



Fall-Nr.: AVI 2009/14
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 04.03.2020
Entscheiddatum: 21.09.2009

Entscheid Versicherungsgericht, 21.09.2009

Art. 8 Abs. 1 lit. e, 9 und 13 Abs. 1 AVIG: Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Folgerahmenfrist); Selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit einer im Handelsregister eingetragenen Person, die in den Räumlichkeiten des Auftraggebers ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Die Organe der Arbeitslosenversicherung sind an das AHV-Beitragsstatut gebunden (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. September 2009, AVI 2009/14).

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Marcel Kuhn

Entscheid vom 21. September 2009

in Sachen

R.____,

Beschwerdeführer,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Arbeitslosenentschädigung (Beitragszeit)



Sachverhalt:

A.

A.a R.____ war vom 8. August 1988 bis 17. September 2005 als selbstständigerwerbender Garagist tätig (act. G 3.1/53, 80 und 81). Vom 19. September bis 16. Dezember 2005 und vom 16. Januar bis 10. November 2006 war er bei der A.____, als Maschinenmonteur und Maschinenbediener angestellt und wurde bei der B.____, eingesetzt (act. G 3.1/77, 81, 84, 86). Am 29. November 2006 stellte der Versicherte bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 21. November 2006 (act. G 3.1/81). Dem Antrag wurde entsprochen und ab 21. November 2006 eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet (act. G 3.1/47).

A.b Per 7. Januar 2007 wurde der Versicherte bei der Arbeitslosenkasse wieder abgemeldet (act. G 3.1/73). Vom 8. Januar bis 29. Juni 2007 konnte er bei der C.____, eine Stelle als Mechaniker antreten und wurde bei der D.____, eingesetzt (act. G 3.1/61 und 75). Ab 1. Juli 2007 schloss der Versicherte mit der D.____ einen unbefristeten Arbeitsvertrag ab, welcher durch die Arbeitgeberin per 27. Juli 2007 wieder gekündigt wurde (act. G3.1/54). Mit Schreiben vom 20. Juli 2007 (act. 3.1/68) wurde zwischen der D.____ und dem Versicherten ab 1. August 2007 ein "einfacher Auftrag" abgeschlossen. Dieser Vertrag wurde durch die D.____ am 10. April 2008 als "Auflösung des Arbeitsverhältnisses" per 31. Mai 2008 gekündigt (act. G 3.1/67).

A.c Am 22. Mai 2008 meldete sich der Versicherte erneut beim RAV Sargans und bezog ab 1. Juni 2008 wieder Taggelder der Arbeitslosenversicherung (act. G 3.1/24, 33, 34, 40, 62 und 66). Mit Schreiben vom 3. November 2008 teilte die Arbeitslosenkasse dem Versicherten mit, dass am 20. November 2008 die Rahmenfrist für den Leistungsbezug enden werde (act. G 3.1/23). Am 24. November 2008 stellte der Versicherte erneut einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (Folgerahmenfrist) ab 20. November 2008 (act. G 3.1/20). Die Arbeitslosenkasse teilte dem Versicherten am 28. November mit, dass er lediglich 6.82 Monate Beitragszeit (8. Januar 2007 bis 30. Juli 2007 bei C.____) vorweisen könne, weshalb sein Antrag voraussichtlich abgelehnt werden müsse (act. G 3.1/16). Dagegen brachte der Versicherte am 5. Dezember 2008



vor, er sei zunächst via C.____ bei der E.____ tätig gewesen und habe sich danach mit Erfolg für eine intern ausgeschriebene Feststelle beworben. Diese Stelle sei ihm umgehend wieder gekündigt worden, nachdem der Vertrauensarzt ihn als risikobehaftet für eine künftige Arbeitsunfähigkeit eingeschätzt habe. Da der zuständige Abteilungsleiter nicht auf seine Arbeitsleistung habe verzichten wollen, hätten sie sich auf das Auftragsverhältnis geeinigt. Daraufhin habe er bis zum Einbruch der USA-Geschäfte während zehn Monaten weiter arbeiten können. Er beantrage deshalb, seine Anspruchsberechtigung neu zu beurteilen (act. G 3.1/13).

A.d Mit Verfügung vom 17. Dezember 2008 lehnte die Arbeitslosenkasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 21. November 2008 ab. Da weder die Beitragszeit erfüllt sei noch ein Befreiungsgrund geltend gemacht werden könne, seien die Voraussetzungen zum Bezug von Versicherungsleistungen nicht erfüllt. Mit Einsprache vom 29. Dezember 2008 hielt der Versicherte daran fest, dass er innerhalb der abgelaufenen Rahmenfrist während insgesamt 17 Monaten bei der E.____ als Betriebsmechaniker/Inspekteur tätig gewesen sei. Daran ändere der Handelsregistereintrag nichts. Nach AHV-Richtlinien sei nämlich seine Tätigkeit für die E.____ als unselbstständige Tätigkeit zu betrachten, habe er doch beim Arbeitgeber mit dessen Werkzeug und Maschinen gearbeitet (act. G 3.1/8). Mit Einspracheentscheid vom 29. Januar 2009 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab (act. G 3.1/2).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die am 9. Februar 2009 eingereichte Beschwerde. Der Beschwerdeführer beantragt sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids und die Eröffnung einer Folgerahmenfrist bzw. die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab 21. November 2008. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, dass er seit dem Umzug im Frühjahr 2004 nach X.____ vergeblich versucht habe, zahlbare Werkstatträume zu finden. Er sei allerdings immer noch im Besitz von Werkzeugen und Geräten, die es ihm ermöglichen würden, sein Handwerk auszuüben. Nach verschiedenen Temporärstellen sei es zu einer Festanstellung bei der D.____ gekommen. Die Kündigung auf Ende des ersten Monats beruhe auf einem stümperhaften Untersuchen des Vertrauensarztes. Der Abteilungsleiter habe ihn jedoch in seiner Abteilung behalten wollen. Die Lösung habe in einem



Auftragsverhältnis mit der Dorfgarage bestanden. Er habe Mechanikerarbeiten in den Räumen und mit Werkzeugen und Maschinen des Auftraggebers ausgeführt. Dies entspreche gemäss AHV-Dienststellen einer unselbstständigen Tätigkeit. Er habe der Arbeitslosenversicherung die Nachzahlung der Prämien offeriert. Nun werde er von der Arbeitslosenkasse dafür bestraft, dass er statt Arbeitslosengeld zu beziehen zehn Monate gearbeitet habe. Sodann sei nicht nachvollziehbar, dass die Arbeitslosenkasse den Handelsregistereintrag als absoluten Hinderungsgrund für den Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung geltend mache, andererseits die unselbstständige Erwerbstätigkeit bei der C.____ anerkenne.

Erwägungen:

1.

Streitig ist vorliegend, ob die Beschwerdegegnerin den Antrag des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 21. November 2008 (Folgerahmenfrist) zu Recht abgelehnt hat. Die Beschwerdegegnerin begründet den Entscheid damit, dass der Beschwerdeführer im massgebenden Zeitraum (21. November 2006 bis 20. November 2008) die notwendige Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten nicht habe erbringen können. Als Beitragszeit werde lediglich das Arbeitsverhältnis bei der C.____ vom 8. Januar bis 30. Juli 2007 angerechnet. Die Tätigkeit vom 1. August 2007 bis 31. Mai 2008 in der Dorfgarage R.____ könne für die Beitragszeit nicht angerechnet werden, da diese auf selbstständiger Basis ausgeführt worden sei. Eine Verlängerung der Rahmenfrist für den Leistungsbezug sei nicht möglich, da der Beschwerdeführer immer noch im Handelsregister eingetragen sei. Zu prüfen gilt es somit insbesondere, ob es sich bei den vom Beschwerdeführer im Rahmen des Vertragsverhältnisses mit der D.____ vom 1. August 2007 bis 31. Mai 2008 verrichteten Arbeiten um eine selbstständige oder eine unselbstständige Tätigkeit gehandelt hat.

2.

2.1 Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht darin, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat (Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische



Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG]). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der Rahmenfrist nach Art. 9 Abs. 3 AVIG während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person erstmals sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG). Ist die Rahmenfrist für den Leistungsbezug abgelaufen und beansprucht der Versicherte wieder Arbeitslosenentschädigung, so gelten, sofern dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, erneut zweijährige Rahmenfristen für den Leistungsbezug und die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 4 AVIG). Für die Arbeitslosenversicherung ist der Arbeitnehmer beitragspflichtig, der nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) obligatorisch versichert und für Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist, wobei beide Bedingungen kumulativ erfüllt sein müssen (Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG).

2.2 Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten Personen, die in unselbstständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen (Art. 10 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts; ATSG, SR 830.1). Der Begriff des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin ist auch nach Inkrafttreten des ATSG ein sozialversicherungsrechtlich selbstständiger Begriff und nicht identisch mit dem Arbeitnehmerbegriff im Arbeitsvertragsrecht (Art. 319 OR ff.) oder im Arbeitsgesetz (Art. 1 ArG; vgl. auch Art. 1 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1]). Wohl ist jede Person, die einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, auch im Sinn des Sozialversicherungsrechts Arbeitnehmerin, der sozialversicherungsrechtliche Begriff geht jedoch weit über den zivilrechtlichen Begriff hinaus (Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, 2003, S. 170 f.; vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, 2009, Art. 10 Rz 5).

2.3 Der Begriff der unselbstständigen Stellung wird weder im ATSG noch im Einzelgesetz näher umschrieben. Es handelt sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff, dessen Tatbestandsmerkmale durch Auslegung zu bestimmen sind. Weil der Art. 10 ATSG die bisherige Regelung des AHV-Rechts sinngemäss übernommen hat, ist auch die dazugehörige Rechtsprechung weiterhin beachtlich.



Danach (BGE 123 V 162f. E. 1, 122 V 171 E. 3a) beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall eine Erwerbstätigkeit in selbstständiger oder unselbstständiger Stellung ausgeübt wird, nicht aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein. Als unselbstständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein Unternehmensrisiko trägt. Das wirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeitsverhältnis Unselbstständigerwerbender kommt namentlich zum Ausdruck beim Vorhandensein eines Weisungsrechts, eines Unterordnungsverhältnisses, der Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung, eines Konkurrenzverbots und einer Präsenzplicht. Als Merkmale für das Bestehen eines Unternehmerrisikos gelten erhebliche Investitionen, Verlusttragung, Inkasso- und Delkredererisiko, Unkostentragung, Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, Beschaffung von Aufträgen, Beschäftigung von Personal und eigene Geschäftsräumlichkeiten (vgl. Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO, Stand 1. Januar 2009, E. 2.4). Aufgrund der Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte ist bei der Beurteilung im Einzelfall eine Würdigung der gesamten Umstände angezeigt (Thomas Locher, a.a.O., S. 170).

2.4 In der Auftrags-Vereinbarung vom 20. Juli 2007 wurde zwischen der D.____ und dem Beschwerdeführer festgehalten, dass der Zeitaufwand nach Absprache zu regeln sei, normalerweise aber 43 Stunden pro Woche betrage, angeordnete Überzeit mit einem 25%, respektive 50% Zuschlag vergütet werde, der Arbeitsbeginn am 1. August 2007 erfolge und bis zum Widerruf unter Berücksichtigung einer Kündigungsfrist gemäss OR dauere. Als Aufgabengebiet wurde "Inspekteur Instandhaltung" festgelegt und die Arbeit mit pauschal Fr. 51.-- pro Stunde, inklusive sämtlicher Sozialleistungen, Ferienabgeltung und Spesen, exklusive Mehrwertsteuer, entschädigt. Der Auftragnehmer bestätigte, dass er die gesetzlichen Sozialleistungen als Selbstständigerwerbender selbst bezahle und abrechne und gegen Unfall versichert sei. Als Abrechnungsmodus wurde eine monatliche Rechnungsstellung gemäss Stundenrapport vereinbart. Insgesamt sprechen diese Angaben in der Vereinbarung eher für einen Arbeitsvertrag als für einen einfachen Auftrag. Die Festlegung eines



Zeitaufwands und die Anordnung von Überzeit sind für einen einfachen Auftrag untypisch. Sodann sieht das OR bei einem einfachen Auftrag keine Kündigungsfrist vor, sondern Art. 404 OR erlaubt den Parteien, den Auftrag jederzeit zu widerrufen oder zu kündigen. Aufgrund des Sachverhalts ist aus betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der D.____ anzunehmen. Aufgrund der Vereinbarung vom 20. Juli 2007 ist davon auszugehen, dass eine Pflicht zur persönlichen Arbeitserfüllung und eine Präsenzplicht bestanden haben. Bezüglich eines allfälligen Weisungsrechts oder einem Subordinationsverhältnis sind der Vereinbarung keine Angaben zu entnehmen. Die Umstände, dass dem Beschwerdeführer der unbefristete Arbeitsvertrag gekündigt und dass er anschliessend dieselbe Arbeit in einem Auftragsverhältnis durchführte, lässt allerdings darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer an gewisse Weisungen der D.____ gebunden war und sich auch in deren Struktur eingeordnet hat. Dies umso mehr, als er gemäss seinen Angaben die Arbeit in den Räumlichkeiten der D.____ und unter Verwendung deren Werkzeuge und Maschinen durchführte. Sodann spricht für das Bestehen eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses bzw. für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit, dass beim Wegfall der Tätigkeit eine ähnliche Situation eintritt, wie dies beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist (vgl. Ueli Kieser, a.a.O., Art. 10 Rz 11 mit Hinweis). Davon ist vorliegend auszugehen. Der Beschwerdeführer war aufgrund der Präsenzzeit von 43 Stunden nicht in der Lage, einer weiteren Tätigkeit nachzugehen. Die Abhängigkeit bestätigte sich schlussendlich auch nach der Kündigung durch die D.____, indem sich der Beschwerdeführer daraufhin wieder beim RAV anmelden musste. Bei der schriftlichen Kündigung fällt zudem auf, dass die D.____ selber von der "Auflösung des Arbeitsverhältnisses" sprach und offenbar selber nicht von einem Auftragsverhältnis ausging (act. G 3.1/67). Aufgrund der vorliegenden Unterlagen ist schliesslich nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bei der Tätigkeit vom 1. August 2007 bis 31. Mai 2008 ein Unternehmensrisiko getragen hat.

2.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der vorliegenden Akten eher von einer unselbstständigen Tätigkeit auszugehen ist. Eine abschliessende Prüfung dieser Frage kann ohne ergänzende Abklärungen jedoch nicht vorgenommen werden.

3.



3.1 Aus dem von der Beschwerdegegnerin eingeholten Auszug aus dem individuellen Konto des Beschwerdeführers ist nicht ersichtlich, wie das vom 1. August 2007 bis 31. Mai 2008 erzielte Einkommen aus AHV-rechtlicher Sicht deklariert wurde (act. G 3.1/1a). Gemäss Bestätigungsschreiben der SVA ist der Beschwerdeführer seit 1. Juli 2004 für die Tätigkeiten als Automechaniker als Selbstständigerwerbender im Haupterwerb erfasst. Den vorliegenden Akten ist die genaue Tätigkeit des Beschwerdeführers und die Stellung in der Firma nicht eindeutig zu entnehmen.

3.2 Massgebend für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft und damit für die Versicherungspflicht nach AVIG ist das rechtskräftig geregelte AHV-Beitragsstatut, sofern sich dieses nicht als offensichtlich unrichtig erweist. Die Bindungswirkung setzt nicht eine formelle Verfügung voraus. Es genügt der Nachweis, dass die versicherte Person tatsächlich als Unselbstständigerwerbende erfasst worden ist. Das Gericht kann ein von der zuständigen Ausgleichskasse formell rechtskräftig festgelegtes, die ALV-Organen bindendes AHV-Beitragsstatut nicht frei, sondern nur unter dem Blickwinkel der offensichtlichen Unrichtigkeit überprüfen. Weil das AVIG vollumfänglich auf den Arbeitnehmerbegriff des AHVG abstellt, muss sich die offensichtliche Unrichtigkeit auf eine AHV-spezifische Frage des Beitragsstatuts beziehen. Demgegenüber ist es den ALV-Behörden verwehrt, über ein nachgewiesenes formell rechtskräftiges AHV-Beitragsstatut selbständig zu verfügen. Nur wenn sich trotz zumutbarer Abklärungen bei Ausgleichskassen und Arbeitgebern kein solches AHV-Beitragsstatut eruieren lässt, kommt eine freie Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft durch die ALV-Organen in Betracht (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Rz 30).

3.3 Über das Beitragsstatut für das vorliegend relevante erzielte Einkommen hat die Ausgleichskasse offenbar noch nicht entschieden. Nicht bekannt ist, ob der Beschwerdeführer das Entgelt gegenüber der Sozialversicherungsanstalt bereits deklariert hat. Die Arbeitslosenkasse ist vorliegend ohne hinreichende Prüfung von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen. Aufgrund der Bindungswirkung der ALV-Organen an das AHV-Beitragsstatut ist ein solches Vorgehen nur bei Unzumutbarkeit weiterer Abklärungen zulässig. Wie die obigen Erwägungen gezeigt haben, sprechen verschiedene Merkmale für das Vorliegen einer unselbstständigen Tätigkeit. Allein der



Umstand, dass die Ausgleichskasse das Beitragsstatut für ein erzieltetes Einkommen noch nicht festgelegt hat, überträgt der Arbeitslosenkasse jedoch noch keinen Entscheidungsspielraum. Die Arbeitslosenkasse hat somit in Koordination mit der Ausgleichskasse die notwendigen Abklärungen, insbesondere die Festlegung des Beitragsstatuts für das vom 1. August 2007 bis 31. Mai 2008 erzielte Einkommen, zu veranlassen und anschliessend entsprechend dem Ergebnis neu über Beitragszeiterfüllung und mithin die Anspruchsberechtigung zu verfügen.

4.

Die Beschwerde ist unter Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids teilweise gutzuheissen. Die Streitsache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese nach Durchführung der erforderlichen Abklärungen neu über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 21. November 2008 verfügen kann. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 29. Januar 2009 aufgehoben und die Streitsache an die Beschwerdegegnerin zur weiteren Abklärung und neuer Verfügung im Sinn der Erwägungen zurückgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben