

200 21 188 ALV  
LOU/BRO/WSI

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 20. September 2021**

Verwaltungsrichter Loosli, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichterin Wiedmer, Verwaltungsrichter Ackermann  
Gerichtsschreiberin Brunner

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

Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 5. Februar 2021



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der 1979 geborene A. \_\_\_\_\_ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war ab dem 1. November 2011 bei der C. \_\_\_\_\_ AG angestellt (Akten des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums [RAV] Region Oberland [act. IIA] 113 ff.) und ist Präsident des Verwaltungsrats der D. \_\_\_\_\_ AG (act. IIA 78). Mit Schreiben vom 27. April 2020 (act. IIA 132) wurde das Arbeitsverhältnis durch die C. \_\_\_\_\_ AG per 30. Juni 2020 gekündigt. Am 1. Juli 2020 meldete sich der Versicherte beim RAV zur Arbeitsvermittlung an und wies darauf hin, dass er ab ... (...) im Oktober 2020 selbstständig sein werde (...; act. IIA 134 f.). Zudem stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juli 2020 (Akten der Arbeitslosenkasse Thun [act. II] 71 ff.). In der Folge wurden dem Versicherten in den Monaten Juli bis Oktober 2020 Taggelder ausgerichtet (act. II 15, 20 f., 24). Nachdem der Versicherte das RAV über die ... informiert hatte (act. IIA 2 unten), erfolgte ein Zahlungsstopp und das Dossier wurde zwecks Prüfung der Vermittlungsfähigkeit überwiesen (act. IIA 83). Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs (act. IIA 62 f., 79 ff.) wurde mit Verfügung vom 9. Dezember 2020 (act. IIA 47 ff.) entschieden, dass der Versicherte ab dem 1. Juli 2020 nicht vermittlungsfähig und somit auch nicht anspruchsberechtigt sei. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Versicherte habe sich bereits vor der Anmeldung beim RAV zu einem Statuswechsel entschieden. Die dagegen erhobene Einsprache (Akten des Amts für Arbeitslosenversicherung [AVA], Dossier Rechtsdienst [act. IIB] 9 ff.) wies der Rechtsdienst des AVA (Beschwerdegegner) mit Entscheid vom 5. Februar 2021 (act. IIB 2 ff.) ab.

### **B.**

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch die B. \_\_\_\_\_ am 5. März 2021 Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei der Einspracheentscheid vom 5. Februar 2021 des Amtes für Arbeitslosenversicherung und damit die Verfügung vom 9. Dezember 2020 aufzuheben.
2. Es seien A. \_\_\_\_\_ ab dem 1. Juli 2020 die gesetzlichen Leistungen auszurichten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners.

Am 22. und am 23. März 2021 gingen inhaltlich gleiche Eingaben des Beschwerdeführers beim Gericht ein.

Mit Beschwerdeantwort vom 1. April 2021 beantragte der Beschwerdegegner 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. 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 Verwaltungsrechts-

pflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde grundsätzlich (vgl. E. 1.2 hiernach) einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 5. Februar 2021 (act. IIB 2 ff.). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juli 2020 und dabei insbesondere die Frage der Vermittlungsfähigkeit.

Soweit der Beschwerdeführer die Aufhebung der (dem angefochtenen Einspracheentscheid zu Grunde liegenden) Verfügung vom 9. Dezember 2020 (act. IIA 47 ff.) beantragt, ist darauf nicht einzutreten. Anfechtungsgegenstand im kantonalen Beschwerdeverfahren bildet allein der Einspracheentscheid. Dieser tritt an die Stelle der vorgängig erlassenen Verfügung, und zwar auch dann, wenn er sie bloss bestätigt (Devolutiveffekt; BGE 119 V 347 E. 1b S. 350; SVR 2020 AHV Nr. 9 S. 25 E. 1; RKUV 1998 U 308 S. 454 E. 2a).

**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 unter anderem voraus, dass die versicherte Person vermittlungsfähig ist (Art. 8 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 15 AVIG). Als vermittlungsfähig gilt eine arbeitslose Person, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). 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. Die Vermittlungsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung schliesst graduelle Abstufungen aus. Entweder ist die versi-

cherte Person vermittlungsfähig, insbesondere bereit, eine zumutbare Arbeit (im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspensums; vgl. Art. 5 AVIV) anzunehmen, oder nicht. Die Vermittlungsfähigkeit beurteilt sich prospektiv, somit aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie bis zum Erlass des Einspracheentscheides bestanden haben (BGE 146 V 210 E. 3.1 f. S. 212).

**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).

**2.3** 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 (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 22. Juli 2021, 8C\_333/2021, E. 4.2; ARV 2010 S. 140 E. 3.3, 2009 S. 338 E. 4.3, 2008 S. 313 E. 3.3).

**2.4** Eine versicherte Person, welche durch die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht vorwiegend in Erfüllung der Schadenminderungspflicht ihre Arbeitslosigkeit beenden will, sondern ohnehin den Entschluss gefasst hat, sich mit einem Statuswechsel beruflich zu verändern, gilt jedoch grundsätzlich nicht als vermittlungsfähig (AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO], Rz. B229 [abrufbar unter <[www.arbeit.swiss](http://www.arbeit.swiss)>]; ARV 1995 S. 52).

### **3.**

**3.1** Mit Einsprache vom 19. Januar 2021 (act. IIB 9 f.) teilte der Beschwerdeführer mit, die Eröffnung des ... sei am 23. Oktober 2020 erfolgt

(vgl. auch <[https://D.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/](https://D._____.ch/)>), wobei sich der Start in die Selbstständigkeit infolge der Pandemie schwierig gestaltet habe.

Es ist nicht Sache der Arbeitslosenversicherung, allfällige schwierige Startphasen der Selbstständigkeit finanziell zu unterstützen (vgl. E. 2.3 hiervor); dies würde dem Zweck der Arbeitslosenversicherung als Versicherung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zuwiderlaufen. Demnach ist die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers für die Zeit ab November 2020 von vornherein zu verneinen.

**3.2** In Bezug auf die Frage, ob die Vermittlungsfähigkeit auch für die Zeit zwischen Juli und Oktober 2020 zu verneinen ist, ist ausschlaggebend, wann der Beschwerdeführer den Entschluss gefasst hatte, eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Hierzu ergibt sich aus den Akten im Wesentlichen was folgt:

Der Beschwerdeführer gab bereits bei der RAV-Anmeldung vom 1. Juli 2020 an, er habe ab Oktober 2020 eine unbefristete Stelle in einem Pensum von 100 % in Aussicht. Er werde sich ab Oktober 2020 selbstständig machen (act. IIA 135 oben). Anlässlich des ersten Beratungsgesprächs führte er gegenüber seiner Personalberaterin zudem aus, ursprünglich habe er seine Stelle auf Oktober kündigen und eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen wollen. Aufgrund der Pandemie habe ihm nun jedoch der Arbeitgeber gekündigt. Die Pandemie sei auch Grund für Verzögerungen beim ... des .... Er sei nun auf der Suche nach einem Zwischenverdienst (act. IIA 3 f.). In dem am 9. Juli 2020 ausgefüllten Fragebogen „Deklaration der Selbstständigkeit oder in der eigenen Firma beschäftigt“ (act. IIA 105 f.) führte er sodann aus, er habe am 22. Oktober 2019 eine Aktiengesellschaft gegründet und werde ab Fertigstellung der Räumlichkeiten seine auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen. Er sei jedoch bereit und in der Lage, seine selbstständige Erwerbstätigkeit zugunsten einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben. Mit Schreiben vom 22. Juli 2020 (act. II 40) erklärte der Beschwerdeführer unter anderem, durch eine Investorengruppe werde ein ... in ... realisiert. Dieser sei durch die Pandemie und andere Bauverzögerungen stark im Verzug. Geplant gewesen sei ein Bezug im Juli/August 2020. Der Innenausbau und auch die Umgebungsarbeiten seien noch nicht abgeschlossen. Zurzeit sei

noch kein Schlüsselübergabetermin zugesichert und er könne für das Unternehmen noch keine Tätigkeiten ausüben. Ausserdem notierte die Personalberaterin, der Beschwerdeführer habe sie anlässlich des Telefonats vom 30. Oktober 2020 darüber in Kenntnis gesetzt, dass der ... nun abgeschlossen sei. Er habe sich erkundigt, was dies für Auswirkungen habe, da er sich dennoch nicht abmelden möchte. Ursprünglich sei der Abschluss des ... als Startschuss für die Selbstständigkeit vorgesehen gewesen. Aufgrund der Pandemie und der Einschränkungen sei er nun aber noch nicht so weit (act. IIA 2).

### 3.3

**3.3.1** Aus dem hiavor Dargelegten sowie dem Umstand, dass der Mietvertrag für das ... vom 28. Mai 2019 datiert (act. IIA 51 ff.) und der Beschwerdeführer die D. \_\_\_\_\_ AG bereits im Oktober 2019 gründete (act. IIA 78), folgt, dass dessen Bestrebungen seit langem auf den Aufbau eines eigenen Unternehmens ausgerichtet waren. Demnach hat der Beschwerdeführer bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit respektive vor Erhalt der Kündigung den Entschluss gefasst, sich in der ... selbstständig zu machen, was von ihm denn auch nicht bestritten wird und er von Anfang an offenlegte (act. IIA 3 unten, 135 oben). Vorgesehen war eine selbstständige Erwerbstätigkeit in einem Pensum von 100 % (act. IIA 135 oben).

Dass der Beschwerdeführer – wie von ihm angegeben (act. IIA 105 Ziff. 6; Beschwerde S. 4 Ziff. II lit. C Ziff. 3) – bereit und in der Lage war, die selbstständige Erwerbstätigkeit zugunsten einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben, erscheint vorliegend nicht überwiegend wahrscheinlich. Hiergegen spricht zunächst, dass er nicht gewillt war, eine *Dauerstelle* anzunehmen. So gab er im Formular "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen" von Juli 2020 (act. IIA 99) als einen Absagegrund an „langfristiger somit Job/Anstellung nicht möglich“ und im Formular September 2020 „Dauerstelle wäre möglich“ (act. IIA 87). Im Übrigen handelt es sich bei den getätigten Bewerbungen fast ausschliesslich um Spontanbewerbungen (act. IIA 60, 85 ff., 92, 99 ff.). Weiter spricht gegen die Bereitschaft der Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit, dass der Beschwerdeführer bereits ca. Fr. 100'000.-- in die selbstständige Erwerbstätigkeit investierte (act. IIA 62), sich respektive die D. \_\_\_\_\_ AG durch

einen Mietvertrag langjährig und mit erheblichem Mietzinsaufwand finanziell belastete (act. IIA 51 ff.) und geplant war, die langjährige Anstellung bei der C. \_\_\_\_\_ AG zu Gunsten der selbstständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben (act. IIA 3 unten).

**3.3.2** Demnach wollte der Beschwerdeführer durch die Aufnahme der vollzeitigen selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht vorwiegend in Erfüllung der Schadenminderungspflicht seine Arbeitslosigkeit beenden, sondern hatte ohnehin den Entschluss gefasst, sich beruflich zu verändern und war mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch nicht bereit, die selbstständige Erwerbstätigkeit zugunsten einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben. Demnach suchte er durch die Anmeldung beim RAV und den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung lediglich eine (kurze) Übergangslösung bis zur definitiven Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit im Oktober 2020. Mithin war er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits im Juli 2020 weder (subjektiv) bereit noch (objektiv) in der Lage, eine *Dauerstelle* anzutreten. Der Beschwerdegegner weist zu Recht darauf hin (act. IIB 4 f.), dass eine Überbrückung bis zur Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht durch die Arbeitslosenversicherung finanziert wird respektive dass in der vorliegenden Konstellation, in der ein vor und unabhängig des Eintritts der Arbeitslosigkeit gefasster Entschluss, sich mit einem Statuswechsel beruflich zu verändern, die Vermittlungsfähigkeit zu verneinen ist (vgl. E. 2.4 hiervor; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16. Mai 2018, ALV/2018/78, E. 3). Daran ändert nichts, dass die Vermittlungsunfähigkeit retrospektiv verfügt wurde, zumal dies – bei tatsächlicher Prüfung Anfang Juli 2020 – bereits damals festgestanden wäre. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (Eingabe des Beschwerdeführers vom 19. März 2021 S. 2 f. lit. C) ist vorliegend nicht entscheidewesentlich, ob er dem Arbeitsmarkt noch drei Monate zur Verfügung stand oder nicht, da sich die zitierte Praxis nicht auf die vorliegende Konstellation bezieht, bei der sich die versicherte Person unabhängig des Eintritts der Arbeitslosigkeit und demnach nicht vorwiegend in Erfüllung der Schadenminderungspflicht dazu entschied, eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

Bei dieser Ausgangslage braucht die Frage, ob die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der C.\_\_\_\_\_ AG – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht (act. IIA 3 unten) und von der ehemaligen Arbeitgeberin bestätigt (act. II 69 f.; act. IIA 132) – tatsächlich infolge der Pandemie respektive aus wirtschaftlichen Gründen und interner Umstrukturierung oder aus eigenem Antrieb des Beschwerdeführers erfolgte, nicht geklärt zu werden. Für Letzteres spräche, dass der Beschwerdeführer im Schreiben vom 22. Juli 2020 (act. II 40) ausführte, der Bezug des ... sei für Juli/August 2020 geplant gewesen und der Mietbeginn des ... gemäss Mietvertrag zunächst sogar auf Frühling 2020 vorgesehen war (act. IIA 52 Ziff. 4.1).

**3.3.3** Zwar weist der Beschwerdeführer richtigerweise darauf hin (Eingabe des Beschwerdeführers vom 19. März 2021 S. 2 lit. C), dass das RAV verpflichtet gewesen wäre, ihn über die möglichen Rechtsfolgen in Bezug auf seine Vermittlungsfähigkeit zu informieren (AVIG-Praxis ALE, Rz. B226; vgl. auch Informations- und Beratungspflicht gemäss Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 ATSG), was vorliegend offenbar unterblieben ist. Dies ändert jedoch am Ergebnis des vorliegenden Falles nichts. Der Beschwerdegegner erkannte zu Recht (Beschwerdeantwort S. 3 Ziff. III Art. 3), dass eine entsprechende Information mit überwiegender Wahrscheinlichkeit am Entschluss, eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, nichts geändert hätte, hatte der Beschwerdeführer doch bereits damals ca. Fr. 25'000.-- in die selbstständige Erwerbstätigkeit investiert (act. IIA 106) und belastete er sich respektive die D.\_\_\_\_\_ AG finanziell durch einen Mietvertrag langjährig und mit erheblichem Mietzinsaufwand (act. IIA 51 ff.).

**3.4** Nach dem Ausgeführten hat der Beschwerdegegner die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab 1. Juli 2020 zu Recht verneint. Damit erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 5. Februar 2021 (act. IIB 2 ff.) als rechtens und die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

**4.**

**4.1** In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**4.2** Der unterliegende Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
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:

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.