

## **BGer 9C\_618/2011 vom 28. Juni 2012**

Bundesgericht, 2012-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_618\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_618_2011)

FR: TF 9C\_618/2011 du 28 juin 2012

IT: TF 9C\_618/2011 del 28 giugno 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Die Beschwerdelegitimation des BSV ist gegeben ( Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG in Verbindung mit Art. 62 Abs. 1bis ATSG [SR 830.1], Art. 201 Abs. 1 AHVV [SR 831.101] und Art. 42 EO [SR 834.11]).

#### **E. 1.2**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen ( BGE 134 V 250 E. 1.2 S. 252 mit Hinweisen).

#### **E. 2.1**

Personen, die Schutzdienst leisten, haben für jeden ganzen Tag, für den sie Sold im Sinne von Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 2002 über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz (BZG; SR 520.1) beziehen, Anspruch auf eine Entschädigung ( Art. 1a Abs. 3 EOG [SR 834.1] in Verbindung mit Art. 23 BZG ).

Gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. c BZG (in der hier anwendbaren, bis 31. Dezember 2011 geltenden Fassung; heute Art. 27a Abs. 1 lit. b BZG ) können die Kantone Schutzdienstpflichtige u.a. für Einsätze zu Gunsten der Gemeinschaft aufbieten. Die Kantone regeln das Aufgebotsverfahren (aArt. 27 Abs. 3 BZG; heute Art. 27a Abs. 4 BZG ) sowie die Bewilligungserteilung für die Gemeinschaftseinsätze auf kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 7 der Verordnung vom 5. Dezember 2003 über Einsätze zu Gunsten der Gemeinschaft [aVEZG; AS 2003 5175] in der bis zum 30. Juni 2008 geltenden Fassung). Gemäss Art. 2 aVEZG können diese erbracht werden, wenn die Gesuchsteller oder Gesuchstellerinnen ihre Aufgaben nicht mit eigenen Mitteln bewältigen können (lit. a), der Gemeinschaftseinsatz mit dem Zweck und den Aufgaben des Zivilschutzes übereinstimmt und der Anwendung des in der Ausbildung erworbenen Wissens und Könnens dient (lit. b), der Gemeinschaftseinsatz private Unternehmen nicht übermässig konkurrenziert (lit. c) und das unterstützte Vorhaben nicht überwiegend dem Ziel der Geldmittelbeschaffung dient (lit. d).

#### **E. 2.2**

Im Kanton Bern können nach Art. 54 lit. c des kantonalen Bevölkerungsschutz- und Zivilschutzgesetzes vom 24. Juni 2004 (KBZG-BE; BSG 521.1) sowohl der Kanton als auch die Gemeinden Aufgebote für Einsätze zu Gunsten der Gemeinschaft erlassen. Diese Dienstleistungen werden gemäss Art. 55 Abs. 2 KBZG-BE auf eine Woche pro Jahr

beschränkt. Kader sowie Spezialistinnen und Spezialisten können nach Art. 55 Abs. 3 KBZG-BE zusätzlich bis zu vier Tage aufgeboten werden. Auf freiwilliger Basis und in Absprache mit der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber sind länger dauernde Dienstleistungen möglich (Art. 55 Abs. 4 KBZG-BE; vgl. zur heutigen Rechtslage Art. 27a Abs. 2 BZG ). Dementsprechend konnten im Kanton Bern Schutzdienstpflichtige durch die Gemeinde oder den Kanton grundsätzlich zeitlich unbegrenzt aufgeboten werden.

Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. h der kantonalen Verordnung vom 27. Oktober 2004 über den Zivilschutz (KZSV-BE [BSG 521.11]; in der bis am 31. Dezember 2011 gültig gewesenen Fassung) überprüft das Amt für Bevölkerungsschutz, Sport und Militär (BSM) des Kantons Bern die Bewilligungen der Einsätze der Zivilschutzorganisation zu Gunsten der Gemeinschaft anhand der VEZG. Weiter bestimmt Art. 17 KZSV-BE, dass die Einsätze zu Gunsten der Gemeinschaft die Vorgaben des VEZG erfüllen und vom BSM des Kantons Bern überprüft werden. Auch wenn in den dargelegten Bestimmungen von einer "Überprüfung" (resp. in der französischen Fassung "vérifier" und "contrôler") der Einsätze die Rede ist, steht ausser Frage, dass das BSM des Kantons Bern letztlich die zuständige Behörde für die Bewilligungserteilung im Sinne von Art. 7 aVEZG ist. Nichts anderes ergibt sich aus dem vorinstanzlichen Entscheid und auch von den Parteien wird nichts Gegenteiliges vorgebracht. Die jeweilige Zivilschutzorganisation hat die Gemeinschaftseinsätze also vom BSM des Kantons Bern bewilligen zu lassen. Diese Bewilligung stellt eine Verfügung dar, da sie die Aufgebote für die Gemeinschaftseinsätze in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Ordnung erlaubt (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, N. 1 zu § 44).

### **E. 2.3**

Das BSV hat die Wegleitung zur Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende und Mutterschaft erlassen (WEO; hier relevant ist die ab 1. Juli 2005 bis 31. Dezember 2010 geltende Fassung), welche sich an die Verwaltung richtet und zwar das Gericht nicht bindet, aber bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen ist ( BGE 133 V 587 E. 6.1 S. 591, 257 E. 3.2 S. 258 f.; je mit Hinweisen). Danach ist folgender Verfahrensablauf vorgesehen: Nach Absolvierung des Dienstes füllt der Rechnungsführer oder die Rechnungsführerin des Zivilschutzes (vgl. Art. 62 Abs. 3 BZG ) ein bestimmtes Anmeldeformular aus und trägt im Feld "Code der Dienstleistung" für Einsätze zu Gunsten der Gemeinschaft und für Wiederholungskurse die Codierung "20" ein (Rz. 1030 WEO). Nachdem die Dienstleistende Person ihre persönlichen Daten und der Arbeitgeber die Lohnangaben eingetragen haben, erhält die Ausgleichskasse das Anmeldeformular (Rz. 1033 f., 1045 und 1049 WEO). Diese prüft das Anmeldeformular. Gegebenenfalls sendet sie es zur Ergänzung zurück oder verlangt weitere Unterlagen. Die Entschädigung darf nur ausgerichtet werden, wenn der Anspruch vorschriftsgemäss geltend gemacht wurde, die Dienstage von der Rechnungsführung bzw. der Vollzugsstelle bescheinigt worden sind und die Voraussetzungen für den Bezug der zutreffenden Entschädigung erfüllt sind (Rz. 1050 und 6009-6012 WEO).

### **E. 3.1**

Unrechtmässig ausgerichtete Erwerbsausfallentschädigungen können zurückgefordert werden ( Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG in Verbindung mit Art. 1 EOG ), falls die Voraussetzungen für ein revisions- oder wiedererwägungsweises Zurückkommen auf die formlos erfolgte (vgl. Art. 18 Abs. 2 EOG ) Leistungszusprechung gegeben sind (vgl. Art.

53 Abs. 1 und 2 ATSG ; BGE 122 V 367 E. 3 S. 368 f.; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl. 2009, N. 13 zu Art. 25 ATSG ).

### **E. 3.2**

Formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide müssen gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG in prozessuale Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Ausschlaggebend ist, dass das Beweismittel nicht bloss der Sachverhaltswürdigung, sondern der Sachverhaltsfeststellung dient. Es bedarf dazu neuer Elemente tatsächlicher Natur, welche die Entscheidungsgrundlagen als objektiv mangelhaft erscheinen lassen ( BGE 127 V 353 E. 5b S. 358 und SVR 2010 UV Nr. 22 S. 90, 8C\_720/2009 E. 5.2; je mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn die ursprüngliche Leistungszusprechung nach damaliger Sach- und Rechtslage zweifellos unrichtig war (vgl. BGE 125 V 383 E. 3 S. 389; 119 V 475 E. 1c S. 480 mit Hinweisen; Urteil 8C\_769/2010 vom 12. November 2010 E. 2.2) und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Vorausgesetzt ist, dass kein vernünftiger Zweifel an der Unrichtigkeit der Verfügung möglich, also nur dieser einzige Schluss denkbar ist (Urteile 9C\_418/2010 vom 29. August 2011 E. 3.2; 9C\_575/2007 vom 18. Oktober 2007 E. 2.2; je mit Hinweisen). Dieses Erfordernis ist in der Regel erfüllt, wenn eine Leistungszusprache aufgrund falscher Rechtsregeln erfolgt ist oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden.

### **E. 4**

Die Vorinstanz hat eine Verwirkung des Rückforderungsanspruches verneint, was von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten wird. Von den fraglichen Diensttagen hat sie für drei Tage Wiederholungskurs und sechs Tage Tätigkeit als Instruktor eine Rückerstattungspflicht bejaht. Was die Einsätze zu Gunsten der Gemeinschaft anbelangt, ist sie der Auffassung, dass eine Bewilligung in Form abgestempelter Dienstpläne existiere. Somit seien die Gemeinschaftseinsätze soldberechtigt und die Entschädigung sei zu Recht ausgerichtet worden.

Das BSV macht geltend, für die Einsätze zu Gunsten der Gemeinschaft liege keine gültige Bewilligung vor, da die zuständige kantonale Behörde im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung die materiellen Voraussetzungen gemäss Art. 2 VEZG (E. 2.1) nicht lediglich aufgrund des Dienstkalenders habe beurteilen können.

### **E. 5.1**

Das Beschwerde führende BSV beruft sich nicht auf neue Tatsachen oder Beweismittel im Sinne von Art. 53 Abs. 1 ATSG . Solche sind auch sonst nicht ersichtlich. Deshalb fällt eine prozessuale Revision ausser Betracht. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung gegeben sind.

### **E. 5.2**

Im zur Publikation vorgesehenen Urteil 9C\_650/2011 vom 18. Juni 2012 entschied das Bundesgericht, dass der Anspruch auf eine Entschädigung des Erwerbsausfalls nach dem

klaren Wortlaut von Art. 1a Abs. 3 EOG ausschliesslich an die Soldberechtigung anknüpft (a.a.O., E. 5.2). Diese kann in der Regel nicht in Abrede gestellt werden mit der Begründung, die für den fraglichen Dienst erforderliche Bewilligung sei ungenügend oder gar nicht vorhanden (a.a.O., E. 5.3). Selbst wenn mit dem BSV anzunehmen wäre, dass die Gemeinschaftseinsätze ohne gültige Bewilligung im Sinn von Art. 2 und Art. 8 Abs. 1 VEZG erfolgten, ist kein Grund ersichtlich, bereits daraus auf eine fehlende Soldberechtigung zu schliessen und folglich einen Anspruch auf Erwerbsersatz zu verneinen.

### **E. 5.3**

Im konkreten Fall wurde und wird die Soldberechtigung des B. \_\_\_\_\_ für die 2007 geleisteten Einsätze zu Gunsten der Gemeinschaft nicht in Abrede gestellt; insbesondere waren für ihn als Kaderangehöriger die umstrittenen Einsätze für die Gemeinschaft nicht limitiert (E. 2.2). Weiter fehlen Anhaltspunkte dafür, dass die Ausgleichskasse die formellen Vorgaben gemäss WEO (E. 2.3) nicht befolgt oder die Erwerbsausfallentschädigung aus einem anderen Grund zu Unrecht ausgerichtet haben soll. Nach dem Gesagten ist die Rückforderung der Entschädigung mangels eines Rückkommenstitels (E. 3.1) ausgeschlossen. Die Beschwerde ist unbegründet.

### **E. 5.4**

Dieses Ergebnis bedeutet indessen nicht, dass die Ausgleichskassen in jedem Fall die finanziellen Folgen von unbewilligten und somit rechtswidrigen Einsätzen zu Gunsten der Gemeinschaft zu tragen hätten. Ein entsprechender Anspruch auf Schadenersatz lässt sich gegebenenfalls mit der Staatshaftung begründen (vgl. Art. 100 ff. des kantonalen Personalgesetzes vom 16. September 2004 [BSG 153.01]).

### **E. 6**

Vom BSV als unterliegender Partei sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 BGG).

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