



Fall-Nr.: AVI 2009/76
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 12.09.2019
Entscheiddatum: 12.04.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 12.04.2010

Art. 23 Abs. 1 AVIG. Versicherter Verdienst. Abweichung von arbeitsvertraglich vereinbartem und effektiv ausbezahltem Lohn. Vorliegend kann ausnahmsweise auf vereinbarten Lohn abgestellt werden, da ein Missbrauch im Sinn der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. April 2010, AVI 2009/76).

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterinnen Miriam Lendfers und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiberin Andrea Keller

Entscheid vom 12. April 2010

in Sachen

M.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Daniel Küng, Rosenbergstrasse 51, Postfach 1121, 9001 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



versicherter Verdienst

Sachverhalt:

A.

M.____ war vom 3. Oktober 1997 bis 31. August 2007 bei der Metzgerei A.____ als Chauffeur/Hilfsmetzger angestellt (act. G 3.1.B54 und 3.1.B49). Am 2. August 2007 meldete er sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 24. September 2007 an (act. G 3.1.B48). In der Folge errechnete die Kantonale Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) aufgrund der vom Versicherten eingereichten Unterlagen einen versicherten Verdienst in Höhe von Fr. 3'000.--. Mit Schreiben vom 20. Januar 2009 machte der Versicherte, vertreten durch Fürsprecher Daniel Küng, geltend, sein AHV-pflichtiger Lohn betrage weit mehr als Fr. 3'000.-- (act. G 3.1.A22). Mit Verfügung vom 14. April 2009 setzte die Kasse den versicherten Verdienst auf Fr. 3'000.-- fest. Weil sich aus den Unterlagen Differenzen in Bezug auf die Lohnhöhe ergäben, müsse der versicherte Verdienst nach den effektiven Bezügen, welche aus Bank- oder Postkontoauszügen ersichtlich seien, berechnet werden (act. G 3.1.A12a).

B.

Gegen diese Verfügung erhob der Vertreter des Versicherten am 18. Mai 2009 Einsprache und beantragte, der versicherte Verdienst sei auf mindestens Fr. 4'053.40 festzulegen. Entscheidend sei nicht, welchen Lohn der Versicherte effektiv bezogen, sondern auf welchen Verdienst er gemäss den einschlägigen gesetzlichen und arbeitsvertraglichen Bestimmungen Anspruch gehabt habe (act. G 3.1.A10). Mit Entscheid vom 27. Juli 2009 wies die Kasse die Einsprache ab. Der Versicherte habe weit über die zu berücksichtigende Rahmenfrist hinaus monatlich einen Lohn von Fr. 3'000.-- erhalten. Dabei handle es sich um den tatsächlich bezahlten Lohn. Dieser sei für die Berechnung des versicherten Verdiensts massgebend. Unbesehen auf arbeitsvertraglich festgelegte Löhne abzustellen, brächte die Gefahr missbräuchlicher Absprachen mit sich, indem fiktive Löhne als vereinbart attestiert werden könnten, die in Wirklichkeit nie zur Auszahlung gelangt seien (act. G 3.1.A5).



B.a Mit Eingabe vom 7. September 2009 erhebt der Vertreter des Versicherten Beschwerde und beantragt, der Einspracheentscheid vom 27. Juli 2009 und die Verfügung vom 14. April 2009 seien aufzuheben, soweit sie einen höheren versicherten Verdienst als Fr. 3'000.-- verneinten. Der versicherte Verdienst sei auf mindestens Fr. 4'053.40 festzulegen. Eventuell sei die Angelegenheit zwecks neuer Berechnung des versicherten Verdiensts an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Zur Begründung verweist er u.a. auf das (damals ebenfalls am kantonalen Versicherungsgericht hängige, inzwischen durch Beschwerdeabweisung erledigte) Verfahren derselben Parteien betreffend Insolvenzenschädigung (AVI 2009/33). In jenem Verfahren habe sich die Beschwerdegegnerin nie auf den Standpunkt gestellt, der Beschwerdeführer beantrage Insolvenzenschädigung für einen fiktiven Lohn bzw. für einen fiktiven Lohnausfall. Vielmehr habe die Beschwerdegegnerin einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung mit der Begründung verneint, dass er diesen nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses angeblich nicht rechtzeitig geltend gemacht habe bzw. weil es ihm angeblich hätte zugemutet werden dürfen, die bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausstehenden Lohnforderungen in der Höhe von Fr. 20'020.60 noch während des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen. Dafür, dass es sich beim geltend gemachten Lohn nicht um einen fiktiven, sondern um den effektiven Lohn handle, spreche auch der Umstand, dass die entsprechenden Ausstände im Konkursverfahren geltend gemacht und bedingt kolloziert worden seien. In den letzten sechs Monaten vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses habe der durchschnittliche Monatslohn des Beschwerdeführers Fr. 4'053.40 betragen (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 6. Oktober 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung bringt sie vor, dem Beschwerdeführer sei seit Jahren ein Lohn in der Höhe von Fr. 3'000.-- ausbezahlt worden. Er habe somit einen arbeitsvertraglich geschuldeten Lohn in dieser Höhe stillschweigend akzeptiert. Dieser Lohn sei somit vertraglich vereinbart worden. Es bestehe kein Grund, einen arbeitsvertraglich weder geschuldeten noch bezahlten Lohn als Berechnungsgrundlage für die Bemessung des versicherten Verdiensts zu nehmen (act. G 3).

B.c Mit Replik vom 30. Oktober 2009 hält der Vertreter des Beschwerdeführers an seinen Anträgen fest (act. G 5).



B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf das Einreichen einer Duplik (vgl. act. G 9).

Erwägungen:

1.

Im Verfahren betreffend Insolvenzenschädigung (AVI 2009/33) wurde festgestellt, dass dem Beschwerdeführer seit Oktober 2005 (mit Ausnahme der Monate Oktober und November 2006 sowie Januar bis März und Mai 2007, in denen er keine Gehaltszahlung erhalten hat) ein Lohn von monatlich Fr. 3'000.-- bezahlt wurde. Demgegenüber wiesen die vom Beschwerdeführer eingereichten Lohnlisten zwar einen unregelmässigen, im Durchschnitt jedoch höheren AHV-pflichtigen Lohn aus. Dies wird von den Parteien denn auch gar nicht bestritten. Umstritten und zu prüfen ist in diesem Zusammenhang jedoch die Bemessung des versicherten Verdiensts, insbesondere, ob diesbezüglich auf den zuletzt effektiv ausbezahlten oder den - wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht - höheren vereinbarten Lohn abzustellen ist. Unbehelflich ist hierbei die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach man im Verfahren betreffend Insolvenzenschädigung von einem über Fr. 3'000.-- liegenden Einkommen ausgegangen sei, wurde in jenem Verfahren doch ausdrücklich offen gelassen, ob die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Lohnforderung überhaupt bestehe bzw. glaubhaft gemacht worden sei (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. November 2009, AVI 2009/33 E. 3).

2.

2.1 Nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) gilt als versicherter Verdienst der im Sinn der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02) regelt den Bemessungszeitraum. Danach bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Abs. 1). 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 (Abs. 2). 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 (Abs. 3).

2.2 Bei der Ermittlung des versicherten Verdiensts ist grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen, rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinn 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. 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. Die Praxis, in begründeten Ausnahmefällen auf das vertraglich geschuldete Gehalt abzustellen, rechtfertigt sich - unabhängig davon, dass Beiträge nur auf den effektiv bezahlten Löhnen abgerechnet wurden -, weil der Schutzzweck der Arbeitslosenversicherung (vgl. Art. 1a Abs. 1 AVIG) es gebietet, einen Versicherten, dessen Arbeitgeber seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkam bzw. nicht nachkommen konnte, nicht noch zusätzlich mit einer Kürzung der Leistungsanwartschaft zu "bestrafen", also den bereits bei bestehendem Arbeitsverhältnis erlittenen Erwerbsausfall in das versicherte Risiko der Arbeitslosigkeit zu übernehmen und daselbst fortzusetzen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht] vom 29. Juli 2005, C.161/04 E. 3.1, mit Hinweisen).

3.

3.1 In der Beschwerdeantwort stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, da dem Beschwerdeführer seit Jahren ein Lohn in Höhe von Fr. 3'000.-- ausbezahlt



worden sei, habe er diesen Betrag als geschuldeten Lohn anerkannt. Dieser Lohn sei somit vertraglich vereinbart worden.

3.2 Diese Annahme findet in den Akten keine Stütze. So hat der Beschwerdeführer gemäss Lohnlisten (act. G 3.1.B52 f.) in den Jahren 2006 und 2007 durchschnittlich ein über dem Betrag von Fr. 3'000.-- liegendes Monatseinkommen erzielt, wobei die Einkommen in den einzelnen Monaten stark schwankten. Im Arbeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Metzgerei A.____ vom 30. Oktober 1997 war sodann ein Bruttolohn von Fr. 23.-- pro Stunde vereinbart worden, wobei der Vertrag keine Regelung über die zu absolvierende Arbeitszeit enthält (act. G 3.1.B54). Der vereinbarte Stundenlohn galt offenbar auch noch im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Jahr 2007, gab die Metzgerei A.____ in der Arbeitgeberbescheinigung vom 23. August 2007 doch einen "letzten Stundenlohn" von Fr. 23.-- an (act. G 3.1.B47). Zudem stimmen die dortigen Angaben der Metzgerei A.____ über den letzten Monatslohn (netto Fr. 3'889.--) sowie über die Einkommen von 1. Januar bis 31. Dezember 2006 (netto Fr. 39'584.20) und 1. Januar bis 31. Juli 2007 (netto Fr. 23'021.40) mit den Angaben in den betreffenden Lohnlisten überein (act. G 3.1.B52 f. und 3.1.B47). Den Umstand, dass dem Beschwerdeführer monatlich lediglich Fr. 3'000.-- ausbezahlt wurden, hat dieser im Rahmen des Verfahrens betreffend Insolvenzenschädigung glaubhaft mit finanziellen Schwierigkeiten der Metzgerei A.____ - über welche in der Folge denn auch der Konkurs eröffnet wurde - begründet. Insgesamt ist damit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der zwischen dem Beschwerdeführer und der Metzgerei A.____ vereinbarte Lohn Fr. 23.-- pro Stunde betragen hat.

3.3 Mit Blick auf die oben zitierte Rechtsprechung (E. 2.2) bleibt damit zu prüfen, ob vorliegend ausnahmsweise auf den vereinbarten (und nicht auf den ausbezahlten) Lohn abgestellt werden kann. Dies ist zu bejahen. So kam dem Beschwerdeführer bei der Metzgerei A.____ keine arbeitgeberähnliche Stellung zu, die es ihm ermöglicht hätte, die Höhe seines Lohns zu beeinflussen. Zudem bestand das fragliche Arbeitsverhältnis bereits seit 1997, so dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung weit mehr als die zwölf geforderten Beitragsmonate in der betreffenden Rahmenfrist geleistet hatte. Dabei blieb der vereinbarte Stundenlohn von Fr. 23.-- offenbar während der gesamten Dauer des



Arbeitsverhältnisses unverändert und wurde dem Beschwerdeführer bis und mit September 2005 auch effektiv ausbezahlt. Unter diesen Umständen kann ein Missbrauch im Sinn der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden, weshalb ausnahmsweise auf den vom Auszahlungsbetrag abweichenden vereinbarten Lohn abgestellt werden kann.

3.4 Der Beschwerdeführer hat bei der Metzgerei A.____ in einem unregelmässigen Pensum gearbeitet. In den Akten finden sich keine detaillierten Lohnabrechnungen, jedoch Lohnlisten für die Jahre 2006 und 2007 (act. G 3.1.B52 f.); in den Akten der Beschwerdegegnerin im Verfahren AVI 2009/33 betreffend Insolvenzenschädigung findet sich eine weitere Lohnliste für 2007 inklusive August. Aus diesen Lohnlisten geht nicht hervor, wie viele Stunden der Beschwerdeführer in den fraglichen Monaten effektiv gearbeitet hat bzw. ob der dort ausgewiesene Lohn tatsächlich auf einem Stundenlohn von Fr. 23.-basiert. Die Lohnliste 2006 (act. G 3.1.B52) stimmt im Übrigen nicht mit dem Lohnausweis 2006 (act. G 3.1.B91) überein. Die Sache ist daher zu weiteren Abklärungen zur Ermittlung des arbeitsvertraglich geschuldeten Lohns (im Sinn der AHV-Gesetzgebung) an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Auf dieser Basis wird sie den versicherten Verdienst des Beschwerdeführers zu ermitteln haben.

4.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, und die Sache ist zu weiteren Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Hingegen hat der obsiegende Beschwerdeführer bei diesem Verfahrensausgang Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden 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.--. Vorliegend erscheint eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) als angemessen.

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



1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 27. Juli 2009 aufgehoben, und die Sache wird zu weiteren Abklärungen und zur anschliessenden neuen Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen).