[AZA 7]
C 267/01 Vr

III. Kammer

Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und Kernen;
Gerichtsschreiber Hadorn

Urteil vom 17. Juli 2002

in Sachen
L._____, 1953, Beschwerdeführer, vertreten durch lic. iur. Hubert Ritzer, Zürcherstrasse 5a, 5402 Baden,

gegen
Arbeitslosenkasse SMUV, Weltpoststrasse 20, 3015 Bern, Beschwerdegegnerin,
und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

Mit Verfügung vom 8. Dezember 1998 lehnte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) Zürich den Anspruch von L._____ (geb. 1953) auf Arbeitslosenentschädigung ab
10. Juli 1996 ab. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich (Entscheid vom 16. August 2000) und das Eidgenössische Versicherungsgericht (Urteil vom 9. Mai 2001) bestätigten diese Verfügung.
Mittlerweile hatte die Arbeitslosenkasse SMUV von L._____ mit Verfügung vom 15. Juli 1999 zu Unrecht ausgerichtete Taggelder im Betrag von Fr. 95'964. 25 zurückgefordert.

Auf Beschwerde von L._____ hin sistierte das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich das Verfahren bis zum Vorliegen des letztinstanzlichen Urteils im eingangs erwähnten Prozess und wies die Beschwerde sodann mit Entscheid vom 12. Juli 2001 ab.
L._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, die Rückforderung sei aufzuheben. Eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die Verwaltung zurückzuweisen.
Die Arbeitslosenkasse äussert sich in ablehnendem Sinne, während das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Das kantonale Sozialversicherungsgericht hat die gesetzlichen Grundlagen zur Rückforderung von zu Unrecht erbrachten Leistungen der Arbeitslosenversicherung (Art. 95 Abs. 1 AVIG) und zur Verjährung bzw. vielmehr Verwirkung (Art. 95 Abs. 4 AVIG) sowie die Rechtsprechung zu Wiedererwägung und prozessualer Revision (BGE 122 V 138 Erw. 2c) richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

2.- Streitig und zu prüfen ist einzig, ob die Rückforderung verwirkt ist.

a) Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Arbeitslosenkasse erstmals durch eine Meldung an das AWA vom 2. September 1998 hinreichende Kenntnis von der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers und der daraus folgenden fehlenden Anspruchsberechtigung erhalten habe. Daher sei die Rückforderung vom 15. Juli 1999 innerhalb der einjährigen Verwirkungsfrist des Art. 95 Abs. 4 AVIG ergangen. Wohl sei der Beschwerdeführer als Verwaltungsrat seiner Firma im Handelsregister eingetragen. In BGE 122 V 270 habe das Eidgenössische Versicherungsgericht erkannt, dass dessen Publizitätswirkung massgebend sei und die Kasse sich daher die Kenntnis der Verwaltungsratsstellung von Anfang an entgegenhalten lassen müsse. In diesem Urteil sei es jedoch um zu Unrecht ausgerichtete Kurzarbeitsentschädigungen gegangen, für welche Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ausdrücklich einen Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen vom Leistungsanspruch vorsehe.

Vorliegend seien statt dessen Arbeitslosenentschädigungen streitig, bei welchen es der Massenverwaltung nicht zuzumuten sei, ebenfalls jeweils das Handelsregister zu konsultieren.

Solches könne höchstens verlangt werden, wenn sich in den Akten verdächtige Hinweise fänden, was hier nicht der Fall gewesen sei.

b) Demgegenüber beruft sich der Beschwerdeführer darauf, auch bei zu Unrecht ausgerichteten Arbeitslosenentschädigungen müsse die Verwaltung sich die Publizitätswirkung des Handelsregisters entgegenhalten lassen. Sodann habe er die an ihn gerichtete Kündigung selbst unterzeichnet, was die Kasse anhand der Unterschriften hätte bemerken müssen.

c) aa) In BGE 122 V 275 Erw. 5b/aa erkannte das Eidgenössische Versicherungsgericht, dass bei einer durch das Handelsregister und die entsprechenden Bekanntmachungen im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Art. 931 OR) mit Publizität versehenen Tatsache für die zumutbare Kenntnis der Rückerstattungsvoraussetzungen nicht ein zweiter Anlass, d.h. die Wahrnehmung der Unrichtigkeit der Leistungsausrichtung auf Grund eines zusätzlichen Indizes, verlangt werden kann. Vielmehr muss sich die Verwaltung die Publizitätswirkung des Handelsregisters und die Bekanntmachungen daraus im Schweizerischen Handelsamtsblatt entgegenhalten lassen, wie dies nach der Rechtsprechung beispielsweise auch in Bezug auf die zumutbare Kenntnis des Schadenseintritts durch die Ausgleichskasse im Sinne von Art. 82 Abs. 1 AHVV bei Einstellung eines Konkurses mangels Aktiven gilt (BGE 122 V 276 Erw. 5b/aa mit Hinweisen). Auch wenn das Handelsregister in erster Linie dem privatrechtlichen Rechtsverkehr dient (His, Berner Kommentar, N 13 f. zu Art. 927 OR), wird auch im öffentlichen Recht verschiedentlich an den Handelsregistereintrag angeknüpft, beispielsweise bei der Beitragspflicht der Teilhaber von Personengesellschaften oder der Dauer der Beitragspflicht eines Selbstständigerwerbenden, dessen Einzelfirma in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wird (BGE 122 V 276 Erw. 5b/aa mit Hinweisen).

bb) Wohl ging es in BGE 122 V 270 um die Rückforderung von zu Unrecht ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen.
Indessen hat das Gericht im Urteil B. vom 30. August 2001 (C 71/01) diese Grundsätze auch auf zu Unrecht gewährte Arbeitslosenentschädigungen anwendbar erklärt und erwogen, dass sich eine unterschiedliche Behandlung von Kurzarbeits- und Arbeitslosenentschädigung nicht rechtfertige, da die erwähnten Grundsätze sich nicht aus einer spezifischen Regelung der Kurzarbeitsentschädigung ableiteten, sondern aus dem Gesellschaftsrecht und den Wirkungen von Handelsregistereinträgen.
Die Auskunftspflicht der Versicherten entbinde die Verwaltung nicht davon, von Amtes wegen zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen erfüllt sind.

cc) Nach dem Gesagten kann sich die Kasse nicht darauf berufen, es sei unzumutbar, jeweils das Handelsregister zu konsultieren (erwähntes Urteil B.). Vielmehr muss sie sich die Kenntnis der arbeitgeberähnlichen Stellung des Versicherten von Anfang an, d.h. seit Auszahlung der ersten Taggelder, entgegenhalten lassen. Ähnlich wie in jenem Urteil trugen überdies auch vorliegend mehrere Dokumente, nämlich der Antrag auf Arbeitslosenentschädigung, die an den Beschwerdeführer gerichtete Kündigung, die Arbeitgeberbestätigung und die Arbeitsbemühungen des Versicherten die selbe Unterschrift, was der Verwaltung hätte auffallen und sie zu entsprechenden Abklärungen veranlassen müssen.

dd) Gemäss der Zusammenstellung vom 28. Januar 1999 umfasst die Rückforderung Leistungen, die für Juli 1996 bis Juli 1998 gewährt worden sind. Die Rückforderungsverfügung trägt das Datum des 15. Juli 1999. Nach der Rechtsprechung sind diejenigen Betreffnisse verwirkt, welche länger als ein Jahr vor Erlass der Verfügung vom 15. Juli 1999 ausbezahlt worden sind. Hingegen kann der Rückforderungsanspruch bei unrechtmässig ausgerichteten monatlichen Entschädigungen so lange nicht verwirken, als die einzelne Leistung im Rahmen der gesamten Anspruchsberechtigung tatsächlich noch nicht ausbezahlt worden ist (BGE 122 V 276 f.
Erw. 5b/bb in fine). In den Akten finden sich keine Belege mit dem Auszahlungsdatum der erbrachten Taggelder. Es ist nicht auszuschliessen, dass einzelne Leistungen erst nach dem 15. Juli 1998 ausbezahlt worden sind und demzufolge noch zurückverlangt werden können. Daher wird die Sache an die Arbeitslosenkasse zurück-

gewiesen, damit sie prüfe, ob allenfalls Teile der Rückforderung nicht verwirkt sind.

d) Mit Schreiben vom 28. Juni 1999 wurde die Kasse von ihrem Zentralsekretariat aufgefordert, eine Strafverfolgung in die Wege zu leiten. Dies könnte unter Umständen bedeuten, dass längere strafrechtliche Verwirkungsfristen zur Anwendung kommen (Art. 95 Abs. 4 Satz 2 AVIG). Hierüber finden sich aber in den Akten keine Unterlagen, sodass nicht erkennbar ist, ob die Kasse strafrechtlich vorgegangen ist. Daher kann im vorliegenden Prozess nicht abschliessend beurteilt werden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die verfügte Rückforderung dank strafrechtlicher Fristen doch rechtzeitig geltend gemacht worden ist. Auch diesen Punkt wird die Kasse klären.
3.- Der Prozess ist kostenlos (Art. 134 OG e contrario).
Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt der fachmännisch vertretene Versicherte zum grössten Teil, weshalb er Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (Art. 159 Abs. 1 OG).
Da der Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren unterlag, sprach ihm die Vorinstanz keine Parteientschädigung zu. Im Bereich der Arbeitslosenversicherung besteht kein bundesrechtlicher Anspruch im Sinne von Art. 104 lit. a OG auf Parteientschädigung (vgl. Art. 103 AVIG), weshalb es nicht Sache des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ist, die Vorinstanz zur Zusprechung einer Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu verpflichten. Der Beschwerdeführer hat jedoch die Möglichkeit, beim kantonalen Gericht einen entsprechenden Antrag zu stellen.
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne
gutgeheissen, dass der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts
des Kantons Zürich vom 12. Juli 2001 und
die Verfügung vom 15. Juli 1999 aufgehoben werden und
die Sache an die Arbeitslosenkasse SMUV zurückgewiesen
wird, damit sie im Sinne der Erwägungen verfahre.
II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Die Arbeitslosenkasse SMUV hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2000.-

(einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

IV.Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich,

und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 17. Juli 2002

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der III. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: