



Fall-Nr.: AVI 2015/16
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 05.10.2016
Entscheiddatum: 05.10.2016

Entscheid Versicherungsgericht, 05.10.2016

Art. 23 Abs. 1 AVIG. Versicherter Verdienst. Ehefrau arbeitete in der Zahnarztpraxis ihres Ehemannes. Dabei wurde der Lohn jeweils buchhalterisch auf ein Eigenkapitalkonto gebucht. Zur Bestreitung des Lebensunterhalts tätigten die Ehegatten jeweils Bezüge vom Geschäftskonto bzw. vom Konto des Ehemannes. Eine klare Abtrennung eines der Beschwerdeführerin zustehenden und in ihrer alleinigen Verfügungsgewalt stehenden Lohnes ist damit nicht ausgewiesen, weshalb diese Tätigkeit keine Beitragszeiten bildet (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 5. Oktober 2016, AVI 2015/16). Entscheid vom 5. Oktober 2016

Besetzung

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

Geschäftsnr.

AVI 2015/16

Parteien

A.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Simon Näscher,

Alte Landstrasse 106, Postfach 101, 9445 Rebstein,



St.Galler Gerichte

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilen-strasse 16/18, 9000 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

versicherter Verdienst (Lohnfluss)

Sachverhalt

A.

A.a A.____ meldete sich per 1. Juni 2014 zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern und zur Stellenvermittlung an (act. G 3.1/125 und 131 ff.). Ihre Teilzeitbeschäftigung als Rezeptionistin in der Zahnarztpraxis ihres Ehemannes Dr. A.____ wurde von diesem infolge Praxisaufgabe per 30. Mai 2014 gekündigt (act. G 3.1/130). Der Arbeitgeber gab an, der ahv-pflichtige Gesamtverdienst habe in den Jahren 2012 und 2013 je Fr. 36'000.--, im Jahr 2014 (bis Mai) Fr. 15'000.-- betragen (act. G 3.1/137). Am 18. September 2014 teilte die damalige Rechtsvertreterin von A.____, die B.____ Treuhand, auf Nachfrage der Kantonalen Arbeitslosenkasse mit, der geltend gemachte Lohn (von Fr. 3'000.-- pro Monat) sei bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen sowie bei den Steuerbehörden ordnungsgemäss abgerechnet worden. Da in einer Einzelfirma kein entsprechender Lohn bezogen werden könne, sondern der Gewinn der Einzelfirma schlussendlich das Einkommen aus der Einzelfirma widerspiegle, hätten die Eheleute A.____ von Barbezügen aus der Einzelfirma gelebt, welche am Ende des Jahres mit dem Gewinn der Einzelfirma verrechnet worden seien. Deshalb sei der Lohn von A.____ nicht monatlich ausbezahlt, sondern der Einzelfirma belastet und dem Eigenkapital gutgeschrieben worden (act. G 3.1/90).

A.b Mit Verfügung vom 22. Oktober 2014 wies die Kantonale Arbeitslosenkasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab, da die Antragstellerin den tatsächlich realisierten Lohn nicht nachweisen könne. Die Anstellung bei Dr. A.____ könne somit nicht als Beitragszeit angerechnet werden. Der Anspruch auf



Arbeitslosenentschädigung müsse infolge fehlender Beitragszeit abgewiesen werden (act. G 3.1/76 ff.).

A.c Mit Einsprache vom 18. November 2014 liess die Versicherte geltend machen, das fragliche Arbeitsverhältnis sei effektiv gelebt worden. Dies könne ohne weiteres durch neutrale Drittpersonen bestätigt werden. Der jeweilige Jahres-Bruttolohn sei gemäss gängiger Praxis bei Einzelfirmen mit Lohnbezug der Ehefrau im Lohnkonto Nr. 5000 verbucht und dem Eigenkapital, konkret den Konten Nr. 2820 und 2850, gutgeschrieben worden, die A.____ für entsprechende Gehaltsbarentnahmen auch mittels eigener Kontovollmacht jeweils zur Verfügung gestanden hätten (act. G 3.1/57 ff.). Im Einspracheverfahren anerkannte die Arbeitslosenkasse, dass die Versicherte vom 1. September 2003 bis zum 30. Mai 2014 bei Dr. A.____ gearbeitet habe (act. G 3.1/48). Nach weiteren Abklärungen verneinte sie jedoch mit Einspracheentscheid vom 4. März 2015 einen nachweisbaren Lohnfluss. Aus den eingereichten Unterlagen gehe hervor, dass dem Sparkonto (lautend auf A.____) letztmals am 16. Mai 2013 ein Betrag von Fr. 40'000.-- gutgeschrieben worden sei, welcher von der Einsprecherin als Lohnzahlung angegeben worden sei. Die Zahlung liege jedoch ausserhalb des für den versicherten Verdienst massgebenden Bemessungszeitraums vom 2. Juni 2013 bis zum 1. Juni 2014. Im Jahr 2012 sei für die Einsprecherin ein Lohnaufwand von Fr. 36'000.-- verbucht worden. Die Gegenbuchung sei sodann auf dem Konto 2850 (Privatbezüge) erfolgt. Für das Jahr 2013 sei die Gegenbuchung sodann auf dem Konto 2820, von welchem der Arbeitslosenkasse keine Unterlagen vorliegen, getätigt worden. Gegenüber der Steuerbehörde sei für 2012 ein Einkommen von Fr. 31'130.-- deklariert worden, für 2013 sei weder die Steuererklärung noch die definitive Steuerveranlagung eingereicht worden. Das vom 2. Juni 2014 datierende Lohnblatt für 2013 weise zwar ebenfalls einen Bruttolohn von Fr. 36'000.-- aus, daraus könne aber nicht gefolgert werden, dass der Lohn effektiv bezogen worden sei. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einem tatsächlichen Lohnbezug des geltend gemachten Jahresbruttolohns von Fr. 36'000.-- im Zeitraum 2013/2014 ausgegangen werden könne. Der geltend gemachte Jahreslohn sei damit nicht rechtsgenüchlich nachgewiesen und die Voraussetzung des Mindestbezugs von effektiv Fr. 500.-- im Durchschnitt der letzten 12 Monate sei damit nicht erfüllt, weshalb kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe (act. G 3.1/34 ff.).

B.



B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 2. April 2015 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Sodann sei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung gutzuheissen. Vorliegend werde der Lohnbezug durch Lohnbuchungen auf das Konto 2820 Kapitalbezüge/-einlagen bewiesen. Für das Jahr 2014 seien bis Mai Fr. 15'000.-- verbucht worden, monatlich somit Fr. 3'000.--. Im Jahr 2013 seien Fr. 36'000.-- verbucht worden, also ebenfalls monatlich Fr. 3'000.-- brutto. Mit den entsprechenden Buchungen sei der Lohnbezug verwirklicht, seien die entsprechenden Beiträge doch aus dem Verfügungsbereich des Betriebs des Ehemannes in den Verfügungsbereich der Beschwerdeführerin verschoben worden. Damit betrage der versicherte Verdienst gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG Fr. 3'000.-- brutto. Diese Form des Lohnbezugs sei bei einem mitarbeitenden Aktionär hinsichtlich der Überweisung des Verdienstes auf ein Aktionärsdarlehenskonto bereits vom Eidgenössischen Versicherungsgericht gutgeheissen worden (EVG C 258/04, Urteil vom 29. Dezember 2005, E. 3.3). Die Beschwerdeführerin sei von der Steuerbehörde für die Steuerperiode 2013 mit einem Einkommen aus unselbstständigem Haupterwerb von Fr. 30'778.-- veranlagt worden. Gleiches habe die Veranlagung für die Steuerperiode 2012 ergeben und werde die Veranlagung für die Steuerperiode 2014 ergeben, welche aber noch nicht vorliege. Die Differenz zum Bruttolohn von Fr. 36'000.-- ergebe sich daraus, dass in der Steuererklärung Nettolöhne auszuweisen seien. Ausserdem sei auch gegenüber der Sozialversicherungsanstalt St. Gallen für die Beschwerdegegnerin sowohl für das Jahr 2013 als auch für das Jahr 2014 (Januar bis Mai) ein monatlicher Lohn von Fr. 3'000.-- brutto ausgewiesen (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 13. Mai 2015 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Nach wie vor müsse ein Lohn effektiv ausbezahlt worden sei, um als versicherter Verdienst in Betracht gezogen zu werden. Die Verbuchung von Löhnen bedeute noch nicht, dass sie effektiv überwiesen worden seien. In der Beschwerde werde ebenfalls ausdrücklich die Verbuchung erwähnt, womit ein Guthaben wohl vorliege. Eine effektive Zahlung werde jedoch damit weder belegt noch glaubhaft gemacht. Der Hinweis auf das Urteil EVG C 258/04 E. 3.3 sei unbehelflich, beziehe sich dieses auf einen anderen Sachverhalt. Da kein versicherter Verdienst belegt sei, sei der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wegen Nichterreichens der Mindestgrenze von Fr. 500.-- (Art. 40 AVIV) abzuweisen (act. G 3).



B.c Mit Replik vom 18. Juni 2015 lässt die Beschwerdeführerin nochmals ausführen, dass der Lohnbezug durch die Buchungen im Konto 2820 Kapitalbezüge/-einlagen bewiesen sei. Die Beschwerdeführerin habe auch nicht behauptet, dass der Sachverhalt von EVG C 258/04 dem vorliegenden entspreche. Sie habe lediglich ausgeführt, dass es eben nicht auf den Lohnfluss ankomme, sondern dass die Art der Lohnzahlung und der Verwendungszweck grundsätzlich frei seien. Diese Feststellung müsse auch im vorliegenden Fall gelten (act. G 5). Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (act. G 7).

Erwägungen

1.

1.1 Die versicherte Person hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wenn sie unter anderem die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 13 und 14 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Nach der Rechtsprechung ist einzig massgebend, dass eine solche Beschäftigung rechtsgenügend dargetan ist. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kommt dabei nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung zu, sondern lediglich derjenige eines bedeutsamen, in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden Indizes. Soweit eine beitragspflichtige Beschäftigung nachgewiesen, der exakte ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (EVG C 83/2006 E. 2.2 mit Hinweisen auf BGE 131 V 451 E. 3.2.3; Urteil N. vom 25. April 2006, C 284/05). Die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung ist jedoch nur Beitragszeiten bildend, wenn und soweit hierfür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird (BGE 131 V 444 E. 1.2 mit Hinweisen).

1.2 Als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 AVIG 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).

2.

2.1 Mit Schreiben vom 23. Januar 2015 anerkannte die Beschwerdegegnerin zwar, dass die Beschwerdeführerin vom 1. September 2003 bis zum 30. Mai 2014 in der Praxis Dr. A. ___ gearbeitet hat (act. G 3.1/48). Dies erscheint auf Grund der Aktenlage plausibel. Nachdem zumindest ab 2008 auch tatsächlich Sozialversicherungsbeiträge abgeführt und entsprechende Einträge im IK vorgenommen sowie von der Steuerbehörde ein Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit veranlagt worden sind (act. G 3.1/27 und 101 f.), ist grundsätzlich vom Vorliegen einer beitragspflichtigen Beschäftigung auszugehen. Die Beschwerdegegnerin stellt sich nun aber auf den Standpunkt, der tatsächlich erzielte Verdienst betrage mangels Nachweises eines höheren Einkommens weniger als Fr. 500.-- und sei deshalb nicht versichert (Art. 40 der Verordnung über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).



2.2 Die Beschwerdeführerin macht einen Jahreslohn von Fr. 36'000.-- bzw. einen monatlichen Bruttolohn und damit einen versicherten Verdienst von Fr. 3'000.-- geltend. Sie führt dazu aus, mit der Gegenbuchung des Lohnaufwands im Konto 2820 (Kapitalbezüge/-einlagen) bzw. 2850 (Privatbezüge) sei dieser Lohnbezug verwirklicht worden, seien doch die entsprechenden Beträge aus dem Verfügungsbereich des Betriebs des Ehemannes in jenen der Beschwerdeführerin übergegangen. Dem ist jedoch mit der Beschwerdegegnerin entgegen zu halten, dass allein auf Grund dieser Ausführungen nicht ohne weiteres auf einen effektiv bezogenen Lohn geschlossen werden kann. Wie auch die frühere Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin (B Treuhand) in ihrer Einsprache vom 18. November 2014 ausführte, erfolgte die Gegenbuchung des Lohnaufwandes (Konto 5000) im Jahr 2012 im Konto 2850 (Privatbezüge). Für das Jahr 2010 erfolgte auf diesem Konto keine Gegenbuchung (act. G 3.1/42 f. und 106). Ab dem Jahr 2013 erfolgte die Gegenbuchung jeweils im Konto 2820 (Kapitalbezüge/-einlagen [act. G 1.3 und 1.4] und G 3.1/96). Dabei handelte es sich - wie die Hasler Treuhand ebenfalls ausführte - um Eigenkapitalkonten (Konten 2800 [vgl. Sterchi/Mattle/Helbling, Schweizer Kontenrahmen KMU]; vgl. auch act. G 3.1/58). Damit verhält es sich anders als im genannten Beispiel des Entscheids des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 258/04 E. 3.3, erfolgte dort die Gegenbuchung des Lohnaufwands im Aktionärsdarlehenskonto, mithin in einem Fremdkapitalkonto. Die Lohnbetreffnisse wurden damit buchhalterisch aus dem Vermögen der AG ausgeschieden und bis zum effektiven Bezug durch den Aktionär als Schulden des Unternehmens geführt.

2.3 Vorliegend verblieben jedoch die Lohnbetreffnisse als Eigenkapital im Vermögen und unter der Verfügungsgewalt der Einzelunternehmung, sodass schon rein buchhalterisch keine Abtrennung des der Beschwerdeführerin zustehenden Lohnes vom Vermögen der Unternehmung erfolgte. Aber auch physisch erfolgte keine Trennung, tätigte die Beschwerdeführerin - wenn auch mit eigener Karte - offenbar jeweils Bezüge in unbekannter Höhe vom Geschäftskonto bzw. vom Konto ihres Ehemannes (Bank D. ___ Kto . Nr. XXXXXX, lautend auf Dr. A. ___ [act. G 3.1/107]). Die ehemalige Rechtsvertreterin führte dazu in ihrer Stellungnahme vom 18. September 2014 aus, es seien in der Einzelfirma keine entsprechenden Löhne ausbezahlt worden. Vielmehr hätten die Eheleute A. ___ von Barbezügen aus der Einzelfirma gelebt, die am Ende des Jahres mit dem Gewinn der Firma verrechnet worden seien (act. G 3.1/90).



Dafür spricht auch die Buchhaltung, sind doch im Konto 2820 (Kapitalbezüge/-einlagen) in den Jahren 2013 und 2014 keine Gegenbuchungen in einem Kassa- oder Bankkonto (Kontonummern 1000 oder 1020 [vgl. Sterchi/Mattle/Helbling, a.a.O.]) ersichtlich, die einen Barbezug belegen würden. Vielmehr wurden von diesem Konto lediglich die Sozialversicherungsbeiträge abgebucht (auf die Konten 5700 bis 5740 [diesbezüglich fällt auch auf, dass die Arbeitgeberbeiträge nicht als Lohnaufwand im Konto 5000 verbucht wurden]) und der Saldo auf das Eigenkapitalkonto 2800 umgebucht (act. G 1.3 und 1.4). Beim Konto 2850 (Privatbezüge), auf welches im Jahr 2012 auch das Lohnbetreffnis von Fr. 36'000.-- gebucht worden ist, sind zwar viele Privatbezüge mit Gegenkonto 1000 oder 1020 (Kassa oder Bank) ersichtlich. Indessen ergibt sich daraus wiederum nicht, dass nur die Beschwerdeführerin über diese Beträge verfügen konnte. In Anbetracht der Höhe der getätigten jährlichen Bezüge - selbst bei unvollständigen Kontoblättern 2012 und 2013 weit über Fr. 36'000.-- - ist anzunehmen, dass auch ihr Ehemann solche vorgenommen hat (act. G 3.1/42 bis 44). Ein effektiver Lohnfluss lässt sich schliesslich auch nicht aus der Tatsache ableiten, dass der Beschwerdeführerin sporadisch grössere Beträge auf das auf ihren Namen lautende Sparkonto zu Lasten des genannten Kontos 2850 überwiesen wurden. So weisen weder die Überweisungsdaten (23. Dezember 2010, 16. August 2012 und 16. Mai 2013) noch die Beträge (Fr. 20'000.--, Fr. 10'000.-- und Fr. 40'000.--) auf einen Lohncharakter hin (act. G 3.1/41 - 44). Vielmehr ist der Rechtsgrund für diese Überweisungen völlig offen; es könnte sich ebenso gut um freiwillige Zuwendungen durch den Ehemann (Schenkungen) handeln.

2.4 Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die Eheleute A.____ das letztlich gemeinsam in der Praxis Dr. A.____ erwirtschaftete Einkommen auch gemeinsam verwaltet und bezogen bzw. für ihren Lebensunterhalt verwendet haben. Eine klare Abtrennung eines der Beschwerdeführerin zustehenden und in ihrer alleinigen Verfügungsgewalt stehenden Lohnes von monatlich Fr. 3'000.-- (brutto) ist jedenfalls in arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen. Die Bezüge der Beschwerdeführerin vom Konto des Ehemannes unterscheiden sich denn wohl kaum von denen einer nicht mitarbeitenden Ehefrau. Daran ändert auch nichts, dass gegenüber Sozialversicherungsanstalt St. Gallen und BVG-Einrichtung ein Lohneinkommen von Fr. 36'000.-- deklariert und abgerechnet wurde. Sodann ist es steuerlich nicht von grossem Belang, ob das gesamte



Einkommen (Gewinn der Einzelunternehmung) als solches aus selbstständiger Erwerbstätigkeit des Ehemannes oder ob ein Teil davon als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit der Ehefrau versteuert wird, wobei bei letzterer Variante zusätzlich die Sozialversicherungsbeiträge der Ehefrau abgezogen werden können. Anzumerken bleibt, dass die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann keinen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben (act. G 3.1/136). Damit muss offen bleiben, ob die Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin überhaupt auf einem Arbeitsvertrag mit entsprechender Lohnvereinbarung beruht oder ob sie ihre Mitarbeit im Betrieb des Ehemannes auf der Basis von Art. 165 Abs. 1 ZGB - ohne vorgängige Lohnvereinbarung - erbracht hat. Im Ergebnis resultieren aus der Tätigkeit bei Dr. A.____ - selbst unter Annahme einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung - mangels Nachweises eines tatsächlich ausbezahlten Lohnes keine Beitragszeiten (vgl. Erwägung 1.1, letzter Satz). Mithin ist die Anspruchsvoraussetzung des Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG nicht erfüllt, weshalb die Beschwerdegegnerin den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung im Ergebnis zu Recht abgewiesen hat.

3.

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

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.