



**Fall-Nr.:** AVI 2021/33  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 07.12.2022  
**Entscheiddatum:** 15.08.2022

### **Entscheid Versicherungsgericht, 15.08.2022**

**Art. 12 und 27 ATSG, Art. 8 und 15 AVIG, Art. 4 f. und 20 f. GWG, Art. 9 BV.**  
**Betreibt die versicherte Person als einzige Patentinhaberin eine Bar, für die sie einen fünfjährigen Mietvertrag abgeschlossen hat und deren Öffnungszeiten einem Vollzeitpensum entsprechen, so ist sie für eine unselbständige Tätigkeit nicht vermittelbar. Verletzung Beratungspflicht fraglich, mangels Kausalität kein Vertrauensschutz (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. August 2022, AVI 2021/33).**

#### **Entscheid vom 15. August 2022**

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichter Joachim Huber und Michael Rutz; Gerichtsschreiberin Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2021/33

Parteien

**A.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt Marco Büchel, LL.M.,  
K & B Rechtsanwälte, Freudenbergstrasse 24, 9242 Oberuzwil,



## St.Galler Gerichte

gegen

**Amt für Wirtschaft und Arbeit**, Rechtsdienst,  
Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegner,**

Gegenstand

### **Vermittlungsfähigkeit (selbständige Erwerbstätigkeit)**

#### **Sachverhalt**

##### **A.**

**A.a.** A.\_\_\_\_ kündigte seine Anstellung bei der B.\_\_\_\_ GmbH am 27. Juni 2019 per 30. September 2019, nachdem er seit Februar 2019 wegen eines Rückenleidens weitgehend zu 100 % krankgeschrieben, es mit der Arbeitgeberin zu Unstimmigkeiten gekommen und eine Arbeitgeberkündigung absehbar war (vgl. act. G3.1/A2 ff., act. G3.1/A36, A39 und A122).

**A.b.** Am 13. August 2019 nahm der Versicherte ein Vorgespräch beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) wahr, um zu erfahren, ob er für die Aufnahme des Betriebs der C.\_\_\_\_ Bar in D.\_\_\_\_ Unterstützung von der Arbeitslosenversicherung erhalten könne. Um seinen Anspruch auf Förderung der Selbständigkeit prüfen zu lassen, erfolgte gleichentags eine Anmeldung beim RAV. Am 26. August 2019 besuchte der Versicherte die Infoveranstaltung betreffend Förderung der Selbständigkeit. Ab 1. Oktober 2019 war er wieder zu 100 % arbeitsfähig (vgl. act. G3.1/A19, A37 und A122 sowie act. G3.2/294 f.). In der Folge wurde dem Versicherten mitgeteilt, dass sein Projekt schon zu weit fortgeschritten sei, sodass höchstens noch für wenige Tage ein Anspruch auf Förderung der Selbständigkeit geprüft werden könne (vgl. act. G3.1/A37). Anlässlich des Beratungsgesprächs vom 22. Oktober 2019 äusserte der Versicherte gegenüber seinem RAV-Berater, er gebe die Selbständigkeit auf (act. G3.1/A122).



## St.Galler Gerichte

**A.c.** Am 14. November 2019 führte das Arbeitsinspektorat eine Kontrolle bei der C.\_\_\_\_ durch und traf den Versicherten vor Ort an. Es machte am 2. Dezember 2019 eine Meldung an das RAV (vgl. act. G3.2/48 ff.).

**A.d.** Zum Beratungsgespräch vom 5. Dezember 2019 hielt der RAV-Berater sinngemäss fest, der Versicherte suche einen Nachmieter, um die Bar loszuwerden und einer Vollzeitanstellung nachgehen zu können (vgl. act. G3.1/A122).

**A.e.** Anlässlich einer durch das Arbeitsinspektorat veranlassten polizeilichen Kontrolle wurde der Versicherte am 12. Dezember 2020 erneut als Wirt in der C.\_\_\_\_ angetroffen (vgl. act. G3.2/50 f.). Die Angelegenheit wurde am 23. Dezember 2020 zur Prüfung der Vermittlungsfähigkeit des Versicherten an den Rechtsdienst des Amts für Wirtschaft und Arbeit (AWA) überwiesen (vgl. act. G3.2/44 ff.).

**A.f.** Mit Schreiben vom 4. Januar 2021 nahm der Versicherte zur Frage der Vermittlungsfähigkeit vorab Stellung. Er habe sich ursprünglich an das RAV und die Arbeitslosenkasse gewandt, um Unterstützung für seine geplante Selbständigkeit zu erhalten. Nachdem er bereits den Vertrag für die C.\_\_\_\_ mit einer Laufzeit von fünf Jahren unterschrieben gehabt habe, habe er keinerlei Unterstützung bei seinem Weg in die Selbständigkeit erhalten. Von der geplanten Selbständigkeit sei ihm nur die Miete für das Lokal geblieben, welche er nun fünf Jahre lang zahlen müsse. Er habe keine Zeit, eine Bar zu führen. Sobald er eine Stelle habe, könne er am selben Tag die Arbeit aufnehmen (act. G3.1/A96).

**A.g.** Am 3. März 2021 teilte das AWA dem Versicherten mit, aufgrund seiner Verantwortung als Patentinhaber der C.\_\_\_\_ stehe er dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung. Gegenüber der Arbeitslosenkasse habe er stets angegeben, keiner selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Es sei aber davon auszugehen, dass er die Bar weiterbetrieben, Einkünfte verschwiegen und nie vorgehabt habe, eine Vollzeitanstellung anzutreten. Aus diesen Gründen werde eine Aberkennung der Vermittlungsfähigkeit ab Antragsstellung erwogen. Das AWA gab dem Versicherten Gelegenheit zur Stellungnahme (act. G3.1/A100).

**A.h.** Mit Stellungnahme vom 15. März 2021 führte der Versicherte an, aus Unwissenheit sei er davon ausgegangen, dass er eher Unterstützung von der Arbeitslosenkasse für



den Aufbau einer Selbständigkeit erhalte, wenn er bereits Vorarbeit leiste. Deshalb habe er das Patent schon vorgängig erworben und den Mietvertrag für die Bar per 1. Juli 2019 abgeschlossen. Drei Personen würden ihn unentgeltlich im Barbetrieb unterstützen, wovon eine seine Stellvertretung übernehmen könne. Eine weitere Person sei vorschriftsgemäss mittels Meldeverfahren angemeldet worden und habe einen Arbeitsvertrag. So könne er jederzeit eine Vollzeitstelle antreten. Die Einnahmen der C.\_\_\_\_ würden die Unkosten decken. Einen Verdienst habe er nie erzielt, sonst hätte er ihn bei der Arbeitslosenkasse angegeben (act. G3.1/A101).

**A.i.** Am 31. März 2021 verfügte das AWA, der Versicherte sei ab 1. Oktober 2019 nicht vermittlungsfähig (act. G3.1/A107). Dagegen erhob der Versicherte am 6. April 2021 Einsprache (act. G3.1/A110).

**A.j.** Mit Entscheid vom 21. April 2021 wies das AWA die Einsprache ab. Der Versicherte habe schon vor Eintritt seiner Arbeitslosigkeit als einziger über das Wirtepatent für die C.\_\_\_\_ sowie über einen Mietvertrag für fünf Jahre für dieselbe verfügt. Als Patentinhaber sei er gesetzlich verpflichtet, den Betrieb selber zu führen. Diese Verpflichtung könne nicht an einen Stellvertreter delegiert werden. Schon aufgrund der Ruhezeiten gemäss Arbeitsgesetz sei eine Vollzeitstelle neben der Geschäftsführung der C.\_\_\_\_ nicht möglich. Dass der Versicherte bei den Kontrollen im November 2019 und Dezember 2020 vor Ort gewesen sei, sämtliche Meldeverfahren betreffend Einsätze als verantwortliche Person abgewickelt habe und der Mietvertrag wie auch das Wirtepatent auf ihn laute, zeige, dass er eine langfristige Verpflichtung eingegangen sei und diese nicht einfach so aufgeben oder übertragen könne. Er stehe dem Arbeitsmarkt demnach nicht zur Verfügung. Er sei am Beratungsgespräch vom 5. Dezember 2019 informiert worden, dass eine Nichtaufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit Auswirkungen auf seine Vermittlungsfähigkeit haben werde. In der Folge habe er zwar monatlich Arbeitsbemühungen für eine Vollzeitstelle eingereicht, jedoch die C.\_\_\_\_ als verantwortliche Person in gleichem Umfang weitergeführt. Die Arbeitsbemühungen alleine würden für eine Bejahung der Vermittlungsfähigkeit nicht ausreichen, wenn die versicherte Person objektiv und/oder subjektiv nicht in der Lage sei, eine Anstellung anzunehmen. Gemäss dem vom Versicherten als Projektverantwortlicher eingereichten Baugesuch vom 25. September 2019 habe die Gemeinde E.\_\_\_\_ am 16. April 2020 erweiterte Öffnungszeiten für die C.\_\_\_\_ genehmigt.



Selbst wenn der Versicherte die Bar erst um 16:00 Uhr öffne, wie an der Tür des Lokals beschriftet sei, würden sich die Öffnungszeiten gemäss Baubewilligung auf 44 Stunden pro Woche (ohne Vorbereitungszeiten) belaufen, sodass neben den Öffnungszeiten keine weitere Tätigkeit im Rahmen einer unselbständigen Erwerbstätigkeit mehr möglich sei. Der Versicherte sei seit Bezug von Arbeitslosentaggeldern per 1. Oktober 2019 seiner selbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen und sei somit der Vermittlung in den Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung gestanden. Er habe seine Erwerbstätigkeit gegenüber dem RAV anfänglich offengelegt, danach aber nicht mehr erwähnt, obwohl er gewusst habe, dass diese eine Auswirkung auf seine Vermittlungsfähigkeit habe. Gegenüber der Arbeitslosenkasse habe er in den monatlichen Angaben zur versicherten Person stets angegeben, dass er keiner selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen würde. Der Versicherte könne sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen, da er nicht geltend machen könne, er hätte nicht gewusst, dass die Weiterführung der C.\_\_\_\_ Auswirkungen auf seine Vermittlungsfähigkeit habe. Dass nach dem 5. Dezember 2019 die Weiterführung der C.\_\_\_\_ kein Thema mehr gewesen sei, sei sicher als Beratungsfehler einzustufen. Aus diesem Verhalten könne jedoch nicht Unkenntnis über die rechtliche Lage oder Unwissen über die rechtlichen Folgen abgeleitet werden. Indem der Versicherte mehr als die üblich geforderten Arbeitsbemühungen getätigt habe, habe sein Personalberater davon ausgehen müssen, dass er ernsthaft eine Vollzeitstelle suche. Dass er zur Ausübung einer solchen aufgrund der fortgesetzten Führung der C.\_\_\_\_ nicht in der Lage gewesen sei, habe er dem Personalberater verschwiegen. Aufgrund des enormen Anstiegs der Kurzarbeitsgesuche seien die Ressourcen des Rechtsdienstes so stark beansprucht gewesen, dass weitere Untersuchungen im Falle des Versicherten erst mit der Kenntnis der erneuten polizeilichen Kontrolle im Dezember 2020 aufgenommen worden seien. Betreffend Stellvertretung liege eine Vereinbarung vom 15. August 2019 vor, in welcher ein unentgeltlicher Arbeitseinsatz vereinbart worden sei. Zum Zeitpunkt des Gespräches vom 5. Dezember 2019 sei demnach dieser Freundschaftsdienst bereits vorgelegen und könne nun nicht als Stellvertreterlösung vorgebracht werden. Es liege auf der Hand, dass mit dieser Lösung das Antreten einer Teilzeit- respektive Vollzeitstelle nicht möglich gewesen wäre und der Versicherte dies auch gewusst habe. Auch daraus ergebe sich kein Rechtsanspruch aus Treu und Glauben. Bereits für den Zeitraum vom 13. September bis 31. Oktober 2019 habe der Versicherte den Einsatz



einer bulgarischen Staatsangehörigen gemeldet. Diese Person verfüge nicht über die nötigen Qualifikationen, um die C.\_\_\_\_ zu leiten, und sei ebenfalls nicht als Folge des Beratungsgesprächs vom 5. Dezember 2019 hinzugezogen worden. Es seien keine Dispositionen erkennbar, die er aufgrund der Beratung des Personalberaters getroffen habe, welche er sonst nicht getroffen hätte. Aus dem Verhalten des Versicherungsträgers würden sich insgesamt keine Rechtsansprüche ergeben. Der Versicherte habe die rechtliche Situation gekannt und die Versicherungsleistungen bösgläubig erwirkt (act. G3.1/A112).

### **B.**

**B.a.** Gegen diesen Einspracheentscheid erhebt A.\_\_\_\_, nun vertreten durch Fürsprecher Marco Büchel, am 21. Mai 2021 Beschwerde. Er beantragt, der Einspracheentscheid vom 21. April 2021 sei aufzuheben und ihm sei die Vermittlungsfähigkeit zu bestätigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Ihm sei nie klar kommuniziert worden, dass seine Vermittlungsfähigkeit rückwirkend ab 1. Oktober 2019 nicht gegeben sei, wenn er die C.\_\_\_\_ weiterführe. Er sei stets davon ausgegangen, dass, sollte er aus der Tätigkeit ein Einkommen erzielen – was nie der Fall gewesen sei – ihm dieses Einkommen als Zwischenverdienst angerechnet würde. Bereits vor Erlass der Verfügung habe er mitgeteilt, ein Stellvertreter könne für ihn einspringen, sobald er eine Stelle antreten müsse. Dieser verfüge ebenfalls über das Wirtepatent, sodass das Patent für die C.\_\_\_\_ problemlos auf ihn umgeschrieben und dieser anstelle des Beschwerdeführers in der C.\_\_\_\_ eingesetzt werden könne. Allein die Tatsache, dass er einen fünfjährigen Mietvertrag abgeschlossen habe, bedeute keineswegs, dass er dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehe. Solange er keinen Nachmieter gefunden habe, hafte er gegenüber dem Vermieter für den Mietzins. Dieser private Mietvertrag habe jedoch keinen Einfluss auf seine Vermittlungsfähigkeit. Auch wenn noch, was bestritten werde, von einem Aufwand von 20 Stunden pro Woche für die C.\_\_\_\_ auszugehen wäre, müsste zumindest geprüft werden, ob er nicht wenigstens 50 % in einem Anstellungsverhältnis hätte tätig sein können und damit Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in reduziertem Umfang gehabt hätte. In den Jahren 2020 und 2021 habe der Bundesrat infolge der ausserordentlichen Lage (Corona-Epidemie) unter anderem Bars für längere Zeiten geschlossen oder deren Öffnungszeiten eingeschränkt. In dieser ausserordentlichen Lage sei es unmöglich gewesen, einen Nachmieter für die C.\_\_\_\_ zu



finden. Der Beschwerdeführer habe keinerlei Doppelbezüge gehabt. Er habe sich auch nicht selbständig gemacht, habe er doch gar nie ein Erwerbseinkommen erzielt. Ansonsten hätte er sich bei der Sozialversicherungsanstalt (SVA) als selbständig Erwerbender angemeldet und den Zwischenverdienst gegenüber dem Beschwerdegegner angegeben. Er sei nach wie vor auf der Suche nach einer unselbständigen Anstellung. Die Tätigkeit in der C.\_\_\_\_ könne höchstens als Nebenbeschäftigung ohne Erwerbseinkommen bezeichnet werden. Seine Vermittlungsfähigkeit sei stets gegeben gewesen. Die rückwirkende Aberkennung der Vermittlungsfähigkeit ab 1. Oktober 2019 sei nicht rechtens. Der Beschwerdegegner habe spätestens seit dem 14. November 2019 gewusst, dass der Beschwerdeführer eine Bar führe. Er habe damals kein Verfahren zur Abklärung der Vermittlungsfähigkeit eingeleitet und ihn auch nicht abgemahnt. Der Beschwerdeführer sei in der Folge davon ausgegangen, solange er jederzeit eine Stelle antreten könne, müsse er nicht mit Sanktionen rechnen. Ihm könne nicht vorgeworfen werden, er habe die Arbeitslosenkasse hinters Licht geführt. Nie hätte er damit gerechnet, dass er mit der Vermittelbarkeit Probleme erhalten könnte. Dies sei ihm erst mit der Eröffnung des Verfahrens, welches letztlich zur Aberkennung der Vermittlungsfähigkeit geführt habe, bewusst geworden. Wenn eine Einstellung wegen mangelnder Vermittlungsfähigkeit erfolgen solle, so könne diese frühestens per Erlass der angefochtenen Verfügung gelten. Die Vorgaben der monatlichen Suchbemühungen habe der Beschwerdeführer jeweils übertroffen. Sein Fokus sei stets auf das Finden einer Stelle als unselbständig Erwerbender gerichtet gewesen. Im Januar 2021 habe er denn auch eine Anstellung per 1. Oktober 2021 gefunden, was seine Vermittlungsfähigkeit beweise (act. G1).

**B.b.** Mit Beschwerdeantwort vom 23. Juni 2021 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde. Dem Beschwerdeführer sei die Problematik der Vermittlungsfähigkeit im Zusammenhang mit der Fortsetzung der Führung der C.\_\_\_\_ entgegen seinen Ausführungen bereits im Oktober 2019 bekannt gewesen. Auch ohne entsprechende Beratung dürfe als bekannt vorausgesetzt werden, dass es nicht möglich sei, die Hauptverantwortung für eine Bar zu übernehmen und gleichzeitig berechtigt zu sein, Arbeitslosentaggelder in der Höhe einer Vollzeitstelle zu beziehen. Dessen sei sich der Beschwerdeführer bewusst gewesen, ansonsten hätte er gegenüber der Arbeitslosenkasse ehrlich deklariert, dass er einer selbständigen



Erwerbstätigkeit nachgehe, unabhängig davon, ob er einen Gewinn erzielt habe oder nicht. Die Ausführungen des Beschwerdeführers betreffend Unkenntnis über die Folgen der Weiterführung der C.\_\_\_\_ für die Vermittlungsfähigkeit würden reine Schutzbehauptungen darstellen. Dass er sich nicht um einen rechtlich legitimierten Nachfolger zur Führung der C.\_\_\_\_ gekümmert und sie als Patentinhaber weitergeführt habe, zeige, dass die Bereitschaft zur Aufgabe seiner selbständigen Erwerbstätigkeit seit Beginn des Leistungsbezugs nicht vorhanden gewesen sei und sich diese Einstellung auch nach Nichterhalt von Unterstützungsgeldern im Rahmen der Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit nicht geändert habe. Die eingereichten Arbeitsbemühungen für sich alleine würden nicht ausreichen, um den Willen zur Annahme einer unselbständigen Vollzeitstelle zu manifestieren. Auch die Annahme einer Teilzeitstelle sei nie realistisch gewesen. Die behördliche Schliessung der Restaurants und Bars könne weder als Grund dafür, dass der Beschwerdeführer keinen Nachmieter gefunden habe, noch als Argument für seine Vermittlungsfähigkeit herangezogen werden. Nachweislich sei der Barbetrieb im Verlaufe des Jahres 2020 immer wieder aufgenommen worden. Es erscheine ziemlich unüblich, dass im Januar 2021 ein Arbeitsvertrag auf den 1. Oktober 2021 abgeschlossen werde. Ungeachtet dessen habe dieser Arbeitsvertrag keine Auswirkung auf die vorliegend zu beurteilende Zeitspanne (act. G3).

**B.c.** Mit Replik vom 20. August 2021 bringt der Beschwerdeführer vor, er sei stets in der Lage gewesen, die C.\_\_\_\_ aufzugeben oder seinem Stellvertreter zu übergeben und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Der Stellvertreter sei bereit, einen wöchentlichen Zeitaufwand von 20 Stunden zu übernehmen. Bei der C.\_\_\_\_ handle es sich im Übrigen um den Verein F.\_\_\_\_, welcher einen nicht wirtschaftlichen Zweck verfolge. Dies sei ein weiterer Beleg, dass keine Erwerbstätigkeit vorliegen könne. Der Beschwerdeführer sei sich eben nicht bewusst gewesen, dass er durch die Tätigkeit in der C.\_\_\_\_ einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehe, da er ja gar nie ein Einkommen aus dieser Tätigkeit erzielt habe, weshalb ohnehin nicht von einer Erwerbstätigkeit im Rechtssinn gesprochen werden könne. Ihm sei im Oktober 2019 nicht bewusst gewesen, dass er die Führung der C.\_\_\_\_ hätte aufgeben sollen. Wäre er vom Beschwerdegegner vor die Wahl gestellt worden, entweder weiterhin der Tätigkeit in der C.\_\_\_\_ oder künftig einer unselbständigen Tätigkeit nachzugehen, hätte er sich



## St.Galler Gerichte

zweifelsohne für letzteres entschlossen. Wäre das RAV seiner Beratungspflicht nachgekommen, wäre es nicht dazu gekommen, dass dem Beschwerdeführer die Vermittlungsfähigkeit rückwirkend ab 1. Oktober 2019 aberkannt worden wäre (act. G5).

**B.d.** Der Beschwerdegegner verzichtet stillschweigend auf eine Duplik (act. G6 und G7).

## Erwägungen

### 1.

**1.1.** Der Beschwerdegegner verneint die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers mit der Begründung, dieser sei als Wirt der C.\_\_\_\_ selbständig erwerbstätig gewesen und habe dem Arbeitsmarkt deshalb nicht zur Verfügung gestanden. Der Beschwerdeführer macht dagegen geltend, da die Einnahmen der C.\_\_\_\_ gerade einmal die Unkosten abgedeckt hätten und er demnach nie ein Einkommen aus deren Betrieb erzielt hätte, sei er gar nicht selbständig erwerbstätig gewesen. Vorab ist deshalb zu prüfen, ob der Beschwerdeführer selbständig erwerbstätig war.

**1.2.** Eine Erwerbstätigkeit charakterisiert sich dadurch, dass eine zur nachhaltigen Gewinnerzielung geeignete Tätigkeit mit der Absicht, einen solchen Gewinn zu erzielen, ausgeführt wird. Durch diese Gewinnstrebigkeit unterscheidet sich die Erwerbstätigkeit von einem Hobby bzw. einer blossen Liebhaberei (vgl. BGE 143 V 177 E. 4.2.2). Selbständige Erwerbstätigkeit liegt vor, wenn die beitragspflichtige Person durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch finanzielle oder geldwerte Gegenleistungen abgegolten wird. Besonderes Gewicht kommt dabei dem Unternehmerrisiko (Inkasso- und Delkredere-Risiko) zu. Unter anderem folgende Elemente deuten auf das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit hin: Führen eines Betriebs mit Angestellten in eigenen Geschäftsräumlichkeiten; Tragen von Geschäftskosten; erfolgsgebundene Entschädigung; Haftung gegenüber Drittpersonen; Wahl der Arbeitszeit; keine Weisungsgebundenheit (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Bern/St. Gallen/Zürich 2020, Art. 12 N 6 und N 9).

**1.3.** Vorliegend hat der Beschwerdeführer die C.\_\_\_\_ per 1. Juli 2019 für fünf Jahre gemietet (vgl. Mietvertrag vom 15. Juli 2019, act. G3.2/56). Zudem hat er spezifisch für



diese C.\_\_\_\_ das Wirtepatent mit einer Gültigkeitsdauer vom 15. August 2019 bis 31. Dezember 2023 erworben (act. G3.2/55). Im August 2019 hat er versucht, im Rahmen der Förderung der Selbständigkeit Leistungen der Arbeitslosenkasse erhältlich zu machen. In diesem Zusammenhang hat er unter anderem angegeben, er wolle von einem Arbeitgeber unabhängig werden und eine Bar führen. Die ersten zwei bis sechs Monate müssten Mittel investiert werden, danach sollten die Einnahmen den laufenden Aufwand decken und nach acht bis zehn Monaten sollten kleinere Rücklagen gebildet werden können. Er erwarte sich vom RAV Beratung, Hilfe, Kurse und Coachings zum Thema "Wie führe ich mein Geschäft" sowie finanzielle Unterstützung durch Taggelder (vgl. act. G3.1/A19 ff., insbesondere A21 und A36 f.). Der Beschwerdeführer hat somit geplant, durch den Einsatz von Arbeit und finanziellen Mitteln aus dem Barbetrieb einen Gewinn zu erzielen.

**1.4.** In der Folge erhielt der Beschwerdeführer keine Fördermittel der Arbeitslosenversicherung. Dennoch betrieb er danach die C.\_\_\_\_ mindestens insoweit, als er aus dem erzielten Umsatz die monatlichen Unkosten zu decken versuchte. Nur schon die Kosten für die Miete der C.\_\_\_\_ betragen dabei Fr. 2'300.-- (act. G3.2/56). Für die Erwirtschaftung dieses beachtlichen Betrags durch den Betrieb einer Bar musste ein erhebliches Mass an Zeit und Arbeit investiert werden. Trotz des abschlägigen Bescheids betreffend Fördermittel änderte sich die Zwecksetzung des Beschwerdeführers betreffend C.\_\_\_\_ demnach nicht. Insbesondere kann unter anderem mit Blick auf seine finanziellen Verpflichtungen und die aufgewendete Zeit nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer als arbeitsuchender Familienvater habe die C.\_\_\_\_ nur als eine Art Hobby betrieben. Der Beschwerdeführer hatte zudem über mehrere Monate hinweg eine Arbeitnehmerin, für welche er von September 2019 bis März 2021 immer wieder Einsätze in der C.\_\_\_\_ vorsah und welcher er offenbar während mehrerer Monate Lohn zahlte (vgl. act. G3.2/49 und act. G3.2/67). Unabhängig davon, wie oft die Arbeitnehmerin schliesslich zum Einsatz kam, welche Tätigkeit sie dabei ausführte und wie hoch der Lohn ausfiel, weist die Tatsache, dass der Beschwerdeführer eine Angestellte beschäftigte oder jedenfalls zu beschäftigen plante, ebenfalls auf eine selbständige Erwerbstätigkeit hin.

**1.5.** Der Betrieb der C.\_\_\_\_ kann somit nicht als Hobby oder Liebhaberei des Beschwerdeführers eingestuft werden. Dabei ist nicht von Bedeutung, ob er tatsächlich einen Gewinn erwirtschaftete. Ein Merkmal einer selbständigen Erwerbstätigkeit ist das Unternehmerrisiko. Die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit führt in einer Anfangs- und Aufbauphase nicht selten zu Verlusten. Der Beschwerdeführer selbst hat denn auch schon im September 2019 mit einem sehr tiefen "Eigenlohn" in den ersten



Jahren gerechnet (vgl. act. G3.1/A21, S. 5, Budgetplan "Selbständig"), wobei er die Auswirkungen der Corona-Epidemie, welche ab März 2020 eingetreten sind, noch nicht hatte voraussehen können. Wesentlich ist, dass der Beschwerdeführer die C.\_\_\_\_ nicht einfach zur Gestaltung seiner Freizeit, sondern mit dem Ziel betrieb, Gewinn zu erwirtschaften. Selbst wenn die Einnahmen vollumfänglich in die Miete und den Unterhalt der C.\_\_\_\_ geflossen sind und kein Reingewinn resultierte, ist die Tätigkeit demnach als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Der Beschwerdeführer kann sich deshalb nicht darauf berufen, keine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt zu haben, weil er sich kein Einkommen analog einem Lohn ausbezahlt hat.

**1.6.** Zwar behauptet der Beschwerdeführer, bei der C.\_\_\_\_ handle es sich um den Verein F.\_\_\_\_. Er reicht dessen Statuten ein. Sofern er damit geltend machen will, es handle sich bei den von ihm gemieteten Räumlichkeiten um ein Vereinslokal, kann ihm jedoch nicht gefolgt werden. Die eingereichten Statuten (act. G5.1) datieren vom 1. Januar 2021 und könnten somit höchstens auf die letzten paar Monate des hier interessierenden Zeitraums (Anmeldung per 1. Oktober 2019 bis Einspracheentscheid vom 21. April 2021) überhaupt zur Anwendung gelangen. In den Statuten wird zudem keine Bar oder andere Vereinslokalität erwähnt. Einziger Hinweis auf eine Verbindung zwischen dem Verein und der C.\_\_\_\_ ist die auf der letzten Seite der Statuten angegebene Kontaktadresse, bei welcher es sich um die Adresse der C.\_\_\_\_ handelt. Seltsam mutet in diesem Zusammenhang die Tatsache an, dass der Verein F.\_\_\_\_ Sitz in G.\_\_\_\_ hat, das Vereinslokal aber in D.\_\_\_\_ liegen soll. Im Kurzbeschrieb seiner Geschäftsidee vom September 2019 erwähnte der Beschwerdeführer den Verein nicht (vgl. act. G3.1/A21). Der Mietvertrag der C.\_\_\_\_ enthält ebenfalls keinen Hinweis auf den Verein. Als Mieter wird der Beschwerdeführer genannt, obschon ein Verein als juristische Person Räumlichkeiten auf eigenen Namen mieten könnte. Würde es sich bei der C.\_\_\_\_ um das Vereinslokal des Vereins F.\_\_\_\_ handeln, so wären die Mietkosten über den Verein bzw. dessen Mitgliederbeiträge zu bezahlen. Da der Beschwerdeführer in anderem Zusammenhang geltend macht, er sei mit der Miete in Verzug geraten (vgl. act. G3.1/A101, Ziff. 4 der Stellungnahme vom 15. März 2021), ist indes ausgewiesen, dass der Verein F.\_\_\_\_ diese Mietkosten nicht bezahlte. Der Zugang zur C.\_\_\_\_ war sodann nicht bloss Vereinsmitgliedern vorbehalten, sondern stand dem breiten Publikum offen, was sich unter anderem daraus ergibt, dass der Beschwerdeführer die Öffnungszeiten am Hauseingang anscrieb und im Frühjahr 2020 Reklameeinrichtungen am Gebäude anbrachte (vgl. act. G3.1/A104 und G3.2/49). Ob in der C.\_\_\_\_ auch Vereinsanlässe des Vereins F.\_\_\_\_ stattfanden, ist deshalb von untergeordneter Bedeutung, zumal daraus nicht abgeleitet werden könnte, der Beschwerdeführer habe die C.\_\_\_\_ nicht zu wirtschaftlichen Zwecken betrieben.



**1.7.** Ob von einer selbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen ist, richtet sich nicht danach, ob eine Anmeldung bei der SVA erfolgt ist, sodass die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach er sich nicht als selbständig Erwerbender angemeldet habe, irrelevant sind.

**1.8.** Nach dem Gesagten war der Beschwerdeführer selbständig erwerbstätig, indem er in frei bestimmter Selbstorganisation unter Tragung des wirtschaftlichen Risikos die C. \_\_\_ in D. \_\_\_ zum Zwecke der Gewinnerzielung betrieb.

## **2.**

**2.1.** Streitig und zu prüfen ist weiter, ob der Beschwerdeführer trotz seiner selbständigen Erwerbstätigkeit ab dem 1. Oktober 2019 vermittlungsfähig war.

**2.2.** Die Vermittlungsfähigkeit ist eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [AVIG; SR 837.0]). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Der Begriff der Vermittlungsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung schliesst graduelle Abstufungen aus. Entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig oder sie ist es nicht. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört die Arbeitsfähigkeit und Arbeitsberechtigung im objektiven Sinn sowie subjektiv die persönliche Vermittlungsbereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (Urteil des Bundesgerichts vom 20. Mai 2015, 8C\_922/2014, E. 2.1, und BGE 120 V 385 E. 3a, je mit Hinweisen).

**2.3.** Die Bereitschaft der versicherten Person, eine neue Stelle anzutreten, ist aufgrund objektiver Kriterien zu prüfen. Der Wille allein oder die bloss verbal erklärte Vermittlungsbereitschaft der versicherten Person genügen nicht (BGE 122 V 265 E. 4). Wesentlicher Bestandteil der Vermittlungsfähigkeit ist die kurzfristige Verfügbarkeit. Dies bedeutet, dass die arbeitslose Person jederzeit erreichbar und täglich zum Antritt einer Beschäftigung oder arbeitsmarktlichen Massnahme in der Lage sein muss (Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2010, 8C\_1010/2009, E. 6.2; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Rz 268).

**2.4.** Vermittlungsunfähigkeit liegt unter anderem vor, 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 persönliche Umstände lediglich während gewisser Tages- oder Wochenstunden erwerblich betätigen wollen, können nur sehr bedingt als vermittlungsfähig anerkannt werden. Denn sind einer versicherten Person bei der Auswahl des Arbeitsplatzes so enge Grenzen gesetzt, dass das Finden einer Stelle sehr ungewiss ist, muss Vermittlungsunfähigkeit angenommen werden. Der Grund für die Einschränkung in den Arbeitsmöglichkeiten spielt keine Rolle. Die Vermittlungsfähigkeit beurteilt sich somit aufgrund der konkreten Aussichten auf eine Anstellung auf dem für die versicherte Person in Betracht fallenden Arbeitsmarkt. Zwingende abstrakte Kriterien gibt es nicht (Urteil des Bundesgerichts vom 20. Mai 2014, 8C\_922/2014, E. 4.1 und E. 4.2 mit Hinweisen; Nussbaumer, a.a.O., Rz 266).

**2.5.** Die Frage der Vermittlungsfähigkeit beurteilt sich prospektiv, das heisst vom Zeitpunkt der Antragstellung aus. Massgebend sind die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich bis zum Erlass des Einspracheentscheides entwickelt haben (BGE 120 V 385 E. 2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2005, C 56/05, E. 2.2).

### 3.

**3.1.** Wie der Beschwerdegegner zutreffend ausführt, macht er dem Beschwerdeführer nicht zum Vorwurf, dass dieser sich ursprünglich für die Förderung der Selbständigkeit angemeldet hat. Insbesondere wurden ihm im Oktober 2019 lediglich die allgemeinen Wartetage und ein Zwischenverdienst aus einer unselbständigen Tätigkeit von den Taggeldleistungen abgezogen. Im November und Dezember 2019 wurde das volle Taggeld ausbezahlt (vgl. act. G3.2/154 ff.), seine Vermittlungsfähigkeit damals also trotz der Tatsache, dass er eine Bar gemietet hatte, nicht weiter in Frage gestellt. Dies deshalb, weil der Beschwerdeführer sowohl gegenüber dem RAV-Berater als auch der für die Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit zuständigen Fachberaterin am 22. Oktober 2019 angegeben hatte, er gebe die selbständige Erwerbstätigkeit auf und suche eine Stelle (vgl. act. G3.1/A37 und A122). Hätte der Beschwerdeführer seine selbständige Erwerbstätigkeit damals wie behauptet aufgegeben, wären ihm daraus, dass er sich ursprünglich für die Förderung der Selbständigkeit angemeldet hatte, somit gegenüber RAV und Arbeitslosenkasse keine Nachteile erwachsen.

**3.2.** Daraus, dass der Beschwerdeführer bereits vor der Anmeldung beim RAV einen fünfjährigen Mietvertrag für die C.\_\_\_\_ abgeschlossen hatte, kann er nichts zu seinen Gunsten ableiten. Mit finanzieller Unterstützung der Arbeitslosenversicherung durfte er nicht rechnen, hatte er zu jenem Zeitpunkt doch noch nicht einmal einen Antrag auf Leistungen gestellt. Ihm musste deshalb bewusst sein, dass er das Risiko aus dem



Abschluss dieses Mietvertrags, namentlich die finanzielle Belastung von monatlich Fr. 2'300.--, selbst trug. Insbesondere hätte er für diese Kosten auch dann weiterhin aufkommen müssen, wenn er andernorts eine Festanstellung angetreten hätte.

**3.3.** Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe sich um einen Nachmieter für die C.\_\_\_\_ bemüht, habe aber wegen der hohen Miete und der Corona-Krise keinen finden können (act. G3.1/A110). Seine diesbezüglichen Bemühungen sind in den Akten nicht dokumentiert. Nachgewiesen ist hingegen, dass der Beschwerdeführer im vorliegend relevanten Zeitraum stets einziger Mieter der C.\_\_\_\_ war und als einziger über das Wirtpatent (Gültigkeitsdauer vom 15. August 2019 bis zum 31. Dezember 2023, vgl. act. G3.1/A101) für diese Bar verfügte (vgl. hierzu auch act. G3.1/A105). Zudem ergibt sich aus den Akten, dass er sowohl 2019 wie auch 2020 und 2021 für die C.\_\_\_\_ tätig war, indem er beispielsweise bei der Kontrolle des Arbeitsinspektorats am 14. November 2019 wie auch bei der Polizeikontrolle am 12. Dezember 2020 vor Ort angetroffen wurde (act. G3.2/49 ff.), am 25. September 2019 ein Baugesuch betreffend Aussenmöblierung der C.\_\_\_\_, Verlängerung der Öffnungszeiten und Anbringen von Reklameeinrichtungen am Gebäude einreichte, welches er am 27. Februar und 21. April 2020 ergänzte (act. G3.1/A104), für März, Mai, Juni, Juli, August und Dezember 2020 Arbeitseinsätze für seine Angestellte meldete (vgl. act. G3.2/67) und nach eigenen Angaben durch Einnahmen aus dem Barbetrieb deren Unkosten, insbesondere die Miete deckte oder zu decken versuchte. Selbst wenn der Beschwerdeführer sich um einen Nachmieter bemüht hätte – was nicht ausgewiesen ist – ändert dies somit nichts daran, dass er im hier interessierenden Zeitraum Zeit und Arbeit in den Barbetrieb investierte, die damit verbundenen finanziellen Verpflichtungen wahrnahm und auch gegen aussen als Barbetreiber auftrat (Baubewilligung / Meldeverfahren / Antreffen vor Ort).

#### 4.

**4.1.** Gemäss der Baubewilligung der Gemeinde E.\_\_\_\_ durfte die C.\_\_\_\_ zu folgenden Zeiten geöffnet sein: Dienstag bis Donnerstag und Sonntag von (...) bis (...) Uhr, Freitag und Samstag von 08:00 bis 02:00 Uhr (act. G3.1/A104). Diese Öffnungszeiten gehen weit über ein Vollzeitpensum hinaus. Der Beschwerdeführer hatte jedoch an der Eingangstür der C.\_\_\_\_ Öffnungszeiten für Dienstag bis Donnerstag und Sonntag von 16:00 bis 24:00 Uhr und für Freitag und Samstag von (...) bis (...) Uhr angegeben (vgl. act. G3.1/A104 und A105 sowie act. G3.2/49), sodass davon auszugehen ist, dass die C.\_\_\_\_ nur zu diesen Zeiten geöffnet war. Damit ergeben sich Öffnungszeiten von 50 Stunden pro Woche. Neben einer reinen Präsenzzeit von 50 Stunden in der C.\_\_\_\_, zu der noch Vorbereitungs- und Aufräumarbeiten ausserhalb der Öffnungszeiten



hinzugekommen wären, wäre dem Beschwerdeführer eine unselbständige Erwerbstätigkeit nicht mehr möglich gewesen, zumal er in diesem Fall schon deutlich mehr als ein Arbeitspensum von 100 % geleistet hätte.

**4.2.** Der Beschwerdeführer macht geltend, drei Personen hätten in der C.\_\_\_\_ ausgeholfen, wobei eine Person über die erforderlichen Qualifikationen zu seiner Stellvertretung verfügt hätte. Er weist in diesem Zusammenhang drei Vereinbarungen mit diesen Personen vor. Diese Vereinbarungen datieren vom 12. August 2019, betreffen freiwillige, unentgeltliche Einsätze, welche einen wöchentlichen Zeitaufwand von 20 Stunden nicht übersteigen sollen, und können mit einer Frist von einem Monat aufgelöst werden (act. G3.1/A101). Es mutet ungewöhnlich an, dass die genannten Personen bis zu 20 Stunden wöchentlich unentgeltlich in einer Bar arbeiten sollen. Gemäss den vorgelegten Vereinbarungen sind sie hierzu denn auch nicht verpflichtet, andernfalls würde es sich nicht mehr um freiwillige Einsätze handeln. Mangels Entgelt fehlt es an einer Gegenleistung (die Inklusion in die Haftpflichtversicherung stellt keine Gegenleistung dar), sodass eine rechtliche Durchsetzbarkeit dieser "freiwilligen" Einsätze zumindest fraglich erscheint. Genauere Spezifikationen fehlen in den schriftlichen Vereinbarungen. In welchem Umfang die genannten Personen tatsächlich Arbeitseinsätze in der C.\_\_\_\_ geleistet haben, ergibt sich aus den Akten nicht. Den Unterlagen des Arbeitsinspektorats ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer anlässlich der Polizeikontrolle vom 17. Dezember 2020 angab, während der "Coronazeit" lasse er keine Angestellten bei sich arbeiten, nur er mit seiner Tochter würden arbeiten (vgl. act. G3.2/50). Es kann indes letztlich offenbleiben, in welchem Umfang die genannten Personen freiwillige Einsätze geleistet haben. Denn mit den vorgelegten Vereinbarungen wäre der Betrieb der C.\_\_\_\_ für den Fall, dass der Beschwerdeführer eine unselbständige Tätigkeit aufnehmen würde, jedenfalls in keiner Weise gewährleistet gewesen.

**4.3.** Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer als einziger über ein Patent der Gemeinde E.\_\_\_\_ zur Ausübung der gastgewerblichen Tätigkeit für die C.\_\_\_\_ verfügt (vgl. act. G3.1/A101). Selbst wenn die von ihm bezeichnete Stellvertretung, wie der Beschwerdeführer geltend macht, über die Voraussetzungen für den Erwerb des Wirtepatents für die C.\_\_\_\_ verfügt, so hat sie dieses doch im massgebenden Zeitraum nicht erworben. Ein Patentinhaber, vorliegend also der Beschwerdeführer, muss den Betrieb selbst führen. Er muss während der überwiegenden Dauer der Öffnungszeiten, insbesondere während der Hauptbetriebszeiten, im Betrieb anwesend sein. Zwar kann der Beschwerdeführer als Patentinhaber einen geeigneten Stellvertreter einsetzen, jedoch nur für den Fall, dass er selbst verhindert ist (vgl. Art. 20 Abs. 1 des



Gastwirtschaftsgesetzes des Kantons St. Gallen vom 26. November 1995 [GWG; sGS 553.1]). Das spezifisch auf einen bestimmten Betrieb und auf den verantwortlichen Betriebsleiter lautende Patent ist nicht übertragbar (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a und Art. 5 GWG). Die Stellvertretung des Beschwerdeführers hätte demnach beispielsweise im Krankheitsfall oder für andere unvorhergesehene Verhinderungen kurzfristig zur Überbrückung einspringen können, hätte aber die C.\_\_\_\_ nicht für den Beschwerdeführer weiterführen können, wenn dieser eine unselbständige Erwerbstätigkeit angetreten hätte. Andernfalls würden die gesetzlichen Bestimmungen nach GWG umgangen. Der Beschwerdeführer wäre denn auch beim Beizug seiner Stellvertretung während kürzerer Abwesenheit für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der allgemeinen Ordnung in der C.\_\_\_\_ verantwortlich geblieben. Zudem hätte der Mietvertrag für die C.\_\_\_\_ weiterhin auf den Beschwerdeführer gelautet, sodass er nach wie vor die Pflichten aus diesem Vertrag hätte erfüllen müssen. Die Behauptung des Beschwerdeführers, er hätte jederzeit eine Vollzeitstelle antreten können, trifft daher nicht zu.

## 5.

**5.1.** Der Beschwerdeführer war als selbständig Erwerbender den Regelungen gemäss dem Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11) zwar nicht unterstellt und ein potentieller Arbeitgeber, welcher den Beschwerdeführer tagsüber hätte beschäftigen wollen, hätte grundsätzlich lediglich im Anstellungsverhältnis mit dem Beschwerdeführer die gesetzlichen Bestimmungen einhalten müssen. Das Engagement des Beschwerdeführers im Barbetrieb hätte sich aber zumindest insofern auf eine zusätzliche unselbständige Erwerbstätigkeit ausgewirkt, als der Arbeitnehmer eine Treuepflicht und der Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht hat. Zur Treuepflicht gehört, dass der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen wahrt. Zur Fürsorgepflicht gehört, dass der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis auf die Gesundheit des Arbeitnehmers gebührend Rücksicht nimmt (vgl. Art. 321a Abs. 1 und Art. 328 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220]). Ein potentieller Arbeitgeber hätte demnach im Rahmen der Fürsorgepflicht insofern auf die Gesundheit des Beschwerdeführers achten müssen, als diese durch die Arbeit für ihn nicht übermässig strapaziert werden sollte. Zudem hätte er ein Interesse an einem voll leistungsfähigen Arbeitnehmer gehabt, was bedingt hätte, dass der Beschwerdeführer sich zwischen seinen Arbeitseinsätzen angemessen hätte erholen können und dementsprechend ausgeruht zur Arbeit hätte erscheinen können. Dies wäre vorliegend höchstens dann möglich gewesen, wenn die tägliche



Arbeitszeit zeitnah vor oder nach den Einsatzzeiten des Beschwerdeführers in der C.\_\_\_\_ gelegen hätten und der Beschwerdeführer insgesamt nicht mehr als ein Vollzeitpensum gearbeitet hätte.

**5.2.** Selbst wenn der Beschwerdeführer nicht schon seine gesamte Arbeitskraft in den Betrieb der C.\_\_\_\_ hätte investieren und weniger als 50 Stunden in der C.\_\_\_\_ hätte präsent sein müssen, wäre aufgrund der Tatsache, dass er während der Hauptbetriebszeit in der C.\_\_\_\_ hätte anwesend sein und die Schliessungszeiten hätte gewährleisten müssen (siehe Art. 20 sowie Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b GWG), nur die Zeit kurz nach der Schliessung der C.\_\_\_\_ höchstens noch ein Zeitfenster am Nachmittag (vor der Öffnung der C.\_\_\_\_ (...) bzw. vor der Hauptbetriebszeit der C.\_\_\_\_) für eine unselbständige Erwerbstätigkeit in Frage gekommen. Dabei handelt es sich um unübliche Arbeitszeiten. Der Beschwerdeführer hätte seine Arbeitskraft demnach nicht so einsetzen können, wie es ein Arbeitgeber normalerweise verlangt. Somit war der Beschwerdeführer auch unter der Prämisse, dass ihm nebst dem Barbetrieb noch eine Teilerwerbstätigkeit als unselbständiger Arbeitnehmer möglich gewesen wäre, vermittlungsunfähig (vgl. hierzu E. 2.3 f. vorstehend).

**5.3.** Ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten kann der Beschwerdeführer daraus, dass aufgrund der vom Bund und den Kantonen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie erlassenen Massnahmen die C.\_\_\_\_ ab 17. März 2020 zeitweise vollständig oder teilweise schliessen musste und beim Betrieb gewisse Auflagen einzuhalten waren (vgl. beispielhaft Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus vom 13. März 2020 [COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24; AS 2020 783]; vgl. auch Medienmitteilung des Bundesrats vom 16. März 2020, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78454.html>, abgerufen am 15. August 2022). Zwar führten die Lockdowns und verkürzten Öffnungszeiten dazu, dass der Beschwerdeführer den Barbetrieb jeweils unterbrechen oder einschränken musste. Doch die Dauer der erlassenen Massnahmen war zum Vornherein nicht in einer Weise absehbar, welche dem Beschwerdeführer ermöglicht hätte, dauerhaft eine unselbständige Anstellung anzunehmen. Dadurch, dass er den Barbetrieb jeweils wiederaufnahm, soweit dies möglich war (vgl. hierzu etwa die von ihm im Meldeverfahren beantragten Einsätze für seine Angestellte, act. G3.2/67), ergibt sich, dass er die selbständige Erwerbstätigkeit über den gesamten hier interessierenden Zeitraum weiterführte.



### 6.

**6.1.** Der Beschwerdeführer hat sich vorwiegend für handwerkliche oder industrielle Tätigkeiten (z.B. als Schreiner, Fensterbauer, Dachdecker, Allrounder, Produktions- und Verkaufsmitarbeiter sowie als Chauffeur) und stets auf Vollzeitstellen beworben (vgl. act. G3.1/A43, A49, A52, A67, A71, A74 f., A80, A83, A92 ff., A99, A108 und A120 f.). Aufgrund seiner Verpflichtungen im Barbetrieb waren diese Bewerbungen von vornherein aussichtslos, denn er wäre nicht in der Lage gewesen, eine solche Vollzeitstellung kurzfristig anzutreten und auszuüben, wie es für die Bejahung der Vermittlungsfähigkeit erforderlich gewesen wäre (vgl. E. 2.3 vorstehend). Selbst wenn der Beschwerdeführer eine Teilzeitanstellung hätte annehmen können, wie er im Beschwerdeverfahren geltend macht, durfte er nicht erwarten, ein entsprechendes Angebot zu bekommen, wenn er sich nur um Vollzeitstellen bewarb. Dies hätte ihm bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit auch klar sein müssen.

**6.2.** Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang das Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe überdurchschnittlich viele persönliche Arbeitsbemühungen unternommen, was zeige, dass er bereit gewesen sei, eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Wie vorstehend dargelegt waren die getätigten Bewerbungen, welche allesamt auf eine Vollzeitstellung gerichtet waren, von Beginn weg wenig aussichtsreich.

**6.3.** Ebenfalls keinen Nachweis für seine Vermittlungsfähigkeit stellt der Brief der H.\_\_\_\_ GmbH vom 14. Januar 2021 an den Beschwerdeführer dar, in welchem ihm bei diesem Unternehmen eine Anstellung ab 1. Oktober 2021 zugesichert wird (act. G3.1/A97). Es fällt auf, dass der Beschwerdeführer auf den Formularen "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen" nicht vermerkt hat, dass er sich bei der H.\_\_\_\_ GmbH überhaupt beworben hat. Zudem ist es sehr ungewöhnlich, dass ein Unternehmen mehr als neun Monate vor dem Beginn eines Arbeitsverhältnisses eine Stellenzusage macht. Die Erklärung der H.\_\_\_\_ GmbH, wonach eine frühere Anstellung wegen der Auftragslage nicht möglich sei, sie aber ab Oktober 2021 einen Grossauftrag habe, für den sie auf Unterstützung angewiesen sei (act. G3.1/A101), ist wenig überzeugend, und dass der Beschwerdeführer ausgerechnet eine Stelle exakt nach Ablauf der Rahmenfrist angenommen haben will, ist mehr als auffällig.

**6.4.** Nach dem Gesagten ist mit dem Beschwerdegegner festzuhalten, dass der Beschwerdeführer ab 1. Oktober 2019 nicht vermittlungsfähig war.



### 7.

**7.1.** Der Beschwerdeführer bringt vor, wenn ihm aufgrund seiner Tätigkeit für die C.\_\_\_\_ die Vermittlungsfähigkeit abgesprochen werde, so habe der Beschwerdegegner seine Beratungspflicht verletzt. Gestützt auf den Vertrauensschutz dürfe ihm die Vermittlungsfähigkeit nicht rückwirkend abgesprochen werden.

**7.2.** Gemäss Art. 27 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) hat jede Person Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Sinn und Zweck der Beratungspflicht ist, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des jeweiligen Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Die Beratung ist grundsätzlich auf entsprechendes Begehren der betreffenden Person sowie ohne Antrag vorzunehmen, wenn der Versicherungsträger einen entsprechenden Bedarf feststellt. Zum Kern der Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden. Solange der Versicherungsträger bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit nicht erkennen kann, dass die Situation einer versicherten Person den Leistungsanspruch zu gefährden vermag, trifft ihn keine Aufklärungs- und Beratungspflicht im Sinne von Art. 27 ATSG. Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht kommt einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich, weshalb dieser in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen hat (BGE 143 V 341 E. 5.2.1 und Urteil des Bundesgerichts vom 5. August 2019, 8C\_127/2019 E. 4.2 f., je mit Hinweisen).

**7.3.** Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung [BV; SR 101]), der den Bürger im berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der rechtsuchenden Person gebieten. Damit sich eine Person auf den Vertrauensschutz berufen kann, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

1. die Behörde hat in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt;
2. sie war für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig oder die rechtsuchende Person durfte die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten;



3. die rechtsuchende Person konnte die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen;

4. sie hat im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und

5. die gesetzliche Ordnung hat seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren (BGE 143 V 341 E. 5.2.1; BGE 131 V 472 E. 5; Urteil des Bundesgerichts vom 06. Juni 2007, C 25/06).

**7.4.** Zwischen den getroffenen Dispositionen und der behördlichen Vertrauensgrundlage muss ein Kausalzusammenhang bestehen, wofür kein strikter Beweis verlangt wird. Es genügt, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Geschehensablauf spricht (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 2011, 8C\_804/2010, E. 7.1).

## 8.

**8.1.** Der Beschwerdeführer macht geltend, der Beschwerdegegner habe seit dem 14. November 2019 (Kontrolle Arbeitsinspektorat) gewusst, dass er eine Bar führe. Er habe den Beschwerdegegner nicht hinters Licht geführt. Dieser hätte deshalb damals schon ein Verfahren einleiten müssen. Ihm sei aber nie klar kommuniziert worden, dass seine Vermittlungsfähigkeit rückwirkend ab dem 1. Oktober 2019 nicht gegeben sei, wenn er die C.\_\_\_\_ weiterführe. Er sei deshalb in guten Treuen davon ausgegangen, dass er nicht mit Sanktionen rechnen müsse, solange er jederzeit eine Stelle antreten könne. Er hätte nie gedacht, dass er mit der Vermittlungsfähigkeit Probleme bekommen könnte. Hätte der Beschwerdegegner ihn darauf aufmerksam gemacht, so hätte er die C.\_\_\_\_ aufgegeben.

**8.2.** Der Beschwerdeführer war schon während seines Arbeitsverhältnisses bei der B.\_\_\_\_ GmbH aufgrund von Differenzen mit seiner Arbeitgeberin rechtlich vertreten. Anlässlich des Erstgesprächs vom 13. August 2019 mit seinem RAV-Personalberater äusserte er mehrfach, er werde alles mit seiner Anwältin besprechen (vgl. act. G3.1/A122). Aus den Akten ergibt sich, dass er sich mindestens bis Januar 2020 rechtlich beraten und unterstützen liess. So nahm seine Anwältin unter anderem am 22. Oktober



2019 und am 2. Januar 2020 für ihn Stellung zum Kündigungsgrund (act. G3.2/218, G3.2/219 ff. und G3.2/168 f).

**8.3.** Aus dem "FöSe Protokoll Erstgespräch" ergibt sich, dass die für die Förderung der Selbständigkeit zuständige Fachberaterin den Beschwerdeführer anlässlich des Gesprächs vom 1. Oktober 2019 ausführlich auf die Konsequenzen im Anschluss an eine Planungsphase aufmerksam gemacht hat. Sie hat ihm insbesondere mitgeteilt, dass die Aufnahme der Selbständigkeit zur Abmeldung von der Arbeitslosenversicherung führe, während eine Nichtaufnahme der Selbständigkeit die komplette Aufgabe der geplanten Selbständigkeit zur Folge habe. Zudem hat sie den Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass bis zur allfälligen Gutheissung einer Planungsphase Arbeitsbemühungen notwendig seien (act. G3.1/A37).

**8.4.** Am 22. Oktober 2019 rief der Beschwerdeführer die Fachberaterin an und teilte mit, er habe sich alles nochmals überlegt, er werde sich nicht selbständig machen und darum eine Stelle suchen. Er nehme mit dem RAV-Berater Kontakt auf (act. G3.1/A37). Gegenüber seinem RAV-Berater äusserte der Beschwerdeführer gleichentags, er gebe die Selbständigkeit auf. Sein Anwalt und er hätten sich darauf geeinigt, dass es besser wäre, wenn er eine Festanstellung suche. Er werde definitiv eine Festanstellung suchen. Die Förderung der Selbständigkeit sei kein Thema mehr (act. G3.1/A122).

**8.5.** Nachdem das Arbeitsinspektorat am 2. Dezember 2019 eine Meldung an das RAV machte, wonach der Beschwerdeführer anlässlich einer Kontrolle in der C.\_\_\_\_ angetroffen worden sei (vgl. act. G3.2/48 ff.), sprach der RAV-Berater den Beschwerdeführer am 5. Dezember 2019 darauf an und vermerkte dazu Folgendes: "Kunde teilte PB mit, dass es die C.\_\_\_\_ (noch von Föse) immer noch gibt. Kunde sucht jedoch so schnell wie möglich einen Nachmieter, um die C.\_\_\_\_ loszuwerden, weil sonst Kunde nicht mehr vermittlungsfähig ist (kann nicht 100% Stelle suchen und nebenbei 100% eine Bar führen). Falls Kunde keinen Nachmieter finden würde, überlegt er sich das Pensum zu senken und die C.\_\_\_\_ noch zu behalten, oder die C.\_\_\_\_ an den Arbeitskollegen zu überschreiben. Die Variante des Kunden, die er auch vorhat umzusetzen ist, für die C.\_\_\_\_ einen Nachmieter zu suchen um eine 100% Festanstellung nachgehen zu können" (act. G3.1/A122).



**8.6.** Der Beschwerdeführer war im entscheidenden Zeitraum anwaltlich beraten und hat nach eigenen Angaben mit seiner Anwältin auch die Auswirkungen der (Weiter-)Führung der C.\_\_\_\_ auf seinen allfälligen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besprochen. Der Beschwerdeführer musste daher wissen, dass er nicht gleichzeitig für die C.\_\_\_\_ tätig sein und Arbeitslosenentschädigung beziehen kann. Darauf wurde er auch von der Fachberaterin und vom RAV-Berater unmissverständlich hingewiesen. Auch musste ihm aufgrund des Hinweises der Fachberaterin klar sein, dass persönliche Arbeitsbemühungen nicht zu einem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung führen, solange er seiner selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht. Die Fachberaterin machte klar, dass er die geplante Selbständigkeit komplett aufgeben müsse, wenn er Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben wolle.

**8.7.** Der Beschwerdegegner räumt ein, dass die Weiterführung der C.\_\_\_\_ in den Beratungsgesprächen nach dem 5. Dezember 2019 kein Thema mehr gewesen sei, sei als Beratungsfehler einzustufen. Indes hat der Beschwerdeführer selbst mit seinen Angaben, er werde die C.\_\_\_\_ definitiv aufgeben und damit, dass er überdurchschnittlich viele Bewerbungen ausschliesslich für Vollzeitstellen verfasste, dazu beigetragen, dass das Thema in der Beratung nicht mehr aufgegriffen wurde. Wie sich aus den voranstehenden Ausführungen ergibt, kann der Beschwerdeführer sich auch nicht darauf berufen, ihm sei nicht klar gewesen, dass er einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht. Er wusste, dass er Zeit und Arbeit in eigener Organisation verwendete, um einen Gewinn zu erzielen, welcher wenigstens die Unkosten, namentlich die Miete für die C.\_\_\_\_ deckte. Dennoch hat er die Frage im Formular "Angaben der versicherten Person", ob er eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt habe, stets verneint (vgl. beispielhaft act. G3.2/211).

**8.8.** Der Beschwerdeführer musste seit Oktober 2019 wissen, dass sich eine Fortführung des Barbetriebs auf seine Vermittlungsfähigkeit auswirken würde. Aufgrund der ihm erteilten Auskünfte vom Oktober 2019 hätte er ohne Weiteres erkennen müssen, dass er bei Fortführung des Barbetriebs keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, zumal die Fachberaterin ihm bereits mitgeteilt hatte, dass er nach der – damals bereits weitestgehend abgeschlossenen – Planungsphase entweder die selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen könne oder diese definitiv



beenden müsse, wenn er Leistungen der Arbeitslosenkasse beanspruchen wolle. Dennoch informierte der Beschwerdeführer weder darüber, dass er die C.\_\_\_\_ weiterhin betrieb, noch ersuchte er um diesbezügliche Beratung. Nachdem er unmissverständlich angekündigt hatte, er werde die Selbständigkeit definitiv aufgeben und die Frage nach einer selbständigen Erwerbstätigkeit auf dem Formular "Angaben der versicherten Person" konsequent verneinte, ist nachvollziehbar, dass der RAV-Berater nach dem Gespräch vom 5. Dezember 2019 keinen weiteren Beratungsbedarf in dieser Hinsicht feststellte. Eine Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ATSG erscheint daher zumindest fraglich.

**8.9.** Ob die Beratungspflicht verletzt wurde, kann letztlich offen bleiben, denn damit der Vertrauensschutz Wirkung entfalten kann, ist auch erforderlich, dass der Beschwerdeführer bei noch umfassenderer Beratung seine selbständige Tätigkeit aufgegeben hätte. Dafür bestehen keine Anhaltspunkte. Selbst nach der Mitteilung des Beschwerdegegners vom 3. März 2021, wonach die Aberkennung der Vermittlungsfähigkeit ab Antragsstellung erwogen werde (act. G3.1/A100), gab er seine selbständige Erwerbstätigkeit nicht auf. Deshalb kommt der Vertrauensschutz gemäss Art. 9 BV unabhängig davon, ob überhaupt eine Verletzung der Beratungspflicht vorliegt, mangels Kausalität nicht zur Anwendung.

**8.10.** Nach dem Gesagten ist die vorliegende Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Gerichtskosten sind keine zu erheben (vgl. Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG).

### Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.