

**2** **Stimmrechtsbeschwerde und raumplanungsrechtliches Mitwirkungsverfahren.**

- Grundsätze der Stimmrechtsbeschwerde (E. 1).
- Gegenstand und Tragweite des Mitwirkungs- und Informationsverfahrens nach Art. 4 RPG (E. 2a, b).
- In diesem Verfahren gelten nicht die gleich strengen Anforderungen an die Ausgewogenheit und Objektivität behördlicher Informationen wie im unmittelbaren Vorfeld einer Volksabstimmung (E. 2c).
- Die planungsrechtliche Mitwirkungsaufgabe kann nicht mit Stimmrechtsbeschwerde angefochten werden (E. 3a, b).

**Ricorso in materia di diritto di voto e procedura di partecipazione nel diritto della pianificazione.**

- Principi del ricorso in materia di diritto di voto (cons. 1).
- Oggetto e portata della procedura di partecipazione e informazione giusta l'art. 4 LPT (cons. 2a, b).
- In questa procedura non valgono le stesse severe esigenze quanto alla ponderatezza e all'oggettività delle informazioni dell'autorità come immediatamente prima di una votazione popolare (cons. 2c).
- L'esposizione pianificatoria per la partecipazione dei proprietari non può essere impugnata mediante ricorso in materia di diritto di voto (cons. 3a, b).

*Erwägungen:*

1. Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. f VGG beurteilt das Verwaltungsgericht im Rekursverfahren Wahlen und Abstimmungen in Gemeinden, Kreisen und Bezirken, wobei bei Stimmrechtsbeschwerden gegen Erlasse nur die Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden kann (vgl. VGU U 99 150; VGE 449/98). Das vom Verfassungsrecht des Bundes gewährleistete politische Stimmrecht gibt dem Bürger einen Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum

Ausdruck bringt (BGE 121 I 12 E. 5b/aa; 141 E. 3, 190 E. 3a; 123 I 100 E. 1b, 173; 124 I 57 E. 2a; 125 I 443 E. 2a). Gerügt werden kann dabei neben Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung einer Abstimmung auch deren Durchführung. Werden – wie vorliegend – Mängel im Vorfeld einer Abstimmung gerügt, sind diese Anfechtungsobjekt der Stimmrechtsbeschwerde, während die Abstimmung selber nur als Vollzugsakt der früheren mangelhaften Anordnung erscheint (vgl. Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., S. 354; BGE 118 Ia 274 E. d). Vorliegend fragt es sich, ob die von der Rekurrentin beanstandeten Auflageakten Anfechtungsobjekt einer Stimmrechtsbeschwerde sein können.

2. a) Die von der Rekurrentin mit Stimmrechtsbeschwerde beanstandete Auflage erfolgte gestützt auf Art. 16 des kommunalen Baugesetzes. Gemäss Abs. 2 sind Bauvorschriften und Pläne vor der Abstimmung während 30 Tagen in der Gemeinde öffentlich aufzulegen. Die Auflage ist in der ortsüblichen Weise bekannt zu geben. Die öffentliche Auflage ist zu wiederholen, wenn die Bauvorschriften oder Pläne nach der Planaufgabe wesentliche Änderungen erfahren. Betreffen die Änderungen lediglich einzelne Personen, so kann anstelle der öffentlichen Auflage diesen persönlich die Möglichkeit zu Abänderungswünschen und Anträgen eingeräumt werden. Nach Abs. 3 kann während der Auflagefrist jeder Interessierte schriftlich bei der Baubehörde Abänderungswünsche und Anträge einreichen. Diese nimmt vor der Volksabstimmung hierzu schriftlich Stellung. Der Gemeinderat verabschiedet schliesslich die bereinigte Vorlage zuhanden der Volksabstimmung. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um eine Konkretisierung von Art. 4 RPG, dessen Titel «Information und Mitwirkung» lautet. Danach unterrichten die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden die Bevölkerung über Ziele und Ablauf der Planungen nach diesem Gesetz. Sie sorgen nach Abs. 2 dafür, dass die Bevölkerung bei Planungen in geeigneter Weise mitwirken kann. Die Pläne nach diesem Gesetz sind gemäss Abs. 3 öffentlich. Gegenstand der Raumplanung sind räumliche Konflikte, die sich aus der Begrenztheit des Lebensraumes und den vielschichtigen Anforderungen an ihn ergeben. Die zu ihrer Lösung erforderlichen Entscheide lassen sich selten ohne umfassende Abwägung der berührten Interessen fällen. Voraussetzungen einer gelungenen Interessenabwägung sind aber deren Öffentlichkeit und die Möglichkeit aller Interessierten, ihre Anliegen offen und rechtzeitig in den Planungsprozess einzubringen. Sachgerechte Raumplanung verlangt also den Einbezug aller raumwirk-

sam Handelnden – gehe es nun um staatliche Körperschaften oder Private. Mitwirkung kann damit als Teil der Grundlagenbeschaffung betrachtet werden (vgl. Muggli, Kommentar RPG Art. 4 Rz. 3).

b) Information und Mitwirkung nach Art. 4 RPG sind abzugrenzen von den anderen Einflussmöglichkeiten auf die Planung. Diese bestehen einerseits in den Instrumenten der direkten Demokratie und andererseits im Individualrechtsschutz der Betroffenen. Die direkte Demokratie zielt dabei auf andere Resultate ab als Information und Mitwirkung nach Art. 4 RPG (Muggli, a.a.O., Rz. 5 und 6). Bei der direkten Demokratie geht es um den Entscheid der Stimmbürgerschaft über eine fertige Vorlage. Die Mitwirkung im Sinne von Art. 4 stellt eine institutionelle Einflussmöglichkeit dar. Sie gehört wie das Vernehmlassungsverfahren zu jenen institutionellen Formen, die keine rechtliche Bindung, sondern eine bloss politische Einflussnahme bewirken. Vom Planungsprozess her gesehen strebt sie ein von der direktdemokratischen Organschaft und vom Rechtsschutz zu unterscheidendes Ziel an: Sie ermöglicht die notwendige Breite der Interessenabwägung und bildet damit eine wichtige Grundlage für den sachgerechten Planungsentscheid (Art. 3 RPV «Abwägungspflicht»). Diese als «Qualitätssicherung» verstandene Auffassung von Information und Mitwirkung verlangt die Durchführung in einem Zeitpunkt, wo die abschliessende Interessenabwägung und damit der Planentscheid noch offen sind (Muggli, a.a.O., Rz. 9).

c) Voraussetzung für die Mitwirkung ist die vorgängige Information der Interessierten. Dies geschieht in Graubünden in Form der öffentlichen Auflage der zuhanden der Entscheidungsträger erarbeiteten Entwürfe («Mitwirkungsaufgabe»). Im Rahmen eines solchen planungsrechtlichen Mitwirkungsverfahrens gelten nicht die gleich strengen Anforderungen an die Ausgewogenheit und Objektivität behördlicher Informationen wie im unmittelbaren Vorfeld einer Volksabstimmung (Muggli, a.a.O., Rz. 22). Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Objektivität und Ausgewogenheit behördlicher Informationen beziehen sich auf «la campagne précédent une votation» (BGE 116 Ia 468 E. 4), den Abstimmungskampf oder das Vorfeld der Urngänge. Es handelte sich bei den vom Bundesgericht beurteilten Fällen um Abstimmungen, deren Gegenstand anlässlich der Intervention der Behörde genau bekannt war (Pra 85 Nr. 92) Wie das Bundesgericht im letzterwähnten Urteil festgehalten hat, ist es Aufgabe einer Kantonsregierung sowie des Exekutivorgans einer Gemeinde, das Gemeinwesen zu leiten. Dieser Pflicht kann die Regierung bzw. die Gemeindeexe-

kutive nur nachkommen, wenn sie ihre eigenen Pläne und Ziele aktiv unterstützt und indem sie eindeutig angibt, was sie für das Allgemeininteresse als notwendig oder vorteilhaft betrachtet. Der Dialog zwischen der Exekutive und der öffentlichen Meinung, der sich z.B. im Rahmen der parlamentarischen Debatten abspiele, ferner auf Grund der Mitteilungen der Exekutive oder anlässlich öffentlicher Stellungnahmen der Behördemitglieder, sei ausserdem ein unerlässlicher Bestandteil der Demokratie. Man müsse folglich der Exekutive das Recht – und sogar die Pflicht – zuerkennen, ausserhalb der Zeitspannen unmittelbar vor der Abstimmung in die politische Debatte einzugreifen, wie das Bundesgericht in Pra 85 Nr. 92 unter Hinweis auf G.-A. Decurtins, Die rechtliche Stellung der Behörde im Abstimmungskampf, Fribourg 1992, S. 135 ff., und J. Ramseyer, Zur Problematik der behördlichen Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen, Basel 1992, S. 8/9 ausführte. Erst wenn der Volksentscheid nahe sei, sei die politische Behörde grundsätzlich verpflichtet, sich jeden Einflusses auf die Wählerschaft zu enthalten, damit diese sich unabhängig entscheiden könne. Diese Pflicht zur Zurückhaltung beginnt im Zeitpunkt, wo die Vorlage, welche zur Abstimmung unterbreitet werden soll, von der zuständigen Behörde endgültig angenommen oder empfangen worden ist (Decurtins, a.a.O., S. 113; Ramseyer, a.a.O., S. 22), d. h. vor allem wenn ein dem fakultativen oder obligatorischen Referendum unterliegendes Gesetz vom Parlament angenommen worden ist oder wenn die Einreichung einer Volksinitiative offiziell bestätigt worden ist. Gemäss E. Grisel (Initiative et référendum populaire, Lausanne 1987, S. 92 Ziff. 3) beginnt diese Pflicht sogar erst nach der offiziellen Einladung der Wählerschaft, mit der Zustellung der für sie bestimmten erläuternden Botschaft.

3. a) Im Lichte der vorstehenden Ausführungen wird klar, dass die zur Diskussion stehende planungsrechtliche Mitwirkungsaufgabe nicht Anfechtungsobjekt einer Stimmrechtsbeschwerde sein kann. Es ist Aufgabe der Baubehörde, die für ihre raumwirksamen Aufgaben nötigen Planungen zu erarbeiten (vgl. Art. 2 RPG) und das Ergebnis des behördlichen Planungsprozesses im Mitwirkungsverfahren zu vertreten. Hervorzuheben ist, dass bei diesem Planungsschritt noch keine endgültigen Lösungen vorgelegt werden, sondern Entwürfe, welche aufgrund der erfolgten Äusserungen der Interessierten und in den weiteren Verfahrensphasen abgeändert werden können. Das Mitwirkungsverfahren gehört in diesem Sinne nicht zur Abstimmung über die Vor-

lage bzw. zu deren Vorbereitung, sondern bereitet seinerseits erst die Entscheidungsgrundlagen zuhanden der die Volksabstimmung veranlassenden Behörde vor. Erst wenn diese Behörde die Vorlage definitiv zuhanden der Abstimmung verabschiedet hat und damit an die Stimmbürgerschaft herantritt, beginnt das Vorbereitungsverfahren für die Abstimmung.

b) Die Festlegung des generellen Gestaltungsplans unterliegt – da er eine Abänderung des Baugesetzes erforderlich macht – nach Massgabe von Art. 29 Abs. 1 GdeV der Urnenabstimmung. Art. 31 in Verbindung mit Art. 36 Abs. 1 Ziff. 4 der GdeV bestimmt weiter, dass der Urnenabstimmung nur Geschäfte unterbreitet werden dürfen, welche vom Gemeinderat vorberaten worden sind. Endlich hält Art. 51 Ziff. 1 GdeV fest, dass sämtliche Vorlagen, über die der Gemeinderat zu befinden hat, vom Gemeindevorstand vorzubereiten sind. Dieser Verfahrensablauf bedingt, dass der Gemeindevorstand dem kommunalen Parlament zunächst eine Botschaft mit seinen Anträgen vorlegt, worüber dieses dann zu beraten und zu entscheiden hat, um endlich die allenfalls geänderte endgültige Vorlage zuhanden der Volksabstimmung zu verabschieden. Erst dann steht fest, dass die Abstimmung überhaupt stattfindet. In diesem Stadium beginnt die Pflicht der Behörden zur Zurückhaltung, und erst dann kann gegen Mängel in der Abstimmungsvorbereitung Stimmrechtsbeschwerde erhoben werden. Auf den Rekurs ist somit nicht einzutreten.

U 03 76

Urteil vom 2. September 2003

### 3

#### **Apotheker-Stellvertreterbewilligung.**

- Das kantonale Recht darf die Bewilligung zur fachlich selbständigen Tätigkeit als Apotheker-Stellvertreter an den Besitz eines eidgenössischen Diploms oder eines anderen gleichwertigen Diploms knüpfen.

#### **Autorizzazione per supplente farmacista.**

- Il diritto cantonale può far dipendere l'autorizzazione a praticare l'attività indipendente qualificata di supplente farmacista dal possesso di un diploma federale o di un altro diploma equivalente.

#### *Erwägungen:*

3. a) Der Rekurrent erblickt in der Verweigerung der Erteilung einer Apotheker-Stellvertreterbewilligung u.a. eine Verletzung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Zu prüfen ist, ob die Verweigerung verfassungsrechtlich zulässig ist. Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) schützt – wie bereits die noch in Art. 31 aBV verankerte Handels- und Gewerbe-freiheit – jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit (in Handel, Gewerbe, Landwirtschaft, Industrie etc.), die der Erzielung eines Gewinns oder eines Erwerbseinkommens dient (BGE 124 I 310; 119 Ia 378 Erw. 4b). Sie gilt nach bestätigter Praxis auch für unselbständig Erwerbende (BGE 84 I 18), und somit auch für die gewerbsmässige Ausübung des Berufes eines Apotheker-Stellvertreters. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen, entsprechend den allgemeinen verfassungsrechtlichen Regeln (vgl. Art. 36 BV), auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (BGE 125 I 322). Sie müssen zudem den unantastbaren Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV) der Wirtschaftsfreiheit wahren (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 667 f.; René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M., 1998, S. 127 f., je m. w. H.). Zu diesen vier allgemeinen Voraussetzungen kommt – im Regelfall – eine fünfte Voraussetzung hinzu: Staatliche

Massnahmen müssen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wahren (Art. 94 Abs. 1 BV), es sei denn, sie seien in der Bundesverfassung vorgesehen (sog. Verfassungsvorbehalt für abweichende Massnahmen; Art. 94 Abs. 4 BV; vgl. hierzu Giovanni Biaggini, § 49 Wirtschaftsfreiheit, N 17, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 786). Unzulässig bleiben – wie auch schon unter der alten Bundesverfassung – wirtschafts- oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen.

b) Dass das kantonale Departement für die Erteilung gesundheitspolizeilicher Bewilligungen (so u.a. die angebehrte Stellvertreterbewilligung) zuständig ist, ergibt sich aus Art. 6 Abs. 3 lit. b GesG. Einer Bewilligung für die Berufsausübung im Kanton Graubünden bedürfen Medizinalpersonen. Als solche gelten Ärzte, Zahnärzte und Apotheker (Art. 29 Abs. 1 und 2 GesG). Das Departement kann Medizinalpersonen die Bewilligung erteilen, insbesondere zu Ausbildungszwecken einen Assistenten zu beschäftigen und bei Krankheit oder vorübergehender Abwesenheit einen Stellvertreter einzustellen. Die Bewilligungen können befristet werden (Art. 32 Abs. 1 GesG). Das Nähere, insbesondere die fachlichen Voraussetzungen für die Tätigkeit als Stellvertreter oder Assistent, wird von der Regierung durch Verordnung geregelt (Art. 32 Abs. 2 GesG). Dem letztgenannten Auftrag ist die Regierung mit der am 27. Oktober 1998 revidierten Verordnung über Stellvertreter und Assistenten von Medizinalpersonen nachgekommen. Nach Art. 2 dieser Verordnung werden als Stellvertreter oder als Assistenten zugelassen:

- a) Inhaber des eidgenössischen Diploms
- b) Inhaber eines gleichwertigen anderen Diploms.

Art. 29 GesG in Verbindung mit Art. 32 GesG und Art. 2 der erwähnten kantonalen Verordnung stellen eine hinreichende gesetzliche Grundlage dafür dar, dass grundsätzlich nur Personen, welche über ein eidgenössisches Diplom verfügen bzw. Inhaber eines anderen gleichwertigen Diploms sind, eine Bewilligung zur (fachlich) selbständigen Berufsausübung als Apotheker Stellvertreter erhalten. Indem dieser Vorbehalt auf alle als Apotheker-Stellvertreter tätigen Personen in Graubünden, unabhängig davon ob sie (wirtschaftlich) selbständig oder im Angestelltenverhältnis tätig sind und ohne Rücksicht auf Kantonszugehörigkeit und/oder Nationalität einheitlich zur Anwendung gebracht wird,

können diese Bestimmungen weder als diskriminierend noch als rechtsungleich noch als verfassungswidrig betrachtet werden. Die Regelung steht, wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, im Einklang mit Art. 2a des Bundesgesetzes betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweiz, wonach lediglich Inhaber eines eidgenössischen Diploms zur (fachlich und wirtschaftlich) selbständigen Tätigkeit als Apotheker zugelassen sind.

c) Das öffentliche Interesse, auch die Tätigkeit eines Apotheker-Stellvertreters an den Diplomabschluss als Apotheker zu knüpfen, entspricht zweifellos dem gesundheitspolitischen Interesse, die Bevölkerung vor unzureichend qualifizierten Medizinalpersonen zu schützen, ansonsten – wie vorliegend – eine sogenannte Verwalterapotheke von einer nicht über das erforderliche Diplom verfügenden Person geführt werden könnte, was der kantonale Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 2 der Verordnung gerade verhindern wollte.

d) Die getroffene Regelung erweist sich auch als verhältnismässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes können die Kantone die Ausübung gewisser Tätigkeiten vom Besitze eines Fähigkeitsausweises abhängig machen, dies jedoch nur, wenn die fragliche Tätigkeit Gefahren für das Publikum mit sich bringt, die nur durch beruflich besonders befähigte Personen in erheblichem Masse vermindert werden können (BGE 112 Ia 322 Erw. 4b). Diese Überlegungen gelten auch für den Bereich des Gesundheitswesens. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass im Gesundheitswesen nur fähige Personen tätig sind. Dieses darf jedoch nicht dazu missbraucht werden, aus standespolitischen Überlegungen den Zugang zu den Berufen des Gesundheitswesens stärker einzuschränken, als dies zur Wahrung der berechtigten gesundheitspolizeilichen Interessen gerechtfertigt ist. Ohne weiteres zulässig ist es, die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege bewilligungspflichtig zu erklären und die Erteilung der Bewilligung an den Nachweis fachlicher Fähigkeiten zu knüpfen. Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip folgt jedoch, dass nicht Anforderungen gestellt werden dürfen, die sachlich zum Schutz von Polizeigütern nicht gerechtfertigt sind.

Vorliegend darf der Inhaber einer Assistentenbescheinigung als Assistent (damit aber unter fachlicher Aufsicht) in einer Apotheke tätig sein. Verwehrt ist ihm hingegen – aus gesundheitspolizeilichen Gründen – die Tätigkeit eines fachlich selbständigen Apotheker-Stellvertreters. Diese vom kantonalen Recht vorgegebene Einschränkung ist zweifellos geeignet und erforderlich,

das angestrebte Ziel zu erreichen, zumal die (wirtschaftlich und fachlich) selbständige Führung einer Apotheke auch von Bundesrechts wegen dem Inhaber eines entsprechenden eidgenössischen Diploms vorbehalten ist. Dass eine Assistentenbescheinigung mitnichten ein solches Diplom darstellt, weil es dem Inhaber lediglich attestiert, auf dem Weg zum eidgenössischen Diplomabschluss als Apotheker einen Zwischenabschluss erfolgreich absolviert zu haben, ist offenkundig. Nicht entscheidend ist, dass der vorgesehene Stellvertreter bereits über eine reiche Praxiserfahrung als Apothekerassistent verfügt. Diese vermag den verlangten Diplomabschluss nicht aufzuwiegen.

4. a) Auch der Einwand, dass der vorgesehene Stellvertreter in anderen Kantonen eine entsprechende Bewilligung erhalten habe, ist nicht entscheidend. Die Kantone können in ihrem Zuständigkeitsbereich innerhalb der verfassungsrechtlichen Schranken durchaus unterschiedliche Regelungen erlassen (BGE 125 I 278 Erw. 3d; 122 I 44 Erw. 3b/cc). Eine gesetzliche Vorschrift – namentlich diejenige, welche die Erteilung einer Bewilligung als Apotheker-Stellvertreter an den erfolgreichen eidgenössischen Diplomabschluss und damit an dieselbe Voraussetzung wie für die (fachlich und wirtschaftlich) selbständige Berufsausübung knüpft – kann nicht allein schon deshalb verfassungswidrig sein, weil andere Kantone eine andere Lösung für dieselbe Frage getroffen haben.

b) Ebenso wenig kann der Rekurrent etwas zu Gunsten seiner Begehren aus dem Umstand ableiten, dass seinem Mitarbeiter noch 1992 eine kantonale Stellvertreter-Bewilligung erteilt worden ist, nachdem zwischenzeitlich sowohl das übergeordnete Recht (Bilaterale Verträge, Bundesgesetz über die Freizügigkeit des Medizinalpersonals) als auch die damals geltende kantonale Regelung (letzte per 1. Dezember 1998) geändert worden sind. Auch soweit er in diesem Zusammenhang das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) anruft, kann ihm nicht geholfen werden. Abgesehen davon, dass im konkreten Fall nicht die Anerkennung eines eidgenössischen (Apotheker-)Diploms zur Diskussion steht, hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zutreffend festgehalten, dass das Bundesgesetz betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft dem BGBM vorgeht und dass daher dem vorgesehenen Stellvertreter, weil er nicht über ein eidgenössisches Apothekerdiplom verfügt, die angebehrte Stellvertreterbewilligung, welche die fachlich selbständige Berufsausübung ermöglichen würde, ver-

weigert werden müsse. Selbst wenn das BGBM aber anwendbar wäre, könnte der Rekurrent daraus keinen Anspruch auf Erteilung der angebehrten Bewilligung ableiten. Gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BGBM haben die Kantone nämlich die Möglichkeit, den freien Zugang zum Markt einzuschränken. Dabei haben die entsprechenden Bestimmungen gleichermassen auch für ortsansässige Anbieter zu gelten und sie müssen zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sowie verhältnismässig sein. Vorliegend ist offenkundig, dass Art. 2 der kantonalen Verordnung auch für ortsansässige Personen gilt. Ihr liegen überwiegende öffentliche Interessen (Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen; Gewährleistung eines hinreichenden Ausbildungsstandes für eine bewilligungspflichtige Berufstätigkeit) zugrunde. Die Einschränkung ist – wie oben ausgeführt – letztlich auch ohne weiteres als verhältnismässig zu betrachten.

c) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz dem vom Rekurrenten vorgeschlagenen Stellvertreter die Bewilligung als Apothekerstellvertreter zu Recht verweigert hat. Der Rekurs erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

U 02 97

Urteil vom 14. Januar 2003

**4**

**Arbeitslosenversicherung. Anspruchsberechtigung. Angestellte in leitenden Funktionen.**

- Personen, die ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehalten, haben keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weil sie nicht als vermittlungsfähig gelten; indessen ist es nicht zulässig, Angestellte in leitenden Funktionen allein deswegen generell vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen, weil sie für einen Betrieb zeichnungsberechtigt und im Handelsregister eingetragen sind (E. 2, 3).
- Ein einzelzeichnungsberechtigter Komplementär einer zwar noch bestehenden, seit längerem aber nicht mehr produktiv tätigen Kommanditgesellschaft, deren Reaktivierung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist, kann keine arbeitgeberähnliche Stellung inne haben und hat deshalb als vermittlungsfähig zu gelten (E. 4, 5).

**Assicurazione contro la disoccupazione. Diritto all'indennità. Impiegato con funzione dirigenziale.**

- Personen, die innerhalb der Firma eine Funktion analog zu der des Arbeitgebers haben, haben kein Recht auf Arbeitslosenentschädigung, weil sie nicht als vermittlungsfähig betrachtet werden können; umgekehrt, es ist nicht zulässig, sie generell von der Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen, weil sie für einen Betrieb zeichnungsberechtigt und im Handelsregister eingetragen sind (E. 2, 3).
- Ein Einzelzeichnungsberechtigter Komplementär einer zwar noch bestehenden, seit längerem aber nicht mehr produktiv tätigen Kommanditgesellschaft, deren Reaktivierung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist, kann keine arbeitgeberähnliche Stellung inne haben und hat deshalb als vermittlungsfähig zu gelten (E. 4, 5).

*Erwägungen:*

2 Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung ist gemäss Art. 8 lit. f AVIG die Vermittlungsfähigkeit. Als vermittlungsfähig 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.

3 a) 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).

b) 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, muss deshalb jeweils geprüft werden, welche Entscheidungsbefugnis ihnen aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukommt. 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 und die

konkreten internen Betriebsverhältnisse müssen nicht näher überprüft werden. Es ist jedoch nicht zulässig, Angestellte in leitenden Funktionen allein deswegen generell vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen, weil sie für einen Betrieb zeichnungsberechtigt und im Handelsregister eingetragen sind (vgl. z.B. VGU S 02 90 und BGE 120 V 525 f. Erw. 3b).

4. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der Beschwerdeführer (nebst seinem Sohn als einzelzeichnungsberechtigter Kommanditär mit einer Kommanditsumme von Fr. 100000.–) auch nach Antragsstellung einzelzeichnungsberechtigter, unbeschränkt haftender Gesellschafter der nach wie vor bestehenden Kommanditgesellschaft ist und bei welcher er von 1970 bis zur Gründung der AG im Jahr 2000 als Geschäftsführer tätig war. Die Kommanditgesellschaft ist seit längerem nicht mehr produktiv tätig. Grosse Teile der Aktiven und Passiven der Gesellschaft wurden mit Sacheinlagevertrag vom 20. Dezember 2000 an die gleichentags neu gegründete Aktiengesellschaft übertragen. Einziges Aktivum der Gesellschaft ist die Liegenschaft Parzelle Nr. 1015 (vgl. Jahresrechnung 2001, Position 161). Diese ist aber weit über ihren Wert belehnt (vgl. Jahresrechnung 2001, Position 244). Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ist die Reaktivierung der Kommanditgesellschaft durch den Beschwerdeführer ausgeschlossen. Es fehlt an der betrieblichen Infrastruktur insbesondere an Maschinen, Material und am notwendigen Kapital. Auch wenn der Beschwerdeführer formell einzelzeichnungsberechtigter unbeschränkt haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft ist, hat er faktisch keine Möglichkeit mehr auf diese irgendwelchen Einfluss zu nehmen und als Arbeitgeber zu wirken. Darum kann er auch keine arbeitgeberähnliche Stellung innehaben.

5. Es kann somit festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer das in Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG geforderte Erfordernis der Vermittlungsfähigkeit erfüllt. Seine Anspruchsberechtigung auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung ist zu bejahen. Demzufolge wird die angefochtene Verfügung unter Gutheissung der Beschwerde aufgehoben.

S 02 319

Urteil vom 21. März 2003