

[AZA]  
C 213/99 Hm

I. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Schön, Rüedi, Meyer  
und Ferrari; Gerichtsschreiber Maillard

Urteil vom 26. Mai 2000

in Sachen

Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie (GBI),  
Werdstrasse 62, Zürich, Beschwerdeführerin,

gegen

Z. \_\_\_\_\_, 1952, Beschwerdegegner,

und

Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, Luzern

A.- Der 1952 geborene Z. \_\_\_\_\_ meldete sich am 17. Juli 1997 zur Arbeitsvermittlung an und erhob ab 1. August 1997 Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Am 6. Oktober 1997 ersuchte er um Ausrichtung von 60 besonderen Taggeldern für die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit. Mit Verfügung vom 22. Oktober 1997 hiess das Kantonale Arbeitsamt Luzern dieses Gesuch gut und sprach ihm ab 21. Oktober 1997 60 besondere Taggelder zu. Nachdem Z. \_\_\_\_\_ am 12. Januar 1998 die Unternehmensberaterfirma A. \_\_\_\_\_ mitgegründet und die besonderen Taggelder bezogen hatte, ersuchte er am 22. Januar 1998 um Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung unter Anrechnung des bei der Firma für ein 50 %-Pensum erzielten Zwischenverdienstes von monatlich Fr. 2500.-. Mit Verfügung vom 21. April 1998 verneinte die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie (GBI) eine Anspruchsberechtigung nach dem Bezug besonderer Taggelder.

B.- Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern hiess die hiegegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 17. Mai 1999 in dem Sinne gut, dass die Verfügung vom 21. April 1998 aufgehoben und die Sache an die Arbeitslosenkasse zurückgewiesen wurde, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare.

C.- Die Arbeitslosenkasse führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben.

Z. \_\_\_\_\_ schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während sich das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) nicht vernehmen lässt.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Vorinstanz hat die massgeblichen rechtlichen Bestimmungen über die Förderung der selbstständigen Erwerbstätigkeit (Art. 71a-71d AVIG) zutreffend dargestellt. Darauf wird verwiesen.

2.- Nach Art. 71a Abs. 1 AVIG kann die Versicherung Versicherte oder von Arbeitslosigkeit bedrohte Versicherte, die eine dauernde selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen wollen, durch die Ausrichtung von höchstens 60 besonderen Taggeldern während der Planungsphase eines Projektes unterstützen. Vorinstanz und Parteien gehen davon aus, dass der Beschwerdegegner eine solche selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hat. Auch wenn diese Feststellung und damit die Anspruchsberechtigung auf besondere Taggelder unwidersprochen geblieben sind, bedarf sie der Klarstellung.

a) Die Art. 71a ff. AVIG enthalten keine Definition der selbstständigen Erwerbstätigkeit. Nach ständiger Rechtsprechung ist für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft in der Arbeitslosenversicherung (Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG) das formell rechtskräftig geregelte AHV-Beitragsstatut massgebend, sofern sich dieses nicht als offensichtlich unrichtig erweist (BGE 119 V 158 Erw. 3a). Ein in einer Aktiengesellschaft als Angestellter bzw. als Organ mitarbeitender Aktionär gilt ungeachtet seiner Beteiligungsverhältnisse in der Gesellschaft grundsätzlich als Unselbstständigerwerbender. Dies gilt auch in Fällen, wo ein Allein- oder Hauptaktionär (formal) rechtlich Angestellter der von ihm beherrschten Firma ist (in ARV 1998 S. 13 ff. publizierte Erw. 5 des Urteils BGE 123 V 234). Rein AHV-beitragsrechtlich dürfte dem Beschwerdegegner, der gemäss Businessplan vom 6. Oktober 1997 einer der beiden Hauptaktionäre, Mitglied des Verwaltungsrates sowie Geschäftsführer der Firma A.\_\_\_\_\_ ist, demzufolge die Stellung als Arbeitnehmer zukommen, worüber indessen - soweit ersichtlich - die zuständige Ausgleichskasse noch nicht entschieden hat.

b) Für die Beurteilung der Frage, ob eine versicherte Person eine dauernde selbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 71a Abs. 1 AVIG aufnehmen will, kann hingegen nicht das AHV-beitragsrechtliche Statut allein massgebend sein, würde es doch ansonsten letztlich von der - aus welchen Gründen auch immer - gewählten Rechtsform der Firma abhängen, ob sie als Selbstständigerwerbende qualifiziert wird und damit in den Genuss der im Rahmen der zweiten Teilrevision von 1995 neu eingeführten Leistungsart zur Förderung der selbstständigen Erwerbstätigkeit kommen kann. Diese neuen Bestimmungen bezwecken die Unterstützung von Arbeitslosen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen wollen (BBI 1994 I 363). Als unterstützungswürdig im Sinne der Art. 71a ff. AVIG sind auch Bestrebungen einer versicherten Person zu betrachten, die ihr in einer von ihr mitzugründenden Firma, und bei der sie wesentlich mitbeteiligt ist, die Stellung einer arbeitgeberähnlichen Person (vgl. dazu BGE 123 V 236 f. Erw. 7a) verschaffen. Eine solche Betrachtungsweise drängt sich umso mehr auf, als ansonsten in häufig vorkommenden Fällen, wo eine arbeitslose Person Allein- oder Hauptaktionär der von ihr in Hinblick auf die Verselbstständigung gegründeten und beherrschten Firma ist, diese nicht in den Genuss von besonderen Taggeldern käme, obwohl von einer Gesetzesumgehung nicht die Rede sein kann, wenn sie sich z.B. aus Gründen der Haftungsbeschränkung in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft konstituiert hat. Die Gleichbehandlung von Arbeitgeber und arbeitgeberähnlicher Person ist dem Arbeitslosenversiche-

rungsrecht im Übrigen nicht fremd, haben doch - wie die Arbeitgeber selbst - auch 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, nach Art. 31 Abs. 3 lit. c, 42 Abs. 3 und 51 Abs. 2 AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeits-, Schlechtwetter- sowie Insolvenzenschädigung und - bei bestimmten Fallkonstellationen - auch keinen solchen auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. BGE 123 V 237 ff. Erw. 7b/bb).

3.- Strittig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner nach dem Bezug besonderer Taggelder nach Art. 71a Abs. 1 AVIG weitere Ansprüche gegenüber der Arbeitslosenversicherung hat.

a) Die neue Leistungsart (Art. 71a ff. AVIG) kann ihrem Zweck entsprechend nur beansprucht werden, wenn die Arbeitslosigkeit durch die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit voraussichtlich ganz beendet werden kann. Als Anspruchsvoraussetzung wird deshalb u.a. die Vorlage eines Grobprojekts zur Aufnahme einer wirtschaftlich tragfähigen und dauerhaften selbstständigen Erwerbstätigkeit (Art. 71b Abs. 1 lit. d AVIG) verlangt. Dieses Kriterium der Dauer ist das Abgrenzungsmerkmal zum Zwischenverdienst in Form einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (Nussbaumer, Die Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], S. 233 Rz 634). Nimmt die versicherte Person nach Bezug des letzten besonderen Taggeldes eine selbstständige Erwerbstätigkeit auf oder hat sie sie zu diesem Zeitpunkt bereits aufgenommen, ist ihre Arbeitslosigkeit beendet und sie erhält keine weiteren Leistungen der Arbeitslosenversicherung mehr (Nussbaumer, a.a.O., S. 236 Rz 647). Dies gilt nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn sie in ihrer neuen Tätigkeit unter mangelnder Beschäftigung steht, bezweckt doch das spezifische Taggeld nicht die Finanzierung der mangelnden Beschäftigung einer Person, die eine selbstständige Tätigkeit aufnimmt (SVR 1999 AIV Nr. 23 S. 56 Erw. 2a). Dem Umstand eines möglichen späteren Scheiterns des Unterfangens trägt der Gesetzgeber dadurch Rechnung, dass mit Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit die Rahmenfrist zum Leistungsbezug von zwei auf vier Jahre verlängert wird (Art. 71d Abs. 2 AVIG und Art. 95e Abs. 2 AVIV).

b) Vorliegend steht fest, dass der Beschwerdegegner unbestrittenermassen die projektierte selbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne des in Erw. 2b Dargelegten nicht nur aufgenommen hat, sondern diese auch weiterhin ausübt. Es bestehen keine Hinweise dafür, dass er sie als gescheitert betrachtet und endgültig aufzugeben gewillt ist. Mit dem Bezug des letzten besonderen Taggeldes wurde seine Arbeitslosigkeit nach dem Gesagten beendet und es besteht entgegen der Ansicht der Vorinstanz keinerlei Möglichkeit, weitere Taggelderleistungen von der Arbeitslosenversicherung zu beziehen.

4.- Mit dem Ergebnis, dass nach dem Bezug der besonderen Taggelder keine weitere Anspruchsberechtigung auf Taggelder besteht, steht indessen noch nicht fest, ob dem Beschwerdegegner die angebehrten Leistungen nicht doch

- allerdings unter einem anderen Rechtstitel - zu gewähren sind. Er macht - wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren - unter sinngemässer Berufung auf den öffentlichrechtlichen Vertrauensschutz bei einer falschen Auskunft einer Verwaltungsbehörde (vgl. dazu BGE 121 V 66 f. Erw. 2a mit Hinweisen), geltend, der zuständige Personalberater des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (RAV) habe ihm die Auskunft erteilt, er könne nach dem Bezug der besonderen Taggelder weitere Leistungen der Arbeitslosenversicherung beanspruchen. Es bleibt daher die von der Vorinstanz offen gelassene Frage zu prüfen, ob der Beschwerdegegner aus dem erwähnten Grundsatz etwas zu seinen Gunsten ableiten kann. Die Sache ist daher an das kantonale Gericht zurückzuweisen, welches hierüber befinden wird.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 17. Mai 1999 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare und über die Beschwerde gegen die Verfügung vom 21. April 1998 neu entscheide.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, dem Kantonalen Arbeitsamt Luzern und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 26. Mai 2000

Im Namen des

Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der I. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: