

1. Kammer als Versicherungsgericht

URTEIL

vom 18. März 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Vermittlungsfähigkeit

1. Der Versicherte arbeitete vom 1. Februar 1987 bis zum 30. Juni 2002 bei der ... mit Sitz in ... Am 24. Juni 2002 schloss er einen Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn 1. Juli 2002 mit der ... AG in ... ab. Diese Stelle kündigte ihm die ... AG mit Schreiben vom 26. August 2002 mit der vertraglichen Kündigungsfrist von einem Monat auf den 30. September 2002. Ab dem 1. Oktober 2002 beanspruchte der Versicherte Arbeitslosenentschädigung und bezog diese in der Folge bis zum 30. Juni 2004.
2. Am 23. Juni 2004 schloss der Versicherte mit der ... einen befristeten Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2004 bis 31. Dezember 2004 ab. Es wurde eine wöchentliche Arbeitszeit von 25 Stunden und eine Probezeit von 15 Tagen vereinbart. Der Versicherte meldete diese Tätigkeit anfangs Juli als Zwischenverdienst an.
3. Gemäss Handelsregisterauszug vom 3. August 2004 war der Versicherte bis zum 22. August 2002 als Verwaltungsrat der ... eingetragen. Mit Schreiben vom 4. August 2004 verlangte die Arbeitslosenkasse eine Kopie des Aktienregisters der Firma. Dieses hielt fest, dass der Versicherte Eigentümer sämtlicher 50 Aktien der Gesellschaft war.
4. Mit Verfügung vom 30. August 2004 lehnte die Arbeitslosenkasse die Anspruchsberechtigung ab 1. Oktober 2002 wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit ab. Der Versicherte habe ihr am 6. Juli 2004 eine Kopie des befristeten Anstellungsvertrages mit der ... vom 1. Juli bis 31. Dezember

2004 zukommen lassen. Die Abklärungen hätten dann ergeben, dass er Alleinaktionär der ... sei. Die Beantragung von Arbeitslosenentschädigung stelle einen Umgehungstatbestand des analog anwendbaren Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dar, wonach Personen, die als finanziell am Betrieb Beteiligte die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen könnten, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätten. Aufgrund seiner Kapitalbeteiligung an der ... werde deshalb sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung abgelehnt.

5. Dagegen liess der Versicherte am 20. September 2004 Einsprache erheben und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Er sei vor dem Begehren auf Arbeitslosenentschädigung nicht bei der ..., sondern als normaler Arbeitnehmer bei der ... AG angestellt gewesen. Es habe sich um eine 100%-Stelle gehandelt und er sei vom 1. Juli 2002 bis zum 30. September 2002 dort tätig gewesen. Zudem sei er am 22. August 2002 als Verwaltungsrat der ..., bei der er gar nicht tätig gewesen sei, zurückgetreten. Spätestens in jenem Zeitpunkt habe er seine arbeitgeberähnliche Stellung verloren. Die Kündigung bei der ... im Jahr 2002 sei aus wirtschaftlichen Gründen erfolgt. Er habe versucht seine Aktien zu verkaufen, was ihm aber nicht gelungen sei. Nachdem der neue Verwaltungsrat im Sommer 2004 ein Mandat habe akquirieren können, habe er den Versicherten berücksichtigt und ihn befristet und teilzeitig angestellt. Eine Gesetzesumgehung liege nicht vor. Zudem habe er vorschriftsgemäss die Arbeitgeberbescheinigungen der letzten zwei Stellen, somit auch die der ..., eingereicht. Bei letzterer sei die Frage nach einer Beteiligung am Betrieb oder einer leitenden Funktion mit „ja“ beantwortet worden. Das KIGA hätte die Sache somit bereits am Anfang entdecken können. Es liege keine neuentdeckte Tatsache vor. Die Voraussetzungen der Revision resp. der Wiedererwägung seien nicht erfüllt.
6. Am 6. Dezember 2004 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Wenn der gesuchstellende Arbeitnehmer eine arbeitgeberähnliche Stellung in derjenigen Unternehmung inne habe, von der er ganz oder teilweise entlassen wurde, sei die Möglichkeit gegeben, die gesetzliche Vorgabe in rechtsmissbräuchlicher Weise zu umgehen. Werde der Arbeitsausfall von einem Drittbetrieb geltend gemacht, in welchem die versicherte Person keine

arbeitgeberähnliche Stellung habe, könne der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erst nach einer mindestens 6-monatigen beitragspflichtigen Erwerbstätigkeit in einem solchen Betrieb bejaht werden. Zwar sei er per 22. August 2002 aus dem Verwaltungsrat der ... ausgeschieden, sei aber nach wie vor Alleinaktionär. Er habe demnach weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der Er hätte somit auch nach der Kündigung per 30. Juni 2002 noch die Möglichkeit gehabt, auf den Geschäftsgang der ... Einfluss zu nehmen und sich gegebenenfalls dort wieder einzustellen. Er falle somit unter die nicht bezugsberechtigten Personen gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG und gelte nicht als vermittlungsfähig. Daran ändere auch die ausgeübte Tätigkeit bei der ... AG nicht, da diese Beschäftigung bei diesem Drittbetrieb nur drei Monate gedauert habe. Belanglos sei auch, dass die Tätigkeit der ... praktisch eingestellt gewesen sei. Die Firma hätte jederzeit wieder aktiviert werden können. Im Oktober 2002 habe zudem für die Arbeitslosenkasse kein Zweifel daran bestanden, dass er nach dem Austritt aus dem Verwaltungsrat der ... seine arbeitgeberähnliche Stellung dort definitiv aufgegeben habe. Zweifel daran seien erst entstanden, als er der Kasse im Juli 2004 eine Kopie des befristeten Arbeitsvertrages mit der ... eingereicht habe.

7. Gegen diesen Entscheid liess der Versicherte am 14. Januar 2005 Beschwerde führen. Er beantragt die Aufhebung des Einspracheentscheides und die Feststellung, dass er für die Zeit vom 1. Oktober 2002 bis 30. September 2004 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe (ab 1. Juli 2004 unter Berücksichtigung des Zwischenverdienstes). Die Kasse sei anzuweisen, die noch nicht bezahlten Taggelder ab 1. Juli 2004 auszurichten. Eventualiter sei festzustellen, dass die rückwirkende Ablehnung der bereits ausbezahlten Taggelder vom 1. Oktober 2002 bis 30. Juni 2004 mangels Rückkommenstitel unrechtmässig erfolgt sei und es sei der Einspracheentscheid insoweit aufzuheben. Durch die Hilfe des Versicherten habe ein Konkurs der ... vermieden werden können. Die Firma habe ihre Tätigkeiten aber praktisch eingestellt und der Umsatz sei nur noch minimal gewesen. Auch wenn das Bundesgericht ausführe, eine Tätigkeit in einem Drittbetrieb von unter 6 Monaten schliesse die Berufung auf die Umgehung

von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht von vornherein aus, müsse die Frage der Umgebung im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände geprüft werden. Es müsse das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot angewendet werden. Der Versicherte habe nicht mehr für die ... arbeiten können und dann eine unbefristete Stelle bei einer Drittfirma angetreten. Im Sinne der Schadenminderungspflicht habe er 21 Monate später die befristete Teilzeitstelle bei der CPE angenommen. Jetzt werde er mit der rückwirkenden Einstellung der Taggelder dafür „belohnt“. Dabei habe er auch versucht, seine Aktien der ... zu verkaufen, was aber nicht gelungen sei. Den Betrieb hätte er nicht reaktivieren und sich wieder einstellen können, was auch nicht in seiner Kompetenz gelegen hätte. Ein Rückkommenstitel für die rückwirkende Einstellung der Taggelderleistungen sei nicht gegeben. Er habe die Frage nach einer Beteiligung oder einer leitenden Funktion in der Arbeitgeberbescheinigung der ... von 2002 mit „ja“ beantwortet. Damit habe nur der Aktienbesitz gemeint sein können. Es liege keine neu entdeckte Tatsache vor und es könne auch nicht von einem zweifellos unrichtigen Entscheid ausgegangen werden. Damit seien weder die Voraussetzungen der Revision noch jene der Wiedererwägung erfüllt.

8. In ihrer Stellungnahme vom 7. Februar 2005 ergänzte die Kasse, die in der Beschwerde sinngemäss angesprochene Rückforderung der zu Unrecht ausgerichteten Leistungen seien nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Es gehe ausschliesslich um die Anspruchsberechtigung des Versicherten. Die Arbeitslosenkasse beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Einspracheentscheid vom 1. Dezember 2004 und die zugrunde liegende Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 30. August 2004. Strittig ist einzig die Frage, ob der Beschwerdeführer für die Zeit ab dem 1. Oktober 2002 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 Insolvenzenschädigung (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, N 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, N 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 weiter besteht, 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 Personen, welche über eine massgebliche Entscheidungsbefugnis verfügen, die konkreten internen Betriebsverhältnisse nicht näher überprüft werden müssen. Solange diese Stellung beibehalten wird, ist damit ein Anspruch auf Arbeitslosentaggelder ohne weitere Prüfung ausgeschlossen.
- b) In den anderen Fällen ist im Einzelfall zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer aufgrund der finanziellen Beteiligung oder aufgrund der internen betrieblichen Struktur massgebende Entscheidungsbefugnisse zukommen. 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).
- c) Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer offensichtlich noch eine arbeitgeberähnliche Funktion inne. Auch wenn er von Ende Juni 2002 bis 1. Juli 2004 nicht mehr für die ... arbeitete, so ist er bis zum heutigen Tage Alleinaktionär der ... geblieben. Er hat somit auch nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehalten und hätte dadurch die

Entscheidungen des Unternehmens weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V 234 E. 7b) bb).

4. a) Das Besondere an der vorliegenden Konstellation liegt darin, dass jemand in einer ersten Firma eine arbeitgeberähnliche Person ist, daneben in einem Drittbetrieb unselbständig erwerbstätig wird, dort die Anstellung verliert und hierauf Arbeitslosenentschädigung beantragt. Auch in solchen Fällen besteht das Risiko eines Missbrauchs: die versicherte Person könnte im Erstbetrieb die arbeitgeberähnliche Stellung beibehalten und lediglich pro forma für kurze Zeit eine Drittanstellung suchen, um nach der durch Verlust dieser Stelle eingetretenen Arbeitslosigkeit Leistungen von der Arbeitslosenversicherung beantragen. Würde sie hernach tatsächlich Arbeitslosenentschädigung beziehen und gleichzeitig in der ersten Firma weiterhin mitentscheiden, wäre darin eine Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zu erblicken (Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, SZS 2004 S. 12 ff.). Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die betreffende Person im Drittbetrieb keine arbeitgeberähnliche Stellung bekleidet und Beiträge an die Arbeitslosenversicherung entrichtet. Sie sollte somit grundsätzlich den selben Versicherungsschutz geniessen wie andere Arbeitnehmer. Ist diese Person daher während längerer Zeit in der dritten Firma tätig, kann ihr im Falle einer dortigen Entlassung ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht für unbegrenzte Zeit mit dem Hinweis auf die arbeitgeberähnliche Stellung im Erstunternehmen versagt werden. Vielmehr gilt es für derartige Fälle einen angemessenen Ausgleich zu finden zwischen dem wegen Missbrauchsgefahr statuierten Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung einerseits und dem Anspruch solcher Personen mit gleichzeitiger Arbeitnehmertätigkeit in Drittbetrieben auf die genannte Leistung andererseits. Es ist mit anderen Worten eine zeitliche Grenze zu suchen, ab welcher der Bezug von Arbeitslosenentschädigung auf Grund der Entlassung im Drittbetrieb trotz beibehaltener arbeitgeberähnlicher Stellung im Erstbetrieb nicht mehr als rechtsmissbräuchlich erscheint (Urteil des Bundesgerichts C 171/03, E. 2.3.1).

- b) Das Bundesgericht hat diesbezüglich – in Abweichung der Mitteilung des seco in AM/ALV-Praxis 2003/4 Blatt 4/3 Ziff. 3 lit. c, welche eine zeitliche Grenze von 12 Monaten vorsah - die Frist auf 6 Monate festgesetzt (Urteil des Bundesgericht C 171/03). Mit anderen Worten hat eine Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung erst Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie während mindestens sechs Monaten eine unselbständige Tätigkeit in einem Drittbetrieb ausgeübt hat.

- c) Im vorliegenden Fall war der Beschwerdeführer lediglich vom 1. Juli 2004 bis zum 30. September 2004 bei einer Drittfirma, der ... AG, tätig. Somit kann er lediglich eine unselbständige Tätigkeit von drei Monaten bei einer Drittfirma aufweisen. Gemäss genannter Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht dies nicht aus, um einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung trotz arbeitgeberähnlicher Stellung zu begründen. Die Beschwerdegegnerin hielt folglich zu Recht fest, dass der Beschwerdeführer unter die nicht bezugsberechtigten Personen gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG fällt und damit als nicht vermittlungsfähig gilt.

- 5. a) Es stellt sich letztlich noch die Frage, ob die Beschwerdegegnerin auf ihre ursprüngliche, formlose Verfügung auf Gewährung von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Oktober 2002 zurückkommen durfte. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer vom 1. Oktober 2002 bis Ende Juni 2004 bereits Leistungen ausgerichtet und damit die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers im formlosen Verfahren bejaht. Mit dem angefochtenen Einspracheentscheid und der zugrunde liegenden Verfügung zieht die Beschwerdegegnerin ihre ursprüngliche Verfügung nun in Wiedererwägung. Es gilt nun zu prüfen, ob diese mit den rechtlichen Grundlagen des Sozialversicherungsrechts im Einklang steht.

- b) Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass die materiellrechtlichen Bestimmungen des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) vom 6. Oktober 2000 nicht anwendbar sind, weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich

diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 E. 1). Anders verhält es sich mit den verfahrensrechtlichen Neuerungen. Diese sind mangels gegenteiliger Übergangsbestimmungen mit dem Tag des In-Kraft-Tretens sofort und in vollem Umfang anwendbar. Die im ATSG enthaltenen und die gestützt darauf in den Spezialgesetzen auf den 1. Januar 2003 geänderten Verfahrensbestimmungen gelangen daher bereits zur Anwendung (SVR 2003 IV Nr. 25 S. 76 E. 1.2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts C 226/03 E. 1).

Gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG, welcher einen allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts gesetzlich verankert (BGE 127 V 469 E. 2c mit Hinweisen; Kieser, ATSG-Kommentar, N 18 zu Art. 53), kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Art. 53 ATSG bezeichnet die Verfügung und den Einspracheentscheid als mögliche Objekte der Wiedererwägung. Es ist aber offensichtlich, dass – über den Gesetzeswortlaut hinaus – auch Entscheide in Wiedererwägung gezogen werden können, die – wie im vorliegenden Fall – im formlosen Verfahren nach Art. 51 Abs. 1 ATSG gefällt wurden (Kieser, ATSG-Kommentar, N 19 zu Art. 53).

- c) Wann die Unrichtigkeit zweifellos ist, beurteilt sich nicht nach der Grobheit des Fehlers. Massgebend muss vielmehr das Ausmass der Überzeugung sein, dass die bisherige Entscheidung unrichtig war. Mit der Zweifellosigkeit wird dabei ein hoher Grad umschrieben; es darf kein vernünftiger Zweifel daran möglich sein, dass eine Unrichtigkeit vorliegt; es ist ein einziger Schluss – eben derjenige auf eine Unrichtigkeit – möglich (BGE 125 V 393). Dies schliesst es etwa aus, bei einer unzutreffenden Ermessensbetätigung eine zweifellose Unrichtigkeit anzunehmen. Bejaht wurde in der bisherigen Rechtsprechung eine zweifellose Unrichtigkeit etwa bei der Ausrichtung einer Invalidenrente während des Strafvollzuges (SVR 1995 IV Nr. 35) oder bei der Nichtanwendung bzw. einer unrichtigen Anwendung einer massgeblichen Bestimmung (SVR 1995 ALV Nr. 53). Die zweifellose Unrichtigkeit wurde

demgegenüber verneint, als eine Berufung auf eine neu vorzunehmende Beweiswürdigung erfolgte (SVR 1996 UV Nr. 42).

Im vorliegenden Fall wurde eine massgebliche Bestimmung – Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG – nicht angewendet. Nach dem Gesagten liegt demnach eine zweifellose Unrichtigkeit im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG vor.

- d) Nach der bisherigen Rechtsprechung ist eine erhebliche Bedeutung jedenfalls dann noch nicht anzunehmen, wenn ein Betrag von wenigen Hundert Franken auf dem Spiel steht (ZAK 1989 518; SVR 1995 KZ Nr. 13). Sofern es sich um Entscheide mit regelmässig wiederkehrenden Leistungen handelt, ist allerdings eine Erheblichkeit schon bei einer geringfügigen Korrektur anzunehmen.

Nachdem es im vorliegenden Fall um Tausende von Franken geht, ist die erhebliche Bedeutung der Berichtigung sicherlich gegeben.

6. Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG im vorliegenden Fall erfüllt sind. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb rechtmässig gehandelt, als sie den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Oktober 2002 in ihrer Wiedererwägung wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit abgelehnt hat. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.
7. 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.

Die dagegen an das Eidgenössische Versicherungsgericht erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde am 30. September 2005 abgewiesen (C 175/05).