

BL_GERICHTE 715 2012 90 vom 9. September 2011

BL Gerichte, 2011-09-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_715_2012_90

FR: BL_GERICHTE 715 2012 90 du 9 septembre 2011

IT: BL_GERICHTE 715 2012 90 del 9 settembre 2011

Regeste

Ablehnung der Anspruchsberechtigung; Rückforderung

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 in Verbindung mit den Art. 56 und 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 kann gegen Einspracheentscheide aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Nach Art. 100 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit den Art. 128 Abs. 1 und 119 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 richtet sich die örtliche Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts für die Beurteilung von Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Kassen, welche die Arbeitslosenentschädigung betreffen, nach dem Ort, wo die versicherte Person die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend erfüllt der Beschwerdeführer die Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Basel-Landschaft zu bejahen ist. Laut § 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG. Es ist somit auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde des Versicherten ist deshalb einzutreten.

E. 2

Strittig und zu prüfen ist, ob die Arbeitslosenkasse den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung zu Recht ablehnt und die für den Zeitraum vom 1. November 2010 bis 31. Juli 2011 ausbezahlten Leistungen zurückgefordert hat.

E. 2.1

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt nach Art. 8 Abs. 1 AVIG voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 10), einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 11), in der Schweiz wohnt (Art. 12), die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht, die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 13 und 14), vermittlungsfähig ist (Art. 15) und die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 17).

E. 2.2

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, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass Arbeitgeber und arbeitgeberähnliche Personen über eine unternehmerische Dispositionsfreiheit verfügen, kraft derer sie die Möglichkeit haben, die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für sich selbst herbeizuführen. So können sie insbesondere auch die dafür nötigen Bescheinigungen selber ausstellen bzw. solche Bescheinigungen aus Gefälligkeit erlangen (vgl. Regina Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge [SZS] 48/2004, S. 4). Mit der Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG wollte der Gesetzgeber somit verhindern, dass arbeitgeberähnliche Personen missbräuchlich Kurzarbeitsentschädigung erhalten (vgl. Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bern 1988, Art. 31 N 35 ff.).

E. 2.3

Für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung gibt es keine dem Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG entsprechende, unmittelbar anwendbare Norm. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts 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 Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung nach der Rechtsprechung nunmehr als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen von 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 bundesgerichtlichen Rechtsprechung 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 Bundesgericht begründete den Umgehungstatbestand damit, dass die Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung über die Dispositionsfreiheit verfügt, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen (vgl. Bundesgerichtsentscheid [BGE] 123 V 234; Urteil des Bundesgerichts [BGer] vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Der Ausschluss von Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist gemäss Bundesgericht als absolut zu verstehen. Es ist nicht möglich, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (vgl. Urteil des BGer vom 17. Oktober 2005, C 179/05, E. 2). Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG bezweckt, nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen zu begegnen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung inhärent ist (vgl. Urteil des BGer vom 12. September 2005, C 131/05, E. 2).

E. 2.4

Das rechtsmissbräuchliche Vorgehen liegt somit in der zweckwidrigen Verwendung des Rechtsinstitutes der Kündigung (zur rechtswidrigen Verwendung eines Rechtsinstituts im Rechtsmissbrauchstatbestand, vgl. Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 2010, Rz. 716). Wenn mit einer Kündigung nicht die endgültige Auflösung eines 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.

E. 2.5

Bei Arbeitnehmern, 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 jeweils geprüft werden, welche Entscheidungsbefugnisse ihnen aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukommen. Hiervon ausgenommen sind einzig die mitarbeitenden Verwaltungsräte einer Aktiengesellschaft, da diese unmittelbar von Gesetzes wegen (Art. 716 bis 716b des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [OR]) über eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne von Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG verfügen. Handelt es sich somit um ein Mitglied des Verwaltungsrates, so greift der persönliche Ausschlussgrund des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ohne weiteres, und es bedarf diesfalls keiner weiteren Abklärungen zu den konkreten Verantwortlichkeiten im Unternehmen (vgl. Urteil des BGer vom 27. April 2009, 8C_989/2008, E. 2; BGE 123 V 234 E. 7a, 122 V 270 E. 3). Bei Personen mit arbeitgeberähnlichen Eigenschaften jedoch kommt es mit Blick auf die Beendigung ihrer Organstellung nicht auf den Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister an. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist vielmehr – in Angleichung an die Praxis nach Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946 – der tatsächliche Rücktritt, welcher unmittelbar wirksam wird, massgebend (vgl. Urteil des BGer vom 22. Februar 2008, 8C_245/2007, E. 3.2; ARV 2000 Nr. 34 S. 176 zu Art. 51 Abs. 2 AVIG; BGE 126 V 134, mit Hinweisen).

E. 3

Das Kantonsgericht besitzt in Sozialversicherungssachen vollständige Überprüfungsbefugnis und ist in der Beweiswürdigung frei (vgl. § 57 VPO in Verbindung mit Art. 61 Satz 1 sowie Art. 61 lit. c ATSG). Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache sodann nur als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (vgl. Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, S. 136). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (vgl. BGE 126 V 360 E. 5b). 4.1. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer seit 1980 im Garage- und Carrosseriebetrieb "C." in D. arbeitete. Der als Familienunternehmen konzipierte Betrieb wurde ursprünglich als Einzelfirma geführt, bevor am 30. Juni 2000 die Aktiengesellschaft "E. AG" gegründet

wurde. Als Verwaltungsräte wurden der Beschwerdeführer, dessen damalige Ehefrau F. und seine Eltern, G. und H. , bestimmt und ins Handelsregister eingetragen. Das Aktienkapital von insgesamt Fr. 100'000.-- (100 Namenaktien zum Nennwert von je Fr. 1'000.--) wurde wie folgt aufgeteilt: Beschwerdeführer (27 Aktien), F. (25 Aktien), G. (25 Aktien), H. (24 Aktien) (vgl. dazu öffentliche Urkunde über die Gründung der E. AG vom 30. Juni 2000). Am 11. August 2010 wurden die Einträge im Handelsregister gelöscht und G. als einziger Gesellschafter eingetragen. Nach Kündigung des Mietverhältnisses durch den Liegenschaftseigentümer sprach die E. AG gegenüber allen Mitarbeitern – auch gegenüber dem Beschwerdeführer – per 31. Oktober 2010 die Kündigung aus (vgl. Kündigungsschreiben vom 2. August 2010). Am 1. November 2010 stellte der Beschwerdeführer das Begehren auf Bezug von Arbeitslosengeld. 4.2. Die Beschwerdegegnerin vertritt die Ansicht, der Beschwerdeführer habe sowohl im Zeitpunkt des Anspruchsbegehrens wie auch danach – während der Zeit des Leistungsbezugs – arbeitgeberähnliche Stellung gehabt. Zur Begründung bringt sie vor, dass der Beschwerdeführer die Entscheidungen der E. AG massgeblich habe beeinflussen können. So habe er nach der Kündigung ein neues Mietobjekt gesucht, sei am Entscheid zur Reaktivierung der Firma beteiligt gewesen, habe Werkstatteinrichtungen im neuen Werkraum installiert, notwendige Anträge bei den Behörden gestellt und den Domizilwechsel im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichen lassen. Schliesslich habe er den Garagenbetrieb ab August 2011 wieder aufgenommen. Die Beschwerdegegnerin macht zudem geltend, der Beschwerdeführer habe auch nach behaupteter Aufgabe der Tätigkeit als Geschäftsführer per Ende Juli 2012 (recte: 2010), als Carrosseriespengler nach wie vor den gleichen Lohn bezogen, was von einer fortbestehenden Einflussmöglichkeit zeuge. Schliesslich weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Anmeldung zur Arbeitslosenentschädigung (1. November 2010) Inhaber von 26 der insgesamt 100 Aktien der Aktiengesellschaft gewesen sei. Die finanzielle Beteiligung habe gemäss Auskunft der Gemeinde I. , Abteilung Steuern, bis zum 30. September 2011 fortbestanden (vgl. Email der Gemeinde I. , Abteilung Steuern, vom 6. Juli 2012). 4.3 Bereits aufgrund letzterer Tatsache ist hinreichend erstellt, dass der Beschwerdeführer sowohl im Zeitpunkt des Anspruchsbegehrens als auch während dem Leistungsbezug eine arbeitgeberähnliche Stellung hatte. Eine auf der finanziellen Beteiligung beruhende arbeitgeberähnliche Stellung des Versicherten führt zum Leistungsausschluss, wenn dieser die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann. Das frühere Eidgenössische Versicherungsgericht hat dabei bereits mehrmals den Aktienbesitz als eines der in Betracht kommenden Kriterien für den Ausschluss vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erwähnt (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 10. April 2006, C 61/05, E. 2.2, mit weiteren Hinweisen). Bei der finanziellen Beteiligung ist eine massgebliche Beteiligung zu verlangen (vgl. Regina Jäggi , a.a.O., S. 9). Die Beurteilung, ob einer Person aufgrund ihrer finanziellen Beteiligung am Betrieb eine massgebende Entscheidbefugnis zukommt, hängt dabei von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung [KS ALE] vom Januar 2007, Rz. B20). Bei einer finanziellen Beteiligung im Umfang von 26 Prozent ist eindeutig davon auszugehen, dass auf massgebende Art und Weise auf die Geschicke des Unternehmens eingewirkt werden kann. Dabei bleibt darauf hinzuweisen, dass nicht nur der tatsächliche Gebrauch respektive Missbrauch – im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG – dieser Entscheidbefugnis, sondern

bereits die Möglichkeit und damit das Risiko der Einflussnahme ausreicht, um von einer arbeitgeberähnlichen Stellung auszugehen. Der Beschwerdeführer verfügte mit seiner Beteiligung von 26 Prozent zweifellos über diese Einflussmöglichkeit. 4.4 Zu keinem anderen Schluss vermögen die Argumente des Beschwerdeführers zu führen, wonach er seine Stellung als Verwaltungsrat am 11. August 2010 aufgegeben habe, bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 31. Oktober 2010 nur noch als Carrosseriespengler tätig gewesen sei, seinem 81-jährigen Vater bei der Arbeit und der Führung des Geschäfts lediglich etwas unter die Arme gegriffen habe und in einem Dreimannbetrieb jeder Mitarbeiter einen gewissen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen habe. Vorerst bleibt festzuhalten, dass bereits die Tatsache der finanziellen Beteiligung (vgl. 4.3 hiervor) ausreicht, um die arbeitgeberähnliche Stellung zu bejahen. Hinzu kommt nun, dass dem Beschwerdeführer auch dahingehend nicht gefolgt werden kann, dass alleine aufgrund der Löschung im Handelsregister vom 11. August 2010 die arbeitgeberähnliche Stellung verneint werden kann (vgl. 2.5 hiervor). Betreffend die Tätigkeit einer Person in einem betrieblichen Entscheidungsgremium führte das Bundesgericht aus, dass neben einem formellen auch auf einen materiellen Organbegriff abzustellen sei (BGE 122 III 227 E. 4b; SVR 1997 ALV Nr. 101 S. 109; Urteil des BGer vom 13. Januar 2010, 8C_664/2009, E. 4.1, mit Hinweis). Dies bedeutet, dass auch eine Person, die formell nicht zeichnungsberechtigt und auch nicht im Handelsregister eingetragen ist, aufgrund der internen betrieblichen Struktur die Entscheidungen der Arbeitgeberin mitbestimmen oder massgeblich beeinflussen kann. Letzteres war beim Beschwerdeführer der Fall. Anhand seiner Aussagen lässt sich erkennen, dass er auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses wichtige Entscheidungen des Betriebs wesentlich beeinflusst, wenn nicht sogar selbst getroffen hat. Wenn der Beschwerdeführer ausführt, er habe dabei nur seinem 81-jährigen Vater helfen wollen, verkennt er, dass es für die Frage der vorgenannten – für die arbeitgeberähnliche Stellung massgebenden – Organeigenschaft nicht auf die subjektive Absicht der jeweiligen Person ankommt. Vielmehr reicht dafür bereits die Möglichkeit, faktisch auf Entscheidungen des ehemaligen Betriebs Einfluss nehmen zu können, unabhängig von den jeweiligen Beweggründen (vgl. 2.3 hiervor). 4.5 Aufgrund wesentlicher finanzieller Beteiligung und verbleibender faktischer Einflussmöglichkeit nach Kündigung ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer sowohl im Zeitpunkt des Anspruchsbegehrens wie auch während des Leistungsbezugs arbeitgeberähnliche Stellung hatte, weshalb die Ablehnung der Anspruchsberechtigung grundsätzlich zu Recht erfolgt ist. 5.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung jedoch nicht stets und schlechthin vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen (vgl. Urteile des EVG vom 14. April 2005, C 194/03, E. 2.3 und vom 6. Oktober 2000, C 16/00, E. 2b). Insbesondere könne dann nicht mehr von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung definitiv sei. Dazu reiche es nicht aus, dass der Betrieb nur "für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt" werde. Vielmehr bedürfe ein definitives Ausscheiden der Person einer Schliessung des Betriebs (BGE 123 V 237 E. 7b/bb). Von letzterer könne dabei nicht bereits dann ausgegangen werden, wenn die frühere Betriebsstätte vorübergehend oder endgültig nicht mehr zur Verfügung stehe, da dies die Dispositionsfreiheit, den Betrieb gegebenenfalls an einem anderen Ort weiterzuführen, nicht ausschliesse (vgl. Urteil des EVG vom 30. Mai 2003, C 277/01, E. 4, mit Hinweis). 5.2. Der Beschwerdeführer führt im Hinblick auf den Weiterbestand der E. AG nach dem 31. Oktober 2010 aus, dass sein Vater

beabsichtigt habe, den Betrieb aufzulösen. Die Liquidation sei jedoch aufgrund einer schweren Erkrankung seiner Ehefrau hinausgeschoben worden. Ferner habe man feststellen müssen, dass eine Aktiengesellschaft nicht von einem auf den anderen Tag liquidiert werden könne und die Liquidation mit erheblichen Kosten verbunden sei. Der Betrieb sei erst wieder reaktiviert worden, als er habe feststellen müssen, dass ihm die Arbeitsvermittlung keine neue Arbeitsstelle vermitteln könne. Aus der Vorsorgeeinrichtung zur beruflichen Vorsorge sei er absichtlich nicht ausgetreten, um das Freizügigkeitsguthaben später der Vorsorgeeinrichtung des neuen Arbeitgebers zu übertragen.

5.3 Die Beschwerdegegnerin geht nicht von einer definitiven Schliessung der E. AG aus und verweist darauf, der Nichtaustritt des Beschwerdeführers und des ebenfalls bei der E. AG angestellten J. aus der Pensionskasse habe deren Absicht gezeigt, den Betrieb in einem späteren Zeitpunkt wieder aufzunehmen. Zudem sei aufgrund des zeitnahen Domizilwechsels (Eintragung ins Tagebuch am 17. Mai 2011) und unter Berücksichtigung einer Vorlaufzeit zur Evaluation vom Willen zur Reaktivierung auszugehen.

5.4 Mit der Beschwerdegegnerin kann festgestellt werden, dass die E. AG nach dem 31. Oktober 2010 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht definitiv geschlossen worden ist. So können den Akten keinerlei Hinweise darauf entnommen werden, dass die durch den Beschwerdeführer behauptete Liquidation der Firma tatsächlich beabsichtigt war. Nun kann zwar nachvollzogen werden, dass eine schwere Erkrankung einer Familienangehörigen gerade bei einem Familienunternehmen dazu führen kann, dass sich das unternehmerische Handeln verzögert und beispielweise eine Liquidation nicht unmittelbar durchgeführt werden kann. Es lassen sich im vorliegenden Fall jedoch keinerlei Handlungen erkennen, die zumindest auf eine beabsichtigte Liquidation schliessen lassen würden. So ist weder ersichtlich, dass die Kunden der E. AG über eine definitive Schliessung des Betriebs informiert worden sind noch lassen sich Anstrengungen im Hinblick auf die Veräusserung der betriebseigenen Gerätschaften erkennen. Hinzu kommt, dass das Argument des Beschwerdeführers, er habe das Freizügigkeitsguthaben später der Vorsorgeeinrichtung des neuen Arbeitgebers übertragen wollen, nicht überzeugt. Die Tatsache, dass es der Beschwerdeführer und der ehemalige Mitarbeiter (J.) waren, die nicht aus der Vorsorgeeinrichtung ausgetreten sind, lässt vielmehr darauf schliessen, dass von Anfang an die Absicht zur Reaktivierung des Betriebs bestand (zur Bedeutung des Verbleibs bei einer Vorsorgeeinrichtung nach Kündigung, vgl. Urteil des BGer vom 14. Juni 2011, 8C_252/2011, E. 4.6.1). Dies gilt umso mehr, als dass J. seit der Reaktivierung ebenfalls wieder im angestammten Betrieb arbeitet. Schliesslich überzeugt das Argument der Beschwerdegegnerin, wonach die zeitnahe Reaktivierung des Betriebs gegen eine definitive Schliessung im Oktober 2010 spricht, insbesondere unter Berücksichtigung einer Vorlaufzeit zur Suche nach einer geeigneten Lokalität und entsprechenden Verhandlungen.

5.5 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die E. AG im Oktober 2010 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht definitiv geschlossen wurde. Der Beschwerdeführer verfügte gemäss obigen Ausführungen zur arbeitgeberähnlichen Stellung (vgl. 4.1 ff. hiavor) über die Möglichkeit respektive die Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren. Zu keinem anderen – trotz Vorliegen der arbeitgeberähnlichen Stellung anspruchsbegründenden – Schluss (Schliessung des Betriebs) vermögen die objektiven Umstände (vgl. 5.1 ff. hiavor) zu führen. Demzufolge hat die Beschwerdegegnerin den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung in ihrer Verfügung vom 9. September 2012 zu Recht abgelehnt.

6.1 Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdegegnerin die zu Unrecht ausbezahlten Leistungen zurückfordern kann. Der Beschwerdeführer beruft sich

auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Er führt aus, er habe immer offen gegenüber den Behörden kommuniziert und seine Situation wahrheitsgetreu dargelegt. Er könne deshalb nicht verstehen, weshalb ihm nachträglich die Anspruchsberechtigung abgesprochen werde, trotz vorgängiger Zusicherung der Arbeitslosenentschädigung durch eine Sachbearbeiterin der Regionalen Arbeitsvermittlung (RAV).

6.2 Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung gebietet der verfassungsmässige Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 3 der Eidgenössischen Bundesverfassung (BV) vom 20. April 1999 im Allgemeinen sowohl den Verwaltungsbehörden als auch den Bürgern ein redliches, loyales, vertrauenswürdiges und rücksichtsvolles Verhalten im gegenseitigen Verkehr (Max Imboden / René Rhinow , Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Stuttgart 1976, Band I, Nr. 74 B II und IV und dortige Hinweise; Häfelin / Müller / Ullmann , a.a.O., Rz. 622; Yvo Hangartner , in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich/Lachen 2002, Art. 5 BV, Rz. 39). Im Besonderen wirkt sich der Grundsatz von Treu und Glauben vor allem in zweifacher Hinsicht aus: In Form des sogenannten Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) verleiht er den Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder in sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (BGE 130 I 60 E. 8.1, 129 I 170 E. 4.1 und 4.2, 126 II 387 E. 3a, 122 II 123 E. 3b/cc). Als Verbot widersprüchlichen Verhaltens verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben, dass sich die Verwaltungsbehörden gegenüber Privaten widersprüchlich verhalten. Sie dürfen insbesondere nicht einen einmal in einer bestimmten Angelegenheit eingenommenen Standpunkt ohne sachlichen Grund ändern. Wenn Privatpersonen auf das ursprüngliche Verhalten der Behörden vertraut haben, stellt ein widersprüchliches Verhalten dieser Behörden eine Verletzung des Vertrauensschutzprinzips dar. Sofern die nachfolgenden Voraussetzungen für den Vertrauensschutz erfüllt sind, darf die Behörde nicht auf eine von ihr geschaffene Vertrauensgrundlage zurückkommen (vgl. Häfelin / Müller / Ullmann , a.a.O., Rz. 707 f.).

6.3 Damit der Vertrauensschutz wirksam wird, muss zunächst eine Vertrauensgrundlage geschaffen werden. Von dieser muss der Betroffene Kenntnis haben und er darf ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kennen und hätte sie auch nicht kennen müssen. Des Weiteren kann Vertrauensschutz nur geltend machen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Die Disposition muss demzufolge kausal sein (vgl. BGE 121 V 28 E. 2c). Sind diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt, kann sich der Betroffene auf den Vertrauensschutz berufen, soweit im Einzelfall nicht überwiegende öffentliche Interessen vorgehen (vgl. zum Ganzen Häfelin / Müller / Ullmann , a.a.O., Rz. 631 ff.; BGE 127 I 36 E. 3c, 124 V 220 E. 2, 121 II 479 E. 2c, 118 Ia 254 E. 4b).

6.4 Im vorliegenden Fall kann dahingestellt bleiben, ob die Auskünfte der Sachbearbeiterin der RAV geeignet waren, ein berechtigtes Vertrauen beim Beschwerdeführer zu erwecken, da es bereits an den vorausgesetzten kausalen Dispositionen fehlt, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden können. Weder macht der Beschwerdeführer Nachteile geltend noch sind solche aus den Akten ersichtlich. Den Entschluss, den Betrieb wieder zu reaktivieren, hat er bereits vor den entsprechenden Auskünften der RAV gefasst (vgl. 5.1 ff. hiervor), weshalb es an der verlangten Kausalität fehlt. Der Beschwerdeführer kann sich demzufolge nicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen.

6.5 Gemäss Art. 95 Abs. 1 Satz 1 AViG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG ist die Arbeitslosenkasse verpflichtet, zu Unrecht ausbezahlte Versicherungsleistungen vom Empfänger zurückzufordern. Eine aufgrund einer formell rechtskräftigen Verfügung ausgerichtete Leistung ist nur zurückzuerstatten, wenn

entweder die für die Wiedererwägung oder die prozessuale Revision erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. BGE 129 V 110 E. 1, 126 V 399 E. 1, je mit Hinweisen). Eine formell rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, kann die Verwaltung in Wiedererwägung ziehen, wenn sie zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG; BGE 127 V 469 E. 2c, mit Hinweisen). Die für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen gelten auch in Bezug auf die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (vgl. BGE 129 V 110 E. 1.1, mit Hinweisen). Die für die Wiedererwägung rechtskräftiger Verfügungen vorausgesetzte zweifellose Unrichtigkeit liegt praxismässig dann vor, wenn kein vernünftiger Zweifel daran möglich ist, dass die Verfügung unrichtig war. Es ist nur ein einziger Schluss – derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung – möglich (vgl. Urteil des EVG vom 23. April 2004, C 214/03, E. 3.1.3; vgl. auch Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2003, S. 470, N 16). Die Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum vom 1. November 2010 bis 31. Juli 2011 kommt nach dem Gesagten (vgl. 4 und 5 hiavor) einer gesetzeswidrigen Leistungszusprechung gleich. Eine solche gilt regelmässig als zweifellos unrichtig (vgl. BGE 126 V 401 E. 2b/bb). Auch versteht es sich von selbst, dass deren Berichtigung bei einem Rückforderungsbetrag von Fr. 38'491.40 von erheblicher Bedeutung ist. Somit sind die Rückerstattungsverfügung vom 12. September 2011, beziehungsweise der sie bestätigende Entscheid der Kasse vom 8. Februar 2012, zu Recht ergangen. 6.6 Schliesslich bleibt zu prüfen, ob die Kasse den Rückforderungsanspruch rechtzeitig geltend gemacht hat. Gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die auszahlende Stelle davon Kenntnis erhalten hat (relative Frist), spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (absolute Frist). Bei diesen Fristen handelt es sich um Verwirkungsfristen (vgl. BGE 112 V 181 E. 4a). Unter dem Ausdruck "nachdem die auszahlende Stelle davon Kenntnis erhalten hat" ist der Zeitpunkt zu verstehen, in welchem die Verwaltung bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen (vgl. BGE 122 V 274 f. E. 5a, mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung ist dies nicht schon der Fall, wenn die Verwaltung nach den gesamten Umständen damit rechnen muss, dass möglicherweise ein Rückforderungstatbestand besteht. Vielmehr muss ihr bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit nicht nur der Rückforderungstatbestand, sondern insbesondere auch der Rückforderungsbetrag bekannt sein. Nötigenfalls hat die Verwaltung zusätzliche Abklärungen vorzunehmen. Lässt sie es hieran fehlen, ist der Beginn der Verwirkungsfrist auf den Zeitpunkt festzusetzen, in welchem sie mit dem erforderlichen und zumutbaren Einsatz diese Kenntnis hätte erlangen können (vgl. Urteil des EVG vom 23. April 2004, C 214/03, E. 4.1, mit Hinweisen; BGE 119 V 433 E. 3a, 112 V 181 E. 4a; ZAK 1989 S. 559 E. 4b). Soweit für das Erkennen der Unrechtmässigkeit der Leistungsausrichtung ein Handelsregistereintrag massgebend ist, hat sich der Versicherungsträger die Publizitätswirkung des Handelsregisters entgegen halten zu lassen (vgl. BGE 122 V 275 E. 5b). Den Akten lässt sich kein konkreter Zeitpunkt entnehmen, indem die Kasse vom unrechtmässigen Leistungsbezug Kenntnis erhalten hat. Selbst wenn man jedoch annehmen würde, dass die Kasse bereits einen Tag nach Beginn des Leistungsbezugs (2. November 2010) vom Bestehen des Rückforderungsanspruchs Kenntnis gehabt hätte, wäre die

Rückforderung am 12. September 2011 rechtzeitig verfügt worden. Die Rückforderungsverfügung ist somit rechtmässig erfolgt.

E. 7

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung – aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung und mangels definitiver Schliessung des Betriebs – zu Recht abgelehnt hat. Der Beschwerdeführer kann sich nicht auf eine der Rückerstattung entgegenstehende Vertrauensgrundlage berufen. Schliesslich ist die Rückerstattung der zu Unrecht ausbezahlten Leistungen zulässig, da die zwischen dem 1. November 2010 und dem 31. Juli 2011 ausgerichteten, wertmässig erheblichen Leistungen offensichtlich zu Unrecht zugesprochen wurden und die Rückerstattung innerhalb eines Jahres verfügt worden ist. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 8

Es bleibt über die Kosten des Verfahrens zu befinden. Art. 61 lit. a ATSG hält fest, dass der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten werden gemäss § 21 VPO wettgeschlagen. Demgemäss wird e r k a n n t : 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.

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