

200 20 534 ALV  
FUR/PES/STA

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 18. Dezember 2020**

Verwaltungsrichterin Fuhrer, Kammerpräsidentin  
Verwaltungsrichter Knapp  
Gerichtsschreiber Peter

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

gegen

**Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern**  
Arbeitslosenkasse, Lagerhausweg 10, 3018 Bern  
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 2. Juni 2020



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Im November 2018 stellte der 1970 geborene A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) bei der Arbeitslosenversicherung einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab 1. Oktober 2018 (Antwortbeilage [AB] 857). Als letztes Arbeitsverhältnis gab er eine vom 13. Oktober 2011 bis 30. September 2018 dauernde Vollzeitbeschäftigung bei der C. \_\_\_\_\_ GmbH an (AB 858), bei welcher er Gesellschafter und Geschäftsführer gewesen sei (vgl. AB 859 i.V.m. AB 855). Grund der Kündigung sei der Konkurs der Arbeitgeberin gewesen (AB 858).

Mit Verfügung vom 28. November 2018 verneinte das beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse Kanton Bern (heute: Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA], Arbeitslosenkasse; nachfolgend Arbeitslosenkasse bzw. Beschwerdegegner) einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (AB 852 – 854). Eine dagegen erhobene Einsprache (AB 854) wurde mit Entscheid vom 22. Januar 2019 (AB 837 – 841) teilweise gutgeheissen. Die Anspruchsberechtigung sei für die Zeit ab 21. November 2018 neu zu prüfen, da der Versicherte per 20. November 2018 infolge des Konkurses der Arbeitgeberin definitiv aus dem Betrieb ausgeschieden sei. Bis zu diesem Zeitpunkt habe er seine arbeitgeberähnliche Stellung beibehalten und infolgedessen keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (AB 839 f.). Dieser Entscheid ist unangefochten geblieben.

Am 30. April 2019 (AB 653 – 655) verneinte die Arbeitslosenkasse erneut einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Der Lohnfluss, welcher nach einer arbeitgeberähnlichen Stellung zwingend nachgewiesen werden müsse, habe nicht gesetzeskonform belegt werden können (AB 653).

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, am 29. Mai 2019 Einsprache (AB 508 – 520) mit den Rechtsbegehren, die Verfügung vom 30. April 2019 sei aufzuheben und der Antrag auf Arbeitslosenentschädigung sei zu genehmigen (AB 509).

Mit Entscheid vom 19. September 2019 (AB 418 – 421) hiess die Arbeitslosenkasse diese Einsprache gut und hob die Verfügung vom 30. April 2019 auf. Mit den nun vorhandenen Unterlagen sei ein Lohnfluss rechtsgenügend nachgewiesen. Dem Nachweis des tatsächlich realisierten Lohnes komme nicht nur für die Bestimmung der Beitragszeit, sondern auch für die Festsetzung der Höhe des versicherten Verdienstes eine entscheidende Bedeutung zu. Die Zahlstelle ... werde den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bzw. die Höhe des versicherten Verdienstes für die Zeit ab 21. November 2018 unter diesem Aspekt neu prüfen (AB 412 f.).

Gemäss unangefochten gebliebenem Entscheid des AVA, Rechtsdienst, vom 4. Dezember 2019 (AB 389 – 394; siehe auch AB 395) war der Versicherte vom 21. November 2018 bis 5. Juni 2019 vermittlungsfähig und im Umfang von 50% anspruchsberechtigt, sofern auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien und seit 6. Juni 2019 sei er vermittlungsfähig und im Umfang von 70% anspruchsberechtigt, sofern auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (AB 389).

Mit Schreiben vom 12. Februar 2020 beantragte der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, für die bisherigen Abrechnungen der Arbeitslosenentschädigung (vgl. AB 372 – 383) eine anfechtbare Verfügung, da der versicherte Verdienst nicht korrekt ermittelt worden sei (AB 357).

Am 2. März 2020 erliess die Arbeitslosenkasse die entsprechende Verfügung (AB 350 – 356). Dabei legte sie den versicherten Verdienst für die Zeit vom 21. November 2018 bis 31. Mai 2019 auf Fr. 2'230.--, für Juni 2019 auf Fr. 2'988.-- und für die Zeit ab Juli 2019 auf Fr. 3'122.-- fest. Gleichzeitig bestätigte sie die Taggeldabrechnungen von Januar 2019 bis Januar 2020 (AB 350).

Gegen diese Verfügung erhob der Versicherte, wiederum vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, am 2. April 2020 Einsprache (AB 284 – 302). Mit Entscheid vom 2. Juni 2020 wies die Arbeitslosenkasse diese ab (AB 253 – 260).

## **B.**

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, am 3. Juli 2020 Beschwerde mit den Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und der versicherte Verdienst sowie die Taggeldabrechnungen seien gemäss Beschwerde neu zu berechnen. Sodann sei die Arbeitslosenkasse anzuweisen, die Differenz zwischen den bereits ausbezahlten und den ihm gemäss beantragter Neuberechnung effektiv zustehenden Arbeitslosengeldern nachträglich auszahlungen. Zudem sei ihm für das Beschwerdeverfahren das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege zu erteilen und der unterzeichnende Anwalt als amtlicher Rechtsbeistand beizuordnen – unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit Beschwerdeantwort vom 2. September 2020 beantragte der Beschwerdegegner, die Beschwerde sei abzuweisen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 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 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 auf die Beschwerde grundsätzlich (vgl. E. 1.2 hiernach) einzutreten.

**1.2** Angefochten ist der Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 2. Juni 2020 (AB 253 – 260). Streitig und zu prüfen ist der versicherte Verdienst und damit die Höhe des geschuldeten Taggeldes und dabei insbesondere, ob der Beschwerdegegner für die Ermittlung des versicherten Verdienstes zu Recht ausschliesslich darauf abgestellt hat, was der Beschwerdeführer während des Bemessungszeitraumes von 1. Oktober 2017 bis 30. September 2018 bei der C.\_\_\_\_\_ GmbH an Einkommen erzielt hat. Zudem wird sinngemäss eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes sowie der Begründungspflicht gerügt (vgl. Beschwerde S. 20 Rz. 53 ff.). Soweit sich die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht auf den (unangefochten gebliebenen) Einspracheentscheid vom 19. September 2019 (AB 418 – 421) bezieht (vgl. Beschwerde S. 26 Rz. 70), ist darauf nicht einzutreten, da der betreffende Einspracheentscheid vorliegend nicht Anfechtungsgegenstand ist.

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). Sie beurteilen offensichtlich begründete oder offensichtlich unbegründete Fälle in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 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** Die Arbeitslosenentschädigung wird als Taggeld ausgerichtet. Für eine Woche werden fünf Taggelder ausbezahlt (Art. 21 AVIG). Ein volles Taggeld beträgt 80% des versicherten Verdienstes (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 AVIG).

Als versicherter Verdienst gilt der massgebende Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) i.V.m. Art. 7 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101), der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Darin eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 AVIG; BGE 144 V 195 E. 4.1 S. 198).

Nicht versichert ist ein Nebenverdienst. Als solcher gilt jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens seiner selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt (Art. 23 Abs. 3 AVIG).

**2.2** 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. Der Bemessungszeitraum beginnt, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstauffalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen (Abs. 3).

**2.3** Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) garantierte Anspruch auf rechtliches Gehör räumt dem Betroffenen das persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht ein, erhebliche Beweise beizubringen, mit solchen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung we-

sentlicher Beweise mitzuwirken. Dem Mitwirkungsrecht entspricht die Pflicht der Behörden, die Argumente und Verfahrensanträge der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen, sowie die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen (BGE 138 V 125 E. 2.1 S. 127; SVR 2016 BVG Nr. 6 S. 23 E. 6.1.1). Beweise sind im Rahmen dieses verfassungsmässigen Anspruchs indessen nur über jene Tatsachen abzunehmen, die für die Entscheidung der Streitsache erheblich sind. Auf ein beantragtes Beweismittel kann verzichtet werden, wenn der Sachverhalt, den eine Partei beweisen will, nicht rechtserheblich ist, wenn bereits Feststehendes bewiesen werden soll, wenn von vornherein gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine Abklärungen herbeizuführen vermag, oder wenn die Behörde den Sachverhalt gestützt auf ihre eigene Sachkenntnis bzw. jene ihrer fachkundigen Beamten selber zu würdigen vermag (BGE 122 V 157 E. 1d S. 162).

Die behördliche und richterliche Abklärungspflicht (siehe Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 lit. c ATSG) umfasst nicht unbesehen alles, was von einer Partei behauptet oder verlangt wird. Vielmehr bezieht sie sich nur auf den im Rahmen des streitigen Rechtsverhältnisses (Streitgegenstand) rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist. In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgericht zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a S. 283; AHI 1994 S. 212 E. 4a).

**2.4** Die Begründungspflicht ist wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV. Sie soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und den Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn sowohl die betroffene Person als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie

sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 136 I 229 E. 5.2 S. 236, 124 V 180 E. 1a S. 181; in BGE145 V 320 nicht publizierte E. 4 des Entscheids des Bundesgerichts [BGer] vom 16. September 2019, 9C\_494/2019; SVR 2017 KV Nr. 6 S. 30 E. 5).

### 3.

**3.1** Der Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst erstreckt sich vorliegend unstrittig von 1. Oktober 2017 bis 30. September 2018 (vgl. AB 350 i.V.m. AB 105, AB 253 sowie Beschwerde S. 17 Rz. 43). Aufgrund der eingereichten Belege betreffend den Nachweis des Lohnflusses von der C.\_\_\_\_\_ GmbH an den Beschwerdeführer ermittelte der Beschwerdegegner in Bezug auf diesen Zeitraum einen versicherten Verdienst von Fr. 4'460.-- (siehe AB 105 sowie AB 258). Dass in Bezug auf das Arbeitsverhältnis mit der C.\_\_\_\_\_ GmbH ein höherer versicherter Verdienst zu berücksichtigen wäre, wird beschwerdeweise nicht geltend gemacht und es findet sich auch nichts in den Akten, was den vom Beschwerdegegner in Bezug auf dieses Arbeitsverhältnis berücksichtigten versicherten Verdienst als falsch erscheinen liesse (siehe AB 446 – 462 und AB 475 – 481 i.V.m. AB 421 resp. AB 105; BGE 119 V 347 E. 1a S. 349).

Beschwerdeweise wird geltend gemacht, im Bemessungszeitraum von 1. Oktober 2017 bis 30. September 2018 habe der Beschwerdeführer bis 30. Juni 2018 lediglich zu 60% für die C.\_\_\_\_\_ GmbH und zu 40% für die D.\_\_\_\_\_ AG gearbeitet. Das (nachträglich gemeldete; vgl. AB 331 und AB 333 resp. AB 190 und AB 192 sowie AB 5) Einkommen von der D.\_\_\_\_\_ AG stelle somit keinen Nebenverdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG dar und sei daher für die Berechnung des versicherten Verdienstes nach Art. 23 Abs. 1 AVIG zu berücksichtigen. Zudem wird sowohl in Bezug auf die Verfügung vom 2. März 2020 als auch in Bezug auf den Einspracheentscheid vom 2. Juni 2020 eine Verletzung der Begründungspflicht gerügt, weil in der Verfügung vom 2. März 2020 die Nichtbeachtung des bei der D.\_\_\_\_\_ AG erzielten Einkommens nicht erläutert worden

sei und im Einspracheentscheid vom 2. Juni 2020 eine Begründung betreffend die Nichtaufhebung der Verfügung fehle (vgl. Beschwerde S. 26 Rz. 68 ff.).

### **3.2**

**3.2.1** Im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 14. November 2018 (AB 857 – 860) gab der Beschwerdeführer als letztes Arbeitsverhältnis eine vom 13. Oktober 2011 bis 30. September 2018 dauernde Vollzeitbeschäftigung bei der C.\_\_\_\_\_ GmbH an. Es habe kein schriftlicher Arbeitsvertrag bestanden. Grund der Kündigung sei der Konkurs der Arbeitgeberin gewesen (AB 858). Er sei bei der C.\_\_\_\_\_ GmbH Gesellschafter und Geschäftsführer gewesen (vgl. AB 859 i.V.m. AB 855). Gegenwärtig erziele er noch stundenweise ein Einkommen als Geschäftsführer bei der E.\_\_\_\_\_ GmbH sowie der F.\_\_\_\_\_ GmbH (AB 858). Er sei bereit und in der Lage, Vollzeit zu arbeiten (AB 857). In den letzten zwei Jahren vor der Geltendmachung des Anspruchs sei er neben seinem letzten Arbeitsverhältnis (C.\_\_\_\_\_ GmbH) noch bei der G.\_\_\_\_\_, der E.\_\_\_\_\_ GmbH sowie der F.\_\_\_\_\_ GmbH tätig gewesen (AB 859). Sodann bestätigte er unterschriftlich, alle Fragen wahrheitsgetreu und vollständig beantwortet zu haben (AB 860).

Dies deckt sich mit den Angaben des Beschwerdeführers sowohl in der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung beim RAV vom 15. November 2018 (AB 128 f.) als auch in der Wiedereingliederungsvereinbarung vom 23. November 2018 (AB 154 – 156). In der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung gab der Beschwerdeführer wiederum explizit an, zuletzt vollzeitlich als Geschäftsführer bei der C.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt gewesen zu sein (AB 128; siehe auch die eine Vollzeitbeschäftigung als Geschäftsführer bestätigende Arbeitgeberbescheinigung der C.\_\_\_\_\_ GmbH vom 12. Februar 2019 bei einer bestätigten Dauer des Arbeitsverhältnisses vom 13. November 2011 bis 30. September 2018 [AB 817 f.]). In Bezug auf die Zeit ab 2016 sind sodann in der Wiedereingliederungsvereinbarung als frühere und aktuelle Arbeitgeber übereinstimmend mit den bisherigen Angaben die G.\_\_\_\_\_, die C.\_\_\_\_\_ GmbH, die E.\_\_\_\_\_ GmbH und die F.\_\_\_\_\_ GmbH genannt (AB 155). Hinweise auf ein weiteres Arbeitsverhältnis während der Rahmenfrist für die Beitragszeit – wie das

nachträglich geltend gemachte mit der D.\_\_\_\_\_ AG – finden sich in diesen vom Beschwerdeführer unterschrieben als wahrheitsgetreu und vollständig ausgefüllt bestätigten ersten Dokumenten in den Akten nicht. Auch in den IK-Auszügen vom 18. Februar (AB 799), 16. Juli (AB 490) und 10. September 2019 (AB 424) finden sich keine entsprechenden Einträge.

**3.2.2** Eine Erwähnung der D.\_\_\_\_\_ AG als Arbeitgeberin des Beschwerdeführers im Bemessungszeitraum findet sich erstmals in der Einsprache vom 29. Mai 2019 (AB 508 – 520) gegen die Verneinung der Erfüllung der Beitragszeit durch den Beschwerdegegner (vgl. Verfügung vom 30. April 2019 [AB 653 – 655]). Es sei zu erwähnen, dass der Beschwerdeführer auch bei der D.\_\_\_\_\_ AG gearbeitet habe und bis zum Juni 2018 Verwaltungsrat gewesen sei. Auch dort habe er jeweils monatliche Lohnauszahlungen erhalten. Dieses Arbeitsverhältnis sei jedoch im Jahr 2018 aufgelöst worden (AB 515 Rz. 18). Der Beschwerdeführer habe bis Ende Juli 2018 bei der D.\_\_\_\_\_ AG gearbeitet. Die entsprechenden Unterlagen lägen derzeit jedoch nicht vor; sie seien bei Bedarf von Amtes wegen zu edieren (AB 518 Rz. 25).

**3.3** Mit Entscheid vom 19. September 2019 (AB 418 – 421) hiess der Beschwerdegegner die Einsprache vom 29. Mai 2019 gut, da er mit den nun vorhandenen Unterlagen einen Lohnfluss von der C.\_\_\_\_\_ GmbH an den Beschwerdeführer als rechtsgenügend nachgewiesen und damit die Voraussetzung der erforderlichen Beitragszeit als erfüllt ansah. Bei dieser Ausgangslage war der Beschwerdegegner nicht gehalten, Abklärungen hinsichtlich des in der Einsprache erstmals erwähnten Arbeitsverhältnisses mit der D.\_\_\_\_\_ AG vorzunehmen, da die Beitragszeit ja schon aufgrund des Arbeitsverhältnisses mit der C.\_\_\_\_\_ GmbH erfüllt war und er aufgrund der auch einspracheweise (vgl. AB 508 – 520) unbestritten gebliebenen bisherigen Angaben des Beschwerdeführers (vgl. E. 3.2.1 hiervor) ohne weiteres davon ausgehen durfte, dass es sich bei der Tätigkeit für die C.\_\_\_\_\_ GmbH um eine Vollzeitbeschäftigung gehandelt hat, womit gemäss gesetzlicher Definition jedes weitere Einkommen ohnehin als nicht versicherter Nebenverdienst zu qualifizieren gewesen wäre (vgl. Art. 23 Abs. 3 AVIG sowie E. 2.1 hiervor).

**3.4** Auf die anfangs Januar 2020 erstellten Abrechnungen der Arbeitslosenentschädigung für das Jahr 2019 hin (vgl. AB 372 – 383) verlangte der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, mit Schreiben vom 12. Februar 2020 eine anfechtbare Verfügung, da der versicherte Verdienst nicht korrekt ermittelt worden sei, wobei sich dem Schreiben keinerlei Begründung entnehmen lässt, inwiefern der versicherte Verdienst als nicht korrekt ermittelt erachtet wird (vgl. AB 357). Der Beschwerdegegner hat in der Folge mit Verfügung vom 2. März 2020 dargelegt, wie er den versicherten Verdienst aufgrund der eingereichten Belege betreffend den Nachweis des Lohnflusses von der C.\_\_\_\_\_  
GmbH an den Beschwerdeführer berechnet hat (vgl. AB 105) und gleichzeitig die Taggeldabrechnungen von Januar 2019 bis Januar 2020 bestätigt (AB 350 ff. = AB 101 ff.). Da vom Beschwerdeführer bis zu diesem Zeitpunkt nie geltend gemacht worden war, es habe sich beim Arbeitsverhältnis mit der C.\_\_\_\_\_  
GmbH entgegen seiner bisherigen Angaben um keine Vollzeitbeschäftigung gehandelt, ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang lediglich allgemein auf die gesetzliche Bestimmung von Art. 23 Abs. 3 AVIG hingewiesen hat, wonach ein Nebenverdienst nicht versichert ist (vgl. AB 355). Eine diesbezügliche Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes oder der Begründungspflicht (vgl. E. 2.3 und 2.4 hiervor) ist entgegen der Vorbringen in der Beschwerde (vgl. Beschwerde S. 22 Rz. 56 ff.) nach dem Dargelegten klarerweise zu verneinen.

**3.5** Erstmals in der Einsprache vom 2. April 2020 wird vom Beschwerdeführer explizit geltend gemacht, es sei auch das (nachträglich gemeldete; vgl. AB 331 und AB 333 resp. AB 190 und AB 192 sowie AB 5) Einkommen von der D.\_\_\_\_\_  
AG bei der Berechnung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen, da es in den Berechnungszeitraum für den versicherten Verdienst von 1. Oktober 2017 bis 30. September 2018 falle (vgl. Einsprache S. 294 Ziff. 2.2). In der Folge legte der Beschwerdegegner im angefochtenen Einspracheentscheid (AB 253 – 260) ausführlich dar, weshalb kein Bedarf bestand, Unterlagen betreffend das Arbeitsverhältnis mit der D.\_\_\_\_\_  
AG zu edieren, da jedes ausserhalb der Vollzeitanstellung bei der C.\_\_\_\_\_  
GmbH erzielte Einkommen als Nebenverdienst ohnehin nicht in die Berechnung des versicherten Verdienstes einbezogen werden

könne (AB 258). Der Beschwerdegegner hat damit die wesentlichen Überlegungen genannt, von denen er sich hat leiten lassen und auf welche sich der Entscheid stützt. Aus dem Entscheid ist ohne weiteres ersichtlich, warum der Beschwerdegegner nicht auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung erkannt hat resp. dass und weshalb er die geltend gemachte Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Begründungspflicht als nicht gegeben erachtet. Dass er im Entscheid eine Verletzung der Begründungspflicht nicht explizit verneint hat, schadet dabei nicht, muss sich die Behörde doch nicht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken, wie dies der Beschwerdegegner getan hat (vgl. E. 2.4 hiavor).

Neben der sich aus dem Dispositiv ergebenden Tragweite des Entscheides sind aus der Begründung auch die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ersichtlich, womit die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessende Begründungspflicht erfüllt ist. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs infolge ungenügender Begründung ist somit zu verneinen. Ob die vorgenommene Sachverhaltsfeststellung und rechtliche Würdigung materiell korrekt ist, ist nachfolgend zu prüfen.

#### 4.

**4.1** Erstmals in der Beschwerde vom 3. Juli 2020 wird geltend gemacht, entgegen den ursprünglichen und bis zu diesem Zeitpunkt unbestritten gebliebenen Angaben des Beschwerdeführers (vgl. E. 3 hiavor) habe dieser im Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst nicht Vollzeit für die C.\_\_\_\_\_ GmbH gearbeitet, sondern gegen Ende 2017 sein (unstrittig seit spätestens April 2016 bestandenes; vgl. Beschwerde S. 9 Rz. 22) diesbezügliches Vollzeitpensum auf 60% reduziert. Für die restlichen 40% sei er bei der D.\_\_\_\_\_ AG angestellt gewesen (vgl. Beschwerde S. 11 Rz. 26; siehe auch Beschwerde S. 10 Rz. 23 ff.). Die Pensumsreduktion wurde mit einem starken Rückgang der Aufträge bei der C.\_\_\_\_\_ GmbH gegen Ende 2017 begründet und mit deren Erfolgsrechnungen sowie dem IK-Auszug des Beschwerdeführers zu plausibilisie-

ren versucht (vgl. Beschwerde S. 10 f. Rz. 23 ff.). Dabei fällt jedoch auf, dass die geltend gemachte Einkommensreduktion seitens der C. \_\_\_\_\_ GmbH beim Beschwerdeführer auf Anfang 2017 eingetreten ist (siehe AB 125), einem Zeitpunkt, in welchem die Aufträge gemäss Erfolgsrechnungen (Beschwerdebeilage [BB] 10) noch deutlich zunahmen und der Beschwerdeführer auch nach eigenen Angaben in der Beschwerde noch unverändert Vollzeit für die C. \_\_\_\_\_ GmbH gearbeitet hat (vgl. Beschwerde S. 9 ff. Rz. 22 ff.). Entscheidend ist, dass gegen Ende 2017, dem Zeitpunkt der geltend gemachten Pensumsreduktion um 40%, keine resp. per Anfang 2018 lediglich eine marginale Lohnreduktion um 0.82% stattgefunden haben, was überdeutlich gegen die nachträglich geltend gemachte Pensumsreduktion um 40% spricht (siehe die Lohnabrechnungen der C. \_\_\_\_\_ GmbH von Oktober 2017 bis September 2018 [AB 805 – 816 resp. AB 533 – 544] sowie die Lohnkonti in AB 674 und 675). Auch der vom Beschwerdegegner anerkannte tatsächliche Lohnfluss seitens der C. \_\_\_\_\_ GmbH an den Beschwerdeführer hat sich in diesem Zeitraum nicht erheblich verändert (siehe AB 105). Zudem kann aus dem verschlechterten Geschäftsgang der C. \_\_\_\_\_ GmbH gegen Ende 2017 nicht auf eine geringere zeitliche Beanspruchung des Beschwerdeführers geschlossen werden, entspricht es doch einer Erfahrungstatsache, dass der Geschäftsführer einer Firma in solchen Phasen in der Regel eher stärker gefordert ist, als in wirtschaftlich problemlosen Jahren.

Soweit der Beschwerdeführer seine ursprünglichen und bis zur Beschwerdeerhebung unbestritten gebliebenen Angaben eines Vollzeitpensums für die C. \_\_\_\_\_ GmbH im Bemessungszeitraum mit einem Missverständnis und der Schwierigkeit, die entsprechenden Formulare korrekt und vollständig auszufüllen, zu begründen versucht (vgl. Beschwerde S. 12 f. Rz. 28 ff.), ist dies angesichts der übereinstimmenden Angaben sowohl im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 14. November 2018 (AB 857 – 860), in der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung beim RAV vom 15. November 2018 (AB 128 f.), in der Wiedereingliederungsvereinbarung vom 23. November 2018 (AB 154 – 156) sowie in der Arbeitgeberbescheinigung der C. \_\_\_\_\_ GmbH vom 12. Februar 2019 (AB 817 f.) nicht glaubwürdig. Sodann vermag dies insbesondere nicht zu erklären, warum trotz gemäss eigenen Angaben wahrheitsgetreuer und vollständiger Auflistung

aller früheren und aktuellen Arbeitgeber seit 2016 (vgl. AB 859 f., AB 155 sowie E. 3.2.1 hiervor) die D.\_\_\_\_\_ AG, die ja gemäss Darstellung in der Beschwerde im Bemessungszeitraum immerhin 40% des Normalpensums seiner Arbeitszeit beansprucht und einen Grossteil seines Einkommens ausgemacht haben soll, keinerlei Erwähnung findet, während alle anderen früheren und aktuellen Beschäftigungen in diesem Zeitraum aufgelistet sind. Kommt hinzu, dass die D.\_\_\_\_\_ AG, übereinstimmend mit den ursprünglichen Angaben des Beschwerdeführers, auch in dessen IK-Auszügen vom 18. Februar (AB 799), 16. Juli (AB 490) und 10. September 2019 (AB 424) ab 2016 nicht (mehr) als dessen Arbeitgeberin eingetragen war. Unter Berücksichtigung der Beweismaxime, wonach die sogenannten "spontanen Aussagen der ersten Stunde" in der Regel unbefangener und zuverlässiger sind, als spätere Darstellungen, die bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können (vgl. BGE 143 V 168 E. 5.2.2 S. 174; 121 V 45 E. 2a S. 47), ist nach dem Dargelegten mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass es sich beim Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit der C.\_\_\_\_\_ GmbH im Bemessungszeitraum – wie unstrittig seit 2016 auch davor – um eine Vollzeitbeschäftigung gehandelt hat. Die nachträgliche Darstellung einer Pensumsreduktion um 40% genau in Bezug auf den Bemessungszeitraum des versicherten Verdienstes ist angesichts der mit den echtzeitlichen Akten übereinstimmenden ursprünglichen Angaben des Beschwerdeführers nicht glaubwürdig und erscheint konstruiert.

**4.2** Daran vermögen auch die nachträglich erstellten Bescheinigungen der D.\_\_\_\_\_ AG nichts zu ändern. In der Arbeitgeberbescheinigung vom 31. März 2020 (AB 307 f.) beantwortete H.\_\_\_\_\_ die Frage, ob der Beschwerdeführer oder dessen Ehefrau I.\_\_\_\_\_ am Betrieb beteiligt oder in leitender Funktion (z.B. Aktionär oder Verwaltungsrat) sei, mit "ja". Dies in einem Zeitpunkt, als der Beschwerdeführer unstrittig nicht mehr Verwaltungsrat der D.\_\_\_\_\_ AG war, ist er doch als solcher am 4. Juli 2018 im Handelsregister gelöscht worden (AB 306, AB 169, BB 24). Dies legt den Schluss nahe, dass der Beschwerdeführer und/oder seine Ehefrau noch als Aktionär/Aktionärin an der D.\_\_\_\_\_ AG beteiligt sind. Zudem ist anzunehmen, dass der allein verbliebene Verwaltungsrat H.\_\_\_\_\_

mit dem Beschwerdeführer verwandt ist. Wie es sich damit verhält, kann allerdings letztlich offen bleiben. Angesichts der sich anders präsentierenden ursprünglichen Aktenlage bestehen jedenfalls begründete Zweifel, ob die nachträglichen Bescheinigungen der D. \_\_\_\_\_ AG korrekt sind. Auf diese Bescheinigungen kann entsprechend nicht ohne weiteres abgestellt werden.

Eine nähere Prüfung der betreffenden Unterlagen ergibt, dass sämtliche Bescheinigungen der D. \_\_\_\_\_ AG in Bezug auf den vorliegend relevanten Bemessungszeitraum von 1. Oktober 2017 bis 30. September 2018 vom 1. November 2019 oder später datieren (siehe AB 321 f. = BB 26 f., AB 331 ff. = BB 32, AB 307 f. = BB 21). Dabei fällt insbesondere auf, dass der gesamte für die Jahre 2017 und 2018 behauptete und nachträglich abgerechnete Lohn der D. \_\_\_\_\_ AG an den Beschwerdeführer erst mit den Rektifikaten vom 1. November 2019 der Ausgleichskasse des Kantons Bern gemeldet worden ist, der Beschwerdeführer folglich in den Lohnbescheinigungen vom 12. Juni 2018 für das Jahr 2017 und vom 19. Juni 2019 für das Jahr 2018 von der D. \_\_\_\_\_ AG zuhanden der Ausgleichskasse noch nicht als Arbeitnehmer aufgeführt war (siehe AB 331 und 333 resp. AB 190 und 192 und BB 32). Kommt hinzu, dass während des gesamten Bemessungszeitraums des versicherten Verdienstes von 1. Oktober 2017 bis 30. September 2018 lediglich ein Geldfluss von Fr. 18'793.95 von der D. \_\_\_\_\_ AG an den Beschwerdeführer nachgewiesen ist (Überweisungen in Höhe von total Fr. 12'500.-- [BB 29 f., wobei am selben Tag teilweise mehrere Überweisungen kleinerer Beträge erfolgt sind, was gegen Lohnzahlungen spricht], Barbezüge in Höhe von total Fr. 4'690.-- [siehe BB 25], Zahlungen der D. \_\_\_\_\_ AG für den Beschwerdeführer an Dritte von total Fr. 1'603.95 [siehe BB 25]). Dem stehen sich auf die betreffenden Jahre 2017 und 2018 beziehende Gutschriften auf dem Kontokorrent des Beschwerdeführers bei der D. \_\_\_\_\_ AG von total Fr. 24'093.95 gegenüber, wobei davon Fr. 8'100.-- explizit als Pauschalspesen deklariert sind (siehe BB 25 und BB 28). Auf die nachträglich geltend gemachte Beschäftigung im Umfang von 40% der Normalarbeitszeit im Bemessungszeitraum von 1. Oktober 2017 bis 30. September 2018 für die D. \_\_\_\_\_ AG mit einem behaupteten Lohn von Fr. 67'906.-- (vgl. BB 26 f.) lassen diese Zahlen jedenfalls nicht schliessen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die

erfolgten Zahlungen primär im Zusammenhang mit dem bis am 4. Juli 2018 unstrittig innegehabten Verwaltungsratsmandat des Beschwerdeführers bei der D. \_\_\_\_\_ AG standen. Jedenfalls vermögen die nachträglich erstellten Bescheinigungen und vorgenommenen Abrechnungen der D. \_\_\_\_\_ AG zugunsten des Beschwerdeführers nach dem Dargelegten keine Zweifel an der Zuverlässigkeit der mit den echtzeitlichen Akten übereinstimmenden ursprünglichen Angaben des Beschwerdeführers einer auch während des Bemessungszeitraums weiterbestandenen Vollzeitbeschäftigung bei der C. \_\_\_\_\_ GmbH zu wecken. Der Beschwerdegegner hat somit zu Recht bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes in Anwendung von Art. 23 Abs. 3 AVIG (vgl. E. 2.1 hiavor) ausschliesslich darauf abgestellt, was der Beschwerdeführer während des Bemessungszeitraums von 1. Oktober 2017 bis 30. September 2018 bei der C. \_\_\_\_\_ GmbH an Einkommen erzielt hat.

**4.3** Zusammenfassend ist der angefochtene Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 2. Juni 2020 (AB 253 – 260) nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde als offensichtlich unbegründet 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 besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

**5.3** Zu prüfen bleibt das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ als amtlicher Anwalt.

**5.3.1** Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Kosten- und allfälligen Vorschuss- sowie Sicherstellungspflichten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen

gen kann überdies einer Partei eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 61 lit. f ATSG sowie Art. 111 Abs. 1 und 2 VRPG; SVR 2011 IV Nr. 22 S. 61 E. 2, 2011 UV Nr. 6 S. 22 E. 6.1).

**5.3.2** Angesichts des offensichtlichen Versuchs des Beschwerdeführers, nachträglich eine von den von ihm selbst mehrfach bestätigten und mit den echtzeitlichen Akten übereinstimmenden Tatsachen abweichende Beurteilung zu erwirken und der damit von Anfang an bestandenen Aussichtslosigkeit der Beschwerde, besteht vorliegend kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_. Das Gesuch ist entsprechend abzuweisen.

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Beiordnung von Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ als amtlicher Anwalt wird abgewiesen.
3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ z.H. des Beschwerdeführers
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
  - Staatssekretariat für Wirtschaft – seco

Die Kammerpräsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

**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.