

200 23 355 ALV
JAP/SHE/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 31. August 2023

Verwaltungsrichter Jakob, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Furrer
Gerichtsschreiber Schnyder

A. _____
vertreten durch **B.** _____
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 5. April 2023



Sachverhalt:

A.

Der 1973 geborene A._____ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war vom 1. Mai 2013 bis zum 30. September 2022 als ... bei der C._____ GmbH angestellt (vgl. Dossier Arbeitslosenkasse Bern [act. II] 96 pag. 360-361, 98 pag. 375) und war zusätzlich vom 31. Mai 2013 bis zum 24. November 2022 für dasselbe Unternehmen als Gesellschafter (bis 4. Oktober 2022 mit Einzelprokura und danach ohne Zeichnungsberechtigung) im Handelsregister eingetragen (www.zefix.ch; vgl. auch SHAB-Publikationen vom TT. Mai 2013, TT. Oktober 2022 und TT. November 2022 sowie act. II 43 pag. 136, 44 pag. 137, 70 pag. 279, 84 pag. 317). Am 10. August 2022 meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (act. II 94 pag. 354-355) und stellte am 22. August 2022 einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Oktober 2022 (act. II 76 pag. 298-301). Nach getätigten Abklärungen verneinte das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (nachfolgend AVA oder Beschwerdegegner), Arbeitslosenkasse, mit Verfügung vom 2. November 2022 und der Begründung, der Versicherte habe gemäss Handelsregisterauszug seine Stellung als Gesellschafter bei der C._____ GmbH beibehalten, den Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Oktober 2022 (act. II 54 pag. 160-162). Die dagegen erhobene Einsprache (act. II 25 pag. 66-78, 31 pag. 85-88, 32 pag. 89-97) wies das AVA, Rechtsdienst, mit Einspracheentscheid vom 5. April 2023 (act. II 8 pag. 26-30) wegen fehlender Beitragszeit ab.

B.

Mit Eingabe vom 11. Mai 2023 erhob Versicherte, vertreten durch die B._____, dagegen Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei der Einspracheentscheid vom 5. April 2023 aufzuheben.
2. Der Anspruch auf Arbeitslosenleistungen sei erst zu prüfen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni

1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0), insbesondere die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers, vorliegen.

3. Eventualiter seien die gesetzlichen Leistungen ab 11. November 2022 zu erbringen.

Mit Beschwerdeantwort vom 9. Juni 2023 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 AVIG 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 unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG i.V.m. Art. 38 Abs. 4 lit. a 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 Anfechtungsgegenstand bildet der Einspracheentscheid vom 5. April 2023 (act. II 8 pag. 26-30). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Oktober 2022.

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.

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).

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).

2.3 Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt die Beitragszeit, wer innerhalb der Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person erstmals sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 AVIG). Was eine beitragspflichtige Beschäftigung ist, ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG. Danach ist für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig, wer nach AHVG versichert und

für Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist (BGE 122 V 249 E. 2b S. 251).

Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit ist grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Mindestbeitragsdauer. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kann nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung zukommen, wohl aber jener eines bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung (BGE 131 V 444 E. 3.3 S. 453; SVR 2020 ALV Nr. 16 S. 51 E. 4; ARV 2008 S. 150 E. 5).

Gemäss der vom Staatssekretariat für Wirtschaft seco herausgegebenen AVIG-Praxis ALE (abrufbar unter www.arbeit.swiss, Rubrik: Arbeitgeber/Publikationen/Kreisschreiben/AVIG-Praxis) muss die Arbeitslosenkasse bei Personen, die vor ihrer Arbeitslosigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatten, hinsichtlich des Lohnflusses weitergehende Abklärungen treffen (AVIG-Praxis ALE B32 i.V.m. B146 ff.; zur Verbindlichkeit von Verwaltungsweisungen für das Gericht vgl. BGE 147 V 79 E. 7.3.2 S. 82, 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228). Mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung sollen und können Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindert werden. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers lautendes Post- oder Bankkonto. Bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (BGE 131 V 444 E. 1.2 S. 447).

3.

3.1 Aufgrund der Akten erstellt und zwischen den Parteien zu Recht unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer vom 1. Mai 2013 bis zum

30. September 2022 als ... in einem Vollzeit-Anstellungsverhältnis mit der C._____ GmbH und vom 31. Mai 2013 bis zum 24. November 2022 als Gesellschafter (bis 4. Oktober 2022 mit Einzelprokura und danach ohne Zeichnungsberechtigung) dieses Unternehmens im Handelsregister eingetragen war (vgl. Sachverhalt lit. A). Überdies war seine jetzige Ehefrau ab 31. Mai 2013 bis 4. Oktober 2022 als Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift und in der Folge bis am 24. November 2022 als Gesellschafterin ohne Zeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen (www.zefix.ch, vgl. auch SHAB-Publikationen vom TT. Mai 2013, TT. Oktober 2022 sowie TT. November 2022, Zentrale Personenverwaltung [ZPV; vgl. dazu Art. 9 f. sowie Anhang 1 Nr. 1.2.3 und Anhang 2 Nr. 5.2 der kantonalen Verordnung vom 20. Januar 2021 über die Zentrale Personenverwaltung {ZPV V; BSG 152.052}] sowie act. II 43 pag. 136, 44 pag. 137, 70 pag. 279, 84 pag. 317).

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 des Beschwerdeführers als Gesellschafter entscheidend, bis zu welchem Zeitpunkt er faktisch noch die Möglichkeit hatte, die Aktivitäten der GmbH massgeblich zu beeinflussen bzw. als Organ mitzuwirken. Dieser Zeitpunkt ist auf den 10. November 2022, d.h. den Tag der ausserordentlichen Generalversammlung der Gesellschaft festzulegen, an welcher der Beschwerdeführer wie auch seine Ehefrau ihren Rücktritt als Gesellschafter erklärten. Nicht massgebend ist der im Protokoll der Generalversammlung erwähnte Austritt aus der Gesellschaft bereits per 15. August 2022 (act. II 51 pag. 149). Damit war für den Beschwerdeführer bis und mit 10. November 2022 ex lege eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG gegeben und es bestand damit für die Zeit vom 1. Oktober 2022 bis zum 10. November 2022 von vornherein kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Im Übrigen ist nicht

entscheidend, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers seit Juli 2023 wiederum als Organ im Handelsregister figuriert (vgl. SHAB-Publikation vom TT. Juli 2023), markiert der angefochtene Einspracheentscheid vom 5. April 2023 (act. II 8 pag. 26-30) doch den gerichtlichen Überprüfungshorizont (BGE 131 V 242 E. 2.1 S. 243, 130 V 138 E. 2.1 S. 140).

3.2 Was die Zeit ab dem 11. November 2022 betrifft, ergibt sich das Folgende:

Dass während der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 1. Oktober 2020 bis 30. September 2022 (vgl. E. 2.3 hiervor; Art. 9 Abs. 3 AVIG, AVIG-Praxis ALE B35 ff.; act. II 95 pag. 356 Ziff. 2) tatsächlich Lohnzahlungen erfolgt sind, ist nach dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht nachgewiesen (vgl. dazu auch AVIG-Praxis ALE B144 ff.). Diesbezüglich ist auf die zutreffenden Ausführungen des Beschwerdegegners im angefochtenen Einspracheentscheid (act. II 8 pag. 29) sowie in der Beschwerdeantwort (S. 3 f. Art. 3) zu verweisen: Dem Beschwerdegegner wurden nur die Lohnabrechnungen der Monate August 2021 bis Oktober 2022 eingereicht (act. II 51 pag. 151-153, 89 pag. 334-345). Daraus ersichtlich ist lediglich der Bruttolohn, die Sozialversicherungsabzüge sowie der Vermerk „Auszahlung an:“. Wohin bzw. auf welches Post- oder Bankkonto die Auszahlungen erfolgten, ist anhand der Lohnabrechnungen nicht zu eruieren. Der Beschwerdegegner versuchte zudem mehrfach erfolglos, Lohnabrechnungen für die Monate Oktober 2020 bis Juli 2021 zu erhalten (vgl. etwa act. II 49 pag. 143, 55 pag. 163-164, 83 pag. 311-316). Aufgrund der eingereichten Bankauszüge (act. 61 pag. 184-245) ist erstellt, dass nicht regelmässig Überweisungen der C._____ GmbH auf das Bankkonto des Beschwerdeführers erfolgten (nur an 8 von insgesamt 24 Monaten; nur 3 Zahlungen waren dabei als Monatslohn deklariert). Die in den vorhandenen Lohnabrechnungen aufgeführten Auszahlungsbeträge stimmen mit den Zahlungseingängen auf dem Bankkonto des Beschwerdeführers nicht einmal ansatzweise überein. Zudem ist erstellt, dass die von der D._____ Versicherungsgesellschaft im Zusammenhang mit dem Ereignis des Beschwerdeführers vom 24. Juli 2021 gewährten

Unfalltaggelder (vgl. Art. 16 f. des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung [UVG; SR 832.20]) direkt auf ein Bankkonto der C._____ GmbH erfolgten (vgl. act. II 62 pag. 246-262) – auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende September 2022 (act. II 45 pag. 138, 51 pag. 154) – und nicht dem Beschwerdeführer überwiesen wurden. Aus einer im Unfallversicherungszweig in Anwendung von Art. 19 Abs. 2 ATSG getätigten Drittauszahlung kann indes im hier zu beurteilenden Arbeitslosenversicherungszweig nicht geschlossen werden, eine entsprechende Lohn(fort)zahlungspflicht durch die Arbeitgeberin sei beweismässig erstellt (vgl. UELI KIESER, Kommentar zum ATSG, 4. Aufl. 2020, Art. 19 N. 33). Regelmässige und nachvollziehbare Lohnzahlungen sind damit anhand der eingereichten Belege nicht ersichtlich, geschweige denn erstellt. Soweit mit Schreiben vom 18. Januar 2023 inkl. Beilagen und der Begründung, die Löhne seien jeweils pro Monat gemäss Lohnabrechnung über das Darlehen abgerechnet worden und die Gesellschafter hätten dann jeweils monatliche Bezüge für den privaten Lebensunterhalt über ihre Darlehen vorgenommen (act. II 25 pag. 66-78), versucht wird, einen massgebenden Lohnfluss zu beweisen, misslingt dies. Vielmehr ergeben sich aufgrund der eingereichten Belege keine klaren Rückschlüsse auf die in der fraglichen Zeit effektiv ausbezahlten Löhne. Aufgrund der Akten ist einzig nachgewiesen, dass sporadisch und nicht dem Nettolohn des Beschwerdeführers entsprechende Zahlungen vom Konto der C._____ GmbH auf das private Konto des Beschwerdeführers erfolgten. Damit liegt Beweislosigkeit zulasten des Beschwerdeführers vor, womit ein Anspruch auf Arbeitslosigkeit infolge fehlender Beitragszeit verneint werden muss (vgl. AVIG-Praxis ALE B148).

3.3 Aufgrund des Dargelegten ist zusammenfassend erstellt, dass der Beschwerdeführer bezüglich der geltend gemachten Zeit ab 1. Oktober 2022 bis 10. November 2022 wegen seiner arbeitgeberähnlichen Stellung bei der C._____ GmbH keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hatte. Zudem ist für diese Periode sowie die Zeit danach ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ebenfalls wegen fehlender Beitragszeit zu verneinen. Damit erübrigen sich Weiterungen bezüglich der geltend gemachten und die hier fragliche Zeit betreffenden Arbeitsunfähigkeit d.h. eines Befreiungstatbestands (vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b

AVIG). Denn wie der Beschwerdegegner zu Recht darauf hinweist (vgl. Beschwerdeantwort S. 3 Ziff. 3), wird grundsätzlich vor der Erfüllung eines Befreiungstatbestandes zuerst die Anspruchsberechtigung betreffend die Erfüllung der Beitragszeit sowie die Leistungen auf Taggeldentschädigung geprüft. Die Vermittlungsfähigkeit im Sinne von Art. 15 AVIG wurde als kumulative Anspruchsvoraussetzung (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG) durch die Kantonale Amtsstelle (KAST) zu Recht nicht geprüft (vgl. Art. 85 Abs. 1 lit. d AVIG; vgl. dazu auch AVIG-Praxis ALE B274 ff.) und kann auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren offen bleiben, da der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bereits an der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers bzw. an der fehlenden Beitragszeit scheitert.

Der Einspracheentscheid vom 5. April 2023 (act. II 8 pag. 26-29) ist damit nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene Beschwerde erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. ^fbis ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 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):

- B. _____ z.H. des Beschwerdeführers
- 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.