

# **BGer 8C\_755/2023 vom 24. Oktober 2024**

Bundesgericht, 2024-10-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_755\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_755_2023)

FR: TF 8C\_755/2023 du 24 octobre 2024

IT: TF 8C\_755/2023 del 24 ottobre 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 141 V 234 E. 1). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2.1**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie in Bestätigung des Einspracheentscheids der Beschwerdegegnerin vom 5. Dezember 2022 einen Wiedererwägungsgrund im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG bejahte und gestützt auf Art. 25 Abs. 1 ATSG erkannte, die unrechtmässig bezogenen Leistungen für die Monate September bis November 2021 seien von der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger auf eine (n) formell rechtskräftige (n) Verfügung oder Einspracheentscheid zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Die erstgenannte Voraussetzung meint, dass kein vernünftiger Zweifel an der (von Beginn weg bestehenden) Unrichtigkeit der Verfügung möglich, also einzig dieser Schluss denkbar ist. Das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit ist in der Regel erfüllt, wenn eine Leistungszusprechung aufgrund falsch oder unzutreffend verstandener Rechtsregeln erfolgt war oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden ( BGE 140 V 77 E. 3.1). Anders verhält es sich, wenn der Wiedererwägungsgrund im Bereich materieller Anspruchsvoraussetzungen liegt, deren Beurteilung notwendigerweise Ermessenszüge aufweist. Erscheint die Beurteilung einzelner Schritte bei der Feststellung solcher Anspruchsvoraussetzungen (Invaliditätsbemessung, Arbeitsunfähigkeitsschätzung, Beweiswürdigung, Zumutbarkeitsfragen) vor dem Hintergrund der Sach- und Rechtslage, wie sie sich im Zeitpunkt der rechtskräftigen Leistungszusprechung darbot, als vertretbar, scheidet die Annahme zweifelloser Unrichtigkeit aus. Zweifellos ist die Unrichtigkeit, wenn kein vernünftiger Zweifel daran möglich ist, dass die Verfügung unrichtig war. Es ist nur ein einziger Schluss - derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung - denkbar ( BGE 138 V 324 E. 3.3; SVR 2019 UV Nr. 11 S. 41, 8C\_525/2017 E. 7.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Das kantonale Gericht stellte fest, die Beschwerdegegnerin habe ihren Taggeldabrechnungen vom 5. und 10. November sowie 3. Dezember 2021 das von der Beschwerdeführerin angegebene tatsächlich erzielte Einkommen entsprechend des im jeweiligen Monat ausgeübten Arbeitspensums (60 % für September, 70 % für Oktober und 80 % für November 2021) als Zwischenverdienst zugrunde gelegt. Zur Begründung der mit Verfügung vom 13. Januar 2022 für diesen Zeitraum zurückgeforderten Arbeitslosenentschädigung habe sie festgehalten, der branchen- und ortsübliche Lohn als Unternehmensberaterin und Mitglied im Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ AG sei auf Fr. 11'667.- festzusetzen. Diese Tatsache werde von der Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich in Abrede gestellt. Sie mache aber geltend, es liege in der Natur der Sache, dass bei Start-ups die Grundlöhne eher tief angelegt würden. Am Anfang fehle dem gegründeten Unternehmen die Liquidität. Bis die Marktposition gefestigt und ein Kundenstamm aufgebaut worden seien, komme oftmals wenig Geld herein. Diesen Vorbringen, so die Vorinstanz weiter, könne nicht beigespflichtet werden. Die Arbeitslosenversicherung bezwecke nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken. Dazu zähle auch der Ausgleich einer zu geringen Entlohnung infolge eines sich im Aufbau befindlichen Start-ups. Damit erwiesen sich die ursprünglichen Taggeldabrechnungen und die gestützt darauf ausbezahlten Leistungen als zweifellos unrichtig.

Das kantonale Gericht fuhr fort, es lägen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine besonderen Umstände vor, welche die Taggeldabrechnungen als vertretbar im Sinne der Rechtsprechung erscheinen liessen (mit Hinweis auf BGE 141 V 405 E. 5.2 mit Hinweisen). Das berufs- und ortsübliche Einkommen von Fr. 11'667.- überschreite den mit der C.\_\_\_\_\_ AG vereinbarten Jahreslohn von Fr. 3'000.- bei weitem. Daher könne nicht davon gesprochen werden, dass sich der angerechnete Zwischenverdienst in einem Bereich bewegt habe, der vom Ermessen der Verwaltung getragen worden sei. Es sei unerheblich, ob dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) die zweifelloso Unrichtigkeit der Leistungsauszahlung hätte auffallen müssen. Auch wenn der unrechtmässige Bezug auf das fehlerhafte Verhalten der Verwaltung zurückzuführen sei, bestehe eine Rückerstattungspflicht. Im Übrigen könne angesichts des zeitnah am 5. und 10. November sowie 3. Dezember 2021 abgerechneten Zwischenverdiensts nicht davon gesprochen werden, gestützt darauf habe die Beschwerdegegnerin während Monaten in vertretbarer Weise Arbeitslosentschädigung ausbezahlt, zumal darauf davor schon wegen der Leistungen der Krankentaggeldversicherung kein Anspruch bestanden haben könne.

### **E. 3.2**

Was die Beschwerdeführerin dazu vorbringt, erschöpft sich im Wesentlichen in einer Wiederholung der kantonalen Beschwerde. Damit genügt die letztinstanzliche Beschwerde den Anforderungen von Art. 42 Abs. 2 Satz 1 BGG nicht, wonach in der Begründung in gedrängter Form darzulegen ist, inwiefern das angefochtene Urteil Recht verletzt. Auf die Vorbringen in der Beschwerde ist daher nicht näher einzugehen, soweit damit ein Wiedererwägungsgrund in Zweifel gezogen wird (vgl. BGE 140 V 22 E. 7.1 mit Hinweis).

#### **E. 4.1.1**

Zu prüfen ist schliesslich, ob die Beschwerdegegnerin Art. 27 ATSG (Marginalie: Aufklärung und Beratung) verletzt habe und die Beschwerdeführerin sich auf den Vertrauensschutz berufen könne ( Art. 9 BV ).

#### **E. 4.1.2**

Gemäss Art. 27 Abs. 2 ATSG hat jede Person Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten (Satz 1). Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind (Satz 2). Die Beratung ist grundsätzlich auf entsprechendes Begehren der betreffenden Person sowie ohne Antrag vorzunehmen, wenn der Versicherungsträger einen entsprechenden Bedarf feststellt. Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht kommt einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich, weshalb dieser in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen hat ( BGE 143 V 341 E. 5.2.1 mit Hinweis).

Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben statuiert ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens und verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Die Voraussetzung für eine Berufung auf Vertrauensschutz, die unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtsuchenden gebieten kann, ist erfüllt: 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat. Der unrichtigen Auskunft gleichgestellt ist die Unterlassung einer behördlichen Auskunft, die gesetzlich vorgeschrieben oder nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war. Die dritte Voraussetzung lautet diesfalls: wenn die Person den Inhalt der unterbliebenen Auskunft nicht kannte oder deren Inhalt so selbstverständlich war, dass sie mit einer anderen Auskunft nicht hätte rechnen müssen ( BGE 143 V 341 E. 5.2.1 mit Hinweisen).

#### **E. 4.1.3**

Das kantonale Gericht erwog, die Beschwerdeführerin mache geltend, aufgrund der fehlenden Aufklärung habe sie im Start-up-Unternehmen weitergearbeitet, davon ausgehend, sie würde ihren Lebensunterhalt mit dem bescheidenen Verdienst und den Arbeitslosentaggeldern finanzieren können. Erst nachdem ein provisorischer Jahresabschluss gezeigt habe, dass sie das Geschäftsjahr mit einem Minus von Fr. 40'000.- abschliessen werde, sei sie mit Aufhebungsvertrag vom 16./17. Dezember 2021 aus der C.\_\_\_\_\_ AG ausgetreten. Zwar werde, so die Vorinstanz weiter, an den Beweis eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Auskunft und dem Unterlassen einer vorteilhaften Disposition nicht allzu strenge Anforderungen gestellt (mit Hinweis auf BGE 121 V 65 E. 4b). Indessen habe sich die Beschwerdeführerin bewusst für die tiefe Entlohnung und die Partnerschaft bei der C.\_\_\_\_\_ AG entschieden. Die Vermittlungsfähigkeit, die eine wesentliche Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bilde, sei hinsichtlich der Tätigkeit bei diesem Unternehmen ab 1. Juni 2021 erst mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 bestätigt worden. Zudem sei erst aufgrund der Abrechnungen vom November und Dezember 2021 Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt worden. Daher sei fraglich, ob die Beschwerdeführerin bereits vor Dezember 2021 aus der C.\_\_\_\_\_ AG ausgeschieden wäre. Jedenfalls könne nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht davon ausgegangen

werden, dass sie bei korrekter Ausübung der Beratungspflicht der Beschwerdegegnerin überwiegend wahrscheinlich zu einem früheren Zeitpunkt aus dem Unternehmen ausgetreten wäre, beziehungsweise eine andere Lösung in Betracht gezogen hätte. Sie könne sich daher mangels (kausaler) Disposition nicht auf den Vertrauensschutz berufen.

#### **E. 4.1.4**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz gelange zwar zum zutreffenden Schluss, dass die Beschwerdegegnerin die Pflicht gehabt hätte, den gemeldeten Verdienst auf seine Orts- und Berufsüblichkeit zu prüfen und die Beschwerdeführerin über das Ergebnis und die Konsequenzen frühzeitig hätte informieren und aufklären sollen. Den Einwand der Beschwerdegegnerin auf die Eigenverantwortlichkeit der Beschwerdeführerin habe das kantonale Gericht zu Recht zurückgewiesen, indem es festgehalten habe, es sei nicht zu erkennen, inwiefern die Beschwerdeführerin ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen sei. Die Vorinstanz verkenne, so die Beschwerdeführerin weiter, dass sie die Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_\_ AG vor Erlass der strittigen Rückforderungsverfügung aufgegeben habe. Dies sei ein deutliches Indiz dafür, dass die finanziellen Auswirkungen der Beschäftigung bei diesem Unternehmen ihren Entscheid, diese fortzusetzen oder nicht, prioritär und massgeblich beeinflusst habe. Demnach sei entgegen der Auffassung des kantonalen Gerichts anzunehmen, dass sie bei rechtzeitiger Aufklärung das Arbeitsverhältnis umgehend gekündigt hätte. Hinzu komme, dass sie sich durch die Bestätigung der Vermittelbarkeit mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 bestärkt gefühlt habe, mit ihrem Zwischenverdienst sei alles in Ordnung. Insgesamt sei gestützt auf den Grundsatz der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass sie eine Tätigkeit aufgenommen habe, die aus nachvollziehbaren Gründen tiefer entlohnt werde als üblich (Start-up-Unternehmen, Zusatzverdienst nach Umsatz), und diese sofort aufgeben haben würde, wenn sie gewusst hätte, ihr werde ein höherer Zwischenverdienst angerechnet. Die gegenteilige Schlussfolgerung des kantonalen Gerichts erscheine lebensfremd.

#### **E. 4.1.5**

Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Mitwirkungspflicht der versicherten Person umfasse nicht nur, Auskünfte zu erteilen, Formulare wahrheitsgemäss auszufüllen, Zwischenverdienste zu melden und die Arbeits (un) fähigkeit anzugeben, sondern verlange von ihr auch, sich mit den zur Verfügung gestellten Merkblättern und "Informationstools" auseinanderzusetzen. Der Beschwerdeführerin sei vorzuhalten, sich auch nach dem Hinweis auf den orts- und branchenüblichen Lohn nicht weiter informiert zu haben. Die Vorinstanz habe den Umstand nicht gewürdigt, dass die Beschwerdegegnerin im Bereich der Massenverwaltung tätig sei und zunächst auf die Angaben der Versicherten in den eingereichten Unterlagen abstelle, wie hier auf die Zwischenverdienstbescheinigungen. Sie habe die orts- und branchenübliche Entlohnung erst geprüft, nachdem die dafür zuständige Abteilung des KIGA die Vermittlungsfähigkeit mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 bejaht habe. Diese Frage habe sich darauf bezogen, ob die Funktion der Beschwerdeführerin bei der C.\_\_\_\_\_ AG eine selbstständige Erwerbstätigkeit darstelle und daher das daraus erzielte Einkommen keinen Zwischenverdienst begründe. Im Übrigen habe das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern mit Verfügung vom 1. Juni 2021 die Vermittlungsfähigkeit nicht mit Blick auf einen anrechenbaren Zwischenverdienst, sondern hinsichtlich der voraussichtlich weiterdauernden (teilweisen) Arbeitsunfähigkeit geprüft. In diesem Zusammenhang habe diese die Vorleistungspflicht der Arbeitslosenkasse aufgrund der festgestellten Vermittlungsfähigkeit gegenüber der beantragten Rente bei der

Invalidenversicherung bestätigt. Somit könne diese Vermittlungsfähigkeit nicht mit derjenigen im Kontext eines selbstständigen Zwischenverdiensts gleichgesetzt werden. Abschliessend hält die Beschwerdegegnerin fest, die Beschwerdeführerin habe die Aufhebungsvereinbarung mit der C.\_\_\_\_\_ AG am 17. Dezember 2021 unterschrieben, also noch bevor sie die Rückforderungsverfügung vom 13. Januar 2022 erhalten habe. Die Kenntnis über eine orts- und branchenübliche Anpassung des Zwischenverdiensts sei also nicht ausschlaggebend gewesen, sondern habe auf erwarteten wirtschaftlichen Ergebnissen und nicht auf den direkten oder indirekten Auskünften beruht.

#### **E. 4.2**

Der Hinweis der Beschwerdegegnerin zum erforderlichen Beweisgrad in der Massenverwaltung trifft den entscheidenden Punkt nicht. Nach der Rechtsprechung ist den Beweisanforderungen im Rahmen der Massenverwaltung Rechnung zu tragen, wenn der Zeitpunkt der Zustellung einer Beitragsverfügung im Bereich der Alters- und Hinterbliebenenversicherung beziehungsweise der Invalidenversicherung umstritten ist (vgl. BGE 121 V 5 ; 120 V 33 E. 2d; 119 V 7 E. 3c/aa; vgl. auch BGE 131 V 407 E. 2.1.2.2). So verhält es sich hier offensichtlich nicht. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die Beschwerdeführerin, die während längerer Zeit zu hohen Salären als Geschäftsführerin erwerbstätig gewesen war, ohne Weiteres hätte erkennen können, dass die fraglichen Abrechnungen von November sowie Dezember 2021 und die gestützt darauf getätigten Auszahlungen der Arbeitslosenentschädigung auf einem Zwischenverdienst beruhten, der augenfällig zu tief gewesen war. Der vom kantonalen Gericht und von der Beschwerdeführerin jeweils implizit zur Diskussion gestellte adäquate Kausalzusammenhang wird im hievorigen zitierten BGE 143 V 341 E. 5.2.1 mit Hinweisen dahingehend umschrieben, dass die versicherte Person den Inhalt der allfällig unterbliebenen Auskunft hätte kennen können oder müssen. Davon ist vorliegend ohne Weiteres auszugehen, zumal die Beschwerdeführerin noch während Monaten nach der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung Leistungen der Krankentaggelversicherung bezogen hatte. Die Beschwerde ist in allen Teilen abzuweisen.

#### **E. 5**

Die Gerichtskosten sind der Beschwerdeführerin als unterliegende Partei aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.