



**Fall-Nr.:** AVI 2012/85  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 23.04.2013  
**Entscheiddatum:** 23.04.2013

### **Entscheid Versicherungsgericht, 23.04.2013**

**Art. 13 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 AVIG. Nachweis des effektiven Lohnflusses als Indiz dafür, dass die versicherte Person eine beitragspflichtige Beschäftigung tatsächlich ausgeübt hat. Vorliegend ergeben sich aus den ins Recht gelegten Unterlagen Angaben zum effektiven Lohnfluss. Rückweisung zu weiteren Abklärungen betreffend Höhe des versicherten Verdienstes (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St.Gallen vom 23. April 2013, AVI 2012/85).**

Versicherungsrichterinnen Marie Löhner (Vorsitz), Lisbeth Mattle Frei und Miriam Lendfers; a.o. Gerichtsschreiberin Nataša Stanković

#### **Entscheid vom 23. April 2013**

in Sachen

**A.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwältin Susanne Hirschberg, LL.M., Hirschrecht,  
Schaffhauserstrasse 15, 8042 Zürich,

gegen

**UNIA Arbeitslosenkasse**, Zahlstelle Rapperswil, Obere Bahnhof-strasse 32a, Postfach  
1132, 8640 Rapperswil SG,



**Beschwerdegegnerin,**

betreffend

**Arbeitslosenentschädigung (Beitragszeit, Lohnfluss)**

**Sachverhalt:**

**A.**

**A.a** A.\_\_\_\_ meldete sich am 29. Mai 2012 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Rapperswil-Jona zur Arbeitsvermittlung an und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 4. Juni 2012 (act. G 3.1/1). Der Versicherte war seit 1. März/April 2008 für die B.\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Gesellschaft) in X.\_\_\_\_, später in Y.\_\_\_\_, als Geschäftsführer tätig (act. G 1/3). Gleichzeitig war er als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen. Mit Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. April 2012 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Die Gesellschaft ist aufgelöst und befindet sich in Liquidation (vgl. Auszug des Handelsregisters des Kantons Schwyz, act. G 1/4; G 3.1/3). Am 11. Mai 2012 wurde das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten per 30. Juni 2012 beendet (act. G 3.1/2). Mit Schreiben vom 3. Juli 2012 an die Unia Arbeitslosenkasse hielt der Beschwerdeführer fest, dass er sich die letzten zwei Jahre keinen Lohn habe auszahlen können (act. G 3.1/3). Am 26. September 2012 bestätigte Dr. med. C.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Allgemeine Medizin, dass der Beschwerdeführer infolge eines Unfalles vom 18. März bis 6. April 2012 sowie vom 5. Mai bis 3. Juni 2012 zu 100% und vom 7. April bis 4. Mai 2012 sowie vom 4. bis 17. Juni 2012 zu 50% arbeitsunfähig gewesen sei, wobei seit dem 7. Mai 2012 eine psychische Krise bestehe (act. G 3.1/9).

**A.b** Mit Verfügung vom 14. August 2012 lehnte die Unia Arbeitslosenkasse einen Anspruch

des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab, da kein Lohnfluss nachgewiesen sei und somit kein versicherter Verdienst festgelegt werden könne (act. G 3.1/5). Die



gegen diese Verfügung erhobene Einsprache vom 5. September 2012 (act. G 3.1/6) wies die Unia Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2012 ab (act. G 3.1/11). Zur Begründung wurde insbesondere festgehalten, den eingereichten Barquittungen sei zwar zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer Geld von der Gesellschaft bezogen habe. Jedoch gehe aus den Barquittungen ebenso hervor, dass die monatlichen Bezüge des Versicherten stark variiert hätten. Er habe in den meisten Monaten mehrfach Beträge bezogen. Allerdings sei es auch vorgekommen, dass er in einigen Monaten nur einmal oder gar nichts bezogen habe. Der Versicherte habe die Beträge jedenfalls in der Häufigkeit und Höhe bezogen, wie er sie benötigt habe. Dieser Umstand decke sich nicht mit dem Gedanken eines Lohnes, weshalb – angesichts dieser starken Schwankungen – die von der Gesellschaft bezogenen Gelder nicht als Lohn berücksichtigt werden könnten. Daraus resultiere, dass kein versicherter Verdienst berechnet werden könne und damit auch keine beitragspflichtige Beschäftigung nachgewiesen sei.

### **B.**

**B.a** Gegen diesen Entscheid richtet sich die von der Rechtsvertreterin des Versicherten am 16. November 2012 erhobene Beschwerde mit den Anträgen auf Aufhebung des Einspracheentscheides vom 17. Oktober 2012 und der "Kassenverfügung" vom 14. August 2012 sowie Zusprechung von Arbeitslosenentschädigung ab 4. Juni 2012 gestützt auf einen versicherten jährlichen Nettolohn von Fr. 32'850.--; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (act. G 1). Zur Begründung wurde insbesondere ausgeführt, es sei zutreffend, dass dem Beschwerdeführer der Lohn nicht monatlich überwiesen worden sei. Stattdessen habe er seine Lohnbezüge in unregelmässigen Tranchen und Abständen erhalten. Seinen arbeitsvertraglich vereinbarten Lohn habe er sich nicht in festen monatlichen Beträgen ausbezahlt, sondern nur derart bezogen, wie es die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gesellschaft zugelassen habe. Dass er mit der Geltendmachung des Lohnanspruches und der Auszahlung der Beträge an sich selber jeweils zugewartet habe, bis die finanzielle Situation der Gesellschaft dies zugelassen habe, beruhe auf der Verantwortung für das Unternehmen, die der Beschwerdeführer getragen habe. Diese Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Belange des Unternehmens könne ihm nun nicht dahingehend ausgelegt werden, dass den an ihn



## St.Galler Gerichte

ausgerichteten Zahlungen jegliche Lohneigenschaft abgesprochen werde. Sämtliche Zahlungen seien mit dem Betreff "Lohn Anteil A.\_\_\_\_" quittiert und entsprechend in Höhe der arbeitsvertraglich vereinbarten Lohnsumme von monatlich Fr. 2'500.-- brutto in der Buchhaltung der Gesellschaft erfasst worden. In den letzten zwölf Monaten vor der Konkurseröffnung über die Gesellschaft hätten sowohl der Beschwerdeführer als auch die anderen Mitarbeiter der Firma aufgrund von Pfändungen und Kontosperrungen nur sehr unregelmässig und häufig verspätet Lohnzahlungen erhalten (vgl. hierzu auch den eingereichten Betreibungsregisterauszug). Die Auslösung von fälligen Zahlungen – wie insbesondere die in Höhe der jeweils ordnungsgemäss als Kreditorenposten verbuchten Lohnforderungen des Beschwerdeführers – sei häufig erst dann möglich gewesen, nachdem die Debitoren der Gesellschaft ihrerseits Zahlungen geleistet hätten. Um den Bestand des Unternehmens nicht zu gefährden, seien dabei die Lohnforderungen des Beschwerdeführers mit einer eher niedrigen Priorität behandelt worden. In keinem Fall habe er aber auf seine Lohnforderungen gegenüber der Gesellschaft verzichtet. Entsprechend sei für ihn auch jeden Monat eine Lohnabrechnung – jeweils in der Höhe des ihm gemäss der arbeitsvertraglichen Vereinbarung zustehenden Bruttolohnes – erstellt worden. Im Übrigen seien für diese Zahlungen die sozialversicherungsrechtlich geschuldeten Abgaben abgeführt und der Lohn ordnungsgemäss versteuert worden. Schliesslich sei er vom 21. März bis 3. Juni 2012 arbeitsunfähig gewesen, weshalb es ihm nicht möglich gewesen sei, die Anmeldung zur Arbeitsvermittlung und die Arbeitssuche unmittelbar bei Konkurseröffnung vorzunehmen.

**B.b** Mit Beschwerdeantwort vom 26. November 2012 beantragte die Beschwerdegegnerin – unter Wiedergabe des Sachverhaltes und Hinweis auf den angefochtenen Einspracheentscheid – die Abweisung der Beschwerde (act. G 3). Der Beschwerdeführer verzichtete auf die Einreichung einer weiteren Stellungnahme (act. G 6).

### Erwägungen:

1.



**1.1** Nach Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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).

**1.2** Als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 AVIG gilt der im Sinn der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen. Aus dieser gesetzlichen Umschreibung ergibt sich, dass der versicherte Verdienst an den massgebenden Lohn im Sinn von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) anknüpft. Bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes 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). Der Verdienst ist nicht versichert, wenn er während des Bemessungszeitraums monatlich Fr. 500.-- nicht erreicht (Art. 40 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [AVIV; SR 837.02]). 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, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie



Eintragungen im individuellen Konto bilden bloss Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen (BGE 131 V 447 E. 1.2 mit Hinweisen).

**1.3** Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach haben die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, BGE 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 130 I 183 f. E. 3.2). Wenn der entscheidrelevante Sachverhalt ungenügend abgeklärt wurde, kann das Gericht die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, N 62 zu Art. 61).

**1.4** Das Gericht darf eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn es von ihrem Bestehen überzeugt ist. Es hat seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die bloss Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht (BGE 117 V 360 E. 4a mit Hinweisen).

## 2.

**2.1** Der Beschwerdeführer beantragte die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung per 4. Juni 2012. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Art. 9 Abs. 1 bis 3 AVIG). Somit dauert vorliegend die zweijährige Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 4. Juni 2010 bis 3. Juni 2012. Umstritten ist, ob der Beschwerdeführer als Geschäftsführer der inzwischen konkursiten Gesellschaft in der Rahmenfrist für die Beitragszeit eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt bzw. effektiv Lohn bezogen hat und inwiefern der behauptete Lohnbezug mit den ins Recht gelegten Dokumenten nachgewiesen werden kann. Vorliegend wurden folgende Unterlagen zum Nachweis eines effektiv realisierten Lohnes eingereicht: Barquittungen "Lohn Anteil A.\_\_\_\_" sowie entsprechende Bankauszüge (act. G 1/7; G 3.1/10), Lohnabrechnungen vom Januar bis Dezember 2011 (monatliches Einkommen: Fr. 2'500.-- brutto; act. G 1/10), Postkontobelege betreffend



## St.Galler Gerichte

den Zeitraum 30. Juni 2011 bis 6. Juli 2012 (act. G 3.1/3), Veranlagungsberechnung Kantons- und Gemeindesteuer für das Jahr 2011 vom 4. Juli 2012 (Netto-Einkommen: Fr. 27'447.--; act. G 1/11), Auszug aus dem individuellen Konto bei der SVA St. Gallen vom 6. Juli 2012 (act. G 1/13; G 3.1/4), Auszug aus dem individuellen Konto bei der SVA Zürich vom 13. November 2012 (Einkommen April bis Dezember 2011: Fr. 30'000.--; act. G 1/14), Betreibungsregisterauszug vom 11. August 2011 (act. G 1/9), Arbeitgeberbescheinigung vom 4. Juni 2012 (AHV-pflichtiger Gesamtverdienst für das Jahr 2011: Fr. 30'000.-- sowie AHV-pflichtiger Gesamtverdienst vom 1. Januar bis 30. Juni 2012: Fr. 15'000.--; act. G 3.1/2), Schreiben von D.\_\_\_\_, ehemalige Marketing Managerin der Gesellschaft, vom 21. September 2012, mit welchem sie bestätigt, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum März 2008 bis Dezember 2011 seinen Lohn stets bar bezogen habe (act. G 3.1/8).

**2.2** Personen, die vor Eintritt der Arbeitslosigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung hatten, müssen nachweisen, dass sie für ihre Tätigkeit regelmässig und effektiv einen Lohn im Sinne des Gesetzes (Art. 23 Abs. 1 AVIG) bezogen haben. Das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers endete per 30. Juni 2012. Aufgrund der eingereichten Unterlagen ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass er (zumindest) bis Ende 2011 Lohn für seine Arbeit bezogen hat bzw. dass die erhaltenen Beträge mit dem Arbeitsverhältnis wirtschaftlich zusammenhängen. Dass der Lohn starken Schwankungen unterlag, ändert nichts am Umstand, dass es sich bei den bezogenen Beträgen überwiegend wahrscheinlich um Entgelt für geleistete Arbeit handelte. Unregelmässige Geldbezüge aus einer Fima lassen nicht ohne Weiteres darauf schliessen, dass die versicherte Person die Infrastruktur der Unternehmung benutze, um auf eigene Rechnung bestimmte Tätigkeiten auszuführen, oder dass sie Geld aus der Unternehmung nur dann bezogen habe, wenn es für sie von Nöten gewesen sei, nicht aber um sich tatsächlich einen Lohn auszuzahlen. Somit kann den bezogenen Geldern die Lohneigenschaft nicht abgesprochen werden. Im Übrigen ist anhand der eingereichten Unterlagen davon auszugehen, dass es sich bei der schriftlichen Aussage des Beschwerdeführers vom 3. Juli 2012, wonach er sich die letzten zwei Jahre keinen Lohn ausbezahlt habe, überwiegend wahrscheinlich um ein Missverständnis handelte, hatte doch die Beschwerdegegnerin ausdrücklich Bankbelege für die Lohnzahlungen verlangt und der Beschwerdeführer den Lohn nicht aufs Bankkonto erhalten (vgl. act. G 3.1/3). Demnach ist beim Beschwerdeführer von



Lohnzahlungen für eine während mindestens zwölf Monaten ausgeübte beitragspflichtige Beschäftigung innerhalb der Rahmenfrist (4. Juni 2010 bis 3. Juni 2012) auszugehen, umso mehr, als auch die durch die Taggeldversicherung anerkannten und entschädigten Arbeitsunfähigkeiten in der Zeit vom 21. März bis 6. April 2012 und vom 5. Mai bis 3. Juni 2012 als Beitragszeit anzuerkennen sind (vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG).

**2.3** Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen sowie die Höhe des versicherten Verdienstes wird die Beschwerdegegnerin noch zu prüfen bzw. festzulegen haben. In Bezug auf die Berechnung des versicherten Verdienstes ist immerhin Folgendes festzuhalten: Den eingereichten Barquittungen ist nicht zu entnehmen, für welchen Zeitraum bzw. für welchen Monat der Beschwerdeführer den Lohn bezogen hat (namentlich ist nicht auszuschliessen, dass die im Januar 2011 bezogenen Beträge als Entgelt für den Monat Dezember 2010 erfolgt sind). Demnach kann für die Berechnung des versicherten Verdienstes nicht allein auf die eingereichten Barquittungen – auch im Zusammenhang mit den ins Recht gelegten Bankauszügen – abgestellt werden. Vielmehr sind bei der Berechnung des versicherten Verdienstes insbesondere der Auszug aus dem individuellen Konto des Beschwerdeführers bei der SVA Zürich vom 13. November 2012 (Einkommen April bis Dezember 2011: Fr. 30'000.--; act. G 1/14) sowie die Veranlagungsberechnung Kantons- und Gemeindesteuer für das Jahr 2011 vom 4. Juli 2012 (Netto-Einkommen: Fr. 27'447.--; act. G 1/11) zu berücksichtigen, die sich mit dem arbeitsvertraglich vereinbarten Festlohn in Höhe von Fr. 2'500.-- brutto (act. G 1/3) zu decken scheinen. Allerdings wird noch abzuklären sein, ob es sich um ein Versehen handelt, dass auf dem Auszug aus dem individuellen Konto des Beschwerdeführers bei der SVA Zürich für den Zeitraum April bis Dezember 2011 ein Einkommen in Höhe Fr. 30'000.-- verzeichnet wurde. Aus den Akten geht jedenfalls nicht hervor, weshalb die Monate Januar bis März 2011 nicht als Beitragsmonate vermerkt werden sollten (namentlich soll gemäss Arbeitgeberbescheinigung vom 4. Juni 2012 für das Jahr 2011 ein AHV-pflichtiger Gesamtverdienst von Fr. 30'000.-- bestanden haben; act. G 3.1/2). Des Weiteren ist bei der Berechnung der Höhe des versicherten Verdienstes der Umstand zu berücksichtigen, dass der Unfallversicherer dem Beschwerdeführer am 29. Juni 2012 einen Betrag in Höhe von Fr. 3'708.30 überwiesen hat (Postkontoauszug vom 1. Juli 2012; act. G 3.1/3). Diese Zahlung betraf eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers in der Zeit von 21. März



bis 6. April 2012 und von 5. Mai bis 3. Juni 2012 (act. G 1/5). Überdies könnte bei der Berechnung der Höhe des versicherten Verdienstes abgeklärt werden, ob und für welchen Zeitraum der Beschwerdeführer beim zuständigen Konkursamt offene Lohnforderungen geltend gemacht hat. Schliesslich wäre es der Beschwerdegegnerin auch möglich, bei der SVA Zürich einen aktuellen Auszug aus dem individuellen Konto des Beschwerdeführers sowie den Bericht einer allfällig durchgeführten AHV-Arbeitgeberkontrolle einzuholen. Auch die Buchhaltung der Gesellschaft könnte noch beigezogen werden.

### 3.

Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Sache zu weiteren Abklärungen und anschliessender Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

### 4.

Die Rückweisung zur weiteren Abklärung und neuer Verfügung gilt betreffend Kosten praxisgemäss als volles Obsiegen (BGE 132 V 235 E. 6). Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a. des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

### 5.

Beim vorliegenden Verfahrensausgang besteht ein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG). Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers verzichtete auf das Einreichen einer Kostennote. In der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit erscheint mit Blick auf vergleichbare Fälle eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

### **entschieden:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Sache zu weiteren Abklärungen und anschliessender Neuverfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer pauschal mit Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.