

200 18 690 ALV
ACT/SCM/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 12. Februar 2019

Verwaltungsrichter Ackermann, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Kölliker, Verwaltungsrichterin Fuhrer
Gerichtsschreiberin Schädeli

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

beco Berner Wirtschaft
Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 29. August 2018



Sachverhalt:

A.

Der 1966 geborene A._____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) meldete sich am 15. November 2017 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (Akten des beco Berner Wirtschaft [beco bzw. Beschwerdegegner], Dossier RAV [act. IIA] 20-21) und stellte am 3. Januar 2018 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar 2018 (Akten des beco, Dossier Arbeitslosenkasse [act. IIB] 111-114). Mit Verfügung vom 14. Juni 2018 (act. IIA 124-130) verneinte das beco – nach vorgängig gewährter Möglichkeit zur Stellungnahme (act. IIA 111-114, 120, 122-123) – mangels Vermittlungsfähigkeit einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar 2018. Daran hielt es auf Einsprache hin (Akten des beco, Dossier Rechtsdienst [act. II] 7-11) mit Entscheid vom 29. August 2018 fest (act. II 1-5).

B.

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 20. September 2018 Beschwerde. Er lässt die folgenden Rechtsbegehren stellen:

1. Der Einspracheentscheid vom 29. August 2018 sei aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer vermittlungsfähig ist.
3. Es seien dem Beschwerdeführer ab dem 1. Januar 2018 Leistungen der Arbeitslosenversicherung im Umfang von 100 % auszurichten.

Mit Beschwerdeantwort vom 18. Dezember 2018 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. 2 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 29. August 2018 (act. II 1-5). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar 2018 und dabei allein die Frage der Vermittlungsfähigkeit.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 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 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).

2.2 Vermittlungsunfähigkeit liegt unter anderem vor, wenn eine versicherte Person nicht bereit oder in der Lage ist, eine Arbeitnehmertätigkeit auszuüben, weil sie eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hat oder aufzunehmen gedenkt, sofern sie dadurch nicht mehr als Arbeitnehmerin vermittelt werden kann bzw. ihre Arbeitskraft in dieser Eigenschaft nicht so einsetzen kann oder will, wie dies ein Arbeitgeber normalerweise verlangt (BGE 112 V 326 E. 1a S. 327; ARV 1996/97 S. 200 E. 1). 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 dau-

ernder 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).

2.3 Für die Bejahung der Vermittlungsfähigkeit bei Ausübung einer Zwischenverdiensttätigkeit genügt es, wenn die versicherte Person ihren Zwischenverdienst bei Auffinden einer anderen Stelle aufgeben – oder im Falle einer weiteren Teilzeitstelle – nach Rücksprache mit dem bisherigen Arbeitgeber entsprechend anpassen würde (ARV 1996/97 S. 213 E. 2b). Wenn die Aufnahme einer Vollzeitbeschäftigung nach der Rechtsprechung als Zwischenverdienst anerkannt werden kann, wird die Vermittlungsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung stark relativiert. Man kann daher die Vermittlungsfähigkeit nicht schon deswegen absprechen, weil eine versicherte Person einer vollzeitlichen Zwischenverdiensttätigkeit nachgeht (ARV 2002 S. 110 E. 4).

2.4 Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 144 V 195 E. 4.2 S. 198).

3.

3.1 Zu prüfen ist betreffend die Zeit ab dem 1. Januar 2018, ob der Beschwerdeführer eine dauerhafte oder allenfalls bloss vorübergehende

selbstständige Tätigkeit aufgenommen hat, welche Einfluss auf seine Vermittlungsfähigkeit bzw. Anspruchsberechtigung hat.

3.2 Aufgrund der Akten ist erstellt, dass dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 18. Oktober 2017 (act. IIA 2-3) die bei der C._____ AG ausgeübte Tätigkeit als ... bzw. Verwaltungsratsmitglied und Geschäftsführer (vgl. act. IIA 8, 21, 28) per 31. Dezember 2017 gekündigt wurde. In der Folge gab er am 15. November 2017 bei der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung einen gewünschten Beschäftigungsgrad von 100 % an (act. IIA 20; siehe auch Wiedereingliederungsvereinbarung vom 23. November 2017 [act. IIA 28]). Am 20. Dezember 2017 gründete er die D._____ GmbH (act. IIA 44-48), welche am 29. Dezember 2017 mit einem Stammkapital von Fr. 20'000.-- und dem Beschwerdeführer als einzigem Gesellschafter und Geschäftsführer ins Handelsregister eingetragen wurde (SHAB Nr. ... vom 29. Dezember 2017; vgl. act. IIA 42-43). Am 12. Januar 2018 führte der Beschwerdeführer zuhanden der Verwaltung hinsichtlich Gründung der D._____ GmbH aus, dieser Schritt sei erfolgt, um die Verwaltungs- und Stiftungsratsmandate, welche ihm persönlich übertragen worden seien, korrekt abrechnen zu können (act. IIA 38). Im „Fragebogen Deklaration der Selbstständigkeit oder in der eigenen Firma beschäftigt“ vom 30. Januar 2018 (act. IIA 49-50) gab er an, die selbstständige Erwerbstätigkeit sei nicht auf Dauer ausgerichtet und er stelle sich der Arbeitsvermittlung weiterhin im Umfang von 100 % zur Verfügung. Am 23. März 2018 (act. IIA 61-62) führte er aus, wegen der nicht mehr unerheblichen Nachfrage seitens ehemaliger Kunden habe er entschieden, die D._____ GmbH in eine mit allen Dienstleistungsbereichen ausgestattete Treuhandgesellschaft umzuwandeln und in die Option der Selbstständigkeit zu investieren. Dies habe dazu geführt, dass er im Zeitraum vom 23. bis 27. Februar 2018 (gemäss act. IIB 38 und 50 wurde ein Zwischenverdienst bzw. eine selbstständige Erwerbstätigkeit vom 21. bis 27. Februar 2018 deklariert) Mandate im selbstständigen Kontext wahrnehmen können. Inzwischen habe sich die Variante „Selbstständigkeit“ aufgrund der Nachfrage weiter konkretisiert und er verfüge bereits über ein ansehnliches Kundenportfolio.

3.3 Das Gesetz sieht auch die selbstständige Erwerbstätigkeit als möglichen Zwischenverdienst vor (Art. 24 Abs. 1 Satz 1 AVIG; vgl. THOMAS

NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2386 N. 410; Staatssekretariat für Wirtschaft seco, AVIG-Praxis ALE, B229 [abrufbar unter: www.arbeit.swiss, Rubrik: Publikationen/Kreisschreiben/AVIG-Praxis]). Bei Ausübung einer unselbstständigen oder selbstständigen Zwischenverdiensttätigkeit muss jedoch die Vermittlungsfähigkeit grundsätzlich gegeben sein. Die versicherte Person muss bereit und in der Lage sein, die Arbeitslosigkeit zu beenden, d.h. den Zwischenverdienst bei Auffinden oder Zuweisung einer zumutbaren Arbeitnehmertätigkeit so schnell wie möglich – d.h. unter Wahrung der Kündigungsbestimmungen oder einer angemessenen Reaktionszeit für die Aufgabe eines selbstständigen Zwischenverdienstes – aufzugeben. Die Vermittlungsfähigkeit kann nicht mit der Begründung verneint werden, diese sei wegen der zeitlichen Beanspruchung durch die Zwischenverdienstbeschäftigung nicht gegeben (AVIG-Praxis ALE, a.a.O., B234). Als selbstständige Zwischenverdiensttätigkeiten kommen damit nur vorübergehende, zeitlich beschränkte und investitionsarme Tätigkeiten in Frage. Eine versicherte Person in einem selbstständigen Zwischenverdienst muss sich weiterhin intensiv um eine unselbstständige Erwerbstätigkeit bemühen. Die Aufnahme eines selbstständigen Zwischenverdienstes hat als Reaktion auf die Arbeitslosigkeit zu erfolgen und muss einzig und allein der Schadenminderung dienen. Entspricht dagegen die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit einem ohnehin gehegten Berufswunsch, und nimmt die versicherte Person den Eintritt der Arbeitslosigkeit zum Anlass, diesen in Form eines selbstständigen Zwischenverdienstes zu realisieren, gilt sie nicht als vermittlungsfähig (AVIG-Praxis ALE, a.a.O., B235). Diese Weisung ist nicht zu beanstanden (so denn auch implizit Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht] vom 2. November 2006, C 246/05, E. 2.2).

3.4 Dass bereits vor Aussprechen der Kündigung vom 18. Oktober 2017 (act. IIA 2-3) Schritte zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit eingeleitet worden wären, ist nicht aktenkundig (E. 3.2 hiavor). Damit ist ein bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit gehegter Wunsch, sich selbstständig zu machen (vgl. E. 3.3 hiavor), allein gestützt auf die Akten weder erstellt noch ausgeschlossen. Auf weitere diesbezügliche Abklärungen

gen kann indessen mit Blick auf die nachstehenden Ausführungen verzichtet werden (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236, 124 V 90 E. 4b S. 94, 122 V 157 E. 1d S. 162; SVR 2017 ALV Nr. 6 S. 18 E. 4.2). Auszuschliessen ist, dass die in der Verwaltungsweisung erwähnten Elemente der bereits vorbestehenden Absicht, selbstständig erwerbstätig zu sein, sowie der hohen Investitionen kumulativ vorliegen müssen; denn eine vorbestehende Absicht ist als innere Tatsache kaum beweisbar und kann deshalb nicht entscheidend sein, dies insbesondere wenn – wie hier – eine äussere Tatsache wie die hohen Investitionen erstellt ist (siehe sogleich).

Der Beschwerdeführer hat am 20. Dezember 2017 eine eigene GmbH gegründet (E. 3.2 hiervor), wofür verschiedene Investitionen notwendig waren. Im (abgelehnten [vgl. act. IIA 104-106]) Gesuch um Ausrichtung von Taggeldern während der Planungsphase eines Projektes zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit vom 21. April 2018 (act. IIA 89-92) gab der Beschwerdeführer an, dass sich die ungefähren Gesamtkosten für die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit auf Fr. 20'000.-- belaufen (act. IIA 90 Ziff. 13). Dieser Betrag entspricht dem Stammkapital der D._____ GmbH (act. IIA 46, vgl. Beschwerde S. 6 Ziff. 17). Das Stammkapital wurde mittlerweile auf Fr. 100'000.-- erhöht (SHAB Nr. ... vom 13. September 2018), was eine Investition darstellt, die nur bei einem langfristigen Engagement getätigt wird (auch wenn die Investition erst nach Erlass des angefochtenen Einspracheentscheids [act. II 1-5] erfolgte, ist sie im Gesamtzusammenhang wesentlich und damit zu berücksichtigen, da Rückschlüsse auf die Absichten im massgeblichen Zeitraum möglich sind; vgl. dazu BGE 116 V 80 E. 6b S. 82, 99 V 98 E. 4 S. 102). Eine weitere erhebliche Investition stellte die Telekommunikation (hier: PC, Drucker, Cloudlösung, Internet, Telefon) dar, welche mit Fr. 5'000.-- budgetiert und ausgeschöpft wurde (act. IIA 90 Ziff. 12 sowie Beschwerde S. 6 Ziff. 22). Die behördlichen Bewilligungen verursachten Kosten von Fr. 1'500.-- und die Personen-, Sozial- und Sachversicherungen solche von Fr. 15'000.-- (act. IIA 90 Ziff. 12 sowie Beschwerde S. 6 f. Ziff. 24 f.). Derart hohe Investitionen führen dazu, dass nicht mehr von einem zeitlich vorübergehenden und investitionsarmen Zwischenverdienst gesprochen werden kann, welcher der Vermittlungsfähigkeit nicht entgegenstände (vgl. E. 3.3 hiervor).

Denn bei einer – gemäss Beschwerdeführer innert rund sechs Monaten durchführbaren (Beschwerde S. 4 Ziff. 12) – Liquidation der Unternehmung ist ein Grossteil dieser Kosten (zumindest die Bewilligungen und Versicherungen sowie ein grosser Teil der Telekommunikation) vollständig verloren, was klar gegen einen – dem Sinn des Zwischenverdienstes inhärenten – vorübergehenden Charakter der Tätigkeit spricht. Dies erst recht, wenn berücksichtigt wird, dass der Bruttoumsatz zurzeit ca. Fr. 3'000.- bis Fr. 4'000.-- pro Monat beträgt (Beschwerde S. 4 Ziff. 11), so dass die Investitionen nicht innert kurzer Zeit amortisiert sind (und zudem das Stammkapital – wie dargelegt – im Herbst 2018 auf Fr. 100'000.-- erhöht worden ist). Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist überdies zu berücksichtigen, dass die GmbH ihren Sitz bis am 14. Juni 2018 an der Wohnadresse des Beschwerdeführers hatte und danach bzw. ab dem 1. Mai 2018 – mit einer Frist von sechs Monaten kündbare – eigene Räumlichkeiten bezogen hat (vgl. act. IIA 82-84 sowie SHAB Nr. ... vom 14. Juni 2018), was ebenfalls eine – wenn auch nicht hohe – Investition im Sinne der Verwaltungsweisung darstellt. Schliesslich hat die Gesellschaft einen professionellen Internetauftritt, wobei umfassende Dienstleistungen angeboten werden (vgl. www.D._____.ch), was aber für die hier zu beurteilende Frage nicht erheblich ins Gewicht fällt.

3.5 Unter Würdigung der gesamten Umstände ist trotz der vom Beschwerdeführer auch in der Zeit nach dem 1. Januar 2018 getätigten Arbeitsbemühungen (vgl. act. IIA 51-52, 56-57, 63-64, 96-97, siehe jedoch auch act. IIA 100-101 [ungenügende Arbeitsbemühungen im Februar 2018], 108-109 [zu spät eingereichte Arbeitsbemühungen im März 2018]) erstellt, dass mit Blick auf die beachtlichen Investitionen hier kein investitionsarmer Zwischenverdienst vorliegt, weshalb nicht zu beanstanden ist, dass der Beschwerdegegner die Vermittlungsfähigkeit bzw. Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar 2018 verneint hat.

4.

Nach dem Dargelegten ist die gegen den Einspracheentscheid vom 29. August 2018 (act. II 1-5) erhobene Beschwerde abzuweisen.

5.

5.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

5.2 Bei diesem Verfahrensausgang 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):
 - Rechtsanwalt B. _____ z.H. des Beschwerdeführers
 - 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.