

1. Kammer als Versicherungsgericht

URTEIL

vom 18. August 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Anspruch nach AVIG

1. ..., geboren 1963, gründete am 13. März 2002 mit ... die ... GmbH (nachfolgend: C&S GmbH). Zunächst hielten sie Stammanteile von je Fr. 10'000.-- und waren als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen. Seit dem 30. Dezember 2004 sind ... und der Versicherte Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung mit Stammeinlagen von je Fr. 9'000.--.
2. Zwischen dem 27. Dezember 2001 und dem 17. April 2002 sowie zwischen dem 22. Dezember 2002 und dem 26. April 2003 war der Versicherte zur Arbeitsvermittlung angemeldet. Seine Anspruchsberechtigung wurde jeweils wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit abgelehnt. Am 3. Februar 2005 verfügte die Arbeitslosenkasse Graubünden ein weiteres Mal die Ablehnung der Anspruchsberechtigung des Versicherten ab dem 25. Januar 2005 wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit. Die dagegen erhobene Einsprache wies das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Graubünden (nachfolgend: KIGA) mit Einspracheentscheid vom 21. April 2005 ab.
3. Gegen den Einspracheentscheid erhob der Versicherte am 23. Mai 2005 frist- und formgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Begehren um kostenfällige Aufhebung des angefochtenen Entscheides und der Gewährung von Arbeitslosentaggeld ab dem 25. Januar 2005. Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, dass er nicht geschäftsführender Gesellschafter der C&S GmbH sei und nur neun von zwanzig Stammanteilen besitze. Es rechtfertige sich nicht, ihm seinen Anspruch auf Arbeitslosentaggeld zu

verwehren, weil er Gründungsmitglied gewesen sei und während einer gewissen Zeit über eine Einzelzeichnungsberechtigung verfügt habe. Auch die Tatsache, dass er nicht zum ersten Mal Arbeitslosenentschädigung beanspruche, belege keineswegs, dass er eine arbeitgeberähnliche Stellung inne habe. Vielmehr sei die konkret vorliegende Situation zu berücksichtigen. Zudem bezahle er als Arbeitnehmer der C&S GmbH seit Jahren Arbeitslosengelder, weshalb die Ablehnung seines Anspruches auf Arbeitslosentaggeld geradezu stossend sei.

4. In seiner Vernehmlassung vom 8. Juni 2005 beantragte das KIGA die Abweisung der Beschwerde. Nach Bundesgerichtspraxis ergebe sich die arbeitgeberähnliche Stellung für mitarbeitende Verwaltungsräte einer AG oder geschäftsführende Gesellschafter bzw. geschäftsführende Dritte einer GmbH von Gesetzes wegen. Auch wenn der Beschwerdeführer neun von zwanzig Stammanteilen halte und seine Zeichnungsberechtigung aufgegeben habe, sei von einer arbeitgeberähnlichen Stellung auszugehen. Er sei Gründungsmitglied seiner Arbeitgeberin und zu Beginn einzelzeichnungsberechtigt gewesen. Branchenbedingt habe die Unternehmung jeden Winter einen Umsatzeinbruch erlitten, weshalb sich der Beschwerdeführer schon in früheren Jahren in dieser Zeitperiode entliess um so anschliessend Arbeitslosenentschädigung fordern zu können. Ebenso regelmässig habe er sich im nachfolgenden Frühjahr jeweils wieder angestellt. Gleiches habe sich im vergangenen Winter abgespielt. Auch wenn der Beschwerdeführer damals zeitgleich mit dem Beginn der saisonal bedingten Arbeitslosigkeit seine Einzelzeichnungsberechtigung und einen Stammanteil abgegeben habe, ändere dies nichts an der Tatsache, dass seine Anspruchsberechtigung - wie in den Jahren zuvor - gestützt auf Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) habe abgelehnt werden müssen. Vorliegend sei nämlich von einem klassischen Umgehungstatbestand auszugehen.

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

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 21. April 2005 und die ihm zugrunde liegende Verfügung vom 3. Februar 2005. Strittig und zu beurteilen ist die Frage, ob der Beschwerdeführer für die Zeit ab dem 25. Januar 2005 vermittlungsfähig war und ihm infolgedessen ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zusteht.

2. a) Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG 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 Betriebe beibehalten, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben (vgl. BGE 123 V 234 ff.; 122 V 270 ff.; 120 V 521 ff.). Ein solches Vorgehen laufe auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der sinngemäss anwendbaren Regelung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus. 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 (Gerhard Gerhards, Kommentar zum AVIG, Bern 1987, Band I, Art. 31 Nr. 43). Damit soll insbesondere dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Arbeitsausfall von Arbeitnehmern mit arbeitgeberähnlicher Stellung praktisch unkontrollierbar ist, weil sie diesen aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (ARV 1998 Nr. 3, S. 19 f.). Folglich wird Arbeitnehmern, denen innerhalb eines Betriebs die Befugnis

zukommt, den Entscheid über die Einführung von Kurzarbeit zu fällen, von Gesetzes wegen der Anspruch auf Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung versagt (BGE 123 V 238). Die Situation stellt sich anders dar, wenn das Arbeitsverhältnis gekündigt wird. In diesem Fall liegt Ganzarbeitslosigkeit vor, und es besteht unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Zu bemerken ist, dass in der Botschaft zum AVIG festgehalten wird, dass arbeitgeberähnliche Personen unter Umständen anspruchsberechtigt sein können (BBI 1980 III 591 f.). Mit dieser Formulierung wird ansatzweise zum Ausdruck gebracht, dass bei Ganzarbeitslosigkeit von Arbeitnehmern mit arbeitgeberähnlicher Stellung verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden sind. Insbesondere verbleibt stets die Möglichkeit einer Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung (BGE 123 V 238). Eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG wird aber beispielsweise von der Rechtsprechung dann nicht vorgenommen, wenn ein Betrieb geschlossen wird und das Ausscheiden des Arbeitnehmers definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiter besteht, der Arbeitnehmer nach der Entlassung jedoch seine arbeitgeberähnliche Stellung tatsächlich verliert (ARV 1998 Nr. 3, S. 18 f.).

3. a) Gibt es Anzeichen dafür, dass die versicherte Person eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat, so muss die Kasse u.a. einen Handelsregisterauszug beschaffen sowie die Entscheidungsbefugnis und die finanzielle Beteiligung prüfen. Die arbeitgeberähnliche Stellung und somit auch der massgebliche Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen ergibt sich von Gesetzes wegen, wenn es sich bei der betreffenden Person um einen mitarbeitenden Verwaltungsrat einer AG oder um einen geschäftsführenden Gesellschafter oder geschäftsführenden Dritten einer GmbH handelt. Solange diese Stellung beibehalten wird, hat die Kasse ohne weitere Prüfung den Leistungsausschluss zu verfügen. Ausschlaggebend für die Beendigung der Stellung als Verwaltungsrat bzw. als geschäftsführender Gesellschafter ist der Zeitpunkt des effektiven Rücktritts aus dieser arbeitgeberähnlichen Stellung und nicht derjenige der Publikation der Löschung des Eintrages im Handelsregister. In allen anderen Fällen muss die Kasse im Einzelfall prüfen,

ob dem Arbeitnehmer aufgrund der finanziellen Beteiligung oder aufgrund interner betrieblicher Strukturen tatsächlich massgebende Entscheidungsbefugnisse zukommen (vgl. Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung [KS-ALE], seco, Januar 2003, B31 ff.). Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass Personen, die zu mindestens 20% an einem Betrieb beteiligt sind, einen massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Unternehmung ausüben (vgl. Kreisschreiben über die Kurzarbeitsentschädigung [KS-KAE], seco, Januar 1992, N 16). Dies ist auch ständige Praxis des Verwaltungsgerichtes Graubünden (VGU S 04 119; S 05 6).

- b) Vorliegend steht fest, dass der Beschwerdeführer seit dem 30. Dezember 2003 zwar nur noch neun von zwanzig Stammanteilen der C&S GmbH besitzt. Zum Zeitpunkt der Antragsstellung um Arbeitslosenentschädigung ab dem 25. Januar 2005 ist er infolgedessen aber nach wie vor finanziell zu 45% als Gesellschafter an der Firma beteiligt. In Anbetracht dessen steht zweifellos fest, dass der Beschwerdeführer trotz Verlust eines Stammanteils weiterhin einen massgeblichen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen ausübt, weshalb von einer arbeitgeberähnlichen Stellung ausgegangen werden muss. Demnach gehört der Beschwerdeführer zu den nicht bezugsberechtigten Personen gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, was Vermittlungsunfähigkeit zur Folge hat. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers vermag selbst die Tatsache, dass er seit dem 30. Dezember 2003 nicht mehr zeichnungsberechtigt ist, nichts an seiner arbeitgeberähnlichen Stellung zu ändern.
4. Abschliessen ist festzuhalten, dass der Vorwurf des Beschwerdeführers, das Verhalten des KIGA bzw. der Arbeitslosenkasse Graubünden sei widersprüchlich, unbegründet ist. Ein Arbeitnehmer, ob mit oder ohne arbeitgeberähnliche Funktion, muss Beiträge an die Arbeitslosenkasse zahlen. Auch wenn nun aus Gründen der Verhinderung von Rechtsmissbrauch einem Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung der Anspruch auf Arbeitslosengelder unter Umständen versagt wird, heisst dies nicht, dass zum Vornherein in jedem Fall jegliche Anspruchsberechtigung

entfällt. Wie unter Ziff. 2.b) ausgeführt, ist ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung beispielsweise dann anspruchsberechtigt, wenn sein Ausscheiden aus dem Betrieb aufgrund Betriebsaufgabe definitiv ist oder wenn er nach einer Kündigung endgültig seine arbeitgeberähnliche Stellung verliert. Vom Fehlen jeglicher Anspruchsberechtigung kann folglich nicht die Rede sein.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer zu Recht den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 25. Januar 2005 infolge fehlender Vermittlungsfähigkeit verneint hat. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.
6. Das Verfahren ist gestützt auf Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechtes (ATSG; SR 830I.1) kostenlos.

Demnach erkennt das Gericht:

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