[AZA 7]
C 279/99 Vr

III. Kammer

Bundesrichter Schön, Spira und Bundesrichterin Widmer;
Gerichtsschreiber Grünvogel

Urteil vom 6. Juli 2001

in Sachen

Staatssekretariat für Wirtschaft, Abteilung Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Bundesgasse 8, 3003 Bern,
Beschwerdeführer,
gegen

O._____, 1954, Beschwerdegegner,

und

Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

A.- Der 1954 geborene O._____ war seit dem 1. Januar 1987 vollzeitlich als Zeichner/Konstrukteur bei der Firma T._____ AG (nachfolgend: Gesellschaft), angestellt. Gleichzeitig ist er seit Ende Mai 1996 Mitglied des Verwaltungsrats. Mit - von den (damals) zwei übrigen Verwaltungsräten unterzeichnetem - Schreiben vom 30. September 1996 löste die Gesellschaft das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 1996 auf und bot O._____ ab 1. Januar 1997 eine Teilzeitbeschäftigung an, welche dieser noch am gleichen Tag annahm. Am 7. Januar 1997 meldete er sich als teilweise arbeitslos an, worauf die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI Taggelder leistete. Am 8. Oktober 1998 verfügte sie auf Weisung des Bundesamtes für Wirtschaft und Arbeit (seit 1. Juli 1999: Staatssekretariat für Wirtschaft, im Folgenden: seco) die Rückforderung der in der Zeit von Januar bis November 1997 ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung im Betrage von Fr. 25'751. 95, da eine Umgehung der Regelung über die Kurzarbeitsentschädigung vorliege.

B.- In Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde hob das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 8. Oktober 1998 auf (Entscheid vom 17. Juni 1999).

C.- Das seco führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragt, der kantonale Entscheid sei aufzuheben.
Der Versicherte lässt sich nicht vernehmen. Die Arbeitslosenkasse schliesst sinngemäss auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Vorinstanz hat die massgebliche Gesetzesbestimmung über die Rückforderung von unrechtmässig bezogenen Leistungen der Arbeitslosenversicherung (Art. 95 Abs. 1 AVIG) und die dazu nach der Rechtsprechung notwendigen Voraussetzungen für ein wiedererwägungsweises Zurückkommen auf die formell rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung - zweifellose Unrichtigkeit und Erheblichkeit der Berichtigung (BGE 111 V 332 Erw. 1 mit Hinweisen; siehe auch BGE 122 V 368 Erw. 3) - korrekt wiedergegeben. Es kann darauf verwiesen werden.
Zu ergänzen ist, dass bei der Beurteilung, ob eine Wiedererwägung wegen zweifelloser Unrichtigkeit zulässig sei, vom Rechtszustand auszugehen ist, wie er im Zeitpunkt des Verfügungserlasses bestanden hat, wozu auch die seinerzeitige Rechtspraxis gehört; eine Praxisänderung vermag aber kaum je die frühere Praxis als zweifellos unrichtig erscheinen zu lassen (BGE 117 V 17 Erw. 2c mit Hinweisen; vgl. auch BGE 119 V 479 Erw.

1b/cc mit Hinweisen).

2.- a) Es ist unbestritten, dass der Versicherte arbeitslosenversicherungsrechtlich als Arbeitnehmer gilt. Auch steht fest, dass kein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung eingereicht wurde. Im vorliegenden Fall geht es daher nicht um Kurzarbeitsentschädigung gemäss Art. 31 ff. AVIG, sondern um Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG. Das seco hat jedoch unter Hinweis auf das in BGE 123 V 234 veröffentlichte Urteil M. vom 4. September 1997 zu Recht ausgeführt, dass das Vorgehen des Beschwerdegegners einer Umgehung der Folgen des - im kantonalen Entscheid ebenfalls zutreffend dargelegten - Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG gleichkommt, weshalb sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in der hier fraglichen Zeit zu verneinen ist. Denn amtet ein Arbeitnehmer als Verwaltungsrat, so ist - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne der betreffenden Regelung ex lege gegeben, und zwar unabhängig der Kapitalbeteiligung und der Anzahl Verwaltungsräte (BGE 123 V 237 Erw. 7a mit Hinweisen). Daran ändert auch die bloss teilweise Arbeitslosigkeit des Beschwerdegegners nichts. Entsprechend wurde allein für Mitarbeiter, welche nicht dem Verwaltungsrat angehörten, Kurzarbeit beschlossen (vgl. Protokoll
der Verwaltungsratssitzung vom 27. September 1996). Im Umstand der Nichtberücksichtigung der arbeitgeberähnlichen Stellung des Versicherten in der Gesellschaft liegt somit die Unrichtigkeit der geleisteten Taggelder.

b) Nachdem das in BGE 123 V 234 publizierte Urteil M. vom 4. September 1997, d.h. nach der formlosen Leistungszusprechung datiert, kann hier aber nicht von zweifelloser Unrichtigkeit gesprochen werden (vgl. Erw. 1). Zwar lässt sich nicht leugnen, dass auf Grund der bei der Arbeitslosenkasse eingereichten Unterlagen, wie dem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 31. Dezember 1996, der Arbeitgeberbescheinigung vom 23. Dezember 1996, dem Kündigungsschreiben vom 30. September 1996 und dem Verwaltungsratsbeschluss vom 27. September 1996, sowie vor allem auch wegen der Tatsache, dass sich die (drei) Verwaltungsräte der Gesellschaft wechselseitig entlassen und gleichzeitig eine Teilzeitbeschäftigung angeboten haben (vgl. C 274/99 und C 278/99), Anlass zur Skepsis bestand, ob eine Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung rechtens ist. Dies insbesondere deshalb, weil die in der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Bezug auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG wiederholt erwähnten Motive (vgl. etwa BGE 122 V 272 Erw. 3 mit Hinweis auf BGE 120 V 523 Erw. 1) im vorliegend zu beurteilenden Fall nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen sind. Allerdings reichen diese Indizien nicht aus, die seinerzeitigen, vor dem Urteil M.
vom 4. September 1997 getätigten Auszahlungen im Nachhinein als zweifellos unrichtig erscheinen zu lassen. Insofern unterscheiden sich hier die Dinge von BGE 122 V 273 Erw. 4, in welchem die Frage der zweifellosen Unrichtigkeit angesichts der materiellrechtlichen Lage klar zu bejahen war. Ergänzend ist beizufügen, dass auch unter dem Gesichtspunkt des Urteils L. vom 16. Januar 1997 (C 296/96) nicht auf zweifellose Unrichtigkeit der hier vorgenommenen Auszahlungen geschlossen werden kann, nachdem dieses Urteil erst im Oktober/November 1997, nämlich im Anschluss an ein Kreisschreiben des BIGA vom Oktober 1997 (ARV 1996/1997 S. 167 ff.) publiziert worden ist (ARV 1996/1997 Nr. 31 S. 170 ff.).
Damit fehlt es an der ersten der beiden für eine Wiedererwägung erforderlichen Voraussetzungen. Der vorinstanzliche Entscheid ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II.Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, der Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Zürich, und dem Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Abteilung Arbeitsvermittlung, Bern, zugestellt.

Luzern, 6. Juli 2001

Im Namen des

Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der III. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: