

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess {T 7}
C 266/05

Urteil vom 13. Juni 2006
II. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Borella und Kernen; Gerichtsschreiberin Polla

Parteien
W._____, 1959, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Gerhard Lanz, Schwanengasse 8,
3011 Bern,

gegen

beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse, Zentrale Dienste, Lagerhausweg 10, 3018 Bern,
Beschwerdegegner

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 25. August 2005)

Sachverhalt:

A.

Mangels erfüllter Beitragszeit verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern einen Anspruch des 1959 geborenen W._____ auf Arbeitslosenentschädigung ab 10. September 2003 (Verfügung vom 27. Oktober 2003). Daran hielt sie im Einspracheentscheid vom 16. Januar 2004 mit der ergänzenden Begründung fest, aufgrund der eingereichten Bankauszüge sei nicht ersichtlich, dass W._____ als Arbeitnehmer tatsächlich ein Nettolohn gemäss dem in der Arbeitgeberbescheinigung ausgewiesenen AHV-pflichtigen Grundlohn in der Höhe von Fr. 6'800.- entrichtet worden sei. In Aufhebung des Einspracheentscheids vom 16. Januar 2004 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die hiegegen geführte Beschwerde gut und wies die Arbeitslosenkasse an, weitere Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen und hernach erneut über den Leistungsanspruch zu befinden (Entscheid vom 27. Juli 2004). Mit Einspracheentscheid vom 3. November 2004 wies daraufhin die Arbeitslosenkasse die Einsprache des Versicherten vom 18. November 2003 mit der Begründung ab, es sei nicht gelungen, in der fraglichen Zeit Lohnbezüge nachzuweisen, so dass die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt seien.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 25. August 2005 ab.

C.

W._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei die Arbeitslosenkasse anzuweisen, die gesetzlichen Arbeitslosenversicherungsleistungen zu erbringen. Ferner wird um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung ersucht.

Die Arbeitslosenkasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Staatssekretariat für Wirtschaft hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Im Einspracheentscheid und im vorinstanzlichen Entscheid sind die gesetzlichen Vorschriften zur Mindestbeitragsdauer von zwölf Monaten (Art. 13 Abs. 1 AVIG) innerhalb der entsprechenden Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) als Voraussetzung für den Leistungsbezug (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG) sowie die Rechtsprechung zu den beweismässigen Anforderungen an den Nachweis der

tatsächlichen Lohnauszahlung (ARV 2004 S. 115 [Urteil M. vom 28. Februar 2003, C 127/02], ARV 2002 S. 116 [Urteil J. vom 5. Juni 2001, C 316/99]; vgl. nunmehr auch BGE 131 V 447 Erw. 1.2) richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

Zu ergänzen ist, dass im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 AVIG einzig vorausgesetzt ist, dass die versicherte Person innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist nach Art. 9 Abs. 3 AVIG während der geforderten Dauer (BGE 113 V 352) von mindestens zwölf Beitragsmonaten effektiv eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein.

2.

Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer als unselbstständig Erwerbender in der massgebenden Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 10. September 2001 bis 9. September 2003 rechtsgenügend eine mindestens zwölfmonatige beitragspflichtige Beschäftigung nachweist. Verwaltung und Vorinstanz kamen zum Schluss, dass der Lohnfluss für die erwähnte Arbeitstätigkeit nicht ausreichend dargetan sei.

2.1 Der Versicherte arbeitete von 1996 bis im Jahr 2000 und ab Juli 2002 als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift in der Firma W. _____ GmbH. Infolge Konkursöffnung der Firma im September 2003 stellte der Beschwerdeführer am 20. September 2003 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Mit Verfügung des Konkursrichters X. _____ vom 22. November 2003 ist das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt worden und die Firma wurde von Amtes wegen nach drei Monaten im Handelsregister gelöscht (Art. 66 Abs. 2 HRegV).

2.2

2.2.1 Hinsichtlich der Frage, ob der Versicherte arbeitslosenversicherungsrechtlich als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, lässt sich dem Handelsregistrauszug entnehmen, dass der Versicherte in dem hier massgebenden Zeitraum stets alleiniger Geschäftsführer und einzige für die Gesellschaft zeichnungsberechtigte Person war, die überdies das gesamte Stammkapital von Fr. 20'000.- hielt. Damit fehlte jegliches Unterordnungsverhältnis zwischen der GmbH als Arbeitgeberin und dem Beschwerdeführer als Arbeitgeber, was sich namentlich auch darin zeigt, dass er den Arbeitsvertrag vom 18. März 1997 zwischen sich und der Firma abschliessen und alleine unterzeichnen und überdies den eigenen Lohn selbstständig festsetzen konnte. Sämtliche Führungs- und Entscheidungskompetenzen lagen bei ihm. Fehlt es insoweit an einem Unterordnungsverhältnis, liegt aus zivilrechtlicher Sicht kein Arbeitsvertrag vor (Urteil H. vom 3. April 2006, C 267/04, Erw. 4.4.1 mit Hinweis). In Erwägung 4.4.2 des eben zitierten Urteils kam das Eidgenössische Versicherungsgericht in Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung aber zum Schluss, dass ungeachtet dieser zivilrechtlichen Würdigung auch im Falle eines Gesellschafters und einzelzeichnungsberechtigten alleinigen

Geschäftsführers, welcher bei einem Stammkapital von Fr. 20'000.- einen Stammanteil von Fr. 19'000.- hielt und - wie vorliegend - zwischen der Gesellschaft und dem Versicherten wirtschaftlich Identität bestand, dennoch aus arbeitsversicherungsrechtlicher Sicht grundsätzlich von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit auszugehen ist. Im Lichte dieser Rechtsprechung ist auch hier der Versicherte als Arbeitnehmer zu qualifizieren.

2.2.2 Als einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer gilt der Versicherte aber zweifelsohne als arbeitgeberähnliche Person, die rechtsprechungsgemäss (BGE 123 V 236) nur dann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, wenn ihr Ausscheiden aus der Firma endgültig ist und anhand eindeutiger Kriterien feststeht (ARV 2003 S. 240 [Urteil F. vom 14. April 2003, C 92/02]). Bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation bestand bis zur Löschung der GmbH im Handelsregister am 19. April 2004 trotz bis dahin bestehender arbeitgeberähnlicher Stellung keine Missbrauchsgefahr mehr (vgl. Urteil H. vom 3. April 2006, C 267/04, Erw. 4.2 und 4.3), sodass seine Stellung nicht zur Verneinung des arbeitslosenversicherungsrechtlichen Leistungsanspruchs führt.

2.3 Mit Blick auf den Lohnfluss ist unbestritten, dass die in den Akten liegenden Lohnabrechnungen - welche einen monatlichen Nettolohn von Fr. 5'869.60 ausweisen - nicht den tatsächlich erfolgten Zahlungen entsprechen, da der Beschwerdeführer von der Firma keine monatlichen Lohnzahlungen in gleicher Höhe oder auch nur in einem gleichbleibenden Betrag erhielt. Die Zahlen der Abrechnungen stimmen bei keinem Monat mit den Ein- und Ausgängen gemäss eingereichten Kontoauszügen des Credit Suisse Privatkontos (Nr. 196386-10) des Versicherten oder des buchhalterischen Hilfskontos Nr. 1005 überein, welches, gemäss Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, sämtliche Einlagen und Bezüge des Versicherten enthalten soll. Der Beschwerdeführer führt denn auch aus, er habe in Abweichung zu dem grundsätzlich festgelegten Salär jeweils nur die für die fälligen privaten Zahlungen zwingend notwendigen Summen entnommen. Wie die von der Firma W. _____ GmbH beauftragte Treuhandgesellschaft R. _____ AG, im vorinstanzlichen Verfahren mit Schreiben vom 2. Dezember 2004 bestätigte, wurde "unglücklicherweise auf eine strikte Trennung von Privat-/Geschäftsverkehr auf verschiedene Bankkonti" verzichtet. Dies ändere an der Tatsache der Bezüge nichts, führe aber zu einer etwas unübersichtlichen Situation. Die getätigten Bezüge seien zwar nicht

als Lohnbezug deklariert worden, stellten aber trotzdem Einkommen dar. Nicht bezogene Beträge seien einem Kontokorrentkonto gutgeschrieben worden. Im Weiteren stellte die Arbeitgeberfirma am 30. August 2004 einen Lohnausweis aus, wonach der Versicherte vom 1. Januar bis 31. August 2003 brutto Fr. 55'923.- verdient habe. Diese Summe stimmt ebenfalls nicht mit den Bruttolöhnen gemäss den monatlichen Abrechnungen von Januar bis August 2003 überein, deren Addition Fr. 54'400.- ergibt, und ist ebenso wenig mit den als Lohn vermerkten Beträgen in der Bilanz und mit den Buchhaltungsbelegen in Übereinstimmung zu bringen. Nichts anderes ergibt sich aus den in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angegebenen Summen der Lohn- und Privatbezüge im Jahr 2001 in der Höhe von Fr. 76'385.15, im Jahr 2002 von Fr. 124'413.55 und im Jahr 2003 von Fr. 53'572.30. Gemäss Schreiben der AHV-Ausgleichskasse des Kantons Bern vom 4. Oktober 2004 enthält überdies das individuelle Konto ab 2002 keine Einträge mehr, da die Arbeitgeberin lediglich für das Jahr 2001 AHV/ALV-Beiträge in der Höhe von Fr. 36'000.- abgerechnet hat. Mit Verwaltung und Vorinstanz ist

demnach festzustellen, dass ebenso wenig die zusätzlich eingereichten Unterlagen wie die Buchhaltungsbelege mit dem eigenhändigen Vermerk "Lohn", die Buchhaltungsabschlüsse der Jahre 2001 bis 2003 und die vorhandenen Steuerunterlagen, regelmässige Lohnbezüge in Form von monatlichen Salärüberweisungen zu dokumentieren vermögen.

2.4 Obwohl die Akten demnach nicht geeignet sind, betragsmässig einwandfrei bestimmbare Lohnzahlungen zu belegen, bedeutet dies jedoch nicht, dass ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen wäre. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlungen kommt nach der Rechtsprechung (BGE 131 V 453 Erw. 3.3 letzter Absatz) nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der erwähnten Leistung zu, sondern derjenige eines bedeutsamen, in kritischen Fällen ausschlaggebenden Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung (Urteil N. vom 25. April 2006, C 284/05, Erw. 2.5.). Der fehlende Nachweis des exakten Lohnes führt - nach dem in Erw. 2.2 hievorigen Gesagten feststeht, dass der Beschwerdeführer eine solche Beschäftigung während mehr als zwölf Monaten ausgeübt hat - daher nicht zur Verneinung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung, sondern wird erst bei der Festsetzung des massgebenden versicherten Verdienstes zu berücksichtigen sein, wobei sich die mangelnde Bestimmbarkeit der exakten Lohnhöhe zu Ungunsten des Versicherten auswirken wird (Urteil N. vom 25. April 2006, C 284/05, Erw. 2.5.). Eventuell liegen zwischenzeitlich weitere steuerrechtliche Unterlagen vor (vgl. Schreiben der Steuerverwaltung vom 10. Februar 2005), welche - zumindest indizienhalber (BGE 131 V 447 Erw. 1.2 mit Hinweisen, Urteil M. vom 7. April 2006, C 173/05, Erw. 1) - zur Bestimmung des effektiven Einkommens herangezogen werden können. Die Sache ist daher an die Verwaltung zurückzuweisen, damit sie, nach allfälliger Aktenergänzung, erneut über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung verfüge.

3.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend steht dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine aufwandgemässe Parteientschädigung zu (Art. 159 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 135 OG). Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung im letztinstanzlichen Verfahren ist damit gegenstandslos.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, vom 25. August 2005 und der Einspracheentscheid des beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse vom 3. November 2004 aufgehoben, und es wird die Sache ans beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse zurückgewiesen, damit es über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung neu verfüge.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Beschwerdegegner hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, dem Staatssekretariat für Wirtschaft und dem beco Berner

Wirtschaft, Abteilung Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst, zugestellt.

Luzern, 13. Juni 2006

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der II. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: