

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00442 vom 18. Oktober 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-10-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2004.00442

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00442 du 18 octobre 2005

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00442 del 18 ottobre 2005

Erwägungen

E. 1

1.1.1. Eine arbeitslose Person hat unter den Voraussetzungen in Art. 8 ff. des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldung (AVIG) Anspruch auf Arbeitslosenentschuldung.

E. 1.2

1.2.1. Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschuldung ist nach Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG die Vermittlungsfähigkeit. Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört zum einen die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn und zum andern subjektiv die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 58 Erw. 6a, 123 V 216 Erw. 3, je mit Hinweis; ARV 2004 Nr. 2 S. 48 Erw. 1.2, S. 122 Erw. 2.1).

1.2.2. Eine versicherte Person, die auf einen bestimmten Termin anderweitig disponiert hat und deshalb für eine neue Beschäftigung nur noch während relativ kurzer Zeit zur Verfügung steht, gilt nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in der Regel als nicht vermittlungsfähig, weil die Aussichten, für die verbleibende Zeit von einem anderen Arbeitgeber angestellt zu werden, verhältnismässig gering sind (BGE 126 V 522 Erw. 3a mit Hinweisen). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat allerdings wiederholt darauf hingewiesen, dass diese Rechtsprechung nicht dazu führen dürfte, jene arbeitslosen Versicherten zu bestrafen, die eine geeignete, aber nicht unmittelbar freie Stelle finden und annehmen. Bei solchen Versicherten bejaht das Eidgenössische Versicherungsgericht daher den Anspruch auf Arbeitslosenentschuldung in der Übergangszeit bis zum Antritt der neuen Stelle, soweit diese Versicherten in Erfüllung ihrer Schadenminderungspflicht alle Vorkehren getroffen haben, die man vernünftigerweise von ihnen erwarten darf, damit sie so rasch wie möglich eine neue Stelle antreten können (vgl. BGE 110 V 207; ARV 2000 Nr. 29 S. 152 Erw. 1b mit Hinweisen; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen G. vom 30. Mai 2003, C 23/03 Erw. 1).

Ein Anwendungsfall der Disposition auf einen bestimmten Termin hin sind diejenigen Fälle, wo die versicherte Person eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt oder aufzunehmen gedenkt. Hier wird die Vermittlungsfähigkeit rechtsprechungsgemäss verneint, wenn die Absicht zur Aufnahme der selbständigen Arbeit so weit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer unselbständigen Tätigkeit

nicht oder kaum mehr möglich ist (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen C. vom 5. November 2002, C 147/01, Erw. 3.2 mit Hinweis auf ARV 1996/97 Nr. 36 S. 203 Erw. 3 und ARV 1993 Nr. 30 S. 217 Erw. 3b). Die oben dargelegten Grundsätze zum Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung während der Übergangszeit bis zum Antritt einer neuen (Arbeitnehmer-)Stelle können jedoch nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts auch im Falle der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu einem zeitlich begrenzten Anspruch trotz fehlender Vermittlungsfähigkeit führen (vgl. BGE 111 V 38).

E. 1.3

1.3.1 Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, unter den in lit. a-d genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Erforderlich ist unter anderem, dass ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne der Kriterien in Art. 32 AVIG vorliegt (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG) und dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG).

Vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen sind nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG diejenigen 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. Es handelt sich somit um Personen, denen zwar die Rechtsstellung von Arbeitnehmern zukommt, die jedoch dem Einfluss auf die Unternehmensgeschichte nach eine arbeitgeberähnliche Position einnehmen. Die Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dient der Verhütung von Missbräuchen und soll insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (vgl. BGE 123 V 238 f. Erw. 7b/bb). Wer demnach am Entscheid über das Eintreten des Versicherungsfalles der Kurzarbeit selber massgeblich beteiligt ist, soll aufgrund ebendieses Versicherungsfalles keine Leistungen beanspruchen können.

1.3.2 Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht im Grundsatzentscheid vom 4. September 1997 (BGE 123 V 234 ff.) erwogen hat, kann Kurzarbeit nicht nur in einer Reduktion der Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass der Betrieb für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird. Solange ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung mit der betreffenden Unternehmung noch in einem Arbeitsverhältnis steht, hat er aufgrund der Ausschlussbestimmung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Wird das Arbeitsverhältnis hingegen gekündigt, so gilt die arbeitgeberähnliche Person nach den Erwägungen im zitierten Entscheid nunmehr als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen in Art. 8 ff. AVIG Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Behält sie nach der Entlassung allerdings ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann dadurch dessen Entscheidungen weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, so läuft die Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung gemäss der Auffassung des höchsten Gerichts auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, und es besteht auch bei grundsätzlich gegebenen Voraussetzungen nach Art. 8 ff. AVIG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Das Gericht begründete den Umgehungstatbestand im erwähnten Entscheid damit, dass die arbeitgeberähnliche

Person über die Dispositionsfreiheit verfüge, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Andererseits könne dann nicht mehr von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung mithin definitiv sei, oder wenn das Unternehmen zwar weiterbestehe, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliere, deretwegen sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (vgl. BGE 123 V 238 f. Erw. 7b/bb).

Das rechtsmissbräuchliche Vorgehen liegt somit nach der dargelegten Auffassung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in der zweckwidrigen Verwendung des Rechtsinstitutes der Kündigung (zur zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsinstituts als Rechtsmissbrauchstatbestand vgl. Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz 716). Wenn mit der Kündigung nicht die endgültige Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezweckt wird, sondern sie in erster Linie zum Zweck der - vorübergehenden - Geltendmachung von Arbeitslosenentschädigung ausgesprochen wird und von Anfang an eine Wiedereinstellung bei veränderter Geschäftslage vorgesehen ist, so liegt eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vor. Mit dem Mittel der Kündigung soll hier auf einem Umweg das erreicht werden, was diese Bestimmung ausschliessen will, nämlich dass Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung für einen vorübergehenden Arbeitsausfall in ihrem Betrieb Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen können.

1.4 Zu den Aufgaben der kantonalen Amtsstellen, die in Art. 85 AVIG aufgezählt werden, gehört unter anderem die Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit der Arbeitslosen (lit. d) und der Entscheidung über diejenigen Fälle, die ihnen von den Arbeitslosenkassen unterbreitet werden, wenn Zweifel über die Anspruchsberechtigung bestehen (lit. e in Verbindung mit Art. 81 Abs. 2 lit. a AVIG).

E. 2

2.1 Zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer ab dem 20. Januar 2003 bis zur Beendigung seiner Arbeitslosigkeit per Ende August 2003 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

2.2 Gemäss der eingereichten öffentlichen Urkunde vom 10. Januar 2003 (Urk. 8/5/4) wirkten als Gründer der Q. GmbH, mit der der Beschwerdeführer per 1. September 2003 einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte, zum einen der Beschwerdeführer selber und zum andern W., der Schwager des Beschwerdeführers (vgl. Urk. 8/9 S. 1). Es war ein Stammkapital von Fr. 20'000.-- festgelegt worden, und die beiden Gründer hatten sich zur Übernahme je einer Einlage von Fr. 10'000.-- verpflichtet, die je zu 50 % liberiert worden war. Zudem war W. als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift eingesetzt worden. Die Eintragung ins Handelsregister war am 20. Januar 2003 erfolgt (Tagebuch-Datum; vgl. den Handelsregisterauszug vom 24. Januar 2003, Urk. 8/21/1). W. war, wie sich aus einem Handelsregisterauszug vom 20. Juli 2004 (Urk. 8/21/3) ergibt, bereits einzelunterschriftsberechtigter Gesellschafter der X. GmbH (Tagebuch-Eintrag vom 4. April 2000) gewesen und hatte auch nach der Umwandlung dieser Gesellschaft in die X.

AG (Tagebuch-Eintrag vom 18. Juni 2001), bei welcher der Beschwerdeführer bis Ende September 2002 gearbeitet hatte, die Einzelunterschriftsberechtigung innegehabt, ab dem 31. Oktober 2001 als Verwaltungsratsmitglied und ab dem 24. Juli 2002 als Verwaltungsratspräsident. Aus dem besagten Handelsregisterauszug geht sodann hervor, dass über die X. AG am 4. Februar 2003 der Konkurs eröffnet worden war und dass das Konkursverfahren mit Verfassung des Konkursrichters vom 5. November 2003 als geschlossen erklärt worden war.

Î Î Î Î Î Î Î Î In Anbetracht dieses insoweit feststehenden und unbestrittenen Sachverhalts hielt es der Beschwerdegegner für wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer spätestens ab der Gründung der Q. GmbH nicht mehr ernsthaft daran interessiert war, anderweitig eine zumutbare Dauerstelle anzunehmen, sondern dass er in der Q. GmbH vielmehr seine frühere Tätigkeit in der X. AG habe fortführen wollen und die Arbeitslosenentschädigung in erster Linie als finanzielle Überbrückung für die Q. GmbH gedacht gewesen sei (Urk. 8/6 S. 3, Urk. 2 S. 3 f., Urk. 7 S. 2).

Î Î Î Î Î Î Î Î Mit dem Hinweis auf das fehlende Interesse des Beschwerdeführers an der Aufnahme einer Arbeit ausserhalb der Q. GmbH stellte der Beschwerdegegner dessen Vermittlungsfähigkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 1 AVIG in Frage; dementsprechend berief er sich in der Verfassung vom 24. November 2003 und im angefochtenen Einspracheentscheid auch explizit auf die entsprechende Norm (Urk. 8/6 S. 1, Urk. 2 S. 1). Implizit brachte er mit seinen Ausführungen zur früheren, mit umfassenden Kompetenzen versehenen Tätigkeit des Beschwerdeführers in der X. AG und zu dessen Stellung als finanziell beteiligter Gesellschafter in der neu gegründeten Q. GmbH (vgl. Urk. 2 S. 3) aber auch die Problematik der Umgehung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung zur Sprache. Zur Prüfung dieser zweiten Frage war er im Rahmen des Zweifelsfallverfahrens nach Art. 85 lit. e in Verbindung mit Art. 81 Abs. 2 lit. a AVIG berechtigt und auch verpflichtet, so dass im Folgenden auf beide Problemkreise einzugehen ist.

2.3 Î Î Î Î Was die Vermittlungsfähigkeit anbelangt, so spricht der Umstand, dass der Beschwerdeführer Gründungsmitglied der Q. GmbH war und mit einer Stammeinlage von Fr. 10'000.-- an dieser Gesellschaft beteiligt war, für sich allein noch nicht gegen die objektive Möglichkeit und auch nicht gegen den subjektiven Willen des Beschwerdeführers, eine Arbeitnehmertätigkeit bei einer Drittunternehmung aufzunehmen. Der Wille hierzu lässt sich auch in Anbetracht der belegten Arbeitsbemühungen nicht ohne weiteres verneinen (Urk. 8/20/1-10). Es trifft zwar zu, dass es sich bei diesen Bemühungen, wie der Beschwerdegegner bemerkte (Urk. 2 S. 4), überwiegend um telefonische Anfragen "aufs Geratewohl" und nicht um Bewerbungen für ausgeschriebene Stellen gehandelt hatte. Ohne zusätzliche Hinweise lässt sich jedoch aus der mangelhaften Bewerbungsqualität noch nicht auf ein fehlendes Interesse am Finden einer Stelle schliessen. Gemäss den eingereichten Protokollen über die RAV-Beratungsgespräche (Urk. 8/22 und Urk. 21) hatte der Beschwerdeführer im Laufe der Zeit denn auch tatsächlich über Stellenaussichten ausserhalb der Q. GmbH berichtet; so ist in der Notiz vom 2. Oktober 2002 von einem möglichen beruflichen Einstieg bei der V. die Rede (Urk. 21 S. 2), in der Notiz vom 28. Januar 2003 ist eine Stelle per 1. Juni 2003 bei einer anderen Firma aufgeführt (Urk. 8/22 S. 3), und am 10. April sowie am 9. und am 19. Mai 2003 werden Vertragsverhandlungen und ein

Vertragsabschluss mit einer Gesellschaft namens U.____, D.____, erwähnt (Urk. 8/22 S. 3). Es ist allerdings unklar, ob diese letzte Gesellschaft zur Q.____ GmbH in einem Zusammenhang steht oder ob der RAV-Beraterin bei der Gesprächsprotokollierung gar ein Irrtum unterlaufen ist; denn am 19. Mai 2003, als der Beschwerdeführer dem Protokoll zufolge vom Vertragsabschluss mit der U.____ berichtete, lag der Vertrag mit der Q.____ GmbH vom 16. Mai 2003 bereits vor.

         Neben den dargelegten Indizien, die für die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers über den 20. Januar 2003 hinaus sprechen, enthalten die Akten allerdings auch verschiedene Anhaltspunkte, die es zumindest als denkbar erscheinen lassen, dass die berufliche Zukunft des Beschwerdeführers bei der Q.____ GmbH am 20. Januar 2003 bereits feststand. So hatte der Beschwerdeführer offenbar schon beim ersten RAV-Beratungsgespräch vom 2. Oktober 2002 die Möglichkeit erwähnt, allenfalls wieder eine Tätigkeit bei seinem letzten Arbeitgeber aufzunehmen (Urk. 21 S. 2). Ferner hatte er gemäss seinen Angaben gegenüber den RAV-Beratungspersonen Anfang November 2002 eine - jeweils samstags stattfindende - Ausbildung zum Betriebs konomen aufgenommen, hatte daneben ab Mitte November 2002 zunächst auf Kosten der Arbeitslosenversicherung und anschliessend in selber bezahlten Abendkursen Englisch gelernt und hatte zudem im Dezember 2002 noch eine weitere, seine Vermittelbarkeit für eine Vollzeitstelle allenfalls tangierende Weiterbildung ins Auge gefasst (vgl. Urk. 8/22 S. 3). Es stellt sich daher die Frage, ob insbesondere diese letztere Weiterbildung bereits im Zusammenhang stand mit der spezifischen, für die Tätigkeit bei der Q.____ GmbH benötigten Ausbildung, die in den Rechtsschriften des Beschwerdeführers zur Sprache kam (vgl. Urk. 8/9 S. 2, Urk. 8/4 S. 3). Auf jeden Fall hatte der RAV-Berater schon im Dezember 2002 festgehalten, der Beschwerdeführer wisse, was er wolle, und gehe gezielt vor, und im Februar 2003 findet sich die Bemerkung, der Beschwerdeführer versuche (im Hinblick auf die Stellensuche) viel, es scheine aber schwierig für ihn, vor allem weil er ausbildungsm ssig sehr viel mache (Urk. 8/22 S. 3).

         Anhand der dargelegten Umstände lässt sich indessen noch nicht mit ausreichender Zuverlässigkeit für oder gegen die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers entscheiden. Vielmehr bedarf es hierzu ergänzender Abklärungen. Diese haben sich über die Beantwortung der vorstehend aufgeworfenen Fragen hinaus auch mit den Hintergründen der Auflösung der X.____ AG und der Gründung der Q.____ GmbH zu befassen. Es ist hier insbesondere von Interesse, weshalb die Gründung der Q.____ GmbH bereits im Oktober 2002, als die X.____ AG noch nicht in Konkurs gefallen war, ins Auge gefasst worden war, welche genauen Gegebenheiten zum Konkurs der X.____ AG geführt hatten, ob und in welcher Weise die vorgesehene, in den Rechtsschriften erwähnte Vertreibung des neuen Produktes "F____" (Urk. 8/4 S. 4, Urk. 1 S. 4 f.) Motiv für die Gründung einer neuen Gesellschaft gewesen war, ob und in welcher Weise der Beschwerdeführer, der immerhin der Schwager von W.____ ist und zudem an derselben Adresse wohnt (vgl. Urk. 8/5/4 S. 1, Urk. 14 S. 2), bereits vor und unmittelbar nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der X.____ AG in die Diskussionen und Entscheidungen hinsichtlich dieser Neugründung einbezogen worden war sowie ob, wann und mit welchen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern die Q.____ GmbH ihre Tätigkeit bereits vor dem Beginn der Anstellung des Beschwerdeführers am 1. September 2003 aufgenommen hatte (W.____ legte in einem Schreiben an die

Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers vom 13. Januar 2004 dar, dass er den Beschwerdeführer nicht wie geplant als Verkaufsleiter habe einsetzen können, sondern dass diese Position einer anderen Person übertragen worden sei und der Arbeitsvertrag mit dem Beschwerdeführer am 12. August 2003 entsprechend geändert worden sei; vgl. Urk. 8/3/3 sowie auch den geänderten Arbeitsvertrag in Urk. 8/16).

E. 2.4.1

Unabhängig von einer allfällig bestehenden Vermittlungsfähigkeit hätte der Beschwerdeführer dann keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn ein Tatbestand der Umgehung des Ausschlusses von arbeitgeberähnlichen Personen vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vorläge.

2.4.2.1 Die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers in der Q.____ GmbH ist entgegen seiner Auffassung (Urk. 8/9 S. 3, Urk. 8/4 S. 2, Urk. 1 S. 3 f., S. 5 und S. 6, Urk. 14 S. 2) als gegeben zu erachten. Denn auch wenn der Beschwerdeführer in der Q.____ GmbH entsprechend den zutreffenden Bemerkungen in den zitierten Rechtsschriften nicht zeichnungsberechtigt war und er auch nicht als Geschäftsführer eingesetzt war, so verfügte er mit seinem hälftigen Anteil am Stammkapital doch über eine massgebliche Beteiligung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG (vgl. hierzu auch den ähnlichen Sachverhalt im Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgericht in Sachen H. vom 22. März 2005, C 180/04, Erw. 2.3). Diese arbeitgeberähnliche Stellung infolge finanzieller Beteiligung wird nicht in Frage gestellt durch den Umstand, dass das Kapital zur Liberierung seiner Einlage, wie er geltend machen liess (vgl. Urk. 1 S. 3 f. und Urk. 14 S. 1 f. sowie das Schreiben von W.____ an die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers vom 24. September 2003, Urk. 8/12), allenfalls nicht von ihm selber, sondern von W.____ aufgebracht worden war. Denn dadurch ändert sich nichts am Stimmrecht des Beschwerdeführers, das sich gemäss Art. 808 Abs. 4 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) nach der Höhe der übernommenen Stammeinlage richtet (vgl. auch Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Auflage, Bern 2004, § 18 Rz 71) und nicht nach der nach aussen gar nicht deklarierten Herkunft des geleisteten Kapitals.

2.4.3.1 Die arbeitgeberähnliche Stellung in der Q.____ GmbH ist allerdings formell betrachtet keine Position, welche der Beschwerdeführer im Sinne der Rechtsprechung zur Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG schon vor dem Eintritt seiner Arbeitslosigkeit innegehabt hatte und nach der Kündigung beibehielt. Der klassische Umgehungstatbestand ist daher nicht erfüllt. Sollte sich allerdings herausstellen, dass der Beschwerdeführer schon bei der X.____ AG eine arbeitgeberähnliche Stellung eingenommen hatte und dass zudem die Neugründung der Q.____ GmbH vor allem der Sanierung der konkursiten X.____ AG gedient hatte, so läge eine mit dem klassischen Umgehungstatbestand vergleichbare Situation vor, und es wäre diesbezüglich so zu halten, wie wenn der Beschwerdeführer am 20. Januar 2003 bei der alten Gesellschaft wieder eine arbeitgeberähnliche Stellung übernommen hätte.

Wie es sich damit verhält, lässt sich indessen anhand der vorhandenen Unterlagen und Angaben noch nicht abschliessend beantworten. Fest steht aufgrund des Handelsregisterauszugs vom 21. Juli 2004 (Urk. 8/21/3), dass der Beschwerdeführer selber nie Gesellschafter der früheren X.____ GmbH und auch nie Verwaltungsrat der X.____ AG gewesen war, und die Ehefrau des Beschwerdeführers, die

am 18. Juni 2001 in den Verwaltungsrat eingetreten war, war am 31. Oktober 2001 (Tagebuch-Einträge) bereits wieder ausgeschieden. Aus der Arbeitgeberbescheinigung vom 10. September 2002 geht aber hervor, dass der Beschwerdeführer bei der X. AG als Verkaufsleiter eingesetzt war (Urk. 8/26/1). Ob diese berufliche Stellung allerdings so ausgestaltet war, dass der Beschwerdeführer als eigentlicher Geschäftsführer mit entscheidendem Einfluss auf die Geschicke der gesamten Gesellschaft fungierte, lässt sich den Akten nicht entnehmen; im Handelsregister war nach der Umwandlung der GmbH in eine AG kein Geschäftsführer mehr eingetragen. Zur Klärung dieser Frage bedarf es daher ergänzender Angaben zur Grösse und zur Mitarbeiterstruktur der X. AG. Ebenfalls nicht bekannt ist, ob und wieviele Aktien der X. AG der Beschwerdeführer gehalten hatte. Ungewissheit besteht sodann auch hinsichtlich der Motive für die Neugründung der Q. GmbH; darauf wurde bereits in den Erwägungen zur Vermittlungsfähigkeit hingewiesen.

2.5. Die Beschwerdegegnerin ist daher zu verpflichten, die erforderlichen Abklärungen zu den dargelegten offenen Fragen noch nachzuholen.

Bei dieser Gelegenheit ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer den ihm zugestellten Fragebogen (Urk. 8/11) durch seine Rechtsvertreterin hatte beantworten lassen. Die betreffende Stellungnahme vom 10. Oktober 2003 (Urk. 8/9) trägt indessen den Charakter einer Rechtschrift und nimmt wohl Bezug auf die generelle Problematik, beantwortet aber die gestellten Fragen nicht einzeln. Diese lediglich mittelbaren Auskünfte vermögen somit die unmittelbare, direkte Befragung des Beschwerdeführers selber nicht in jeder Hinsicht zu ersetzen. Der Beschwerdegegner wird den Beschwerdeführer daher, wo nötig, persönlich zu befragen haben, allenfalls auch im Rahmen einer mündlichen Befragung mit entsprechender Protokollierung (vgl. BGE 117 V 284 Erw. 4c sowie Art. 43 Abs. 1 Satz 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]).

Damit ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 22. Juli 2004 aufzuheben, und die Sache ist an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit er die ergänzenden Abklärungen im Sinne der Erwägungen vornehme und hernach über den strittigen Anspruch neu verfähre.

3. Nach Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Person Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten, die nach dem zu beurteilenden Sachverhalt beziehungsweise nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen sind; als weitere Bemessungskriterien nennen die ergänzenden kantonalen Vorschriften (Art. 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht [GSVGer] sowie Art. 8 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht [GebV SVGer]) den Zeitaufwand und die Barauslagen.

In Anwendung dieser Kriterien rechtfertigt es sich, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen) zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 22. Juli 2004 aufgehoben und die Sache an das Amt

für Wirtschaft und Arbeit (AWA) zurückgewiesen wird, damit es die ergänzenden Abklärungen im Sinne der Erwägungen vornehme und hernach über den strittigen Anspruch neu verfasse.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu bezahlen.

E. 4

Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Protekta Rechtsschutz-Versicherung AG, A.____, unter Beilage je einer Kopie von Urk. 19-21 (Telefonnotiz vom 21. September 2005 und von der Beschwerdegegnerin nachgereichtes Aktenstück)

- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA), unter Beilage einer Kopie von Urk. 19

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- Arbeitslosenkasse Z.____

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.