

200 23 1 ALV
FUE/ZID/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 6. Juni 2023

Verwaltungsrichter Furrer, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Schwegler, Verwaltungsrichter Ackermann
Gerichtsschreiber Zimmermann

A. _____

Beschwerdeführer

gegen

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

Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 24. November 2022



Sachverhalt:

A.

Nachdem der 1981 geborene A. _____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) die Anstellung als ... bei der B. _____ AG per 30. September 2020 beendet hatte (Akten der Arbeitslosenkasse ... [act. II] 104 ff.), war er ab dem 1. Oktober 2020 zunächst als .../... (vgl. act. II 76 ff.) und ab 1. Juni 2021 als ... (vgl. act. II 100 ff.) bei der C. _____ GmbH, ..., angestellt (act. II 120 f.). Dieses Anstellungsverhältnis wurde mit Schreiben vom 27. September 2021 durch die C. _____ GmbH per 31. Dezember 2021 gekündigt (act. II 99). Am 4. November 2021 meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (Akten der RAV-Region Emmental-Oberaargau [act. IIB] 159 f.) und stellte am 12. November 2021 zudem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2022 (act. II 122 ff.). In der Folge wurden ihm für die Monate Januar bis Juni 2022 Taggelder ausgerichtet (act. II 69, 65, 61, 57, 54, 51).

Am TT. Mai 2022 wurde die am TT.MMMM 2022 gegründete D. _____ GmbH im Handelsregister eingetragen; als deren ... (mit Einzelunterschrift) fungiert der Versicherte (act. II 32 = act. IIB 75). Gemäss Arbeitsvertrag vom 2. Juli 2022 wurde der Versicherte seit 1. Juli 2022 in einem Pensum von 30 - 40 % für die D. _____ GmbH angestellt (act. II 49 f.). Diese Tätigkeit deklarierte er sowohl im Fragebogen "Deklaration der Selbständigkeit oder in der eigenen Firma beschäftigt" vom 21. Juli 2022 (act. II 46 f.) als auch im Formular "Angaben der versicherten Person für den Monat Juli 2022" vom 24. Juli 2022 (act. II 40 f.) und in der "Bescheinigung über Zwischenverdienst" vom 22. Juli 2022 (act. II 44 f.). In der Folge überwies die Arbeitslosenkasse das Dossier zwecks Prüfung der Vermittlungsfähigkeit an das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (AVA bzw. Beschwerdegegner; act. II 29 f.). Dieses entschied – nach Gewährung des rechtlichen Gehörs (act. IIB 68 ff., 63 f.) – am 19. August 2022, dass der Versicherte ab dem TT. Mai 2022 nicht vermittlungsfähig und somit nicht anspruchsberechtigt sei (act. IIB 58 ff.). Die dagegen erhobene Einsprache

(Akten des AVA, Dossier Rechtsdienst [act. IIA] 9 ff.) wies das AVA mit Entscheid vom 24. November 2022 ab (act. IIA 1 ff.).

B.

Mit vom 30. Dezember 2022 datierter und am Folgetag der Post übergebener Eingabe erhob der Versicherte Beschwerde. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und die Ausrichtung der gesetzlichen Leistungen über den TT. Mai 2022 hinaus.

Mit Beschwerdeantwort vom 2. Februar 2023 beantragt der Beschwerdeführer 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 Insolven-

zentschädigung [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 24. November 2022 (act. IIA 1 ff.). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab TT. Mai 2022 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 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 versicherte 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 Einspracheentseides bestanden haben (BGE 146 V 210 E. 3.1 f. S. 212).

2.2 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).

2.3 Vermittlungsunfähigkeit liegt unter anderem vor, wenn eine versicherte Person nicht bereit oder in der Lage ist, eine Arbeitnehmertätigkeit auszuüben, weil sie eine selbständige 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 selbständigen 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 Selbständigerwerbenden 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 selbständigen Tätigkeit umsieht. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt in einem derartigen Fall aber nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken (SVR 2021 ALV Nr. 16 S. 58 E. 2.3 und S. 59 E. 4.2; ARV 2010 S. 140 E. 3.3 und 3.4.2, 2009 S. 338 E. 4.3, 2008 S. 313 E. 3.3).

2.4 Eine versicherte Person, welche durch die Aufnahme einer selbständigen 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 grundsätzlich nicht als vermittlungsfähig (AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO], Rz. B229 [abrufbar unter <www.arbeit.swiss>]; ARV 1995 S. 52).

3.

3.1 Gestützt auf die Akten ist erstellt, dass der Beschwerdeführer bereits am 12. November 2021 gegenüber der RAV-Beraterin angab, er überlege sich eventuell eine Selbständigkeit (act. IIB 27). Dies wiederholte er am 23. Dezember 2021 dahingehend, dass er im Rahmen eines "Plan B" (Selbständigkeit) zwei Projekte verfolge, darunter die Eröffnung eines ... in ..., was sich aber aufgrund der aktuellen (Corona-)Situation verzögere (act. IIB 26). Im Rahmen der Arbeitsmarktlichen Massnahme ... stellte er im April 2022 einen Entscheid bis Ende Monat darüber in Aussicht, ob er seine berufliche Laufbahn mit einer Anstellung oder Selbständigkeit fortsetzen werde (Bericht vom 12. April 2022; act. IIB 110 ff.).

3.2 Am TT. Mai 2022 wurde dann die am TT. MM 2022 gegründete (Statutendatum) D._____ GmbH mit dem Beschwerdeführer als ... mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (act. II 32 = act. IIB 75). Gesellschafterin der D._____ GmbH ist auch die E._____ GmbH, an welcher der Beschwerdeführer mit 9 von 20 Stammanteilen beteiligt und deren ... mit Einzelunterschrift er ist (act. II 33 f.). Bereits zu diesem Zeitpunkt stand fest, dass die D._____ GmbH einerseits per 1. Juli 2022 das F._____ in ... übernehmen (vgl. den Artikel in der G._____ vom TT.MMMM 2022 [act. II 31]) und den Beschwerdeführer in der Funktion ".../..." (vorerst) in einem Pensum von 30 - 40 % anstellen würde (vgl. act. II

49 ff. und auch act. II 46 f.; zum Ganzen: Beschwerde S. 2 Ziff. 3 sowie act. IIB 23: Protokolleintrag vom 20. Mai 2022) und sie andererseits im August auf dem "... in ... ein ... eröffnen würde (vgl. z.B. die Medienmitteilung ... vom TT.MMMM 2022 [abrufbar unter <...ch>] sowie die Artikel in der G._____ vom TT.MMMM 2022 [act. II 31] und im H._____ vom TT.MMMM 2022 [abrufbar unter <...ch>]). Hierzu führte der Beschwerdeführer am 7. Juli 2022 gegenüber der RAV-Beraterin aus, die Stellenprozente (seiner Anstellung) würden – je nach Geschäftsgang – laufend steigen (act. IIB 2). Im Fragebogen "Deklaration der Selbständigkeit oder in der eigenen Firma beschäftigt" vom 21. Juli 2022 kreuzte er an, die selbständige Erwerbstätigkeit sei auf Dauer ausgerichtet (act. II 46). Mit Stellungnahme zur Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit vom 9. August 2022 legte er dar, es sei das Ziel, in der D._____ GmbH zu 100 % angestellt zu sein, doch bestehe auch die Möglichkeit, dass die D._____ GmbH seinen Lohn nicht bezahlen könne, weshalb er weiterhin eine Vollzeitstelle suche (act. IIB 63 Ziff. 3). Mit der Eröffnung des I._____ per 19. August 2022 werde sein Pensum sicher auf 50 - 60 % steigen (act. IIB 64 Ziff. 6). Dem Arbeitsmarkt stehe er zu jeder Zeit voll zur Verfügung; sollte sich eine andere Stelle als optimale Lösung erweisen, müsse seine Tätigkeit bei der D._____ GmbH an eine andere Person übergeben werden (act. IIB Ziff. 8). Am 16. September 2022 informierte der Beschwerdeführer seine RAV-Beraterin dahingehend, dass er nun vollschichtig als ... bei der D._____ GmbH arbeiten könne (act. IIB 22).

3.2.1 Gestützt auf diesen weiteren Verlauf ist überwiegend wahrscheinlich erstellt, dass der Beschwerdeführer spätestens am TT. Mai 2022 den Entschluss gefasst hat, eine selbständige bzw. arbeitgeberähnliche Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Die soeben wiedergegebenen Angaben des Beschwerdeführers, wonach die selbständige bzw. arbeitgeberähnliche Erwerbstätigkeit auf Dauer ausgerichtet sei (act. II 46) und wonach die Stellenprozente seiner Anstellung je nach Geschäftsgang laufend steigen würden (act. IIB 2) mit dem Ziel einer 100 %-igen Anstellung (act. II 63), sprechen eindeutig dafür, dass er auf eine dauernde wirtschaftliche und unternehmerische Unabhängigkeit abzielte. Dies bestätigte er letztlich auch mit seiner Beschwerde (S. 2 Ziff. 6).

3.2.2 Dass sich der Beschwerdeführer gemäss seinen Angaben vom 21. Juli bzw. 9. August 2022 dennoch dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellen würde (im Umfang von 60 - 80 % [act. II 47 Ziff. 10] bzw. im Falle einer optimalen Lösung gar zu 100 % [act. IIB 64 Ziff. 8]) und disponibel für eine Anstellung (in einem Pensum von 40 % [act. IIB 1] bzw. im Falle einer optimalen Lösung von 100 % [act. IIB 64 Ziff. 8]) sei, erscheint vorliegend nicht überwiegend wahrscheinlich. So ist es wenig glaubhaft, dass der Beschwerdeführer, der sich offenkundig für eine berufliche Laufbahn als Selbständiger bzw. in arbeitgeberähnlicher Funktion entschieden (vgl. E. 3.2.1 hiervor) und den Betrieb zweier ... in Angriff genommen hatte, dennoch wieder eine unselbständige Stellung aufgenommen hätte. Auch dass sich die – zumindest anfänglich – vom zeitlichen Umfang her eher bescheidene Anstellung bei der D._____ GmbH mit einer Teilzeitanstellung hätte vereinbaren lassen, ist nicht entscheidrelevant. Nicht die anfängliche Auslastung durch die Anstellung bei der D._____ GmbH ist massgebend, bezweckt die Arbeitslosenversicherung doch nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken, sondern der bereits gefasste Entschluss, als Selbständigerwerbender tätig zu sein (vgl. E. 2.4 hiervor). Demnach wollte der Beschwerdeführer durch die Aufnahme einer selbständigen bzw. arbeitgeberähnlichen Erwerbstätigkeit nicht vorwiegend in Erfüllung der Schadenminderungspflicht seine Arbeitslosigkeit beenden, sondern hatte vielmehr den Entschluss gefasst, sich beruflich zu verändern und war mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch nicht bereit, diese Erwerbstätigkeit zugunsten einer unselbständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben. Wie bereits dargelegt, beabsichtigte er (spätestens ab TT. Mai 2022) eine arbeitgeberähnliche Stellung im Vollpensum, womit er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weder (subjektiv) bereit noch (objektiv) in der Lage war, eine Dauerstelle anzutreten. Folglich ist ihm die Vermittlungsfähigkeit abzusprechen (vgl. E. 2.3 f. hiervor), womit ein über den TT. Mai 2022 hinausgehender Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen ist.

3.3 Eine mangelhafte Information seitens des RAV (Beschwerde S. 1 Ziff. 2), die einen Vertrauensschutz auslösen würde, ist nicht erstellt. Dagegen spricht insbesondere, dass die selbständige Erwerbstätigkeit in den RAV-Beratungsgesprächen immer wieder thematisiert wurde (vgl. die entsprechenden Protokolle gemäss act. IIB 1 ff.) und der Beschwerdeführer in

den von ihm am 2. Januar 2022 unterzeichneten Formularen ausdrücklich bescheinigte, das Merkblatt "Selbständige Erwerbstätigkeit während der Arbeitslosigkeit" erhalten zu haben (act. II 133 ff.). Doch selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der Beschwerdeführer nicht hinreichend über die Anspruchsvoraussetzungen informiert worden wäre, änderte sich am Ergebnis nichts. Der Beschwerdeführer legt nicht einmal ansatzweise dar, dass bzw. inwiefern er sich in Kenntnis der Anspruchsvoraussetzungen anders verhalten hätte und solches ist auch nicht anderweitig erkennbar. Damit fehlte es so oder anders am Kausalzusammenhang zwischen der (geltend gemachten) unterlassenen Beratung bzw. Aufklärung und den getätigten Dispositionen.

3.4 Nach dem Ausgeführten hat der Beschwerdegegner die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab TT. Mai 2022 zu Recht verneint. Damit ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 24. November 2022 (act. II 8 ff. = act. IIB 38 ff. = act. IIA 1 ff.) nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. ^fbis ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBl 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein Anspruch auf eine Parteienschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

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. _____
 - 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.