



Fall-Nr.: AVI 2018/13
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 12.12.2018
Entscheiddatum: 12.12.2018

Entscheid Versicherungsgericht, 12.12.2018

Art. 25 Abs. 1 ATSG. Gesuch um Erlass der Rückforderung. Der Versicherte hatte eine Frage im Anmeldeformular ausgelassen und der Arbeitslosenkasse nicht von sich aus offengelegt, dass er zuletzt bei seiner Ehefrau angestellt war. In Anbetracht seines Bildungsgrades, seiner Erfahrung mit Belangen der Arbeitslosenversicherung und der besonderen Umstände des letzten Arbeitsverhältnisses ist sein Verhalten als grobfahrlässig zu betrachten, sodass der gute Glaube zu verneinen ist und die Rückforderung nicht erlassen werden kann. (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. Dezember 2018, AVI 2018/13).

Entscheid vom 12. Dezember 2018

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Michaela

Machleidt Lehmann und Marie-Theres Rüegg Haltinner;

Gerichtsschreiberin Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2018/13

Parteien



St.Galler Gerichte

A.____,

Beschwerdeführer,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit, Rechtsdienst,

Davidstrasse 35, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegner,

Gegenstand

Erlass (guter Glaube)

Sachverhalt

A.

A.a A.____ meldete sich am 30. September 2016 erneut beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und stellte bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Oktober 2016 (act. G5.1/A2 und act. G5.2/79). In der Folge richtete die Arbeitslosenkasse Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum Oktober 2016 bis und mit April 2017 aus (act. G5.2/46, 43, 42, 40, 38, 35 und 33).

A.b Am 24. Mai 2017 informierte die Arbeitslosenkasse den Versicherten, sie habe am 16. Mai 2017 erfahren, dass seine letzte Arbeitgeberin seine Ehefrau sei. Dem Versicherten sei möglich gewesen, die Entscheidungen der Arbeitgeberin als mitarbeitender Ehegatte massgeblich zu beeinflussen. Deswegen könne die letzte Anstellung nicht als Beitragszeit angerechnet werden. Die Arbeitslosenkasse stellte eine nachträgliche Ablehnung des Antrags auf Arbeitslosenentschädigung sowie eine Rückforderung der Taggelderleistungen in Aussicht und gewährte dem Versicherten das rechtliche Gehör (act. G5.2/28).



St.Galler Gerichte

A.c Mit Email vom 31. Mai 2017 teilte B.____, C.____ Buchhaltungen, als Treuhandstelle der letzten Arbeitgeberin mit, der Versicherte habe für zwei Monate als Allrounder im Lager gearbeitet und wichtige Medikamente ausgeliefert. Der befristete Vertrag sei aus personaltechnischen Gründen (Krankheit) zustande gekommen und eine Notlösung gewesen, damit jemand die Auslieferungen habe vornehmen können. Der Versicherte sei in keiner Weise an der Gesellschaft beteiligt (act. G5.2/19).

A.d Am 23. Juni 2017 lehnte die Arbeitslosenkasse den Antrag des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend ab dem 3. Oktober 2016 ab und verfügte die Rückforderung der bezogenen Taggelder inklusive Zuschläge für Familienzulagen in Höhe von Fr. 27'451.95. Zur Begründung führte sie aus, der Versicherte habe innerhalb der Beitragsrahmenfrist insgesamt 12.14 Monate gearbeitet, davon zwei Monate (vom 1. August 2016 bis 30. September 2016) für die "Apotheke D.____". Da der Versicherte weder eine genügende Beitragszeit ausserhalb des ehelichen Betriebs noch eine mindestens sechsmonatige beitragspflichtige Beschäftigung nach Aufgabe der Tätigkeit im ehelichen Betrieb nachweisen könne und das Einzelunternehmen bis heute durch seine Ehefrau geführt werde, sei er nicht anspruchsberechtigt. Die Arbeitslosentaggelder inklusive Zuschläge für Familienzulagen für die Kontrollperioden Oktober 2016 bis April 2017 seien deshalb zurückzuzahlen (act. G5.2/7).

A.e Mit Schreiben vom 1. Juli 2017 ersuchte der Versicherte um Erlass der Rückforderung. Er sei gutgläubig gewesen. Er habe nie die Absicht gehabt, etwas zu erwerben, was ihm nicht zustehe. Die Rückzahlung sei ihm unmöglich und wäre eine grosse Härte, da er um die wirtschaftliche Existenz kämpfen müsse (act. G5.1/A67).

A.f Mit Verfügung vom 30. November 2017 lehnte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) das Erlassgesuch ab. Für einen Erlass müssten die Erfordernisse der grossen Härte und der Gutgläubigkeit kumulativ gegeben sein. Der gute Glaube sei bereits dann nicht gegeben, wenn jemand bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen. Auf den guten Glauben könne sich nur berufen, wessen fehlerhafte Handlung oder Unterlassung lediglich eine leichte Verletzung der Melde- oder Auskunftspflicht darstelle. Wegen der Publizitätswirkung des Handelsregisters sei die Unrechtmässigkeit der Leistungsausrichtung zwar ersichtlich gewesen. Der Versicherte habe aber die Frage zur arbeitgeberähnlichen Stellung nicht



beantwortet. Die Bedeutung dieser Frage für die Prüfung der Anspruchsvoraussetzung hätte ihm bekannt sein müssen, zumal er bereits während drei Rahmenfristen Leistungen der Arbeitslosenversicherung bezogen habe. Der Versicherte hätte auch die Informationsschrift Info-Service "Ein Leitfaden für Versicherte" kennen müssen. Darin werde auf die fehlende Anspruchsberechtigung von mitarbeitenden Ehegatten einer arbeitgeberähnlichen Person hingewiesen. Mangels guten Glaubens seien die Erlassvoraussetzungen nicht gegeben (act. G5.1/69).

A.g Am 21. Dezember 2017 (Datum Postaufgabe) erhob der Versicherte Einsprache gegen die Verfügung vom 30. November 2017. Er habe keine Absicht gehabt, etwas zu Unrecht zu erwerben. Er sei in der Apotheke als Allrounder tätig gewesen, habe sich um Lager, Aufräumarbeiten und Warenlieferung gekümmert. Es sei keine Absicht gewesen, nur kurzfristig zu arbeiten, sondern hätte eine Daueranstellung werden sollen. Leider sei das Geschäft nicht wie erwartet gelaufen und die Liquidität habe seine Mitarbeit auf Dauer nicht zugelassen. Er habe nicht gewusst, dass diese Erwerbstätigkeit nicht angerechnet werden dürfe. Er habe keinerlei Einfluss auf das Geschäft gehabt, seine Ehefrau führe dieses eigenständig (ac. G5.1/70).

A.h Mit Entscheid vom 24. Januar 2014 wies das AWA die Einsprache ab. Der Versicherte habe die Frage unter Ziffer 28 des Formulars "Antrag auf Arbeitslosenentschädigung" betreffend Beteiligung am Betrieb des letzten Arbeitgebers nicht beantwortet. Aufgrund der Fragestellung habe ihm bewusstwerden müssen, dass die Mitarbeit im ehelichen Betrieb für den Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung von massgeblicher Bedeutung sei. Zudem werde in der Broschüre Info-Service "Arbeitslosigkeit", die allen versicherten Personen ausgehändigt werde, erläutert, in welchen Fällen ein mitarbeitender Ehegatte nicht versichert sei. Nachdem der Versicherte am 30. September 2016 den Antrag auf die vierte Rahmenfrist für den Leistungsbezug gestellt habe, habe die Kenntnis der fehlenden Anspruchsberechtigung einer arbeitgeberähnlichen Person oder zumindest eine Nachfrage bei der Arbeitslosenkasse erwartet werden dürfen. Insgesamt könne die Entgegennahme der unrechtmässig bezogenen Leistungen nicht mehr als leichte Fahrlässigkeit bezeichnet werden (act. G5.1/A71).

B.



St.Galler Gerichte

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid erhob der Versicherte am 15. Februar 2018 (Datum Postaufgabe) Beschwerde und beantragt einen Teilerlass. Er habe nie die Absicht gehabt, etwas zu Unrecht zu erwerben. Er habe zuerst befristet in der Apotheke gearbeitet, nachdem diese eine mündliche Zusage für die Belieferung eines Heimes erhalten habe. Eine Festanstellung habe sich dann nicht ergeben, weil der schriftliche Vertrag mit dem Heim nicht zustande gekommen sei. Danach sei das Geschäft, das sich im Aufbau befunden habe, nicht mehr liquide gewesen. Er sei nicht mehr in der Lage gewesen, Miete zu zahlen. Die Lage sei verzweifelt gewesen. Er habe sich beim RAV angemeldet und die ihm zugesprochene Arbeitslosenentschädigung in gutem Glauben entgegengenommen (act. G1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 1. März 2018 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde. Er führt aus, die Rückforderung sei zwar mit der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers begründet worden. Es sei aber immerhin merkwürdig, dass eine Apotheke, die sich offenbar in der Aufbauphase befunden und mit absehbaren Liquiditätsschwierigkeiten zu rechnen gehabt habe, für die Bewirtschaftung und Lieferung der Waren einen Logistiker mit einem Arbeitspensum von 100% und einem Monatslohn von Fr. 5'000.-- angestellt habe (act. G5).

B.c Am 14. April 2018 replizierte der Beschwerdeführer, seine Ehefrau hätte im Juli 2016 ein positives Gespräch mit der Leiterin einer Pflegeinstitution geführt. Diese habe nach den Herbstferien den kompletten Bedarf über die Apotheke D.____ beziehen wollen. Die entsprechenden Umsätze hätten einen Arbeitsplatz für den Beschwerdeführer ermöglicht. Er habe einen befristeten Arbeitsvertrag erhalten, der nach den Herbstferien in einen unbefristeten Vertrag hätte umgewandelt werden sollen. Nachdem zwischen der Apotheke und der Pflegeinstitution kein schriftlicher Vertrag zustande gekommen sei, habe er keine Vertragsverlängerung erhalten und sich beim RAV anmelden müssen. Seit Juli 2017 sei er temporär beschäftigt. Die Situation sei für ihn und seine Familie sehr belastend. Deshalb bitte er um Erlass der Rückforderung (act. G7).

B.d Am 19. September 2018 ersuchte der Beschwerdeführer um einen baldigen Entscheid. Er sei wieder arbeitslos geworden und auf Arbeitslosenentschädigung



angewiesen, erhalte aber keine Auszahlung, weil der ganze Betrag für die Rückforderung abgebucht werde (act. G10).

Erwägungen

1.

1.1 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 in gutem 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.

1.2 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 (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Art. 25 Rz 47).

1.3 Der gute Glaube ist nicht schon dann gegeben, wenn der Rechtsmangel der leistungsbeziehenden Person unbekannt war. 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 oder bei Anwendung der zumutbaren Aufmerksamkeit kennen könnte, gilt diesbezüglich nicht als gutgläubig. 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 (Art. 3 Abs. 2 ZGB analog; BGE 120 V 319 E. 10a mit Hinweisen).



1.4 Der gute Glaube fehlt noch nicht, wenn Sorgfalts-, Aufmerksamkeits- oder Meldepflichten nur leicht verletzt werden. Eine leichte Fahrlässigkeit schliesst also die Berufung auf den guten Glauben nicht aus. Die empfangende Person darf sich hingegen keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht haben (JELI KIESER, a.a.O., Art. 25 Rz 47 f.). Grobfahrlässig handelt namentlich, wer bei der Anmeldung, bei der Abklärung der Verhältnisse oder bei der Entgegennahme von unrechtmässigen Leistungen nicht das ihm nach den Fähigkeiten und dem Bildungsgrad zumutbare Mindestmass an Sorgfalt angewandt hat (GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], 1987, N 41 zu Art. 95 AVIG).
Rechtsprechungsgemäss fällt die grobfahrlässige Unterlassung, sich bei der Verwaltung zu erkundigen, als Ausschlussgrund für den guten Glauben in Betracht, wobei ein Fehler der Verwaltung die anfänglich fehlende Gutgläubigkeit nicht wiederherzustellen vermag (Urteil des Bundesgerichts vom 13. April 2000, P 54/98, E. 3b mit Hinweisen).

2.

2.1 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen (BGE 123 V 234).

2.2 Das Bundesgericht hat entschieden, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, obwohl dem Wortlaut nach nur auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten, auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG anwendbar sei. Die betreffende Bestimmung diene der Vermeidung von Missbräuchen (z.B. Selbstaussstellung von Gefälligkeitsbescheinigungen). Das Missbrauchsrisiko sei dasselbe, ob es nun um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenzenschädigung gehe. Daher rechtfertige sich keine unterschiedliche Behandlung arbeitgeberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungsarten (BGE 123 V 234 und BGE 142 V 263 E. 4.1 mit Hinweisen). Die



Rechtsprechung des Bundesgerichts will somit nicht dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2016, 8C_529/2016, E. 5.2).

2.3 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG hat auch der mitarbeitende Ehegatte der Arbeitgebenden wie jener der arbeitgeberähnlichen Person (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Im Hinblick auf die eben erläuterten Hintergründe der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist klar, dass auch Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG im Bereich der Arbeitslosenentschädigung analog Anwendung finden muss (vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts vom 24. Dezember 2003, C 61/00, E. 1.1 mit Hinweisen; Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Juli 2005, E. 1.2 [AL.2005.00289]; Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 7. Januar 2010, AVI 2009/71, E. 3). Der Ausschluss vom Anspruch gilt unabhängig davon, ob der Ehegatte selber eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat (BGE 142 V 263 E. 4.1; Rz B21 des Kreisschreibens des Seco zur Arbeitslosenentschädigung [AVIG-Praxis ALE]). Solange ein Ehegatte eine vollständige unternehmerische Dispositionsfreiheit mit der jederzeitigen Möglichkeit beibehält, den anderen Ehegatten wieder in sein Unternehmen einzubinden, besteht eine Missbrauchsgefahr (Urteil des Bundesgerichts vom 20. Februar 2016, 8C_863/2012, E. 3.4).

3.

3.1 Vorliegend war der Beschwerdeführer gemäss Arbeitsvertrag vom 1. August 2016 bis 30. September 2016 bei der "Apotheke D.____" angestellt (act. G5.1/A3). Dabei handelt es sich um die im Handelsregister eingetragene Firma seiner Ehefrau, die ein Einzelunternehmen führt (act. G5.2/27). Das Einzelunternehmen ist nach wie vor im Handelsregister eingetragen. Die Homepage (vgl. act. G5.2/30) ist – in leicht angepasster Form – weiterhin in Betrieb. Die Ehefrau war demnach Arbeitgeberin im oben beschriebenen Sinn. Der Beschwerdeführer hatte also keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Er hat die Rückforderung denn auch nicht angefochten, sondern bringt lediglich vor, er sei gutgläubig gewesen und die Rückzahlung wäre eine grosse Härte. Es ist deshalb in erster Linie zu prüfen, ob der Beschwerdeführer bei



zumutbarer Aufmerksamkeit die fehlende Anspruchsberechtigung hätte erkennen sollen.

3.2 Der Beschwerdeführer hat im Formular "Antrag auf Arbeitslosenentschädigung" (act. G5.2/79) alle Fragen gewissenhaft beantwortet, ausser Ziffer 18 und 28. Am Ende des Formulars heisst es: "Ich bestätige, dass ich alle Fragen wahrheitsgetreu und vollständig beantwortet habe; auch nehme ich davon Kenntnis, dass ich mich für unwahre Angaben und das Verschweigen von Tatsachen, die zu einer ungerechtfertigten Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung führen könnten, strafbar mache und ich die zu Unrecht bezogenen Beträge zurückzuerstatten habe" (act. G5.2/79-4). Auf dem Formular wird mithin auf die Wichtigkeit der Vollständigkeit explizit hingewiesen und die mögliche Folge der Unvollständigkeit aufgezeigt. Von versicherten Personen wird somit erwartet, dass sie das Formular genau lesen, vollständig ausfüllen und das mit ihrer Unterschrift bestätigen. Eine unzutreffende Antwort wird regelmässig als grobfahrlässig gewertet und zerstört den guten Glauben. Eine fehlende Antwort kann auf einem bewussten Verschweigen, einem versehentlichen Übersehen oder darauf beruhen, dass die versicherte Person die Frage nicht versteht und deshalb nicht weiss, welche Antwort sie darauf geben muss. Die fehlenden Angaben unter Ziffer 18 ("Auflösung des Arbeitsverhältnisses: wer hat gekündigt?") hat der Beschwerdeführer durch die Bemerkung unter Ziffer 20, wonach es sich um einen befristeten Vertrag gehandelt habe, hinreichend erklärt. Die Frage unter Ziffer 28 lautet: "Sind Sie oder Ihr Ehegatte/Ihre Ehegattin/Ihr eingetragener Partner/Ihre eingetragene Partnerin am Betrieb des letzten Arbeitgebers beteiligt oder gehören Sie oder Ihr Ehegatte/Ihre Ehegattin/Ihr eingetragener Partner/Ihre eingetragene Partnerin einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium an (z.B. Aktionär, Verwaltungsrat in einer AG oder Gesellschafter, Geschäftsführer in einer GmbH, etc.)?". Der Beschwerdeführer hat sich nicht dazu geäussert, weshalb er diese Frage nicht beantwortet hat. Ein bewusstes Verschweigen wäre als vorsätzlich zu werten und würde den guten Glauben zerstören. Auch ein bewusstes Auslassen der Frage könnte vorliegend den guten Glauben zerstören. In diesem Fall hätte der Beschwerdeführer nämlich aktiv bei der Arbeitslosenkasse nachfragen und danach die korrekte Antwort erteilen müssen. Denn rechtsprechungsgemäss fällt die grobfahrlässige Unterlassung, sich bei der Verwaltung zu erkundigen, als Ausschlussgrund für den guten Glauben in Betracht. Der Beschwerdeführer war



gemäss der Arbeitslosenkasse seit September 2008 wiederholt arbeitslos gewesen und beantragte die vierte Rahmenfrist (vgl. act. G5.1/A71-2 und act. G5.2/52), sodass er mit dem Formular "Antrag auf Arbeitslosenentschädigung" bereits vertraut war. Dass er die Frage bloss übersehen hat, erscheint deshalb zumindest zweifelhaft, zumal selbst bei einer kurzen Durchsicht des ansonsten vollständig ausgefüllten Fragebogens auffällt, dass in der Spalte der Ankreuzungen eine Antwort offengeblieben ist (siehe act. G5.2/79-3).

3.3 Da der Beschwerdeführer schon bei den vergangenen Anmeldungen gefragt worden war, ob er oder seine Ehegattin am Betrieb seines letzten Arbeitgebers beteiligt war, hätte ihm bewusst sein müssen, dass die Antwort auf diese Frage einen Einfluss auf die Leistungen der Arbeitslosenkasse haben kann. Zudem hatte der Beschwerdeführer vom RAV sowohl in der Vergangenheit als auch anlässlich seiner Anmeldung vom 30. September 2016 Info-Material erhalten. Insbesondere hat er offenbar auch die Broschüre "Arbeitslosigkeit – Ein Leitfaden für Versicherte" erhalten (vgl. act. G5.1/A71-2). In jener Broschüre heisst es: "Nicht anspruchsberechtigt sind unselbstständig erwerbende Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter oder Gesellschafterin (z.B. AG, GmbH), als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin bestimmen oder massgeblich beeinflussen können sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten oder Ehegattinnen. Erkundigen Sie sich bei Ihrer Vollzugsstelle." (Staatssekretariat für Wirtschaft Seco, Info-Service Arbeitslosenversicherung [ALV], Ein Leitfaden für Versicherte – Arbeitslosigkeit, Ausgabe 2018, S. 9). Dem Beschwerdeführer, dessen Deutschkenntnisse im schriftlichen Verständnis auf dem Niveau B2 eingestuft wurden (act. G5.1/A17), hätte somit bekannt sein müssen, dass er als Ehegatte der letzten Arbeitgeberin keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

3.4 Das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers von August bis September 2016 weist sodann verschiedene Besonderheiten auf, wie nachfolgend dargelegt wird.

3.4.1 Als Grund für dessen Zustandekommen liess der Beschwerdeführer im Mai 2017 angeben, es habe sich um eine Notlösung aus personaltechnischen Gründen (Krankheit) gehandelt, damit die Auslieferung von Medikamenten habe gewährleistet



werden können (act. G5.2/19). Es fällt auf, dass der Beschwerdeführer befristet für zwei Monate zu 100% angestellt wurde, während alle anderen Mitarbeitenden im Jahr 2016 nur in Teilzeit beschäftigt waren (vgl. act. G5.2/26). Am 15. Dezember 2017 gab der Beschwerdeführer an, er sei als Allrounder tätig gewesen. Er habe sich um Lager, Aufräumarbeiten und Warenlieferung gekümmert. Es sei keine Absicht gewesen, nur kurzfristig zu arbeiten, sondern hätte eine Daueranstellung werden sollen (act. G5.1/70). Es bleibt allerdings unerfindlich, warum die Ehefrau ab August 2016 in ihrer Apotheke für diese Tätigkeiten eine Vollzeitbeschäftigung anbieten konnte.

3.4.2 Schliesslich bringt der Beschwerdeführer zur Begründung des Arbeitsverhältnisses vor, seine Ehefrau habe im Juli 2016 ein positives Gespräch mit der Leiterin einer Pflegeinstitution geführt, welche nach den Herbstferien den kompletten Bedarf über die Arbeitgeberin habe beziehen wollen. Die entsprechenden Umsätze hätten einen Arbeitsplatz für den Beschwerdeführer ermöglicht. In der Folge sei aber kein schriftlicher Vertrag zustande gekommen (vgl. act. G1 und G7). Diese Angaben des Beschwerdeführers bzw. der Treuhandstelle der Arbeitgeberin sind nicht belegt. Der befristete Arbeitsvertrag des Beschwerdeführers endete zudem, bevor der Vertrag mit der Pflegeinstitution überhaupt erst in Kraft hätte treten sollen. Weshalb die Arbeitgeberin vor der Unterzeichnung eines Vertrags mit der Pflegeinstitution und vor Beginn der Lieferungen bereits einen Mitarbeiter in einem Vollzeitpensum einstellte, bleibt unklar. Dass als Vorarbeit für das erhoffte neue Vertragsverhältnis Mehrarbeit notwendig geworden wäre, erscheint nicht wahrscheinlich und wird auch nicht geltend gemacht.

3.4.3 Der Beschwerdeführer gibt an, die Liquidität der Arbeitgeberin habe seine Mitarbeit auf Dauer nicht zugelassen. Das Geschäft, das sich im Aufbau befunden habe, sei im Herbst nicht mehr liquide gewesen (act. G5.1/70 und G1). Gemäss der Lohnmeldung für das Jahr 2016 betrug der gesamte Lohnaufwand der Arbeitgeberin für jenes Jahr Fr. 21'097.--. Rund die Hälfte davon, Fr. 10'000.--, sollen für den Lohn des Beschwerdeführers für den Zeitraum von nur zwei Monaten angefallen sein. Die restlichen Lohnkosten verteilen sich auf vier weitere Mitarbeitende, die alle jeweils länger als der Beschwerdeführer bei der Arbeitgeberin angestellt waren (act. G5.2/26). Der Beschwerdeführer hatte mithin einen ungewöhnlich hohen Lohn. Der gewünschte Auftrag der unbekanntenen Pflegeinstitution hätte den Gewinn der Apotheke monatlich



St.Galler Gerichte

um mehr als Fr. 5'000.-- steigern müssen, damit diese durch die Anstellung des Beschwerdeführers keinen Verlust gemacht hätte. Wie das hätte erreicht werden sollen, bleibt offen.

3.4.4 Der Beschwerdegegner erwähnt, eine Lohnflusskontrolle habe ergeben, dass nur ein Bruchteil des angeblich bezogenen Lohnes auch tatsächlich bezahlt worden sei (act. G5.1/A69). Aus den Akten sind folgende Zahlungen der Arbeitgeberin an den Beschwerdeführer ersichtlich (act. G5.2/18 bis 22):

- 5. September 2016: Fr. 2'700.-- (Zahlungsbetreff: "Lohn")
- 20. September 2016: Fr. 309.25 (Zahlungsbetreff: "Lohn-Teil 11.16")
- 5. Oktober 2016: Fr. 1'700.-- (Zahlungsbetreff: "Lohn-Teil 09.16")
- 5. Oktober 2016: Fr. 1'000.-- (kein Zahlungsbetreff)

Demnach hat die Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer total Fr. 5'709.25 ausbezahlt. Auch unter Berücksichtigung dessen, dass es sich dabei um Nettolohn handelt, bleibt die Lohnzahlung somit deutlich unter dem vertraglich vereinbarten Betrag von Fr. 10'000.00 (brutto).

3.4.5 Es fällt schliesslich auf, dass die befristete Vertragsdauer von zwei Monaten genau für die Erfüllung der Beitragszeit ausreicht. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG hat insbesondere Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer unter anderem die Beitragszeit erfüllt hat. Die Beitragszeit hat laut Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Diese Beschäftigung muss nach konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung genügend überprüfbar sein (vgl. BGE 131 V 444, insb. E. 3.2.2 mit Hinweisen).

3.5 Wie bereits erläutert, muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Missbrauchsversuch vorliegen; es ist ausreichend, wenn einem Arbeitsverhältnis das Missbrauchsrisiko inhärent ist. Angesichts der ausgeprägten Besonderheiten hätte dem Beschwerdeführer klar sein müssen, dass die Arbeitslosenkasse sein letztes



Arbeitsverhältnis zumindest prüfen wollen. Jedenfalls durfte er vor dem Hintergrund seines Bildungsniveaus und seiner Erfahrung insbesondere mit der Arbeitslosenversicherung nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass dieses Arbeitsverhältnis zur Erfüllung seiner Beitragszeit berücksichtigt wird und keinen Einfluss auf seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Er hätte unter den gegebenen, ungewöhnlichen Umständen die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses gegenüber der Arbeitslosenkasse aktiv offenlegen und sich nach den Auswirkungen auf seine Ansprüche erkundigen müssen. Andernfalls durfte er nicht davon ausgehen, rechtmässig Arbeitslosenentschädigung in der vorliegenden Höhe zu erhalten.

3.6 Insgesamt ist das Verhalten des Beschwerdeführers unter Berücksichtigung aller Umstände nicht mehr als bloss leichte Fahrlässigkeit zu werten. Somit kann der Beschwerdeführer sich nicht auf den guten Glauben berufen. Dies unabhängig von der Publizitätswirkung des Handelsregisters, denn ein Fehler der Verwaltung vermag die anfänglich fehlende Gutgläubigkeit nicht wiederherzustellen.

4.

4.1 Ob die Rückforderung für den Beschwerdeführer eine grosse Härte darstellt, muss nach dem Gesagten nicht geprüft werden. Für einen Erlass muss nebst der grossen Härte die Voraussetzung der Gutgläubigkeit gegeben sein. Nachdem der gute Glaube verneint wurde, fehlt es an einer notwendigen Voraussetzung für den Erlass der Rückforderung.

4.2 Die Verrechnung der Rückforderung mit fälligen Taggeldleistungen ist gestützt auf Art. 94 Abs. 1 AVIG grundsätzlich möglich. Die Verwaltung darf einer versicherten Person die gesetzlich vorgesehene Erlassmöglichkeit (Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG und Art. 4 f. der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV, SR 830.11]) jedoch nicht dadurch vorenthalten, dass sie Verrechnungen vornimmt, bevor über die geltend gemachte Rückerstattungsschuld abschliessend befunden worden ist. Dazu gehört auch die Behandlung eines Erlassgesuchs (Urteil des Bundesgerichts C 21/07 vom 11. Februar 2008, E. 2.2). Das ATSG enthält grundsätzlich keine allgemeine Verrechnungsnorm (vgl. aber Art. 20 Abs. 2 ATSG). Soweit die einzelnen



Sozialversicherungsgesetze eine Verrechnung von Leistungen und Forderungen zulassen, darf diese aber den betriebsrechtlichen Notbedarf der versicherten Person nicht beeinträchtigen (BGE 138 V 402 E. 4.2). Grössere Rückforderungsbeträge sind deshalb in Raten zu verrechnen und so anzusetzen, dass der versicherten Person das betriebsrechtliche Existenzminimum verbleibt (vgl. GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], Bd. II, Bern / Stuttgart 1987, Art. 94 N 30). Sofern der Beschwerdeführer mit seinem Schreiben vom 19. September 2018 vorbringt, durch die Verrechnung der Rückforderung mit aktuellen Leistungen werde in sein Existenzminimum eingegriffen, kann er sich unter Offenlegung seiner finanziellen Verhältnisse an die Arbeitslosenkasse wenden.

5.

5.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdegegner das Erlassgesuch zu Recht mangels guten Glaubens des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ATSG abgewiesen hat. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde somit abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.