



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 12. Dezember 2012 (715 12 82 / 330)

Arbeitslosenversicherung

Ablehnung der Anspruchsberechtigung

Besetzung Präsidentin Eva Meuli, Gerichtsschreiberin i.V. Michèle Trottmann

Parteien **A.**____, Beschwerdeführerin

gegen

Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32,
4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

Betreff Ablehnung der Anspruchsberechtigung

A. Am 28. März 2011 kündigte die B.____ AG das Arbeitsverhältnis mit A.____, geboren 1969, per 31. Mai 2011. In gegenseitiger Absprache wurde das Arbeitsverhältnis am 23. Juni 2011 um maximal zwei Monate bis längstens 31. August 2011 verlängert.

B. Vom 12. Dezember 2001 bis 10. August 2009 war A.____ mit Kollektivunterschrift zu zweien für das Einzelunternehmen C.____ des D.____, zeichnungsberechtigt gewesen. Zweck der Firma war der Verkauf von Fertigmahlzeiten gewesen. Am 10. August 2009 war die Firma im Handelsregister gelöscht worden.

Am 19. Juli 2011 gründete A.____ die Einzelfirma E.____ und liess sie ins Handelsregister eintragen. Als Zweck der Firma wurde die Verkaufstätigkeit auf verschiedenen Märkten genannt.

C. Am 6. Juli 2011 meldete sich A.____ zur Arbeitslosenvermittlung an und beantragte mit Formular vom 22. Juli 2011 Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. September 2011, wobei sie die Fragen unter Ziff. 19 (letzter geleisteter Arbeitstag) und Ziff. 20 (Grund der Kündigung) nicht beantwortete. Die Fragen unter Ziff. 28, ob sie oder ihr Ehegatte am Betrieb des letzten Arbeitgebers beteiligt sei oder ob sie oder ihr Ehegatte einem obersten betrieblichen Entscheidgremium angehöre bzw. ob sie an einem anderen Betrieb beteiligt sei oder einem obersten betrieblichen Entscheidgremium angehöre, verneinte sie.

Mit Verfügung vom 14. September 2011 lehnte die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland (Arbeitslosenkasse) die Anspruchsberechtigung ab 1. September 2011 mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls ab. Als Begründung wurde vorgebracht, dass A.____ als Inhaberin der Einzelfirma E.____ ihr Arbeitspensum nach Belieben ausweiten könne. Der anrechenbare Arbeitsausfall liesse sich kaum bestimmen, weshalb sie die Anspruchsberechtigung ab 1. September 2011 nicht erfülle.

D. Gegen diese Ablehnungsverfügung erhob A.____ mit Eingabe vom 12. Oktober 2011 Einsprache. Sinngemäss beantragte sie, die Verfügung vom 14. September 2011 sei aufzuheben und es sei ihre Anspruchsberechtigung ab dem 1. September 2011 zu bejahen. A.____ erläuterte, mit ihrer Einzelfirma E.____ habe sie einen Zusatzverdienst aufbauen wollen. Im Zeitpunkt des Handelsregistereintrags habe sie weder über eine Planung noch über eine konkrete Vorgehensweise verfügt und ihr sei bald klar geworden, dass sich ihre Idee gegenwärtig nicht realisieren liesse. Deshalb habe sie sich entschieden, das Projekt um ein paar Jahre zu verschieben, habe aber irrtümlicherweise nicht an die Löschung des Handelsregistereintrags gedacht. Sie verfolge ihre Geschäftsidee nicht mehr weiter, sei intensiv auf Stellensuche und sei auf Arbeitslosenunterstützung angewiesen.

E. Am 2. Dezember 2011 sandte A.____ der Arbeitslosenkasse eine Kopie ihres Antrags auf Löschung des Handelsregistereintrags der Firma E.____ ein.

F. Am 1. Februar 2012 erging der Entscheid der Einspracheinstanz des Kantonalen Amts für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA Baselland), Abteilung Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Landschaft, mit welchem die Einsprache vom 12. Oktober 2011 teilweise gutgeheissen wurde. Die Verfügung vom 14. September 2011 wurde dahingehend aufgehoben, dass A.____ ab 3. Dezember 2011 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gewährt werde, sofern sie alle übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfülle.

G. Am 5. März 2012 reichte A.____ beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), Beschwerde gegen den Einspracheentscheid des KIGA Baselland ein. Der Einspracheentscheid vom 1. Februar 2012 sei aufzuheben, es sei der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. September 2011 zu gewähren und es sei eine Nachfrist für die Einreichung einer umfassenden Begründung der Beschwerde zu gewähren. Als Begrün-

dung brachte sie im Wesentlichen vor, sie habe die Firma nur gegründet, um einen Zusatzverdienst mit einem zeitlichen Aufwand von einem Tag pro Woche zu erwirtschaften. Sie sei davon ausgegangen - da es sich nur um eine Ergänzung zur Erwerbstätigkeit gehandelt habe und der Zeitaufwand gering gewesen sei - dass sie die Firma nicht angeben müsse. Dies sei ein Fehler gewesen. Sie sei der Ansicht, dass eine Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. September 2011 bestanden habe.

Am 4. Mai 2012 reichte die Arbeitslosenkasse ihre Vernehmlassung ein mit den Rechtsbegehren, die Beschwerde von A.____ sei abzuweisen und der Einspracheentscheid vom 1. Februar 2012 sei zu bestätigen, unter o/e-Kostenfolge.

Am 30. August 2012 wurde der Fall dem Präsidium überwiesen.

Die Präsidentin zieht **in Erwägung** :

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 die Beschwerdeführerin 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 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. Es ist somit auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde der Versicherten vom 5. März 2012 ist deshalb einzutreten.

2. Nach § 55 Abs. 1 VPO entscheidet das Präsidium des Kantonsgerichts, Abteilung Sozialversicherungsrecht, Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 10'000.--. Im vorliegenden Fall ist eine Ablehnung der Anspruchsberechtigung im Umfang von drei Monaten à 21.7 Tage bei einem Taggeld von Fr. 140.-- und damit ein Streitwert von Fr. 9'114.-- zu beurteilen. Über die Beschwerde ist demnach präsidial zu entscheiden.

3. Streitig und zu prüfen ist, ob die Arbeitslosenkasse den Anspruch der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum ab 1. September 2011 bis 2. Dezember 2011 zu Recht abgelehnt hat.

3.1 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).

3.2 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass Arbeitgeber und arbeitgeberähnliche Personen über eine unternehmerische Dispositionsfreiheit verfügen, kraft derer sie die Möglichkeit haben, die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung – für sich oder ihre Ehegatten – selbst herbeizuführen. So können sie insbesondere auch die dafür nötigen Bescheinigungen selber ausstellen bzw. solche Bescheinigungen aus Gefälligkeit erlangen (vgl. REGINA JÄGGI, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG in: SZS 48/2004, S. 4). Mit der Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG wollte der Gesetzgeber somit verhindern, dass arbeitgeberähnliche Personen missbräuchlich Kurzarbeitsentschädigung erhalten.

3.3 Für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung gibt es keine dem Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG entsprechende, unmittelbar anwendbare Norm. Wie das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG, ab 1. Januar 2007: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen) im Grundsatzentscheid 123 V 234 ff. erwog, kann Kurzarbeit nicht nur in einer Reduktion der Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass der Betrieb für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird. Solange ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung mit der betreffenden Unternehmung deshalb noch in einem Arbeitsverhältnis steht, hat er aufgrund der Ausschlussbestimmung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Wird dieses Arbeitsverhältnis hingegen gekündigt, so gilt die arbeitgeberähnliche Person nach den Erwägungen im zitierten Entscheid nunmehr als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen der Art. 8 ff. AVIG Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Behält sie nach der Entlassung allerdings ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb jedoch bei und kann sie dadurch dessen Entscheidungen weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, so läuft die Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung gemäss der Auffassung des höchsten Gerichts auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, und es besteht auch bei grundsätzlich gegebenen Voraussetzungen nach Art. 8 ff. AVIG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Das Gericht begründete den Umgehungstatbestand im erwähnten Entscheid damit, dass die arbeitgeberähnliche Person über die Dispositionsfreiheit verfüge, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts [BGer] vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Andererseits könne dann nicht mehr von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb

geschlossen werde und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung definitiv sei, oder wenn das Unternehmen zwar weiter bestehe, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliere, deretwegen sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (vgl. BGE 123 V 238 f. E. 7b/bb). In seiner nachfolgenden Judikatur strich das Bundesgericht wiederholt heraus, dass die Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnen wolle (vgl. Urteil des EVG vom 15. März 2006, C 278/05, E. 2.3 und die Urteile des BGer vom 20. Februar 2007, C 151/06, E. 3 und vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Im Anwendungsbereich von Art. 31 Abs. 3 AVIG ist deshalb nicht individuell für den Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich eine rechtsmissbräuchliche Absicht besteht; vielmehr genügt bereits die Möglichkeit eines solchen Missbrauchs, um einen Leistungsausschluss zu rechtfertigen (vgl. REGINA JÄGGI, a.a.O., S. 6 ff.).

3.4 Zu beachten ist allerdings, dass das – potentiell – rechtsmissbräuchliche Vorgehen nach der dargelegten höchstrichterlichen Auffassung stets in der zweckwidrigen Verwendung des Rechtsinstituts der Kündigung liegt. Erst wenn mit der Kündigung nicht die endgültige Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezweckt wird, sondern sie in erster Linie zum Zweck der vorübergehenden Geltendmachung von Arbeitslosenentschädigung ausgesprochen wird und von Anfang an eine Wiedereinstellung bei veränderter Geschäftslage vorgesehen ist, liegt eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vor. Mit dem Mittel der Kündigung soll diesfalls erreicht werden, was Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG just ausschliessen will, nämlich dass Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung für einen vorübergehenden Arbeitsausfall in ihrem Betrieb Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen können. Unter diesem Aspekt ist für die Bejahung einer rechtsmissbräuchlichen Vorgehensweise deshalb stets notwendig, dass die Arbeitnehmertätigkeit und der Arbeits- sowie Verdienstaussfall im selben Betrieb bestehen, in welchem auch die arbeitgeberähnliche Stellung bestanden hat. Meldet sich die versicherte Person beispielsweise arbeitslos, nachdem ihr ein Anstellungsverhältnis beim Betrieb A gekündigt wurde, hat sie aber im Zeitpunkt ihrer Anmeldung zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb B inne, muss ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich gewährt werden, da es an einem Arbeitsausfall im Betrieb B fehlt. Der Versicherungsfall und mithin ein Arbeits- bzw. Erwerbsausfall ist diesfalls vielmehr deshalb eingetreten, weil die Stelle im Betrieb A gekündigt worden ist. Die Analogie zur selbst bestimmten Kurzarbeit gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ist in diesem Fall nicht dargetan (vgl. REGINA JÄGGI, a.a.O., S. 9 ff.). Am klarsten ist der Fall, in dem eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb B nie mit einer Arbeitnehmertätigkeit verbunden war und im Gegenzug die Tätigkeit im angestammten Betrieb nie mit einer arbeitgeberähnlichen Stellung (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Dezember 2002, AL.2002.01056). Doch auch im Falle einer neuen Beschäftigung, welche erst nach der Entlassung aus der angestammten Tätigkeit entweder aufgenommen oder ausgedehnt wurde, kann nicht von einer Analogie zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ausgegangen werden (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Juni 2002, AL.2002.00146). Diesfalls ist allerdings eingehend die Vermittlungsbereitschaft der versicherten Person zu prüfen (vgl. REGINA JÄGGI, a.a.O., S. 12).

3.5 Die Anwendung der zitierten Rechtsprechung, wonach eine Überprüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt einer allenfalls rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung zu erfolgen hat, rechtfertigt sich gleichermassen bei selbständig Erwerbstätigen, welche sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet haben. Dabei ist jedoch massgebend, ob der Status des Selbständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten worden ist (vgl. Urteil des BGer vom 9. Dezember 2009, 8C_662/2009, E. 5.1 und vom 5. Juni 2009, 8C_49/2009, E. 4.3). Die Annahme, wonach die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit dem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich entgegen steht, trifft in dieser Absolutheit daher nicht zu.

3.6 Auch wenn eine andauernd selbständig erwerbende Personen in der Regel bereits von vornherein vom Bezug von Arbeitslosentaggelder ausgeschlossen ist (vgl. Urteil des BGer vom 9. Dezember 2009, 8C_662/2009, E. 5.1), gilt es im Zusammenhang mit der Prüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung selbständig Erwerbender ebenso, neben dem Aspekt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung vor allem den Aspekt der Vermittlungsfähigkeit zu beachten. Wichtiger Umstand hierbei ist, ob die Person ihr letztes Arbeitsverhältnis selbst gekündigt hat mit dem Ziel, sich selbständig zu machen, oder ob sie unfreiwillig aus diesem ausgeschieden ist und durch die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit ihre Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung zu vermeiden versucht hat. Nur letzteres rechtfertigt es grundsätzlich, die Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der Vermittlungsfähigkeit zu prüfen (vgl. Urteil des BGer vom 9. Dezember 2009, 8C_662/2009, E. 5.1). Gleiches gilt aber auch zugunsten einer Person, die nach der Kündigung ihrer früheren unselbständigen Erwerbstätigkeit arbeitslos wurde, Arbeitslosenentschädigung bezog und während der Dauer ihrer Arbeitslosigkeit einen Zwischenverdienst nach Art. 24 AVIG erzielt hat. Dies kann insbesondere auch dann der Fall sein, wenn arbeitslose Personen erst im Verlaufe ihrer Arbeitslosigkeit eine eigene Gesellschaft gründen (vgl. Urteil des BGer vom 12. Januar 2007, C 277/05, E. 3.4 mit Verweis auf das Urteil des EVG vom 15. Juni 2005, C 102/04, E. 4.2.1). Während im Falle einer neuen, selbständigen Beschäftigung, welche erst nach der Entlassung aus der angestammten Tätigkeit aufgenommen wurde, insbesondere die Vermittlungsbereitschaft der versicherten Person zu prüfen ist, kann daher nicht ohne Weiteres von einer Analogie zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ausgegangen werden (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Juni 2002, AL.2002.00146; REGINA JÄGGI, a.a.O., S. 12). Die Vermittlungsfähigkeit und damit wiederum ein Leistungsanspruch sind diesfalls allerdings dann zu verneinen, wenn die Absicht zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit soweit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer unselbständigen Tätigkeit nicht oder kaum mehr möglich ist (vgl. Urteil des BGer vom 12. Januar 2007, C 277/05, E. 3.4) "und demzufolge nicht mehr von einer nur vorübergehenden, zeitlich beschränkten und investitionsarmen selbständigen Erwerbstätigkeit (im Sinne einer Zwischenverdiensttätigkeit nach Art. 24 AVIG) gesprochen werden kann. Die Tatsache, dass der Versicherte eine juristische Person gründet und in das Handelsregister eintragen lässt, in welcher er eine arbeitgeberähnliche Stellung einnimmt, genügt für sich allein jedenfalls nicht, um bereits die Aufnahme einer auf Dauer ausgerichteten und nicht bloss vorübergehenden selbständigen Erwerbstätigkeit zu bejahen"

(vgl. Urteil des BGer vom 27. August 2009, 8C_81/2009, E. 3.4). Diese Lösung entspricht der in Art. 24 AVIG statuierten Möglichkeit, auch mittels selbständiger Erwerbstätigkeit einem Zwischenverdienst nachzugehen, der sich systemimmanent aber immer nur auf eine vorübergehende, temporäre und investitionsarme Beschäftigung beziehen kann (vgl. BGE 126 V 214 E. 3a; ARV 2002 Nr. 5 S. 56; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherungsrecht, in: Ulrich Meyer, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, S. 2300 Rz. 417).

3.7 Die Vermittlungsfähigkeit setzt sich aus zwei objektiven Elementen – der Arbeitsfähigkeit und der Arbeitsberechtigung – und einem subjektiven Element – der Vermittlungsbereitschaft – zusammen (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2258, Rz. 261). Die Beurteilung der Vermittlungsfähigkeit hat aufgrund einer gesamten Würdigung der für die Anstellungschancen im Einzelfall wesentlichen, objektiven und subjektiven Faktoren zu erfolgen. Folgerichtig beurteilt sich die Vermittlungsfähigkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 1 AVIG aufgrund einer individuell-konkreten Betrachtungsweise (vgl. SVR 1995 ALV Nr. 26 und Nr. 42).

3.8 Hinsichtlich der zeitlichen und räumlichen Verfügbarkeit wird von Vermittlungsunfähigkeit gesprochen, wenn eine versicherte Person aus persönlichen oder familiären Gründen ihre Arbeitskraft nicht so einsetzen kann oder will, wie es ein Arbeitgeber normalerweise verlangt. Versicherte, die sich im Hinblick auf anderweitige Verpflichtungen oder besondere Umstände lediglich während gewisser Tages- oder Wochenstunden erwerblich betätigen wollen, können nur sehr bedingt als vermittlungsfähig anerkannt werden (vgl. ARV 2004 Nr. 28 S. 275, 2001 Nr. 14 S. 147; Urteil des EVG vom 21.04.2005 C 127/04, in: plädoyer 6/2005 S. 75 publiziert). Sind einer versicherten Person bei der Auswahl des Arbeitsplatzes so enge Grenzen gesetzt, dass das Finden einer Stelle sehr ungewiss ist, muss von einer Vermittlungsunfähigkeit ausgegangen werden. Der Grund für die Einschränkung in den Arbeitsmöglichkeiten spielt dabei keine Rolle (vgl. BGE 123 V 216 E. 3, 120 V 388 E. 3a mit Hinweisen; ARV 2006 Nr. 3 S. 63 E. 2, 2004 Nr. 16 S. 132 E. 1, 2002 Nr. 5 S. 55 E. 2b, 2000 Nr. 29 S. 150, 1998 Nr. 46 S. 261, Nr. 20 S. 98). Wesentlicher Bestandteil der Vermittlungsfähigkeit ist daher die kurzfristige Verfügbarkeit. Sie bedeutet, dass die arbeitslose Person jederzeit erreichbar und täglich zum Antritt einer Beschäftigung oder arbeitsmarktlcher Massnahme in der Lage ist (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2261, Rz. 268). Das Gesetz verlangt die Vermittlungsfähigkeit auch bei Ausübung einer Zwischenverdiensttätigkeit. Allerdings muss dabei beachtet werden, dass bei einer Zwischenverdiensttätigkeit die Vermittlungsfähigkeit stark reduziert sein kann. Art. 24 AVIG erfasst sämtliche Formen (un-)selbständiger (Teil-)Erwerbstätigkeit, ungeachtet von Vorläufigkeit, Übergangscharakter und leichter Auflösbarkeit, weshalb es Sinn und Zweck der Zwischenverdienstregelung und der Schadensminderungspflicht (Art. 17 AVIG) widersprechen würde, wenn auf der einen Seite eine Voll- oder Teilzeitbeschäftigung als Zwischenverdienst anerkannt würde, zugleich aber ein Leistungsanspruch mit der Begründung verweigert werden könnte, es fehle wegen der zeitlichen Beanspruchung durch jene Tätigkeit an der Vermittlungsfähigkeit (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2266, Rz. 288; ARV 2002 Nr. 13 S. 108, 1996/97 Nr. 38 S. 212 E. 2a).

3.9 Hinsichtlich der Vermittlungsbereitschaft wird von Vermittlungsunfähigkeit gesprochen, wenn die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während

der üblichen Arbeitszeit einzusetzen fehlt (vgl. BGE 123 V 216 E. 3, 120 V 388 E. 3a, 120 V 394 E. 1; ARV 2004 Nr. 16 S. 132 E. 1, Nr. 13 S. 124, 2002 Nr. 13 S. 110 E. 4, 2001 Nr. 30 S. 233 E. 2a, Nr. 13 S. 146 E. 1, 1998 Nr. 5 S. 30 E. 3a). Der Versicherte ist gehalten, sich der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen, angebotene zumutbare Arbeit anzunehmen und sich selbst intensiv nach einer zumutbaren Stelle umzusehen (Art. 17 AVIG; BGE 122 V 266 E. 4, 120 V 390 E. 4c/bb; ARV 2004 Nr. 13 S. 126 E. 2.3, 2001 Nr. 29 S. 232 E. 2a). Inhalt der Vermittlungsbereitschaft ist auch die Bereitschaft, an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG) und die Weisungen der Durchführungsorgane zu befolgen. Darunter sind sämtliche Massnahmen zu verstehen, welche der möglichst raschen Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt dienen (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2262, Rz. 271). Um also im Umfang eines 100% Pensums vermittlungsfähig zu sein, muss die versicherte Person bereit sein, eine Anstellung in diesem Umfang zu suchen und die bestehende Zwischenverdiensttätigkeit aufzugeben oder eine ergänzende Tätigkeit anzutreten.

4. Das Sozialversicherungsgericht beurteilt in der nachträglichen Rechtspflege die Gesetzmässigkeit strittiger Verwaltungsakte in der Regel nach dem Sachverhalt, der zur Zeit des Erlasses des angefochtenen Verwaltungsaktes gegeben war. Tatsachen, die den Sachverhalt nach dem Zeitpunkt eines Entscheids verändert haben, sollen mithin prinzipiell Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung bilden (vgl. BGE 117 V 293). Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles deshalb grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheides eingetretenen Sachverhalt ab (vgl. BGE 129 V 4 E. 1.2, mit Hinweisen). Aus dem Untersuchungsgrundsatz folgt jedoch, dass eine spätere Entwicklung des Sachverhaltes insofern von Belang sein kann, als sich daraus Rückschlüsse auf den massgeblichen Sachverhalt ergeben (vgl. Urteil des EVG vom 19. Mai 2003, U 246/02, E. 3.2).

5.1 Es ist zunächst zu prüfen, ob zufolge Gründung der Einzelfirma E.____, am 19. Juli 2011 und der Stellung der Versicherten als einzelzeichnungsberechtigte Inhaberin dieses Unternehmens von einer Gesetzesumgehung auszugehen und deren Anspruchsberechtigung ab 1. September 2011 in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abzusprechen ist. Dies ist zu verneinen. Aus den vorliegenden Unterlagen ergibt sich, dass das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin mit der B.____ AG durch letztere aufgelöst wurde und die Beschwerdeführerin ihre unselbständige Anstellung gegen ihren Willen verlor. Um die Anspruchsberechtigung infolge einer analogen Gesetzesumgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abzulehnen, hätte die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der B.____ AG in erster Linie jedoch zum Zweck einer vorübergehenden Geltendmachung von Arbeitslosenentschädigung ausgesprochen werden müssen. Ebenfalls hätte von Anfang an eine Wiedereinstellung bei veränderter Geschäftslage vorgesehen sein müssen. Für die Bejahung einer rechtsmissbräuchlichen Vorgehensweise ist nämlich notwendig, dass die Arbeitnehmertätigkeit sowie der Arbeits- bzw. Verdienstausschlag im identischen Betrieb bestehen, in dem zuvor auch eine arbeitgeberähnliche Stellung bestanden hat. Ein – potentiell – rechtsmissbräuchliches Vorgehen hätte mit anderen Worten eine zweckwidrige Verwendung des Rechtsinstituts der Kündigung durch die vormalige Arbeitgeberin der B.____ AG bedingt. Eine ebensolche ist jedoch nicht dargetan, zumal die Beschwerdeführerin während ihres Arbeitsverhältnisses bei der B.____ AG keine arbeitgeberähnliche Stel-

lung bekleidete (vgl. REGINA JÄGGI, a.a.O., S. 9 ff.; ebenso Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Dezember 2002, AL.2002.01056).

5.2 Erweist sich eine Ablehnung der Anspruchsberechtigung gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG im vorliegenden Fall als unrechtmässig, ist der Leistungsanspruch der Beschwerdeführerin der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend (vgl. oben, E. 3.6) unter dem Gesichtspunkt des Aufbaus einer entweder auf Dauer oder nur vorübergehenden Selbständigkeit und damit unter dem Aspekt ihrer Vermittlungsfähigkeit zu prüfen.

5.3 Aufgrund der Akten ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin am 19. Juli 2011 die Einzelfirma E.____ gründete. Zu diesem Zeitpunkt war sie aufgrund ihres bis 31. August 2011 verlängerten Arbeitsverhältnisses noch bei der B.____ AG angestellt, jedoch war das Ende der unselbständigen Tätigkeit bereits absehbar bzw. die Kündigung bereits erfolgt. Festzuhalten ist im Weiteren, dass die Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 1. September 2011 am 22. Juli 2011 — nota bene drei Tage nach Eintragung der Einzelfirma E.____ im Handelsregister — erfolgte. Fraglich ist, ob die Einzelfirma lediglich zum Zwecke der Schadensminderung bzw. zum Aufbau eines Zusatzverdienstes erfolgte, oder ob die Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit einem lang gehegten Wunsch der Beschwerdeführerin entsprach und somit auf Dauer angelegt war. Für eine auf Dauer angelegte und seit längerer Zeit beabsichtigte selbständige Erwerbstätigkeit spricht in casu die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin von Dezember 2001 bis August 2009 bereits in der Unternehmung C.____ kollektivzeichnungsbe-rechtigt war. Der Zweck der von der Beschwerdeführerin nun mehr neu gegründeten E.____ ist gemäss Handelsregistrauszug mit jenem der Firma C.____, in welcher die Beschwerdeführerin im genannten Zeitraum kollektivzeichnungsbe-rechtigt war, durchwegs vergleichbar; bereits damals ging es um den Verkauf von Fertigmahlzeiten und Getränken. In Anbetracht der offensichtlichen Ähnlichkeit der Geschäftszwecke der beiden Unternehmen ist deshalb davon aus-zugehen, dass sich die Beschwerdeführerin mit der Gründung der Einzelfirma E.____ den Wunsch nach Selbständigkeit im Bereich des Lebensmittelverkaufs erfüllen wollte. Diese An-nahme wird durch die Angabe der Beschwerdeführerin in ihrer Einsprache vom 12. Oktober 2011 bestätigt, wonach sie diese Geschäftsidee schon länger gehegt habe und sich einen Zu-satzverdienst habe aufbauen wollen.

5.4 Es ist an dieser Stelle festzuhalten, dass sich aus den Akten allerdings nicht ergibt, ob die selbständige Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin über die blossе Gründung ihrer neuen Einzelfirma hinausging. Aus den Unterlagen ergeben sich zunächst keine Hinweise auf eine allfällige Geschäftstätigkeit. In der Einsprache vom 12. August 2011 findet sich sodann die Aus-sage der Beschwerdeführerin, dass sie zum Zeitpunkt des Handelsregistereintrags ihrer Einzel-firma weder über eine Planung noch über eine konkrete Vorgehensweise verfügt habe und ihr bald klar geworden sei, dass sich ihre Idee gegenwärtig nicht realisieren liesse. In der Be-schwerde an das Kantonsgericht vom 5. März 2012 erläuterte die Beschwerdeführerin im Wi-derspruch zur vorherigen Aussage jedoch, dass das Geschäft finanziell nichts gebracht habe und sie in noch grössere finanzielle Schwierigkeiten geraten sei. Deshalb habe sie die Firma aufgehoben und sie am 2. Dezember 2011 im Handelsregister löschen lassen. Aus dieser Aus-

sage kann geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin sehr wohl Geschäftstätigkeiten unternommen hatte, diese sich jedoch finanziell nicht gelohnt hatten. Dies wiederum belegt das Scheitern einer bereits realisierten Geschäftsidee, welches nicht zu Lasten der Arbeitslosenkasse gehen darf, da die Arbeitslosenversicherung nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken bezweckt (vgl. ARV 2002 Nr. 5 S. 56 E. 2b mit Hinweisen). An diesem Ergebnis hätte auch eine zu einem früheren Zeitpunkt vorgenommene Löschung der Einzelfirma im Handelsregister nichts geändert. So ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin diese Löschung gerade nicht im Zusammenhang mit der Nichtrealisierung, sondern mit der Nichtrealisierbarkeit ihres Projektes und folglich nur mit dem Ziel vorgenommen hatte, die Voraussetzungen zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung erfüllen zu können.

5.5 Gegen eine lediglich im Sinne eines Zwischenverdienstes aufgenommene selbständige Erwerbstätigkeit spricht sodann, dass die Beschwerdeführerin die Gründung ihrer Einzelfirma und deren Eintragung im Handelsregister weder gegenüber der Arbeitslosenkasse noch dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) offengelegt hat. Die Beschwerdeführerin machte auf dem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 22. Juli 2011 nachweislich falsche Angaben, indem sie die Fragen unter Ziff. 28, welche die arbeitgeberähnliche Stellung betreffen, nicht wahrheitsgetreu beantwortet hat (vgl. Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 22. Juli 2011 [Akten S. 219]). Es ist ausserdem davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin beim RAV-Erstgespräch nicht bloss die Existenz ihrer Einzelfirma verschwieg, sondern sogar verneinte, selbständig erwerbstätig zu sein (vgl. Protokoll Erstgespräch vom 2. August 2011, S. 2/4 [Akten S. 194]). Dass die Beschwerdeführerin, wie sie geltend macht, die zuständige RAV-Mitarbeiterin entsprechend informiert hätte, ist weder dem Protokoll des RAV-Erstgesprächs noch den übrigen Unterlagen zu entnehmen. Der Beschwerdeführerin war auch bekannt – oder hätte zumindest bekannt sein müssen – dass sie das RAV und die Arbeitslosenkasse aktiv über die Existenz ihrer eigenen Firma hätte informieren müssen, hatte sie doch bei der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung diverse Unterlagen erhalten und Informationsmodule durcharbeiten müssen und nicht zuletzt das Formular des RAV "Ich informiere mich..." am 6. Juli 2011 – nota bene zu einem Zeitpunkt vor der Gründung ihrer Einzelfirma – unterzeichnet.

5.6 Wie bereits ausgeführt (vgl. oben, E. 3.6), ist die Vermittlungsfähigkeit einer Person zu verneinen, wenn nicht mehr nur von einer vorübergehenden, zeitlich beschränkten und investitionsarmen selbständigen Erwerbstätigkeit gesprochen werden kann und der Status der Selbständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten worden ist, wenn also mit anderen Worten die Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit einem lang gehegten Wunsch entsprach. Selbst wenn in casu die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber veranlasst wurde, bestehen deutliche Anzeichen dafür, dass sich die Beschwerdeführerin mit der anschliessenden Gründung ihrer Einzelfirma und der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit einen lang gehegten Wunsch erfüllen wollte (vgl. oben, E. 5.4). Dies steht einer Vermittlungsfähigkeit und somit einer Anspruchsberechtigung im Zeitraum vom 1. September 2011 bis 2. Dezember 2011 aber entgegen. Gegen eine Vermittlungsfähigkeit spricht schliesslich auch, dass die Beschwerdeführerin die angebotene Zwischenverdiensttätigkeit bei der F. ____ AG per 1. November 2011 nicht antrat (vgl. RAV-Protokoll vom 5. Januar 2012 [Akten S. 152]). Es macht den Anschein, dass

die Beschwerdeführerin von vornherein zumindest Zweifel an ihrer Vermittlungsfähigkeit hatte, zumal sie die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit der Arbeitslosenkasse und dem RAV gegenüber verschwiegen hat (vgl. oben, E. 5.5). Für die Prüfung der Vermittlungsfähigkeit wäre die zuständige Stelle nämlich in erheblichem Masse auf die Angaben der Beschwerdeführerin angewiesen gewesen. Indem die Beschwerdeführerin die Existenz ihrer Einzelfirma und die in Angriff genommene selbständige Erwerbstätigkeit nicht offenlegte, vereitelte sie eine sorgfältige und korrekte Prüfung der Vermittlungsfähigkeit, weshalb letztere aufgrund fehlender Vermittlungsbereitschaft als nicht gegeben zu betrachten ist. Folglich ist der Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 1. September 2011 bis 2. Dezember 2011 die Anspruchsberechtigung abzusprechen und die Beschwerde ist somit abzuweisen.

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

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.

Vermerk eines allfälligen Weiterzugs