

## **GL\_GERICHTE VG.2015.00050 vom 13. August 2015**

GL Gerichte, 2015-08-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl\\_gerichte\\_VG.2015.00050](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl_gerichte_VG.2015.00050)

FR: GL\_GERICHTE VG.2015.00050 du 13 août 2015

IT: GL\_GERICHTE VG.2015.00050 del 13 agosto 2015

### **Regeste**

Sozialversicherung - Arbeitslosenversicherung

### **Volltext**

Glarus Verwaltungsgericht 13.08.2015 VG.2015.00050 (VG.2015.261) Glaris

Verwaltungsgericht 13.08.2015 VG.2015.00050 (VG.2015.261) Glarona

Verwaltungsgericht 13.08.2015 VG.2015.00050 (VG.2015.261)

Sozialversicherung - Arbeitslosenversicherung

VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS GLARUS Urteil vom 13. August 2015 II. Kammer in Sachen VG.2015.00050 A. \_\_\_\_\_ Beschwerdeführer vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ dieser substituiert durch C. \_\_\_\_\_ gegen Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Glarus Beschwerdegegner betreffend Arbeitslosenentschädigung Die Kammer zieht in Erwägung: I. 1. 1.1 A. \_\_\_\_\_ bezieht seit dem 3. März 2014 Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Mit Verfügung vom 6. Januar 2015 beschloss das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Glarus, dass A. \_\_\_\_\_ rückwirkend ab dem 1. Oktober 2014 nur noch zu 60 % vermittlungsfähig sei. 1.2 Dagegen erhob A. \_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 23. Januar 2015 Einsprache und beantragte, dass die Vermittlungsfähigkeit auf 80 % festzulegen sei. Mit Einspracheentscheid vom 2. März 2015 bestätigte das Amt für Wirtschaft und Arbeit die Verfügung vom 6. Januar 2015 und kündigte an, dass die Vermittlungsfähigkeit von A. \_\_\_\_\_ ab dem 12. Februar 2015 auf 80 % zu erhöhen sei. 2. 2.1 Ebenfalls am 2. März 2015 beschloss das Amt für Wirtschaft und Arbeit in einer separaten Verfügung, dass A. \_\_\_\_\_ rückwirkend ab dem 12. Februar 2015 zu 80 % als vermittlungsfähig gelte. 2.2 Gegen letztere Verfügung erhob A. \_\_\_\_\_ am 15. April 2015 Einsprache beim Amt für Wirtschaft und Arbeit und beantragte eine Erhöhung seiner Vermittlungsfähigkeit auf 100 %. Am 16. April 2015 erhob A. \_\_\_\_\_ zudem Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 2. März 2015. Gleichtags leitete das Amt für Wirtschaft und Arbeit die Einsprache vom 15. April 2015 an das Verwaltungsgericht weiter, weil es sich dafür nicht als zuständig erachtete. 2.3 Das Verwaltungsgericht gab A. \_\_\_\_\_ am 23. April 2015 Gelegenheit, die Beschwerde vom 16. April 2015 mit den Anträgen der Einsprache vom 15. April 2015 zu ergänzen. Am 13. Mai 2015 reichte A. \_\_\_\_\_ seine Beschwerdeergänzung ein. Er beantragte sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 2. März 2015 sowie der gleichentags erlassenen Verfügung bezüglich Erhöhung seiner Vermittlungsfähigkeit auf 80 %. Die Angelegenheit sei im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem sei vom Gericht festzustellen, zu welchem Zeitpunkt er zu welchem Grade als vermittlungsfähig gelte; unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten des Amts für Wirtschaft und Arbeit. Das Amt für Wirtschaft und Arbeit schloss am 16. Juni 2015 auf Abweisung der Beschwerde. II. 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht ist gemäss Art. 1 Abs. 1 des

Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG) i.V.m. Art. 56 und Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) i.V.m. Art. 12 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 6. Mai 1984 (EG AVIG) zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Der Beschwerdeführer beantragte in seiner Einsprache vom 23. Januar 2015 lediglich, dass seine Vermittlungsfähigkeit auf 80 % festzusetzen sei, während er in der vorliegenden Beschwerde von einer Vermittlungsfähigkeit von 100 % ausgeht. Der Beschwerdeführer ist an seinen im Einspracheverfahren gestellten Antrag nicht gebunden, sondern darf im Beschwerdeverfahren mehr verlangen. Dies ergibt sich sachlogisch daraus, dass das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist und der Beschwerde führenden Person sogar mehr zusprechen kann, als sie verlangt hat (Art. 61 lit. d ATSG).

1.3 Hinzuweisen ist sodann darauf, dass das prozessuale Vorgehen des Beschwerdegegners nicht zweckmässig ist. In seiner Verfügung vom 6. Januar 2015 setzte er die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab dem 1. Oktober 2014 auf 60 % fest. In seinem Einspracheentscheid vom 2. März 2015 gab er zu erkennen, dass er ab dem 12. Februar 2015 von einer Vermittlungsfähigkeit von 80 % ausgehe. Da der Einspracheentscheid die Verfügung ersetzt (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 52 N. 39), war es nicht angezeigt, eine zusätzliche Verfügung über die Vermittlungsfähigkeit ab dem 12. Februar 2015 zu erlassen und hierzu in der Rechtsmittelbelehrung auf die Einsprachemöglichkeit zu verweisen. Vielmehr hätte die Einsprache teilweise gutgeheissen werden müssen und die entsprechende Festsetzung der Vermittlungsfähigkeit ab dem 12. Februar 2015 im Dispositiv des beim Verwaltungsgericht anfechtbaren Einspracheentscheids erfolgen sollen.

2. 2.1 Der Versicherte hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er unter anderem vermittlungsfähig ist (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Er ist vermittlungsfähig, wenn er bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG).

2.2 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben nach Art. 31 Abs. 1 AVIG unter bestimmten Voraussetzungen (lit. a - d) Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Dieser Anspruch besteht gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hingegen nicht für Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten. Gemäss ständiger Rechtsprechung wird Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG analog auf arbeitgeberähnliche Personen angewandt, welche Arbeitslosenentschädigung beantragen. Damit soll nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnet werden, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (BGE 123 V 234 E. 7, mit Hinweisen; zuletzt bestätigt in BGer-Urteil BGer 8C\_729/2014 vom 18. November 2014). Der Leistungsausschluss von Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung ist dabei absolut zu verstehen, weshalb kein Rechtsmissbrauch bzw. keine absichtliche Rechtsumgehung von Kurzarbeit und damit analog auch nicht von Arbeitslosenentschädigung nachgewiesen werden muss (AVIG-Praxis, ALE, Oktober 2012, Rz. B15).

2.3 Eine arbeitgeberähnliche Stellung kann auf der Eigenschaft als Gesellschafter, auf einer finanziellen Beteiligung am Betrieb oder

auf der Teilhabe an der Betriebsleitung beruhen. Alle drei Formen der arbeitgeberähnlichen Funktionen führen aber nur dann zum Leistungsausschluss, wenn der betreffende Arbeitnehmer die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder zumindest massgeblich beeinflussen kann (Thomas Nussbaumer, in Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 2. A., Basel 2007, O. Rz. 463). Wenn sich die Möglichkeit, die Entscheidungen des Arbeitgebers zu bestimmen oder massgeblich zu beeinflussen, bereits aus dem Gesetz ergibt, kann eine Einzelfallprüfung, welche Entscheidungsbefugnisse einer Person aufgrund der internen betrieblichen Struktur tatsächlich zukommen, unterbleiben (vgl. BGE 123 V 234 E. 7a, 122 V 270 E. 3; BGer-Urteil 8C\_729/2014 vom 18. November 2014 E. 2).

2.4 Sowohl das Verwaltungsverfahren wie auch der kantonale Sozialversicherungsprozess unterstehen dem Untersuchungsprinzip (Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 lit. c ATSG). Danach haben Verwaltung und Sozialversicherungsgericht den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Diese Untersuchungspflicht dauert so lange, bis über die für die Beurteilung des streitigen Anspruchs erforderlichen Tatsachen hinreichende Klarheit besteht (BGer-Urteil 8C\_382/2010 vom 1. Juli 2010 E. 3.2.1).

3. 3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass der Beschwerdegegner seine Vermittlungsfähigkeit per 1. Oktober 2014 auf 60 % herabgesetzt habe, ohne den genauen Status seiner unselbständigen Erwerbsfähigkeit zu überprüfen. Damit habe dieser seine Abklärungspflicht im Sinne von Art. 43 ATSG verletzt. Bei der Anmeldung vom 3. März 2014 für Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung habe er deklariert, zu 100 % vermittlungsfähig zu sein. Nach sieben Monaten Arbeitslosigkeit habe er beschlossen, in der einst von ihm gegründeten D.\_\_\_\_\_AG einen Zwischenverdienst zu erwirtschaften. Er habe sämtliche Einnahmen deklariert und dem Beschwerdegegner erklärt, dass er seine Beschäftigung in der D.\_\_\_\_\_AG nicht als eine auf Dauer ausgerichtete Erwerbstätigkeit erachte und jederzeit bereit sei, diese zu Gunsten einer festen Anstellung aufzugeben. Die Ausgleichskasse des Kantons Glarus habe seine Anmeldung als Arbeitnehmer akzeptiert, was bereits belege, dass es sich dabei um eine unselbständige Tätigkeit gehandelt habe. Ein weiterer Beleg sei die Verfügung vom 16. Januar 2015, mit welcher er zur 100%igen Teilnahme an arbeitsrechtlichen Massnahmen verpflichtet worden sei. Seine Vermittlungsfähigkeit habe seit seiner Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung 100 % betragen. Eventualiter sei seine Vermittlungsfähigkeit vom 1. Oktober 2014 bis 31. Dezember 2014 auf 80 % festzulegen, wie er dies als Rechtsunkundiger verlangt habe. Ab dem 1. Januar 2015 habe er keinen Zwischenverdienst bei der D.\_\_\_\_\_AG mehr erzielt, weshalb seine Vermittlungsfähigkeit ab diesem Zeitpunkt 100 % betrage und er mit deren Erhöhung von 60 % auf 80 % ab dem 12. Februar 2015 nicht einverstanden sei.

3.2 Der Beschwerdegegner entgegnet, dass die Anpassung der Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers auf 60 % aufgrund seiner eigenen Angaben erfolgt sei. So habe er am 29. Dezember 2014 mitgeteilt, dass er wieder für die D.\_\_\_\_\_AG tätig sei und sich noch zu 60 % der Vermittlung zur Verfügung stelle. Der Beschwerdeführer sei mit einem Merkblatt darauf hingewiesen worden, dass eine Ausdehnung bzw. Reduktion einer auf Dauer ausgerichteten selbständigen Erwerbstätigkeit nur einmalig erfolgen könne. Am 23. Januar 2015 habe der Beschwerdeführer verlangt, dass seine Vermittlungsfähigkeit auf 80 % festzulegen sei. Mit Verfügung vom 2. März 2015 sei die einmalig mögliche Anpassung auf 80 % erfolgt. Die Tätigkeit bei der D.\_\_\_\_\_AG sei eine auf Dauer ausgerichtete selbständige Erwerbstätigkeit, was sich daraus ergebe, dass der Beschwerdeführer gemäss Handelsregister einzelunterschriftsberechtigt sei. Er nehme eine arbeitgeberähnliche

Stellung ein. Im Übrigen sei die Angabe bezüglich Beschäftigungsgrad in der Verfügung vom 16. Januar 2015 fehlerhaft gewesen. Die Personalberaterin des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums habe dies jedoch gegenüber dem Beschwerdeführer umgehend richtig gestellt. Dementsprechend habe er auch nur in einem Pensum von 60 % an der arbeitsrechtlichen Massnahme teilgenommen. Die vorliegende Beschwerde sei der Versuch des Beschwerdeführers, sein Unternehmerrisiko von Schwankungen in der Auftragslage bzw. des damit verbundenen Beschäftigungsgrads auf die Arbeitslosenversicherung abzuwälzen.

4. 4.1 In tatsächlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass die D. \_\_\_\_\_AG seit dem 24. Dezember 1997 im Handelsregister des Kantons Glarus eingetragen ist und der Beschwerdeführer ab diesem Zeitpunkt als Gesellschafter mit Einzelzeichnungsberechtigung auftritt. Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer entgegen seiner Ansicht als arbeitgeberähnliche Person zu qualifizieren ist, da es ihm von Gesetzes wegen (vgl. Art. 804 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR]) möglich war, auf den Geschäftsgang Einfluss zu nehmen, was er durch den Handelsregistereintrag Dritten gegenüber verbindlich kundgab (vgl. Nussbaumer, O. Rz. 463).

4.2 Die Tatsache, dass ein Versicherter eine juristische Person gründet und im Handelsregister eintragen lässt, in welcher er eine arbeitgeberähnliche Stellung einnimmt, genügt für sich allein jedoch nicht, um bereits auf eine auf Dauer ausgerichtete und nicht bloss vorübergehende selbständige Erwerbstätigkeit zu schliessen (BGer-Urteil 8C\_81/2009 vom 27. August 2009 E. 3.4). Dem Versicherten ist nach Verlust einer während mindestens sechs Monaten ausgeübten Arbeitnehmertätigkeit in einem Drittbetrieb die Berechtigung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung zuzuerkennen, selbst wenn die arbeitgeberähnliche Stellung im Erstbetrieb noch andauert (BGer-Urteil C 171/03 vom 31. März 2004; AVIG-Praxis, Rz. B30). In solchen Fällen ist Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht analog anwendbar und es ist zu prüfen, ob aufgrund der Tätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung die Vermittlungsfähigkeit noch gegeben ist (AVIG-Praxis, Rz. B14).

4.3 Der Beschwerdeführer ist nach eigenen Angaben während den letzten Jahren zu 100 % bei der E. \_\_\_\_\_AG angestellt gewesen, was vom Beschwerdegegner nicht bestritten wird. Es ist deshalb ohne Weiteres davon auszugehen, dass er während den letzten sechs Monaten vor der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung eine Arbeitnehmertätigkeit ausübte und die Mindestbeitragszeit von insgesamt zwölf Monaten ebenfalls erfüllt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG; AVIG-Praxis, Rz. B30).

4.4 Das subjektive Element und damit unabdingbare Voraussetzung der Vermittlungsfähigkeit ist die Vermittlungsbereitschaft, welche auf die Suche und Annahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit im Rahmen des gewünschten Beschäftigungsgrades gerichtet sein muss. Die versicherte Person muss im Rahmen ihrer Schadenminderungspflicht auch bereit sein, zumutbare befristete Beschäftigungen oder auch Zwischenverdienste anzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG; AVIG-Praxis, Rz. B215, B220). Ab dem 3. März 2014 galt der Beschwerdeführer als zu 100 % vermittlungsfähig. Bei der Deklaration seiner selbständigen Tätigkeit gab der Beschwerdeführer am 29. Dezember 2014 gegenüber dem Beschwerdegegner an, dass er sich der Arbeitsvermittlung zu 60 % zur Verfügung stelle. Ebenfalls gab er an, dass er jederzeit bereit wäre, seine selbständige Tätigkeit zu Gunsten einer unselbständigen Anstellung aufzugeben und dass die selbständige Erwerbstätigkeit nicht auf Dauer ausgerichtet sei. Gegen die folglich erfolgten Anpassungen seiner Vermittlungsfähigkeit erhob der Beschwerdegegner jeweils umgehend Einsprache bzw. Beschwerde, was gesamthaft darauf hindeutet, dass sich der Beschwerdeführer subjektiv stets zu 100 % der Vermittlung zur Verfügung stellen wollte.

4.5 Der Beschwerdeführer gab gegenüber dem

Beschwerdegegner an, für seine selbständige Erwerbstätigkeit Investitionen von rund Fr. 4'400.- getätigt zu haben. Er zahlte sich während den Monaten Oktober bis Dezember 2014 durchschnittlich Fr. 1'656.66 Lohn aus und deklarierte diesen jeweils als Zwischenverdienst. Nach eigenen Angaben war er ab dem 1. Januar 2015 nicht mehr für die D.\_\_\_\_\_AG tätig und trat ab dem 12. Februar 2015 einen Zwischenverdienst bei der F.\_\_\_\_\_AG im Umfang von 80 % an, obwohl er beim Beschwerdegegner zu diesem Zeitpunkt nur zu 60 % als vermittlungsfähig galt. Daraus ergibt sich, dass es sich beim Einsatz des Beschwerdeführers bei der D.\_\_\_\_\_AG um eine vorübergehende, zeitlich beschränkte und investitionsarme Erwerbstätigkeit handelte, die als Zwischenverdiensttätigkeit im Sinne von Art. 24 AVIG zu qualifizieren ist (vgl. Nussbaumer, O. Rz. 417).

4.6 Obwohl der Beschwerdeführer mit seinen Angaben bei der Deklaration seiner selbständigen Tätigkeit zu den verfügbaren Anpassungen seiner Vermittlungsfähigkeit beigetragen hat, gab er dem Beschwerdegegner doch unmissverständlich zu verstehen, dass er diese Tätigkeit jederzeit zu Gunsten einer festen Anstellung aufgeben würde. Daneben führte er auch aus, dass er die selbständige Erwerbstätigkeit nur als Beschäftigung sehe, um fit zu bleiben und um die Arbeitslosenversicherung zu entlasten. Da er neben dem subjektiven Element auch die übrigen Voraussetzungen der Vermittlungsfähigkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 1 AVIG erfüllt, hat er seit seiner Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung am 3. März 2014 durchgehend als zu 100 % vermittlungsfähig zu gelten. Die selbständige Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers ist als vorübergehende Zwischenverdiensttätigkeit zu qualifizieren, weshalb sowohl der Einspracheentscheid vom 2. März 2015 als auch die gleichentags erlassene Verfügung aufzuheben sind. Die Angelegenheit ist zwecks Neuberechnung des Leistungsanspruchs an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit kann offen bleiben, ob der Beschwerdegegner seine Untersuchungspflicht im Sinne von Art. 43 Abs. 1 ATSG verletzt hat. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Verfügung vom 2. März 2015 sowie der Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 2. März 2015 sind aufzuheben und die Sache ist im Sinne der Erwägungen an diesen zurückzuweisen.

III. 1. Die Gerichtskosten sind von Gesetzes wegen auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG). 2. Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz der Parteikosten (Art. 61 lit. g ATSG). Der Beschwerdegegner ist zu verpflichten, dem Beschwerdeführer innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'800.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Demgemäss erkennt die Kammer :

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung vom 2. März 2015 sowie der Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 2. März 2015 werden aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen an diesen zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten werden auf die Staatskasse genommen.
3. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'800.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Schriftliche Eröffnung und Mitteilung an: [...]