



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: lic. iur. Adrian Willimann, Vorsitz
lic. iur. Jacqueline Iten-Staub und MLaw Ines Stocker
Gerichtsschreiberin: lic. iur. Claudia Meier

URTEIL vom 18. März 2021
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____

Beschwerdeführer

vertreten durch Dextra Rechtsschutz AG, Hohlstrasse 556, 8048 Zürich

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA), vertreten durch Arbeitslosenkasse
des Kantons Zug, Rechtsdienst, Industriestrasse 24, 6301 Zug
Beschwerdegegner

betreffend

Arbeitslosenversicherung
(Vermittlungsfähigkeit)

S 2019 169

A. Nach Kündigung seiner Anstellung als Global Head of Partners Business im Bereich Finanzinformationen per 31. Juli 2018 meldete sich A. _____ beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum Zug (nachfolgend: RAV) zur Arbeitsvermittlung an und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (ALV-act. 1–3). Im Januar 2019 bekundete er seine Absicht, eine selbständige Erwerbstätigkeit im Finanzdienstleistungsbereich aufzubauen (ALV-act. 20 und 22–24). Der Plan sah zwei Gesellschaften vor, eine in B. _____ und eine in C. _____. Diese, die D. _____ AG, sollte aus der vorbestehenden E. _____ GmbH entstehen und den Versicherten per 1. Mai 2019 anstellen. Nachdem der Versicherte seinen Plan der Personalberaterin des RAV anlässlich des Gesprächs vom 18. April 2019 eröffnet hatte (ALV-act. 29), überwies diese das Dossier dem Amt für Wirtschaft und Arbeit (nachfolgend: AWA) zum Entscheid über die Vermittlungsfähigkeit ab Januar 2019 (ALV-act. 30). Mit Verfügung vom 21. Mai 2019 sprach das AWA dem Versicherten die Vermittlungsfähigkeit ab 1. Januar 2019 ab (ALV-act. 45) und bestätigte dies mit Einspracheentscheid vom 13. November 2019 (ALV-act. 51).

B. Dagegen erhob A. _____ am 10. Dezember 2019 Beschwerde mit dem Rechtsbegehren um Bejahung der Vermittlungsfähigkeit und Ausrichtung der Taggeldleistungen, eventualiter letzteres bis 7. Mai 2019 (act. 1 S. 2).

C. Mit Beschwerdeantwort vom 16. Januar 2020 schloss die Verwaltung auf Abweisung der Beschwerde (act. 3), worüber der Beschwerdeführer am 21. Januar 2020 orientiert wurde (act. 4).

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1. Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheids (in casu: 13. November 2019) eingetretenen Sachverhalt ab (vgl. auch BGE 121 V 362 E. 1b). Dabei sind in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts in Geltung standen (BGE 130 V 445 E. 1.2.1).

Am 1. Januar 2021 sind die am 21. Juni 2019 verabschiedeten geänderten Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) in Kraft getreten. Dementsprechend sieht Art. 83 ATSG vor, dass für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung vom 21. Juni 2019 beim erstinstanzlichen Gericht hängige Beschwerden das bisherige Recht gilt. Die hier zu beurteilende Beschwerde wurde am 10. Dezember 2019 der Post übergeben, weshalb die bis 31. Dezember 2020 gültigen Normen des ATSG auf den vorliegenden Fall Anwendung finden und in dieser Fassung zitiert werden.

2.

2.1 Gemäss Art. 56 Abs. 1 ATSG kann gegen Einspracheentscheide oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, Beschwerde erhoben werden, wobei in der Regel das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig ist, in dem die versicherte Person zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat (Art. 58 Abs. 1 ATSG). Für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen einer kantonalen Amtsstelle ist in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG das Versicherungsgericht desselben Kantons zuständig (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Im Kanton Zug beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für die das Bundesrecht eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht (§ 77 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG; BGS 162.1]).

2.2 Der angefochtene Einspracheentscheid wurde vom Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug erlassen, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig ist. Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 13. November 2019 wurde innert der 30-tägigen Beschwerdefrist am 10. Dezember 2019 der Post aufgegeben und ist folglich rechtzeitig erhoben worden. Der Beschwerdeführer ist durch die Verneinung seiner Vermittlungsfähigkeit direkt betroffen und somit zur Beschwerde legitimiert. Letztere entspricht schliesslich den an eine Beschwerde gestellten formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

3.

3.1 Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). 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. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 51 E. 6a). Hierzu genügt die Willenshaltung oder die bloss verbal erklärte Vermittlungsbereitschaft nicht. Die versicherte Person ist vielmehr gehalten, sich der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen, angebotene zumutbare Arbeit anzunehmen und sich selbst intensiv nach einer zumutbaren Stelle umzusehen (BGer 8C_99/2012 vom 2. April 2012 E. 2 mit Hinweis).

3.2 Vermittlungsunfähigkeit liegt unter anderem vor, wenn die versicherte Person 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 Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer vermittelt werden kann beziehungsweise ihre Arbeitskraft in dieser Eigenschaft nicht so einsetzen kann oder will, wie es eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber normalerweise verlangt (BGE 120 V 385 E. 3a mit Hinweisen; ARV 2003 Nr. 14 S. 129 E. 2.1). Mit der gesetzlichen Schadenminderungspflicht ist zwar vereinbar, dass sich eine arbeitslose Person auch nach Möglichkeiten zum Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit umsieht. Unterlässt sie es aber im Hinblick auf dieses Ziel, sich daneben auch in vertretbarem Umfang um eine unselbständige Erwerbstätigkeit zu bemühen, liegt Vermittlungsunfähigkeit vor. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt eben nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken, wozu gehört, dass in der Zeit vor und allenfalls unmittelbar nach der Aufnahme einer Geschäftstätigkeit in der Regel kein oder nur ein geringes Einkommen erzielt werden kann (BGer C 241/05 vom 6. April 2006 E. 2.2). Das an sich achtenswerte Verhalten einer versicherten Person, die Arbeitslosigkeit mit einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu überwinden, ändert nichts daran, dass die Vermittlungsfähigkeit verneint werden muss, wenn die Absicht zur Aufnahme einer selbständigen Arbeit so weit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer unselbständigen Tätigkeit nicht oder kaum mehr möglich ist (ARV 2002 Nr. 5 S. 56 E. 2b).

4.

4.1 Der Beschwerdegegner begründet seinen Entscheid im Wesentlichen damit, dass sich die Aktivitäten des Beschwerdeführers bereits zum Zeitpunkt der Kündigung per 31. Juli 2018 im Wesentlichen auf die Gründung und Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit konzentriert hätten (ALV-act. 51 S. 5). Wie es sich allgemein aus den getroffenen Vereinbarungen für das zukünftige Projekt mit Start im März oder April 2019 und insbesondere aus den unterschriftsreifen Dokumenten von zukünftigen Geschäftspartnern erschliesse, sei der Umfang der Tätigkeiten und Aktivitäten für die Gesellschaften E._____ GmbH und in der Folge D._____ AG dermassen umfangreich und zeitintensiv, dass damit vordergründig mehr die Bereitschaft zur Gründung und Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit im Fokus stehe und nicht die Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit angestrebt werde. Mit der Preisgabe des vorhandenen Entschlusses zur Selbständigkeit am 9. Januar 2019 habe Anlass dazu bestanden, die Arbeitsbemühungen inhaltlich und daher in Bezug auf die tatsächlich vorhandene Bereitschaft zur Annahme einer Arbeitnehmertätigkeit in Frage zu stellen (ALV-act. 51 S. 6).

4.2 Der Beschwerdeführer stellt sich demgegenüber auf dem Standpunkt, dass die D._____ AG aufgrund mangelnder Investoren noch inaktiv sei. Die Suche nach Investoren sei besonders schwierig, weil es sich um ein sehr innovatives Projekt handle. Da es noch unklar sei, wann und ob überhaupt die D._____ AG tätig werde, sei er nach wie vor auf der Suche einer Arbeitsstelle (act. 1 S. 3). Aufgrund der in seiner beruflichen Position notwendigen Fähigkeiten wie Multitasking, Belastbarkeit und Flexibilität sei er in der Lage, die Gründung der eigenen Firma neben der Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit zu planen. Eventualiter sei die Vermittlungsfähigkeit erst ab der Umwandlung der bereits bestehenden E._____ GmbH in D._____ AG im Mai 2019 zu verneinen (act. 1 S. 4).

5.

5.1 Den Akten lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer noch vor Beginn der Arbeitslosigkeit mit den Vorbereitungen für die angestrebte selbständige Erwerbstätigkeit angefangen hatte. So wurden im Oktober 2017 ein Formular für Kunden entwickelt, die eine Mastercard-Lizenz beantragen möchten, und im März 2018 verschiedene Dokumente dazu beigelegt (ALV-act. 36). Im Februar 2018 und März 2019 wurden namens der E._____ GmbH die Bedingungen für das Beratungsmandat eines Wirtschaftsprüfungsunternehmens herausgearbeitet (ALV-act. 37 und 38). Im Februar

2019 unterschrieb der Beschwerdeführer namens der E. _____ GmbH eine Absichtserklärung über die Zusammenarbeit mit einem englischen Bankinstitut (ALV-act. 39). Im März 2019 einigte sich der Geschäftspartner des Beschwerdeführers namens der E. _____ GmbH mit einem englischen Beratungsunternehmen über die Unterstützung bei der Gründung eines Instituts für elektronisches Geld in F. _____ (ALV-act. 40). Weiter vereinbarten der Beschwerdeführer und sein Partner mit einem in Finanztechnologie spezialisierten Anwalt die Rahmenbedingungen für dessen Dienstleistungen und erhöhten das Aktienkapital der E. _____ GmbH von Fr. 20'000.– auf Fr. 100'000.– (ALV-act. 41). Sodann wurden ein Angebot eines Finanzinfrastrukturlösungen bietenden Unternehmens für eine Zahlungsplattform (ALV-act. 42) und Informationen zum Rahmenvertrag eines anderen Anbieters von Plattformen für Bankdienstleistungen (ALV-act. 44) eingeholt. Schliesslich wurde anfangs April ein Bankkonto für die D. _____ AG eröffnet (ALV-act. 27), eine umfangreiche Dokumentation über diese Gesellschaft erstellt (ALV-act. 43), deren Entstehung durch Umwandlung der E. _____ GmbH im Mai 2019 erfolgte (ALV-act. 35).

5.2 Andererseits ist festzustellen, dass dem Beschwerdeführer zwar eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit vorgeworfen werden musste (ALV-act. 13), er jedoch in der Folge seinen Pflichten als Stellensuchenden stets ohne Beanstandungen nachgekommen war: Er absolvierte das Informationsmodul und den Deutsch-Test (ALV-act. 7 f.), meldete seine Abwesenheiten (ALV-act. 11 f. und 25 f.), nahm konstruktiv an arbeitsmarktlichen Massnahmen teil (ALV-act. 16), erschien zuverlässig zu den Beratungsgesprächen (ALV-act. 9, 11, 15, 18, 20, 22 und 29) und wies stets genügend persönliche Arbeitsbemühungen mit einer international ausgerichteten Stellensuche nach (ALV-act. 10, 14, 17, 19, 21, 28 und 33). Auch kommunizierte er offen mit den Organen der Arbeitslosenversicherung über seine Pläne und den Fortschritt deren Verwirklichung, stellte seine Dokumentation zur Verfügung und beteuerte seine Bereitschaft zur Annahme einer angebotenen Stelle (ALV-act. 20, 22–27, 29 und 34).

6.

6.1 Das Verhalten des Beschwerdeführers vor und während der kontrollierten Arbeitslosigkeit zeigt deutlich ein zweigleisiges Vorgehen. Zusammen mit einem Geschäftspartner versuchte er, die lange gehegte Vision einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu verwirklichen. Dabei handelt es sich nicht um eine vorübergehende Beschäftigung zur Überbrückung der drohenden und später bestehenden Arbeitslosigkeit, sondern um ein auf Dauer angelegtes Unternehmen, in welches beide Partner bereits viel

Zeit und Geld investiert hatten (vgl. dazu BGer 8C_635/2009 vom 1. Dezember 2009 E. 3.4.2 mit Hinweis auf ARV 2008 S. 312).

6.2 Zwar dürfte der Beschwerdeführer als geschiedener Alleinstehender über genug Zeit verfügen, um sich anfänglich dem Aufbau der selbständigen Erwerbstätigkeit zu widmen, ohne dabei die Erfüllung seiner Pflichten als Stellensuchender zu vernachlässigen. Im Mai 2019 war er jedoch gemäss eigenen Angaben mit der Suche nach Investoren im Familien- und Freundeskreis für eine Summe zwischen 1,6 und 2 Millionen Franken derart beschäftigt, dass er um Verschiebung eines Gesprächstermins betreffend die künftigen Leistungen der Arbeitslosenversicherung bitten musste (ALV-act. 34). Dies zeigt eine klare Verschiebung seines Fokus von der Stellensuche zum Aufbau der selbständigen Erwerbstätigkeit.

6.3 Mit Bezug auf die finanziellen Investitionen lässt sich den Akten entnehmen, dass die D._____ AG über ein Aktienkapital von Fr. 100'000.– verfügt (ALV-act. 35). Zur Betriebsaufnahme bedarf es aber nach Angabe des Beschwerdeführers eines weitaus grösseren Kapitals. Dieses solle in drei Eigenkapitalrunden und mit Kryptowährung zusammengebracht werden (ALV-act. 24). Dementsprechend investierten die Gründer selber gemäss dem Businessplan der D._____ AG im Mai 2018 eine Million Franken. Weitere zwei Millionen Franken hätten bis April 2019 unter Freunden und Familie zusammengebracht werden sollen (ALV-act. 43).

6.4 Gleichzeitig bemühte sich der Beschwerdeführer – nicht zuletzt zwecks Sicherung des Lebensunterhalts, was unter dem Aspekt des Unternehmerrisikos von der Arbeitslosenversicherung eben nicht gedeckt ist – um eine Anstellung in einem Drittunternehmen. Dafür zeugen nicht nur die pflichtgemäss getätigten – seinen Qualifikationen entsprechend international breit gestreuten – Arbeitsbemühungen, sondern auch das konstruktive und offene Verhalten den Organen der Arbeitslosenversicherung gegenüber. Allerdings ging der Beschwerdeführer bis im Mai 2019 davon aus, noch im gleichen Monat von der D._____ AG angestellt werden zu können und die Aktivitäten der Gesellschaft mit Eröffnung eines Büros in C._____ und Anstellung von Personal aufzunehmen (ALV-act. 22 f., 27, 29 und 34). Die Suche nach Investoren gestaltete sich jedoch schwieriger als geplant (vgl. act. 1 S. 3), weshalb die Aktivierung der Gesellschaft verschoben werden musste und der Beschwerdeführer seine neue Stelle noch nicht hat antreten können.

6.5 Angesichts des bereits betriebenen, erheblichen Aufwands ist zu bezweifeln, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum Januar bis Mai 2019 bereit gewesen wäre, sein weit fortgeschrittenes Vorhaben auf Eis zu legen, um eine allenfalls angebotene Festanstellung anzunehmen. Denn dadurch hätte er die in seinen Geschäftspartnern, Freunden und Familienangehörigen erweckten Erwartungen enttäuschen müssen. Seine grosse Initiative ist zwar achtenswert, sie ändert jedoch nichts daran, dass er ab dem 1. Januar 2019 der staatlichen Vermittlung einer unbefristeten Arbeitsstelle nicht mehr zur Verfügung stand, weshalb seine Vermittlungsfähigkeit in Abweisung der Beschwerde bereits ab diesem Datum – und nicht erst ab Mai 2019 – zu verneinen ist.

7. Das Verfahren ist nach Art. 61 lit. a ATSG (in der bis 31. Dezember 2020 gültig gewesenen Fassung) kostenlos. Ausgangsgemäss ist keine Parteienschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Luzern Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden.
5. Mitteilung an die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (im Doppel), an den Rechtsdienst der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, an das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug und an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Bern.

Zug, 18. März 2021

Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin

versandt am