

200 21 3 ALV
KOJ/COC/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 15. März 2021

Verwaltungsrichter Kölliker, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Loosli
Gerichtsschreiberin Collatz

A. _____
vertreten durch Fürsprecher B. _____
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 19. November 2020



Sachverhalt:

A.

Der 1966 geborene A. _____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war seit dem 1. Juli 2005 als .../... im C. _____ in ... tätig, wobei er ab März 2010 Angestellter und zugleich alleiniger Gesellschafter bzw. Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der D. _____ war. Nachdem das C. _____ am TT. MM. 2020 durch ein Feuer total zerstört worden war, wurde dem Versicherten per 30. April 2020 gekündigt (Akten des Amts für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse [Arbeitslosenkasse bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 198 f., 202, 214 ff.; vgl. auch die entsprechenden Angaben unter: <www.zefix.ch>). Daraufhin meldete sich dieser am 30. April 2020 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und stellte gleichentags einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2020 (AB 122 f., 203 ff.).

Mit Verfügung vom 8. September 2020 (AB 75 ff.) lehnte die Arbeitslosenkasse einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Mai 2020 ab, da der Versicherte bei der D. _____ als alleiniger Gesellschafter eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte. Die dagegen erhobene Einsprache (AB 70) wies die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 19. November 2020 (AB 60 ff.) ab.

B.

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch Fürsprecher B. _____, am 2. Januar 2021 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie die Gewährung von Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2020. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung von Fürsprecher B. _____ als amtlicher Anwalt.

Mit Beschwerdeantwort vom 18. Januar 2021 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 19. November 2020 (AB 60 ff.). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Mai 2020.

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.

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 Situa-

tion 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).

3.

3.1 Der Beschwerdegegner geht davon aus, der Beschwerdeführer sei als alleiniger Gesellschafter mit Einzelunterschrift der D._____, seiner letzten Arbeitgeberin vor der Arbeitslosigkeit, grundsätzlich nicht anspruchsberechtigt (AB 62 ff., 75). In der Beschwerde (S. 3 Ziff. 9 und S. 4 Ziff. 12 f.) wird dagegen vorgebracht, dass hier besondere Umstände vorlägen, welche es rechtfertigten, von der konstanten Praxis zur arbeitgeberähnlichen Stellung abzuweichen. Würde der Beschwerdeführer sich als Gesellschafter der D._____ löschen lassen resp. seine Anteile verkaufen, würden ihm alle zukünftigen Leistungen der E._____ und der – für den Betriebsausfall zuständigen – F._____ AG (F._____) entgehen.

3.2 Gestützt auf die Akten ist erstellt und von den Parteien denn auch unbestritten, dass der Beschwerdeführer (seit der Gründung der GmbH am TT. MM. 2010 und auch weiterhin) Gesellschafter bzw. Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der D._____ ist (vgl. die entsprechenden Angaben unter: <www.zefix.ch>; vgl. auch die Handelsregisterauszüge des Kantons ... vom 4. Mai 2020 [AB 198 f.] und vom 7. Januar 2021 [AB 3 f.]). In analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Gesellschafter und Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums einer Unternehmung – und damit auch der Beschwerdeführer als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der D._____ – aufgrund ihrer arbeitgeberähnlichen Stellung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. E. 2.2 hiavor; vgl. auch 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; Rz. B17 AVIG-Praxis ALE, abrufbar unter: <www.arbeit.swiss>).

Daran ändert nichts, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer nach dem Brand vom TT. MM. 2020 auf den 30. April 2020 gekündigt worden ist (AB 202). Denn diese Kündigung hat die Organstellung des Beschwerdeführers in der D._____ nicht beendet. Hierfür wäre nach der Rechtsprechung der tatsächliche Austritt aus der GmbH notwendig gewesen (vgl. BGE 126 V 134 E. 5b S. 137; ARV 2018 S. 174 E. 6.3; Rz. B25 AVIG-Praxis ALE). Dies hat der Beschwerdeführer hier jedoch nicht getan, sondern er ist immer noch der alleinige Gesellschafter der besagten Gesellschaft. Damit kann er die Entscheidungsfindung im Betrieb weiterhin bestimmen. Solange der Beschwerdeführer nicht definitiv aus der GmbH ausgeschieden ist und seine arbeitgeberähnliche Stellung nicht endgültig aufgegeben hat, hat er keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Rz. B14 AVIG-Praxis ALE). Darüber hinaus ist der Zweck der D._____ (Betrieb einer privaten oder öffentlichen Einrichtung wie ..., ..., ..., ..., ... jeglicher Art, ... und andere ... sowie Organisation von ... jeglicher Art; AB 69 und 198) nicht auf die Betreuung des ausgebrannten C._____ beschränkt. Vielmehr steht es dem Beschwerdeführer frei, im Rahmen der Gesellschaftszwecke weiterhin für die GmbH tätig zu sein.

Soweit der Beschwerdeführer schliesslich geltend macht, dass eine unechte Gesetzeslücke vorliege, da die Anwendung der konstanten Praxis zur arbeitgeberähnlichen Stellung zu einem Resultat führe, dass gesetzlich nicht gewollt sein könne (Beschwerde S. 3 Ziff. 9), kann ihm nicht gefolgt werden. Insbesondere legt er nicht substantiiert dar, inwiefern hier eine solche Lücke vorliegen sollte. Eine unechte oder rechtspolitische Lücke ist gegeben, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende, zu entnehmen ist (BGE 141 V 481 E. 3.1 S. 485; Entscheid des Bundesgerichts vom 3. September 2020, 9C_615/2019 [zur Publikation vorgesehen], E. 4.4.1). Dies ist hier mit Blick auf die oben erwähnte Gesetzeslage und die konstante Rechtsprechung nicht der Fall. Eine solche Lücke lässt sich namentlich nicht durch die vom Beschwerdeführer dargestellte Interessenkollision zwischen dem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und

demjenigen auf Versicherungsleistungen im Zusammenhang mit der Zerstörung des C._____ durch den Brand vom TT. MM. 2020 begründen (Beschwerde S. 4 Ziff. 12 f.). So lag resp. liegt es in der Entscheidung des Beschwerdeführers, ob er als alleiniger Gesellschafter der D._____ Versicherungsleistungen der E._____ und/oder der F._____ beanspruchen oder gegebenenfalls aus der GmbH austreten und Leistungen der Arbeitslosenversicherung geltend machen will. Meldet er sich bei der Arbeitslosenversicherung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an, gelten die diesbezüglich einschlägigen gesetzlichen Regelungen, so insbesondere auch diejenigen zur arbeitgeberähnlichen Stellung.

3.3 Nach dem Gesagten verneinte die Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Mai 2020 aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers zu Recht. Die gegen den Einspracheentscheid vom 19. November 2020 (AB 60 ff.) erhobene Beschwerde erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen.

4.

4.1 Zu prüfen bleibt das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

4.1.1 Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Kosten- und allfälligen Vorschuss- sowie Sicherstellungspflichten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen kann überdies einer Partei eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 61 lit. f ATSG sowie Art. 111 Abs. 1 und 2 VRPG; SVR 2011 IV Nr. 22 S. 61 E. 2, 2011 UV Nr. 6 S. 22 E. 6.1).

Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Praxis Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten

oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder aber davon absehen würde (BGE 140 V 521 E. 9.1 S. 537).

4.1.2 Im Lichte des Dargelegten kann nicht gesagt werden, dass sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage hielten oder jene nur wenig geringer seien als diese. Vorliegend hat der Beschwerdeführer einen Einspracheentscheid angefochten, der offensichtlich gesetzes- und ordnungskonform ist und dabei insbesondere mit der klaren und eindeutigen Rechtsprechung betreffend die Arbeitslosenentschädigung für sogenannte arbeitgeberähnliche Personen übereinstimmt, was dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers auch hätte bewusst sein müssen. Demgemäss ist der vorliegende Prozess als von vornherein aussichtslos zu qualifizieren und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen. Ob die anwaltliche Verbeiständung geboten und die Voraussetzung der Prozessarmut erfüllt gewesen wäre, kann somit offen bleiben.

4.2 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 ^f^{bis} ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.3 Der unterliegende Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Zu eröffnen (R):
 - Fürsprecher B. _____ z.H. des Beschwerdeführers
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse
 - 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.