

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2019 53

Entscheid vom 18. September 2019

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
MLaw Manuel Gamma, Gerichtsschreiber

Parteien

A._____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwältin Dr.iur. B._____,

gegen

Unia Arbeitslosenkasse, Kompetenzzentrum D-CH West, Monbijoustrasse 61, Postfach 3398, 3001 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosenentschädigung; Rückforderung)

Sachverhalt:

A. A._____ (Jg. 1977) war seit dem 17. Juni 2014 als Business Development Manager bei der C._____ (GmbH), D._____, angestellt (Vi-act. 307). An der 2014 gegründeten Firma war sie zudem mit 10 Stammanteilen à Fr. 1'000.-- mit 50% als Gesellschafterin beteiligt und ebenso als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (vgl. www.zefix.ch, C._____; eingesehen am 26.8.2019).

B. Am 29. November 2017 kündigte die C._____ das Arbeitsverhältnis mit A._____ per 31. Dezember 2017 (Vi-act. 314). Am 21. Dezember 2017 wurde A._____ durch das RAV E._____ zur Arbeitsvermittlung angemeldet (Vi-act. 354). Am 29. Dezember 2017 reichte die C._____ die Arbeitgeberbestätigung ein, worin die Kündigung vom 29. November 2017 per 31. Dezember 2017 aus betrieblichen Gründen bestätigt wird (Vi-act. 321). Am 9. Januar 2018 stellte A._____ Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Januar 2018 (Vi-act. 315).

C. Nachdem die Unia Arbeitslosenkasse von A._____ zur Prüfung ihrer Anspruchsberechtigung weitere Unterlagen einforderte (Vi-act. 304), informierte sie die Versicherte am 1. Februar 2018, dass sie ab dem 1. Januar 2018 Anspruch auf ein Arbeitslosentaggeld von Fr. 245.80 habe. Die Höchstzahl der bis am 31. Dezember 2019 beziehbaren Taggelder betrage 400 (Vi-act. 286).

D. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2018 entschied die Unia Arbeitslosenkasse, der Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Januar 2018 von A._____ werde abgewiesen. Sie sei im Handelsregister weiterhin als Geschäftsführerin der C._____ eingetragen, was einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesse (Vi-act. 199).

Mit einer zweiten Verfügung vom 5. Dezember 2018 forderte die Unia Arbeitslosenkasse von A._____ seit dem 1. Januar 2018 zu Unrecht ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 56'953.75 zurück (Vi-act. 203).

E. Am 18. Januar 2019 erhob A._____ gegen die zwei Verfügungen vom 5. Dezember 2018 Einsprache. Beide Verfügungen seien aufzuheben. Der Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar 2018 sei gutzuheissen. Eventualiter sei A._____ die Rückzahlung in der Höhe von Fr. 56'953.75 zzgl. allfälliger Zinsen zu erlassen (Vi-act. 155).

Mit Einspracheentscheid vom 28. Mai 2019 entschied die Unia Arbeitslosenkasse (Vi-act. 134):

1. Die Einsprache vom 18.01.2019 wird gutgeheissen.
2. Die Verfügungen kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und Rückforderung von Leistungen CHF 56'953.75 vom 5.12.2018 werden aufgehoben.
3. Die beiden Verfügungen werden in diesem Entscheid vereint.
4. Die zuviel ausbezahlten Leistungen in der Höhe von CHF 55'519.75 werden zurückgefordert.
5. Ab 01.01.2018 besteht kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.
6. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids wird das Erlassgesuch vom 05.12.2018 [recte: 18.01.2019] an die zuständige kantonale Amtsstelle weitergeleitet.
7. Das vorliegende Verfahren ist kostenlos und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

F. Am 28. Juni 2019 lässt A. _____ gegen den Einspracheentscheid vom 28. Mai 2019 beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde einreichen mit den Rechtsbegehren:

1. Der Einspracheentscheid vom 28.05.2019 soll aufgehoben und der Beschwerdeführerin die Leistungen der Arbeitslosenkasse ab 01.01.2018 weiterhin gewährt werden.
2. Es soll der Beschwerdeführerin eine Frist zur ergänzenden Beschwerdebeurteilung gewährt werden.
(Begründung)
3. Es sei eine mündliche Verhandlung durchzuführen.
4. Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung durch die Unterzeichnende zu gewähren.
5. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten des Beklagten.

Mit Vernehmlassung vom 9. Juli 2019 beantragt die Unia Arbeitslosenkasse die Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des Einspracheentscheides vom 28. Mai 2019 unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

Mit Eingaben vom 6. August 2019 und 16. August 2019 nimmt die Beschwerdeführerin Stellung zur Vernehmlassung der Vorinstanz sowie den vorinstanzlichen Akten. Am 2. September 2019 reicht sie eine weitere Eingabe ein.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Vorliegend ist strittig, ob die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung infolge arbeitgeberähnlicher Stellung zu Recht per 1. Januar 2018 abgelehnt und in der Folge zu Recht geleistete Arbeitslosenschädigung in der Höhe von Fr. 55'519.75 zurückgefordert hat:

1.1 Am 9. Januar 2018 stellte die Beschwerdeführerin Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (Vi-act. 315). Zur Prüfung des Anspruches forderte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin verschiedene Unterlagen ein. Am 1. Februar 2018 informierte sie die Beschwerdeführerin über den seit dem 1. Januar 2018 bestehenden Anspruch und sie leistete in der Folge Arbeitslosenentschädigung von Fr. 245.80 pro Tag (Vi-act. 286). Auch wurde die Beschwerdeführerin durch das RAV zu Kursen (Vi-act. 302) sowie zur Teilnahme an einem Programm zur vorübergehenden Beschäftigung aufgeboten (Vi-act. 252), an welchem sie vom 6. August 2018 bis 5. Dezember 2018 teilnahm (Vi-act. 243 und 177).

1.2.1 Mit Verfügung vom 5. Dezember 2018 wies die Vorinstanz den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Januar 2018 ab. Gemäss Handelsregister sei die Beschwerdeführerin weiterhin als Geschäftsführerin der C._____, ihrer ehemaligen Arbeitgeberin, eingetragen. Personen, die infolge teilweisem oder vollständigem Verlust einer Stelle mit arbeitgeberähnlicher Stellung arbeitslos würden, aber weiterhin die Entscheidungsfindung im Betrieb bestimmen oder massgeblich beeinflussen könnten, hätten aufgrund der analogen Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0) vom 25. Juni 1982 rechtsprechungsgemäss keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Da die Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin und Gesellschafterin der Firma C._____ im Handelsregister eingetragen sei, müsse ihr Antrag auf Arbeitslosenentschädigung abgelehnt werden (Vi-act. 199).

1.2.2 Mit einer zweiten Verfügung desselben Tages (5.12.2018) forderte die Vorinstanz die bereits geleisteten Taggelder in der Höhe von Fr. 56'953.75 zurück (Vi-act. 203). Nachdem kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Januar 2018 bestehe, seien die entsprechenden Taggelder zu Unrecht geleistet worden und würden gestützt auf Art. 25 i.V.m. Art. 53 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) vom 6. Oktober 2000 zurückgefordert.

1.3 In der Einsprache vom 18. Januar 2019 machte die Beschwerdeführerin geltend, es sei der Vorinstanz bekannt gewesen, dass sie Geschäftsführerin der C._____ gewesen sei; auch sei ihr die Kündigung per Ende 2017 bekannt gewesen. Es müsse der Vorinstanz daher auch klar gewesen sein, dass die Beschwerdeführerin einzig aus Versehen resp. Nachlässigkeit weiterhin, trotz Kündigung und Arbeitsbeendigung, im Handelsregister als Geschäftsführerin eingetragen geblieben sei. Beanstandet worden sei dies durch die Vorinstanz nicht.

Der Beschwerdeführerin sei nicht bewusst gewesen, dass nicht ihre effektive Stellung, sondern der Handelsregistereintrag massgeblich sei. Nachdem dies nun klar sei, habe die C._____ umgehend eine Gesellschafterversammlung einberufen und sie als Geschäftsführerin aus dem Handelsregister gelöscht. Auch bestätige die Gesellschaft, dass die Beschwerdeführerin seit der Kündigung keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr innehave. Sie sei seit dem 1. Januar 2018 in keiner Weise mehr für die Firma tätig gewesen. Schliesslich widerspreche es auch Treu und Glauben, wenn am 1. Februar 2018 der Arbeitslosenentschädigungsanspruch gutgeheissen und dann am 5. Dezember 2018 aus heiterem Himmel abgelehnt werde (Vi-act. 155 ff.).

1.4 Im Einspracheentscheid vom 28. Mai 2019 bestätigte die Vorinstanz die Ablehnung eines Anspruches per 1. Januar 2018 (Vi-act. 134 ff.). Aufgrund einer Kontrolle vom 5. Dezember 2018 sei festgestellt worden, dass die Beschwerdeführerin als Gesellschafterin der C._____ mit Einzelunterschrift im Handelsregister weiterhin eingetragen sei. Wer als unselbständige Erwerbstätige Lohn erziele und einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes habe, befinde sich in einer arbeitgeberähnlichen Stellung. Damit Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe, müsse das Ausscheiden aus der Firma bzw. die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung definitiv sein. Allein mit der Kündigung der Anstellung sei noch nichts über die arbeitgeberähnliche Stellung entschieden. Da die Beschwerdeführerin noch immer als Gesellschafterin der C._____ im Handelsregister eingetragen sei, habe sie noch immer massgebenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes. Die Tatsache, dass sie neu nicht mehr Geschäftsführerin sei, ändere nichts daran, dass sie mit 10 Stammanteilen zu je 1'000.-- nach wie vor eine 50%-Beteiligung halte. Entsprechend habe sie ab 1. Januar 2018 keinen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenkasse. Andererseits wurde der Rückforderungsbetrag neu berechnet, was zu einer um Fr. 1'434.-- reduzierten Rückforderung in der Höhe von Fr. 55'519.75 führte.

1.5 Vor Verwaltungsgericht macht die Beschwerdeführerin geltend, der Einspracheentscheid gehe überhaupt nicht auf die Einsprachegründe ein, weshalb ihr rechtliches Gehör, Art. 29 BV, verletzt sei. Zudem lasse die Vorinstanz gänzlich ausser Acht, dass die Beschwerdeführerin trotz Handelsregistereintrag als Gesellschafterin überhaupt keinen Einfluss auf die Gesellschaft mehr habe, seit sie die Anstellung verloren und auch die Position als Geschäftsführerin abgegeben habe. Die Firma sei schlichtweg stillgelegt. Die C._____ sei zwar noch im Handelsregister eingetragen, habe jedoch keine Arbeitnehmer mehr und führe keine Tätigkeit mehr aus. Allein aufgrund des Haltens ihrer Gesellschaftsanteile,

ihrer Stellung als Gesellschafterin, dürfe nicht angenommen werden, sie habe eine arbeitgeberähnliche Stellung inne. Aufgrund der Einsprache habe die Vorinstanz wohl realisiert, dass die Beschwerdeführerin faktisch nicht mehr Geschäftsführerin sei. Sie habe dann aber zu Unrecht die arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin aus der alleinigen Tatsache, dass sie noch Gesellschafterin sei, geschlossen. Dies betont die Beschwerdeführerin auch in der Eingabe vom 6. August 2019. Nicht jeder Gesellschafter einer GmbH sei automatisch Geschäftsführer; die Beschwerdeführerin habe klar keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr innegehabt, die Gesellschaft habe überhaupt keine Tätigkeit mehr ausgeführt. In der Eingabe vom 16. August 2019 macht die Beschwerdeführerin schliesslich geltend, aus den vorinstanzlichen Akten gehe zudem hervor, dass sie durch die Vorinstanz überhaupt nie korrekt informiert worden sei. Sie sei nie über ihre Stellung in der Firma angefragt worden und entsprechend sei sie nie bzw. falsch beraten worden. Durch diese falsche Beratung sei sie nun zu Schaden gekommen. Die Beschwerdeführerin habe die ihr gestellten Fragen stets korrekt beantwortet. Weil ihr indes keine Frage zu ihrer Stellung in der C._____ gestellt worden sei, habe sie in guten Treuen auch nicht annehmen müssen, dass sie hätte mitteilen sollen, dass sie an dieser Firma beteiligt sei. Da sie eine unrichtige Auskunft erhalten habe bzw. ihr gegenüber Wichtiges verschwiegen worden sei, sei sie gestützt auf Art. 9 BV in ihrem Vertrauen zu schützen, weshalb die Beschwerde gutzuheissen sei. Die letzten Ausführungen korrigiert die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 2. September 2019 insoweit, als sie zu Beginn sehr wohl nach einer Beteiligung angefragt worden sei und sie dies auch korrekt beantwortet habe; mithin habe die Vorinstanz von Anbeginn weg um ihre Beteiligung gewusst.

2.1 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat die versicherte Person, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 8 AVIG erfüllt. Darnach erforderlich ist unter anderem die Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Die versicherte Person ist vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art 15 Abs. 1 AVIG).

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, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Praxisgemäss ist diese der Vermeidung von Missbräuchen dienende Bestimmung analog auf

arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten anzuwenden, die Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geltend machen (BGE 123 V 234 Erw. 7b/bb).

2.3 Hervorzuheben ist, dass die Frage, ob Arbeitnehmende einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten ist (BGE 122 V 270 Erw. 3). Keine Prüfung des Einzelfalles 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. OR) sowie die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG, für welche das Gesetz in der Eigenschaft als Verwaltungsrat in Art. 716-716b OR verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt (BGE 145 V 200 Erw. 4.2 m.w.H.; VGE II 2018 96 vom 16.1.2019 Erw. 4.2.1).

2.4 Im Entscheid BGE 145 V 200 hat sich das Bundesgericht vertieft mit dem rechtsprechungsgemässen absoluten Ausschluss vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung eines Gesellschafters einer GmbH befasst. Aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung der GmbH (Art. 772 ff. OR), namentlich der Bedeutung der Gesellschafterversammlung als oberstem Organ der GmbH sowie der unübertragbaren Befugnisse eines Gesellschafters nach Art. 804 Abs. 2 OR, die mit Blick auf die arbeitslosenversicherungsrechtliche Qualifikation einer arbeitgeberähnlichen Person nicht anders zu werten seien als jene eines Verwaltungsrates einer AG, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass an der Rechtsprechung festzuhalten sei, wonach dem Gesellschafter unabhängig von der Höhe seines Stammanteils von Gesetzes wegen eine Einflussmöglichkeit auf die Geschicke der Gesellschaft zusteht, die einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesst (BGE 145 V 200 Erw. 4.5).

2.5.1 Gemäss Art. 27 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten, wobei Art. 27 Abs. 1 ATSG eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane stipuliert, die nicht erst auf persönliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat (BGE 131 V 472 Erw. 4.1). Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Sie haben die Versicherten über ihre Rechte und

Pflichten aufzuklären, insbesondere über das Verfahren der Anmeldung und über die Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden und zu verkürzen (vgl. dazu Art. 19a Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02] vom 31.8.1983 i.V.m. Art. 76 Abs. 1 lit. a - d AVIG).

2.5.2 Art. 27 Abs. 2 ATSG beschlägt ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen (BGE 131 V 472 Erw. 4.1). Sinn und Zweck der Beratungspflicht ist, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des jeweiligen Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt (BGE 131 V 472 Erw. 4.3). Das Bundesgericht hat bisher offengelassen, wo die Grenzen der in Art. 27 Abs. 2 ATSG verankerten Beratungspflicht in generell-abstrakter Weise zu ziehen sind. Es hat jedoch entschieden, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden (BGE 131 V 472 Erw. 4.3; vgl. zum Ganzen Urteil BGer 8C_438/2018 vom 10.8.2018 Erw. 3 m.w.H.).

2.5.3 Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht nach Art. 27 Abs. 2 ATSG kommt gemäss konstanter und unter der Herrschaft des ATSG weitergeltender Rechtsprechung (BGE 131 V 472 Erw. 5) einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich. Dieser hat in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen, sofern sämtliche Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes erfüllt sind (BGE 143 V 341 Erw. 5.2.1; Urteil BGer 8C_438/2018 vom 10.8.2018 Erw. 3.4).

3.1 Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine arbeitgeberähnliche Stellung in der C. _____ auch dann noch attestierte, als sie als Geschäftsführerin aus dem Handelsregister gelöscht wurde. Noch heute ist sie mit 10 Stammanteilen mit einer 50%-Beteiligung Gesellschafterin der C. _____ (vgl. Handelsregisterauszug, www.zefix.ch; eingesehen am 18.9.2019). Gemäss der mit BGE 145 V 200 bestätigten Rechtsprechung steht dem Gesellschafter unabhängig von der Höhe seines Stammanteils von Gesetzes wegen eine Einflussmöglichkeit auf die Geschicke der Gesellschaft zu, die einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesst. Es erübrigen sich daher Weiterungen hinsichtlich der effektiven Geschäftstätigkeit resp. Geschäftsaufgabe der C. _____ oder der faktischen Einflussmöglichkeit der Beschwerdeführerin. Einzig der

Vollständigkeit halber sei ergänzt, dass sich weder aus dem statutarischen Zweck der C. _____ (vgl. Vi-act. 76 ff.) noch aus dem Handelsregistereintrag ergibt, dass die Firma den Vertrieb nur eines einzigen Produktes bezweckt hatte und dies nicht mehr möglich sei, wie dies die Beschwerdeführerin ausführt. Ebenso bestätigen die Statuten der C. _____ die besondere Stellung des Gesellschafters einer GmbH; namentlich werden die unübertragbaren Befugnisse eines Gesellschafters nach Art. 804 Abs. 2 OR bestätigt (Art. 10 Statuten; Vi-act. 77) und als Gesellschafterin untersteht die Beschwerdeführerin einer Treuepflicht und einem Konkurrenzverbot (Art. 8 Statuten; Vi-act. 77). Zudem kann die Firma trotz schlechtem Jahresabschluss 2018 (vgl. Vi-act. 188) die Geschäftstätigkeit jederzeit wieder aufnehmen. Mithin wurde die arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin zu Recht festgestellt.

3.2.1 In der Eingabe vom 16. August 2019 führt die Beschwerdeführerin aus, ihre Stellung als Gesellschafterin der C. _____ sei nie ein Thema gewesen. Die Vorinstanz habe die daraus erwachsende Problematik ihr gegenüber zu Unrecht verschwiegen, was erst zum Problem geführt habe. Hätte sie darum gewusst, hätte sie ihre Stammanteile selbst ohne Entschädigung abgetreten.

3.2.2 Entgegen dieser Darstellung vom 16. August 2019 ist es nicht so, dass die Beteiligung nie ein Thema war. Im Gegenteil wurde die Beschwerdeführerin konkret nach ihrem Verhältnis zur letzten Arbeitgeberin befragt, was sie in der Eingabe vom 2. September 2019 dann auch bestätigt.

Am 9. Januar 2018 hat die Beschwerdeführerin den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ausgefüllt. Es handelt sich dabei um ein standardisiertes Formular der Arbeitslosenversicherung, nicht um eines der Vorinstanz (vgl. Vi-act. 315; ebenso downloadbar unter www.arbeit.swiss). Unter Ziffer 28 wird der Antragsteller gefragt:

Sind Sie oder Ihr Ehegatte/Ihre Ehegattin/Ihr eingetragener Partner/Ihre eingetragene Partnerin am Betrieb des letzten Arbeitgebers beteiligt oder gehören Sie oder Ihr Ehegatte/Ihre Ehegattin/Ihr eingetragener Partner/Ihre eingetragene Partnerin einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium an (z.B. Aktionär, Verwaltungsrat in einer AG oder Gesellschafter, Geschäftsführer in einer GmbH, etc.)?

Die Beschwerdeführerin hat diese Frage korrekt mit "ja" beantwortet (vgl. Vi-act. 317). Mithin hat die Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz bereits im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung wahrheitsgemäss offengelegt, dass sie am Betrieb des letzten Arbeitgebers beteiligt ist resp. einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört. Mithin lag die Problematik der arbeitgeberähnlichen Stellung der Beschwerdeführerin seit Anbeginn offen auf dem Tisch.

3.2.3 Mit Schreiben vom 22. Januar 2018 forderte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin weitere Unterlagen ein, um ihren Anspruch prüfen zu können. Eingefordert wurde der ausgefüllte Fragebogen zur Unterhaltspflicht, eine Kopie des Familienbüchleins sowie ein Nachweis der Ausbildungsstätte der Tochter (Vi-act. 304). Hingegen verzichtete die Vorinstanz auf das Einholen irgendwelcher Informationen betreffend die deklarierte Beteiligung am Betrieb des letzten Arbeitgebers bzw. die Einsitznahme im obersten betrieblichen Entscheidungsgremium.

3.2.4 Eine wesentliche, aus Art. 27 Abs. 2 ATSG fließende Pflicht der Versicherungsträger besteht darin, die Versicherten darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden (BGE 131 V 472 Erw. 4.3). Die Beratungspflicht setzt dabei nicht einen entsprechenden Antrag der versicherten Person voraus, sondern ist zu erfüllen, wenn die Versicherungsträgerin einen entsprechenden Beratungsbedarf feststellt. Allerdings kann von der Versicherungsträgerin nicht mehr verlangt werden, als sie bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit erkennen konnte (Kieser, Kommentar ATSG, 3. Aufl., Art. 27 Rz. 28).

3.2.5 Deklariert eine versicherte Person - so wie die Beschwerdeführerin - im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung eine Beteiligung an der letzten Arbeitgeberin resp. eine Einsitznahme in deren oberstem Entscheidungsgremium, so ist der Leistungsanspruch offenkundig gefährdet. Die Gefährdung wird durch den Antragsteller auf dem offiziellen Formular offengelegt, so dass der Versicherungsträger die Gefährdung bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit erkennen muss. Entsprechend ist er verpflichtet, die Situation zu klären, die versicherte Person zu beraten und sie auf die Problematik der arbeitgeberähnlichen Stellung und den Ausschluss des Anspruches auf Arbeitslosenentschädigung anzusprechen (der Versicherungsträger wäre gar berechtigt, den Anspruch direkt abzulehnen, solange die arbeitgeberähnliche Stellung besteht; vgl. Art. 42 ATSG). Die Vorinstanz macht nicht geltend, dass sie dieser Pflicht nachgekommen wäre. Eine entsprechende Beratung ergibt sich auch nicht aus den Akten. Auch bringt die Vorinstanz nicht vor, sie habe die Gefährdung des Anspruches nicht erkennen können. Hingegen hat sie der Beschwerdeführerin am 1. Februar 2018 den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausdrücklich bestätigt (Vi-act. 286). Damit aber hat sie ihre Beratungspflicht gemäss Art. 27 Abs. 2 ATSG verletzt.

3.3.1 Die ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht kommt einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich (vgl. oben Erw. 2.5.3). Damit der Versicherungsträger dafür einzustehen hat, müssen indes

sämtliche Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes erfüllt sein. Dies ist der Fall, wenn 1. die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 143 V 341 Erw. 5.2.1).

3.3.2 Die Beschwerdeführerin hat sich für die Durchführung der Arbeitslosenversicherung durch die Unia Arbeitslosenkasse Pfäffikon entschieden (Vi-act. 356) und diese hat sich in der Folge als zuständig erklärt (Vi-act. 351). Sie hat folglich auch den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung bearbeitet und geprüft. Mithin ist die Vorinstanz die zuständige Behörde, die den konkreten Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung der Beschwerdeführerin bearbeitet und dieser gegenüber konkret beratungspflichtig ist.

3.3.3 Nachdem die Beschwerdeführerin den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vollständig ausgefüllt hat, insbesondere auch die Frage betreffend die Beteiligungsrechte korrekt beantwortet hat, die Vorinstanz zur Anspruchsprüfung weitere Unterlagen einforderte und schliesslich den Anspruch bestätigte, konnte die Beschwerdeführerin nicht ohne weiteres erkennen, dass ihr Anspruch infolge ihrer 50%-Beteiligung an der C. _____ gefährdet war und die Vorinstanz ihrer Beratungspflicht nicht nachkam.

3.3.4 Damit die Vorinstanz für die Folgen ihrer unterbliebenen Beratung einzustehen hat, muss schliesslich feststehen, dass die Beschwerdeführerin bei erfolgter korrekter Beratung auch effektiv danach gehandelt hätte, d.h. konkret, ihre Beteiligung an der C. _____ abgestossen hätte (Urteil BGer 8C_191/2008 vom 9.10.2008 Erw. 3.4 m.V.a. Urteil EVGer C 301/05 vom 8.5.2006 Erw. 2.4.2). Vorliegend spricht nichts dagegen, davon auszugehen.

Die Beschwerdeführerin hat ihre Beteiligung resp. Einsitznahme im obersten Entscheidgremium der C. _____ bereits im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung offen deklariert. Auch den weiteren Aufforderungen der Vorinstanz oder des RAV ist sie soweit ersichtlich stets nachgekommen. Mithin hat die Beschwerdeführerin alles getan, um ihren Anspruch nicht zu gefährden.

Die Verfügung vom 5. Dezember 2018, mit welcher der Anspruch abgelehnt wurde, wurde damit begründet, eine interne Prüfung habe ergeben, dass sie im

Handelsregister als Geschäftsführerin der C._____ eingetragen sei. In der Folge hat die C._____ umgehend eine Gesellschafterversammlung einberufen, die Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin abgesetzt und beim zuständigen Handelsregisteramt am 14. Dezember 2018 die Mutation angemeldet (Vi-act. 178 ff.). Mithin hat die Beschwerdeführerin umgehend auf den Vorwurf reagiert. Offenbar wollte sie ihren Entschädigungsanspruch nicht mit einer faktisch ohnehin nicht bestehenden Position als Geschäftsführerin gefährden.

Nach der Löschung als Geschäftsführerin verblieb die Beschwerdeführerin Gesellschafterin der C._____ mit einer 50%-Beteiligung, was in der Verfügung vom 5. Dezember 2018 nicht beanstandet wurde. Aufgrund ausgebliebener Beratung sowie infolge der Begründung der Verfügung vom 5. Dezember 2018 musste sie nicht davon ausgehen, dass allein das Halten einer Beteiligung ihren Anspruch weiterhin gefährden könnte. Dies erhellte erst aus dem Einspracheentscheid.

Die Beschwerdeführerin bringt glaubhaft vor, bei entsprechendem Wissen hätte sie ebenso ihre Beteiligung abgestossen. Es sei dies denn auch Thema gewesen. Aber nachdem der zweite Gesellschafter sie für die Abtretung der Anteile nicht habe entschädigen wollen, habe sie darauf verzichtet. Da sie jedoch aus der Beteiligung weder mit einer Anstellung noch mit einem Ertrag rechnen konnte (vgl. Jahresabschluss 2018 der C._____, Vi-act. 188), besteht keine Veranlassung, an ihrer Darstellung zu zweifeln. Auch sonst bestehen keine Anhaltspunkte anzunehmen, die Beschwerdeführerin würde die Stammanteile behalten wollen, auch wenn sie damit des Leistungsanspruches verlustig ginge. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie bei entsprechender Beratung zu Beginn der Arbeitslosigkeit nicht nur auf ihre Position als Geschäftsführerin verzichtet hätte, sondern ebenso die Stammanteile abgestossen hätte.

3.3.5 Es stellt sich indes die Frage, warum die Beschwerdeführerin noch immer Gesellschafterin ist und sie ihre Anteile auch nach dem deutlich formulierten Einspracheentscheid nicht abgestossen hat (Handelsregistereintrag, www.zefix.ch; eingesehen am 18.9.2019). Analog zum Verhalten nach Erhalt der Verfügung (umgehend einberufene Gesellschafterversammlung und Absetzung als Geschäftsführerin, vgl. vorstehend Erw. 3.3.4) wäre zu erwarten gewesen, dass die Beschwerdeführerin nach Erhalt des Einspracheentscheids die entsprechenden Stammanteile abgestossen hätte, kam darin doch deutlich und zu Recht (vgl. oben Erw. 3.1) zum Ausdruck, dass sich die arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin auch aus der 50%-Beteiligung an der C._____ ergibt. Wie bereits dargestellt, hat die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin beschwerdeweise zu Unrecht geltend gemacht, allein die Stellung als Gesellschaf-

terin der GmbH vermöge den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht auszuschliessen (vgl. oben Erw. 3.1). Doch selbst wenn diese fehlerhafte Beratung der Rechtsvertreterin der Grund dafür wäre, dass die Beschwerdeführerin die Gesellschaftsanteile bis heute nicht abgestossen hat, wäre dies ihr selbst anzurechnen. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Handlungen des Rechtsvertreters unbestrittenermassen der vertretenen Partei zuzurechnen (vgl. BGE 114 Ib 67 Erw. 2c; Urteil BGer 2C_345/2018 vom 11.10.2018 Erw. 3.4 mit weiteren Hinweisen). Mithin kann die Beschwerdeführerin für die Zeit ab dem 1. Juli 2019 nicht mehr geltend machen, sie sei allein infolge unterbliebener resp. falscher Beratung und Aufklärung der Vorinstanz noch Gesellschafterin der C._____.

3.3.6 Zusammenfassend besteht zweifellos ein direkter Zusammenhang zwischen der (aufgrund der offenkundigen Gefährdung ihres Leistungsanspruches nach deklarierte Beteiligung an der C._____ zu Unrecht) durch die Vorinstanz unterlassenen Beratung der Beschwerdeführerin und dem Ausbleiben der Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung durch Abstossen der Stammanteile. Die unterbliebene Beratung ist kausal für das den Leistungsanspruch ausschliessende Halten der Stammanteile. Besteht dieser Zusammenhang, hat die Vorinstanz für die Folgen ihrer unterbliebenen Beratung einzustehen; die Beschwerdeführerin ist in ihrem Vertrauen, die Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch der Arbeitslosenkasse erfüllt zu haben, zu schützen. Dieses Vertrauen kann nach dem Gesagten (vgl. vorstehend Erw. 3.3.5) jedoch nur bis zum Zeitpunkt der Zustellung des die Problematik der Stammanteile zu Recht (vgl. vorstehend Erw. 3.1) aufgreifenden Einspracheentscheids zuerkannt werden. Zudem ist der Beschwerdeführerin eine hypothetische nachträgliche Frist ab Zustellung des Einspracheentscheids zuzubilligen, während welcher sie sämtliche Vorkehren für die Abstossung der Stammanteile hätte vornehmen können. Diese Frist ist in pflichtgemässen Ermessen bis Ende Juni 2019 zu gewähren. Soweit die Beschwerdeführerin somit ab dem 1. Juli 2019 nach wie vor Gesellschafterin der C._____ ist, hat sie keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, bis die Stammanteile abgestossen sind.

3.3.7 Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, zu Beginn der Arbeitslosigkeit und bei Antragstellung am 9. Januar 2018 sowohl als Geschäftsführerin wie als Gesellschafterin der C._____ im Handelsregister eingetragen gewesen zu sein. Damit bestand ab dem 1. Januar 2018 korrekterweise kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. oben Erw. 3.1).

Am 22. Januar 2018 forderte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin weitere Unterlagen ein. In diesem Moment hätte auch die Pflicht bestanden, die Be-

schwerdeführerin über die Gefährdung ihres Anspruches infolge ihrer offen deklarierten Beteiligung an der C._____ aufzuklären (oder aber direkt die Ablehnung des Anspruches zu verfügen). So wie sie nach der Verfügung vom 5. Dezember 2018 Zeit benötigte, bis ihre Geschäftsführungsfunktion aus dem Handelsregister gelöscht war, und so, wie ihr für das Abstossen der Gesellschaftsanteile nach Erhalt des Einspracheentscheides eine angemessene Frist einzuräumen ist (vgl. oben 3.3.6), hätte sie auch nach korrekter Beratung am 22. Januar 2018 angemessen Zeit benötigt, bis ihre arbeitgeberähnliche Stellung infolge Verzicht auf die Geschäftsführung und Abstossen der Gesellschaftsanteile dahingefallen wäre.

Mithin rechtfertigt es sich, den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar 2018 bis 22. Februar 2018 abzulehnen. Ab dem 23. Februar 2018 ist die Beschwerdeführerin so zu halten, wie wenn sie durch die Vorinstanz korrekt beraten und aufgeklärt worden wäre (vgl. oben Erw. 2.5.3). Damit hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 23. Februar 2018 bis Ende Juni 2019 (soweit auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind). Ab dem 1. Juli 2019 muss sie sich anrechnen lassen, dass sie trotz korrektem Hinweis im Einspracheentscheid, die Gesellschaftsanteile weiterhin nicht abgestossen hat. Ab diesem Zeitpunkt besteht kein Anspruch mehr, bis sie ihre Gesellschaftsanteile effektiv abgestossen hat (was der Vorinstanz durch die Beschwerdeführerin nachzuweisen ist) und auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind.

3.4 Da für die Zeitspanne vom 1. Januar 2018 bis zum 22. Februar 2018 kein Leistungsanspruch besteht, sind für diesen Zeitraum bereits ausgerichtete Leistungen zurückzuerstatten. Die Beschwerdeführerin bringt denn zu Recht auch nicht vor, die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung seien nicht erfüllt, nachdem die Beschwerdeführerin in der fraglichen Zeit unbestrittenermassen Gesellschafterin und Geschäftsführerin der C._____ war und damit eine den Leistungsanspruch ausschliessende arbeitgeberähnliche Stellung innehatte. Während dieser Zeit war daher die Ausrichtung von Taggeldern zweifellos unrichtig. Die Berichtigung ist zudem von erheblicher Bedeutung (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG).

4. Damit erweist sich die Beschwerde als teilweise begründet und es ist festzustellen, dass der Beschwerdeführerin ab dem 23. Februar 2018 bis 30. Juni 2019 keine arbeitgeberähnliche Stellung anzurechnen ist und sie - wenn auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind - Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Die für die Zeit vom 1. Januar 2018 bis 22. Februar 2018 zu Unrecht bereits ausgerichteten Taggelder sind zurück zu erstatten ggfs. zu verrechnen. Die Sa-

che ist zur Neuberechnung der Arbeitslosenentschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Prüfung der von der Beschwerdeführerin erhobenen Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs.

5.1 Das Verfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG).

5.2 Die anwaltschaftlich vertretene Beschwerdeführerin hat entsprechend ihrem teilweisen Obsiegen Anspruch auf eine leicht reduzierte Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG). Diese ist in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, welcher für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht, und unter Beachtung der in § 2 des Gebührentarifs enthaltenen Kriterien sowie in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf insgesamt Fr. 2'200.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festzusetzen.

5.3 Die Beschwerdeführerin beantragt sodann unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Dem Begehren wird nach der Aktenlage stattgegeben. Rechtsanwältin Dr.iur. B._____, wird als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Soweit die Beschwerdeführerin unterliegt, wird das Honorar für die unentgeltliche Rechtsbeiständin in Anwendung der massgebenden Kriterien gemäss Gebührentarif (vgl. Erw. 5.2 zweiter Absatz hiavor) ermessensweise auf Fr. 300.-- festgelegt.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden der Einspracheentscheid vom 28. Mai 2019 sowie die zwei Verfügungen vom 5. Dezember 2018 (Anspruchsablehnung und Rückforderung) aufgehoben und festgestellt, dass der Beschwerdeführerin ab dem 23. Februar 2018 bis 30. Juni 2019 keine arbeitgeberähnliche Stellung anzurechnen ist und sie - wenn auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind - in dieser Zeit Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Die für die Zeit vom 1. Januar 2018 bis 22. Februar 2018 zu Unrecht bereits ausgerichteten Taggelder sind zurück zu erstatten ggfs. zu verrechnen. Die Sache ist zur Neuberechnung der Arbeitslosenentschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz hat der beanwalteten Beschwerdeführerin eine Parteidtschädigung in der Höhe von Fr. 2'200.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu bezahlen.
4. Der Beschwerdeführerin wird, soweit sie unterliegt, für das verwaltungsgerichtliche Verfahren Rechtsanwältin Dr.iur. B. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Ihr ist zu Lasten des Verwaltungsgerichts ein reduziertes Honorar (inkl. Auslagen und MwSt) von Fr. 300.-- zu entrichten.

Die Beschwerdeführerin hat die Kosten der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung von Fr. 300.-- dem Gericht zurückzuerstatten, wenn sie dazu innert 10 Jahren seit Rechtskraft dieses Entscheides in der Lage ist (§ 75 Abs. 3 VRP).
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
6. Zustellung an:
 - die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin (2/R)
 - die Vorinstanz (R)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 18. September 2019

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 14. Oktober 2019