

# BGer 8C 13/2014 vom 20. März 2014

Bundesgericht, 2014-03-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_13\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_13_2014)

FR: TF 8C 13/2014 du 20 mars 2014

IT: TF 8C 13/2014 del 20 marzo 2014

## Regeste

Arbeitslosenversicherung | Arbeitslosenversicherung

## Erwägungen

### E. 1

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzung gemäss den Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; vgl. auch Art. 97 Abs. 1 BGG ). Mit Blick auf diese Kognitionsregelung ist aufgrund der Vorbringen in der Beschwerde ans Bundesgericht zu prüfen, ob der angefochtene Gerichtsentscheid in der Anwendung der massgeblichen materiell- und beweisrechtlichen Grundlagen (u.a.) Bundesrecht verletzt ( Art. 95 lit. a BGG ), einschliesslich einer allfälligen rechtsfehlerhaften Tatsachenfeststellung ( Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### E. 2.1

Im Einspracheentscheid und im vorinstanzlichen Entscheid sind die Vorschriften zur Mindestbeitragsdauer von zwölf Monaten ( Art. 13 Abs. 1 AVIG ) innerhalb der entsprechenden Rahmenfrist ( Art. 9 Abs. 3 AVIG ) als Voraussetzung für den Leistungsbezug ( Art. 8 Abs. 1 lit. b und e AVIG ), zum versicherten Verdienst ( Art. 23 Abs. 1 AVIG ) sowie die Rechtsprechung zu den beweismässigen Anforderungen an den Nachweis der tatsächlichen Lohnzahlung (ARV 2004 S. 115 E. 2.2, C 127/02; vgl. auch BGE 131 V 444 ; ARV 2008 S. 314, C 92/06, 2007 S. 46 E. 2.1, C 284/05, S. 44 E. 2.2, C 83/06) richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

### E. 2.2

Als einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführerin und Ehegattin eines Verwaltungsrates der Gesellschaft gilt die Versicherte zweifelsohne als arbeitgeberähnliche Person, die rechtsprechungsgemäss ( BGE 123 V 236 ) nur dann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, wenn ihr Ausscheiden aus der Firma endgültig ist und anhand eindeutiger Kriterien feststeht (ARV 2003 S. 240, C 92/02). Bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation bestand bis zur Löschung der AG im Handelsregister am 4. November 2013 (Tagebucheintrag) unbestrittenermassen keine Missbrauchsgefahr mehr (vgl. ARV 2007 S. 115, C 267/04 E. 4.3; Urteil 8C\_571/2012 vom 21. Januar 2013 E. 4.3), weshalb ab Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht.

### **E. 3.1**

Nicht in Frage steht der tatsächliche Lohnfluss in der massgebenden Zeitspanne von Januar bis Dezember 2012 im Umfang von Fr 42'433.45 (brutto), welcher Betrag auf ein Privatkonto der Beschwerdeführerin einging. Gestützt hierauf ermittelte die Arbeitslosenkasse einen versicherten Verdienst von monatlich Fr. 3'536.- brutto. Strittig ist hingegen, ob der Beschwerdeführerin für den von ihr geltend gemachten Bruttojahresverdienst von Fr. 100'200.- zuzüglich einem von der Arbeitgeberin übernommenen Privatanteil am Geschäftswagen von Fr. 7'370.- gesamthaft der Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung gelingt.

### **E. 3.2**

Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurden die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Verrechnungen ihrer Lohnforderungen mit der Darlehensschuld der Y. \_\_\_\_\_ AG, deren Mitglied des Verwaltungsrates ihr Ehemann ist, gegenüber der X. \_\_\_\_\_ AG, von ihr als einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführerin in verschiedenen Schreiben bestätigt. Die Y. \_\_\_\_\_ AG habe der X. \_\_\_\_\_ AG eine Darlehenssumme von Fr. 292'000.- geschuldet. Da diese das Darlehen nicht habe zurückbezahlen können, sei mit einem Teil des Lohnguthabens der Beschwerdeführerin die Privatschuld ihres Ehemannes gegenüber der Y. \_\_\_\_\_ AG getilgt worden, indem von Ende Mai bis Ende Dezember 2012 jeweils ein Teil ihres Lohnes direkt mit dem Darlehen der Firma Y. \_\_\_\_\_ AG, für das ihr Ehegatte aufzukommen hatte, verrechnet worden sei, womit sich die Darlehensschuld der Y. \_\_\_\_\_ AG gegenüber der X. \_\_\_\_\_ AG reduziert habe, was unstrittig sei. Die Verrechnungssumme belaufe sich auf total Fr. 47'755.40. Die Vorinstanz erwog weiter, die Belege, wie Lohnkontoblätter für das Jahr 2012, wonach Fr. 8'350.- auf das Lohndurchlaufkonto verbucht worden sei, die Steuererklärung 2012, welche einen deklarierten Jahreslohn von Fr. 100'200.- brutto ausweise, sowie die Arbeitgeberbescheinigung vom 18. Januar 2013, worin eine Lohnsumme von Fr. 8'350.- monatlich angegeben wurde, seien allesamt von ihr selbst unterzeichnet worden und stellten lediglich Indizien für den Lohnfluss in behaupteter Höhe dar. Es lägen jedoch keine Belege vor, die die effektive Lohnzahlung des geltend gemachten Verdienstes von monatlich Fr. 8'350.- auf ein Post- oder Bankkonto der Beschwerdeführerin beweisen könnten. Es sei auch keine Situation gegeben, die es erlauben würde, ausnahmsweise auf den vertraglich vereinbarten und nicht den tatsächlich geflossenen Lohn abzustellen.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin wendet ein, entgegen der vorinstanzlichen Sichtweise sei hinsichtlich der zur Verrechnung gebrachten Summe von Fr. 47'755.40 nicht das Firmeninteresse, sondern das Interesse der Familie und des Ehemannes im Vordergrund gestanden. Ihr Lohn habe sich in den letzten Jahren aufgrund der angespannten finanziellen Situation der Arbeitgeberin kontinuierlich verringert. Die finanzielle Lage der Y. \_\_\_\_\_ AG und damit indirekt auch die des Ehemannes habe sich durch eine (schlussendlich) fehlgeschlagene Veränderung der Beteiligungsverhältnisse an der X. \_\_\_\_\_ AG, wodurch die Y. \_\_\_\_\_ AG mit 52 % Mehrheitsaktionärin der X. \_\_\_\_\_ AG wurde und eine offene Darlehensforderung über Fr. 292'000.- schuldig blieb, deutlich verschlechtert, was sich auch negativ auf die wirtschaftliche Situation ihrer Arbeitgeberin ausgewirkt habe. Daher sei ein Teil ihres Lohnes zur Schuldentilgung ihres Mannes verwendet worden, gleichzeitig hätten damit die offenen Darlehensforderungen ihrer

Arbeitgeberin gegenüber der Y. \_\_\_\_\_ AG reduziert werden können. Mit der korrekten Verrechnung, die zum Erlöschen der Lohnforderung gegenüber der Arbeitgeberin geführt habe, sei der Lohn sofort realisiert worden, weshalb kein Lohnverzicht vorliege. Der Sachverhalt unterscheide sich von Fällen, in denen auf den Lohnbezug aus unternehmerischen Gründen verzichtet worden sei, wie beispielsweise bei Start-up-Unternehmen oder in denen der Lohnbezug nicht nachgewiesen werden könne. Zu den Fr. 47'755.40 sei überdies noch ein von der Arbeitgeberin übernommener Betrag von Fr. 7'370.- für den privaten Anteil am Geschäftswagen hinzuzurechnen, was das kantonale Gericht ausser Acht gelassen habe. Sofern das angerufene Gericht zum Schluss gelangen sollte, der Lohn sei nicht im behaupteten Umfang tatsächlich realisiert worden, sei es gerechtfertigt, aufgrund des langjährigen Arbeitsverhältnisses und der Tatsache, dass in den letzten Jahren der Lohn stetig reduziert worden sei, auf den vertraglich vereinbarten Verdienst abzustellen.

#### **E. 3.4.1.1**

Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, dass sie als Arbeitnehmerin grundsätzlich frei über die Verwendung ihres Lohnes bestimmen kann und ein Lohnanspruch gegenüber ihrer Arbeitgeberin auch verrechnungsweise getilgt werden könnte. Mit Blick auf die geltend gemachte Lohnsumme, die direkt durch Verrechnung realisiert und sofort untergegangen sei, ist der Beschwerdeführerin entgegenzuhalten, dass sie keine Schulden bei der X. \_\_\_\_\_ AG hatte. Vielmehr bestanden Liquiditätsprobleme der beiden eng miteinander verbundenen Gesellschaften sowie ihres Ehemannes als Privatmann. Erst durch die enge private und geschäftliche Verflechtung zweier Unternehmen und deren verantwortlichen Geschäftsführer und Gesellschafter wurde das gewählte Vorgehen überhaupt erst möglich. Dabei wurde die Lohnauszahlung bewusst an den unternehmerischen Erfolg gekoppelt, was sich ebenfalls aus der stetigen Lohnreduktion aufgrund der schlechten Geschäftslage der X. \_\_\_\_\_ AG ergibt. Die Motive für die gewählte direkte Schuldentilgung und der Umstand, ob mit einem Teil ihres vereinbarten Lohnes die privaten Schulden des Ehemannes gegenüber der Y. \_\_\_\_\_ AG oder Darlehensschulden der Y. \_\_\_\_\_ AG gegenüber der X. \_\_\_\_\_ AG beglichen wurden, spielen insoweit keine Rolle, als sie an der Tatsache nichts ändern, dass es an einem tatsächlichen Lohnbezug in der Höhe des zur Verrechnung gebrachten Betrags von Fr. 47'755.40 fehlt. Es steht ausser Frage, dass die durchgeführten Massnahmen für die Gesellschaftserhaltung - wenn auch letztlich nicht erfolgreich - aus unternehmerischer und buchhalterischer Sicht nachvollziehbar sind und ergriffen wurden, weil sich die wirtschaftliche Lage beider Firmen stetig verschlechterte. Die Versicherte stellte daher zugunsten ihres Ehemannes und ihrer Arbeitgeberin einen Teil ihres vereinbarten Lohnes zur Verrechnung von Schulden des Ehemannes gegenüber der Y. \_\_\_\_\_ AG bzw. der Y. \_\_\_\_\_ AG gegenüber der X. \_\_\_\_\_ AG zur Verfügung. Aus arbeitslosenversicherungsrechtlichem Blickwinkel führt dies jedoch - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - zu einem Überwälzen ihres als betriebsleitendes Organ getragenen Unternehmensrisikos auf die Arbeitslosenversicherung. Diese müsste für eine tatsächlich nie bezogene Lohnsumme im Rahmen des versicherten Verdienstes eintreten. Wenn die Vorinstanz darin einen teilweisen Lohnverzicht zulasten der Arbeitslosenversicherung erblickte, lässt sich dies nicht beanstanden.

#### **E. 3.4.1.2**

Nur in begründeten Ausnahmefällen ist auf die Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen. Ein Abweichen von dieser Regelung rechtfertigt sich im Einzelfall nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann ( BGE 128 V 189 E. 3a/aa S. 190, 123 V 70 E. 3, S. 72; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007, S. 2287 Rz. 365). Ein solcher Ausnahmefall liegt etwa dann vor, wenn der Arbeitgeber seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr nachkam oder nicht nachkommen konnte, weshalb Lohnforderungen des Arbeitnehmenden dementsprechend offen blieben. Die vorliegende Situation mit Lohnverzicht im Umfang von Fr. 47'755.40 und unter objektiven Gesichtspunkten bestehender Missbrauchsgefahr lässt das Abstellen auf den vertraglich vereinbarten Lohn jedoch nicht zu.

#### **E. 3.4.2**

Soweit die Beschwerdeführerin eine Gehörsverletzung geltend macht, weil sich die Vorinstanz mit ihrem Argument, die Verwendung des Lohnes sei zugunsten ihres Ehemannes erfolgt, nicht auseinandergesetzt habe, kann ihr nicht gefolgt werden. Es ist nicht erforderlich, dass sich die Vorinstanz mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt ( BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 mit Hinweisen). Das hat das kantonale Gericht hier getan, indem es ausführte, bei der Verrechnung der Lohnforderungen mit der Privatschuld des P. \_\_\_\_\_ gegenüber der Y. \_\_\_\_\_ AG respektiv der X. \_\_\_\_\_ AG sei es in erster Linie um die X. \_\_\_\_\_ AG gegangen. Dieser Sichtweise ist im Übrigen zuzustimmen.

#### **E. 3.5**

Was schliesslich die private Nutzung des Geschäftsfahrzeugs als geltend gemachte Gehaltsnebenleistung in der Höhe von Fr. 7'370.- betrifft, hat sich die Vorinstanz nicht zur verlangten Anrechnung dieser Leistung an den versicherten Verdienst geäußert, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt. In diesem Punkt liegt eine Gehörsverletzung ( Art. 29 Abs. 2 BV ) vor. Diese führt jedoch zu keiner formellrechtlich begründeten Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz: Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären ( BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2; je mit Hinweisen). Weil das kantonale Gericht in Bezug auf die Hinzurechnung der Gehaltsnebenleistung in der Höhe von Fr. 7'370.- zum versicherten Verdienst keine Feststellungen getroffen hat und es damit an einer letztinstanzlichen Sachverhaltsbindung

fehlt ( Art. 105 Abs. 2 BGG ) und weil die Beschwerdeführerin selbst eine beförderliche Verfahrenserledigung einem formell richtigen Verfahren vorzieht ( BGE 132 V 387 E. 6.1 S. 391 mit Hinweis), wie sie in der Beschwerde anführt, rechtfertigt sich - ungeachtet des Schweregrades einer allfälligen Gehörsverletzung - ein abschliessender Entscheid in der Sache.

### **E. 3.6**

Auch wenn ein Naturaleinkommen grundsätzlich zum massgebenden Lohn im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG gehörte, wurde die geltend gemachte private Nutzung des Geschäftswagens vorliegend zu Recht nicht angerechnet. Sie ist zwar auf dem Lohnausweis 2012 als Gehaltsnebenleistung aufgeführt. In den beiden Arbeitsverträgen (gültig ab 1. Januar 2004 und vom 12. März 2012) oder der Arbeitgeberbescheinigung wird diese Leistung aber nicht als zusätzlicher Lohnbetrag zum geltend gemachten Bruttolohn von Fr. 8'350.- aufgeführt und auch bei den Lohnabrechnungen wird die Summe nicht als monatlicher Privatanteil zum AHV-Bruttolohn hinzugerechnet. Sie ist nicht rechtsgenügend nachgewiesen. Damit bleibt es beim von der Arbeitslosenkasse festgesetzten und vorinstanzlich bestätigten versicherten Verdienst in der Höhe von monatlich Fr. 3'536.-.

### **E. 4**

Das Verfahren ist kostenpflichtig ( Art. 65 Abs. 4 lit. a BGG ). Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.