

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2021 12

Entscheid vom 19. April 2021

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
lic.iur. Anna Maria Rüesch, Gerichtsschreiberin

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. B. _____,

gegen

Amt für Arbeit, Lückenstrasse 8, Postfach 1181, 6431 Schwyz,
Vorinstanz,

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Vermittlungsfähigkeit;
Art. 31 Abs. 3 lit c AVIG)

Sachverhalt:

A. A._____ (geb. _____1981; russische Staatsangehörige; Niederlassungsbewilligung Ausweis C) arbeitete seit dem 1. Dezember 2015 bei der C._____ AG mit Sitz in _____ (nachfolgend C._____) in einem Teilzeitpensum im Marketingbereich, ehe ihr im Februar 2017 auf den 31. Juli 2018 infolge betriebsbedingter Reorganisation gekündigt wurde (vgl. Vi-act. 1, 2).

B. Alsdann liess A._____ mit ihrem Ehemann D._____ am 11. Oktober 2018 die "E._____ KLG" (Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Marketing, Consulting und Schulung in Marketing) mit Sitz in _____ ins Handelsregisteramt des Kanton Zürich eintragen, wobei sich das Firmendomizil an ihrer damaligen, privaten Wohnadresse befand. A._____ und ihr Ehemann fungierten beide als Gesellschafter mit Einzelunterschrift (vgl. Vi-act. 7[6] i.V.m. Vi-act. 1). Per 31. März 2020 wurde die "E._____ KLG" aufgelöst, resp. wurde das Geschäft "F._____" (Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Marketing, strategische Beratung, Customer Experience und Schulung im Marketing und Design Thinking) als Einzelunternehmen des Ehemannes D._____ fortgeführt (vgl. Vi-act. 7[6]). Per 16. Oktober 2020 ist das Einzelunternehmen infolge Geschäftsaufgabe erloschen (vgl. Vi-act. 10).

C. Am 1. April 2020 (Eingang: 8.4.2020) stellte A._____ bei der Arbeitslosenkasse C._____ einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (ALE) ab dem 1. April 2020 im Umfang eines Vollzeitpensums. Daraufhin richtete die Arbeitslosenkasse C._____ von April bis Juni 2020 Arbeitslosenentschädigung aus (vgl. Vi-act. 1, 3).

D. Aufgrund der Wohnsitzverlegung des Ehepaars von _____ (Kt ZH) nach _____ (Kt SZ) erfolgte per 1. Juli 2020 ein Wechsel der Arbeitslosenkasse in den Kanton Schwyz (vgl. Vi-act. 2). Am 17. August 2020 meldete sich A._____ infolge der Geburt ihres Kindes von der Arbeitslosenversicherung ab und bezog Mutterschaftsentschädigung (vgl. Beschwerde vom 5.2.2021 S. 6 Ziff. 20; Replik vom 5.3.2021 S. 3 Ziff. 11).

E. Mit Schreiben vom 22. September 2020 stellte das Amt für Arbeit des Kantons Schwyz A._____ zur Überprüfung ihrer Vermittlungsfähigkeit mehrere Fragen in Zusammenhang mit der Umwandlung der Kollektivgesellschaft in eine Einzelunternehmung (vgl. Vi-act. 4); diese beantwortete A._____ mit Schreiben vom 2. Oktober 2020 (vgl. Vi-act. 5).

F. Mit Verfügung vom 7. Oktober 2020 hielt das Amt für Arbeit fest, A._____ gelte ab dem 1. Juli 2020 als vermittlungsunfähig; der Entschädigungsantrag werde ab diesem Zeitpunkt bis auf weiteres abgewiesen (vgl. Vi-act. 6).

G. Die am 2. November 2020 eingereichte Einsprache gegen die Verfügung vom 7. Oktober 2020 wies das Amt für Arbeit mit Einspracheentscheid Nr. 274/20 vom 26. Januar 2021 ab (vgl. Vi-act. 7; Vi-act. 9 = Bf-act. 4).

H. Zwischenzeitlich meldete sich A._____ erneut bei der Arbeitslosenkasse zum Bezug von ALE ab dem 26. November 2020 an; das Amt für Arbeit sprach ihr mit Verfügung vom 9. Februar 2021 die Vermittlungsfähigkeit zu bzw. gewährte ihr ALE ab 26. November 2020 (vgl. Vi-act. 11).

I. Mit Eingabe vom 5. Februar 2021 (Eingang: 8.2.2021) lässt A._____ gegen den Einspracheentscheid Nr. 274/20 vom 26. Januar 2021 (Postaufgabe: gleichentags) rechtzeitig Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz einreichen mit folgenden Anträgen:

1. Der angefochtene Einspracheentscheid Nr. 274/20 des Amtes für Arbeit vom 26. Januar 2021 sei dahingehend abzuändern, dass die Beschwerdeführerin ab dem 1. Juli 2020 als vermittlungsfähig gilt.
2. Der angefochtene Einspracheentscheid Nr. 274/20 des Amtes für Arbeit vom 26. Januar 2021 sei aufzuheben, und der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Juli 2020 sei zu bejahen.
3. Eventualiter sei die Sache in Aufhebung des angefochtenen Einspracheent-scheides Nr. 274/20 des Amtes für Arbeit vom 26. Januar 2021 zu ergänzenden Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen oder es seien selber ergänzende Abklärungen vorzunehmen.
4. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Par-teientschädigung für das Einspracheverfahren zuzusprechen.
5. Unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

J. Mit Vernehmlassung vom 26. Februar 2021 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Am 5. März 2021 liess die Beschwerdeführerin eine Replik einreichen.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Am 1. April 2020 beantragte die Beschwerdeführerin ALE im Kanton C._____ per 1. April 2020, was ihr gewährt wurde. Aufgrund des Wohnsitzwechsels per 1. Juli 2020 in den Kanton Schwyz wechselte auch die Zuständigkeit der Arbeitslosenkasse und des RAV. Mit dem Wechsel ging eine

Neuprüfung des Dossiers einher. Im Vordergrund stand die von der Arbeitslosenkasse dem Amt für Arbeit unterbreitete Frage des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung aufgrund der Gründung der Kollektivgesellschaft, des Ausscheidens der Beschwerdeführerin aus der Firma und der Umwandlung/Weiterführung der Firma als Einzelunternehmung durch den Ehemann im Sinne von Art. 579 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) vom 30. März 1911 (vgl. Ingress Bst. B; Vi-act. 3). Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs verfügte die Vorinstanz am 7. Oktober 2020, die Beschwerdeführerin gelte ab dem 1. Juli 2020 als vermittlungsunfähig aufgrund ihrer Stellung als mitarbeitende Ehegattin bei der F._____ (Vi-act. 6). Den fehlenden Anspruch bestätigte die Vorinstanz im Einspracheentscheid vom 26. Januar 2021. Sie ging dabei nicht auf die Vermittlungsfähigkeit ein, sondern begründete den Entscheid mit der Anwendbarkeit von Art. 31 Abs. 3 lit. b des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0) vom 25. Juni 1982, welcher nicht nur für Kurzarbeitsentschädigung Geltung habe, sondern gemäss Rechtsprechung ebenso für die Arbeitslosenentschädigung. Die Beschwerdeführerin bestreitet beides. Mithin ist strittig und gilt es nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht einen Anspruch auf ALE mangels Vermittlungsfähigkeit resp. infolge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgesprochen hat.

2.1.1 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat die versicherte Person, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 8 AVIG erfüllt. Darnach erforderlich ist unter anderem die Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Die versicherte Person ist vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG).

2.1.2 Die Vermittlungsfähigkeit ist zu verneinen, wenn die versicherte Person u.a. dann nicht bereit oder in der Lage ist, eine Arbeitnehmertätigkeit auszuüben, weil sie eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hat oder aufzunehmen gedenkt, sofern sie dadurch nicht mehr als Arbeitnehmer vermittelt werden bzw. ihre Arbeitskraft in dieser Eigenschaft nicht so einsetzen kann oder will, wie es ein Arbeitgeber normalerweise verlangt (vgl. BGer Urteil 8C_591/2010 vom 25.10.2010 Erw. 3 m.H.a. BGE 112 V 326 Erw. 1a m.w.H.). Denn eine versicherte Person, die sich ausschliesslich der Gründung und dem Aufbau einer eigenen Firma widmet, kann nicht als vermittlungsfähig im Sinne von Art. 15 Abs. 1 AVIG

betrachtet werden, da sie auf Grund ihrer Tätigkeit nicht bereit und in der Lage ist, eine anderweitige Arbeit aufzunehmen (vgl. ARV 1990 Nr. 3 S. 25, C 89/89). Übt eine versicherte Person während ihrer Arbeitslosigkeit eine selbständige Erwerbstätigkeit aus, ist die volle Vermittlungsfähigkeit folglich nur solange gegeben, als die selbständige Erwerbstätigkeit ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden kann (vgl. BGer Urteil 8C_672/2012 vom 5.12.2012 Erw. 2; Urteil des früheren Eidg. Versicherungsgerichts [EVG, heute: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen] C 353/00 vom 16.7.2001 Erw. 2b).

2.1.3 Versicherte, die im Hinblick auf anderweitige Verpflichtungen oder besondere persönliche Umstände lediglich während gewissen Tages- oder Wochenstunden sich 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 (vgl. BGE 112 V 137 Erw. 3).

2.2.1 Losgelöst der Vermittlungsfähigkeit wird ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung generell auch in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ausgeschlossen. Danach 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. Praxisgemäss ist diese Bestimmung analog auf arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten anzuwenden, die Arbeitslosenentschädigung verlangen (vgl. BGE 145 V 200 Erw. 4.1 m.H.a. BGE 123 V 234; vgl. hierzu ferner VGE II 2015 59 vom 15.9.2015 Erw. 1.1ff). Denn es handelt sich dabei um Personen (und ihre Ehegatten), denen zwar die Rechtsstellung von Arbeitnehmern zukommt, die jedoch in Bezug auf den Einfluss auf die Unternehmensgeschichte eine arbeitgeberähnliche Position einnehmen.

2.2.2 Wie die Rechtsprechung mehrmals betont hat, ist dieser Ausschluss von der ALE in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG absolut zu verstehen (Urteil BGer 8C_145/2020 vom 17.4.2020 Erw. 3 m.H.a. BGE 123 V 234 Erw. 7; BGE 122 V 270 Erw. 3, Urteil 8C 574/2017 vom 4.9.2018 Erw. 5.2). Es ist somit nicht möglich, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (BGE 142 V 263 Erw. 4.1; SBVR Soziale Sicherheit-Nussbaumer, 3. Aufl. 2016, S. 2405 Rz. 464).

2.2.3 Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG bezweckt, dem Risiko eines Missbrauchs zu begegnen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten inhärent ist. Es soll insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Wer demnach am Entscheid über das Eintreten des Versicherungsfalles (der Kurzarbeit oder Arbeitslosenentschädigung oder Insolvenzentschädigung) selber massgeblich beteiligt ist, soll aufgrund ebendieses Versicherungsfalles keine Leistungen beanspruchen können (vgl. zum Ganzen: Urteil SVG Kt. ZH AL.2015.00083 vom 14.12. 2015 Erw. 1.2.1 m.H.a. BGE 123 V 234). Ein tatsächlich rechtsmissbräuchliches Verhalten muss der versicherten Person nicht nachgewiesen sein, sondern das Vorhandensein des abstrakten Missbrauchsrisikos genügt. Dieses Risiko ist nach der Rechtsprechung erst dann nicht mehr vorhanden, wenn der Betrieb geschlossen wird und das Ausscheiden des Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung mithin definitiv ist, oder wenn das Unternehmen zwar weiterbesteht, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliert, deretwegen sie aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch ausgeschlossen wäre.

2.3.1 Die Anwendung der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234, wonach eine Überprüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung möglich sein muss, rechtfertigt sich gleichermassen bei selbständig Erwerbstätigen, welche sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmelden (vgl. VGE II 2015 59 vom 15.9.2015 Erw. 1.5). Dabei ist massgebend, ob der Status des Selbständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird (vgl. Urteil des [früheren] Eidg. Versicherungsgerichts [EVG] C 9/05 vom 21.12.2005 Erw. 2.3; BGer Urteil 8C_49/2009 vom 5.6.2009 Erw. 4.3). Es ist nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, die in solchen Fällen anfänglich fehlenden Einnahmen zu ersetzen (vgl. BGer Urteil 8C_81/2009 vom 27.8.2009 Erw. 3.4 m.H.a. ARV 2005 S. 19 u.w.H.; vgl. auch BGer Urteil 8C_635/2009 vom 1.12.2009 Erw. 3.3 und 3.4.2). Rechtsprechungsgemäss ist sodann nicht relevant, ob effektiv für die Firma eine Tätigkeit ausgeübt oder ein Einkommen erwirtschaftet wurde (vgl. BGer Urteil C 277/05 vom 12.1.2007 Erw. 3.4 m.H.; vgl. EVG C 241/05 vom 6.4.2006 Erw. 2.2).

2.3.2 Andauernd selbständig erwerbstätige Personen sind in der Regel bereits von vornherein vom Arbeitslosentaggeldanspruch ausgeschlossen (vgl. BGer Ur-

teil 8C_662/2009 vom 9.12.2009 Erw. 5.1). Hat die versicherte Person das letzte Arbeitnehmerverhältnis selber gekündigt mit dem Ziel, sich selbständig zu machen, wird ihre Anspruchsberechtigung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung (vgl. BGE 123 V 234) zu prüfen sein. Wenn die versicherte Person demgegenüber erst im Verlauf der gemeldeten Arbeitslosigkeit, also während der laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug, eine eigene Firma gegründet hat oder ist sie unfreiwillig aus einem Arbeitnehmerverhältnis ausgeschieden und hat sie sich nicht umgehend zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet, sondern durch die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit eine Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung zu vermeiden versucht, ist es sachlich gerechtfertigt, den Leistungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Aufbaus einer auf Dauer angelegten oder nur vorübergehenden Selbständigkeit und der Vermittlungsfähigkeit zu prüfen (vgl. BGer Urteil 8C_672/2012 vom 5.12.2012 Erw. 2 m.H.a. BGer Urteil 8C_81/2009 vom 27.8.2009 Erw. 3.3 und 3.4; vgl. auch EVG C 241/05 vom 6.4.2006 Erw. 2.2; BGer Urteil C 171/03 vom 31.3.2004 Erw. 2.3.1ff.; VGE II 2015 59 Erw. 1.5).

2.3.3 Die Dauerhaftigkeit der Selbständigkeit ist folglich insofern von Bedeutung, als sie allenfalls die Vermittlungsfähigkeit in Frage stellt. Sie ist indessen keine negative Anspruchsvoraussetzung, bei deren Vorliegen ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von vornherein ausgeschlossen wäre (vgl. BGer Urteil 8C_672/2012 vom 5.12.2012 Erw. 2 m.H.). Die Vermittlungsfähigkeit und daraus folgend der Leistungsanspruch sind jedoch dann 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 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. BGer Urteil 8C_81/2009 vom 27.8.2009 Erw. 3.4 m.H.).

3.1 Mit Verfügung vom 7. Oktober 2020 wurde der Beschwerdeführerin die Vermittlungsfähigkeit per 1. Juli 2020 abgesprochen. Der Verfügung kann entnommen werden, dass die Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit aufgrund des Umstandes erfolgte, dass die Beschwerdeführerin bei der von ihr am 11. Oktober 2018 mit ihrem Ehemann gegründeten Firma "E. _____ KLG" als Gesellschafterin im Handelsregister eingetragen war, sie per 31. März 2020 aus der Firma austrat, diese Firma gleichentags in die Einzelunternehmung "F. _____" umgewandelt und vom Ehemann weitergeführt werde (vgl. Vi-act. 6). Weiter wird in der Verfügung die Vermittlungsfähigkeit als eine Voraussetzung der ALE dargestellt (Art. 8 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 AVIG) und auf die

Rechtsprechung zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verwiesen. Entscheidend sei dabei der Handelsregistereintrag, denn das Ausscheiden einer arbeitgeberähnlichen Person müsse an Hand eindeutiger Kriterien überprüfbar sein, die keine Zweifel am endgültigen Austritt aus der Firma offen lassen würden. Aufgrund des festgestellten Sachverhalts gelte die Versicherte ab dem 1. Juli 2020 als nicht vermittlungsfähig.

3.2 Im Einspracheentscheid Nr. 274/20 vom 26. Januar 2021 bestätigte die Vorinstanz die Verfügung vom 7. Oktober 2020. Sie begründet dies damit, die Beschwerdeführerin und ihr Ehegatte hätten am 11. Oktober 2018 eine Kollektivgesellschaft gegründet, diese jedoch am 31. März 2020 aufgelöst bzw. in ein Einzelunternehmen umgewandelt; gleichzeitig sei die Beschwerdeführerin aus dem Unternehmen ausgeschieden, der Ehemann indes als Inhaber der Einzelunternehmung eingetragen worden. Ab diesem Zeitpunkt sei der Ehegatte in der Lage gewesen, die Geschäftstätigkeit weiterzuführen, was eine erneute Beschäftigung der Ehefrau in seiner Firma in beliebigem Umfang aufgrund seiner bestehenden Dispositionsfreiheit jederzeit möglich gemacht habe. Solange der Ehegatte eine vollständige unternehmerische Dispositionsfreiheit mit der jederzeitigen Möglichkeit beibehalte, die Versicherte wieder in sein Unternehmen einzubinden, bleibe eine Missbrauchsgefahr bestehen bzw. wäre diese nicht von der Hand zu weisen; ob der Ehegatte in dieser Zeit selber wirtschaftlich tätig gewesen sei, sei nicht von Belang, da einzig und allein seine Dispositionsfreiheit, seine Ehegattin jederzeit wieder einstellen zu können, zähle. Da die Beschwerdeführerin die selbständige Erwerbstätigkeit aus wirtschaftlichen Gründen am 31. März 2020 aufgegeben habe, könne davon ausgegangen werden, dass diese selbständige Erwerbstätigkeit erneut aufgenommen würde, sobald sich genügend Aufträge finden liessen und somit wieder ein Einkommen generiert würde. Es könne auch keine Rede davon sein, dass die Beschwerdeführerin mit der Einzelfirma ihres Ehemannes nichts zu tun gehabt habe. Erst die definitive Löschung der Einzelfirma am 16. Oktober 2020 würde einen grundsätzlichen Anspruch aufleben lassen, sofern die Beschwerdeführerin vermittlungsfähig wäre und den restlichen Anspruchsvoraussetzungen nachkommen würde. Dabei müsste insbesondere die Frage der Kinderbetreuung geregelt sein, was vorliegend jedoch nicht zu prüfen sei.

Vernehmlassend stellte die Vorinstanz sodann klar, vorliegend stelle sich nicht primär die Frage der Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin (als Teilaspekt der Anspruchsberechtigung), sondern die Frage, ob sie gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung (zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) im Sinne der Missbrauchsverhütung nicht anspruchsberechtigt sei. Dies sei vorliegend zu

bejahen, weshalb kein Anspruch auf ALE bestehe (vgl. Einspracheentscheid Nr. 274/20 vom 26.1.2021 S. 5 Ziff. 8, 10; Vernehmlassung vom 26.2.2021 S. 3).

3.3 Die Beschwerdeführerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, ihr Anspruch auf ALE sei angesichts des Fehlens einer Tätigkeit für das Einzelunternehmen ihres Ehegatten, ihrer Suchbemühungen und der nachgewiesenen Bereitschaft, jederzeit eine Vollzeitanstellung anzunehmen, sehr wohl gegeben.

Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass sie auch weiterhin gestützt auf ihre unselbständige Erwerbstätigkeit bei der C._____ AG Arbeitslosentaggelder beziehen möchte. Sie habe nach ihrer Entlassung bei der C._____ AG etwas Eigenes aufbauen und nicht dem Staat zur Last fallen wollen; in der Folge habe sie zusammen mit ihrem Ehemann im Oktober 2018 ihre eigene Beratungsfirma "E._____ KLG" gegründet. Anfangs sei der Verdienst ähnlich wie bei der C._____ AG gewesen; da indes die Aufträge und in der Folge auch ihr Einkommen bereits seit Oktober 2019 und infolge der Corona-Pandemie stark zurückgegangen seien, habe sie sich dazu entschieden, aus der Firma auszutreten, um als Vollzeitkraft wieder auf den Stellenmarkt zurückzukehren. Sie habe denn auch bereits frühzeitig Bewerbungsschreiben bei grösseren Unternehmungen eingereicht. Ursprünglich habe sie ihr Unternehmen liquidieren wollen; nachdem jedoch das Handelsregisteramt ihnen die Möglichkeit ihres Austritts aus der Unternehmung und dessen Umwandlung in eine Einzelfirma - mit ihrem Ehemann als Inhaber - aufgezeigt habe, hätten sie sich für diese Lösung entschieden; dies zumal ihr Ehegatte auch weiterhin als zulässige Nebenerwerbstätigkeit zu seinem Vollzeitpensum bei der C._____ AG einige Workshops pro Jahr hätte durchführen können. Vom Zeitpunkt der Registrierung bis zur Löschung am 16. Oktober 2020 sei die Einzelfirma jedoch nie aktiv gewesen. Auch habe sie selber nie für das Einzelunternehmen gearbeitet; weder entgeltlich noch unentgeltlich. Die Einzelfirma sei allein Sache ihres Ehemannes gewesen. Dass er die Beschwerdeführerin in der Zeit vom 1. Juli bis 16. Oktober 2020 jederzeit hätte anstellen können, sei sodann einerseits nicht der entscheidende Punkt und andererseits unbestrittenermassen nie geschehen; dies zumal die Beschwerdeführerin beabsichtigt habe, wieder eine Anstellung wie damals bei der C._____ AG zu finden. Nur weil ihr Ehemann Inhaber einer Einzelfirma gewesen sei, könne nicht einfach von einem Umgehungstatbestand ausgegangen werden. Dies würde darauf hinauslaufen, dass jede versicherte Person vom Anspruch auf ALE ausgeschlossen wäre, sofern der Ehegatte Firmeninhaber sei (ohne dass diese zuvor bei ihrem Ehegatten angestellt gewesen wäre). Die Anspruchsberechtigung könne daher nicht infolge angeblicher arbeitgeberähnlicher Stellung des Ehemannes abgesprochen werden, auch nicht bis zur erfolgten, definitiven Lö-

schung der Einzelfirma am 16. Oktober 2020 (vgl. Beschwerde vom 5.2.2021 S. 5ff. Ziff. 14, 18, 23f., 26f.). Schliesslich weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass selbst gemäss der vorinstanzlichen Darstellung seit dem 16. Oktober 2020 nicht von einem Umgehungstatbestand gesprochen werden könne, weshalb sie gestützt auf die zwischenzeitlich erlassene Verfügung vom 9. Februar 2021 ab dem 26. November 2020 als vermittlungsfähig gelte und ihr seither denn auch ein Leistungsanspruch gewährt werde (vgl. Replik vom 5.3.2021 S. 3 Ziff. 6-8).

4. Zunächst gilt es klarzustellen, dass infolge des Wechsels des Wohnsitzkantons resp. der Arbeitslosenkasse per 1. Juli 2020 und der Abmeldung von der Arbeitslosenversicherung per 17. August 2020 nurmehr strittig und daher nachfolgend zu beurteilen ist, ob die Beschwerdeführerin in der Zeit vom 1. Juli 2020 bis am 17. August 2020 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat bzw. hatte (vgl. hierzu vorstehend Ingress Bst. D, H).

Gleichzeitig sei an dieser Stelle angemerkt, dass zwischenzeitlich die Vorinstanz nach erneuter Anmeldung der Beschwerdeführerin bei der Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 9. Februar 2021 die Voraussetzungen zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 26. November 2020 als erfüllt beurteilt hat, nachdem auch die Einzelfirma gelöscht wurde (vgl. hierzu vorstehend Ingress Bst. H).

4.2 Vorliegend gilt es somit aufgrund der Akten zu klären, ob die Beschwerdeführerin zum einen vom 1. Juli 2020 bis 17. August 2020 als vermittlungsfähig zu betrachten ist; insbesondere ob der Beschwerdeführerin seit der Auflösung ihrer Beratungsfirma per Ende März 2020 und Fortführung der Einzelunternehmung ihres Ehemann ihr die Vermittlungsfähigkeit abzusprechen ist. In der angefochtenen Verfügung wurde die Vermittlungsfähigkeit verneint. Zum andern ist zu klären, ob Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG analog anwendbar ist und die Beschwerdeführerin aus diesem Grunde keinen Anspruch auf ALE hat, wie es die Vorinstanz im Einspracheentscheid und in der Vernehmlassung begründet.

5. Die versicherte Person ist vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (vgl. vorstehend Erw. 2.1.1 ff.)

5.1 Mit der Wohnsitzverlegung der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes von _____ nach _____ per 1. Juli 2020 erfolgte der Arbeitslosenkassenwechsel vom Kanton Zürich in den Kanton Schwyz. In der Folge stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin am 22. September 2020 zur "Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit" mehrere Fragen im Zusammenhang mit der Einzelunternehmung ihres Ehemannes "F. _____" (vgl. Vi-act. 4). Auf die Frage seit wann

und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin für das Einzelunternehmen "F._____" ihres Ehemannes gearbeitet habe bzw. welche Aufgaben sie in dieser Unternehmung innegehabt habe, antwortete die Beschwerdeführerin am 2. Oktober 2020, sie habe nie für die Einzelunternehmung gearbeitet; sie habe seit dem 18. März 2020 keine selbständige Tätigkeit mehr ausgeübt. Auf die Frage der Beweggründe ihres Ausscheidens aus ihrer Beratungsfirma "E._____
KLG" bzw. deren Umwandlung in das Einzelunternehmen "F._____" äusserte sich die Beschwerdeführerin dahingehend, dass seit Oktober 2019 die Anzahl der Aufträge und als Folge davon ihr Einkommen aus der Beratungsfirma allmählich zurückgegangen sei; in der Folge habe sie sich dazu entschieden aus der Firma auszuscheiden, um als Vollzeitkraft wieder auf den Stellenmarkt zurückzukehren; da habe sie für sich in beruflicher wie wirtschaftlicher Hinsicht mehr Potential gesehen. Ursprünglich habe sie ihre Beratungsfirma liquidieren wollen; ihre Absicht sei es gewesen bzw. sei es auch weiterhin, nicht mehr selbständig erwerbend zu sein. Im Handelsregisteramt habe man ihnen neben der Firmenlöschung indes eine weitere Möglichkeit aufgezeigt, nämlich ihren Austritt aus der Firma und die Umwandlung der Kollektivgesellschaft in ein Einzelunternehmen im Sinne von Art. 579 OR, wobei der bisherige Kollektivgesellschafter und Ehemann als Inhaber figuriere. Sie hätten sich für diese Variante entschieden, zumal ihr Ehemann als Inhaber dadurch auch weiterhin einige Workshops pro Jahr über diese Firma hätte durchführen können; allerdings sei das Einzelunternehmen seit seiner Registrierung nie aktiv gewesen. Die Frage der Vorinstanz, ob die Absicht bestehe, die Einzelunternehmung zu liquidieren und im Handelsregister zu löschen, bejahte die Beschwerdeführerin und sie wies darauf hin, dass diese voraussichtlich per Mitte Oktober 2020 liquidiert werden könnte (vgl. Vi-act. 5).

5.2.1 Soweit die Vorinstanz einzig gestützt auf dieses Antwortschreiben vom 2. Oktober 2020 der Beschwerdeführerin ihre Vermittlungsfähigkeit ab 1. Juli 2020 absprechen möchte (vgl. Verfügung vom 7.10.2020 Erw. 6), kann ihr nicht gefolgt werden. Denn es lässt sich eine über die Umwandlung der Beratungsfirma "E._____
KLG" in das Einzelunternehmen "F._____" bzw. Übertragung an ihren Ehemann am 31. März 2020 hinaus beabsichtigte, dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehende Anstellung nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellen.

5.2.2 Vielmehr ist mit der Beschwerdeführerin zu entgegnen, dass sie ihre Beratungsfirma nach Anstellungsende bei der C._____
per 31. Juli 2018 gründete und mit deren Aufbau lediglich bis Oktober 2019 beschäftigt gewesen war. Mangels genügender Aufträge bemühte sie sich seither fortwährend -

lediglich durch die Geburt ihres Kindes am 17. August 2020 bzw. vorangegangener Schwangerschaft unterbrochen -, für sich eine zumutbare (Voll-)Zeitstelle (80%-100%) als Arbeitnehmerin innerhalb eines Unternehmens zu finden - entsprechend ihrer Tätigkeit bei der C._____ AG. Dies führte nachweislich denn auch im November 2019 zu einem ersten Bewerbungsgespräch bei der G._____ sowie im September 2020 zu einem "Digital Interview" bei der H._____ (vgl. Vi-act. 7 [Ziff. 3-5, 7-9]). Mithin ist für das Gericht erstellt, dass die Beschwerdeführerin nach dem Stellenverlust bei der C._____ wohl die Selbständigkeit als Beraterin mit eigener Beratungsfirma suchte und entsprechend auf dem Markt auftrat, sich aber spätestens im Herbst 2019 gegen die Weiterführung der Selbständigkeit entschied. Von dem Moment an stellte sie sich dem Arbeitsmarkt zur Verfügung. Sie suchte Arbeit und war bereit, in der Lage und berechtigt, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Mithin war sie vermittlungsfähig.

5.2.3 Diese persönlichen Arbeitsbemühungen sowie ihr Austritt aus der Beratungsfirma per 31. März 2020 bzw. deren Übertragung an ihren Ehegatten im Sinne von Art. 579 OR sprechen denn auch dafür, dass es der Beschwerdeführerin nicht darum ging, die Firma resp. die Selbständigkeit aufrecht zu erhalten, aber durch allfällige Auftragslücken entstandene finanzielle Engpässe und das damit verbundene Unternehmensrisiko mit ALE abzufedern bzw. zu überbrücken, sondern wieder eine feste (Voll-)Zeitstelle in ihrem angestammten Beruf als Arbeitnehmerin anzunehmen. Denn nachdem die Kollektivgesellschaft (die Beratungsfirma) per 31. März 2020 aufgelöst und als Einzelfirma ihres Ehemannes fortgeführt wurde, nutzte sie diese nicht, um Zwischenverdienste zu erzielen und weitere Aufträge zu erhalten. Ihre Mandate bzw. Aufträge sind einzig auf ihre selbständige Erwerbstätigkeit bei ihrem bis 31. März 2020 im Handelsregister eingetragenen Beratungsunternehmen und mithin auf die Zeit vor der Unternehmensübertragung zurückzuführen; sie hat ihre Homepage nach der Auflösung ihrer Beratungsfirma diesbezüglich denn auch nie angepasst ([https:// _____](https://_____); besucht am 15.3.2021). Auch bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass die Beschwerdeführerin seit dem 31. März 2020 für das Einzelunternehmen "F._____" in irgendeiner Weise tätig gewesen wäre. Die Vorinstanz behauptet dies auch nicht; entsprechende Unterlagen (namentlich Zwischenverdienstrechnungen; Steuerunterlagen; Lohnabrechnungen etc.) liegen nicht vor. Glaubhaft ist mithin die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass sie für das Einzelunternehmen des Ehemannes nie tätig gewesen war und bereits seit Ende 2019 eine dauerhafte Anstellung als Arbeitnehmerin suchte bzw. sucht. Daran vermag auch die Stellung des Ehegatten als Inhaber des Einzelunternehmens nichts zu ändern.

5.3 Aus dem Gesagten ist somit in casu mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ab dem 1. Juli 2020 (bis 17.8.2020) gegeben war. Für diese Auffassung sprechen die Gewährung der ALE durch die Züricher Behörden ab dem 1. April 2020, die zahlreichen, persönlichen Arbeitsbemühungen in ihrem angestammten Tätigkeitsbereich, das Fehlen einer Tätigkeit für das (inaktive) Einzelunternehmen ihres Ehemannes, ihre nachgewiesene Bereitschaft - insbesondere bezüglich der Kinderbetreuung (vgl. Bf-act. 3) -, jederzeit eine Voll-/Teilzeitstellung anzunehmen, sowie die zwischenzeitliche Bejahung der Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ab dem 26. November 2020. Damit hat die Vorinstanz die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin für die Zeit ab dem 1. Juli 2020 (bis 17.8.2020) zu Unrecht verneint.

6. Den Anspruch auf ALE verneint die Vorinstanz sodann gestützt auf die analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Danach haben u.a. mitarbeitende Ehegatten von arbeitgeberähnlichen Personen, die aufgrund ihrer Stellung Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, praxisgemäss keinen Anspruch auf ALE (vgl. vorstehend Erw. 2.2 ff.).

6.1 Auch wenn der Ausschluss vom Anspruch in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG absolut zu verstehen ist (vgl. vorstehend Erw. 2.2.2), so findet dies entgegen der Darstellung der Vorinstanz bei vorliegendem Sachverhalt dennoch keine Anwendung. Es geht dabei nicht darum, der Beschwerdeführerin aufgrund bestimmter Voraussetzungen des Einzelfalles dennoch Leistungen zu gewähren. Vielmehr liegt vorliegend gar kein Anwendungsfall von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vor.

6.2 Die entsprechende Norm will der Missbrauchsgefahr begegnen, wobei der versicherten Person für die Ablehnung eines Leistungsanspruchs kein tatsächlich rechtsmissbräuchliches Verhalten nachgewiesen werden muss; es genügt das Vorhandensein des abstrakten Missbrauchsrisikos. Ein solches liegt vor bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, da deren Arbeitsausfall praktisch unkontrollierbar ist, sie diesen aufgrund ihrer Stellung beeinflussen können. Je nach Geschäftsverlauf können sie selber das Anstellungsverhältnis bzw. die Arbeitslosigkeit herbeiführen. Das Nämliche gilt für die mitarbeitenden Ehegatten.

6.3 Vorliegend steht fest, dass die Beschwerdeführerin bis Ende Juli 2018 Angestellte der C. _____ war. Ihr Ehemann war und ist noch immer in einem Vollzeitpensum als Senior Media Relations Manager ebenfalls für die C. _____ tätig (vgl. https://www._____; besucht am 15.3.2021). Nach dem Stellenverlust gründete die Beschwerdeführerin zusammen mit ihrem Ehemann

die vorerwähnte Kollektivgesellschaft, um eine selbständige Erwerbstätigkeit als Beraterin aufzunehmen. Mithin wurde die Beschwerdeführerin nach dem Stellenverlust nicht arbeitslos, sondern in der von ihr mit ihrem Ehemann gehaltenen Kollektivgesellschaft tätig. Es handelte sich dabei aber um ihre eigene Beratungsfirma (vgl. Internetauftritt www._____.ch, der einzig auf sie und ihre Dienstleistungen, nicht aber den Ehemann und Geschäftspartner verweist). Nach wenig mehr als einem Jahr entschied sich die Beschwerdeführerin - gemäss eigener Darstellung nicht zuletzt mangels Aufträgen -, wieder in ein Anstellungsverhältnis zu wechseln und die Selbständigkeit aufzugeben. Bestätigt wird dieser Entschluss durch die Tatsache, dass sie ab Herbst 2019 Bewerbungen vorzeigen kann sowie ihren Austritt bzw. die Auflösung der Kollektivgesellschaft. Mithin ist es für das Gericht erwiesen, dass die Beschwerdeführerin die Selbständigkeit aufgab und ihre Beratungsfirma auflöste. Die "E._____ KLG" existierte nicht weiter. Was ab April 2020 (d.h. ab jenem Zeitpunkt, da der Kanton Zürich den Anspruch der Beschwerdeführerin auf ALE anerkannte) weiterhin Bestand hatte, war die im Sinne von Art. 579 OR aus der Kollektivgesellschaft hervorgegangene Einzelfirma des Ehemannes. Wie die Beschwerdeführerin indes zu Recht festhält, war sie für diese neue Firma nie tätig; sie war nie mitarbeitende Ehegattin. Die Weiterführung (im Sinne von Art. 579 OR) basiert gemäss Beschwerdeführerin auf einer Beratung des Handelsregisteramtes und sollte dem Ehemann ermöglichen, im Rahmen seiner bewilligten Nebenbeschäftigung Workshops anzubieten. Mit dem Rechtskleidwechsel ging denn auch eine - wenn auch nicht fundamentale - Zweckänderung sowie ein Firmenwechsel einher (vgl. Vi-act. 3). Im Ergebnis verfügte somit ab April 2020 der Ehemann der Beschwerdeführerin über eine Einzelfirma, über die er als Selbständiger in Nebenbeschäftigung Dienstleistungen anbieten konnte. Mit der Beratungstätigkeit der Beschwerdeführerin und ihrer "E._____ KLG" hatte dies nichts mehr gemein. Es handelt sich nicht um eine Firma, in der sie als mitarbeitende Ehegattin mitarbeitete, die sie wegen schlechter Auftragslage verliess, um ALE zu beziehen, und für welche sie - bei entsprechender Auftragslage - durch den Ehemann jederzeit wieder hätte angestellt/beschäftigt werden können. Auch wenn die neue Einzelunternehmung im Sinne von Art. 579 OR aus der Kollektivgesellschaft hervorging, so handelt es sich dennoch um eine neue Firma. Kommt hinzu, dass der Ehemann stets vollamtlich bei der C._____ angestellt war. Die Einzelfirma sollte nur eingesetzt werden, wenn er ihm Rahmen der bewilligten Nebenbeschäftigung etwa Workshops hätte anbieten können (was gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin nie der Fall war, das von der Vorinstanz auch nicht bestritten wird). Eine eigentliche auf (Haupt-

)Erwerb ausgerichtete Tätigkeit sollte die Einzelfirma gar nicht entfalten. Die Beschwerdeführerin war nie Angestellte und sollte auch nie angestellt werden. Weder wurde sie aufgrund einer Entlassung durch die Einzelfirma des Ehemannes arbeitslos, noch bezweckte die Einzelfirma Dienstleistungen anzubieten, welche - bei gutem Geschäftsverlauf - der Beschwerdeführerin eine Anstellung ermöglicht hätten. Die Tatsache allein, dass ein (bei einer Drittfirma vollamtlich tätiger) Ehegatte über eine - nicht aktive - Einzelfirma verfügt, kann nicht als ausreichend betrachtet werden, den andern Ehegatten, der nie für die Einzelfirma tätig war, gestützt auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen. Wohl zeigt die Vorinstanz im Einspracheentscheid ein theoretisches Missbrauchsrisiko auf. Dieses besteht indes immer, wenn ein Ehegatte eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verlangt aber zusätzlich, dass der andere Ehegatte mitarbeitend war/ist und - ohne Kontrollmöglichkeit der Behörde - je nach Auftragslage wieder angestellt werden kann. Mithin müssen die Entlassung aus der Firma des Ehegatten und die mögliche Wiedereinstellung gegeben sein, was vorliegend nicht der Fall ist.

7.1 Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde damit als begründet. Weder war die Beschwerdeführerin ab dem 1. Juli 2020 vermittlungsunfähig, noch konnte ihr ein Leistungsanspruch in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verweigert werden.

7.2 Es werden keine Kosten erhoben (Art. 61 lit. ^fbis AVIG).

7.3 Diesem Ergebnis entsprechend hat die beanwaltete Beschwerdeführerin zu Lasten der Vorinstanz Anspruch auf eine Parteientschädigung, welche ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen ist (Art. 61 lit. g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] vom 6.10.2000). In Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, welcher für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht, und unter Beachtung der in § 2 des Gebührentarifs enthaltenen Kriterien, wird die Parteientschädigung in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf Fr. 1'800.-- (inkl. MwSt und Barauslagen) festgelegt.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden der Einspracheentscheid Nr. 274/20 vom 26. Januar 2021 sowie die Verfügung vom 7. Oktober 2020 aufgehoben und es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin im Sinne der Erwägungen ab dem 1. Juli 2020 bis 17. August 2020 als vermittlungsfähig gilt und der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ausgeschlossen ist.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.-- zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung subsidiäre Verfassungsbeschwerde* beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 42 und 113ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).
5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R)
 - die Vorinstanz (EB)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 19. April 2021

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumanzsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 29. April 2021