

BE_VERWALTUNGSGERICHT 200 2023 66 vom 22. Dezember 2022

BE Verwaltungsgericht, 2022-12-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_200_2023_66

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 200 2023 66 du 22 décembre 2022

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 200 2023 66 del 22 dicembre 2022

Regeste

Einspracheentscheid vom 22. Dezember 2022

Erwägungen

E. 1.1

Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom

E. 1.2

Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 22. Dezember 2022 (AB 4-8). Dieser tritt an die Stelle der ihm zugrundeliegenden Verfügung vom 19. Oktober 2022 (AB 52-55), auch wenn er sie inhaltlich bloss bestätigt (BGE 119 V 347 E. 1b S. 350; SVR 2020 AHV Nr. 9 S. 25 E. 1; RKUV 1998 U 308 S. 454 E. 2a). Die besagte Verfügung vom 19. Oktober 2022 bildet damit nicht Anfechtungsobjekt und es wäre insofern auf das Rechtsbegehren nicht einzutreten. Gemäss bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Rechtsbegehren jedoch nach Treu und Glauben auszugehen, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung (BGE 147 V 360 E. 4.2.1 S. 373). Gestützt auf das Rechtsbegehren Ziff. 2 (Beschwerde

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 5 S. 2) sowie die weiteren Begründungselemente geht aus der Beschwerde unzweifelhaft hervor, dass der Beschwerdeführer eigentlich den Einspracheentscheid vom 22. Dezember 2022 (AB 4-8) anzufechten gedachte und dabei eine Anpassung des versicherten Verdienstes für den Anspruch auf Arbeitslosentaggelder ab 2. Dezember 2019 "bis auf weiteres" verlangt. Insofern ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten. In zeitlicher Hinsicht ist vorliegend aber lediglich der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von 2. Dezember 2019 bis 22. April 2022 zu prüfen. Einen darüber hinausgehenden Anspruch hat das Verwaltungsgericht mit VGE ALV/2020/593, E. 5.4, bereits rechtskräftig verneint, sodass auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten ist (sog. res iudicata; vgl. BGE 144 I 11 E. 4.2 S. 13). Strittig und vorliegend zu prüfen ist damit einzig die Höhe des versicherten Verdienstes betreffend den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vom 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020. Weiter zu prüfen ist der Anspruch auf eine Parteientschädigung im Einspracheverfahren.

E. 1.3

Ausgehend vom vorliegend zu beurteilenden Zeitraum vom 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 (101 Tage; Art. 21 AVIG; vgl. E. 1.2 hiervor; AB 44-49) und dem vom

Beschwerdeführer geltend gemachten versicherten Verdienst von Fr. 5'444.55 (Beschwerde S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 2), entsprechend einem Bruttotaggeld von Fr. 200.70 (Fr. 5'444.55 x 80 % / 21.7; vgl. Art. 22 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 40a AVIV), zuzüglich Familienzulagen für ein Kind (vgl. AB 649; Fr. 230.-- pro Kind und Monat [Art. 22 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 AVIV i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2018 über die Familienzulagen {KFamZG; BSG 832.71} i.V.m. Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über die Familienzulagen und Finanzhilfen an Familienorganisationen {FamZG; SR 836.2}]), entspricht der geltend gemachte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung brutto Fr. 21'341.30 (101 x [Fr. 200.70 + {Fr. 230.-- / 21.7}]). Abzüglich des anerkannten Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung basierend auf einem versicherten Verdienst von Fr. 2'556.-- (vgl. AB 52) für den betreffenden Zeitraum von brutto Fr. 10'589.85 (vgl. AB 44-49) beträgt der Streitwert betreffend die Arbeitslosenentschädigung Fr. 10'751.45 (Fr. 21'341.30 ./ Fr. 10'589.85). Hinsichtlich der weiter beantragten – indes weder im Verwaltungsverfahren noch vor dem Verwaltungsgericht weiter begründeten oder bezifferten (vgl. Beschwerde S. 5 Ziff. 3; AB 31-34; siehe

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 6 dazu hinten E. 4.3) – Parteientschädigung für das Einspracheverfahren ist sodann mit Blick auf die für das Beschwerdeverfahren ins Recht gelegte Kostennote vom 21. Februar 2023 (in den Gerichtsakten), mit welcher bei einem Aufwand von 11.33 Stunden ein Honorar von Fr. 3'097.80 (inkl. Auslagen und MWST) geltend gemacht wird, ohne weiteres davon auszugehen, dass eingedenk des gebotenen Aufwandes auch damit der gesamthafte Streitwert unter Fr. 20'000.-- liegt. Folglich fällt die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 1 GSOG).

E. 1.4

Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG). 2. 2.1 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, wer ganz oder teilweise arbeitslos ist, einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat, in der Schweiz wohnt, die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht, die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist, vermittlungsfähig ist und die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 8 Abs. 1 AVIG). 2.2 Für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit gelten, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, zweijährige Rahmenfristen (Art. 9 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Art. 9 Abs. 3 AVIG). 2.3 Die Arbeitslosenentschädigung wird als Taggeld ausgerichtet (Art. 21 AVIG). Ein volles Taggeld beträgt 80 % des versicherten Verdienstes. Der Versicherte erhält zudem einen Zuschlag, der den auf den Tag umgerechneten gesetzlichen Kinder- und Ausbildungszulagen entspricht, auf die er Anspruch hätte, wenn er in einem Arbeitsverhältnis stünde. Dieser Zuschlag wird nur ausbezahlt, soweit die Kinderzulagen dem Versicherten während der Arbeitslosigkeit nicht ausgerichtet werden und für dassel-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 7 be Kind kein Anspruch einer erwerbstätigen Person besteht (Art. 22 Abs. 1 AVIG). 2.4 Als versicherter Verdienst gilt der massgebende Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG i.V.m.

Art. 7 AHVV, der während eines Bemessungs- zeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Darin eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten re- gelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 AVIG; BGE 144 V 195 E. 4.1 S. 198).

Massgeblich für die Ermittlung des versicherten Verdienstes sind die tatsächlichen Lohnbezüge, nicht die arbeitsvertraglich festgelegten Löhne (ARV 2020 S. 280 E. 4.1). Der versicherte Verdienst nach Art. 23 AVIG bildet damit ein Korrektiv bei allfälligen missbräuchlichen Lohnverein- barungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Aus- zahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 8. April 2020, 8C_150/2020, E. 2 mit Hin- weisen). 2.4.1 Massgebend ist in der Regel der arbeitsvertraglich festgelegte Lohn, soweit dieser auch tatsächlich realisiert worden ist (vgl. BGE 128 V 189 E. 3a/aa S. 190. Dem Nachweis des tatsächlich realisierten Lohnes kommt nicht nur für die Bestimmung der Beitragszeit, sondern auch für die Fest- setzung der Höhe des versicherten Verdienstes eine entscheidende Be- deutung zu. Ohne genaue Angaben über den Lohnfluss ist es nicht mög- lich, die Höhe des versicherten Verdienstes zu bestimmen (vgl. Staatsse- kretariat für Wirtschaft [SECO], AVIG-Praxis ALE Rz. C2, mit Hinweisen; zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen vgl. BGE 147 V 79 E. 7.3.2 S. 82, 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228). Unter anderem bei versicherten Personen, die vor der Anmeldung zum Bezug von ALE eine arbeitgeberähnliche Stel- lung innehatten, muss die Arbeitslosenkasse hinsichtlich des Lohnflusses weitergehende Abklärungen treffen (AVIG-Praxis ALE Rz. B146). Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kommt dabei nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung zu, wohl aber jener eines be- deutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 8 Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung. Soweit eine solche Beschäftigung nachgewiesen, der exakte ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Ver- dienst zu erfolgen. Nicht auszuräumende Unklarheiten hinsichtlich der ex- akten Lohnhöhe bei der Bestimmung des versicherten Verdiensts wirken sich nach der Rechtsprechung zum Nachteil des Versicherten aus (Ent- scheid des BGer vom 20. November 2019, 8C_472/2019, E. 4.1 mit Hin- weisen). 2.4.2 Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto; bei behaupteter Bar- auszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbei- tern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indi- zien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (BGer 8C_472/2019, E. 4.2 mit Hinweisen; vgl. auch AVIG-Praxis ALE Rz. B147 f. mit weiteren Hinweisen). Nicht auszuräumende Unklarheiten hinsichtlich der exakten Lohnhöhe bei der Bestimmung des versicherten Verdiensts wirken sich nach der Rechtsprechung zum Nachteil des Versicherten aus. Dabei führt eine mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe dazu, dass sich ein versicherter Verdienst im Sinn von Art. 23 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 40 AVIV nicht zuverlässig festlegen lässt, was in letzter Konsequenz auch die Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung zur Folge ha- ben kann (ARV 2018 S. 96 E. 5.2; BGer 8C_472/2019, E. 4.2). 2.4.3 Nach Art. 37 Abs. 1 AVIV bemisst sich der versicherte

Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Er bemisst sich gemäss Abs. 2 nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Abs. 1.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 9 3.

3.1 Das Verwaltungsgericht hat in VGE ALV/2020/593 erkannt, dass der Beschwerdeführer als ... der C._____ zumindest ab März 2014 bis Anfang Oktober 2019 und wiederum ab dem 23. April 2020 nunmehr als ... der C._____ eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte (a.a.O., E. 5.1 f. und E. 5.4). Demgegenüber bestand im hier zu beurteilenden Zeit- raum (vgl. vorne E. 1.2) vom 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 keine arbeitgeberähnliche Stellung und damit grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (VGE ALV/2020/593, E. 5.4). 3.2 Der Beschwerdegegner hat sodann für die Ermittlung des versicher- ten Verdienstes innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit (vgl. vorne E. 2.2) zutreffend auf die letzten zwölf Monate vor dem Anspruchsbeginn, das heisst auf den Zeitraum von Dezember 2018 bis November 2019 abgestellt (vgl. AB 52 bzw. AB 57 f.; siehe dazu vorne E. 2.4.3). Dies wird vom rechtskundig vertretenen Beschwerdeführer denn auch nicht bestrit- ten. Zum Lohnfluss ist den Akten im Wesentlichen das Folgende zu ent- nehmen: 3.2.1 Im Arbeitsvertrag von März 2014 (AB 654-656) war für die Tätigkeit als ... kein fester Monats- oder Jahreslohn vereinbart. Vielmehr wurde fest- gehalten, es sei kein "Minimallohn" festgelegt worden, denn der Lohn kön- ne aufgrund der Finanzierungslage schwanken. Der ... sei für die Finanzie- rung des ... [...] zuständig, weshalb es in seiner Verantwortung liege, einen minimalen Lohn für sich und gegebenenfalls weitere angestellt Mitarbeiter sicher zu stellen (Ziff. 6.1). Der Maximallohn für den ... und im Budget vor- gesehene Bruttolohn pro Monat belaufe sich bei einer Beschäftigung von 100 % auf Fr. 7'600.-- respektive einen Jahreslohn von Fr. 91'200.--. Es gebe keinen 13. Monatslohn (Ziff. 6.2). Hiervon seien die gesetzlich vorge- sehenen Sozialversicherungsbeiträge abzuziehen (Ziff. 6.3). Soweit nichts anderes vereinbart, werde der Lohn monatlich am 25. des Monats auf das persönliche Bank- oder Postcheck-Konto überwiesen (Ziff. 6.5). 3.2.2 In den nachträglich im Zuge der Anmeldung zum Leistungsbezug vom 21. November 2019 (vgl. AB 648; siehe auch AB 590) erstellten und allesamt auf den 21. November 2019 datierten Lohnabrechnungen wurde

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 10 für die Monate Dezember 2018 bis Oktober 2019 ein monatlicher Brutto- lohn von Fr. 5'112.-- (zzgl. Kinderzulage) und für November 2019 ein Brut- tolohn von Fr. 4'860.-- (zzgl. Kinderzulage) angegeben (vgl. AB 625-636). 3.2.3 Gemäss der Arbeitgeberbescheinigung vom 27. November 2019 (AB 637 f.) habe im Zeitraum vom 1. Januar bis 30. November 2019 ein AHV-pflichtiger Gesamtverdienst von Fr. 59'890.-- bestanden. 3.2.4 Im Schreiben vom 16. Dezember 2019 (AB 590) gab D._____, ... der C._____ (bis TT. MM 2019 [vgl. SHAB Nr. ... vom TT. MM 2020]), unter anderem an, aufgrund der schwierigen Liquidität sei es leider nicht möglich gewesen, dem Beschwerdeführer regelmässig einen gleich- mässigen Lohn auszurichten. Sein Lohn, der im Jahr 2019 nie regelmässig bezahlt worden sei, habe im Nachhinein berechnet werden müssen, damit auch die AHV-Abrechnung stimme. Aufgrund von Auflagen der Revision setze sich der Jahreslohn zusammen aus mehr oder weniger regelmässi- gen Lohnzahlungen sowie sonstigen Geldüberweisungen an den Be- schwerdeführer, welche nicht als Spesen deklariert hätten werden können. 3.2.5 Im Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) des

Beschwerdeführers wurden zwischen 2014 und 2019 aus der Tätigkeit bei der C._____ folgende Jahreseinkommen ausgewiesen: Fr. 26'400.-- (2014), Fr. 30'400.-- (2015), Fr. 39'000.-- (2016 und 2017), Fr. 18'520.-- (2018) und Fr. 62'142 (2019; vgl. AB 533 f.). 3.2.6 Zwischen dem 3. Januar und dem 21. August 2019 erfolgten unregelmässig verteilt acht Überweisungen von der C._____ an zwei verschiedene Privatkonti des Beschwerdeführers bei der E._____ AG über variierende Beträge (Fr. 800.-- bis Fr. 5'000.--), gesamthaft ausmachend Fr. 16'800.-- (vgl. AB 572 und 573-580). 3.2.7 Im Lohnausweis des Beschwerdeführers vom 8. Januar 2020 (AB 549) wurde von der C._____ für den Zeitraum 1. Januar bis 30. November 2019 ein Bruttolohn von Fr. 59'890.-- bzw. ein Nettolohn von Fr. 55'733.95 bescheinigt.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 11

3.2.8 In der Steuererklärung für das Jahr 2019 gab der Beschwerdeführer Einkünfte aus unselbstständiger Haupterwerbstätigkeit (Nettolohn) von Fr. 55'734.-- an (AB 539 Ziff. 2.21). 3.2.9 Mit E-Mail vom 8. Mai 2020 (AB 499 f.) führte das für die Buchhaltung der C._____ zuständige Treuhandunternehmen aus, die Buchführung der C._____ werde mit dem "..." Programm erstellt. Dieses Programm sei so aufgebaut, dass für praktisch alle Einnahmen und Ausgaben eine Kreditoren- oder Debitorenrechnung erstellt werde. Manuelle Buchungen erfolgten hauptsächlich zusammen mit den Abschlussarbeiten bei der Erstellung der Jahresrechnung. Aus diesem Grund sei die Darstellung der Buchungen auf den Kontoblättern nicht immer übersichtlich. Bevor das interne Kontrollsystem eingeführt worden sei, habe der Beschwerdeführer viele Rechnungen privat bezahlt und anschliessend das Geld von der C._____ bezogen oder umgekehrt, weshalb die Verrechnungskosten gegenüber dem Beschwerdeführer in der Buchhaltung geführt worden seien. Nach allen Korrekturen und Verrechnungen habe der Beschwerdeführer per 31. Dezember 2019 noch ein Guthaben von Fr. 5'751.45 gegenüber der C._____. Dieser Betrag wurde in der Buchhaltung auf dem Kontoblatt 2560 "Darlehen A._____" verbucht (vgl. AB 498). 3.2.10 In der Buchhaltung der C._____ wurde auf dem Kontoblatt 5010 "Lohnzahlungen A._____" am 23. November 2018 eine Lohn-Akontozahlung von Fr. 6'516.30 (inkl. Kinderzulage) gutgeschrieben (vgl. AB 494) und gleichentags überwiesen (AB 495; siehe dazu auch AB 56). Auf dem Kontoblatt 1003 "Kassenkonto 2810-A._____ Verrechnung CHF" wurde zwischen 1. Januar und 30. November 2019 ein Umsatz von Fr. 100'000.-- realisiert (vgl. AB 465 f. und 467-493 [Belastungs- bzw. Gut-schriftanzeigen]). Gemäss dem Treuhandunternehmen sei mit diesen Auszahlungen unter anderem ein Teil der Lohnschuld verrechnet worden. Die restlichen Zahlungen seien für Rückvergütungen von Spesenrechnungen gewesen (AB 500). Auf dem Kontoblatt 5010 "Lohnzahlungen A._____" wurde am 30. April 2019 mit dem Betreff "Lohnzahlung 2019" eine Kreditorenbuchung über Fr. 55'616.60 vorgenommen (AB 451). Diese Sammelbuchung gliedert sich gemäss der E-Banking-Übersicht für "Lieferantenrech-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 12

nungen 00222" in 13 Barabhebungen, Kartenzahlungen und Verrechnungen mit unterschiedlichen Beträgen (vgl. AB 452 f.). 3.2.11 In der Aktennotiz des Beschwerdegegners vom 30. September 2022 (AB 57 f.) zur Ermittlung des Lohnflusses und des versicherten Verdienstes wurde festgehalten, für die Berechnung würden alle Zahlungen berücksichtigt, die auf das Konto des Beschwerdeführers überwiesen worden seien. Die Barabhebungen gemäss den Kontoauszügen der C._____ könnten nicht

mitgerechnet werden, da keine Belege/Quittungen vorhanden seien und nicht belegt werden könne, wer diese Abhebungen getätigt habe und ob es sich um Lohnbezüge gehandelt habe. Ebenso wenig könnten die Kontoauszüge der Firmenzahlungen, welche keine Angaben oder nur den Vermerk "Ausbezahlt an A. _____" hätten, als Lohn angerechnet werden. Auch hier fehlten die Belege/Quittungen dafür, dass es sich effektiv um Lohnzahlungen und nicht um Spesen oder Rückzahlungen des Darlehens gehandelt habe. Ausserdem werde die Kontoüberweisung vom 18. September 2019 (vgl. dazu AB 462 f.) nicht im vollen Umfang von Fr. 5'734.43 als Lohn berücksichtigt, da auf dem Auszug die Mitteilung "Spesen + Lohn Vorauszahlung September" stehe und auf dem vom Treuhanderunternehmen geschickten Beleg A2 nur die Rede von einem Betrag von Fr. 1'813.90 als Lohnkreditor sei (vgl. dazu AB 452). Gestützt auf diese Ausführungen und Anpassungen seien im massgebenden Zeitraum vom 1. Dezember 2018 bis 30. November 2019 Überweisungen von Fr. 28'022.30 netto bzw. Fr. 2'335.20 pro Monat erstellt. Darauf aufgerechnet würden AHV/IV/EO-Beiträge (5.125 %), ALV-Beiträge (1.1 %), KTG-Beiträge (0.629 %) und BVG-Beiträge (Fr. 61.--), sodass ein vierter Verdienst von Fr. 2'556.-- pro Monat resultierte (AB 57; zur tabellarischen Berechnung vgl. AB 58).

3.3 3.3.1 Nach dem voranstehend Gesagten ist erstellt, dass im massgeblichen Bemessungszeitraum die im Arbeitsvertrag von März 2014 (AB 654- 656) festgelegten regelmässigen Lohnzahlungen tatsächlich nicht befolgt wurden, was vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten wird (vgl. auch AB 590). Auch ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag offensichtlich kein konkret bestimmbarer vereinbarter Lohnanspruch des Beschwerdeführers. Ein

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 13 solcher wäre zudem beweisrechtlich gegenüber den tatsächlichen Lohnbezügen nachrangig (vgl. vorne E. 2.4.1). Die in den – erst im Hinblick auf die Anmeldung zum ALE-Bezug erstellten – Lohnabrechnungen aufgeführten Lohnsummen von Total Fr. 61'092.-- (zzgl. Kinderzulagen; vgl. AB 625- 636) stimmen sodann offensichtlich nicht mit dem Lohnfluss auf den Privatkonti des Beschwerdeführers bei der E. _____ AG überein, auf denen im Jahr 2019 lediglich eindeutig als Lohnzahlungen zuordenbare variierende Beträge von insgesamt Fr. 16'800 verbucht wurden (vgl. AB 572, 573- 580). Die Lohnabrechnungen wie auch der Lohnausweis (AB 549), der ebenfalls nicht mit den Lohnbuchungen auf den Privatkonti des Beschwerdeführers übereinstimmt, sind damit nicht geeignet, den vom Beschwerdeführer behaupteten monatlichen Lohnfluss zu belegen (vgl. vorne E. 2.4.2). Mangels eines in der betreffenden Höhe nachgewiesenen Lohnflusses vermag der Beschwerdeführer die von ihm für das Jahr 2019 geltend gemachte Jahreslohnsumme denn auch nicht damit zu belegen, dass darauf Sozialversicherungsbeiträge geleistet wurden respektive sie in der Steuererklärung deklariert wurde (vgl. AB 539 Ziff. 2.21; siehe dazu vorne E. 2.4.2). So führt die Verabgabung von Sozialversicherungsbeiträgen nicht gleichsam zu einem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. BGer, 8C_150/2020, E. 4; BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, Art. 13 S. 59). In diesem Zusammenhang fällt zudem auf, dass der Beschwerdeführer gemäss den Angaben im IK-Auszug in den Jahren 2014 bis 2018 aus seiner Tätigkeit als ... lediglich ein Einkommen zwischen Fr. 18'500.-- und Fr. 39'000.-- auswies, dieses aber im Jahr 2019, mithin im selben Jahr, in dem das Arbeitsverhältnis aufgrund von massiven Finanzierungsschwierigkeiten gekündigt wurde (vgl. AB 653), sprunghaft und ohne überzeugende Begründung auf über Fr. 62'000.-- anstieg (AB 533 f.). Gemäss der

aktenkundigen Medienbe- richterstattung wurden nach dem Wegfall von Bundesfördergeldern im Jahr 2016 zudem im Jahr 2019 umfangreiche Fördergelder des Kantons Bern, der F._____ und der G._____ aufgrund (wiederholt) verspätet und unvollständig eingereichter Unterlagen entzogen. Die Rede ist weiter von mangelhaften Strukturen und fehlender Professionalität (vgl. AB 350 ff.). Es erstaunt daher und ist nicht nachvollziehbar, dass trotz dieser gravierenden finanziellen Ausgangslage der Lohn des Beschwerdeführers derart ange- stiegen sein soll.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 14

3.3.2 Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Lohnbezüge lassen sich sodann auch nicht anhand der Buchhaltungsunterlagen des zuständi- gen Treuhandunternehmens nachweisen. Der Stiftungsrat hat per Regle- ment die operationelle Geschäftsführung, welche insbesondere auch die Finanzierung sowie das Personal- und das Vergütungswesen umfasst, an die ... der C._____, das heisst den Beschwerdeführer, übertragen (vgl. AB 564 [Präambel und Ziff. 1]). In einer solchen Konstellation sind – in An- lehnung an die von der Rechtsprechung für sog. "Einmann-GmbHs" entwi- ckelten Grundsätze – besonders hohe Anforderungen an den Beweis des Lohnflusses bzw. dessen Höhe zu stellen. Insbesondere ist hier zu verlan- gen, dass die Geschäfte (einschliesslich der Lohnzahlungen) zwischen der Stiftung und dem ... klar dokumentiert sind und buchungsmässig eindeutig behandelt werden (vgl. BGer, 8C_472/2019, E. 4.2 in fine mit Hinweis). Dies ist im vorliegenden Fall nicht möglich. So hielt das Treuhandunter- nehmen fest, dass die (Lohn-)Buchhaltung erst nachträglich im Frühling 2020 erstellt wurde (vgl. AB 590) und der Beschwerdeführer vor der Ein- führung des internen Kontrollsystems viele Rechnungen privat bezahlt und anschliessend das Geld von der C._____ bezogen hat oder umgekehrt (AB 499 f.). Es fand somit eine nicht weiter kontrollierte oder regulierte Vermischung von privaten und geschäftlichen Forderungen und Vermögen statt. Unabhängig davon, inwieweit dieses Geschäftsgebaren mit dem Stif- tungszweck und einer kaufmännischen Bewirtschaftung des Stiftungsver- mögens (vgl. AB 395 f. [Gründungsurkunde der Stiftung Art. 2 f.]) vereinbar ist, lässt sich unter diesen Umständen anhand der Buchhaltungsunterlagen ebenfalls kein höherer als der vom Beschwerdegegner ermittelte (vgl. dazu AB 57) Lohnfluss nachweisen. Namentlich erfolgte keine klare Abgrenzung zwischen Lohnzahlungen, Spesenvergütungen sowie Rückzahlungen bzw. Gutschriften aus den behaupteten – ebenfalls nicht weiter dokumentierten – Darlehen zwischen dem Beschwerdeführer und der C._____ (vgl. AB 57), was wegen der undurchschaubaren Vermögensverwendung denn auch gar nicht möglich war. Folglich vermag die einzig in den Geschäfts- büchern erst nachträglich erfasste Lohnsumme weder einen entsprechen- den versicherten Verdienst noch einen damit korrespondierenden Tag- geldanspruch zu begründen. Denn sie gelangte in diesem Umfang nicht auch tatsächlich zur Auszahlung, unter Umständen, weil die finanzielle La- ge der C._____ dies nicht zulies (vgl. AB 590; vgl. dazu Entscheide

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 15 des BGer 14. September 2022, 8C_318/2022, E. 4.4, und BGer, 8C_150/2020, E. 4). 3.3.3 Weiter gibt es für die im Jahr 2019 wiederholt erfolgen Bargeldbe- züge und Kartenzahlungen durch den Beschwerdeführer von den Ge- schäftskonti der C._____ bei der H._____ AG bis Fr. 2'000.-- (vgl. AB 458-461, 467-472, 474-478, 481-487, 491-493) und der I._____ AG bis Fr. 10'000.-- (vgl. AB 454-456, 473, 479 f., 488) weder in den Buchhal- tungsunterlagen noch in den übrigen Akten entsprechende

Quittungen oder Belege (vgl. vorne E. 2.4.2). Solche legte der Beschwerdeführer auch im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht nicht vor. Es bleibt daher unklar, wer letztlich diese Gelder aus welchem Grund erhielt und ob damit überhaupt Lohnansprüche, Spesen, Darlehensschulden oder andere Verbindlichkeiten getilgt wurden. Die blosser Behauptung des Beschwerdeführers, diese Barbezüge und Kartenzahlungen würden Lohn bzw. Verrechnung mit offenen Lohnforderungen darstellen, genügt für den Nachweis eines tatsächlichen Lohnflusses respektive eines daraus ableitbaren versicherten Verdienstes nicht. Folglich wurden auch diese Barbezüge und Kartenzahlungen vom Beschwerdegegner bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes zu Recht nicht mitberücksichtigt (vgl. dazu AB 57).

3.3.4 Im Rahmen der Ermittlung des tatsächlichen Lohnflusses gelangte der Beschwerdegegner in Würdigung der Angaben des Beschwerdeführers, der Buchhaltungsunterlagen und der Bankauszüge sowie der weiteren Umstände überzeugend begründet und rechnerisch ebenfalls nachvollziehbar zu einem im massgebenden Betrachtungszeitraum (vgl. dazu vorne E. 3.1) erstellten tatsächlichen Lohnfluss von netto Fr. 28'022.30. Nach Aufrechnung von Sozialversicherungsbeiträgen resultiert ein versicherter Verdienst von Fr. 2'556.-- pro Monat (vgl. dazu AB 57 f.). Die dabei vom Beschwerdegegner berücksichtigten Überweisungen sind aufgrund der Bankunterlagen eindeutig nachgewiesen (vgl. BGer, 8C_472/2019, E. 4.2 in fine mit Hinweis) und im betreffenden Umfang tatsächlich als Lohn feststellbar. Soweit darüber hinausgehend ist infolge der intransparenten und unvollständig dokumentierten (Bar-)Geldtransaktionen, der mangelhaften Buchhaltung, der fehlenden Belege bzw. Quittungen und der sich widersprechenden Angaben des Beschwerdeführers ein tatsächlicher Lohnfluss

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 16 nicht erstellt. Praxisgemäss führen derartige nicht auszuräumende Unklarheiten hinsichtlich der exakten Lohnhöhe nicht zu einem gänzlichen Leistungsausschluss, zumal eine beitragspflichtige Beschäftigung an sich nachgewiesen ist (vgl. VGE ALV/2020/593, E. 5.1 f. und 5.4). Indes ist bei der Bestimmung des versicherten Verdienstes zum Nachteil des Versicherten vom im betreffenden Umfang erstellten geringeren Betrag auszugehen (vgl. vorne E. 2.4.1; AVIG-Praxis ALE Rz. B148).

3.4 Nach dem Dargelegten sind der angefochtene Einspracheentscheid vom 22. Dezember 2022 (AB 4-8) und namentlich der darin vom Beschwerdegegner für den Anspruchszeitraum vom 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 ermittelte monatliche versicherte Verdienst von Fr. 2'556.-- nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene Beschwerde ist insoweit unbegründet.

4. 4.1 Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm für das Einspracheverfahren vor der Vorinstanz eine Parteientschädigung zuzusprechen (Beschwerde S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 3). Er begründet dies einzig damit, dass der Fall dem Beschwerdegegner scheinbar Schwierigkeiten bereitet habe und – sinngemäss – ihm dadurch ein erhöhter Aufwand entstanden sei, weshalb Anspruch auf Ersatz der Parteikosten im Einspracheverfahren bestehe (Beschwerde S. 5 Ziff. III Art. 3).

4.2 Nach Art. 52 Abs. 3 ATSG werden im Einspracheverfahren in der Regel keine Parteientschädigungen ausgerichtet. Die Zusprechung einer Parteientschädigung im Einspracheverfahren ist lediglich dann geboten, wenn der Einsprecher, der im Falle des Unterliegens die unentgeltliche Verbeiständung beanspruchen könnte. Die Zusprechung einer Parteientschädigung aus formellen Gründen, etwa bei einer rechtswidrig fehlenden Begründung der Verfügung (Art. 49 Abs. 3 Satz 2 ATSG), fällt ausser Betracht (BGE 140 V 116 E. 3.3 S. 119; SVR 2018 EL Nr. 18 S. 47 E. 8.2). Offen ist, ob Art. 52 Abs. 3 ATSG die Zusprechung einer Parteientschädigung auch

bei Vorliegen spezieller Umstände, etwa besonderer Aufwendungen oder besonderer Schwierigkeiten, zulässt (vgl. dazu Entscheid des

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 17 BGER vom 21. März 2017, 9C_485/2016, 9C_486/2016, E. 4.1 mit Hinweisen; siehe auch BGE 130 V 571 E. 2.3.2 S. 573; SUSANNE GENNER, in: FRÉSARD-FELLAY/KLETT/LEUZINGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, Art. 52 Rz. 71). 4.3 Der Beschwerdeführer verlangte in der Einsprache vom 21. November 2022 (AB 31-34) unter anderem die Aufhebung der angefochtenen Verfügung "unter Kosten- und Entschädigungsfolge" (vgl. AB 32 Ziff. I/3.). Obwohl das Einspracheverfahren gemäss Gesetz kostenlos ist und in der Regel keine Parteientschädigung ausgerichtet wird (Art. 52 Abs. 3 ATSG), ging der Beschwerdeführer nachfolgend mit keinem Wort auf die wohl lediglich floskelhaft beantragen Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners ein. Auch im Beschwerdeverfahren unterliess es der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, sich mit den Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Zusprache einer Parteientschädigung für das Verwaltungsverfahren respektive den diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Einspracheentscheid auseinanderzusetzen, sondern beschränkte sich auf eine pauschale Mutmassung zur Schwierigkeit bei der Sachverhaltsermittlung. Soweit hiermit überhaupt die Begründungsanforderungen für den Antrag erfüllt sein sollten, ist dem entgegenzuhalten, dass alleine der vom Beschwerdegegner betriebene Aufwand zur Ermittlung der grundsätzlichen Anspruchsberechtigung (welche hier ohnehin nicht mehr Gegenstand bildet) und des massgeblichen versicherten Verdienstes keine aussergewöhnlichen Umstände zu begründen vermag, die eine Entschädigung allenfalls rechtfertigen würden. Zudem waren die getätigten Aufwendungen direkt auf die vom Beschwerdeführer als ... der C._____ zu verantwortende undurchschaubare Buchhaltung und die undurchsichtigen Zahlungen bzw. Bezüge sowie Widersprüche (vgl. dazu vorne E. 3.3.2 f.) zurückzuführen. Unter diesen Umständen bestehen offensichtlich keine hinreichenden Gründe, welche die Zusprache einer Parteientschädigung im Einspracheverfahren rechtfertigen würden, soweit überhaupt ein solcher mit Art. 52 Abs. 3 ATSG vereinbar wäre.

5.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Juni 2023, ALV/23/66, Seite 18 Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 19. Oktober 2022 (AB 4-8) nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. 6.

E. 6

Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom

E. 6.1

In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 fbis ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBl 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

E. 6.2

Der unterliegende Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG). Demnach entscheidet

der Einzelrichter:

E. 11

Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist insoweit auf die Beschwerde einzutreten, als Arbeitslosenentschädigung vom 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 streitig ist (vgl. E. 1.2 hiernach).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.