



Fall-Nr.: AVI 2021/47
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 16.05.2023
Entscheiddatum: 03.04.2023

Entscheid Versicherungsgericht, 03.04.2023

Art. 23 Abs. 1 AVIG; effektiver Lohnfluss ist trotz Unstimmigkeiten in der von einem Treuhandbüro geführten Buchhaltung im Umfang eines Naturallohnbezugs in Form von Miete für den Beschwerdeführer mitsamt Familie nachgewiesen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 3. April 2023, AVI 2021/47).

Entscheid vom 3. April 2023

Besetzung

Präsidentin Marie Löhler, Versicherungsrichterinnen Michaela Machleidt Lehmann und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiberin Karin Kobelt

Geschäftsnr.

AVI 2021/47

Parteien

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Vy Huynh, Amparo Anwälte und Notare,
Neugasse 26, Postfach 148, 9001 St. Gallen,

gegen



UNIA Arbeitslosenkasse Kompetenzzentrum D-CH Ost, Strassburgstrasse 11,
Postfach 5037, 8021 Zürich 1,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Arbeitslosenentschädigung (versicherter Verdienst, Lohnfluss)

Sachverhalt

A.

A.a. A.____ (nachfolgend: Versicherter) meldete sich am 17. August 2020 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und wählte als Arbeitslosenkasse diejenige der Unia (nachfolgend: ALK; ALK-act. 1 und 5). Zuletzt war er vom 1. Januar 2014 bis zum 29. Februar 2020 als Geschäftsführer und Koch bei der damaligen B.____ GmbH (nachfolgend: Arbeitgeberin) tätig (ALK-act. 10 und 42). Bis zum 16. Juli 2020 war er als einziger Gesellschafter und als Geschäftsführer dieser Gesellschaft im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen (ALK-act. 36). Bis zum 12. Oktober 2020 war er zusätzlich als Inhaber des Einzelunternehmens C.____ im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen (ALK-act. 35). Als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Arbeitgeberin wurde die Geschäftsaufgabe wegen Abrisses der Geschäftsräumlichkeiten genannt (vgl. ALK-act. 7-2, 8 und 10 resp. 42).

A.b. Mit Schreiben vom 10. September 2020 forderte die ALK den Versicherten auf, Kopien der Lohnabrechnungen für die Zeit von Januar 2018 bis Februar 2019, den Nachweis der Löschung seiner Organfunktion und den Nachweis der Kündigung des "Mietvertrags Laden" einzureichen. Gleichzeitig habe er schriftlich zu erklären, wieso er sich im Mai 2020 nochmals einen Lohn ausbezahlt habe, obwohl er das Geschäft bereits im Februar 2020 aufgegeben habe (ALK-act. 16). Gleichentags forderte die ALK den Versicherten auf, eine Kopie der Buchhaltungsunterlagen 2018/2019, die Steuerveranlagungen der Jahre 2018 und 2019 sowie sämtliche Bar-Quittungen für die Lohnbezüge während zwei Jahren bis Februar 2020 einzureichen (ALK-act. 17).



St.Galler Gerichte

A.c. Am 15. September 2020 gingen bei der ALK die folgenden Unterlagen ein: Kontoblätter der Arbeitgeberin für die Zeit vom 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2019 (ALK-act. 20), eine AHV-Lohnbescheinigung 2019 sowie eine Bescheinigung über ausbezahlte Kinderzulagen (ALK-act. 21), Lohnblätter für die Zeit von Januar 2018 bis Dezember 2019 (ALK-act. 22), Steuerveranlagungsberechnungen der Jahre 2018 und 2019 (ALK-act. 24) sowie Bilanz und Erfolgsrechnung der Arbeitgeberin der Jahre 2018 und 2019 (ALK-act. 25 f.).

A.d. Am 23. September 2020 erfasste die ALK den Eingang des Auszugs aus dem individuellen Konto der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen (IK-Auszug), laut welchem die Arbeitgeberin für den Versicherten von 2015 bis 2019 Einkommen abrechnete. Im Jahr 2014 hatte er noch als selbständig Erwerbender Beiträge abgerechnet (ALK-act. 28).

A.e. Am 25. September 2020 erinnerte die ALK den Versicherten daran, Kopien der Lohnabrechnungen für die Zeit von Januar bis Dezember 2018, den Nachweis der Löschung aus dem Handelsregister, den Nachweis der Kündigung des "Mietvertrags Laden" sowie Bar-Quittungen für die Lohnbezüge ab März 2018 einzureichen (ALK-act. 29).

A.f. Am 29. September 2020 gingen bei der ALK Barlohnquittungen sowie die Lohnabrechnungen für das Jahr 2018 ein (ALK-act. 30).

A.g. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2020 verlangte die ALK folgende Unterlagen vom Versicherten: Nicht von ihm ausgefülltes Formular Arbeitgeberbescheinigung, Kopie des BVG Vorsorgeausweises für die Jahre 2018 bis 2020, Kopie der Austrittsleistungen BVG, Jahresabschluss der Buchhaltung für die Jahre 2018 und 2019 (detaillierte Kontenblätter), Kopien der detaillierten Kontoblätter von Januar bis Juni 2020 sowie eine schriftliche Bestätigung des Vermieters über die Vertragsauflösung und die Räumung der Liegenschaft (ALK-act. 33).

A.h. Am 22. Oktober 2020 gingen die Steuererklärungen des Versicherten der Jahre 2018 und 2019 bei der ALK ein (ALK-act. 37 und 38). Am 27. Oktober 2020 liess D.____, Inhaber der E.____, der ALK unter anderem Unterlagen der Stiftung Auffangeinrichtung, wo der Versicherte bis 29. Februar 2020 berufsvorsorgerechtlich versichert war (ALK-



act. 39), und die Kontoblätter von Januar 2018 bis Dezember 2019 (ALK-act. 41) zukommen. Gleichzeitig teilte er der ALK mit, dass er den Versicherten in allen buchhalterischen und administrativen Angelegenheiten betreue. Er wies darauf hin, dass die Bilanz 2019 und die Kontoblätter Januar und Februar 2020 der Arbeitgeberin noch nicht abgeschlossen seien (ALK-act. 43). Am 25. November 2020 erhielt die ALK die detaillierten Kontoblätter für die Zeit vom 1. Januar bis 29. Februar 2020 (ALK-act. 45) sowie eine Vereinbarung zwischen der Vermieterin und dem Beschwerdeführer und der Arbeitgeberin über die vorzeitige Auflösung des Mietverhältnisses der Geschäfts- und Wohnräumlichkeiten an der F.____ in G.____ (ALK-act. 46).

A.i. Mit Verfügung vom 1. Februar 2021 wies die ALK den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung des Versicherten per 17. August 2020 ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung bei der Arbeitgeberin habe der Lohnfluss abgeklärt werden müssen. Er könne nicht nachweisen, dass er den geltend gemachten Lohn effektiv realisiert habe. Der Kassastand habe sich während des gesamten Zeitraums ab 18. Februar 2019 bis zum Austritt des Versicherten immer im Minus befunden, was schon grundsätzlich nicht stimmen könne, weil nur so viel Bargeld einer Kasse entnommen werden könne, wie in der Kasse tatsächlich vorhanden sei. Mangels Nachweises des Lohnflusses habe er keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (ALK-act. 50).

B.

B.a. Mit Einsprache vom 1. März 2021 liess der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwältin MLaw V. Huynh, St. Gallen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragen, die Verfügung vom 1. Februar 2021 sei aufzuheben und es sei ihm Arbeitslosenentschädigung per 17. August 2020 auszurichten. Gleichzeitig reichte er diverse Unterlagen ein (ALK-act. 54). Am 25. März 2021 ergänzte Rechtsanwältin Huynh die Einsprache (ALK-act. 58).

B.b. Mit Entscheid vom 2. Juli 2021 wies die ALK die Einsprache ab. Begründend hielt sie zusammengefasst fest, die - während des Einspracheverfahrens veränderten - Buchhaltungsunterlagen der Arbeitgeberin seien nicht tauglich, um den behaupteten Lohnfluss schlüssig zu belegen (ALK-act. 66).



B.c. Per 9. August 2021 wurde der Versicherte wegen Stellenantritts von der Arbeitslosenversicherung abgemeldet (ALK-act. 73).

C.

C.a. Mit Beschwerde vom 6. September 2021 lässt der Versicherte (nachfolgend: Beschwerdeführer), weiterhin vertreten durch Rechtsanwältin Huynh, beantragen, der Einspracheentscheid vom 2. Juli 2021 sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge vollumfänglich aufzuheben und es seien ihm die gesetzlichen Leistungen zu erbringen. Eventualiter sei die Angelegenheit zwecks Vornahme weiterer Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (act. G 1).

C.b. Mit Beschwerdeantwort vom 23. September 2021 beantragt die ALK (im Folgenden: Beschwerdegegnerin), die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Zur Begründung führt sie aus, in der Beschwerde würden keine neuen Tatsachen oder Begründungen vorgebracht, die den Einspracheentscheid in Frage stellen würden (act. G3).

C.c. Am 28. September 2021 wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung bewilligt (act. G4).

C.d. Mit Schreiben vom 28. November 2022 ersucht das Gericht Rechtsanwältin Huynh um Belege des geltend gemachten Privatanteils Miete (act. G8).

C.e. Am 31. Januar 2023 lässt Rechtsanwältin Huynh dem Gericht eine Bestätigung der H.____ GmbH zukommen, gemäss welcher diese bestätigt, den jährlichen Privatanteil der Miete in der Höhe von Fr. 10'050.-- von der Arbeitgeberin für das Jahr 2019 erhalten zu haben. Die Gesamtmiete habe für das Jahr 2019 Fr. 47'250.-- betragen, der Anteil für die privaten Räumlichkeiten Fr. 10'050.-- (act. G11 und 11.1).

C.f. Mit Schreiben vom 7. Februar 2023 gibt das Gericht Rechtsanwältin Huynh Gelegenheit, auch die Mietzahlung für Januar und Februar 2020 noch zu belegen. Für den Säumnisfall stellt es in Aussicht, von fehlenden Mietzahlungen für diese beiden Monate auszugehen (act. G12). Innert gesetzter Frist geht keine weitere Stellungnahme ein.



C.g. Am 9. März 2023 wird der Beschwerdegegnerin das Schreiben von Rechtsanwältin Huynh vom 31. Januar 2023 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme unterbreitet (act. G13). Am 15. März 2023 teilt die Beschwerdegegnerin den Verzicht auf eine weitere Stellungnahme mit (act. G14). Eine Kopie dieses Schreibens wird Rechtsanwältin Huynh am 16. März 2023 zugestellt (act. G15).

Erwägungen

1.

1.1. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b und e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer unter anderem einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten und die Beitragszeit erfüllt hat. Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG). 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. S. 451, E. 3.2.2 mit Hinweisen). Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne 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 (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG).

1.2. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes der im Bemessungszeitraum (Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung; AVIV; SR 837.02) tatsächlich bezogene Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat grundsätzlich unbeachtet zu bleiben. Bei Art. 23 AVIG handelt es sich im Unterschied zu Art. 13 AVIG (in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG) um eine Bemessungsnorm. Sie bekommt nur dann die Bedeutung einer negativen Anspruchsvoraussetzung, wenn der Mindestbetrag für den versicherten



Verdienst von monatlich Fr. 500 nach Art. 40 AVIV über den Bemessungszeitraum gemittelt nicht erreicht wird. Das Abstellen auf den tatsächlich ausgerichteten Lohn anstatt auf den vereinbarten Lohn wirkt sich allenfalls auf die Höhe des Taggeldes aus (Art. 22 Abs. 1 AVIG), berührt aber den Anspruch an sich nicht (BGE 131 V 444, S. 450 f. E. 3.2.1 f. mit Hinweisen).

1.3. Somit bildet der versicherte Verdienst nach Art. 23 AVIG ein Korrektiv bei allfälligen missbräuchlichen Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, indem grundsätzlich die tatsächlichen Lohnbezüge im Bemessungszeitraum massgebend sind (BGE 131 V 444, S. 451 E. 3.2.3 mit Hinweis). Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen, rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind (vgl. ARV 1995 Nr. 15, S. 81 E. 2c), praktisch ausgeschlossen werden kann.

1.4. Für den Nachweis der Lohnbezüge trägt die versicherte Person die Beweislast. Sie hat darzutun, welchen Lohn sie erhalten hat. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein Post- oder Bankkonto der versicherten Person. Bei behaupteter Barzahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitenden in Betracht. Arbeitgeberbescheinigungen, unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto bilden bloss Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen (BGE 131 V 447 E. 1.2 mit Hinweisen).

1.5. Rechtsprechungsgemäss wirken sich nicht auszuräumende Unklarheiten hinsichtlich der exakten Lohnhöhe bei der Bestimmung des versicherten Verdienstes zum Nachteil der versicherten Person aus (ARV 2008 S. 150 f.).

2.

Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer als Gesellschafter und Geschäftsführer der Arbeitgeberin bei seiner letzten Anstellung eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte, diese jedoch mit der Übertragung dieser GmbH auf eine Drittperson per 16. Juli 2020 verlor. Im Zeitpunkt der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung am 17. August 2020 war er deshalb nicht mehr in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen. Die zu diesem Zeitpunkt noch bestehende Eintragung des Einzelunternehmens C.____ stand dem nicht entgegen, zumal die Anstellung vom 1. Januar 2015 bis 29. Februar 2020 über die Arbeitgeberin abgewickelt worden und der Beschwerdeführer in diesem Zeitraum folglich nicht in seinem Einzelunternehmen selbständig erwerbstätig gewesen war. Die Rahmenfrist für



die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an dem sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 und 3 AVIG). Vorliegend besteht ein möglicher Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem Zeitpunkt der Anmeldung am 17. August 2020. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit umfasst somit den Zeitraum vom 17. August 2018 bis zum 16. August 2020. Dass der Beschwerdeführer bei der Arbeitgeberin eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat, stellt die Beschwerdegegnerin zu Recht nicht in Frage. Der versicherte Verdienst bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate bzw. der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist (Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV). 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 (Art. 37 Abs. 3 AVIV). Angesichts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit des Eintritts des anrechenbaren Verdienstauffalls per 29. Februar 2020 dauert der Bemessungszeitraum somit vom 1. September 2019 bis 29. Februar 2020 oder vom 1. März 2019 bis 29. Februar 2020, sofern letzterer einen höheren Durchschnittslohn ergibt. Hieran vermag der Umstand, dass der Beschwerdeführer laut Lohnblatt Mai 2020 in diesem Monat noch 25 Stunden für die Arbeitgeberin tätig war (ALK-act. 11-13), nichts zu ändern (vgl. Art. 37 Abs. 3 AVIV sowie AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft Seco, Rz. C22). Nachfolgend wird unter Berücksichtigung dieser Bemessungszeiträume die Frage zu klären sein, ob der Beschwerdeführer den Lohnfluss aus seinem Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin nachzuweisen vermag.

3.

Die Beschwerdegegnerin begründete die Abweisung des Antrags auf Arbeitslosenentschädigung im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer nicht nachweisen könne, für seine Tätigkeit bei der Arbeitgeberin effektiv einen Lohn bezogen zu haben. Insbesondere seien die Buchhaltungsunterlagen nicht geeignet, den Lohnfluss zu belegen (ALK-act. 66). Demgegenüber macht der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, der Lohnfluss werde durch diverse Dokumente (Lohnausweis, Lohnblätter, Steuererklärungen, Meldung resp. Vorsorgeausweis Stiftung Auffangeinrichtung, IK-Auszug, Erfolgsrechnung und Bilanz) belegt. Das "Privatkonto Gesellschafter A" weise einen Betrag von Fr. 46'677.15 aus, welcher sich aus Naturalbezügen, Privatanteil Fahrzeugaufwand, Privatanteil Verwaltungsaufwand, Privatverbrauch an Kasse und Privatanteil Miete zusammensetze (act. G1 Rz. 13 ff.). Darüber hinaus sei er Alleinverdiener und seine Familie habe weder Schulden noch



beziehe sie Sozialhilfe. Er müsse also den Lebensunterhalt seiner fünfköpfigen Familie mit dem Einkommen aus seiner Tätigkeit für die Arbeitgeberin erzielt haben (act. G1, Rz. 20).

3.1. Mit Arbeitsvertrag vom 1. Januar 2014 wurde dem Beschwerdeführer ab diesem Zeitpunkt ein Lohn von Fr. 3'690.80 brutto (inkl. 13. Monatslohn) zugesichert. Über die Lohnbezugsmodalitäten ist dem Arbeitsvertrag nichts zu entnehmen (ALK-act. 9). Der Beschwerdeführer reichte der Beschwerdegegnerin Lohnblätter für die Zeit von Januar 2018 bis Februar 2020 ein (ALK-act. 11 und 22). Bis Februar 2020 hatte er gemäss den Lohnblättern einen Monatslohn bezogen, welcher von Januar 2018 bis März 2018 Fr. 3'417.-- brutto zzgl. 13. Monatslohn pro rata von Fr. 284.65, total Fr. 3'701.65, von April 2018 bis Januar 2019 Fr. 3'435.-- zzgl. 13. Monatslohn pro rata von Fr. 286.15, total Fr. 3'721.15, von Februar 2019 bis Februar 2020 Fr. 3'470.-- zzgl. 13. Monatslohn pro rata von Fr. 289.05, total Fr. 3'759.05, betragen habe (ALK-act. 22 und 11-11 f.). Damit übereinstimmend wurde in der Arbeitgeberbescheinigung ein letzter Monatslohn von Fr. 3'470.-- zzgl. 13. Monatslohn pro rata von Fr. 289.05, total Fr. 3'759.05 deklariert (ALK-act. 10-2 und 42-2). Die Arbeitgeberin beschäftigte laut Lohndeklaration für die Pensionskasse und AHV-Lohnbescheinigung neben dem Beschwerdeführer einen weiteren Mitarbeiter, welcher in den Jahren 2018 und 2019 denselben Jahreslohn bezog wie der Beschwerdeführer (vgl. ALK-act. 21 und 39 S. 5 f.). Laut den Lohnblättern hat der Beschwerdeführer den Lohn jeweils bar bezogen. Barlohnquittungen reichte der Beschwerdeführer auf Aufforderung der Beschwerdegegnerin hin für die Zeit von Januar 2018 bis Februar 2020 ein (vgl. ALK-act. 30), wobei sie bis Januar 2019 mit den Lohnblättern übereinstimmen, für die Zeit ab Februar 2019 jedoch davon abweichen, indem die per 1. Februar 2019 erfolgte geringe Lohnerhöhung keine Berücksichtigung fand (vgl. ALK-act. 11, 22 und 30). Aus den Lohnblättern ist neben dem Umstand des Barlohnbezugs ersichtlich, dass die Arbeitgeberin Beiträge an die AHV, an die ALV, an die Unfallversicherung, an die Pensionskasse und an die Krankentaggeldversicherung vom Lohn des Beschwerdeführers in Abzug gebracht hat (ALK-act. 11). Damit übereinstimmend bestätigen die AHV und die Stiftung Auffangeinrichtung als zuständige Pensionskasse (Unterlagen betreffend die anderen Sozialversicherungen sind keine aktenkundig), dass die Arbeitgeberin Beiträge für den Beschwerdeführer entrichtet hat. Dem IK-Auszug vom 17. September 2020 sind Bruttoeinkommen von Fr. 44'595.-- für das Jahr 2018 und von Fr. 45'070.-- für das Jahr 2019 zu entnehmen (ALK-act. 28), währenddem der Pensionskasse in geringer Abweichung davon für das Jahr 2018 ein Einkommen von Fr. 44'419.80 (ALK-act. 39-6) und für das Jahr 2019 ein solches von Fr. 44'595.30 (ALK-act. 39-5) gemeldet wurden. Die Vorsorgeausweise weisen für das Jahr 2018



einen Jahreslohn von Fr. 44'595.30 (ALK-act. 39-8), für das Jahr 2019 einen solchen von Fr. 44'595.30 (ALK-act. 39-3) und per 1. Januar 2020 einen solchen von Fr. 45'109.-- (ALK-act. 39-2) aus. In den jährlich auszustellenden Lohnausweisen nannte die Arbeitgeberin für das Jahr 2018 einen Bruttolohn von Fr. 51'795.30, für das Jahr 2019 einen solchen von Fr. 52'270.70 und für das Jahr 2020 einen solchen von Fr. 8'898.10 (jeweils inkl. Kinderzulagen von monatlich Fr. 600.-- bis 31. Dezember 2019 und Fr. 690.-- ab 1. Januar 2020; act. G1.6-1.8). Nach Abzug der für den versicherten Verdienst nicht relevanten Familienzulagen (vgl. AVIG-Praxis ALE, Rz. C2) resultieren die Beträge von Fr. 44'595.30 für das Jahr 2018 (Fr. 51'795.30 - Fr. 7'200.-- [12 x Fr. 600.--]), Fr. 45'070.70 für das Jahr 2019 (Fr. 52'270.70 - Fr. 7'200.-- [12 x Fr. 600.--]) und Fr. 7'518.10 für das Jahr 2020 (Fr. 8'898.10.-- Fr. 1'380.-- [2 x Fr. 690.--]). Gegenüber dem zuständigen Steueramt deklarierte der Beschwerdeführer die den Lohnausweisen der Arbeitgeberin entsprechenden Einkünfte (ALK-act. 24, 37 und 38 sowie act. G23; im Jahr 2020 zzgl. einer Abfindung von Fr. 46'400.--, welche wohl aus der vorzeitigen Auflösung des Mietvertrages der Geschäfts- und Wohnräumlichkeiten der Arbeitgeberin resp. des Beschwerdeführers durch die Vermieterin herrühren dürfte, vgl. Bürgschaftsverpflichtung der Bank I.____ [ALK-act. 31] sowie Aufhebungsvereinbarung vom 4. März 2020 [act. G1.4]).

3.2. Die Beschwerdegegnerin erachtete die vorgenannten Dokumente aufgrund ihrer lediglich als Indizien dienenden Qualität nicht als massgeblich, sondern mass einzig der durch die E.____ für die Arbeitgeberin geführten Buchhaltung Bedeutung bei (vgl. für die Auszüge aus der Buchhaltung ALK-act. 20, 25, 26, 41, 45 und 54 sowie act. G 1.17; ALK-act. 66 Rz. 7). Es ist der Beschwerdegegnerin darin zuzustimmen, dass die eingereichten Buchhaltungsunterlagen nicht dazu taugen, einen Lohnfluss zu belegen. Dies nur schon aufgrund nicht nachvollziehbarer und nicht verständlicher Abweichungen wie beispielsweise des Saldo Vortrags des Kontos Kasse (Fr. 7'210.96 am 31. Dezember 2018 [ALK-act. 41 S. 6], Fr. 22'656.11 am 1. Januar 2019 [ALK-act. 54 Beilage 5 und act. G1.17 S. 1], wobei er in den früheren Buchhaltungsunterlagen noch dem Endsaldo des Jahres 2018 von Fr. 7'210.96 entsprach [ALK-act. 41 S. 22]) und im Konto Kasse vorgenommene Buchungen vom 31. Dezember 2019 (vgl. ALK-act. 41 S. 27 mit ALK-act. 54, Beilage 5 und act. G1.17 S. 6). Buchhalterisch wurden die vom Beschwerdeführer wohl über den Monat verteilt an sich genommenen Geldbeträge (vgl. Vorbringen in act. G1, Rz. 18) jeweils am letzten Tag des Monats mittels Übertrag an das Konto Nr. 1091 (Lohndurchlaufkonto) verbucht (vgl. Konto Nr. 1000 Kasse 2018 [ALK-act. 41 S. 1 bis 6], 2019 [ALK-act. 41 S. 22 bis 27 und act. G1.17 S. 1 bis 6] und 2020 in ALK-act. 45). Dabei handelt es sich jedoch nicht um effektive Barauszahlungen, sondern lediglich um eine buchhalterische Erfassung



möglicher Barbezüge. Vor diesem Hintergrund ist zwar nachvollziehbar, wieso die Beschwerdegegnerin die Vermutung äusserte, dass die Buchungen vom zuständigen Treuhandbüro zur Plausibilisierung des Lohnflusses vorgenommen worden sein könnten (vgl. ALK-act. 66, Rz. 7 und 9). Die Beschwerdegegnerin übersieht jedoch bei der Verneinung eines jeglichen Lohnflusses, dass der Beschwerdeführer und seine Familie eine 3 ½-Zimmer-Wohnung oberhalb der Geschäftsräume der Arbeitgeberin bewohnten (vgl. Mietvertrag vom 18. Dezember 2013 in act. G3.12), für welche die Arbeitgeberin die Miete entrichtete. Die H. ___ GmbH, welche im relevanten Zeitraum die Geschäftsräumlichkeiten der Arbeitgeberin vermietete (vgl. Vereinbarung in act. G3.46), bestätigte am 12. Januar 2023 gegenüber dem Beschwerdeführer, dass sie den jährlichen Privatanteil der Miete in der Höhe von Fr. 10'050.-- im Jahr 2019 von der Arbeitgeberin erhalten habe (act. G11.1). Auch wenn die Buchhaltung wie gesagt untauglich ist, um einen Lohnfluss zu belegen, und es sich bei den in E. 3.1 aufgeführten Dokumenten und Umständen (die Arbeitgeberin entrichtete für den Beschwerdeführer die Beiträge an sämtliche Sozialversicherungen, der Beschwerdeführer bezahlte Einkommenssteuern auf seinen bei der Arbeitgeberin erzielten Einkünften, der Beschwerdeführer war Alleinverdiener [vgl. Vorbringen in act. G1, Rz. 20 sowie Steuererklärungen der Jahre 2018 bis 2020 in ALK-act. 37 und 38 sowie act. G1.23], das Geschäft wurde vom Beschwerdeführer während mehrerer Jahre geführt und die Geschäftsaufgabe erfolgte nicht aufgrund finanzieller Probleme, der geltend gemachte Lohn ist angemessen und gleich hoch wie der Lohn des anderen Angestellten) lediglich um Indizien handelt, ist aufgrund des Wohnens innerhalb der gemieteten Geschäftsräumlichkeiten ein Naturallohnbezug ausgewiesen.

3.3. Laut Art. 23 Abs. 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn. Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) bestimmt als massgebenden Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit, welcher unter anderem auch Naturalleistungen erfasst. Diese werden in den Art. 11 und 13 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) näher bestimmt. Gemäss Art. 11 Abs. 2 AHVV entspricht ein täglicher Ansatz von Fr. 11.50 und damit ein monatlicher Betrag von Fr. 345.-- (Fr. 11.50 x 30) der Gewährung einer Unterkunft. Erhalten nicht nur Arbeitnehmende, sondern auch deren Familienangehörige freie Unterkunft, werden folgende Zuschläge hinzugerechnet: bei erwachsenen Familienangehörigen je der gleiche Ansatz wie bei Arbeitnehmenden und bei minderjährigen Familienangehörigen je die Hälfte des Ansatzes der Arbeitnehmenden (vgl. Merkblatt "Lohnbeiträge an die AHV, die IV und die EO" S. 10, abrufbar unter <https://www.ahv-iv.ch/p/2.01.d>, abgerufen am 22. März



2023). Die Arbeitslosenversicherung akzeptiert Naturalleistungen laut AVIG-Praxis ALE, Rz. C2, höchstens bis zu den in der AHV massgebenden Ansätzen. Nach den Massstäben der AHV wäre eine Anrechnung von Naturalleistungen für die Unterbringung im Falle des Beschwerdeführers mit seiner Frau und den drei Kindern bis zu Fr. 1'207. 50 (zwei Erwachsene à Fr. 345.-- und drei Kinder à Fr. 172.50) monatlich resp. Fr. 14'490.-- jährlich möglich. Folglich steht der Anrechnung der von der Arbeitgeberin für den Beschwerdeführer und seine Familie bezahlten Miete von Fr. 10'050.-- für das Jahr 2019 resp. für den in den für den Beschwerdeführer mangels Mietzahlungen in den Monaten Januar und Februar 2020 (vgl. act. G11.1 und 12) günstigeren zwölfmonatigen Beobachtungszeitraum fallenden Anteil von Fr. 8'375.-- (10'050.-- : 12 [Januar bis Dezember 2019] x 10 [März bis Dezember 2019]) nichts entgegen, zumal dieser Betrag die Ansätze der AHV nicht erreicht. Damit ist aber die Erzielung eines versicherten Verdienstes von monatlich mindestens Fr. 500.-- (vgl. hierzu vorstehend E. 1.2) ausgewiesen (Fr. 8'375.-- : 12 = Fr. 698.--).

3.4. Der Beschwerdeführer vermag einen darüber hinausgehenden Lohnfluss nicht mittels Überweisungen zu belegen. Ein solcher lässt sich weder aus den bezahlten Sozialversicherungsbeiträgen noch aus dem gegenüber den Steuerbehörden deklarierten Einkommen oder dem Eintrag im IK ableiten (vgl. vorstehend E. 1.3). Das Vorbringen des Beschwerdeführers, seinen Lebensunterhalt und jenen seiner Familie einzig aus dem von ihm bei der Arbeitgeberin erzielten Einkommen bestritten zu haben, ist einerseits nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erwiesen - wenn auch glaubhaft - und sagt andererseits nichts über die Höhe der allfälligen Lohnzahlungen aus. Es ist zwar in Würdigung der gesamten Umstände (vgl. vorstehend E. 3.2) davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer ein Einkommen über die Arbeitgeberin erwirtschaftete. Eine klare Abtrennung eines dem Beschwerdeführer zustehenden und in seiner Verfügungsgewalt stehenden Lohnes von bestimmter Höhe ist jedoch in arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargetan, zumal die Belange der GmbH nicht sauber von den privaten Belangen des Beschwerdeführers getrennt wurden. Den Akten kann nicht schlüssig entnommen werden, ob und gegebenenfalls welcher Lohn während welcher Zeitspanne effektiv ausbezahlt worden ist. Dies gilt auch für die dem Privatkonto Gesellschafter A zu entnehmenden Buchungen (vgl. Vorbringen in act. G1 Rz. 16), zumal die rein buchhalterische Erfassung nicht für den Nachweis eines tatsächlich erzielten Verdienstes genügt (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2020, 8C_150/2020, E. 4 mit Hinweisen).



3.5. Der Tatsache, dass sich die vom Beschwerdeführer über die Unterbringung hinaus allenfalls erzielte Lohnhöhe nicht frankengenau bestimmen lässt, ist damit Rechnung zu tragen, dass für die Ermittlung des versicherten Verdiensts einzig der nachgewiesene Lohnbezug in Form von Naturalleistungen für die Wohnungsmiete berücksichtigt wird (vgl. hierzu vorstehend E. 1.3 und 1.5 sowie 3.3). Dies führt zu einem massgebenden versicherten Verdienst von aufgerundet Fr. 698.-- ab 17. August 2020.

4.

Zusammenfassend führt dies zur Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und zur Gutheissung der Beschwerde in dem Sinne, als festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer die Beitragszeit erfüllt hat, da er einen versicherten Verdienst von Fr. 698.-- nachweisen kann. Die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen ab 17. August 2020 zurückzuweisen.

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. f^{bis} des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Die Beschwerdegegnerin schuldet dem obsiegenden Beschwerdeführer eine Parteientschädigung. Diese 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. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Im vorliegenden Fall erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Die Festlegung einer Entschädigung aus unentgeltlicher Rechtsverbeiständung erübrigt sich bei diesem Prozessausgang.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 2. Juli 2021 aufgehoben und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer die Beitragszeit im Sinne der Erwägungen erfüllt hat.

2.

Die Sache wird zur Abklärung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen ab 17. August 2020 an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.



3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.