

200 23 197 ALV
KOJ/PES/LEA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 31. Juli 2023

Verwaltungsrichter Kölliker, Kammerpräsident
Verwaltungsrichterin Mauerhofer
Gerichtsschreiber Peter

A. _____
Beschwerdeführerin

B. _____
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 23. Februar 2023



Sachverhalt:

A.

Die 1981 geborene A. _____ (nachfolgend Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) meldete sich am 6. Januar 2023 beim RAV zur Arbeitsvermittlung an (Antwortbeilage [AB] 45 f.) und stellte gleichentags bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Bern Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (AB 51 - 54). Als letztes Arbeitsverhältnis gab sie eine von 1. Juli 2020 bis 30. September 2022 dauernde Vollzeitbeschäftigung bei der C. _____ GmbH an. Ihr Ehemann sei dort Geschäftsführer (AB 52 f.). Gemäss Kündigungsschreiben vom 29. August 2022 (AB 43) wie auch Arbeitgeberbescheinigung vom 8. Januar 2022 (recte: 2023; AB 42 f.) kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis infolge Zwangsräumung des Ladenlokals und weil kein neues Lokal gefunden worden sei. Laut Arbeitsvertrag vom 29. Dezember 2020 (AB 49 f.) war die Versicherte bei der C. _____ GmbH als ... und ... für alle anfallenden Arbeiten angestellt.

Mit Verfügung vom 20. Januar 2023 (AB 36 - 39) verneinte das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (AVA), Arbeitslosenkasse, aufgrund der Feststellung, dass der Ehemann der Versicherten gemäss Internet-Handelsregisterauszug weiterhin Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der C. _____ GmbH ist, eine Anspruchsberechtigung der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 6. Januar 2023. Die gegen diese Verfügung erhobene Einsprache (AB 25) wies das AVA, Rechtsdienst (nachfolgend Beschwerdegegner), mit Entscheid vom 23. Februar 2023 (AB 21 - 24) ab.

B.

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob die Versicherte (nachfolgend Beschwerdeführerin) zusammen mit ihrem Ehemann B. _____ am 20. März 2023 (Datum der Postaufgabe) Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei der Be-

schwerdeführerin ab 6. Januar 2023 Arbeitslosenentschädigung zu gewähren.

Mit Beschwerdeantwort vom 18. April 2023 schliesst 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. 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). Damit kann offenbleiben, ob auch der mit ihr Beschwerde führende Ehemann als Beschwerdeführer zur Beschwerde legitimiert ist. 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 Angefochten ist der Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 23. Februar 2023 (AB 21 - 24). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab 6. Januar 2023.

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 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). 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).

2.2 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).

2.3 Im Betrieb mitarbeitende Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen haben gemäss ständiger Rechtsprechung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Das Missbrauchsrisiko ist dasselbe, ob es um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenzenschädigung geht. Daher rechtfertigt sich keine unterschiedliche Behandlung von Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungsarten (BGE 142 V 263 E. 4.1 S. 267 und E. 5.2 S. 268). Wie die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Kurzarbeitsentschädigung mehrmals betont hat, ist der Ausschluss absolut zu verstehen. Es ist somit nicht möglich, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (BGE 142 V 263 E. 4.1 S. 267, 123 V 234 E. 7 S. 236).

3.

3.1 Der Ehemann der Beschwerdeführerin (B._____) hat gemäss Handelsregister die C._____ GmbH (die ehemalige Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin) im September 2003 als Hauptgesellschafter gegründet und ist seither deren alleiniger Geschäftsführer mit Einzelunterschrift (siehe www.zefix.ch, UID CHE-...). Entsprechend gaben die Beschwerdeführerin im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung und die C._____ GmbH in der Arbeitgeberbescheinigung denn auch an, dass B._____ dort in leitender Funktion ist resp. einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört (AB 42 und 53). Erstmals in der Beschwerde vom 20. März 2023 machen die Ehegatten nun geltend, dass nicht B._____,

sondern D._____ Inhaber der C._____ GmbH sei und für diese die strategischen Entscheide treffe. Zudem bestehe seit 2004 Gütertrennung zwischen den Ehegatten. Somit könne nicht von einer arbeitgeberähnlichen Stellung der Beschwerdeführerin ausgegangen werden.

3.2 Es trifft zwar zu, dass im April 2005 die Stammanteile der C._____ GmbH auf D._____ mit Wohnsitz in ... übertragen wurden. Der Ehemann der Beschwerdeführerin blieb aber unverändert alleiniger Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der Gesellschaft. Damit und aufgrund der spontanen Aussagen der ersten Stunde sowohl der Beschwerdeführerin als auch der C._____ GmbH (AB 42 und 53; vgl. E. 3.1 hiavor sowie BGE 143 V 168 E. 5.2.2 S. 174, 121 V 45 E. 2a S. 47) ist erstellt, dass dem Ehemann der Beschwerdeführerin in der C._____ GmbH eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne von Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG zukommt (vgl. E. 2.2 hiavor sowie die diesbezüglichen Erkenntnisse im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12. Oktober 2021, IV/2021/532, E. 3.3 und 4.1). Dass zwischen den Ehegatten 2004 ehevertraglich der Güterstand der Gütertrennung vereinbart wurde (Beschwerdebeilage [BB] 4) ist nicht entscheidrelevant (ARV 2011 S. 66). Ebenso wenig, ob bei der Beschwerdeführerin selbst von einer arbeitgeberähnlichen Stellung ausgegangen werden kann (ARV 2018 S. 171). Die Bedeutung der geografischen Distanz zum in ... wohnhaften Bruder als Gesellschafter mit Einzelunterschrift (vgl. Beschwerdeantwort Art. 3 S. 3) kann angesichts der heute zur Verfügung stehenden elektronischen Kommunikationsmittel offenbleiben. Für den Ausschluss des Anspruchs der Beschwerdeführerin genügt, dass ihrem Ehemann in der Gesellschaft eine massgebliche Entscheidungsbefugnis zukommt.

3.3 Zusammenfassend ist der angefochtene Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 23. Februar 2023 (AB 21 - 24) nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde 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 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

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. _____ und B. _____
 - 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.