelder ab 2. Dezember 2019 bis auf weiteres auszurichten. Zudem sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin keine Zahlung infolge Rückforderung von erhaltenen Leistungen im Betrag von Fr. 7'680.90 zu leisten habe. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit prozessleitender Verfügung vom 8. Januar 2021 wurden die Parteien dahingehend orientiert, dass der unterzeichnende Instruktionsrichter die im den Ehemann der Beschwerdeführerin betreffenden Verfahren ALV/2020/593 getätigten Abklärungen, wonach dieser (und die D. \_\_\_\_\_) von anfangs Dezember 2019 bis Ende Juli 2020 (recte: 23. Juni 2020) mit den massgeblichen ... und ...betrieben keine Kontakte gepflegt hat, welche auf eine Beibehaltung oder Ausübung einer operativen Funktion schliessen liessen, auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren für beweiskräftig und verwertbar hält. Gleichzeitig wurde dem Beschwerdegegner eine Frist zur Einreichung einer Beschwerdeantwort angesetzt.

Mit Beschwerdeantwort vom 4. Februar 2021 beantragt der Beschwerdegegner, die Beschwerde sei abzuweisen.

### **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 grundsätzlich (vgl. E. 1.2 hiernach) einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 30. November 2020 (AB 53 – 60). Umstritten ist die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin zufolge ihrer Eintragung als Mitglied des Stiftungsrates und Wiedereintragung ihres Ehemannes im Handelsregister als Präsident des Stiftungsrates der D.\_\_\_\_\_, bei der dieser vor Eintritt der Arbeitslosigkeit u.a. als Geschäftsleiter und ... des ... und sie als Mitarbeiterin in den Bereichen ..., ... und ... angestellt waren (vgl. AB 130 f. sowie AB 211 und 215), sowie die mit dem angefochtenen Einspracheentscheid bestätigte Rückforderung der vom 2. Dezember 2019 bis zum 30. April 2020 bereits ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung von total Fr. 7'680.90. Soweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung der (dem angefochtenen Einspracheentscheid zu Grunde liegenden) Verfügung vom 8. Mai 2020 (AB 121 – 125) beantragt (vgl. Beschwerde S. 2 Ziff. I Rechtsbegehren Ziff. 1), ist darauf nicht einzutreten. Anfechtungsgegenstand im kantonalen Beschwerdeverfahren bildet allein der Einspracheentscheid. Dieser tritt an die Stelle der vorgängig erlassenen Verfügung, und zwar auch dann, wenn er sie bloss bestätigt (BGE 119 V 347 E. 1b S. 350; SVR 2020 AHV Nr. 9 S. 25 E. 1; RKUV 1998 U 308 S. 454 E. 2a). Weiter ist aufgrund der Subsidiarität von Feststellungsbegehren gegenüber Leistungsbegehren (vgl. HERZOG/DAUM [Hrsg.], Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 73 und Art. 90 N. 3; SVR 2017 FZ Nr. 1 S. 1 E. 2.1) auf den An-

trag, es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin keine Zahlungen infolge Rückforderung von erhaltenden Leistungen im Betrag von Fr. 7'680.90 zu leisten habe (vgl. Beschwerde S. 2 Ziff. I Rechtsbegehren Ziff. 3), nicht einzutreten. Das damit Angestrebte wird ohne weiteres bereits mit dem Begehren um (ersatzlose) Aufhebung des Einspracheentscheids vom 30. November 2020 (Beschwerde S. 2 Ziff. I Rechtsbegehren Ziff. 1) erreicht.

**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** Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da sie vor Erlass der Verfügung vom 8. Mai 2020 (AB 121 – 125) nicht angehört worden und weder aus der Verfügung noch aus dem Einspracheentscheid erkennbar sei, weshalb der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint worden sei (Beschwerde Ziff. III Ziff. 1 S. 5 f.).

**2.2** Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]). Sie müssen nicht angehört werden vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind (Art. 42 ATSG). Die Verwaltung hat aber den rechtserheblichen Sachverhalt vor Verfügungserlass abzuklären und darf diese Aufgabe nicht ins Einspracheverfahren verlegen. Dieses verlöre sonst weitgehend seinen Sinn und Zweck, letztlich die Gerichte zu entlasten. Vorbehalten bleiben ergänzende Abklärungen, zu denen die in der Einsprache vorgebrachten Einwände Anlass geben (BGE 132 V 368 E. 5 S. 374, 125 V 188 E. 1c S. 191; SVR 2005 AHV Nr. 9 S. 31 E. 1.3.1).

Die Begründungspflicht ist wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachli-

chen Motiven leiten lässt, und den Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn sowohl die betroffene Person als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 136 I 229 E. 5.2 S. 236, 124 V 180 E. 1a S. 181; SVR 2020 AHV Nr. 2 S. 5 E. 4, 2017 KV Nr. 6 S. 30 E. 5).

**2.3** Wie der Beschwerdegegner im angefochtenen Einspracheentscheid bereits zutreffend dargelegt hat (vgl. AB 58), befreit Art. 42 Satz 2 ATSG die Behörde von der Pflicht, die Parteien vor Verfügungen anzuhören, die – wie vorliegend der Fall – mit Einsprache anfechtbar sind. Die diesbezügliche Rüge geht somit ins Leere (vgl. BGE 132 V 368 sowie E. 2.2 hiervor). Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht rügt, ist nach dem unter E. 4 hiernach Dargelegten festzuhalten, dass der Beschwerdegegner sowohl in der Verfügung vom 8. Mai 2020 (AB 121 – 125) als auch im angefochtenen Einspracheentscheid vom 30. November 2020 (AB 53 – 60) die wesentlichen Überlegungen genannt hat, von denen er sich hat leiten lassen und auf welche sich der Entscheid stützt. Aus der Verfügung wie auch dem Entscheid ist ohne weiteres ersichtlich, warum der Beschwerdegegner die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin rückwirkend ab 2. Dezember 2019 verneint und die bereits ausbezahlten Leistungen im Betrag von Fr. 7'680.90 zurückfordert. Neben der sich aus dem Dispositiv ergebenden Tragweite sind aus der Begründung auch die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ersichtlich, womit die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließende Begründungspflicht erfüllt ist (vgl. E. 2.2 hiervor). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs infolge ungenügender Begründung ist klarerweise zu verneinen. Ob die vorgenommene Sachverhaltsfeststellung und rechtliche Würdigung materiell korrekt ist, ist nachfolgend zu prüfen.

### 3.

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben jene Personen keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, 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 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 sind Arbeitnehmende mit arbeitgeberähnlicher Stellung sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten 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 mit arbeitgeberähnlicher Stellung 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 und der mitarbeitende Ehegatte bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen wären. 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).

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 Kurzarbeits- resp. Arbeitslosenentschädigung 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).

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).

#### 4.

Mit Verfügung vom 8. Mai 2020 (AB 121 – 125) verneinte der Beschwerdegegner eine Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin ab Dezember 2019 und forderte die bereits ausgerichteten Leistungen im Betrag von Fr. 7'680.90 zurück. Nach Überprüfung der eingereichten Unterlagen sei die arbeitgeberähnliche Stellung des Ehemannes der Beschwerdeführerin bei der D.\_\_\_\_\_ mit Auflösung von dessen Anstellung als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift per 30. November 2019 zunächst als definitiv beendet anerkannt und ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung der Beschwerdeführerin, welche bis 30. November 2019 bei der D.\_\_\_\_\_ mitgearbeitet habe, ab 2. Dezember 2019 bejaht worden. Gemäss aktuel-

lem Internet-Handelsregisterauszug sei der Ehemann der Beschwerdeführerin nun aber seit April 2020 wiederum bei der D.\_\_\_\_\_ eingetragen und zwar als Präsident des Stiftungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien und die Beschwerdeführerin selbst sei seither ebenfalls als Mitglied des Stiftungsrates eingetragen, ebenfalls mit Kollektivunterschrift zu zweien (vgl. AB 130 f.). Mit diesem erneuten Eintrag widersprächen sich die zunächst angenommene definitive Aufgabe einer arbeitgeberähnlichen Stellung ihres Ehemannes bei der D.\_\_\_\_\_ sowie die tatsächlichen Gegebenheiten eindeutig. Die arbeitgeberähnliche Stellung sei nicht aufgegeben worden und sie und ihr Ehemann hätten sich offensichtlich nicht vollumfänglich von der D.\_\_\_\_\_ losgelöst. Aufgrund dieses Sachverhalts sei die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend ab Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug zu verneinen und der vom 2. Dezember 2019 bis zum 30. April 2020 ausbezahlte Betrag von total Fr. 7'680.90 zurückzufordern (AB 122 f.). Dabei verwies der Beschwerdegegner u.a. auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG (vgl. E. 3 hiavor) und die diesbezüglichen Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO in der AVIG-Praxis ALE Rz. B12, B14 f. und B28 (vgl. AB 122) sowie hinsichtlich Rückforderung auf Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 ATSG.

Mit dem angefochtenen Einspracheentscheid vom 30. November 2020 (AB 53 – 60) bestätigte der Beschwerdegegner diese Verfügung. Als Präsident des Stiftungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien habe der Ehemann der Beschwerdeführerin wieder massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung der D.\_\_\_\_\_. Zudem sei die Beschwerdeführerin als Mitglied des Stiftungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien im Handelsregister eingetragen. Aufgrund dieser Tatsache bestehe anhand analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Ein Ausschluss habe bereits dann zu erfolgen, wenn aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung lediglich die Möglichkeit eines Missbrauchs oder einer Gesetzesumgehung bestehe, was vorliegend der Fall sei. Aufgrund der gesetzlichen Grundlagen sei die Ablehnung somit zu Recht erfolgt, da sich die Beschwerdeführerin nach wie vor in einer arbeitgeberähnlichen Stellung befinde. Folglich seien die bereits abgerechneten Kontrollperioden zu korrigieren gewesen, woraus die Rückforderung von Fr. 7'680.90 entstanden sei (vgl. AB 58 f.).

## 5.

**5.1** Gemäss Arbeitsvertrag vom 5. März 2014 (siehe Antwortbeilage [AB] 285 – 287 im Verfahren ALV/2020/593) war der Ehemann der Beschwerdeführerin ab 1. März 2014 bei der D.\_\_\_\_\_ als Geschäftsleiter und ... des ... (und damit gleichzeitig auch als .../...) angestellt, wobei im Vertrag explizit festgehalten ist, dass der Stiftungsrat per Reglement die operationelle Geschäftsführung vollumfänglich an die Geschäftsleitung delegiert hat. Ab 7. Januar 2015 bis 9. Oktober 2019 war der Ehemann der Beschwerdeführerin als Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen.

Angesichts der vollumfänglichen Delegation der operationellen Geschäftsführung vom Stiftungsrat an die Geschäftsleitung und damit ab 1. März 2014 an den Ehemann der Beschwerdeführerin hat dieser ab März 2014 bis zumindest Anfang Oktober 2019 (vgl. Beschwerdebeilage [BB] 5) zweifellos massgeblich Einfluss auf die Entscheidungen der D.\_\_\_\_\_ nehmen können. Damit ist erstellt, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin zumindest bis Anfang Oktober 2019 bei der D.\_\_\_\_\_ eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte.

**5.2** Mit Stiftungsratsbeschluss vom 1. Oktober 2019 wurde dem Ehemann der Beschwerdeführerin die Vertretungsberechtigung für die D.\_\_\_\_\_ per sofort entzogen, der Titel «Geschäftsführer» resp. «...» in «...» geändert und festgehalten, dass er keinen Zugang zu den Konten der D.\_\_\_\_\_ mehr erhalte (siehe Beschwerdebeilage [BB] 11 im Verfahren ALV/2020/593). Mit Arbeitsvertrag vom 16. Oktober 2019 wurde F.\_\_\_\_\_ mit Vertragsbeginn am 17. September 2019 als neuer Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ angestellt (BB 12 im Verfahren ALV/2020/593). Am 10. Oktober 2019 erfolgte die entsprechende Anpassung im Handelsregister (Löschung des Ehemannes der Beschwerdeführerin als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift und Eintragung von F.\_\_\_\_\_ als Geschäftsführer mit Kollektivunterschrift zu zweien sowie Sitzverlegung der Stiftung vom Wohnort der Beschwerdeführerin resp. ihres Ehemannes an ..., ...; vgl. BB 5). In der Folge wurden sowohl das An-

stellungsverhältnis der Beschwerdeführerin als auch dasjenige ihres Ehemannes je mit Schreiben vom 30. Oktober 2019 von Seiten der D. \_\_\_\_\_ per 30. November 2019 gekündigt (BB 7 sowie BB 7 im Verfahren ALV/2020/593).

Am 23. April 2020 wurden der Ehemann der Beschwerdeführerin als Präsident und die Beschwerdeführerin selbst als Mitglied des Stiftungsrates der D. \_\_\_\_\_ je mit Kollektivunterschrift zu zweien ins Handelsregister eingetragen (vgl. BB 10).

**5.3** Die Beschwerdeführerin selbst hatte vor dem 23. April 2020 unstrittig nie eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der D. \_\_\_\_\_ inne. Die zur Klärung der Frage, ob der Ehemann der Beschwerdeführerin in der Zeit ab 2. Dezember 2019 innerhalb der D. \_\_\_\_\_ weiterhin eine arbeitgeberähnliche Funktion im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG innehatte, getroffenen Abklärungen des Gerichts im Verfahren ALV/ 2020/593 ergaben, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin (und die D. \_\_\_\_\_) in der Zeit von Anfang Dezember 2019 bis 23. Juni 2020 mit den angefragten Betrieben und ... weder im Namen der D. \_\_\_\_\_ noch anderweitig Kontakt hatte, mithin bis zum Eintrag vom 23. April 2020 als neuer Stiftungsratspräsident der D. \_\_\_\_\_ im Handelsregister keine Anhaltspunkte vorliegen, die für eine zwischenzeitlich fortbestandene arbeitgeberähnliche Stellung des Ehemannes der Beschwerdeführerin sprechen würden. Aufgrund der Akten und der im Laufe des Verfahrens ALV/2020/593 getroffenen Abklärungen (siehe die entsprechenden Verfahrensakten) ist vielmehr mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin in der Zeit ab 2. Dezember 2019 weder formell noch faktisch als Organ der Stiftung eingetragen war bzw. tätig wurde, er mithin bis zum Eintrag als Stiftungsratspräsident am 23. April 2020 keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr innehatte.

Mit der Übernahme der Funktionen als Stiftungsratspräsident und einzigem weiteren Stiftungsratsmitglied mit je Kollektivunterschrift zu zweien und der entsprechenden (Wieder-)Eintragung im Handelsregister am 23. April 2020 kommt sowohl dem Ehemann der Beschwerdeführerin als auch der Beschwerdeführerin selbst wie einem Vereinsvorstand (vgl. E. 3 hiavor) ex lege (wieder) ein massgeblicher Einfluss auf die Entscheidungen der

D.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zu. Ab da hätten es die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann in der Hand gehabt, sich in ihren alten Funktionen bei der D.\_\_\_\_\_ wieder anzustellen. Dass sie ihre neuen Funktionen im Stiftungsrat ehrenamtlich und unentgeltlich ausüben, wie von Seiten der Beschwerdeführerin mehrfach betont (vgl. AB 89 Ziff. 4, AB 78 Ziff. 4, Beschwerde Ziff. 2 S. 8 f.), ändert daran nichts. Auch ob eine Anstellung in der alten Funktion wirtschaftlich möglich gewesen wäre, ist ohne Bedeutung, will die Rechtsprechung zu den arbeitgeberähnlichen Personen doch 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 (vgl. 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 sowie E. 3 hiervor).

**5.4** Zusammenfassend hatte der Ehemann der Beschwerdeführerin (sie selbst hatte vor dem 23. April 2020 unstrittig nie eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der D.\_\_\_\_\_ inne) vor dem 2. Dezember 2019 seine Eigenschaft verloren, deretwegen er und die Beschwerdeführerin bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen gewesen wären. Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin (gleich wie ihren Ehemann) somit zu Unrecht vom 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgenommen. Mit der Übernahme der Funktionen als Stiftungsratspräsident und einzigem weiteren Stiftungsratsmitglied mit je Kollektivunterschrift zu zweien und der entsprechenden (Wieder-)Eintragung im Handelsregister am 23. April 2020 haben aber sowohl der Ehemann der Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdeführerin selbst ex lege (wieder) eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der D.\_\_\_\_\_ inne und somit ab da keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mehr.

Soweit auf die Beschwerde einzutreten ist, ist sie somit dahingehend gutzuheissen, als der angefochtene Entscheid, soweit die Verhältnisse von 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 betreffend, aufzuheben ist. Soweit weitergehend ist die Beschwerde abzuweisen und die Akten sind an den Beschwerdegegner zurückzuweisen zwecks Neuberechnung der Rückfor-

derung. Eine Überweisung der Akten an den Beschwerdegegner zur Überprüfung, ob im Rahmen der massgeblichen Bestimmungen der COVID-19-Verordnungen ab 23. April 2020 ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, erübrigt sich, da die Beschwerdeführerin mit ihrem Stiftungsratsmandat zwar seit dem 23. April 2020 neu eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der D.\_\_\_\_\_ innehat, mangels Lohnbezug und damit Arbeitnehmereigenschaft ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung aber von vornherein ausser Betracht fällt.

## **6.**

**6.1** In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. <sup>f</sup>bis ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBl 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**6.2** Trotz bloss teilweisen Obsiegens hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

Die von Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ eingereichte Kostennote vom 1. März 2021 ist nicht zu beanstanden. Gestützt auf diese Kostennote wird die Parteientschädigung der Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren auf Fr. 3'437.90 (Honorar Fr. 3'105.--, Auslagen Fr. 87.10, MWST Fr. 245.80) festgesetzt. Diesen Betrag hat der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin zu ersetzen.

### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Soweit auf die Beschwerde einzutreten ist, wird sie dahingehend gutgeheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid des Amtes für

Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse, vom 30. November 2020, soweit die Verhältnisse von 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 betreffend, aufgehoben wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen und die Akten werden an den Beschwerdegegner zurückgewiesen zwecks Neuberechnung der Rückforderung.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 3'437.90 (inkl. Auslagen und MWST), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. der Beschwerdeführerin
  - 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 öff-

fentlich-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.