



Fall-Nr.: AVI 2009/75
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 16.09.2019
Entscheiddatum: 01.04.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 01.04.2010

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Analoger Leistungsausschluss bei Arbeitslosenentschädigung aufgrund der Eigenschaft als Ehegatte einer arbeitgeberähnlichen Person und zusätzlich wegen eigener materieller Organstellung. Art. 15 Abs. 1 AVIG. Verneinung der Vermittlungsfähigkeit, wenn die versicherte Person so eng mit einer Unternehmung verbunden ist, dass kein Interesse an einer Daueranstellung hat. (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 1. April 2010, AVI 2009/75)

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie-Theres Rüegg Haltinner,

Versicherungsrichter Martin Rutishauser; a.o. Gerichtsschreiber Jorge Lopez

Entscheid vom 1. April 2010

in Sachen

S.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Eliano Mussato, Bellevuestrasse 1b, Postfach,
9401 Rorschach,

gegen

Amt für Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegner,



betreffend

Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung und Vermittlungsfähigkeit)

Sachverhalt:

A.

A.a S.____ meldete sich am 31. Mai 2007 erneut zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Juni 2007 (act. 3.1./C 82). An der damaligen Adresse des Versicherten hatte die A.____ GmbH ihren Sitz. Diese GmbH bezweckt die Planung und Errichtung von Gebäuden jeglicher Art, insbesondere auch Ausführung von Holzarbeiten wie Errichtung von Dachstühlen sowie Handel mit Baumaterialien (act. G 3.1/A 3). B.____, in einer Verfügung vom 7. September 2001 des kantonalen Amtes für Arbeit als Lebenspartnerin des Versicherten aufgeführt (act. G 3.1/B 18), ist seit der Statutenänderung vom 19. Juni 2001 Einzelgesellschafterin und Geschäftsführerin der GmbH, mit Einzelunterschrift und einer Stammeinlage von Fr. 20'000.-- (act. G 3.1/C 11). Der Versicherte habe am 7. Juli 2007 B.____ geheiratet und sei per 31. Juli 2007 weggezogen, berichtet das Einwohneramt (act. G 3.1/A 1). Von Juli 2003 bis September 2004 (act. G 3.1/C 85) und von März 2006 bis Mai 2007 (act. G 3.1/C 83) war er in Vollzeit bei der A.____ GmbH als Architekt und Bauleiter angestellt gewesen. Am 19. Juli 2007 teilte der Bausekretär des Bauamtes Oberriet dem RAV mit, dass die A.____ GmbH auf Spekulation drei Einfamilienhäuser baue. Sowohl in der Projektierungsphase, während des Baubewilligungsverfahrens sowie während der gegenwärtigen Bauzeit sei die A.____ GmbH gegenüber der Gemeinde immer durch S.____ vertreten worden, welcher als Planer, Bauleiter und Bauarbeiter aufgetreten sei (act. G 3.1/C 80).

A.bDie Arbeitslosenkasse Unia unterbreitete am 20. Juli 2007 dem Amt für Arbeit das Dossier zum Entscheid unter Hinweis auf Zweifel an der Anspruchsberechtigung des Versicherten (act. G 3.1/C 10). Mit Verfügung vom 7. September 2007 verneinte das Amt für Arbeit die Anspruchsberechtigung ab dem 7. Juli 2007 unter Hinweis auf die



Eigenschaft des Versicherten als mitarbeitender Ehegatte einer arbeitgeberähnlichen Person. Zudem sprach es dem Versicherten die Vermittlungsfähigkeit ab dem 1. Juni 2007 ab (act. G 3.1/A 6).

B.

B.a Dagegen liess der Versicherte durch Rechtsanwältin Isabelle Zanettin, DAS-Rechtsschutzversicherung, am 4. Oktober 2007 vorsorglich Einsprache mit Antrag auf die Zusprechung der Vermittlungsfähigkeit und die Gewährung der Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juni 2007 erheben (act. G 3.1/A 9). Nach sukzessiven Fristverlängerungen begründete der neu beigezogene Rechtsanwalt Eliano Mussato am 8. Februar 2008 die Einsprache damit, dass sich die Verneinung der Vermittlungsfähigkeit auf eine haltlose Begründung stütze. Ausserdem greife die Verwaltung bei der Ablehnung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld zu Unrecht auf die arbeitgeberähnliche Stellung der Ehegattin zurück, zumal diese wegen des Auftragsrückgangs keinen Spielraum für eine Wiedereinstellung des Versicherten gehabt habe (act. G 3.1/A 23).

B.blm Rahmen des rechtlichen Gehörs stellte das Amt für Arbeit dem Rechtsvertreter des Versicherten mit Schreiben vom 6. Januar 2009 in Aussicht, die Verneinung der Vermittlungsfähigkeit sowie der Anspruchsberechtigung zu bestätigen (act. G 3.1/A 28). Mit der Stellungnahme vom 24. Februar 2009 wiederholt und ergänzt der Rechtsvertreter die Argumentation der Einsprachebegründung (act. G 3.1/A 32).

B.c Das Amt für Arbeit wies die Einsprache mit Entscheid vom 3. Juli 2009 ab. Es erwog im Wesentlichen, die Missbrauchsgefahr könne aus der Vermischung von zivilrechtlichem Eigentum der Ehegattin und wirtschaftlicher Beteiligung sowie dem Vertretungsverhältnis der Firma nach aussen durch den Versicherten nicht ausgeschlossen werden. Darüber hinaus sei der Versicherte ab Antragsstellung bis zur Heirat offensichtlich als Geschäftsführer und Vertreter der A.____ GmbH nach aussen eine an der Entscheidungsfindung massgeblich beteiligte Person gewesen, womit die Anspruchsberechtigung bereits ab Antragstellung nicht anzunehmen sei. In Bezug auf die Vermittlungsfähigkeit sei ersichtlich, dass der Erfolg der A.____ GmbH für den Versicherten erste Priorität habe und ein möglicher Arbeitgeber seine Einsatzpläne



St.Galler Gerichte

nach den Anforderungen dieser Firma hätte richten müssen. Bis zur Vollendung des Projekts hätte der Versicherte andernorts keiner Vollzeitbeschäftigung nachgehen können (act. G 3.1/A 37).

C.

C.a Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 7. September 2009. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers beantragt darin unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, der Einspracheentscheid vom 3. Juli 2009 sei aufzuheben und die Anspruchsberechtigung sowie die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers seien zu bejahen. Eventuell sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 25. September 2009 beantragt der Beschwerdegegner unter Verweis auf seine Ausführungen in der Verfügung und im Einspracheentscheid die Abweisung der Beschwerde (act. G 3).

C.c Auf die Begründungen in den einzelnen Rechtsschriften wird, soweit entscheidnotwendig, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.

Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens bildet der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung des Beschwerdeführers in der Zeit ab Antragsstellung, d.h. am 1. Juni 2007. In tatsächlicher Hinsicht steht fest und ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer seit dem 7. Juli 2007 mit der Geschäftsführerin und Einzelgesellschafterin seiner ehemaligen Arbeitgeberin, der A. ___ GmbH, verheiratet ist. Zur Debatte stehen drei Argumentationslinien, gestützt auf welche im Einspracheverfahren die Ablehnung des Anspruches auf Arbeitslosenentschädigung begründet wurde. Zum einen sei der Beschwerdeführer ab 7. Juli 2007 nicht anspruchsberechtigt aufgrund dessen Eheschliessung mit einer arbeitgeberähnlichen Person. Zum andern sei der Beschwerdeführer selber schon vor der Eheschliessung an der Entscheidungsfindung der Arbeitgeberin beteiligt gewesen, was die



Anspruchsberechtigung ab 1. Juni 2007 ausschliesse. Drittens habe dem Beschwerdeführer die erforderliche Vermittlungsfähigkeit ab Antragsstellung gefehlt.

2.

2.1 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) 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.

2.2 In BGE 123 V 234 ff. hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; heute Bundesgericht) entschieden, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, obwohl dem Wortlaut nach nur auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten, auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG anwendbar sei. Die betreffende Bestimmung diene der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von für Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä. vor allem bei Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktionen des Betriebes). Weiter führte das EVG aus, Kurzarbeit könne nicht allein in einer Reduktion der täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass ein Betrieb (bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis) für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt werden (100%ige Kurzarbeit; Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], Bd. 1, Bern 1988, S. 383 f., N 21 der Vorbemerkungen zu Art. 31 - 41). In einem solchen Fall sei eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt. Werde das Arbeitsverhältnis jedoch gekündigt, liege Ganzarbeitslosigkeit vor, und es bestehe unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Dabei könne nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde, das Ausscheiden der betreffenden Person mithin definitiv sei. Entsprechendes gelte für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbestehe, die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung



endgültig auch jene Eigenschaft verliere, derentwegen sie oder er bei Kurzarbeit auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine grundsätzlich andere Situation liege jedoch dann vor, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nach der Entlassung die arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehalte und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen könne (BGE 123 V 238 f. mit Hinweisen).

2.3 Die Einflussmöglichkeit einer Person auf die Unternehmensentscheidungen wird in der Regel gestützt auf die interne betriebliche Struktur oder auf ihre finanzielle Beteiligung einzelfallweise beurteilt. Eine Prüfung des Einzelfalles erübrigt sich allerdings, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits von Gesetzes wegen ergibt. Es bedarf diesfalls keiner weiteren Abklärungen (BGE 122 V 272 E. 3; BGE 123 V 237 E. 7a; ARV 1996/1997 Nr. 23 S. 134 E. 3; BG-Urteil M vom 14. August 2009, 8C_239/2009, E. 2).

Massgebende, unübertragbare Entscheidungsbefugnisse stehen ex lege - nach altem (aArt. 811 ff. OR) und nach neuem GmbH-Recht (Art. 810 ff. OR) - den Geschäftsführer/innen einer GmbH zu (vgl. KS ALE Rz B 17, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

3.

Die Ehegattin des Beschwerdeführers ist seit 2001 als Einzelgesellschafterin und Geschäftsführerin der A.____ GmbH, mit Einzelunterschrift und einer Stammeinlage von Fr. 20'000.-- im Handelsregister eingetragen (act. G 3.1/ A 3 und C 11). Damit hat sie grundsätzlich eine arbeitgeberähnliche Stellung in dieser GmbH, weshalb sich eine konkrete Prüfung der massgeblichen Einflussnahme auf die Entscheidungen der Arbeitgeberin erübrigt (vgl. E. 2.3). In dieser Situation bleibt dem Beschwerdeführer als (ehemals) mitarbeitendem Ehegatten der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab Heirat, d.h. ab 7. Juli 2007 ebenfalls verwehrt, unabhängig davon, welche Aufgaben er als Angestellter hatte bzw. welchen Einfluss er nach seiner Entlassung ausübte.

4.



In der Zeit vom 1. Juni 2007 (Antragstellung) bis 6. Juli 20 war der Beschwerdeführer noch nicht mit der Geschäftsführerin der A.____ GmbH verheiratet. Die Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung ist daher anhand der tatsächlichen Stellung des Beschwerdeführers in der A.____ GmbH zu überprüfen. Der Beschwerdegegner geht davon aus, dass der Beschwerdeführer ab Antragstellung bis zur Heirat offensichtlich als Geschäftsführer und Vertreter der A.____ GmbH nach aussen gehandelt habe, was auf dessen massgebliche Teilhabe an der Entscheidungsfindung der Firma hinweise. Damit bezieht er sich auf den materiellen Organbegriff der arbeitgeberähnlichen Stellung. In diesem Sinn verwendet Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG den Begriff "Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums", welche die Entscheidungen des Arbeitsgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Der Gesetzeswortlaut knüpft nicht abschliessend an der formellen Organstellung an, sondern – wie im Falle der finanziellen Beteiligung – vor allem an der faktischen Möglichkeit zur Einflussnahme (SVR ALV 1997 Nr. 101 S. 310 E. 5c). Massgeblich ist daher für die Beurteilung der Organstellung einer Person, ob diese tatsächlich die Funktion von Organen erfüllt, indem sie den Organen vorbehaltenen Entscheide trifft oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmt (BGE 114 V 213, E. 4e). Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich eine materielle Organstellung des Beschwerdeführers bei der A.____ GmbH ab 1. Juni 2007 aus den tatsächlichen Verhältnissen ergibt.

4.1 Unbestrittenermassen vertrat der Beschwerdeführer die A.____ GmbH im Projektierungs- und Baubewilligungsverfahren gegenüber der Gemeinde (act. G 3.1/C 80; vgl. act. G 1 II. 1c). Die Besorgung von planerischen, technischen und verfahrensrechtlichen Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt führt für sich allein noch nicht zum Schluss, dass er als Geschäftsführer der GmbH aufgetreten war. Die entsprechende Frage des Beschwerdegegners liess er unbeantwortet, machte allerdings geltend, er habe nur nach Rücksprache mit seiner Ehefrau gehandelt und sie habe alle wichtigen Entscheide getroffen (act. 3.1/A 35 und 36). Es steht somit fest, dass der Beschwerdeführer im Aussenverhältnis für die GmbH handelte. Aus dem Aussenverhältnis allein kann nichts Zwingendes hinsichtlich Stellung und Einflussmöglichkeiten innerhalb des betreffenden Betriebes abgeleitet werden (vgl. SVR ALV 1997 Nr. 101 S. 311 E. 5c).



4.2 Aus der Mitteilung des Bauamts (act. G 3.1/C 80) leitet der Beschwerdegegner die Folgerung ab, dass der Beschwerdeführer in der Kontrollperiode Juni 2007 nicht deklarierte Arbeit – ohne Entgelt - für die A.____ GmbH ausgeführt bzw. sich damit als im Bauprojekt wirtschaftlich Beteiligter verhalten habe (act. G 3.1/A 37). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers führt dagegen aus, dieser habe sich intensiv mit dem Bauprojekt bis zur Erteilung der Baubewilligung befasst und habe bis Ende Mai 2007 die nötigen Arbeiten dafür erbracht. Seine weiteren Interventionen seien erst ab Juli 2007 im Rahmen der deklarierten Zwischenverdienste geschehen und hätten sich auf den weiteren Kontakt mit dem Bauamt und die Ausführung weniger Bauleiterarbeiten beschränkt. Die übrigen Arbeiten seien von der Ehefrau übernommen worden (act. G 1 II. 1c). Das Bauamt Oberriet bescheinigt hingegen bis Juli 2007 eine umfassende, durchgehende Tätigkeit des Beschwerdeführers auf Rechnung der A.____ GmbH (act. G 3.1/C 80). Bemerkenswert ist, dass die Baubewilligung nach Angaben des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers am 11. August 2007 erteilt worden ist (act. G 1/ II. 1c). Da der Rechtsvertreter den Zeitpunkt bis zur Erteilung der Baubewilligung als intensive Phase bezeichnet, erstaunt, dass er gleichzeitig geltend macht, die Arbeiten seien vor dem 31. Mai 2007 erbracht worden. Es ist allerdings nicht auszuschliessen, dass sich der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe und den erforderlichen Unterlagen an das Bauamt richtete und sich im Monat Juni 2007 als Vertreter der Firma nicht betätigt hätte. Unklar erscheint jedoch, warum seine Ehefrau auf ihn für das weitere Vorgehen gegenüber dem Bauamt angewiesen sein sollte, obwohl sie über die fachliche Qualifikation, die erprobte Erfahrung und die nötige Zeit verfügte.

4.3 Den Akten lässt sich entnehmen, dass sich der Beschwerdeführer und seine Lebenspartnerin zu einer umfassenden, wirtschaftlichen Arbeitsgemeinschaft zusammengefunden haben. Am 13. Juli 2001 meldete er sich beim RAV an, nachdem er sich selbst wegen Konkurses seiner eigenen Firma (der C.____ GmbH) fristlos gekündigt hatte (act. G 3.1/B 29). Damals bezog er sich auf Frau B.____ als seine langjährige Mitarbeiterin und Lebenspartnerin, die sich selbständig gemacht und ihm ein CAD-Kursangebot im Hinblick auf seinen Wiedereinstieg in eine selbständige Erwerbstätigkeit unterbreitet habe. Die Arbeitslosenversicherung hätte diese Schulung finanzieren sollen (act. G 3.1/B 4 und B 5). In jener Rahmenfrist für den Leistungsbezug erzielte er für die Monate August 2001 und März 2003 Zwischenverdienste bei der



Firma seiner Lebenspartnerin, der A.____ GmbH (act. G 3.1/B 16, 60). Am 30. Juni 2003 meldete ihn das RAV von der Arbeitsvermittlung ab (act. G 3.1/B 68). Dies geschah infolge der Gesetzesänderung betreffend Höchstzahl der Taggelder (Art. 27 AVIG), welche die maximale Entschädigungsdauer von 500 auf 400 Tage ab 1. Juli 2003 kürzte (BBI 2001 2245). Unmittelbar darauf stellte die A.____ GmbH den Beschwerdeführer als leitenden Architekt, Oberbauleitung und Projektleiter unbefristet an (act. G 3.1/B 42). Die Arbeitgeberin kündigte wegen Verzögerungen bei einem Überbauungsprojekt das Arbeitsverhältnis am 24. Juli 2004 auf den 30. September 2004 (act. G 3.1/B 41) Der Versicherte meldete sich am 1. Oktober 2004 erneut bei der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug an (act. G 31/B 69). Im Juni 2005 erzielte er einen Zwischenverdienst bei der A.____ GmbH. In diesem Zusammenhang bezog sich Frau Schiefer im Schreiben vom 25. Mai 2005 an das RAV Heerbrugg auf das Zusammentun mit dem Beschwerdeführer als das Wirken eines eingearbeiteten Teams, so dass sie ihn voll anstellen werde, sobald sie die nötige Baubewilligung für ein anvisiertes Projekt erhalte (act. G 3.1/B 45). Das RAV meldete ihn am 28. Februar 2006 von der Arbeitsvermittlung ab, nachdem der Beschwerdeführer seinen Stellenantritt bei der A.____ GmbH per 1. März 2006 bekanntgegeben hatte (act. G 3.1/B 47, 97). Wiederum wegen Auftragsrückgangs wurde der Beschwerdeführer auf den 31. Mai 2007 entlassen und er meldete sich erneut per 1. Juni 2007 zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung an (act. G 3.1/B 98). Die Feststellung des Beschwerdegegners, wonach der Beschwerdeführer in den Monaten April bis Juni 2007 sich hauptsächlich auf Kundenakquisition für die A.____ konzentriert hat, entspricht der Aktenlage (act. G 3.1/C 45-46). Ab Juli 2007 erzielte der Beschwerdeführer nochmals Zwischenverdienste bei der A.____ GmbH und zeigte sich wenig bereit, die Arbeitssuche vor die Interessen der Firma seiner Ehegattin zu stellen (vgl. act. G 3.1/C 43 ff. Protokolle der Beratungsgespräche).

4.4 Die gesamten Umstände zeigen klar auf, dass der Beschwerdeführer und seine Lebenspartnerin bzw. Ehegattin über mehrere Jahre hinweg den wirtschaftlichen Erfolg der A.____ GmbH erstrebten und gemeinsam auf dieses Ziel hin arbeiteten. Dabei lässt sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf die Rolle des Beschwerdeführers innerhalb der A.____ GmbH als die einer Person mit massgebenden Einflussmöglichkeiten schliessen. Im Innenverhältnis ist von einer andauernden materiellen Organstellung des Beschwerdeführers, den Monat Juni 2007



eingeschlossen, auszugehen. Als faktisches Organ der A.____ GmbH bzw. als arbeitgeberähnliche Person hat der Beschwerdeführer auch ab Juni 2007 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

5.

Verknüpft mit dem Thema der Missbrauchsgefahr, welche die arbeitgeberähnliche Stellung mit sich bringt, steht dasjenige der Vermittlungsbereitschaft der versicherten Person. Wenn die einflussreiche Person im Betrieb die definitive Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht bezweckt, sondern die Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung bis zu einer Wiederanstellung, so liegt nicht nur ein Missbrauch vor, es fehlt an der Vermittlungsbereitschaft. Denn die versicherte Person will gar keine andere Anstellung finden (Regina Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 li. c AVIG, SZS 2004, S. 8). Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG bezieht sich auf die Vermittlungsfähigkeit als eine der kumulativen Anspruchsvoraussetzungen für die Arbeitslosenentschädigung. Vermittlungsfähig ist nach Art. 15 Abs. 1 AVIG der Arbeitslose, wenn er bereit und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Angesprochen werden damit unter anderem die Vermittlungsbereitschaft und Verfügbarkeit in zeitlicher Hinsicht, die im vorliegenden Fall zur Debatte stehen. Des Weiteren ist deshalb zu prüfen, ob die Vermittlungsunfähigkeit des Beschwerdeführers ab Antragsstellung angenommen werden darf.

5.1 Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht geltend, sein Mandant sei jederzeit bereit gewesen, eine zumutbare Vollzeitstelle anzunehmen. Die Bereitschaft der versicherten Person, eine neue Stelle anzutreten, ist allerdings aufgrund objektiver Kriterien zu prüfen. Der Wille allein oder die bloss verbal erklärte Vermittlungsbereitschaft der versicherten Person genügen nicht (BGE 122 V 266 f. E. 4). Die versicherte Person muss gemäss Art. 17 Abs. 1 AVIG alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Insbesondere ist sie verpflichtet, Arbeit zu suchen bzw. ihre entsprechenden Bemühungen nachzuweisen. Verlangt ist eine gezielte Suche nach Arbeit, in der Regel in Form einer ordentlichen



Bewerbung (Art. 26 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

5.1.1 Nach der Rechtsprechung beginnt die Pflicht, angemessene Anstrengungen zur Stellensuche zu unternehmen, nicht erst, wenn die Arbeitslosigkeit eingetreten ist, sondern bereits dann, wenn die versicherte Person um die in Zukunft zu erwartende Arbeitslosigkeit weiss. Die versicherte Person hat sich deshalb bereits während der Kündigungsfrist bzw. in den letzten Monaten eines befristeten Arbeitsverhältnisses um einen neuen Arbeitsplatz zu bewerben (ARV 1993/94 Nr. 26 S. 184 E. 2b, Nr. 9 S. 87 E. 5b). In diesen Fällen einer sich abzeichnenden Arbeitslosigkeit muss die versicherte Person nach Art. 26 Abs. 2 AVIV mit der Anmeldung zum Taggeldbezug gegenüber der zuständigen Amtsstelle ihre Bemühungen um Arbeit nachweisen und sich vor der Meldung auf dem Arbeitsamt unterlassene Stellenbewerbungen entgegenhalten lassen (ARV 1982 Nr. 4 S. 40 E. 2b mit Hinweisen).

5.1.2 Vorliegend äusserte der Beschwerdeführer im ersten Beratungsgespräch vom 7. Juni 2007 seine Meinung, dass er in der Kündigungsfrist keine Arbeitsbemühungen habe erbringen müssen (G 3.1/C 43), was angesichts seiner langjährigen persönlichen Erfahrung mit der Arbeitslosenversicherung Zweifel an seiner Vermittlungsbereitschaft weckt. Der Beschwerdeführer belegt von April bis Juni 2007 praktisch keine Arbeitsbemühungen, denn die nachträglich eingereichten PAB-Formulare enthalten überwiegend mündliche Kontakte im Hinblick auf Auftragsakquisitionen für die A.____ GmbH (act. G 3.1/C 44-46). Wegen Zwischenverdiensttätigkeiten bei der A.____ GmbH erfolgten einige Terminverschiebungen (act. G 3.1/C 36, 37, 38, 40, 41). Gemäss Gespräch mit der RAV-Beraterin vom 23. Juli 2007 überlegte er sich, das Pensum auf 80 Prozent oder tiefer zu reduzieren, weil er seiner Frau helfen möchte und keine Vollzeitstellen annehmen könne (act. G 3.1/C 40).

5.1.3 Nach den vorherigen Feststellungen erbrachte der Beschwerdeführer bis Ende Juni 2007 ungenügende und ungeeignete Bemühungen um eine neue Stelle und seine Vermittlungsbereitschaft erschien als zweifelhaft. Es steht damit eine Verletzung der Schadenminderungspflicht fest. Ein solches Fehlverhalten führt in der Regel zu einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach Art. 30 Abs.1 lit.c AVIG. Daraus allein kann im Allgemeinen nicht auf fehlende Vermittlungsfähigkeit geschlossen werden, es



sei denn, dass trotz des äusseren Scheins nachweislich keine Absicht zur Wiederaufnahme einer Arbeitnehmertätigkeit bestanden hat (BGE 112 V 218 E. 1b; ARV 1996/97 Nr.19 S. 98, Nr. 8 S. 31 E. 3 mit Hinweisen; EVG-Urteil vom 10. November 2000, C 65/00, E. 3b).

5.2 Infolgedessen ist zu prüfen, ob konkrete Anhaltspunkte zur Annahme führen, dass der Beschwerdeführer zur Aufnahme einer Arbeitnehmertätigkeit nicht bereit oder in der Lage war.

Der Beschwerdegegner geht davon aus, dass der Beschwerdeführer bis zur Fertigstellung resp. bis zum Verkauf der von der A.____ GmbH projektierten und gebauten Häuser für die GmbH in kaum vorhersehbarem Umfang zur Verfügung habe stehen müssen. Ein potenzieller Arbeitgeber könne auf das Engagement bei der A.____ GmbH nicht Rücksicht nehmen. Dagegen wendet der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ein, dies sei nur eine nicht nachgewiesene Behauptung. Nach dem Mai 2007 seien nur noch wenige Arbeiten zu erledigen gewesen. Die Ehegattin sei fachlich und mangels anderer Aufträge auch zeitlich absolut in der Lage gewesen, die noch anfallenden Arbeiten weitestgehend selbst zu erledigen, sodass es beim Beschwerdeführer lediglich noch für einen schmalen Zwischenverdienst gereicht habe.

Die Einwände des Rechtsvertreters vermögen nicht zu überzeugen. Die Verfügbarkeit des Beschwerdeführers kann nicht nach den angegebenen Zwischenverdiensten bemessen werden. Der tatsächliche zeitliche Beschäftigungsgrad für die A.____ GmbH ist nicht kontrollierbar aufgrund der formellen Organstellung der Ehegattin und der materiellen des Beschwerdeführers. Die A.____ GmbH führte - laut den Angaben des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers - das Bauprojekt in Oberriet in Eigenregie. Dies habe die Firma finanziell zusätzlich geschwächt, zumal sie Eigenmittel von Fr. 160'000.-- habe aufwenden müssen (act. G 1/II. 1c). Auch der Zeitaufwand erscheint gross gewesen zu sein, da die Ehegattin zusätzlich auf den Beschwerdeführer angewiesen war. Dass die Prioritäten bei der A.____ GmbH waren, ergibt sich nicht aus einer isolierten Aussage des Beschwerdeführers, sondern aus seinem gesamten Verhalten. Er war so eng mit der A.____ GmbH verbunden, dass er kein Interesse an einer Daueranstellung bei anderen Arbeitgebern hatte. Es ist dem Beschwerdegegner beizupflichten, dass der Beschwerdeführer von Anfang an vermittlungsunfähig war.



6.

6.1 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass dem Beschwerdeführer ab Antragstellung kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zusteht. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

6.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG **entschieden:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.