

1. Kammer als Versicherungsgericht

URTEIL

vom 1. März 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Rückforderung von Leistungen nach AVIG (Erlassgesuch)

1. ... wurde 1950 geboren, ist ... Staatsangehöriger mit Aufenthaltsbewilligung B, verheiratet und gelernter Servicefachangestellter. Zuletzt war ... vom 1. Dezember 2001 bis 31. März 2003 als Kellner im Restaurant ... in ... zu einem Monatslohn von CHF 3'950.-- angestellt. Mit Datum vom 4. April 2003 meldete er einen Anspruch auf Arbeitslosenversicherungstaggeld ab selbigem Zeitpunkt an, wobei er in seinem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung angab, dass er eine Teilzeitbeschäftigung zu höchstens 40% suche und lediglich zu 40% arbeitsfähig sei. Im Antragsformular gab ... ausserdem an, er sei zum Zeitpunkt der Kündigung resp. während der Kündigungsfrist wegen Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert gewesen und erhalte seit April 2002 Leistungen der Krankentaggeldversicherung.
2. In der Folge bezog der Versicherte ab 1. April 2003 Arbeitslosenentschädigung. Ebenfalls ab diesem Zeitpunkt bezog er Leistungen der Krankentaggeldversicherung im Umfang einer 60%-igen Arbeitsunfähigkeit. Auf den Formularen „Angaben der versicherten Person“ gab ... zuhanden der Arbeitslosenkasse für die Monate April 2003 bis Juni 2004 an, dass er arbeitsunfähig sei, mit dem Vermerk „Meldung am 1. April 2003 ans RAV“. Zudem gab er auf dem Formular jeweils an, dass er ab dem 1. April 2003 zu 40% Arbeit suche. Den Grad der Arbeitsunfähigkeit nannte der Versicherte nicht, bestätigte jedoch jedes Mal, eine Taggeldversicherung für den Krankheitsfall zu haben. Aus den Formularen „Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen“ für die Monate April 2003 bis Juli 2004 ist zudem ersichtlich, dass ... hauptsächlich Teilzeitbeschäftigungen suchte.

3. Die zuständige Arbeitslosenkasse ... legte aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen den versicherten Verdienst von ... unter Berücksichtigung des zuletzt erzielten Einkommens inkl. 13. Monatslohn auf CHF 4'010.-- pro Monat fest und bezahlte ihm von April 2003 bis Mai 2004 zu hohe Taggelder aus, nämlich solche, die sich auf eine 100%-ige Vermittelbarkeit bezogen. Im Juni 2004 erfolgte noch einmal eine Auszahlung in dieser Höhe, welche am 6. Juli 2004 von der Kasse nach Feststellen des Irrtums zurückgefordert und vom Versicherten zurückerstattet wurde. Im Mai 2004 lief die Leistungspflicht der Krankentaggeldversicherung zugunsten des Versicherten aus. Am 15. Juni 2004 stellte ... schliesslich Antrag auf Sozialhilfe beim Sozialdienst Chur, welche ihm in der Folge gewährt wurde.

4. Mit Verfügung vom 29. Juni 2004 forderte die Arbeitslosenkasse ... vom Versicherten für die Abrechnungsperiode 1. April 2003 bis 31. Mai 2004 zuviel bezahlte Leistungen in der Höhe von CHF 22'729.95 zurück. Zur Begründung führte die Kasse aus, der Versicherte habe in seinem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 18. Februar 2004 (recte: 2003) einen Beschäftigungsgrad von 100% und einen Vermittlungsgrad von 40% angegeben. Fälschlicherweise habe die Arbeitslosenkasse in der Folge in ihrem Datensystem einen Vermittlungsgrad von 100% eingegeben, was nun bemerkt und korrigiert worden sei. Diese Korrektur führe zu einer Rückforderung der zuviel bezahlten Taggelder im genannten Umfang. Die Rückforderungsverfügung der Arbeitslosenkasse blieb in der Folge unangefochten.

5. Mit Datum vom 30. Juni 2004 stellte der Versicherte ein Gesuch um Erlass der Rückforderung. Er führte aus, er habe die monatlichen Taggeldzahlungen immer in gutem Glauben entgegengenommen und die Abrechnungen nicht weiter nachkontrolliert, da er bei den monatlichen Angaben an die Arbeitslosenkasse stets „40% Vermittelbarkeit“ geschrieben und zudem jeweils eine Kopie der Krankenkarte mit der Bestätigung seiner 60%-igen Arbeitsunfähigkeit abgegeben habe. Er sei nicht in der Lage, die zuviel bezogenen Leistungen zurückzuerstatten, da er kein Einkommen mehr habe.

Sein Krankentaggeldanspruch sei am 19. Mai 2004 erloschen und die erhaltenen Arbeitslosenleistungen seien nicht mehr vorhanden, da er das Geld für sich und seine Familie im Heimatland für den Lebensunterhalt verwendet habe. Vom Sozialdienst in ... werde er künftig nur noch das Existenzminimum erhalten, weshalb auch keine Ratenrückzahlungen an die Arbeitslosenkasse möglich seien.

6. Mit Entscheid vom 15. September 2004 wies das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) das Erlassgesuch des Versicherten ab. Zusammenfassend führte das Amt aus, es stehe im vorliegenden Fall fest, dass der Versicherte bei seiner Anmeldung für Arbeitslosenentschädigung einen Beschäftigungsgrad von 100% und einen Vermittlungsgrad von 40% angegeben habe. Daraufhin habe die Kasse fälschlicherweise einen Vermittlungsgrad von 100% ins Datensystem eingegeben. Dies sei zwar das Verschulden der Kasse; der Versicherte hätte den Fehler jedoch bei den monatlichen Auszahlungen bemerken und ihn der Kasse melden müssen. Durch sein Verschweigen gegenüber der Arbeitslosenkasse müsse davon ausgegangen werden, dass der Versicherte beim Bezug der Leistungen nicht gutgläubig gewesen sei. Es müsse daher nicht geprüft werden, ob eine grosse Härte vorliege.
7. Gegen diesen Entscheid erhob der Versicherte am 30. September 2004 Einsprache. Darin führte der Versicherte zusätzlich aus, er habe seinen Gesundheitszustand stets offen deklariert und immer klar festgehalten, dass er nur für eine 40%-ige Anstellung vermittelbar sei. Ausserdem habe er als Kellner neben dem Fixlohn jeweils auch noch Einnahmen in Form von Trinkgeldern erzielt, weshalb ihm die Höhe der monatlichen Zahlungseingänge nicht erstaunt hätten. Schliesslich hätten die Arbeitslosen- und die Krankentaggeldversicherungen unterschiedliche Abrechnungsmodi gehabt, was ihm den Überblick über die Zahlungseingänge zusätzlich erschwert habe.
8. Mit Entscheid vom 15. November 2004 wies das KIGA die Einsprache ab. Zur Begründung hielt das Amt fest, der Versicherte sei bereits 1996 und 1997 arbeitslos gewesen und habe aus dieser Zeit gewusst, dass er von der

Arbeitslosenversicherung nicht den ganzen Lohn erhalte, den er vorher verdient habe. Dies habe er auch jeder Monatsabrechnung unschwer entnehmen können. Der Versicherte habe von den beiden Versicherungen zusammen regelmässig über CHF 5'000.-- pro Monat erhalten. Selbst beim besten Willen könne nicht angenommen werden, dass der Versicherte gutgläubig davon ausgegangen sei, die beiden Versicherungen würden ihn für entgangenes Trinkgeld im Umfang von CHF 1'000.-- bis CHF 1'500.-- pro Monat entschädigen. Es sei nicht von der Hand zu weisen, dass die zuständige Arbeitslosenkasse einen Fehler gemacht habe; weil dieser Fehler aber offensichtlich gewesen sei, könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Versicherte beim Bezug all dieser Leistungen gutgläubig gewesen sei. Entsprechend habe er auch darauf verzichtet, die Rückforderungsverfügung anzufechten. Es brauche daher nicht weiter geprüft zu werden, ob ein Härtefall vorliege.

9. Gegen diesen Einspracheentscheid erhob der Versicherte am 3. Dezember 2004 frist- und formgerecht Beschwerde. Er verlangte die Aufhebung des Entscheids und der ihm zugrunde liegenden Verfügung sowie die Bewilligung seines Erlassgesuches. Der Beschwerdeführer hielt fest, der Fehler liege bei der Arbeitslosenkasse und werde von dieser auch anerkannt. Er selber sei seiner Informationspflicht korrekt nachgekommen und habe jeden Monat angegeben, dass er nur für eine 40%-Stelle vermittelbar sei. Nebst seinem Lohn habe er stets grosszügige Trinkgelder erhalten, und er sei davon ausgegangen, dass die Taggelder ungefähr der gleichen Einkommenshöhe entsprechen würden. Er habe der Richtigkeit der Versicherungsabklärungen und -leistungen vertraut. Die beiden Versicherungen hätten zudem unterschiedlich abgerechnet, was die Übersicht erschwert habe (keine regelmässige monatliche Auszahlung der Krankentaggelder; Abzug der Quellensteuer direkt an der Krankentaggeldleistung; Krankentaggeldversicherung basiere auf versichertem Jahresverdienst, Arbeitslosenversicherung auf versichertem Monatsverdienst; Arbeitslosenversicherung habe zahlenmässig weniger Anspruchstage als Krankentaggeldversicherung etc.). In den Jahren 1996 und 1997 habe er nur Arbeitslosentaggelder bezogen, was das Ganze übersichtlicher gemacht

habe. Der Fehler der Arbeitslosenkasse in den Taggeldauszahlungen sei erst bemerkt worden, als die Vertreterin des Versicherten am 15. Juni 2004 mit diesem die finanzielle Situation abgeklärt habe. Er habe sie daraufhin sofort beauftragt, bei der Arbeitslosenkasse nachzufragen, ob die Taggelder ihre Richtigkeit hätten. Die Rückforderungsverfügung sei nicht bestritten worden, was jedoch keinen Grund gegen ein Erlassgesuch darstelle. Auch nach der Mitteilung an die ... seien die Taggelder für Juni 2004 im übrigen nicht gestoppt worden; er habe diese jedoch nach Erhalt sofort wieder zurückerstattet. Seit Juli 2004 sei er zu 100% arbeitsunfähig und erhalte seit diesem Zeitpunkt Sozialhilfe im Sinne einer Bevorschussung auf Invalidenversicherungsleistungen. Damit sei in seinem Fall zusätzlich der Tatbestand der grossen Härte erfüllt. Er habe sich keiner groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht, er habe vorliegend höchstens in leicht schuldhafter Weise gegen die Meldepflicht verstossen.

10. In seiner Vernehmlassung vom 12. Januar 2005 beantragt das KIGA die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer habe im Jahr 2003 durchschnittlich CHF 4'948.70 pro Monat von beiden Versicherungen zusammen bezogen. Aus der Zeit von 1996/1997 wisse er jedoch, dass die Arbeitslosenversicherung nicht den gesamten Lohn entschädige, den er vorher verdient habe. Die erhaltenen Trinkgelder stellten im übrigen steuerbares Einkommen dar. Allenfalls könnte dem Beschwerdeführer Glauben geschenkt werden, falls er seine Trinkgelder gegenüber der Steuerbehörde deklariert habe, was jedoch nicht erwiesen sei.
11. Mit Schreiben vom 19. Januar 2005 verzichtete der Beschwerdeführer auf die Einreichung einer Replik.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist der Einspracheentscheid des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) vom 15. November 2004 sowie die diesem Entscheid zugrunde

liegende Verfügung der Arbeitslosenkasse ... vom 29. Juni 2004 betreffend Rückforderung zuviel bezahlter Leistungen. Streitgegenstand bildet die Frage, ob der Beschwerdeführer die unbestrittenermassen zu Unrecht bezogenen Leistungen der Arbeitslosenversicherung im Umfang von CHF 22'729.95 an die Kasse zurückerstatten muss.

2. a) Gemäss Art. 25 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i. V. m. Art. 95 des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) sind unrechtmässig bezogene Leistungen durch den Empfänger grundsätzlich zurückzuerstatten. Im vorliegenden Fall ergibt sich die Unrechtmässigkeit der Versicherungsleistungen aus der Rückforderungsverfügung vom 29. Juni 2004. Diese Verfügung blieb unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen. Im Übrigen wird die Unrechtmässigkeit der empfangenen Leistungen im Umfang von CHF 22'729.95 auch durch den Beschwerdeführer nicht bestritten.
- b) Gestützt auf Art. 25 Abs. 1, zweiter Satz ATSG i. V. m. Art. 4 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV; SR 830.11) wird die Rückerstattung unrechtmässig gewährter Leistungen, die in gutem Glauben empfangen werden, bei Vorliegen einer grossen Härte ganz oder teilweise erlassen. Nach Art. 4 Abs. 2 ATSV ist für die Beurteilung, ob im Einzelfall eine grosse Härte vorliegt, der Zeitpunkt der rechtskräftigen Rückforderungsverfügung massgebend. Die zuständige kantonale Amtsstelle darf dem Erlassgesuch eines Versicherten somit nur dann stattgeben, wenn kumulativ Gutgläubigkeit des Empfängers beim Bezug der Leistung und grosse Härte für den Fall der Rückerstattung vorliegen.
3. a) Die schweizerische Rechtsordnung geht grundsätzlich von der Vermutung des guten Glaubens aus. Dieser Grundsatz folgt aus Art. 3 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) und hat für die gesamte schweizerische Rechtsordnung Gültigkeit. Wer sich auf den guten Glauben beruft, muss diesen nicht beweisen. Gemäss Art. 8 ZGB ist vielmehr

beweispflichtig, wer die gesetzliche Vermutung von Art. 3 Abs. 1 ZGB stürzen will. Daher muss im konkreten Einzelfall sorgfältig geprüft werden, ob Gründe vorliegen, welche die Gutgläubigkeit ausschliessen. Nach der Rechtsprechung ist zu unterscheiden zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob jemand bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen (ARV 1998 Nr. 41, S. 237). Ein gutgläubiger Bezug einer Sozialversicherungsleistung liegt vor, wenn das Bewusstsein über den unrechtmässigen Leistungsbezug fehlt, sofern dieses Fehlen in einer objektiven Betrachtungsweise unter den konkret gegebenen Umständen entschuldbar ist. Der gute Glaube ist insbesondere dann zu bejahen, wenn sich die empfangende Person keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat (vgl. Ueli Kieser, Kommentar zum ATSG, Rz 23 zu Art. 25). Mit anderen Worten: Leichte Fahrlässigkeit vermag den guten Glauben nicht auszuschliessen (vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Ulrich Meyer-Blaser, Soziale Sicherheit, 1998, Basel/Genf/München, Rz 84).

- b) Guter Glaube liegt beim Bezug einer Leistung jedenfalls dann nicht vor, wenn die unrechtmässige Auszahlung auf vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten des Leistungsbezügers zurückzuführen ist. Somit kann sich nicht auf den guten Glauben berufen, wer bei der Anmeldung von Leistungsansprüchen und der Abklärung der Verhältnisse vorsätzlich oder grobfahrlässig Tatsachen verschwiegen oder unrichtige Angaben gemacht hat, eine Meldepflicht vorsätzlich oder grobfahrlässig nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt oder als unrechtmässig erkennbare Leistungen vorsätzlich oder grobfahrlässig entgegengenommen hat. Grobfahrlässig handelt, wer bei der Anmeldung, bei der Abklärung der Verhältnisse, bei der Erfüllung der Meldepflicht oder bei der Entgegennahme der unrechtmässigen Leistung nicht das ihm nach Fähigkeit und Bildungsgrad zuzumutende Mindestmass an Sorgfalt angewendet hat (VGU S 99 30; vgl. auch Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band II, N. 41 zu Art. 95).

4. a) Entgegen den Ausführungen des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) in seiner Entscheidung vom 15. September 2004 trifft es nun nicht zu, dass der Beschwerdeführer irgendwo einen Vermittlungs- oder Arbeitsfähigkeitsgrad von 100% angegeben hat, und zwar weder auf seinem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 18. Februar 2003 noch auf den Formularen „Angaben der versicherten Person“ für die darauffolgenden Monate. Zudem geht aus sämtlichen dem Gericht vorliegenden Nachweisen der persönlichen Arbeitsbemühungen des Beschwerdeführers hervor, dass er praktisch ausschliesslich Teilzeitarbeitsstellen gesucht hat.

Wenn die zuständige Arbeitslosenkasse gestützt auf diese Unterlagen eine Vermittelbarkeit des Beschwerdeführers von 100% ins System eingegeben und in der Folge Arbeitslosenunterstützung in vollem Umfang geleistet hat, so war dies ausschliesslicher Fehler der Kasse. Der Beschwerdeführer hat zu keinem Zeitpunkt bei seiner Anmeldung oder bei der Abklärung der Verhältnisse vorsätzlich oder grobfahrlässig Tatsachen verschwiegen oder unrichtige Angaben gemacht, die seinen guten Glauben im Sinne der Rechtsprechung beeinträchtigen könnten.

- b) Im vorliegenden Fall stellt sich somit weiter die Frage, ob dem Beschwerdeführer vorgeworfen werden kann, er habe in vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Weise unrechtmässige Leistungen der Arbeitslosenversicherung (passiv) entgegengenommen und es unterlassen, der Kasse den Fehler zu melden und sie darauf hinzuweisen, dass er Arbeitslosengeld auf der Basis einer 100%-igen Vermittelbarkeit ausbezahlt erhält.

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts rechtfertigt sich ein solcher Vorwurf an die Adresse des Beschwerdeführers nicht. Die entsprechenden Ausführungen in seiner Beschwerde vom 3. Dezember 2004 leuchten ein und legen den Schluss nahe, dass ihm im Zusammenhang mit den ungerechtfertigten Leistungsempfängen kein grobfahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann: Die Zahlungen der beiden Versicherungen seien periodisch unterschiedlich und für ihn unübersichtlich erfolgt. Auch in bezug

auf die Berechnungsweise (Anzahl Taggelder, versicherter Monatsverdienst resp. Jahresverdienst) seien die beiden Versicherungssysteme unterschiedlich gewesen. Weil sich einerseits sein bisheriges Erwerbseinkommen aus einem Fixlohn und Trinkgeldern zusammengesetzt habe und andererseits nun Versicherungsleistungen von zwei Institutionen her flossen, sei es ihm kaum möglich gewesen, den Überblick zu wahren resp. er habe an der Höhe der Zahlungen keinen Anstoss genommen.

In den Augen des Verwaltungsgerichts hat der Beschwerdeführer aufgrund dieser Argumentation und - im Gegensatz zur Versicherten im Präjudiz VGU S 99 30 – aufgrund seiner individuellen Fähigkeiten und seines Bildungsgrades nicht grobfahrlässig gehandelt. Zwar hat der Beschwerdeführer in der Tat insgesamt höhere Versicherungsleistungen ausbezahlt erhalten als er an seiner letzten Arbeitsstelle monatlich verdient hat. Weil er jedoch mit dem Zusammenspiel von Arbeitslosen- und Krankentaggeldversicherungssystem bis anhin nicht vertraut war, mag er möglicherweise davon ausgegangen sein, dass die monatliche Mehrleistung der Versicherung gegenüber seinem früheren Verdienst ihre Richtigkeit hatte. An dieser Stelle sei im Übrigen der Hinweis erlaubt, dass selbst die Arbeitslosenkasse ihren Fehler während mehr als eines Jahres nicht bemerkt hat, obwohl das KIGA heute behauptet, der Irrtum sei offensichtlich gewesen. Grobfahrlässigkeit wäre demnach eher in der oberflächlichen Arbeitsweise der Arbeitslosenkasse in diesem konkreten Fall zu erkennen. Es ist dem Beschwerdeführer daher nicht vorzuwerfen, er habe das ihm zuzumutende Mindestmass an Sorgfalt nicht aufgebracht. Folglich kann er sich auf seinen guten Glauben berufen.

5. a) Ist der gute Glaube des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall zu bejahen, bleibt somit zu prüfen, ob auch das kumulative Erfordernis der grossen Härte im Falle der Rückerstattung der Leistungen gegeben ist. Der Begriff der grossen Härte wird durch Art. 5 ATSV unter Bezugnahme auf die Gesetzgebung über die Ergänzungsleistungen umschrieben. Dieser Aspekt kann ohne ergänzende, durch die Vorinstanz vorzunehmende Abklärungen nicht schlüssig beurteilt werden. Aus diesem Grund ist die Angelegenheit zur

Härtefallprüfung und Durchführung der Berechnungen nach Art. 5 ATSV an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Gerichtskosten werden keine erhoben, da das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht nach Art. 61 lit. a des ATSG – ausser bei leichtsinniger und mutwilliger Prozessführung – grundsätzlich kostenlos ist.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Einspracheentscheid und die ihm zugrunde liegende Verfügung werden aufgehoben und die Angelegenheit wird zur Härtefallprüfung und Durchführung der dafür notwendigen Berechnungen nach Art. 5 ATSV an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.