Kantonsgericht
Basel-Landschaft
Abteilung Sozialversicherungsrecht

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 29. August 2013 (715 13 40 / 206)

Arbeitslosenversicherung

Prüfung der Vermittlungsfähigkeit bei selbstständig Erwerbstätigen unter dem Aspekt der auf Dauer ausgerichteten und wirtschaftlich tragfähigen Tätigkeit; Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person beim Aufbau einer selbstständigen Tätigkeit

Besetzung	Vizepräsident Christof Enderle, Kantonsrichterin Elisabeth Berger Götz, Kantonsrichter Michael Guex, Gerichtsschreiberin Tina Gerber
Parteien	**A.**____, Beschwerdeführer, vertreten durch Elisabeth Maier, Advokatin, Hauptstrasse 104, 4102 Binningen gegen **Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland**, Bahnhofstrasse 32, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin
Betreff	Ablehnung der Anspruchsberechtigung / Rückforderung

A.1 Der 1978 geborene A.____ war vom 1. Mai 2009 bis zum 31. Mai 2011 bei der B.____ AG angestellt. Ab dem 9. Oktober 2010 war er krankheitsbedingt zu 100% arbeitsunfähig. Am 9. Februar 2011 wurde die Firma C.____ GmbH im Handelsregister eingetragen, mit A.____ als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung mit Kollektivunterschriftsberechtigung zu zweien. Nachdem sich die Arbeitsfähigkeit von A.____ ab dem 1. November 2011 auf 50% er-

höhte, meldete dieser sich am 24. Oktober 2011 bei seiner Wohngemeinde zur Arbeitsvermittlung und am 27. Oktober 2011 bei der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland (Arbeitslosenkasse) zum Bezug von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung (ALV) an.

A.2 Mit Verfügung vom 27. Dezember 2011 stellte das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum D.____ (RAV) fest, dass der Versicherte im Rahmen seiner Tätigkeit für die C.____ GmbH in einem Pensum von 50% selbstständig erwerbstätig sei und folglich ab 1. November 2011 eine Vermittlungsfähigkeit im Umfang von 50% bestehe. Am 12. März 2012 wurde der Mietvertrag für die Geschäftsräumlichkeiten der GmbH noch vor dem geplanten Mietantritt im April 2012 aufgrund von Differenzen zwischen den Gesellschaftern fristlos aufgelöst. Am 27. April 2012 schied A.____ aufgrund einer Statutenänderung als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der C.____ GmbH aus. In der Folge erachtete das RAV mit Feststellungsverfügung vom 23. Mai 2012 die Vermittlungsfähigkeit von A.____ ab Datum der Auflösung des Mietvertrags als zu 100% gegeben an. Mit Verfügung vom 13. Juni 2012 stellte das RAV die Vorleistungspflicht der ALV gegenüber der Invalidenversicherung (IV) im Rahmen der Vermittlungsfähigkeit des noch zu 50% arbeitsunfähigen Versicherten fest.

A.3 Mit Verfügung vom 2. Juli 2012 lehnte die Arbeitslosenkasse die Anspruchsberechtigung von A.____ für den Zeitraum zwischen 1. November 2011 und 27. April 2012 unter Hinweis auf die arbeitsgeberähnliche Stellung des Versicherten bei der C.____ GmbH ab. Mit Verfügung vom 9. Juli 2012 forderte die Arbeitslosenkasse die bisher ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 7'434.05 zurück. Eine gegen beide Verfügungen erhobene Einsprache wies die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 3. Januar 2013 ab. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, dass der Versicherte als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der C.____ GmbH die Entscheidfindung des Unternehmens massgeblich beeinflusst und er sich seit der Firmengründung vollumfänglich für den Aufbau des geplanten Cafés eingesetzt habe. Da der Versicherte eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe, gehöre er zum Personenkreis, der gemäss bundesgerichtlicher Praxis vom Bezug von Arbeitslosenversicherungsleistungen ausgeschlossen sei. Dass der Betrieb nie eröffnet worden sei, vermöge daran nichts zu ändern. Die ursprüngliche Leistungszusprechung vom 1. November 2011 bis 27. April 2012 erweise sich als zweifellos unrichtig, weshalb der Versicherte die ohne Rechtsgrundlage bezogene Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 7'434.05 zurückerstatten müsse.

B. Dagegen erhob C.____, vertreten durch Elisabeth Maier, Advokatin, am 6. Februar 2013 Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht). Er beantragte, es seien der Einspracheentscheid vom 3. Januar 2013 sowie die Verfügungen vom 2. und 9. Juli 2012 aufzuheben und es seien dem Beschwerdeführer die gesetzlichen Leistungen zuzusprechen, unter o/e Kostenfolge. Zur Begründung liess der Beschwerdeführer im Wesentlichen ausführen, dass in der vorliegenden Konstellation nicht von einer Gesetzesumgehung ausgegangen werden könne, da die geplante Cafébar über keine Räumlichkeiten verfügt habe, der Betrieb nie eröffnet und kein Arbeitsverhältnis im Rahmen des Cafébetriebs ausgeübt worden sei. Demnach habe klarerweise auch kein Einkommen erzielt werden können. Allein der formelle, im Handelsregister festgehaltene Titel respektive die Tätig-

keit eines Geschäftsführers einer GmbH ohne einen aktiven nach dem Gesellschaftszweck definierten Betrieb könne kein Arbeitsverhältnis darstellen. Trotz Zugehörigkeit zur Gruppe der Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung bestehe beim Beschwerdeführer eine Anspruchsberechtigung. Schliesslich hätte die Arbeitslosenkasse den Beschwerdeführer gestützt auf die gesetzliche Aufklärungs- und Beratungspflicht bereits bei der Anmeldung auf die mit der arbeitgeberähnlichen Stellung zusammenhängende Problematik hinweisen müssen, wenn sie heute daraus Konsequenzen ziehen wolle.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 22. April 2013 beantragte die Beschwerdegegnerin die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des angefochtenen Einspracheentscheids, unter o/e Kostenfolge. Sie verwies in erster Linie auf den ergangenen Einspracheentscheid und führte ergänzend aus, dass der Firmenzweck der C.____ GmbH breiter gefasst gewesen sei und nicht bloss den Betrieb eines Cafés, sondern auch die Tätigung weiterer Geschäfte beinhaltet habe. Das Geschäft der GmbH hätte folglich auch nach Kündigung des Mietvertrags weitergeführt werden können. Festzuhalten sei ferner, dass der Beschwerdeführer beim Antrag auf Arbeitslosenentschädigung fälschlicherweise nicht darüber informiert habe, dass er zum Zeitpunkt der Antragsstellung an einem Betrieb beteiligt gewesen sei und einem obersten betrieblichen Entscheidgremium angehört habe.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g** :

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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 Insolvenzentschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 richtet sich die örtliche Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts für die Beurteilung von Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Arbeitslosenkassen, welche die Arbeitslosenentschädigung betreffen, nach dem Ort, wo die versicherte Person die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend hat der Beschwerdeführer die Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft erfüllt, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts 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 im Übrigen frist- und formgerecht erhobene Beschwerde vom 6. Februar 2013 ist demnach einzutreten.

2. Vorweg ist auf einige verfahrensrechtliche Grundsätze hinzuweisen:

2.1 Die Abklärung des Sachverhaltes ist gemäss dem im Sozialversicherungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz von Amtes wegen vorzunehmen (vgl. Art. 61 lit. c ATSG). Danach hat das Gericht von sich aus und ohne Bindung an die Parteibegehren für die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhaltes zu sorgen (BGE 125 V 195 E. 2, 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen; vgl. THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 443 f.). Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt, er wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Zu beachten ist jedoch, dass der Untersuchungsgrundsatz die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig ausschliesst, da es Sache der verfügenden Verwaltungsstelle bzw. des Sozialversicherungsgerichts ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein. Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 264 E. 3b mit Hinweisen).

2.2 Das Kantonsgericht besitzt in Sozialversicherungssachen die vollständige Überprüfungsbefugnis und ist in der Beweiswürdigung frei (vgl. § 57 VPO i.V.m. Art. 61 Satz 1 und Art. 61 lit. c ATSG). Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht darf eine Tatsache sodann nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, S. 135 f.). 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 (BGE 126 V 360 E. 5b, 125 V 195 E. 2, 121 V 47 E. 2a, je mit Hinweisen).

3. Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung vom 1. November 2011 bis 27. April 2012 und die damit verbundene Rückforderung der in diesem Zeitraum ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung.

4. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt nach Art. 8 Abs. 1 AVIG unter anderem voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos (lit. a) sowie vermittlungsfähig ist (lit. f). Als ganz arbeitslos gilt gemäss Art. 10 Abs. 1 AVIG, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Als teilweise arbeitslos gilt hingegen, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 AVIG). Vermittlungsfähig nach Art. 15 Abs. 1 AVIG ist, wer bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG).

5.1 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, 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 (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] 2004, S. 4). Mit der Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG wollte der Gesetzgeber verhindern, dass arbeitgeberähnliche Personen missbräuchlich Kurzarbeitsentschädigung erhalten (vgl. zum Ganzen GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Bern 1988, Art. 31 N 38 ff.). 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 Arbeitslosentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juni 2008, 8C_608/2007, E. 8.3, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, ab 1. Januar 2007: Schweizerisches Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen] vom 12. September 2005, C 131/05, E. 2; je mit weiteren Hinweisen).

5.2 Für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung gibt es keine dem Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG entsprechende, unmittelbar anwendbare Norm. Wie das EVG im Grundsatzentscheid BGE 123 V 234 erwog, kann Kurzarbeit jedoch 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 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 Auffassung des Bundesgerichts 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 im erwähnten Entscheid damit, dass die arbeitgeberähnliche Person über die Dispositionsfreiheit verfügt, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer ein zustellen (BGE 123 V 239 E. 7b; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Andererseits kann dann nicht mehr von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung definitiv ist, oder wenn das Unternehmen zwar weiter besteht, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliert, deretwegen sie bei Kurz-

arbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (BGE 123 V 238 f. E. 7b/bb, vgl. dazu auch Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung, gültig ab Januar 2003 [KS ALE], Rz. B25 ff., bzw. ab Januar 2013: AVIG-Praxis ALE, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung Rz. B25 ff.).

6.1 Unbestrittenermassen gründete der Beschwerdeführer am 9. Februar 2011 zusammen mit E.____ mit je einem Stammanteil von Fr 10'000.– die Firma C.____ GmbH, die das Führen von Gastronomiebetrieben sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen bezweckte. Die Gesellschaft konnte Immaterialgüterrechte und Immobilien erwerben, halten und verwerten. Sie konnte im In- und Ausland Zweigniederlassungen errichten, sich an anderen Unternehmen beteiligen sowie alle Geschäfte tätigen, die der Förderung des Zwecks dienten. Der Beschwerdeführer fungierte als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung und war mit seinem Geschäftspartner kollektivunterschriftsberechtigt. Die Firma wurde mit Wirkung ab dem 1. Februar 2011 der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt Basel-Landschaft angeschlossen. Ebenso ist unter den Parteien unumstritten, dass der Beschwerdeführer bei der C.____ GmbH grundsätzlich in einer arbeitgeberähnlichen Funktion tätig war. Die Beschwerdegegnerin schliesst daraus, dass der Beschwerdeführer bis zur Statutenänderung am 27. April 2012 gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohne Weiteres vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen ist.

6.2 Andauernd selbstständig erwerbstätige Personen sind in der Regel bereits von vornherein vom Arbeitslosentaggeldanspruch ausgeschlossen. Die Anwendung der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234, wonach eine Überprüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung möglich sein muss, rechtfertigt sich gleichermassen bei selbstständig Erwerbstätigen, welche sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmelden (Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2009, 8C_81/2009, E. 3.3; Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 2010 Nr. 5 S. 138 ff. E. 3.2; je mit weiteren Hinweisen). Dies gilt sowohl für Versicherte, die im Verlauf der gemeldeten Arbeitslosigkeit, also während der laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug, eine eigene Firma gründen, wie auch bei Personen, die unfreiwillig aus einem Arbeitnehmerverhältnis ausgeschieden sind, sich jedoch nicht umgehend zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmelden, sondern durch die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung zu vermeiden versuchen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2009, 8C_81/2009, E. 3.4). Bei einer bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit im Nebenerwerb ausgeführte Geschäftsführertätigkeit ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ebenfalls unter dem Aspekt der missbräuchlichen Gesetzesumgehung zu prüfen, wenn diese nach der Kündigung mit dem Ziel des Haupterwerbs ausgebaut werden sollte (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 5. Dezember 2012, 8C_672/2012, E. 3.1). Massgebend ist jeweils, ob der Status des Selbstständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird (Urteile des Bundesgerichts vom 27. August 2009, 8C_81/2009, E. 3.3, vom 5. Juni 2009, 8C_49/2009, E. 4.3, vom 21. Dezember 2005, C 9/05, E. 2.3). Die Dauerhaftigkeit der Selbstständigkeit ist insofern von Bedeutung, als sie allenfalls die Vermittlungsfähigkeit in Frage stellt (Urteil des Bundesgerichts vom 5. Dezember 2012, 8C_672/2012, E. 2). Die Tatsache, dass der Versicherte eine

juristische Person gründet und in das Handelsregister eintragen lässt, in welcher er eine arbeitgeberähnliche Stellung einnimmt, genügt für sich allein nicht, um bereits die Aufnahme einer auf Dauer ausgerichteten und nicht bloss vorübergehenden selbständigen Erwerbstätigkeit zu bejahen. Der Leistungsanspruch ist jedoch dann zu verneinen, wenn die Absicht zur Aufnahme der selbstständigen Arbeit so weit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer unselbstständigen Tätigkeit nicht oder kaum mehr möglich ist und demzufolge auch nicht mehr von einer vorübergehenden, zeitlich beschränkten und investitionsarmen selbstständigen Erwerbstätigkeit (im Sinne einer Zwischenverdiensttätigkeit nach Art. 24 AVIG), gesprochen werden kann (Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2009, 8C_81/2009, E. 3.4 mit Hinweisen). In diesen Fällen ist die Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person zu verneinen. Übt eine versicherte Person während ihrer Arbeitslosigkeit eine selbstständige Erwerbstätigkeit aus, ist die volle Vermittlungsfähigkeit folglich nur solange gegeben, als die selbstständige Erwerbstätigkeit ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden kann (Urteil des Bundesgerichts vom 5. Dezember 2012, 8C_672/2012, E. 2; Urteil des EVG vom 16. Juli 2001, C 353/00, E. 2b).

6.3 Die Gründung der C.____ GmbH fand zu einem Zeitpunkt statt, als der Beschwerdeführer noch in einem Anstellungsverhältnis zur B.____ AG stand und damit vor seiner Anmeldung zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung am 24. bzw. 27. Oktober 2011. Der Beschwerdeführer hat die genannte Stelle jedoch nicht selber aufgegeben, um sich selbstständig zu machen. Vielmehr wurde ihm nach längerer Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Umstrukturierungen gekündigt. Nach dem unter Erwägung 6.2 hiervor Ausgeführten ist im vorliegenden Fall zu prüfen, ob die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der C.____ GmbH im Hinblick auf eine auf Dauer angelegte und wirtschaftlich tragfähige Selbstständigkeit aufgenommen wurde und, ob der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 1. November 2011 bis 27. April 2012 als vermittlungsfähig zu erachten ist.

6.4 Der Beschwerdeführer entschied sich, wie in Erwägung 6.3 hiervor bereits ausgeführt, bereits vor Beendigung des Anstellungsverhältnisses mit der B.____ AG, eine selbstständige Erwerbstätigkeit anzustreben. Es ist anzunehmen, dass er sich – auch im Hinblick auf die gesundheitlichen Probleme, die vom 9. Oktober 2010 bis zum 31. Oktober 2011 zu einer vollständigen und vom 1. November 2011 bis zum 1. September 2012 zu einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit geführt hatten – beruflich neu orientieren wollte. Dafür spricht auch der von der Invalidenversicherung finanzierte Intensiv-Kurs im Bereich Gastronomie. Der Zeitpunkt der geplanten Eröffnung des Cafés war dem Beschwerdeführer in jedem Fall bereits im November 2011 bekannt, gab er doch im Fragebogen betreffend zeitlicher Verfügbarkeit bei der Ausübung einer auf Dauer ausgerichteten selbstständigen Erwerbstätigkeit vom 25. November 2011 an, dass er ab April 2012 zu 100% bei der C.____ GmbH tätig sein werde. Damit ist ohne weiteres davon auszugehen, dass die Gründung der C.____ GmbH mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen wurde.

6.5 Zu prüfen bleibt die Vermittlungsfähigkeit während der Aufbauphase des angestrebten Betriebs. Das RAV bejahte mit Verfügung vom 27. Dezember 2011 die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers für den Zeitraum ab 1. November 2011 im Umfang von 50%. Für die Zeit ab 12. März 2012 anerkennte das RAV mit Verfügung vom 23. Mai 2012 eine Vermittlungs-

fähigkeit von 100%. In der Aufnahme einer arbeitgeberähnlichen Stellung während einer laufenden Rahmenfrist ist allerdings grundsätzlich ein gewichtiges Indiz für fehlende Vermittlungsbereitschaft zu erblicken. Festzuhalten ist ausserdem, dass der Begriff der Vermittlungsfähigkeit graduelle Abstufungen ausschliesst. Eine versicherte Person ist entweder vermittlungsfähig oder sie ist es nicht. Abstufungen sind bloss im Hinblick auf den anrechenbaren Arbeitsausfall möglich (BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, 4. Auflage, Zürich 2013, S. 70, vgl. Art. 11 Abs. 1 AVIG). Dennoch darf alleine aus der Tatsache, dass jemand eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen will und deshalb beispielsweise ein Lokal mietet und Material erwirbt, die Vermittlungsfähigkeit nicht verneint werden. Vielmehr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles zu prüfen, ob die versicherte Person bereit und in der Lage war, in Anbetracht der für eine Anstellung noch zur Verfügung stehenden Zeit und der dafür in Frage kommenden Anzahl Arbeitgeber eine entsprechende Arbeit anzunehmen (KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 75 f. mit Hinweisen). Gemäss Selbstdeklaration im Fragebogen betreffend zeitlicher Verfügbarkeit bei der Ausübung einer auf Dauer ausgerichteten selbstständigen Erwerbstätigkeit vom 8. Dezember 2011 übte der Beschwerdeführer seine Tätigkeit für die C.____ GmbH vor der geplanten Eröffnung der Cafébar jeweils halbtags, d.h. am Montag, Mittwoch, Donnerstag und Freitag jeweils von 13:00 Uhr bis 17:00 Uhr, am Dienstag von 13:00 Uhr bis 18:00 Uhr aus. Er erklärte, dass er aus diesem Grund bereit und in der Lage sei, eine zumutbare Stelle in einem Pensum von 50% anzunehmen. Festzuhalten ist indessen, dass der Beschwerdeführer in diesem Zeitraum ausserdem aus gesundheitlichen Gründen zu 50% arbeitsunfähig war. Es ist unklar, ob sich die im Rahmen des Fragebogens erklärte Verfügbarkeit auf diese Arbeitsunfähigkeit oder auf die Vermittlungsbereitschaft beziehen. Fest steht jedenfalls, dass der Beschwerdeführer bereits vor dem 1. April 2012 für die von ihm gegründete GmbH tätig war und es sich bei der Selbstständigkeit des Beschwerdeführers nicht um eine investitionsarme, zeitlich beschränkte Tätigkeit handelte. Ebenso wenig sollte die selbstständige Erwerbstätigkeit lediglich ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden. Vielmehr erreichten die Vorbereitungsarbeiten schon in dieser Aufbauphase ein relativ zeitintensives Ausmass. Ferner ist auf den relativ kurzen Zeitraum von fünf Monaten zwischen Anmeldung und geplanter Betriebseröffnung hinzuweisen. Die Aufnahme einer zumutbaren unselbstständigen Erwerbstätigkeit wäre auch nach der damaligen Absicht des Beschwerdeführers nicht dauernd möglich gewesen. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint es nicht als realistisch, dass der Beschwerdeführer im interessierenden Zeitraum vermittlungsbereit gewesen ist. Daran ändert entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch nichts, dass in dieser Zeit noch kein Gewinn bzw. Verdienst erzielt wurde. Es ist nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, die beim Aufbau einer selbstständigen Erwerbstätigkeit anfänglich fehlenden Einnahmen zu ersetzen (Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2009, 8C_81/2009, E. 3.3; ARV 2010 Nr. 5 S. 138 ff E. 3.2; je mit weiteren Hinweisen). Auf das effektiv erzielte Einkommen oder die effektiv ausgeübte Tätigkeit abzustellen, würde ausserdem rechtsprechungsgemäss eine wirksame Kontrolle der Missbrauchsgefahr praktisch verunmöglichen (Urteil des Bundesgerichts vom 12. Januar 2007, C 277/05, E. 3.4 mit Hinweis). Der Beschwerdeführer kann sich diesbezüglich auch nicht auf die in Art. 71a AVIG vorgesehene Unterstützung zur Förderung der Selbstständigkeit berufen. Diese Unterstützung ist eine von der Arbeitslosenentschädigung zu unterscheidende Leistung, die unter anderen Voraussetzungen

gewährt wird und im vorliegenden Fall augenscheinlich nie zur Diskussion stand. Die Berufung auf die Unterstützung nach Art. 71a AVIG kann eher als Indiz dafür gewertet werden, dass der Beschwerdeführer im massgebenden Zeitraum tatsächlich hauptsächlich mit dem Aufbau der Selbstständigkeit befasst war. Solange vom Beschwerdeführer diese (volle) Selbstständigkeit angestrebt wurde, muss nach dem Ausgeführten die Vermittlungsbereitschaft verneint werden. Vielmehr muss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass die Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung bloss den Zeitraum hätte überbrücken sollen, in dem der Beschwerdeführer mit dem Aufbau des eigenen Betriebs beschäftigt gewesen ist und noch kein Einkommen erzielte.

6.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer während der Zeit des Aufbaus der selbstständigen Erwerbstätigkeit ab 1. November 2011 nicht vermittlungsbereit und damit nicht vermittlungsfähig war. Er hatte folglich in dieser Zeit keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. Erwägung 4 hiervor). Fraglich und zu prüfen ist jedoch, wie lange die Vermittlungsfähigkeit zu verneinen ist. Der Beschwerdeführer zog sich im März 2012 aufgrund von Unstimmigkeiten mit seinem Geschäftspartner aus dem Projekt zurück. Am 12. März 2012 wurde der für die Geschäftslokalität geschlossene Mietvertrag vor Mietantritt auf den 1. April 2012 gekündigt (Akten des RAV: Schreiben der Vermieterin vom 3. April 2012, E-Mail des Beschwerdeführers vom 22. Mai 2012). Am 27. April 2012 wurden die Statuten der C.____ GmbH geändert, am 3. Mai 2012 (Publikation: 8. Mai 2012) wurde die Gesellschaft aus dem Handelsregister des Kantons Basel-Landschaft gelöscht und unter neuem Namen und mit neuer Gesellschafterin im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (Handelsregisterauszug des Kantons Zürich vom 19. Dezember 2012, Akten der Beschwerdegegnerin Nr. 057). Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 3. Januar 2013 führte die Beschwerdegegnerin dazu aus, dass der Beschwerdeführer vom 9. Februar 2011 bis zum 8. Mai 2012 Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der C.____ GmbH gewesen sei. Die Statutenänderung betreffend Austritt sei jedoch bereits am 27. April 2012 erfolgt, weshalb der Beschwerdeführer bis zu diesem Zeitpunkt vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen sei. Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt, wird der Eintrag im Handelsregister von der Rechtsprechung regelmässig als wichtiges und einfach zu handhabendes Kriterium berücksichtigt, wenn es um die Beurteilung geht, ob eine arbeitgeberähnliche Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat (Urteil des EVG vom 8. Juni 2004, C 110/03, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen). Entscheidend muss indessen für die Annahme der Vermittlungsfähigkeit sein, ob die versicherte Person nunmehr eine unselbstständige Arbeit aufnehmen kann und will (KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 15; vgl. ARV 2000 Nr. 15 S. 74 ff. E. 3). Vorliegend ist diese Bereitschaft zur Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit bereits ab dem Zeitpunkt der Kündigung des Mietvertrags am 12. März 2012 gegeben. Der Austritt aus der GmbH und die Vermittlungsbereitschaft des Beschwerdeführers waren ab diesem Zeitpunkt erkennbar, nicht zuletzt, da der Beschwerdeführer bereits im März 2012 eine unselbstständige Arbeit im Zwischenverdienst aufgenommen hat (vgl. Protokoll des RAV-Beratungsgesprächs vom 16. April 2012). Das Missbrauchspotential fiel folglich in diesem Zeitpunkt weg, weshalb der Beschwerdeführer – vorbehältlich der Erfüllung der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen – ab dem 13. März 2012 grundsätzlich anspruchsberechtigt wurde. Die Beschwerde ist in diesem Sinne teilweise gutzuheissen.

7. Zu prüfen ist schliesslich die grundsätzliche Rechtmässigkeit der am 9. Juli 2012 verfügten Rückforderung der ausgerichteten Arbeitslosentaggelder. Gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG ist die Arbeitslosenkasse verpflichtet, zu Unrecht ausbezahlte Versicherungsleistungen vom Empfänger zurückzufordern. Unrechtmässig ausgerichtete bzw. bezogene Geldleistungen können aber – unabhängig davon, ob diese Gegenstand einer formellen oder einer materiellen Verfügung waren – immer nur dann zurückgefordert werden, wenn entweder die für die Wiedererwägung (wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung; Art. 53 Abs. 2 ATSG) oder die für die prozessuale Revision (wegen vorbestandener neuer Tatsachen oder Beweismittel; Art. 53 Abs. 1 ATSG) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 129 V 110 E. 1.1 mit weiteren Hinweisen). Nach dem soeben Ausgeführten kann die Rückforderung nicht wie verfügt den Zeitraum vom 1. November 2011 bis 27. April 2012, sondern lediglich denjenigen vom 1. November 2011 bis zum 12. März 2012 betreffen, da der Beschwerdeführer nach diesem Zeitpunkt wieder als vermittlungsfähig zu gelten hat. Für den Zeitraum zwischen dem 1. November 2011 und dem 12. März 2012 kann der Beschwerdeführer indessen mangels Vermittlungsfähigkeit keinerlei Anspruch auf Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern erheben. Die Ausrichtung der Taggelder in diesem Zeitraum war zweifellos unrichtig und die Aufhebung der entsprechenden Taggeldabrechnungen von erheblicher Bedeutung. Die damit verbundene Rückforderung der ausgerichteten Entschädigung ist somit gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG zwingend. Daran ändert auch das Vorbringen des Beschwerdeführers nichts, dass die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 27 ATSG verpflichtet gewesen wäre, den Beschwerdeführer bei der Anmeldung über die mit der arbeitgeberähnlichen Stellung zusammenhängenden Problematik aufzuklären. Bei der Anmeldung zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung am 27. Oktober 2011 hatte der Beschwerdeführer verneint, dem obersten Entscheidgremium eines Unternehmens anzugehören (z.B. Gesellschafter oder Geschäftsführer einer GmbH). Als seine Funktion in der C.___ GmbH kurz darauf bekannt wurde, war die Selbstständigkeit, namentlich die Vermittlungsbereitschaft und zeitliche Verfügbarkeit des Beschwerdeführers zentrales Thema von Abklärungen des RAV. Die Selbstständigkeit war denn auch in dieser Zeit unbestrittenermassen Ziel des Beschwerdeführers. Falls überhaupt eine Aufklärungspflichtverletzung vorläge, würde es ohnehin an den negativen Folgen für den Beschwerdeführer fehlen, da nicht davon auszugehen ist, dass der Beschwerdeführer bei entsprechender Aufklärung von seinem Vorhaben, per 1. April 2012 eine selbstständige Tätigkeit anzustreben, abgerückt wäre. Die Rückforderung der ausgerichteten Arbeitslosentaggelder ist demnach im Grundsatz zu schützen. Betreffend die Höhe der Rückforderung ist jedoch festzuhalten, dass der Beschwerdeführer lediglich bis zum 12. März 2012 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hatte. Die Rückforderung ist entsprechend zu reduzieren. Die Angelegenheit ist folglich in Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids zur erneuten Berechnung der Rückforderungssumme an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

8. Hebt das Kantonsgericht eine bei ihm angefochtene Verfügung auf und weist es die Angelegenheit zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen und zum Erlass einer neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurück, so gilt in prozessualer Hinsicht die beschwerdeführende Partei als (vollständig) obsiegende und die Beschwerdegegnerin als unterliegende

Partei (vgl. BGE 137 V 61 f. E. 2.1, 132 V 235 E. 6.2, je mit Hinweisen). Gestützt auf Art. 61 lit. a ATSG sind für das vorliegende Verfahren keine ordentlichen Kosten zu erheben. Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Dem Beschwerdeführer ist demnach eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdegegnerin zuzusprechen. Der in den Honorarnoten vom 14. Mai 2013 und 9. Juli 2013 für das vorliegende Verfahren geltend gemachte Zeitaufwand von insgesamt 7 Stunden 45 Minuten erweist sich in Anbetracht der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen als angemessen. Nicht zu beanstanden sind sodann die in den Honorarnoten ausgewiesenen Auslagen in der Höhe von insgesamt Fr. 95.–. Der Beschwerdeführerin ist deshalb eine Parteientschädigung in der geltend gemachten Höhe von Fr. 2'195.– (7 Stunden 45 Minuten à Fr. 250.– + Auslagen von Fr. 95.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdegegnerin zuzusprechen.

9. Gemäss Art. 90 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) vom 17. Juni 2005 ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen. Selbständig eröffnete Zwischenentscheide sind – mit Ausnahme der Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren (vgl. Art. 92 BGG) – nur mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid her beiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei einem Rückweisungsentscheid an den Versicherungsträger zur Aktenergänzung und anschliessenden Neuverfügung nicht um einen Endentscheid, sondern um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG. Dies gilt auch für einen Rückweisungsentscheid, mit dem eine materielle Teilfrage (z.B. eine von mehreren materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen) beantwortet wird (BGE 133 V 481 f. E. 4.2).

Beim vorliegenden Rückweisungsentscheid handelt es sich somit um einen Zwischenentscheid im Sinne des BGG. Demnach ist gegen ihn eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 Abs. 1 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Die nachstehende Rechtsmittelbelehrung erfolgt unter diesem ausdrücklichen Vorbehalt.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

://: 1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann, und der Einspracheentscheid vom 3. Januar 2013 insoweit aufgehoben, als er die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung vom 13. März 2012 bis 27. April 2012 verneint und die entsprechenden Leistungen zurückfordert. Es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer ab dem 13. März 2012 anspruchsberechtigt ist, soweit die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Die Angelegenheit wird zur Neufestsetzung der Rückforderungssumme und zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen ab 13. März 2012 an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'195.– (inkl. Auslagen und 8% MwSt.) zu bezahlen.

http://www.bl.ch/kantonsgericht