



Fall-Nr.: AVI 2016/48
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 23.08.2019
Entscheiddatum: 04.10.2017

Entscheid Versicherungsgericht, 04.10.2017

Eine auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit schliesst die Vermittlungsfähigkeit nicht grundsätzlich aus. Die Vermittlungsfähigkeit entfällt erst, sobald die gesamten Umstände dafür sprechen, dass die selbstständige Erwerbstätigkeit ein derartiges Ausmass angenommen hat, dass daneben eine Arbeitnehmertätigkeit zu den üblichen Zeiten nicht mehr möglich erscheint (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Oktober 2017, AVI 2016/48).

Entscheid vom 4. Oktober 2017

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz),

Marie Löhner und Michaela Machleidt Lehmann; a.o. Gerichtsschreiber Tobias Beck

Geschäftsnr.

AVI 2016/48

Parteien

A.____,

Beschwerdeführer,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Andreas Dudli, Advokaturbureau Brunner Geiser
Dudli, Hinterlauben 12, 9000 St. Gallen,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit, Rechtsdienst, Davidstrasse 35, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegner,

Gegenstand

Vermittlungsfähigkeit (selbstständige Erwerbstätigkeit)

Sachverhalt

A.

A.a A.____ meldete sich am 3. Oktober 2014 bei der Regionalen Arbeitsvermittlung (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (G 4.1/B7) und stellte am 5. Oktober 2014 bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen Antrag auf Arbeitslosentschädigung. Dabei gab er an, dass er bereit und in der Lage sei, Vollzeit zu arbeiten (G 4.1/B2). Der Versicherte arbeitete zuletzt vom 1. Mai 2011 bis 31. August 2014 bei der B.____ AG und vom 18. August 2014 bis 30. September 2014 bei der C.____ AG (act. G 4.1/B20, G 4.1/B31). Die C.____ AG hatte dem Versicherten das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen und organisatorischen Gründen gekündigt (act. G 4.1/B28/B31). In den Formularen „Angaben der versicherten Person“ für die Monate Oktober 2014 bis und mit August 2015 gab der Versicherte jeweils an, dass er keine selbstständige Tätigkeit ausgeübt habe (act. G 4.1/B11, G 4.1/B32, G 4.1/B37, G 4.1/B40, G 4.1/B43, G 4.1/B46, G 4.1/B48, G 4.1/B51, G 4.1/B55, G 4.1/64, G 4.1/B66). Per 31. August 2015 wurde der Versicherte von der Arbeitsvermittlung abgemeldet, da er selber eine Stelle gefunden habe (act. G 4.1/B68).

A.b Am 2. November 2015 meldete sich der Versicherte erneut zur Arbeitsvermittlung an (act. G 4.1/B79) und stellte am 9. November 2015 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (G 4.1/B71). In den Formularen „Angaben der versicherten



St.Galler Gerichte

Person“ für die Monate November 2015 bis und mit April 2016 gab der Versicherte wiederum jeweils an, dass er keine selbständige Tätigkeit ausgeübt habe (act. G 4.1/B81, G 4.1/B85, G 4.1/B89, G 4.1/B91, G 4.1/B94, G 4.1/110).

A.c Am 9. Dezember 2015 informierte der Versicherte seine RAV-Personalberaterin, dass er sich für die Selbständigkeit entschieden habe und gerne Kurse in diese Richtung absolvieren möchte (act. G 4.1/A63). Mit E-Mail vom 16. Dezember 2015 informierte das RAV das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA), dass sich der Versicherte für die Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit interessiert habe. Dabei hätten sie festgestellt, dass er bereits eine Webseite betreibe, Personal suche und bis im November 2014 Geschäftsführer des Unternehmens D.____ GmbH gewesen sei (act. G 4.1/A67).

A.d Mit Schreiben vom 11. Januar 2016 gab der Rechtsdienst des AWA dem Versicherten Gelegenheit zur Stellungnahme betreffend seine Vermittlungsfähigkeit. Dabei wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Versicherte im Zusammenhang mit der D.____ GmbH (vormals: E.____ GmbH) verschiedenen Geschäftstätigkeiten nachgegangen sei. Aus diesem Grund bestünden rückwirkend Zweifel an seiner Vermittlungsfähigkeit (act. G 4.1/B86). Mit Schreiben vom 14. Januar 2016 nahm der Versicherte zu seiner Vermittlungsfähigkeit Stellung. Bei der Geschäftstätigkeit für die E.____ GmbH habe es sich lediglich um eine kleine Nebenerwerbstätigkeit ohne nennenswerte Einkünfte gehandelt. Der Betrieb sei bereits im März 2014 eingestellt worden. Die Webseite F.____ habe er erst erstellt, nachdem er vom RAV im Dezember 2015 über die Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit informiert worden sei. Im Übrigen seien sämtliche vorgebrachten Tätigkeiten im Zusammenhang mit der D.____ GmbH während seiner Festanstellung im September und Oktober 2015 erfolgt (act. G 4.1/A88).

A.e Mit Verfügung vom 6. April 2016 verneinte das AWA rückwirkend die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten ab 3. Oktober 2014. Es stehe fest, dass der Versicherte während der ganzen Zeit die verantwortliche Person bei der E.____ GmbH und der D.____ GmbH geblieben sei. Die Eintragung seiner Mutter, G.____, sei nur pro forma erfolgt. Auch H.____ und I.____ seien lediglich zur Vertuschung der weiteren Geschäftsführung herbeigezogen worden. Dabei könne ein systematisches Vorgehen



bei der Übertragung der Rechte an den Gesellschaften erkannt werden. Bereits am 9. Mai 2015 seien auf der Homepage der D.____ GmbH Bilder des komplett eingerichteten Ladens J.____ aufgeschaltet worden. Dabei stehe fest, dass der Versicherte den Umbau durchgeführt habe. Seine Anstellung bei der D.____ GmbH im September und Oktober 2015 sei offensichtlich nur pro forma abgeschlossen worden, um seine öffentlichen Auftritte zu legitimieren. Es erstaune, dass die D.____ GmbH den Versicherten zu einem Monatslohn von Fr. 8'400.-- angestellt habe, obwohl ihr das Geld gefehlt habe. Auch erstaune, dass der Versicherte am 3. November 2015 schriftlich gegenüber dem RAV bestätigt habe, dass er mindestens halbtags für die Kinderbetreuung zuständig sei, obwohl er am 14. Januar 2016 gegenüber dem RAV angegeben habe, ganztätig für die Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stehen. Weiter seien der Versicherte sowie seine Lebenspartnerin anlässlich von Kontrollen der Schwarzarbeitsmarktaufsicht im März 2016 an zwei Wochen während den Öffnungszeiten im J.____ gesehen worden, was zeige, dass er den Laden die ganze Zeit hinweg mit seiner Lebenspartnerin geführt habe. Dabei liege auf der Hand, dass der Aufbau eines solchen Ladens einen zeitlichen Vorlauf benötige. Der Versicherte habe somit bereits bei der Kündigung seiner Stelle bei der B.____ AG die Weiterführung seiner Geschäfte geplant. Die Ernsthaftigkeit der Suche nach einer Festanstellung und die Bereitschaft, eine solche anzunehmen, seien stark anzuzweifeln. Der Versicherte gelte somit ab 3. Oktober 2014 als nicht vermittlungsfähig (act. G 4.1/B95).

A.f Mit Verfügung vom 14. April 2016 forderte die Kantonale Arbeitslosenkasse unter Berufung auf die vom AWA am 6. April 2016 aberkannte Vermittlungsfähigkeit die vom Versicherten für den Zeitraum vom 3. Oktober 2014 bis 31. August 2015 und 2. bis 30. November 2015 bezogenen Taggeldleistungen im Gesamtbetrag von Fr. 65'857.05 (netto) zurück (act. G 4.1/B 105).

A.g Mit Schreiben vom 6. Mai 2016 erhob der Rechtsvertreter des Versicherten Einsprache gegen die Verfügung vom 6. April 2016 betreffend Vermittlungsfähigkeit und ersuchte um die Einräumung einer Frist für die Nachreichung der Begründung bis zum 20. Mai 2016 (act. G 4.1/A139). Daraufhin beantragte er mit begründeter Einsprache vom 13. Mai 2016 die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und stellte ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozesspflege. Die Vorbereitungsarbeiten im J.____ im Sommer 2015 seien im Hinblick auf eine spätere



selbständige Tätigkeit erfolgt und der Einsprecher habe dafür keinen Lohn erhalten. Es sei gemäss Merkblatt des Seco durchaus möglich, eine selbständige Tätigkeit auszuüben und gleichzeitig vermittlungsfähig zu bleiben, wobei rund 8.3 Stunden die Woche für die selbständige Erwerbstätigkeit zur Verfügung ständen. Der Einsprecher sei stets willens gewesen, eine unselbständige Tätigkeit auszuüben bzw. anzunehmen. Den Betrieb des Ladens habe er von Anfang an nur für kurze Zeit und am Rande begleiten wollen. Die Betreuung der Kinder sei zwischen dem Einsprecher, seiner Lebenspartnerin und seiner Mutter flexibel aufgeteilt worden, weshalb die Betreuung rasch hätte umgestellt werden können. Ausserdem sei die Ausübung der selbständigen Tätigkeit eine Reaktion auf die erneute Arbeitslosigkeit gewesen und in Erfüllung der Schadenminderungspflicht erfolgt. Mit der Geschäftsidee F.____ habe sich der Einsprecher erst im Dezember 2015 auseinandergesetzt, nachdem er im RAV-Programm K.____ Erfahrungen gesammelt habe. Die ersten drei Z.____ hätten erst im April 2016 montiert werden können, wohingegen die Erstellung der Homepage und die getätigten Investitionen klar als Vorbereitungsarbeiten zu qualifizieren seien. Die eigentliche Tätigkeit mit diesem Projekt habe er erst im April 2016 aufgenommen, weshalb er sich zu diesem Zeitpunkt bei der Arbeitslosenkasse abgemeldet habe. Folglich sei der Einsprecher – mit kurzem Unterbruch – bis Ende März 2016 vermittlungsfähig gewesen (act. G 4.1/A143).

A.h Mit Schreiben vom 18. Mai 2016 forderte das AWA den Einsprecher zur Nachreichung von Unterlagen auf (act. G 4.1/A144). Mit Stellungnahme vom 15. Juni 2016 reichte der Einsprecher einen Teil der Unterlagen nach. Hierzu merkte er an, dass seine Lebenspartnerin zurzeit stundenweise in einem Y.____ arbeite. Ausserdem sei für seine Tätigkeit am Stand des J.____ an der M.____ lediglich ein Erfolgshonorar vereinbart worden, wobei er letztlich leer ausgegangen sei. Zudem würden die Kinder in Zeiten, in welchen er und seine Lebenspartnerin gleichzeitig berufstätig seien, von seiner Mutter betreut (act. G 4.1/A147).

A.i Mit Schreiben vom 21. Juni 2016 forderte das AWA den Einsprecher zur Nachreichung der weiterhin fehlenden sowie von zusätzlichen Unterlagen auf. Zudem bat es um die Beantwortung von einigen Fragen, welche sich in Bezug auf die neu eingereichten Unterlagen ergeben hätten (act G 4.1/A148). Mit Stellungnahme vom 29. Juni 2016 reichte der Einsprecher weitere Unterlagen nach. Hierzu fügte er an, dass die



St.Galler Gerichte

Testbuchung am __ 2016 von ihm vorgenommen worden sei, weil das Lesegerät bei einem Kunden nicht funktioniert habe. Zudem habe er die Z.__-renovierung in der Wohnung an der N.__ im Rahmen seiner Anstellung im September und Oktober 2015 durchgeführt und sei er mit dieser Dienstleistung nicht nach aussen aufgetreten (act. G 4.1/A151).

A.j Mit Zwischenentscheid vom 28. Juni 2016 wurde das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung im Einspracheverfahren gutgeheissen (act. G 4.1/A149).

A.k Mit Einspracheentscheid vom 27. Juli 2016 wies das AWA die Einsprache ab. Ergänzend zur Verfügung brachte es vor, dass die nachträglich vom Einsprecher eingereichten Unterlagen seine Vermittlungsunfähigkeit noch zusätzlich bekräftigen würden und dass sich der Einsprecher in widersprüchliche Angaben verstricke. So werde in der Einsprache geltend gemacht, dass der Einsatz bei der D.__ GmbH lediglich als Vorbereitung für die selbständige Erwerbstätigkeit gedient habe, während in der Stellungnahme vom 14. Januar 2016 vorgebracht worden sei, dass sämtliche Tätigkeiten unter ordentlichen Anstellungsbedingungen stattgefunden hätten. Ausserdem habe der Einsprecher am __ 2015 den Mietvertrag für das Ladenlokal im Namen der E.__ GmbH unterzeichnet, obwohl seine Mutter bereits zuständige Geschäftsführerin gewesen sei, woraus einmal mehr ersichtlich werde, dass der Ausstieg des Einsprechers lediglich pro forma erfolgt sei. Zudem zeige die Renovierung der Z.__ in der Wohnung an der N.__ in St. Gallen, die vom Einsprecher am 12. Mai 2016 durchgeführte Testbuchung sowie der Einsatz an der O.__ und der M.__ die enge Zugehörigkeit des Einsprechers zur Firma D.__ GmbH. Die Fakten würden belegen, dass der Einsprecher von Beginn an selber den Aufbau der neuen Geschäftszweige der D.__ GmbH geplant und vorangetrieben habe. Der Einsprecher sei daher nicht willens gewesen, die selbständige Erwerbstätigkeit zu Gunsten einer Festanstellung aufzugeben. Das Gesuch um Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit sei erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, als diese bereits am Laufen gewesen sei. Abschliessend sei festzuhalten, dass der Einsprecher seit Antragstellung am 3. Oktober 2014 nicht vermittlungsfähig gewesen sei (act. G 4.1/B116).

B.



B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 14. September 2016 mit dem Antrag, der Einspracheentscheid sei aufzuheben und eventualiter sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer seit dem 1. September 2015 nicht vermittlungsfähig sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Tätigkeit bei der E.____ GmbH sei schon immer eine Art Hobby geblieben, welches kein Einkommen abgeworfen habe. Dass H.____ und I.____ zur Vertuschung der Geschäftsführung herbeigezogen worden und diese an Verschiebungen beteiligt gewesen seien, sei ein unbegründeter Vorwurf. Die Vorbereitungsarbeiten für den J.____ seien unentgeltlich und lediglich im Hinblick auf eine selbständige Tätigkeit erfolgt. In der Folge wiederholt der Beschwerdeführer seine Ausführungen in der Einsprache betreffend die Möglichkeit, trotz Ausübung einer selbständigen Tätigkeit weiterhin vermittlungsfähig zu bleiben. Dabei sei die Vorinstanz in gehörsverletzender Weise nicht darauf eingegangen, dass sich eine arbeitslose Person in begrenztem Umfang einer selbständigen Tätigkeit widmen dürfe. Erst während der konkreten Vorbereitungsphase für die Einweihung des Ladens habe er sich von der Arbeitslosenversicherung abgemeldet, da er sich vollständig der Selbständigkeit habe widmen wollen. Da er in der Folge eingesehen habe, dass er davon nicht leben könne, habe er nach zwei Monaten wieder einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung eingereicht. Der Beschwerdeführer und seine Lebenspartnerin seien im März 2016 nur deshalb im Laden gesehen worden, weil der Beschwerdeführer das Projekt unterstütze. Den Laden habe er lediglich als eine Art Hobby mit Freunden und Familie geführt. Die Wiederaufnahme der Tätigkeiten habe er nicht bereits bei der Kündigung seiner Stelle bei der B.____ AG geplant. Eventualiter sei in zeitlicher Hinsicht eine Einschränkung vorzunehmen, da vor dem 1. September 2015 ganz offensichtlich Vorbereitungsarbeiten zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit durchgeführt worden seien. Der Beschwerdeführer sei somit während der Periode zwischen dem 3. Oktober 2014 und dem 31. August 2015 aufgrund der Schadenminderungspflicht als vermittlungsfähig anzusehen. Eventualiter sei daher Vermittlungsunfähigkeit erst ab dem 1. September 2015 festzustellen (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 19. Oktober 2016 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde. Die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers sei insbesondere unter dem Aspekt des „Bereitseins“ ab dem 3. Oktober 2014 zu verneinen (act. G 4).



St.Galler Gerichte

B.c Mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 teilt der Beschwerdeführer mit, dass er auf die Einreichung einer Replik verzichte (act. G 6).

B.d Mit Schreiben vom 28. März 2017 reichte der Beschwerdeführer seine Kostennote ein (act. G 8). In der Folge forderte das Gericht den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 7. Juli 2017 zur Nachreichung von Unterlagen betreffend den Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Prozesspflege auf (act. G 10). Mit Schreiben vom 25. August 2017 reichte der Beschwerdeführer die ausgefüllte Steuererklärung für das Jahr 2016, die Veranlagungsberechnung für das Jahr 2015 sowie eine aktualisierte Honorarnote ein (act. G 13).

Erwägungen

1.

1.1 Eine der Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Die arbeitslose 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). Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die persönliche Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 120 V 388 E. 3a mit Hinweisen).

Wesentliches Merkmal der Vermittlungsbereitschaft ist dabei im Allgemeinen die Bereitschaft zur Annahme einer Dauerstelle (ARV 2004 Nr. 13 S. 126 E. 2.3 mit Hinweis). Die Bereitschaft der versicherten Person, eine neue Stelle anzutreten, ist aufgrund objektiver Kriterien zu prüfen. Der Wille allein oder die bloss verbal erklärte Vermittlungsbereitschaft der versicherten Person genügen nicht (BGE 122 V 265 E. 4).

1.2 Eine auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit schliesst die Vermittlungsfähigkeit nicht grundsätzlich aus. Im Einzelfall bleibt abzuklären, ob sich das Ausmass der Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit auf die Verfügbarkeit der versicherten Person auswirkt (ARV 1986 Nr. 20 S. 82 E. 3b).



Sprechen die gesamten Umstände dafür, dass die selbstständige Erwerbstätigkeit ein derartiges Ausmass angenommen hat, dass daneben eine Arbeitnehmertätigkeit zu den üblichen Zeiten nicht mehr möglich erscheint, entfällt die Vermittlungsfähigkeit (ARV 1996/1997 Nr. 36 S. 203 E. 3). Entscheidend für die Beurteilung des Einzelfalls ist dabei, ob mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass ein Arbeitgeber die versicherte Person für die konkret zur Verfügung stehende Zeit noch einstellen würde (SVR ALV 2000 Nr. 1 E. 2b mit Hinweisen).

2.

2.1 Umstritten und zu prüfen ist vorliegend, ob der Beschwerdegegner die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers und damit den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 3. Oktober 2014 zu Recht verneint hat. Diese Frage beurteilt sich prospektiv, das heisst, vom Zeitpunkt der Antragstellung aus. Massgebend sind die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich bis zum Erlass des Einspracheentscheides entwickelt haben (BGE 120 V 385 E. 2). Der Beschwerdeführer gab in seinen beiden Anträgen auf Arbeitslosenentschädigung vom 5. Oktober 2014 und vom 9. November 2015 jeweils an, dass er bereit und in der Lage sei, Vollzeit zu arbeiten (act. G 4.1/B2, G 4.1/B71).

2.2 Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer sowie ihm nahestehende Personen seit dem Jahr 2011 in verschiedenen Unternehmen (Teil-)Inhaber waren und geschäftsführende Positionen innehatten. Vorliegend interessiert jedoch einzig die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab dem 3. Oktober 2014, weshalb auf damit nicht zusammenhängende Mandate und Beteiligungsverhältnisse nicht eingegangen wird. Von Bedeutung sind insbesondere der X.___-laden J.___ sowie das Z.___-bauunternehmen F.___, welche beide über die D.___ GmbH (vormals: E.___ GmbH) betrieben werden. Der Beschwerdeführer war seit dem 11. Januar 2012 alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der E.___ GmbH. Am __ 2014 stieg er gemäss Handelsregistereintrag aus und seine Mutter, G.___, übernahm sämtliche Stammanteile sowie die Geschäftsführung der E.___ GmbH. Am __ 2015 wurde die E.___ GmbH schliesslich in die D.___ GmbH umfirmiert (act. G 4.1/A108).

3.



3.1 Vorerst ist zu prüfen, welches Ausmass die Tätigkeit des Beschwerdeführers für den J.____ angenommen hatte. Der Beschwerdegegner ist zusammenfassend der Ansicht, dass der Beschwerdeführer bereits seit März 2015 als verantwortliche und geschäftsführende Person massgeblich beim Aufbau des J.____ beteiligt gewesen sei und diesen auch weiterhin führt (vgl. G 4.1/B116). Demgegenüber gab der Beschwerdeführer in der Stellungnahme vom 14. Januar 2016 an, dass I.____ die Geschäftstätigkeiten der D.____ GmbH übernommen habe und er lediglich im Rahmen einer Festanstellung bei der D.____ GmbH die Eröffnung des J.____ organisiert hätte (vgl. act. G 4.1/A88). Mit anderen Worten bestritt der Beschwerdeführer, ausserhalb des Anstellungsverhältnisses zwischen dem 1. September 2015 und dem 31. Oktober 2015 für den J.____ tätig gewesen zu sein. In der Beschwerde sowie in der Einsprache wird hingegen vorgebracht, dass es sich bei den Tätigkeiten für den J.____ lediglich um Vorbereitungsarbeiten im Hinblick auf den Einstieg in die Selbständigkeit gehandelt habe und der Beschwerdeführer dafür keinen Lohn bezogen habe. Bei Ganzarbeitslosigkeit stünden ihm gemäss Verwaltungspraxis rund 8.3 Stunden pro Woche zur Verfügung, um sich einer auf Dauer ausgerichteten selbständigen Erwerbstätigkeit hinzugeben, ohne dass die Vermittlungsfähigkeit beeinträchtigt werde. Ausserdem habe er das Unterfangen nur kurzzeitig begleiten wollen (vgl. act. G 1). Angesichts dieser unterschiedlichen Angaben bleibt offen, ob der Beschwerdeführer die Vorbereitungsarbeiten als Einstieg in die selbständige Erwerbstätigkeit, als Hobby oder als kurzzeitige Beschäftigung gesehen hatte. Jedenfalls wird in der Beschwerde nicht mehr bestritten, dass der Beschwerdeführer bereits vor dem 1. September 2015 für den J.____ tätig war.

3.2 Wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführte, schliesst eine auf Dauer ausgerichtete selbständige Erwerbstätigkeit die Vermittlungsfähigkeit nicht grundsätzlich aus (vgl. ARV 1986 Nr. 20 S. 82 E. 3b). Der Arbeitslose kann vielmehr ausserhalb der normalen Arbeitszeit im Umfang von 8.3 Stunden pro Woche einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen, was in etwa der Differenz zwischen der gesetzlichen Höchstarbeitszeit und der betriebsüblichen Arbeitszeit entspricht (AVIG Praxis ALE, Rz 240). Hat die selbständige Erwerbstätigkeit hingegen ein derartiges Ausmass angenommen, dass daneben eine Arbeitnehmertätigkeit zu den üblichen Zeiten nicht mehr möglich erscheint, entfällt die Vermittlungsfähigkeit.



3.3 Bereits im __ 2015 war der Beschwerdeführer bei Umbauarbeiten am Ladenlokal beteiligt, wie sich den entsprechenden Fotos entnehmen lässt (act. G 4.1/A111). Auch vom Beschwerdeführer wird eine entsprechende Mithilfe nicht bestritten, sondern er bringt in der Beschwerde vielmehr vor, an Vorbereitungsarbeiten beteiligt gewesen zu sein (act. G 1). Gemäss einem weiteren am __ 2015 auf Facebook veröffentlichten Foto mit der Überschrift J.__ wurde der Umbau des Ladenlokals Mitte __ 2015 fertiggestellt (act. G 4.1/A111). Gegenüber dem P.__ gab der Beschwerdeführer am __ 2015 an, dass der J.__ bereits seit gut einem Monat geöffnet sei, er jedoch Zeit zur Einarbeitung benötigt habe (act. G 4.1/A85). Die Eröffnung des Ladens fand somit bereits im __ 2015 statt und in der Zwischenzeit hatte sich der Beschwerdeführer eingearbeitet und Vorbereitungen getroffen. Im P.__-Artikel vom __ 2015 wird der Beschwerdeführer als Geschäftsführer des J.__ bezeichnet (act. G 4.1/A85) und auf einem Facebook-Foto vom __ 2015 werden der Beschwerdeführer sowie eine Drittperson als Geschäftsführer und Kommunikationsverantwortlicher des J.__ betitelt (act. G 4.1/A86). Im Übrigen war der Beschwerdeführer an der Eröffnung des J.__ im __ 2015 anwesend (act. G 4.1/A111/A117), hatte diese Eröffnung in seinem privaten Facebook-Profil beworben und sich im Anschluss für die gelungene Eröffnung bedankt (act. G 4.1/A115). Ein weiteres Foto vom __ 2015 zeigt den Beschwerdeführer beim Einlagern von X.__ in Q.__ (act. G 4.1/A111). Ausserdem sei der Beschwerdeführer an der O.__ mit einem Stand des J.__ gesehen worden (act. G 4.1/A143), was vom Beschwerdeführer in der Folge nicht bestritten wurde (vgl. act. G 1). Ferner hatte der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben am __ 2016 eine Testbuchung im J.__ vorgenommen, da das Lesegerät bei einem Kunden nicht funktioniert habe (act. G 4.1/A151). Schliesslich wurde der Beschwerdeführer im __ 2016 anlässlich von Schwarzarbeitskontrollen an zwei Tagen im Laden erkannt (act. G 4.1/A104) und gab der Beschwerdeführer gegenüber P.__ selbst an, dass der Laden Mittwoch bis Samstag jeweils halbtags geöffnet sei (act. G 4.1/A85). Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer sowohl vor als auch nach der Eröffnungsfeier während den Öffnungszeiten regelmässig im J.__ tätig war. Eine Arbeitnehmertätigkeit wäre daneben zu den üblichen Zeiten nur sehr eingeschränkt möglich gewesen. Insbesondere nach der Eröffnung des Ladens kollidierten die Ladenöffnungszeiten mit den gewöhnlichen Arbeitszeiten. Die angegebene vollzeitliche Verfügbarkeit für eine unselbständige Erwerbstätigkeit wäre somit kaum zu bewerkstelligen gewesen.



3.4 Abgesehen von der zeitlichen Inanspruchnahme des Beschwerdeführers durch den J.____ fällt auf, dass der Beschwerdeführer grosses Interesse am Gelingen und wirtschaftlichen Erfolg des J.____ hatte bzw. hat und von unterschiedlicher Stelle als Geschäftsführer bezeichnet wurde. Ausserdem war er beim Umbau beteiligt, organisierte und führte die Eröffnung durch, kaufte Nachschub in Q.____ ein und bewarb den Laden über Facebook. Er führte somit die unterschiedlichsten Tätigkeiten aus, was erfahrungsgemäss auf eine geschäftsführende Position sowie eine (finanzielle) Beteiligung hinweist. Zudem wurden der Beschwerdeführer oder seine Lebenspartnerin anlässlich von Kontrollen der Schwarzarbeitsmarktaufsicht im __ 2016 an vier von fünf geprüften Tagen während den Ladenöffnungszeiten im J.____ erkannt (act. G 4.1/A104). Seine Aussagen, wonach der Laden mehr ein Hobby für ihn gewesen sei und er dieses Unterfangen nur für kurze Zeit habe begleiten wollen, sind daher wenig glaubwürdig. Auch bleibt der Hinweis des Beschwerdeführers auf den fehlenden Lohnbezug von vornherein ohne Relevanz, da die Tatsache, dass in der Zeit vor oder unmittelbar nach Aufnahme einer Geschäftstätigkeit in der Regel kein oder nur ein geringes Einkommen erzielt werden kann, zu einem mit der Selbständigkeit typischerweise verbundenen Risiko gehört, welches nicht durch die Arbeitslosenversicherung abgedeckt werden soll (vgl. ARV 2000 Nr. 5 S. 26 E. 2a; ARV 2000 Nr. 37 S. 201 E. 3c; ARV 1993 Nr. 30 S. 217 E. 3b). Entsprechend ist aufgrund der gesamten Umstände davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bereits seit März 2015 als verantwortliche und geschäftsführende Person massgeblich beim Aufbau des J.____ beteiligt war und diesen auch nach der Eröffnungsfeier im __ 2015 weiterhin führte.

3.5 Insoweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, dass er die im Hinblick auf die Eröffnung des J.____ getroffenen Vorbereitungsarbeiten in Erfüllung der Schadenminderungspflicht ausführte (vgl. BGE 111 V 38), kann ihm nicht gefolgt werden. Nachdem der Beschwerdeführer sein mehrjähriges Arbeitsverhältnis bei der B.____ AG per 31. August 2014 selbst kündigte (G 4.1/B17), ging er ein Arbeitsverhältnis mit der C.____ AG ein, welches ihm nach zwei Monaten bereits wieder gekündigt wurde (act. G 4.1/B30). Dabei ist auffallend, dass der Beschwerdeführer bis zum __ 2014, somit bis kurz vor Beginn des Arbeitsverhältnisses, selbst noch Mitglied des Verwaltungsrates der C.____ AG war (vgl. G 4.1/A108). Ausserdem überrascht der gegenüber der vorherigen Anstellung massiv höhere Bruttolohn von gesamthaft Fr. 17'000.-- für ein lediglich 6 wöchiges Arbeitsverhältnis (act. G 4.1/B29). In Anbetracht



dieser Umstände muss angenommen werden, dass es sich bei dieser Anstellung von vorneherein um eine kurzzeitige Beschäftigung handeln sollte und der Beschwerdeführer bereits zu jenem Zeitpunkt in die Selbständigkeit einzusteigen plante. Folglich handelte es sich vorliegend beim Wechsel auf die selbständige Erwerbstätigkeit um die Realisierung eines ohnehin und bereits vor Verlust der Stelle bei der C.____ AG gehegten Wunsches (vgl. BGE 111 V 38 E. 2a).

3.6 Entsprechend ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer ab März 2015 bereits aufgrund seines Engagements für den J.____ weder bereit noch in der Lage war, eine unselbständige Tätigkeit auszuüben.

4.

4.1 Der Beschwerdegegner wirft dem Beschwerdeführer weiter vor, die Geschäftsidee F.____ bereits im März 2015 verfolgt zu haben (act. G 4.1/B116). Dem hielt der Beschwerdeführer entgegen, dass er sich erst im Dezember 2015 mit der Geschäftsidee F.____ auseinandergesetzt hätte und die ersten drei Z.____ erst im April 2016 hätten montiert werden können (act. G 4.1/A143). Ergänzend gab er in der Stellungnahme vom 29. Juni 2016 an, dass er die Renovation der Z.____ in der Mietwohnung an der N.____ im Rahmen seiner Anstellung bei der D.____ GmbH durchgeführt habe. Ausserdem habe es sich dabei um ein internes Renovationsprojekt gehandelt, mit welchem er nicht nach aussen aufgetreten sei (act. G 4.1/A151).

4.2 Die für die Z.____-renovierung ausgestellte Rechnung datiert auf den 11. November 2015 und ist mit dem Briefkopf der D.____ GmbH versehen (act. G 4.1/A151/Beilage 15). Trotz den teils schwer nachvollziehbaren Angaben des Beschwerdeführers steht fest, dass der Beschwerdeführer im Oktober/November 2015 eine erste Z.____-renovierung durchführte, wie er selbst mit entsprechenden Belegen nachgewiesen hat (vgl. act. G 4.1/A151/Beilage 15 und 16). Sein Argument, dass er die entsprechenden Arbeiten im Rahmen seiner Anstellung durchgeführt hätte, überzeugt nicht. Hätte er den Umbau der Z.____ in seiner Mietwohnung tatsächlich als Angestellter eines (Dritt-)Unternehmens durchgeführt, so würde er die entsprechenden Arbeiten kaum als internes Renovationsprojekt bezeichnen. Im Übrigen wurde der Beschwerdeführer gemäss Anstellungsvertrag vom 25. August 2015 von der D.____ GmbH ausdrücklich als



Aussendienstmitarbeiter angestellt und wird der Umbau von Z.____ nicht im vertraglichen Aufgabenbereich genannt (vgl. act. G 4.1/B74). Unter diesen Umständen ist wenig glaubhaft, dass sich der Beschwerdeführer erst im Dezember 2015 mit der Geschäftsidee F.____ auseinandergesetzt hätte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bereits zu einem früheren Zeitpunkt über den Rechtsrahmen der D.____ GmbH in das Z.____-einbaugeschäft einzusteigen plante.

4.3 Es stellt sich weiter die Frage, ob der Beschwerdeführer allenfalls trotz der geplanten Inbetriebnahme des Z.____-einbaugeschäftes dennoch bereit und in der Lage gewesen wäre, eine unselbständige Tätigkeit auszuüben. Abgesehen vom Einbau der Z.____ in seiner Mietwohnung im Oktober 2015 konnte der Beschwerdeführer seine ersten Aufträge im Z.____-baugeschäft erst im April 2016 ausführen, wie er selbst vorgebracht und mit entsprechenden Abrechnungen belegt hat (act. G 4.1/A143/Beilage 6). Im Erhebungsbogen zur selbständigen Erwerbstätigkeit vom 14. Januar 2016 gab der Beschwerdeführer an, dass er von 7.30 bis 18.00 Uhr für Aufträge von F.____ zur Verfügung stehe und Investitionen von Fr. 14'200.-- getätigt habe (G 4.1/A88). Unter diesen Umständen ist es wenig glaubhaft, dass der Beschwerdeführer dennoch bereit gewesen wäre, eine unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben. Bei Aufnahme einer solchen hätte er die Verfügbarkeit für F.____ nicht mehr gewährleisten können, womit er letztlich sein Geschäft und seine investierten Fr. 14'200.-- gefährdet hätte. Eine Fortführung von F.____ mit Mitarbeitern wäre ebenfalls nicht möglich gewesen, da er solche nicht hätte einstellen können, wie er selbst mit Stellungnahme vom 14. Januar 2016 angegeben hatte (act. G 4.1/A88). Zudem sind die erheblichen finanziellen Investitionen des Beschwerdeführers als Ausdruck seines Bestrebens, eine selbständige Tätigkeit aufzubauen, zu werten (vgl. ARV 1993/1994 Nr. 30 S. 217 E. 3b). Entsprechend ist anzunehmen, dass der Beschwerdeführer spätestens ab Januar 2016 aufgrund seiner Tätigkeiten für F.____ nicht mehr gewillt war, zu gewöhnlichen Arbeitszeiten für eine unselbständige Erwerbstätigkeit zur Verfügung zu stehen. Im Übrigen erfolgte die Registrierung der Homepage „F.____“ bereits am 14. November 2015 (act. G 4.1/A143/Beilage 7) und setzte er die Homepage nach eigenen Angaben im Dezember 2015 auf (act. G 4.1/A143/Ziff. 6). Folglich muss auch für die Monate November und Dezember 2015 angenommen werden, dass die Verfügbarkeit des Beschwerdeführers aufgrund von Vorbereitungsarbeiten für F.____ zusätzlich eingeschränkt war. In den Monaten November 2015 bis Mai 2016 entfiel die



Bereitschaft des Beschwerdeführers eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen folglich nicht nur aufgrund seiner Tätigkeiten für den J.____, sondern auch aufgrund seiner (Vorbereitungs-)arbeiten für das K.____-baugeschäft F.____.

5.

5.1 Nachdem die Möglichkeit und die Bereitschaft zur Annahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit ab März 2015 verneint werden muss, stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer zumindest in den Monaten Oktober 2014 bis Februar 2015 gewillt gewesen wäre, eine unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben.

5.2 Bis zur Übergabe an seine Mutter am 25. November 2014 war der Beschwerdeführer Gesellschafter und Geschäftsführer der E.____ GmbH (act. G 4.1/A80). In den am 30. November 2014 ausgefüllten Lohndeklarationen 2014 wurde er jedoch weiterhin als Kontaktperson angegeben (act. G 4.1/A110). Ausserdem unterzeichnete er am 3. Februar 2015 im Namen der E.____ GmbH einen Mietvertrag betreffend ein Ladenlokal am R.____ und unterschrieb zwecks Eingehung einer Solidarhaftung nochmals im eigenen Namen (act. G 4.1/A151/Beilage 12). Ferner wurde am 8. Januar 2015 auf der Homepage der D.____ GmbH (damals: E.____ GmbH) eine Kooperation mit Partnerunternehmen bekannt gegeben (act. G 4.1/A81). Aufgrund der faktischen Fortführung der Geschäftstätigkeiten ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer hinter dieser Kooperationsbekanntgabe stand. Der Beschwerdeführer war somit allem Anschein nach – trotz Aufgabe seiner formalen Geschäftsführerstellung am 25. November 2014 – durchgehend für die administrative Führung der E.____ GmbH (später: D.____ GmbH) zuständig (act. G 4.1/A80). Zudem zeigt die Unterzeichnung des Mietvertrags für das spätere Ladenlokal des J.____, dass bereits im Februar 2015 erste Vorbereitungsarbeiten für den J.____ angelaufen waren. Unter diesen Umständen ist es wenig glaubwürdig, dass der Beschwerdeführer dennoch willens gewesen wäre, in den Monaten Oktober 2014 bis Februar 2015 eine unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben. Im Übrigen kann im Hinblick auf die kurze Zeit sowie die anderweitigen Verpflichtungen des Beschwerdeführers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass kein Arbeitgeber den Beschwerdeführer für diese Zeit angestellt hätte.

6.



Zusammenfassend war der Beschwerdeführer für den Zeitraum vom 3. Oktober 2014 bis zur Abmeldung im April 2016 (act. G 4.1/B 111) nicht bereit und in der Lage, eine unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben, weshalb der Beschwerdegegner im angefochtenen Einspracheentscheid vom 27. Juli 2016 zu Recht die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers rückwirkend ab 3. Oktober 2014 verneint hat. Da gemäss den vorstehenden Darlegungen die Vermittlungsfähigkeit auch für die Monate Oktober 2014 bis August 2015 abzuerkennen ist, erübrigen sich weitere Ausführungen betreffend den Eventualantrag. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

7.

Auf Grund der eingereichten Unterlagen ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege samt Bestellung des unterzeichneten Rechtsanwalts als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bewilligen (vgl. Art. 61 lit. f ATSG).

8.

8.1 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts; ATSG; SR 830.1).

8.2 Auf Grund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung ist der Staat zu verpflichten, für die Kosten der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers aufzukommen. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Mit aktualisierter Kostennote vom 25. August 2017 macht der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ein im Sinne von Art. 31 Abs. 3 des Anwaltsgesetzes (sGS 963.70) um einen Fünftel herabgesetztes Honorar von Fr. 2'016.70 zuzüglich Barauslagen von Fr. 100.85 und Mehrwertsteuer von Fr. 169.40 geltend. Diese Kostenrechnung erscheint angemessen. Demzufolge hat der Staat den unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Fr. 2'286.95 zu entschädigen.



8.3 Eine Partei, der die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt wurde, ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272] i.V.m. Art. 99 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP; sGS 951.1]).

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Staat entschädigt den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Fr. 2'286.95

(inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer).