



Fall-Nr.: AVI 2009/107
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 06.09.2019
Entscheiddatum: 22.09.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 22.09.2010

Art. 23. Abs. 1 AVIG, Art. 37 Abs. 4 lit. a AVIV. Neufestsetzung des versicherten Verdienstes, wenn die versicherte Person während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug während mindestens sechs Monaten ununterbrochen eine beitragspflichtige Beschäftigung zu einem Lohn ausgeübt hat, der über dem versicherten Verdienst liegt. Vorliegend konnte der Beschwerdeführer den höheren Verdienst (Lohnfluss) nicht belegen, wofür er die Folgen der Beweislosigkeit trägt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. September 2010, AVI 2009/107).

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Entscheid vom 22. September 2010

in Sachen

F.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch UNIA Die Gewerkschaft, Lämmli brunnenstrasse 41, Postfach 2152,
9001 St. Gallen,

gegen

UNIA Arbeitslosenkasse, Sektion St. Gallen, Teufenerstrasse 8, Postfach 2163,
9001 St. Gallen,



Beschwerdegegnerin,

betreffend

versicherter Verdienst

Sachverhalt:

A.

A.a F.____ arbeitete vom 1. August 2003 bis zum 31. Dezember 2007 bei der A.____. Nach dem Verlust dieser Stelle meldete er sich per 1. Januar 2008 bei der Unia Arbeitslosenkasse zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an (act. G 3.1/1). In der Folge wurde der versicherte Verdienst für die vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2009 dauernde Rahmenfrist für den Leistungsbezug auf Fr. 3'596.-- festgesetzt (Fr. 43'155.50 : 12 [vgl. act. G 3.1/2]).

A.b Vom 1. September 2008 bis zum 28. Februar 2009 arbeitete der Versicherte sodann bei der B.____, an der er gleichzeitig als Gesellschafter mit einem Anteil von 5 % beteiligt war. In der Folge meldete sich der Versicherte per 1. März 2009 erneut bei der Arbeitslosenversicherung an. In der Arbeitgeberbescheinigung bestätigte der Hauptgesellschafter einen monatlichen Verdienst von Fr. 5'800.-- (act. G 3.1/3). Mit Schreiben vom 17. Februar 2009 forderte die Arbeitslosenkasse den Versicherten auf, nebst den üblichen Unterlagen auch Kopien der Bankauszüge einzureichen, woraus der Lohnfluss ersichtlich sei (act. G 3.1/4). Nachdem letztere nicht innert Frist eingingen, forderte die Unia den Versicherten mit Schreiben vom 7. April 2009 erneut auf, die Bankauszüge mit den Lohnzahlungen einzureichen (act. G 3.1/5). Am 12. und 27. Mai 2009 reichte der Versicherte Unterlagen der Sozialversicherungsanstalt St. Gallen ein, die einen Lohnfluss von Fr. 4'600.-- belegen sollten (IK-Auszug vom 28. April 2009 [act. G 3.1/6], Schreiben der Sozialversicherungsanstalt vom 26. Mai 2009 [act. G 3.1/7]). Am 26. Mai 2009 meldete sodann der Geschäftsführer der B.____ auf entsprechende Nachfrage der Kasse, dass der Lohnfluss nicht aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtlich sei, da der Geschäftsführer und der Versicherte jeweils mit der Bankkarte Geld vom Konto abgehoben hätten, mit dem dann Lohn, Spesen und sonstige Auslagen beglichen worden seien (act. G 3.1/8).



St.Galler Gerichte

A.c Mit Verfügung vom 6. Oktober 2009 setzte die Arbeitslosenkasse den versicherten Verdienst (auch für die Zeit ab 1. März 2009) auf Fr. 3'596.-- fest, da ein höherer Lohn für die Zeit vor der Wiederanmeldung nicht ausgewiesen sei (act. G 3.1/9). Die dagegen erhobene Einsprache der Gewerkschaft Unia vom 13. Oktober 2009, mit welcher geltend gemacht worden war, der Monatslohn von Fr. 4'600.-- sei von der Sozialversicherungsanstalt St. Gallen bestätigt worden, wurde mit Entscheid vom 10. November 2009 abgewiesen (act. G 3.1/10 und 11).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 2. Dezember 2009 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Der versicherte Verdienst sei auf Fr. 4'432.-- festzusetzen. Der Beschwerdeführer habe sich darauf eingelassen, eine Firma zu gründen. Er habe aber weiterhin auf dem Bau gearbeitet und keinen Einblick in die Geschäfte gehabt, noch weniger in die Löhne oder Abrechnungen. Da ihm der Geschäftsführer nichts Schriftliches gegeben habe, habe er sich von der AHV-Ausgleichskasse eine Bestätigung ausstellen lassen, wie die Arbeitgeberin für ihn abrechne. Diese habe einen Monatslohn von Fr. 4'600.-- zuzüglich 13. Monatslohn bestätigt. Da der versicherte Verdienst auf den letzten sechs Monaten berechnet werde, betrage dieser Fr. 4'432.-- (offenbar rechnete er für 2008 $2 \times \text{Fr. } 3'596.-- + 19'333.--$ [vgl. act. G 3.1/10] : 6 = Fr. 4'421.--; act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 20. Januar 2010 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde, da der Lohnfluss nicht ausgewiesen sei (act. G 3).

Erwägungen:

1.

Als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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 bloss Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen (BGE 131 V 447 E. 1.2 mit Hinweisen).

2.

2.1 Vorliegend hat der Beschwerdeführer während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug (1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2009) im Zeitraum vom 1. September 2008 bis 28. Februar 2009 eine Tätigkeit für die B.____ ausgeübt, an der er zumindest bis zu seinem Austritt vom 25. Februar 2009 (vgl. Online-Handelsregisterauszug) als Gesellschafter finanziell beteiligt war. Der versicherte Verdienst wurde ursprünglich gestützt auf seine vorherige Tätigkeit für die A.____ auf Fr. 3'596.-- festgesetzt. Nach der erneuten Anmeldung per 1. März 2009 machte der Beschwerdeführer sinngemäss geltend, der versicherte Verdienst sei im Sinn von Art. 37 Abs. 4 AVIV neu festzusetzen. Die genannte Bestimmung setzt unter anderem voraus, dass die versicherte Person während mindestens sechs Monaten ununterbrochen eine beitragspflichtige Beschäftigung zu einem Lohn ausgeübt hat, der über dem versicherten Verdienst liegt.

2.2 Der Beschwerdeführer war bis 25. Februar 2009 Gesellschafter der B.____, füllte offenbar danach (2. März 2009) die Arbeitgeberbescheinigung selbst aus, während der Geschäftsführer diese nur noch unterzeichnete (vgl. Schreiben vom 26. Mai 2009 [act. G 3.1/8] sowie die Bescheinigung selber, wo die Unterschrift des Geschäftsführers und



das restliche Formular offensichtlich mit verschiedenem Schreibzeug und verschiedener Schrift ausgefüllt wurden [act. G 3.1/3]). Mit der Beschwerdegegnerin ist deshalb festzustellen, dass vorliegend nicht allein auf die Arbeitgeberbescheinigung abgestellt werden kann. Vielmehr hat der Beschwerdeführer den von ihm geltend gemachten Lohnfluss anderweitig zu beweisen, will er doch daraus Rechte auf einen höheren versicherten Verdienst ableiten (vgl. auch vorstehende Erwägung 1).

2.3 Der Beschwerdeführer machte zunächst geltend, der versicherte Verdienst habe Fr. 5'800.-- betragen, und stützte sich dabei auf den Arbeitsvertrag vom 28. August 2008 sowie auf die von ihm unterzeichneten Lohnabrechnungen. Ebenso gab er bzw. der Geschäftsführer der B.____ in der Arbeitgeberbescheinigung vom 2. März 2009 an, der Monatslohn habe Fr. 5'800.-- betragen (act. G 3.1/3). Nachdem es sich bei den genannten Dokumenten um Unterlagen handelt, zu denen nur der Beschwerdeführer selber sowie sein ehemaliger Geschäftspartner Angaben machen können, sind diese von vornherein nicht geeignet, den (ursprünglichen) Standpunkt des Beschwerdeführers zu stützen (vgl. auch vorstehende Erwägung 1 zu den unterzeichneten Lohnabrechnungen). Im vorliegenden Verfahren geht denn der Beschwerdeführer selber nicht mehr davon aus, der Lohn habe Fr. 5'800.-- betragen, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist. Vielmehr macht der Beschwerdeführer nunmehr geltend, dieser habe Fr. 4'600.-- (X 13; bzw. Fr. 4'432.--) betragen.

Der Beschwerdeführer vermochte anlässlich der Sachverhaltsabklärung durch die Verwaltung weder Bankauszüge noch eine Lohnbuchhaltung beizubringen, da der Lohn und die Spesen nach Angaben des Geschäftsführers jeweils aus dem Geldautomaten bezogen und bar ausbezahlt worden seien. Auch im vorliegenden Verfahren bringt der Beschwerdeführer keine weiteren Beweismittel bei. Der behauptete Lohnfluss wird einzig mit einem IK-Auszug vom 28. April 2009 und einem Lohnausweis zu Handen der Steuerbehörde vom 23. Februar 2009 untermauert. Bei letzterem wird für den Zeitraum vom 1. September 2008 bis zum 31. Dezember 2008 ein Bruttolohn von Fr. 22'333.-- aufgeführt (act. G 3.1/3; entsprechend einem Monatslohn [exkl. 13. Monatslohn] von rund Fr. 5'154.-- [Fr. 22'333.-- : 4 1/3]), während im IK-Auszug ein Betrag von Fr. 19'333.-- vermerkt ist (act. G 3.1/6), welcher wiederum nicht exakt dem behaupteten Lohn für vier Monate, zuzüglich Anteil 13. Monatslohn entspricht (4 1/3 X Fr. 4'600.-- = Fr. 19'933.--).



St.Galler Gerichte

Wie in Erwägung 1 ausgeführt, handelt es sich bei diesen Unterlagen lediglich um Indizien. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (vgl. Einsprache vom 13. Oktober 2009) hat sodann die Sozialversicherungsanstalt keineswegs bestätigt, dass der offenbar vom Geschäftsführer deklarierte Lohn von Fr. 4'600.-- korrekt sei. Vielmehr führte sie in ihrem Schreiben vom 26. Mai 2009 lediglich aus, dass der Geschäftsführer ihr gegenüber auf Anfrage bestätigt habe, der Betrag von Fr. 19'333.-- sei korrekt. Dass der Betrag nicht mit der Höhe von vier Monatslöhnen zuzüglich dem anteiligen 13. Monatslohn von Fr. 19'933.-- übereinstimmt, mag auf einen Schreibfehler zurückzuführen sein. Jedenfalls bezweifelte die Sozialversicherungsanstalt die gemachten Angaben, ansonsten sie nicht auf die ihrer Ansicht nach nicht beweiskräftigen Lohnabrechnungen Bezug genommen hätte. Augenscheinlich reichte der Geschäftsführer der Sozialversicherungsanstalt sodann weder die gleichen (unterzeichneten) Lohnabrechnungen noch den gleichen Arbeitsvertrag (Lohnvereinbarung neu offenbar Fr. 4'600.-- anstatt Fr. 5'800.--) ein wie bei der Beschwerdegegnerin (act. G 3.1/7).

Die Steuerbehörde berechnete die Quellensteuer aufgrund eines Einkommens von Fr. 4'600.--, jedoch ohne einen Anteil 13. Monatslohn zu berücksichtigen, wie sich aus einem entsprechenden Kontoauszug ergibt (act. G 3.1/3). Nachdem bei der Quellensteuer im Normalfall - d.h. bei einem Bruttoeinkommen von weniger als Fr. 120'000.-- - kein nachträgliches ordentliches Veranlagungsverfahren stattfindet (Art. 112 Abs. 1 StG in Verbindung mit Art. 59 Abs. 1 StV), und darüber hinaus in der Regel nicht einmal eine Verfügung erlassen wird (Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st. gallische Steuerrecht, 6. Aufl., S. 414), beruht selbst die Erhebung der Quellensteuer letztlich auf der blossen Deklaration durch den ehemaligen Geschäftspartner des Beschwerdeführers. Da der gemeldete Lohn für einen Gerüstmonteur nicht als zu tief erscheint, hatte die Steuerbehörde zudem keine Veranlassung, die Angaben einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Der genannten Aufstellung der bezahlten Quellensteuer kann somit - wie auch dem Lohnausweis als Grundlage der Steuererklärung - höchstens der Stellenwert einer Steuererklärung zukommen, nicht jedoch der einer rechtskräftigen Veranlagungsverfügung.

2.4 Zusammenfassend ergibt sich somit kein in sich kohärentes Bild. Vielmehr gaben der Beschwerdeführer und sein Geschäftspartner immer wieder wechselnde Beträge



an. Auch wenn er im vorliegenden Verfahren selber vom ursprünglich deklarierten Betrag von Fr. 5'800.-- abrückt, ist für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Angaben nicht ohne Belang, wenn der Beschwerdeführer bzw. sein Geschäftspartner gegenüber der Beschwerdegegnerin zunächst einen viel höheren Betrag angibt (von beiden mehrfach unterschriftlich bestätigt), später jedoch ohne plausible Erklärung von einem erheblich tieferen Lohn ausgeht, der gegenüber den Steuer- und Abgabebehörden deklariert wird. Nicht überzeugend erscheint in diesem Zusammenhang auch die Angabe des Geschäftsführers in seinem Schreiben vom 26. Mai 2009, wo er die in der Arbeitgeberbescheinigung genannte "falsche Zahl" als blosses Missverständnis darstellen will (act. G 3.1/8), stimmt doch diese "Zahl" mit den (ursprünglichen) Lohnabrechnungen und dem (ursprünglichen) Arbeitsvertrag überein, wobei diese Dokumente ja von der Arbeitgeberin stammen. Unklar bleibt sodann, weshalb im Lohnausweis vom 23. Februar 2009 wiederum ein wesentlich höherer Lohn angegeben wird. Insgesamt erscheint damit der ab dem Einspracheverfahren geltend gemachte Monatslohn von Fr. 4'600.-- lediglich als neue Variante, über deren Richtigkeit wiederum nur der Beschwerdeführer und dessen früherer Geschäftspartner Auskunft geben können. Dass die Anstellung des Beschwerdeführers bei seinem Kollegen genau die gemäss Art. 37 Abs. 4 lit. a AVIV für eine Neuberechnung des versicherten Verdienstes geforderte Mindestdauer von sechs Monaten umfasste, vermag schliesslich den Standpunkt des Beschwerdeführers ebenfalls nicht zu erhärten. Mit der Beschwerdegegnerin ist deshalb festzustellen, dass der Nachweis des behaupteten höheren Verdienstes für die Dauer von sechs Monaten nicht mit dem geforderten Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gelingt. Der Beschwerdeführer trägt damit die Folgen der Beweislosigkeit, womit der versicherte Verdienst auch für die Zeit ab dem 1. März 2009 bei Fr. 3'596.-- bleibt.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG **entschieden:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.



2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.