

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2017 32

Entscheid vom 26. August 2017

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
MLaw Markus Jakob, a.o. Gerichtsschreiber

Parteien

A. _____,

gegen

Amt für Arbeit, Lückenstrasse 8, Postfach 1181, 6431 Schwyz,
Vorinstanz,

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Rückforderung Arbeitslosengelder, Erlass)

Sachverhalt:

A. A. _____, geb. _____ 1971, bezog in der Zeit vom 3. September 2012 bis 2. September 2016 Leistungen der Arbeitslosenkasse.

B. Aufgrund einer Meldung des SECO betreffend BGSA Beanstandungen 2014 überprüfte die Arbeitslosenkasse die Einträge des individuellen Kontos von A. _____ bei der Ausgleichskasse des Kantons Graubünden. Dabei stellte sie fest, dass A. _____ in den Monaten März, Juni, August, September und Oktober 2014 einen Zwischenverdienst erzielt hatte, welchen sie gegenüber der Arbeitslosenkasse nicht deklarierte.

C. Mit Verfügung vom 2. November 2016 forderte die Arbeitslosenkasse von A. _____ einen Betrag von Fr. 4'238.60 an zu Unrecht ausbezahlten Arbeitslosengeldern zurück. Am 14. November 2016 ersuchte A. _____ die Arbeitslosenkasse um Verzicht auf die Rückerstattung. Dieses Erlassgesuch hat das Amt für Arbeit mit Verfügung vom 4. Januar 2017 abgelehnt, wogegen A. _____ am 20. Januar 2017 Einsprache erhob. Mit Entscheid vom 3. Februar 2017 hat das Amt für Arbeit die Einsprache abgewiesen.

D. Am 20. Februar 2017 erhebt A. _____ gegen den Einspracheentscheid des Amtes für Arbeit vom 3. Februar 2017 fristgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mit dem sinngemässen Antrag, den Einspracheentscheid aufzuheben und ihr Gesuch um Erlass der Rückforderung gutzuheissen.

Mit Vernehmlassung vom 7. März 2017 beantragt das Amt für Arbeit, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Verfügung vom 2. November 2016 hat die Arbeitslosenkasse eine Rückforderung zu viel ausbezahlter Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 4'238.60 plus allfällige Betreuungskosten verfügt (Vi-act. 6). Die Verfügung enthielt eine Rechtsmittelbelehrung, gemäss welcher die Rückforderung mittels Einsprache innert 30 Tagen seit Zustellung angefochten werden kann, sowie den separaten Hinweis, innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft der Rückforderung könne ein Gesuch um Erlass der Rückerstattungspflicht gestellt werden.

Mit Schreiben vom 14. November 2016 ersuchte die Beschwerdeführerin um Erlass der Rückerstattung. Einsprache gegen die Verfügung hat sie nicht erhoben, womit diese rechtskräftig wurde. Gegenstand und zu überprüfen ist somit einzig,

ob die Vorinstanz das Gesuch um Erlass der Rückerstattung zu Recht abgewiesen hat (und nicht auch, ob die Arbeitslosenkasse zu Recht eine Rückerstattung in der Höhe von Fr. 4'238.60 verfügt hat).

2.1 Gemäss Art. 95 Abs. 1 Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. Guter Glaube und grosse Härte müssen kumulativ erfüllt sein, damit unrechtmässig gewährte Leistungen ganz oder teilweise erlassen werden können.

Über den Umfang der Rückforderung wird eine Verfügung erlassen, worin auf die Möglichkeit des Erlasses hinzuweisen ist (Art. 3 Abs. 1 und 2 Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11]).

Der Erlass einer Rückforderung ist mittels schriftlichen Gesuchs zu verlangen. Das Gesuch ist zu begründen, mit den nötigen Belegen zu versehen und spätestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft der Rückforderungsverfügung einzureichen (Art. 4 Abs. 4 ATSV), wobei der Frist zur Stellung eines Erlassgesuchs Ordnungscharakter beizumessen ist; es handelt sich nicht um eine Verwirkungsfrist (BGE 132 V 42 Erw. 3.4). Über den Erlass wird wiederum eine Verfügung erlassen (Art. 4 Abs. 5 ATSV; VGE 2016 25 vom 17.5.2016 Erw. 1.4; VGE II 2011 87 vom 27.10.2011 Erw. 2.2; VGE I 2011 69 vom 24.10.2011 Erw. 1.1; VGE 206/06 vom 7.11.2006 Erw. 2.2).

2.2 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 (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3.A., Zürich/Basel/Genf 2015, N 47 zu Art. 25 ATSG m.H.).

2.2.1 Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen konnte oder bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen können. Während das Vorliegen oder Fehlen des Unrechtsbewusstseins zum inneren Tatbestand gehört und eine Tatfrage darstellt, gilt die Frage nach der Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit als frei überprüfbar Rechtsfrage, soweit es darum geht, ob sich jemand angesichts der jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse auf den guten Glauben berufen kann (VGE II 2016 25 vom 17.5.2016 Erw. 4.4.1;

VGE II 2011 97 vom 22.12.2011 Erw. 3.2; VGE I 2011 69 vom 24.10.2011 Erw. 2.1; BGE 122 V 221 Erw. 3; BGE 8C_612/2011 vom 7.12.2011 Erw. 3.2; BGE 8C_1/2007 vom 11.5.2007 Erw. 2.2; SVR 2007 EL Nr. 8, S. 19).

2.2.2 Der gute Glaube entfällt nicht nur bei wissentlichem Bezug von zu Unrecht ausgerichteter Leistungen. Vielmehr darf sich der Leistungsempfänger nicht nur keiner böswilligen Absicht, sondern auch keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht haben. Der gute Glaube ist somit von vornherein nicht gegeben, wenn die zu Unrecht erfolgte Leistungsausrichtung auf eine arglistige oder grobfahrlässige Melde- oder Auskunftspflichtverletzung zurückgeht. Demgegenüber kann sich die rückerstattungspflichtige Person auf den guten Glauben berufen, wenn ihr fehlerhaftes Verhalten (beispielsweise die Meldepflichtverletzung) nur eine leichte Fahrlässigkeit darstellt (BGE 112 V 97 Erw. 2c; AHI 2003, S. 161 Erw. 3a, I 553/01).

Wie in anderen Bereichen beurteilt sich die geforderte Sorgfalt nach einem objektiven Massstab, wobei jedoch das den Betroffenen in ihrer Subjektivität Mögliche und Zumutbare (Urteilsfähigkeit, Gesundheitszustand, Bildungsgrad usw.) nicht ausgeblendet werden darf (VGE I 2011 69 vom 24.10.2011 Erw. 2.2; BGE 8C_594/2007 vom 10.3.2008 Erw. 5.1 und 5.2; BGE 9C_14/2007 vom 2.5.2007 Erw. 4.1; SVR 2007 IV Nr. 13 S. 49 Erw. 4.4, I 622/05).

2.2.3 Wer nachweisbar absichtlich unrechtmässige Leistungen böswillig entgegennimmt, kann von vornherein nicht gutgläubig sein (VGE I 2011 69 vom 24.10.2011 Erw. 2.3; Meyer-Blaser, Die Rückerstattung von Sozialversicherungsleistungen, ZBJV 1995, S. 481 m.H.).

2.2.4 Die Frage nach dem guten Glauben ist praxisgemäss in Bezug auf die Periode, in welcher die zurückverlangte Leistung bezogen wurde, zu beurteilen (VGE II 2011 97 vom 22.12.2011 Erw. 3.4; vgl. auch BGE 8C_888/2008 vom 19.8.2009 Erw. 6.2.1 und 9C_805/2008 vom 13.3.2009 Erw. 2.4; P 64/06 vom 30.10.2007 Erw. 6.1 m.H.; BGE C 425/00 vom 31.5.2001 Erw. 2b m.H.).

2.3 Eine grosse Härte liegt vor, wenn die vom Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) anerkannten Ausgaben und die zusätzlichen Ausgaben nach Art. 5 Abs. 4 ATSV die nach ELG anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 5 Abs. 1 ATSV). Massgebend für die Beurteilung, ob eine grosse Härte vorliegt, ist der Zeitpunkt, in welchem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden ist (Art. 4 Abs. 2 ATSV). Die Berufung auf den Härtefall ist ausgeschlossen, wenn es darum geht, der versicherten Person bereits ausbezahlte

Leistungen durch gleich hohe und unter anderem Titel geschuldete zu ersetzen sowie die beiden Betreffnisse miteinander zu verrechnen (BGE 138 V 402 Erw. 4.4).

3. Die Beschwerdeführerin bezog vom 3. September 2012 bis 2. September 2016 Leistungen der Arbeitslosenversicherung (Vi-act. 6). In den Formularen "Angaben der versicherten Person für den Monat" März, Juni, August, September sowie Oktober 2014 bestätigte die Beschwerdeführerin gegenüber der Arbeitslosenkasse konsequent, für keine Arbeitgeber tätig gewesen zu sein und keinen Zwischenverdienst erzielt zu haben (Vi-act. 5). Gemäss dem am 3. März 2015 ausgestellten Lohnausweis der C._____ GmbH, Chur, hat die Beschwerdeführerin 2014 einen Bruttolohn von Fr. 6'080.-- erzielt. Die Arbeitgeberin vermochte die Lohnzahlungen den Monaten März, Juni, August, September und Oktober 2014 zuzuteilen (Vi-act. 4).

Es ist damit erstellt, dass die Beschwerdeführerin in der fraglichen Zeit einen Zwischenverdienst erzielt, diesen gegenüber der Arbeitslosenkasse aber nicht deklariert und im entsprechenden Umfang zuviel Taggelder bezogen hat.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei der Nichtdeklaration des Zwischenverdienstes gutgläubig gewesen zu sein. Im Schreiben vom 4. November 2016 erklärt sie diesen Fehler ihrerseits damit, dass sie diese Einkommen direkt als Darlehensrückzahlung für einen Vorschuss an ihren Lebenspartner bezahlt habe und daher davon ausgegangen sei, dass es sich nicht um ein deklarierbares Einkommen handle. Sie habe ihr eigenes Geschäft einrichten müssen, wozu sie einen Vorschuss beansprucht habe. Die Zahlungen aus der Tätigkeit bei der C._____ GmbH habe sie nicht als Einkommen, sondern direkt als Rückzahlung des bezogenen Vorschusses genutzt. Der Betrag habe ihr ja nicht für den Lebensunterhalt zur Verfügung gestanden (Bf-act. 3). Dank diesen Zahlungen habe sie ihr Geschäft aufbauen können und benötigte dank dessen auch keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung mehr (Bf-act. 4). In der Einsprache vom 20. Januar 2017 erklärt sie zudem, die Geldbeträge nicht erhalten zu haben, nicht für den Lebensunterhalt nutzen zu können; das Geld sei direkt für die Schuldbegleichung an den Darlehensgeber bezahlt worden. Sie habe damit nicht grob fahrlässig gehandelt und nicht das zumutbare Mass an Sorgfalt angewendet. Sie habe den Zwischenverdienst in gutem Glauben nicht gemeldet.

In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 20. Februar 2017 ergänzt sie sodann, die Aussage Ziffer 1 des angefochtenen Einspracheentscheides, wonach sie vom 3. September 2012 bis 2. September 2016 Leistungen der Arbeitslosenkasse im Umfange eines Vollzeitpensums erhalten habe, sei falsch. Sie habe

verschiedene Teilzeitstellen innegehabt und keine vollen Leistungen der ALV erhalten. Sie habe sich stets bemüht, Teilzeitstellen anzunehmen und Weiterbildungen zu machen, um von der Arbeitslosenunterstützung weg zu kommen. Die zur Diskussion stehenden Beträge habe sie als direkte Darlehensrückzahlungen von Investitionen und nicht für den Lebensunterhalt erhalten. Zwischenverdienste habe sie immer angegeben, nur diese Darlehensrückzahlungen nicht.

3.2 Entgegen ihren Ausführungen kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf den guten Glauben berufen. Sie hat das Engagement bei der C._____ GmbH wohl insbesondere deshalb angenommen, weil sie dafür entschädigt wurde. Mit anderen Worten erhielt sie für ihre Arbeitsleistung eine Gegenleistung. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist unter Erwerbseinkommen jedes Entgelt für persönliche Arbeitsleistung zu verstehen. Gleichgültig ist, wie dieses von den Parteien bezeichnet wird. Ebenso irrelevant ist, ob der Arbeitnehmer das Entgelt sich oder direkt an einen Darlehensgläubiger auszahlen lässt, um derart eine Schuld zu tilgen. Nachdem die C._____ GmbH für das Entgelt auch Sozialversicherungsbeiträge abgerechnet hat, ist sodann davon auszugehen, dass zumindest die Arbeitgeberin klar von einem Lohn ausging. Auch musste der Beschwerdeführerin klar sein, dass damit mindestens ihre Schuld getilgt wurde (was ihr Vermögen ebenso öffnet).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe dieses Entgelt gar nie erhalten, es sei immer direkt ihrem Darlehensgläubiger überwiesen worden. Sofern dies zutrifft - was vorliegend keine Rolle spielt - so erfolgte dieser Zahlungsfluss allein aufgrund ihrer eigenen Anweisung. Sie musste somit wissen, dass sie gegenüber der C._____ GmbH einen Lohnanspruch hat und sie veranlasste die Zahlung an einen Dritten zwecks Schuldentilgung. Mithin wusste sie sehr wohl, dass ihre Arbeit entschädigt wurde.

Es ist denkbar, dass die Beschwerdeführerin tatsächlich irrtümlicherweise davon ausging, dass sie keinen Zwischenverdienst erzielte. Dies allein macht indes noch keinen guten Glauben aus. Vielmehr ist vorausgesetzt, dass sie in diesem Irrglauben sein durfte, dass er ihr nicht vorwerfbar ist. Weshalb sie berechtigterweise annehmen durfte, keinen zu deklarierenden Zwischenverdienst zu erzielen, weil ihr das Geld nicht für den Lebensunterhalt zur Verfügung stand, führt die Beschwerdeführerin nicht weiter aus. Sie nennt keinen Grund, der sie in dieser Annahme bekräftigte. Hingegen weist die Vorinstanz zu Recht auf die Tatsache hin, dass Arbeitslose über ihre Rechte und Pflichten orientiert werden. Sie werden informiert, dass im Rahmen der Mitwirkungspflicht Zwischenverdienste zu melden sind und dass Zwischenverdienst jedes Einkommen ist, das kleiner ist als

die Arbeitslosenentschädigung (Vi-act. 2). Ebenso werden die Versicherten monatlich nach allfälligen Zwischenverdiensten befragt.

Mit Verweis auf die Lehre, wonach grobfahrlässig handelt, wer bei der Erfüllung der Meldepflicht nicht das ihm nach seiner Fähigkeit und seinem Bildungsgrad zumutbare Mindestmass an Sorgfalt anwendet, sowie auf die Rechtsprechung, wonach schuldhaftes Verhalten insbesondere auch in der Unterlassung bestehen kann, sich bei der Verwaltung nicht zu erkundigen, hält die Vorinstanz zu Recht fest, die Beschwerdeführerin habe in nicht entschuldbarer Weise nicht das Mindestmass an Aufmerksamkeit walten lassen, das von einer verständigen Person in gleicher Lage und bei gleichen Umständen verlangt werden darf. Es handelt sich nicht um eine leichte Nachlässigkeit, die den guten Glauben nicht zerstört. Nachdem die Beschwerdeführerin im relevanten Zeitpunkt bereits fast 1½ Jahre arbeitslos war, hätte von ihr - auch aufgrund ihrer Erfahrung mit der Arbeitslosenkasse sowie dem RAV - erwartet werden dürfen, dass sie sich bei der Verwaltung zumindest erkundigt, ob es sich bei den Zahlungen der C._____ GmbH um einen zu deklarierenden Zwischenverdienst handelt. Indem sie das Entgelt eigenmächtig nicht deklarierte, befand sie sich in einem nicht entschuldbaren Irrtum; sie zumindest grobfahrlässig gehandelt.

3.3 Wenn aber bereits der gute Glaube als kumulative Voraussetzung für den Erlass der Rückerstattung zu verneinen ist, dann braucht die weitere Voraussetzung der grossen Härte nicht weiter geprüft zu werden. Die Vorinstanz hat das Gesuch um Erlass der Rückerstattung zu Recht abgelehnt. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

4. Das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht ist in der Regel kostenlos (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG), von welcher Regel in casu nicht abzuweichen ist. Dem Ergebnis entsprechend fällt eine Parteientschädigung ausser Betracht.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG, SR 173.110).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

4. Zustellung an:
 - die Beschwerdeführerin (R)
 - die Vorinstanz
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der a.o. Gerichtsschreiber:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 2. Mai 2017