

# **BGer 8C\_702/2021 vom 4. Februar 2022**

Bundesgericht, 2022-02-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_702\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_702_2021)

FR: TF 8C\_702/2021 du 4 février 2022

IT: TF 8C\_702/2021 del 4 febbraio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 141 V 234 E. 1).

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG ). Als Rechtsfrage gilt, ob die rechtserheblichen Tatsachen vollständig festgestellt und ob der Untersuchungsgrundsatz bzw. die Beweiswürdigungsregeln nach Art. 61 lit. c ATSG beachtet wurden. Bei der konkreten Beweiswürdigung geht es um Sachverhaltsfragen (nicht publ. E. 1 des Urteils BGE 141 V 585 ; Urteil 8C\_518/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 1.2).

### **E. 1.2**

Beim Einwand der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 264 E. 2.3). Dementsprechend sind solche Mängel in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen. Auf ungenügend begründete Rügen oder bloss allgemein gehaltene appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid geht das Bundesgericht nicht ein ( BGE 144 V 50 E. 4.2 mit Hinweisen; Urteil 8C\_518/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 1.3).

Eine Beweiswürdigung ist nicht bereits dann offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich (zum Begriff der Willkür: BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 140 V 22 E. 7.3.1; 140 III 16 E. 2.1 mit Hinweisen), wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn der Entscheid - im Ergebnis - offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht oder auf einem offenkundigen Fehler beruht ( BGE 144 I 28 E. 2.4 mit Hinweisen; Urteil 8C\_518/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 1.4).

### **E. 2.1**

Streitig ist, ob die vorinstanzlich bestätigte Verneinung der Anspruchsberechtigung, insbesondere der Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab 1. Juli 2020 bundesrechtskonform ist.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen und die Rechtsprechung betreffend die Anspruchsvoraussetzung der Vermittlungsfähigkeit ( Art. 8 Abs. 1 lit. f, Art. 15 Abs. 1 AVIG ; BGE 146 V 210 E. 3.1 f.) und den im Sozialversicherungsrecht massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ( BGE 146 V 51 E. 5.1) richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, einspracheweise habe der Beschwerdeführer mitgeteilt, die Eröffnung des Geschäfts X.\_\_\_\_\_ sei im Oktober 2020 erfolgt, wobei der Start in die Selbstständigkeit schwierig gewesen sei. Da es nicht Sache der Arbeitslosenversicherung sei, allfällige Startschwierigkeiten der Selbstständigkeit finanziell zu unterstützen, sei die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab November 2020 von vornherein zu verneinen. Hinsichtlich des Zeitraums von Juli bis Oktober 2020 sei festzuhalten, dass er bei der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung am 1. Juli 2020 angegeben habe, sich ab Oktober 2020 zu 100 % selbstständig zu machen. Beim ersten Beratungsgespräch vom 7. Juli 2020 habe er ausgeführt, er habe seine bisherige Stelle auf Oktober 2020 kündigen und eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen wollen. Der Arbeitgeber habe ihm jedoch aufgrund der Pandemie gekündigt. Diese sei auch der Grund für die Verzögerungen beim Bau des Geschäfts X.\_\_\_\_\_. Er suche nun nach einem Zwischenverdienst. Im Fragebogen betreffend "Deklaration der Selbstständigkeit oder in der eigenen Firma beschäftigt" vom 9. Juli 2020 habe er dargelegt, er habe am (.....) 2019 eine Aktiengesellschaft gegründet und werde ab Fertigstellung der Räumlichkeiten seine auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen. Er sehe sich jedoch bereit und in der Lage, diese Tätigkeit zu Gunsten einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben. Im Schreiben vom 22. Juli 2020 habe der Beschwerdeführer erklärt, eine Investorengruppe realisiere einen Neubau. Dieser stehe stark in Verzug. Geplant gewesen sei ein Bezug im Juli/August 2020. Es sei noch keine Schlüsselübergabe zugesichert und er könne noch keine Tätigkeiten ausüben. Bei einem Telefonat vom 30. Oktober 2020 habe der Beschwerdeführer die Personalberaterin informiert, der Bau sei nun abgeschlossen. Er habe sich erkundigt, welche Auswirkungen dies habe, da er sich dennoch nicht abmelden wolle. Ursprünglich sei der Bauabschluss als Startschuss für die Selbstständigkeit vorgesehen gewesen. Aufgrund der Pandemie und der Einschränkungen sei er nun aber nicht soweit. Weiter erwog die Vorinstanz, aus dem Dargelegten und aus dem Umstand, dass der Mietvertrag des Beschwerdeführers für das Geschäft X.\_\_\_\_\_ vom 28. Mai 2019 datiere und die Gründung der entsprechenden Firma C.\_\_\_\_\_ AG im (.....) 2019 erfolgt sei, ergebe sich, dass er bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit respektive vor Erhalt der Kündigung den Entschluss gefasst habe, sich zu 100 % selbstständig zu machen. Dass er bereit und in der Lage gewesen sei, diesen Plan zu Gunsten einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben, sei nicht überwiegend wahrscheinlich. Hiergegen spreche zunächst, dass er nicht gewillt gewesen sei, eine Dauerstelle anzunehmen, und fast ausschliesslich Spontanbewerbungen getätigt habe. Zudem habe der Beschwerdeführer laut Schreiben an das Amt für Arbeitslosenversicherung vom 6. Dezember 2020 bereits ca. Fr. 100'000.- in die selbstständige Erwerbstätigkeit investiert gehabt. Weiter habe er die

C.\_\_\_\_\_ AG durch einen Mietvertrag langjährig und mit beträchtlichem Mietzinsaufwand finanziell belastet. Es sei geplant gewesen, seine langjährige Anstellung bei der B.\_\_\_\_\_ AG zu Gunsten der selbstständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben. Somit habe der Beschwerdeführer durch die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht vorwiegend in Erfüllung der Schadenminderungspflicht seine Arbeitslosigkeit beenden wollen. Vielmehr habe er ohnehin den Entschluss gefasst, sich beruflich zu verändern und sei auch nicht bereit gewesen, die selbstständige Erwerbstätigkeit für eine unselbstständige aufzugeben. Folglich habe er durch die Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung lediglich eine (kurze) Übergangslösung bis zur definitiven Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit im Oktober 2020 gesucht. Mithin sei er weder subjektiv bereit noch objektiv in der Lage gewesen, eine Dauerstelle anzutreten. Eine Überbrückung bis zur Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit werde nicht durch die Arbeitslosenversicherung finanziert. In dieser Konstellation sei nicht entscheidungswesentlich, ob er dem Arbeitsmarkt noch drei Monate zur Verfügung gestanden habe oder nicht.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer beruft sich auf AVIG-Praxis ALE B227, wonach die versicherte Person als vermittlungsfähig gilt, wenn sie dem Arbeitsmarkt für mindestens drei Monate zur Verfügung steht. Diese Praxis beziehe sich nicht nur auf den Fall, dass jemand sich in Erfüllung der Schadenminderungspflicht für eine selbstständige Erwerbstätigkeit entscheide. Er habe unbestrittenermassen von Anfang an bestätigt, er werde eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen. Es sei jedoch klar gewesen, dass er mindestens bis Ende Oktober 2020, allenfalls länger dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen würde. Die Gründung der C.\_\_\_\_\_ AG im Jahr 2019 könne nicht als Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit angesehen werden. Er habe auch immer wieder bestätigt, dass er diese zu Gunsten einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit aufgeben würde. Die tatsächliche Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit sei wie geplant und immer offen kommuniziert Ende Oktober 2020 erfolgt. Retrospektiv gesehen wäre es ihm noch im November 2020 möglich gewesen, eine Anstellung zu finden und anzunehmen. Somit erfülle er das dreimonatige Minimum, in dem die versicherte Person dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen müsse. Er habe dies sogar während vier bis fünf Monaten getan. Laut der besagten AVIG-Praxis ALE gelte die Regel von drei Monaten auch bei der Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit. Er habe Arbeitsbemühungen gemäss den Vorschriften des RAV getätigt, was nie bemängelt worden sei. Sogar wenn davon ausgegangen werde, dass er nur für vier bis fünf Monate dem Arbeitsmarkt zur Verfügung gestanden habe, sei das Finden einer Anstellung realistisch gewesen. Von Juli bis Oktober 2020 hätte er zu 100 % arbeiten können. Allfällige für die künftige selbstständige Erwerbstätigkeit vorzunehmende Aufgaben hätte er nämlich am Abend oder am Wochenende erledigt. Zudem schliesse eine auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit die Vermittlungsfähigkeit bzw. den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht grundsätzlich aus. Gemäss AVIG-Praxis ALE B238 habe nämlich die zuständige Behörde zu prüfen, in welchem Umfang die selbstständige Erwerbstätigkeit den anrechenbaren Arbeitsausfall vermindere. Unerheblich sei, ob sie bei Eintritt der Arbeitslosigkeit bereits bestehe oder erst in deren Verlauf aufgenommen oder ausgedehnt werde. Die zuständige Behörde habe die Arbeitslosenkasse über den Umfang des anrechenbaren Arbeitsausfalls zu informieren. Insgesamt könne somit seine Vermittlungsfähigkeit ab 1. Juli 2020 nicht verneint werden.

#### **E. 4.1**

Andauernd selbstständig erwerbende Personen sind in der Regel bereits von vornherein vom Arbeitslosentaggeldbezug ausgeschlossen. Soweit allerdings vor der Tätigkeit als selbstständig erwerbende Person innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt wurde (vgl. dazu Art. 13 AVIG), ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausnahmsweise auch bei einer nunmehr selbstständig erwerbenden Person - wie vorliegend (vgl. E. 4.2.1 hiernach) - zu prüfen. Auf solche Personen rechtfertigt sich gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts die Anwendung der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234, wonach eine Überprüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung möglich sein muss (Urteil 8C\_344/2018 vom 13. Juni 2018 E. 3.4 mit Hinweisen). Dabei ist massgebend, ob der Status des Selbstständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird. Es ist nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, die in solchen Fällen anfänglich fehlenden Einnahmen zu ersetzen (ARV 2010 S. 138, 8C\_635/2009 E. 3.2; Urteile 8C\_333/2021 vom 22. Juli 2021 E. 4.2, 8C\_344/2018 vom 13. Juni 2018 E. 3.4 und 8C\_381/2016 vom 8. August 2016 E. 2, je mit Hinweisen). Rechtsprechungsgemäss ist sodann nicht relevant, ob effektiv für die Firma eine Tätigkeit ausgeübt oder ein Einkommen erwirtschaftet wurde (ARV 2010 S. 138, 8C\_635/2009 E. 3.2, 2009 S. 342, 8C\_81/2009 E. 3.3).

#### **E. 4.2.1**

Nach den sachverhältlich grundsätzlich verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (vgl. E. 1.1 hiervor) hatte der Beschwerdeführer bereits seit Gründung der C.\_\_\_\_\_ AG am (.....) 2019 und damit vor Eintritt der Arbeitslosigkeit am 1. Juli 2020 die Absicht, mit dem Betrieb des Geschäfts X.\_\_\_\_\_ zu 100 % selbstständig erwerbstätig zu werden. Dies ist unbestritten. Gleiches gilt für die vorinstanzliche Feststellung, dass dieses Geschäft im Oktober 2020 eröffnet wurde und der Beschwerdeführer dort selbstständig erwerbend tätig war.

#### **E. 4.2.2**

Weiter hat die Vorinstanz in einlässlicher Würdigung der massgeblichen Akten schlüssig und nachvollziehbar begründet, weshalb davon auszugehen sei, dass der Beschwerdeführer nach Eintritt der Arbeitslosigkeit am 1. Juli 2020 nicht bereit und in der Lage gewesen sei, die selbstständige Erwerbstätigkeit zu Gunsten einer unselbstständigen aufzugeben (vgl. E. 3.1 hiervor).

Mit der Argumentation, er habe sich vorschriftsgemäss um Stellen beworben sowie im Fragebogen "Deklaration der Selbstständigkeit oder in der eigenen Firma beschäftigt" vom 9. Juli 2020 und auch später bestätigt, dass er die selbstständige Erwerbstätigkeit zu Gunsten einer unselbstständigen aufgeben würde (vgl. E. 3.2 hiervor und E. 5.2 hiernach), vermag der Beschwerdeführer weder eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine willkürliche Beweismwürdigung der Vorinstanz darzutun. Vielmehr handelt es sich bei seinen Vorbringen im Wesentlichen um eine unzulässige appellatorische Kritik, mit der er seine eigene Sicht der Dinge darstellt, ohne sich unter Willkürgesichtspunkten mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen (vgl. E. 1.2 und E. 3.1 hiervor).

#### **E. 4.3**

Dem Beschwerdeführer ist zwar beizupflichten, dass eine auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit die Vermittlungsfähigkeit nicht grundsätzlich von vornherein ausschliesst (vgl. Urteil 8C\_686/2018 vom 25. Januar 2019 E. 3.2 mit Hinweisen; AVIG-Praxis ALE B238).

Hieraus kann er indessen nichts zu seinen Gunsten ableiten. Praxisgemäss ist es nämlich sachlich gerechtfertigt, bei einer Person, die unfreiwillig aus einem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist, sich jedoch nicht umgehend zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmeldet, sondern durch die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung zu vermeiden versucht, den Leistungsanspruch ab Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern unter den Gesichtspunkten des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbstständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit zu prüfen (vgl. Urteil 8C\_837/2017 vom 16. April 2018 E. 3.2). Vorliegend steht indessen nicht der Aufbau einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zur Überwindung einer unfreiwilligen Arbeitslosigkeit im Raum. Zwar wurde das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers nicht von ihm, sondern von der B.\_\_\_\_\_ AG am 27. April 2020 per 30. Juni 2020 gekündigt. Er hatte jedoch bereits vor dieser Kündigung die Absicht und den Plan, im Rahmen der am (.....) 2019 gegründeten C.\_\_\_\_\_ AG - deren Verwaltungsratspräsident er war - ab Oktober 2020 als Betreiber des Geschäfts X.\_\_\_\_\_ zu 100 % selbstständig erwerbstätig zu werden (vgl. E. 4.2.1 hiervor). Damit enthielt die vorliegende Konstellation ein Missbrauchspotential, weshalb die mit BGE 123 V 234 begründete Rechtsprechung anzuwenden ist (vgl. auch Urteile 8C\_837/2017 vom 16. April 2018 E. 3.2 und 8C\_672/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3.4). Hierbei ist irrelevant, ob der Beschwerdeführer effektiv für die Firma eine Tätigkeit ausübte oder ein Einkommen erwirtschaftete (vgl. E. 4.1 hiervor am Ende).

#### **E. 4.4**

Unter diesen Umständen kann der Beschwerdeführer aus dem von ihm angerufenen Urteil 8C\_133/2021 vom 22. Juli 2021 nichts zu seinen Gunsten ableiten. Nicht stichhaltig ist auch sein Argument, es sei zu Unrecht nicht geprüft worden, in welchem Umfang die selbstständige Erwerbstätigkeit seinen anrechenbaren Arbeitsausfall vermindere (vgl. E. 3.2 hiervor).

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht nach Art. 27 ATSG geltend (vgl. zum Ganzen BGE 131 V 472 ; Urteil 8C\_220/2021 vom 12. Mai 2021 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 5.2.1**

Als Erstes bringt er vor, er habe die RAV-Beraterin immer korrekt über seine Pläne betreffend Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit informiert. Im Fragebogen vom 9. Juli 2020 und auch später habe er festgehalten, dass er bereit wäre, die selbstständige Erwerbstätigkeit zu Gunsten einer unselbstständigen aufzugeben. Damals seien die Planungen zur selbstständigen Erwerbstätigkeit noch nicht soweit fortgeschritten gewesen. Mit der fehlenden Information, dass er aus Sicht der Arbeitslosenversicherung keinen Taggeldanspruch habe, sei ihm die Möglichkeit genommen worden, zu entscheiden, ob er seine Pläne für die selbstständige Erwerbstätigkeit aufgeben wolle. Noch Ende Oktober 2020, als er gemeldet habe, dass er die selbstständige Erwerbstätigkeit nun aufgenommen habe, habe ihn die RAV-Beraterin ermuntert, weiter eine Anstellung zu suchen und

angemeldet zu bleiben.

### **E. 5.2.2**

Die Vorinstanz kam zum Schluss, eine entsprechende Information hätte am Entschluss des Beschwerdeführers, eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, überwiegend wahrscheinlich nichts geändert, da er gemäss seinen Angaben vom 9. Juli 2020 bereits ca. Fr. 25'000.- in die selbstständige Erwerbstätigkeit investiert und sich respektive die C.\_\_\_\_\_ AG finanziell durch einen Mietvertrag langjährig und mit erheblichem Mietzinsaufwand belastet habe.

Mit diesen vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Er bringt nichts vor und es ist nichts ersichtlich, was sie als offensichtlich unrichtig oder willkürlich erscheinen liesse. Daran vermag auch der Hinweis auf seine Angaben im Fragebogen nichts zu ändern. Insbesondere besteht deswegen kein zwingender Anlass, zumindest für die erste Phase ab Juli 2020 eine andere Beurteilung vorzunehmen. Zum anderen wird das vorinstanzliche Ergebnis auch durch den Umstand gestützt, dass der Beschwerdeführer am 6. Dezember 2020 sogar angegeben hatte, bereits ca. Fr. 100'000.- in die selbstständige Erwerbstätigkeit investiert zu haben (vgl. E. 3.1 hiervor). Da der Beschwerdeführer die selbstständige Erwerbstätigkeit mithin auch bei einer Information über den fehlenden Taggeldanspruch nicht aufgegeben hätte, mangelt es an einer kausalen Disposition als Voraussetzung für den Vertrauensschutz (vgl. BGE 143 V 341 E. 5.2.1).

### **E. 5.3**

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, bei sofortiger Information über den mangelnden Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hätte er sein Leben völlig anders ausgerichtet. Einschränkungen im Lebenswandel - insbesondere im privaten Bereich - wären möglich gewesen und von ihm vorgenommen worden. Er hätte seine Ausgaben auf das absolute Minimum beschränkt.

Diese Tatsachen hat der Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren nicht vorgebracht. Es handelt sich somit um sogenannte unechte Noven. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, dass ihm deren Vorbringen bei der Vorinstanz trotz hinreichender Sorgfalt prozessual unmöglich und objektiv unzumutbar war. Sie sind somit nicht zu berücksichtigen ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 143 V 19 E. 1.2). Hiervon abgesehen ist in Erinnerung zu rufen, dass der blosser Verbrauch von Geldmitteln nach bisheriger Rechtsprechung zum Vertrauensschutz keine relevante Disposition darstellt ( BGE 142 V 259 E. 3.2.2).

### **E. 6**

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers ab 1. Juli 2020 im Ergebnis zu Recht verneint.

### **E. 7**

Der unterliegende Beschwerdeführer trägt die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.