

200 22 767 ALV  
LOU/GET/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 27. April 2023**

Verwaltungsrichter Loosli  
Gerichtsschreiber Germann

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

gegen

**Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern**  
Rechtsdienst, Lagerhausweg 10, 3018 Bern  
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 28. November 2022



## **Sachverhalt:**

### **A.**

#### **A.a.**

Der ... geborene A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war ab 1. Februar 2016 als "... " und ab 12. Januar 2018 zusätzlich als "... " bei der C.\_\_\_\_\_ AG angestellt (Akten des Amts für Arbeitslosenversicherung [nachfolgend AVA bzw. Beschwerdegegner], [act. II], 242 f.). Ferner unterzeichnete der Versicherte am 27. Januar 2016 eine Rückzahlungsvereinbarung hinsichtlich der auf der Basis eines zinslosen Darlehens erfolgten Finanzierung des zu absolvierenden ... (act. II 222 f.).

Per Ende Mai 2018 kündigte der Versicherte das Arbeitsverhältnis (vgl. act. II 235), woraufhin die C.\_\_\_\_\_ AG dem Versicherten vom letzten Nettolohn von Fr. 9'650.75 unter dem Titel "Rückzahlung ..." den Betrag von Fr. 7'932.50 abzog und lediglich Fr. 1'688.25 ausbezahlte (act. II 228). In der Folge setzte der Versicherte die Forderung "Unrechtmässige Verrechnung von CHF 7'932.50 gemäss Lohnabrechnung per 31. Mai 2018 vom 25. Mai 2018" von Fr. 7'932.50 (nebst Zins seit 1. Juni 2018) mit Zahlungsbefehl vom 4. Juli 2018 in Betreuung (act. II 248) und stellte – nachdem kein Rechtsvorschlag erhoben worden war (vgl. act. II 235) – am 9. August 2018 das Fortsetzungsbegehren (act. II 241).

#### **A.b.**

Am 6. September 2018 wurde der Konkurs über die C.\_\_\_\_\_ AG eröffnet (act. II 227), woraufhin der Versicherte am 5. Oktober 2018 beim Konkursamt ... (nachfolgend Konkursamt) seine Forderungen – darunter den Betrag von Fr. 7'932.50 – eingab (act. II 234-237). Ferner beantragte er gleichentags bei der Arbeitslosenversicherung Insolvenzenschädigung für Lohnausstände in der Höhe von Fr. 7'932.50 betreffend den Monat Mai 2018 (act. II 233; 246 f.). Mit Verfügung vom 13. November 2018 (act. II 218-220) bzw. Einspracheentscheid vom 4. Dezember 2018 (act. II 200-

202) verneinte das damalige beco Berner Wirtschaft (beco) einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Die dagegen erhobene Beschwerde (act. II 189-195) wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil vom 14. März 2019 (VGE ALV/2019/37 [act. II 175-182]) ab. In teilweiser Gutheissung der vom Versicherten dagegen erhobenen Beschwerde hob das Bundesgericht (BGer) dieses Urteil sowie den zugrundeliegenden Einspracheentscheid des beco mit Entscheid vom 9. August 2019 (8C\_240/2019 [act. II 144-153]) auf und wies die Sache zu neuem Entscheid ans beco zurück. In der Begründung hielt das BGer fest, im massgebenden Zeitpunkt des Einspracheentscheids sei eine der Insolvenzenschädigung gemäss Art. 51 ff. des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) zugängliche Lohnforderung zumindest im Bestand glaubhaft gemacht gewesen, wobei sich die Höhe nach Massgabe der Pfändbarkeit bemesse. Das beco habe deshalb die Lohnhöhe und übrigen Anspruchsvoraussetzungen abzuklären (E. 5.3 und 6).

#### **A.c.**

Ende September 2019 richtete das beco dem Versicherten eine Insolvenzenschädigung im Betrag von Fr. 7'932.50 aus (act. II 125; 136). In der Folge gab das AVA die entsprechende Forderung beim Konkursamt ein (act. II 3 f.).

#### **B.**

##### **B.a.**

Mit Kollokationsverfügung vom 3. November 2020 (act. II 3-8; 128-130) wies das Konkursamt die vom AVA bzw. vom Versicherten eingebrachte Forderung aus Insolvenzenschädigung (act. II 8) respektive ungerechtfertigter Verrechnung (act. II 129) im Betrag von Fr. 7'932.50 (act. II 8) bzw. Fr. 8'183.70 (Fr. 7'932.50 zuzüglich Verzugszins und Betreuungskosten

[act. II 129]) ab. Mit Schreiben vom 18. November 2020 (act. II 125) teilte das AVA dem Versicherten auf dessen Ersuchen hin (act. II 126 f.) mit, dass es dagegen keine Kollokationsklage erheben werde. Vorbehalten bleibe jedoch ein Vorgehen nach Art. 55 Abs. 2 AVIG (vgl. auch act. II 120).

Demgegenüber liess der Versicherte gegen den Kollokationsplan Klage beim Regionalgericht ... erheben (act. II 121). Mit Schreiben vom 16. November 2021 (act. II 12-16) teilte das Konkursamt den Gläubigern im Konkursverfahren der C. \_\_\_\_\_ AG mit, im Klageverfahren betreffend den Versicherten sei zwischen den Parteien eine Vereinbarung geschlossen worden.

#### **B.b.**

Mit Verfügung vom 15. September 2022 (act. II 114-116) forderte das AVA (Arbeitslosenkasse) vom Versicherten die ausbezahlte Insolvenzenschädigung im Betrag von Fr. 7'932.50 zurück. In der Begründung hielt es fest, die beim Konkursamt geltend gemachte Forderung von Fr. 7'932.50 sei von der Konkursverwaltung nicht anerkannt und mit Kollokationsplan vom 3. November 2020 abgewiesen worden. Die dagegen vom Versicherten erhobene Einsprache (act. II 101-105) wies das AVA (Rechtsdienst) mit Entscheid vom 28. November 2022 (act. II 91-95) ab.

#### **C.**

Dagegen liess der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_, mit Eingabe vom 15. Dezember 2022 Beschwerde erheben. Er stellt das folgende Rechtsbegehren:

Der Einspracheentscheid vom 28. November 2022 der Wirtschaft-, Energie- und Umweltdirektion, Amt für Arbeitslosenversicherung, Rechtsdienst, sowie die Rückforderungsverfügung Nr. 22-163 vom 15. September 2022 der Wirtschaft-, Energie- und Umweltdirektion, Amt für Arbeitslosenversicherung, Arbeitslosenkasse, seien vollumfänglich aufzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge

Mit Beschwerdeantwort vom 31. Januar 2023 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der die Verfügung vom 15. September 2022 (act. II 114-116) bestätigende Einspracheentscheid vom 28. November 2022 (act. II 91-95). Streitig und zu prüfen ist die Rechtmässigkeit der vom Beschwerdegegner verfügten Rückforderung der Insolvenzenschädigung im Betrag von Fr. 7'932.50.

**1.3** Indem der geltend gemachte Rückforderungsbetrag und damit der Streitwert unter Fr. 20'000.-- liegen, fällt die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 1 GSOG).

**1.4** Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

## **2.**

**2.1** Beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, haben nach Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen. Die Insolvenzenschädigung ist eine Lohnausfallversicherung bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Sie bezweckt für eine beschränkte Zeit den Schutz der Lohn Guthaben sowie die Sicherung des Lebensunterhaltes des Arbeitnehmers und damit die Vermeidung sozialer Härten (BGE 144 V 427 E. 3.1 S. 429).

**2.2** Mit der Ausrichtung der Entschädigung gehen gemäss Art. 54 Abs. 1 AVIG die Lohnansprüche des Versicherten im Ausmass der bezahlten Entschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse über. Diese darf auf die Geltendmachung nicht verzichten, es sei denn, das Konkursverfahren werde durch das Konkursgericht eingestellt (Art. 230 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1]).

Demgemäss tritt die Arbeitslosenkasse, gleichsam als Korrelat zu ihrer Pflicht, die Insolvenzenschädigung für bloss glaubhaft gemachte Lohnforderungen (Art. 74 AVIV) rasch und unbürokratisch auszuzahlen, durch gesetzliche Subrogation im Umfang der von ihr entrichteten Insolvenzenschädigung voll in die Rechte der Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitgebern ein. Die Rechtsstellung der Kasse entspricht derjenigen

der Arbeitnehmer, deren Lohnforderungen sie anstelle der Arbeitgeber mit gesetzlichem Rückgriffsrecht auf diese bzw. auf die Konkursmasse befriedigt (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 9. August 2019, 8C\_239/2019, E. 3.3). Gemäss Ziff. B33 der vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO erlassenen AVIG-Praxis IE (zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen, BGE 147 V 79 E. 7.3.2 S. 82, 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228) hat die Kasse die Subrogationsforderung im Vollstreckungsverfahren auch dann durchzusetzen, wenn wenig Aussicht auf die Realisierung besteht. Danach ist ein Verzicht auf die Geltendmachung der Subrogationsforderung ausserhalb des Tatbestands von Art. 230 SchKG nur dann zulässig, wenn die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung die entsprechende Ermächtigung hierzu erteilt, weil "z. B." der Arbeitgeber im Ausland belangt werden müsste.

**2.3** Nach Art. 55 Abs. 2 AVIG muss der Arbeitnehmer die Insolvenzenschädigung in Abweichung von Art. 25 Abs. 1 ATSG zurückerstatten, soweit die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen (erster Tatbestand) oder aus Gründen nicht gedeckt wird, die der Arbeitnehmer absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat (zweiter Tatbestand), ebenso soweit sie vom Arbeitgeber nachträglich erfüllt wird (dritter Tatbestand; Entscheid des BGer vom 3. Dezember 2009, 8C\_809/2009, E. 2.2).

### **3.**

**3.1** Nachdem das BGer mit Entscheid vom 9. August 2019 (8C\_240/2019 [act. II 144-153]) die gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. März 2019 (VGE ALV/2019/37 [act. II 175-182]) gerichtete Beschwerde gutgeheissen und eine Glaubhaftmachung der Forderung dem Grundsatz nach bejaht hatte, richtete der Beschwerdegegner die Insolvenzenschädigung Ende September 2019 aus (act. II 136). Weiter folgt aus den Akten und ist unbestritten, dass das Konkursamt die vom Beschwerdegegner eingebrachte Forderung aus Insolvenzenschädigung im Betrag von Fr. 7'932.50 gemäss Kollokationsplan vom 3. November 2020 abwies (act. II 3-8) und dieser ausdrücklich auf die Erhebung einer Kollokations-

klage verzichtete (act. II 125) respektive keine Erklärung im Sinne von Art. 55 Abs. 1 AVIG abgab (act. II 120). Schliesslich anerkennt der Beschwerdegegner, dass die Forderung des Beschwerdeführers über Fr. 7'932.50 an der Verhandlung vor dem Regionalgericht ... vom 8. Juli 2021 infolge Subrogation nicht anerkannt wurde (vgl. Einspracheentscheid vom 28. November 2022 [act. II 93]).

**3.2** Im Streit steht die vom Beschwerdegegner geltend gemachte Rückforderung der angeblich zu Unrecht ausgerichteten Insolvenzschiädigung im Betrag von Fr. 7'932.50 (vgl. E. 1.2 vorne). Dabei besteht (zu Recht implizite) Einigkeit, dass vorliegend keine Unrechtmässigkeit des Leistungsbezugs ex tunc und damit keine Rückforderung der Insolvenzschiädigung nach Massgabe von Art. 95 Abs. 1 AVIG und Art. 25 ATSG, sondern allein eine Rückerstattung an den Beschwerdegegner gestützt auf Art. 55 Abs. 2 AVIG in Betracht fällt. Weiter steht (ebenfalls zu Recht) ausser Diskussion, dass im Rahmen von Art. 55 Abs. 2 AVIG einzig die erste Tatbestandsvariante von Art. 55 Abs. 2 AVIG – welche den Fall der Abweisung der Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung normiert – als Rechtsgrundlage für die geltend gemachte Rückforderung in Frage kommt, nachdem weder eine Rückerstattung infolge Verletzung der Pflichten des Beschwerdeführers nach Art. 55 Abs. 1 AVIG zur Debatte steht (zweite Tatbestandsvariante) noch die Lohnforderung durch die Arbeitgeberin nachträglich erfüllt wurde (dritte Tatbestandsvariante; vgl. E. 2.3 vorne).

**3.3** Der Beschwerdegegner begründete die Rückforderung im angefochtenen Einspracheentscheid vom 28. November 2022 (act. II 91-95) dahingehend, nach erfolgten Abklärungen mit der Aufsichtsbehörde (SECO) sei infolge Aussichtslosigkeit des Verfahrens auf eine Kollokationsklage seitens des Beschwerdegegners verzichtet worden. Eine Verletzung von Art. 54 Abs. 1 AVIG sei daher nicht ersichtlich und der Kasse könne auch nicht vorgeworfen werden, den Entscheid des Konkursamts nicht angefochten zu haben. Aufgrund des Kollokationsplans sei die Insolvenzschiädigung von Fr. 7'932.50 zu Unrecht ausbezahlt worden, weshalb sie zurückgefordert werde. In diesem Zusammenhang müsse kein schuldhaftes Verhalten der versicherten Person vorliegen. Auch wenn vorliegend die Lohnforderung im Konkurs abgewiesen und von einer Kollokationsklage

abgesehen worden sei, müsse die Rückforderung beglichen werden (Art. 55 Abs. 2 AVIG). In einem solchen Fall könne der Verzicht auf eine Kollokationsklage auch durch den Beschwerdegegner erfolgen, wie das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; heute BGer) in einem Entscheid vom 28. Dezember 1998 (vgl. ARV 1999 S. 147 E. 2b) festgehalten habe. Im gleichen Urteil sei überdies festgehalten worden, dass es auch einer Abweisung der Lohnforderung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 AVIG gleichkomme, wenn die Aufnahme derselben aufgrund einer Verrechnung mit Gegenforderungen verweigert worden sei (ARV 1999 S. 147 E. 2a). In der Beschwerdeantwort vom 31. Januar 2023 hielt der Beschwerdegegner an seiner Auffassung fest, wobei er unter Hinweis auf die Aktennotiz vom 18. November 2020 (act. II 123 f.) bekräftigte, auch das SECO teile die Meinung bezüglich Aussichtslosigkeit einer Klage gegen den Kollokationsplan (vgl. S. 3, Art. 3).

**3.4** Dem Beschwerdegegner ist insofern beizupflichten, als dass die Spezialnorm des Art. 55 Abs. 2 AVIG die Rückerstattung der Insolvenzschiädigung unabhängig von der zivil- oder sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation der ausstehenden Gelder vorsieht, wenn die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen wird (Entscheid des BGer vom 3. Dezember 2009, 8C\_809/2009, E. 3.2.1). Auch trifft es zu, dass der Begriff der Abweisung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 AVIG grundsätzlich in einem weiten Sinne zu verstehen ist, so dass darunter beispielsweise auch die Nichtaufnahme einer an sich unbestrittenen Forderung in den Kollokationsplan zufolge Verrechnung fallen kann (ARV 1999 S. 147 E. 2a; vgl. URS BURGHERR, Die Insolvenzschiädigung, S. 158; vgl. jedoch E. 3.8 hinten). Demzufolge liesse sich bei isolierter Betrachtung des Art. 55 Abs. 2 AVIG eine Rückforderung im Sinne der ersten Tatbestandsvariante begründen. Der Beschwerdeführer wirft dem Beschwerdegegner jedoch vor, er habe es entgegen den Vorgaben des Art. 54 Abs. 1 AVIG "bewusst und gewillt" unterlassen, die notwendigen gerichtlichen Schritte – namentlich die Erhebung einer Kollokationsklage – gegen die Abweisung der Forderung einzuleiten (Beschwerde, S. 6). Die Geltendmachung der Rückforderung sei deshalb rechtsmissbräuchlich bzw. verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Beschwerde, S. 7).

**3.5** Nach dem klaren Wortlaut von Art. 54 Abs. 1 Satz 2 AVIG darf die Kasse auf die Geltendmachung der Forderung nur im Falle der Einstellung des Konkursverfahrens (Art. 230 SchKG) verzichten, welche Konstellation vorliegend nicht zur Debatte steht. Nach der AVIG-Praxis IE ist ein Verzicht zudem zulässig, wenn eine entsprechende Ermächtigung der Ausgleichsstelle vorliegt, wobei beispielhaft der Fall eines im Ausland ansässigen Arbeitgebers genannt wird (vgl. E. 2.2 vorne und E. 3.7 hinten). So oder anders hat die Kasse bei Eintritt ins Verfahren alle einem Gläubiger zustehenden notwendigen Schritte einzuleiten bzw. die ihm zustehenden Rechte auszuüben, wozu etwa auch die Anfechtung des Kollokationsplanes gehört (BGE 120 II 365 E. 4 S. 367, 123 V 75 E. 3 S. 78; vgl. BURGHER, a.a.O., S. 141). Demnach hängen Art. 55 Abs. 2 AVIG (erste Tatbestandsvariante) und Art. 54 Abs. 1 AVIG funktionell dergestalt zusammen, als die Berufung auf die nämliche Rückerstattungsnorm ein vorgängiges rechtskonformes Vorgehen der Verwaltung im Sinne von Art. 54 Abs. 1 Satz 2 AVIG voraussetzt. Andernfalls würde die blosser Abweisung der Lohnforderung durch das Konkursamt für die Geltendmachung der Rückerstattung genügen, womit Art. 54 Abs. 1 Satz 2 AVIG seines Gehalts entleert wäre.

Indessen gilt es einschränkend zu beachten, dass von der Verwaltung nicht verlangt werden kann, aussichtslose Prozesse zu führen (Entscheid des EVG vom 28. Februar 2005, C 231/04, E. 2.2; ARV 1999 S. 147 f. E. 2b). Aussichtslosigkeit ist freilich nicht leichthin anzunehmen, sondern in Anlehnung an die Rechtsprechung, wie sie zum Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit bei der unentgeltlichen Verbeiständung im (sozialversicherungsrechtlichen) Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren entwickelt wurde, danach zu beurteilen, ob die Erfolgchancen einer Beschwerde zum vornherein so gering sind, dass ein vernünftiger Dritter keine Rechtsmittel erhoben hätte (vgl. SUSANNE BOLLINGER, in: FRÉSARD-FELLAY/KLETT/LEUZINGER/ [Hrsg.], Basler Kommentar zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, N. 65 zu Art. 61 ATSG). Massgebend ist mithin, ob der verfolgte Rechtsstandpunkt im Rahmen des sachlich Vertretbaren liegt bzw. nicht von vornherein unbegründet erscheint (Entscheid des BGer vom 27. Mai 2016, 9C\_250/2016, E. 2.2). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund der im massgebenden Zeitpunkt der Beurteilung vorliegenden Akten. Wurden keine

Beweise erhoben, sind die Erfolgsaussichten schwer abzuschätzen, weshalb zurückhaltend auf Aussichtslosigkeit zu schliessen ist (vgl. LUCIE VON BÜREN, in: Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 111 N. 29 und 32).

**3.6** Wie in E. 3.3 vorne dargelegt, begründet der Beschwerdegegner die Nichterhebung einer Kollokationsklage gegen den Kollokationsplan vom 3. November 2020 (act. II 3-8) im Wesentlichen mit deren Aussichtslosigkeit.

**3.6.1** Im Einspracheentscheid vom 4. Dezember 2018 (act. II 200-202) stellte sich der Beschwerdegegner auf den Standpunkt, dass es sich bei den geltend gemachten Ansprüchen lediglich um einen von der C.\_\_\_\_\_ AG verrechneten Darlehensanteil handle, sämtliche Lohnansprüche für den Monat Mai 2018 dem Beschwerdeführer faktisch ausbezahlt worden seien, ein Darlehen keinen Bestandteil des massgebenden Lohnes nach AVIG darstelle und selbst wenn die Verrechnung des Darlehens unzulässig gewesen wäre, dies keine andere Einschätzung der Sachlage nach sich ziehen würde (act. II 201). Dies wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Bern im Urteil vom 14. März 2019 (VGE ALV/2019/37 [act. II 175-182]) bestätigt. Demgegenüber gelangte das BGer im Entscheid vom 9. August 2019 (8C\_240/2019) zum Schluss, eine Verrechnung habe gestützt auf Art. 125 Ziff. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) sowie Art. 323b Abs. 2 OR, falls überhaupt, nur im Rahmen der Pfändbarkeit (Art. 93 SchKG) rechtswirksam erfolgen können, was der Beschwerdegegner von Amtes wegen hätte beachten müssen (vgl. E. 5.2.3 [act. II 151]). Damit sei eine der Insolvenzenschädigung gemäss Art. 51 ff. AVIG zugängliche Lohnforderung zumindest im Bestand glaubhaft gemacht und die seitens der Arbeitgeberin erklärte Verrechnung bleibe zwingend unwirksam, soweit die Lohnforderung des Beschwerdeführers nicht pfändbar sei. Hinsichtlich der Bemessung bestehe keine Beweisführungslast des Beschwerdeführers (vgl. E. 5.3 [act. II 151]). Schliesslich verpflichtete das BGer den Beschwerdegegner zur weiteren Abklärung hinsichtlich der Lohnhöhe nach Massgabe deren Pfändbarkeit und der übrigen Anspruchsvoraussetzungen (vgl. E. 5.3 und 6 [act. II 151]).

Der Beschwerdegegner nahm die vom BGer angeordneten Abklärungen in der Folge nicht vor. Zur Begründung der im September 2019 dennoch ausgerichteten Insolvenzenschädigung lässt sich einer (nicht datierten) Aktennotiz lediglich entnehmen, die Rückzahlungsvereinbarung (vom 27. Januar 2016 [act. II 224 f.]) erwähne nicht, dass "der Betrag" verrechnet werden könne; nach erneuter Prüfung könne die Insolvenzenschädigung (im Betrag von Fr. 7'932.50) folglich ausgerichtet werden (act. II 135).

**3.6.2** In der (gegenüber dem Beschwerdegegner eröffneten) Verfügung des Konkursamts vom 3. November 2020 wurde die Weigerung, die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Forderung über Fr. 7'932.50 in den Kollokationsplan aufzunehmen damit begründet, dass diese durch Verrechnung untergegangen sei und folglich nicht gemäss Art. 54 AVIG auf den Beschwerdegegner habe übergehen können (act. II 8). Auch in der zu Händen des Beschwerdeführers eröffneten Verfügung erwog das Konkursamt, der Abzug von Fr. 7'932.50 sei "gemäss den zulässigen vertraglichen Vereinbarungen" und folglich die nachträgliche Vergütung der Insolvenzenschädigung "zu Unrecht" erfolgt (act. II 130). Diese Argumentation deckt sich weitestgehend mit jener, wie sie der Beschwerdegegner im Einspracheentscheid bzw. das hier urteilende Gericht seinem Urteil in VGE ALV/2019/37 zugrunde legte, (vgl. E. 3.6.1 vorne) und welche vom BGer im Entscheid vom 9. August 2019 (8C\_240/2019 [act. II 144-153]) in dieser Absolutheit verworfen wurde. Dabei wird nicht verkannt, dass der nämliche Entscheid allein die Glaubhaftmachung der Forderung im Sinne von Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG zum Regelungsgegenstand hatte, was jedoch nicht heisst, dass ihm für das vorliegende Rückerstattungsverfahren keinerlei Bedeutung zukäme. Denn die Glaubhaftmachung bezog sich ausdrücklich auf den Bestand, nicht jedoch auch auf die Höhe der Forderung. Diesbezüglich hätte der Beschwerdegegner bzw. die Kasse nach der klaren Anweisung des BGer weitere Abklärungen (Art. 43 Abs. 1 ATSG) vornehmen respektive die Höhe der Forderung nach Massgabe der Pfändbarkeit bestimmen sollen (vgl. E. 3.6.1 vorne), was er bzw. sie jedoch unterliess. Weder macht der Beschwerdegegner geltend noch ergeben sich aus den Akten Anhaltspunkte, dass entsprechende Erhebungen unmöglich gewesen oder gar gescheitert wären. Vielmehr wäre es ohne weiteres möglich gewesen, gestützt auf die einschlägigen kantonalen Richtlinien zur Berech-

nung des betriebsrechtlichen Existenzminimums den Notbedarf festzulegen bzw. die Lohnhöhe nach Massgabe deren Pfändbarkeit zu bestimmen. Indem der Beschwerdegegner entsprechende Abklärungen unterliess, blieb der massgebliche Sachverhalt in dieser Hinsicht ungeklärt. Damit war (während der 20-tägigen Klagefrist) auch die Frage, ob und wenn ja inwieweit einer gegen die Kollokationsverfügung vom 3. November 2020 gerichteten Kollokationsklage, bei der alle zur Unterstützung der Behauptung dienlichen Beweismittel hätten verwendet werden können (vgl. ROGER SCHÖBER, Kommentar zum SchKG, 2017, N. 18 zu Art. 250), zumindest teilweise Erfolg beschieden gewesen wäre, nicht beurteilbar. Konnte der Beschwerdegegner demnach aus von ihm zu verantwortenden Gründen bzw. mangels rechtzeitig vorliegender tatsächlicher Beurteilungsgrundlagen den Vorgaben von Art. 54 Abs. 1 Satz 2 AVIG nicht nachkommen, erweist sich die geltend gemachte Aussichtslosigkeit einer Kollokationsklage als hypothetisch und damit nicht erstellt, womit auch eine Berufung auf Art. 55 Abs. 2 AVIG (erste Tatbestandsvariante) entfällt (vgl. E. 3.5 vorne).

**3.7** Der Beschwerdegegner bringt im angefochtenen Einspracheentscheid vom 28. November 2022 weiter vor, auf die Erhebung einer Kollokationsklage sei "Nach erfolgten Abklärungen mit der Aufsichtsbehörde (SECO)" verzichtet worden (act. II 93). In der Beschwerdeantwort bringt der Beschwerdegegner ergänzend vor, der Entscheid hätte auch ohne Rücksprache beim SECO erlassen werden können (S. 3, Art. 3). Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, er habe von "dieser angeblichen Abklärung mit der Aufsichtsbehörde" erstmals im angefochtenen Einspracheentscheid gehört (Beschwerde, S. 6).

**3.7.1** Dem Beschwerdeführer ist insoweit beizupflichten, als weder in der dem angefochtenen Einspracheentscheid zugrunde liegenden Verfügung (act. II 114-116) noch im vorausgegangenen (nichtstreitigen) Verwaltungsverfahren von solchen Abklärungen die Rede war. Im Einspracheentscheid vom 28. November 2022 werden dann zwar Abklärungen mit der Aufsichtsbehörde (SECO) erwähnt, deren Ergebnis jedoch nicht aktenmässig untermauert. Erst in der Beschwerdeantwort wird hierzu festgehalten, es handle sich um die Aktennotiz vom 18. November

2020 (act. II 123 f.), welche von der zuständigen Sachbearbeiterin des Beschwerdegegners verfasst wurde. Der Aktennotiz ist – soweit vorliegend von Interesse – Folgendes zu entnehmen: "Gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid hätten wir zuerst eine Kollokationsklage einreichen wollen. Die zuständige Person vom Konkursamt, D.\_\_\_\_\_, hat uns in Kenntnis des Bundesgerichtsentscheides mitgeteilt, dass bei ihnen jedoch voller Beweis gefordert wird. Demnach haben wir gestützt auf das Bundesgericht eine Grundlage, weshalb wir bezahlt haben, aber nicht, weshalb diese Forderung als bewiesen erachtet werden kann. In diesem Punkt fehlt uns die Argumentation. Daraufhin habe ich bei E.\_\_\_\_\_ und bei F.\_\_\_\_\_ nachgefragt. F.\_\_\_\_\_ schätze eine Kollokationsklage auch als aussichtslos ein" (act. II 123).

**3.7.2** Zunächst handelt es sich bei dieser Aktennotiz lediglich um ein vom Beschwerdegegner selber erstelltes Dokument, welches die gegenüber der zuständigen Sachbearbeiterin geäußerten Meinungen von Drittpersonen (in indirekter Rede) wiedergibt und nicht um Einschätzungen der Rechtslage, welche von den betreffenden Personen selber verfasst und unterzeichnet wurden. Weiter ist der Aktennotiz entgegen der Darstellung in der Beschwerdeantwort nicht zu entnehmen, dass es sich bei den betreffenden Personen tatsächlich um Mitarbeiter des SECO handelte. Vielmehr wird die wesentliche Einschätzung der Rechtslage der zuständigen Person "vom Konkursamt" zugeschrieben, welche in der dem Beschwerdegegner eröffneten Kollokationsverfügung vom 3. November 2020 unter "Unsere Referenz" aufgeführt ist (act. II 3). Dass jener Mitarbeiter des Konkursamts in Bezug auf eine Anfechtung der (von ihm offenbar mitverantworteten) Verfügung wenig Erfolgsaussichten sieht, stellt unter diesen Umständen naheliegenderweise keinen gewichtigen Anhaltspunkt für die Annahme von Aussichtslosigkeit dar. Im Weiteren geht aus der Aktennotiz nicht hervor, welche Funktionen die übrigen namentlich genannten Personen hatten bzw. haben; insbesondere wird weder erwähnt noch ist anderweitig ersichtlich, dass es sich um Mitarbeiter des SECO handelt(e). Ferner lässt sich aus der Aktennotiz auch materiell nichts gewinnen, was schlüssig auf Aussichtslosigkeit einer Kollokationsklage hätte schliessen lassen: Soweit mit dem Hinweis, wonach beim Konkursamt "voller Beweis" gefordert werde, die fehlende Ausgewiesenheit der Forderung gemeint war, erfolgte auch

diese Einschätzung gestützt auf einen unvollständig erhobenen Sachverhalt, welcher Umstand jedoch der Beschwerdegegner zu vertreten hat, indem er die entsprechenden Abklärungen unterliess. Im Übrigen hätte der Beschwerdegegner in einem entsprechenden Verfahren sämtliche Beweismittel vorlegen können (vgl. E. 3.6.2 vorne). Schliesslich lässt sich auch aus den Angaben der übrigen namentlich Genannten nichts gewinnen, wobei offenbar nur eine der angefragten Personen "eine Kollokationsklage auch als aussichtslos" einschätzte.

**3.7.3** Zusammenfassend lässt sich weder aus der Aktennotiz vom 18. November 2020 noch anderweitig auf Aussichtslosigkeit einer Kollokationsklage schliessen. Dass in Bezug auf die E-Mail vom 7. September 2022 (act. II 97) etwas Anderes gelten würde, macht der Beschwerdegegner zu Recht nicht geltend, wurde diese doch fast zwei Jahre nach der hier relevanten Kollokationsverfügung vom 3. November 2020 erstellt. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob der Beschwerdegegner im Lichte von Art. 79 AVIV überhaupt verpflichtet war, im Vorfeld einer allfälligen Kollokationsklage die Zustimmung der zuständigen Ausgleichstelle (SECO; Art. 83 Abs. 3 AVIG) einzuholen (vgl. E. 2.2 vorne).

**3.8** Schliesslich verwies der Beschwerdegegner im angefochtenen Einspracheentscheid zur Begründung seines Standpunktes auf den in ARV 1999 S. 145 ff. publizierten Entscheid des EVG (act. II 93 f.). Aus den entsprechenden Erwägungen folgt jedoch, dass in jenem Fall anders als hier die Verrechnung mit Gegenforderungen offensichtlich zulässig war (vgl. S. 147 E. 2a; vgl. BURGHERR, a.a.O., S. 142). Zudem wurde das Absehen von einer Kollokationsklage namentlich auch damit begründet, dass die Verwaltung den Nachweis eines unrechtmässigen Leistungsbezugs auf andere Weise erbringen konnte (vgl. S. 148 E. 2b) und es einer vertieften Beurteilung der Frage nach der Tragweite von Art. 54 Abs. 1 Satz 2 AVIG unter den gegebenen Umständen nicht bedurfte. Was die weitere Kasuistik betrifft, so erwog das BGer etwa im Entscheid vom 3. Dezember 2009 (8C\_809/2009) zwar, die Abweisung der Lohnforderung im Konkurs sei grundsätzlich Ausdruck davon, dass diese nicht bestanden habe, weshalb die Kasse annehmen könne, die Insolvenzenschädigung sei ohne Rechtsgrund ausbezahlt worden (vgl. E. 3.2.1). Indes gilt dies – gemäss der be-

treffenden Erwägung – nur grundsätzlich. Insbesondere aber stand in diesem Fall ein Vorgehen gemäss Art. 54 Abs. 1 Satz 2 AVIG seitens der Verwaltung ausser Diskussion, da unter den Parteien Konsens darüber bestand, dass die Beschreitung bzw. Weiterverfolgung des Rechtsweges zur Geltendmachung von Lohnforderungen aussichtslos gewesen wäre (vgl. E. 3.2.3). Im Ergebnis ähnlich gelagert war auch der Sachverhalt, wie er dem Entscheid des EVG vom 28. Februar 2005, C 231/04, zugrunde lag: Dort wurde die im Konkurs eingegebene Forderung abgewiesen, weil die Versicherte eine als definitiv bezeichnete Forderungseingabe von Fr. 230.-- (statt Fr. 1'145.--) im Konkurs anmeldete, worauf das Konkursamt die Forderung der Arbeitslosenkasse nur in der nunmehr reduzierten Höhe von Fr. 230.-- zuliess. Weil es sich gemäss EVG um eine unmissverständliche und klare, von der versicherten Person unterzeichnete Forderungseingabe gehandelt habe, habe die Kasse zu Recht von einer Kollokationsklage abgesehen, da eine entsprechende Prozessführung aussichtslos gewesen wäre (vgl. E. 2.2).

Der dargelegten Kasuistik ist mithin gemein, dass in jenen Fällen auf Aussichtslosigkeit einer allfälligen Kollokationsklage geschlossen wurde, in denen das Verhalten der versicherten Personen die Rechtmässigkeit der geltend gemachten Forderung als fraglich erscheinen liess. Im Gegensatz dazu hat der Beschwerdeführer den Bestand der Forderung über Fr. 7'932.50 im massgeblichen Zeitraum nicht in Frage gestellt bzw. die Rechtmässigkeit der Verrechnung bestritten (vgl. Sachverhalt, lit. B.a.) und damit auch die Anspruchswahrungspflicht nach Art. 55 Abs. 1 Satz 1 AVIG stets erfüllt.

**3.9** Aus dem Dargelegten folgt, dass es hinsichtlich der geltend gemachten Aussichtslosigkeit einer Kollokationsklage an hinreichenden Entscheidgrundlagen fehlte bzw. fehlt, welcher Umstand der Beschwerdegegner zu vertreten hat. Dieser hat demnach – soweit im angefochtenen Einspracheentscheid vom 28. November 2022 aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt auf eine Rückerstattungspflicht des Beschwerdeführers gemäss Art. 55 Abs. 2 AVIG (erste Tatbestandsvariante) geschlossen wird – die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (BGE 144 V 427 E. 3.2 S. 429). Ebenso wenig kann sich der Beschwerdegegner be-

treffend sein Vorgehen auf eine rechtswirksame Zustimmung der Ausgleichsstelle berufen. Ferner fällt eine allfällige Rückweisung zwecks (nachträglicher) Ermittlung der Forderungshöhe mit Blick auf die Rechtsfolge ausser Betracht, da die Rückforderungstatbestände im Gesetz abschliessend geregelt sind und vorliegend – wie in E. 3.2 vorne gezeigt – als massgebliche Rechtsgrundlage unbestrittenermassen allein Art. 55 Abs. 2 AVIG (erste Tatbestandsvariante) in Frage kommt, auf welche sich der Beschwerdegegner jedoch vorliegend nicht (mehr) berufen kann. Schliesslich kann bei diesem Ergebnis offen bleiben, ob – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht (Beschwerde, S. 7) – das Vorgehen des Beschwerdegegners als gegen Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung verstossend (BV; SR 101) zu qualifizieren wäre und ob die Rückforderung als (relativ) verwirkt (Art. 25 Abs. 2 ATSG) zu gelten hätte (Beschwerde, S. 8 ff.).

**3.10** Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 28. November 2022 ist aufzuheben.

#### **4.**

**4.1** In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. <sup>f</sup>bis ATSG (Umkehrschluss, vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**4.2** Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG).

Mit am 6. Februar 2023 eingereichter Kostennote hat Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_ ein Honorar von Fr. 3'577.50, Fotokopien von Fr. 240.--, Porti von Fr. 16.-- und die Mehrwertsteuer (MWST) von Fr. 295.20 geltend gemacht. Während das Honorar nicht zu beanstanden ist, erweist sich der in Rechnung gestellte Betrag für Fotokopien mit Blick auf die eingereichten 53 Aktenstücke (act. I) als deutlich überhöht, zumal allein der diesbezügliche Aufwand im Beschwerdeverfahren massgebend ist (vgl. prozessleitende

Verfügung vom 2. Februar 2023). Dieser ist deshalb mit pauschal Fr. 50.-- abzugelten. Demnach wird der gesamte Parteikostenersatz auf Fr. 3'924.05 (Fr. 3'577.50 + Fr. 50.-- + Fr. 16.-- + Fr. 280.55 [7.7% von Fr. 3'643.50]) festgesetzt.

**Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid des Amts für Arbeitslosenversicherung (Rechtsdienst) vom 28. November 2022 aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegner hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 3'924.05 (inkl. Auslagen und MWST), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_ z.H. des Beschwerdeführers
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
  - Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.