



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 19. Oktober 2023 (715 23 8 / 238)

Arbeitslosenversicherung

Rückforderung von Arbeitslosenentschädigung infolge nachträglicher Aufrechnung des Zwischenverdiensts entsprechend dem berufs- und ortsüblichen Ansatz. Mangels (kausal) Disposition fällt eine Berufung auf den Vertrauensschutz vorliegend ausser Betracht.

Besetzung Präsident Dieter Freiburghaus, Gerichtsschreiberin Katja Wagner

Parteien **A.**____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Natalie Matiaska, Advokatin, Fischmarkt 12, 4410 Liestal

gegen

Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32,
4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

Betreff Rückforderung

A.a A.____ war seit dem 1. Januar 2019 bei der B.____ AG als Geschäftsführerin angestellt. Mit Kündigung der Arbeitgeberin vom 24. Februar 2020 wurde dieses Arbeitsverhältnis per 31. Augst 2020 aufgelöst. Das Arbeitsverhältnis verlängerte sich infolge Arbeitsunfähigkeit von A.____ bis 30. November 2020. Am 24. November 2020 meldete sich A.____ bei ihrer vormaligen Wohnsitzgemeinde (X.____, Kanton Bern) zur Arbeitsvermittlung an und erhob ab 1. Dezember 2021 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Der Beginn der Rahmenfrist für

den Leistungsbezug wurde auf den 1. April 2021 festgelegt. Mit Entscheid vom 1. Juni 2021 teilte das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern der Versicherten mit, dass sie ab 1. Mai 2021 vermittlungsfähig und anspruchsberechtigt sei, sofern auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Für den Monat April 2021 wurde ihr die Vermittlungsfähigkeit infolge vollständiger Arbeitsunfähigkeit abgesprochen. Ab dem 1. Juni 2021 arbeitete die Versicherte als Unternehmensberaterin bei der C.____ AG. Aufgrund dieser Festanstellung wurden die Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (IV) abgeschlossen. Per 1. Juni 2021 erfolgte aufgrund der Wohnsitzverlegung ein Kassenwechsel zur Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland (Arbeitslosenkasse). Der Antrag ging am 11. Juni 2021 bei der Kantonalen Amtsstelle für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) ein. Nachdem weitere Abklärungen erfolgt waren, wurde der Versicherten mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 mitgeteilt, dass bezüglich des Bestehens der Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung gegenüber der Invalidenversicherung auf die Verfügung des Amts für Arbeitslosenversicherung Bern verwiesen werde. Die Vermittlungsfähigkeit sei daher auch im Zusammenhang mit der Anstellung bei der C.____ AG als gegeben zu betrachten. Aufgrund ihrer Funktion und der Entscheidungsbefugnis in der C.____ AG liege bei der Versicherten eine arbeitgeberähnliche Stellung vor, deren allfällige Einkünfte gegenüber ihrer Arbeitslosenkasse als Zwischenverdienst anzurechnen seien. In der Folge wurde der Versicherten mit Abrechnungen vom 5. und 10. November 2021 sowie 3. Dezember 2021 auf der Basis eines versicherten Verdiensts von Fr. 12'350.-- für den Monat September 2021 Fr. 2'936.05, für den Monat Oktober 2021 Fr. 6'200.95 und für den Monat November 2021 Fr. 6'384.95 an Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet. Für die Monate Juni bis August 2021 wurde ein Anspruch infolge zusätzlicher Anrechnung der bis zum 14. August 2021 ausgerichteten Krankentaggelder verneint.

A.b Im Rahmen einer internen Kontrolle gelangte die Arbeitslosenkasse zum Schluss, dass die Entlöhnung im Zwischenverdienst nicht orts- und branchenüblich sei und rechnete den Zwischenverdienst auf. In der Folge forderte die Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 13. Januar 2022 einen Betrag von Fr. 15'521.95 für zuviel ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung für die Zeit von Juni bis November 2021 zurück. Als Begründung führte sie im Wesentlichen an, dass der branchen- und ortsübliche Lohn Fr. 11'667.-- betrage. Werde dieser Verdienst als Zwischenverdienst angerechnet, so resultiere für die Monate September bis November 2021 eine Zahlungsdifferenz in der Höhe der zurückzufordernden Fr. 15'521.95. Daran hielt die Arbeitslosenkasse auch auf Einsprache der Versicherten hin mit Einspracheentscheid vom 5. Dezember 2022 fest.

B. Gegen diesen Einspracheentscheid erhob die Versicherte, vertreten durch Natalie Matiaska, Advokatin, mit Eingabe vom 11. Januar 2023 Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht). Darin beantragte sie, es sei der Einspracheentscheid betreffend die Rückforderung von Fr. 15'521.95 vollumfänglich aufzuheben; unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, dass kein Rückkommenstitel bestehe, da sich die Anrechnung des tatsächlichen Einkommens als Zwischenverdienst nicht als offensichtlich unrichtig erweise. Ungeachtet des Vorliegens eines Rückkommenstitels dürfe die Arbeitslosenkasse die ausgerichteten Leistungen nicht zurückfordern, weil

sie in ihrem berechtigten Vertrauen in das Verhalten des Sozialversicherungsträgers zu schützen sei.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 28. März 2023 schloss die Arbeitslosenkasse auf Abweisung der Beschwerde.

Der Präsident zieht **i n E r w ä g u n g** :

1.1 Auf die beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht und im Weiteren form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Gemäss § 55 Abs. 1 VPO entscheidet die präsidierende Person der Abteilung Sozialversicherungsrecht des Kantonsgerichts Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 20'000.-- durch Präsidialentscheid. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob die Beschwerdegegnerin für die Kontrollperioden Juni bis November 2021 zu Recht einen Betrag von insgesamt Fr. 15'521.95 zurückgefordert hat. Der Streitwert liegt damit unter der erwähnten Grenze von Fr. 20'000.--, womit die Angelegenheit demnach in die Kompetenz der präsidierenden Person der Abteilung Sozialversicherungsrecht fällt.

2.1 Die Zusprechung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen erfolgt grundsätzlich durch eine Verfügung (vgl. Art. 49 Abs. 1 ATSG). Steht diese mit den massgebenden rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen nicht bzw. nicht mehr in Übereinstimmung, stellt sich die Frage einer Korrektur der Verfügung. In Betracht kommt eine rückwirkende oder eine sich nur auf die Zukunft auswirkende Korrektur. Ziel ist, die gesetzliche Ordnung (wieder-)herzustellen (BGE 147 V 417 E. 7.3.2, 122 V 221). Gemäss Art. 95 Abs. 1 Satz 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG ist die Arbeitslosenkasse verpflichtet, zu Unrecht ausbezahlte Versicherungsleistungen vom Empfänger zurückzufordern. Eine aufgrund einer formell rechtskräftigen Verfügung ausgerichtete Leistung ist nur zurückzuerstatten, wenn entweder die für die Wiedererwägung oder die für eine prozessuale Revision erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 129 V 110 E. 1, 126 V 399 E. 1, je mit Hinweisen, Urteil des Bundesgerichts vom 31. Oktober 2020, 8C_521/2020, E. 3). Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger in Form der Wiedererwägung auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Wird eine solche rückwirkende Korrektur einer Verfügung vorgenommen, entfällt die rechtliche Grundlage für die zugesprochenen Leistungen. Diese werden – im Nachhinein – zu unrechtmässigen Leistungen (vgl. BGE 122 V 134 E. 2c). Die für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen gelten auch mit Bezug auf die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (BGE 129 V 110 E. 1.1 mit Hinweisen). Vorliegend geht es um eine rückwirkende Korrektur.

2.2 Die Festlegung einer allfälligen Rückerstattung von Leistungen erfolgt in einem mehrstufigen Verfahren: In einem ersten Entscheid ist über die Frage der Unrechtmässigkeit des Bezugs der Leistung zu befinden; hier ist auf Art. 53 ATSG abzustellen. Daran schliesst sich gegebenenfalls der Entscheid über die Rückerstattung an, mit dem insbesondere zu beantworten ist, ob – bei der festgestellten Unrechtmässigkeit des Leistungsbezugs – eine rückwirkende Korrektur erfolgt oder nicht; rechtliche Grundlage dafür bildet – neben den einzelgesetzlichen Regelungen – Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG. Schliesslich ist allenfalls über den Erlass der zurückzuerstattenden Leistung zu entscheiden; dafür ist auf Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG abzustellen.

Die für die Wiedererwägung rechtskräftiger Verfügungen vorausgesetzte zweifellose Unrichtigkeit liegt praxisgemäss dann vor, wenn kein vernünftiger Zweifel daran möglich ist, dass die Verfügung unrichtig war. Es ist nur ein einziger Schluss, derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung möglich (vgl. Urteil des EVG vom 23. April 2004, C 214/03, E. 3.1.1; vgl. auch THOMAS LOCHER/THOMAS GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Auflage, Bern 2014, S. 573, Rz. 18; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 53 Rz. 58 ff.).

3.1 Das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungsverfahren und der Sozialversicherungsprozess sind vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgericht von Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder Beweisanträge der Parteien, für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen).

3.2 Das Kantonsgericht besitzt in Sozialversicherungssachen die vollständige Überprüfungsbefugnis und ist in der Beweismwürdigung frei (§ 57 VPO in Verbindung mit Art. 61 Satz 1 ATSG; Art. 61 lit. c ATSG). Die Verwaltung als verfügende Instanz und im Beschwerdefall das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (vgl. RENÉ RHINOW / HEINRICH KOLLER / CHRISTINA KISS / DANIELA THURNHERR / DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, N 999). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen (vgl. CRISTINA SCHIAVI, in: Basler Kommentar ATSG, Frésard-Fellay/Klett/Leuzinger [Hrsg.], Basel 2020, Art. 43 N 11; BGE 144 V 427 E. 3.2). Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhaltes genügt diesen Beweisanforderungen nicht. Es ist vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die das Gericht von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (vgl. BGE 144 V 427 E. 3.2, 138 V 218 E. 6 mit diversen Hinweisen).

4.1 Streitig ist die Rechtmässigkeit der mit Einspracheentscheid vom 5. Dezember 2022 bestätigten Rückforderung der in den Monaten Juni bzw. September bis November 2021 zuviel ausgerichteten Taggelder und in diesem Zusammenhang insbesondere, ob die Arbeitslosenkasse nachträglich zu Recht den im besagten Zeitraum erzielten Zwischenverdienst aufgerech-

net hat. Zu prüfen ist deshalb in erster Linie (vgl. E. 2.2 hiavor), ob sich die Auszahlung der zuviel ausgerichteten Taggelder nachträglich als zweifellos unrichtig erweist. Eine zweifellose Unrichtigkeit liegt nicht nur vor, wenn die in Wiedererwägung zu ziehende Verfügung aufgrund falscher oder unzutreffender Rechtsregeln erlassen wurde, sondern auch, wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden. Eine gesetzwidrige Leistungszusprechung gilt regelmässig als zweifellos unrichtig (vgl. BGE 126 V 399 E. 2bb).

4.2 Der rechtserhebliche Sachverhalt präsentiert sich hierzu im Wesentlichen wie folgt: Nach Eingang der Anmeldung vom 24. November 2020 teilte das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern mit Entscheid vom 1. Juni 2021 mit, dass die Versicherte ab 1. Mai 2021 vermittlungsfähig und anspruchsberechtigt sei, sofern auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt seien. Für den Monat April 2021 wurden die entsprechenden Voraussetzungen mit der Begründung verneint, dass die Versicherte gemäss aktuellem Arztzeugnis noch immer zu 100% arbeitsunfähig sei. Per 1. Juni 2021 erfolgte der Kassenwechsel. In ihrem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung zuhanden des KIGA vom 11. Juni 2021 wies die Versicherte u.a. darauf hin, dass sie seit 1. Juni 2021 stundenweise als Unternehmensberaterin tätig sei. Im Rahmen einer amtlichen Erkundigung vom 18. August 2021 wurde die Versicherte zwecks Klärung der Vermittlungsfähigkeit um die Beantwortung zahlreicher Fragen ersucht (vgl. Kassen-Dok. 470). Mit Schreiben vom 23. August 2021 beantwortete die Versicherte die entsprechenden Fragen im Wesentlichen dahingehend, dass sie bei der C.____ AG gemäss Arbeitsvertrag in einem 50%-Pensum angestellt sei und die wöchentliche Arbeitszeit 21 Stunden betrage. Sie arbeite weitgehend im Homeoffice und könne sich die Stunden frei einteilen. Zurzeit sei sie nur zu 50% arbeitsfähig. Ferner sei sie Mitglied des Verwaltungsrats und gleichberechtigte Partnerin von insgesamt vier Partnern. Dementsprechend halte sie 25% des Aktienkapitals der Gesellschaft. Auf entsprechende Nachfrage des KIGA vom 26. August 2021 hin präzisierte die Versicherte am 7. September 2021, dass ihr Psychiater ihr eine Umgebung empfohlen habe, in welcher sie im "geschützten" Rahmen ihre Kompetenzen einbringen und gleichzeitig je nach Gesundheitszustand die Arbeitsfähigkeit steigern könne. Mit der Partnerschaft bei der C.____ AG habe sie diesen Rahmen und die Unterstützung bekommen. Die C.____ AG sei ein relativ junges Unternehmen respektive Startup. Alle Partner hätten sich über mehr als eineinhalb Jahre ein Monatsgehalt von Fr. 3'000 (bei 100%) vergütet. Dies sei bei jungen Unternehmen / Startups ganz normal, branchenüblich und ortsunabhängig. Gleichzeitig würden alle Partner gleich behandelt, womit klar sei, dass sie keine Sonderbehandlung bekomme. Mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 wurde der Versicherten mitgeteilt, dass bezüglich des Bestehens der Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung gegenüber der Invalidenversicherung auf die Verfügung des Amts für Arbeitslosenversicherung Bern verwiesen werde. Die Vermittlungsfähigkeit sei auch im Zusammenhang mit der Anstellung bei der C.____ AG als gegeben zu betrachten. Aufgrund ihrer Funktion und der Entscheidungsbefugnis in der C.____ AG liege bei der Versicherten eine arbeitgeberähnliche Stellung vor, deren allfällige Einkünfte gegenüber ihrer Arbeitslosenkasse als Zwischenverdienst anzurechnen seien. Einen Zwischenverdienst müsse man bereit sein aufzugeben. Diese Überprüfung könne mittels Bereitschaft zur Stellensuche (Arbeitsbemühungen) vollzogen werden. Gestützt auf die Eigendeklaration sei festzustellen, dass die Versicherte ab 2. Juni 2021 weiterhin im Rahmen der Vorleistungspflicht als vermittlungsfähig zu betrachten sei, weshalb Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe, sofern die übrigen Anspruchs-

voraussetzungen erfüllt seien. In der Folge wurde das tatsächlich erzielte Einkommen entsprechend des im jeweiligen Monat ausgeübten Arbeitspensums (50% von Juni bis August 2021, 60% im September 2021, 70% im Oktober 2021 und 80% im November 2021) als Zwischenverdienst an den Taggeldanspruch angerechnet. Zusätzlich wurden die noch bis zum 14. August 2021 ausgerichteten Krankentaggelder infolge teilweiser Arbeitsunfähigkeit an den Taggeldanspruch angerechnet. Für die Monate Juni bis August 2021 resultierte auf dieser Grundlage bei einem versicherten Verdienst von Fr. 12'350.-- kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. Abrechnungen vom 22. Juli 2021, 11. Oktober 2021 und 5. November 2021, Kassen-Dok. 426, 507 und 521). Mit Abrechnungen vom 5. und 10. November 2021 (Kassen-Dok. 522, 526) sowie 3. Dezember 2021 (Kassen-Dok. 533) wurden für den Monat September 2021 Fr. 2'936.05, für den Monat Oktober 2021 Fr. 6'200.95 und für den Monat November 2021 Fr. 6'384.95 an Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet. Am 13. Januar 2022 erging die angefochtene Verfügung, worin die Arbeitslosenkasse die im Zeitraum September bis November 2021 ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 15'521.95 (Fr. 2'936.05 + Fr. 6'200.95 + Fr. 6'384.95) zurückforderte.

5.1 Nach Art. 24 Abs. 1 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags für Tage, an denen sie einen Zwischenverdienst erzielt (Art. 24 Abs. 2 AVIG). Als Verdienstaufschlag gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit (Art. 24 Abs. 3 AVIG).

5.2 Wie aus dem vorstehend dargelegten Sachverhalt resultiert, legte die Beschwerdegegnerin ihren ursprünglichen Taggeldberechnungen vom 5., 10. November 2021 sowie 3. Dezember 2021 das seitens der Versicherten gemeldete tatsächlich erzielte Einkommen entsprechend des im jeweiligen Monat ausgeübten Arbeitspensums (60% im September 2021, 70% im Oktober 2021 und 80% im November 2021) zugrunde. Gestützt darauf wurde der Versicherten mit Abrechnungen vom 5. und 10. November 2021 sowie 3. Dezember 2021 für den Monat September 2021 Fr. 2'936.05, für den Monat Oktober 2021 Fr. 6'200.95 und für den Monat November 2021 Fr. 6'384.95 an Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet. Die in der Folge am 13. Januar 2022 verfügte Rückforderung der für diesen Zeitraum ausgerichteten Taggelder begründete die Arbeitslosenkasse damit, dass der branchen- und ortsübliche Lohn der von der Versicherten ausgeübten Tätigkeit als Unternehmensberaterin und Mitglied im Verwaltungsrat für eine Vollzeitstelle Fr. 11'667.-- betrage. Diese Tatsache wird von der Versicherten in grundsätzlicher Hinsicht nicht in Abrede gestellt. Sie macht vielmehr geltend, dass es in der Natur der Sache liege, dass bei Startups die Grundlöhne eher tief angelegt seien. Unter Verweis auf entsprechende Recherchen im Internet bringt sie vor, dass zu Beginn der Unternehmung die Liquidität häufig ein Problem sei. So lange eine Marktposition und ein Kundenstamm fehlen würden, komme oftmals wenig Geld rein. Damit das Startup dennoch zahlungsfähig bleibe, werde das Gründergehalt nicht selten entsprechend tief angesetzt. Ferner seien relativ früh Rückfragen an sie gerichtet worden, die sie wahrheitsgemäss beantwortet habe. Im Falle einer offensichtlichen Unrichtigkeit wäre zu erwarten gewesen, dass diese sowohl dem RAV als auch des KIGA sofort

ins Auge gestochen wäre. Dies sei aber nicht der Fall gewesen. Vielmehr sei der Zwischenverdienst während Monaten in der tatsächlich erzielten Höhe angerechnet worden. Daraus könne geschlossen werden, dass dies aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls ein vertretbarer Entscheid gewesen sei.

5.3 Art. 24 Abs. 3 AVIG bestimmt hinreichend klar, dass als Verdienstausschlag die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst, gilt. Sinn und Zweck des in Art. 24 Abs. 3 AVIG erwähnten Differenzausgleichs bei Zwischenverdienst ist die Förderung der Annahme lohnmassig unzumutbarer Arbeiten; jedoch soll unüblich tiefen Honorierungen dann entgegengetreten werden, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer – im Sinne eines Lohndumpings – einen zu niedrigen Lohn vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen. Eine berufsübliche Entlohnung bedeutet, dass die versicherten Personen, die auf ihrem erlernten Berufsgebiet eine Ersatzarbeit ausüben, wie ausgebildete Angehörige dieses Berufes normal bezahlt werden (BGE 129 V 102 E. 3.2 mit Hinweisen). Bereits in der Botschaft zur Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes hat der Bundesrat ausgeführt, dass die Entlohnung anhand der Orts- und Berufsüblichkeit die Lohndrückerei ausschliesse (BBl 1980 III 581). Demnach hat der anrechenbare Verdienst demjenigen Ansatz zu entsprechen, der für die zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbarte Arbeitsleistung üblich ist. So hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) die Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung bei vollzeitiger Ersatzarbeit verneint im Falle eines Versicherten, der nach Provision entschädigt wurde und trotz vollen Einsatzes mit anspruchsvoller Arbeit während Monaten nicht einmal einen Verdienst in der Höhe des Existenzminimums erzielte (ARV 1986 Nr. 22 S. 88). Ebenfalls verneint hat das Gericht die Berufsüblichkeit im Falle eines ausgebildeten Psychologen, der wegen Personalstopps des betreffenden Kantons für seine Arbeit nur wie ein Praktikant entlohnt wurde. Das Gericht hat dabei insbesondere ausgeführt, es könne nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung sein, Lohnkosten eines Kantons mit Personalstopp zu übernehmen (vgl. zum Ganzen BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, 5. Auflage, Zürich 2019, S. 180)

5.4.1 Zunächst ist der Beschwerdegegnerin zuzustimmen, dass die Arbeitslosenversicherung nicht die Abdeckung von Unternehmensrisiken bezweckt. Zu diesen Risiken zählt auch der Ausgleich einer zu geringen Entlohnung infolge eines sich im Aufbau befindlichen Unternehmens. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist diese Tatsache vorliegend durchaus relevant für die Frage, ob sich das den damaligen Taggeldabrechnungen zugrunde gelegte Einkommen als zweifellos unrichtig erweist. Daran vermag auch nicht zu ändern, dass es in der Natur der Sache liegt, dass bei Startups die Grundlöhne eher tief angelegt sind. Die Fr. 3'000.-- können vorliegend nicht Massstab für eine berufsübliche Entlohnung im Sinne von Art. 24 Abs. 3 AVIG bilden.

5.4.2 Soweit die Beschwerdeführerin ferner argumentiert, der Entscheid sei aufgrund der besonderen Umstände vertretbar gewesen, macht sie damit implizit geltend, dass der Wieder-

erwägungsgrund vorliegend in einem Bereich liegt, dessen Beurteilung notwendigerweise Ermessenszüge aufweist. Zwar verhält es sich so, dass die Annahme zweifelloser Unrichtigkeit ausscheidet, wenn die Beurteilung vor dem Hintergrund der Sach- und Rechtslage einschliesslich der Rechtspraxis, wie sie sich im Zeitpunkt der rechtskräftigen Leistungszusprechung darbot, als vertretbar erscheint (BGE 141 V 405 E. 5.2 mit Hinweisen; BGE 147 V 55 nicht publ. E. 6.1 = 8C_72/2020). Von einer solchen Sachlage kann vorliegend indessen nicht ausgegangen werden. Zweifellos liegt der Beurteilung der Frage, ob ein Zwischenverdienst einer berufs- oder ortsüblichen Entlöhnung entspricht, ein gewisses Ermessen inne. Vergleicht man nun aber den branchenüblichen Lohn in der Höhe von Fr. 11'667.-- mit den Fr. 3'000.--, welche als Zwischenverdienst angerechnet wurden, so unterschreiten Letztere die berufsübliche Entlöhnung bei weitem. Es kann nicht davon gesprochen werden, dass sich der angerechnete Zwischenverdienst noch in einem Bereich bewegt(e), der vom Ermessen getragen ist. Soweit die Beschwerdegegnerin den tatsächlich erzielten Verdienst entsprechend dem Grad des jeweils ausgeübten Arbeitspensums als Zwischenverdienst erfasste und gestützt darauf Taggelder ausrichtete, erweist sich dieses Vorgehen bzw. erweisen sich die Abrechnungen vom 5., 10. November 2021 sowie 3. Dezember 2021 daher als zweifellos unrichtig. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist vorliegend sodann unerheblich, ob dem RAV die offensichtliche Unrichtigkeit im Rahmen der erfolgten näheren Abklärungen hätte auffallen müssen. Eine rückwirkende Korrektur einer Leistungsausrichtung setzt nicht voraus, dass der Empfänger die fehlerhafte Leistungsausrichtung kausal zu verantworten hat. Auch wenn der unrechtmässige Bezug auf das fehlerhafte Verhalten der Verwaltung zurückzuführen ist, besteht eine Rückerstattungspflicht (UELI KIESER, a.a.O., Art. 25 Rz. 29). Alsdann kann aufgrund der zeitnah vom 5., 10. November 2021 und 3. Dezember 2021 datierenden Abrechnungen nicht davon gesprochen werden, dass der entsprechende Zwischenverdienst während Monaten falsch angerechnet worden sei.

Da überdies der hier strittige Betrag von Fr. 15'521.95 das Kriterium der erheblichen Bedeutung zweifellos erfüllt, ist damit ein Rückkommenstitel gegeben.

6.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass ungeachtet eines Rückkommenstitels die ausgerichteten Leistungen nicht zurückgefordert werden dürfen. Hierbei stellt sie sich auf den Standpunkt, dass die Beschwerdegegnerin ihre Aufklärungs- und Beratungspflicht nach Art. 27 ATSG verletzt habe, indem sie eine Aufklärung über den Umstand unterlassen habe, dass ihr Verdienst nicht als branchen- und berufsüblich anerkannt werden könne und ihr ein höherer fiktiver Zwischenverdienst angerechnet werden müsse, der zu einer Reduktion oder einem Wegfall ihrer Leistungen führen werde. Bei rechtzeitiger und korrekter Wahrnehmung der Aufklärungspflicht hätte sie sich viel früher aus dem Startup-Unternehmen zurückgezogen und weiterhin nach einer leidensangepassten Teilzeitstelle gesucht. Unter den vorliegenden Umständen habe sie sich entschieden, erst per Ende 2021 aus dem Unternehmen auszuschcheiden, nachdem ein provisorischer Jahresabschluss gezeigt habe, dass sie das Geschäftsjahr mit einem Minus von fast Fr. 40'000.-- abschliessen werde. Die Beschwerdegegnerin lehnt hingegen eine Berufung auf den Vertrauensschutz unter Hinweis auf die Mitwirkungspflicht ab. Hierzu hielt sie im Wesentlichen fest, dass die Versicherte mit Schreiben vom 26. August 2021 über die Problematik der Orts- und Branchenüblichkeit informiert worden sei. Weitere Hinweise fän-

den sich in Broschüren, Merkblättern und einem internetbasierten Informationstool, die allen Versicherten mit der Anmeldung zugänglich gemacht würden. Darin werde unter anderem darauf hingewiesen, dass der Zwischenverdienst orts- und berufsüblich entschädigt werden bzw. dieser im Falle des Unterschreitens des berufs- und ortsüblichen Lohns auf dieses Niveau angehoben werden müsse.

6.2 Gemäss dem im vorliegenden Fall interessierenden Absatz 2 von Art. 27 ATSG hat jede Person Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Art. 27 Abs. 2 ATSG räumt dem Einzelnen einen individuellen Rechtsanspruch auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger über seine Rechte und Pflichten ein. Sinn und Zweck der Beratungspflicht ist, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des jeweiligen Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt (BGE 131 V 472 E. 4.3; SVR 2008 IV Nr. 10 S. 30, 714/06, E. 4.1; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 5. Mai 2011, 8C_26/2011, E. 5.2 mit zahlreichen Hinweisen). Dabei ist die zu beratende Person über die massgebenden Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art zu informieren, die zu einer zutreffenden Wahrnehmung der Rechte und Pflichten führen (vgl. UELI KIESER, a.a.O., Art. 27 Rz. 18). Das Bundesgericht hat bisher offengelassen, wo die Grenzen der in Art. 27 Abs. 2 ATSG verankerten Beratungspflicht in generell-abstrakter Weise zu ziehen sind (BGE 131 V 472 E. 4.3). Die Beratungspflicht wird primär ausgelöst durch eine konkrete Anfrage einer versicherten Person zu einem bestimmten sozialversicherungsrechtlichen Problem (vgl. ULRICH MEYER, Verfahrensfragen – Grundlagen, Begriff und Grenzen der Beratungspflicht nach Art. 27. Abs. 2 ATSG, in: Gächter [Hrsg.], Ulrich Meyer – Ausgewählte Schriften, Zürich 2013, S. 336). Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob die behördliche Beratungspflicht auch dann zum Zuge kommt, wenn die versicherte Person sich nicht erkundigt. Eine Beratungspflicht von Amtes wegen und ohne Anlass gibt es nach herrschender Lehre nicht, da sie den Versicherungsträger überfordern würde (ULRICH MEYER, a.a.O., S. 336; UELI KIESER, a.a.O., Rz. 19). Für die Auslösung der Beratungspflicht ausreichend ist indessen, wenn für den zuständigen Versicherungsträger erkennbar ist, dass der Betroffene durch ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen Nachteile in Bezug auf seine Ansprüche erleiden könnte (ULRICH MEYER, a.a.O., S. 337; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2011, 8C_26/2011, E. 5.2).

6.3 Wird die Beratungspflicht nicht oder ungenügend wahrgenommen, kommt dies einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich und dieser hat dafür in Nachachtung des Vertrauensprinzips einzustehen (BGE 131 V 472 E. 5). Rechtsprechungsgemäss ist eine falsche Auskunft bindend, 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 der Bürger die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können; 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 121 V 65 E. 2, 119 V 302 E. 3a, 118 Ia 245 E. 4b, 118 V 76 E. 7, je mit Hinweisen).

6.4 Der Grundsatz des Vertrauensschutzes gilt nicht nur dann, wenn der Bürger oder die Bürgerin Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, sondern auch dann, wenn er oder sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der behördlichen Auskunft oder Anordnung unterlassen hat, Dispositionen zu treffen, die nicht mit dem früher möglichen Erfolg nachgeholt werden können.

6.5 Unter Berücksichtigung des rechtserheblichen Sachverhalts (vgl. E. 4.2 hiavor) spricht vieles dafür, dass im Lichte von Treu und Glauben genügend Anhaltspunkte bestanden haben, welche die Beschwerdegegnerin bereits im Rahmen der Klärung der Vermittlungsfähigkeit im August bzw. September 2021 hätten veranlassen müssen, den Zwischenverdienst an die berufssübliche Entlöhnung anzupassen bzw. die Versicherte auf die damit verbundenen Konsequenzen hinzuweisen. Dies umso mehr, als die Versicherte auf Nachfrage hin das entsprechende Monatsgehalt mit Fr. 3'000.-- bei einem Vollzeitpensum bezifferte, mit dem Hinweis, dass diese Entlöhnung bei jungen Unternehmen / Startups ganz normal, branchenüblich und ortsunabhängig sei. In ihrer Vernehmlassung räumt die Beschwerdegegnerin sodann selbst ein, dass sie es versäumt habe, in diesem Zusammenhang die Problematik der Orts- und Branchenüblichkeit genauer zu prüfen. Soweit die Beschwerdegegnerin unter Hinweis auf die Eigenverantwortung der Versicherten geltend macht, dass die Arbeitslosenkasse als Massenverwaltung grundsätzlich auf die Angaben der Versicherten in den Formularen abstelle, kann ihr jedenfalls nicht beigespflichtet werden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dieser Umstand die Verwaltung von der Überprüfung des gemeldeten Verdiensts auf die Orts- und Berufsüblichkeit entbinden soll, zumal diese Aufgabe eindeutig in ihren Zuständigkeitsbereich fällt. Es liegt in ihrer Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt mit aller Sorgfalt abzuklären. Das unsorgfältige Vorgehen kann nicht auf diesem Weg der Versicherten überbunden werden. Dies umso weniger, als sich nicht erkennen lässt, inwiefern die Versicherte ihrer Mitwirkungspflicht nicht hinreichend nachgekommen sein soll. Sie hat ihren Zwischenverdienst wahrheitsgetreu gemeldet und die näheren Umstände ihrer Tätigkeit ausführlich dargelegt (vgl. E. 4.2 hiavor). Demgegenüber erscheint angesichts der erheblichen Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem berufssüblichen Verdienst zumindest fraglich, ob die Versicherte die fehlerhaften Taggeldabrechnungen nicht hätte erkennen müssen, zumal ihr bewusst war, dass die vergleichsweise tiefe Entlöhnung auf die Tatsache zurückzuführen ist, dass sich das Unternehmen noch im Aufbau befand. Einer abschliessenden Beantwortung der Frage, ob das Verhalten der Versicherten dieser eine Berufung auf den Vertrauensschutz verwehren würde, kommt vorliegend jedoch keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Selbst wenn man die Voraussetzung einer Vertrauensgrundlage bejahen würde, würde die Berufung auf den Vertrauensschutz am fehlenden Kausalzusammenhang zu einer (unterlassenen) Disposition scheitern, wie nachfolgend zu zeigen sein wird.

6.6 Wie hiavor dargelegt, gelten als Dispositionen nach konstanter Rechtsprechung auch Unterlassungen (vgl. E. 6.4 hiavor; ferner BGE 121 V 65 2b mit Hinweisen). Erforderlich ist, dass die Auskunft für die darauffolgende Unterlassung ursächlich war. Ein solcher Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn angenommen werden kann, die versicherte Person hätte sich ohne die fehlerhafte Auskunft anders verhalten.

6.7 Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, aufgrund der fehlenden Aufklärung habe sie weiterhin im Startup-Unternehmen weitergearbeitet, davon ausgehend, dass sie ihren Lebensunterhalt mit dem bescheidenen Verdienst und den Arbeitslosentaggeldern würde finanzieren können. Unter den vorliegenden Umständen habe sie sich entschieden, erst per Ende 2021 aus dem Unternehmen auszuscheiden, nachdem ein provisorischer Jahresabschluss gezeigt habe, dass sie das Geschäftsjahr mit einem Minus von fast Fr. 40'000.-- abschliessen werde. Daher habe sie am 16./17. Dezember 2021 einen entsprechenden Aufhebungsvertrag geschlossen. Zwar werden an den Beweis eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Auskunft und des Unterlassens einer vorteilhaften Disposition nicht allzu strenge Anforderungen gestellt (vgl. GIOVANNI BIAGNI, BV Kommentar, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, 2017, Art. 9 Rz. 15; BGE 121 V 65 E. 4b; vgl. auch [BGE 137 I 69 E. 2.5.3](#)). Ob die Versicherte bei korrekter Ausübung der Beratungspflicht überwiegend wahrscheinlich zu einem früheren Zeitpunkt aus der C.____ AG ausgetreten wäre, ist vorliegend bereits aufgrund der Tatsache in Frage zu stellen, dass sie sich unter anderem aufgrund persönlicher Umstände bewusst und in Kenntnis der vergleichsweise tiefen Entlöhnung für eine Partnerschaft in der C.____ AG entschieden hatte. Hierbei handelt es sich um Gründe, für welche die Arbeitslosenversicherung nicht aufzukommen hat (vgl. E. 5.4.1 hiavor). Ins Gewicht fällt aber insbesondere, dass die Vermittlungsfähigkeit, welche eine zentrale Voraussetzung für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bildet, unter Berücksichtigung der seit 1. Juni 2021 ausgeübten Tätigkeit bei der C.____ AG überhaupt erst mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 bestätigt wurde. Die entsprechenden Taggelder wurden in der Folge gar erst mit Abrechnungen vom November bzw. Dezember 2021 entrichtet (vgl. E. 4.2 hiavor). Das Argument der Beschwerdeführerin, wonach sie sich nur deshalb erst mit Aufhebungsvereinbarung vom 16./17. Dezember 2021 und nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt entschieden habe, aus dem Startup-Unternehmen auszutreten, weil sie davon ausgegangen sei, ihren Lebensunterhalt mit den Arbeitslosentaggeldern finanzieren zu können, verfängt daher nicht. Den Akten lassen sich ferner keine Anhaltspunkte entnehmen, welche die Behauptungen der Beschwerdeführerin stützen würden. Unter diesen Umständen kann somit nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht davon ausgegangen werden, dass die Versicherte bei korrekter Ausübung der Beratungspflicht überwiegend wahrscheinlich zu einem früheren Zeitpunkt aus dem Unternehmen ausgetreten wäre bzw. eine andere Lösung in Betracht gezogen hätte. Nach dem Gesagten kann sich die Beschwerdeführerin daher mangels (kausaler) Disposition nicht auf den Vertrauensschutz berufen, weshalb auf eine Prüfung der übrigen (kumulativ zu erfüllenden) Voraussetzungen verzichtet werden kann (vgl. E. 6.3 hiavor).

7. Nach Art. 25 Abs. 2 ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die auszahlende Stelle davon Kenntnis erhalten hat (relative Frist), spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (absolute Frist). Bei diesen Fristen handelt es sich um Verwirkungsfristen (vgl. BGE 112 V 180, 111 V 135). Unter dem Ausdruck "nachdem die auszahlende Stelle davon Kenntnis erhalten hat" ist der Zeitpunkt zu verstehen, in welchem die Verwaltung bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung gegeben sind (BGE 122 V 270 E. 5a mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung ist dies nicht schon der Fall, wenn die Verwaltung nach den gesamten Umständen damit rechnen

muss, dass möglicherweise ein Rückforderungstatbestand besteht. Vielmehr muss ihr bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit nicht nur der Rückforderungstatbestand, sondern insbesondere auch der Rückforderungsbetrag bekannt sein. Nötigenfalls hat die Verwaltung zusätzliche Abklärungen vorzunehmen. Lässt sie es hieran fehlen, ist der Beginn der Verwirkungsfrist auf den Zeitpunkt festzusetzen, in welchem sie mit dem erforderlichen und zumutbaren Einsatz diese Kenntnis hätte erlangen können (Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 2004, C 214/03, E. 4.1 mit Hinweisen; BGE 119 V 431 E. 3a, 112 V 180 E. 4a). Die Berechnungen, welchen einen Taggeldanspruch für die Monate September bis November 2021 ausweisen datieren vom 5., 10. November 2021 und 3. Dezember 2021. Indem die Arbeitslosenkasse die strittige Rückforderungsverfügung in der Folge am 13. Januar 2022 erlassen hat, hat sie den Rückforderungsanspruch jedenfalls rechtzeitig innerhalb der einjährigen Frist gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG geltend gemacht. Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn sie bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt ihren Fehler bereits im Rahmen der Abklärungen im Juni bzw. August 2021 hätte erkennen müssen.

8. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin berechtigt war, von der Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 15'521.95 – der im Übrigen auch in seiner Höhe nicht zu beanstanden ist – zurückzufordern. Bei diesem Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen.

9. Nach Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG muss diejenige Person, die Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, diese nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. Die Versicherte ist an dieser Stelle deshalb darauf hinzuweisen, dass sie ein entsprechendes Erlassgesuch stellen kann. Nach Art. 95 Abs. 3 AVIG hat die Kasse ein solches Erlassgesuch der kantonalen Amtsstelle zum Entscheid zu unterbreiten. Über ein allfälliges Erlassgesuch wird allerdings erst zu befinden sein, wenn die vorliegend strittige Rückforderungsverfügung rechtskräftig geworden ist.

10. Es bleibt über die Kosten zu befinden. Nach Art. 61 lit. ^fbis ATSG ist das Verfahren bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Da das AVIG keine grundsätzliche Kostenpflicht vorsieht, sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist keine Parteientschädigung auszurichten.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Eine Parteientschädigung wird nicht ausgerichtet.

Gegen diesen Entscheid wurde am 27. November 2023 Beschwerde beim Bundesgericht (8C_755/2023) erhoben.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>