



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 23. Mai 2012 (715 11 182)

Arbeitslosenversicherung

Ablehnung der Anspruchsberechtigung und Rückforderung

Besetzung Präsident Andreas Brunner, Kantonsrichter Daniel Noll, Kantonsrichter Yves Thommen, Gerichtsschreiberin i.V. Eleonor Gyr

Parteien **A.**____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Roman Felix, Advokat

gegen

Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Beschwerdegegnerin

Betreff Ablehnung der Anspruchsberechtigung / Rückforderung

A. Die 1970 geborene A.____ arbeitete bis zum 31. Juli 2004 als Sachbearbeiterin bei B.____. Anschliessend war sie zu 70% als Kauffrau bei der C.____GmbH tätig. Die C.____GmbH hatte sie am 1. Oktober 2003 zusammen mit ihrem Ehemann gegründet. Am 5. März 2010 meldete sich A.____ zur Arbeitsvermittlung bei der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland (Kasse) an und stellte am 11. März 2010 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Nachdem ihr mit Verfügung Nr. 478/2010 vom 8. April 2010 aufgrund ihrer arbeitgeberähnlichen Stellung ein Anspruch verwehrt wurde, gewährte ihr die Kasse nach einer Wiedererwägung unter Berücksichtigung des Konkurses der C.____GmbH Arbeitslosenentschädigung ab

30. Juni 2010. Mit Verfügung Nr. 1829 / 2010 vom 9. Dezember 2010 lehnte die Kasse eine Anspruchsberechtigung ab 30. Juni 2010 wieder ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Ehemann von A.____ den Geschäftsverlauf der Nachfolgefirma der C.____ GmbH, die den Betrieb nahtlos weitergeführt habe, massgeblich beeinflussen könne und ihr als ehemals mitarbeitende Ehegattin eine arbeitgeberähnliche Stellung zukomme. Somit bestehe kein Anspruch auf Kurzarbeits- und Arbeitslosenentschädigung. Mit Verfügung Nr. 470 / 2010 vom 14. Dezember 2010 forderte die Kasse von A.____ die ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von CHF 10'746.15 zurück.

B. Die von A.____, vertreten durch Christof Enderle, Advokat, gegen diese Verfügungen erhobene Einsprache vom 27. Januar 2011 wies die Kasse mit Entscheid vom 5. April 2011 ab. Begründet wurde dies damit, es sei davon auszugehen, dass die C.____ GmbH trotz Konkurs ohne Unterbruch in Form einer Einzelfirma weiterbestehe. Beim Antrag auf Kinderzulagen hätten A.____ und ihr Ehemann angegeben, der Ehemann arbeite zu 80% für seine Einzelfirma. Das bedeute, dass er bei Verbesserung der Auftragslage A.____ wieder einstellen könne. Daraus folge auch, dass Taggelder in der Höhe von CHF 10'746.15 an A.____ ausbezahlt worden seien, auf die sie keinen Anspruch gehabt habe. Die Arbeitslosenkasse sei gesetzlich verpflichtet, unrechtmässig ausbezahlte Leistungen zurückzufordern. Die noch immer bestehende arbeitgeberähnliche Stellung sei erst bei den Abklärungen über die Ausrichtung von Kinderzulagen entdeckt worden. Die gesetzliche Frist zur Rückforderung sei aber eingehalten worden.

C. Mit Beschwerde vom 13. Mai 2011 ans Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), beantragte A.____, vertreten durch Roman Felix, Advokat, die Verfügungen Nr. 1829 / 2010 vom 9. Dezember 2010 und Nr. 470 / 2010 vom 14. Dezember 2010 sowie der Einspracheentscheid vom 5. April 2011, Ziffern 1 bis 3, der Kasse seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführerin ab 30. Juni 2010 ein Anspruch auf Arbeitslosentaggelder zustehe und kein Rückforderungsanspruch der Kasse bestehen würde. Dies unter o/e- Kostenfolge sowie Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin die neue Tätigkeit in Form einer Einzelfirma erst nach Konkurs der C.____ GmbH aufgenommen habe und dieser zeitliche Aspekt von entscheidender Bedeutung sei. Der Ehemann habe seine Tätigkeit von Grund auf neu aufbauen müssen und habe dies auch erst geraume Zeit nach der Konkursöffnung machen können. Deshalb sei es nicht von Bedeutung, dass die Beschwerdeführerin früher für die C.____ GmbH gearbeitet habe. Die Haltung der Kasse käme einem Berufsverbot für den Ehemann gleich.

D. Mit Vernehmlassung vom 17. August 2011 schloss die Kasse auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des Einspracheentscheides vom 5. April 2011.

E. Mit Replik vom 21. November 2011 hielt die Beschwerdeführerin vollumfänglich an ihrer Beschwerde fest. Ergänzend wurde ausgeführt, dass kein Umgehungstatbestand erfüllt sei.

F. Mit Duplik vom 21. Februar 2012 hielt die Kasse an der Vernehmlassung und dem Einspracheentscheid fest. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird, soweit notwendig, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

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 hat die Beschwerdeführerin die Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft erfüllt, 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 – im Übrigen frist- und formgerecht erhobene – Beschwerde vom 13. Mai 2011 ist deshalb einzutreten.

1.2 Das Kantonsgericht besitzt in Sozialversicherungssachen die vollständige Überprüfungsbefugnis und ist in der Beweiswürdigung frei (vgl. § 57 VPO in Verbindung mit Art. 61 Satz 1 ATSG; Art. 61 lit. c ATSG). Die Abklärung des Sachverhalts hat das Gericht gemäss dem im Sozialversicherungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz von Amtes wegen vorzunehmen. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgericht von sich aus und ohne Bindung an die Parteibegehren für die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhaltes zu sorgen (vgl. THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 443 f.). Eine Einschränkung erfährt der Untersuchungsgrundsatz durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (vgl. BGE 121 V 210 E. 6c). Für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gilt ferner der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgericht die Beweise frei und somit ohne Bindung an förmliche Beweisregeln sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, S. 176 N 914 und S. 220 N 1138). Für das Beschwerdeverfahren hat dies zur Folge, dass das Sozialversicherungsgericht alle Beweismittel - unabhängig davon, von wem sie stammen - objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs gestatten. Weiter dürfen die Verwaltung als verfügende Instanz, beziehungs-

weise im Beschwerdefall das Gericht, eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht ist der 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. Vielmehr ist jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste zu würdigen ist (vgl. BGE 115 V 142 E. 8b).

2. Streitig und zu prüfen ist, ob der Ehemann der Beschwerdeführerin eine arbeitgeberähnliche Stellung hat und die Kasse daher zu Recht einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 30. Juni 2010 abgelehnt hat und die Rückforderung der geleisteten Zahlung verlangt.

3.1 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, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten, 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 oder ihre Ehegatten – 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: 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. Zur Missbrauchsverhütung schliesst Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG auch den im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten des Arbeitgebers vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung aus und zwar auch dann, wenn er selbst weder eine arbeitgeberähnliche Stellung inne hat noch am Entscheid zur Einführung der Kurzarbeit beteiligt war. Der Grund liegt in der sich deckenden Interessenslage sowie der Schwierigkeit bei der Überprüfbarkeit des Arbeitsausfalls (vgl. zum Ganzen GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Bern 1988, Art. 31, N 35 ff.).

3.2 Für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung gibt es keine dem Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG entsprechende, unmittelbar anwendbare Norm. Wie das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG, ab 1. Januar 2007: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen) im Grundsatzentscheid 123 V 234 ff. erwog, kann Kurzarbeit nicht nur in einer Reduktion der Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass der Betrieb für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird. Solange ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung mit der betreffenden Unternehmung noch in einem Arbeitsverhältnis steht, hat er aufgrund der Ausschlussbestimmung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Wird das Arbeitsverhältnis hingegen gekündigt, so gilt die arbeitgeberähnliche Person nach den Erwägungen im zitierten Entscheid nunmehr als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen der Art. 8 ff. AVIG Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Behält sie nach der Entlas-

sung allerdings ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann sie dadurch dessen Entscheidungen weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, so läuft die Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung gemäss der Auffassung des höchsten Gerichts auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, und es besteht auch bei grundsätzlich gegebenen Voraussetzungen nach Art. 8 ff. AVIG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Das Gericht begründete den Umgehungstatbestand im erwähnten Entscheid damit, dass die arbeitgeberähnliche Person über die Dispositionsfreiheit verfüge, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Andererseits 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, oder wenn das Unternehmen zwar weiter bestehe, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliere, deretwegen sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (BGE 123 V 238 f. E. 7b/bb).

3.3 Im Weiteren führte das Bundesgericht wiederholt aus, dass der Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen und ihrer Ehegatten vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung absolut zu verstehen sei. Es sei nicht möglich, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (Urteil des EVG vom 17. Oktober 2005, C 179/05, E. 2). Zudem strich das Gericht auch immer wieder heraus, dass seine Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnen wolle (vgl. Urteil des EVG vom 15. März 2006, C 278/05, E. 2.3 und die Urteile des Bundesgerichts vom 20. Februar 2007, C 151/06, E. 3 und vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Im Anwendungsbereich von Art. 31 Abs. 3 AVIG ist deshalb nicht mehr individuell für den Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich eine rechtsmissbräuchliche Absicht besteht, vielmehr genügt bereits die Möglichkeit eines solchen Missbrauchs, um einen Leistungsausschluss zu rechtfertigen (vgl. REGINA JÄGGI, a.a.O., S. 6 ff.).

4.1 Die Beschwerdeführerin war bei der C.____GmbH als Kauffrau mit Einzelunterschrift und einem Arbeitspensum von 70% angestellt. Die C.____GmbH hatte sie zusammen mit ihrem Ehemann am 1. Oktober 2003 gegründet, der Ehemann amtierte als Geschäftsführer, die Beschwerdeführerin als Gesellschafterin mit einem Stammanteil von CHF 18'000.--. Mit Schreiben vom 30. Dezember 2009 wurde das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin infolge Auftragseinbruchs per 28. Februar 2010 gekündigt. Am 11. März 2010 stellte sie bei der Kasse Antrag auf Arbeitslosenentschädigung und am 26. März 2010 wurde sie als Gesellschafterin der C.____GmbH aus dem Handelsregister gelöscht. Am 29. Juni 2010 wurde über die C.____GmbH der Konkurs eröffnet, woraufhin die Kasse der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Arbeitslosengelder per 30. Juni 2010 einräumte. Im Antrag auf Kinderzulagen vom 24. September 2010 gab die Beschwerdeführerin an, dass ihr Ehemann einer 80%-igen Tätigkeit in seiner Einzelfirma nachgehe. Daraufhin hat die Kasse einen Anspruch auf Arbeitslosengelder verneint, da dem Ehemann aufgrund der weiteren Geschäftstätigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung zukomme.

4.2 Die Kasse hält der Beschwerdeführerin vor, dass nach wie vor eine arbeitgeberähnlichen Stellung vorliege, da ihr Ehemann die Geschäftstätigkeit der C.____GmbH ununterbrochen als Einzelfirma weitergeführt habe. Hinweise, die dafür sprechen würden, seien etwa der Eintrag auf tel.search.ch, die noch immer bestehende Homepage, der praktisch gleich lautende Name der Einzelfirma und die gleiche Geschäftstelefonnummer. Bei einer Kontaktaufnahme mit der Kasse habe sich der Ehemann der Beschwerdeführerin über die ehemalige Geschäftsnummer gemeldet. Des Weiteren sei auf der Homepage der Schweizerischen Vereinigung Beratender Ingenieurunternehmungen (www.usic.ch) unter den Firmenporträts die C.____GmbH aufgeführt, wobei beachtet werden müsse, dass die Firmenporträts im Verlauf des ersten Quartals 2011 durch die Mitglieder erstellt und aktualisiert würden. Deshalb sei mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin die Ingenieurfirma nach wie vor weiterführe. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin räume denn auch ein, dass der Ehemann einer Beschäftigung nachgehe, die im Grundsatz derjenigen der C.____GmbH entsprechen würde. Auf dem Formular betreffend Kinderzulagen hätten die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann durch Unterschrift bestätigt, dass der Ehemann zu 80% für seine Einzelfirma D.____ arbeite. Daher stehe fest, dass bei einer Verbesserung der Auftragslage die Beschwerdeführerin wieder eingestellt werden könne. Ob es sich, wie anfänglich angenommen, um ein Firmenkonglomerat handle, sei fraglich. Erwiesen sei jedoch, dass der Konkurs der C.____GmbH am 15. November 2010 mangels Aktiven eingestellt, die Firma aber erst am 1. März 2011 aus dem Handelsregister gelöscht worden sei. Demzufolge hätten zum Zeitpunkt des Erlasses der Ablehnungsverfügung rein formal zwei Firmen mit gleicher Geschäftstätigkeit, gleicher Firmenadresse und mit dem Ehemann als Entscheidungsträger bestanden. Ob es sich um eine GmbH oder um eine Einzelfirma handle, spiele keine Rolle. Auch das Nichtbestehen von Geschäftsräumen vermöge am Ergebnis, dass aufgrund der Sachlage eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Vorschriften über die Kurzarbeitsentschädigung nicht ausgeschlossen werden könne, nichts zu ändern. Deshalb sei der Beschwerdeführerin bei Ausschluss des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung auch kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu gewähren.

4.3 Die Beschwerdeführerin ihrerseits gab an, dass die vorliegende Konstellation nicht unter die Bestimmung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG subsumiert werden könne. Entgegen den Behauptungen der Vorinstanz könne nicht von einem Firmenkonglomerat ausgegangen werden. Zum Zeitpunkt, als sie noch für die C.____GmbH tätig gewesen sei, habe es noch kein Einzelunternehmen gegeben. Ihr Ehemann habe seine Tätigkeit in der Einzelfirma erst nach Konkurs der C.____GmbH aufgenommen. Er habe von Grund auf neu beginnen müssen und habe dies erst nach geraumer Zeit nach Konkurs tun können. Dieser zeitliche Aspekt sei von entscheidender Bedeutung. Da der Ehemann mit seinem Alter von 62 Jahren kaum noch eine Arbeitsstelle gefunden hätte, sei er gezwungen gewesen, sich erneut selbständig zu machen. Es liege daher weder ein Firmenkonglomerat vor, noch habe der Ehemann die Geschäftstätigkeit der C.____GmbH nahtlos weitergeführt. Könne er nicht eine Einzelfirma in seinem Tätigkeitsbereich nach Konkurs der C.____GmbH betreiben, käme das einem Berufsverbot gleich. Ausserdem sei es gerichtsnotorisch, dass die Verwaltung einer konkursiten Firma von der Konkursverwaltung übernommen würde, die Gesellschafter hätten so keinen Zugriff mehr auf die Akten der Firma. Entgegen den Feststellungen der Vorinstanz könne nicht mit überwiegender Wahr-

scheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Geschäfte nahtlos weitergeführt worden seien. Der Ehemann habe erst mehrere Monate nach Konkureröffnung wieder mit seiner Tätigkeit als Ingenieur angefangen. Die angeblichen Hinweise auf eine ununterbrochene Weiterführung der Geschäftstätigkeiten seien nicht zu beachten. Der Eintrag im Telefonverzeichnis sei veraltet und die Homepage sei gar nie fertig gestellt worden. Ausserdem sei zu beachten, dass durch die Löschung der C.____GmbH aus dem Handelsregister die ehemalige Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin gar nicht mehr existiere. Die Tätigkeit des Ehemannes sei eine neue Tätigkeit und diese sei während des Bestehens der C.____GmbH noch nicht ausgeführt worden, da er damals noch für diese gearbeitet habe. Mit der Eröffnung des Konkurses über die C.____GmbH habe der Ehemann keinerlei Einfluss mehr auf die juristische Person ausüben können. Es liege insgesamt keine arbeitgeberähnliche Stellung vor.

4.4 Vorliegend unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin bis zum 26. März 2011 als Gesellschafterin der C.____GmbH im Handelsregister eingetragen war und ihr eine arbeitgeberähnliche Stellung zukam. Nach ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft hat die Vorinstanz bis zur Eröffnung des Konkurses über die C.____GmbH am 29. Juni 2010 zu Recht einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung des Ehemannes verneint. Grundsätzlich steht der Beschwerdeführerin seit diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu. Fraglich ist nun, ob die Einzelfirma des Ehemannes ihren Betrieb nahtlos an die Geschäftstätigkeit der C.____GmbH angeschlossen und demnach den Anspruch hat erlöschen lassen. Die Beschwerdeführerin gab an, dass ihr Ehemann erst mehrere Monate nach Konkurs der C.____GmbH die Tätigkeit als Ingenieur mit seiner Einzelfirma aufgenommen habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, dass viele Indizien dafür sprechen, dass die in Konkurs geratene und unterdessen aus dem Handelsregister gelöschte C.____GmbH in Form einer Einzelfirma nahtlos weitergeführt wurde. Die Mailadresse, Homepage und Telefonnummer blieben gleich. Ferner konnte trotz angeblich von Grund auf neu aufgebauter Geschäftstätigkeit in der Einzelfirma bereits drei Monate nach Konkurs der C.____GmbH eine 80% Geschäftstätigkeit ausgewiesen werden. Dem von der Beschwerdeführerin geltend gemachten zeitlichen Argument, dass der Ehemann erst geraume Zeit nach Konkurs der C.____GmbH seine Tätigkeit in Form der Einzelfirma aufgenommen habe, kann nicht gefolgt werden, da im Antrag auf Kinderzulagen Ende September 2010 – also rund drei Monate nach Konkureröffnung – angegeben wurde, der Ehemann übe bereits eine 80%-ige Tätigkeit aus. Dies erhärtet die Annahme, dass die Tätigkeit der Einzelfirma direkt oder kurz nach Konkureröffnung aufgenommen worden war. Laut Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung wird nicht nur der ausgewiesene Missbrauch an sich, sondern bereits das Risiko eines solchen massgebend. Es genügt bereits die Möglichkeit eines Missbrauchs um den Leistungsausschuss zu rechtfertigen (vgl. E.4.3 hiervor). Vorliegend ist entscheidend, ob der Betrieb der C.____GmbH tatsächlich eingestellt worden ist und nicht, in welcher Gesellschaftsform die Tätigkeit ausgeübt wurde. Gemäss dem oben Ausgeführten ist davon auszugehen, dass der Betrieb trotz Konkurs der C.____GmbH ohne nennenswerten Unterbruch weitergeführt wurde. Dem Ehemann kommt demnach sogar eine Arbeitgeberstellung zu. Die Beschwerdeführerin hat daher als ehemals mitarbeitende Ehegattin keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

5.1 Zu prüfen bleibt der Rückforderungsanspruch. 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. BGE 127 V 469 E. 2c mit Hinweisen). Die für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen gelten auch mit 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 praxisgemäss 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 H. des EVG vom 23. April 2004, C 214/03, E. 3.1.3; vgl. auch THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 470, N 16). Die Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum vom 30. Juni 2010 bis 31. Oktober 2010 kommt nach dem unter E. 5.1. ff. Gesagten 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 CHF 10'746.15 von erheblicher Bedeutung ist. Somit sind die Rückerstattungsverfügung Nr. 470/2010 vom 14. Dezember 2010, bzw. der sie bestätigende Entscheid der Kasse vom 5. April 2011, zu Recht ergangen.

5.2 Zu prüfen bleibt, 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, 111 V 135). 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 Handels-

registereintrag massgebend ist, hat sich der Versicherungsträger die Publizitätswirkung des Handelsregisters entgegen halten zu lassen (vgl. BGE 122 V 275 E. 5b). Die Arbeitslosenkasse stellte aufgrund des Antrags der Beschwerdeführerin auf Kinderzulagen vom 24. September 2010 fest, dass seit 30. Juni 2010 irrtümlicherweise Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt worden war. Ob ihr dieser Umstand bereits in einem früheren Zeitpunkt hätte bekannt sein müssen, kann vorliegend offen bleiben. Die Rückforderungsverfügung der Arbeitslosenkasse datiert vom 14. Dezember 2010 und erfolgte bereits rund 26 Wochen nach Beginn der von ihr fälschlicherweise eröffneten Leistungsrahmenfrist. Die Rückforderungsverfügung ist somit rechtzeitig erfolgt.

5.3 Zusammenfassend erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid der Kasse vom 5. April 2011 als rechtmässig. Die dagegen erhobene Beschwerde ist demnach als unbegründet abzuweisen.

6. Es bleibt über die Kosten zu entscheiden. Die Beschwerdeführerin hat die unentgeltliche Prozessführung beantragt. Aufgrund fehlender Unterlagen kann darüber zum heutigen Zeitpunkt nicht entschieden werden und der Kostenentscheid wird ausgesetzt. Die Beschwerdeführerin wird aufgefordert, die fehlenden Unterlagen (Bestätigung Sozialhilfebehörde oder Verfügung über laufende Ergänzungsleistungen, falls keine solche Bestätigung vorliegt den Lohnausweis des Vorjahres und aktuelle Lohnabrechnungen sowie die letzte Steuerveranlagung) zum Gesuch um unentgeltliche Prozessführung innert 30 Tage nach Zustellung des vorliegenden Urteils einzureichen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Der Kostenentscheid wird ausgesetzt. Nach Erhalt der fehlenden Unterlagen wird der Entscheid präsidial gefällt.
 3. Die Beschwerdeführerin hat bis 30 Tage nach Zustellung des vorliegenden Urteils folgende Unterlagen einzureichen: Bestätigung Sozialhilfebehörde oder Verfügung über laufende Ergänzungsleistungen, falls keine solche Bestätigung vorliegt den Lohnausweis des Vorjahres und aktuelle Lohnabrechnungen sowie die letzte Steuerveranlagung.

Präsident

Gerichtsschreiberin i.V.

Gegen diesen Entscheid wurde am 22. Oktober 2012 Beschwerde beim Bundesgericht erhoben (siehe nach Vorliegen des Urteils: Verfahren N° [8C 863/2012](#)).