

200 20 821 ALV
SCP/SHE/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 15. Dezember 2020

Verwaltungsrichter Schütz, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Schwegler
Gerichtsschreiber Schnyder

A. _____
vertreten durch C. _____, B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 29. Oktober 2020



Sachverhalt:

A.

Die 1995 geborene A. _____ (nachfolgend Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) war zuletzt zwischen dem 18. Mai 2019 und dem 4. Juli 2020 über die D. _____ AG als Mitarbeiterin ... bei der E. _____ AG in ... in einem Temporärarbeitsverhältnis beschäftigt (Dossier der Arbeitslosenkasse Unia ... [act IIA] 37, 61). Nachdem sie die Kündigung des Einsatzvertrages mit Beendigung des Einsatzes per 4. Juli 2020 erhalten hatte (act. IIA 60) meldete sich die Versicherte am 22. Juni 2020 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (Dossier der RAV-Region Seeland-Berner Jura [act. II] 78-79) und stellte am 21. Juli 2020 (act. IIA 33-36) Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Mit Schreiben vom 14. Juli 2020 (act. II 64-66) forderte das Amt für Arbeitslosenversicherung (nachfolgend AVA oder Beschwerdegegner) die Versicherte zur Stellungnahme bzw. zum Einreichen von Unterlagen betreffend Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit auf. Mangels Reaktion der Versicherten forderte das AVA die Versicherte mit Schreiben vom 10. August 2020 (act. II 49) letztmals auf, die verlangten Angaben bzw. Unterlagen bis zum 24. August 2020 einzureichen. Dies unter Hinweis darauf, dass bei Verletzung der Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht aufgrund der vorliegenden Akten entschieden oder auf das Gesuch um Ausrichtung auf Arbeitslosenentschädigung nicht eingetreten werde. Die Versicherte liess sich in der Folge wiederum nicht vernehmen. Mit Verfügung vom 4. September 2020 (act. II 37-40) verneinte das AVA die Vermittlungsfähigkeit der Versicherten und damit deren Anspruchsberechtigung ab 5. Juli 2020. Mit Einsprache vom 14. September 2020 wendete die Versicherte dagegen ein, sie sei bereit und in der Lage, allwöchentlich wiederkehrend und vorbehaltlos einer ausserhäuslichen Arbeit nachzugehen und sie sei hierzu jederzeit verfügbar. Weiter führte sie aus, sie habe bei E. _____ von Montag bis Samstag gearbeitet und ihr Ehemann arbeite montags bis freitags bis jeweils 15.00 Uhr (Dossier Rechtsdienst [act. IIB] 7-12). Mit Entscheid vom 29. Oktober 2020 (act. IIB 2-4) wies das AVA die Einsprache mit der Begründung ab, trotz zweimaliger Aufforderung, einen Obhutsnachweis einzureichen, liege keine Bestätigung einer Betreuungsperson ab dem 5. resp. 6. Juli 2020 vor, wes-

halb davon auszugehen sei, dass sie immer noch keinen Betreuungsplatz habe und damit dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehe.

B.

Mit Eingabe vom 2. November 2020 erhob die Versicherte, vertreten durch C._____, "B._____" als "Berater und Übersetzer", hiergegen Beschwerde. Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Ausrichtung von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung.

Der Beschwerdegegner schloss mit Beschwerdeantwort vom 25. November 2020 auf Abweisung der Beschwerde.

Mit prozessleitender Verfügung vom 27. November 2020 schloss der Instruktionsrichter das Beweisverfahren.

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 Anfechtungsgegenstand bildet der Einspracheentscheid vom 29. Oktober 2020 (act. IIB 2-4). Streitig und zu prüfen ist die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ab dem 5. Juli 2020 und dabei insbesondere die Frage des Nachweises der Kinderbetreuung (Obhutsnachweis).

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 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 Ar-

beit (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). Die Vermittlungsfähigkeit beurteilt sich prospektiv, somit von jenem Zeitpunkt aus und auf der Basis der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie bis zum Erlass des Einspracheentscheids gegeben waren (ARV 2019 S. 89 E. 2.2.2).

2.2 Nach der Rechtsprechung gelten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als vermittlungsfähig, wenn sie aufgrund ihrer körperlichen und geistigen Fähigkeiten sowie der persönlichen Verhältnisse in der Lage sind, ihre Arbeitskraft auch an einem anderen zumutbaren Arbeitsplatz, inner- oder ausserhalb des bisherigen Berufs, zu verwerten. Dagegen sind nicht nur Personen vermittlungsunfähig, die wegen ihres Gesundheitszustandes keine Arbeit mehr finden, sondern auch solche, die aus persönlichen oder familiären Gründen ihre Arbeitskraft nicht so einsetzen können, wie es ein Arbeitgeber normalerweise verlangt. Versicherte, die im Hinblick auf anderweitige Verpflichtungen oder besondere persönliche Umstände lediglich während gewisser Tages- oder Wochenstunden sich erwerblich betätigen wollen, können nur sehr bedingt als vermittlungsfähig anerkannt werden. Denn sind einer versicherten Person bei der Auswahl des Arbeitsplatzes so enge Grenzen gesetzt, dass das Finden einer Stelle sehr ungewiss ist, muss Vermittlungsunfähigkeit angenommen werden. Der Grund für die Einschränkung in den Arbeitsmöglichkeiten spielt dabei keine Rolle (BGE 120 V 385 E. 3a S. 388, 115 V 434 E. 2a S. 436; ARV 1998 S. 265 E. 1b).

2.3 Eine versicherte Person mit betreuungsbedürftigen Kindern muss hinsichtlich der Vermittlungsfähigkeit, namentlich in Bezug auf die Verfügbarkeit, die gleichen Bedingungen erfüllen wie alle anderen Personen. Es liegt somit an ihr, das Privat- und Familienleben so zu gestalten, dass sie nicht daran gehindert ist, im Umfang des geltend gemachten Beschäftigungsgrades bzw. Arbeitsausfalles einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen (AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO], Rz. B225 [abrufbar unter: www.arbeit.swiss]; zur Verbindlichkeit von Verwaltungsweisungen für das Gericht: BGE 145 V 84 E. 6.1.1 S. 87, 144 V 195 E. 4.2 S. 198; SVR 2019 IV Nr. 43 S. 138 E. 3).

2.4 Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nichts Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhaltes genügt diesen Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 144 V 427 E. 3.2 S. 429).

3.

Vorliegend streitig und zu prüfen ist die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin. Nach der Aktenlage ist sie Mutter eines am ... Dezember 2017 geborenen Sohnes (act. II 33, act IIA 29). Ihr Ehemann arbeitet gemäss ihren Angaben bei der F. _____ SA in ... von Montag bis Freitag je von 05.00 bis 15.00 Uhr (act. IIB 1). In der vom Beschwerdegegner für die Wiedereingliederungsvereinbarung erhobenen Ausgangslage wurde festgehalten, die Betreuung des Kindes erfolge von Montag bis Freitag jeweils von 07.00 bis 15.00 Uhr in einer KITA und an den Wochenenden durch den Ehemann (act. II 85).

3.1 Wie die Kinderbetreuung während des letzten Arbeitsverhältnisses sichergestellt war, geht aus den Akten nicht klar hervor. Einerseits wird im Dossier der RAV-Region Seeland-Berner Jura vermerkt, das Kind sei in einer KITA betreut worden (act. II 88, 85) und andererseits berichtete die Beschwerdeführerin diese Annahme im Einspracheverfahren insoweit, dass eine Verwandte auf das Kind aufgepasst habe (act. IIB 8) bzw. im Beschwerdeverfahren, dass es sich dabei um eine "Private Frau" gehandelt habe (vgl. Beschwerde), wofür sie eine entsprechende Bestätigung einreichte (act. IIB 9). Sinngemäss gab sie an, unter KITA habe sie jede Art der Fremdbetreuung verstanden.

3.2 Aus den Akten ergibt sich, dass bei der Abklärung der Verhältnisse ein privater Übersetzer mitgewirkt hat (act. II 88), mithin Verständigungsprobleme bestanden, worauf die Beschwerdeführerin hinsichtlich des Ob-

hutsnachweises in der Beschwerde auch hinweist. Anhaltspunkte für Verständigungsprobleme sind auch den weiteren Akten zu entnehmen: In der Wiedereingliederungsvereinbarung vom 9. Juli 2020 (act. II 85) wird festgehalten, ein Beratungsgespräch ohne Übersetzerin könne nicht durchgeführt werden. Weiter gab die Beschwerdeführerin an, ihre ungenügenden Deutschkenntnisse könnten die Stellensuche erschweren (act. II 81). Auch ist bereits der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung vom 22. Juni 2020 (act. II 79) zu entnehmen, die Beschwerdeführerin verfüge lediglich über schriftliche und mündliche Grundkenntnisse in Deutsch. Selbst der zuständige Personalberater der RAV ... beurteilte am 9. Juli 2020 (act. II 76) die Verständigung mit der Beschwerdeführerin in Deutsch und Französisch als schwierig und erwähnte, sie verfüge nur über eine elementare Sprachverwendung.

Fest steht weiter, dass das letzte Einsatz-Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen auf Wunsch der Beschwerdeführerin aufgelöst wurde und dass die D._____ AG sie gerne weiterbeschäftigt (bzw. ihr weitere Arbeitsverhältnisse zugewiesen) hätte (act. II 46, 54 und act. IIB 7). Gestützt auf die Unterlagen kann allerdings nicht abschliessend geklärt werden, ob auch das Verhältnis zur D._____ AG aufgelöst wurde. Was effektiv Anlass zur Beendigung des Einsatzes bei der E._____ AG war, ist dagegen und entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners (Beschwerdeantwort S. 2 Ziff. 4 Abs. 2) nicht klar. Während die D._____ AG geltend macht, seit der Coronakrise habe die Beschwerdeführerin keinen Babysitter mehr (act. II 54), gibt die Beschwerdeführerin als Kündigungsgrund an, ihrer Arbeitskollegin, mit welcher sie jeweils habe mitfahren können, sei gekündigt worden, womit sie die Mitfahrgelegenheit sowohl zur Tagesmutter, welche die Kinder der beiden Arbeitskolleginnen betreut haben soll, als auch zum Einsatzbetrieb verloren habe (act IIB 7). Letzteres steht im Wesentlichen in Übereinstimmung mit den Angaben im Erstgespräch vom 9. Juli 2020 (act. II 88). In gewissem Widerspruch dazu geht aus der Bestätigung der Tagesmutter hervor, dass diese während ihrer Schwangerschaft Zeit für die Betreuung des Kindes der Beschwerdeführerin gehabt habe, woraus geschlossen werden könnte, dass sie nach der Geburt ihres eigenen Kindes (wobei unbekannt ist, wann die Niederkunft

erfolgte) für die Betreuung des Kindes der Beschwerdeführerin keine Zeit mehr gehabt hätte (act. II 33; vgl. auch act. IIA 43).

3.3 Vorab ist festzustellen, dass der Beschwerdegegner sowohl die Aufforderung vom 14. Juli 2020 (act. II 64-66), welchem die Formulare "Obhutsnachweis" beigelegt gewesen sein sollen, als auch die Androhung der Folgen bei Verletzung der Mitwirkungspflicht vom 10. August 2020 (act. II 49) der Beschwerdeführerin nicht mit eingeschriebener Post zugestellt hat. Ob der Beschwerdeführerin diese beiden Schreiben und insbesondere die Formulare "Obhutsnachweis" (diese wurden der Beschwerdeführerin am 17. Juli 2020 per E-Mail zugestellt; act. II/63) tatsächlich zugegangen sind, wofür der Beschwerdegegner beweispflichtig wäre, kann vorliegend offenbleiben. Denn im Rahmen der Einsprache hat sie die in der Verfügung vom 4. September 2020 (act. II 37-40) wiedergegebenen Fragen beantwortet und eine Bestätigung derjenigen Person eingereicht, welche ihr Kind während des letzten Arbeitsverhältnisses betreute (act. II 32 f.).

Wenn auch allenfalls schuldhaft verspätet (bei Sprach- und/oder Verständnisproblemen hätte sich die Beschwerdeführerin den erforderlichen Beistand selber organisieren müssen) ist damit die Beschwerdeführerin ihrer Mitwirkungspflicht insoweit nachgekommen, als sie die an sie gerichteten Fragen zur Vermittlungsfähigkeit beantwortet hat. Da im Einspracheverfahren kein Novenverbot gilt, d.h. bislang nicht geltend gemachte Tatsachen und Beweismittel ins Verfahren noch eingebracht werden können, hatte der Beschwerdegegner die von der Beschwerdeführerin gemachten Angaben und genannten Beweismittel zu berücksichtigen und gestützt darauf allenfalls weitere Abklärungen vorzunehmen.

Es mag zutreffen, dass die Tagesmutter lediglich bestätigt hat, sie habe bis anfangs Juli auf das Kind aufgepasst (act. IIB 9; vgl. auch Beschwerdeantwort S. 2 Ziff. 4 Abs. 1). Wenn der Beschwerdegegner gestützt darauf in der internen Stellungnahme vom 16. September 2020 zur Einsprache festhält, wie die Betreuung ab 5. Juli 2020 organisiert sei, sei nach wie vor unklar und daraus den Schluss zieht, die Betreuung sei ab 5. Juli 2020 nicht mehr sichergestellt gewesen (act. IIB 6 sowie Einspracheentscheid vom 29. Oktober 2020 [act. IIB 2-4] S. 3; vgl. nun auch Beschwerdeantwort S. 2 Ziff. 4 Abs. 2), erweist sich diese Schlussfolgerung als nicht hinrei-

chend erstellt. In Anbetracht der dem Beschwerdegegner bekannten und nach der Aktenlage offenkundig ausgewiesenen Schwierigkeiten bei der Verständigung und bei womöglich ungenügender Aufklärung über den Gegenstand zweier von unterschiedlichen Behörden gleichzeitig geführten Verfahren (Arbeitslosenkasse Unia betreffend Kündigung des Arbeitsverhältnisses und Beschwerdegegner als kantonale Amtsstelle betreffend Vermittlungsfähigkeit) durfte allein aufgrund der von ihr und der Tagesmutter unzureichend beantworteten Fragen noch kein leistungsverweigernder Entscheid ergehen. Der Beschwerdegegner durfte nicht allein aufgrund der ihm vorliegenden und mit Bezug auf den Beweisgegenstand (Gewährleistung der Kinderbetreuung) unklaren Akten entscheiden. Namentlich hätte der Beschwerdegegner die für ihn fortbestehende Unklarheit bezüglich der von der Tagesmutter nicht für die Zeit während des Arbeitsverhältnisses, sondern bezüglich der Verhältnisse ab der Anspruchserhebung hypothetisch zu beantwortenden Frage klären müssen. Auch aus dem Umstand, dass die Tagesmutter - wie bereits hiavor erwähnt (E. 3.2) - weiter angab, sie sei während dieses Zeitraums schwanger gewesen (act. IIB 9), kann zudem nicht ohne weitere Abklärungen geschlossen werden, nach der Niederkunft ihres eigenen Kindes wäre sie für die Betreuung des Kindes der Beschwerdeführerin nicht mehr zur Verfügung gestanden. Der Beschwerdegegner hat denn auch selber erkannt (act. II 30), dass die Bestätigung (wohl ebenfalls wegen mangelhafter Deutschkenntnisse) nicht vollständige Klarheit schafft, d.h. insb. die Frage des Zeitpunkts der Niederkunft und der für die Betreuung von fremden Kindern zur Verfügung stehenden Zeiten vollständig offengeblieben ist. Ebenso wenig kann die Betreuungssituation nur mit Blick auf die bislang geltenden Arbeitszeiten betrachtet werden, denn die Beschwerdeführerin wies darauf hin, dass ihr Ehemann bereits um 15.00 Uhr Feierabend habe und auch die Kinderbetreuung am Samstag und Sonntag übernehmen würde (act. II 85). Auch in dieser Hinsicht ist die Sachlage noch nicht abschliessend geklärt und eine gerichtliche Beurteilung nicht möglich.

3.4 Zusammenfassend kann der Beschwerdeführerin eine Verletzung der ihr obliegenden Mitwirkungspflicht nicht (mehr) vorgeworfen werden und der Beschwerdegegner hätte hinsichtlich der Organisation der Kinderbetreuung sowohl bei der Tagesmutter als auch mit Bezug auf die innerfa-

miliären Betreuungsmöglichkeiten weitere Abklärungen treffen müssen, womit sich die Beschwerde als offensichtlich begründet erweist. Daher ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 29. Oktober 2020 (act. IIB 2-4) in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit er nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen über die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin neu verfüge. Soweit weitergehend ist die Beschwerde abzuweisen.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.2 Trotz teilweisen Obsiegens hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Denn die Beschwerde erschöpft sich im Wesentlichen in den Ausführungen im Rahmen des Einspracheverfahrens (act. IIB 7-9) und sowohl inhaltlich als auch sprachlich kann nicht von einer professionellen Rechtsvertretung, sondern vielmehr von einer im Rahmen privater Beratung und Unterstützung erfolgten unentgeltlichen Hilfestellung ausgegangen werden, was C._____ anlässlich eines Telefonats gegenüber dem Instruktionsrichter auch so bestätigte.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst, vom 29. Oktober 2020 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückgewiesen, damit es – nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen – neu verfüge. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteienschädigung zugesprochen
3. Zu eröffnen (R):
 - C. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
 - 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.