



**Fall-Nr.:** AVI 2012/53  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 15.03.2013  
**Entscheiddatum:** 15.03.2013

### **Entscheid Versicherungsgericht, 15.03.2013**

**Art. 25 Abs. 1 ATSG. Erlassvoraussetzung des guten Glaubens verneint, wenn eine Hauswarttätigkeit nicht deklariert wurde und dem Versicherten deshalb eine zu hohe Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt worden ist (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. März 2013, AVI 2012/53).**

Versicherungsrichterinnen Marie Löhner (Vorsitz) und Lisbeth Mattle Frei,  
Versicherungsrichter Martin Rutishauser; a.o. Gerichtsschreiberin Nataša Stanković

#### **Entscheid vom 15. März 2013**

in Sachen

**A.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Mario Thöny, Bahnhofstrasse 8, 7000 Chur,

gegen

**Amt für Wirtschaft und Arbeit,** Rechtsdienst, Davidstrasse 35, 9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegner,**

betreffend



### Erlass (guter Glaube)

#### Sachverhalt:

A.

A.a A.\_\_\_\_ meldete sich am 29. April 2008 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Sargans zur Arbeitsvermittlung an (act. G 3.1 / B 29) und stellte bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juni 2008 (act. G. 3.1 / B 28). Am 17. Juni 2008 unterzeichnete der Versicherte mit B.\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_ AG, vertreten durch die D.\_\_\_\_ AG, einen Hauswartungsvertrag betreffend die Liegenschaften in X.\_\_\_\_ mit Tätigkeitsbeginn am 15. Juni 2008. In Bezug auf das Hauswahrungshonorar von Fr. 860.-- netto zuzüglich Mehrwertsteuer wurde vereinbart, dass dieses unmittelbar von der monatlichen Wohnungsmiete in Abzug zu bringen sei (act. G. 3.1 / B 202). Gemäss Angaben der D.\_\_\_\_ AG wurde der Versicherte für die verrichtete Arbeit mit monatlich Fr. 915.-- brutto entschädigt (act. G 3.1 / B 146, B 154, B 155). Der Versicherte übte die Hauswartstätigkeit während der gesamten Dauer des Bezugs von Arbeitslosenentschädigung aus (vgl. Schreiben der D.\_\_\_\_ AG vom 21. Juni 2010, act. B 173). In den Formularen "Angaben der versicherten Person" für die Monate Juni und Juli 2008 (act. G 3.1 / B 30), Januar bis September, November und Dezember 2009 (act. G 3.1 / B 23, B 66, B 69, B 76, B 83, B 95, B 101, B 105, B 110, B 119, B 121) sowie Januar, April und Mai 2010 (act. G 3.1 / B 123, B 139, B 141) verneinte der Versicherte die Frage, ob er in den besagten Monaten für einen oder mehrere Arbeitgeber gearbeitet bzw. ob er eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt habe. Für die Monate August 2008, Oktober 2009 sowie Februar bis März 2010 vermerkte er auf dem jeweiligen Formular, vom 1. bis 14. August 2008 bei der E.\_\_\_\_ AG (act. G 3.1 / B 30), vom 5. bis 9. Oktober 2009 bei der F.\_\_\_\_ AG (act. G 3.1 / B 114) und vom 22. Februar bis Ende März 2010 bei der G.\_\_\_\_ GmbH (act. G 3.1 / B 130, B 136) einen Zwischenverdienst erzielt zu haben. Die Kantonale Arbeitslosenkasse hatte dem Versicherten eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 2. Juni 2008 bis 1. Juni 2010 eröffnet. Auf der Grundlage eines versicherten Verdienstes von Fr. 5'356.-- (act. G 3.1 / B 30) wurde in den Kontrollperioden Juni bis August 2008 sowie Januar 2009 bis



## St.Galler Gerichte

Mai 2010 Arbeitslosenentschädigung im Gesamtbetrag von Fr. 62'342.40 (Auszahlung an den Versicherten: Fr. 60'842.40, Auszahlung an Dritte: Fr. 1'500.--) entrichtet (act. G3.1 / B 180).

A.b Am 11. Juli 2011 verfügte die Kantonale Arbeitslosenkasse die Rückzahlung von zu Unrecht ausbezahlten Taggeldleistungen in der Höhe von Fr. 12'715.60 (act. G 3.1 / B 172). Der Rückforderungsbetrag sei auf Korrekturbuchungen bzgl. der Monate Juni bis August 2008 sowie Januar 2009 bis Mai 2010 zurückzuführen, welche sie habe vornehmen müssen, da sich aufgrund einer internen Revision (respektive durch eine Mitteilung der Ausgleichskasse im Rahmen der Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit) herausgestellt habe, dass der Versicherte seit dem 15. Juni 2008 (zusätzlich) bei B.\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_ AG im Zwischenverdienst tätig gewesen sei, ohne dies jedoch der Kantonalen Arbeitslosenkasse gemeldet zu haben. Die am 9. September 2011 gegen diese Rückforderungsverfügung erhobene Einsprache des Versicherten (act. G 3.1 / B 178) wies die Kantonale Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 23. Januar 2012 ab (act. G 3.1 / B 203). Nach Rechtskraft des Einspracheentscheids leitete sie das in der Einsprache gestellte Erlassgesuch ans Amt für Arbeit weiter.

A.c Mit Verfügung vom 26. März 2012 wies das Amt für Arbeit das Gesuch des Versicherten um Erlass der Rückforderung ab (act. G. 3.1 / B 206). Indem der Versicherte den innerhalb der Rahmenfrist ausgeübten Zwischenverdienst als Hauswart nicht auf den Formularen "Angaben der versicherten Person" deklariert habe, habe er seine Auskunftspflicht verletzt, weshalb die Annahme des guten Glaubens verneint werden müsse. Da zumindest eines der beiden Erlasserfordernisse nicht vorliege – bei fehlendem guten Glauben erübrige sich eine Prüfung der grossen Härte –, könne auf die Rückerstattung der zu Unrecht ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung nicht verzichtet werden. Die dagegen erhobene Einsprache vom 27. April 2012 (act. G 3.1 / B 208), in welcher insbesondere ausgeführt wurde, der Versicherte habe gutgläubig davon ausgehen können, dass die Entschädigung aus der Hauswartung eine Einnahme aus einem Nebenverdienst bilde, welche nicht deklariert werden müsse, wurde mit Einspracheentscheid vom 11. Mai 2012 abgewiesen (act. G 3.1 / B 209). Als Begründung des ablehnenden Entscheids wurde im Wesentlichen festgehalten, beim entsprechenden Arbeitsverhältnis handle es sich um eine Zwischenverdiensttätigkeit,



welche der Kantonalen Arbeitslosenkasse zu melden gewesen wäre, was aufgrund grober Nachlässigkeit unterblieben sei. Im Zweifelsfall hätte sich der fremdsprachige und juristisch nicht versierte Versicherte bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse informieren müssen, ob der Verdienst anzugeben sei.

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die namens und im Auftrag des Beschwerdeführers erhobene Beschwerde des Rechtsvertreters vom 8. Juni 2012 mit dem Antrag auf Aufhebung des Einspracheentscheids und Erlass der Rückforderung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Eventualiter sei die Streitsache an die Vorinstanz zur Prüfung des Kriteriums der grossen Härte zurückzuweisen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgetragen, der Beschwerdeführer habe angesichts der nachfolgenden Umstände gutgläubig davon ausgehen können, dass die Hauswartung als Auftragsverhältnis und die Entschädigung aus diesem Auftragsverhältnis als Einnahme aus einer Nebentätigkeit zu qualifizieren sei, welche der Kantonalen Arbeitslosenkasse nicht gemeldet werden müsse: Im Zeitpunkt des Antrags auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung am 8. Juni 2008 sei er noch nicht als Hauswart angestellt gewesen. Ferner habe die Auftraggeberin keine periodischen Lohnabrechnungen sowie keine jährlichen Lohnausweise ausgestellt und das Hauswahrungshonorar unmittelbar mit der Wohnungsmiete verrechnet, weshalb der Beschwerdeführer in guten Treuen habe annehmen können, dass es sich bei der Entschädigung der Tätigkeit nicht um ein versicherungsrechtlich relevantes und meldepflichtiges Einkommen handle. Sodann seien im Hauswartungsvertrag B.\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_ AG als Auftraggeberin und der Beschwerdeführer als Beauftragter sowie ein Hauswahrungshonorar anstatt eines Lohnes aufgeführt worden. Im Übrigen habe der Beschwerdeführer seine Einkünfte aus Zwischenverdienst, namentlich als er im Zeitraum vom 1. bis 14. August 2008 für die E.\_\_\_\_ AG tätig gewesen sei, ausdrücklich auf dem jeweiligen Formular "Angaben der versicherten Person" deklariert. Der Umstand, dass er die Hauswarttätigkeit nicht angeführt habe, lasse nur den Schluss zu, dass er gutgläubig davon ausgegangen sei, dass diese vom monatlichen Mietzins in Abzug gebrachte Entschädigung nicht als relevanter Zwischenverdienst zu qualifizieren sei. Überdies habe ihm der zuständige Sachbearbeiter beim RAV Sargans angegeben, er müsse die Hauswarttätigkeit nicht melden. Die Anforderungen an einen



fremdsprachigen juristischen Laien betreffend die Melde- oder Auskunftspflicht dürften nicht derart hoch sein, dass ein Irrtum in dieser juristisch relativ komplexen Fragestellung dem Beschwerdeführer als grobe Nachlässigkeit angelastet werde; es könne ihm höchstens eine leichte Verletzung der Melde- oder Auskunftspflicht vorgehalten werden. Schliesslich würde im Falle einer Rückforderung eine grosse Härte vorliegen, da die jährlichen Ausgaben des Beschwerdeführers und seiner Familie ihre jährlichen Einnahmen deutlich übersteigen würden.

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 10. August 2012 beantragte die Beschwerdegegnerin – unter Verweis auf die Verfügung vom 26. März 2012 und den Einspracheentscheid vom 11. Mai 2012 – die Abweisung der Beschwerde (act. G 3). Der Beschwerdeführer verzichtete nach Einsicht in die Vorakten auf eine weitere Stellungnahme (act. G 6).

### Erwägungen:

1.

Streitig und zu prüfen ist die Verweigerung des Erlasses der Rückerstattungsschuld im Betrag von Fr. 12'715.60, während die Rückforderung selbst bereits rechtskräftig entschieden wurde und mithin nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden kann. Ebenfalls nicht zu prüfen ist, ob die Hauswarttätigkeit als Nebenverdienst oder Zwischenverdienst zu qualifizieren ist, da dies ebenso im Rahmen des Rückforderungsverfahrens bereits rechtskräftig entschieden wurde.

2.

2.1 Nach Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer jedoch Leistungen im guten Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. Die Rückerstattung kann somit nur erlassen werden, wenn die beiden Voraussetzungen des gutgläubigen Empfangs und der grossen Härte kumulativ erfüllt sind.



2.2 Die Rechtsordnung geht grundsätzlich von der Vermutung des guten Glaubens aus (Art. 3 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [ZGB; SR 210] analog). 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. Er besteht insbesondere dann, wenn sich die empfangende Person keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, 2009, Art. 25 Rz 33). Nach der Rechtsprechung ist bezüglich der Erlassvoraussetzungen zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage zu unterscheiden, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann bzw. ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen (BGE 122 V 221 E. 3 mit Hinweisen). Wer einen Rechtsmangel kennt, gilt diesbezüglich nicht als gutgläubig. Sodann darf sich derjenige nicht auf den guten Glauben berufen, dem der Mangel bei Anwendung zumutbarer Aufmerksamkeit erkennbar gewesen wäre (Art. 3 Abs. 2 ZGB analog). Dabei ist diejenige Aufmerksamkeit geboten, die nach den Umständen verlangt werden kann. Dies lässt sich nur im Einzelfall in Würdigung aller Gegebenheiten beurteilen, wobei von objektiven Kriterien auszugehen ist (BGE 120 V 319 E. 10a mit Hinweisen).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer stellte per 1. Juni 2008 respektive erneut per 5. Januar 2009 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Richtig ist, dass er im Zeitpunkt der ersten Antragsstellung am 8. Juni 2008 die Hauswarttätigkeit noch nicht ausübte; diese nahm er kurz darauf am 15. Juni 2008 und folglich während seiner Arbeitslosigkeit auf. Folglich hätte er bereits auf dem Formular "Angaben der versicherten Person" für den Monat Juni, welches er am 20. Juni 2008 ausfüllte (vgl. act. G 1.3), die Hauswarttätigkeit deklarieren müssen. Der Einwand, der Beschwerdeführer habe aufgrund der Ausgestaltung des Vertrags (die Parteien seien als Auftraggeber und Beauftragter bezeichnet und es sei ein Hauswahrungshonorar anstatt eines Lohnes vereinbart worden, welches unmittelbar mit der Wohnungsmiete verrechnet worden sei) in guten Treuen davon ausgehen können, dass es sich bei der Entschädigung aus der Hauswarttätigkeit nicht um ein versicherungsrechtlich relevantes meldepflichtiges



Einkommen handle, überzeugt nicht. Der Hauswartungsvertrag wurde ausdrücklich als "Arbeitsvertrag für Hauswartung" und die Vertragsparteien lediglich auf der ersten Seite als Auftraggeber und Beauftragter bezeichnet, indes sie im Vertragsverlauf als "Arbeitgeber" und "Hauswart" beschrieben werden. Dass der juristisch nicht versierte Beschwerdeführer das Anstellungsverhältnis als "Auftragsverhältnis" qualifiziert hat, erscheint damit wenig plausibel. Er hätte daher die unmissverständliche Aufforderung auf dem Formular "Angaben der versicherten Person", er solle mitteilen, ob er im betreffenden Monat bei einem Arbeitgeber gearbeitet habe, nicht ohne weitere Abklärungen zu tätigen verneinen dürfen. Auch die einzelnen Vertragsmodalitäten, namentlich die unmittelbar vom monatlichen Mietzins in Abzug gebrachte Entschädigung, ändern nichts an der Tatsache, dass vorliegend eine entgeltliche und persönliche Leistungserbringung für einen Arbeitgeber erfolgt ist. Ferner ist dem Auszug aus dem individuellen Konto des Beschwerdeführers für das Jahr 2009 zu entnehmen, dass u.a. Fr. 10'980.-- (12 x Fr. 915.--) als Einkommen verbucht wurden und unter der Kategorie "Arbeitgeber oder Einkommensart" "Liegenschaft" in X.\_\_\_\_ vermerkt wurde (act. G 3.1 / B 173). Selbst wenn der Beschwerdeführer davon ausgegangen wäre, dass es sich bei der Hauswartung um ein Auftragsverhältnis und damit um eine selbstständige Erwerbstätigkeit handelte, hätte er seine Einkünfte aus der Hauswarttätigkeit deklarieren müssen, zumal er auf dem Formular "Angaben der versicherten Person" ausdrücklich aufgefordert wurde, auch Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit aufzuführen. Des Weiteren brachte der Beschwerdeführer vor, der zuständige Mitarbeiter des RAV Sargans, bei welchem er sich erkundigt habe, ob er seine Hauswarttätigkeit anzeigen müsse, habe ihm die Auskunft erteilt, dass jene gegenüber der Kantonalen Arbeitslosenkasse nicht angegeben werden müsse. Den vorliegenden Akten sowie der E-Mail des betreffenden Mitarbeiters vom 22. August 2011 (act. G 3.1 / A 63) ist tatsächlich nicht zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer eine Anfrage an das RAV in Bezug auf seine Hauswarttätigkeit gerichtet hat. Seitens des Beschwerdeführers wird überdies nicht ausgeschlossen, dass es sich bei der geltend gemachten Auskunft gegebenenfalls um ein sprachlich bedingtes Missverständnis gehandelt haben könnte (act. G 1.6), weshalb vorliegend nicht mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen ist, dass seitens des RAV eine Mitteilung im vorgebrachten Sinne erfolgt ist. Ohnehin wäre der Beschwerdeführer



verpflichtet gewesen, sämtliche während des Leistungsbezugs erzielten Einkommen zu melden. Zwar ist zu Gunsten des Beschwerdeführers festzuhalten, dass er angab, bereit und in der Lage zu sein, seine Arbeitskraft während der üblichen Arbeitszeit in einem Vollzeitpensum einzusetzen. Dieser Umstand ändert gleichwohl nichts an der Tatsache, dass er seine Tätigkeit als Hauswart erst nach Verlust seiner Haupttätigkeit aufgenommen und diese nicht schon vor der Arbeitslosigkeit ausgeübt hat, weshalb klarerweise kein Nebenverdienst vorlag. Überdies geht die Aufnahme der Hauswarttätigkeit mit keinem neuen Mietvertrag einher, d.h. die Auswirkung der Mietzinsverrechnung war für den Beschwerdeführer unmittelbar spürbar. So bezahlte er seinem Vermieter nur gerade noch einen Mietzins von monatlich Fr. 175.-- (vgl. Kontoauszug des Privatkontos des Beschwerdeführers bei der CS in act. 3.1 / B 37 sowie handschriftliche Notiz in der der Einsprache vom 9. September 2011 beigelegten Verfügung vom 11. Juli 2011 in act. G 3.1/ B 178). Nach dem Gesagten hat der Beschwerdeführer die jeweiligen Formulare "Angaben der versicherten Person" über den Zeitraum Juni bis August 2008 sowie Januar 2009 bis Mai 2010 nicht korrekt ausgefüllt, wodurch er die ihm obliegende Melde- und Auskunftspflicht verletzt hat. Dementsprechend vermögen die genannten Umstände die Vermutung des guten Glaubens umzustossen.

3.2 Zusammenfassend kann der Beschwerdeführer in Bezug auf die empfangenen Taggelder der Arbeitslosenversicherung nicht als gutgläubig betrachtet werden, weshalb sich vorliegend die Prüfung der grossen Härte erübrigt. Der Beschwerdegegner hat folglich den Erlass der Rückforderung zu Recht abgelehnt.

4.

4.1 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen.

4.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

**entschieden:**



1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.