Kantonsgericht
Basel-Landschaft
Abteilung Sozialversicherungsrecht

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 18. Juli 2013 (715 13 3 / 163)

Arbeitslosenversicherung

Dauerhafte selbständige Tätigkeit als negative Anspruchsvoraussetzung

Besetzung	Präsident Andreas Brunner, Kantonsrichter Jgnaz Jermann, Kantonsrichter Michael Guex, Gerichtsschreiber Martin Kaiser
Parteien	A.____, Beschwerdeführer, vertreten durch Daniel Altermatt, Rechtsanwalt, Neuarlesheimerstrasse 15, 4143 Dornach 1 gegen **KIGA Baselland**, Postfach, 4133 Pratteln 1, Beschwerdegegnerin
Betreff	Ablehnung der Anspruchsberechtigung

A. Der 1960 geborene A.____ meldete sich per 21. Juli 2008 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum Laufen (RAV) zur Arbeitsvermittlung und per 1. September 2008 zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu einem Pensum von 100 % an, da sein Arbeitsverhältnis per 31. August 2008 gekündigt bzw. aufgelöst wurde.

B. Anlässlich des Beratungsgesprächs vom 17. März 2009 teilte A.____ seinem Personalberater beim RAV mit, dass er sich eine selbständige Erwerbstätigkeit vorstellen könnte.

Sein Antrag auf Taggelder zur Förderung der selbständigen Tätigkeit vom 24. März 2009 wurde gutgeheissen und A.____ bezog vom 18. Mai 2009 bis zum 10. Juli 2009 40 besondere Taggelder für die Planungsphase seiner Selbständigkeit.

C. Das Gesuch um Verlängerung der Planungsphase von A.____ vom 23. Juni 2009 wurde abgelehnt, weil er die dafür erforderlichen Unterlagen nicht eingereicht hatte. Per 31. August 2009 meldete er sich schliesslich von der Arbeitsvermittlung ab, um eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

D. Im Juli 2010 teilte die Kantonale Steuerverwaltung in Liestal der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland mit, dass A.____ in gewissen Monaten des Jahres 2009 sowohl Arbeitslosenentschädigung im angemeldeten Umfang von 100 % bezogen, als auch einen Verdienst aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt habe, ohne aber im fraglichen Zeitraum einen entsprechenden Zwischenverdienst deklariert zu haben.

E. Das RAV verneinte mit (Feststellungs-)Verfügung vom 9. November 2010 die Vermittlungsfähigkeit von A.____ ab dem 1. Februar 2009. Mit Verfügung vom 19. November 2010 machte die Öffentliche Arbeitslosenkasse die Rückforderung bereits ausbezahlter Leistungen im Betrag von Fr. 26'951.15 geltend, da A.____ bereits am 1. Februar 2009 seine operative Geschäftstätigkeit als Selbständigerwerbender aufgenommen habe.

F. Am 30. November 2010 erhob A.____ Einsprache gegen die Verfügung vom 19. November 2010, welche die Öffentliche Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 24. Februar 2011 abwies. Sie begründete dies damit, dass die Feststellungsverfügung vom 9. November 2010 unangefochten in Rechtskraft erwachsen sei. Dagegen erhob A.____, vertreten durch Advokat Daniel Altermatt, am 23. März 2011 bzw. am 18. April 2011 Beschwerde beim Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft (Kantonsgericht), Abteilung Sozialversicherungsrecht, mit dem Begehren, dass der Einspracheentscheid des KIGA vom 24. Februar 2011 aufzuheben sei. Mit Beschluss vom 17. November 2011 stellte das Kantonsgericht fest, dass sich die Einsprache sowohl auf die Rückforderungsverfügung als auch auf die Feststellungsverfügung vom 19. November 2010 bezogen habe. Das Verfahren betreffend die Rückforderung der Versicherungsleistung wurde ausgestellt und bis zum (vorliegenden) Entscheid über die Anspruchsberechtigung von A.____ auf Arbeitslosenentschädigung sistiert (Beschluss des Kantonsgericht vom 17. November 2012 [715 11 126]).

G. Am 2. Dezember 2010 reichte die Öffentliche Arbeitslosenkasse Strafanzeige gegen A.____ wegen zu Unrecht erwirkter Leistungen der Arbeitslosenversicherung ein. Mit Strafbefehl vom 18. November 2011 der Staatsanwaltschaft B.____ wurde A.____ des mehrfachen unrechtmässigen Bezuges von Versicherungsleistungen durch unwahre Angaben schuldig erklärt und zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 30 Tagessätzen à Fr. 80.-- bei einer Probezeit von zwei Jahren sowie zu einer Busse von Fr. 500.-- verurteilt.

H. Mit Einspracheentscheid vom 22. November 2012 wies das KIGA Baselland die Einsprache von A.____ vom 30. November 2010 erneut ab. Am 5. Januar 2013 erhob A.____, ver-

treten durch Rechtsanwalt Daniel Altermatt, gegen den Einspracheentscheid vom 22. November 2012 Beschwerde beim Kantonsgericht, mit dem Begehren, dass der Einspracheentscheid aufzuheben und das KIGA zu verpflichten sei, ein Einspracheverfahren durchzuführen, eventualiter sei der Einspracheentscheid des KIGA vom 22. November 2012 aufzuheben. Als Verfahrensantrag stellte er das Begehren, dass das Beschwerdeverfahren zunächst auf die Frage der Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Rückweisung zur Durchführung eines Einspracheverfahrens zu beschränken sei. Eventualiter sei dem Beschwerdeführer Frist zur Einreichung einer materiellen Begründung der Beschwerde anzusetzen. Der Beschwerdeführer begründete dies damit, dass er nicht per 1. Februar 2009 eine selbständige Tätigkeit aufgenommen habe. Er habe erst im April 2009 Akontozahlungen gestellt und die Eingänge gemäss Buchhaltung seien erst im Juli bzw. am 1. September 2009 erfolgt. Aus diesem Grund sei es gänzlich unwahrscheinlich, dass er vier Monate als Selbständigerwerbender tätig gewesen sein soll, dabei aber keine Einkünfte habe erzielen können.

I. Mit Verfügung vom 15. Januar 2013 wies das Kantonsgericht den Verfahrensantrag des Beschwerdeführers ab und setzte ihm eine peremptorische Frist zur Einreichung einer materiellen Begründung der Beschwerde.

J. In der Beschwerdebegründung vom 14. Februar 2013 bestritt der Beschwerdeführer im Wesentlichen, per 1. Februar 2009 nicht mehr vermittlungsfähig gewesen zu sein. Im Weiteren vertrat er die Ansicht, wenn eine selbständige Tätigkeit vorgelegen hätte, dann hätte das RAV bzw. die Kantonale Amtsstelle prüfen müssen, in welchem Umfang diese Tätigkeit den anrechenbaren Arbeitsausfall vermindert habe. Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren die Verletzung des rechtlichen Gehörs.

K. In seiner Vernehmlassung vom 2. Februar 2013 beantragte das KIGA die Abweisung der Beschwerde.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g** :

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 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. Nach Art. 100 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit den Art. 128 Abs. 1 und 119 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 richtet sich die örtliche Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts für die Beurteilung von Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Kassen, welche die Arbeitslosenentschädigung betreffen, nach dem Ort, wo die versicherte Person die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend erfüllt der Beschwerdeführer die Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Basel-Landschaft zu bejahen ist. Laut § 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozess-

ordnung (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. Es ist somit auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde des Versicherten vom 5. Januar 2013 bzw. auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerdebegründung vom 14. Februar 2013 ist deshalb einzutreten.

2.1 Streitig und vorliegend zu prüfen ist, ob eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers vorliegt.

2.2 Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, da er von der Beschwerdegegnerin hätte aufgefordert werden müssen, seine Einsprache vom 30. November 2010 zu ergänzen, da diese Mängel aufgewiesen habe, namentlich da kein ausdrückliches Rechtsbegehren gestellt und diese auch nicht genügend begründet worden sei. Stattdessen habe die Beschwerdegegnerin direkt einen neuen Einspracheentscheid erlassen. Sie habe sich darauf beschränkt, sich mit den Argumenten des Beschwerdeführers auseinander zu setzen, welche dieser in seiner Beschwerdeschrift vom 23. März 2011 bzw. vom 18. April 2011 vorgebracht habe. Im Weiteren beziehe sich die Beschwerdegegnerin auf Sachverhalte, die nach Einreichung der obengenannten Beschwerdeschriften ergangen seien, wobei festgehalten werde, dass der Beschwerdeführer mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft B.____ vom 18. November 2011 des unrechtmässigen Bezuges von Versicherungsleistungen schuldig gesprochen worden sei.

2.3 Der Argumentation des Beschwerdeführers ist entgegenzuhalten, dass der für den Einspracheentscheid vom 22. November 2012 wesentliche Sachverhalt längstens bekannt war und sich der Beschwerdeführer dazu bereits ausführlich äussern konnte bzw. dazu bereits Stellung genommen hat. Ausserdem sind die beigezogenen Akten des Strafbefehlsverfahrens, soweit sie vorliegend überhaupt als Entscheidgrundlage dienen, dem Beschwerdeführer aufgrund seiner Beteiligung am selbigen Verfahren bereits bekannt gewesen. Insgesamt konnte er seinen Standpunkt bereits seit August 2010 mehrfach zur Geltung bringen. Am 30. August 2010 teilte der Beschwerdeführer in einem Antwortschreiben ("Amtliche Befragung / Erteilung des Rechtlichen Gehörs") mittels Stellungnahme dem KIGA mit, dass seine Firma am 15. Juni 2010 operativ tätig wurde und erklärte, dass er die entsprechenden Akonto-Zahlungen für Investitionen für Material, Werkzeuge usw. getätigt hätte. Er äusserte sich dahin gehend, dass er in den Monaten April bis September 2009 keine Arbeiten ausgeführt hätte, sondern erst aber Oktober 2009, wobei dies in Absprache mit dem Bauherrn, Herrn C.____, erfolgt wäre. Im Weiteren liess der Beschwerdeführer dem KIGA am 12. August 2010 die Kontoblätter für das Geschäftsjahr 2009 zukommen.

2.4 Eine erneute Gewährung des rechtlichen Gehörs wäre demgemäss einem bürokratischer Leerlauf gleichgekommen, da alles Wesentliche aus Sicht des Beschwerdeführers nicht nur längstens bekannt war, sondern auch von seiner Seite geäussert und dargelegt werden konnte. Im Einsprachentscheid vom 22. November 2012 werden denn auch unter 5.3.2. die in vorliegender Sache wesentlichen Argumente des Beschwerdeführers aufgeführt.

2.5 Selbst wenn vorliegend eine Verletzung des rechtlichen Gehörs angenommen werden könnte, lässt die Rechtsprechung eine Heilung einer nicht besonders schwer wiegenden Gehörsverletzung dort zu, wo die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt, wie auch die Rechtslage - wie dies im vorliegenden Verfahren gemäss § 57 VPO der Fall ist - frei überprüfen kann (vgl. Art. 42 ATSG; vgl. BGE 126 V 132 E. 2b, 124 V 392 E. 5a und 124 V 183 E. 4a, je mit Hinweisen; zum Ganzen auch UELI KIESER, ATSG Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 42 Rz. 2 ff.). Somit kann letztlich die Frage einer allfälligen, nicht besonders schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör offen bleiben, da eine solche im vorliegenden Beschwerdeverfahren vor dem Kantonsgericht geheilt wäre.

2.6 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer aus dem Argument der Verletzung des rechtlichen Gehörs nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

3.1 Streitig und zu prüfen ist im Weiteren, ob das RAV bzw. die Kantonale Amtsstelle hätte prüfen müssen, in welchem Umfang die selbständige Tätigkeit des Beschwerdeführers den anrechenbaren Arbeitsausfall vermindert hat.

3.2 Der Beschwerdeführer argumentiert, dass die Beschwerdegegnerin es unterlassen hätte, abzuklären, inwiefern sich durch die selbständige Erwerbstätigkeit eine Verminderung des anrechenbaren Arbeitsausfalles ergeben habe. Sie hätte sich lediglich auf die Feststellung beschränkt, dass der Beschwerdeführer das RAV nicht über seine selbständige Tätigkeit informiert habe. Er rügt, dass er vom RAV bzw. von der Arbeitslosenkasse nie aufgefordert worden sei, sich über eine allfällig erfolgte Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu erklären bzw. dazu Stellung zu nehmen, dass die Beschwerdegegnerin davon ausgehe, der Beschwerdeführer habe per 1. Februar 2009 eine selbständige Tätigkeit aufgenommen.

3.3 Dem ist entgegen zu halten, dass der Beschwerdeführer die Öffentliche Arbeitslosenkasse nie über seine selbständige Tätigkeiten informiert hat. Im Juli 2010 wurde erst aufgrund einer Meldung der Steuerbehörden ersichtlich, dass der Beschwerdeführer eine selbständige Tätigkeit ausübte. Art. 28 Abs. 2 ATSG statuiert eine Mitwirkungspflicht derjenigen Personen, welche Versicherungsleistungen beanspruchen. Dementsprechend müssen die Leistungsempfängerinnen und -empfänger den Kassen und den zuständigen Behörden des Bundes und der Kantone alle erforderlichen Auskünfte erteilen und die nötigen Unterlagen vorlegen. Solange die versicherte Person Leistungen bezieht, muss sie auf Grund von Art. 31 Abs. 1 ATSG der Kasse überdies alles melden, was für die Anspruchsberechtigung oder die Leistungsbemessung von Bedeutung ist. Eine solche wesentliche Änderung liegt vor, wenn durch diese eine nicht bloss geringfügige Auswirkung auf den Leistungsanspruch erfolgt. Ob eine Meldepflicht besteht, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Massgebend ist die Umschreibung der Aufmerksamkeit, welche der als meldepflichtigen betrachteten Person zumutbar ist, wobei gemäss Rechtsprechung eine leichte Fahrlässigkeit bereits ausreichend ist (BGE 112 V 101 E. 2a). Der Beschwerdeführer wäre aus dem Gesagten gemäss Art. 31 Abs. 1 ATSG verpflichtet

gewesen, das RAV bzw. die Öffentliche Arbeitslosenkasse frühzeitig über seine (geplante) selbständige Tätigkeit zu informieren.

3.4 Die versicherte Person ist nach Art. 30 Abs. 1 lit. e AVIG in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie unwahre oder unvollständige Angaben gemacht oder in anderer Weise die Auskunfts- oder Meldepflicht verletzt hat. Dieser Einstellungstatbestand ist stets erfüllt, wenn die versicherte Person die der Kasse, dem Arbeitsamt oder der kantonalen Behörde einzureichenden Formulare nicht wahrheitsgemäss oder unvollständig ausfüllt (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, Basel/Genf/München 2007, Rz. 849). Der Einstellungsgrund von Art. 30 Abs. 1 lit. e AVIG umfasst somit jede Verletzung der Pflicht der versicherten Person zu wahrheitsgemässer und vollständiger Auskunft sowie zur Meldung aller leistungsrelevanten Tatsachen. Unerheblich ist, ob die falschen oder unvollständigen Angaben für die Ausrichtung der Versicherungsleistungen oder deren Bemessung kausal sind bzw. zu einem Schaden geführt haben oder nicht (vgl. BGE 123 V 151 E. 1b mit Hinweis; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, seit 1. Januar 2007: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen], vom 19. Juli 2001, C 31/01, E. 2). Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung hat die Funktion einer Haftungsbegrenzung der Versicherung für Schäden, die die versicherte Person hätte vermeiden oder vermindern können. Bei der Verletzung der Auskunfts- und Meldepflicht und beim Tatbestand der unrechtmässigen Erwirkung von Arbeitslosenentschädigung hat sie auch pönalen Charakter. Wird eine entsprechende Mitteilung unterlassen, verletzt die versicherte Person ihre Auskunfts- und Meldepflicht und erwirkt in der Folge die Arbeitslosenentschädigung zu Unrecht (Art. 30 Abs. 1 lit. f AVIG; ARV 1956 N 24 S. 37).

3.5 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das RAV bzw. die Öffentliche Arbeitslosenkasse rückblickend, d.h. retrospektiv, aufgrund des fehlerhaften Verhaltens des Beschwerdeführers, über das Ausmass und den Fortschritt seiner Tätigkeit nicht zu informieren, nicht verpflichtet war, abzuklären, inwiefern sich durch seine selbständige Erwerbstätigkeit eine Verminderung des anrechenbaren Arbeitsausfalles ergeben hat.

4.1 Streitig und zu prüfen ist zuletzt, ob die Arbeitslosenkasse den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum ab 1. Februar 2009 zu Recht abgelehnt hat, bzw. ob der Beschwerdeführer bereits ab 1. Februar 2009 als Selbständigerwebender tätig und in der Folge nicht mehr vermittlungsfähig im Sinn des Art. 15 Abs. 1 AVIG war.

4.2 Die Vermittlungsfähigkeit ist eine Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Der Arbeitslose ist laut Art. 15 Abs. 1 AVIG vermittlungsfähig, wenn er aus subjektiver Sicht bereit und in objektiver Sicht in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört somit nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 123 V 216 E. 3 mit Hinweisen). Als (absolute) Anspruchsvoraussetzung schliesst der Begriff der Vermittlungs(un)fähigkeit graduelle Abstufungen aus. Entweder ist der Versicherte vermittlungsfähig, insbesondere willens und bereit, eine zumutbare Arbeit anzunehmen, oder

nicht (BGE 125 V 58 E. 6a). Mit den Elementen der Vermittlungsfähigkeit werden schwergewichtig subjektive Eigenschaften der arbeitslosen Person erfasst (vgl. Urteil des Kantonsgericht, Abteilung Sozialversichersicherungsrecht [KGE SV] vom 8. November 2012, 715 12 148, E. 3.1).

4.3 Andauernd selbständig erwerbende Personen sind in der Regel bereits von vornherein vom Arbeitslosentaggeldbezug ausgeschlossen. Betreffend die Frage, ob Selbständigkeit vorliegt oder nicht, ist massgebend, ob der Status des Selbstständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird (Urteile des Bundesgerichts vom 21. Dezember 2005, C 9/05, E. 2.3 und vom 5. Juni 2009, 8C_49/2009, E. 4.3). Es ist nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, die in solchen Fällen anfänglich fehlenden Einnahmen zu ersetzen (Urteile des Bundesgerichts vom 20. Mai 2007, C 151/06, E. 3 und vom 12. Januar 2007, C 277/05, E. 3.3). Rechtsprechungsgemäss ist es sodann auch nicht relevant, ob effektiv für die Firma eine Tätigkeit ausgeübt oder ein Einkommen erwirtschaftet wurde (Urteil des Bundesgerichts vom 12. Januar 2007, C 277/05, E. 3.4 mit Hinweisen).

4.4 Nimmt eine versicherte Person während der gemeldeten Arbeitslosigkeit eine selbstständige Erwerbstätigkeit auf, so zieht dies folglich die Prüfung des Leistungsanspruchs unter den Aspekten des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbstständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit nach sich (Urteil des Bundesgericht vom 1. Dezember 2009, 8C_635/2009, E. 3.2, E. 3.3 und E 3.4.3; vgl. auch zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit eines unfreiwillig aus dem Arbeitsverhältnis Ausgeschiedenen vor Anmeldung zum Leistungsbezug: Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2009, 8C_81/2009, E. 3.3 und 3.4).

4.5 Im Lichte der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht ist es nicht zu beanstanden, dass sich eine arbeitslose versicherte Person mit der Möglichkeit der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit befasst. Unterlässt sie es aber im Hinblick auf dieses Ziel, sich daneben auch in vertretbarem Umfang um eine unselbständige Erwerbstätigkeit zu bemühen, entsteht der Verdacht, dass keine unselbständige Erwerbstätigkeit mehr gesucht wird. Dabei muss der Leistungsanspruch bei der Arbeitslosenversicherung dann enden, wenn die Absicht zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit so weit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nicht oder kaum mehr möglich ist, also die aktuellen Bestrebungen vorwiegend in der Vorbereitung der bevorstehenden Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit liegen. Verhält es sich so, ist die versicherte Person grundsätzlich als vermittlungsunfähig zu betrachten, gleich wie eine Person, welche eine selbständige Erwerbstätigkeit im Haupterwerb ausübt (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, 8C_757/2009, E. 2.2). Massgebend ist, ob der Status des Selbständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 2011, 8C_966/2010, E. 2 mit Hinweisen).

4.6 Die Dauerhaftigkeit der selbständigen Erwerbstätigkeit ist jedoch nicht in jedem Fall eine negative Anspruchsvoraussetzung, bei deren Vorliegen ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von vornherein ausgeschlossen wäre. Übt eine versicherte Person während ihrer Arbeitslosigkeit eine selbständige Erwerbstätigkeit aus, ist die Vermittlungsfähigkeit solange gegeben, als die selbständige Erwerbstätigkeit ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden kann. In einem solchen Fall ermittelt das RAV den verbleibenden anrechenbaren Arbeitsausfall. Dabei muss die versicherte Person festlegen, in welchem Umfang und zu welchen Tageszeiten sie im eigenen Betrieb arbeitet und wann sie dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht. Gemäss Rechtsprechung ist die Vermittlungsfähigkeit und damit der Leistungsanspruch zu verneinen, wenn die Absicht zur Aufnahme der selbständigen Arbeit so weit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer unselbständigen Tätigkeit nicht oder kaum mehr möglich ist (Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2009, 8C_81/2009, E. 3.4; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts vom 15. Juni 2005, C 102/04, E. 4.1 und 4.2.1 und vom 12. Januar 2007, C 277/05, E. 3.4) und demzufolge auch nicht mehr von einer vorübergehenden, zeitlich beschränkten und investitionsarmen selbständigen Erwerbstätigkeit (im Sinne einer Zwischenverdiensttätigkeit nach Art. 24 AVIG), gesprochen werden kann (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, S. 2300 N 417).

4.7 Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung ist es primär, bestehende Arbeitslosigkeit zu bekämpfen (Art. 1a Abs. 2 AVIG). Darunter fällt etwa auch die Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit gemäss Art. 71a ff. AVIG, wonach die Planungsphase u.a. durch die Ausrichtung besonderer Taggelder unterstützt wird (Urteil des Bundesgerichts vom 26. Januar 2004, C 100/03, E. 4.2). Dies bedeutet, dass nur die allererste Phase des Beginns der Selbständigkeit durch die Arbeitslosenversicherung unterstützt wird, nämlich diejenige Zeitspanne, in welcher der Versicherte seiner bisher als blossen Idee bestehenden Absicht der selbständigen Erwerbstätigkeit konkrete Züge verleiht, indem er sich ein die Grundlagen der Geschäftstätigkeit umfassendes Dossier zusammenstellt und die dafür notwendigen Abklärungsarbeiten vornimmt; so ist der Versicherte gemäss Art. 95*b* Abs. 1 lit. c AVIV bei der Gesuchseinreichung denn auch nur gehalten, ein Grobprojekt der geplanten Tätigkeit einzureichen (Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2003, C 160/02, E. 3.2).

4.8 Es sollen demgegenüber jedoch keine besonderen Taggelder während der - an die Planungsphase anschliessenden - Anlaufphase des Geschäfts ausgerichtet werden, da die Tatsache, dass zu Beginn der Tätigkeit kein oder nur ein geringer Ertrag erwirtschaftet wird, zum durch die Arbeitslosenversicherung nicht gedeckten Unternehmerrisiko gehört und mit der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit keine für den Schutz der Arbeitslosenversicherung notwendige Stellung als Arbeitnehmer mehr vorliegt. Das während dieser Zeit benötigte Kapital für das Geschäft (und den eigenen Lebensunterhalt) ist nicht von der Arbeitslosenkasse, sondern privat aufzubringen. Es ist nicht mehr Sache der Arbeitslosenversicherung, Personen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen haben und damit zeitlich nicht ausgelastet sind oder einen geringen Verdienst erzielen, weiterhin Leistungen auszurichten (BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, Art. 71a,

S. 296). Das Risiko der selbständigen Erwerbstätigkeit und die fehlenden Einnahmen können nicht mit Hilfe der Arbeitslosenversicherung überbrückt werden. Hat die versicherte Person die selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen, ist ihre Arbeitslosigkeit beendet und sie erhält keine weiteren Leistungen der Arbeitslosenversicherung (Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 2007, C 86/06, E. 3.2. und 3.5).

4.9 Der Entscheid darüber, wann die Anlaufphase einer selbständigen Erwerbstätigkeit bzw. die (effektive) Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit beginnt, ist jeweils wertend im Einzelfall zu treffen, wobei der zuständigen Behörde ein Ermessensspielraum eingeräumt werden muss. Der effektive Markteintritt kann zwar einen Anhaltspunkt für den Abschluss der Planungsphase darstellen, ist jedoch nicht das allein massgebende Kriterium. Wegen des in den allermeisten Fällen fliessenden Überganges zwischen den verschiedenen Phasen ist regelmässig nicht klar, wann genau der Markteintritt erfolgt und ob er überhaupt ohne Unterbruch an die Planungsphase anschliesst. Die Tatsache etwa, dass ein Versicherter eine juristische Person gründet und in das Handelsregister eintragen lässt, in welcher er eine arbeitgeberähnliche Stellung einnimmt, genügt für sich allein nicht, um bereits die Aufnahme einer auf Dauer ausgerichteten und nicht bloss vorübergehenden selbständigen Erwerbstätigkeit zu bejahen. Auch allein aus der Tatsache, dass jemand eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen will und deshalb beispielsweise ein Lokal mietet und namentlich EDV- und Büromaterial erwirbt, darf die Vermittlungsfähigkeit noch nicht verneint werden. Es muss vielmehr unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falls geprüft werden, ob die versicherte Person aus subjektiver Sicht bereit und aus objektiver Sicht in der Lage war, eine entsprechende Tätigkeit aufzunehmen. Folgerichtig beurteilt sich die Vermittlungsfähigkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 1 AVIG aufgrund einer individuell-konkreten Betrachtungsweise (Urteile des Bundesgerichts vom 28. August 2007, C 130/06, E. 3.1; vom 7. März 2003, C 160/02, E. 3 und vom 30. Mai 2003, C 2/03, E. 2.1).

5.1 Zu prüfen ist vorliegend somit, ob in Würdigung aller Umstände, d.h. aufgrund einer individuell-konkreten Betrachtungsweise, die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers per 1. Februar 2009 zu Recht mit der Begründung verneint wurde, dass er ab diesem Zeitpunkt bereits als Selbständigerwerbender tätig war.

5.2 Das Kantonsgericht besitzt in Sozialversicherungssachen vom Amtes vollständige Überprüfungsbefugnis und ist in der Beweiswürdigung frei (vgl. § 57 VPO in Verbindung mit Art. 61 Satz 1 sowie Art. 61 lit. c ATSG). Die Verwaltung als verfügende Instanz und - im Beschwerdefall - das Gericht dürfen eine Tatsache sodann nur als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (vgl. MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, S. 136). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (vgl. BGE 126 V 360 E. 5b). Es ist aber nicht verlangt, dass die Annahme einer Tatsache mit Sicherheit nachgewiesen ist (BGE 121 V 47, E. 2a). Das Kantonsgericht hat alle für den Entscheid über den Abschluss der Planungsphase notwendigen Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Es ist aber nicht

verpflichtet, sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand de Beschwerdeführers auseinanderzusetzen, sondern kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2003, C 160/02, E. 3.4). Wie bereits erwähnt, ist dem KIGA ein entsprechender Ermessensspielraum einzuräumen, wenn es um die zeitliche Festlegung der Anlaufphase bzw. der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers geht.

5.3 Zur selbständigen Tätigkeit des Beschwerdeführers ergibt sich aufgrund der Unterlagen "(…) A.____" folgendes Bild:

5.3.1 Auf den Kontoblätter der Firma "(…) A.____" werden unter "1000 Kasse" per 2.2. 2009 die ersten Transaktionen aufgeführt. Es ist zu entnehmen, dass Ausgaben/Materialaufwand und Zahlungseingänge vorhanden sind, welche auf die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit des Beschwerdeführers ab Februar 2009 schliessen lassen. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass es sich dabei lediglich um Akontozahlungen handeln soll, ist nicht weiterführend, da er insofern ab diesem Zeitpunkt zumindest Kunden akquiriert hat und betreffend Akontozahlung entsprechende Verträge über (zu einem späteren Zeitpunkt) auszuführende Arbeiten abgeschlossen hat. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass bereits Abklärungen betreffend möglicher Aufträge bzw. das Schaffen entsprechender Kontakte den Eintritt als Selbständigerwerbender in den Markt bedeutet (Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2003, C 160/02, E. 3.4). Diese Handlungen sind folglich nicht mehr als organisatorische Vorbereitungen für den Geschäftsbetrieb aufzufassen, sondern erfolgen bereits in Ausführung der getroffenen Pläne und Vorbereitungen (Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2003, C 160/02, E. 3.4). Die Argumentation des Beschwerdeführers, dass erst ab Juli 2009 Zahlungseingänge zu verzeichnen sind, führt somit ins Leere, da - im Gegensatz zu Akontozahlungen - der Zeitpunkt eines Zahlungseingangs gerade nicht ausschlaggebend ist. Auch die notwendigen behördlichen Anmeldungen müssen nicht für den Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit relevant sein, da ein Selbständigerwerbender in der Zeit der Anlaufphase in aller Regel noch nicht ausgelastet ist und diese (wie auch andere administrative Vorbereitungshandlungen wie etwa das Einrichten der Buchhaltung oder eines Geschäftskontos) parallel zur aufgenommenen selbständigen Erwerbstätigkeit vornehmen kann (Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2003, C 160/02, E. 3.4). Damit ist ebenso dem Argument, dass der Beginn der selbständigen Tätigkeit insbesondere mit dem Handelsregistereintrag zusammen fällt, nicht zu folgen.

5.3.2 Die Erfolgsrechnung bzw. das Geschäftsjahr datiert vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2009. Die Erfolgsrechnung weist dabei einen Betriebsertrag in der Höhe von Fr. 82'408.05 und einen Materialaufwand in der Höhe von Fr. 28'256.40 auf. Wird der Betriebsertrag von Fr. 82'408.05 im Jahre 2009 auf die Zeit vom 1. Februar bis 31. Dezember 2009 gleichmässig verteilt, ergibt dies einen durchschnittlichen Monatsertrag in der Höhe von rund Fr. 7'491.--. Wird dieser Betrag durch einen Stundenansatz gemäss Offerte vom 16. März 2009 in der Höhe von Fr. 40.-- dividiert, entspricht dieser einer Arbeitswoche mit rund 43 Arbeitsstunden. Der Beschwerdeführer argumentiert, dass er erst ab Juni 2009 mit seiner selbständigen Arbeitstätigkeit begonnen habe. Insofern wäre der Betriebsertrag im Jahre 2009 entsprechend auf 7 Monate aufzuteilen, was einem durchschnittlichen Monatsertrag in der Höhe von Fr.

11'772.58 entspricht. Dies wiederum entspricht einer Arbeitswoche von rund 68 Stunden. Die Aussage, dass er erst ab Juni 2009 bzw. sogar erst ab Oktober operativ tätig war im Sinne der Ausführung von Arbeiten, erscheint aufgrund dieses wöchentlichen Stundenaufwandes als unglaubwürdig und unwahrscheinlich. Zu bemerken ist diesbezüglich, dass erfahrungsgemäss die Auslastung zu Beginn einer selbständigen Tätigkeit tiefer ist, so dass es durchaus auch als möglich erscheint, dass die selbständige Tätigkeit sogar bereits vor Februar 2009 aufgenommen wurde. Aus den Unterlagen ist auch nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer allenfalls zur Bewältigung seiner Arbeiten Angestellte eingesetzt hätte.

5.3.3 Im Weiteren ist zu bemerken, dass - in einer Gesamtbetrachtung - der Beschwerdeführer widersprüchliche Angaben zu seiner selbständigen Tätigkeit geäussert hat. So hat er etwa behauptet, dass er zwischen April und September 2009 keine Gartenarbeiten ausgeführt hat, wobei aus den Unterlagen (Rechnungen) detailliert ersichtlich ist, dass er in dieser Zeit Ausführungsarbeiten (etwa wie Pflanzen schneiden, Betonarbeiten, Planierungsarbeiten, Transportarbeiten usw.) in Rechnung gestellt hat. Am 16. März 2009 hat er zudem eine detaillierte Offerte für diverse Arbeiten betreffend Gartenanlage und Steinplätze in der Höhe von Fr. 5'275.-- gestellt. Im Weiteren hat er sich bei der Einvernahme vom 26. September 2011 durch die Staatsanwaltschaft B.____ ebenfalls dahin gehend geäussert, dass er bereits *vor* Juni 2009 diverse Arbeiten ausgeführt hat (Einvernahme vom 26. September 2011, LA1 10 650/ VEE, Randnummer 93 ff.).

5.4 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits vor entsprechender Rechnungsstellung Arbeiten ausgeführt hat, welche er gegenüber der Arbeitslosenkasse auch nicht dokumentiert hat. Vor dem Hintergrund dieser Umstände ist davon auszugehen, dass ab 1. Februar 2009 eine auf Dauer gerichtete Selbständigkeit des Beschwerdeführers vorgelegen hat, die mehr als nur vorübergehenden Charakter hatte. Aus dem Umständen erscheint es als dargetan, dass die Bestrebungen des Beschwerdeführers auf die Aufnahme einer dauernden, selbständigen Erwerbstätigkeit ausgerichtet waren. Es muss mit überwiegender Wahrscheinlich davon ausgegangen werden, dass es dem Beschwerdeführer ab Februar 2009 nicht mehr ernsthaft darum ging, möglichst rasch eine neue Anstellung zu finden, sondern dass er sich grundsätzlich und in erster Linie der selbständigen Erwerbstätigkeit widmen wollte. Mit diesem Vorgehen hat der Beschwerdeführer insgesamt klar zum Ausdruck gebracht, eine Existenz als selbstständig Erwerbender aufbauen zu wollen. Dies lässt keine andere Schlussfolgerung zu, als dass auch sein Wille bereits ab Februar 2009 auf eine dauernde selbständige Tätigkeit ausgerichtet war. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört, wie bereits dargelegt, ebenso die subjektive Bereitschaft, einen Anstellungsvertrag abzuschliessen. Diese Bereitschaft muss für die Zeit ab Februar 2009 mit Blick auf die zu diesem Zeitpunkt bereits getätigten Ausführungsarbeiten und Akquisitionen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verneint werden.

5.5 Der Beschwerdeführer argumentiert im Weitern, dass selbst wenn eine selbständige Erwerbstätigkeit per 1. Februar 2009 vorliegen würde, diese einen Zwischenverdienst nach Art. 24 AVIG darstellen würde und folglich als solchen zu deklarieren sei. Diesem Argument ist entgegen zu halten, dass entsprechend dem Gedanken des Zwischenverdienstes für dessen An-

nahme nur eine vorübergehende, zeitlich beschränkte und investitionsarme selbständige Erwerbstätigkeit infrage kommen (Urteil des Bundesgerichts vom 2. November 2006, C 246/05, E. 2.2 mit Hinweisen). Wie bereits dargelegt wurde, lag vielmehr eine auf Dauer gerichtete selbständige Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers vor.

5.6 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Arbeitslosenkasse die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum ab 1. Februar 2009 zu Recht abgelehnt hat. Die Beschwerde ist folglich vollumfänglich abweisen.

6. Betreffend Kosten hält Art. 61 lit. a ATSG fest, dass der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

://: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.