



Fall-Nr.: AVI 2019/20
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 25.08.2020
Entscheiddatum: 03.06.2020

Entscheid Versicherungsgericht, 03.06.2020

Art. 31 und 95 AVIG, 25 und 53 ATSG sowie 933 OR. Publizitätswirkung des Handelsregisters bei der Feststellung einer arbeitgeberähnlichen Stellung. Die Rückforderung zu Unrecht ausbezahlter Arbeitslosentaggelder ist verwirkt, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres seit Auszahlung erfolgt und sich die relevanten Tatsachen hinreichend klar aus dem Handelsregister ergeben, dessen Inhalt als allgemein bekannt gilt (Entscheid Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen vom 3. Juni 2020, AVI 2019/20).

Entscheid vom 3. Juni 2020

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz), Christiane Gallati Schneider und Michaela Machleidt Lehmann; Gerichtsschreiberin Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2019/20

Parteien

A.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. David Zünd, Amparo Anwälte und Notare,
Neugasse 26, Postfach 148, 9001 St. Gallen,

gegen



Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilenstrasse 16/18, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Rückerstattung (arbeitgeberähnliche Stellung)

Sachverhalt

A.

A.a. A.____ meldete sich 2014 sowie 2017 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum St. Gallen (nachfolgend: RAV) zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 13. Januar 2014 sowie am 5. September 2017 bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2014 bzw. ab 1. Oktober 2017 (act. G5.1/209 und G5.1/189 ff.; vgl. auch act. G5.1/59 und 43). Sie war vom 1. Juni 2012 bis 31. Januar 2014 und vom 1. September 2015 bis 30. September 2017 bei der B.____ GmbH (nachfolgend: B.____) angestellt gewesen (vgl. act. G5.1/203 f. und 43). Die Kasse richtete Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum von Februar 2014 bis August 2015 bzw. für den Zeitraum von Oktober 2017 bis August 2018 aus (act. G5.1/164, 154, 148, 139, 130, 125, 121, 117, 113, 108 und 105; vgl. act. G3.1/17 ff.).

A.b. Am 11. September 2018 teilte die Kasse der Versicherten mit, aus dem Handelsregister sei ersichtlich, dass ihr Ehemann als Gesellschafter und Geschäftsführer der B.____ fungiere. Als mitarbeitende Ehegattin habe sie keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Die Kasse müsse sämtliche Taggelder für die Zeit Februar 2014 bis August 2015 bzw. Oktober 2017 bis August 2018 zurückfordern. Sie gab der Versicherten Gelegenheit zur Stellungnahme (act. G5.1/99f.). Diese reichte am 27. September 2018 den Erhebungsbogen zur arbeitgeberähnlichen Person ein (act. G 5.1/94). Mit Verfügung vom 21. November 2018 lehnte die Kasse den Antrag der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 3. Februar 2014 sowie ab 2. Oktober 2017 ab und forderte Taggeldleistungen im Totalbetrag von Fr. 85'455.70 (netto) zurück (act. G5.1/59 ff.). Gegen diese Verfügung erhob die Versicherte, nun



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt David Zünd, am 19. Dezember 2018 Einsprache (act. G5.1/42 ff.).

A.c. Mit Entscheid vom 12. März 2019 wies die Kasse die Einsprache ab. Wenn die unrechtmässige Leistungsausrichtung auf einen Fehler des Versicherungsträgers zurückzuführen sei, beginne die einjährige Verwirkungsfrist in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem er bei Beachtung der ihm zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen. Nicht das Übersehen der arbeitgeberähnlichen Stellung bei der Anmeldung sei entscheidend, sondern die Mitteilung der Personalberaterin am 6. September 2018. Ab diesem Datum habe die einjährige Frist zu laufen begonnen. Die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung seien erfüllt und der gesamte Betrag ab Antragstellung von total Fr. 85'455.70 (netto) sei zu Recht zurückgefordert worden (act. G5.1/17 ff.).

B.

B.a. Gegen diesen Entscheid erhebt A.____ am 12. April 2019 Beschwerde. Sie beantragt, der Einspracheentscheid vom 12. März 2019 sei aufzuheben und es sei auf eine Rückforderung der Taggelder zu verzichten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beschwerdegegnerin. Zur Begründung führt sie aus, aufgrund des von ihr korrekt ausgefüllten Anmeldeformulars habe die Beschwerdegegnerin von Anfang an gewusst, wer ihre Arbeitgeberin vor der Arbeitslosigkeit gewesen sei. Sie habe somit durch einen Blick ins Handelsregister jederzeit erkennen können, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der B.____ gewesen sei. Dem Protokoll des Beratungsgesprächs vom 13. Januar 2014 sei sogar zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin ihren damaligen RAV-Berater explizit darauf hingewiesen habe, dass sie bisher im Restaurant ihres Ehemannes angestellt gewesen sei (act. G1).

B.b. Am 26. April 2019 ergänzt die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde. Die arbeitgeberähnliche Stellung ihres Ehemannes sei offensichtlich und werde auch nicht bestritten. Am 13. Januar 2014 habe sie auf dem Antragsformular korrekt angekreuzt, dass ihr Ehemann eine arbeitgeberähnliche Stellung innehabe. Ebenfalls am 13. Januar 2014 habe sie den RAV-Berater darauf hingewiesen, dass das Restaurant, in welchem sie bis 31. Januar 2014 angestellt sei, ihrem Mann und seinem Partner gehöre.



Dennoch habe die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin vom 3. Februar 2014 bis zu ihrer Aussteuerung am 30. August 2015 Arbeitslosentaggelder ausgerichtet. Vom 1. September 2015 bis zum 30. September 2017 sei die Beschwerdeführerin wieder bei der B.____ angestellt gewesen. Ab 1. Oktober 2017 habe sie wieder um Arbeitslosentaggelder ersucht, welche ihr vom 2. Oktober 2017 bis 31. August 2018 ausgerichtet worden seien. In ihrem Antrag auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung vom 5. September 2017 habe die Beschwerdeführerin die Frage nach der arbeitgeberähnlichen Stellung ihres Ehemannes wiederum korrekt beantwortet. Ab dem 3. September 2018 habe die Beschwerdeführerin erneut bei der B.____ arbeiten können. Die persönliche RAV-Beraterin habe dann erstmals nachgeschaut, wer hinter der B.____ stehe und erkannte, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin Geschäftsführer der B.____ sei. Am 11. September 2018 sei die Beschwerdeführerin über die drohende Rückforderung informiert worden. Die B.____ habe der Beschwerdeführerin aufgrund der wirtschaftlichen Lage bei sinkendem Umsatz kündigen müssen. Nachdem die negative Umsatzentwicklung habe gestoppt werden können, habe die B.____ sie erneut eingestellt, den Personalaufwand später aber vorsichtshalber nochmals reduziert. Es könne deshalb nicht von einer rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung der arbeitgeberähnlichen Stellung des Ehegatten zu Lasten der Beschwerdegegnerin ausgegangen werden. Hier liege eine rückwirkende Betrachtung vor, bei welcher sich der Rechtsmissbrauch überprüfen lasse. Die Grundidee der Gesetzgebung und Rechtsprechung, rechtsmissbräuchliches Verhalten zu verhindern, könne nicht dazu verwendet werden, rückwirkend das tatsächliche Verhalten nicht beurteilen zu müssen. Bei der Betrachtung ex post habe deshalb eine tatsächliche Beurteilung des Rechtsmissbrauchs zu erfolgen. Die Beschwerdegegnerin verkenne, dass sie bereits seit Erhalt des Antrags auf Arbeitslosenentschädigung vom 13. Januar 2014 gewusst habe, dass der Ehegatte der Beschwerdeführerin eine arbeitgeberähnliche Stellung gehabt habe. Denn die Eintragungen im Handelsregister würden aufgrund der gesetzlichen Fiktion als allgemein bekannt vorausgesetzt. Die Beschwerdegegnerin habe spätestens am 14. Januar 2014 gewusst, mit wem die Beschwerdeführerin verheiratet sei. Dies gehe aus ihrer eigenen Persondatenerfassung hervor. Am 12. November 2015 habe die Beschwerdeführerin den neuerlichen, ab 1. September 2015 gültigen Arbeitsvertrag mit der B.____ eingereicht. Der Erhalt eines neuerlichen Arbeitsvertrages mit der gleichen



Arbeitgeberin hätte zu einer genaueren Überprüfung der Arbeitgeberin führen müssen. Dies gelte umso mehr, als die Beschwerdeführerin gleich im Anschluss an ihre Aussteuerung wiederum bei der B.____ untergekommen sei. Die einjährige Verwirkungsfrist habe somit am 12. November 2015 begonnen. Sie sei demnach im Verfügungszeitpunkt abgelaufen. Am 11. September 2017 habe die Beschwerdeführerin einen neuerlichen Antrag auf Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern eingereicht. Wiederum habe sie klar vermerkt, dass ihr Ehemann eine arbeitgeberähnliche Stellung innehabe. Auch in diesem Fall sei die Frist am 21. November 2018 verwirkt gewesen. Schliesslich sei Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angebracht, wonach ein erstmaliger Fehler die Verwirkungsfrist nicht auszulösen vermöge. Eine solche Rechtsprechung lasse sich juristisch nicht rechtfertigen, sondern sei politisch motiviert (act. G3).

B.c. Mit Beschwerdeantwort vom 29. Mai 2019 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Aus dem Arbeitsvertrag vom September 2015 sei die arbeitgeberähnliche Stellung des Ehegatten nicht ersichtlich, da die Beschwerdeführerin einen anderen Nachnamen trage als ihr Ehemann (richtig: als die B.____ als Firma ihrer Arbeitgeberin). Würde beim fristauslösenden Ereignis vom "ersten Fehler" der Verwaltung ausgegangen, würde das Institut der Rückforderung quasi ausgehöhlt. Deshalb sei gemäss Rechtsprechung auf den sogenannten "zweiten Blick" abzustellen, bei dem die zuständige Stelle unter Beachtung der gebotenen und ihr zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückforderung gegeben seien. Erst mit der Meldung der Personalberaterin im September 2018 sei realisiert worden, dass die Beschwerdeführerin mitarbeitende Ehegattin einer Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung gewesen sei. Somit habe die Beschwerdegegnerin ab September 2018 ein Jahr Zeit gehabt, den Betrag zurückzufordern. Die Frist sei folglich eingehalten worden (act. G5).

B.d. Mit Replik vom 7. Juni 2019 weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass ihr Ehemann und sie den gleichen Nachnamen tragen würden. Zudem sei der vollständige Name ihres Ehemannes der Beschwerdegegnerin seit dem 14. Januar 2014 bekannt gewesen. Sie hätte somit aufgrund des Handelsregisters erkennen müssen, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der B.____ innegehabt habe (act. G7).



B.e. Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (act. G9).

Erwägungen

1.

1.1. Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen. Praxisgemäss ist diese der Vermeidung von Missbräuchen dienende Bestimmung analog auf arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten anzuwenden, die Arbeitslosenentschädigung beantragen. Das Missbrauchsrisiko ist dasselbe, ob es nun um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenzenschädigung geht. Daher rechtfertigt sich keine unterschiedliche Behandlung arbeitgeberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungsarten (BGE 145 V 200 E. 4.1; 142 V 263 E. 4.1; 123 V 234 E. 7b/bb, je mit Hinweisen).

1.2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts will somit nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2016, 8C_529/2016, E. 5.2). Eine Missbrauchsgefahr besteht namentlich dann, wenn ein Ehegatte eine vollständige unternehmerische Dispositionsfreiheit mit der jederzeitigen Möglichkeit beibehält, den anderen Ehegatten wieder in sein Unternehmen einzubinden (Urteil des Bundesgerichts vom 20. Februar 2013, 8C_863/2012, E. 3.4).

1.3. Die Frage, ob Arbeitnehmende einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, ist aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalls ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. des Bundesgesetzes betreffend Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220]) sowie die



(mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG (vgl. Art 716 ff. OR; BGE 145 V 200 E. 4.2 mit Hinweisen).

2.

2.1. Vorliegend ist ausgewiesen und unstreitig, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift eine arbeitgeberähnliche Stellung bei ihrer früheren Arbeitgeberin, der B.____, innehatte. Gestützt auf die vorstehend dargelegte Rechtsprechung hätte die Beschwerdeführerin demnach, wie sie selbst nun auch einräumt, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt.

2.2. Streitig und zu prüfen ist hingegen, ob die Beschwerdegegnerin die für den Zeitraum von Februar 2014 bis August 2015 und von Oktober 2017 bis August 2018 bezogene Arbeitslosenentschädigung zu Recht zurückfordert.

3.

3.1. Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Eine Leistung in der Sozialversicherung ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zurückzuerstatten, wenn in verfahrensrechtlicher Hinsicht entweder die für die (prozessuale) Revision oder die für die Wiedererwägung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger wiedererwägungsweise auf formell rechtskräftige Verfügungen zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist.

3.2. Den formell rechtskräftigen Verfügungen gleichgestellt sind auch die im formlosen Verfahren ergangenen Entscheide, soweit sie eine mit dem Ablauf der Beschwerdefrist bei formellen Verfügungen vergleichbare Rechtsbeständigkeit erreicht haben. Taggeldabrechnungen der Arbeitslosenversicherung, die nicht in die Form einer formellen Verfügung gekleidet werden, weisen materiell Verfügungscharakter auf (Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2003, C 7/02, E. 3.1; BGE 125 V 475 E. 1 mit Hinweis). Sind formell oder formlos zugesprochene Leistungen noch nicht rechtskräftig



geworden, kann die Verwaltung innert der Rechtsmittelfrist (30 Tage) darauf zurückkommen, ohne dass – wie dies im Falle des Zurückkommens auf rechtskräftige Verfügungen der Fall ist – die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung oder Revision erfüllt sein müssen. Zu einem späteren Zeitpunkt bedarf demnach das Zurückkommen auf eine faktische Verfügung, z.B. auf eine Taggeldabrechnung, eines Rückkommenstitels in Form einer Wiedererwägung oder einer prozessualen Revision (Urteil C 7/02 E. 3.1; BGE 129 V 110 E. 1.2.1). Die Frist von 30 Tagen läuft ab Erlass der zu berichtigenen Verfügung oder ab Leistungsausrichtung (vgl. Kreisschreiben des Seco über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso [AVIG-Praxis RVEI], Januar 2020, Rz A3).

3.3. Nachdem die Rückerstattung am 21. November 2018 verfügt wurde (act. G5.1/59 ff.), ist die Beschwerdegegnerin offenkundig nicht innerhalb von 30 Tagen nach deren jeweiliger Auszahlung auf die Leistungsabrechnungen zurückgekommen. Demnach muss ein Rückkommenstitel gemäss Art. 53 ATSG gegeben sein. Mangels Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel kommt dafür einzig die Wiedererwägung in Frage.

3.4. Ob die Unrichtigkeit im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG zweifellos ist und zu einer Wiedererwägung rechtfertigt, beurteilt sich nicht nach der Grobheit des Fehlers. Massgebend muss vielmehr das Ausmass der Überzeugung sein, dass die bisherige Entscheidung unrichtig war. Es darf kein vernünftiger Zweifel daran möglich sein, dass eine Unrichtigkeit vorliegt (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Bern/St. Gallen/Zürich 2020, Art. 53 N 59). Eine Wiedererwägung kann des Weiteren nur dann vorgenommen werden, wenn die infrage stehende Korrektur erheblich ist. Eine erhebliche Bedeutung ist nach der Rechtsprechung dann anzunehmen, wenn ein Betrag von mehr als einigen Hundert Franken auf dem Spiel steht (Kieser, a.a.O., Art. 53 N 65 f.).

3.5. Ob die Beschwerdeführerin oder ihr Ehemann sich rechtsmissbräuchlich verhalten haben oder nicht, ist vorliegend unerheblich. Denn das Bundesgericht will schon dem Risiko des Missbrauchs an sich begegnen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen bzw. deren Ehegatten inhärent ist (siehe E. 1.2 vorstehend). Es kann deshalb nicht, wie der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin geltend macht, retrospektiv ein Rechtsmissbrauch ausgeschlossen und bei einer wegen arbeitgeberähnlicher Stellung ursprünglich fehlerhaften Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung im Nachhinein auf eine Rückforderung verzichtet werden. Die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung war zweifellos unrichtig. Die infrage stehende Korrektur ist angesichts des Rückforderungsbetrags von Fr. 85'455.70 zudem erheblich. Damit sind die



Voraussetzungen für eine Wiedererwägung erfüllt. Zu prüfen bleibt, ob der Rückerstattungsanspruch vollständig oder teilweise verwirkt ist.

4.

4.1. Der Rückforderungsanspruch erlischt mit Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 erster Satz ATSG). Wird der Rückforderungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend (Art. 25 Abs. 2 zweiter Satz ATSG).

4.2. Eine strafbare Handlung steht vorliegend nicht zur Diskussion. Mit der Verfügung vom 21. November 2018 wurde die absolute Frist von fünf Jahren seit Zusprache der einzelnen Leistungen (ab Februar 2014) ohne Weiteres eingehalten. Streitig ist hingegen, ab wann sich die Beschwerdegegnerin die Kenntnis des Rückforderungsanspruchs anrechnen lassen muss.

4.3. Soweit für das Erkennen der Unrechtmässigkeit der Leistungsausrichtung ein Handelsregistereintrag massgebend ist, hat sich der Versicherungsträger die Publizitätswirkung des Handelsregisters (Art. 933 Abs. 1 OR) entgegenhalten zu lassen (Kieser, a.a.O., Art. 25 N 87). Demnach ist der Inhalt des Handelsregisters als namentlich auch der Versicherungseinrichtung bekannt vorzusetzen. Der Verwaltung ist es aufgrund der Publizitätswirkung verwehrt einzuwenden, eine Eintragung im Handelsregister nicht gekannt zu haben. Ist der Eintrag allein bereits hinreichend klar bezüglich der einen Entschädigungsanspruch ausschliessenden Eigenschaft der leistungsansprechenden Person, beginnt die einjährige Verwirkungsfrist deshalb von Anfang an, d.h. mit der ersten Auszahlung der Leistungen (Taggelder) zu laufen (Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, S. 432 und S. 435, mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2010, 8C_719/2009, E. 4).

4.4. Die Publizitätswirkung des Handelsregisters gilt grundsätzlich selbst dann, wenn die versicherte Person die Frage betreffend arbeitgeberähnlicher Stellung falsch beantwortet hat. Eine Korrektur des aus der Anwendung von Art. 25 Abs. 2 erster Satz ATSG in Verbindung mit Art. 933 Abs. 1 OR sich ergebenden Fristenlaufs wäre höchstens bei Verletzung des sowohl für Behörden als auch Private allgemein geltenden Rechtsgrundsatzes des Rechtsmissbrauchsverbots denkbar. Es bedürfte mithin einer qualifizierten Falschauskunft mit der Absicht des Erschleichens von Leistungen mit Wissen um die Verwaltungspraxis (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 432; Urteile



des Bundesgerichts vom 27. März 2009, 8C_855/2008, E. 4.2, und vom 30. Juli 2009, 8C_293/2008, E. 4). Das Seco hält die Arbeitslosenkassen in seinem Kreisschreiben "AVIG-Praxis ALE" denn auch an, jede versicherte Person, die sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmeldet (inkl. Wiederanmeldungen), ungeachtet der Antwort auf die diesbezüglichen Fragen im Antragsformular auf ihre arbeitgeberähnliche Stellung im zuletzt gearbeiteten Betrieb zu prüfen (AVIG-Praxis ALE, B16).

4.5. Vorliegend ging der Familienausweis der Beschwerdeführerin anlässlich ihrer zweiten Anmeldung am 11. September 2017 bei der Beschwerdegegnerin ein (act. G5.1/196 ff.). Spätestens ab diesem Zeitpunkt war der Beschwerdegegnerin demnach der Name des Ehemannes der Beschwerdeführerin bekannt. Aufgrund der Publizitätswirkung des Handelsregisters ist ihr ab diesem Zeitpunkt auch das Wissen darum zuzurechnen, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin bei ihrer letzten Arbeitgeberin Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift war (siehe act. G5.1/103 f.) und die Beschwerdeführerin als arbeitgeberähnliche Person keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hatte und zu Unrecht Taggelder bezog. Spätestens ab 11. September 2017 begann somit die einjährige Verwirkungsfrist zu laufen, und die Rückforderung war somit im Zeitpunkt der Verfügung vom 21. November 2018 bezüglich der mehr als ein Jahr zurückliegenden Taggeldleistungen verwirkt. Da die Verwirkungsfrist hinsichtlich der einzelnen Leistung nicht vor der entsprechenden tatsächlichen Auszahlung einsetzen kann (Kieser, a.a.O., Art. 25 N 89), war andererseits bezüglich der nach dem 21. November 2017 ausgerichteten Zahlungen, d.h. der Taggelder für die Kontrollperioden November 2017 bis August 2018 (vgl. act. G5.1/154, 148, 139, 135, 130, 125, 121, 117, 113, 108 und 105; vgl. auch act. G 5.1/66) die Verwirkungsfrist bei Erlass der Rückforderungsverfügung noch nicht abgelaufen, weshalb die Rückforderung der entsprechenden Taggeldleistungen im Betrag von gesamthaft Fr. 30'436.70 (netto) zu bestätigen ist.

5.

5.1. Nach dem Gesagten ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Einspracheentscheid vom 12. März 2019 aufzuheben und die Beschwerdeführerin zu verpflichten, die von November 2017 bis August 2018 zu Unrecht bezogene Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 30'436.70 (netto) der Beschwerdegegnerin zurückzuzahlen.

5.2. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Hingegen hat die teilweise obsiegende Beschwerdeführerin Anspruch auf entsprechenden Ersatz der



St.Galler Gerichte

Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75) pauschal Fr. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Vorliegend erscheint eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) bei einem Obsiegen im Umfang von rund zwei Dritteln angemessen.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 12. März 2019 aufgehoben und die Beschwerdeführerin verpflichtet, die von November 2017 bis August 2018 zu Unrecht bezogene Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 30'436.70 (netto) der Beschwerdegegnerin zurückzuzahlen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die Beschwerdegegnerin bezahlt der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen).