

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2024/15 vom 23. Januar 2025**

Sg Versicherungsgericht, 2025-01-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2024\\_15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2024_15)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2024/15 du 23 janvier 2025

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2024/15 del 23 gennaio 2025

## **Regeste**

Art. 13 und 23 AVIG; Art. 37 und 40 AVIV Der Beschwerdeführer kann keinen Lohn von monatlich mindestens Fr. 500.– nachweisen. Abweisung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. Januar 2025, AVI 2024/15).

## **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 E. 3.2.2 mit Hinweisen). Soweit eine solche Beschäftigung nachgewiesen, der exakte ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (Urteil des Bundesgerichts vom 25. Juni 2013, 8C\_75/2013, E. 2.2 mit Hinweisen). Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne 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 (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG).

### **E. 1.2**

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes der im Bemessungszeitraum (Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]) tatsächlich bezogene Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat grundsätzlich unbeachtet zu bleiben. Bei Art. 23 AVIG handelt es sich im Unterschied zu Art. 13 AVIG (in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG) um eine Bemessungsnorm. Sie bekommt nur dann die Bedeutung einer negativen Anspruchsvoraussetzung, wenn der Mindestbetrag für den versicherten Verdienst von monatlich Fr. 500.– nach Art. 40 AVIV über den Bemessungszeitraum gemittelt nicht

erreicht wird. Das Abstellen auf den tatsächlich ausgerichteten Lohn anstatt auf den vereinbarten Lohn wirkt sich allenfalls auf die Höhe AVI 2024/15 4/8

des Taggeldes aus (Art. 22 Abs. 1 AVIG), berührt aber den Anspruch an sich nicht (BGE 131 V 444 E. 3.2.1 f. mit Hinweisen). Der versicherte Verdienst bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate bzw. der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist (Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV). Der Bemessungszeitraum beginnt, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaustausfalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen (Art. 37 Abs. 3 AVIV).

### **E. 1.3**

Somit bildet der versicherte Verdienst nach Art. 23 AVIG ein Korrektiv bei allfälligen missbräuchlichen Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, indem grundsätzlich die tatsächlichen Lohnbezüge im Bemessungszeitraum massgebend sind (BGE 131 V 444 E. 3.2.3 mit Hinweis). 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 (vgl. ARV 1995 Nr. 15, S. 81 E. 2c), 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. Eine restriktive Haltung dergestalt, dass bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nur in begründeten Ausnahmefällen auf die Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen ist, erscheint auch aus gesetzessystematischen Gründen geboten. Für die Erfüllung der Mindestbeitragszeit innerhalb der Rahmenfrist genügt die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nicht. Vielmehr bildet eine solche Tätigkeit nur Beitragszeiten, wenn und soweit hierfür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes vom 29. Juli 2005, C 161/04, E. 3.1.1 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 9. Februar 2009, 8C\_743/2008, E. 3, veröffentlicht in: SVR 2009 ALV, Nr. 8, S. 27).

### **E. 1.4**

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 bloss Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen (BGE 131 V 444 E. 1.2 mit Hinweisen). Rechtsprechungsgemäss wirken sich nicht auszuräumende Unklarheiten hinsichtlich der exakten Lohnhöhe bei der Bestimmung des versicherten Verdienstes zum Nachteil der versicherten Person aus (ARV 2008 Nr. 6 E. 5 S. 150 f.).

### **E. 1.5**

Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach haben die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige AVI 2024/15 5/8

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 157 E. 1a, je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 130 I 180 E. 3.2).

### **E. 2.1**

Unbestritten ist vorliegend, dass der Beschwerdeführer als Gesellschafter und Geschäftsführer bei seiner letzten Anstellung eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte, diese jedoch spätestens mit der Auflösung der GmbH durch Konkurs verlor. Im Zeitpunkt der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung war er deshalb nicht mehr in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen. Dass der Beschwerdeführer bei der B.\_\_\_\_ GmbH in der vorliegend massgebenden Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 18. August 2021 bis 17. August 2023 während mehr als zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat, stellt die Beschwerdegegnerin zu Recht nicht in Abrede. Sie begründete die Abweisung des Antrags auf Arbeitslosenentschädigung damit, dass der Beschwerdeführer keinen Lohnfluss nachweisen könne. Nachfolgend wird somit die Frage zu klären sein, ob der Beschwerdeführer einen Lohnfluss nachzuweisen vermag.

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer kann keine Bank- oder Postbelege für Lohnzahlungen vorweisen. Auf Aufforderung hin reichte er Lohnausweise für die Jahre 2021 und 2022, die Steuerveranlagung für das Steuerjahr 2021 sowie Lohnabrechnungen für April 2022 bis März 2023 ein. Die in den Lohnabrechnungen angegebenen Lohnbeträge stimmen mit den im Lohnausweis und gegenüber dem Steueramt für das Jahr 2021 deklarierten Beträgen überein, und es fällt auf, dass der Lohn seit mindestens 2021 unverändert blieb. Zudem reichte er einen Kontoauszug "2090 CHF Verbindlichkeiten" aus der Buchhaltung 2022 ein (act. G3.1.21). Diesem ist zu entnehmen, dass eine (interne) Umbuchung des Lohnes erfolgt ist und lediglich kleinere Beträge aus der Kasse bar bezogen wurden. Da diese Barbezüge den Mindestbetrag von monatlich Fr. 500.– nach Art. 40 AVIV nicht überschreiten, braucht vorliegend nicht geprüft zu werden, ob diese anrechenbar wären. Das Kontokorrent wies sodann bereits am 1. Januar 2022 einen Saldo von Fr. 119'864.59 zugunsten des Beschwerdeführers auf. Dass die von ihm getätigten Bezüge in bar von Fr. 2'600.– bzw. auf ein Privatkonto im Umfang von Fr. 6'000.– Lohn für das Jahr 2022 darstellen würden, blieb unbelegt. Daran ändern auch die vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten Bankauszüge der Bank D.\_\_\_\_ (act. G8.1.7) nichts. Soweit gemäss seinen Aussagen Spesen effektiv vergütet wurden (vgl. act. G8.1 S. 2), gehören diese nicht zum massgebenden Lohn (vgl. Art. 9 Abs. 1 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101]).

### **E. 2.3**

In den Akten befindet sich sodann eine E-Mail des Buchhalters des Beschwerdeführers, welcher zu entnehmen ist, dass kein Lohn ausbezahlt, sondern dieser intern als Darlehen verbucht wurde AVI 2024/15 6/8

(act. G3.1.21 S. 53). Diese Aussage deckt sich mit dem vorerwähnten Kontoauszug "2090 CHF Verbindlichkeiten". Das vom Beschwerdeführer gewählte Vorgehen im Sinne einer Liquidationshilfe mag zwar aus unternehmerischer und buchhalterischer Sicht nachvollziehbar und sinnvoll sein. Aus arbeitslosenversicherungsrechtlichem Blickwinkel

führt dies jedoch zu einem Überwälzen des vom betriebsleitenden Organ zu tragenden Unternehmensrisikos auf die Arbeitslosenversicherung. Diese müsste für eine tatsächlich nie bezogene Lohnsumme im Rahmen des versicherten Verdienstes einstehen. Rechtsprechungsgemäss ist dies unzulässig, weshalb in solchen Fällen von einem Lohnverzicht auszugehen ist (Urteil des Bundesgerichts vom 20. März 2014, 8C\_13/2014, E. 3.4.1.1). Daran ändern auch die vom Beschwerdeführer angeführten Bundesgerichtsentscheide nichts. So beschlägt das Urteil des Bundesgerichts 9C\_356/2021 vom 10. Mai 2022 (publiziert als BGE 148 V 265) nicht das vorliegende Rechtsgebiet im engeren Sinne. Im zitierten Bundesgerichtsurteil war Gegenstand des Verfahrens Erwerbsausfall im Rahmen der Covid-19-Verordnung. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass sich dieselben Rechtsfragen stellen und die daraus ergebenden Erkenntnisse ebenfalls auf die Arbeitslosenversicherung anwendbar wären. Die hier allenfalls interessierende Frage liess das Bundesgericht aber ohnehin offen (vgl. E. 5.3.6). Auch aus BGE 131 V 444 kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Bundesgericht hatte sich in diesem Urteil zwar unter anderem mit der Frage des versicherten Verdienstes und des Lohnverzichts zu befassen. Es führte diesbezüglich zutreffend aus, dass die Form der Lohnzahlung grundsätzlich frei sei. Geldlohn werde zwar regelmässig entweder bar ausbezahlt oder auf ein vom Arbeitnehmer angegebenes Postcheck- oder Bankkonto überwiesen. Das Konto müsse indessen nicht notwendigerweise auf den Namen des Arbeitnehmenden lauten. Bei Eheleuten könne es sich hierbei ohne weiteres um ein gemeinsames Konto handeln oder sogar um ein solches, worüber der andere Ehegatte allein verfügungsberechtigt sei (E. 3.3). Vorliegend wurde aber eben gerade kein Lohn ausbezahlt, was auch der Beschwerdeführer nicht bestreitet. Soweit er aus den weiteren Erwägungen etwas zu seinen Gunsten ableiten möchte, ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Ausführungen auf die im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten bezogen haben und für die hier interessierende Frage nicht ausschlaggebend sind.

#### **E. 2.4**

Weitergehende Unterlagen, die einen effektiven Lohnfluss hätten nachweisen können, reichte der Beschwerdeführer trotz mehrfacher Aufforderung – auch im Beschwerdeverfahren – nicht ein. Es fehlen somit echtzeitliche Nachweise für effektive, über das Darlehen hinaus getätigte Lohnzahlungen. Der im Beschwerdeverfahren eingereichte IK-Auszug ändert daran nichts, gelten doch auch die Deklarationen gegenüber den Sozialversicherungen höchstens als Indiz und vermögen keinen Nachweis für tatsächliche Lohnzahlungen darzustellen (BGE 131 V 444 E. 1.2). Ohnehin erweist sich in der vorliegenden Fallkonstellation, wo die interne Verbuchung des Lohnes als Darlehen unbestritten ist, ein IK-Auszug als wenig aussagekräftig. Von weiteren Abklärungen sind somit keine besseren Erkenntnisse zu erwarten, weshalb in antizipierter Beweiswürdigung darauf verzichtet werden kann. Die AVI 2024/15 7/8

Beweislast und damit die Folgen des nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellten Lohnflusses trägt der Beschwerdeführer (vgl. E. 1.4 vorstehend).

#### **E. 3.1**

Nach dem Gesagten hat die Beschwerdegegnerin einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung selbst unter der Annahme einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung mangels Nachweises eines tatsächlich ausbezahlten Lohnes von monatlich

mindestens Fr. 500.– und der damit einhergehenden fehlenden Bestimmbarkeit des versicherten Verdienstes zu Recht verneint. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

### **E. 3.2**

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. fbis ATSG). Entscheid im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. AVI 2024/15 8/8

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