

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2023 25

Entscheid vom 20. Juni 2023

Besetzung

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

Parteien

A. _____

gegen

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

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Einstellung in der Anspruchsberechtigung)

Sachverhalt:

A. A. _____ (Jg. 1964) arbeitete in einem befristeten Anstellungsverhältnis, das Ende September 2022 auslief. Am 6. August 2022 wurde er zur Arbeitsvermittlung für eine Vollzeitstelle angemeldet (Vi-act. 2). Am 16. August 2022 stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Oktober 2022 (Vi-act. 1).

B. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2022 lud das Amt für Arbeit A. _____ zur Stellungnahme ein betreffend Vorwurf, in den letzten drei Monaten vor Stempelbeginn zu wenige persönliche Arbeitsbemühungen nachgewiesen zu haben, nämlich nur deren 4 (Juli), 6 (August) bzw. 10 (September). Wer sich nicht genügend um Arbeit bemühe, könne in der Anspruchsberechtigung eingestellt werden (Vi-act. 5). Am 14. Oktober 2022 ersuchte der Vertreter von A. _____ um Fristerstreckung (Vi-act. 6). Nach einem weiteren E-Mail-Wechsel mit dem Amt (Vi-act. 8 und 9) reichte sein Vertreter am 24. November 2022 die Stellungnahme ein, wobei insbesondere das Protokoll der Besprechung der Mindestzahl nachzuweisender Stellenbewerbungen bestritten wurde und auf eine Lese-, Schreib- und Rechenschwäche von A. _____ hingewiesen wurde (Vi-act. 10). Mit Verfügung vom 28. November 2022 wurde A. _____ für 11 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt (Vi-act. 11). Eine am 28. Dezember 2022 dagegen erhobene Einsprache (Vi-act. 12) wies das Amt für Arbeit mit Entscheid Nr. 263/2022 vom 31. Januar 2023 ab (Vi-act. 14).

C. Am 2. März 2023 lässt A. _____ beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

Die Beschwerde sei gutzuheissen und der Einspracheentscheid Nr. 263/22 des Amtes für Arbeit vom 31. Januar 2023 sei aufzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Amtes für Arbeit.

Mit Vernehmlassung vom 17. März 2023 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Hierzu lässt sich der Beschwerdeführer am 25. April 2023 vernehmen.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Strittig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Beschwerdeführer zu Recht für 11 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt hat mit der Begründung, sich in den letzten drei Monaten vor Stempelbeginn mit nur 20 Bewerbungen persönlich zu wenig um Arbeit bemüht zu haben. Der Beschwerdeführer bestreitet die Anzahl Bewerbungen nicht; hingegen liegt seines Erachtens kein sanktionswürdiges Verhalten vor.

2.1 Die versicherte Person ist in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie sich persönlich nicht genügend um zumutbare Arbeit bemüht (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0] vom 25.6.1982). Diese Regelung steht im Zusammenhang mit der in Art. 17 Abs. 1 AVIG statuierten Schadenminderungspflicht, wonach die versicherte Person alles Zumutbare unternehmen muss, um eine Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Insbesondere ist sie verpflichtet, Arbeit zu suchen, nötigenfalls auch ausserhalb ihres bisherigen Berufes (vgl. AVIG-Praxis ALE, Juli 2021, B307 ff.; vgl. BGE 114 V 285 Erw. 3; BGE 111 V 239 Erw. 2a; Urteil BGer 8C_12/2010 vom 4.5.2010 Erw. 2.2).

2.2 Art. 26 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02) vom 31. August 1983 normiert die Anforderungen an die persönlichen Arbeitsbemühungen der Versicherten. Die versicherte Person muss den Nachweis der Arbeitsbemühungen für jede Kontrollperiode spätestens am fünften Tag des folgenden Monats oder am ersten auf diesen Tag folgenden Werktag einreichen. Nachgewiesene Arbeitsbemühungen werden nicht mehr berücksichtigt, wenn die versicherte Person die Frist verstreichen lässt und hierzu keinen entschuldbaren Grund geltend macht (vgl. Art. 26 Abs. 2 AVIV). Die zuständige Amtsstelle hat die Arbeitsbemühungen der Versicherten monatlich zu überprüfen (vgl. Art. 26 Abs. 3 AVIV). Arbeitsbemühungen sind unabhängig von den Erfolgsaussichten vorzunehmen (vgl. VGE II 2014 68 vom 20.11.2014 Erw. 1.2 m.w.H.a. Gerhards, Kommentar zum AVIG, Bd. 1, Bern 1987, Art. 17 Rz. 14; VGE 432/97 vom 17.12.1997 m.H.). Daraus folgt, dass vorbehältlich eines entschuldbaren Grundes die Arbeitsbemühungen unberücksichtigt bleiben und eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung ausgesprochen werden kann, wenn die Nachweise der Arbeitsbemühungen nicht innert der gesetzlichen Frist eingereicht werden, ohne dass eine zusätzliche Frist gewährt werden müsste. Die versicherte Person muss ihre Bemühungen nachweisen können (vgl. AVIG-Praxis ALE B321 ff.). Ob die persönlichen Arbeitsbemühungen als genügend zu betrachten sind, ist mithin im Einzelfall unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen (vgl. VGE 319/04 vom 16.6.2004 Erw. 1; vgl. zum Ganzen auch: VGE II 2021 76 vom 21.10.2021 Erw. 1.2).

2.3 Eine versicherte Person hat nicht erst nach Eintritt der Arbeitslosigkeit, sondern bereits in der Kündigungsfrist bzw. vor der Meldung beim Arbeitsamt, Stellenbemühungen vorzunehmen (vgl. VGE II 2022 32 vom 26.4.2022 Erw. 2.2; VGE II 2014 68 vom 20.11.2014 Erw. 1.2 m.H.a. ARV 1993/94 Nr. 26, S. 184

Erw. 2b; vgl. auch ARV 2003 Nr. 10, S. 119 Erw. 1). Insbesondere fallen auch intensive Arbeitsbemühungen während der Kündigungsfrist an, nötigenfalls auch ausserhalb des erlernten Berufes der versicherten Person (vgl. AVIG-Praxis ALE, Januar 2021, B311). Persönliche Arbeitsbemühungen sind mithin bereits vor der Meldung beim Arbeitsamt vorzukehren, bevor überhaupt von Seiten der Arbeitslosenversicherung entsprechende Informationen gezielt an von Arbeitslosigkeit bedrohte Versicherte abgegeben werden können (vgl. VGE II 2022 32 vom 26.4.2022; VGE II 2018 20 vom 22.3.2018 Erw. 2.2 m.w.H.). Ausschlaggebend für den Zeitraum, den es für die Prüfung der Arbeitsbemühungen zu berücksichtigen gilt, ist der Zeitpunkt, ab dem die Person Kenntnis davon hat, dass sie objektiv von der Arbeitslosigkeit bedroht ist. Liegt dieser Zeitpunkt mehr als drei Monate vor der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung, werden nur die drei letzten Monate vor der Anmeldung überprüft, ob die Person sich um eine Stelle bemüht hat (vgl. AVIG-Praxis ALE B314).

2.4 Bei der Beurteilung der Frage, ob sich eine Person genügend um zumutbare Arbeit bemüht hat, ist nicht nur die Qualität, sondern auch die Quantität ihrer Bewerbungen von Bedeutung (vgl. AVIG-Praxis ALE B315).

2.4.1 Das Quantitativ der Bewerbungen beurteilt sich nach den konkreten Umständen, wobei in der Praxis durchschnittlich zehn bis zwölf Stellenbewerbungen pro Monat in der Regel als genügend erachtet werden (vgl. Urteil BGer 8C_209/2018 vom 14.11.2018 m.H.a. BGE 139 V 524 Erw. 2.1.4). Allerdings ist eine allgemein gültige Aussage über die erforderliche Mindestanzahl an Bewerbungen nicht möglich, das Quantitativ beurteilt sich vielmehr nach den konkreten Umständen (vgl. BGE 139 V 524 Erw. 2.1.4). So müssen etwa die Arbeitsbemühungen umso intensiver sein, je weniger Aussicht eine versicherte Person hat, eine Stelle zu finden (vgl. Kupfer Bucher, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, 5. Aufl., Zürich 2019, S. 132). Dabei stehen sowohl Tatsache als auch Intensität, nicht aber der Erfolg dieser Bemühungen im Vordergrund (vgl. Urteil BGer 8C_21/2008 vom 3.6.2008).

2.4.2 Das Mass der erforderlichen Qualität der Arbeitsbemühungen hängt im Wesentlichen davon ab, in welcher Form sich die versicherte Person um eine neue Arbeitsstelle bemüht (z.B. telefonische Bewerbungen im Vergleich zu vollständigen schriftlichen Bewerbungen mit Anschreiben, Lebenslauf, Zeugnisbeilagen, Referenzen etc.).

2.4.3 Auch sind die Arbeitsbemühungen unabhängig von den Erfolgsaussichten vorzunehmen (vgl. VGE II 2017 101 vom 20.2.2018 Erw. 3.2.2; AVIG-Praxis ALE

B313; SECO, Ein Leitfaden für Versicherte Arbeitslosigkeit, Ausgabe 2019, S. 12). Aus der Schadenminderungspflicht folgt, dass die versicherten Personen grundsätzlich jede nicht unzumutbare Arbeit unverzüglich anzunehmen haben (Art. 16 Abs. 1 AVIG) und sich die Unzumutbarkeit einer Stelle dabei nach Art. 16 Abs. 2 AVIG bemisst (vgl. Urteil BGer 8C_652/2015 vom 17.5.2016 Erw. 5.2 f.). Dem entsprechend sind auch die Bewerbungen auszurichten. Die versicherte Person darf sich nicht einzig auf ihres Erachtens ihr angemessene Stellen bewerben (vgl. VGE II 2018 20 vom 22.3.2018 Erw. 4.1.5). Weiter muss die versicherte Person ihre Bemühungen nachweisen können. Ob die persönlichen Arbeitsbemühungen als genügend zu betrachten sind, ist mithin im Einzelfall unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen (vgl. VGE 319/04 vom 16.6.2004 Erw. 1, Prot. S. 654). Die Versicherung soll ihre Leistungen nur dann (voll) erbringen, wenn sich die versicherte Person so verhält, wie wenn es keine Arbeitslosenversicherung gäbe (vgl. AVIG-Praxis ALE B311).

2.4.4 Bei der Beurteilung der Frage, ob die Arbeitsbemühungen qualitativ und quantitativ genügend sind, steht der zuständigen Amtsstelle ein gewisser Ermessensspielraum zu. Die erforderliche Anzahl von Bemühungen hängt u.a. ab vom Arbeitsmarkt und von den persönlichen Verhältnissen der versicherten Person wie Alter, Bildung, geographische Mobilität und sprachliche Hindernisse usw. (vgl. AVIG-Praxis ALE B316).

3.1 Mit Einladung zur Stellungnahme vom 10. Oktober 2022 (Vi-act. 5) konfrontierte die Vorinstanz den Beschwerdeführer mit dem Vorwurf, er habe sich in den drei Monaten vor Stempelbeginn mit nur 20 Bewerbungen (4 im Juli, 6 im August, 10 im September) persönlich zu wenig um Arbeit bemüht. Diese Zahlen wurden vom Beschwerdeführer nie, zumindest nie substantiiert bestritten. Sie stimmen denn auch überein mit den ausgefüllten Formularen 'Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen' für die Monate Juli bis September 2022 (Vi-act. 3 und 4).

3.2 Die erwähnte Einladung zur Stellungnahme begnügt sich mit der Feststellung, 20 Bewerbungen würden den gesetzlichen Bestimmung nicht genügen (Vi-act. 5). Auch die Verfügung vom 28. Februar 2022 beschränkt sich auf diese Feststellung (Vi-act. 11). Erst im angefochtenen Einspracheentscheid wird ausgeführt, gemäss Rechtsprechung seien 10 bis 12 Bewerbungen pro Monat gefordert; die vom Beschwerdeführer ausgewiesenen Bemühungen würden daher in quantitativer Hinsicht nicht genügen. Diese Feststellung ist insoweit denn auch zutreffend. Denn wie zuvor bereits ausgeführt, werden von den versicherten Personen nicht nur während der Arbeitslosigkeit, sondern bereits während der Kündigungsfrist Arbeitsbemühungen in diesem Umfang (und von genügender Qua-

lität, was vorliegend nicht strittig ist) gefordert (vgl. oben Erw. 2.3 ff.). Nachgewiesen sind offenkundig weniger, nämlich im Monat Juli 4 und im August 6; wogegen es im September mit 10 knapp genügend Bewerbungen sind.

3.3 Vor Verwaltungsgericht macht der Vertreter des Beschwerdeführers zum einen auf dessen besondere Persönlichkeit aufmerksam und zum andern rügt er eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung.

Der Beschwerdeführer leide unter einer ausgeprägten Lese- und Rechenschwäche, was auch Grund für den Arbeitsplatzverlust sei. Er sei bei jeder Bewerbung auf fremde Hilfe angewiesen. Aus Scham thematisiere er dies gegenüber Dritten nicht, was das Ganze nicht vereinfache. Er sei nun neuropsychologisch untersucht worden; gemäss Schlussbericht werde eine Tätigkeit in teilgeschütztem oder geschütztem Rahmen sowie eine IV-Berentung empfohlen. Im Erstberatungsgespräch mit dem RAV-Berater habe sich der Beschwerdeführer zu dieser Problematik geäussert, der RAV-Berater habe sämtliche Probleme ignoriert und sei zum Tagesgeschäft übergegangen; angebracht gewesen wäre eine hilfreiche Unterstützung.

Bezüglich Sachverhalt sei es so, dass man vom Beschwerdeführer während der Kündigungsfrist, d.h. solange er 100% arbeite, 5 Bewerbungen pro Monat verlangt habe. Dies habe der Beschwerdeführer so aus dem RAV-Gespräch mitgenommen und beachtet, er habe dies nicht einfach so frei erfunden. Die Festhaltung im Protokoll, wonach bis am 5. Oktober 2022 24 Arbeitsbemühungen nachzuweisen seien, werde bestritten. Das sei nicht so besprochen worden, das Protokoll sei falsch, wie auch weitere Protokolle nachweislich falsch seien. Das Protokoll (24 Arbeitsbemühungen) stimme ja auch nicht mit der vom Beschwerdeführer unterzeichneten 'Vereinbarung' überein, gemäss welcher 10 Bewerbungen pro Monat gefordert seien. Mithin lägen mehrere widersprüchliche Aussagen vor. Die Vorinstanz stelle, ohne eine Abklärung vorzunehmen, einfach auf die gesetzlichen Anforderungen ab und schenke dem RAV-Berater einfach Glauben, weil er ein langjähriger und erfahrener Mitarbeiter sei. Er, der Vertreter des Beschwerdeführers, sei selber an Gesprächen anwesend gewesen und könne beurteilen, dass die Protokolle mangelhaft seien. Auch die Rückmeldung des Vorgesetzten des RAV-Beraters, wonach die Protokolle stets regelrecht abgefasst würden, sei nicht akzeptabel, da nicht zutreffend. Seines Erachtens ist es erwiesen, dass die Gespräche nicht vollständig protokolliert seien und etwa auch Mails oder Telefongespräche nicht aktenkundig seien. Bezüglich relevantem Sachverhalt könne daher nicht einfach auf die - fehlerhaften - Protokolle abgestellt werden. Es seien vom Beschwerdeführer während der Kündigungsfrist fünf Bewerbungen monatlich gefordert worden und dies habe er erfüllt.

3.4 Die Vorinstanz hält vernehmlassend fest, der Beschwerdeführer bringe vor Gericht keine neuen Fakten vor, weshalb auf die Ausführungen im Einspracheentscheid verwiesen werde. Im Einspracheentscheid wird ausgeführt, mit zwanzig Bewerbungen habe der Beschwerdeführer die Minimalanforderung nicht erfüllt. Der Beschwerdeführer erbringe keinen Beweis für seine Aussage, wonach er pro Monat 5 Bewerbungen habe nachweisen müssen. Es sei aus zwei Gründen nicht vorstellbar, dass seine Behauptung zutreffe. Denn zum einen würde eine solche Aussage des RAV-Beraters der gängigen Rechtsprechung widersprechen; ein Gekündigter müsse alles Zumutbare tun, um der Arbeitslosigkeit zu entgehen, er müsse sich seriös bewerben, unabhängig, ob er noch Vollzeit tätig sei oder nicht. Zum andern weise der RAV-Berater 25 Jahre Berufserfahrung auf; er würde eine solche Aussage nur beim Vorliegen spezieller Umstände machen, welche hier aber nicht vorgelegen hätten. Auch werde ein Abweichen von der Norm im Protokoll festgehalten. Der vom Beschwerdeführer geltend gemacht Grundsatz "in dubio pro reo" komme im Sozialversicherungsrecht nicht zur Anwendung. Der Entscheid sei nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen; die blosse Möglichkeit genüge den Beweisanforderungen nicht. Erwiesen sei, dass der Beschwerdeführer nicht genügend Bemühungen nachgewiesen habe; ein Verzicht auf die Einstellung komme aus Gründen der Rechtsgleichheit nicht in Frage.

3.5 Es ist der Vorinstanz beizupflichten, dass der Beschwerdeführer für seine Behauptung, von ihm seien nur fünf Bewerbungen pro Monat verlangt worden, keinen Beweis vorzulegen vermag. Selbst wenn andere Stellen in den Protokollen effektiv fehlerhaft sein sollten, so würde dies noch nicht beweisen, dass seine Behauptung zutrifft. Andererseits trifft es zu - und kann seitens des Gerichts aufgrund seiner Erfahrung bestätigt werden - dass von den versicherten Personen grundsätzlich 10 bis 12 Stellenbemühungen pro Monat gefordert werden, auch schon vor Stempelbeginn. Kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer am 12. August 2022 effektiv persönlich eine Vereinbarung unterzeichnet hat, wonach von ihm mind. 10 realistische Arbeitsbemühungen monatlich gefordert werden (Viact. 16). Was zudem für die Richtigkeit des Protokolls spricht, ist die Tatsache, dass vom Beschwerdeführer 'nur' 24 Bewerbungen gefordert wurden, was eine Abweichung von der Norm (für drei Monate 30-36 Bewerbungen) darstellt, weshalb es - wie im Einspracheentscheid festgehalten - auch explizit protokolliert wurde. Schliesslich - allerdings ist dies bloss eine Interpretation - spricht auch folgendes für die Richtigkeit des Protokolls: Das RAV-Gespräch fand am 12. August 2022 statt. Im Juli hatte sich der Beschwerdeführer auf vier Stellen beworben; dies konnte er nicht mehr ändern. Hingegen waren die Monate August und September noch laufend, mithin waren je 10 Bewerbungen noch möglich, was für

den Nachweis am 5. Oktober 2022 in der Summe 24 Bewerbungen ergibt, wie gemäss Protokoll verlangt.

Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, gilt im Sozialversicherungsrecht das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Das Gericht hat jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 138 V 218 Erw. 6). Immerhin aber ist auf Grund des Untersuchungsgrundsatzes jener Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen. Nach dem Gesagten ist dies die Richtigkeit des vorliegenden Protokolls. Zudem ist nicht ersichtlich, mit welchen weiteren Abklärungen sich der Sachverhalt noch besser klären liesse. Zeugen oder Auskunftspersonen für das Erstgespräch gibt es ebenso wenig wie eine Tonbandaufnahme. Hingegen bestehen - wie ausgeführt - Indizien, die für die Richtigkeit des Protokolls sprechen.

Zusammenfassend besteht für das Gericht daher keine Veranlassung, davon auszugehen, dass der Protokollvermerk - wonach vom Beschwerdeführer anlässlich des Erstgespräches für die Zeit bis Stempelbeginn 24 persönliche Arbeitsbemühungen gefordert wurden - falsch sei.

3.6 Wenn aber - in Abweichung der üblichen Anforderung - vom Beschwerdeführer für die Zeit vor Stempelbeginn 24 persönliche Arbeitsbemühungen gefordert wurden, so ist er dieser Pflicht mit den 20 nachgewiesenen Bewerbungen offensichtlich nicht nachgekommen. Das Ungenügen persönlicher Arbeitsbemühungen stellt grundsätzlich ein zu sanktionierendes Verhalten dar (Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG).

4.1.1 Die Dauer der Einstellung in der Anspruchsberechtigung bemisst sich nach dem Grad, der Schwere des Verschuldens (Art. 30 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Die Einstellung dauert 1 - 15 Tage bei leichtem Verschulden, 16 - 30 Tage bei mittelschwerem Verschulden und 31 - 60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 45 Abs. 2 AVIV).

4.1.2 Bei der Bemessung der Einstellungsdauer sind alle Umstände des konkreten Einzelfalls wie Beweggründe, persönliche Verhältnisse (z.B. Alter, Zivilstand, Gesundheit, soziales Umfeld, Bildungsgrad) und Begleitumstände zu berücksichtigen (vgl. VGE I 2021 76 vom 21.10.2021 Erw. 4.2.2, Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Zürich 1998, S. 167 ff.; Melissa Traber, Die Schuldhafte Ablehnung einer zumutbaren Arbeit in der Arbeitslosenversicherung, SZS 2022 S. 154 ff.; AVIG-Praxis ALE, Januar 2016, D 64). Massgebend ist das Gesamtverhalten der versicherten Person, das unter Berücksichtigung aller we-

sentlichen Umstände des Einzelfalls, d.h. der objektiven und subjektiven Gegebenheiten zu würdigen ist (BGE 130 V 125 Erw. 3.5). Es ist dabei vom Mittelwert des jeweils definierten Rahmens für leichtes, mittelschweres und schweres Verschulden auszugehen, welcher bei qualifiziertem Verhalten entsprechend verschärft und bei privilegiertem Verhalten gemindert werden kann (BGE 123 V 153 Erw. 3b; Urteil BGer 8C_24/2021 vom 10.6.2021 Erw. 6).

4.1.3 Das Seco hält in der AVIG-Praxis ALE, Rz. D72 ff ein Einstellraster für verschiedene Einstellungs-Tatbestände bereit. Dieses Einstellraster soll eine weitestmögliche Gleichbehandlung der Versicherten auf nationaler Ebene gewährleisten und den Vollzugsstellen als Entscheidungshilfe dienen.

Die Verwaltungsweisungen sind für das Gericht grundsätzlich nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (Urteil BGer 8C_555/2022 vom 8.2.2023 Erw. 5.3 mit Hinweis auf BGE 141 V 362 Erw. 2.3; BGE 138 V 346 Erw. 6.2; BGE 137 V 1 Erw. 5.2.3). Ein solches Raster entbindet die verfügende Stelle aber nicht von der Pflicht, das Verhalten der versicherten Person unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalles, d.h. der objektiven und subjektiven Gegebenheiten, zu würdigen und eine dem Verschulden angemessene Sanktion festzusetzen (Urteil BGer 8C_555/2022 vom 8.2.2023 Erw. 5.3 m.w.H.). Entscheidend ist letztlich das Gesamtverhalten der versicherten Person.

Nach dem Einstellraster des SECO erhöht sich bei fehlenden Arbeitsbemühungen während der Kündigungsfrist die Einstelldauer proportional zur Dauer der Kündigungszeit. Mit Blick auf die Praxis, wonach in der Regel zehn bis zwölf Stellenbewerbungen pro Monat verlangt werden (BGE 139 V 524 Erw. 2.1.4), ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass sich die Länge der Zeitspanne, während der sich die versicherte Person in Nachachtung der in Art. 17 Abs. 1 AVIG statuierten Schadenminderungspflicht (BGE 139 V 524 Erw. 2.1.1) um zumutbare Arbeit bemühen muss, auf die Höhe der Sanktion auswirkt, wenn sie ihrer Obliegenheit in keiner Weise nachkommt (BGE 141 V 365 Erw. 4.1).

4.1.4 Die Festlegung der Einstellungsdauer stellt schliesslich eine typische Ermessensfrage dar; mithin steht der Vorinstanz ein Ermessen zu, das sie pflichtgemäss auszuüben hat.

Die Kognition des Verwaltungsgerichtes ist in diesem Zusammenhang zwar nicht auf Rechtsverletzung beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die Beurteilung der Angemessenheit der Verwaltungsverfügung. Bei der Angemessenheit geht es dabei um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Vorinstanz nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen. Allerdings darf das Verwaltungsgericht sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen; es muss sich somit auf Gegebenheiten abstützen können, die seine abweichende Ermessensausübung als naheliegender erscheinen lassen (Urteile BGer 8C_297/2022 vom 15.2.2023 Erw. 5.3; 8C_555/2022 vom 8.2.2023 Erw. 4.3 mit Hinweis auf BGE 137 V 71 Erw. 5.2; Urteil BGer 8C_331/2019 vom 18.9.2019 Erw. 3.3; VGE II 2016 6 vom 22.3.2016 Erw. 4.1; VGE II 2015 20 vom 22.7.2015 Erw. 4.1).

4.2 Die Verfügung vom 28. November 2022 äussert sich weder zum Ungenügen, der vom Beschwerdeführer getätigten persönlichen Arbeitsbemühungen, noch enthält sie irgend eine auch nur schon summarische Begründung der Sanktionsdauer von 11 Tagen. Nachvollziehbar ist die Anordnung damit keinesfalls.

Der angefochtene Einspracheentscheid verweist dagegen immerhin auf die Sanktionierung je nach Verschulden gemäss Art. 30 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 45 Abs. 2 [recte 3] AVIV sowie auf das zuvor erwähnte Einstellraster des Seco, welches für ungenügende Arbeitsbemühungen während der letzten drei Monate der Kündigungsfrist von einem Einstellmass zwischen 9 und 12 Tagen ausgeht. Warum aber im vorliegenden Fall deshalb 11 Tage angemessen sein sollen, lässt sich auch dem Einspracheentscheid nicht entnehmen. Welche spezifischen subjektiven und objektiven Gegebenheiten bei dieser ermessensweisen Festsetzung berücksichtigt wurden, wird mit dieser Begründung indes nicht erklärt. Wie bereits mit VGE II 2023 12 vom 21. April 2023 (vgl. auch VGE II 2023 15 vom 21.4.2023; VGE II 2022 89 Erw. 6.3.2; VGE II 2022 70 vom 14.12.2022; VGE II 2021 76 vom 21.10.2021; VGE II 2022 13 vom 26.4.2022) festgehalten, bleibt damit jedoch nicht nachvollziehbar, gestützt auf welche Umstände des konkreten Einzelfalls (Beweggründe, persönliche Verhältnisse etc., vgl. oben Erw. 4.1.2) die Vorinstanz die Einstelldauer im obersten Drittel für leichtes Verschulden (1-15 Tage) und in der oberen Hälfte gemäss SECO-Raster (9-12 Tage) festgesetzt hat.

4.3 Im vorliegenden Fall erscheinen die 11 Tage indes geradezu unangemessen zu sein. Zum einen hat der Beschwerdeführer immerhin 20 Bewerbungen nachgewiesen und damit nur knapp weniger als die 24 geforderten. Auch wenn

ein Vergleich mit der bisherigen Praxis nur bedingt möglich ist, weil die Festsetzung der Einstellungsdauer immer stark von den Gesamtumständen des Einzelfalles abhängig ist (und auch sein muss), so zeigt sich dennoch, dass in der Vergangenheit mit 11 Einstelltagen oftmals Versicherte sanktioniert wurden, die weit weniger als die geforderten Arbeitsbemühungen, oft weit unter der Hälfte nachgewiesen haben (vgl. VGE II 2018 20 vom 22.3.2018; II 2018 108 vom 21.3.2019; II 2021 8 vom 18.3.2021; II 2022 89 vom 15.2.2023; II 2022 70 vom 14.12.2022). Allein schon dies verlangt nach einer tieferen Einstelldauer. Zudem kommen vorliegend die persönlichen Verhältnisse hinzu, welche es ebenfalls zu berücksichtigen gilt, auf welche die Vorinstanz jedoch nicht eingegangen ist. Der Beschwerdeführer weist eine dokumentierte Diagnose auf (leichte Intelligenzminderung mit u.a. mittelschwer bis schwergradig reichenden kognitiven Minderleistungen; vgl. Bf-act. 2). Der Beschwerdeführer hat den RAV-Berater anlässlich des Erstgesprächs auf seine Schwächen aufmerksam gemacht und es darf von einem langjährigen RAV-Berater auch erwartet werden, dass er derlei Defizite im Rahmen des Erstgesprächs zu erkennen und darauf zu reagieren vermag. Ob dies der Fall war, ist zumindest fraglich, wird doch in der AVAM-Anmeldebestätigung vom 8. August 2022 festgehalten, der Beschwerdeführer verfüge über sehr gute mündliche und schriftliche Deutschkenntnisse, was offensichtlich nicht den Tatsachen entspricht. Auch steht fest, dass die letzte Arbeitsstelle durch die Invalidenversicherung organisiert und mitfinanziert war, was zusätzlich auf erhebliche berufliche Integrationsschwierigkeiten hinweist. Insoweit liegen im vorliegenden Einzelfall spezielle persönliche Verhältnisse vor. Dass diese im Rahmen der ermessensweisen Festsetzung der Sanktionsdauer mit keinem Wort erwähnt werden, ist nicht nachvollziehbar. Im Mindesten wäre zu erwarten gewesen, dass begründet wird, weshalb diese besonderen Verhältnisse nicht zu einer Herabsetzung der Einstelldauer geführt haben. Denn das Einstellraster des Seco entbindet nicht von der Pflicht, sämtliche objektiven und subjektiven Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen und die Sanktion zu begründen (vgl. auch AVIG-Praxis ALE D72). Mangels jeglicher Begründung bleibt vorliegend unfassbar, ob die Vorinstanz die Gesamtumstände erfasst und berücksichtigt hat und falls ja, inwiefern.

4.4 Der Einspracheentscheid vom 31. Januar 2023 ist daher aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neu Beurteilung unter Berücksichtigung der subjektiven und objektiven Gegebenheiten des Einzelfalles zurückzuweisen.

5. Es werden keine Kosten erhoben; Anspruch auf eine Parteientschädigung besteht aufgrund der nicht gewerbsmässigen Vertretung nicht (Art. 61 lit. g und ^fbis ATSG).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als der Einspracheentscheid Nr. 263/22 vom 31. Januar 2023 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
4. Zustellung an:
 - den Vertreter des Beschwerdeführers (2/R)
 - die Vorinstanz (R)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 20. Juni 2023

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch 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: 28. Juni 2023