

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/85 vom 23. April 2013**

Sg Versicherungsgericht, 2013-04-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2012\\_85](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2012_85)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/85 du 23 avril 2013

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/85 del 23 aprile 2013

## **Regeste**

Art. 13 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 AVIG. Nachweis des effektiven Lohnflusses als Indiz dafür, dass die versicherte Person eine beitragspflichtige Beschäftigung tatsächlich ausgeübt hat. Vorliegend ergeben sich aus den ins Recht gelegten Unterlagen Angaben zum effektiven Lohnfluss. Rückweisung zu weiteren Abklärungen betreffend Höhe des versicherten Verdienstes (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St.Gallen vom 23. April 2013, AVI 2012/85).

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Nach Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer unter anderem die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist. 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. Eine Überprüfung kann anhand der effektiven Lohnzahlungen vorgenommen werden. Allerdings bildet der Nachweis des Lohnflusses keine eigene Anspruchsvoraussetzung im Sinn von Art. 8 AVIG, sondern ist einzig ein Indiz dafür, dass die versicherte Person eine beitragspflichtige Beschäftigung tatsächlich ausgeübt hat (vgl. BGE 131 V 444, insb. E. 3.2.2 mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 AVIG gilt der im Sinn der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen. Aus dieser gesetzlichen Umschreibung ergibt sich, dass der versicherte Verdienst an den massgebenden Lohn im Sinn von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) anknüpft. Bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG ist der tatsächlich bezogene Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden hat grundsätzlich unbeachtlich zu bleiben (BGE 131 V 450 f. E. 3.2.1 mit Hinweisen). Der Verdienst ist nicht versichert, wenn er während des Bemessungszeitraums monatlich Fr. 500.-- nicht erreicht (Art. 40 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV;

SR 837.02]). Für den Nachweis der Lohnbezüge trägt die versicherte Person die Beweislast. Sie hat darzutun, welchen Lohn sie erhalten hat. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein Post- oder Bankkonto der versicherten Person. Bei behaupteter Barzahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitenden in Betracht. Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto bilden bloss Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen (BGE 131 V 447 E. 1.2 mit Hinweisen).

### **E. 1.3**

Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach haben die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, BGE 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 130 I 183 f. E. 3.2). Wenn der entscheidere Sachverhalt ungenügend abgeklärt wurde, kann das Gericht die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, N 62 zu Art. 61).

### **E. 1.4**

Das Gericht darf eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn es von ihrem Bestehen überzeugt ist. Es hat seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die bloss Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht (BGE 117 V 360 E. 4a mit Hinweisen).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer beantragte die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung per 4. Juni 2012. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Art. 9 Abs. 1 bis 3 AVIG). Somit dauert vorliegend die zweijährige Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 4. Juni 2010 bis 3. Juni 2012. Umstritten ist, ob der Beschwerdeführer als Geschäftsführer der inzwischen konkursiten Gesellschaft in der Rahmenfrist für die Beitragszeit eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt bzw. effektiv Lohn bezogen hat und inwiefern der behauptete Lohnbezug mit den ins Recht gelegten Dokumenten nachgewiesen werden kann. Vorliegend wurden folgende Unterlagen zum Nachweis eines effektiv realisierten Lohnes eingereicht: Barquittungen "Lohn Anteil A.\_\_\_\_" sowie entsprechende Bankauszüge (act. G 1/7; G 3.1/10), Lohnabrechnungen vom Januar bis Dezember 2011 (monatliches Einkommen: Fr. 2'500.-- brutto; act. G 1/10), Postkontobelege betreffend den Zeitraum 30. Juni 2011 bis 6. Juli 2012 (act. G 3.1/3), Veranlagungsberechnung Kantons- und Gemeindesteuer für das Jahr 2011 vom 4. Juli 2012 (Netto-Einkommen: Fr. 27'447.--; act. G 1/11), Auszug aus dem individuellen Konto bei der SVA St. Gallen vom 6. Juli 2012 (act. G 1/13; G 3.1/4), Auszug aus dem individuellen Konto bei der SVA Zürich vom 13. November 2012 (Einkommen April bis Dezember 2011: Fr. 30'000.--; act. G 1/14), Betreibungsregisterauszug vom 11. August 2011 (act. G 1/9), Arbeitgeberbescheinigung vom 4. Juni 2012 (AHV-pflichtiger Gesamtverdienst für das Jahr 2011: Fr. 30'000.-- sowie AHV-pflichtiger Gesamtverdienst vom 1. Januar bis 30. Juni 2012: Fr. 15'000.--; act. G 3.1/2), Schreiben von D.\_\_\_\_, ehemalige Marketing

Managerin der Gesellschaft, vom 21. September 2012, mit welchem sie bestätigt, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum März 2008 bis Dezember 2011 seinen Lohn stets bar bezogen habe (act. G 3.1/8).

### **E. 2.2**

Personen, die vor Eintritt der Arbeitslosigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung hatten, müssen nachweisen, dass sie für ihre Tätigkeit regelmässig und effektiv einen Lohn im Sinne des Gesetzes (Art. 23 Abs. 1 AVIG) bezogen haben. Das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers endete per 30. Juni 2012. Aufgrund der eingereichten Unterlagen ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass er (zumindest) bis Ende 2011 Lohn für seine Arbeit bezogen hat bzw. dass die erhaltenen Beträge mit dem Arbeitsverhältnis wirtschaftlich zusammenhängen. Dass der Lohn starken Schwankungen unterlag, ändert nichts am Umstand, dass es sich bei den bezogenen Beträgen überwiegend wahrscheinlich um Entgelt für geleistete Arbeit handelte. Unregelmässige Geldbezüge aus einer Fima lassen nicht ohne Weiteres darauf schliessen, dass die versicherte Person die Infrastruktur der Unternehmung benutze, um auf eigene Rechnung bestimmte Tätigkeiten auszuführen, oder dass sie Geld aus der Unternehmung nur dann bezogen habe, wenn es für sie von Nöten gewesen sei, nicht aber um sich tatsächlich einen Lohn auszuzahlen. Somit kann den bezogenen Geldern die Lohneigenschaft nicht abgesprochen werden. Im Übrigen ist anhand der eingereichten Unterlagen davon auszugehen, dass es sich bei der schriftlichen Aussage des Beschwerdeführers vom 3. Juli 2012, wonach er sich die letzten zwei Jahre keinen Lohn ausbezahlt habe, überwiegend wahrscheinlich um ein Missverständnis handelte, hatte doch die Beschwerdegegnerin ausdrücklich Bankbelege für die Lohnzahlungen verlangt und der Beschwerdeführer den Lohn nicht aufs Bankkonto erhalten (vgl. act. G 3.1/3). Demnach ist beim Beschwerdeführer von Lohnzahlungen für eine während mindestens zwölf Monaten ausgeübte beitragspflichtige Beschäftigung innerhalb der Rahmenfrist (4. Juni 2010 bis 3. Juni 2012) auszugehen, umso mehr, als auch die durch die Taggeldversicherung anerkannten und entschädigten Arbeitsunfähigkeiten in der Zeit vom 21. März bis 6. April 2012 und vom 5. Mai bis 3. Juni 2012 als Beitragszeit anzuerkennen sind (vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG).

### **E. 2.3**

Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen sowie die Höhe des versicherten Verdienstes wird die Beschwerdegegnerin noch zu prüfen bzw. festzulegen haben. In Bezug auf die Berechnung des versicherten Verdienstes ist immerhin Folgendes festzuhalten: Den eingereichten Barquittungen ist nicht zu entnehmen, für welchen Zeitraum bzw. für welchen Monat der Beschwerdeführer den Lohn bezogen hat (namentlich ist nicht auszuschliessen, dass die im Januar 2011 bezogenen Beträge als Entgelt für den Monat Dezember 2010 erfolgt sind). Demnach kann für die Berechnung des versicherten Verdienstes nicht allein auf die eingereichten Barquittungen – auch im Zusammenhang mit den ins Recht gelegten Bankauszügen – abgestellt werden. Vielmehr sind bei der Berechnung des versicherten Verdienstes insbesondere der Auszug aus dem individuellen Konto des Beschwerdeführers bei der SVA Zürich vom 13. November 2012 (Einkommen April bis Dezember 2011: Fr. 30'000.--; act. G 1/14) sowie die Veranlagungsberechnung Kantons- und Gemeindesteuer für das Jahr 2011 vom 4. Juli 2012 (Netto-Einkommen: Fr. 27'447.--; act. G 1/11) zu berücksichtigen, die sich mit dem arbeitsvertraglich vereinbarten Festlohn in Höhe von Fr. 2'500.-- brutto (act. G 1/3) zu decken scheinen. Allerdings wird noch abzuklären sein, ob es sich um ein Versehen handelt, dass auf dem Auszug aus

dem individuellen Konto des Beschwerdeführers bei der SVA Zürich für den Zeitraum April bis Dezember 2011 ein Einkommen in Höhe Fr. 30'000.-- verzeichnet wurde. Aus den Akten geht jedenfalls nicht hervor, weshalb die Monate Januar bis März 2011 nicht als Beitragsmonate vermerkt werden sollten (namentlich soll gemäss Arbeitgeberbescheinigung vom 4. Juni 2012 für das Jahr 2011 ein AHV-pflichtiger Gesamtverdienst von Fr. 30'000.-- bestanden haben; act. G 3.1/2). Des Weiteren ist bei der Berechnung der Höhe des versicherten Verdienstes der Umstand zu berücksichtigen, dass der Unfallversicherer dem Beschwerdeführer am 29. Juni 2012 einen Betrag in Höhe von Fr. 3'708.30 überwiesen hat (Postkontoauszug vom 1. Juli 2012; act. G 3.1/3). Diese Zahlung betraf eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers in der Zeit von 21. März bis 6. April 2012 und von 5. Mai bis 3. Juni 2012 (act. G 1/5). Überdies könnte bei der Berechnung der Höhe des versicherten Verdienstes abgeklärt werden, ob und für welchen Zeitraum der Beschwerdeführer beim zuständigen Konkursamt offene Lohnforderungen geltend gemacht hat. Schliesslich wäre es der Beschwerdegegnerin auch möglich, bei der SVA Zürich einen aktuellen Auszug aus dem individuellen Konto des Beschwerdeführers sowie den Bericht einer allfällig durchgeführten AHV-Arbeitgeberkontrolle einzuholen. Auch die Buchhaltung der Gesellschaft könnte noch beigezogen werden.

### **E. 3**

Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Sache zu weiteren Abklärungen und anschliessender Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

### **E. 4**

Die Rückweisung zur weiteren Abklärung und neuer Verfügung gilt betreffend Kosten praxismässig als volles Obsiegen (BGE 132 V 235 E. 6). Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a. des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

### **E. 5**

Beim vorliegenden Verfahrensausgang besteht ein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG). Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers verzichtete auf das Einreichen einer Kostennote. In der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit erscheint mit Blick auf vergleichbare Fälle eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP entschieden: 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Sache zu weiteren Abklärungen und anschliessender Neuverfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer pauschal mit Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

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