



AR GVP 35/2023 Nr. 3854

Arbeitslosenversicherung – Erfüllung der Beitragszeit gemäss Art. 13 Abs. 1 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG): Der Nachweis der Erfüllung der Beitragszeit innerhalb der Rahmenfrist hängt nicht vom Nachweis einer effektiven Lohnzahlung ab, solange keine Anhaltspunkte für die Annahme eines Missbrauchs im Sinn fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorliegen.

Urteil des Obergerichts, 3. Abteilung, 29.08.2023, O3V 23 17

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer übte über zehn Jahre lang im Ausland eine selbständige Erwerbstätigkeit aus, bevor er in die Schweiz zurückkehrte und in der Schweiz per 1. Oktober 2021 ein Vollzeitpensum als unselbständiger Arbeitnehmer antrat. Nachdem die Arbeitgeberin ab April 2022 ihrer Lohnzahlungspflicht nicht mehr nachkam, mahnte der Beschwerdeführer die ausstehenden Lohnforderungen mehrfach, verlangte Sicherheit für künftige Lohnforderungen und drohte der Arbeitgeberin eine Arbeitsniederlegung an. Die Arbeitgeberin bezahlte den ausstehenden Lohn weiterhin nicht, kündigte aber schliesslich das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per Ende September 2022. Hierauf leitete der Beschwerdeführer gegen die Arbeitgeberin eine Betreibung für die ausstehenden Lohnforderungen ein. Am 19. September 2022 meldete er sich zudem beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum Appenzell Ausserrhoden RAV zur Arbeitsvermittlung an und beantragte Arbeitslosenentschädigung ab Oktober 2022. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2022 lehnte die kantonale Arbeitslosenkasse einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab. Ausgehend von einer Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 3. Oktober 2020 bis 2. Oktober 2022 stellte sie fest, dass lediglich in der Zeit vom 1. Oktober 2021 bis 31. März 2022 Lohnzahlungen nachgewiesen seien. Ab April 2022 sei kein Lohn bezogen respektive bezahlt worden, somit könne diese Zeit nicht als Beitragszeit berücksichtigt werden. Der Beschwerdeführer habe damit die in der relevanten Rahmenfrist für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erforderliche Beitragszeit von mindestens 12 Monaten nicht erfüllt. Mit Einspracheentscheid vom 14. März 2023 hielt die Vorinstanz an dieser Auffassung fest, was der Beschwerdeführer mit Beschwerde ans Obergericht anfocht.

Aus den Erwägungen:

2.2 Im konkreten Fall ist zwischen den Parteien unbestritten, dass die relevante Rahmenfrist für die erforderliche Beitragszeit auf den Zeitraum 3. Oktober 2020 bis 2. Oktober 2022 festzulegen ist. Als unselbständiger Arbeitnehmer angestellt war der Beschwerdeführer innerhalb dieser Rahmenfrist einzig bei der C., bei welcher ein Arbeitsverhältnis von genau zwölf Monaten bestand, nämlich vom Oktober 2021 bis September 2022.

2.3 Ein Grund für die Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit im Sinn von Art. 14 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (AVIG, SR 837.0) wird weder geltend gemacht noch ist ein solcher ausgewiesen.

2.4 Der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hängt somit entscheidend ab von der Erfüllung der erforderlichen Beitragszeit im Sinn von Art. 13 Abs. 1 AVIG. Zwischen den

Parteien ist diesbezüglich strittig, ob die zu berücksichtigende Beitragszeit im konkreten Fall der Dauer des Arbeitsverhältnisses (zwölf Monate) entspricht oder ob nur jene sechs Monate an die Beitragszeit anzurechnen sind, für welche dem Beschwerdeführer tatsächlich ein Lohn ausbezahlt wurde [...]. Wäre ersteres der Fall, so wäre der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Anspruch dem Grundsatz nach [...] zu bejahen. Im zweiten Fall würde sich eine weitere Prüfung erübrigen, da ein Anspruch bereits mangels erfüllter Beitragszeit ausscheidet.

Hierzu zieht das Obergericht Folgendes in Erwägung:

a. Nach dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 AVIG ist für die Erfüllung der Beitragszeit entscheidend, während welcher Zeit innerhalb der Rahmenfrist eine *"beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt"* wurde. In Art. 11 Abs. 1 AVIG ist präzisiert, dass als Beitragsmonat im Sinn von Art. 13 Abs. 1 AVIG jeder volle Kalendermonat gilt, in dem der Versicherte *"beitragspflichtig ist."* Gestützt auf diese Formulierung im Gesetzes- bzw. Verordnungstext kann geschlossen werden, dass es somit (lediglich) auf das *Bestehen eines beitragspflichtigen Arbeitsverhältnisses* ankommt und nicht auf die tatsächliche Erfüllung der Beitragspflicht bzw. darauf, ob die auf dem Lohn erhobenen Beiträge auch tatsächlich vom Arbeitgeber an die Ausgleichskasse weitergeleitet wurden (vgl. dazu auch BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 59 m.w.H.).

b. Das Bundesgericht hat allerdings in verschiedenen Urteilen festgehalten, dass im Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 AVIG nicht nur die effektive Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung verlangt werde, sondern auch, dass der Arbeitgeber der versicherten Person für die Beschäftigung tatsächlich einen Lohn entrichtet habe: Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss würden Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto genügen. Bei behaupteter Barauszahlung würden Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht fallen. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bildeten Arbeitgeberbescheinigungen, von Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (vgl. dazu BGE 131 V 444 E. 1.2 m.w.H.).

c. Wenn die Vorinstanz aus dieser Rechtsprechung folgert, dass im Fall des Beschwerdeführers die erforderliche Beitragszeit (ohne weiteres) als nicht erfüllt zu betrachten sei, da er lediglich für die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses einen Lohn ausbezahlt erhalten habe, greift dies insoweit zu kurz, als damit die Stossrichtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausser Acht gelassen wird: Eine beitragspflichtige Beschäftigung ist nicht nur dann Beitragszeiten bildend, wenn und soweit der Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung erbracht ist. Für eine solche den klaren Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 AVIG einschränkende Auslegung sprechen keine triftigen Gründe (BGE 131 V 444 E. 3; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Stossrichtung der Regelung von Art. 29 Abs. 1 AVIG sowie bei der Insolvenzenschädigung im Sinn von Art. 51 ff. AVIG): Vielmehr sollen gemäss der erwähnten, mehrfach präzisierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung explizit Missbräuche im Sinn fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindert werden (Urteile des Eidg. Versicherungsgerichts C 173/05 vom 7. April 2006 E. 1; C 263/04 vom 30. März 2006 E. 2; C 267/04 vom 3. April 2006 E. 1.2). Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 13 Abs. 1 AVIG bleibt dabei einzig die im Gesetz genannte Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der Dauer von zwölf Monaten. *Diese Tätigkeit* muss genügend überprüfbar sein. Daher kommt dem in Zweifelsfällen zusätzlich verlangten Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung nicht der Sinn einer selbständigen Anspruchsvoraussetzung zu, sondern jener eines (bedeutsamen und gerade in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden; siehe dazu sogleich) Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung (BGE 131 V 444 E. 3.3; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 337/05 vom 10. Juli 2006 E. 3.3 f.; Urteil des Bundesgerichts C 35/00 vom 21. Dezember 2000 E. 1; je m.w.H.).

d. Besonders anfällig für einen Missbrauch im Sinn fiktiver Lohnvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit dem Ziel, sich einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu erwirken, ist in erster Linie die Konstellation, wo ein Alleininhaber einer Unternehmung ausschliesslich eigenhändig unterschriebene Dokumente wie Lohnausweis, Arbeitsvertrag, Kündigung etc. vorlegen kann. Solche Dokumente stellen im Grunde lediglich Parteibehauptungen dar, über deren Wahrheitsgehalt letztlich niemand ausser die Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geltend machende Person selbst Angaben machen kann. Eine vergleichbare Problematik ergibt sich, wenn es sich beim Arbeitgeber zwar nicht um die versicherte Person selbst, wohl aber um eine ihr offensichtlich nahestehende Person (z.B. Ehegatte) handelt. Wenn in solchen Fällen begründete Zweifel bestehen, dass lediglich fiktive Lohnabsprachen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorgenommen worden sind, kann das tatsächliche Vorliegen einer beitragspflichtigen Beschäftigung mittels Beleg des erfolgten Lohnflusses nachgewiesen werden. Entscheidende Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist aber auch dann nicht der ausbezahlte Lohn, sondern vielmehr, ob die beitragspflichtige Tätigkeit genügend nachgewiesen ist (Urteile des Eidg. Versicherungsgerichts C 252/05 vom 2. Dezember 2005 E. 1.1; C 266/05 vom 13. Juni 2006 E. 1 in fine). Diese Tätigkeit muss – zur Verhinderung von Missbräuchen – hinreichend überprüfbar sein, wobei die Überprüfung unter anderem anhand des Belegs von tatsächlichen Lohnzahlungen erfolgen kann.

e. Der hier zu beurteilende Fall ist mit solchen Fallkonstellationen nicht vergleichbar: Der Beschwerdeführer ist, soweit ersichtlich, weder wirtschaftlich noch persönlich mit der Arbeitgeberfirma oder deren Organe in einer Weise verbunden, welche den Verdacht auf eine rein fiktive Lohnvereinbarung begründen würden. Konkrete Anhaltspunkte für eine rein fiktive Lohnvereinbarung ergeben sich weder aus den Akten noch werden solche von der Vorinstanz aufgezeigt. Soweit die Vorinstanz einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung einzig mit der Begründung verneinte, weil während sechs Monaten des unbestrittenermassen zwölf Monate andauernden Arbeitsverhältnisses kein Lohn geflossen sei, hat sie den Nachweis der Lohnzahlung zur Anspruchsvoraussetzung erklärt, was der mehrfach präzisierten Rechtsprechung des Bundesgerichts zuwider läuft (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 8C_749/2018 vom 28. Februar 2019 E. 5.3).

f. Die Tatsache von bei Eintritt der Arbeitslosigkeit noch nicht realisierten Entgelten für in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit geht grundsätzlich nicht zu Lasten der versicherten Person. Anders verhalten würde es sich nur bei einem klaren Verzicht der versicherten Person auf die der Beitragspflicht unterliegenden Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis (BGE 131 V 144 E. 3.1.2). Ein solcher Lohnverzicht ist indessen nicht leichthin anzunehmen; wird beispielsweise eine Vereinbarung über eine Lohnstundung bei vorübergehender Illiquidität des Arbeitgebers getroffen, lässt dies nicht ohne weiteres den Schluss auf einen arbeitslosenversicherungsrechtlich bedeutsamen Lohnverzicht zu (BGE 131 V 444 E. 3.3). Der Beschwerdeführer hat die ehemalige Arbeitgeberin nachweislich für die ausstehenden Lohnzahlungen gemahnt und betrieben. Gemäss den vom Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde eingereichten Unterlagen wurde der ehemaligen Arbeitgeberin inzwischen am 3. März 2023 der Konkurs angedroht [...]; der Beschwerdeführer erklärte in seiner Beschwerdeschrift, da er nicht in der Lage sei, den Konkurs zu finanzieren, hoffe er auf eine Vorfinanzierung durch andere Gläubiger und warte deshalb vorläufig ab [...]. Aus dem blossen Zuwarten mit der Geltendmachung der Lohnforderung in schwieriger Zeit und während der Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR kann noch kein rechtsgeschäftlich fassbarer Verzicht abgeleitet werden. Im konkreten Fall besteht daher kein Anhaltspunkt für einen klaren Verzicht des Beschwerdeführers auf seinen Lohn für die fraglichen Monate (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation die Ausführungen im Urteil des Bundesgerichts 8C_875/2009 vom 7. Dezember 2009 E. 5).

2.5 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass für die Erfüllung der Mindestbeitragszeit der Nachweis eines beitragspflichtigen Arbeitsverhältnisses während zwölf Monaten verlangt wird. Bestehen begründete Zweifel am Bestand eines solchen Arbeitsverhältnisses, kann und muss dieses in der Regel durch Nachweis der tatsächlichen Lohnzahlung belegt werden. Im konkreten Fall bestehen ungeachtet dessen, dass unbestrittenermassen während sechs Monaten des insgesamt zwölf Monate dauernden Arbeitsverhältnisses die Arbeitgeberfirma

den vereinbarten Lohn bis anhin nicht ausbezahlte, keine begründeten Zweifel am Vorhandensein des Arbeitsverhältnisses. Allein die Tatsache, dass die ehemalige Arbeitgeberin ihrer Lohnzahlungspflicht bisher nicht vollständig nachkam, kann nicht dazu führen, dass der Beschwerdeführer, der nicht freiwillig auf die ausstehenden Löhne verzichtet hat, seinen Ansprüchen auf Arbeitslosenentschädigung ohne weiteres verlustig geht.

Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Angelegenheit wird an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese – nachdem die Mindestbeitragszeit gemäss vorstehenden Erwägungen im konkreten Fall als erfüllt zu betrachten ist – die Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen für die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Arbeitslosenentschädigung vornimmt und über seinen konkreten Anspruch [...] neu entscheidet. [...]