Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 205/00

Urteil vom 8. Oktober 2002
I. Kammer

Besetzung
Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Rüedi, Meyer und Lustenberger; Gerichtsschreiberin Bucher

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

gegen

D._____, 1954, Beschwerdegegner, vertreten durch H._____,

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, Bern

(Entscheid vom 24. Mai 2000)

Sachverhalt:
A.
Der 1954 geborene D._____ war seit Februar 1984 als Polier bei der Firma B._____ beschäftigt, welche ihm einen Monatslohn von zuletzt Fr. 6'825.– (zuzügl. Anteil 13. Monatslohn) bezahlte. Nachdem die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis infolge Personalabbaus per 31. Juli 1997 aufgelöst hatte, erhob D._____ ab 1. August 1997 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Ab 12. August 1997 war er als Maurer-Vorarbeiter zu einem Monatslohn von Fr. 5'500.- (zuzügl. Anteil 13. Monatslohn) und ab November 1997 zu einem solchen von Fr. 5'400.– (zuzügl. Anteil 13. Monatslohn) bei der Firma C._____ AG angestellt. Unter Annahme eines Zwischenverdienstes erbrachte die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern, Zweigstelle Langenthal (nachfolgend: Kasse), abgesehen von den im August 1997 ausgerichteten Taggeldern (weitere für den Monat September 1997 vorgenommene Zahlungen wurden im Januar 1998 zurückgefordert und von der Differenzzahlung für den Monat Dezember 1997 in Abzug gebracht), von November 1997 bis zum Ablauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug am 31. Juli 1999 Kompensationszahlungen. Nach einer Kontrolle der Auszahlungen durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco; Revisionsbericht vom 27. September 1999; Revisionsverfügung vom 16. November 1999) forderte die Kasse mit Verfügung vom 23. November 1999 für die Monate August 1997 sowie November 1997 bis Juli 1999 Fr. 23'987.80 zurück.
B.
Die vom Versicherten hiegegen eingereichte Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern nach Einholung einer schriftlichen Auskunft bei der Firma C._____ AG mit Entscheid vom 24. Mai 2000 gut und hob die Verfügung vom 23. November 1999 auf.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt das seco, der kantonale Gerichtsentscheid sei unter Bestätigung der Kassenverfügung aufzuheben.

D._____ lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen, während die Kasse auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Wie das kantonale Gericht zutreffend dargetan hat, unterliegt eine Rückforderung rechtsbeständig zugesprochener Kassenleistungen nach Art. 95 AVIG den üblichen Rückkommensvoraussetzungen entweder der prozessualen Revision oder der Wiedererwägung wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (BGE 126 V 23 Erw. 4b, 46 Erw. 2b, 400 Erw. 2b/aa, 122 V 368 Erw. 3).
1.2
1.2.1 Auf unangefochtene formelle Verfügungen darf die Verwaltung während der Rechtsmittelfrist zurückkommen, ohne dass die nach Eintritt der Rechtskraft erforderlichen Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision erfüllt sein müssen (BGE 124 V 247 Erw. 2 mit Hinweisen). Bei faktischen Verfügungen, wie z.B. Bezügerabrechnungen, ist der Behörde für ein voraussetzungsloses Zurückkommen kein längerer Zeitraum zuzubilligen. Der Verwaltung allein deshalb eine längere Frist einzuräumen, um von sich aus voraussetzungslos auf eine Leistungszusprechung zurückzukommen, weil Letztere nicht in eine formelle Verfügung gekleidet war, sondern in Form einer bloss faktischen Verfügung erfolgte, würde nämlich zu einer nach Art. 8 Abs. 1 BV untersagten rechtsungleichen Behandlung führen. Denn allein das mehr oder weniger zufallsabhängige Kriterium der Form der Leistungszusprechung stellt keinen sachlichen Grund dar, um ansonsten gleiche Situationen in dem Sinne unterschiedlich zu behandeln, dass der Empfänger oder die Empfängerin einer faktischen Verfügung monatelang mit deren voraussetzungsloser Rücknahme durch die Verwaltung rechnen müsste, wohingegen der Adressat oder die Adressatin einer formellen Verfügung die Gewähr hat,
dass die Behörde nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nur unter erschwerten Voraussetzungen - nämlich jenen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision - auf den Verwaltungsakt zurückkommen kann (siehe zum Begriff der Rechtsgleichheit BGE 127 I 192 Erw. 5 Ingress, 209 Erw. 3f/aa, 125 I 4 Erw. 2b/aa, 168 Erw. 2a, 178 Erw. 6b). Wollte man anders entscheiden, müsste überdies allen Versicherten, denen eine Leistung formlos zugesprochen wird, empfohlen werden, unverzüglich eine anfechtbare Verfügung zu verlangen, obwohl sie mit der von der Verwaltung getroffenen Lösung einverstanden sind, nur um nach Empfang der formellen Verfügung die Beschwerdefrist ungenutzt verstreichen zu lassen und sich so gegen ein voraussetzungsloses Zurückkommen der Behörde auf das Verwaltungshandeln zu schützen (vgl. zum Ganzen auch AJP 1997 S. 741).
1.2.2 Zu keiner anderen Beurteilung vermag die Tatsache zu führen, dass die rechtsuchende Person selbst eine faktische Verfügung nicht innert der für formelle Verfügungen geltenden Rechtsmittelfrist zu beanstanden braucht, sondern innert einer nach den Umständen angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist eine beschwerdefähige Verfügung verlangen kann (BGE 126 V 24 Erw. 4b, 122 V 369 Erw. 3). Hinsichtlich der Beanstandung des Verwaltungshandelns durch die betroffene Person ist im Gegensatz zur Rechtslage bezüglich der Voraussetzungen, unter denen die Behörde von sich aus auf eine Leistungszusprechung zurückkommen kann, eine unterschiedliche Behandlung formeller Verfügungen auf der einen und faktischer Verfügungen auf der anderen Seite im Lichte von Art. 8 Abs. 1 BV gerade geboten. Der Grund für die Differenzierung liegt darin, dass faktische Verfügungen anders als formelle Verfügungen (vgl. für das Arbeitslosenversicherungsrecht Art. 103 Abs. 2 AVIG) nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sind, woraus den Betroffenen hinsichtlich der Beanstandung des Verwaltungshandelns kein Nachteil entstehen darf. Letzteres wäre indessen der Fall, wenn man Empfängern faktischer Verfügungen trotz Fehlens einer Rechtsmittelbelehrung die
für die Anfechtung formeller Verfügungen vorgesehene Rechtsmittelfrist entgegenhalten wollte (vgl. auch AJP 1997 S. 741). Der Grundsatz der Gleichbehandlung gebietet nicht nur, in den relevanten Punkten Gleiches gleich, sondern auch in den relevanten Punkten Ungleiches ungleich zu behandeln (BGE 127 I 192 Erw. 5 Ingress, 209 Erw. 3f/aa, 125 I 4 Erw. 2b/aa, 168 Erw. 2a, 178 Erw. 6b).
1.2.3 Somit ist eine ohne Bindung an die Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision erfolgende Rückforderung formlos zugesprochener Versicherungsleistungen nur während eines Zeitraums möglich, welcher der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht. Zu einem späteren Zeitpunkt bedarf die Rückforderung eines Rückkommenstitels in Form einer Wiedererwägung oder einer prozessualen Revision, auch wenn die faktische Verfügung, z.B. die Taggeldabrechnung, von der versicherten Person noch

beanstandet werden kann, mithin noch keine Rechtsbeständigkeit erreicht hat, die mit der bei formellen Verfügungen mit dem Ablauf der Beschwerdefrist eintretenden Rechtskraft vergleichbar wäre. Soweit sich der bisherigen Rechtsprechung, insbesondere BGE 122 V 369 Erw. 3 und 126 V 23 Erw. 4b, etwas anderes entnehmen lässt, kann daran nicht festgehalten werden.
2.
Streitig ist die Rechtmässigkeit der am 23. November 1999 erfolgten Rückforderung von bis Juli 1999 ausgerichteten Taggeldern. Ausgehend von der Annahme, dass die unangefochten gebliebenen Taggeldabrechnungen für die einzelnen Kontrollperioden jeweils am Ende des der Kontrollperiode folgenden Monats erstellt (vgl. die in den Akten liegenden Abrechnungen für die Monate August 1997, Dezember 1997 und Januar 1998) und sofort versandt wurden, ist festzustellen, dass die am 23. November 1999 verfügte Rückforderung bezüglich aller Abrechnungen nach Ablauf der Frist erfolgte, die der Beschwerdefrist von jeweils 30 Tagen (Art. 103 Abs. 3 AVIG) entspricht. So verhielte es sich selbst dann, wenn die letzte Abrechnung erst ca. Mitte Oktober 1999 zugestellt worden wäre. Demnach setzt eine Rückforderung nach dem Gesagten entgegen den auf die bisherige Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts gestützten Erwägungen der Vorinstanz nicht nur hinsichtlich der Zeitspanne bis September 1998, sondern in Bezug auf alle von der Verfügung vom 23. November 1999 betroffenen Taggelder einen Rückkommenstitel im Sinne einer Wiedererwägung oder einer prozessualen Revision voraus, wie wenn es sich bei den Taggeldabrechnungen um formell
rechtskräftige Verfügungen handelte. Das kantonale Gericht hat die Begriffe der Wiedererwägung und der prozessualen Revision richtig dargelegt; darauf wird verwiesen (vgl. auch BGE 127 V 469 Erw. 2c mit Hinweisen).
3.
3.1 Die Rückforderung für den Monat August 1997 wird vom seco damit begründet, dass der Beschwerdegegner im Monat August keinen Anspruch auf Kompensationszahlungen gehabt habe, weil mit der Aufnahme einer finanziell zumutbaren Arbeit, die während wenigstens einer ganzen Kontrollperiode ausgeübt werde, der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erlösche. Er habe lediglich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die vom 1. bis zum 11. August 1997 ausgewiesenen sieben Werktage, was nach Abzug der allgemeinen Wartezeit von fünf Tagen zwei Taggelder ergebe.

Die Bescheinigung über Zwischenverdienst für den Monat August 1997 ging am 26. September 1997 bei der Kasse ein. Daraus war ersichtlich, dass der Versicherte am 12. August 1997 eine unbefristete Stelle bei der Firma C._____ AG angetreten hatte, die ihm einen Monatslohn von Fr. 5'500.– (zuzügl. Anteil 13. Monatslohn) ausrichtete. Diese Tatsache war der Kasse demnach zur Zeit der Erstellung der vom 29. September 1997 datierenden Taggeldabrechnung für den Monat August 1997 bekannt. Somit fehlt es an neuen Tatsachen oder Beweismitteln, wie sie für ein Zurückkommen auf die Abrechnung unter dem Titel der prozessualen Revision erforderlich wären. Die Rücknahme dieser Leistungszusprechung kann somit nur in Form einer Wiedererwägung erfolgen, sofern die den Monat August 1997 betreffende Abrechnung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist.
3.2 Die Rückforderung für die Monate November 1997 bis Juli 1999 wird von der Verwaltung damit begründet, die Stelle bei der Firma C._____ AG sei ab November 1997 weiterhin zumutbar gewesen. Die Lohnreduktion um Fr. 100.– mit Wirkung ab November 1997 sei nämlich mit der Begründung "infolge Geschäftsauto" erfolgt. Bei der Überlassung eines Fahrzeugs unter Anrechnung eines monatlichen Pauschalbetrages handle es sich um eine Naturalleistung, sodass keine Lohnreduktion vorliege, welche einen Anspruch auf Kompensationszahlungen hätte auslösen können.

Der Vermerk "Lohnreduktion um 100.– infolge Geschäftsauto" befindet sich auf der Bescheinigung über Zwischenverdienst für den Monat Dezember 1997, welche der Kasse am 28. Januar 1998 zuging. Für die Kontrollperioden ab Dezember 1997 - die Abrechnung für diesen Monat datiert vom 29. Januar 1998 - kann darin von vornherein keine neue Tatsache und kein neues Beweismittel gesehen werden, sodass eine prozessuale Revision auch diesbezüglich ausser Betracht fällt und auch für diesen Zeitraum nur eine Wiedererwägung in Frage kommt.

Für die Kontrollperiode November 1997 stellt der erwähnte Vermerk - in der Annahme, dass die Abrechnung für den Monat November 1997 vor dem 28. Januar 1998 erstellt wurde - zunächst eine neue Tatsache dar. Die Verwaltung hat indessen deren für eine prozessuale Revision erforderliche Geeignetheit, zu einer andern

rechtlichen Beurteilung zu führen, oder - für den Fall, dass eine der Rechtsmittelfrist entsprechende Zeitspanne noch nicht abgelaufen war - die Notwendigkeit eines voraussetzungslosen Zurückkommens auf die November-Abrechnung implizite verneint, indem sie für die späteren Kontrollperioden trotz der neuen Information weiterhin Kompensationszahlungen geleistet und in diesem Sinne die November-Abrechnung bestätigt hat. Daher stellt sich die nicht revisions-, sondern wiedererwägungsrechtliche (vgl. BGE 117 V 17 Erw. 2c Ingress; RKUV 2001 Nr. U 447 S. 563 Erw. 2d) Frage, ob in der damaligen Verneinung oder dem damaligen Nichtbemerken der allfälligen Notwendigkeit des Zurückkommens auf die November-Abrechnung eine unrichtige Rechtsanwendung unter Einschluss einer unrichtigen Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts liegt. Die Prüfung auch hinsichtlich der Abrechnung für den Monat November 1997 unter dem Aspekt nicht
der prozessualen Revision, sondern der Wiedererwägung vorzunehmen, ist auch deshalb gerechtfertigt, weil - wie die Weitergewährung von Taggeldern ab Dezember 1997 zeigt - die Novemberabrechnung nicht anders ausgefallen wäre, wenn das Fahrzeug nicht erst in der Zwischenverdienstbescheinigung für den Monat Dezember, sondern schon in jener für die Kontrollperiode November 1997 und damit vor Erstellung der November-Abrechnung erwähnt worden wäre.

3.3 Die Frage der Zulässigkeit der Rückforderung beurteilt sich demnach für den ganzen zur Diskussion stehenden Zeitraum nach den für die Wiedererwägung geltenden Regeln.

4.

4.1 Der Beschwerdegegner macht hinsichtlich der Kontrollperioden ab November 1997 geltend, die Lohnreduktion um Fr. 100.– sei entgegen der Auffassung des seco nicht wegen des ihm zur Verfügung gestellten, zur Mitnahme von Werkzeug und zum Mitarbeitertransport, nicht aber für private Fahrten bestimmten Fahrzeugs erfolgt. Der Grund dafür liege vielmehr darin, dass seine Leistung, da er nur für andere als die gewohnten Arbeiten, nämlich als Maurer und nicht als Polier, habe eingesetzt werden können, geringer gewesen sei als jene in diesem Arbeitsbereich routinierterer jüngerer Angestellter, die weniger verdient hätten. Diese Darstellung wird durch den von der Vorinstanz eingeholten Bericht der Firma C._____ AG vom 22. Februar 2000 weitgehend bestätigt. Danach hatte man ursprünglich gehofft, den Versicherten mindestens als Vorarbeiter einsetzen zu können. Wegen der damals äusserst schwierigen Lage im Baugewerbe (und zusätzlich der saisonal schlechten Winterzeit) habe er aber ab November 1997 hauptsächlich für kleinere Kundenarbeiten als Maurer eingesetzt werden müssen, weshalb eine Herabsetzung des Lohnes um Fr. 100.– ab November 1997 vereinbart worden sei. Das dem Versicherten überlassene Fahrzeug habe nicht für private Zwecke
verwendet werden dürfen. Wenn auch die Arbeitgeberin die Lohnkürzung in ihrer zuhanden der Vorinstanz eingereichten Stellungnahme nicht mit einer verminderten Leistungsfähigkeit begründete, so doch damit, dass der Beschwerdegegner Arbeiten habe verrichten müssen, die weniger gut entlöhnt werden als die ursprünglich vorgesehene Tätigkeit als Maurer-Vorarbeiter, mithin nicht mit der Zurverfügungstellung eines Fahrzeuges, die lediglich gleichzeitig mit der Lohnherabsetzung erfolgte, ohne aber als deren Grund dargestellt zu werden.

4.2 Unter diesen Umständen lässt die in der Zwischenverdienstbescheinigung für den Monat Dezember 1997 enthaltene Bemerkung "Lohnreduktion um 100.– infolge Geschäftsauto" das Nichtzurückkommen auf die Abrechnung für den Monat November 1997 und die Weiterausrichtung der Kompensationszahlungen ab Dezember 1997 nicht als zweifellos unrichtig erscheinen. Insbesondere erlauben die Akten entgegen der Auffassung des seco jedenfalls unter wiedererwägungsrechtlichen Gesichtspunkten keinesfalls den Schluss, der Lohn sei in rechtsmissbräuchlicher Weise lediglich im Hinblick auf Kompensationszahlungen der Arbeitslosenversicherung gekürzt worden. Das kantonale Gericht hat demnach das Vorliegen des Rückkommenstitels der Wiedererwägung zu Recht verneint. Zur Frage, ob die Ausrichtung von Kompensationszahlungen bei nicht auf den Blickwinkel der zweifellosen Unrichtigkeit beschränkter Prüfung tatsächlich materiell richtig war - so die Vorinstanz für die Zeit ab Oktober 1998 in der auf die bisherige Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts gestützten Annahme, dass für diesen Zeitraum mangels Rechtsbeständigkeit kein Rückkommenstitel erforderlich sei -, braucht nicht Stellung genommen zu werden, weil nach dem Gesagten für alle
streitigen Kontrollperioden eine auf die Voraussetzungen der Wiedererwägung und damit auf den Aspekt der zweifellosen Unrichtigkeit beschränkte Prüfung stattzufinden hat.

5.

Hinsichtlich der Kontrollperiode August 1997 ist ein Rückforderungsbetrag von Fr. 601.20 streitig. Für die Beantwortung der Frage, ob die Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist, sind die gesamten Umstände des Einzelfalles massgebend, zu denen auch die Zeitspanne gehört, die seit der zu Unrecht erfolgten Leistungsgewährung verstrichen ist (BGE 107 V 182 Erw. 2b; ZAK 1989 S. 518 Erw. 2c).

Der Betrag von Fr. 601.20 ist relativ gering und entspricht 2,7 Taggeldern (ausbezahlt wurden 4,7 Taggelder; geschuldet waren gemäss seco 2 Taggelder). Zwischen der Erstellung der Taggeldabrechnung für den Monat August 1997 (29. September 1997) und der Rückforderungsverfügung (23. November 1999) sind über zwei Jahre verstrichen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht verneinte in einem nicht veröffentlichten Urteil W. vom 2. Februar 1989, C 57/88 (zitiert in ZAK 1989 S. 518 Erw. 2c, ARV 2000 Nr. 40 S. 211 Erw. 3b und BGE 126 V 54 Erw. 3d am Ende), im Falle einer über eineinhalb Jahre nach der Auszahlung der Leistung verfügten Rückforderung von fünf Taggeldern (welche sich auf insgesamt Fr. 568.10 beliefen, wobei der Betrag nicht ausschlaggebend war) die Erheblichkeit, bejahte diese in einem in ARV 2000 Nr. 40 S. 208 publizierten Urteil B. vom 30. September 1999 in Bezug auf einen weniger als ein Jahr nach der Leistungszusprechung zurückgeforderten Betrag von Fr. 706.25 und verneinte sie in einem Urteil K. vom 6. Juni 2002, C 44/02, bei einer nur wenige Monate nach der Leistungszusprechung erfolgenden Rückforderung in Höhe von Fr. 494.–.

In Anbetracht der konkreten Umstände und der angeführten Rechtsprechung ist die Schlussfolgerung des kantonalen Gerichts, die Wiedererwägungsvoraussetzung der erheblichen Bedeutung der Berichtigung sei nicht erfüllt, zu bestätigen. Es kann demnach offen gelassen werden, ob die Abrechnung für den Monat August 1997 zweifellos unrichtig ist.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Das Staatssekretariat für Wirtschaft hat dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 500.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, der Arbeitslosenkasse des Kantons Bern und dem Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Abteilung Arbeitsmarkt, Bern, zugestellt.
Luzern, 8. Oktober 2002
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der I. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: