

# **BL\_GERICHTE 715 22 125 / 289 vom 8. Dezember 2022**

BL Gerichte, 2022-12-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_715\\_22\\_125\\_\\_\\_289](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_715_22_125___289)

FR: BL\_GERICHTE 715 22 125 / 289 du 8 décembre 2022

IT: BL\_GERICHTE 715 22 125 / 289 del 8 dicembre 2022

## **Regeste**

Ablehnung der Anspruchsberechtigung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 1 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit den Art. 56 und 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 kann gegen Einspracheentscheide aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Örtlich zuständig ist nach Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 Abs. 1 sowie Art. 119 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person zur Zeit des Verfügungserlasses die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend hat der Beschwerdeführer seine Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft erfüllt, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts zu bejahen ist. Laut § 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG. Auf die beim sachlich und örtlich zuständigen Gericht form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 29. April 2022 ist einzutreten.

### **E. 2**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zurecht die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers aufgrund fehlender Vermittlungsfähigkeit verneint hat.

#### **E. 2.1**

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt nach Art. 8 Abs. 1 AVIG voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 10), einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 11), in der Schweiz wohnt (Art. 12), die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht, die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 13 und 14), vermittlungsfähig ist (Art. 15) und die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 17).

#### **E. 2.2**

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 (BGE 125 V 51 E. 6a).

### **E. 2.3**

Andauernd selbständig erwerbende Personen sind in der Regel bereits von vornherein vom Arbeitslosentaggeldbezug ausgeschlossen. Soweit allerdings vor der Tätigkeit als selbständig erwerbende Person innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt wurde, ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausnahmsweise auch bei einer nunmehr selbständig erwerbenden Person 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. Dabei ist massgebend, ob der Status des Selbständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird. Rechtsprechungsgemäss ist nicht relevant, ob effektiv für die Firma eine Tätigkeit ausgeübt oder ein Einkommen erwirtschaftet wird (Urteil des Bundesgerichts vom 4. Februar 2022, 8C\_702/2021, E. 4.1 mit Hinweisen). Die Dauerhaftigkeit der selbständigen Erwerbstätigkeit ist insofern von Bedeutung, als sie allenfalls die Vermittlungsfähigkeit in Frage stellt. Sie ist indessen keine negative Anspruchsvoraussetzung, bei deren Vorliegen ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von vornherein ausgeschlossen wäre (Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 2019, 8C\_686/2018, E. 3.2).

2.4.1 Das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers wurde gekündigt, nachdem er seiner Arbeitgeberin eröffnete, dass er sich selbständig machen wolle. Entsprechend seinem Plan traf er zumindest ab der Gründung seiner neuen Aktiengesellschaft im Oktober 2021 Vorbereitungsmaßnahmen, um die Geschäftstätigkeit ab April 2022 aufnehmen zu können. Hätte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nicht vorzeitig aufgelöst, hätte er selber per Ende März 2022 gekündigt. So wäre ein nahtloser Übergang von der Anstellung in die selbständige Erwerbstätigkeit beziehungsweise in die Anstellung in der eigenen Gesellschaft möglich gewesen. In der Realität musste er aber drei Monate Arbeitslosigkeit bis zur Aktivierung der neuen Gesellschaft überbrücken.

2.4.2 Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer eine juristische Person gründete, in der er eine arbeitgeberähnliche Stellung hat, schliesst den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht grundsätzlich aus. Zu berücksichtigen ist aber, dass die selbständige Erwerbstätigkeit des Versicherten respektive die Erwerbstätigkeit für die eigene Gesellschaft auf Dauer angelegt ist und dass der Beschwerdeführer alle Schritte unternahm, damit er ab 1. April 2022 aktiv werden konnte. Zu prüfen ist daher, ob er vor diesem Hintergrund unmittelbar vor Aktivierung der neuen Gesellschaft in den Monaten Januar bis März 2022 noch vermittlungsfähig war.

2.4.3 Nicht als vermittlungsfähig gilt nach der Rechtsprechung in der Regel eine versicherte Person, die auf einen bestimmten Termin anderweitig disponiert hat und deshalb für eine neue Beschäftigung nur noch während relativ kurzer Zeit zur Verfügung steht, weil die Aussichten, für die verbleibende Zeit von einem anderen Arbeitgeber angestellt zu werden, verhältnismässig gering sind (BGE 126 V 520 E. 3a). Entscheidend für die Beurteilung des Einzelfalls sind dabei nicht in erster Linie der Arbeitswille und die Arbeitsbemühungen der versicherten Person oder gar die Frage, ob sie in dieser Zeit effektiv eine Beschäftigung gefunden hat. Massgebend ist vielmehr, ob mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass ein Arbeitgeber oder eine Arbeitgeberin die versicherte Person für die konkret zur Verfügung stehende Zeit noch einstellen würde (BGE 146 V 210

E. 3.1 mit Hinweisen). Die Vermittlungsfähigkeit beurteilt sich prospektiv, somit aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie bis zum Erlass des Einspracheentscheids bestanden haben. Steht die versicherte Person dem Arbeitsmarkt für mindestens drei Monate zur Verfügung, gilt sie gemäss AVIG-Praxis Rz. B227, Stand 1. Januar 2022, als vermittlungsfähig.

### **E. 2.5**

Das Bundesgericht hatte am 4. Februar 2022 einen ähnlichen Fall wie den vorliegenden zu beurteilen. Es ging dabei um einen Versicherten, welcher als Arbeitnehmer tätig war und im Oktober 2019 eine Aktiengesellschaft gründete mit der Absicht, im Oktober 2020 mit seiner Firma in den Markt einzusteigen. Das Arbeitsverhältnis wurde von seiner Arbeitgeberin jedoch bereits per Ende Juni 2020 gekündigt, es verblieben somit ebenfalls drei Monate, die bis zur Betriebsöffnung überbrückt werden mussten. Auch hier stellte sich die Frage der Vermittlungsfähigkeit. Das Bundesgericht entschied, dass eine auf Dauer ausgerichtete selbständige Erwerbstätigkeit die Vermittlungsfähigkeit zwar nicht grundsätzlich von vornherein ausschliesse. Hieraus könne der Versicherte indessen nichts zu seinen Gunsten ableiten. Praxisgemäss sei es sachlich gerechtfertigt, bei einer Person, die unfreiwillig aus einem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sei, sich jedoch nicht umgehend zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmelde, sondern durch die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit eine Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung zu vermeiden versuche, den Leistungsanspruch ab Anmeldung unter den Gesichtspunkten des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit zu prüfen. Vorliegend stehe indessen nicht der Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit zur Überwindung einer unfreiwilligen Arbeitslosigkeit im Raum. Zwar sei das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers nicht von ihm, sondern von der Arbeitgeberin per 30. Juni 2020 gekündigt worden. Er habe jedoch bereits vor dieser Kündigung die Absicht und den Plan gehabt, im Rahmen der am 22. Oktober 2019 gegründeten Aktiengesellschaft - deren Verwaltungsratspräsident er sei - ab Oktober 2020 als Betreiber des Geschäfts zu 100% selbständig erwerbstätig zu sein. Damit enthalte die vorliegende Konstellation ein Missbrauchspotential, weshalb die mit BGE 123 V 234 begründete Rechtsprechung, wonach Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hätten, analog anzuwenden sei. Hierbei sei irrelevant, ob der Beschwerdeführer effektiv für die Firma eine Tätigkeit ausgeübt oder ein Einkommen erwirtschaftet habe (Urteil des Bundesgerichts vom 4. Februar 2022, 8C\_702//2021, E. 4.3).

### **E. 2.6**

Zusammenfassend erkannte das Bundesgericht somit, dass eine versicherte Person, die mit der 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, nicht als vermittlungsfähig gilt (AVIG-Praxis ALE Rz. B229; ARV 1995 S. 52), weil wohl ein gewichtiges Missbrauchspotential besteht, nicht ernsthaft eine vorübergehende Anstellung zur Beendigung der Arbeitslosigkeit zu suchen, sondern anfänglich fehlende Einnahmen mittels Bezugs von Arbeitslosenentschädigung zu ersetzen. Ob dem im konkret zu beurteilenden Fall so war oder nicht, spielte dabei keine Rolle, weil bereits die Gefahr, die Situation ausnutzen zu können, massgebend war. Dabei war auch nicht entscheidend, ob die versicherte Person dem Arbeitsmarkt noch drei Monate zur Verfügung stand oder

nicht, da sich diese Praxis (vgl. E. 2.4.3) nicht auf die gegebene Konstellation bezog, bei der sich die versicherte Person unabhängig des Eintritts der Arbeitslosigkeit und demnach nicht vorwiegend in Erfüllung der Schadenminderungspflicht dazu entschied, eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen (vgl. auch das, dem bundesgerichtlichen Entscheid vom 4. Februar 2022 vorangegangene kantonale Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20. September 2021, 200 21 188 ALV, E. 3.3.2).

## **E. 2.7**

Auf den vorliegenden Fall übertragen, bedeutet dies nichts anderes, als dass der Beschwerdeführer gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, da seine Vermittlungsfähigkeit aufgrund der bereits vor der Kündigung per 31. Dezember 2021 geplanten Eröffnung seines eigenen Betriebes mit Markteintritt per 1. April 2022 zu verneinen ist, infolge der potentiellen Gefahr der Zweckentfremdung der Arbeitslosenentschädigung. 3.1 Selbst wenn die Rechtsprechung bezüglich Missbrauchspotential gemäss BGE 123 V 234 in Zusammenhang mit der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit als Realisierung eines ohnehin und unabhängig vom Stellenverlust gehegten Wunsches und nicht aus Schadenminderungspflicht unberücksichtigt bliebe, wäre die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers im gegebenen Fall zu verneinen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann eine Vermittlungsfähigkeit nicht schon darum bejaht werden, weil die verbleibende Dauer zur Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit genau drei Monate beträgt. Diesbezüglich handelt es sich um eine Verwaltungsweisung, welche sich an die Durchführungsstellen richtet und für die Gerichte nicht verbindlich ist. Diese sollen sie bei ihren Entscheidungen aber berücksichtigen, sofern sie dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegungen der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (BGE 147 V 278 E. 2.2). Tatsache ist, dass die Vermittlungsfähigkeit bei einer unter dreimonatigen Verfügbarkeit nicht leichthin bejaht werden kann. Beträgt die verfügbare Zeit genau drei Monate, können die Umstände des Einzelfalls nicht per se ausser Acht gelassen werden. Massgebend ist auch dann, ob davon ausgegangen werden kann, dass eine Anstellung für die verbleibende kurze Zeit realistisch ist. Relevant sind dabei das Verhalten und die Flexibilität der versicherten Person. Um die Chancen einer Anstellung trotz der kurzen Zeit zu erhöhen, sollte sie die Suche nach einer Anstellung breit fächern und die Bereitschaft zeigen, auch Tätigkeiten ausserhalb ihres Berufes anzunehmen. 3.2 Aus den beigezogenen Akten des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (RAV) geht hervor, dass der Beschwerdeführer anlässlich des Beratungsgesprächs vom 3. November 2021 eine Vereinbarung mit seinem Berater traf, dass er ab 18. Oktober 2021 zwei Arbeitsbemühungen und für November 2021 bis Februar 2022 je vier Arbeitsbemühungen nachweisen müsse. Gemäss den entsprechenden Nachweisen kontaktierte er im Oktober und November 2021 insgesamt acht Firmen. Entgegen der Auffassung der Arbeitslosenkasse suchte er nicht spezifisch Kaderstellen. Er bewarb sich als Maschinist, Disponent, Chauffeur und Pannenhelfer. Für Dezember 2021 sind vier Jobanfragen dokumentiert, drei als Disponent und eine als Maschinist. Im Januar 2022 sind fünf Arbeitsbemühungen nachgewiesen, als Chauffeur, als Maschinist und für den Verkauf in einem Transportunternehmen und im Februar 2022 sind vier Arbeitsbemühungen notiert als Disponent, als Chauffeur und im Verkauf. Im März 2022, einen Monat vor Beginn seiner neuen Tätigkeit, war er von der Arbeitssuche befreit. 3.3 Die Menge der Arbeitsbemühungen entspricht der Vereinbarung des Beschwerdeführers mit dem RAV-Berater. Zu beanstanden ist hingegen, dass der Beschwerdeführer seine Suche auf

sein bisheriges Tätigkeitsfeld einschränkte. Er war zuletzt bei der B.\_\_\_\_\_ tätig, die spezialisiert ist im Bereich Entsorgung (auch von Bauschutt) und Transport. Nachdem ihm diese Arbeitsstelle gekündigt worden war, suchte er wieder nach einer Tätigkeit bei Entsorgungsbetrieben oder bei Firmen im Bereich Hoch- und Tiefbau. Aus dem Verlaufsprotokoll (3. November 2021) geht ferner hervor, dass er seinem Berater mitteilte, ab Mitte Januar 2022 als Fahrer (Bauschutttransporte) arbeiten zu wollen, wenn es das Wetter zulasse. Am 13. Dezember 2021 stellte der Berater fest, dass die geforderte Anzahl Arbeitsbemühungen vorläge, sich aber bezüglich Zwischenverdienstmöglichkeit noch nichts ergeben hätte, dass der Beschwerdeführer aber der Meinung sei, dass sich dies relativ kurzfristig im Januar 2022 je nach Wetter ändern könnte (vgl. Verlaufsprotokoll). Wenn man bedenkt, dass der Bau und die Entsorgung von Bauschutt in den Wintermonaten nicht auf Hochtouren läuft und dort während der kältesten Jahreszeit Januar/Februar eher ein Personalstopp oder sogar ein Personalabbau stattfindet, erscheint es von vornherein wenig aussichtsreich, sich bei der Stellensuche auf diesen Bereich zu beschränken. Vor dem Hintergrund der Kurzfristigkeit der Stellensuche und der kurzen Einsatzdauer von lediglich drei Monaten wäre es zwingend gewesen, dass der Beschwerdeführer zumindest versucht hätte, eine Arbeit ausserhalb des angestammten Tätigkeitsbereichs zu finden, allenfalls auch unter Mithilfe eines Temporärbüros. Folglich war das Finden einer Stelle für drei Monate mit den effektiven Arbeitsbemühungen kaum erfolgsversprechend. Im Ergebnis lässt sich demnach nicht beanstanden, dass die Arbeitslosenkasse die Vermittlungsfähigkeit verneinte. Die Beschwerde ist somit auch aus diesem Grund abzuweisen.

#### **E. 4**

Es bleibt über die Kosten zu befinden. Nach Art. 61 lit. f bis ATSG ist das Verfahren bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Da das AVIG keine grundsätzliche Kostenpflicht vorsieht, sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird keine Parteientschädigung zugesprochen. Demgemäss wird erkannt: ://: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

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