



**Fall-Nr.:** AVI 2016/80  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 18.01.2018  
**Entscheiddatum:** 18.01.2018

### **Entscheid Versicherungsgericht, 18.01.2018**

**Art. 8 AVIG. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Anspruchsberechtigung bei einer neuen Rahmenfrist in Anwendung der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 aufgrund einer arbeitgeberähnlichen Stellung zu Recht verneint (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. Januar 2018, AVI 2016/80).**

Entscheid vom 18. Januar 2018

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz), Christiane Gallati Schneider und Michaela Machleidt Lehmann;

Gerichtsschreiber Daniel Furrer

Geschäftsnr.

AVI 2016/80

Parteien

**A.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Paul Rechsteiner,



## St.Galler Gerichte

Oberer Graben 44, 9000 St. Gallen,

gegen

**Kantonale Arbeitslosenkasse**, Geltenwilen-strasse 16/18, 9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

### **Arbeitslosenentschädigung**

#### **Sachverhalt**

A.

A.a A.\_\_\_\_ meldete sich am 26. Juli 2012 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und beantragte ab 1. August 2012 bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse Arbeitslosenentschädigung. Der Versicherte arbeitete zuletzt seit Februar 2008 bei der B.\_\_\_\_ AG, welche ihm die Stelle aufgrund von Umstrukturierungen per 31. Juli 2012 kündigte (act. G 3.1.96, 102 und 105).

A.b Mit Verfügung vom 28. September 2012 wurde das Gesuch des Versicherten um Taggelder zur Vorbereitung einer selbständigen Erwerbstätigkeit mit der C.\_\_\_\_ GmbH gutgeheissen (act. G 3.1.76). In der Folge wurden dem Versicherten unter jeweiliger Anrechnung eines Zwischenverdienstes von August 2012 bis Dezember 2012 Taggelder ausbezahlt. Es wurde eine Rahmenfrist vom 1. August 2012 bis 31. Juli 2014 festgesetzt (act. G 3.1. 58, 62, 67, 70 und 71). Per 3. Januar 2013 wurde der Versicherte aufgrund der definitiven Aufnahme der Selbständigkeit von der Arbeitsvermittlung abgemeldet (act. G 3.1.56).

A.c Am 21. Januar 2016 meldete sich der Versicherte erneut beim RAV zur Arbeitsvermittlung an und beantragte ab demselben Datum bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.1.48 und 52). Da der Versicherte seine selbständige Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ GmbH nicht gänzlich aufgeben



## St.Galler Gerichte

wollte, um noch einzelne Aufträge teilzeitlich weiterzuführen, wurde die Vermittlungsfähigkeit überprüft. Mit Verfügung vom 24. März 2016 wurde die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten bis auf weiteres bejaht und der anrechenbare Arbeitsausfall auf 100 Prozent einer Vollzeitstelle festgelegt (act. G 3.1.30). Für die Monate Januar bis Juli 2016 wurden dem Versicherten unter Berücksichtigung von Zwischenverdiensten Taggelder ausbezahlt, wobei die bisherige Rahmenfrist für den Leistungsbezug um zwei Jahre bis zum 31. Juli 2016 verlängert wurde (act. G 3.1.1, 6, 9, 12 und 20 ff.).

A.d Am 3. August 2016 stellte der Versicherte beim RAV einen Antrag auf eine Folgerahmenfrist ab 1. August 2016 (act. G 3.2.22 f.).

A.e Mit Verfügung vom 11. August 2016 lehnte die Arbeitslosenkasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. August 2016 ab. Der Versicherte könne in der Rahmenfrist für die Beitragszeit keine Arbeitnehmertätigkeiten nachweisen und auch keinen Befreiungsgrund geltend machen. Die selbständige Tätigkeit könne nicht als Beitragszeit angerechnet werden, da während dieser Beschäftigung keine Beiträge für ein System der Arbeitslosenversicherung entrichtet worden seien (act. G 3.2.21).

A.f Mit Einsprache vom 9. September 2016 beantragte der Versicherte die Aufhebung der Verfügung vom 11. August 2016. Es sei eine neue Rahmenfrist ab dem 1. August 2016 zu eröffnen. Er habe während der Mindestbeitragszeit durchgängig Beiträge an das System der Arbeitslosenversicherung bezahlt (act. G 3.2.14).

A.g Mit Einspracheentscheid vom 16. November 2016 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab und begründete dies mit der arbeitgeberähnlichen Stellung, die der Versicherte nach wie vor in der C.\_\_\_\_ GmbH einnehme (act. G 3.2.7).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 19. Dezember 2016. Der Beschwerdeführer beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolge die Aufhebung des Einspracheentscheides und die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist ab 1. August 2016 bzw. die Anerkennung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung (act. G 1).



## St.Galler Gerichte

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 13. Januar 2017 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (act. G 3).

B.c Mit Replik vom 17. Februar 2017 hält der Beschwerdeführer vollumfänglich an seiner Beschwerde fest (act. G 5). In der Duplik vom 20. März 2017 hält auch die Beschwerdegegnerin unverändert an der Beschwerdeantwort fest (act. G 7).

## Erwägungen

1.

1.1 Nach Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer ganz oder teilweise arbeitslos ist (lit. a); einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (lit. b); in der Schweiz wohnt (lit. c); die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht (lit. d); die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (lit. e); vermittlungsfähig ist (lit. f); die Kontrollvorschriften erfüllt (lit. g).

1.2 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. In BGE 123 V 234 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG, seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) entschieden, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, obwohl dem Wortlaut nach nur auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten, auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG anwendbar sei. Die betreffende Bestimmung diene der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von für Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä. vor allem bei Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in



Leitungsfunktion des Betriebes). Weiter führte das EVG aus, Kurzarbeit könne nicht allein in einer Reduktion der täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass ein Betrieb (bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis) für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt werde (100%-ige Kurzarbeit; GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], Bd. 1, Bern 1988, S. 383 f., N 21 der Vorbemerkungen zu Art. 31-41). In einem solchen Fall sei eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt. Werde das Arbeitsverhältnis jedoch gekündigt, liege Ganzarbeitslosigkeit vor, und es bestehe unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Dabei könne nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde, das Ausscheiden der betreffenden Person mithin definitiv sei. Entsprechendes gelte für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbestehe, die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliere, derentwegen sie oder er bei Kurzarbeit auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine grundsätzlich andere Situation liege jedoch dann vor, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nach der Entlassung die arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehalte und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen könne (BGE 123 V 234 E. 7b/bb S. 238 f. mit Hinweisen).

2.

2.1 Die Beschwerdegegnerin argumentierte in der Verfügung vom 11. August 2016 zunächst, dass der Beschwerdeführer seit 1. Januar 2013 auf selbständiger Basis tätig sei und diese nicht als Beitragszeit angerechnet werde, da er keine Beiträge für ein System der Arbeitslosenversicherung entrichtet habe (act. G 3.2.21). Im Einspracheentscheid vom 16. November 2016 änderte die Beschwerdegegnerin ihre Argumentation. Sie machte geltend, dass der Beschwerdeführer im Handelsregister nach wie vor als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der C.\_\_\_\_ GmbH eingetragen sei. Somit befinde er sich in einer arbeitgeberähnlichen Stellung, weshalb er keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe (act. G 3.2.7). In der Beschwerdeantwort führte die Beschwerdegegnerin zudem aus, dass in der ersten



Rahmenfrist der Anspruch auf Arbeitslosenleistungen aufgrund des Verlusts der Stelle bei der B.\_\_\_\_ AG zu beurteilen gewesen sei, wo der Beschwerdeführer keine arbeitgeberähnliche Stellung inne gehabt habe, so dass der Anspruch – auch nach der Wiederanmeldung – habe bejaht werden können. Der Antrag vom August 2016 für die neue Rahmenfrist sei in der Folge der Tätigkeit für die C.\_\_\_\_ GmbH erfolgt und werde ausschliesslich mit der Beitragsleistung in diesem Arbeitsverhältnis begründet. Hier sei er nach wie vor Gesellschafter und die arbeitgeberähnliche Stellung bezogen auf dieses Arbeitsverhältnis bestehe weiterhin (act. G 3).

2.2 Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, dass die Beschwerdegegnerin mit der Verneinung der Bezugsberechtigung aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung grob im Widerspruch zur eigenen Verfügung vom 24. März 2016 stehe. Es liege offensichtlich kein Fall vor, in dem es darum gehe, Missbräuche zu verhindern oder auch nur schon der Gefahr von Missbräuchen vorzubeugen. Was für den Zeitraum Februar bis Juli 2016 rechtskräftig entschieden worden sei, müsse sinngemäss auch für die Zeit ab dem 1. August 2016 gelten. (act. G 1).

2.3 Andauernd selbstständig erwerbende Personen sind in der Regel bereits von vornherein vom Arbeitslosentaggeldbezug ausgeschlossen. Die Anwendung der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 rechtfertigt sich gleichermassen bei selbstständig Erwerbstätigen, welche sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmelden. Dabei ist massgebend, ob der Status des Selbstständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird. Es ist nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, die in solchen Fällen anfänglich fehlenden Einnahmen zu ersetzen. Bei der Aufnahme einer arbeitgeberähnlichen Tätigkeit während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug kann der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt werden, weil die Arbeitslosigkeit durch den Verlust der beitragspflichtigen Beschäftigung in einem Drittbetrieb, d.h. bei einer Arbeitgeberin, bei welcher die arbeitslose Person keine arbeitgeberähnliche Position innehatte, herbeigeführt wurde. Hingegen kann, wie das Bundesgericht erkannte, in der Aufnahme einer arbeitgeberähnlichen Tätigkeit während laufender Rahmenfrist ein gewichtiges Indiz für eine fehlende Vermittlungsbereitschaft erblickt werden. Dies treffe insbesondere dann zu, wenn die versicherte Person den



Aufbau einer auf Dauer angelegten und nicht nur vorübergehenden Selbständigkeit anstrebe (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 1. Dezember 2009, 8C\_635/2009, E. 3.2 f. mit Hinweisen). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist indes nicht die Anspruchsvoraussetzung der Vermittlungsfähigkeit zu prüfen, sondern zur Beurteilung steht die Frage, ob der Beschwerdeführer in einer neuen Rahmenfrist ab 1. August 2016 auf Grund einer arbeitgeberähnlichen Stellung im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen ist.

2.4 Der Beschwerdeführer machte sich während der ersten laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug selbständig bzw. reaktivierte seine bestehende GmbH (vgl. act. G 3.1.101), nachdem er sich am 26. Juli 2012, nach erfolgter Kündigung durch die damalige Arbeitgeberin, bei der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet hatte. Nachdem der Beschwerdeführer zunächst Taggelder zur Vorbereitung der selbstständigen Erwerbstätigkeit erhalten hatte (act. G 3.1.76), wurde er aufgrund definitiver Aufnahme der Selbständigkeit per 3. Januar 2013 von der Arbeitsvermittlung abgemeldet (act. G 3.1.56). Gemäss IK-Auszug erzielte er in der Folge im Jahr 2013 ein Einkommen von Fr. 72'600.-- (act. G 3.1.33). Im Jahr 2014 wies er auf dem Lohnausweis ein Bruttoeinkommen von Fr. 85'000.-- und im Jahr 2015 ein solches von Fr. 55'000.-- aus (act. G 3.1.34 und 38). Nach erneuter Anmeldung im Januar 2016 (act. G 3.1.52) wurden dem Beschwerdeführer bis zum Ablauf der in Anwendung von Art. 71d Abs. 2 AVIG verlängerten Rahmenfrist Ende Juli 2016 wiederum Taggelder der Arbeitslosenversicherung ausbezahlt, wobei die Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ GmbH – welche der Beschwerdeführer auch nach der Anmeldung weiterführte – als Zwischenverdienst angerechnet wurde (act. G 3.1.1 ff.). Die Vermittlungsfähigkeit wurde mit Verfügung vom 24. März 2016 bis auf Weiteres bejaht (act. G 3.1.30). Dabei handelte es sich somit um eine Aufnahme einer arbeitgeberähnlichen Tätigkeit während einer laufenden (verlängerten) Rahmenfrist für den Leistungsbezug auf Grund des Stellenverlustes bei der B.\_\_\_\_ AG, weshalb zu Recht auf eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verzichtet wurde (vgl. E. 2.3).

2.5 Vorliegend ist jedoch ab 1. August 2016 eine neue Rahmenfrist zu beurteilen, weshalb es nicht mehr um die Aufnahme einer arbeitgeberähnlichen Tätigkeit während



einer laufenden Rahmenfrist geht. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer die Beitragszeit für eine neue Rahmenfrist gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt hat, indem er als Arbeitnehmer bei der C.\_\_\_\_ GmbH angestellt war und entsprechend eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Bei der C.\_\_\_\_ GmbH hielt der Beschwerdeführer jedoch die klare Mehrheit der Stammanteile und war Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift (vgl. Handelsregisterauszug, act. G 3.3), womit er eine arbeitgeberähnliche Stellung einnahm. Sowohl nach der erneuten Anmeldung im Januar 2016 sowie auch ab 1. August 2016 führte der Beschwerdeführer seine Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ GmbH weiter. Somit liegen keine Ganzarbeitslosigkeit und auch kein definitives Ausscheiden des Beschwerdeführers aus der C.\_\_\_\_ GmbH vor. Vielmehr nimmt der Beschwerdeführer weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung in jenem Unternehmen ein, bei welchem er die Beitragszeiten für die neue Rahmenfrist erworben hat. Im Entscheid vom 15. Juni 2005 (C 102/04; ARV 2005 Nr. 23, S. 268 ff.) verneinte das Bundesgericht unter Hinweis auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG die Anspruchsberechtigung in einer solchen Konstellation (E. 4.2.2 S. 271 f.).

2.6 Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers ist bei der vorliegenden Konstellation eine Missbrauchsgefahr nicht völlig auszuschliessen. Einerseits hängt der versicherte Verdienst in der neuen Rahmenfrist davon ab, welches Einkommen der Beschwerdeführer bei der durch ihn beherrschten C.\_\_\_\_ GmbH erzielte und andererseits könnte der Beschwerdeführer als arbeitgeberähnliche Person über den Arbeitsausfall bei dieser GmbH auch weiterhin bestimmen. Somit handelt es sich vorliegend um einen Fall, bei dem die Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 zu Recht angewendet wurde.

2.7 Auch aus der Verfügung vom 24. März 2016 lässt sich nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers ableiten. Darin wurde lediglich die Vermittlungsfähigkeit geprüft und bejaht. Da vorliegend der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in einer neuen Rahmenfrist zu beurteilen ist, liegt hier kein Widerspruch vor, zumal die Ablehnung des Anspruchs nicht mit einer fehlenden Vermittlungsfähigkeit begründet wurde.

3.



Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

### Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.