

# **BGer 8C\_486/2023 vom 29. November 2023**

Bundesgericht, 2023-11-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_486\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_486_2023)

FR: TF 8C\_486/2023 du 29 novembre 2023

IT: TF 8C\_486/2023 del 29 novembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), nur die geltend gemachten Vorbringen, falls allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 138 I 274 E. 1.6 mit Hinweis). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann deren Sachverhaltsfeststellung 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 ).

### **E. 2.1**

Streitig ist die Höhe des versicherten Verdienstes im massgebenden Bemessungszeitraum (Dezember 2018 bis November 2019).

### **E. 2.2**

Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen ( Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG ).

Der versicherte Verdienst bemisst sich gemäss Art. 37 Abs. 1 AVIV nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Er bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1 ( Art. 37 Abs. 2 AVIV ). Der Bemessungszeitraum beginnt, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstauffalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen ( Art. 37 Abs. 3 AVIV ).

### **E. 2.3**

Zu betonen ist, dass praxisgemäss bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes der im Bemessungszeitraum tatsächlich erzielte Lohn massgebend ist; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat grundsätzlich unbeachtlich zu bleiben ( BGE 131 V 444 E. 3.2.1; 128 V 189 E. 3a/aa, je mit Hinweisen). Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen, rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne

der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann. Ob subjektiv die Absicht einer Gesetzesumgehung bestand oder zumindest eine solche in Kauf genommen wurde, ist nicht von Bedeutung. Entscheidend ist die unter objektivem Gesichtswinkel zu bejahende Missbrauchsgefahr ( BGE 128 V 189 E. 3).

Der versicherte Verdienst nach Art. 23 AVIG bildet denn auch ein Korrektiv bei allfälligen missbräuchlichen Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ( BGE 131 V 444 E. 3.2.3 mit Hinweis; Urteil 8C\_472/2019 vom 20. November 2019 E. 4.1 mit Hinweisen).

#### **E. 2.4**

Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto; bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im Individuellen Konto ( BGE 131 V 444 E. 1.2; ARV 2007 S. 115, C 267/04 E. 1.2; Urteile 8C\_633/2022 20. September 2023 E. 2.2.2; 8C\_472/2019 vom 20. November 2019 E. 4.2). Eine mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe führt regelmässig dazu, dass sich ein versicherter Verdienst im Sinn von Art. 23 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 40 AVIV nicht zuverlässig festlegen lässt, was in letzter Konsequenz auch die Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung zur Folge haben kann (SVR 2020 ALV Nr. 16 S. 50, 8C\_150/2020 E. 4, ARV 2008 S. 148, 8C\_245/2007 E. 5; Urteil 8C\_633/2022 vom 20. September 2023).

#### **E. 3**

Die Vorinstanz erwog, seit 23. April 2020 habe der Beschwerdeführer als Stiftungsratspräsident der Stiftung B.\_\_\_\_\_ eine arbeitgeberähnliche Stellung inne, weshalb ein grundsätzlicher Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auf den Zeitraum vom 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 begrenzt sei. Für die Bemessung des versicherten Verdienstes seien die letzten zwölf Monate vor Anspruchsbeginn heranzuziehen.

Gemäss Arbeitsvertrag von März 2014 sei für die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Geschäftsleiter kein fester Monats- oder Jahreslohn vereinbart worden. Er sei für die Finanzierung des Festivals C.\_\_\_\_\_ zuständig gewesen, weshalb es in seiner Verantwortung gelegen habe, einen minimalen Lohn für sich und gegebenenfalls weitere Mitarbeitende sicherzustellen. Bei einer vollzeitlichen Beschäftigung sei ein monatlicher Maximallohn für den Geschäftsleiter von Fr. 7'600.- brutto (bzw. jährlich Fr. 91'200.-) festgelegt worden. In den nachträglich anlässlich der Anmeldung zum Leistungsbezug vom 21. November 2019 erstellten und allesamt auf den 21. November 2019 datierten Lohnabrechnungen sei für die Monate Dezember 2018 bis Oktober 2019 ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 5'112.- (zzgl. Kinderzulage) und für November 2019 von Fr. 4'860.- (zzgl. Kinderzulage) angegeben worden. Gemäss Arbeitgeberbescheinigung vom 27. November 2019 habe der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 1. Januar bis 30. November 2019 gesamthaft Fr. 59'890.- verdient. Im Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) des Beschwerdeführers seien zwischen 2014 und 2019 aus der Tätigkeit bei der Stiftung B.\_\_\_\_\_ folgende Jahreseinkommen ausgewiesen: Fr. 26'400.- (2014), Fr. 30'400.-

(2015), Fr. 39'000.- (2016 und 2017), Fr. 18'520.- (2018) und Fr. 62'142.- (2019). Zwischen 3. Januar und 21. August 2019 habe die Stiftung B.\_\_\_\_\_ ferner unregelmässig verteilt acht variierende Beträge (Fr. 800.- bis Fr. 5'000.-; gesamthaft Fr. 16'800.-) an zwei verschiedene Privatkonti des Beschwerdeführers überwiesen. Im Lohnausweis des Beschwerdeführers vom 8. Januar 2020 habe die Stiftung B.\_\_\_\_\_ für den Zeitraum 1. Januar bis 30. November 2019 einen Bruttolohn von Fr. 59'890.- (netto Fr. 55'733.95) bescheinigt. Die Steuererklärung für das Jahr 2019 weise Einkünfte aus unselbstständiger Haupterwerbstätigkeit von Fr. 55'734.- netto aus.

In der Buchhaltung der Stiftung B.\_\_\_\_\_ sei auf dem Kontoblatt xxx "Lohnzahlungen A.\_\_\_\_\_" am 23. November 2018 eine Lohn-Akontozahlung von Fr. 6'516.30 (inkl. Kinderzulage) gutgeschrieben und gleichentags überwiesen worden. Auf dem Kontoblatt xxx "Kassenkonto A.\_\_\_\_\_ Verrechnung CHF" sei zwischen 1. Januar und 30. November 2019 ein Umsatz von Fr. 100'000.- realisiert worden (Belastungs- bzw. Gutschriftanzeigen). Gemäss Treuhandunternehmen sei mit diesen Auszahlungen unter anderem ein Teil der Lohnschuld verrechnet und mit den restlichen Zahlungen Spesen rückvergütet worden. Auf dem Kontoblatt xxx "Lohnzahlungen A.\_\_\_\_\_" sei mit dem Betreff "Lohnzahlung 2019" eine Kreditorenbuchung über Fr. 55'616.60 erfolgt. Diese Sammelbuchung gliedere sich gemäss der E-Banking-Übersicht für "Lieferantenrechnungen xxx" in 13 Barabhebungen, Kartenzahlungen und Verrechnungen mit unterschiedlichen Beträgen.

Die Geschäfte (einschliesslich der Lohnzahlungen) zwischen der Stiftung und dem Geschäftsführer seien demnach nicht klar dokumentiert und buchungsmässig eindeutig behandelt worden, so die Vorinstanz weiter. Die (Lohn-) Buchhaltung sei erst nachträglich im Frühling 2020 erstellt worden und der Beschwerdeführer habe vor Einführung des internen Kontrollsystems viele Rechnungen privat bezahlt und anschliessend das Geld von der Stiftung B.\_\_\_\_\_ bezogen oder umgekehrt, weshalb eine nicht weiter kontrollierte oder regulierte Vermischung von privaten und geschäftlichen Forderungen und Vermögen stattgefunden habe. Weder die Lohnabrechnungen noch der Lohnausweis für das Jahr 2019 stimmten mit den Lohnbuchungen auf den Privatkonti des Beschwerdeführers überein, weshalb sie den behaupteten monatlichen Lohnfluss nicht zu belegen vermöchten. Gleiches gelte für den Auszug aus dem IK. Es sei insbesondere nicht nachvollziehbar, dass das IK in den Jahren 2014 bis 2018 aus seiner Tätigkeit als Geschäftsführer lediglich ein Einkommen zwischen Fr. 18'500.- und Fr. 39'000.- ausweise, dieses aber im Jahr 2019, mithin im selben Jahr, in dem das Arbeitsverhältnis aufgrund von massiven Finanzierungsschwierigkeiten des Festivals gekündigt worden sei, sprunghaft und ohne überzeugende Begründung auf über Fr. 62'000.- angestiegen sei.

Für die im Jahr 2019 wiederholt erfolgen Bargeldbezüge und Kartenzahlungen durch den Beschwerdeführer von den Geschäftskonti der Stiftung B.\_\_\_\_\_ bei der D.\_\_\_\_\_ AG bis Fr. 2'000.- und der E.\_\_\_\_\_ AG bis Fr. 10'000.- existierten weder in den Buchhaltungsunterlagen noch in den übrigen Akten entsprechende Quittungen oder Belege. Unbelegte Barbezüge und Kartenzahlungen seien daher bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes zu Recht nicht mitberücksichtigt worden. Die Vorinstanz bestätigte damit den im massgebenden Bemessungszeitraum vom Beschwerdegegner als erstellt erachteten tatsächlichen Lohnfluss von netto Fr. 28'022.30 und den darauf fussenden versicherten Verdienst von Fr. 2'556.- pro Monat.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, es werde bestritten, dass der berechnete Durchschnittslohn anhand der letzten zwölf Monate vor dem Leistungsbezug, anstelle eines Bemessungszeitraumes von sechs Monaten, für ihn die günstigere Variante sei. Weiter sei es nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz davon ausgehe, dass die Lohnabrechnungen und die Lohnausweise etc. nicht korrekt erfasst worden seien, bzw. der Lohnfluss nicht gemäss den vorliegenden Belegen erfolgt sein soll. Es erstaune umso mehr, dass diesfalls die Behörden nicht ein entsprechendes Strafverfahren gegen das Treuhandunternehmen u.a. wegen Betrugs etc. eingeleitet hätten. Zudem sei es gerichtsnotorisch, dass für die Rückvergütung von Spesen die entsprechenden Belege einzureichen seien. Somit sei es offensichtlich, dass nicht belegte Zahlungen, Lohnausrichtungen darstellten. Wie der Präsident des Verwaltungsrates und das Treuhandunternehmen der Stiftung B. \_\_\_\_\_ bestätigt hätten, erfolgten die Lohnzahlungen aufgrund geleisteter Arbeit und der entsprechenden finanziellen Situation der Stiftung B. \_\_\_\_\_. Mithin seien sie für die Zeitperiode vom 1. Dezember 2018 bis 30. Dezember 2019 nach geleistetem Arbeitspensum und vorhandenen Mitteln bezahlt worden gemäss Lohnabrechnungen, Lohnausweisen sowie auf den darauf basierenden Steuererklärungen des Beschwerdeführers. Wenn tatsächlich monatlich nur Fr. 2'556.00 pro Monat geflossen sein sollen - wie die Vorinstanz und der Beschwerdegegner behaupteten - stelle sich die Frage, wie der Beschwerdeführer seine dreiköpfige Familie finanziell hätte über die Runden bringen können. Es sei erwiesen, dass der geltend gemachte monatliche Bruttolohn von Fr. 5'444.55 geflossen sei. Die Auffassung der Vorinstanz verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ( Art. 9 BV ), da u.a. die Buchhaltung durch den Stiftungsrat genehmigt und vom Treuhandunternehmen nach den gesetzlichen Kriterien geführt worden sei, weshalb auf die in der Buchhaltung dargelegten Geldflüsse abzustellen sei. Die Vorinstanz unterstelle dem Beschwerdeführer ohne Begründung, widersprüchliche Angaben gemacht zu haben, was den Anspruch auf rechtliches Gehör verletze. Sie habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig und rechtsverletzend erfasst.

#### **E. 5**

Mit seinen Rügen zeigt der Beschwerdeführer nicht auf, worin die willkürliche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz liegen soll. Diese hat vielmehr eingehend und schlüssig dargelegt, weshalb der geltend gemachte monatliche Bruttoverdienst von Fr. 5'444.55 und damit der tatsächliche Lohnfluss in diesem Umfang nicht hinreichend nachgewiesen ist. Daran ändert eine Genehmigung der Buchhaltung durch den Stiftungsrat nichts. Wie die Vorinstanz willkürfrei aufzeigte, wurden die Geschäfte (einschliesslich der Lohnzahlungen) zwischen der Stiftung und dem Geschäftsführer nicht nachvollziehbar dokumentiert und buchungsmässig eindeutig behandelt, was gerade in der vorliegenden Konstellation mit dem für die Finanzierung des Festivals und damit auch der Lohngenerierung für sich und allenfalls weitere Mitarbeitende verantwortlichen Beschwerdeführer vorzusehen wäre (vgl. Urteile 8C\_472/2019 vom 20. November 2019 E. 4.2; 8C\_627/2017 vom 26. Januar 2018 E. 5.1). Auch steht fest, dass die (Lohn-) Buchhaltung erst nachträglich im Frühling 2020 erstellt wurde und der Beschwerdeführer vor Einführung des internen Kontrollsystems viele Rechnungen privat bezahlt und anschliessend das Geld von der Stiftung B. \_\_\_\_\_ bezogen hat oder umgekehrt. Ebenso wenig wird dargelegt, weshalb die Feststellung der Vorinstanz, wonach weder die Lohnabrechnungen noch der Lohnausweis für das Jahr 2019 mit den Lohnbuchungen auf

den Privatkonti des Beschwerdeführers übereinstimmen würden, offensichtlich unrichtig sein soll. Nicht in Abrede gestellt wird überdies, dass Quittungen und Belege über allfällige (Lohn-) Barbezüge oder Spesen fehlen. Mit seinem Vorbringen, dass Zahlungen, die nicht im Zusammenhang mit Spesenbelegen erfolgt seien, Lohnzahlungen bedeuten würden, da Spesen stets belegt werden müssten, dringt er folglich nicht durch. Die vorinstanzliche Auffassung, wonach der Lohnfluss in behaupteter Höhe aufgrund der unterschiedlichen Angaben in den eingereichten Unterlagen nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist, verletzt kein Bundesrecht. Die Dokumente enthalten nach den willkürfreien Feststellungen der Vorinstanz keine schlüssigen Angaben darüber, dass dem Beschwerdeführer effektiv ein Lohn von Fr. 5'444.55 brutto während der massgeblichen Zeitspanne ausbezahlt worden ist, zumal Barlohnquittungen fehlen und Arbeitgeberbescheinigungen, Lohnabrechnungen sowie die Steuererklärung und Eintragungen im IK (als Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen; vorstehende E. 2.4) mit den Lohnbuchungseinträgen nicht übereinstimmen. Die Vorinstanz hat dies einlässlich dargelegt und begründet (vgl. vorstehende E. 3), weshalb auch der diesbezügliche Vorwurf der Gehörsverletzung (vgl. vorstehende E. 4) fehl geht. Die von der Vorinstanz aufgezeigten Ungereimtheiten in den schriftlichen Dokumenten hinsichtlich der tatsächlich erfolgten Lohnzahlungen kann der Beschwerdeführer mit seinen Einwänden auch letztinstanzlich nicht beseitigen. Namentlich zeigt auch seine Behauptung, der von der Vorinstanz angenommene (tiefe) versicherte Verdienst hätte nicht zum Unterhalt seiner dreiköpfigen Familie gereicht, keine Willkür in der Beweiswürdigung auf. Seine Vorbringen erschöpfen sich über weite Strecken in einer appellatorisch gehaltenen Wiedergabe der eigenen Sichtweise, wie die Akten zu würdigen und welche rechtlichen Schlüsse daraus zu ziehen sind, was nicht genügt, um die Rechtsfehlerhaftigkeit des angefochtenen Urteils zu begründen. Schliesslich ist nicht ersichtlich, inwiefern die Sichtweise der Vorinstanz gegen Treu und Glauben verstossen oder die Ausdehnung des Bemessungszeitraumes auf eine Zeitspanne von zwölf Beitragsmonaten ( Art. 37 Abs. 2 AVIV ) für den Beschwerdeführer ein ungünstigeres Ergebnis zeitigen soll. Die Festsetzung des versicherten Verdienstes im angefochtenen Urteil hält nach dem Gesagten vor Bundesrecht stand.

## **E. 6**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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