



Fall-Nr.:	AVI 2011/92
Stelle:	Versicherungsgericht
Rubrik:	AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum:	06.06.2012
Entscheiddatum:	06.06.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 06.06.2012

Art. 8 Abs. 1 lit. f, Art. 15 Abs. 1 AVIG. Vermittlungsfähigkeit. Eine versicherte Person mit Gastgewerbepatent, die eine auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, muss sowohl ihren Verpflichtungen gemäss Gastgewerbegesetz nachkommen als auch in Bezug auf die Verfügbarkeit, die gleichen Bedingungen wie alle anderen vermittlungsfähigen Personen erfüllen (Entscheid Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 2012, AVI 2011/92). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C_672/2012 Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Christiane Gallati Schneider und Marie-Theres Rüegg Haltinner; a.o. Gerichtsschreiber Martin Horni Entscheid vom 6. Juni 2012 in Sachen A.____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Michael Rutz, Küng Rechtsanwälte, Haldenstrasse 6/10, 9200 Gossau SG, gegen Amt für Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegner, betreffend Vermittlungsfähigkeit Sachverhalt:

A.

A.a A.____ meldete sich per 9. September 2010 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Heerbrugg zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an (act. G 4.1/A 54). Der Arbeitgeberbescheinigung ist zu entnehmen, dass der Versicherte zuvor als Servicetechniker bei der B.____, vom 1. September 2007 bis 31. August 2010 beschäftigt gewesen war (act. G 4.1/A 11). Der Versicherte hatte das Arbeitsverhältnis am 23. Juni 2010 per 31. August 2010 gekündigt. Vom 1. bis 8. September 2010 war der Versicherte im Restaurant C.____ in Y.____, angestellt gewesen; dieses Arbeitsverhältnis wurde von der Arbeitgeberin innerhalb der Probezeit aufgelöst (act. G 4.1/A 60). In der Anmeldung erklärte sich der Versicherte bereit und in der Lage, eine Vollzeitbeschäftigung aufzunehmen. Am 21. März 2011 wurde dem Amt für Arbeit anonym mitgeteilt, dass der Versicherte seit dem



St.Galler Gerichte

Jahr 2008 als Inhaber des Restaurants D.___, in X.___ selbstständig erwerbstätig sei (act. G 4.1/A 58).

A.b Nach weiteren Abklärungen (act. G 4.1/A 66 - A 73) ersuchte das Amt für Arbeit mit Schreiben vom 19. April 2011 den Versicherten um Auskunft zu seiner Tätigkeit in der C.___ und D.___ und gab ihm Gelegenheit, zur Vermittlungsfähigkeit, welche überprüft werde, Stellung zu nehmen. Der Versicherte liess sich in der Folge nicht vernehmen (act. G 4.1/A 74 - A 76).

A.c Mit Verfügung vom 26. Mai 2011 stellte das Amt für Arbeit fest, der Versicherte sei ab Antragsstellung, d.h. ab 9. September 2010, nicht vermittlungsfähig und habe deshalb keinen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Zur Begründung hielt es fest, dass der Versicherte als Inhaber des st. gallischen Gastgewerbepatents sowohl für das Restaurant D.___ wie auch gestützt auf die Angaben im Internet für das Restaurant D.___ verantwortlich zeichne. Er sei Ansprechpartner für Personelles und trete auch in den Medien als Geschäftsinhaber auf. Gestützt auf das Gastwirtschaftsgesetz des Kantons St. Gallen sei er als Inhaber des Gastgewerbepatents verpflichtet, zu den Hauptöffnungszeiten im Betrieb anwesend zu sein. Bei dieser Sachlage bestehe kein Zweifel, dass kein Freiraum für die Annahme einer weiteren Stelle bestehe, weswegen der Versicherte ab Antragsstellung nicht vermittlungsfähig sei (act. G 4.1/A 83).

A.d Die vom Versicherten gegen diese Verfügung erhobene Einsprache vom 17. Juni 2011 wies das Amt für Arbeit mit Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2011 ab. Der Versicherte sei nicht nur nicht vermittlungsfähig. Es liege ausserdem kein anrechenbarer Arbeitsausfall vor, da vorliegend während der Arbeitslosigkeit eine Ausdehnung der selbstständigen Erwerbstätigkeit auf 100% erfolgt sei. Im Übrigen hätte das realisierte oder das hypothetisch aufzurechnende Einkommen nicht als Neben-, sondern als Zwischenverdienst berücksichtigt werden müssen. Die gemäss L-GAV geschuldete Mindestentlöhnung für eine Geschäftsführertätigkeit übersteige allerdings die Zumutbarkeitsgrenze gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG. Entsprechend liege weder ein anrechenbarer Verdienstaufschlag vor noch sei die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten gegeben (act. G 4.1/A 90).

B.



B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 17. November 2011. Der Beschwerdeführer, vertreten durch lic. iur. Michael Rutz, Rechtsanwalt, lässt beantragen, der Einspracheentscheid des Amtes für Arbeit vom 17. Oktober 2011 sei aufzuheben und die Vermittlungsfähigkeit sowie die Anspruchsberechtigung auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung seien ab Antragsstellung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners anzuerkennen. Der Beschwerdeführer führe das Restaurant D.____ bereits seit 2008 im Rahmen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit. Daneben habe er zu 100% bei der B.____ gearbeitet, ehe er am 8. September 2010 arbeitslos geworden sei. Er habe also über eine längere Zeit hinweg bewiesen, dass er das Restaurant lediglich als Nebenerwerb ausserhalb der üblichen Geschäftszeiten führe. Bereits durch diesen Umstand sei seine Vermittlungsfähigkeit ausgewiesen. Der Beschwerdeführer habe ferner seine selbstständige Nebenerwerbstätigkeit nicht erst mit dem Eintritt der Arbeitslosigkeit aufgenommen. Er beabsichtige auch nicht, seine Tätigkeit als Gastwirt auszubauen. Vielmehr bemühe er sich nach wie vor um eine Vollzeitstelle im Angestelltenverhältnis. Voraussichtlich auf den 1. Dezember 2011 werde er denn auch eine neue 100%-Stelle als Servicetechniker antreten. Auch habe der Beschwerdeführer seinem früheren Arbeitgeber seine Nebenerwerbstätigkeit nicht verschwiegen. Die Behauptung des Beschwerdegegners, dass kein Arbeitgeber den Beschwerdeführer im Wissen um den Nebenerwerb einstellen würde, sei damit nicht zutreffend. Der Beschwerdeführer sei während der überwiegenden Dauer der Öffnungszeiten, insbesondere während den Hauptöffnungszeiten, im Betrieb anwesend. Das Lokal sei täglich von 11³⁰ Uhr bis 13³⁰ Uhr und von 17⁰⁰ Uhr bis 22⁰⁰ Uhr (Freitag und Samstag bis 23⁰⁰ Uhr) geöffnet und die Hauptöffnungszeiten des Restaurants D.____ seien jeweils abends von 17⁰⁰ Uhr bis 22⁰⁰ Uhr. Der Hauptumsatz werde abends mit Stammgästen aus dem Quartier und aus dem Lieferservice erzielt. Der Beschwerdeführer arbeite jeweils nach Feierabend von 17³⁰ Uhr bis ca. 21³⁰ Uhr in der Pizzeria mit. Er habe somit auch während seiner 100%-igen unselbstständigen Erwerbstätigkeit jeweils zu den Hauptöffnungszeiten in der Pizzeria anwesend sein und seinen Pflichten als Patentinhaber nachkommen können. Als Patentinhaber sei er im Übrigen regelmässig von der Gewerbepolizei kontrolliert und noch nie beanstandet worden. Gemäss Praxis der städtischen Gewerbepolizei genüge eine 60%-ige Präsenz des Patentinhabers während den Öffnungszeiten. Das Restaurant sei mit vier



Vollzeitmitarbeiter und -mitarbeiterinnen personalmässig derart ausgestattet, dass es die Arbeitskraft des Beschwerdeführers von den betrieblichen Abläufen her nicht benötige. Auch von Seiten der Sozialversicherungsanstalt und der GastroSocial werde bestätigt, dass es sich bei der gastgewerblichen Tätigkeit des Beschwerdeführers um einen Nebenerwerb handle. Lediglich vom 21. September 2010 bis 1. September 2011 habe er über ein Gastwirtepatent im Kanton Thurgau verfügt. Im Restaurant D.____ sei der Beschwerdeführer jedoch nicht anwesend gewesen und habe auch keine Einkünfte aus diesem Betrieb erzielt. Die Behauptung des Beschwerdegegners, dass der Beschwerdeführer eine weitere Gaststätte im Kanton Thurgau übernommen habe, sei daher nicht zutreffend (act. G 1).

B.b Mit Schreiben vom 24. November 2011 reichte der Beschwerdeführer den ab 1. Dezember 2011 gültigen, neuen Arbeitsvertrag des Beschwerdeführers als Servicetechniker/Mitarbeiter Kundendienst bei der E.____ ein (act. G 2.1). Dies mache deutlich, dass er seine selbstständige Nebenerwerbstätigkeit als Gastwirt ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausübe, weshalb er als vermittlungsfähig zu qualifizieren sei (act. G 2).

B.c Mit Beschwerdeantwort vom 5. Januar 2012 beantragt der Beschwerdegegner Abweisung der Beschwerde. Hinsichtlich Sachverhalt und Begründung verweist er auf den Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2011 (act. G 4).

B.d Mit Schreiben vom 7. Februar 2012 verzichtet der Beschwerdeführer auf die Einreichung einer Replik (act. G 7).

Erwägungen:

1.

1.1 Eine der gesetzlichen 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 Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 58 E. 6a, mit Hinweisen).

1.2 Vermittlungsunfähigkeit liegt unter anderem vor, wenn eine versicherte Person aus persönlichen Gründen ihre Arbeitskraft nicht so einsetzen kann oder will, wie es eine Arbeitgeberin normalerweise verlangt. Sind einer versicherten Person bei der Auswahl des Arbeitsplatzes so enge Grenzen gesetzt, dass das Finden einer Stelle sehr ungewiss ist, muss Vermittlungsunfähigkeit angenommen werden. Der Grund für die Einschränkung in den Arbeitsmöglichkeiten spielt dabei keine Rolle (BGE 120 V 388 E. 3a, mit Hinweisen). Eine auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit schliesst die Vermittlungsfähigkeit dagegen 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 N 20 S. 82 E. 3b). Bei einer versicherten Person mit Gastgewerbepatent erfordert die Feststellung der Vermittlungsunfähigkeit einen Kausalzusammenhang zwischen den Verpflichtungen, die sich aufgrund der Gastgewerbegesetzgebung ergeben, und der ungenügenden Verfügbarkeit (vgl. hierzu ARV 2004 N 12 S. 123 E. 3.2). Hinsichtlich der Vermittlungsfähigkeit, namentlich in Bezug auf die Verfügbarkeit, muss eine versicherte Person mit Gastgewerbepatent die gleichen Bedingungen erfüllen wie alle anderen Personen. Es liegt somit an ihr, die auf Dauer ausgerichtete selbstständige Erwerbstätigkeit so zu gestalten, dass sie nicht daran gehindert ist, im Umfang des geltend gemachten Beschäftigungsgrads bzw. Arbeitsausfalls einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Verunmöglicht die selbstständige Erwerbstätigkeit in zeitlicher Hinsicht die Aufnahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit, ist die versicherte Person vermittlungsunfähig (Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung vom Januar 2007 [KS ALE] Rz B242).

2.

2.1 Streitig und vorliegend zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers und damit den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab 9. September 2010



St.Galler Gerichte

zu Recht verneint hat. Diese Frage beurteilt sich prospektiv, d. h. von jenem Zeitpunkt aus; dabei sind die tatsächlichen Verhältnisse mitzubersüchtigen, wie sie sich bis zum Erlass des Einspracheentscheids entwickelt haben (vgl. BGE 120 V 387 f. E. 2, mit weiteren Hinweisen).

2.2 Der Beschwerdegegner begründet seinen ablehnenden Entscheid damit, dass der Beschwerdeführer bei Beachtung der gesetzlichen Vorschriften der Gastgewerbegesetzgebung des Kantons St. Gallen während der überwiegenden Dauer der Öffnungszeit, insbesondere während der Hauptbetriebszeiten, im Restaurant anwesend sein müsse, weshalb ein Antritt einer Vollzeitstelle zu den üblichen Geschäftszeiten nicht möglich sei. Für den Beschwerdeführer ergebe sich hieraus eine zeitliche Einschränkung in Bezug auf seine Verfügbarkeit. Eine Vollzeitbeschäftigung sei für ihn aufgrund seiner Verpflichtungen grundsätzlich nicht annehmbar, was zur Annahme der Vermittlungsunfähigkeit führe. Ausserdem liege kein anrechenbarer Arbeitsausfall vor, da vorliegend während der Arbeitslosigkeit eine Ausdehnung der selbstständigen Erwerbstätigkeit auf 100% erfolgt sei.

2.3 Der Beschwerdeführer bringt demgegenüber vor, er habe auch während seiner 100%-igen unselbstständigen Erwerbstätigkeit jeweils zu den Hauptöffnungszeiten im Betrieb anwesend sein und seinen Pflichten als Patentinhaber nachkommen können. So habe er jeweils von 17³⁰ Uhr bis ca. 21³⁰ Uhr in der Pizzeria mitgearbeitet. Zudem werde auch von Seiten der Sozialversicherungsanstalt und der GastroSocial bestätigt, dass es sich bei der gastgewerblichen Tätigkeit des Beschwerdeführers um einen Nebenerwerb handle.

2.4 Wie der Beschwerdegegner zutreffend ausgeführt hat, ist die Vermittlungsfähigkeit eines Versicherten, welcher während seiner Arbeitslosigkeit eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, nur solange gegeben, als die selbstständige Erwerbstätigkeit ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden kann. Ist anhand der Umstände hingegen ausgewiesen, dass die selbstständige Erwerbstätigkeit ein derartiges Ausmass angenommen hat, dass daneben eine Arbeitnehmertätigkeit nicht mehr möglich erscheint, ist die Vermittlungsfähigkeit nicht mehr gegeben (vgl. hierzu ARV 1996/1997 N 36 S. 203 E. 3). Wie aus den Akten hervorgeht, hat der Beschwerdeführer das seit dem 1. September 2007 bestehende Arbeitsverhältnis als



St.Galler Gerichte

Servicetechniker bei der B.____ auf den 31. August 2010 gekündigt, um "vollumfänglich in die Gastronomie einzusteigen", wie der Beschwerdeführer gegenüber der bisherigen Arbeitgeberin mündlich erklärte. Er versuche den Weg in die Selbstständigkeit (act. G 4.1/A 12). Damit hat er die konkrete Absicht kundgetan, fortan selbstständig sein Erwerbseinkommen zu erzielen. Er hat sich denn auch bei der Arbeitslosenversicherung nach Fördermassnahmen erkundigt (act. G 4.1/A 7). Wohl hat der Beschwerdeführer zunächst in unselbstständiger Erwerbstätigkeit ab 1. September 2010 die Geschäftsführung der C.____ übernommen (act. G 4.1/A 64); bereits 8 Tage später erhielt er die Kündigung, weil sich der Arbeitgeber angeblich verkalkuliert habe, wie gegenüber der Arbeitslosenkasse erklärt wurde (act. G 4.1/A 60 Beilagen). In der Arbeitgeberbescheinigung wird dagegen als Grund "Geschäftsaufgabe" angegeben (act. G 4.1/A60 Beilage). Entsprechend erteilte der Gemeinderat Y.____ dem Beschwerdeführer bereits mit Wirkung ab 21. September 2010 das Gastgewerbepatent für das neu in "Pizzeria D.____" unbenannte Restaurant an gleicher Adresse in Y.____ (act. G 4.1/A 57). Zu diesem Zeitpunkt war der Beschwerdeführer zudem bereits Inhaber und Geschäftsführer der Pizzeria D.____ in X.____ (act. G 4.1/A 57 S. 4). In dieser Funktion musste er schliesslich sowohl in der Pizzeria D.____ in X.____ als auch im "Zweitlokal" in Y.____ während insbesondere den Hauptbetriebszeiten im Betrieb anwesend sein (vgl. Art. 20 Abs. 2 des Gastwirtschaftsgesetzes des Kantons St. Gallen (sGS 553.1) und §7 Abs. 2 des Gastgewerbegesetzes des Kantons Thurgau (RB 554.51)). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann daher aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer seit dem Jahr 2008 ein Erwerbseinkommen aus selbstständiger (Neben-)Erwerbstätigkeit erzielt, nicht auf seine Vermittlungsfähigkeit geschlossen werden. Vielmehr ist aufgrund der Aktenlage erstellt, dass der Beschwerdeführer mit der Vorbereitung bzw. dem dargelegten Ausbau der bisherigen selbstständigen Erwerbstätigkeit in einem der Vermittlungsfähigkeit entgegenstehenden Umfang als Selbstständigerwerbender tätig wurde. Hinzu kommt, dass er in den Formularen zu den Angaben der versicherten Person monatlich jeweils explizit verneinte, überhaupt eine selbstständige Tätigkeit auszuüben. Die Umstände der Stellenaufgabe und der Antritt der Geschäftsführertätigkeit bzw. die Übernahme eines weiteren Restaurants belegen, dass der Beschwerdeführer ab Antragstellung den Status gewechselt und als Selbstständigerwerbender nicht mehr bloss einem Zwischenverdienst, sondern



mindestens einer Haupttätigkeit nachgegangen ist. Es ist somit erstellt, dass der Beschwerdeführer für die Zeit ab 9. September 2010 zu Recht als nicht vermittlungsfähig im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG gilt. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Beschwerdeführer im späteren Verlauf ab 1. August 2011 in der F.____ beschäftigt und noch während der Probezeit per Ende Oktober 2011 wieder entlassen worden ist. Wie erwähnt, beurteilt sich die Frage der Vermittlungsfähigkeit prospektiv, so dass die praktisch nach einem knappen Jahr einsetzende Entwicklung keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die Beurteilung im Zeitpunkt der Antragstellung haben kann.

3.

3.1 Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2011 zu bestätigen.

3.2 Für dieses Verfahren sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.