

1. Kammer als Versicherungsgericht

URTEIL

vom 21. Januar 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Vermittlungsfähigkeit

1. ... wurde 1975 geboren und ist ledig. Seit dem 1. Oktober 2002 war er bei der ... GmbH als Geschäftsführer und Shop-Unternehmer tätig. Die Gesellschaft besitzt ein Gesellschaftskapital von Fr. 50'000.--. ... war und ist heute noch als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Kollektivunterschrift zu zweien und einer Stammeinlage von Fr. 45'000.-- im Handelsregister des Kantons ... eingetragen. Weitere Gesellschafterin ist die ... AG mit einer Stammeinlage von Fr. 5'000.--, jedoch ohne Zeichnungsberechtigung. Kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt ist ferner ... Als Gesellschaftszweck wurden die Führung und der Betrieb des ... Tankstellen-Shops der ... AG in ... eingetragen. Aus diesem Grund schloss die ... AG mit der ... GmbH einen Pacht- und Betreuungsvertrag mit Wirkung ab 1. November 2002 und einer festen Vertragsdauer von 5 Jahren. Am 13. April 2004 kündigte die ... AG den Vertrag wegen Vertragsverletzung bzw. Schadenszufügung auf den 30. Juni 2004.
2. Vom 11. August 2004 an erhob der Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Dieser wurde mit Verfügung vom 23. August 2004 von der Arbeitslosenkasse Graubünden abgelehnt. Sie begründete den Entscheid damit, dass der Versicherte aufgrund seiner nach wie vor eingetragenen Funktion und Beteiligung an der Gesellschaft nicht vermittlungsfähig sei. Dagegen erhob der Versicherte am 31. August 2004 Einsprache mit dem Begehren, es sei ihm die Anspruchsberechtigung zuzusprechen. Die GmbH existiere zwar noch, doch sei sie seit der Kündigung ohne Zweck und Tätigkeit, weshalb er als vermittlungsfähig einzustufen sei.

3. Mit Einspracheentscheid vom 11. Oktober 2004 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Sie verwies zur Begründung auf die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts wonach Personen, die eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehielten, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hätten. Handle es sich um Verwaltungsräte einer AG, um geschäftsführende Gesellschafter oder um geschäftsführende Dritte einer GmbH, so ergebe sich die arbeitgeberähnliche Stellung von Gesetzes wegen. Diese Personen verfügten in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter und finanziell Beteiligte über eine massgebliche Entscheidungsbefugnis und seien deshalb nicht vermittlungsfähig. Die blosse Absicht, die Firma zu liquidieren, beende die arbeitgeberähnliche Stellung ebenso wenig wie eine vorübergehende Stilllegung des Betriebes.
4. Daraufhin erhob der Versicherte am 9. November 2004 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag auf Zusprechung von Arbeitslosentschädigung ab 11. August 2004 aufgrund bestehender Vermittlungsfähigkeit. Er begründete dies mit dem faktischen Ende der Gesellschaft. Die Führung und der Betrieb des ...-Shops als alleiniger Gesellschaftszweck könne nicht mehr erreicht werden. Eine Aktivierung der noch bestehenden Firma sei nicht möglich, denn dazu würde er weiteres Kapital und ein Geschäftskonzept benötigen, was ihm jedoch beides fehle. Die Gesellschaft werde nun wohl in Konkurs gehen, dies brauche jedoch Zeit. Tatsache sei, dass er seit dem 1. Juli 2004 weder eine Arbeit noch einen Verdienst habe.
5. In ihrer Vernehmlassung vom 30. November 2004 verwies die Arbeitslosenkasse auf ihren Einspracheentscheid und hielt noch einmal fest, dass der Beschwerdeführer nach wie vor als Geschäftsführer und Gesellschafter der weiterhin bestehenden GmbH eingetragen sei, womit ihm die Vermittlungsfähigkeit fehle.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Einspracheentscheid vom 11. Oktober 2004 und die zugrunde liegende Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 23. August 2004. Strittig ist die Frage, ob der Beschwerdeführer für die Zeit ab dem 11. August 2004 vermittlungsfähig ist und ihm infolgedessen ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zusteht.

2. a) Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) hat nur diejenige versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, welche im Sinne von Art. 15 AVIG auch vermittelbar ist. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat entschieden, dass Personen, die ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehalten, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben (vgl. BGE 120 V 521 ff.; 122 V 270 ff.; 123 V 234 ff.). Dies wurde damit begründet, dass ein solches Vorgehen auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der sinngemäss anwendbaren Regelung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinauslaufe. Laut dieser Bestimmung 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, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Gemäss Rechtsprechung ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen und nicht nur für die Kurzarbeitsentschädigung von Bedeutung (BGE 113 V 74).

- b) Hinter dieser Regelung steht der Gedanke der Verhütung von Missbräuchen (vgl. Gerhard Gerhards, Kommentar zum AVIG, Bern 1987, Band I, Art. 31, Nr. 43). Es soll insbesondere dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Arbeitsausfall arbeitgeberähnlicher Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie diesen aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (ARV 1998 Nr. 3). Personen, denen innerhalb eines Betriebs die Befugnis zukommt, den Entscheid über die Einführung von

Kurzarbeit zu fällen, wird deshalb von Gesetzes wegen der Anspruch auf Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung versagt (BGE 123 V 238; Gerhards, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 31 – 41, Nr.21). In einem solchen Fall ist ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt. Wird das Arbeitsverhältnis jedoch gekündigt, liegt Ganzarbeitslosigkeit vor, und es besteht unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Wenn in der Botschaft zum AVIG festgehalten wird, dass solche Personen gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein können (BBl 1980 III 591 f.), wird damit ansatzweise zum Ausdruck gebracht, dass bei Ganzarbeitslosigkeit von Arbeitnehmern mit arbeitgeberähnlicher Stellung verschiedene Fallkonstellationen unterschieden werden müssen (BGE 123 V 237 f.). Eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG wird zum Beispiel nach der Rechtsprechung dann nicht vorgenommen, wenn ein Betrieb geschlossen wird und das Ausscheiden des Arbeitnehmers definitiv ist (ARV 1998 Nr. 3). Es verbleibt jedoch die Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung (BGE 123 V 238).

- c) Eine solche liegt nach der Praxis darin, dass zwar der Wortlaut einer Norm beachtet, ihr Sinn dagegen missachtet wird (BGE 114 Ib 15 E. 3a mit Hinweisen). Daher ist vorab nach dem Zweck der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zu fragen. Die betreffende Bestimmung dient der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalles, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä., vor allem bei Unternehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebes; BGE 122 V 272 mit Hinweisen). Kurzarbeit kann nicht allein in einer Reduktion der täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit bestehen, sondern auch darin, dass ein Betrieb (bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis) für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird (100%-ige Kurzarbeit; Gerhards, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 31 bis 41, Nr. 21). In einem solchen Fall ist ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt. Wird das

Arbeitsverhältnis jedoch 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 betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbesteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliert, deretwegen er bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine grundsätzlich andere Situation liegt jedoch dann vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann.

3. a) Gibt es somit Anhaltspunkte, dass die versicherte Person eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat, hat die Kasse u.a. einen Handelsregisterauszug zu beschaffen, die Entscheidungsbefugnis und die finanzielle Beteiligung zu prüfen. Handelt es sich um mitarbeitende Verwaltungsräte einer AG oder um geschäftsführende Gesellschafter oder geschäftsführende Dritte einer GmbH, ergibt sich die arbeitgeberähnliche Stellung von Gesetzes wegen. Konkret bedeutet dies, dass bei den Personen, welche über eine massgebliche Entscheidungsbefugnis verfügen, die konkreten internen Betriebsverhältnisse nicht näher überprüft werden müssen. Solange diese Stellung beibehalten wird, ist ein Anspruch auf Arbeitslosentaggelder ohne weitere Prüfung damit ausgeschlossen. Ausschlaggebend für die Beendigung der Stellung als Verwaltungsrat bzw. als geschäftsführender Gesellschafter ist grundsätzlich das Datum des effektiven Ausscheidens aus dieser arbeitgeberähnlichen Stellung, und nicht die Publikation zur Löschung des Handelsregistereintrags SHAB, die sich verzögern kann. In allen anderen Fällen ist zu prüfen, ob den Arbeitnehmenden aufgrund der finanziellen Beteiligung oder aufgrund interner betrieblicher Strukturen massgebende Entscheidungsbefugnisse zukommen (vgl. hierzu Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung (KS-ALE), seco, Januar 2003, B31 ff.). In der Regel kann davon ausgegangen

werden, dass Personen, die zu mindestens 20% an einem Betrieb beteiligt sind, einen massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen des Betriebes ausüben (Kreisschreiben über die Kurzarbeitsentschädigung (KS-KAE), seco, (damals Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit), Januar 1992, N 16).

- b) Dies trifft im Falle des Beschwerdeführers zu, denn auch nach der Kündigung des Vertragsverhältnisses am 13. April 2004 war er noch als Geschäftsführer und Gesellschafter im Handelsregister eingetragen. Ferner war der Beschwerdeführer zu 90% finanziell am Unternehmen beteiligt. Infolgedessen behielt er die arbeitgeberähnliche Stellung und damit die massgebliche Entscheidungsbefugnis mit Einfluss auf den Ablauf des Betriebs. Es stellt sich vorliegend die Frage, warum der Beschwerdeführer nicht die Liquidation der Gesellschaft durchgeführt hat. In der Folge wäre nämlich eine Löschung im Handelsregister möglich gewesen und er hätte vermeiden können, weiterhin als nicht vermittlungsfähig zu gelten. Bereits nach Erhalt der Verfügung am 23. August 2004 hätte er genügend Anlass gehabt, die Liquidation bzw. Löschung der Gesellschaft im Handelsregister an die Hand zu nehmen, da der Anspruch ja aufgrund seines dortigen Eintrags abgelehnt wurde. Die Arbeitslosenkasse hat damit auch die ihr in Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) auferlegte Aufklärungspflicht wahrgenommen (vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 27, N 7 ff.). Dass der Beschwerdeführer die nötigen Schritte bis zum heutigen Tag nicht veranlasst hat, muss ihm deshalb zum Vorwurf gemacht werden. Das Vorbringen des Beschwerdeführers er werde, nachdem die Bilanz erstellt worden sei, diese beim Gericht deponieren, womit die Gesellschaft dann liquidiert werde bzw. in Konkurs gehe, ist eine Absichtserklärung, die jedoch an der arbeitgeberähnlichen Stellung ebenso wenig ändert, wie die vorübergehende Stilllegung des Betriebes. Dasselbe gilt für das Argument, er habe weder das Kapital noch ein Konzept um mit dieser Gesellschaft weiterzumachen. Für den Beschwerdeführer besteht, solange er die massgebliche Organstellung behält, die Möglichkeit das nicht liquidierte Unternehmen wieder zu aktivieren. Die Arbeitslosenkasse stellt folglich zu Recht auf das Kriterium des Registereintrags ab, wonach der Beschwerdeführer unter die nicht bezugsberechtigten Personen gemäss Art.

31 Abs. 3 lit. c AVIG fällt und damit als nicht vermittlungsfähig gilt. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass die Beschwerdegegnerin rechtmässig gehandelt hat, indem sie den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 11. August 2004 wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit abgelehnt hat.

4. Gemäss Art. 61 lit. a ATSG und Art. 11 der kantonalen Verordnung über das Verfahren in Sozialversicherungsstreitsachen (VVS) ist das kantonale Beschwerdeverfahren bei Sozialversicherungsstreitigkeiten – ausser bei leichtsinniger oder mutwilliger Prozessführung - kostenlos.

Demnach erkennt das Gericht:

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