Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 19/03

Urteil vom 17. Dezember 2003
I. Kammer

Besetzung
Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Meyer, Lustenberger und Ferrari; Gerichtsschreiber Signorell

Parteien
B._____, 1957, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecherin Sabine Scherrer, Bälliz 37, Steinmann-Gebäude, 3601 Thun,

gegen

Kantonales Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA), Abteilung Arbeitslosenkasse, Laupenstrasse 22, 3011 Bern, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 2. Dezember 2002)

Sachverhalt:
A.
Mit Verfügung vom 15. Dezember 2000 forderte das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA; neu: beco, Berner Wirtschaft, Abteilung Arbeitslosenkasse), Bern, von B._____ zu Unrecht ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 62'886.80 zurück.
B.
In teilweiser Gutheissung einer dagegen erhobenen Beschwerde reduzierte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern den Rückzahlungsbetrag auf Fr. 46'137.50 (Entscheid vom 2. Dezember 2002).
C.
B._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, es sei der kantonale Entscheid aufzuheben, soweit die Beschwerde vom 15. Januar 2001 nicht bereits gutgeheissen worden ist, und der Rückforderungsbetrag auf Fr. 0.– herabzusetzen. Sodann sei die Verwaltung zur Bezahlung einer Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren im Betrage von Fr. 4'412.70 gemäss Kostennote vom 26. November 2002 zu verpflichten; für den letztinstanzlichen Prozess sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.
Während die Arbeitslosenkasse auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, verzichtet das Staatssekretariat für Wirtschaft auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Vorinstanz hat die Rechtsprechung zum Begriff der zweifellosen Unrichtigkeit einer in Wiedererwägung zu ziehenden Verfügung im Zusammenhang mit der Rückforderung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung

nach Art. 95 Abs. 1 AVIG (vgl. BGE 126 V 400 f. Erw. 2b/aa und bb), zur Verpflichtung der Verwaltung, auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen, wenn neue Tatsachen oder neue Beweismittel entdeckt werden, die geeignet sind, zu einer andern rechtlichen Beurteilung zu führen (so genannte prozessuale Revision; BGE 126 V 46 Erw. 2b mit Hinweisen), zur Verwirkung und zu den tatbeständlichen Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes bei falschen Auskünften oder Anordnungen von Verwaltungsbehörden (vgl. BGE 127 I 36 Erw. 3a, 121 V 66 Erw. 2a sowie ARV 1999 Nr. 40 S. 237 Erw. 3a) zutreffend dargestellt. Darauf wird verwiesen.
Zu ergänzen ist, dass das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, da nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 15. Dezember 2000) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen vom Sozialversicherungsgericht nicht berücksichtigt werden (BGE 127 V 467 Erw. 1, 121 V 366 Erw. 1b).
2.
2.1 In einem ersten, mit Urteil vom 27. Juli 2001 abgeschlossenen Verfahren (C 372/00) stellte das Eidgenössisches Versicherungsgericht fest, dass der Beschwerdeführer vom 1. Januar 1998 an während der gesamten Bezugszeit bis 31. März (recte: Januar) 1999 nicht anspruchsberechtigt war (Anwendungsfall der Rechtsprechung BGE 123 V 234 betr. Ausschluss der Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung von der Taggeldberechtigung).
Entsprechend dem in BGE 126 V 399 Gesagten ist Gegenstand des mit Verfügung vom 15. Dezember 2000 ausgelösten Verfahrens die Begründetheit der Rückforderung, wogegen die Unrechtmässigkeit des Leistungsbezuges Thema des Urteils vom 27. Juli 2001 war.
2.2 Die zweifellose Unrichtigkeit und die erhebliche Bedeutung der Berichtigung als Wiedererwägungsvoraussetzungen sind zu bejahen: Die Ausrichtung von Taggeldern in der Zeit vom 1. Januar 1998 bis 31. Januar 1999 ist nicht nur eine einfach unrichtige Anwendung des Gesetzes, sondern eine qualifizierte, klar unrichtige, eben zweifellose Unrichtigkeit: Als Alleinaktionär und Verwaltungsratspräsident der Firma, welche ihren Betrieb während der Perioden kontrollierter Arbeitslosigkeit weiterführte, war der Beschwerdeführer vom Taggeldbezug in Form des Differenzausgleichs klarerweise ausgeschlossen. Es liegt kein Grenzfall hinsichtlich der Bindung an das Unternehmen oder hinsichtlich der Einstellung der Geschäftsaktivitäten vor (vgl. Urteil B. vom 6. Oktober 2000 [C 16/00], worin das Eidgenössische Versicherungsgericht die zweifellose Unrichtigkeit verneint hatte). Der Rückforderungsbetrag von über Fr. 46'000.– erfüllt das Kriterium der Erheblichkeit.
3.
Streitig und näher zu prüfen ist einzig, ob der Rückforderungsanspruch verwirkt ist.
3.1
3.1.1 Die Vorinstanz erwog dazu, die Verwirkungsfrist beginne in jenem Zeitpunkt zu laufen, in dem die Kasse zumutbarer Weise Kenntnis vom rückforderungsbegründenden Sachverhalt haben konnte. Gemäss der Rechtsprechung müsse sie sich die Publizitätswirkung des Handelsregisters entgegenhalten lassen. Fristauslösend sei die Anmeldung zum Leistungsbezug am 12. Januar 1998. Die Rückforderung sei am 21. Mai 1999, also erst 16 Monate nach der Kenntnisnahme, erfolgt. Die Rückforderung sei daher nur insoweit zulässig, als die Ausrichtung der Taggelder nicht länger als ein Jahr, gerechnet ab dem Zeitpunkt der ersten, später vorbehaltlos zurückgenommenen Rückforderungsverfügung, zurückliege. Der Beschwerdeführer argumentiert demgegenüber, die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 95 Abs. 4 AVIG habe für die gesamte Bezugsperiode von dem am 12. Januar 1998 eingereichten Taggeldgesuch an zu laufen begonnen und sei bereits beim Erlass der Verfügung vom 21. Mai 1999 abgelaufen gewesen. Im Weiteren entfalte diese Verfügung keinerlei Wirkung, da sie vorbehaltlos zurückgenommen worden sei.
3.1.2 Auch wenn die Arbeitslosenkasse gemäss BGE 122 V 270 die aus dem Handelsregister hervorgehende Kenntnis der Verwaltungsratsstellung ihres Versicherten sich jederzeit anrechnen lassen muss, kann die Frist doch nicht vor der Ausrichtung der für die jeweiligen Kontrollperiode (Kalendermonat) geschuldeten Leistung zu laufen beginnen. Daran hat BGE 122 V 270 nichts geändert. Insofern ist nicht zu beanstanden, dass die Verwaltung lite pendente und ihr folgend das kantonale Gericht im angefochtenen Entscheid die Rückerstattung auf ein Jahr Taggeldbezug beschränkt haben, rückwirkend berechnet vor der am 21. Mai 1999 verfügten Rückforderung.
3.2 Nun ist aber, wie schon im ersten Urteil vom 27. Juli 2001 erwähnt, die Rückerstattungsverfügung vom 21. Mai 1999 am 21. Juni 1999 vollumfänglich und vorbehaltlos aufgehoben worden. Erst rund 1 ½ Jahre später,

am 15. Dezember 2000 hatte die Verwaltung erneut die Rückforderung verfügt. Es fragt sich, ob und inwieweit die Aufhebung der ersten Rückerstattungsverfügung vom 21. Mai 1999 für die Wahrung der Verwirkungsfrist bedeutsam ist.

3.2.1 Das kantonale Gericht erwog unter Berufung auf SVR 1997 ALV Nr. 84 S. 256, durch die wiedererwägungsweise Aufhebung der Verfügung vom 21. Mai 1999 durch jene vom 21. Juni 1999 habe sich «am Umfang der verwirkten Forderungen nichts (geändert). Betroffen davon ist lediglich die Festsetzung der Rückforderung und nicht deren Vollstreckung. Denn wenn die Rückforderung einmal frist- und formgerecht geltend gemacht wurde, so ist die Frist zu deren Festsetzung ein für allemal gewahrt. Das gilt auch dann, wenn die entsprechende Verfügung nachträglich aufgehoben und durch eine inhaltlich berichtigte neue ersetzt werden muss. Das spätere rechtliche Schicksal der Rückerstattungsverfügung spielt demnach keine Rolle.»

3.2.2 Dieser Betrachtungsweise kann nicht beigepflichtet werden. Die Vorinstanz übersieht, dass die von ihr zitierte Rechtsprechung stets Rückerstattungsverfügungen betrifft, welche, beschwerdeweise angefochten und durch ein Gericht aufgehoben, zu einem Rückweisungsverfahren mit Erlass neuer Verwaltungsverfügungen geführt haben. In einer solchen Verfahrenslage wahrt die gerichtlich aufgehobene Verfügung praxisgemäss die Verwirkungsfrist, und zwar im Umfang der ursprünglich verfügten Rückerstattung (vgl. statt vieler Urteil K. vom 5. September 2001 [H 413/99]Erw. 3a mit Hinweisen).

3.2.3 Das vorliegende Verfahren unterscheidet sich davon grundsätzlich. Die Rückerstattungsverfügung vom 21. Mai 1999 ist weder angefochten noch von einem Gericht in einem Rückweisungsurteil aufgehoben worden, verbunden mit dem Auftrag, nach ergänzenden Abklärungen, neu zu verfügen. Vielmehr hat die Verwaltung die unangefochten gebliebene Verfügung vom 21. Mai 1999 mit Wiedererwägungsverfügung vom 21. Juni 1999 ersatzlos aufgehoben. Anders als im Falle der gerichtlichen Anfechtung, Aufhebung und Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu ergänzenden Abklärungen und neuem Verfügungserlass ergeht bei ersatzloser Aufhebung eines Verwaltungsaktes durch eine zweite Verfügung kein gerichtliches Urteil, welches die Rückerstattungspflicht zum Gegenstand hat. Nur dieses Rückweisungsurteil als Bindeglied zwischen der ersten aufgehobenen und der zweiten noch zu erlassenen Verfügung rechtfertigt die Annahme eines weiterhin andauernden Effektes des ersten Kassenaktes hinsichtlich Wahrung der Verwirkungsfrist. Bei ersatzloser Aufhebung einer Rückerstattungsverfügung auf dem Wege der Wiedererwägung gibt es dagegen nichts, was geeignet wäre, die fristwahrende Wirkung der ersten Verfügung in ein neues Verfahren hinüberzuretten. Vielmehr sind mit deren Aufhebung auch deren Rechtsfolgen und Rechtswirkungen, welche sie zeitigte, untergegangen.

Träfe die vorinstanzliche Auffassung zu, hätte es zwecks Verfolgung (Geltendmachung) des Rückerstattungsanspruches der zweiten Verfügung vom 15. Dezember 2000 gar nicht mehr bedurft, hätte doch die Verwaltung bei dieser Betrachtungsweise direkt die Vollstreckung der ersten Rückerstattungsverfügung vom 21. Mai 1999 an die Hand nehmen können. Dies war indes nicht möglich, da die Rückerstattungsverfügung vom 21. Mai 1999 durch die Wiedererwägungsverfügung vom 21. Juni 1999 ersatz- und vorbehaltlos aufgehoben worden war. Dass dies rechtsirrtümlich - im Hinblick auf das damals hängige Zweifelsfallverfahren vor der kantonalen Amtsstelle, welches zum ersten Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht des Kantons Bern und Eidgenössischem Versicherungsgericht führte - geschah, hilft der Verwaltung nicht (BGE 124 V 220 Erw. 2b/aa mit Hinweisen).

3.2.4 Da die Verwaltung in casu erst am 15. Dezember 2000 und damit weit nach Ablauf eines Jahres seit dem letzten Taggeldbezug (31. Januar 1999) die Rückforderung rechtswirksam geltend machte, ist der Anspruch auf jeden Fall verwirkt. Es kann offen bleiben, ob die Verwaltung überhaupt befugt war, zweimal über den gleichen Anspruch zu verfügen, was nach der Rechtsprechung eher zu verneinen ist (vgl. BGE 116 V 63 mit Hinweisen).

4.

Dem Ausgang des letztinstanzlichen Verfahrens entsprechend steht dem Versicherten eine Parteientschädigung zu (Art. 135 in Verbindung mit Art. 159 Abs. 1 OG); damit ist sein Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung gegenstandslos. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 134 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. Dezember 2002 und die Verfügung des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit vom 15. Dezember 2000 aufgehoben.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern wird über eine allfällige Neuverlegung der Parteikosten für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses befinden.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, dem beco, Berner Wirtschaft, Abteilung Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 17. Dezember 2003

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der I. Kammer: Der Gerichtsschreiber: