



Fall-Nr.: AVI 2022/23
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 24.04.2023
Entscheiddatum: 27.02.2023

Entscheid Versicherungsgericht, 27.02.2023

Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG; Art. 15 AVIG Vermittlungsfähigkeit verneint bei auf Dauer angelegten selbständigen Erwerbstätigkeit. Vertrauensschutz nicht gegeben (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. Februar 2023, AVI 2022/23).

Entscheid vom 27. Februar 2023

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Michaela Machleidt Lehmann und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiberin Julia Dillier

Geschäftsnr.

AVI 2022/23

Parteien

A.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Samuel Horner, M.A. HSG, Advokatur 107,
Rorschacherstrasse 107, 9000 St. Gallen,

gegen

RAV B.____,



Beschwerdegegner,

vertreten durch Amt für Wirtschaft und Arbeit, Rechtsdienst, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

Gegenstand

Vermittlungsfähigkeit

Sachverhalt

A.

A.a. A.____ meldete sich am 22. Juli 2020 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) B.____ zur Arbeitsvermittlung an, nachdem ihr nach Ablauf der Sperrfrist wegen Krankheit das Arbeitsverhältnis per 30. September 2020 gekündigt worden war (vgl. act. G3.1/A47, Erstgespräch und Anmeldung). Anlässlich des Erstgesprächs vom 31. Juli 2020 gab die Versicherte an, sie suche Stellen im Sicherheitsbereich, wobei allenfalls auch eine Neuausrichtung im Kosmetikbereich mit einem eigenen Kosmetikstudio in Frage komme (act. G3.1/A47, Erstgespräch).

A.b. Im Formular "Bescheinigung Kinderbetreuung (Obhutsnachweis)" vom 3. März 2021 gab die Versicherte an, ihr im Jahr 20__ geborener Sohn werde jeweils von Dienstag bis Freitag von 06.45 Uhr bis 18.00 Uhr in der Kindertagesstätte C.____ betreut (act. G3.1/A5).

A.c. Am 15. Juli 2021 führte das Arbeitsinspektorat gestützt auf einen am 7. Juli 2021 erhaltenen anonymen Hinweis eine Kontrolle im Kosmetikstudio D.____ durch und traf die Versicherte vor Ort bei ihrer Tätigkeit als Kosmetikerin an (act. G3.1/A27). Gleichtags nahm die Versicherte Kontakt mit ihrem Personalberater des RAV auf und teilte diesem mit, dass sie seit rund einem Jahr in einem [...] in B.____ ein Kosmetikstudio betreibe. Sie generiere jedoch keine Einkünfte. Sie sei von ihrem Freund und in den letzten Monaten von ihrem Bruder und ihrer Schwester finanziell unterstützt worden und habe sich verschuldet. Sie habe heute einer Kollegin die Wimpern kostenlos korrigiert, da diese morgen in den Urlaub fahre. Im letzten Jahr sei



St.Galler Gerichte

sie kaum im Kosmetikstudio gewesen, weil sie keine Kunden gehabt habe. Sie habe diese Tätigkeit nicht gemeldet, weil sie gedacht habe, Einkünfte bis Fr. 3'000.-- seien nicht meldepflichtig. Der Personalberater des RAV notierte, dass er keine Kenntnis davon gehabt habe (act. G3.1/A47, Kurzkontakt vom 15.07.2021).

A.d. Das Arbeitsinspektorat machte am 26. Juli 2021 eine entsprechende Meldung an das RAV (act. G3.1/A27).

A.e. Mit Schreiben vom 30. Juli 2021 teilte der Rechtsdienst des RAV der Versicherten mit, sie habe sich nachweislich bereits seit Antragsstellung auf Arbeitslosentaggeld in einem [...] eingemietet. Aufgrund der Unterlagen sei entgegen ihrer Darstellung zu erkennen, dass sie ihre Dienstleistungen nicht einfach ab und zu als reiner Freundschaftsdienst anbiete. Auf ihrer Facebook-Seite seien regelmässig Bilder von Behandlungen gepostet worden. Die angegebenen Preise entsprächen denjenigen eines Kosmetikstudios. Seit Antragsstellung habe somit ein regelmässiges Angebot bestanden. Gemäss Internetauftritt würden die Dienstleistungen von Dienstag bis Freitag von 09.00 Uhr bis 17.30 Uhr angeboten. Aufgrund des umfangreichen und breiten Dienstleistungsangebots sei zudem davon auszugehen, dass sie im Kosmetikbereich schon über eine grössere berufliche Erfahrung verfüge und im Besitz von entsprechenden Diplomen sei. Aufgrund der Feststellungen sei davon auszugehen, dass die Versicherte seit Antragsstellung der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stehe. Der Obhutsnachweis sei genau auf die Zeiten ausgerichtet, an welchen sie ihre selbständige Erwerbstätigkeit anbiete. Dass das Kosmetikstudio nicht ausgelastet sei, spiele keine Rolle, da die Arbeitslosenversicherung nicht dazu diene, schwankende Gewinneinnahmen abzudecken. Aus diesen Gründen werde eine Aberkennung der Vermittlungsfähigkeit ab Antragsstellung, d.h. ab dem 1. Oktober 2020 erwogen. Das RAV gab der Versicherten Gelegenheit zur Stellungnahme (act. G3.1/A32).

A.f. Am 29. Oktober 2021 teilte die Versicherte dem RAV mit, dass sie sich per 31. Oktober 2021 von der Arbeitsvermittlung abmelden möchte (act. G3.1/A45).

A.g. Mit Stellungnahme vom 11. November 2021 führte der damalige Rechtsvertreter der Versicherten aus, die Versicherte habe unmittelbar nach dem Lockdown 2020 ein Studio als Hobbyraum gemietet. Die Situation im Kosmetikgeschäft sei äusserst prekär



gewesen. Die COVID-19-Vorschriften hätten eine normale Behandlung nicht mehr zugelassen. Viele Kunden seien verängstigt gewesen. Effektiv habe sie nur eine Person behandelt. Die Anschuldigung, sie hätte rund Fr. 4'000.-- verdient, sei schlicht und einfach gelogen. Hätte sie effektiv Geld verdient, hätte sie nicht seit 2020 Schulden angehäuft. In Bezug auf den Facebook-Account sei zu erwähnen, dass viele der Posts vor Anmietung des Studios erfolgt seien und es sich dabei um Kolleginnen oder Familienangehörige gehandelt habe, welche gratis behandelt worden seien (act. G3.1/A51).

A.h. Am 14. Dezember 2021 verfügte das RAV, die Versicherte sei ab 1. Oktober 2020 nicht vermittlungsfähig (act. G3.1/A58). Dagegen liess die Versicherte am 24. Januar 2022 Einsprache erheben (act. G3.1/A59) und am 22. März 2022 durch ihren neu mandatierten Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Samuel Horner, eine Einspracheergänzung einreichen. Darin wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Versicherte habe zwar in der Absicht, darin einmal eine selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben, einen Raum gemietet. Über den reinen Übungs- und Gefälligkeitsstatus sei sie jedoch nie hinausgekommen. Entscheidend sei dabei, dass sie zu keinem Zeitpunkt in der Ausübung einer allfälligen Erwerbstätigkeit eingeschränkt gewesen sei. So habe sie sich auch während der Zeit der "Selbständigkeit" stets um eine Festanstellung bemüht und habe zu keinem Zeitpunkt auf den Wunsch einer Selbständigkeit beharrt. Soweit überhaupt eine Selbständigkeit vorgelegen habe, sei die Versicherte jederzeit bereit gewesen, diese aufzugeben, wenn sie eine passende Stelle gefunden hätte. Schliesslich habe sie ihre Pläne und die Tätigkeit im Bereich der Kosmetik bereits von Beginn weg transparent gegenüber dem Personalberater kommuniziert. Dieser habe aber zu keinem Zeitpunkt einen Vorbehalt angebracht, insbesondere habe er nicht darauf hingewiesen, dass die Weiterverfolgung dieser Absichten zum Verlust der Vermittlungsfähigkeit führen könnte (act. G3.1/A68).

A.i. Mit Entscheid vom 28. April 2022 wies das RAV die Einsprache ab. Die von der Versicherten getroffenen Dispositionen liessen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schliessen, dass die Tätigkeit auf Dauer ausgerichtet sei. Eine auf Dauer ausgerichtete selbständige Tätigkeit schliesse die Vermittlungsfähigkeit zwar nicht von vornherein aus. Die unterlassene rechtzeitige Information über die Tätigkeit als Kosmetikerin müsse indes dahingehend aufgefasst werden, dass sich die Versicherte



St.Galler Gerichte

bezüglich ihrer Selbständigkeit habe bedeckt halten bzw. nicht habe festlegen wollen. Gegenüber der Personalberatung habe sie es so aussehen lassen, als ob sich der Berufswunsch in Richtung Kosmetik erst kürzlich ergeben habe, mit Sicherheit aber nicht schon so weit fortgeschritten sei, dass bereits hierfür Räumlichkeiten gemietet worden seien. Die Ausführungen, dass dies lediglich zu Übungszwecken und für Gefälligkeitstätigkeiten erfolgt sei, sei nicht glaubhaft. Die angebotenen Dienstleistungen würden dem widersprechen. Ebenso würden die getätigten Investitionen für Infrastruktur, die beruflichen Weiterbildungen, die Werbeflyer und der Auftritt in den sozialen Medien darauf hinweisen, dass die selbständige Tätigkeit schon weit fortgeschritten gewesen sei. Auch die Tatsache, dass die Versicherte nach Abmeldung von der Stellenvermittlung nahtlos an einem neuen Standort, an bester Lage in E.____, ihre Dienstleistungen im selben Stil habe weiterführen können, würden belegen, dass sie sich nicht erst Überlegungen in Richtung Kosmetik gemacht habe, sondern bereits über ein Standbein in dieser Branche verfügt habe. Aufgrund familiärer Pflichten könne die Versicherte sodann nach eigenen Angaben tagsüber zwischen 09.00 Uhr bis 17.30 Uhr arbeiten. Diese zeitlichen Angaben deckten sich exakt mit den Öffnungszeiten sowohl am alten wie auch am neuen Standort. Sie gehe ihrer Selbständigkeit somit zu Zeiten nach, die zu den allgemein üblichen Arbeitszeiten zu zählen seien. In dieser Zeit müsse sie für ihre Kundschaft buchbar sein. Dass die Versicherte gegenüber der öffentlichen Arbeitsvermittlung geltend gemacht habe, zu den genau gleichen Zeiten auch einem Arbeitgeber zur Verfügung zu stehen, zeige, dass sie nie ernsthaft daran interessiert gewesen sei, einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Im Übrigen greife vorliegend der Vertrauensschutz nicht. Gegenüber der Personalberatung sei die bereits aufgenommene Tätigkeit verschwiegen worden. Entsprechend habe für den Personalberater keine Veranlassung bestanden, die Versicherte in dieser Hinsicht aufzuklären. Die von der Versicherten getroffenen Dispositionen seien sodann noch vor Antragsstellung erfolgt und stünden somit in keinem Zusammenhang mit einer allfällig unterlassenen Aufklärung (act. G3.1/A69).

B.

B.a. Gegen diesen Einspracheentscheid lässt die Versicherte (nachfolgend: Beschwerdeführerin), weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt Samuel Horner, am



30. Mai 2022 Beschwerde erheben. Sie beantragt, der Einspracheentscheid vom 28. April 2022 sei aufzuheben und es seien ihr die gesetzlich geschuldeten Taggeldleistungen uneingeschränkt zu entrichten bzw. es sei von einer Rückforderung bereits geleisteter Taggeldleistungen abzusehen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.). Sie habe bereits vor und auch während der Arbeitslosigkeit einen Raum gemietet, in dem sie als Hobby (Übungs- und Gefälligkeitsleistungen) kosmetische Anwendungen vollzogen habe. Dabei habe sie in erster Linie Familienangehörige und Freundinnen zu Übungszwecken bedient, soweit sie überhaupt Dienstleistungen ausgeübt habe. Dies mit dem Fernziel, ihren langfristigen Berufswunsch im Bereich Kosmetik zu verfolgen und entsprechende Erfahrungen zu sammeln. Während des Bezugs von Arbeitslosentaggeldern sei sie zu keinem Zeitpunkt in der Ausübung einer allfälligen Erwerbstätigkeit eingeschränkt gewesen. So habe sie sich auch während der Zeit der "Selbständigkeit" vorschriftsgemäss um eine Festanstellung bemüht, was vom RAV (nachfolgend: Beschwerdegegner) nicht bestritten werde. Der Beschwerdegegner vermute aufgrund verschiedener Massnahmen wie Werbeflyer und anderen "Investitionen", dass die Selbständigkeit schon weit fortgeschritten gewesen sei. Dabei handle es sich um reine Mutmassungen, die weder erstellt noch für die Beurteilung der Vermittlungsfähigkeit während der Anmeldung beim RAV von Bedeutung seien. Es werde nicht in Betracht gezogen, dass sie am Kundenstamm des neuen Arbeitsortes partizipiere und am neuen, prominenteren Standort auch mehr Neukunden akquiriere als am alten, weniger bekannten Standort in B.____, an dem sie die Selbständigkeit vorbereitet habe. Die vom Beschwerdegegner erwähnten Investitionen stellten keinen Beleg dafür dar, dass die Selbständigkeit schon weit fortgeschritten gewesen sei. Wie allgemein bekannt sei, hielten sich im heutigen Zeitalter der Technologie entsprechende zeitliche und finanzielle Ausgaben für Werbeflyer, Facebook-Posts etc. sehr im Rahmen. Aufgrund dieser Posts und Massnahmen pauschal davon auszugehen, dass die Selbständigkeit bereits weit fortgeschritten sei, sei nicht nachvollziehbar. Intensivere Werbemassnahmen zur Neukundengewinnung seien gerade dann wichtig und würden vermehrt initiiert, wenn gerade noch kein Kundenstamm vorhanden sei. Betreffend die in den Facebook-Posts erwähnten Behandlungen sei bereits im vorinstanzlichen Verfahren substantiiert ausgeführt worden, dass es sich dabei um Behandlungen an Familienmitgliedern oder Bekannten gehandelt habe. Verdient habe sie damit nichts.



Die Argumentation des Beschwerdegegners, sie habe Öffnungszeiten für ihre Selbständigkeit kommuniziert, welche genau mit den Betreuungszeiten ihres Kindes übereingestimmt hätten, und deshalb sei sie nie ernsthaft an der Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit interessiert gewesen, greife zu kurz. Sie sei während den Betreuungszeiten mit Kosmetikbehandlungen nicht ansatzweise ausgelastet gewesen, weshalb sie jederzeit ohne Probleme eine unselbständige Tätigkeit hätte aufnehmen können. Schliesslich habe sie ihr Verhalten mit dem Personalberater abgesprochen und die Selbständigkeit auch nur deshalb weitergeführt, weil sei vom Personalberater darin bekräftigt worden sei. Auf Basis dieser Beratung habe sie gewisse Dispositionen getätigt, insbesondere ihre Selbständigkeit weiterverfolgt (act. G1).

B.b. Mit Beschwerdeantwort vom 29. Juni 2022 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde. Er bringt vor, dass die Beschwerdeführerin während den Öffnungszeiten nicht mit Kosmetikbehandlungen ausgelastet gewesen sei, ändere nichts an der Tatsache, dass sie grundsätzlich während diesen Zeiten der Kundschaft zur Verfügung habe stehen müssen und somit einer unselbständigen Tätigkeit aufgrund der kurzfristigen Termine nicht zur Verfügung gestanden habe. Die Arbeitslosenversicherung bezwecke nicht die Abdeckung von Unternehmensrisiken (act. G3).

Erwägungen

1.

1.1. Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ab 1. Oktober 2020 zu Recht verneint hat.

1.2. Die Vermittlungsfähigkeit ist eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). 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. Der Begriff der Vermittlungsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung schliesst graduelle Abstufungen aus. Entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig oder sie ist es nicht. Zur Vermittlungsfähigkeit



gehören die Arbeitsfähigkeit und Arbeitsberechtigung im objektiven Sinn sowie subjektiv die persönliche Vermittlungsbereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 120 V 385 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts vom 20. Mai 2015, 8C_922/2014, E. 2.1 m.w.H.).

1.3. Die Frage der Vermittlungsfähigkeit beurteilt sich prospektiv, das heisst vom Zeitpunkt der Antragstellung aus. Massgebend sind die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich bis zum Erlass der Einspracheentscheidung entwickelt haben (BGE 120 V 385 E. 2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2005, C 56/05, E. 1.2).

1.4. Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen (BGE 129 V 222 E. 4.3.1 mit Hinweisen). Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 353 E. 5b, 125 V 193 E. 2, 121 V 45 E. 2a).

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sie zwar kosmetische Behandlungen angeboten habe, es sich dabei aber lediglich um ein Hobby gehandelt habe. Sie habe damit keine Einkünfte erzielt (vgl. act. G3.1/A47, Kurzkontakt vom 15.07.2021; act. G3.1).

2.2. Eine Erwerbstätigkeit charakterisiert sich dadurch, dass eine zur nachhaltigen Gewinnerzielung geeignete Tätigkeit mit der Absicht, einen solchen Gewinn zu erzielen, ausgeführt wird. Durch diese Gewinnstrebigkeit unterscheidet sich die Erwerbstätigkeit von einem Hobby bzw. einer blossen Liebhaberei (vgl. BGE 143 V 177 E. 4.2.1). Selbständige Erwerbstätigkeit liegt vor, wenn die beitragspflichtige Person durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch finanzielle oder geldwerte Gegenleistungen abgegolten wird. Besonderes Gewicht kommt dabei dem Unternehmerrisiko (Inkasso- und Delkredere-Risiko) zu. Unter anderem folgende Elemente deuten auf das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit hin: Tragen von Geschäftskosten; erfolgsgebundene Entschädigung; Haftung gegenüber Drittpersonen; Wahl der Arbeitszeit; keine Weisungsgebundenheit



(Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Bern/St. Gallen/Zürich 2020, Art. 12 N 6 und N 9).

2.3. Die Arbeitslosenversicherung kann unter bestimmten Voraussetzungen die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit während der Planungsphase eines Projektes unterstützen (vgl. Art. 71a ff. AVIG). Nach Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit ist eine solche Unterstützung mit besonderen Taggeldern nicht mehr möglich. Der Entscheid darüber, wann die Planungs- und Vorbereitungsphase einer selbständigen Erwerbstätigkeit abgeschlossen ist und wann die regelmässig im Rahmen eines fließenden Übergangs nachfolgende Anlaufphase bzw. die (effektive) Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit beginnt, ist jeweils wertend im Einzelfall, d.h. mit anderen Worten aufgrund einer individuell-konkreten Betrachtungsweise, zu treffen, wobei der zuständigen Behörde ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt werden muss (Urteil des Bundesgerichts vom 28. August 2007, C 130/06, E. 3.1 mit Hinweisen).

2.4. Die Beschwerdeführerin hat sich schon vor Anmeldung zur Arbeitsvermittlung im [...] G.____ in B.____ eingemietet und kosmetische Behandlungen gegen Entgelt angeboten (vgl. act. G3.1/A26 f.). Auf der für ihr Kosmetikstudio erstellten Facebook-Seite veröffentlichte sie ihr Behandlungsangebot inklusive Preisangaben und auf ihrem Internetauftritt die Öffnungszeiten von Dienstag bis Freitag zwischen 09.00 Uhr bis 17.30 Uhr. Zudem liess sie Werbeflyer drucken und startete eine Aktion auf DeinDeal.ch (vgl. act. G3.1/A23 ff.). Neben ihrem zeitlichen Aufwand tätigte sie somit auch Investitionen (Raummiete, Beschriftung, Mobiliar, Behandlungsgeräte und –produkte, Werbeflyer, Internetauftritt etc.), die offensichtlich bezweckt haben, das Kosmetikstudio profitabel zu machen. Die Beschwerdeführerin lässt in der Beschwerde geltend machen, dass sich die Ausgaben sehr im Rahmen gehalten hätten (vgl. act. G1 Rz. 13). Anlässlich des Kurzkontaktes mit dem Personalberater vom 15. Juli 2021 erklärte sie indes noch, sich verschuldet zu haben (act. G3.1/A47). Auch in der Stellungnahme vom 11. November 2021 liess sie ausführen, dass sie ihre Kreditfähigkeit innert kürzester Zeit verspielt habe (act. G3.1/A51 S. 4). Gestützt auf die Rechtsprechung bezüglich der sogenannten "Aussage der ersten Stunde" (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts vom 18. September 2018, 8C_470/2018, E. 4.1) ist entgegen ihrer späteren Erklärung davon auszugehen, dass sie mit Blick auf ihre finanziellen Mittel erhebliche Investitionen getätigt hat. Den Schritt von der reinen Planungs- in die Anlaufphase hatte sie somit im Oktober 2020 (Zeitpunkt der Arbeitslosigkeit) bereits unternommen.



2.5. Ob sie aufgrund der COVID-19-Pandemie und den damit verbundenen Einschränkungen keine Kunden (mehr) behandeln und damit keinen Gewinn erzielen konnte, ist dabei nicht von Bedeutung. Ausschlaggebend ist, dass die Beschwerdeführerin geplant hat, durch den Einsatz von Arbeit und finanziellen Mitteln mit dem Kosmetikstudio einen Gewinn zu erzielen, andernfalls nicht nachvollziehbar ist, weshalb sie für monatlich Fr. 600.-- einen Raum gemietet, das Kosmetikstudio mit Mobiliar und Behandlungsgeräten und –produkten eingerichtet, das Lokal beschriftet und Werbeanzeigen geschaltet hat (vgl. act. G3.1/A25 und A26). In der Stellungnahme vom 11. November 2021 liess sie sodann selber ausführen, dass die Situation im Kosmetikgeschäft äusserst prekär und viele Kunden verängstigt gewesen seien (act. G3.1/A51 S. 4). Wäre mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass sie ihre kosmetischen Behandlungen keinen Kunden, sondern nur Familienangehörigen und Freundinnen hätte anbieten wollen, stellt sich die Frage, was sie damit gemeint hat, dass die Kunden verängstigt gewesen seien. Im Übrigen erklärte die Beschwerdeführerin anlässlich des Kurzkontaktes vom 15. Juli 2021, dass sie davon ausgegangen sei, Einkünfte unter Fr. 3'000.-- seien nicht meldepflichtig (vgl. act. G3.1/A47, Kurzkontakt vom 15.07.2021). Es ist somit entgegen ihrer späteren Behauptung davon auszugehen, dass sie ein Entgelt für ihre Dienstleistungen erhalten hat. Auch der Umstand, dass der Arbeitsinspektor die Beschwerdeführerin bereits bei seinem ersten Versuch bei der Ausführung ihrer Arbeit angetroffen hat, deutet darauf hin, dass sie in Bezug auf den Umfang ihrer Tätigkeit nicht transparent ausgesagt hat (act. G3.1/A27).

2.6. Nach dem Gesagten sind die vorgenannten Handlungen der Beschwerdeführerin zum Aufbau ihrer Selbständigkeit entgegen ihrer Darstellung nicht mehr als reine Vorbereitungshandlungen (Übungsleistungen) zu qualifizieren. Der Betrieb des Kosmetikstudios kann somit nicht (mehr) als Hobby oder Liebhaberei der Beschwerdeführerin eingestuft werden. Dabei ist wie ausgeführt nicht von Bedeutung, ob sie tatsächlich keinen Gewinn erwirtschaftet hat. Ein Merkmal einer selbständigen Erwerbstätigkeit ist das Unternehmerrisiko. Die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit führt in einer Anfangs- und Aufbauphase nicht selten zu Verlusten. Wesentlich ist, dass die Beschwerdeführerin das Kosmetikstudio nicht einfach zur Gestaltung ihrer Freizeit, sondern mit dem Ziel betrieb, Gewinn zu erwirtschaften. Sie kann sich deshalb nicht darauf berufen, keine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt zu haben.

3.

3.1. Es bleibt somit zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin trotz ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit als Kosmetikerin vermittlungsfähig war. Dabei geht der



Beschwerdegegner davon aus, die Beschwerdeführerin habe die Tätigkeit als Kosmetikerin bereits vor Antragsstellung aufgenommen. Die von der Beschwerdeführerin mehrheitlich getroffenen Dispositionen liessen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schliessen, dass die Tätigkeit auf Dauer ausgerichtet gewesen sei. Aufgrund der familiären Pflichten könne die Beschwerdeführerin gemäss eigenen Angaben tagsüber zwischen 09.00 Uhr bis 17.30 Uhr arbeiten. Diese zeitlichen Angaben deckten sich exakt mit den Öffnungszeiten ihres Kosmetikstudios. Sie gehe ihrer Selbständigkeit somit zu Zeiten nach, die eine zusätzliche unselbständige Tätigkeit ausschliessen (act. G3.1/A69).

3.2. Dagegen wendet die Beschwerdeführerin ein, sie sei während des Bezugs von Arbeitslosentaggeldern zu keinem Zeitpunkt in der Ausübung einer allfälligen Erwerbstätigkeit eingeschränkt gewesen. Sie sei nicht ansatzweise ausgelastet gewesen und hätte somit jederzeit ohne Probleme eine unselbständige Tätigkeit aufnehmen können (act. G1).

3.3. Die Dauerhaftigkeit der Selbständigkeit ist insofern von Bedeutung, als sie allenfalls die Vermittlungsfähigkeit in Frage stellt. Sie ist indessen keine negative Anspruchsvoraussetzung, bei deren Vorliegen ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von vornherein ausgeschlossen wäre (Urteil des Bundesgerichts vom 5. Dezember 2012, 8C_672/2012, E. 2 mit Hinweisen). Die Vermittlungsfähigkeit und daraus folgend der Leistungsanspruch sind jedoch dann zu verneinen, wenn die Absicht zur Aufnahme der selbstständigen Arbeit so weit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer unselbstständigen Tätigkeit nicht oder kaum mehr möglich ist und demzufolge auch nicht mehr von einer vorübergehenden, zeitlich beschränkten und investitionsarmen selbstständigen Erwerbstätigkeit (im Sinne einer Zwischenverdiensttätigkeit nach Art. 24 AVIG), gesprochen werden kann (Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2009, 8C_81/2009, E. 3.4 mit Hinweisen). Übt eine versicherte Person während ihrer Arbeitslosigkeit eine selbstständige Erwerbstätigkeit aus, ist die Vermittlungsfähigkeit nur solange gegeben, als die selbstständige Erwerbstätigkeit ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden kann (Urteil des Bundesgerichts vom 5. Dezember 2012, 8C_672/2012, E. 2).

3.4. Entscheidend ist vorliegend, ob die Beschwerdeführerin aus subjektiver Sicht bereit und aus objektiver Sicht in der Lage war, eine unbefristete Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Aufgrund des Gesamtbildes, das sich aus den Akten ergibt, wird deutlich, dass die Beschwerdeführerin die selbstständige Erwerbstätigkeit weder als vorübergehenden, zeitlich beschränkten Zwischenverdienst noch als Massnahme und Reaktion auf die Arbeitslosigkeit aufnahm (vgl. hierzu vorstehend E. 2.4 f.). Die



Selbständigkeit entsprach vielmehr ihrem bereits länger gehegten Wunsch. So führt sie in der Beschwerde als "Fernziel" aus, ihren langfristigen Berufswunsch im Bereich der Kosmetik zu verfolgen und entsprechende Erfahrungen zu sammeln (act. G1 Rz. 6).

3.5. Gemäss den publizierten Öffnungszeiten bot die Beschwerdeführerin ihre kosmetischen Behandlungen von Dienstag bis Freitag zwischen 09.00 Uhr bis 17.30 Uhr an. Da sie aufgrund ihrer familiären Verpflichtungen weder am Abend noch am Wochenende arbeiten konnte (vgl. act. G3.1/A5 und A47, Erstgespräch vom 31.07.2020 sowie Beratungsgespräch vom 03.02.2021), wäre es ihr nicht möglich gewesen, neben ihrer Selbständigkeit noch einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Dass die Beschwerdeführerin nicht ansatzweise ausgelastet gewesen sein soll, wie sie behauptet, ist dabei nicht von Bedeutung. Denn sie musste zu den angegebenen Öffnungszeiten jederzeit zur Verfügung stehen, was die Suche nach einer unselbständigen Erwerbstätigkeit erheblich erschwert hätte, zumal von einem potentiellen Arbeitgebenden nicht verlangt werden kann, unregelmässige Fehlstunden einer Arbeitnehmerin zu akzeptieren. Der doch erhebliche zeitliche und organisatorische Aufwand sowie die getätigten Investitionen zeigen, dass sich die Beschwerdeführerin spätestens seit Beginn der Arbeitslosigkeit ernsthaft und intensiv um den Aufbau einer auf Dauer gerichteten selbständigen Erwerbstätigkeit bemühte und sie – entgegen ihrer Beteuerung, weiterhin zur Annahme einer Arbeitnehmertätigkeit bereit zu sein – diese bei Vorliegen einer zumutbaren Stelle nicht innerhalb nützlicher Frist aufgegeben hätte. Vielmehr weist der Umstand, dass sie ihre selbständige Erwerbstätigkeit verschwiegen hat, darauf hin, dass sie die Zeit bis zur Erreichung eines existenzsichernden Einkommens mit Arbeitslosengeldern zu überbrücken beabsichtigte. Die Arbeitslosenversicherung sieht jedoch keine solchen Überbrückungsleistungen vor (Urteil des Bundesgerichts vom 5. Juni 2009, 8C_49/2009, E. 4.3). Der Beschwerdegegner hat die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin somit zu Recht ab 1. Oktober 2020 verneint.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, sie habe ihre Pläne und die Tätigkeit im Bereich der Kosmetik bereits von Beginn weg transparent gegenüber dem Personalberater kommuniziert. Dieser habe aber zu keinem Zeitpunkt einen Vorbehalt angebracht, insbesondere habe er nicht darauf hingewiesen, dass die Weiterverfolgung dieser Absichten zum Verlust der Vermittlungsfähigkeit führen könne.

4.2. Gemäss Art. 27 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) hat jede Person Anspruch auf



grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Sinn und Zweck der Beratungspflicht ist, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des jeweiligen Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Die Beratung ist grundsätzlich auf entsprechendes Begehren der betreffenden Person sowie ohne Antrag vorzunehmen, wenn der Versicherungsträger einen entsprechenden Bedarf feststellt. Zum Kern der Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden. Solange der Versicherungsträger bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit nicht erkennen kann, dass die Situation einer versicherten Person den Leistungsanspruch zu gefährden vermag, trifft ihn keine Aufklärungs- und Beratungspflicht im Sinne von Art. 27 ATSG. Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht kommt einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich, weshalb dieser in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen hat (BGE 143 V 341 E. 5.2.1 und Urteil des Bundesgerichts vom 5. August 2019, 8C_127/2019 E. 4.2 f., je mit Hinweisen).

4.3. Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung [BV; SR 101]), der den Bürger im berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der rechtsuchenden Person gebieten. Damit sich eine Person auf den Vertrauensschutz berufen kann, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: (1) die Behörde hat in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt; (2) sie war für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig oder die rechtsuchende Person durfte die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten; (3) die rechtsuchende Person konnte die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen; (4) sie hat im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und (5) die gesetzliche Ordnung hat seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren (BGE 143 V 341 E. 5.2.1; BGE 131 V 472 E. 5; Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juni 2007, C 25/06). Zwischen den getroffenen Dispositionen und der behördlichen Vertrauensgrundlage muss ein Kausalzusammenhang bestehen, wofür kein strikter Beweis verlangt wird.

4.4. Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin anlässlich des Erstgesprächs die Absicht geäußert hatte, sich allenfalls als Kosmetikerin selbständig



St.Galler Gerichte

machen zu wollen. Diese Absicht wiederholte sie am 3. Februar 2021 gegenüber dem Personalberater. Dieser erklärte ihr daraufhin (erneut) die Möglichkeit der "Förderung der Selbständigkeit" durch die Arbeitslosenversicherung und verwies sie auf das entsprechende Merkblatt. Beim nächsten Beratungsgespräch vom 24. März 2021 führte die Beschwerdeführerin aus, sich zwar für die Kosmetik zu interessieren, dass ihr jedoch momentan das Geld dazu fehle. Erst nach der Kontrolle durch das Arbeitsinspektorat teilte die Beschwerdeführerin dem Personalberater mit, dass sie seit einem Jahr ein Kosmetikstudio betreibe. Der Personalberater konnte somit bis zur Mitteilung vom 15. Juli 2021 nicht davon ausgehen, dass sich die Beschwerdeführerin bereits selbständig gemacht hatte, zumal sie am 24. März 2021 noch ausführte, kein Geld für die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu haben (act. G3.1/A47). Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin ist somit nicht ersichtlich, inwiefern der Personalberater sie falsch beraten haben könnte. Zwar handelt es sich bei den Beratungsnotizen nicht um wortwörtliche Protokolle, sondern um sinngemässe Ausführungen. Doch lässt sich gestützt darauf erkennen, was anlässlich der Gespräche besprochen wurde. Dass die Gespräche darin falsch wiedergegeben worden wären, wird von der Beschwerdeführerin denn auch nicht geltend gemacht. Die Beschwerdeführerin kann sich demnach nicht auf den Vertrauensschutz berufen.

5.

Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen.

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG). Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.