

SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2016/83 vom 14. Februar 2018

Sg Versicherungsgericht, 2018-02-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2016_83

FR: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2016/83 du 14 février 2018

IT: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2016/83 del 14 febbraio 2018

Regeste

Art. 23 Abs. 1 AVIG, Art. 37 Abs. 3 AVIV, Art. 25 Abs. 1 ATSG. Versicherter Verdienst, Bemessungszeitraum, Rückerstattung von Taggeldleistungen. Liegt eine arbeitgeberähnliche Stellung vor, kann der versicherte Verdienst nicht allein anhand der Angaben in der Arbeitgeberbescheinigung oder in den Lohnabrechnungen bestimmt werden. Vorliegend kann auf die Daten aus dem AHV-Schadenersatzverfahren im Konkurs der Arbeitgeberin abgestellt werden (E. 3.2 f.). Auf Grund dieser Daten ist auch der Bemessungszeitraum neu zu bestimmen (E. 3.1) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 14. Februar 2018, AVI 2016/83).

Erwägungen

E. 1

1.1 Als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) 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 Verdiensts 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). 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, unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto bilden blosse Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen (BGE 131 V 447 E. 1.2 mit Hinweisen).

1.2 Der versicherte Verdienst bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (Art. 11 AVIV) 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. Der Bemessungszeitraum beginnt, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt

eines anrechenbaren Verdienstausfalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen (Art. 37 Abs. 1 bis 3 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). 1.3 Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten. Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 1 und 2 ATSG). Mit Bezug auf den Beginn der einjährigen relativen Verwirkungsfrist ist nicht die tatsächliche, sondern die zumutbare Kenntnis des zur Rückforderung Anlass gebenden Sachverhalts massgebend, wobei das Eidgenössische Versicherungsgericht im Zusammenhang mit aArt. 47 Abs. 2 AHVG nicht das erstmalige unrichtige Handeln der Verwaltung als fristauslösend hat genügen lassen. Vielmehr stellte es auf jenen Tag ab, an dem sich die Amtsstelle später - beispielsweise anlässlich einer Rechnungskontrolle - unter Anwendung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit über ihren Fehler hätte Rechenschaft geben müssen (BGE 110 V 304 E. 2b in fine S. 306; 124 V 380 E. 1 S. 383; SVR 2002 IV Nr. 2 S. 5, I 678/00 E. 3b). Dieser Grundsatz, wonach nicht der ursprüngliche Irrtum, sondern erst ein "zweiter Anlass" die relative einjährige Verwirkungsfrist auslöst, wurde in der Folge verschiedentlich bestätigt (Urteil 8C_824/2007 vom 15. Mai 2008), und ist auch in Anwendung von Art. 25 Abs. 2 ATSG zu beachten (Urteil des Bundesgerichts 9C_482/2009 vom 19. Februar 2010 E. 3.3.2).

E. 2

Die in Revision gezogenen Verfügungen ergingen im Zeitraum zwischen dem 28. Juli 2014 und dem 1. Juni 2016 (act. G 3.1/64 - 126). Die Rückforderungsverfügung datiert vom 31. August 2016 (act. G 3.1/16). Mithin waren zu diesem Zeitpunkt sämtliche Taggeldabrechnungen (für die Beschwerdegegnerin) bereits formell rechtskräftig geworden, tritt doch die Rechtsbeständigkeit für die Verwaltung auch bei formlosen Abrechnungen nach Ablauf einer Zeitspanne ein, welche der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht (30 Tage [BGE 129 V 110; vgl. auch Kreisschreiben über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso [AVIG-Praxis RVEI], Rz A3 ff.]). Die Beschwerdegegnerin bedurfte somit für das Zurückkommen auf die Taggeldabrechnungen eines Rückkommenstitels. Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Dies ist vorliegend der Fall, nachdem es nicht nur um die Frage der Berechnungsweise des versicherten Verdienstes geht (was allenfalls nur eine Frage der rechtlichen Beurteilung darstellen würde) sondern v.a. um den effektiv vom Beschwerdeführer bei der B.____ GmbH erzielten Verdienst, was eine Tatsachenfrage darstellt. Für die Einleitung der Revision ist eine 90-tägige Frist zu beachten (Art. 67 Abs. 1 VwVG), die auch für die Rückforderung von unrechtmässig bezogenen Leistungen gilt (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Rz 38 zu Art. 53). Nachdem die Beschwerdegegnerin den Revisionsgrund anlässlich der Anfrage des Steueramtes C.____ vom 8. Juni 2016 bzw. auf Grund einer (wohl damit zusammenhängenden) internen Kontrolle entdeckt und am 14. Juni 2016 neue Abklärungen beim Beschwerdeführer eingeleitet hat (vgl. act. G 3.1/62 und 63), ist die Einleitung der Revision rechtzeitig erfolgt. Im Weiteren war die Rückforderung zum Zeitpunkt der Rückforderungsverfügung vom 31. August 2016 noch nicht verwirkt. So hat es die Beschwerdegegnerin bei der ursprünglichen Leistungszusprache zwar fälschlicherweise

unterlassen, den Lohnfluss abzuklären, was auf Grund der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers geboten gewesen wäre (vgl. nachfolgende Erwägung 3.3 [1. Anlass [Fehler]]). Die Anfrage des Steueramtes vom 8. Juni 2016 (bzw. die interne Kontrolle vom 14. Juni 2016) stellte sodann den Anlass dar, bei welchem die Beschwerdegegnerin den Fehler bemerken musste und auch tatsächlich bemerkt hat (2. Anlass). Indem sie bereits am 31. August 2016 die Rückforderung der zu viel ausgerichteten Taggeldleistungen verfügte, hat sie die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG eingehalten. Im Weiteren war noch keine Taggeldauszahlung älter als fünf Jahre, nachdem die erste Auszahlung mit Abrechnung vom 28. Juli 2014 erfolgt war. Damit sind auch die absoluten fünfjährigen Verwirkungsfristen der einzelnen Leistungen gemäss dieser Bestimmung eingehalten.

E. 3

3.1 Vorliegend ist zunächst der Bemessungszeitraum für die Berechnung des versicherten Verdienstes festzulegen. Diesbezüglich kann nicht auf die widersprüchlichen Angaben des Beschwerdeführers abgestellt werden. So gab er im Erstgespräch beim RAV an, er habe den Lohn bis Ende der Kündigungsfrist (Ende Juni 2014) erhalten, weshalb er erst per 1. Juli 2014 Antrag stelle (act. G 3.1/128). In seiner Anmeldung vom 29. Juni 2014 gab er jedoch an, das Arbeitsverhältnis habe bis 30. März 2014 gedauert, welches Datum auch der letzte Arbeitstag gewesen sei (act. G 3.1/134). Auch die Arbeitgeberin geht von einer Dauer des Arbeitsverhältnisses vom 1. März 2007 bis zum 30. März 2014 aus, bis zu welchem Datum auch der Lohn bezahlt worden sei (act. G 3.1/137). Für die Frage des Bemessungszeitraums für den versicherten Verdienst ist entscheidend, dass dieser, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaussfalls beginnt (bzw. eigentlich endet [Art. 37 Abs. 3 AVIV]). Zu Gunsten des Beschwerdeführers ist davon auszugehen, dass er ab dem 1. März 2014 kein Einkommen bei der B.____ GmbH mehr erzielt hat. So wurde am 26. März 2014 der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet und bereits am 7. April 2014 mangels Aktiven wieder eingestellt (online-Handelsregisterauszug). Es ist somit nicht anzunehmen, dass es viel zu liquidieren gab oder dass der Beschwerdeführer nach der Konkurseröffnung sonst noch für die Gesellschaft gearbeitet haben könnte. Ausserdem war der im Jahr 2014 bei der B.____ GmbH erzielte Lohn erheblich geringer als der vom Beschwerdeführer in der Steuererklärung deklarierte und von der Beschwerdegegnerin verwendete Betrag von Fr. 28'000.-- (vgl. nachfolgende Erwägung 2.2), sodass auch unter diesem Blickwinkel nicht davon auszugehen ist, der Beschwerdeführer habe über die Konkurseröffnung hinaus Lohn bezogen. Gestützt auf die Unterlagen der Revisionsstelle der Ausgleichskassen vom 26. Mai 2014 ging das hiesige Gericht im Schadenersatzverfahren betreffend entgangene Sozialversicherungsbeiträge im Konkurs der B.____ GmbH (AHV 2015/15) davon aus, dass der Beschwerdeführer noch für die Monate Januar und Februar 2014 Lohn erzielt hat (vgl. act. G 3.1/13 S. 120 und 133). Es rechtfertigt sich somit auch im vorliegenden Zusammenhang, von einem anrechenbaren Verdienstaussfall im Sinn von Art. 37 Abs. 3 AVIV ab dem 1. März 2014 auszugehen. Nachdem vor diesem Datum zudem mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen, dauert der Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst demnach vom 1. September 2013 bis zum 28. Februar 2014 (6 Monate) bzw. vom 1. März 2013 bis zum 28. Februar 2014 (12 Monate). 3.2 Umstritten ist weiter, welchen Verdienst der Beschwerdeführer in dieser Zeitspanne erzielt hat. So geht die Beschwerdegegnerin revisionsweise von einem versicherten Verdienst von Fr. 5'328.-- aus, welcher auf dem vom Beschwerdeführer in

seiner Steuererklärung für das Jahr 2014 (Januar bis Juni) deklarierten Einkommen von Fr. 28'000.-- basiert. Dabei deklarierte der Beschwerdeführer dieses Einkommen allerdings als solches aus selbstständiger Erwerbstätigkeit, während er für 2014 kein Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit angab [act. G 1.2]). Gemäss den Abklärungen des hiesigen Versicherungsgerichts im bereits genannten Schadenersatzverfahren erzielte der Beschwerdeführer im Jahr 2014 während den Monaten Januar und Februar 2014 bei der B.____ GmbH noch ein Einkommen in der Höhe von insgesamt netto Fr. 10'544.20, das aufgerechnet ein Bruttoeinkommen von Fr. 11'247.15 ergab (Angaben der Revisionsstelle der Ausgleichskassen vom 26. Mai 2014 [vgl. act. G 3.1/13 S. 120 und 133]). Dieser Betrag wurde auch vom Bundesgericht mit Entscheid vom 8. August 2017 letztinstanzlich bestätigt (Entscheid 9C_165/2017 E. 4.2.1) und im IK eingetragen (act. G 3.1/52).

3.3 Für 2013 ergaben die Abklärungen des hiesigen Gerichts im Schadenersatzverfahren AHV 2015/15 ein Einkommen von Fr. 84'704.45 (netto; Januar - Dezember), von welchem zunächst auch das Steueramt C.____ ausging (die spätere Korrektur erfolgte lediglich, weil es nunmehr auf die höheren Angaben des Beschwerdeführers gegenüber der Arbeitslosenversicherung abstellte [act. G 3.1/13 S. 114 und G 3.1/47]), bzw. von Fr. 90'351.40 (brutto [vgl. act. G 3.1/13 S. 120 und 131 f.; IK-Auszug act. G 3.1/52]). Nachdem diese Einkommen für die Jahre 2013 und 2014 im Schadenersatzverfahren AHV 2015/15 bereits rechtskräftig als massgebendes beitragspflichtiges Einkommen des Beschwerdeführers festgestellt worden sind, kann auch im vorliegenden Verfahren darauf abgestellt werden. Zudem erscheinen diese Einkommen im Vergleich zu den in den Jahren ab 2007 erzielten nicht als unterdurchschnittlich (vgl. nachfolgend). Dass der Beschwerdeführer in den fraglichen Jahren 2013 und 2014 bei der B.____ GmbH höhere Einkünfte erzielt hätte, ist demgegenüber nicht belegt, geht er doch selber davon aus, dass keine Belege für die (angeblich) erhaltenen Barzahlungen mehr vorhanden seien (act. G 3.1/57). Mithin trägt der Beschwerdeführer nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz die Folgen der Beweislosigkeit. Liegt bei einer versicherten Person - wie auch beim Beschwerdeführer als Ehegatte eines Mitglieds des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums bzw. nach Arbeitsvertrag sogar selber Geschäftsführer - eine arbeitgeberähnliche Stellung vor (vgl. Art. 31 Abs. 3 AVIG, welcher Ausschluss rechtsprechungsgemäss auch für die Arbeitslosenentschädigung gilt), kann sodann nicht ohne Weiteres auf die Angaben in der Arbeitgeberbescheinigung oder in den Lohnabrechnungen abgestellt werden. Schliesslich ist auch nicht davon auszugehen, dass der vom Beschwerdeführer gegenüber dem Arbeitsvertrag und den Lohnabrechnungen erzielte Minderverdienst in einem Insolvenzentschädigungsereignis nach Art. 51 Abs. 1 AVIG begründet bzw. auf den bevorstehenden Konkurs zurückzuführen ist. Vielmehr ergibt sich aus den von der Ausgleichskasse Gewerbe im Schadenersatzverfahren AHV 2015/15 vorgelegten Unterlagen, dass der Verdienst des Beschwerdeführers während der gesamten Anstellung bei der B.____ GmbH nie den vertraglichen vereinbarten Betrag von brutto Fr. 9'500.-- (Jahreslohn Fr. 114'000.--) erreicht hatte und jeweils von Jahr zu Jahr stark schwankte. So deklarierte die Gesellschaft für 2007 für den Beschwerdeführer einen Jahreslohn von Fr. 78'000.-- (Januar bis Dezember, obwohl der Beginn des Arbeitsverhältnisses gemäss Arbeitsvertrag auf den 1. März 2007 festgelegt worden war [act. G 3.1/135]). Weiter deklarierte sie für den Beschwerdeführer (oder wurden von der Ausgleichskasse verarbeitet) Einkommen in Höhe von Fr. 84'500.-- (2008), Fr. 56'000.-- (2009), Fr. 33'512.-- (2010), Fr. 66'699.60 (2011) und Fr. 41'053.35 (2012 [act. AHV 2015/15 G 3.1/1.7, 1.22, 1.36, 1.51, 1.69 und 1.80; vgl. auch IK-Auszug act. G 3.1/52]). Diese Löhne

bildeten ebenfalls Bestandteil der inzwischen rechtskräftig gewordenen Schadenersatzberechnung im Konkurs der B.____ GmbH. 3.4 Die 6-Monats-Berechnung ergibt somit einen Betrag von Fr. 6'894.-- ($[(\text{Fr. } 90'351.40 : 12 \times 4) + \text{Fr. } 11'247.15] : 6$), die 12-Monats-Berechnung einen solchen von Fr. 7'212.-- ($[(\text{Fr. } 90'351.40 : 12 \times 10) + \text{Fr. } 11'247.15] : 12$), was somit den versicherten Verdienst darstellt. Bei dieser Berechnung werden die in den Jahren 2013 und 2014 erhaltenen Zahlungen pro Jahr linear bzw. pro rata (also nicht anhand der effektiven Auszahlungsdaten [vgl. act. G 3.1/13 S. 131 - 133]) auf den Bemessungszeitraum angerechnet. Dieses Vorgehen erscheint auf Grund des Lohncharakters der Zahlungen - und da nicht erkennbar ist, welchen Zeitraum die Zahlungen jeweils genau umfassen - angezeigt, obwohl diese jeweils nicht als regelmässige Lohnzahlungen sondern als unregelmässige Abschlagszahlungen ("à Konto Lohn") ausbezahlt wurden (act. G 3.1/13 S. 131 - 133).

E. 4

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'250.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

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