

200 17 34 ALV
ACT/GUA/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 28. März 2017

Verwaltungsrichter Ackermann, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Schwegler, Verwaltungsrichter Schütz
Gerichtsschreiberin Gurtner

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

beco Berner Wirtschaft
Arbeitslosenkasse Kanton Bern, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 9. Dezember 2016



Sachverhalt:

A.

Der 1965 geborene Versicherungsberater A._____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) meldete sich am 10. Juni 2016 zur Arbeitsvermittlung an (Antwortbeilagen des beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse Kanton Bern [beco bzw. Beschwerdegegner; AB] 137 f.) und stellte am 15. Juni 2016 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Juli 2016 (AB 185 - 188). Mit Verfügung vom 9. November 2016 (AB 67 - 69) legte das beco den versicherten Verdienst ab 1. Juli 2016 auf Fr. 8'250.-- fest. Hierbei berücksichtigte es den Lohn, den der Versicherte aus dem Arbeitsverhältnis mit der C._____, im Berechnungszeitraum vom 1. April 2015 bis zum 31. März 2016 erzielte. Die Einkünfte aus den Tätigkeiten für die D._____AG, die E._____AG und die F._____ wurden als Nebenverdienst qualifiziert und bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht berücksichtigt (AB 67). Die dagegen erhobene Einsprache (AB 63) wies das beco mit Einspracheentscheid vom 9. Dezember 2016 (AB 48 - 51) ab.

B.

Hiergegen erhebt der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 11. Januar 2017 Beschwerde. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Festlegung des versicherten Verdienstes auf Fr. 9'333.-- monatlich. Ihm sei fortan und rückwirkend ein Taggeld auf dieser Basis ausbezahlt. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur erneuten Festlegung des versicherten Verdienstes zurückzuweisen.

Mit Beschwerdeantwort vom 31. Januar 2017 beantragt der Beschwerdegegner 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 AVIG 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 einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 9. Dezember 2016 (AB 48 - 51). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Im Rahmen dieses Streitgegenstandes ist allein zu prüfen, wie sich der versicherte Verdienst berechnet; daher hat sich die richterliche Beurteilung praxisgemäss auf diesen einzig gerügten Punkt zu beschränken, wogegen kein Anlass besteht, die übrigen unbestrittenen Anspruchsvoraussetzungen in die Prüfung mit einzubeziehen (BGE 110 V 48 E. 4a S. 53).

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 Das Taggeld beträgt entsprechend den jeweiligen Voraussetzungen entweder 80 % oder 70 % des versicherten Verdienstes (Art. 22 Abs. 1 und 2 AVIG). 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 Satz 1 AVIG). Nicht versichert ist ein Nebenverdienst. Als solcher gilt jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb der normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens seiner selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt (Art. 23 Abs. 3 AVIG).

3.

3.1 Aufgrund der Akten steht fest und ist denn auch unbestritten, dass der Beschwerdeführer vor der Arbeitslosigkeit als ... in einem Pensum von 100 % bei der C._____ angestellt war und gearbeitet hat (Art. 5 lit. a des Arbeitsvertrages vom 17. Februar 2015 mit der C._____; AB 161). Die vertragliche Normalarbeitszeit betrug 41 ¼ Stunden pro Woche (Arbeitgeberbescheinigung vom 22. Juni 2016; AB 196). Weiter vermittelte der

Beschwerdeführer auch Versicherungsprodukte, insbesondere Krankenpflegeversicherungen, der D._____AG, der E._____AG und der F._____ (AB 99, 106 – 114, 117 – 129). Hierzu war er gemäss Art. 6 lit. c des Arbeitsvertrages mit der C._____ befugt, soweit die C._____ diese Versicherungsprodukte nicht selber anbietet (AB 162). Der Beschwerdeführer resp. die von ihm damals beherrschte G._____GmbH (vgl. AB 157) schloss mit den entsprechenden Versicherungsgesellschaften Vermittlungsverträge ab, wobei die Abrede mit der F._____ nie schriftlich festgehalten wurde (AB 99, 106 - 114 und 117 - 129). Dadurch war es dem Beschwerdeführer, wie er in seiner Einsprache vom 17. November 2016 nachvollziehbar und einleuchtend ausführt, möglich, seine Kunden „aus einer Hand“ zu beraten (AB 63). Er konnte die Versicherungsverträge der anderen Versicherungsgesellschaften also anlässlich der Kundengespräche vermitteln, welche er auch als Arbeitnehmer im Interesse der C._____ führte, und vereinbarte dafür nicht separate Termine.

3.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, dass er durch die Abschlüsse der nicht für die C._____ vermittelten Versicherungsverträge weitere Einkünfte von gesamthaft rund Fr. 13'000.-- und somit monatlich Fr. 1'083.-- generiert habe (Beschwerde, S. 4 Ziff. 3). Die Vermittlung sei während der normalen Arbeitszeit von 41 ¼ Stunden pro Woche und nicht am Abend oder an Wochenenden erfolgt, folglich seien diese Einkünfte nicht als Nebenverdienste im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG zu qualifizieren. (Beschwerde, S. 5 Ziff. 5).

3.2.1 Dieser Argumentation kann schon allein mangels Beweisbarkeit nicht gefolgt werden. Die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe die zusätzlichen Einkünfte für die anderen Versicherungen während der normalen Arbeitszeit erzielt (Beschwerde, S. 5 Ziff. 5), konnte bis heute nicht bewiesen werden und lässt sich rein tatsächlich im jetzigen Zeitpunkt auch gar nicht erstellen, denn aus rechtlicher Sicht war er bei der C._____ ja bereits in einem Vollzeitpensum tätig gewesen, so dass jede zusätzliche Tätigkeit einen Nebenerwerb darstellt. Selbst wenn der Beschwerdeführer beweisen könnte, dass er nicht mehr als die mit der C._____ vereinbarte Arbeitszeit geleistet hätte, würde dies an der vorliegenden Beurteilung nichts ändern.

3.2.2 Nach der Rechtsprechung bietet die Arbeitslosenversicherung nur für eine normale übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz und richtet daher keine Entschädigungen für Erwerbseinbussen aus, die aus dem Ausfall einer Überbeschäftigung stammen (BGE 129 V 105 E. 32 S.108 zur Überstunden- bzw. Überzeitarbeit). Als versicherter Verdienst gilt demnach nur, was in einer im üblichen Rahmen ausgeübten Arbeitnehmertätigkeit verdient wurde. Aus Art. 5 lit. a des Arbeitsvertrages mit der C._____ (AB 161) geht hervor, dass der Beschwerdeführer für die C._____ in einem 100 % Pensum tätig war, das 41 ¼ Arbeitsstunden pro Woche umfasste (Arbeitgeberbescheinigung; AB 196), und bereits mit dieser Tätigkeit eine normale übliche Arbeitnehmertätigkeit ausübte und in diesem Rahmen bei der Arbeitslosenversicherung für ein Vollzeitpensum versichert war. Der Beschwerdeführer vermittelte zudem für weitere Arbeitgeberinnen Versicherungsverträge (E. 3.1 hiervor). Gemäss Art. 6 lit. c des Arbeitsvertrages (AB 162) war der Beschwerdeführer hierzu berechtigt, solange die von ihm vermittelten Versicherungsverträge anderer Anbieter von der C._____ selbst nicht angeboten wurden. Aus arbeitsvertraglicher Sicht war der Beschwerdeführer jedoch an die C._____ gebunden und hatte seine Arbeitskraft mindestens im Rahmen der vertraglichen Arbeitszeit dieser zur Verfügung zu stellen. Wenn der Beschwerdeführer (auf der Basis weiterer Vereinbarungen) darüber hinaus weiteren Tätigkeiten nachging, selbst wenn dies anlässlich von Beratungsgesprächen erfolgte, die er für die Vermittlung von Versicherungsprodukten der C._____ vereinbart hatte, so bildete dies weder Bestandteil des Arbeitsverhältnisses mit der C._____ noch wurden die von ihm vermittelten weiteren Versicherungsverträge mit der C._____ abgeschlossen (AB 108 Ziff. 4.1 [D._____]; AB 118 ff. [E._____]). Vielmehr hatte er als an verschiedene Versicherungsgesellschaften gebundener Versicherungsvermittler seinen Kunden offenzulegen, von welcher Versicherung die von ihm angebotenen Versicherungsdeckungen stammen (Art. 45 Abs. 1 lit. b und c des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [VAG; SR 961.01]). Insoweit durfte der Beschwerdeführer hinsichtlich der anderen Versicherungsangebote denn auch gar nicht für die C._____ tätig werden. Dass eine solche Nebenbeschäftigung im Arbeitsvertrag erwähnt wird, ändert daran nichts. Die entsprechende Bestimmung stellt denn auch allein eine Ausnahmebestimmung zur

arbeitsrechtlichen Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 3 OR sowie Art. 6 lit. a und b des Arbeitsvertrages (AB 162) dar. Mit ihr wird festgelegt, dass und mit wem der Arbeitnehmer neben seiner Tätigkeit für die C. _____ tätig werden durfte. Somit erfolgten die Vermittlungen zwar mit der Zustimmung der C. _____, allenfalls anlässlich der Kundengespräche, welche der Beschwerdeführer im Auftrag der C. _____ führte, nicht aber im Rahmen dieser Tätigkeit. Sie stellen damit eine eigentliche Nebentätigkeit dar. Selbst wenn bewiesen werden könnte, dass diese Vermittlungen für die anderen Versicherungsgesellschaften während der normalen Arbeitszeit erfolgten, würde dieser Umstand nichts daran ändern, dass es sich um eine Nebenbeschäftigung zu einer Vollzeitbeschäftigung handelte. Dies unabhängig davon, ob derartige Nebenbeschäftigungen in der Versicherungsbranche üblich sind oder nicht, denn auch Branchenüblichkeit macht eine Neben- nicht zu einer Hauptbeschäftigung. So wurden denn auch die Vermittlungsprovisionen sowie die darauf zu entrichtenden Versicherungsbeiträge an die Arbeitslosenversicherung für dieses zusätzlich verdiente Entgelt nicht von der C. _____, sondern von den beiden anderen Arbeitgeberinnen bezahlt. Folgerichtig werden die entsprechenden (aktuell erzielten) Einkünfte denn auch nicht als Zwischenverdienste angerechnet (AB 26 f. und 3; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2377 Rz. 368). In diesem Zusammenhang ist für die vorliegend streitigen Belange auch nicht weiter zu prüfen, ob der Beschwerdeführer bei der G. _____ GmbH und der D. _____ AG bzw. D. _____ AG noch in einem Arbeitsverhältnis steht oder auch diese Arbeitsverhältnisse aufgelöst wurden.

3.2.3 Der Einwand des Beschwerdeführers, wonach sich der versicherte Verdienst gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG nicht nur gestützt auf ein Arbeitsverhältnis, sondern aufgrund mehrerer Arbeitsverhältnisse bestimmt (Beschwerde, S. 5 f., Ziff. 5), vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Denn Art. 23 Abs. 3 AVIG ist *lex specialis* zur generellen Norm des Art. 23 Abs. 1 AVIG und regelt den Sonderfall der Bestimmung des nicht versicherten Nebenverdienstes, welcher sich nach der normalen üblichen Arbeitnehmertätigkeit richtet, die hier - wie dargelegt - allein die Tätigkeit für die C. _____ beschlägt.

3.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Einkünfte aus der Vermittlung von Versicherungsverträgen für die D._____AG, die E._____AG und die F._____ als Nebenverdienste gemäss Art. 23 Abs. 3 AVIG zu qualifizieren sind. Die Höhe des versicherten Verdienstes ist gestützt auf die Akten (AB 190 – 191 und 67) auch in anderer Hinsicht nicht zu beanstanden.

3.4 Nach dem Dargelegten ist der Einspracheentscheid vom 9. Dezember 2016 (AB 48 - 51) nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene 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. des Beschwerdeführers
- beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse
- beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
- Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Der Kammerpräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

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