



<b>Fall-Nr.:</b>	AVI 2010/2
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	AVI - Arbeitslosenversicherung
<b>Publikationsdatum:</b>	30.08.2019
<b>Entscheiddatum:</b>	24.08.2011

### **Entscheid Versicherungsgericht, 24.08.2011**

**Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG. Erfüllung der Beitragszeit bei einem Arbeitnehmer, der bis zum Konkurs der GmbH deren Gesellschafter war. Auf Grund der Umstände Lohnfluss und damit die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung bejaht. Rückweisung zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen (Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. August 2011, AVI 2010/2). Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Karin Huber-Studerus und Marie Löhner; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach** **Entscheid vom 24. August 2011 in Sachen A.\_\_\_\_, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Federico A. Pedrazzini, Vadianstrasse 35, Postfach 115, 9001 St. Gallen, gegen UNIA Arbeitslosenkasse, Sektion St. Gallen, Teufenerstrasse 8, Postfach 2163, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Arbeitslosenentschädigung (Beitragszeit) Sachverhalt:**

A.

A.a A.\_\_\_\_ meldete sich am 10. September 2008 zur Arbeitsvermittlung beim RAV St. Gallen und beanspruchte ab 1. September 2008 Arbeitslosenentschädigung. Er gab an, er sei von 1. Februar 2005 bis 31. August 2008 in der B.\_\_\_\_ GmbH als Gerüstbauer beschäftigt gewesen. Wegen Auflösung der Firma (Konkurs) sei das Arbeitsverhältnis per 31. August 2008 gekündigt worden (act. G 9.1). Die Unia-Arbeitslosenkasse verneinte mit Verfügung vom 3. Oktober 2008 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weil der Versicherte bei der B.\_\_\_\_ GmbH noch eine Organstellung inne habe (act. G 9.1).

A.b Der Versicherte meldete sich am 3. Juni 2009 erneut zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an (act. G 9.2). Am 25. Mai 2009 war die B.\_\_\_\_ GmbH in Liquidation im Handelsregister von Amtes wegen gelöscht worden, nachdem am 22.



Januar 2009 über die GmbH der Konkurs eröffnet und am 6. Februar 2009 mangels Aktiven das Verfahren eingestellt worden war (act. G 9.4). Mit Verfügung vom 6. August 2009 beschied die Unia-Arbeitslosenkasse dem Versicherten, mangels nachgewiesenem Lohnfluss könne kein versicherter Verdienst ermittelt werden, mithin bestehe kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (act. G 9.7). Die dagegen erhobene Einsprache vom 11. September 2009 wies die Unia-Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 21. November 2009 ab (act. G 9.8 und 9.9).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 8. Januar 2010 mit den Anträgen auf Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie auf Zusprache von Arbeitslosenentschädigung ab dem 31. August 2008, eventualiter ab dem 21. Januar 2009. Ausserdem sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu bewilligen. Zur Begründung wird auf die Lohnausweise aus den Jahren 2006 bis 2008 verwiesen. Daraus gehe hervor, dass der Beschwerdeführer von Januar 2006 bis Juni 2008 Lohn bezogen habe. Des Weiteren sei aus dem IK-Auszug für 2008 zu sehen, dass der Beschwerdeführer bzw. die B.\_\_\_\_ GmbH von Januar bis Juni 2008 Beiträge bezahlt habe, weil der Beschwerdeführer in diesem Zeitraum einen Lohn erhalten habe. Diese Dokumente hätten sowohl vor der Steuerbehörde als auch vor der Abgabebehörde Bestand. Dass aus den Bankauszügen nur einige Lohnzahlungen ersichtlich seien, begründe sich in der Tatsache, dass der Beschwerdeführer seinen Lohn nicht immer aufs Lohnkonto ausbezahlt bekommen habe. Mehrmals habe er den Lohn auch bar erhalten. Bei der B.\_\_\_\_ GmbH handle es sich um einen Kleinbetrieb, in dem die Gesellschafter zudem miteinander verwandt seien. Geschäftsführer sei der Sohn des Beschwerdeführers. Es sei deshalb nicht üblich, dass bei Auszahlungen Quittungen ausgehändigt oder verlangt würden. Dennoch sei bei Auszahlungen auch eine entsprechende Lohnabrechnung abgegeben worden. Es sei im Geschäftsleben auch nicht üblich, dass die Lohnabrechnungen gegengezeichnet würden. Mithin sei nicht daran zu zweifeln, dass der Beschwerdeführer von Januar 2006 bis Juni 2008 tatsächlich einen Lohn erhalten habe, den er auch gegenüber den Steuer- und Sozialversicherungsbehörden deklariert habe. Dies werde auch durch die Steuerveranlagungen belegt. Es sei



widersinnig anzunehmen, der Beschwerdeführer habe zwar einen Lohn gegenüber der Steuerbehörde deklariert, diesen aber in Wirklichkeit gar nicht erhalten.

Weiter gehe auch aus den Kontoblättern der B.\_\_\_\_ GmbH für die Jahre 2006 bis 2008 hervor, dass dem Beschwerdeführer für diesen Zeitraum der Lohn ausbezahlt worden sei. Aus den Erfolgsrechnungen der GmbH für die Jahre 2006 bis 2008 sei sodann der gesamte Lohnaufwand zu erkennen, wenn auch die einzelnen Löhne nicht aufgeführt seien. Diese Belege seien von der Revisionsstelle revidiert worden und stellten für die B.\_\_\_\_ GmbH Steuergrundlage dar. Es gehe nicht an, die Korrektheit dieser Belege zu bezweifeln.

Die GmbH habe ihre Aktivitäten Ende Juni 2008 eingestellt und sämtliche Arbeitsverhältnisse per 31. August 2008 aufgelöst. Der Beschwerdeführer habe deshalb den Lohn nur bis Ende Juni 2008 erhalten. Er habe deshalb Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab diesem Zeitpunkt. Am 21. Januar 2009 sei sodann die Bilanz der B.\_\_\_\_ GmbH deponiert worden. Spätestens ab diesem Zeitpunkt wären die Arbeitsverhältnisse durch das Konkursamt St. Gallen per sofort aufgelöst worden. Spätestens ab diesem Datum habe er somit Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 5. März 2010 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Aus den vom Versicherten eingereichten Bankauszügen seines Privatkontos seien nur eine Lohngutschrift von Fr. 5'646.25 im November 2007 sowie eine Gutschrift von Fr. 5'751.25 im Februar 2008 aufgeführt. Im Auszug des Individuellen Kontos seien Einkommen der B.\_\_\_\_ GmbH im Jahr 2007 von Fr. 78'000.-- sowie von Fr. 39'000.-- und Fr. 25'000.-- im Jahr 2008 festgehalten. Liessen sich keine Bank- oder Postbelege beibringen, sei der Lohnfluss und die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung in der Regel nicht nachgewiesen. Der Lohnfluss lasse sich allein durch Lohnabrechnungen nicht nachweisen (act. G 9). Der Beschwerdeführer verzichtet auf das Einreichen einer Replik (act. G 12).

B.c Mit Präsidialverfügung vom 8. April 2010 wird dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverbeiständung bewilligt (act. G 10).



B.d An seiner Sitzung vom 13. Januar 2011 hat das Versicherungsgericht beschlossen, weitere Abklärungen betreffend den Lohnfluss vorzunehmen und den Beschwerdeführer aufgefordert, die vollständige Buchhaltung der B.\_\_\_\_ GmbH (Erfolgsrechnungen und Bilanzen, inkl. Kontoblätter) für die Jahre 2006 bis 2008 einzureichen (act. G 19). Am 19. Januar 2011 reicht der Beschwerdeführer die Jahresabschlüsse für die Jahre 2006 bis 2008 ein (act. G 20). Auf nochmalige Aufforderung des Gerichts reicht er am 31. März 2011 zudem die Kontoblätter Kasse, Kontokorrent Kantonbank, AHV/ALV/FAK sowie BVG/Pensionskasse ein (act. G 24). Im Weiteren reicht die Sozialversicherungsanstalt St. Gallen auf entsprechende Aufforderung der Gerichtsleitung am 19. Mai 2011 Unterlagen betreffend die Abrechnung der Löhne der B.\_\_\_\_ GmbH sowie die Geltendmachung von Schadenersatz für offen gebliebene Lohnbeiträge beim Geschäftsführer C.\_\_\_\_ ein (act. G 26). Der Rechtsvertreter des Versicherten äussert sich mit Stellungnahme vom 27. Juni 2011 dahingehend, dass die Lohnsummen für die Jahre 2008 und 2009 korrekt gemeldet worden seien. Aus den massgeblichen Beitragsjahren seien heute keine Beiträge mehr offen. Die angehobenen Schadenersatzverfahren betreffen die Jahre 2004 und 2006 (act. G 29).

Erwägungen:

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).

2.

2.1 Vorliegend meldete sich der Beschwerdeführer erstmals am 10. September 2008 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Damals verneinte die Beschwerdegegnerin die Anspruchsberechtigung auf Grund der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers in der B.\_\_\_\_ GmbH (act. G 9.1). Soweit sich aus Vorakten und Ausführungen des Beschwerdeführers ergibt, erwuchs diese Verfügung unangefochten in Rechtskraft. Offenbar erfüllte der Beschwerdeführer in der Folge auch die Kontrollvorschriften gemäss Art. 17 AVIG nicht mehr. Er meldete sich sodann am 3. Juni 2009 erneut zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an. Nachdem nach der erstmaligen Anmeldung keine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet wurde, ist vorliegend für die Festsetzung der Rahmenfrist für die Beitragszeit der Zeitraum vom 3. Juni 2007 bis zum 2. Juni 2009 massgebend (vgl. Art. 9 Abs. 2 und 3 AVIG). Konkret ist somit zu prüfen, ob in der Zeit vom 3. Juni 2007 bis Ende Juni 2008 (Stellenverlust bzw. Einstellung der Lohnzahlungen) Lohnzahlungen der B.\_\_\_\_ GmbH an den Beschwerdeführer geflossen sind, bzw. dieser eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat.

2.2 Der Beschwerdeführer war bis zur Löschung der B.\_\_\_\_ GmbH (25. Mai 2009) als deren Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen. Geschäftsführer und Gesellschafter mit Einzelunterschrift war sein Sohn C.\_\_\_\_ (act. G 9.4; vgl. auch Beschwerdeschrift S. 6). Unbestrittenermassen kann damit nicht allein auf die Arbeitgeberbescheinigung abgestellt werden. Vielmehr hat der Beschwerdeführer die von ihm geltend gemachte Beschäftigung bei der B.\_\_\_\_ GmbH und den Lohnfluss anderweitig zu beweisen, will er daraus doch einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ableiten.

2.3 Wie sich aus der eingeholten Buchhaltung ergibt, erzielte die GmbH in den Jahren 2006 bis Mitte 2008 jeweils einen Umsatz (Nettoverkaufserlös) von rund Fr. 350'000.-- bis Fr. 370'000.-- (2006, 2007) bzw. im ersten Halbjahr 2008 einen solchen von rund Fr. 170'000.-- (act. G 20.1 - 20.3). Diese Einnahmen stammten im Wesentlichen von



der D.\_\_\_\_ AG, die ihre Zahlungen in der Regel auf das Kontokorrent der B.\_\_\_\_ GmbH leistete. Von dort wurde regelmässig Geld in die Kasse transferiert. Ab und zu bezahlte die D.\_\_\_\_ AG ihre Rechnungen direkt in bar (Kontoblatt KK KB 2007, 2008; Kontoblatt Kasse 2007, 2008 [act. G 24.1, 24.2, 24.5 und 24.6]). Im Weiteren ist aus den Kontoblättern ersichtlich, dass der Beschwerdeführer seinen Lohn namentlich in der massgebenden Zeit ab Juni 2007 regelmässig erhalten hat. Dieser wurde mehrheitlich aus der Kasse bezahlt. So erhielt der Beschwerdeführer in den Monaten Juli bis September 2007 jeweils Fr. 5'610.-- ausbezahlt (netto; 31. Juli, 31. August und 28. September 2007, im Dezember 2007 Fr. 5'448.75 bar aus der Kasse (28. Dezember 2007 [act. G 24.1]). In den Monaten Juni, Oktober und November 2007 erhielt er jeweils den Betrag von Fr. 5'646.25 aus dem Kontokorrent (act. G 24.2). Im Jahr 2008 erhielt er jeweils den Betrag von Fr. 5'721.25 aus der Kasse, im Februar 2008 aus dem Kontokorrent (31. Januar, 21. Februar, 31. März, 30. April, 30. Mai und 30. Juni 2008 [act. G 24.5 und 24.6]). Die Banküberweisungen werden auch durch die Kontoauszüge des Privatkontos des Beschwerdeführers belegt. Diesbezüglich werden die für die Monate Juni, Oktober und November 2007 überwiesenen Beträge von Fr. 5'646.25 bestätigt, ebenso der Februar 2008-Lohn vom 21. Februar 2008 (act. G 17.4, 17.5 und G 9.5).

Der Bruttolohn von monatlich Fr. 6'500.-- bzw. Fr. 78'000.-- im Jahr wurde sodann mit der AHV abgerechnet (act. G 26.4 - 26.6). Die darauf entfallenden Beiträge blieb die B.\_\_\_\_ GmbH allerdings zu einem guten Teil schuldig (vgl. Schadenersatzverfügungen vom 7. April 2010, wo auch Beiträge aus den Jahren 2007 und 2008 einbezogen wurden [act. G 26.11]; vgl. auch Bilanz per 31. Dezember 2008 [Konkursbilanz], wonach die Firma dem Kreditor Sozialversicherungsanstalt St. Gallen noch Fr. 21'870.40 schuldete [act. G 20.3]). Schliesslich bescheinigte die Arbeitgeberin auf den Lohnausweisen für 2007 und 2008 (bis 30. Juni) einen Bruttolohn von Fr. 80'040.-- (inkl. Kinderzulagen von Fr. 2'040.-- [12 X Fr. 170.--]) bzw. von Fr. 65'500.-- (inkl. einer "Erfolgsbeteiligung" von Fr. 25'000.-- [vgl. Kontoblatt Löhne 2008, S. 3] und Ausbildungszulagen von Fr. 1'500.-- [6 X Fr. 250.--]). Diese Beträge wiederum stimmen mit den Steuerveranlagungen überein (einschliesslich Spesenanteilen [act. G 1.1/5.3 und 7]).



2.4 Zusammenfassend ist bei diesen Umständen davon auszugehen, dass die B.\_\_\_\_ GmbH tatsächlich operativ tätig war und der Beschwerdeführer mindestens während des massgebenden Bemessungszeitraums dort eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Auch wenn die GmbH für die Barzahlungen keine Quittungen vorweisen konnte, ist somit von einem ausreichend belegten Lohnfluss während mindestens zwölf Monaten auszugehen und insgesamt von der Erfüllung der Beitragszeit. Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen sowie den versicherten Verdienst wird die Beschwerdegegnerin noch zu prüfen bzw. festzulegen haben.

Nachdem sich der Beschwerdeführer mit der Abweisung seines ersten Antrages vom 10. September 2008 abgefunden hatte und den Kontrollvorschriften - soweit ersichtlich - nicht mehr nachgekommen war, besteht unter Vorbehalt der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen ein allfälliger Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung frühestens ab dem Datum der zweiten Anmeldung vom 3. Juni 2009.

3.

3.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Die Sache ist sodann zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

3.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Indessen hat der Beschwerdeführer beim vorliegenden Verfahrensausgang, der einem teilweisen Obsiegen entspricht, 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.--. Ausgehend von einer aufgrund des zusätzlichen Beweisverfahrens erhöhten Parteientschädigung von Fr. 4'000.--, erscheint vorliegend eine Parteientschädigung im Umfang des teilweisen Obsiegens von Fr. 2'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Auf Grund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung ist überdies der Entschädigungsanspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters gegenüber dem Staat



festzulegen. Die vom Staat geschuldete Entschädigung beläuft sich auf Fr. 3'200.-- (um 20 % reduziertes Honorar nach Art. 31 Abs. 3 des Anwaltsgesetzes [sGS 963.70]).

Soweit die Gegenpartei kostenpflichtig ist, kann der Staat auf sie Rückgriff nehmen (Art. 99 Abs. 2 VRP i.V.m. Art. 282 lit. c ZPG/SG). Entsprechend ist dem Staat im Betrag von Fr. 2'000.-- das Rückgriffsrecht auf die Beschwerdegegnerin einzuräumen.

Wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse es gestatten, kann der Beschwerdeführer zur Rückzahlung der vom Staat entschädigten Gerichts- und Parteikosten verpflichtet werden (Art. 288 Abs. 1 ZPG/SG i.V.m. Art. 99 Abs. 2 VRP/SG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 21. November 2009 aufgehoben und festgestellt, dass der Beschwerdeführer für einen Leistungsbeginn ab 3. Juni 2009 die Beitragszeit erfüllt hat.
2. Die Sache wird zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Der Staat entschädigt den unentgeltlichen Rechtsbeistand mit Fr. 3'200.--. Er kann im Betrag von Fr. 2'000.-- Rückgriff auf die Beschwerdegegnerin nehmen.