

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/71 vom 7. Februar 2008**

Sg Versicherungsgericht, 2008-02-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2007\\_71](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2007_71)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/71 du 7 février 2008

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/71 del 7 febbraio 2008

## **Regeste**

Art. 9a Abs. 2 und Art. 24 AVIG. Rahmenfristverlängerung, Aufgabe selbstständige Erwerbstätigkeit und selbständiger Zwischenverdienst. Die definitive Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit schliesst die Ausübung eines selbstständigen Zwischenverdienstes nicht aus, solange keine Hinweise ersichtlich sind, dass der Versicherte nicht wirklich die Absicht hat eine unselbstständige Arbeit aufzunehmen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kanton St. Gallen vom 7. Februar 2008, AVI 2007/71). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_240/2008.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im angefochtenen Einspracheentscheid hat die Beschwerdegegnerin in Übereinstimmung mit ihrer Verfügung vom 18. April 2007 den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 16. Februar 2006 abgelehnt, weil der Beschwerdeführer die 12-monatige Mindestbeitragszeit in der ordentlichen Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 16. Februar 2004 bis 15. Februar 2006 nicht erfüllt habe und die Voraussetzungen für eine Verlängerung dieser Rahmenfrist nicht gegeben seien. Die Arbeitslosenkasse des Kantons Thurgau hatte für den Beschwerdeführer mit Wirkung ab 16. Februar 2006 eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet und bis Ende Mai 2006 Taggelder ausgerichtet. Die örtliche Zuständigkeit für die Festsetzung des Taggeldanspruchs richtet sich gemäss Art. 128 AVIV in Verbindung mit Art. 119 Abs. 1 lit. a AVIV nach dem Ort, wo der Versicherte die Kontrollpflicht erfüllt, wobei diese Pflicht an der für den Wohnort zuständigen Stelle wahrzunehmen ist (Art. 17 Abs. 2 AVIG); massgebend ist der Zeitpunkt der Verfügung (Art. 119 Abs. 2 AVIV). Unbestrittenermassen erfüllte der Beschwerdeführer die Kontrollpflicht im Kanton St. Gallen erst ab dem Zeitpunkt der Anmeldung für die Arbeitsvermittlung beim RAV Heerbrugg, d.h. ab 27. Juli 2006 (act. G 3.49), nachdem er den Wohnsitz auf 1. Juli 2006 in den Kanton St. Gallen verlegt hatte (act. G 3.46). Entsprechend kann die Beschwerdegegnerin den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung erst ab 27. Juli 2006 beurteilen. Soweit im angefochtenen Einspracheentscheid der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend ab 16. Februar 2006 verneint wird, ist der Entscheid mangels Zuständigkeit der Beschwerdegegnerin aufzuheben.

### **E. 2**

Für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit gelten, sofern das Gesetz (AVIG; SR 837.0) nichts anderes vorsieht, zweijährige Rahmenfristen. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen

erfüllt sind. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Art. 9 Abs. 1 bis 3 AVIG). Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug von Versicherten, die den Wechsel zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit ohne Bezug von Leistungen nach den Artikeln 71a – 71d AVIG vollzogen haben, wird nach Art. 9a Abs. 1 AVIG (in Kraft seit 1. Juli 2003) um zwei Jahre verlängert, wenn im Zeitpunkt der Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug läuft (lit. a) und der Versicherte im Zeitpunkt der Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit die Anspruchsvoraussetzung der genügenden Beitragszeit wegen Ausübung der selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht erfüllt (lit. b). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit von Versicherten, die den Wechsel zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit ohne Bezug von Leistungen vollzogen haben, wird um die Dauer der selbstständigen Erwerbstätigkeit, höchstens jedoch um zwei Jahre verlängert (Art. 9a Abs. 2 AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG).

### **E. 3**

Zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung in der Zeit ab dem 27. Juli 2006 bzw. die Frage der Erfüllung der Beitragszeit (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG) und der Verlängerung der Rahmenfrist gemäss Art. 9a Abs. 2 AVIG.

#### **E. 3.1**

Es ist unbestritten, dass bezüglich einer vom 16. Februar 2004 bis 15. Februar 2006 dauernden Rahmenfrist aufgrund der Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der B.\_\_\_\_ AG lediglich eine Beitragszeit von 9.467 Monaten (16. Februar 2004 bis 30. November 2004) als nachgewiesen gelten kann. Der Beschwerdeführer macht jedoch eine Verlängerung der Rahmenfrist geltend, weil er in dieser Zeit eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt habe, die von ihm aufgegeben worden sei. Es steht fest, dass der Beschwerdeführer den Wechsel zur selbstständigen Tätigkeit im Sinn von Art. 9a Abs. 2 AVIG ohne Bezug von ALV-Leistungen vollzog. Ebenso steht fest, dass der Beschwerdeführer vom 1. Mai 2004 bis zum 31. Dezember 2005 bei der Ausgleichskasse als Selbstständigerwerbender (erst im Nebenerwerb, dann im Haupterwerb) erfasst war (vgl. act 3.4, 3.10 und 3.24). Umstritten ist hingegen, ob er seine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgegeben hat oder nicht.

#### **E. 3.2**

Die definitive Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit ist grundsätzlich nach den Kriterien gemäss der mit BGE 123 V 234 begründeten Rechtsprechung zu beurteilen (vgl. BGE vom 21. Juni 2006 C 188/06= ARV 2007, S. 200-203 mit Hinweisen). Der im Rahmen der am 1. Juli 2003 in Kraft getretenen AVIG-Revision neu eingefügte Art. 9a AVIG erfasst jene Personen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ohne Unterstützung der Arbeitslosenversicherung (Art. 71a ff. AVIG) aufgenommen und wieder definitiv aufgegeben haben und bei (Wieder-) Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung die Mindestbeitragszeit im Sinne von Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG nicht erfüllen (vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, Rz 106, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV: Soziale Sicherheit, 2., aktualisierte und ergänzte Auflage, Basel 2007). Wie Art. 71d Abs. 2 AVIG trägt Art. 9a AVIG dem erhöhten Risiko Rechnung, das mit der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit verbunden ist. Nach der ratio legis soll die Tatsache allein, dass aufgrund einer nicht beitragswirksamen (vgl. Art. 3 a Abs. 1 AVIG) selbstständigen Erwerbstätigkeit

keine genügende Beitragszeit generiert werden konnte, bei (Wieder-) Anmeldung zum Taggeldbezug den Anspruch nicht ausschliessen ( BGE 133 V 82 E. 3.1 S. 85f.). Zwar umfasst Art. 9a AVIG zwei grundsätzlich verschiedene Sachverhalte, deren Tatbestandsmässigkeit zu je unterschiedlichen Rechtsfolgen führt (zum Verhältnis von Art. 9a Abs. 1 und 9a Abs. 2 AVIG: BGE 133 V 82 E. 3 S. 85ff.). Dass aber eine Verlängerung der Rahmenfrist gestützt auf Art. 9a Abs. 2 AVIG ebenso wie die Leistungsrahmenfristverlängerung nach Art. 9a Abs. 1 AVIG die definitive Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit voraussetzt, steht ausser Frage (Urteil C 225/06 vom 22. Januar 2007, E. 3). Dies dient der Vermeidung von Missbräuchen, besteht doch wie bei der arbeitgeberähnlichen Stellung das Risiko des missbräuchlichen Bezugs bei Weiterführung der Tätigkeit, liegt diese doch allein in der Dispositionsfreiheit des Selbstständigerwerbenden (vgl. BGE 123 V 234).

### **E. 3.3**

Aus den Zwischenverdienstbescheinigungen des Beschwerdeführers geht hervor, dass dieser auch nach der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit erzielte (act. G 3.71, 3.77, 3.88, 3.93, 3.95; vgl. auch act. G 3.43 und 3.45). Der Beschwerdeführer räumt in der Beschwerde ein, dass er aus selbstständiger Tätigkeit monatlich durchschnittlich ein Einkommen von ca. Fr. 550.-- netto realisiere, was immerhin rund einem Drittel des versicherten Verdienstes von Fr. 1'582.-- entspricht. Dabei handelt es sich um die gleiche Tätigkeit, welcher der Beschwerdeführer zuvor als Selbstständigerwerbender nachgegangen ist. Für die Verlängerung der Rahmenfrist muss der Beschwerdeführer aber seine selbstständige Erwerbstätigkeit definitiv aufgegeben haben; dies bedeutet auch, dass die bisherige Tätigkeit nach der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung nicht als Zwischenverdienst weitergeführt werden kann. Da der Beschwerdeführer die gleiche Tätigkeit in reduziertem Umfang als Zwischenverdienst ausübt, kann nicht von einer definitiven Aufgabe seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit gesprochen werden.

### **E. 4**

Gemäss Art. 27 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind.

#### **E. 4.1**

Nach Artikel 19a AVIV klären die in Art. 76 Abs. 1 lit. a-d AVIG genannten Durchführungsstellen die Versicherten über ihre Rechte und Pflichten auf, insbesondere über das Verfahren der Anmeldung und über die Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden und zu verkürzen.

#### **E. 4.2**

Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist dies der Fall, 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf

bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat ( BGE 127 I 31 E. 3a S. 36 , 126 II 377 E. 3a S. 387 ; Urteil K 23/98 vom 9. Mai 2000, publ. in: RKUV 2000 KV Nr. 126 S. 223; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 121 V 65 E. 2a S. 66).

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe von den Personalberatern die klare Auskunft erhalten, dass Zwischenverdienste erwünscht seien. Dies dürfe ihm nicht zum Nachteil gereichen. Er habe nur seine Schadenminderungspflicht gegenüber der Arbeitslosenversicherung erfüllt. Ob dem Beschwerdeführer eine falsche bzw. unvollständige Auskunft bezüglich Rahmenfristverlängerung erteilt wurde, kann dahingestellt bleiben. Der Beschwerdeführer macht jedenfalls nicht geltend, er hätte bei korrekter Information die selbstständige Tätigkeit als Gesundheitsberater vollständig aufgegeben. Eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung ist daher aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht gerechtfertigt.

#### **E. 5**

Zusammenfassend lässt sich in Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin festhalten, dass die Voraussetzungen für eine Verlängerung der Rahmenfrist nicht erfüllt sind und dem Beschwerdeführer mangels Erfüllung der Beitragszeit die (weitere) Anspruchsberechtigung nicht zugestanden werden kann; die Beschwerde ist daher abzuweisen. Formell hat die Beschwerdegegnerin den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend ab Antragsstellung (16. Februar 2006) abgelehnt, wozu sie – wie in Erwägung 1 ausgeführt – örtlich nicht zuständig ist; richtigerweise hat sie denn auch nicht eine Rückforderungsverfügung bezüglich der im Kanton Thurgau ausbezahlten Taggelder erlassen. Der angefochtene Einspracheentscheid ist daher insoweit aufzuheben, als der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 16. Februar 2006 bis 26. Juli 2006 verneint wird.

#### **E. 6**

Gerichtskosten sind keine zu erheben. Da der Beschwerdeführer mit seinem Begehren um weitere Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung unterliegt und die zuständigkeitshalber vorzunehmende Korrektur der rückwirkenden Anspruchsaberkennung rein formeller Natur ist, rechtfertigt es sich, bezüglich Vergütung der Parteikosten von einem Unterliegen des Beschwerdeführers auszugehen und von der Zusprache einer Parteientschädigung abzusehen. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Der Einspracheentscheid vom 24. Mai 2007 wird insoweit aufgehoben, als der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 16. Februar bis 26. Juli 2006 verneint wird. 3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 4. Für dieses Verfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.