

2228

Arbeitslosenversicherung. Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit, wenn der Arbeitnehmer nach seiner Entlassung eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält. Verzugszins.

Der Beschwerdeführer Z. ist Gesellschafter der F. GmbH und war bis 31. Dezember 2002 auch deren Geschäftsführer. Die Auflösung der Gesellschaft wurde am 3. März 2003 in das Handelsregister eingetragen, wobei Z. als Gesellschafter, Geschäftsführer und Liquidator aufgeführt wurde. Ebenfalls per 3. März 2003 meldete sich Z. bei der Arbeitslosenkasse zur Stellenvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Die Arbeitslosenkasse lehnte die beantragte Arbeitslosenentschädigung auch auf Einsprache hin ab mit der Begründung, Z. nehme im Betrieb immer noch eine arbeitgeberähnliche Stellung ein und habe insbesondere die Möglichkeit, sich bei Bedarf wieder in seine Firma einzustellen. Auf seine Beschwerde hin hat das Verwaltungsgericht einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 3. März 2003 bejaht.

Aus den Erwägungen:

2. Es stellt sich die Frage, ob das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) im vorliegenden Fall Anwendung findet. Da der angefochtene Einspracheentscheid am 23. April 2003 erlassen wurde, kommen die Bestimmungen des ATSG zur Anwendung.

3. Laut Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) haben Arbeitgeber, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a - d näher beschriebene Voraussetzungen erfüllen. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitslosenentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Der Beschwerdeführer Z. war als Geschäftsführer der F. GmbH arbeitslosenversicherungsrechtlich unbestrittenermassen als Arbeitnehmer zu betrachten.

Der Arbeitsvertrag wurde am 31. Oktober 2002 per 31. Dezember 2002 aufgelöst. Andererseits blieb er Gesellschafter der Firma. Hätte er ein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung eingereicht, so wäre dieses unter Hinweis auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt worden. Vorliegend geht es jedoch um Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG. Aus dem Umstand, dass die Art. 8 ff. AVIG keine entsprechende Norm für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung kennen, lässt sich indes nicht folgern, die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen hätten in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit. Wird das Arbeitsverhältnis gekündigt, liegt Ganzarbeitslosigkeit vor, und es besteht unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Dabei kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Eine grundlegend andere Situation liegt jedoch vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgebend beeinflussen kann (Urteil C 373/00 des EVG vom 19. März 2002, S. 2 und 3). Auch Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung sind jedoch anspruchsberechtigt, falls eine Gesetzesumgehung und rechtsmissbräuchliche Leistungsbezüge ausgeschlossen werden können. In diesem Zusammenhang ist entscheidend, ob der Betrieb „für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt“ oder aber „geschlossen“ wird (Urteil C 264/01 des EVG vom 6. Juni 2002). Das EVG hat auch im Urteil C 295/99 vom 27. Januar 2000 die Anspruchsberechtigung eines Gesellschafters einer GmbH, über welche der Konkurs eröffnet wurde, bejaht mit der Begründung, dass eine Reaktivierung des Betriebes und entsprechende Vorbereitungen nicht aktenkundig seien. Daraus kann geschlossen werden, dass allein die (theoretische) Möglichkeit, eine still gelegte Firma zu reaktivieren, den Missbrauchstatbestand nicht begründet. Ob ein solcher vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen.

4. Z. war und ist Gesellschafter der F. GmbH. Das Arbeitsverhältnis wurde auf den 31. Dezember 2002 gekündigt. An der ausserordentlichen Gesellschafterversammlung der F. GmbH wurde am 3. März 2003 die Auflösung der Gesellschaft beschlossen und Z. als Liquidator bestimmt. Im Auszug des Handelsregisters vom 24. März 2003 ist Z. als Gesellschafter, Geschäftsführer und Liquidator aufge-

führt. Am 27. März 2003 ist er als Geschäftsführer und Liquidator zurückgetreten und ist im Auszug des Handelsregisters vom 3. April 2003 lediglich noch als Gesellschafter aufgeführt. In BGE 123 V 234 wurde einem Gesellschafter, der weiterhin über die unternehmerische Dispositionsfreiheit verfügt, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen, der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung abgesprochen. Das Eidg. Versicherungsgericht hat im Urteil C 264/01 B1 vom 6. Juni 2002 diese Rechtsprechung insofern relativiert, als auch solche Personen gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein können. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Gesetzesumgehung und rechtsmissbräuchliche Leistungsbezüge vorliegen, sei insbesondere zu prüfen, ob der Wille belegt sei, definitiv aus dem Betrieb auszusteigen und ihn endgültig zu liquidieren. Dies ist im vorliegenden Fall anhand der Akten zu prüfen.

5. Am 3. März 2003 wurde die Firma F. GmbH aufgelöst und deren Liquidation beschlossen. Die Liquidation einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird gemäss Art. 823 des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR; SR 220) nach den Bestimmungen über die Liquidierung einer Aktiengesellschaft durchgeführt. Per 3. März 2003 wurde gemäss Art. 823 OR die Bilanz erstellt. Der dreimalige Liquidations-Schuldenruf (Art. 742 Abs. 1 OR und 745 Abs. 2 OR) wurde am 19., 20. und 21. März 2003 im Schweizerischen Handelsblatt veröffentlicht. Die Liquidation ist erst mit der Verteilung der Aktiven an die Gesellschafter frühestens ein Jahr nach dem dritten Schuldenruf abgeschlossen (Art. 745 Abs. 2 OR). Der Beschwerdeführer hat damit alle gesetzlich vorgeschriebenen Vorkehrungen zur Durchführung der Liquidation veranlasst mit Ausnahme der Verteilung des Liquidationserlöses, welche aber frühestens am 21. März 2004 vorgenommen werden kann.

Aufgrund der Bilanzen per 3. März 2003 und per 31. August 2003 kann festgestellt werden, dass nach dem Auflösungsbeschluss am 3. März 2003 die Geschäftstätigkeit eingestellt wurde. Am 30. Juni 2003 wurde die Eintragung der F. GmbH im Register der Mehrwertsteuerpflichtigen gelöscht und es wurde zur Einreichung der Schlussabrechnung aufgefordert.

Diese aktenkundigen Vorkehrungen des Beschwerdeführers belegen die Absicht einer endgültigen Geschäftsaufgabe und den Willen des Beschwerdeführers, die Firma F. GmbH endgültig zu liquidieren. Auch wenn bis zur Verteilung des Liquidationserlöses theoretisch die

Möglichkeit besteht, den Auflösungsbeschluss zu widerrufen, so belegen doch alle aktenkundigen Vorkehrungen die Absicht des Beschwerdeführers, die Firma endgültig zu liquidieren. Unter diesen Umständen kann eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Vorschriften über die Kurzarbeitsentschädigung jedenfalls ab dem 3. März 2003 ausgeschlossen werden. Die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung sind somit ab dem 3. März 2003 gegeben. In diesem Hauptpunkt ist die Beschwerde gutzuheissen.

6. Der Beschwerdeführer beantragte die Entrichtung eines Verzugszinses von 5% ab dem 3. März 2003. Gemäss Art. 1 AVIG i.V. mit Art. 26 Abs. 2 ATSG werden die Sozialversicherungen für ihre Leistung nach Ablauf von 24 Monaten nach der Entstehung des Anspruchs, frühestens aber 12 Monate nach dessen Geltendmachung verzugszinspflichtig, sofern die versicherte Person ihrer Mitwirkungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht liegt nicht vor. Da die Leistung jedoch erst nach Ablauf von 24 Monaten verzugszinspflichtig wird und der Anspruch am 3. März 2003 entstanden ist, besteht im vorliegenden Fall kein Anspruch auf Verzugszinsen. Die beantragte Entrichtung eines Verzugszinses ist abzuweisen.

VGer 18.02.2004

2229

Fremdenpolizei. Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 7 Abs. 2 ANAG. Kognition. Rechtsmissbräuchliches Festhalten an einer Ehe.

Der 1967 geborene, aus der Elfenbeinküste stammende X. reiste am 2. August 1999 in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch, welches per 25. Mai 2000 rechtskräftig abgewiesen wurde. Am 18. August 2000 heiratete X. die Schweizer Bürgerin Z. Gestützt auf diese Ehe wurde ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt. Mit Verfügung vom 26. November 2001 wies das kantonale Amt für Ausländerfragen ein Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab. Diese Nicht-