

200 15 352 ALV
KNB/PRN/ARJ

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 5. April 2016

Verwaltungsrichter Knapp, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Kölliker, Verwaltungsrichter Ackermann
Gerichtsschreiberin Prunner

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

SYNA Arbeitslosenkasse
Römerstrasse 7, Postfach, 4601 Olten
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 17. März 2015 (83216487)



Sachverhalt:

A.

Der 1952 geborene A. _____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war seit ... 1992 Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift bzw. Geschäftsführer und seit ... 2000 zudem alleiniger Aktionär der C. _____ (vgl. Akten der SYNA Arbeitslosenkasse [SYNA bzw. Beschwerdegegnerin], Antwortbeilage [AB] 27, 106 ff. sowie www.zefix.ch). Am ... Juni 2009 verkaufte er Aktien im Wert von Fr. 75'000.-- an seine Schwester D. _____ und im Wert von Fr. 5'000.-- an E. _____ (AB 106). Am ... Juni 2009 wurde dem Versicherten das mit der C. _____ bestehende Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen per 30. August 2009 gekündigt (AB 25). Am ... August 2009 verkaufte er die restlichen Aktien im Wert von Fr. 20'000.-- an F. _____ (AB 107). In der Folge meldete sich der Versicherte am 31. August 2009 beim RAV Bern Zentrum zur Arbeitsvermittlung an (AB 9) und stellte am 7. September 2009 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. September 2009 (AB 4).

Am ... September 2009 wurde der Versicherte aus dem Handelsregister gelöscht und E. _____ sowie D. _____ wurden als Präsident und Geschäftsführer bzw. als Mitglied des Verwaltungsrates, je mit Kollektivunterschrift zu zweien, eingetragen (AB 115; www.zefix.ch).

Nach Einholung diverser Unterlagen verfügte die SYNA am 11. März 2010 die Ablehnung der Anspruchsberechtigung ab 1. September 2009 wegen Nichterfüllung der Beitragszeit (AB 139). Diese Verfügung wurde mit Einspracheentscheid vom 6. Juli 2010 bestätigt (AB 163 - 165). Die hiergegen erhobene Beschwerde (AB 166) hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 5. Juli 2011 gut, hob den angefochtenen Einspracheentscheid auf und wies die Sache an die SYNA zurück, damit sie weitere Abklärungen vornimmt und anschliessend neu verfügt (AB 171; ALV/2010/895).

B.

Die SYNA nahm die weiteren Abklärungen im Oktober 2012 auf (AB 172 ff.). Nach einer Eingabe des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vom 25. April 2013 (AB 186) holte sie einen IK-Auszug vom 10. Juni 2013 (AB 187), die Veranlagungsverfügungen der Jahre 2007 - 2009 (AB 188) und eine Stellungnahme von E._____ vom 13. November 2013 (AB 192) ein. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2014 verneinte die SYNA die Anspruchsberechtigung des Versicherten ab 1. September 2009 wegen Nichterfüllung der Beitragspflicht bei arbeitgeberähnlicher Stellung (AB 200).

Am ... Dezember 2014 wurde der Versicherte im Handelsregister als alleiniges Mitglied mit Einzelunterschrift für die C._____ wieder eingetragen (AB 203; www.zefix.ch).

Die gegen die Verfügung vom 6. Oktober 2014 erhobene Einsprache (AB 201) wies die SYNA mit Entscheid vom 17. März 2015 ab (AB 204).

C.

Dagegen erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, mit Eingabe vom 17. April 2015 beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Einspracheentscheides vom 17. März 2015, die Feststellung der Anspruchsberechtigung sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Festlegung der Arbeitslosenentschädigung. Zur Begründung liess er im Wesentlichen vorbringen, dass der Beschwerdeführer spätestens ab dem 30. August 2009 in keiner arbeitgeberähnlichen Stellung mehr gestanden und daher ab 1. September 2009 anspruchsberechtigt sei. Die Mindestbeitragszeit sei ebenfalls erfüllt. Zudem rügte er die Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Mit Eingabe vom 21. Mai 2015 verzichtete die SYNA auf eine Beschwerdeantwort.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 11. Juni 2009 (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 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 [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 über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 17. März 2015 (AB 204). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. September 2009 und dabei insbesondere, ob die erforderliche Beitragszeit erfüllt ist.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

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 In formeller Hinsicht macht der Beschwerdeführer vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Er beanstandet, die Beschwerdegegnerin habe ihm keine Möglichkeit eingeräumt, sich vor Erlass des Einspracheentscheides vom 17. März 2015 (AB 204) zum verwendeten Argument des Wiedereintritts in die C._____ zu äussern, da die Eintragung im Handelsregister nach der Einsprache vom 5. November 2014 (AB 201) erfolgt sei (Beschwerde S. 9).

2.2 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]). Dieser umfasst alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann. Die Partei muss ganz allgemein zu Fragen tatsächlicher Natur, die für die Entscheidung der Streitsache erheblich sind, angehört werden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör besteht und ist zu gewähren, wenn eine Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde ihren Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, die oder der im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurde, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten (BGE 131 V 9 E. 5.4.1 S. 26; SVR 2009 AHV Nr. 8 S. 27 E. 3.2).

2.3 Am 19. Dezember 2014 - rund einen Monat nach der Einsprache des Beschwerdeführers vom 5. November 2014 (AB 201) - wurde der Beschwerdeführer (wieder) als einziges Mitglied des Verwaltungsrates der C._____ eingetragen (www.zefix.ch). Zwar wurde dies im Einspracheentscheid vom 17. März 2015 betreffend die arbeitgeberähnliche Stellung erstmals in die Argumentation miteinbezogen. Allerdings wurde bereits in der Verfügung 6. Oktober 2014 thematisiert, ob sich der Beschwerdeführer allenfalls (immer noch) in einer arbeitgeberähnlichen Stellung befinde bzw. befand (AB 200). Die erwähnte Wiedereintragung im Handelsregister stellt lediglich ein weiteres Indiz dar, welches dem Beschwerdeführer im Übrigen - da durch ihn selbst veranlasst - ohne weiteres bekannt war und mit deren Erheblichkeit er denn auch rechnen musste. Die Richtigkeit der von der Beschwerdegegnerin diesbezüglich vorgenommenen Beweiswür-

digung bildet Gegenstand der nachfolgenden materiell-rechtlichen Beurteilung (vgl. E. 4.4 hiernach).

Selbst wenn eine (leichte) Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegend bejaht würde, könnte diese in Anbetracht der uneingeschränkten Kognition des angerufenen Gerichts als geheilt erachtet werden (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197, 126 V 130 E. 2b S. 132; SVR 2013 IV Nr. 26 S. 76 E. 4.2).

3.

3.1 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).

3.2 Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt die Beitragszeit, wer innerhalb der Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person erstmals sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 AVIG). Was eine beitragspflichtige Beschäftigung ist, ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG. Danach ist für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig, wer nach AHVG versichert und für Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist (BGE 122 V 249 E. 2b S. 251).

3.3 Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit ist grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Mindestbeitragsdauer. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kann nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung zukommen, wohl aber jener eines bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlagge-

benden Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung (BGE 131 V 444 E. 3.3 S. 453; ARV 2008 S. 150 E. 5).

3.4 Der den Sozialversicherungsprozess beherrschende Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Gerichts – und der verfügenden Behörde – ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein. Die Parteien tragen mithin in diesem Verfahrensbereich in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheidung zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, durch die Beweismwürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 138 V 218 E. 6 S. 222).

4.

4.1 Mit rechtskräftigem Entscheid vom 5. Juli 2011 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die Sache zurück an die SYNA zur weiteren Abklärung, da die effektive Lohnzahlung im hier fraglichen Zeitraum vom 1. September 2007 bis 30. August 2009 nicht rechtsgenügend erstellt sei. Es seien die massgeblichen Unterlagen der Steuerbehörden samt den vom Beschwerdeführer eingereichten Belegen und den mittlerweile wohl rechtskräftigen Veranlagungen der Steuerjahre 2007 und 2008 sowie weitere Unterlagen der Ausgleichskasse betreffend die Jahre 2008 und 2009 einschliesslich eines aktuellen Auszugs aus dem individuellen Konto einzuholen. Weiter seien E._____, von ... 2009 bis ...2012 Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der C._____ (www.zefix.ch), Fragen betreffend die Tätigkeit des Beschwerdeführers zu stellen und der Beschwerdeführer habe darzulegen, weshalb die Parteien ein derart unübliches Lohnsystem gewählt haben (ALV/2010/895, E. 3.3; AB 171).

4.2 Nach Eingang eines Schreibens von Rechtsanwalt B._____ samt Beilagen vom 25. April 2013 (AB 186) holte die SYNA im Juni 2013 einen IK-Auszug betreffend die Jahre 2008 bis 2011 (AB 187) und die

rechtskräftigen Veranlagungsverfügungen der Steuerjahre 2007 bis 2009 (AB 188) ein. Weiter veranlasste sie die Eingabe von E. _____ vom 13. November 2013 betreffend die Beantwortung des ihm zugestellten Fragenkataloges (AB 192).

Der Veranlagungsverfügung bzw. dem Einspracheentscheid für das Steuerjahr 2007 ist ein Erwerbseinkommen von Fr. 17'546.-- zu entnehmen (AB 188, S. 2), bzw. dem IK-Auszug (AB 70) für das Jahr 2007 ein Bruttoeinkommen von Fr. 19'200.--. Allerdings vermag ein IK-Auszug gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung höchstens ein Indiz, jedoch keinen Nachweis für tatsächliche Lohnzahlung zu bilden (BGE 131 V 444 E. 1.2 S. 447). Weitere Angaben sind den Akten für das Jahr 2007 nicht zu entnehmen. In den Steuerjahren 2008 und 2009 wurde der Beschwerdeführer nach Ermessen veranlagt (AB 188, S. 8 ff.). Eine Überprüfung der behaupteten Lohnzahlungen mit den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Einkommen in den Jahren 2008 (Fr. 37'799.--) und 2009 (Fr. 57'460.--) bzw. den bisher eingereichten Unterlagen - welche teilweise durch den Beschwerdeführer selber sowie teilweise durch E. _____ erstellt bzw. unterzeichnet worden sind (AB 38 - 43) und einen effektiven Lohnfluss folglich nicht hinreichend zu belegen vermögen (vgl. VGE/2010/895, E. 3.2.2; AB 171) - ist daher nicht möglich. In diesem Zusammenhang erscheint es denn auch fraglich, weshalb es dem Beschwerdeführer in den Jahren 2008 und 2009 möglich war, die entsprechenden Lohnausweise auszufüllen bzw. durch E. _____ ausfüllen zu lassen (AB 40 f.), er jedoch - aus gesundheitlichen Gründen - nicht in der Lage gewesen sein soll, die Einreichung seiner Steuererklärungen zu veranlassen. Ein effektiver Lohnfluss lässt sich aus dem IK-Auszug sowie den Steuerveranlagungen somit nicht ableiten.

Mit Eingabe vom 13. November 2013 bestätigte E. _____, welcher von 2007 bis 2008 die Buchhaltung der C. _____ geführt hatte, die Angaben von Rechtsanwalt B. _____ (AB 186, S. 4 f.), wonach der Beschwerdeführer für die Planung und Durchführung von Räumungs- und Abbrucharbeiten, von Bodenbelagsarbeiten und kleinere Bauarbeiten sowie für die Bauführung und -überwachung, die Akquisition und Betreuung von Kunden, das Offerten- und Rechnungswesen und den Lieferantenkontakt entlohnt

worden sei. Zudem führte er unter anderem aus, dass Spezialvollmachten für den Beschwerdeführer bestanden hätten. Der Beschwerdeführer habe im Monatslohn - ab Juli 2008 zu 80% - mehr als 34 Stunden pro Woche gearbeitet. Eine Rapportpflicht betreffend die Arbeitszeit habe nicht bestanden (AB 192, S. 2). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers lässt sich auch aus diesen - unpräzisen - neuen Angaben betreffend den Aufgabenbereich kein tatsächlicher Lohnfluss in der hier massgebenden Zeit begründen.

Schliesslich hat der Beschwerdeführer auch keine neuen, aussagekräftigen Angaben zum „zweigeteilten“ Lohnsystem gemacht, wonach dem Beschwerdeführer monatlich per Dauerauftrag eine Akontozahlung von Fr. 4'400.-- auf sein Privatkonto überwiesen und ein jeweiliger (positiver oder auch negativer) Differenzbetrag dem Kontokorrent/Mitarbeiterdarlehens-Konto gutgeschrieben bzw. belastet worden ist (vgl. AB 5, 8). Insbesondere ist bis heute nicht belegt, zu welchem Zweck die getätigten Zahlungen erfolgten bzw. weshalb diese nicht als Lohnzahlungen bezeichnet und ausgewiesen wurden.

4.3 Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass auch unter Berücksichtigung der neuen Akten nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt ist, dass der Beschwerdeführer in der Zeit von September 2007 bis August 2009 bei der C._____ eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Der Beschwerdeführer hat die entsprechende Beweislosigkeit zu tragen. Da auch keine Gründe für eine Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit (vgl. E. 3.1 hiervor) ersichtlich sind - dergleichen wird vom Beschwerdeführer denn auch nicht geltend gemacht - verneinte die Beschwerdegegnerin den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu Recht (vgl. auch E. 3.4 hiervor).

4.4 Seit dem ... Dezember 2014 ist der Beschwerdeführer wieder als einziges Mitglied des Verwaltungsrates im Handelsregister eingetragen (www.zefix.ch). Es stellt sich daher die Frage, ob der Beschwerdeführer seine arbeitgeberähnliche Stellung per 30. August 2009 tatsächlich aufgegeben hat bzw. endgültig aus der Firma ausgeschieden ist (wovon auch im VGE/2010/895 gestützt auf die damalige Aktenlage ausgegangen wurde [a.a.O., E. 3.1]) oder ob er weiterhin massgeblichen Einfluss auf die Ent-

scheidungen des Unternehmens hatte, was den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von vornherein ausschliessen würde (vgl. BGE 133 V 133 E. 2.4.2 S. 135; BGE 123 V 234 E. 7b bb S. 238). Im vorliegenden Fall muss die Frage betreffend die arbeitgeberähnliche Stellung jedoch nicht abschliessend beantwortet werden, da der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung - wie vorangehend dargelegt - bereits aufgrund des Fehlens der zwölfmonatigen Beitragszeit zu verneinen ist.

Somit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

5.

5.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwalt B. _____ z.H. des Beschwerdeführers
 - SYNA Arbeitslosenkasse
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
 - Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Der Kammerpräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.