

200 21 689 ALV
SCP/SHE/SAL/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 9. November 2021

Verwaltungsrichter Schütz, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Jakob
Gerichtsschreiber Schnyder

A. _____
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 15. September 2021



Sachverhalt:

A.

Die 1973 geborene A. _____ (nachfolgend Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) stellte am 6. Juli 2021 beim Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (nachfolgend AVA bzw. Beschwerdegegner) einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Juli 2021 (Akten des AVA [act. II] 86 ff.), nachdem ihr Pensum durch die B. _____ mit Änderungskündigung vom 1. Juni 2021 per 1. Juli 2021 von 60% auf 10% reduziert worden war (act. II 61). Mit Verfügung vom 30. August 2021 (act. II 38 ff.) lehnte das AVA die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab, mit der Begründung, die Versicherte befinde sich als Verwaltungsmitglied bei der B. _____ in arbeitgeberähnlicher Stellung. Daran hielt es auf Einsprache der Versicherten (act. II 33 ff.) hin mit Entscheid vom 15. September 2021 (act. II 25 ff.) fest.

B.

Am 4. Oktober 2021 leitete das AVA ein von der Versicherten gegen den Einspracheentscheid vom 15. September 2021 (act. II 25 ff.) gerichtetes Schreiben vom 22. September 2021 an das Verwaltungsgericht weiter. Darin wird sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids beantragt.

Die Versicherte reichte eine weitere Eingabe datiert auf den 6. Oktober 2021 bei Gericht ein.

Der Beschwerdegegner schliesst mit Beschwerdeantwort vom 19. Oktober 2021 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. 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 einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der die Verfügung vom 30. August 2021 (act. II 38 ff.) ersetzende Einspracheentscheid vom 15. September 2021 (act. II 25 ff.). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Juli 2021.

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 prüft 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 VPRG).

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 Alters- und Hinterlassenenversicherung (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.

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 Ab-

klärungen 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).

Praxisgemäss befinden sich Personen, die nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) als unselbständig Erwerbende Lohn erzielen (z.B. in AG, GmbH oder Genossenschaft) und einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes haben, in einer arbeitgeberähnlichen Stellung (vgl. dazu AVIG-Praxis ALE, B12; abrufbar unter <www.arbeit.swiss>).

2.3 Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dient der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstausschaltung 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).

Personen, die infolge teilweisem oder vollständigem Verlust ihrer Stelle in einem Betrieb arbeitslos werden, in dem sie eine arbeitgeberähnliche Stellung beibehalten, haben aufgrund der analogen Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG rechtsprechungsgemäss keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, da sie die Entscheidungsfindung im Betrieb weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Solange diese Personen nicht definitiv aus dem Betrieb ausgeschieden und ihre arbeitgeberähnliche Stellung nicht endgültig aufgegeben haben, besteht kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. dazu AVIG-Praxis ALE, B14).

Der Leistungsausschluss dieser Personen ist absolut zu verstehen, d.h. es muss kein Rechtsmissbrauch bzw. keine absichtliche Rechtsumgehung von Kurzarbeit nachgewiesen werden. Der Ausschluss hat bereits dann zu erfolgen, wenn aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung lediglich das Risiko bzw. die Möglichkeit eines Missbrauchs oder einer Gesetzesumgehung besteht (AVIG-Praxis ALE, B15 i.V.m. BGE 123 V 234).

3.

Zu prüfen ist vorliegend, ob der Beschwerdegegner zu Recht den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint hat und dabei insbesondere, ob sich die Beschwerdeführerin in arbeitgeberähnlicher Stellung befindet.

3.1 Die Beschwerdeführerin nimmt bei der B._____ eine Doppel-funktion wahr. Sie gehört der Verwaltung an und übt die Funktion als ... der Verwaltung und ... nach eigenen Angaben entschädigungslos aus (Beschwerde, S. 2 Ziff. 6). Zudem war sie bis Ende Juni 2021 zu 60% und ab diesem Zeitpunkt zu 10% als ... beschäftigt (act. II 61, 86 f.). Mangels Vorliegen eines schriftlichen Arbeitsvertrages sind ihre, nebst ... Tätigkeiten wie die ..., ausgeführten Funktionen nicht bekannt. Aufgrund der Begründung der Reduktion des Beschäftigungsgrades von 60% auf 10% per 1. Juli 2021 durch die Arbeitgeberin (act. II 61 i.V.m. 84) muss davon ausgegangen werden, dass sie auch noch Tätigkeiten ausgeübt hat, welche nunmehr von einem zusätzlich angestellten ... besorgt werden.

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend sie befinde sich nicht in arbeitgeberähnlicher Stellung, da niemand die Entscheidungsfindung im Betrieb bestimmen oder massgeblich beeinflussen könne (Beschwerde, S. 2 Ziff. 8; Eingabe vom 8. Oktober 2021, S. 2). Jedoch verfügt die Verwaltung der B._____ gestützt auf Art. 24 ihrer Statuten (act. II 56 f.) über weitreichende Kompetenzen, namentlich obliegt ihr nach lit. e die Leitung der gesamten Geschäftstätigkeit, womit die Beschwerdeführerin als Mitglied der Verwaltung auch für die personelle Umstrukturierung, zufolge derer ihr Beschäftigungsgrad auf 10% reduziert wurde (act. II 61), mitentscheidend war (vgl. auch Art. 894 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]). Wie der Beschwerdegegner zutreffend ausführt (act. II 28), besteht die Verwaltung der B._____ gemäss Handelsregisterauszug (act. II 73; vgl. auch <www.zefix.ch>) aus fünf Mitgliedern, wovon nebst der Beschwerdeführerin nur noch der Präsident der Verwaltung zusammen mit ihr kollektiv zeichnungsberechtigt ist, d.h. die Beschwerdeführerin hat bei jeder gegen aussen gerichteten Handlung der Verwaltung mitzuunterzeichnen. Wer für die Arbeitgeberin über seinen eigenen Beschäftigungsgrad entscheiden kann, gilt offensichtlich als arbeitgeberähnliche Person im Sinne

der Rechtsprechung zur analogen Anwendbarkeit des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG (vgl. E. 2.3 hiervor).

3.3 Aufgrund der Akten steht damit fest und ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin nach der Änderungskündigung vom 1. Juni 2021 (act. II 61) weiterhin als Mitglied und ... der Verwaltung sowie ... mit Kollektivunterschrift zu zweien im Handelsregister eingetragen blieb (act. II 73). Es besteht weiter kein Hinweis zur Annahme, die Beschwerdeführerin hätte trotz Eintrag im Handelsregister ihre Tätigkeit in genannter Funktion aufgegeben (vgl. Beschwerde, S. 2 Ziff. 6).

3.4 Nach dem Dargelegten hat der Beschwerdegegner somit den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu Recht verneint. Die gegen den Einspracheentscheid vom 15. September 2021 (act. II 25 ff.) erhobene Beschwerde ist als offensichtlich unbegründet abzuweisen.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. ^{fbis} ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBl 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Die unterliegende Beschwerdeführerin hat bei diesem Ausgang des Verfahrens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]). Der Beschwerdegegner hat als kantonale Amtsstelle nicht Anspruch auf Ersatz seiner Parteikosten (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung 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.