

200 19 684 ALV  
FUE/SAW/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 20. Mai 2020**

Verwaltungsrichter Furrer, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Schwegler, Verwaltungsrichter Kölliker  
Gerichtsschreiberin Baumann

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 10. Juli 2019



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die 1964 geborene A. \_\_\_\_\_ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) war ab dem 1. September 2015 als ... beim C. \_\_\_\_\_ angestellt (Dossier RAV-Region Bern-Mittelland [act. IIA] 299). Mit Schreiben vom 30. Oktober 2017 wurde ihr per 28. Februar 2018 gekündigt (act. IIA 297). Am 30. Januar 2018 meldete sie sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an, wobei sie darauf hinwies, dass sie ab Februar 2018 eine selbstständige Erwerbstätigkeit (zu 100%) plane (act. IIA 299-300). Zudem stellte sie am 5. Februar 2018 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (Dossier Arbeitslosenkasse des Kantons Bern [act. IIB] 210-213).

Nachdem mit Verfügung vom 3. Mai 2018 (act. IIA 248-252) die Vermittlungsfähigkeit ab dem 1. März 2018 abgelehnt worden war, hiess das beco, Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung (nachfolgend beco), die hiergegen erhobene Einsprache (act. IIA 206-210) mit Entscheid vom 30. Oktober 2018 (act. IIA 152-156) teilweise gut und bejahte die Vermittlungsfähigkeit sowie die Anspruchsberechtigung im Umfang von 100% ab dem 1. März 2018 bis zum 30. Oktober 2018. Im Weiteren wies es das Dossier an die Kantonale Amtsstelle zurück, damit diese die Vermittlungsfähigkeit und den Umfang der Anspruchsberechtigung ab dem 31. Oktober 2018 prüfe. Mit Entscheid vom 20. Dezember 2018 (act. IIA 85-88) wurden die Vermittlungsfähigkeit und die Anspruchsberechtigung im Umfang von 100% ab dem 31. Oktober 2018 bejaht mit der Begründung, die Versicherte werde mindestens bis Ende 2018 keiner auf Dauer ausgerichteten selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgehen.

Aufgrund der Angaben der Versicherten, wonach sie im Februar 2019 einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Zwischenverdienst nachgegangen sei, überwies das RAV am 8. März 2019 das Dossier zwecks Prüfung der Vermittlungsfähigkeit erneut an das beco (act. IIA 6). Dieses lehnte mit Verfügung vom 18. April 2019 (act. IIA 51-57) die Vermittlungsfähigkeit sowie die Anspruchsberechtigung ab dem 18. Januar 2019 ab. Zur Begründung legte

es dar, ab diesem Zeitpunkt sei die selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen worden. Die hiergegen erhobene Einsprache (Dossier Rechtsdienst [act. II] 11-15) wies das Amt für Arbeitslosenversicherung [seit 1. Mai 2019; früher beco], Rechtsdienst [nachfolgend Beschwerdegegner] mit Entscheid vom 10. Juli 2019 ab (act. II 2-4).

## **B.**

Dagegen erhob die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, am 11. September 2019 Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung der Ziffern 1 bis 3 des Einspracheentscheides vom 10. Juli 2019 und die Feststellung, dass sie ab dem 18. Januar 2019 vermittlungsfähig und im Umfang von 100% anspruchsberechtigt sei.

Mit Beschwerdeantwort vom 11. November 2019 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). 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 10. Juli 2019 (act. II 2-5). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 18. Januar 2019 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** Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt einen anrechenbaren Arbeitsausfall voraus (Art 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Die Aufnahme einer dauerhaften, d.h. nicht mehr als Zwischenverdienst zu qualifizierenden selbstständigen Erwerbstätigkeit schliesst den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht generell aus. Sofern und soweit die versicherte Person ihre Zeit jedoch für die Besorgung der Geschäftstätigkeit aufwenden muss, erleidet sie keinen Arbeitsausfall, weil sie insofern Arbeit hat. Im Rahmen des anrechenbaren Arbeitsausfalls ist dann zu prüfen, ob die versicherte Person vermittlungsfähig ist (ARV 2010 S. 297).

**2.2** 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).

**2.3** 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).

**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, wonach 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, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben, 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 unter-

nehmerischer 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).

**2.5** Übt eine versicherte Person während ihrer Arbeitslosigkeit eine selbstständige Erwerbstätigkeit aus, ist die Vermittlungsfähigkeit nur solange gegeben, als die selbstständige Erwerbstätigkeit ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden kann (Entscheide des Bundesgerichts [BGer] vom 25. Januar 2019, 8C\_686/2018, E. 3.2, vom 5. Dezember 2012, 8C\_672/2012, E. 2 und vom 25. September 2009, 8C\_79/2009, E. 4.1; ARV 2009 S. 341 E. 4.1).

### **3.**

**3.1** Gestützt auf die Akten ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin seit der Beendigung des letzten Arbeitsverhältnisses die Aufnahme einer auf Dauer ausgerichteten, selbstständigen Erwerbstätigkeit im Vollpensum anstrebte. So wies sie bereits bei der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung am 30. Januar 2018 (act. IIA 300) darauf hin, dass eine selbstständige Erwerbstätigkeit „in Bearbeitung“ sei, welche sie zu 100% ausüben möchte. Auf den Fragebogen „Deklaration der Selbstständigkeit oder in der eigenen Firma beschäftigt“ vom 20. Februar 2018 (act. IIA 277 Ziff. 5), vom 12. April 2018 (act. IIA 266 Ziff. 5) und vom 27. März 2019 (act. IIA 60 Ziff. 5) gab sie durchwegs an, die selbstständige Erwerbstätigkeit sei auf Dauer ausgerichtet. Auch mit E-Mail an den RAV-Berater vom 6. März 2018 (act. IIA 225) teilte die Beschwerdeführerin explizit mit, sie habe sich entschieden, voll auf die Selbstständigkeit zu setzen; Teilzeitpensen gebe es in ihrem Bereich nicht. Die Absicht, eine auf Dauer ausgerichtete, selbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, bekräftigte die Beschwerdeführerin zudem in der Stellungnahme vom 29. April 2018 (act. IIA 253), mit welcher sie angab, sie baue eine Selbstständigkeit als ... auf mit der Absicht, diese der-

einst existenzsichernd auszuüben. Nichts anderes ist der Stellungnahme vom 14. September 2018 (act. IIA 158) zu entnehmen, wonach sie einen „Brotjob“ suche, der sie während der Planungsphase und später während der Aufbauphase ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit finanziell über die Runden bringe.

Im Weiteren steht fest, dass sich die Beschwerdeführerin bei der Ausgleichskasse des Kantons Bern als Selbstständigerwerbende angemeldet (act. IIA 254-258) und eine Einzelunternehmung, welche sie am 5. Februar 2018 im Handelsregister eintragen liess (act. IIA 106), gegründet hat. Zudem erstellte sie einen Businessplan (act. IIA 100-105), tätigte verschiedene Investitionen für Betriebsmittel (act. IIA 161-163, 60 Ziff. 8) und liess sich eine professionelle Homepage einrichten sowie Briefpapier und Visitenkarten erstellen (act. IIA 160). Am 20. Februar 2018 (act. II 112-119) schloss sie einen Telekomvertrag ab und mietete sich per 1. März 2018 in Büroräumlichkeiten ein (act. IIA 107-111). Ferner gab sie für den Einstieg in die Selbstständigkeit ein (namhaftes) Eigenkapital in der Höhe von Fr. 200'000.-- als Betriebskredit an (act. IIA 255 Ziff. 4; ergänzend E-Mail vom 27. Mai 2018, act. IIA 222-223) und liess sich Pensionskassengelder im Umfang von Fr. 400'000.-- auszahlen (act. IIA 60 Ziff. 9). Die Ausgleichskasse des Kantons Bern nahm sie in der Folge denn auch per 1. März 2018 als selbstständigerwerbende Person auf (act. IIA 259). Weiter steht gestützt auf die Formulare „Angaben der versicherten Person“ (act. IIB 88 Ziff. 2, 79 Ziff. 2) und „Bescheinigung über Zwischenverdienst“ (act. IIB 66-67 Ziff. 1 und 18, 64-65 Ziff. 1 und 18) betreffend die Monate Januar und Februar 2019 fest, dass die Beschwerdeführerin in diesen Monaten an diversen Tagen, beginnend am 18. Januar 2019 (act. IIB 66 Ziff. 1), ihre selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt und ein Einkommen erzielt hat. Mithin ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin – entgegen der Ausführungen in der Beschwerde (S. 4 Ziff. 7.1) – ihre auf Dauer ausgerichtete, selbstständige Erwerbstätigkeit spätestens am 18. Januar 2019 effektiv aufgenommen hat (vgl. ergänzend auch Honorarrechnung vom 5. März 2019, act. IIB 63).

**3.2** Eine auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit schliesst die Vermittlungsfähigkeit nicht grundsätzlich aus (E. 2.1 hiavor;

vgl. auch Rz. B238 der AVIG-Praxis ALE [abrufbar unter: [www.arbeit.swiss](http://www.arbeit.swiss)]). Die versicherte Person muss sich jedoch festlegen, in welchem Umfang und zu welchen Tageszeiten sie die auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben möchte, damit sich der anrechenbare Arbeitsausfall bestimmen lässt (BGer 8C\_686/2018, E. 4.3; Rz. B241 AVIG-Praxis ALE).

Zur Abklärung der zeitlichen Verfügbarkeit hat der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin wiederholt aufgefordert, anzugeben, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten sie ihre selbstständige Tätigkeit ausübe (act. IIA 278 Ziff. 10, 267 Ziff. 10, 264, 167, 135, 64 Ziff. 10). Auf dem Formular zur Deklaration der Selbstständigkeit vom 20. Februar 2018 (act. IIA 278 Ziff. 10) hielt die Beschwerdeführerin fest, sobald ... vorlägen, arbeite sie – wie in der ... üblich – von Montag bis Freitag nach Bedarf, inklusive an den Wochenenden (da oft nötig). Auf den entsprechenden Formularen vom 12. April 2018 und zuletzt vom 27. März 2019 gab sie an, sie übe ihre selbstständige Tätigkeit von Montag bis Freitag (ohne Angabe der Uhrzeit) aus (act. IIA 267 Ziff. 10, 61 Ziff. 10). Gleichzeitig teilte sie jeweils mit, sich dem Arbeitsmarkt zu 100% zur Verfügung zu stellen (act. IIA 278 Ziff. 10, 267 Ziff. 10, 61 Ziff. 10). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde S. 6 Ziff. 8) stellen letztere Angaben sehr wohl einen unauf lösbaren Widerspruch dar, ist doch evident, dass sich umfangreiche und dringliche Aufträge mit einer 100%igen Anstellung nicht vereinbaren lassen. Dass sich die bisherigen, vom zeitlichen Umfang her bescheidenen Aufträge (vgl. act. IIB 64 Ziff. 1, 66 Ziff. 1) mit einer Vollerwerbstätigkeit vereinbaren liessen – wie die Beschwerdeführerin vorbringt (Beschwerde S. 5) – ändert daran nichts. Vorliegend geht es nicht um die im Januar und Februar 2019 effektiv erhaltenen ..., sondern um die Festlegung des Umfangs der beabsichtigten selbstständigen Tätigkeit, mithin um den anrechenbaren Arbeitsausfall, bezweckt doch die Arbeitslosenversicherung nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken (vgl. E. 2.4 hiavor).

**3.3** Mit den fehlenden bzw. widersprüchlichen Angaben hat die Beschwerdeführerin verhindert, dass sich der Umfang der selbstständigen Tätigkeit und damit der anrechenbare Arbeitsausfall bestimmen lassen. Da sie einerseits ihre auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit

ausübt und andererseits die Zeiten, in denen sie dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht, nicht festlegen will, hat sie ab dem 18. Januar 2019 als vermittlungsunfähig zu gelten (Rz. B241 AVIG-Praxis ALE). Nach dem Dargelegten ist der Einspracheentscheid vom 10. Juli 2019 (act. II 2-5) insoweit nicht zu beanstanden und die hiergegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

**3.4** Die Beschwerdeführerin beantragt schliesslich eine Parteientschädigung für das Einspracheverfahren (Beschwerde S. 6 f. Ziff. 9).

Nach Art. 52 Abs. 3 ATSG werden im Einspracheverfahren in der Regel keine Parteientschädigungen ausgerichtet. Die Zusprechung einer Parteientschädigung im Einspracheverfahren ist lediglich unter einer Bedingung zulässig und geboten: Der Einsprecher, der im Falle des Unterliegens die unentgeltliche Verbeiständung beanspruchen könnte, hat bei Obsiegen Anspruch auf eine Parteientschädigung (BGE 140 V 116 E. 3.3 S. 119). Weil die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren unterliegt, hat sie folglich von vornherein - ohne dass die Voraussetzungen für die unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren zu prüfen wären - keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung für das Einspracheverfahren.

#### **4.**

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

**4.2** Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren (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. der Beschwerdeführerin
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
  - 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.