Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 353/01

Urteil vom 28. Februar 2003
IV. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und nebenamtlicher Richter Maeschi; Gerichtsschreiber Signorell

Parteien
M._____, 1957, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Bernard Rambert, Langstrasse 62, 8004 Zürich,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Stampfenbachstrasse 32, 8001 Zürich, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 31. Oktober 2001)

Sachverhalt:
A.
M._____ war einziger Verwaltungsrat der T._____ AG, welche laut Eintragung im Handelsregister den Betrieb von Geschäften auf dem Gebiet der Spiel- und Unterhaltungselektronik sowie eines Yacht-Charterunternehmens bezweckt. Am 24. Juli 1995 meldete er sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an, wobei er geltend machte, die Stelle bei der T._____ AG sei ihm zufolge Arbeitsmangels auf Ende Juni 1994 gekündigt worden. In der Folge bezog er Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Am 23. Januar 1998 unterbreitete die Arbeitslosenkasse des Christlichen Holz- und Bauarbeiterverbandes (CHB; neu: SNYA) den Fall dem Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zürich zum Entscheid, welches mit Verfügung vom 29. Mai 1998 die Vermittlungsfähigkeit und damit den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab 24. Juli 1995 verneinte.
B.
Die hiegegen erhobene Beschwerde, mit welcher M._____ die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragte, wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass M._____ in der fraglichen Zeit bei der T._____ AG eine arbeitgeberähnliche Funktion ausgeübt habe, weshalb der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen sei, ohne dass zu prüfen wäre, ob er vermittlungsfähig gewesen sei (Entscheid vom 31. Oktober 2001).
C.
M._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen sinngemäss mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid und die Verfügung vom 29. Mai 1998 seien aufzuheben.

Das AWA und das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) verzichten auf Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Nach Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a - d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen. Kurzarbeit setzt u.a. voraus, dass der Arbeitnehmer einen Arbeitsausfall erleidet (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG), welcher - um anrechenbar zu sein - seinerseits gewisse Voraussetzungen erfüllen muss (Art. 32 f. AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG 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 deren Ehegatten. Eine gleichlautende Bestimmung besteht bezüglich des Anspruchs auf Insolvenzentschädigung (Art. 51 Abs. 2 AVIG, eingefügt durch die Gesetzesänderung vom 23. Juni 1995 [AS 1996 273]).
1.2 Anders als bei der Kurzarbeitsentschädigung und der Insolvenzentschädigung sind Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung, denen gekündigt worden ist, vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 ff. AVIG) nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Der Sachverhalt ist jedoch unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung und der Vermittlungsfähigkeit näher zu prüfen. Nach der Rechtsprechung kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiter besteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch die arbeitgeberähnliche Stellung verliert. Eine grundsätzlich andere Situation liegt vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann. Er behält damit die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung von Art. 31
Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn auf Grund ihrer Stellung bestimmen und massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V 237 Erw. 7b/bb; ARV 2000 Nr. 14 S. 67 und Nr. 15 S. 72).
2.
2.1 Der Beschwerdeführer war einziges Verwaltungsratsmitglied und Minderheitsaktionär der T._____ AG. Für seine Tätigkeit als Arbeitnehmer der Gesellschaft bezog er einen Lohn von zuletzt Fr. 8500.- im Monat. Auch nach der auf Ende Juni 1994 erfolgten Auflösung des Arbeitsverhältnisses blieb er einziges Verwaltungsratsmitglied. Die Kündigung erfolgte laut Arbeitgeberbescheinigung vom 27. Juli 1995 wegen Arbeitsmangels. Aus dem Protokoll zu einer ausserordentlichen Generalversammlung der T._____ AG vom 23. März 1994 geht hervor, dass die Kündigung in Zusammenhang mit einem bevorstehenden kantonalen Verbot der Spielautomaten stand. Im Hinblick auf den Wegfall dieses Geschäftsbereichs sollte M._____ für die T._____ AG auf X._____ einen Yacht-Charterbetrieb aufbauen. An seiner Stelle wurde der Mehrheitsaktionär K._____ zum neuen Geschäftsführer bestimmt. Nach dem Scheitern des Projektes kehrte M._____ in die Schweiz zurück und meldete sich am 24. Juli 1995 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Ab März 1996 arbeitete er wieder als Arbeitnehmer für die T._____ AG, zunächst teilzeitlich und von Oktober bis Dezember 1996 vollzeitlich.
2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, seine Funktion als Verwaltungsrat sei eine rein formelle gewesen. Die relevanten Entscheidungsbefugnisse, einschliesslich derjenigen über die Anstellung und Entlassung von Mitarbeitern, hätten beim Hauptaktionär und Geschäftsführer K._____ gelegen, welcher im internen Verhältnis weisungsberechtigt gewesen sei. Er habe weder seine Entlassung noch seine zeitweilige Wiedereinstellung direkt beeinflussen können. Aus den Akten geht indessen hervor, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses einvernehmlich und im Hinblick darauf erfolgte, dass der Beschwerdeführer - unter vorläufigem Verzicht auf eine Entlöhnung - einen neuen Geschäftszweig der T._____ AG im Ausland aufbauen sollte. Er war nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses somit weiterhin für die T._____ AG tätig. Auch nach dem Scheitern des Yacht-Charterbetriebes und der Rückkehr in die Schweiz im Jahre 1995 arbeitete er für die T._____ AG, wobei er sich mit Geschäftsführungsaufgaben befasste und die Firma nach aussen vertrat. So hat er am 14. März 1995 zur Pauschal-Lohnsummen-Anzeige der Ausgleichskasse vom 19. Januar 1995 Stellung genommen, die

Lohnbescheinigungen für die Jahre 1994 bis 1999 unterzeichnet und sich
anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 15. Januar 1998 selber als (faktischer) Geschäftsführer zu erkennen gegeben. Sodann fällt auf, dass die Arbeitgeberbescheinigung vom 27. Juli 1995 und die Bescheinigungen über Zwischenverdienst im Jahre 1996 nicht von K._____, sondern von A._____, welcher die Funktion eines Revisors ausübte, unterzeichnet sind. Der Einwand in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, er habe ausschliesslich auf Weisung des Mehrheitsaktionärs K._____ gehandelt, vermag daher nicht zu überzeugen. Dies umso weniger, als er ab Oktober 1995 auch einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer und zusammen mit K._____ Gesellschafter der mit der T._____ AG verbundenen B._____ GmbH war und seine Stellung in der T._____ AG weiter ausgebaut hat. Am 17. Juli 1997 beschloss die Generalversammlung auf seinen Antrag eine Statutenrevision und eine Erhöhung des Aktienkapitals um Fr. 50'000.-, wobei er die Mehrheit der neu ausgegebenen Aktien zeichnete. Es ist offensichtlich, dass er als einziger Verwaltungsrat der T._____ AG mit Einzelunterschrift und einem Anteil von bisher 30 % und neu 45 % am Aktienkapital die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder doch massgeblich beeinflussen konnte. Mit
der Vorinstanz ist daher festzustellen, dass er seine arbeitgeberähnliche Stellung in der T._____ AG und damit auch die unternehmerische Dispositionsfreiheit, erneut als Arbeitnehmer für die Gesellschaft tätig zu sein, in der fraglichen Zeit beibehalten hat, weshalb der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung praxisgemäss zu verneinen ist.

3.

Nicht zu prüfen ist das Massliche der Rückforderung, nachdem die Verwaltung (Arbeitslosenkasse CHB) hierüber am 26. Juni 1998 separat verfügt, diese Verfügung am 15. Juli 1998 jedoch aufgehoben hat, ohne den Rückforderungsbetrag neu festzusetzen, und die Vorinstanz die hiegegen erhobene Beschwerde nicht mit dem Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung vom 29. Mai 1998 vereinigt hat. Es rechtfertigen sich hiezu jedoch folgende Feststellungen.

3.1 Die Rückforderung zu Unrecht ausgerichteter Leistungen der Arbeitslosenversicherung (Art. 95 Abs. 1 AVIG) kann nur erfolgen, wenn die nach der Rechtsprechung für ein wiedererwägungsweises Zurückkommen auf die formell rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung, nämlich die zweifellose Unrichtigkeit und die Erheblichkeit der Berichtigung, erfüllt sind (BGE 126 V 45 Erw. 2b und 399 ff., je mit Hinweisen). Bei der Beurteilung, ob eine Wiedererwägung wegen zweifelloser Unrichtigkeit zulässig ist, ist vom Rechtszustand auszugehen, 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).

3.2 Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung der formlos erfolgten Leistungszusprechung grundsätzlich gegeben. Zu berücksichtigen ist indessen, dass die Rechtsprechung von BGE 123 V 234 ff., mit welcher das Eidgenössische Versicherungsgericht sich unter Bezugnahme auf die für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG geltende Regelung zum Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von Arbeitnehmern mit arbeitgeberähnlicher Stellung im Betrieb näher geäussert hat, am 4. September 1997 ergangen ist. Zwar hätte schon im Zeitpunkt der Leistungszusprechung im Jahre 1995 Anlass zu Zweifeln an der Anspruchsberechtigung bestanden. Ausgehend vom damaligen Stand der Rechtspraxis genügen diese jedoch nicht, um die Auszahlung der Arbeitslosenentschädigung im Nachhinein als zweifellos unrichtig erscheinen zu lassen. Der vorliegende Fall unterscheidet sich diesbezüglich von BGE 122 V 273 Erw. 4, wo die Frage der zweifellosen Unrichtigkeit angesichts der materiellrechtlichen Lage klar zu bejahen war (vgl. Urteil B. vom 6.7.01 [C 274/99]). Die Verwaltung wird die Rückforderung deshalb auf die nach dem 4. September 1997 ausgerichteten Leistungen zu beschränken haben. Im Weiteren wird sie die
vom Beschwerdeführer erhobenen grundsätzlichen Einwendungen gegen die Rückforderung (Verwirkung, Verstoss gegen Treu und Glauben) zu prüfen haben.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Akten werden der Arbeitslosenkasse Syna, Zürich, überwiesen, damit sie über die Rückforderung im Sinne der Erwägungen verfüge.

3.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Arbeitslosenkasse SYNA, Zürich, der Bezirksanwaltschaft I für den Kanton Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 28. Februar 2003
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: