

200 23 66 ALV
LOU/ISD/LEA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 5. Juni 2023

Verwaltungsrichter Loosli
Gerichtsschreiber Isliker

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern
Rechtsdienst, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 22. Dezember 2022 (ER ALK ...)



Sachverhalt:

A.

Der 1979 geborene A._____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) hatte wechselnde Führungsfunktionen bei der ... gegründeten C._____ inne (vgl. Handelsregisterauszug) und arbeitete unter anderem vom 1. März 2014 bis 30. November 2019 Vollzeit als deren ... (Akten des Amts für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 652-656). Am 21. November 2019 stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (ALE) ab 1. Dezember 2019 (AB 645-648) und bezog in der Folge zwischen Dezember 2019 und April 2020 Taggelder der Arbeitslosenversicherung (AB 568, 565, 557, 552, 528); dies bei einem versicherten Verdienst von Fr. 1'527.-- (vgl. AB 572). Am 27. Februar 2020 beanstandete der Versicherte die Festsetzung des versicherten Verdienstes und verlangte eine diesbezügliche Verfügung (AB 560). Mit Verfügung vom 8. Mai 2020 (AB 508-511) verneinte das AVA einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 2. Dezember 2019 und forderte ausbezahlte Taggeldleistungen von Fr. 6'816.15 zurück. Die dagegen erhobene Einsprache (AB 423-428, 413-418) wies es mit Einspracheentscheid vom 15. Juli 2020 (AB 405-412) ab. Soweit auf die dagegen erhobene Beschwerde (AB 361-370) einzutreten war, hiess sie das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil vom 8. März 2021, ALV/2020/593, dahingehend gut, als es den angefochtenen Einspracheentscheid vom 15. Juli 2020 (AB 405-412), soweit die Verhältnisse im Zeitraum vom 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 betreffend, aufhob. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab und wies die Akten zurück an die Arbeitslosenkasse zwecks Neuberechnung der Rückforderung (vgl. AB 169-183).

In der Folge nahm die Arbeitslosenkasse die angeordnete Neuberechnung der Rückforderung vor und verfügte am 24. März 2021 (AB 161-163) die Rückforderung von zwischen dem 23. und 30. April 2020 zu Unrecht bezogener Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 500.20. Die dagegen erhobene Einsprache (AB 132-135) wies das AVA mit Einspracheentscheid vom 27. Juli 2021 (AB 117-121) ab. Die dagegen erhobene Beschwerde

(AB 93-98) wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil vom 29. August 2022, ALV/2021/597, ab, soweit es darauf eintrat (vgl. AB 70-83).

Mit Schreiben vom 9. und 28. September 2022 (AB 69, 65) sowie vom 18. Oktober 2022 (AB 50) forderte der Versicherte die Arbeitslosenkasse unter Verweis auf VGE ALV/2021/597, E. 3.3, sinngemäss auf, betreffend die Arbeitslosenentschädigung zwischen Dezember 2019 und April 2020 den versicherten Verdienst anstelle von Fr. 1'527.-- auf Fr. 5'070.-- festzusetzen. In der Folge setzte die Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 19. Oktober 2022 (AB 52-55) den für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 massgebenden versicherten Verdienst neu auf Fr. 2'556.-- fest und zahlte die Taggeld Differenz am 20. Oktober 2022 nach (vgl. AB 44-49). Die dagegen erhobene Einsprache (AB 31-34) wies das AVA mit Einspracheentscheid vom 22. Dezember 2022 ab (AB 4-8).

B.

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, mit Eingabe vom 27. Januar 2023 Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Verfügung (recte: des Einspracheentscheids; vgl. dazu hinten E. 1.2) vom 22. Dezember 2022 zur Verfügung Nr. ... vom 19. Oktober 2022 sowie die Zusprache von Arbeitslosentaggeldern ab dem 2. Dezember 2019 bis auf weiteres, basierend auf dem Lohnausweis 2019 bzw. einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'444.55 (Beschwerde S. 2 Ziff. I). Weiter machte er sinngemäss einen Anspruch auf Parteientschädigung im Einspracheverfahren geltend (Beschwerde S. 5 Ziff. III/3).

Mit Beschwerdeantwort vom 7. Februar 2023 beantragte der Beschwerdegänger die Abweisung der Beschwerde.

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 insofern auf die Beschwerde einzutreten, als Arbeitslosenentschädigung vom 2. Dezember 2019 bis 22. April 2020 streitig ist (vgl. E. 1.2 hiernach).

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 auszulegen, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung (BGE 147 V 360 E. 4.2.1 S. 373). Gestützt auf das Rechtsbegehren Ziff. 2 (Beschwerde

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.

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

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).

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 stände. Dieser Zuschlag wird nur ausbezahlt, soweit die Kinderzulagen dem Versicherten während der Arbeitslosigkeit nicht ausgerichtet werden und für dassel-

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 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). 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 Lohnvereinbarungen 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 Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 8. April 2020, 8C_150/2020, E. 2 mit Hinweisen).

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 Festsetzung der Höhe des versicherten Verdienstes eine entscheidende Bedeutung zu. Ohne genaue Angaben über den Lohnfluss ist es nicht möglich, die Höhe des versicherten Verdienstes zu bestimmen (vgl. Staatssekretariat 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 Stellung 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 bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden

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 Verdienst zu erfolgen. Nicht auszuräumende Unklarheiten hinsichtlich der exakten Lohnhöhe bei der Bestimmung des versicherten Verdiensts wirken sich nach der Rechtsprechung zum Nachteil des Versicherten aus (Entscheid des BGer vom 20. November 2019, 8C_472/2019, E. 4.1 mit Hinweisen).

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 Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indizien 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 haben 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.

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 Zeitraum (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 versicherten 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 bestritten. Zum Lohnfluss ist den Akten im Wesentlichen das Folgende zu entnehmen:

3.2.1 Im Arbeitsvertrag von März 2014 (AB 654-656) war für die Tätigkeit als ... kein fester Monats- oder Jahreslohn vereinbart. Vielmehr wurde festgehalten, es sei kein "Minimallohn" festgelegt worden, denn der Lohn könne aufgrund der Finanzierungslage schwanken. Der ... sei für die Finanzierung des ... [...] zuständig, weshalb es in seiner Verantwortung liege, einen minimalen Lohn für sich und gegebenenfalls weitere angestellte Mitarbeiter sicher zu stellen (Ziff. 6.1). Der Maximallohn für den ... und im Budget vorgesehene 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 vorgesehenen 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

für die Monate Dezember 2018 bis Oktober 2019 ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 5'112.-- (zzgl. Kinderzulage) und für November 2019 ein Bruttolohn 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 gleichmässigen 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 regelmässigen Lohnzahlungen sowie sonstigen Geldüberweisungen an den Beschwerdeführer, 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.

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. Gutschriftanzeigen]). 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-

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 Treuhandunternehmen 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 versicherter 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

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 Medienberichterstattung 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 eingereicherter 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 angestiegen sein soll.

3.3.2 Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Lohnbezüge lassen sich sodann auch nicht anhand der Buchhaltungsunterlagen des zuständigen Treuhandunternehmens nachweisen. Der Stiftungsrat hat per Reglement 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 Anlehnung an die von der Rechtsprechung für sog. "Einmann-GmbHs" entwickelten Grundsätze – besonders hohe Anforderungen an den Beweis des Lohnflusses bzw. dessen Höhe zu stellen. Insbesondere ist hier zu verlangen, 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 Treuhandunternehmen fest, dass die (Lohn-)Buchhaltung erst nachträglich im Frühling 2020 erstellt wurde (vgl. AB 590) und der Beschwerdeführer vor der Einführung 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 Stiftungszweck und einer kaufmännischen Bewirtschaftung des Stiftungsvermögens (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 Geschäftsbüchern erst nachträglich erfasste Lohnsumme weder einen entsprechenden versicherten Verdienst noch einen damit korrespondierenden Taggeldanspruch zu begründen. Denn sie gelangte in diesem Umfang nicht auch tatsächlich zur Auszahlung, unter Umständen, weil die finanzielle Lage der C._____ dies nicht zulies (vgl. AB 590; vgl. dazu Entscheide

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 erfolgten Bargeldbezüge und Kartenzahlungen durch den Beschwerdeführer von den Geschäftskonti 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 Buchhaltungsunterlagen 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

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

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.

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.

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

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

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteienschädigung zugesprochen.

3. Zu eröffnen (R):

- Rechtsanwalt B. _____ z.H. des Beschwerdeführers
- Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
- Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Der Einzelrichter:

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.