



Fall-Nr.: AVI 2009/12
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 16.09.2019
Entscheiddatum: 19.02.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 19.02.2010

Art. 23 Abs. 1 AVIG. Versicherter Verdienst. Vorliegend vermochte der Beschwerdeführer keinen effektiven Lohnfluss nachzuweisen. Nachdem eine beitragspflichtige Beschäftigung auch nicht anderweitig ausgewiesen erscheint, kann auch kein versicherter Verdienst errechnet werden (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. Februar 2010, AVI 2009/12).

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

Entscheid vom 19. Februar 2010

in Sachen

C.____,

Beschwerdeführer,

gegen

**UNIA Arbeitslosenkasse Zentralverwaltung Zürich, Strassburgstrasse 11,
8004 Zürich,**

Beschwerdegegnerin,

betreffend

versicherter Verdienst (Lohnfluss)



Sachverhalt:

A.

A.a C.____ war vom 1. Juli 2005 bis zum 30. September 2006 bei der A.____ als Vorarbeiter angestellt (act. G 5.4/52). Dem Versicherten wurde am 25. August 2006 aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt (act. G 5.4/59). Er bezog in der Folge bis Ende März 2008 Arbeitslosenentschädigung auf der Basis eines versicherten Verdienstes von Fr. 5'568.-- (act. G 5.2/9).

Am 16. Mai 2008 wies das Seco die Arbeitslosenkasse Unia auf Grund einer internen Revision an, die Beitragszeit - und wenn erfüllt - den Lohnfluss an den Versicherten zu überprüfen. Bis am 19. August 2008 (richtig: 2004 [vgl. Handelsregisterauszug; vgl. auch Konkursakten, Kaufvereinbarung vom 14. Juli 2004]) sei die Ehefrau des Versicherten als Gesellschafterin der A.____ eingetragen gewesen. Deren Mutter (also die Schwiegermutter des Versicherten) sei zudem als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen gewesen. Obwohl der Versicherte selber keine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe, stelle sich die Frage, ob er bei seiner Schwiegermutter in einem Arbeitsverhältnis gestanden und Lohn bezogen habe. Sollten die Anspruchsvoraussetzungen nicht einwandfrei nachgewiesen sein, seien die bereits ausbezahlten Versicherungsleistungen zurückzufordern (act. G 5.3/16).

A.b Bereits am 10. April 2008 hatte die Arbeitslosenkasse anlässlich der Seco-Revision vom Versicherten die Bankauszüge verlangt, woraus der Lohnfluss ersichtlich sei. Der Versicherte gab darauf hin an, er habe den Lohn immer in bar erhalten (act. G 5.3/17). Am 29. Mai 2008 tätigte die Arbeitslosenkasse weitere Abklärungen, indem sie von der Ausgleichskasse einen IK-Auszug und vom Versicherten die Steuererklärungen für die Jahre 2005 und 2006 verlangte (act. G 5.3/14 und 15). Mit Stellungnahme vom 6. Juli 2008 führte der Versicherte aus, er fülle seit sechseinhalb Jahren keine Steuererklärungen aus. Dies bedeute aber nicht, dass er nicht gearbeitet habe (act. G 5.3/9).



St.Galler Gerichte

A.c Mit Verfügung vom 16. Juli 2008 setzte die Arbeitslosenkasse Unia den versicherten Verdienst auf Null fest. Es falle auf, dass die bei der Sozialversicherungsanstalt St. Gallen abgerechneten Lohnsummen höher seien als die auf der Arbeitgeberbescheinigung deklarierten. Zudem habe der Versicherte weder Belege über den effektiven Lohnbezug noch von ihm ausgefüllte Steuererklärungen einreichen können. Der Nachweis des Lohnflusses sei somit nicht erbracht (act. G 5.3/5). Die gegen diese Verfügung gerichtete Einsprache vom 1. September 2008, mit welcher der Versicherte im Wesentlichen geltend gemacht hatte, sowohl er als auch seine Frau hätten zwecks Versorgung der Familie arbeiten müssen, wurde mit Entscheid vom 22. Dezember 2008 abgewiesen. Auch die erneut eingereichten Lohnabrechnungen reichten nicht aus, einen effektiven Lohnfluss nachzuweisen (act. G 5.3/1 und 4).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 2. Februar 2009 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und Anrechnung des geltend gemachten versicherten Verdienstes. Die Verfügung werde auch formell angefochten, da das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei. Materiell sei für den versicherten Verdienst für die Jahre 2005 und 2006 ein Gesamteinkommen von Fr. 106'936.--, evtl. von Fr. 89'730.-- zu berücksichtigen. Eventuell sei die Arbeitgeberin zur Herausgabe der Buchhaltung zu verpflichten (act. G 1). Mit Beschwerdeergänzung vom 9. März 2009 führt der Rechtsvertreter aus, wie sich aus den ins Recht gelegten Lohnausweisen ergebe, sei der Beschwerdeführer zwischen September 2005 und September 2006 bei der A.____ Lohnbezüger gewesen. Es seien dem Beschwerdeführer auch die Sozialversicherungsbeiträge, darunter für die Arbeitslosenversicherung, abgezogen worden. Da das rechtliche Gehör verweigert worden sei, hätten diese Belege zuvor nicht eingereicht werden können. Die Annahmen der Beschwerdegegnerin erwiesen sich damit als unzutreffend. Es bleibe kein Raum für die Verweigerung und die Rückforderung von Leistungen (act. G 3).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 30. März 2009 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Aus dem IK-Auszug ergebe sich zwar für 2005 eine Buchung für die A.____ von Fr. 45'300.-- sowie für 2006 von Fr. 61'636.--. Weder dadurch noch durch



die ergänzend ins Recht gelegten Lohnausweise 2005 und 2006 sei jedoch ein effektiver Lohnfluss belegt. Insbesondere habe der Beschwerdeführer bis jetzt keine Steuererklärungen beibringen können (act. G 5).

Erwägungen:

1.

1.1 In seiner Beschwerdeschrift vom 2. Februar 2009 machte der damalige Rechtsvertreter des Beschwerdeführers geltend, er habe mit Schreiben vom 19. November 2008 Akteneinsicht verlangt (vgl. act. G 5.1/6). Gleichwohl sei am 22. Dezember 2008 der Einspracheentscheid gefällt worden, ohne dass die Verwaltung die Akteneinsicht gewährt und deren Resultat abgewartet habe. Dies führe gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohne Weiteres zur Aufhebung des Einspracheentscheids (act. G 1).

1.2 Gemäss Art. 37 Abs. 1 ATSG besteht ein jederzeitiges Vertretungsrecht. Allein schon daraus ergibt sich, dass es möglich sein muss, einen Vertreter erst nach Erhebung der Einsprache hinzuzuziehen und dass dieser Einsicht in die Akten haben muss (vgl. auch Art. 47 Abs. 1 ATSG). Im Weiteren wird das Verwaltungsverfahren bei Einspracheerhebung erst mit dem Einspracheentscheid abgeschlossen. Dementsprechend ist der Sachverhalt bis zu diesem Zeitpunkt massgebend (BGE 131 V 407 E. 2.1.2.2; BGE 121 V 366 E. 1b). Daraus folgt, dass im Einspracheverfahren auch das Recht besteht, bis zum Abschluss des Verfahrens, neue Begehren zu stellen und sich auf neue Tatsachen, Beweismittel und Vorschriften zu berufen (vgl. Art. 58 Abs. 1 VRP i.V.m. Art. 19 VRP; vgl. auch Christian Zünd, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich vom 7. März 1993, Diss. 1999, S. 80, zur Eventualmaxime). Die Verwaltung hätte somit dem damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers das Akteneinsichtsrecht gewähren und allfällige Neuerungen der Begehren abwarten müssen. Indem sie statt dessen sofort den Einspracheentscheid erlassen hatte, verletzte sie das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers.



1.3 Der angefochtene Einspracheentscheid ist dennoch nicht aus formellen Gründen aufzuheben. So hätte die Einsichtnahme in die Akten vor allem dazu gedient, dem erst während des laufenden Einspracheverfahrens mandatierten Rechtsvertreter die Einarbeitung in den Fall zu ermöglichen. Nachdem der Rechtsvertreter jedoch am 29. Mai 2009 die Aufhebung des Mandats meldete (act. G 9), erscheint eine Aufhebung aus formellen Gründen mit anschliessender Akteneinsicht an den - nun nicht mehr vertretenen - Beschwerdeführer als nicht zweckmässig. Hinzu kommt das der Rechtsvertreter die Akten noch vor Einreichung der Beschwerde erhalten hat. Entsprechend stellte er im Beschwerdeverfahren kein Akteneinsichtsbegehren mehr. Unter diesen Umständen kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt betrachtet werden.

2.

Anfechtungsgegenstand bildet der Einspracheentscheid vom 22. Oktober 2008, in welchem der versicherte Verdienst auf null Franken festgesetzt und damit implizit der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bzw. die Ausrichtung von Taggeldern ab 1. April 2008 abgelehnt wurde. Für die zurückliegende Zeit, in welcher bereits Taggelder ausbezahlt worden waren, d.h. in der Zeit vom 1. Oktober 2006 bis 31. März 2008, verfügte die Beschwerdegegnerin am 17. Juli 2008 eine Rückforderung, die Gegenstand eines sistierten Einspracheverfahren bildet und im vorliegenden Fall nicht zur Diskussion steht.

3.

3.1 Als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) 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 bloss Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen (BGE 131 V 447 E. 1.2 mit Hinweisen).

3.2 Vorliegend ist umstritten, ob der Beschwerdeführer in der massgebenden Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 1. Oktober 2004 bis 30. September 2006 über eine beitragspflichtige Beschäftigung von mindestens zwölf Monaten verfügt bzw. ob er in dieser Zeit einen versicherten Verdienst erzielt hat.

Die Beschwerdegegnerin verneinte einen Lohnfluss im Wesentlichen deshalb, weil die Angaben im Individuellen Konto nicht mit der Arbeitgeberbescheinigung übereinstimmten. Im Übrigen habe der Beschwerdeführer keine Belege über einen effektiven Lohnbezug oder von ihm ausgefüllte Steuererklärungen beibringen können. Demgegenüber macht der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, er habe schon allein für den Unterhalt seiner vierköpfigen Familie arbeiten müssen. Ausserdem unterstütze er noch seine Mutter und seine Schwester im Kosovo.

In den Akten liegen die Lohnabrechnungen für die Monate September 2005 bis September 2006. Daraus geht ein monatliches Bruttoeinkommen zwischen Fr. 4'881.25 (137.5 Std. à Fr. 35.50) und Fr. 7'308.-- (203 Std. à Fr. 36.--) hervor, wobei für das Jahr 2005 ein Total von Fr. 25'045.25 (brutto), für das Jahr 2006 ein solches von Fr. 57'786.25 (brutto) resultiert (je zuzüglich Pauschalspesen act. G 5.3/22). Damit stimmen die vom Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren eingereichten (undatierten) Lohnausweise überein, wo ebenfalls für 2005 ein Bruttoeinkommen von Fr. 25'045.-- und für 2006 ein solches von Fr. 57'786.-- bescheinigt wurde. Indessen wurden die in den Lohnabrechnungen ausgewiesenen Pauschalspesen hier nur teils



aufgeführt (act. G 3.1 und 3.2). Aus dem von der Beschwerdegegnerin eingeholten IK-Auszug vom 10. Juni 2008 geht sodann für 2005 ein gemeldetes Einkommen von Fr. 45'300.-- für das ganze Jahr hervor. Für das Jahr 2006 ist kein Einkommen von der A.____ vermerkt (act. G 5.3/13). Erst im Auszug vom 7. Juli 2008, den der Beschwerdeführer am 8. Juli 2008 der Beschwerdegegnerin eingereicht hat, erscheint dann ein Einkommen von Fr. 61'636.-- für die Zeit von Januar bis September 2006 (act. G 5.3/8). Dieses stimmt insofern mit den Lohnabrechnungen überein, als der aufgeführte Betrag nebst dem Bruttolohn auch noch die Pauschalspesen enthält. Schliesslich enthalten die vom Gericht eingeholten Konkursakten betreffend die A.____ keine Buchhaltungsunterlagen, die einen Lohnfluss belegen könnten.

Somit liegen nur Unterlagen vor, die nicht geeignet sind, einen effektiven Lohnfluss zu beweisen. Namentlich vermögen die eingereichten Lohnausweise einen entsprechenden Nachweis nicht zu erbringen. Überdies hat der Beschwerdeführer diese Lohnausweise nach eigenen Angaben nicht bei der Steuerbehörde eingereicht und somit kein Einkommen deklariert (act. G 5.3/9). Gemäss Lohnabrechnungen wurde auch keine Quellensteuer abgezogen, so dass auch auf diesem Weg keine Deklaration und Versteuerung des Einkommens erfolgte. Die genannten Lohnausweise stellen damit, wie auch die Lohnabrechnungen und der Arbeitsvertrag, nur Parteibehauptungen dar, über die nur der Beschwerdeführer selber und die A.____ Auskünfte erteilen können. In diesem Zusammenhang bleibt auch unklar, weshalb das Arbeitsverhältnis offenbar erst ab September 2005 (vgl. Lohnabrechnungen), und nicht wie im Arbeitsvertrag vom 10. Juni 2005 angegeben, ab 1. Juli 2005 effektiv ausgeübt wurde. Ebenfalls vermögen die IK-Einträge allein noch keinen Lohnfluss zu belegen. Vielmehr wären dazu weitere Indizien nötig, die vorliegend gerade fehlen. Auffallend ist in diesem Zusammenhang zudem, dass der Eintrag für 2006 erst während der laufenden Untersuchung des Lohnflusses durch die Beschwerdegegnerin im Juli 2008 erfolgt ist. Klare Rückschlüsse auf effektiv dem Beschwerdeführer bezahlte Löhne lassen sich aus diesen Unterlagen nicht ziehen, weshalb hinsichtlich des versicherten Verdienstes von Beweislosigkeit zulasten des Beschwerdeführers auszugehen ist.

3.3 Der geltend gemachte Lohnfluss erscheint auch nicht plausibel, nachdem gemäss den konkursamtlichen Unterlagen eine operative Tätigkeit der A.____ offenbar kaum bestanden hat, und wenn, wurde diese an diverse andere Firmen wie die B.____, die



D.____ oder die E.____ als Unterakkordantinnen ausgelagert (vgl. Konkursakten, Schreiben RA Landtwing vom 7. April 2008). Deren (vollständige) Bezahlung blieb die Konkursitin schliesslich schuldig. Angesichts der praktisch seit Bestehen der Firma desolaten Finanzlage erscheint sodann unwahrscheinlich, dass die A.____ die gegenüber den AHV-Behörden deklarierten Löhne an den Beschwerdeführer gezahlt haben soll. Dies umso mehr, als offenbar selbst der faktische Inhaber F.____ nach konkursamtlichen Angaben "permanent blank" war (Konkursakten, Konkursinventar vom 29. September 2008, S. 3). Ins selbe Bild passt auch, dass die Gesellschaft mit keinem Franken Barkapital ausgestattet war. Statt dessen wurden lediglich Sacheinlagen in Form von diversen - für eine Armierungsfirma mehr oder weniger geeigneten - Fahrzeugen sowie nicht näher spezifiziertem Schalungsmaterial geleistet (Konkursakten, Sacheinlagevertrag vom 21. Juni 2004). Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass dieses 2004 in die Gesellschaft eingebrachte "Betriebskapital" drei Jahre später bei der Konkurseröffnung bereits nicht mehr vorhanden war. So gab F.____ anlässlich der Konkurseinvernahme an, die Fahrzeuge seien alle wegen Defekts entsorgt worden; ebenso existierte das Schalungsmaterial nicht mehr (Einvernahmeprotokoll vom 28. November 2007). Schliesslich fällt auf, dass der Hauptverantwortliche F.____ dieses "Geschäftsmodell" (jeweils in wechselnder Besetzung) auf weitere Armierungsfirmen übertrug. So wurden auch für die G.____ und die H.____ jeweils im Bekanntenkreis vier Fahrzeuge "requiriert" und als Sacheinlage in die Firmen eingebracht (Konkursakten, Sacheinlageverträge für die G.____ vom 2. Oktober 2007 und die H.____ vom 7. April 2006).

3.4 Zusammenfassend ist ein Lohnfluss nicht ausgewiesen, weshalb auch kein versicherter Verdienst errechnet werden kann.

4.

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.



2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.