

200 18 163 ALV
FUE/SCC/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 12. Juni 2018

Verwaltungsrichter Furrer, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Grütter, Verwaltungsrichterin Fuhrer
Gerichtsschreiberin Schertenleib Gamero

A. _____
Beschwerdeführer

gegen

beco Berner Wirtschaft
Arbeitslosenkasse Kanton Bern, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 9. Februar 2018



Sachverhalt:

A.

Der 1959 geborene A. _____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war bis zum 31. Oktober 2015 für die B. _____ AG tätig (Dossier des beco, Berner Wirtschaft [beco], Arbeitsvermittlung act. IIA 10). Auf Anmeldung beim beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse Kanton Bern (Arbeitslosenkasse) hin eröffnete diese eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2017 und richtete ihm Taggelder der Arbeitslosenversicherung aus (vgl. act. II 23, 37). Ab Beginn dieser Rahmenfrist arbeitete der Versicherte bei der C. _____ GmbH, ... (act. II 21, 38), bei welcher er seit 2012 (Tagesregisterdatum des Handelsregisters) Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift ist (act. II 45). Auf Ersuchen der Arbeitslosenkasse prüfte und bejahte das beco Berner Wirtschaft am 30. März 2016 die Vermittlungsfähigkeit (act. IIA 46), woraufhin dem Versicherten die Tätigkeit bei der C. _____ GmbH als Zwischenverdienst angerechnet wurde (act. II 11).

Am 9. Dezember 2017 ersuchte A. _____ um Zusprechung von Taggelderleistungen der Arbeitslosenversicherung mit Beginn ab 1. Januar 2018. Er gab an, sich vollzeitlich dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stellen und daneben weiterhin bei der C. _____ GmbH tätig zu sein (act. II 37-40). Die Arbeitslosenkasse verneinte mit Verfügung vom 30. Januar 2018 (act. II 34 ff.) und – nach Einsprache (act. II 28 f.) – mit Entscheid vom 9. Februar 2018 den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Folgerahmenfrist ab 1. Januar 2018 mit der Begründung, er habe bei der C. _____ GmbH eine arbeitgeberähnliche Stellung inne (act. II 23 ff.).

B.

Gegen den Einspracheentscheid vom 9. Februar 2018 führt A. _____ Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag, in Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes seien ihm mit Wirkung ab 1. Januar 2018 Taggelder der Arbeitslosenversicherung auszurichten.

Mit Beschwerdeantwort vom 9. März 2018 beantragt die Arbeitslosenkasse die 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 der Arbeitslosenkasse vom 9. Februar 2018 (act. II 23 ff.). Streitig ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2018.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). In Streitigkeiten, die weder von grundsätzlicher Bedeutung noch von grosser Tragweite

sind, können sie auf dem Zirkulationsweg auch Mehrheitsbeschlüsse fassen (Art. 56 Abs. 5 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 Der Versicherte hat gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er: a. ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 10); b. einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 11); c. in der Schweiz wohnt (Art. 12); d. die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht; e. die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 13 und 14); f. vermittlungsfähig ist (Art. 15) und g. die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 17).

2.2 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 142 V 263 E. 4.1 S. 266 und E. 5.2 S. 268, 133 V 133 E. 2.4.2 S. 135, 123 V 234 E. 7 S. 236). 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 Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist eine arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, berechtigt und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen. Als Anspruchsvoraussetzung schliesst der Begriff der Vermittlungs(un)fähigkeit graduelle Abstufungen aus. Entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig, insbesondere bereit, eine zumutbare Arbeit (im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspensums; vgl. Art. 5 AVIV) anzunehmen, oder nicht (BGE 143 V 168 E. 2 S. 170, 136 V 95 E. 5.1 S. 97).

2.4 Nimmt die versicherte Person während der laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug eine arbeitgeberähnliche Stellung auf oder ist sie unfreiwillig aus dem Arbeitnehmerverhältnis ausgeschieden, ohne sich jedoch umgehend zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anzumelden, sondern hat durch die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung zu vermeiden versucht (vgl. SVR 2009 ALV Nr. 11 S. 38 E. 3.4), kann der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt werden. Hingegen ist darin ein gewichtiges Indiz für eine fehlende Vermittlungsbereitschaft zu erblicken; entscheidend ist, ob die versicherte Person bereit und in der Lage war, einer Arbeitnehmertätigkeit nachzugehen, oder ob der Status des Selbstständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen wurde, was dem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung entgegenstehen würde. Mit der gesetzlichen Schadenminderungspflicht ist es zwar zu vereinbaren, dass ein Arbeitsloser sich auch nach Möglichkeiten zum Aufbau einer selbstständigen Tätigkeit umsieht. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt in einem derartigen Fall aber nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken (ARV 2010 S. 140 E. 3.3 und 3.4.2, 2009 S. 338 E. 4.3, 2008 S. 313 E. 3.3).

3.

3.1 Unter den Parteien ist unbestritten und aufgrund der Akten erstellt, dass dem Beschwerdeführer bei der 2012 gegründeten C. _____ GmbH, nach eigenen Angaben handelt es sich um einen Einmannbetrieb (Beschwerde S. 2), – als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelnunterschrift – eine arbeitgeberähnliche Stellung zukommt. Gemäss Entscheid des beco vom 30. März 2016 (act. IIA 46), mit dem es die Vermittlungsfähigkeit unter Berücksichtigung der konkreten Umstände (Alter, Berufserfahrung, zuvor sehr hohes Lohnniveau, getätigte Investitionen, Angaben des Beschwerdeführers betreffend Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt, getätigte Arbeitsbemühungen) bejahte, hat der Beschwerdeführer die Selbstständigkeit bzw. arbeitgeberähnliche Stellung im Rahmen der Schadenminderung aufgenommen und würde Erstere wieder aufgeben, wenn sich die Gelegenheit böte. Auch wenn beim Aufeinanderfolgen von Rahmenfristen eine Neuüberprüfung aller Anspruchsvoraussetzungen stattfindet, kann die hier gegebene Ausgangslage bei der Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen nicht ausgeblendet werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – und entgegen dem Vorgehen der Verwaltung – kann der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht bereits wegen der Aufnahme einer arbeitgeberähnlichen Tätigkeit während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verneint werden (E. 2.4 hiervor; vgl. auch THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2349 N. 275). Dementsprechend ist der vorliegende Sachverhalt nicht gemäss der mit BGE 123 V 234 begründeten Rechtsprechung zu beurteilen (vgl. E. 2.2 hiervor), vielmehr ist bei der Aufnahme der arbeitgeberähnlichen Tätigkeit während gemeldeter Arbeitslosigkeit (mit dem Ziel diese zu überwinden) der Leistungsanspruch unter den Aspekten des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbstständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit (Art. 15 Abs. 1 AVIG) zu prüfen (ARV 2010 S. 140 E. 3.4.2; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2350 N. 275).

3.2 Die Verwaltung bejahte im Entscheid vom 30. März 2016 (act. IIA 46) letztmals die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers. Sie hat sich

jedoch weder in der Verfügung vom 30. Januar 2018 (act. II 34 ff.) noch im angefochtenen Einspracheentscheid vom 9. Februar 2018 (act. II 11 ff.) zu den Aspekten einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbstständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit geäussert.

Die Akten vermitteln bezüglich der hier entscheidenden Abgrenzung zwischen dem Aufbau einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbstständigkeit und der damit einhergehenden Frage der Vermittlungsfähigkeit folgendes Bild: Einerseits gab der Beschwerdeführer an, er zöge eine unselbstständige Erwerbstätigkeit einer selbstständigen vor und er gäbe die selbstständige Tätigkeit innert einigen Wochen auf (IIA 37 f.), andererseits erwähnte er jedoch auch, er versuche die C._____ GmbH zu etablieren (act. IIA 12), weshalb der Personalberater notierte, dass der Beschwerdeführer langfristig beabsichtige, sich selbstständig zu machen (act. IIA 17). Die getätigten Investitionen von ca. Fr. 30'000.-- (act. IIA 38) können nicht als unerheblich bezeichnet werden. Im nunmehr massgebenden Zeitpunkt der Prüfung einer zweiten Rahmenfrist wird zudem deutlicher, dass der Beschwerdeführer seinen Fokus auf die Selbstständigkeit richtet (vgl. Gespräche mit Personalberater vom 13. Mai 2016 [act. IIA 129], vom 9. Mai 2017 [act. IIA 130] und vom 16. Oktober 2017 [act. IIA 131]). Obwohl er im Mai 2016 dem Personalberater angab, sich nach weiteren sechs Monaten auf die Stellensuche als Unselbstständiger zu konzentrieren (act. IIA 129) und trotz finanzieller Rückschläge (vgl. IIA 107), ist mit Blick auf die Arbeitsbemühungen festzustellen, dass er sich weiterhin stark auf die Akquisition neuer Projekte für seine Unternehmung konzentrierte (vgl. act. IIA 121, 122, 126). Dementsprechend betreute er diverse Projekte parallel, so dass der Personalberater bemerkte, dass es schwierig sei, RAV-Massnahmen mit dem Beschwerdeführer anzugehen (act. IIA 130). Die Arbeitsbemühungen sind zudem recht dürftig, erfolgten die Bewerbungen doch meist telefonisch und/oder persönlich (act. IIA 115, 118, 121, 122). Die Ausführungen des Beschwerdeführers in der Einsprache bzw. der Beschwerde, wonach er mit seiner GmbH mittelfristig eine gute Auslastung erzielen und damit mittelfristig unabhängig von der Arbeitslosenversicherung werden wolle (act. II 28), deuten weiter darauf, dass die arbeitgeberähnliche Tätigkeit bei der C._____ GmbH nicht bloss vorübergehend, sondern auf Dauer angedacht war. Dies entspricht jedoch nicht dem

Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung, die gerade nicht die Abdeckung von Unternehmensrisiken zum Ziel hat, wozu beispielsweise auch ein zu geringes Einkommen aufgrund schwankender Auftragslage gehört.

Die Gesamtwürdigung der genannten Umstände ergibt, dass es sich bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der C._____ GmbH um eine auf Dauer ausgerichtete Selbstständigkeit handelt, womit die Vermittlungsfähigkeit zu verneinen ist. Mithin ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2018 nicht gegeben.

3.3 Nach dem Gesagten erweist sich der Einspracheentscheid vom 9. Februar 2018 im Ergebnis als korrekt und die Beschwerde ist abzuweisen.

4.

4.1 Verfahrenskosten sind keine zu erheben (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

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. _____
- beco Berner Wirtschaft Arbeitslosenkasse Kanton Bern
- beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
- 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.