

Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hat das Bundesgericht am 22. März 2016 teilweise gutgeheissen (8C_907/2015).

200 15 617 ALV
SCJ/TOZ/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 2. November 2015

Verwaltungsrichter Scheidegger, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Grütter, Verwaltungsrichter Knapp
Gerichtsschreiberin Tomic

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Arbeitslosenkasse Unia
Kompetenzzentrum D-CH West, Monbijoustrasse 61, Postfach 1174,
3000 Bern 23
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 4. Juni 2015



Sachverhalt:

A.

Die 1953 geborene A. _____ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) stellte am 4. September 2014 erneut Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab Anmeldedatum (Antwortbeilagen der Arbeitslosenkasse Unia [AB] 187 bis 190). Hierauf eröffnete die Arbeitslosenkasse Unia (Unia bzw. Beschwerdegegnerin) mit Schreiben vom 17. Januar 2015 (AB 119 f.) eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 3. Dezember 2014 bis 28. Februar 2017 und setzte den versicherten Verdienst auf Fr. 1'170.-- fest. Mit Verfügung vom 17. März 2015 (AB 93 bis 95) bestätigte sie die Höhe des versicherten Verdienstes und erwog insbesondere, dass sich der versicherte Verdienst angesichts der Lohnverhältnisse nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug bemesse. Der versicherte Verdienst werde dabei einzig aus den Tätigkeiten bei C. _____, ..., sowie D. _____ ermittelt; die beim Verein E. _____ erzielten Einkommen und die entsprechenden Beitragszeiten seien hierbei ausser Acht zu lassen, da es sich um eine selbstständige Erwerbstätigkeit handle. Daran hielt sie auf Einsprache hin (AB 63 bis 66) mit Entscheid vom 4. Juni 2015 (AB 46 bis 50) fest und führte zur Begründung ergänzend aus, die Einkommen aus den Tätigkeiten für die Veranstalter F. _____ und G. _____ seien bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen, da der Versicherten aufgrund ihrer Position im Verein E. _____ eine arbeitgeberähnliche Stellung zukomme. Des Weiteren liege keine krankheitsbedingte Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit vor.

B.

Hiergegen liess die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, am 2. Juli 2015 Beschwerde erheben und die Aufhebung des ergangenen Verwaltungsaktes beantragen. Die Beschwerdegegnerin sei zu verurteilen, der Beschwerdeführerin ab dem 3. Dezember 2014 Arbeitslosentaggelder

basierend auf einem monatlichen versicherten Verdienst von Fr. 2'615.80 auszurichten.

Mit Beschwerdeantwort vom 13. August 2015 schloss die Beschwerdegegnerin auf 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. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie 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 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 einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 4. Juni 2015 (AB 46 bis 50), mit welchem - in Bestätigung der Verfügung vom 17. März 2015 - der versicherte Verdienst der Beschwerdeführerin in der ab dem 3. De-

zember 2014 laufenden neuen Rahmenfrist auf Fr. 1'170.-- festgesetzt worden ist.

Streitig und zu prüfen ist einzig die Frage, ob ein innerhalb des massgebenden Bemessungszeitraumes von zwölf Monaten (Art. 37 Abs. 2 AVIV) erzieltetes Einkommen der Beschwerdeführerin aus ihrer Tätigkeit für die beiden Veranstalter F._____ und G._____ von insgesamt Fr. 17'350.-- (AB 57 bis 62) bei der Berechnung des versicherten Verdienstes zusätzlich zu berücksichtigen ist. Nicht mehr bestritten ist hingegen, dass die Beschwerdegegnerin keine krankheitsbedingte Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit anerkannt hat (vgl. Beschwerde, S. 3 Ziff. 4).

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 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 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).

2.3 Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 AVIG; BGE 129 V 105 E. 1 S. 106).

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.

2.4 Nach Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a bis d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG jene Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.

2.4.1 Nach der Rechtsprechung muss bei Arbeitnehmern, bei denen sich aufgrund ihrer Mitwirkung im Betrieb die Frage stellt, ob sie einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, jeweils geprüft werden, welche Entscheidungsbefugnisse ihnen aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukommen. Es ist nicht zulässig, Angestellte in leitenden Funktionen allein deswegen generell vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auszuschliessen, weil sie für einen Betrieb zeichnungsberechtigt und im Handelsregister einge-

tragen sind (BGE 123 V 234 E. 7a S. 237, 122 V 270 E. 3 S. 272; SVR 2010 ALV Nr. 9 S. 25 E. 2).

2.4.2 Gemäss Rechtsprechung ist Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG in bestimmten Fallkonstellationen analog auf arbeitgeberähnliche Personen sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten anwendbar, welche Arbeitslosenentschädigung beanspruchen (BGE 133 V 133 E. 2.4.2 S. 135). Denn Kurzarbeit kann nicht allein in einer Reduktion der täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass ein Betrieb (bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis) für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird (100%ige Kurzarbeit). In einem solchen Fall ist ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt. Wird das Arbeitsverhältnis jedoch gekündigt, liegt Ganzarbeitslosigkeit vor, und es besteht unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Dabei kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbesteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliert, deretwegen er bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine grundsätzlich andere Situation liegt jedoch dann vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann (BGE 123 V 234 E. 7b bb S. 238).

Diese Rechtsprechung will nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten inhärent ist (ARV 2011 S. 242 E. 5.1; SVR 2007 ALV Nr. 21 S. 69 E. 3.1).

3.

3.1 Der Verein E._____ wurde am xx.xx 2012 mit Sitz in ... gegründet mit dem Zweck, sich für alle Fragen zur ... einzusetzen, dies betrifft alle Belange des ..., der ... wie auch der ... (Art. 2 der Vereinsstatuten; Beschwerdebeilagen [BB] 3). Die Beschwerdeführerin, von Beruf gelernte ... und angelernte ..., gehört dem Vorstand an (AB 156). Gemäss eigenen Angaben habe sie den Verein E._____ unter anderem deshalb gegründet, damit sie bei verschiedenen Produktionen mitarbeiten könne, bei welchen die Auftraggeber die Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlen würden bzw. damit diese Beiträge über den Verein E._____ abgerechnet werden könnten (AB 156 und 161).

Aus den Akten geht hervor, dass der Verein E._____ den Veranstaltern F._____ sowie G._____ die im massgebenden Bemessungszeitraum (zwölf Monate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug; vgl. E. 2.3 hiervor) erzielten Honorare der Beschwerdeführerin in Rechnung gestellt hat (AB 57 ff.). Die Beschwerdeführerin hat ihrerseits dem Verein E._____ Rechnung für die von ihr erbrachten Leistungen im Zusammenhang mit den Tätigkeiten für die beiden Veranstalter gestellt und die jeweiligen Honorare - unter Abzug der Arbeitnehmerbeiträge - ausbezahlt erhalten (vgl. bspw. AB 228, 255). Der Verein E._____ hat diese Löhne sodann als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit mit der Ausgleichskasse des Kantons Bern abgerechnet und die entsprechenden paritätischen Beiträge bezahlt (AB 162 f.).

Unter diesen Umständen hat der Verein E._____ als Arbeitgeber der Beschwerdeführerin zu gelten, bringt doch dieser von dem von ihm ausgerichteten Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug, rechnet mit der Ausgleichskasse ab und entrichtet dieser die Beiträge zusammen mit dem Arbeitgeberbeiträgen (vgl. Art. 14 Abs. 1 und Art. 51 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 [AHVG; SR 831.10]). Damit würden die an die Beschwerdeführerin ausbezahlten Honorare grundsätzlich zum versicherten Verdienst gehören (vgl. E. 2.2 f. hiervor), zumal es sich bei den Tätigkeiten der Beschwerdeführerin für die beiden Veranstalter F._____ sowie G._____ offensichtlich um

unselbstständige Erwerbstätigkeiten gehandelt hat (vgl. AB 57 ff. [Tätigkeiten als ... und ...]).

3.2 Die Beschwerdeführerin gehört unbestrittenermassen dem Vorstand des Vereins E._____ an und bekleidet - nach ihren eigenen Angaben - eine arbeitgeberähnliche Stellung, indem sie als Beraterin in ... tätig ist und zudem Aufträge in Sachen ... akquiriert (vgl. AB 156 und 160). Es ist in diesem Zusammenhang unerheblich, dass sie mit zwei anderen Personen im Vorstand ist (vgl. Beschwerde, S. 4 Ziff. 2.2), geht doch aus ihren Angaben im Schreiben an das beco Berner Wirtschaft (beco) vom 17. März 2013 (vgl. AB 160) deutlich hervor, dass sie allein massgeblichen Einfluss auf die Geschäfte des Vereins ausüben kann und auch ausübt.

Nach der in E. 2.4 hiavor dargelegten Rechtsprechung haben Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung; damit wurde faktisch eine achte allgemeine Anspruchsvoraussetzung eingeführt (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl. 2007, S. 2263 N. 275). Dementsprechend wird von der Arbeitslosenversicherung ein Verdienstaufschlag nicht entschädigt, welcher aus dem Wegfall einer Tätigkeit in einer Firma resultiert, in welcher die versicherte Person eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b bb S. 239). Mithin sind die beim Verein E._____ im massgebenden Bemessungszeitraum (zwölf Monate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug; vgl. E. 2.3 hiavor) erzielten Einkommen - für die beiden Veranstalter F._____ sowie G._____ - in Höhe von Fr. 17'350.-- (AB 57 bis 62) nicht zum versicherten Verdienst hinzuzuzählen.

Die Beschwerdeführerin vermag aus dem Umstand, dass sie während einer früheren Rahmenfrist mit Verfügung des beco vom 25. März 2013 (AB 154 bis 157) als vermittlungsfähig betrachtet wurde, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Bei der Vermittlungsfähigkeit handelt es sich lediglich um

eine von mehreren kumulativen Anspruchsvoraussetzungen die besagt, dass die arbeitslose Person bereit, berechtigt und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (vgl. Art. 15 Abs. 1 AVIG). Versicherte, welche sich nicht ausschliesslich der Gründung und dem Aufbau des eigenen Unternehmens widmen, sind allenfalls vermittlungsfähig (ARV 1990 Nr. 3 S. 25 [Umkehrschluss]). Umgekehrt verschafft eine bestehende Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person aber keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, so lange sie die arbeitgeberähnliche Stellung nicht endgültig aufgegeben hat (vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute: Bundesgericht] vom 5. Januar 2005, C 172/04, E. 2.1).

3.3 Nach dem Dargelegten hat die Beschwerdegegnerin zu Recht die Einkommen, welche die Beschwerdeführerin vom Verein E. _____ ausbezahlt erhalten hat, bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes ausgeklammert. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 4. Juni 2015 (AB 46 bis 50) ist demnach nicht zu beanstanden und die Beschwerde ist abzuweisen.

4.

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

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

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. der Beschwerdeführerin
 - Arbeitslosenkasse Unia
 - 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 öf-

fentlich-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.