Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 32/04

Urteil vom 23. Mai 2005
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Ursprung; Gerichtsschreiberin Schüpfer

Parteien
G._____, 1970, Beschwerdeführer, vertreten
durch Rechtsanwältin Susanne Schaffner-Hess, Dornacherstrasse 10, 4600 Olten,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn, Untere Sternengasse 2, 4500 Solothurn, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Versicherungsgericht des Kantons Solothurn, Solothurn

(Entscheid vom 26. Januar 2004)

Sachverhalt:
A.
Mit Verfügung vom 4. Februar 2003 lehnte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn (AWA) rückwirkend ab 15. Februar 2002 den Anspruch des 1970 geborenen G._____ auf Arbeitslosenentschädigung ab. Auf Einsprache hin hielt die Verwaltung am Verfügten fest (Entscheid vom 17. März 2003).
B.
Das Versicherungsgericht des Kantons Solothurn hiess die dagegen erhobene Beschwerde in dem Sinne teilweise gut, als es den Einspracheentscheid aufhob und feststellte, der Versicherte habe für die Zeit vom 15. bis 21. Februar 2002 und wiederum ab 1. Oktober 2002 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Entscheid vom 26. Januar 2004).
C.
G._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, es sei in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides festzustellen, dass er für die Zeit vom 15. Februar 2002 bis 1. März 2003 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe.
Sowohl das AWA, als auch das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichten auf Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitslose vermittlungsfähig, wenn er bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Ar-

beitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 58 Erw. 6a, 123 V 216 Erw. 3; ARV 2004 Nr. 2 S. 48 Erw. 1.2).
2.
Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer in der Zeit vom 22. Februar bis 30. September 2002 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Nicht mehr streitig ist hingegen, ob er bis zu seiner Einsitznahme in den Verwaltungsrat der T._____ AG per 22. Februar 2002, beziehungsweise nach seinem Ausscheiden aus diesem Gremium, anspruchsberechtigt war. Der angefochtene Entscheid vom 26. Januar 2004 ist diesbezüglich in Teilrechtskraft erwachsen.
3.
3.1 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG 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, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen. Amtet ein Arbeitnehmer als Verwaltungsrat, so ist eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne der betreffenden Regelung ex lege gegeben, und zwar selbst dann, wenn seine Kapitalbeteiligung klein ist und er nur über die kollektive Zeichnungsberechtigung verfügt (BGE 123 V 237 mit Hinweisen).
3.2 Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich in Art. 8 ff. AVIG keine der Regelung bei Kurzarbeit entsprechende Norm. Mit Bezug auf den Anspruch der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen auf Arbeitslosenentschädigung ist nach der Rechtsprechung indessen eine Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung möglich, wobei verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden sind. Wird ein Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung gekündigt, 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 Eigenschaft 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 (BGE 123 V 237 f. Erw. 7b/bb).
4.
4.1 Das AWA und mit ihm das kantonale Gericht schliessen aus der Tatsache, dass der Beschwerdeführer im Februar 2002 (Tagebucheintrag im Handelsregister) als nicht zeichnungsberechtigtes Mitglied in den Verwaltungsrat der Firma T._____ AG eintrat, er habe eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb eingenommen, die es ihm ermöglicht hätte, massgeblichen Einfluss zu nehmen. Auch wenn diese unter den gegebenen Umständen nur theoretischer Natur gewesen sei, genüge die blosse Tatsache einer Verwaltungsratsmitgliedschaft, um einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen. Auf diese Rechtsfolge wird mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Eidgenössische Versicherungsgerichts geschlossen.
4.2 Dabei wird übersehen, dass sich der Sachverhalt bei den von Vorinstanz und Verwaltung zitierten Urteilen anders darstellte. Die dortige Fallkonstellationen sind mit der vorliegenden nicht ohne weiteres vergleichbar. In BGE 123 V 234 und den andern angeführten Urteilen entliess ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung sich selbst, um hierauf trotz weiter bestehendem Verwaltungsratsmandat in seiner Firma Arbeitslosenentschädigung zu beantragen. Vorliegend wurde der Beschwerdeführer wegen der Kündigung einer Vollzeitanstellung bei einem Drittbetrieb, welche nichts mit der T._____ AG zu tun hatte, arbeitslos. In der Eigenschaft als Angestellter dieser Unternehmung war er gegen Arbeitslosigkeit versichert, besass jedoch dort keine arbeitgeberähnliche Stellung, welche er nach der Entlassung hätte beibehalten können. Auch ARV 2005 S. 19 ist nicht einschlägig, da in diesem Fall der Versicherte als Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH im Handelsregister eingetragen war. Es gibt keine rechtliche Grundlage, einen Versicherten pauschal von der Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung auszunehmen, nur weil er oder sein Ehepartner noch (irgend)ein Verwaltungsratsmandat innehat.
4.3 Vielmehr ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung im Lichte der Frage zu prüfen, ob er in der hier massgebenden Zeitspanne trotz des Engagements bei der T._____ AG vermittlungsfähig war. Im vorliegenden Fall legt der Beschwerdeführer bezüglich der genannten Firma glaubhaft dar,

weder entgeltlich noch unentgeltlich je für die Aktiengesellschaft gearbeitet zu haben. Auch das AWA bringt nichts Gegenteiliges vor. Arbeitnehmerin war einzig seine Ehefrau A._____. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass je geplant oder beabsichtigt war, dass der Beschwerdeführer für diese Firma tätig würde; schon gar nicht in leitender Stellung. Er war denn auch das einzige Verwaltungsratsmitglied, welches keine Zeichnungsberechtigung hatte. Damit erweist sich das Vorbringen des AWA hinsichtlich einer Umgehung der Kurzarbeitsbestimmungen nicht als stichhaltig. Das bezieht sich auch auf die Tatsache, dass A._____ vom 15. Februar bis 30. September 2002 als Account Director bei der T._____ AG tätig war. Eine Umgehung der Kurzarbeitsbestimmung von Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG würde auch nur dann zur Diskussion stehen, wenn der Ehemann selbst im genannten Betrieb gearbeitet hätte (der mitarbeitende Ehegatte). Anders
zu entscheiden würde zur Folge haben, dass Ehepartner von geschäftsführenden Mitgliedern irgendeines Betriebes nie Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hätten. Eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG ist vorliegend auszuschliessen und der Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung ist auch in der Zeit vom 22. Februar bis 30. September 2002 zu bejahen, falls die weiteren Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind. Dies wird das AWA zu prüfen und über den Leistungsanspruch neu zu verfügen haben.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Solothurn vom 26. Januar 2004 und der Einspracheentscheid des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn vom 17. März 2003 insoweit aufgehoben, als die Sache an die Verwaltung zurückgewiesen wird, damit sie über den Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung im Zeitraum vom 22. Februar bis 30. September 2002 neu verfüge.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4.
Das Versicherungsgericht des Kantons Solothurn wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons Solothurn, der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Solothurn und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 23. Mai 2005

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Die Gerichtsschreiberin:

i.V.