

1. Kammer als Versicherungsgericht

URTEIL

vom 4. Mai 2004

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Vermittlungsfähigkeit

1. ... (nachfolgend: Versicherter) ist am 10. April 1950 geboren, verheiratet und gelernter Bankangestellter. Zuletzt war er als diplomierter Hotelier/Restaurateur HF tätig. Mit Datum vom 17. April 2003 meldete er einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2003 an.
2. Seit 1987 führten die Eheleute ... gemeinsam das Hotel/Restaurant ... in ... Auf Jahresende 2000 hin erhielt Frau ... (nachfolgend: Ehefrau) von ihrem Vater die Betriebsliegenschaft zu Eigentum. Vom 1. November 2002 bis 30. April 2003 war der Versicherte bei seiner Ehefrau angestellt. Gemäss einem Schreiben vom 20. Mai 2003 hatte sich der Versicherte von seiner Ehefrau getrennt.
3. Die zuständige Arbeitslosenkasse SYNA unterbreitete am 4. Juni 2003 dem Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Graubünden (KIGA) die Frage zum Entscheid, ob der Versicherte anspruchsberechtigt sei. Mit Verfügung vom 23. Juli 2003 lehnte das KIGA die Anspruchsberechtigung ab. Der Versicherte habe als im Betrieb mitarbeitender Ehegatte, dem aufgrund unternehmerischer Dispositionsfähigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung zukomme, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Die Einflussnahme des Ehegatten werde vermutet, solange die Ehe rechtlich andauere, also auch bei Trennung. Da das Ehepaar nicht rechtskräftig geschieden sei, komme dem Versicherten keine Anspruchsberechtigung zu.

4. Dagegen liess der Versicherte am 15. August 2003 Einsprache erheben, die das KIGA mit Entscheid vom 23. Dezember 2003 abwies.

5. Am 28. Januar 2004 liess der Versicherte beim Verwaltungsgericht form- und fristgerecht Beschwerde einreichen und beantragte, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei ihm die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung zuzuerkennen. In seiner Begründung führte er aus, dass er und seine Ehefrau im Sommer 2002 übereingekommen seien, dass ihre Ehe geschieden werden müsse. Sie hätten danach den für die güterrechtliche Auseinandersetzung relevanten Zeitpunkt für den geschäftlichen Teil auf den 31. Oktober 2002 und für den privaten Teil auf den 31. Dezember 2002 festgelegt. Diese Entscheidung habe zum Rollentausch geführt; d.h. der Mann sei von da an bei seiner Frau befristet bis Ende April 2003 angestellt gewesen. Nach der Verlegung des Wohnsitzes nach ... vom 6. November 2003 habe er am 7. November 2003 den Kaufvertrag für das Hotel ... in ... unterzeichnet und sich bei der Arbeitslosenversicherung abgemeldet. Anschliessend sei er damit beschäftigt gewesen, den Betrieb des erworbenen Hotels zu organisieren. Seit letzter Weihnacht führe er das Hotel. Zur Zeit der Fällung des Einspracheentscheides habe eine Scheidungskonvention aufgrund der komplexen Verhältnisse noch nicht beigebracht werden können. Bis Ende Februar 2004 solle eine solche jedoch unterzeichnungsreif sein. Es sei praktisch nicht möglich, die Vermutung einer Einflussnahme des Versicherten auf die unternehmerische Dispositionsfähigkeit während formell noch bestehender, de facto aber nicht mehr gelebter Ehe durch strikte Beweisführung zu widerlegen. Deshalb müsse genügen, die dahin deutenden Umstände glaubhaft zu machen. Eine erste Weichenstellung bestehe im Rollentausch vom 1. November 2002, als die Ehefrau die Führung des Hotel/Restaurants übernommen habe. Der Führungswechsel habe sich jedoch schon vorher abgezeichnet, als die Frau einen grösseren Umbau des Restaurants selbständig geplant und vollzogen habe. Sobald die Umstände es erlaubt hätten, sei er aus der ehelichen Wohnung ausgezogen. Während seiner Arbeitslosigkeit habe er sich über seine eigene Zukunft Gedanken gemacht und sich nach umfassender Prüfung zum Kauf des Hotels ...

entschlossen. Aus den geschilderten Umständen gehe hervor, dass die Handlungen der Ehegatten seit Sommer 2002 darauf abgezielt hätten, die Ehe aufzulösen. Nur aus betrieblichen Gründen sei der Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Betrieb auf den 30. April 2003 verschoben worden. Seitdem habe er hinsichtlich des Hotel/Restaurants ... keine unternehmerischen Entscheidungen getroffen und keine unternehmerische Dispositionsfähigkeit gehabt.

6. In der Vernehmlassung vom 26. Februar 2004 beantragte das KIGA die Abweisung der Beschwerde und brachte vor, der Versicherte lebe zwar faktisch von seiner Ehefrau getrennt; es bestehe aber weder eine Scheidungskonvention noch sei eine Scheidungsklage eingereicht worden noch liege eine rechtliche Trennung vor. Auch wenn er nicht mehr im Betrieb tätig sei, könne er keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geltend machen, weil seine Ehe noch nicht geschieden sei. Es sei davon auszugehen, dass er gemäss Vermutung der AM/ALV-Praxis 2003/2004 über unternehmerische Dispositionsfähigkeit verfüge und die Entscheidungen der Ehefrau massgeblich beeinflussen könne. Deswegen komme ihm eine arbeitgeberähnliche Stellung zu, womit er keine Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung habe.

7. In der Replik vom 18. März 2004 hielt der Versicherte an der in der Beschwerde geschilderten Sachverhaltsdarstellung und Rechtsauffassung fest. Er präziserte, er sei am 30. April 2003 nicht nur aus der Betriebsführung, sondern aus dem Betrieb des Hotel/Restaurants ... als Ganzes ausgeschieden. Mittels Ehescheidungskonvention vom 16. März 2004 und Scheidungsbegehren vom 17. März 2004 soll die Glaubwürdigkeit der Ernsthaftigkeit des Scheidungswillens untermauert werden. Das Ausscheiden des Versicherten sei bereits im Sommer 2002 beschlossene Sache gewesen. Dieser Schritt sei per Ende April 2003 geplant und vollzogen worden. Nicht die Tatsache der formell noch bestehenden Ehe könne für die Anspruchsberechtigung entscheidend sein. Es müsse vielmehr gelten, dass die Ehe im fraglichen Zeitraum nach dem Willen der Eheleute bereits in Auflösung begriffen gewesen sei und sie aktiv darauf hingearbeitet hätten.

Eine formelle richterliche Trennung sei schon unter altem Recht nicht mehr zwingend gewesen, um von den Behörden anerkannt zu werden. So hätten die Steuerämter schon damals eine faktische Trennung allein aufgrund einer privaten Vereinbarung eine getrennte Veranlagung bzw. Zwischenveranlagung akzeptiert. Zur Glaubhaftmachung einer künftigen Scheidung könnten nicht eine Anmeldung einer Klage oder eine ausgearbeitete Konvention oder eine richterliche Trennung massgebend sein. Die Vermutung gemäss AM/ALV-Praxis 2003/2004 sei hier unzulässig. Entscheidend sei das gesamte Verhalten des Versicherten, das darlege, dass der Versicherte keine Gesetzesumgehung versucht habe.

8. Das KIGA hielt in seiner Duplik vom 31. März 2004 an seinen in der Stellungnahme gemachten Begehren und Ausführungen fest. Zusätzlich brachte es vor, dass der Versicherte erst mit der Replik Unterlagen eingereicht habe, welche allenfalls den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung begründen könnten. Daraus könne aber nicht gefolgert werden, dass der Versicherte bereits 2003 anspruchsberechtigt gewesen wäre. Damals habe die Ehe noch bestanden und es sei nicht festgestanden, ob sie tatsächlich aufgelöst würde.

Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens ist der Einspracheentscheid vom 23. Dezember 2003 und die ihm zugrunde liegende Verfügung des KIGA vom 23. Juli 2003. Strittig ist die Frage, ob der Beschwerdegegner zu Recht die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit ablehnte.
2. Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) hat nur diejenige versicherte Person Anspruch auf

Arbeitslosenentschädigung, welche nach Art. 15 AVIG auch vermittelbar ist. Arbeitgeber und in arbeitgeberähnlicher Stellung befindliche Personen sind in diesem Sinne nicht vermittelbar. Im Abschnitt über die Kurzarbeitsentschädigung findet sich sodann eine Konkretisierung des von der Anspruchsberechtigung ausgenommenen Personenkreises. Danach haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG 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.

3. Der Beschwerdeführer – diplomierter Hotelier/Restaurateur HF – gilt arbeitslosenversicherungsrechtlich ab 1. November 2002 bis 30. April 2003 als Arbeitnehmer. Hätte er ein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung eingereicht, so wäre dieses unter Hinweis auf Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG abgelehnt worden. Vorliegend geht es jedoch nicht um Kurzarbeitsentschädigung, sondern um Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG ab 1. Mai 2003.
4. a) Dem Wortlaut nach ist Art. 31 Abs. 3 AVIG auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten. Sodann trifft es zu, dass Art. 8 ff. AVIG keine entsprechende Norm für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung kennen. Daraus lässt sich indessen nicht folgern, dass die in Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit haben. In der Botschaft BBI 1980 III 591 ff. wird denn auch bloss festgehalten, dass solche Personen gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein können. Mit dieser Formulierung wird ansatzweise zum Ausdruck gebracht, dass bei Ganzarbeitslosigkeit von Arbeitnehmern mit arbeitgeberähnlicher Stellung verschiedene Fallkonstellationen unterschieden werden müssen. Insbesondere verbleibt die Möglichkeit einer Überprüfung unter dem Gesichtspunkt des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens. Ein solches 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). Sinn und Zweck der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG ist die Vermeidung von Missbräuchen.

- b) 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 betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiter besteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliert, deretwegen er bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. b und 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. Der Arbeitnehmer in dieser Situation hat gemäss dem Eidgenössischen Versicherungsgericht denn auch keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 123 V 234 ff.; 122 V 270 ff.; 120 V 521 ff.), da ein solches Vorgehen auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der sinngemäss anwendbaren Regelung von Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG hinausliefe.

5. a) Im vorliegenden Fall ist erstellt, dass der Betrieb, aus welchem der Beschwerdeführer ausgeschieden ist, nicht geschlossen wurde. Der Beschwerdegegner bringt dazu vor, der Beschwerdeführer habe keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, zumal weder eine Scheidungskonvention bestehe noch eine Scheidungsklage eingereicht worden sei noch eine rechtliche Trennung vorliege. Gemäss Vermutung in der AM/ALV-Praxis 2003/2004 (vgl. auch Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung des Staatssekretariates für Wirtschaft [seco] vom Januar 2003, B31) betreffend Mitarbeit der Ehegatten sei davon auszugehen, dass er über die unternehmerische Dispositionsfähigkeit verfüge und die Entscheidungen der Ehefrau massgeblich beeinflussen könne, weswegen

ihm eine arbeitgeberähnliche Stellung zukomme und ihm die Arbeitslosenentschädigung abgesprochen werde.

- b) Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer bis zum 30. April 2003 gemäss der Vermutung in der AM/ALV-Praxis 2003/2004 unternehmerische Dispositionsfähigkeit besessen hat und auf die unternehmerischen Entscheidungen seiner Ehefrau nicht zuletzt aufgrund des Anstellungsverhältnisses massgeblichen Einfluss hat nehmen können. Der Beschwerdeführer bestreitet jedoch, ab 30. April 2003 unternehmerischen Einfluss oder Dispositionsfähigkeit gehabt zu haben.
- c) Das Verwaltungsgericht ist der Ansicht, dass seit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 30. April 2003 nicht mehr von einer Einflussnahme oder von einer unternehmerischen Dispositionsfähigkeit seitens des Versicherten gesprochen werden kann. An diesem Tag ist das befristete Anstellungsverhältnis ausgelaufen. Fünfzehn Tage danach hat der Beschwerdeführer die eheliche Wohnung verlassen. Weiter hat er sich während seiner Arbeitslosigkeit über seine eigene Zukunft Gedanken gemacht und sich nach umfassender Prüfung zum Kauf des Hotels ... entschlossen.
- d) In Anbetracht der seit 1. Mai 2003 tatsächlich fehlenden Einflussnahme und Dispositionsfähigkeit des Versicherten vertritt das Gericht die Rechtsauffassung, dass es im vorliegenden Fall nicht angehen kann, den Anspruch auf ALE - gestützt auf die Vermutung in der AM/ALV-Praxis 2003/2004 - von einer eingereichten Scheidungskonvention, Scheidungsklage bzw. einer rechtlichen Trennung abhängig zu machen. Im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit sollten vielmehr das gesamte Verhalten des Beschwerdeführers sowie die Umstände Beachtung finden. Daraus geht nämlich klar hervor, dass die Eheleute auf ihre Scheidung hingearbeitet haben und dass sie seit dem Ende des Arbeitsverhältnisses unbestrittenermassen faktisch getrennt sind. Die Behauptungen des Beschwerdeführers, zum einen seien er und seine Ehefrau sich schon im Sommer 2002 über die Scheidung einig gewesen und zum anderen sei eine Scheidung nur wegen der

umfangreichen und komplexen Vorbereitungsarbeiten für eine Scheidungskonvention noch nicht zustande gekommen, erscheinen glaubhaft. Indiz für das Auseinanderleben ist denn auch der Rollentausch in der Führung des Betriebs vom 1. November 2002, da von diesem Zeitpunkt an der Versicherte nur aus betrieblichen Gründen, sprich der Wintersaison 2002/2003 und der Ski-WM, bei der Ehefrau angestellt gewesen sei. Die Glaubwürdigkeit der faktischen Trennung und des Scheidungswillens wird schliesslich durch die der Replik beigelegten Dokumente, namentlich der Scheidungskonvention vom 16. März 2004 und des Scheidungsbegehrens vom 17. März 2004, untermauert.

- e) Dass die Ehe formal noch weiter bestanden hat, darf im vorliegenden Fall keine Rolle spielen; ist doch für die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung der effektive Austritt oder Rücktritt des Versicherten aus dem Betrieb, so geschehen am 30. April 2003, kombiniert mit der faktischen Trennung der Ehegatten und der glaubhaft dargelegten beruflichen Neuausrichtung resp. der aus alledem resultierende Verlust der Dispositionsfähigkeit für den Versicherten, massgebend. Die Vermutung aus der AM/ALV-Praxis 2003/2004, wonach die Einflussnahme angenommen wird, solange die Ehe rechtlich andauert, wird in diesem Fall umgestossen. Eine arbeitgeberähnliche Stellung des Versicherten ab dem 1. Mai 2003 muss hier verneint werden. Nach den dargelegten Umständen ist denn auch keine rechtsmissbräuchliche Umgehung im Sinne des Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG auszumachen. So liegt keine der in BGE 122 V 272 beispielhaft aufgezählten missbräuchlichen Verhaltensweisen, namentlich „Selbstaussstellung von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalles, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä.“ vor. Somit kann dem Beschwerdeführer der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung infolge fehlender Vermittelbarkeit nicht abgesprochen werden.
6. Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid und die diesem zugrunde liegende Verfügung sind

aufzuheben und die Angelegenheit ist zwecks weiterer Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese hat darüber zu befinden, ob die weiteren Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung beim Versicherten vorliegen, d.h. insbesondere ob er die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist und ob die Kontrollvorschriften eingehalten sind.

7. Unter Vorbehalt vorliegend nicht in Betracht fallender Ausnahmen ist das Verfahren vor dem Sozialversicherungsgericht gemäss Art. 61 lit. a ATSG kostenlos. Die Vorinstanz als unterliegende Partei hat den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer überdies aussergerichtlich zu entschädigen.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Einspracheentscheid sowie die diesem zugrunde liegende Verfügung aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Graubünden entschädigt ... aussergerichtlich mit Fr. 2'000.--.