



<b>Fall-Nr.:</b>	AVI 2018/8
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	AVI - Arbeitslosenversicherung
<b>Publikationsdatum:</b>	27.03.2020
<b>Entscheiddatum:</b>	22.05.2019

### **Entscheid Versicherungsgericht, 22.05.2019**

**Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG. Art. 52 Abs. 3 ATSG. Arbeitgeberähnliche Stellung. Beitragszeit. Lohnfluss. Unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren. Auf Grund der Akten ist überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer in seiner GmbH eine beitragspflichtige Beschäftigung von mindestens zwölf Monaten ausgeübt hat. Ausgewiesen erscheint sodann, dass er seinen Lebensunterhalt über das Geschäftskonto der Gesellschaft bestritten hat. Weitere Lohnbestandteile in Form von regelmässigen Barabhebungen sind demgegenüber nicht überwiegend wahrscheinlich nachgewiesen (Erw. 3.2 - 3.5). Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung (bzw. für eine ungekürzte Parteientschädigung) im Verwaltungsverfahren sind erfüllt (Erw. 6.1 - 6.3) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. Mai 2019, AVI 2017/67 und AVI 2018/8). Teilweise (betreffend Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung) aufgehoben durch Urteil des Bundesgericht 8C\_472/2019.**

#### **Entscheid vom 22. Mai 2019**

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Michaela Machleidt Lehmann und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Geschäftsnr.

AVI 2017/67, AVI 2018/8

Parteien



## St.Galler Gerichte

A.\_\_\_\_,

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Bruno Bauer, LL.M., SwissLegal asg.advocati,  
Kreuzackerstrasse 9, 9000 St. Gallen,

gegen

**UNIA Arbeitslosenkasse Kompetenzzentrum D-CH Ost**, Strassburgstrasse 11,  
Postfach, 8021 Zürich 1,

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

**Arbeitslosenentschädigung (Beitragszeit, arbeitgeberähnliche  
Stellung) und unentgeltliche Rechtsverteidigung im Verwaltungsverfahren**

**Sachverhalt**

**A.**

**A.a.** A.\_\_\_\_ meldete sich am 6. März 2017 beim RAV zur Arbeitsvermittlung an (act. G 3.1/I.5). In der Arbeitgeberbescheinigung vom 26. April 2017 der B.\_\_\_\_ GmbH, in welcher der Versicherte als Inhaber und Geschäftsführer fungierte, gab er an, die Gesellschaft sei aus wirtschaftlichen Gründen in Konkurs gefallen. Das Arbeitsverhältnis als Gipser habe vom 15. November 2013 bis zum 30. Dezember 2016 gedauert und der letzte Monatslohn habe Fr. 5'000.-- netto betragen (act. G 3.1/I.1).

**A.b.** Mit Verfügung vom 26. Juli 2017 wies die Arbeitslosenkasse Unia den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab. Da der Versicherte eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe, sei der Lohnfluss genauer abzuklären. Die eingereichten Unterlagen reichten nicht aus, einen tatsächlichen Barbezug von Löhnen im Jahr 2016 zu belegen. Die Lohnabrechnungen ohne Erstellungsdatum bzw. Unterschrift oder die



## St.Galler Gerichte

Lohndeclarationen bei der SVA für das Jahr 2016 stellten lediglich Indizien für tatsächlich erfolgte Lohnzahlungen dar. Ein tatsächlicher Lohnbezug im massgebenden Bemessungszeitraum sei daher nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt (act. G 3.1/II.1).

**A.c.** Gegen diese Verfügung liess der Versicherte am 14. September 2017 Einsprache erheben. Ihm seien Arbeitslosentaggelder, bemessen nach einem noch festzulegenden versicherten Verdienst, auszurichten. Ausserdem sei ihm für das Einspracheverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren. Mit Einspracheergänzung vom 1. Dezember 2017 reichte der Versicherte weitere Buchhaltungsunterlagen ein. Daraus sei der Lohnfluss ersichtlich (act. G 3.1/II.10).

**A.d.** Mit Entscheid vom 21. Dezember 2017 wies die Unia Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Den vorliegenden Unterlagen könne entnommen werden, dass die Bilanz per 31. Dezember 2016 eine Überschuldung in Höhe von Fr. 73'969.69 ausgewiesen habe (Aktiven minus Passiven). Gemäss Buchhaltung solle der Lohn des Versicherten 2016 in Höhe von Fr. 51'810.-- als Einmalzahlung bar ausbezahlt worden sein, was unglaublich erscheine. Auch stimmten lediglich ein paar Barbezüge, welche dem Teilauszug des Firmenkontokorrentkontos bei der Bank C.\_\_\_\_ entnommen werden könnten, mit der Buchhaltung überein. Somit sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit klar, ob der Versicherte den von ihm selbst deklarierten Lohn tatsächlich bezogen habe. Daran ändere auch nichts, dass der Versicherte gegenüber der SVA St. Gallen Einnahmen in Höhe von Fr. 60'000.-- deklariert habe, handle es sich dabei höchstens um Indizien (act. G 3.1/II.11).

### **B.**

**B.a.** Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 1. Februar 2018 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids. Sodann sei die Sache zur Festlegung des versicherten Verdienstes an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Eventualiter sei der versicherte Verdienst durch das Versicherungsgericht festzulegen. Zudem sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren. Der Lohnfluss sei keine eigene Anspruchsvoraussetzung. Der Umstand, dass eine tatsächliche Lohnzahlung nicht hinreichend belegt werden könne, bedeute nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung



nicht, dass der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung kurzerhand abzulehnen wäre. Vielmehr habe eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen. Die Beschwerdegegnerin unterlasse zudem eine Gesamtbetrachtung. Die Gesellschaft habe 2016 einen Umsatz aus Kundenaufträgen von insgesamt Fr. 257'150.80 erzielt. Damit sei sie eindeutig operativ tätig und auf Grund der Erträge in der Lage gewesen, Löhne tatsächlich auszuzahlen. Der Beschwerdeführer habe den Lohn, bis auf zwei Monate im 2015, jeweils bar vom Firmenkonto der B.\_\_\_\_ GmbH bezogen. Dazu habe er meistens einen Barbezug am Bankschalter getätigt. Der Beschwerdeführer habe monatlich Fr. 5'000.-- für sich bezogen, was aus dem Bankauszug hervorgehe. Es sei nicht ersichtlich, was diese Bezüge anderes sein sollten als Lohn. Die Beschwerdegegnerin lege nicht dar, weshalb der Beschwerdeführer auf den ihm zustehenden Lohn hätte verzichten sollen. Ebenso wenig sei ersichtlich, wie er den Lebensunterhalt für sich und die Familie hätte finanzieren sollen, ohne Lohn zu beziehen. Auf Grund der Übereinstimmung der Bezüge mit dem vereinbarten Lohn, der Regelmässigkeit, der gleichbleibenden Höhe der Lohnbezüge und den weiteren Indizien wie der Lohnmeldung bei der SVA, der vollumfänglichen Versteuerung der Lohnbezüge als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit, Bezahlung der BVG-Beiträge oder der Verbuchung des Lohnaufwands in der Erfolgsrechnung der Gesellschaft müsse der Lohnbezug als ausreichend nachgewiesen gelten (act. G 1).

**B.b.** Mit Beschwerdeantwort vom 6. März 2018 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers liessen sich die behaupteten Lohnbezüge anhand des Bankkontoauszugs gerade nicht belegen. Es seien jeweils verschiedene Vergütungen und Barbezüge ersichtlich, die alle für Lohnbezüge stehen könnten oder auch nicht. Abenteuerlich mute sodann die Angabe an, beim Bezug vom 18. März 2016 in Höhe von Fr. 20'000.-- handle es sich um Lohnvorbezüge für die Monate April bis Juli 2016. Es erscheine so, dass für den Nachweis der Lohnbezüge wohl einfach die passenden Beträge herangezogen worden seien. Die Buchhaltung für 2016 und der IK-Auszug seien als entscheidrelevante Unterlagen erst während des laufenden Verwaltungsverfahrens erstellt worden, was deren Beweiswert schmälere. Das Treuhandbüro erwähne explizit, dass für 2016 lediglich eine summarische Buchhaltung erstellt und das Bankkonto der B.\_\_\_\_ GmbH gemischt - also für private und geschäftliche Belange - genutzt worden sei. Damit



liessen sich aus den Bankauszügen nicht jene klaren Rückschlüsse ziehen, die für die Bestimmung der Löhne erforderlich seien. Der IK-Auszug stimme sodann nicht mit den behaupteten Lohnbezügen gemäss Lohnabrechnungen des Beschwerdeführers überein. Zudem seien Barabhebungen bei Negativsaldo ohnehin zweifelhaft, denn Bezüge ohne entsprechende Guthaben hätten im Fall des Beschwerdeführers schliesslich zur Überschuldung der Firma geführt (act. G 3).

**B.c.** Mit Replik vom 19. Juni 2018 führt der Beschwerdeführer aus, unter dem Gesichtspunkt der Anspruchsvoraussetzung der erfüllten Beitragszeit sei einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer von mindestens zwölf Monaten vorausgesetzt. Soweit eine solche Beschäftigung nachgewiesen, die exakte Lohnhöhe dagegen unklar geblieben sei, habe eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen. Der Lohn könne auch bar bezogen werden; es bestehe keine Vorschrift, diesen auf ein Bank- oder Postkonto des Arbeitnehmers zu überweisen. Der Beschwerdeführer habe seinen Lohn bereits im Geschäftsjahr 2015 unregelmässig und in variierender Höhe bar bezogen. Da in einem Gipsergeschäft naturgemäss nicht mit regelmässigen Bareinnahmen zu rechnen sei, habe der Beschwerdeführer seinen Lohn nicht freiwillig in unregelmässigen Abständen bezogen. Im Weiteren treffe nicht zu, dass wesentliche Unterlagen erst während des Verwaltungsverfahrens erstellt worden seien. Im Schreiben des Treuhandbüros vom 5. November 2017 komme zum Ausdruck, dass alle Einnahmen bei der Bank korrekt als Erträge verbucht worden seien und das Unternehmen gewährleisten könne, dass sämtliche Aufwendungen und Erträge erfasst seien. Die Erfolgsrechnung des Treuhandbüros weise aus, dass 2016 Löhne als Personalaufwand verbucht worden seien. Weshalb diese Verbuchung nicht der Wahrheit entsprechen sollte, begründe die Beschwerdegegnerin nicht. Im Zusammenhang mit der Buchhaltung für 2015 ergebe sich ein einheitliches Bild (act. G 10).

**B.d.** Mit Duplik vom 21. August 2018 führt die Beschwerdegegnerin aus, es werde nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer befugt gewesen sei, den Lohn in bar zu beziehen. Im Gipsergewerbe erscheine der Bezug von Barlohn hingegen ungewöhnlich, da die Kundenrechnungen in der Regel durch Kontoüberweisungen beglichen würden. Bei der Berechnung des versicherten Verdienstes sei zu prüfen, ob sich die behaupteten bar bezogenen Löhne, mithin der tatsächliche Lohnfluss, anhand



stimmiger Indizien und klarer Buchhaltungsunterlagen mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachweisen liessen. Dafür trage die versicherte Person die Beweislast. Eine mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe führe dazu, dass sich ein versicherter Verdienst nicht exakt genug festlegen lasse, was zur Verneinung des Anspruchs führen könne. Zusammenfassend ergebe sich, dass sich der am 31. Dezember 2016 einmalig über das Lohndurchlaufkonto 2229 verbuchte und schliesslich auf das Gegenkonto 5200 übertragene Lohn in Höhe von Fr. 51'810.-- für das Jahr 2016 weder aus den Bewegungen des Kassenkontos selbst noch aus den überwiesenen Beträgen des Bankkontos auf das Konto Kasse nachvollziehen und bestimmen lasse (act. G 12).

### **C.**

**C.a.** Der Rechtsvertreter beantragte auch für das Einspracheverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung (vgl. Einsprache S. 2 [AVI 2017/67 act. G 5.1/35]). Der Antrag wurde von der Arbeitslosenkasse Unia mit Verfügung vom 16. Oktober 2017 abgewiesen. Der rechtserhebliche Sachverhalt werde von Amtes wegen festgestellt. Die Sache sei somit weder rechtlich komplex noch fehle es an einer kohärenten Rechtsprechung bzw. an eindeutigen Normen (AVI 2017/67, act. G 5.1/38).

**C.b.** Mit Beschwerde vom 16. November 2017 beantragt der Rechtsvertreter, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Angelegenheit zur weiteren Abklärung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Eventualiter sei die unentgeltliche Rechtsverbeiständung für das Einspracheverfahren zu gewähren. Zudem sei dem Beschwerdeführer auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren. Im Entscheid 8C\_48/2015 vom 10. April 2015 habe das Bundesgericht entschieden, dass die Frage, mittels welcher Urkunden oder anderweitiger Beweismittel der tatsächliche Lohnfluss eines Versicherten im Sozialversicherungsverfahren als erstellt geltend könne, für einen juristischen Laien nicht einfach zu ergründen sei. Der Beizug eines Anwalts nach Erlass der Verfügung sei daher erforderlich gewesen (E. 3). Auch vorliegend sei von einer rechtlichen Komplexität auszugehen. Das Konzept der arbeitgeberähnlichen Stellung und des damit verbundenen Nachweises des Lohnflusses sei in der breiten Bevölkerung nicht bekannt und nur schwer verständlich. Das gelte auch für den Beschwerdeführer, der



über keinen kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen oder buchhalterischen Hintergrund verfüge. Die Bedürftigkeit sei ausgewiesen; der Beschwerdeführer habe seit dem Konkurs seiner GmbH keine Einkünfte mehr. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelte sinngemäss das bereits Dargelegte (AVI 2017/67, act. G 1). Mit Beschwerdeergänzung vom 9. Januar 2018 reicht der Beschwerdeführer weitere Unterlagen betreffend seine finanziellen Verhältnisse ein (AVI 2017/67, act. G 3).

**C.c.** Mit Beschwerdeantwort vom 18. Januar 2018 beantragt die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer weise selber darauf hin, dass das Einspracheverfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht werde. Der massgebende Sachverhalt werde somit von der Verwaltung von Amtes wegen ermittelt. Es seien weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht schwierige Fragen zu klären. Vielmehr sei lediglich der tatsächliche Lohnfluss zu belegen, was durch den Beizug der ehemaligen Buchhalter möglich sein sollte. Der Beizug eines unentgeltlichen Rechtsvertreters erscheine daher nicht notwendig (AVI 2017/67, act. G 5).

**C.d.** Mit Replik vom 9. April 2018 hält der Beschwerdeführer unverändert an seinem Begehren fest. Der pauschale Verweis auf die Untersuchungsmaxime reiche nicht aus, um einer rechtsuchenden Person die anwaltliche Vertretung zu versagen. Für die Ermittlung der Bedürftigkeit sei sodann auf die Verhältnisse im Jahr 2017 abzustellen. Die Steuererklärung 2016 zeige ein veraltetes Bild. Die Stammanteile der B.\_\_\_\_ GmbH hätten nach dem Konkurs der Gesellschaft keinen Wert mehr. Auch das Guthaben bei der Bank C.\_\_\_\_ in Höhe von rund Fr. 37'000.-- sei längst aufgebraucht, da der Beschwerdeführer im vergangenen Jahr über kein Einkommen verfügt habe, gleichzeitig aber für sich und die Familie habe sorgen müssen. Zum Rückkauf der Versicherung sei es nicht gekommen, da die Versicherungsgesellschaft den Vertrag wegen nicht bezahlter Prämien bereits vorzeitig aufgelöst habe. Schliesslich habe das Betreibungsamt D.\_\_\_\_ eine vorsorgliche Lohnpfändung verfügt (AVI 2017/67, act. G 9).

**C.e.** Mit Duplik vom 17. Mai 2018 beantragt die Beschwerdegegnerin erneut die Abweisung der Beschwerde. Sie habe im Verfahren betreffend Arbeitslosenentschädigung (AVI 2018/8) umfassende Abklärungen im Sinn der Untersuchungsmaxime vorgenommen und die erforderlichen Unterlagen hinsichtlich des Lohnflusses erhältlich gemacht. Im Einspracheverfahren seien die Anforderungen



an die versicherten Personen bewusst tief angesetzt. Eine Rechtsverbeiständung sei im vorliegenden Fall daher nicht angezeigt gewesen (AVI 2017/67, act. G 11).

### Erwägungen

#### 1.

Vorliegend betreffen die beiden Verfahren denselben Sachverhalt und dieselben Parteien, wobei die Frage der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im Einspracheverfahren mit dem Hauptverfahren sachlich eng zusammenhängt. Es rechtfertigt sich daher, die beiden Verfahren AVI 2017/67 und AVI 2018/8 in einem Urteil zu erledigen.

#### 2.

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). 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).

#### 3.

**3.1.** Vorliegend ist zu Recht unbestritten, dass der Beschwerdeführer als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift in der B.\_\_\_\_ GmbH eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte und der versicherte Verdienst deshalb nicht einzig anhand der Arbeitgeberbescheinigung vom 26. April 2017 (act. G 3.1/I.1) festgelegt werden kann. Die Beschwerdegegenerin verneinte das Vorliegen einer beitragspflichtigen



Beschäftigung des Beschwerdeführers verfügungsweise mit der Begründung, dass der mit den Lohnabrechnungen geltend gemachte Lohn von Fr. 5'700.-- nicht genügend ausgewiesen sei. So stellten die Lohnabrechnungen, die weder ein Erstellungsdatum noch eine Unterschrift aufwiesen, lediglich Indizien für erfolgte Lohnzahlungen dar (act. G 3.1/II.1 S. 155). Im Einspracheentscheid begründete die Beschwerdegegnerin die Verneinung des Lohnflusses nunmehr damit, dass die Bilanz per 31. Dezember 2016 eine Überschuldung in Höhe von Fr. 73'969.69 aufgewiesen habe (Aktiven minus Passiven). Gemäss Buchung im Kassenkonto soll der Lohn an den Versicherten in Höhe von Fr. 51'810.-- als Einmalzahlung bar ausbezahlt worden sein, was unglaublich erscheine. Das Kassenkonto weise im Weiteren sehr hohe Barbestände auf. Diese seien jeweils durch Barauszahlungen des Bankkontos geäufnet worden. Der Saldo des Bankkontos sei dadurch immer tiefer ins Minus geraten. Die Kundenrechnungen seien jedoch nicht bar bezahlt worden, weshalb ein Barbezug auch aus diesem Grund unglaublich erscheine. Lediglich ein paar Barbezüge, die dem Kontoauszug des Firmenkontokorrentkontos bei der Bank C.\_\_\_\_ in der Zeit vom 7. November 2016 bis zum 22. Dezember 2016 zu entnehmen seien, stimmten mit den Bankbuchungen in der Buchhaltung überein (act. G 3.1/II.11).

**3.2.** Ausgehend von den durch Treuhandbüros erstellten Buchhaltungen (E.\_\_\_\_ GmbH, [2013 bis 2015]; F.\_\_\_\_, Buchs [2016]) ist festzustellen, dass die B.\_\_\_\_ GmbH in den Jahren 2015 und 2016 Umsätze von jeweils über Fr. 250'000.-- erzielt hat. Im Jahr 2016 stammte der (Netto-)Umsatz in Höhe von Fr. 257'150.80 (exkl. Mehrwertsteuer in Höhe von Fr. 20'572.--; inkl. Mehrwertsteuer somit Fr. 277'722.80 [Kontoblätter 1020 Bank 1 und 2200 Umsatzsteuer]) von zwei Kunden, der G.\_\_\_\_ GmbH sowie von H.\_\_\_\_. Die Aufwände ergaben sich im Wesentlichen aus den Kosten der Auftragsausführung (eigene Lohnkosten [Fr. 136'880.--] sowie Fremdarbeiten bzw. Dienstleistungsaufwand [Fr. 152'777.75]), während kaum (bzw. 2016 keine) Materialkosten anfielen. Offenbar beschränkte sich das Geschäftsmodell der Gesellschaft im Wesentlichen auf ausführende Tätigkeiten, während das verbaute Material (z.B. Isolationsmaterial) wohl von der jeweiligen Bauherrschaft oder von der G.\_\_\_\_ GmbH gestellt wurde. Dass die genannten Kunden der B.\_\_\_\_ GmbH Geld im buchhalterisch ausgewiesenen Umfang überwiesen haben, ergibt sich sodann aus dem Kontoauszug der Bank C.\_\_\_\_ AG. Demnach haben diese 2016 insgesamt Fr. 277'722.80 an die Gesellschaft überwiesen (Total Gutschriften Fr. 281'681.85, abzüglich die SUVA-Zahlung vom 18. März 2016 in Höhe von Fr. 3'959.05). Bei den Zahlungseingängen ist jeweils vermerkt, für welche Baustelle bzw. welche Arbeiten das Geld bestimmt war (act. G 1.3).



**3.3.** Mithin kann nicht zweifelhaft sein, dass die B.\_\_\_\_ GmbH mindestens bis September 2016 (die letzten Rechnungen stammen gemäss Kontoauszug vom 27. September 2016) operativ tätig war und Leistungen für Kunden erbracht hatte. Im Weiteren ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass nicht nur der Vater und der Bruder des Beschwerdeführers (J.\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_), die ebenfalls Geld von der B.\_\_\_\_ GmbH erhielten (letzterer über seine Firma L.\_\_\_\_ GmbH; jeweils Beträge von Fr. 5'000.-- oder Fr. 10'000.--, wenn auch nicht monatlich), im Unternehmen gearbeitet hatten, sondern auch der Beschwerdeführer selber mitarbeiten musste, also eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt und dafür zumindest einen Lohn im Gegenwert seines Lebensunterhalts bezogen hatte (vgl. nachstehende Erwägung 3.4). Dies während mindestens zwölf Monaten in der Rahmenfrist für die Beitragszeit (6. März 2015 bis 5. März 2017 [vgl. auch Kontoblatt 2260 Kontokorrent Gesellschafter 2015, wonach auch in diesem Jahr der Lebensunterhalt über das Geschäftskonto bestritten wurde [interessanterweise wurden hier nicht nur der Lohn von 27'000.-- [Januar bis September 2015] und von Fr. 15'000.-- [Oktober bis Dezember 2015], sondern auch weitere [Lohn-?]Zahlungen oder gar Einzahlungen von Kunden dem Beschwerdeführer direkt gutgeschrieben]] act. G 3.2/169 ff.). Die erforderliche Mindestbeitragszeit und damit die Anspruchsvoraussetzung nach Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG sind damit grundsätzlich erfüllt.

**3.4.** Aus der Erfolgsrechnung des Treuhandbüros F.\_\_\_\_ ergibt sich, dass für 2016 ein Lohnaufwand von Fr. 136'880.-- verbucht wurde, davon Fr. 60'000.-- für den Beschwerdeführer (Konto 5200 Löhne, Beleg 186 [act. G 3.1/II.10 S. 98 und 110]). Aus den entsprechenden Kontoblättern ergibt sich, dass davon Sozialversicherungsbeiträge (AHV/IV/EO/ALV) in Höhe von Fr. 5'190.-- und Beiträge an die berufliche Vorsorge in Höhe von Fr. 3'000.-- abgezogen wurden (gegengebucht in den Konten 5700 AHV/IV/EO/ALV und 5720 Berufliche Vorsorge, Beleg 186 [act. G 3.1/II.10 S. 110]). Der verbleibende Nettolohn von Fr. 51'810.-- wurde am 31. Dezember 2016 zunächst mit Beleg 186 im Konto 2229 Lohndurchlauf gegengebucht und danach mit Beleg 187 von diesem Konto an die Kasse ausgebucht (act. G 3.1/II.10 S. 104 und 109). Wieso bei privaten Belastungen des Geschäftskontos bei der Bank C.\_\_\_\_ nicht direkt das Lohndurchlaufkonto 2229 (Soll) und das Konto 1020 Bank (Haben) belastet wurden (Buchungssatz: Lohndurchlaufkonto an Bank; wie beim Treuhandbüro E.\_\_\_\_ GmbH ab November 2013 [vgl. act. G 3.2/163 ff.]), sondern der Umweg über das Konto 1000 Kasse gewählt wurde, obwohl die Bezüge des Beschwerdeführers nie physisch aus der Kasse genommen wurden, wird aus dem Begleitschreiben des Treuhandbüros F.\_\_\_\_ vom 5. November 2017 (act. G 1.2) nicht klar. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin handelt es sich bei der Buchung des Betrags von Fr. 51'810.--



jedenfalls lediglich um eine buchhalterische Erfassung, nicht um eine effektive Barauszahlung des ganzen Betrags am 31. Dezember 2016. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers erfolgte der Lohnbezug aber auch nicht in regelmässigen Beträgen von Fr. 5'000.-- (wobei der Beschwerdeführer ursprünglich von Fr. 5'000.-- netto ausging, während das Treuhandbüro F.\_\_\_\_ einen Jahreslohn von Fr. 60'000.-- brutto verbuchte). Vielmehr erfolgte dieser in unregelmässigen Abständen und Beträgen in Form der Bestreitung des Lebensunterhalts. So ist aus dem Kontoauszug der Bank C.\_\_\_\_ ersichtlich, dass der Beschwerdeführer via Maestro-Karte den Lebensunterhalt für sich und seine Familie über das Geschäftskonto bestritten hat. Zumindest bis Anfang Mai 2016 sind unter anderem Einkäufe bei M.\_\_\_\_, N.\_\_\_\_ oder O.\_\_\_\_ dokumentiert, ebenso Benzinbezüge an Tankstellen sowie bis September 2016 das Bezahlen von privaten Rechnungen (Kommunikation, Krankenkasse, Sprachschule, Bussen etc.), die offensichtlich nicht vollumfänglich Geschäftsauslagen darstellen, wenn auch gewisse Kosten für Auto oder Mobiltelefon auch geschäftlichen Zwecken gedient haben mögen. Im Weiteren wurden mit der Maestro-Karte häufig kleinere Bargeldbezüge am Geldautomaten in Höhe von meistens ein paar Hundert Franken getätigt, wie es für die Bestreitung der täglichen Barauslagen typisch ist. Geht man davon aus, dass Barbezüge am Geldautomaten bis Fr. 1'000.-- privaten Zwecken dienten, belaufen sich die eindeutig dem Lebensaufwand zuordenbaren Entnahmen, insbesondere die privaten Zahlungsaufträge, auf rund Fr. 36'000.-- (inkl. Sollzinsen und Bankspesen [vgl. act. G 1.3]).

**3.5.** Demgegenüber lassen sich die grösseren Barbezüge - d.h. über Fr. 1'000.--, teilweise gar in Höhe von mehreren Zehntausend Franken - nicht eindeutig als Lohnentnahmen identifizieren. Abgesehen davon, dass das Horten von solchen Barbeträgen zu Hause nicht plausibel ist, erscheint von vornherein unglaubwürdig, dass der Beschwerdeführer nebst der Bestreitung seines Lebensunterhalts über das Geschäftskonto (vgl. vorstehende Erwägung 2.4) zusätzlich den geltend gemachten Lohn von Fr. 60'000.-- im Jahr in bar bezogen haben soll. Unklar ist sodann, weshalb er sich die geltend gemachten Beträge nicht immer auf sein Privatkonto bei der Bank P.\_\_\_\_ überweisen liess. Die einzig nachvollziehbare Überweisung in Höhe von Fr. 5'000.-- vom Geschäftskonto auf das Privatkonto erfolgte am 4. Januar 2016 (act. G 1.3 und G 3.2/260). Ein weiterer Zahlungseingang von Fr. 5'000.-- vom 3. November 2015 lässt sich anhand des für 2015 nur teilweise vorliegenden Kontoauszugs des Geschäftskontos jedoch nicht gegenprüfen (vgl. act. G 3.2/258 ff.). Auch bei den übrigen Vergütungen und Barbezügen vom Geschäftskonto im Jahr 2016, die der Beschwerdeführer vorliegend als Lohnbezüge deklariert, ist jeweils nicht erkennbar, wer der Empfänger war. Möglicherweise wurden damit unter anderem die



## St.Galler Gerichte

Unterakkordantinnen (Q.\_\_\_\_ GmbH, R.\_\_\_\_ GmbH [vgl. Kontoblatt 4400 Dienstleistungsaufwand [act. G 3.1/II.10 S. 110]]) bezahlt. So erfolgte am 4. Januar 2016 nebst der vorgenannten eine weitere Vergütung von Fr. 5'000.--, die jedoch vorliegend nicht als Lohn deklariert wird und auch nicht auf dem Privatkonto des Beschwerdeführers als Eingang verbucht wurde. Dagegen deklariert der Beschwerdeführer etwa den Barbezug vom 14. Januar 2016 von Fr. 5'000.-- als Februar-Lohn, die Vergütung vom 16. Februar 2016 in Höhe von Fr. 5'020.-- als März-Lohn und den Barbezug vom 18. März 2016 in Höhe von Fr. 20'000.-- als Vorbezug für die Monate April bis Juli 2016. Es folgen im Lauf des Jahres weitere Barbezüge in unterschiedlicher Höhe und unregelmässigen Abständen (Fr. 2'000.--, Fr. 8'000.--, Fr. 4'500.-- und zwei Mal Fr. 5'000.--), die der Beschwerdeführer als Lohnbezüge für die Monate August bis Dezember 2016 bezeichnet (act. G 1.3). Teilweise macht der Beschwerdeführer auch widersprüchliche Angaben, indem er den gleichen Barbezug bald als Lohn bezeichnet und dann wiederum nicht. So gibt er in seiner Eingabe vom 27. März 2017 (Eingang Beschwerdegegnerin) an, beim Barbezug vom 6. September 2016 in Höhe von Fr. 13'000.-- handle es sich um den August- und September-2016-Lohn, wohingegen er vorliegend behauptet, die beiden Barbezüge vom 7. Juli 2016 in Höhe von Fr. 8'000.-- und Fr. 2'000.-- stellten den August- und September-2016-Lohn dar (act. G 3.2/254 und G 1.3). Schliesslich fällt auf, dass die gesamten Belastungen auf dem Geschäftskonto von Fr. 333'451.05 (inkl. private Vergütungsaufträge) die in der Buchhaltung ausgewiesenen Löhne für den Beschwerdeführer, seinen Vater J.\_\_\_\_ und einen weiteren Bruder (S.\_\_\_\_), sowie die Vergütungen an die übrigen Dienstleister (L.\_\_\_\_ GmbH, Q.\_\_\_\_ GmbH und R.\_\_\_\_ GmbH) in Höhe von Fr. 289'657.75 (Fr. 152'777.75 + Fr. 136'880.--), welche die Hauptaufwendungen darstellen, deutlich übersteigen (vgl. Kontoblätter 4400 Dienstleistungsaufwand und 5200 Löhne). Es ist nicht klar, wofür die Entnahmen im Mehrbetrag von rund Fr. 44'000.-- verwendet wurden. Diese nicht vollumfänglich verbuchten Mehrentnahmen haben denn auch wesentlichen Anteil daran, dass der Saldo des Geschäftskontos im Jahr 2016 um über Fr. 50'000.-- abgenommen hatte und dieses schliesslich per 31. Dezember 2016 einen Negativsaldo von minus Fr. 47'711.54 aufwies. Es wurden zwar weitere Aufwände verbucht (Spesen Fr. 3'000.--, Mietzins Fr. 6'000.--, Benzin Fr. 5'000.--, Versicherungen Fr. 4'000.--, Telefon/ Internet Fr. 1'800.-- und Repräsentationsspesen Fr. 600.-- [act. G 3.1/II.10 S. 99 f.]); dabei ist allerdings nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass diese pauschal erfassten Aufwände zu entsprechenden Barbezügen auf dem Geschäftskonto geführt haben. Letztlich vermag nur der Beschwerdeführer zu sagen, wofür die Barbezüge tatsächlich verwendet wurden. Ebenso erscheint auf Grund der Ertragssituation der Gesellschaft (Unternehmensgewinn 2015 nach Steuern: Fr. 877.20 [act. G 3.1/III.1]) nicht plausibel, weshalb der Lohn des Beschwerdeführers



per Oktober 2015 von Fr. 4'000.-- auf Fr. 5'700.-- (brutto; gemäss Lohnabrechnungen des Beschwerdeführers [act. G 3.1/III.4]) bzw. von Fr. 3'000.-- auf Fr. 5'000.-- (netto; gemäss Kontoblatt 5000 Löhne und Gehälter 2015 [act. G 3.2/175]) erhöht worden sein soll. Zwar legte die Steuerbehörde der definitiven Veranlagung der Kantons- und Gemeindesteuern 2016 vom 28. Februar 2018 ein Nettoeinkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 51'810.-- (entsprechend einem Bruttoeinkommen von Fr. 60'000.--) zu Grunde (act. G 15.2). Im vorliegend interessierenden Zusammenhang ist jedoch ein Lohnfluss, welcher die eindeutig zur Bestreitung des Lebensaufwands getätigten Bezüge vom Geschäftskonto übersteigt, nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargetan. Daran vermag auch der nachträglich vorgenommene Eintrag im IK nichts zu ändern (Fr. 60'000.-- [act. G 3.1/II. 10 S. 81]), zumal in den vorangegangenen Jahren ebenfalls deutlich geringere Einträge erfolgten (2015: Fr. 42'097.--; 2014: Fr. 39'000.-- [act. G 3.1/III.5]). Mithin ist für das Jahr 2016 von hinreichend ausgewiesenen privaten Bezügen im Umfang von Fr. 36'000.-- auszugehen.

**3.6.** Die Beschwerdegegnerin geht von einem Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2016 aus (vgl. Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV). Nachdem der Beschwerdeführer in der wohl von ihm selbst unterzeichneten Arbeitgeberbescheinigung vom 26. April 2017 angibt (und auch vorliegend nichts Anderes geltend macht), das Arbeitsverhältnis habe bis 30. Dezember 2016 gedauert und der letzte Arbeitstag sei ebenfalls der 30. Dezember 2016 gewesen (act. G 3.1/I.1), ist dies nicht zu beanstanden. Zudem fanden die privaten Bezüge mehrheitlich in der ersten Jahreshälfte 2016 statt, sodass der 12-monatige Bemessungszeitraum für den Beschwerdeführer günstiger ausfällt und deshalb anwendbar ist (Art. 37 Abs. 2 AVIV). Der versicherte Verdienst ist damit im Sinn des Eventualantrags (Festsetzung durch das Gericht) auf Fr. 3'000.-- festzusetzen (Fr. 36'000.-- : 12).

#### 4.

**4.1.** Nach dem Gesagten ist die Beschwerde AVI 2018/8 gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 21. Dezember 2017 ist aufzuheben. Der versicherte Verdienst ist alsdann auf Fr. 3'000.-- festzusetzen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

**4.2.** Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung. Er dringt im Hauptpunkt - Anerkennung einer beitragspflichtigen



Beschäftigung - voll durch. Im Weiteren verlangt er die Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zwecks Festlegung des versicherten Verdienstes oder aber dessen Festlegung durch das Gericht. Nachdem letzteres geschieht, ist von einem vollständigen Obsiegen des Beschwerdeführers auszugehen, zumal die Frage der Anspruchsberechtigung nicht losgelöst von der Frage des Lohnflusses behandelt werden kann. Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75 in der vorliegend anwendbaren, ab 1. Januar 2019 gültigen Fassung [vgl. Art. 30<sup>bis</sup> HonO]) pauschal Fr. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Im hier zu beurteilenden Fall erscheint eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Damit erübrigt sich eine Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Rechtsverteidigung für dieses Verfahren.

### 5.

**5.1.** Der Beschwerdeführer beantragt sodann die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren. Im vorliegenden Verfahren ist darauf einzutreten, weil eine Einsprache gegen eine Zwischenverfügung ausgeschlossen und die direkte Beschwerdeerhebung an das Versicherungsgericht zulässig ist (Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 ATSG).

**5.2.** Gemäss Art. 52 Abs. 3 Satz 2 ATSG werden im Einspracheverfahren in der Regel keine Parteientschädigungen ausgerichtet. Hingegen hat der Einsprecher, der im Falle des Unterliegens die unentgeltliche Verteidigung beanspruchen könnte, bei Obsiegen Anspruch auf eine Parteientschädigung (BGE 130 V 570 E. 2.1 f. S. 571 ff.). Rechtsprechungsgemäss besteht im Einspracheverfahren, welches Elemente eines streitigen Verfahrens aufweist, ein Anspruch auf unentgeltliche Verteidigung, soweit die Voraussetzungen der Bedürftigkeit der Partei, der fehlenden Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren und die sachliche Gebotenheit im konkreten Fall erfüllt sind (BGE 125 V 32 E. 2 S. 34 mit Hinweisen). Hinsichtlich der sachlichen Gebotenheit der unentgeltlichen anwaltlichen Verteidigung im Einspracheverfahren sind die Umstände des Einzelfalls, die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens zu berücksichtigen. Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine



Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden (I. Schwander, Anmerkung zu BGE 122 I 8, in: AJP 1996 S. 495). Falls ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Bedürftigen droht, ist die Verbeiständung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist (BGE 130 I 182 E. 2.2 mit Hinweisen), und wenn auch eine Verbeiständung durch Verbandsvertreter, Fürsorger oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen nicht in Betracht fällt (BGE 125 V 34 E. 2, 114 V 236 E. 5b; AHI 2000 S. 163 f. E. 2a und b). Die sachliche Notwendigkeit wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der Offizialmaxime oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, die Behörde also gehalten ist, an der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes mitzuwirken (BGE 130 I 183 f. E. 3.2 und 3.3 mit Hinweisen). Die Offizialmaxime rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine anwaltliche Verbeiständung sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (BGE 125 V 35 f. E. 4b; AHI 2000 S. 164 E. 2b; Urteil I 507/04 vom 27. April 2005 E. 7; vgl. auch Entscheid des Bundesgerichts vom 10. April 2015 [8C\_48/2015] E. 2.1 ff.).

## 6.

**6.1.** Die Beschwerdegegnerin verneinte den Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Einspracheverfahren im Wesentlichen mit der Begründung, das Verfahren sei vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht und es stellten sich weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten, die den Beizug eines Anwalts erforderlich machten. Vielmehr sei lediglich der Lohnfluss abzuklären, was durch den Beizug der ehemaligen Buchhalter ermöglicht worden sei. Dem ist zunächst entgegen zu halten, dass es vorliegend um die existenzielle Frage des Anspruchs des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung geht und dass sich gerade die sachverhaltliche Abklärung des Lohnflusses als schwierig gestaltet. So reichte der Beschwerdeführer auf jede Aufforderung der Beschwerdegegnerin weitere Unterlagen ein. Auf das Schreiben vom 17. März 2017, womit die Beschwerdegegnerin eine vom Konkursamt ausgefüllte Arbeitgeberbescheinigung, Kopien des Arbeitsvertrags und der Lohnabrechnungen der letzten 24 Monate, Bankbelege, auf denen die Lohnzahlungen der letzten 24 Monate ersichtlich seien, sowie einen IK-Auszug verlangte, reichte der Beschwerdeführer am 27. März 2017 (Eingangsstempel der Beschwerdegegnerin) Kontoauszüge (Postenauszüge) der Bank P.\_\_\_\_ (Privatkonto [November 2015 bis Februar 2017]) und der Bank C.\_\_\_\_ (Geschäftskonto [Januar 2015 bis Dezember 2016]) sowie die Lohndeklaration 2015 ein (AVI 2018/8 act. G 3.2/250 ff.



und 267). Auch nach dem weiteren Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 3. April 2017 vermochte der Beschwerdeführer trotz seiner Bemühungen nicht die gewünschten Unterlagen zu liefern. Offenbar verstand er die Aufforderung, einen individuellen Kontoauszug beizubringen, dahingehend, dass er Buchhaltungsunterlagen einzureichen habe und reichte die Kontoblätter 2260 "Kontokorrent Gesellschafter" und 5000 "Löhne und Gehälter" für das Jahr 2015 ein (act. G 3.2/234 ff. und 246). Mit Schreiben vom 28. April 2017 forderte die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer erneut auf, die verlangten Unterlagen einzureichen (act. G 3.2/226). Noch vor Fristablauf schrieb sie den Beschwerdeführer am 3. Mai 2017 erneut an und verlangte nunmehr das Kassenbuch der Jahre 2014, 2015 und 2016, den Kontoauszug (Buchhaltung) der Konten 1000 "Kasse" und 5000 "Lohnaufwand" derselben Jahre, Kopien der Barquittungen von Februar 2015 bis Dezember 2016 sowie die Steuerveranlagungen der Jahre 2015 und 2016 mit den entsprechenden Buchhaltungsunterlagen (act. G 3.2/194). Der Beschwerdeführer reichte darauf am 19. Mai 2017 (Eingangsstempel der Beschwerdegegnerin) - nebst den hier nicht relevanten "Angaben der versicherten Person" für Mai 2017 - die Steuerveranlagungen 2013 und 2014 sowie die Kontoblätter 1000 "Kasse" und 5000 "Löhne und Gehälter" für den Zeitraum vom 1. November 2013 bis 31. Dezember 2014 bzw. letzteres bis 31. Dezember 2015 ein (act. G 3.2/183 ff.). Am 19. Juni 2017 verlangte die Beschwerdegegnerin nochmals das Kassenbuch der Jahre 2014, 2015 und 2016 sowie den Buchhaltungs-Kontoauszug der Konten 1000 "Kasse" und 5000 "Lohnaufwand" der Jahre 2014, 2015 und 2016 und wies ihn darauf hin, dass ein allfälliger Anspruch auf Arbeitslosentaggelder für die Kontrollperiode März 2017 per 30. Juni 2017 erlösche (act. G 3.2/180). Daraufhin reichte der Beschwerdeführer am 22. Juni 2017 (Datum Eingangsstempel der Beschwerdegegnerin) nochmals dieselben Unterlagen ein, zudem das Kontoblatt 2260 "Kontokorrent Gesellschafter" für den Zeitraum vom 1. November 2013 bis zum 31. Dezember 2015 (act. G 3.2/163 ff.). Am 26. Juli 2017 wies die Beschwerdegegnerin schliesslich das Leistungsgesuch ab (act. G 3.1/153). Auf Grund des geschilderten Ablaufs - und auch auf Grund der Einschätzung des Personalberaters im Erstgespräch vom 16. März 2017, wonach der Beschwerdeführer lediglich über eine Attestausbildung als CNC-Dreher verfüge, die entsprechenden Kenntnisse jedoch mangels Praxis wieder vergessen habe (act. G 3.2/264) - erscheint überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer trotz seiner Eigenschaft als im Handelsregister eingetragener Geschäftsführer seiner eigenen GmbH im Grunde genommen über keinerlei fundierte geschäftliche oder buchhalterische Kenntnisse verfügt, die für das qualifizierte Führen einer Firma und der eigenen Angelegenheit im Verwaltungsverfahren notwendig wären. Es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer das ihm Mögliche getan und versucht hat,



jeweils die verlangten Unterlagen - soweit vorhanden - aufzutreiben und einzureichen. Dabei dürfte gerade die F. \_\_\_ Treuhand wohl nur mässig behilflich gewesen sein, blieben doch auch deren Rechnungen teilweise offen (vgl. AVI 2018/8 act. G 1.2). Im Übrigen hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer nie konkret mitgeteilt, dass es um den Nachweis des Lohnflusses gehe, sondern lediglich die genannten Unterlagen einverlangt. Insgesamt kann von einer Überforderung des Beschwerdeführers in administrativen Belangen ausgegangen werden. Eine Rechtsvertretung durch Rechtsanwalt Bruno Bauer erscheint damit auch für das Einspracheverfahren als erforderlich.

**6.2.** Betreffend finanzielle Bedürftigkeit liegen das ausgefüllte Gesuchsformular vom 5. November 2017 sowie die definitive Steuerveranlagung 2017 bei den Akten. Im Gesuch gibt der Beschwerdeführer an, er verfüge aktuell über kein Einkommen und es seien keine Vermögenswerte (mehr) vorhanden (AVI 2017/67, act. G 3.1). Dazu führt der Rechtsvertreter in seiner Beschwerdeergänzung vom 9. Januar 2018 aus, der Beschwerdeführer habe seit dem Konkurs der B. \_\_\_ GmbH keinerlei Einkünfte mehr, namentlich erhalte er auf Grund der abschlägigen Kassenverfügung keine Arbeitslosentaggelder. Die in der beigelegten Steuererklärung 2016 aufgeführte Liegenschaft könne nicht weiter belastet werden. Es sei ihm auch nicht möglich oder zumutbar, die Liegenschaft innert Kürze zu liquidieren (AVI 2017/67, act. G 3). In der Replik vom 9. April 2018 führt er zudem in Beantwortung des Schreibens der Verfahrensleitung vom 2. Februar 2018, wonach eine finanzielle Bedürftigkeit auf Grund der Unterlagen nicht ausgewiesen erscheine (AVI 2017/67, act. G 6), aus, dass die Angaben für 2016 nicht mehr aktuell seien. Vielmehr sei auf die Verhältnisse im Jahr 2017 abzustellen, da das Verwaltungsverfahren in diesem Jahr durchgeführt worden sei. Die in der Steuererklärung 2016 aufgeführten Wertschriften in Höhe von Fr. 56'774.-- hätten sich aus den Stammanteilen der GmbH, die seit dem Konkurs der Gesellschaft keinen Wert mehr hätten, sowie aus einem Bankguthaben bei der Bank C. \_\_\_ in Höhe von Fr. 36'663.-- zusammengesetzt. Auch dieses sei 2017 längstens aufgebraucht gewesen, da der Beschwerdeführer ohne Einkommen gewesen sei und trotzdem für seine Familie habe sorgen müssen. Er habe sich bei Familienmitgliedern im Umfang von rund Fr. 25'000.-- verschulden müssen. Abgesehen davon, dass dem Rechtssuchenden ein Notgroschen gelassen werden sollte, wäre auch ein Rückkauf der Versicherungen nicht geeignet gewesen, die offenen Schulden zu decken. Vorliegend sei es nicht zum Rückkauf gekommen, da die Versicherungsgesellschaft die Versicherung auf Grund nicht bezahlter Prämien bereits vorzeitig aufgelöst habe (AVI 2017/67, act. G 9). Wie sich aus der eigens eingeholten, hier massgebenden definitiven Steuerveranlagung 2017 ergibt, erzielte der Beschwerdeführer in diesem Jahr ein



Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 182.-- sowie einen Ertrag aus Liegenschaften (wohl Eigenmietwert) von Fr. 9'118.--. Das Vermögen bestand aus einer (selbst bewohnten) Liegenschaft im Wert von Fr. 167'666.-- sowie aus Lebens- und Rentenversicherungen in Höhe von Fr. 10'000.-- (act. G 15.3). Im Weiteren reichte der Rechtsvertreter eine Pfändungsurkunde vom 13. November 2017 ein. Demnach bestanden diverse Schulden betreffend Steuern, Sozialversicherungsbeiträge, Krankenkasse etc. im Gesamtbetrag von Fr. 26'681.05. Das Betreibungsamt D.\_\_\_\_ ordnete die vorsorgliche Lohnpfändung betreffend ein allfällig das Existenzminimum des Beschwerdeführers von Fr. 2'310.-- übersteigendes Einkommen an, wobei es feststellte, dass der Schuldner zurzeit erwerbslos sei und über keinerlei Einkünfte verfüge (AVI 2017/67, act. G 9.3). Ein Tagesauszug des erwähnten Bankkontos vom 9. März 2018 zeigt sodann einen Saldo von Null (AVI 2017/67, act. G 9.1). Mithin ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer weder über genügend Einkommen noch über genügend Vermögen verfügt, die nebst der Bestreitung des Lebensunterhalts und der Schuldentilgung die Entschädigung des Rechtsvertreters zulassen würden (wenn auch die im Mai 2016 durch die Versicherung entschädigungslos aufgelöste Einzel-Lebensversicherung [act. G 9.2] wohl nicht die in der Steuerveranlagung 2017 per 31. Dezember 2017 mit Fr. 10'000.-- ausgewiesenen Lebens- und Rentenversicherungen betraf).

**6.3.** Im Weiteren war das Rechtsbegehren im Zeitpunkt der Einspracheerhebung - auch prospektiv gesehen - nicht aussichtslos. Da mithin sämtliche Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren erfüllt sind, ist die Sache zur betraglichen Festsetzung der Entschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine ungekürzte Parteientschädigung (vgl. BGE 130 V 570 E. 2.1 S. 572).

## 7.

**7.1.** Nach dem Gesagten ist die Beschwerde AVI 2017/67 gutzuheissen, der angefochtene Zwischenentscheid vom 16. Oktober 2017 ist aufzuheben und die Streitsache zur masslichen Festsetzung der Entschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

**7.2.** Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. zu den rechtlichen Grundlagen vorstehende Erwägung 4.2). Da diese Streitsache mit der Hauptsache eng verbunden ist, ist die vorliegend



auszurichtende Parteientschädigung lediglich als Zusatzentschädigung auszugestalten. Es handelt sich um ein vergleichsweise einfaches Verfahren. Es rechtfertigt sich somit, dem Beschwerdeführer eine zusätzliche Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer), insgesamt damit Fr. 4'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Damit erübrigt sich eine Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Rechtsverbeiständung auch für diese Beschwerde.

### Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

#### 1.

In Gutheissung der Beschwerde AVI 2018/8 wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 21. Dezember 2017 aufgehoben und der versicherte Verdienst auf Fr. 3'000.-- festgesetzt.

#### 2.

In Gutheissung der Beschwerde AVI 2017/67 wird der angefochtene Zwischenentscheid vom 16. Oktober 2017 aufgehoben und festgestellt, dass der Beschwerdeführer auch für das Einspracheverfahren Anspruch auf eine (ungekürzte) Parteientschädigung hat. Die Streitsache wird zur masslichen Festsetzung der Entschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

#### 3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

#### 4.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer für beide Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.