FR_GERICHTE 605 2023 70 vom 28. Mai 2024

FR Kantonsgericht, 2024-05-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_605_2023_70

FR: FR_GERICHTE 605 2023 70 du 28 mai 2024

IT: FR_GERICHTE 605 2023 70 del 28 maggio 2024

Regeste

Urteil des I. Sozialversicherungsgerichtshofes des Kantonsgerichts | Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde vom 8. Mai 2023 gegen den Einspracheentscheid des AMA vom 30. März 2023 ist unter der Berücksichtigung des Fristenstillstandes über die Osterfeiertrage (Art. 38 Abs. 4 des Bun- desgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1], das hier gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung [AVIG, SR 837.0] zur Anwen- dung kommt) fristgerecht bei der sachlich und örtlich zuständigen Beschwerdeinstanz eingereicht worden. Der Beschwerdeführer hat ein Interesse, dass das Kantonsgericht, I. Sozialversicherungs- gerichtshof, prüft, ob seine Vermittlungsfähigkeit ab dem 1. September 2022 gegeben ist. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 2.1

Art. 8 Abs. 1 Bst. f AVIG sieht vor, dass der Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädi- gung hat, wenn er neben anderen Voraussetzungen auch vermittlungsfähig ist (Art. 15 AVIG). Der Arbeitslose ist vermittlungsfähig, wenn er bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). Zur Vermittlungsfähigkeit gehört nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der übli- chen Arbeitszeit einzusetzen. Der Begriff der Vermittlungs(un)fähigkeit als Anspruchsvoraussetzung schliesst graduelle Abstufungen aus. Entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig, insbe- sondere bereit, eine zumutbare Arbeit (im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspen- sums) anzunehmen, oder nicht (BGE 125 V 51 E. 6a mit Hinweisen). Steht die versicherte Person dem Arbeitsmarkt für mindestens drei Monate zur Verfügung, gilt sie als vermittlungsfähig. Liegt die Verfügbarkeit unter drei Monaten, kann die Vermittlungsfähigkeit be- jaht werden, sofern aufgrund der Arbeitsmarktsituation und der Flexibilität der versicherten Person (z. B. Bereitschaft für Tätigkeiten auch ausserhalb des erlernten Berufes und zur Annahme von Temporärstellen) eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, von einem Arbeitgeber angestellt zu werden (AVIG-Praxis ALE [AVIG-Praxis] des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO], Rz. B227). Mit der gesetzlichen Schadenminderungspflicht ist es zwar zu vereinbaren, dass ein Arbeitsloser sich auch um Möglichkeiten zum Aufbau einer selbstständigen Tätigkeit umsieht. Unterlässt er es aber im Hinblick auf dieses Ziel, sich

daneben auch in vertretbarem Umfang um eine unselbststän- dige Erwerbstätigkeit zu bemühen, liegt Vermittlungsunfähigkeit vor, die den Anspruch auf Arbeits- losenentschädigung ausschliesst. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken. Das an sich achtenswerte Verhalten, die Arbeitslosigkeit mit selbstständiger Erwerbstätigkeit zu überwinden, ändert nichts daran, dass die Vermittlungsfähigkeit verneint werden muss, wenn die Absicht zur Aufnahme der selbstständigen Arbeit so weit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer unselbstständigen Tätigkeit nicht oder kaum mehr möglich ist (Urteil BGer 8C_333/2021 vom 22. Juli 2021 E. 4.2 mit Hinweisen). Entsprechend dem Gedanken des Zwischen- verdienstes kann als Zwischenverdienst nur eine vorübergehende, zeitlich beschränkte und investi- tionsarme selbstständige Erwerbstätigkeit in Frage kommen. Wesentlich ist, dass der Versicherte nach wie vor als Arbeitnehmer tätig sein will, insbesondere entsprechende Arbeitsbemühungen

 unternimmt, und die Kontrollvorschriften befolgt (Urteil EVG C 246/05 vom 2. November 2006 E. 2.2 mit Hinweisen). Die Aufnahme eines selbstständigen Zwischenverdienstes hat als Reaktion auf die Arbeitslosigkeit zu erfolgen und muss einzig und allein der Schadenminderung dienen. Entspricht dagegen die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit einem ohnehin gehegten Berufs- wunsch, und nimmt die versicherte Person den Eintritt der Arbeitslosigkeit zum Anlass, diesen in Form eines selbstständigen Zwischenverdienstes zu realisieren, gilt sie nicht als vermittlungsfähig. Ein selbstständiger Zwischenverdienst muss innert nützlicher Frist zu Gunsten einer Arbeitnehmer- tätigkeit aufgegeben werden können (AVIG-Praxis Rz. B235 mit Hinweis; vgl. auch BGE 111 V 38 E. 2b). Für die Beurteilung, ob der selbstständige Zwischenverdienst auf Dauer ausgerichtet ist oder ledig- lich der Schadenminderung dient, können u. a. folgende Kriterien hilfreich sein: Ausmass der getrof- fenen Dispositionen und Bindungen (Firmengründung, Abschluss von längerfristigen Mietverträgen, Anstellungsverträge, Investitionen usw.); Umfang der von den Bruttoeinnahmen in Abzug gebrach- ten Auslagen; Äusserungen, Absichten und Verhalten; Intensität des selbstständigen Zwischenver- dienstes; Arbeitsbemühungen für unselbstständige Erwerbstätigkeiten (AVIG-Praxis Rz. B236). Eine auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit schliesst die Vermittlungsfähigkeit, d. h. den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht grundsätzlich aus. Das RAV bzw. die kan- tonale Amtsstelle hat zu prüfen, in welchem Umfang diese Tätigkeit den anrechenbaren Arbeitsaus- fall vermindert. Dabei ist unerheblich, ob diese auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätig- keit bereits bei Eintritt der Arbeitslosigkeit besteht oder aber erst in deren Verlauf aufgenommen oder ausgedehnt wird. Das RAV bzw. die kantonale Amtsstelle hat die Arbeitslosenkasse über den Umfang des anrechenbaren Arbeitsausfalls zu informieren (AVIG-Praxis Rz. B238). Die versicherte Person muss sich festlegen, in welchem Umfang und zu welchen Tageszeiten sie die auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben will, damit sich der anrechenbare Arbeits- ausfall bestimmen lässt. Die festgestellte Verfügbarkeit ist vom RAV in einem Protokoll festzuhalten. Versicherte gelten als vermittlungsunfähig, wenn sie einerseits auf die Ausübung ihrer selbstständi- gen Erwerbstätigkeit beharren und andererseits die Zeiten, in denen sie dem Arbeitsmarkt zur Ver- fügung stehen, nicht festlegen wollen (AVIG-Praxis Rz. B241).

E. 2.2

Die Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozial- versicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren ge- setzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwal- tungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben dar- stellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 144 V 195 E. 4.2 mit Hinweisen).

E. 2.3

Gemäss Art. 27 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Per- sonen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Entsprechend der Regelung von Art. 22 AVIV der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV; SR 837.02) klären die in Art. 76 Abs. 1 Bst. a–d AVIG genannten Durchführungsstellen die Versicherten über ihre Rechte und Pflichten auf, insbesondere über das Verfahren der Anmeldung und über die Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden und zu verkürzen (Abs. 1). Die Arbeitslosenkassen klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus ihren Aufgaben ergeben ([Art. 81 AVIG]; Abs. 2). Die zuständigen Amtsstellen klären die Versi-

 cherten über Rechte und Pflichten auf, die sich aus ihren Aufgaben ergeben ([Art. 85 und 85b AVIG]; Abs. 3). Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, wird dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichge- stellt. Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den Bürger in seinem berech- tigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbe- hörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten (BGE 131 V 472 E. 5 mit vielen Hinweisen).

E. 3

Es ist streitig, ob, das AMA zu Recht die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab dem 1. September 2022 verneint hat.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer bringt vor, es liege ein Missverständnis bezüglich der Gründung sei- nes Einzelunternehmens vor. Dies sei nur zur Erfüllung des zeitlich befristeten Beratungsauftrages der E._____ AG mit Sitz in F._____ erfolgt und nicht auf Dauer ausgerichtet gewesen. Die E._____ AG vergebe Aufträge nur an im Handelsregister eingetragene Unternehmen. Da dieser Auftrag per Ende April 2023 definitiv beendet worden sei, habe er sein Einzelunternehmen per 1. Mai 2023 aus dem Handelsregister löschen lassen. Ferner liege ein Missverständnis hinsichtlich seiner Vermittlungsfähigkeit vor. Offenbar seien gewisse seiner Formulierungen und Informationen auf dem Fragebogen des AMA unklar gewesen. Er habe seit Beginn seiner Arbeitslosigkeit von Montag bis Freitag jeweils zu den normalen Bürozeiten dem Arbeitsmarkt zu 100 % zur Verfügung gestanden. Zudem versichere er erneut, dass er auch während seiner temporären

Mandatsausübung vom September 2022 bis April 2023 jederzeit bereit gewesen wäre, sein Mandat bei der E._____ AG per sofort zu beendigen, um eine Festanstellung im Vollpensum anzunehmen. Seit April 2021 habe er die Kontrollvorschriften immer eingehalten und sei seiner Pflicht zur Vornahme von Arbeitsbemü- hungen nachgekommen. In seinen Gegenbemerkungen hält er überdies fest, es gehöre zur Informations- und Beratungs- pflicht des Versicherers gemäss Art. 27 ATSG, einen Versicherten, der eine selbstständige Tätigkeit ausübe, darauf aufmerksam zu machen, ab welchem Grad der Selbstständigkeit die Vermittlungs- fähigkeit beeinträchtig respektive gefährdet sein könnte. Diese Informations- und Beratungspflicht verbiete es, die Vermittlungsfähigkeit rückwirkend für eine Periode festzustellen, für die das RAV den Grad der Selbstständigkeit gekannt habe und es dennoch unterliess, den Versicherten über die Problematik der Vermittlungsunfähigkeit zu informieren.

E. 3.2

Das AMA beruft sich auf die Beweismaxime, wonach die sogenannten spontanen "Aussagen der ersten Stunde" in der Regel unbefangener und zuverlässiger sind als spätere Darstellungen, die bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können (vgl. etwa Urteil BGer 8C_358/2016 vom 28. September 2016 E. 3.5 mit Hinweis auf BGE 121 V 45). Der Beschwerdeführer gebe an, gewisse Formulierungen von ihm seien ungenau gewesen. Die Ziele von Beratungseinsätzen im IKT-Bereich würden durch Aufgaben be- stimmt, wobei unerheblich sei, an welchen Tagen und Zeiten diese erledigt würden, solange sie innerhalb des vertraglich festgelegten Zeitraums erfolgen würde, was eine grosse Flexibilität be- deute. Jedoch wirke sich bereits die Tatsache, dass eine Reduzierung oder Beendigung an die An- forderungen des jeweiligen Auftraggebers geknpüft seien, einschränkend auf die Flexibilität aus. Ferner erscheine die Aussage, er hätte falls notwendig sein Mandat bei der E._____ AG per sofort beendet, wenig substantiiert. Erschwerend komme hinzu, dass er gemäss seinen ersten

 Aussagen nicht nur keine konkreten Verfügbarkeiten festgelegt habe, sondern wiederholt Kapazitä- ten für die Aufnahme weiterer Mandate erwähnt habe, was erahnen lasse, dass er einem Ausbau der Selbstständigkeit nicht abgeneigt gewesen sei.

E. 3.3

Aus den Unterlagen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer, der im November 2023 das AHV-Referenzalter erreicht hat, seit April 2021 als arbeitslos gemeldet war. Er hatte mit seinen Be- werbungen keinen Erfolg und erhielt regelmässig nicht einmal eine Antwort, wie es im Beratungsge- spräch vom 17. Januar 2022 (AMA-Akten S. 194 ff.) festgehalten wurde und wie es sich aus dem Anhang zum Beratungsgespräch vom 23. November 2022 (AMA-Akten S. 150 ff.) ergibt. Er machte sich erstmals anlässlich eines vom 2. Juni bis 5. Juli 2021 beim G._____ in H._____ absolvierten Einzelcoaching Gedanken über eine selbstständige Tätigkeit, wie es der Rückmeldung vom 5. Juli 2021 (AMA-Akten S. 237 f.) zu entnehmen ist. Er ging dieser Idee in der Folge zunächst offenbar nicht weiter nach. Erst gemäss dem Protokoll zum Beratungsgespräch vom 1. April 2022 (AMA-Akten S. 184 ff.) hat er sich erkundigt, wie es aussehe, falls er sich selbstständig machen möchte oder allenfalls als Freelancer Projekte annehmen würde. Am 18. Mai 2022 (AMA- Akten S. 177 ff.) hielt die RAV-Beraterin fest, er überlege, sich selbstständig zu machen, unterschät-

ze aber wohl den administrativen Aufwand. Sie verwies ihn für weitere Informationen auf die Internet- seite https://payroll–plus.ch/, eine Lohnplattform für Freelancer und KMU. Anlässlich des Gesprächs vom 8. Juli 2022 (AMA-Akten S. 170 ff.) notierte sie erneut, er überlege sich weiterhin, ein Consulting Unternehmen auf eigene Rechnung aufzumachen. Es sei auch möglich, dass er für ein Unterneh- men in der Region F._____ für einen bestimmten Auftrag Beratungen machen könne; ob im Zwischenverdienst oder auf eigene Rechnung sei ungewiss. Es ist davon auszugehen, dass es sich dabei um das später bei der E._____ AG ausgeführte Mandat handelte. Ab dem 1. August 2022 übte er dieses Mandat aus, wie es dem undatierten Consulting Agreement (AMA-Akten Beilage 10) zwischen der E._____ AG und der D._____ zu entnehmen ist, das einen Beginn per 1. August 2022, ein geschätztes Pensum von 60 % und eine initiale Dauer von drei Monaten vorsah, die bei gegenseitigem Einverständnis verlängert werden könne. Gegenüber seiner Beraterin teilte der Beschwerdeführer anlässlich des Gesprächs vom 21. Oktober 2022 (AMA- Akten S. 157 ff.) mit, er arbeite seit August 2022 zu 60 % als Freelancer für ein Startup in F._____. Das Einkommen werde im Zwischenverdienst abgerechnet. Am 23. November 2022 (AMA-Akten S. 150 ff.) bestätigte er dies. Es laufe gut und er gehe davon aus, dass der Auftrag bis ca. Ende Jahr dauern werde. Er suche aktiv nach weiteren Aufträgen als Berater. Im vom Beschwerdeführer am 27. Dezember 2022 (AMA-Akten S. 135 ff.) ausgefüllten Fragebogen zur Abklärung der Vermittlungsfähigkeit gab er an, er habe sich im August 2022 entschieden, sich selbstständig zu machen und am 1. September 2022 sein Unternehmen im Handelsregister einge- tragen. Er erledige die Arbeit von zu Hause aus, weshalb die Anschlussgebühren (Telekommuni- kation, Energie) Teil der regulären Haushaltskosten seien. Er habe einzig Investitionen für IT-Zube- hör und Büromöbel getätigt. Er arbeite als Einzelunternehmer und verfüge über keine Mitarbeiter. Zu der Umsatzentwicklung könne er sich nicht äussern, da bis anhin nur wenige Monate vergangen seien. Hinsichtlich der verlangten Angaben der Zeiten, in denen er für sein Unternehmen tätig sei bzw. für eine Arbeitnehmertätigkeit zur Verfügung stehe, erklärte er, das jetzige Mandat sei temporär mit einem Pensum von 60 %. Dieses werde ab Februar 2023 auf 30 % reduziert: Seine Arbeitszeit sei flexibel und er könne daher weitere Mandate aufnehmen. Anlässlich des Beratungsgesprächs vom 17. Januar 2023 (AMA-Akten S. 126 ff.) gab er an, er sei mit der Verneinung der Vermittlungsfähigkeit nicht einverstanden. Ein Startup habe ihn nur für ein

 spezielles Projekt beauftragt. Aktuell arbeite er an zwei Tagen pro Monat, was wohl auch im Februar 2023 der Fall sei. Anschliessend sei das Projekt abgeschlossen. Am 6. März 2023 (AMA-Akten S. 87 ff.) gab er an, er arbeite weiterhin zu 30 % für die E._____ AG und am 19. April 2023 (AMA- Akten S. 74ff.) erklärte er, der Zwischenverdienst bei der E._____ AG gehe Ende April 2023 definitiv zu Ende. Am 4. Mai 2023 liess er sein Einzelunternehmen per 1. Mai 2023 aus dem Handelsregister löschen (Beschwerdebeilage 1).

E. 3.4

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass sich der Beschwerdeführer ab April 2022, nachdem er während einem Jahr erfolglos Arbeitsbemühungen vorgenommen hatte, zunehmend Gedanken zu einer selbstständigen Tätigkeit machte, was durchaus nachvollziehbar ist und auch im Sinne seiner gesetzlichen Schadenminderungspflicht zu sehen ist. Ferner finden sich keine Hinweise in den Akten, wonach er schon vor der Arbeitslosigkeit eine selbstständige Tätigkeit angestrebt hätte. Die per August 2022 aufgenommene

selbstständige Tätigkeit ist deshalb als eine Reaktion auf die eingetretenen Arbeitslosigkeit zu betrachten und diente nicht der Realisierung eines ohnehin und unabhängig von einem Stellenverlust gehegten Wunsches nach selbstständiger Erwerbstätigkeit. Seine Überlegungen hinsichtlich einer selbstständigen Tätigkeit äusserte er wiederholt gegenüber seiner RAV-Beraterin, die auch Kenntnis über seine Arbeit bei der E._____ AG hatte. Für die Angabe des Beschwerdeführers, diese sei ebenfalls über die Gründung des Einzelunternehmens unterrichtet gewesen, findet sich keine Stütze in den Protokollen zu den Beratungsgesprächen. Viel- mehr erhielt die RAV-Beraterin darüber offenbar erst per E-Mail vom 16. Dezember 2022 (AMA- Akten S. 146) der hier zuständigen Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Freiburg (ÖALK) Kenntnis. Dies erstaunt in zweierlei Hinsicht. So kommunizierte der Beschwerdeführer, auch wenn er die ÖALK nicht direkt mit einem Schreiben über seine Selbstständigkeit unterrichtete, offen darü- ber und stellte der ÖALK das vorgenannte Consulting Agreement zu, auf dem sich ein Eingangs- stempel der ÖALK vom 2. September 2022 befindet. Ferner gab er jeweils auf den Formularen "Angaben der versicherten Person" der Monate September 2022 bis April 2023 (AMA-Akten Beilage 11) die Tage an, an denen er einer selbstständigen Arbeit nachging, und auf den Bescheinigungen Zwischenverdienst dieser Monate (AMA-Akten Beilage 12) war immer der Teil über ein Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit durchgestrichen und dafür ein Einkommen aus selbstständi- ger Erwerbstätigkeit ausgewiesen. Dies war bereits bei den Formularen für August 2022 (von der ÖALK nachgereicht) der Fall. Angesichts dieser Aktenlage erstaunt es, dass die ÖALK die selbst- ständige Tätigkeit des Beschwerdeführers erst Mitte Dezember 2022 festgestellt haben will. Wie dargestellt (supra E. 2.1), ist eine selbstständige Tätigkeit unter gewissen Umständen auch im Zwischenverdienst möglich und selbst eine auf Dauer ausgerichtete Selbstständigkeit schliesst die Vermittlungsfähigkeit nicht grundsätzlich aus. Als selbstständige Zwischenverdiensttätigkeiten kom- men nur vorübergehende, zeitlich beschränkte und investitionsarme Tätigkeiten in Frage. Davon ist hier auszugehen. Die Aufnahme seiner selbstständigen Arbeit war für den Beschwerdeführer nur mit sehr geringen Investitionen verbunden, er arbeitete von zu Hause aus und die Tätigkeit war vorübergehend für das bei der E._____ AG ausgeübte Mandat von August 2022 bis Ende April 2023 bei einem Pensum von zunächst 60 % bis Ende Januar 2023 und von 30 % bis Ende April 2023. Für die Ausübung dieses Mandats musste er als Selbstständigerwerbender gemeldet sein (vgl. E-Mail vom 31. August 2022 der E._____ AG; Beilage 1 Gegenbemerkungen). Zudem hat er sein Einzelunternehmen nicht aktiv auf dem Internet beworben, was ebenfalls auf eine nur vorübergehende Tätigkeit hinweist. Überdies genügt die Tatsache, dass der Versicherte eine juristi- sche Person gründet und in das Handelsregister eintragen lässt, in der er eine arbeitgeberähnliche Stellung einnimmt, für sich allein nicht, um die Aufnahme einer auf Dauer ausgerichteten und nicht bloss vorübergehenden selbstständigen Erwerbstätigkeit zu bejahen (Urteil BGer 8C_81/2009 vom

 27. August 2009 E. 3.4 in fine). Dies muss umso mehr bei der Eintragung eines Einzelunternehmens gelten, bei dem es sich nicht um eine juristische Person handelt. Weiter ist hervorzuheben, dass sich der Beschwerdeführer weiterhin an die Kontrollvorschriften ge- halten hat und er auch während seiner Arbeit für die E._____ AG im üblichen Rahmen Arbeitsbe- mühungen vornahm (fünf pro Monat bei mindestens vier verlangten), was darauf schliessen lässt, dass er weiterhin an der Aufnahme einer Arbeitnehmertätigkeit interessiert war. Ferner wurde ihm zu keiner Zeit ein

Fehlverhalten vorgeworfen oder eine Sanktion gegen ihn ausgesprochen. Zwar legte sich der Beschwerdeführer im Fragebogen vom Dezember 2022 hinsichtlich der verlang- ten Angabe der Zeiten, in denen er für sein Unternehmen tätig sei bzw. für eine Arbeitnehmertätigkeit zur Verfügung stehe, nicht auf konkrete Zeiten fest. Er gab einzig an, das jetzige Mandat sei tempo- rär mit einem Pensum von 60 % und werde ab Februar 2023 auf 30 % reduziert. Seine Arbeitszeit sei flexibel und er könne daher weitere Mandate aufnehmen. Das AMA zog daraus den Schluss, der Beschwerdeführer sei nicht abgeneigt gewesen, seine selbstständige Tätigkeit auszubauen. Selbst zum Zeitpunkt des Einspracheentscheides habe sein Mandat weiterhin in einem Pensum von 30 % bestanden. Der Umstand, dass er ebenfalls gegenüber seiner RAV-Beraterin angab, er suche weite- re Mandate, erstaunt insofern nicht, als er mit seinen Bewerbungen während mehr als einem Jahr nicht erfolgreich gewesen war. Ferner können die Angaben des Beschwerdeführers auch in dem Sinne verstanden werden, dass aufgrund der Flexibilität beim Mandat für die E._____ AG die Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit nicht ausgeschlossen war, zumal dieses Mandat nur einem Pensum von 60 % bzw. 30 % ab Februar 2023 entsprach. Dies deckt sich in etwa mit den von ihm eingereichten Bescheinigungen Zwischenverdienst (Beschwerdebeilage 5 bzw. nachge- reicht), gemäss denen er zwischen August 2022 und Februar 2023 jeweils während neun bis 13 Tagen für das Mandat tätig war und dies anschliessend laufend abnahm (Februar sieben Tage, März sechs Tage und April fünf Tage). In seiner Einsprache legte sich der Beschwerdeführer weiterhin nicht konkret auf Zeiten fest, in de- nen er dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stand, jedoch ist dies, wie gesehen, namentlich bei auf Dauer ausgerichteten selbstständigen Tätigkeiten von Relevanz, von dem hier gerade nicht ausge- gangen werden kann. Er versicherte dafür, er würde jederzeit eine Festanstellung annehmen bzw. hätte dies selbst während der Mandatsausübung in den Monaten September bis Januar getan und sein Mandat bei der E._____ AG per sofort beendet. Im Fragebogen vom Dezember 2022 wies er nicht auf diesen Punkt hin, jedoch wurde ihm nicht, wie es üblicherweise der Fall ist, die Frage gestellt, ob er seine selbstständige Tätigkeit für die Aufnahme einer Arbeitnehmertätigkeit aufgeben würde. Diesbezüglich ist das AMA der Ansicht, es sei wenig plausibel, dass die E._____ AG ihn ohne Weiteres aus dem Vertrag entlassen hätte, zumal sie ein klares Interesse an der in Auftrag gegebenen Projekte gehabt habe. Sie übersieht dabei, dass es sich bei dem mit der E._____ AG eingegangen "Consulting Agreement" um ein Beratungsmandat handelt, weshalb von einem Auftragsverhältnis auszugehen ist (vgl. z. B. OSER/WEBER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 394 N. 2). Ein Auftrag zeichnet sich gerade dadurch aus, dass er gemäss Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann. Zudem muss gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Aufgabe einer selbstständigen Tätigkeit für die Aufnahme eine Erwerbstätigkeit nicht per sofort erfolgen, sondern innerhalb einer angemessenen Frist von höchstens einigen Wochen (vgl. RUBIN, Commentaire de loi sur l'assurance-chômage, 2014, Art. 15 N 46 mit Hinweisen). Aus den dargestellten Gründen ist entgegen dem AMA nur von einer vorübergehenden selbstständi- gen Erwerbstätigkeit auszugehen. Der Beschwerdeführer beschränkte sich nicht auf diese, sondern

 nahm weiterhin im gewohnten Rahmen Arbeitsbemühungen vor und es gibt keine Anzeichen dafür, dass er eine mögliche Festanstellung als Arbeitnehmer nicht aufgenommen hätte. Somit ist die objektive und die subjektive Vermittlungsfähigkeit zu bejahen. Überdies muss davon ausgegangen werden, dass sich der Beschwerdeführer der Problematik, dass seine Selbstständigkeit allenfalls zur

Vermittlungsunfähigkeit führen kann, nicht bewusst war. Ob- wohl er wiederholt die Idee der Selbstständigkeit gegenüber seiner RAV-Beraterin angesprochen hat, finden sich in den Protokollen zu den Beratungsgesprächen keinerlei Hinweise darauf, dass er auf diese Problematik aufmerksam gemacht worden wäre. Daran ändert der Umstand, dass diese Idee zunächst nicht sehr konkret war, nichts. So weist RUBIN darauf hin, dass es oft der Fall sei, dass der Versicherte eine Phase durchlaufe, in der er zwischen der Selbstständigkeit und der vor- rangigen Suche nach einer Anstellung zögere. Dieser gemischte Status schliesse die Vermittlungs- fähigkeit nicht aus. Wenn die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit schrittmässig erfolge, sei es erforderlich, dass das RAV angebe, ab welchem Grad der Selbstständigkeit die Vermittlungsfähig- keit beeinträchtigt werde (Prinzip des Vertrauens sowie Pflicht zur Information und Beratung i. S. v. Art. 27 ATSG und Art. 19a [heute 22] AVIV). Diese Pflicht zur Information und Beratung stehe im Widerspruch dazu, dass die Vermittlungsunfähigkeit rückwirkend für einen Zeitraum festgestellt wer- den könne, in dem das RAV den Grad der Selbstständigkeit kannte, ohne den Versicherten über das aufgetretene Problem hinsichtlich der Vermittlungsfähigkeit informiert zu haben (RUBIN, Rz. 46 zu Art. 15 AVIG mit Hinweis auf Urteil EVG C 198/98 vom 22. Januar 1999 E. 4b; vgl. auch Urteil KG GE A/3014/2017 vom 14. Dezember 2017). Vorliegend war das RAV spätestens ab Mitte De- zember 2022 darüber informiert, dass der Beschwerdeführer ein Einzelunternehmen im Handelsre- gister eintragen liess und sein Mandat bei der E._____ AG in selbstständiger Erwerbstätigkeit ausübte, weshalb es nicht angeht, ihm rückwirkend ab 1. September 2022 die Vermittlungsfähigkeit abzusprechen, obwohl er auf diese Problematik in Verletzung von Art. 27 ATSG nicht hingewiesen worden war. Die Sache ist an das AMA zurückzuweisen, damit dieses den Anspruch auf Arbeitslosenentschädi- gung erneut prüft. Dabei hat es zu berücksichtigen, in welchem Rahmen die selbstständige Tätigkeit den anrechenbaren Arbeitsausfall vermindert und dabei den Umstand miteinzubeziehen, dass der Beschwerdeführer von Februar bis April 2023 nur noch in einem Umfang von 30 % für die E._____ AG tätig war und dieses Mandat per Ende April 2023 beendet war.

E. 4

Zusammenfassend waren die Voraussetzungen nicht gegeben, um dem Beschwerdeführer rückwir- kend die Vermittlungsfähigkeit abzusprechen, da zum einen von der objektiven und subjektiven Ver- mittlungsfähigkeit auszugehen ist und zum anderen eine Verletzung von Art. 27 ATSG vorliegt. Der Einspracheentscheid vom 30. März 2023 ist aufzuheben und die Sache für eine Neuprüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung an das AMA zurückzuweisen. Die Beschwerde ist gutzu- heissen. Es werden keine Gerichtskosten erhoben, weil hier das Prinzip der Kostenlosigkeit des Verfahrens gestützt auf Art. 61 Bst. fbis ATSG in seiner Fassung seit dem 1. Januar 2021 weiter zur Anwendung kommt. Der Beschwerdeführer hat als obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten des AMA. Die Entschädigung richtet sich nach Art. 146 ff. des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; SGF 150.1), dem Tarif vom 17. Dezember 1991 über

 die Verfahrenskosten und Entschädigungen in der Verwaltungsjustiz (Tarif VJ; SGF 150.12) sowie der Komplexität der Angelegenheit und des notwendigen Aufwandes. Der Rechtsvertreter hat am 7. Mai 2024 eine Kostenliste über einen Betrag von CHF 2'565.25 ein- gereicht, die ein Honorar von CHF 2'312.50 (9 Stunden 15 Minuten à CHF 250.-/Stunde), eine Klein- spesenpauschale (3 % des Honorars)

von CHF 69.35 sowie CHF 183.40 für die Mehrwertsteuer (7.7 %) umfasst. Der fakturierte Stundenaufwand erweist sich nicht als unangemessen. Die geltend gemachten Pauschalspesen sind hingegen gesetzlich nicht vorgesehen. Die Auslagen sind daher ex aequo et bono auf CHF 30.- festzusetzen. Dies ergibt einen Gesamtbetrag von CHF 2'342.50. Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer (CHF 2'342.50 x 7.7 % = CHF 180.35) ist die vom unter- liegenden AMA zu leistende Parteientschädigung auf CHF 2'522.85 festzusetzen. (Dispositiv auf der nächsten Seite)

Kantonsgericht KG Seite 11 von 11 Der Hof erkennt: I. Die Beschwerde von A._____ wird gutgeheissen. Der Einspracheentscheid vom 30. März 2023 wird aufgehoben und die Sache für eine Neu- prüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung im Sinne der Erwägungen an das Amt für den Arbeitsmarkt zurückgewiesen. II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. III. A._____ wird zuhanden von Rechtsanwalt Astrit Bytyqi und zu Lasten des Amtes für den Arbeitsmarkt für das vorliegende Verfahren eine Parteientschädigung für Honorar und Ausla- gen seines Rechtsvertreters von CHF 2'342.50, zuzüglich der Mehrwertsteuer von CHF 180.35 und damit insgesamt CHF 2'522.85 zugesprochen. IV. Zustellung. Gegen diesen Entscheid kann innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab Erhalt beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einge- reicht werden. Diese Frist kann weder verlängert noch unterbrochen werden. Die Beschwerdeschrift muss in drei Exemplaren abgefasst und unterschrieben werden. Dabei müssen die Gründe angege- ben werden, weshalb die Änderung dieses Urteils verlangt wird. Damit das Bundesgericht die Beschwerde behandeln kann, sind die verfügbaren Beweismittel und der angefochtene Entscheid mit dem dazugehörigen Briefumschlag beizulegen. Das Verfahren vor dem Bundesgericht ist grund- sätzlich kostenpflichtig. Freiburg, 28. Mai 2024/bsc Der Präsident Der Gerichtsschreiber-Berichterstatter

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