

1. Kammer als Versicherungsgericht

URTEIL

vom 18. November 2004

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Vermittlungsfähigkeit

1. ..., geboren 1968, ist verheiratet und Mutter eines 4-jährigen Sohnes. Sie stellte erstmals ab 4. November 2002 ein Gesuch um Ausrichtung von Leistungen der Arbeitslosenkasse Graubünden (nachstehend: Kasse) und meldete sich auch zur Arbeitsvermittlung an. Als letzten Arbeitgeber gab sie die Universität Zürich an, wo sie vom 1. Oktober 2000 bis 31. Januar 2001 und vom 1. März bis zum 30. April 2002 gearbeitet hatte. In der Folge richtete ihr die Kasse bis Juni 2003 insgesamt 156.9 Taggelder aus.
Am 12. Januar 2004 stellt die Versicherte erneut ein Gesuch um Leistungen und meldete sich zur Arbeitsvermittlung an. Als letzten Arbeitgeber gab sie die Firma ... an, wo sie vom 1. Juli bis 31. Dezember 2003 gearbeitet habe. Als Beruf gab sie Germanistin an. Die Arbeitgeberbescheinigung vom 13. Januar 2004 ist von ... unterschrieben.
Abklärungen der Kasse ergaben, dass die Versicherte gemäss Handelsregisterauszügen vom 28. Januar 2004 bei der ... AG in ... seit deren Gründung am 27. Oktober 1999 Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien und bei der ... AG in ... seit dem 4. Mai 2000 Mitglied des Verwaltungsrates ohne Zeichnungsberechtigung war. Auf entsprechenden Vorhalt hin teilte die Versicherte der Kasse am 25. Februar 2004 mit, sie besitze bei der ... AG keine Aktien und habe keine Funktionen oder Rechte. Bei der ... AG habe sie bei der Gründung im Jahr 1999 40% des Aktienkapitals besessen. Heute seien dies weniger. Sie habe dort aktuell keine Funktion mehr und sei lediglich noch für Notfälle unterschriftsberechtigt. Am 8. März 2004 lehnte die Kasse die Anspruchsberechtigung der Versicherten rückwirkend ab dem 4. November 2002 infolge fehlender

Vermittlungsfähigkeit ab. Die Ablehnung begründete sie im Wesentlichen mit dem Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach Personen, die ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehielten, bzw. die Entscheidungen weiterhin massgeblich beeinflussen könnten, als nicht vermittlungsfähig gälten. Verwaltungsräte hätten ex lege eine massgebende Einflussmöglichkeit. Die Versicherte hätte ihre arbeitgeberähnliche Stellung in der ... AG nicht aufgegeben, weswegen ihr Antrag abzulehnen sei.

Dagegen liess die Versicherte am 5. April 2004 Einsprache erheben. Da sie nie massgeblich Arbeitnehmerin der ... AG gewesen sei, sei ihr die Vermittlungsfähigkeit zu Unrecht abgesprochen worden. Eine rechtsmissbräuchliche Umgehung liege ebenfalls nicht vor. Sinn und Zweck der Bestimmung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG sei es nicht, sämtliche Verwaltungsräte von der Möglichkeit, Arbeitslosengelder zu beziehen, auszuschliessen, sondern Missbräuche infolge gleichzeitiger Arbeitgeber- und Arbeitnehmerfunktion zu verhindern. Im Übrigen sei schon im November 2002 erkennbar gewesen, dass sie Verwaltungsrätin bei der ... AG sei und sie hätte bei der Prüfung der Anspruchsberechtigung darauf aufmerksam gemacht werden müssen, dass dieses Mandat Probleme bei der Beanspruchung von Taggeldern geben könnte.

Am 19. April 2004 schied die Versicherte aus dem Verwaltungsrat der ... AG aus.

Am 14. Juli 2004 wies die Kasse die Einsprache der Versicherten ab. Sie hielt an der Auffassung fest, dass die Versicherte bereits seit dem 4. November 2002 aufgrund ihrer Stellung als Verwaltungsrätin der ... AG nicht vermittlungsfähig gewesen sei. Sie habe Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG rechtsmissbräuchlich umgangen, weswegen ihr Anspruch auf Leistungen ab 4. November 2002 abgelehnt werden müsse. Die Kasse habe von diesem Mandat erst aufgrund einer zufälligen Abfrage im Handelsregister am 28. Januar 2004 Kenntnis erhalten. Die Anspruchsberechtigung sei erst ab 19. April 2004, dem Datum des Rücktritts der Versicherten aus dem Verwaltungsrat der ... AG, neu zu überprüfen. Weil zu Unrecht Leistungen ausgerichtet worden seien (so die im Zeitraum November 2002 bis Juni 2003 ausgerichteten Taggelder), sei die Kasse gestützt auf Art. 95 AVIG i.V. mit

Art. 25 ATSG verpflichtet, die Gelder zurückzufordern. Die Rückforderung werde jedoch noch separat verfügt werden.

2. Dagegen erhob ... beim Verwaltungsgericht am 9. September 2004 frist- und formgerecht Beschwerde mit dem Antrag um Aufhebung des angefochtenen Entscheides und um Ausrichtung von Arbeitslosengeldern. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen dieselben Argumente auf wie in der Einsprache. Ebenso wiederholt sie die Argumentation betreffend der Rechtsmissbräuchlichkeit der rückwirkenden Aberkennung der Anspruchsberechtigung.
3. Die Arbeitslosenkasse Graubünden beantragte unter Verweis auf die Begründung im angefochtenen Einspracheentscheid die Abweisung der Beschwerde.

Auf die weiteren Darlegungen der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Anfechtungsobjekt ist der Einspracheentscheid vom 14. Juli 2004 und die diesem zugrunde liegende Verfügung vom 8. März 2004. Damit wurde die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin nicht nur ab dem 12. Januar 2004 (gemäss Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 16. Januar 2004), sondern wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit rückwirkend bereits ab 4. November 2002 verneint. Im angefochtenen Einspracheentscheid wird mit anderen Worten nicht nur die Anspruchsberechtigung ab dem 12. Januar 2004 verneint, sondern es wird festgestellt, dass der Versicherten im Zeitraum November 2002 – Juni 2003 Leistungen (156,9 Taggelder) ausgerichtet worden sind, auf die sie zufolge fehlender Vermittlungsfähigkeit gar keinen Anspruch gehabt hätte.

2. a) Nachdem sich die gesetzlichen Bestimmungen für den Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung (Art. 8 AVIG) im Verfügungszeitraum (ab November 2002 – bis April 2004) hinsichtlich der Voraussetzung „Vermittlungsfähigkeit“ nicht geändert haben, ist vorweg zu prüfen, ob die Vorinstanz die Anspruchsberechtigung zu Recht für den erwähnten Zeitraum wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit verneint hat. Trifft dies zu, bleibt noch zu prüfen, ob für die im Zeitraum November 2002 bis Ende Juni 2003 bereits zugesprochenen und ausbezahlten 156.9 Taggelder eine Rückerstattungspflicht besteht.
- b) Als vermittlungsfähig im Sinne von Art. 8 lit. f AVIG gilt ein Arbeitsloser, sofern er bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). Zur Vermittlungsfähigkeit gehören demnach die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinne sowie subjektiv die Bereitschaft des Versicherten, seine Arbeitskraft entsprechend seinen persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (vgl. BGE 120 V 388 E. 3a). Die Vermittlungsfähigkeit ergibt sich im Einzelfall aus der Gesamtheit der persönlichen Verhältnisse (BGE 99 V 114). Als Anspruchsvoraussetzung schliesst der Begriff der Vermittlungsfähigkeit graduelle Abstufungen aus (BGE 125 V 58 E. 6a mit Hinweisen). Entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig, insbesondere bereit, eine zumutbare Arbeit anzunehmen oder nicht.
- c) Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat mit Urteil vom 4. September 1997 (C 51/94, veröffentlicht in ARV 1998, Nr. 3 und auszugsweise in BGE 123 V 234 ff.) entschieden, dass Personen, die ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehalten, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben. Als Begründung wurde angeführt, dass eine solche Person einerseits nicht als vermittlungsfähig gelte und andererseits ein solches Vorgehen auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinauslaufe, wonach Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidung des Arbeitgebers bestimmen oder

massgeblich beeinflussen können, keinen Anspruch auf Entschädigung haben. Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss dieser Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen (BGE 122 V 273).

- d) Eine etwas differenziertere Betrachtung gilt lediglich für Arbeitnehmer, bei denen sich aufgrund ihrer Mitwirkung im Betrieb die Frage stellt, ob sie einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können. Bei diesen muss jeweils geprüft werden, welche Entscheidungsbefugnis ihnen aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukommt. Handelt es sich aber um mitarbeitende Verwaltungsräte einer AG oder um geschäftsführende Gesellschafter oder geschäftsführende Dritte einer GmbH, müssen die konkreten internen Betriebsverhältnisse ebenfalls nicht mehr näher überprüft werden; die arbeitgeberähnliche Stellung ergibt sich diesfalls von Gesetzes wegen (vgl. z.B. VGU S 02 90 und BGE 120 V 525 f. Erw. 3b) und der Anspruch auf Arbeitslosengelder entfällt.
- e) In tatbeständlicher Hinsicht ergibt sich aus den Akten ohne weiteres, dass die Beschwerdeführerin auch nach der Antragstellung am 4. November 2002 nebst ihrem Ehemann weiterhin Verwaltungsrätin der ... AG war, kollektiv zu zweien gezeichnet hat, für „Notfälle“ noch unterschriftsberechtigt war und – insgesamt betrachtet - damit eine arbeitgeberähnliche Stellung im Sinne der zitierten Rechtsprechung eingenommen hat, welche sie erst mit dem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat aus der ... AG per 19. April 2004 aufgegeben hat. Fest steht aufgrund ihrer eigenen Darlegungen ferner auch, dass sie als Verwaltungsrätin zeitweise im Betrieb mitgearbeitet hat, wobei für die Beurteilung der sich im vorliegenden Verfahren stellenden Frage ohne Belang ist, dass sie – wie gemäss ihrer Auffassung unter Ehegatten üblich - ohne Entlöhnung gearbeitet haben soll. Nach der oben zitierten Rechtsprechung hat bereits der Umstand, dass sie eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb innehatte, zur Folge, dass ihr für den fraglichen Zeitraum (November 2002 – April 2004) zufolge fehlender Vermittlungsfähigkeit kein Anspruch auf Arbeitslosengelder zusteht. Damit steht fest, dass die

Vorinstanz zu Recht den Anspruch hinsichtlich der bereits abgerechneten und ausbezahlten (156,9) Taggelder ab dem 4. November 2002 rückwirkend wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit verneint hat, und dass sie aus denselben Überlegungen auch den seit 12. Januar 2004 neu beantragten Anspruch abweisen musste. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich somit als unbegründet und ist daher abzuweisen.

3. a) Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang in den Erwägungen der angefochtenen Verfügung unter Hinweis auf Art. 95 AVIG in Verbindung mit Art. 25 ATSG dargelegt, dass sie in einer separaten Verfügung die unrechtmässig erhaltenen Leistungen (im Umfang von 156,9 Taggeldern) zurückfordern werde. Weil der angefochtene Entscheid auch noch als Grundlage für die Rückerstattung dienen soll, und weil die Beschwerdeführerin bereits im Einspracheverfahren auf die Unzulässigkeit der Rückforderung hingewiesen hat, ist im vorliegenden Verfahren auch auf diese Thematik einzugehen.

- b) Die Zusprechung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen erfolgt grundsätzlich durch eine Verfügung (Art. 49 Abs. 1 ATSG). Steht diese – wie vorliegend für den Zeitraum 4. November 2002 bis Ende Juni 2003 – mit den massgebenden rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen nicht bzw. nicht mehr in Übereinstimmung, stellt sich die Frage einer Korrektur. Dabei kann sowohl eine rückwirkende als auch eine sich nur für die Zukunft auswirkende Korrektur vorgenommen werden; immer aber mit dem Ziel, die gesetzliche Ordnung (wieder-)herzustellen (BGE 122 V 227). Art. 53 ATSG lässt einerseits die Wiedererwägung zu (Abs. 2), welche die zweifellose Unrichtigkeit der Verfügung voraussetzt; andererseits ist gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG die Revision vorzunehmen, wenn neue Tatsachen oder Beweise zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen. Wird eine solche rückwirkende Korrektur einer Verfügung vorgenommen, entfällt die rechtliche Grundlage für die zugesprochenen (und unter Umständen bereits ausbezahlten) Leistungen. Diese werden damit im Nachhinein zu unrechtmässigen Leistungen (BGE 122 V 138). Art. 25 Abs. 1 ATSG bezieht sich primär auf solche Sachverhalte (rückwirkende Korrektur der Leistungszusprache) und

legt fest, dass für solche unrechtmässig bezogenen Leistungen eine Rückerstattungspflicht gilt.

- c) Wie unter Ziff. 2 dargelegt, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin unrechtmässig (im Sinne des eben Ausgeführten) Leistungen bezogen hat. Dass solche (geldwerten) Leistungen grundsätzlich von in Art. 25 Abs. 1 ATSG statuierten Rückerstattungspflicht erfasst werden, ist offenkundig. Die Rückerstattungspflicht gilt jedoch nicht absolut. Nach Art. 25 Abs. 2 Satz 1 ATSG erlischt der Rückerstattungsanspruch nämlich mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach Entrichtung der einzelnen Leistung. Mit dem Begriff des Erlöschens der Forderung hat der Gesetzgeber klargestellt, dass nicht eine (unterbrechbare) Verjährungsfrist, sondern eine Verwirkungsfrist besteht (vgl. BBl 1991 II 258). Die (relative) Frist von einem Jahr nach Kenntnisnahme, setzt keine tatsächliche Kenntnisnahme voraus. Die Rechtsprechung bezeichnet es vielmehr als ausreichend, wenn der Versicherungsträger bei Beachtung der zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen. Soweit für das Erkennen der Unrechtmässigkeit der Leistungsausrichtung ein Handelsregistereintrag massgebend ist, hat sich der Versicherungsträger die Publizitätswirkung des Handelsregisters entgegenhalten zu lassen (BGE 122 V 275 f.).
- d) Vorliegend stellt sich die Frage der Rückwirkung nur unter dem Blickwinkel der relativen einjährigen Verwirkungsfrist, wogegen die absolute Verwirkungsfrist von 5 Jahren auf jeden Fall gewahrt ist, da erst ab dem 4. November 2002 Leistungen ausgerichtet wurden. Entscheidend ist somit, seit, ab wann die Vorinstanz zumutbarerweise Kenntnis von der den Leistungsanspruch ausschliessenden arbeitgeberähnlichen Stellung der Versicherten Kenntnis haben konnte. Nachdem unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin in dem der Rückerstattungspflicht zugrunde liegenden Zeitraum (November 2002 – Ende Juni 2003) korrekt als Verwaltungsrätin im Handelsregister eingetragen war, muss sich die Beschwerdegegnerin im Hinblick auf die während rund einem Jahr erfolgte Auszahlung von insgesamt

156,9 Taggeldern die Kenntnis von deren einen Leistungsanspruch ausschliessenden Mitgliedschaft im Verwaltungsrat der ... AG und der ... AG aufgrund des Handelsregistereintrages von Anfang an (und nicht etwa erst ab dem 28. Januar 2004) entgegenhalten lassen. Anders zu entscheiden wäre allenfalls dann gewesen, wenn bereits das Antragformular vom November 2002 eine (zwischenzeitlich in Ziff. 29 des neuen Formular aufgenommene) Frage nach Betriebsbeteiligungen, Verwaltungsratsmandaten, o.ä. enthalten hätte und wenn die Beschwerdeführerin diese (wie im Antragsformular vom Januar 2004 geschehen) wahrheitswidrig ausgefüllt hätte. Diese Konstellation steht vorliegend jedoch nicht zur Diskussion und die Kasse hat sich daher die sich aus der Publizitätswirkung des Handelsregisters ergebenden Folgen entgegenhalten zu lassen. Im konkreten Fall bedeutet dies, dass der Rückforderungsanspruch der Beschwerdegegnerin für die im Zeitraum November 2002 bis Ende Juni 2003 unrechtmässig ausbezahlten Leistungen erloschen (verwirkt) ist. In diesem Sinne ist die Beschwerde denn auch teilweise gutzuheissen.

4. Gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. a ATSG ist das kantonale Beschwerdeverfahren bei Sozialversicherungsstreitigkeiten – ausser bei leichtsinniger oder mutwilliger Prozessführung - kostenlos.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen; im Übrigen wird sie abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.