

200 17 827 ALV
GRD/GUA/ARJ

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 24. April 2018

Verwaltungsrichter Grütter
Gerichtsschreiberin Gurtner

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 20. Juli 2017



Sachverhalt:

A.

Mit Verfügung vom 9. September 2016 sprach die IV-Stelle Bern (IVB) dem 1956 geborenen A._____ (Versicherten bzw. Beschwerdeführer) für den Zeitraum vom 1. November 2015 bis zum 29. Februar 2016 eine ganze Invalidenrente zu (Antwortbeilagen des beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse des Kantons Bern [AB] 168 – 170). Daraufhin meldete sich der Versicherte am 21. September 2016 bei der Regionalen Arbeitsvermittlung Bern Zentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 3. Oktober 2016 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (AB 260 f. und 263 – 266). Das beco Berner Wirtschaft, Ausgleichskasse des Kantons Bern (beco bzw. Beschwerdegegner), setzte den Beginn der Rahmenfrist auf den 1. Dezember 2016 und den versicherten Verdienst gestützt auf einen Vermittlungsgrad von 100% auf Fr. 8'861.-- fest (AB 201). Mit Verfügung vom 7. Juni 2017 reduzierte das beco den versicherten Verdienst rückwirkend ab Dezember 2016 auf Fr. 6'203.-- gestützt auf einen Vermittlungsgrad von 70%. Gemäss Vorbescheid der IVB vom 21. März 2016 (AB 164 f.), von dem das beco erst am 30. Mai 2017 Kenntnis erlangt habe, sei der Versicherte in seiner Erwerbsfähigkeit im Umfang von 30% eingeschränkt (AB 147). Die dagegen erhobene Einsprache (AB 142) wurde mit Einspracheentscheid vom 20. Juli 2017 (AB 129 – 135) abgewiesen.

B.

Hiergegen liess der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 14. September 2017 Beschwerde erheben und beantragen, der Einspracheentscheid vom 20. Juli 2017 sei aufzuheben. Der Beschwerdegegner sei anzuweisen, die Taggelder während der ab 1. Dezember 2016 geltenden Rahmenfrist auf der Basis eines versicherten Verdienstes von Fr. 8'861.-- auszurichten.

Mit Beschwerdeantwort vom 9. November 2017 beantragte der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde.

Mit Eingabe vom 9. Februar 2018 bestätigte der Beschwerdeführer die gestellten Rechtsbegehren und reichte weitere Unterlagen zu den Akten (Beschwerdebeilagen [BB] 20 - 26).

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 einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 20. Juli 2017 (AB 129 – 135). Streitig und zu prüfen ist die Reduktion des versicherten Verdienstes von Fr. 8'861.-- auf Fr. 6'203.-- ab 1. Dezember 2016 (AB 132) sowie die daraus resultierende Rückforderung von zu viel bezahl-

ten Leistungen in der Höhe von Fr. 7'185.-- für den Zeitraum von Dezember 2016 bis April 2017 (AB 134 und 147).

Soweit der Beschwerdeführer die Ausrichtung der Taggelder ab 1. Dezember 2017 auf der Basis eines versicherten Verdienstes von Fr. 8'861.-- verlangt, ist darauf mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten. Dem Beschwerdeführer wurden die entsprechenden Taggelder für die Kontrollperioden Dezember 2016 bis April 2017 offenkundig bereits ausbezahlt (AB 49 – 53) und die Taggelder der darauffolgenden Kontrollperioden bilden nicht Gegenstand des angefochtenen Einspracheentscheids vom 20. Juli 2017 (AB 129 – 135; vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1 S. 164). Eine Neuberechnung der Taggelder ab der Kontrollperiode Mai 2017, wäre allenfalls durch die Beschwerdegegnerin, wie bereits angekündigt (AB 103), nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu prüfen.

1.3 Umstritten ist die Rückforderung in der Höhe von Fr. 7'185.--. Der Streitwert liegt daher unter Fr. 20'000.--, weshalb die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (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 Die Arbeitslosentschädigung wird als Taggeld ausgerichtet (Art. 21 AVIG). Ein volles Taggeld beträgt 70 oder 80% des versicherten Verdienstes (Art. 22 AVIG).

2.2 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. 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).

2.3 Gemäss Art. 40b AVIV ist bei Versicherten, die unmittelbar vor oder während der Arbeitslosigkeit eine gesundheitsbedingte Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit erleiden, der Verdienst massgebend, welcher der verbleibenden Erwerbsfähigkeit entspricht. Dabei ist nicht die Arbeitsunfähigkeit in einer Verweistätigkeit, sondern die als dauernde Erwerbsunfähigkeit umschriebene Invalidität im Sinne des Art. 8 ATSG massgebend (BGE 140 V 89 E. 5.2 S. 92). In diesen Fällen ist für die Bestimmung des versicherten Verdienstes jener Lohn massgebend, den die versicherte Person vor der gesundheitsbedingten Beeinträchtigung während eines bestimmten Zeitraums tatsächlich erzielt hat, wobei das entsprechende Einkommen mit dem Faktor zu multiplizieren ist, der sich aus der Differenz zwischen 100% und dem Invaliditätsgrad ergibt (BGE 132 V 357 E. 3.2.4.3 S. 361). Dies gilt insbesondere auch in jenen Fällen, in denen die versicherte Person einen Invaliditätsgrad von weniger als 40 % aufweist und demzufolge im Rahmen der Eidgenössischen IV nicht rentenberechtigt ist. Auch in diesen Fällen ist die verbleibende Erwerbsfähigkeit reduziert, weshalb es zu verhindern gilt, dass die Arbeitslosenentschädigung gestützt auf einen Verdienst ermittelt wird, den die versicherte Person gar nicht mehr erzielen könnte (BGE 140 V 89 E. 5.1 S. 91, 133 V 524 E. 5.2 f. S. 527). Eine Anpassung des versicherten Verdienstes gemäss Art. 40b AVIV ist jedoch nur vorzunehmen, wenn sich die gesundheitsbedingte Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit (noch) nicht im Lohn niedergeschlagen hat, welcher gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 37 AVIV Bemess-

sungsgrundlage für den versicherten Verdienst bildet (BGE 135 V 185 E. 7.2 S. 191).

2.4 Der Invaliditätsbemessung der IV ist gegenüber andern Sozialversicherern der Vorrang einzuräumen, weshalb der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit im Sinne von Art. 40b AVIV der durch die IV ermittelte Invaliditätsgrad zugrunde zu legen ist (BGE 142 V 380 E. 3.3.2 S. 383; SVR 2014 ALV Nr. 13 S. 41 E. 5.2). Art. 40b AVIV gelangt jedoch nicht zur Anwendung, wenn die Erwerbsunfähigkeit unter 10% liegt (BGE 140 V 89 E. 5.4.2 S. 96).

3.

3.1 Unbestritten und nicht zu beanstanden ist der vom Beschwerdegegner ursprünglich festgesetzte versicherte Verdienst von Fr. 8'861.-- (Jahreslohn von Fr. 106'335.60 ./12) sowie der Beginn der Rahmenfrist ab 1. Dezember 2016 (AB 201). Zu prüfen ist hingegen die nachträgliche Reduktion des versicherten Verdienstes ab der Kontrollperiode Dezember 2016 auf Fr. 6'203.-- und die daraus resultierende Rückforderung in der Höhe von Fr. 7'185.-- (AB 147) aufgrund einer Einschränkung der Erwerbsfähigkeit von 30% gemäss Vorbescheid der IVB vom 21. März 2016 (AB 164 f.).

3.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, mit Vorbescheid vom 21. März 2016 (AB 164 f.) sei der Invaliditätsgrad letztmals per 23. Februar 2016 beurteilt worden. Die IVB habe in ihrer Stellungnahme vom 21. Juni 2017 (AB 151) darauf hingewiesen, dass bereits damals festgehalten worden sei, der Gesundheitszustand könne sich weiter verbessern. Die am 9. September 2016 erlassene IV-Verfügung (AB 168 – 170) äussere sich nicht zum Invaliditätsgrad ab dem 1. März 2016. Zu Beginn der Arbeitslosigkeit per 1. Dezember 2016 seien über zehn Monate seit der letztmaligen Überprüfung des Invaliditätsgrades vergangen, während dieser Zeit habe sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers bis zur vollen Erwerbsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit verbessert. Dies werde durch das ärztliche Attest vom 29. November 2016 (BB 6) und die

Stellungnahme der IVB vom 21. Juni 2017 (AB 151) belegt (Beschwerde, S. 9 Ziff. 43).

3.2.1 Der versicherte Verdienst ist anzupassen, wenn die versicherte Person unmittelbar vor oder während der Arbeitslosigkeit eine gesundheitsbedingte Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit erleidet. Dabei ist der versicherte Verdienst massgebend, welcher der verbleibenden Erwerbsfähigkeit entspricht. Der von der IVB festgelegte Invaliditätsgrad ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch dann zu berücksichtigen, wenn er unter 40% liegt und damit keinen Anspruch auf eine Invalidenrente begründet (vgl. E. 2.3 hiervor). Diese Praxis ist grundsätzlich nicht in Frage zu stellen, kann sich gemäss Bundesgericht in besonderen Konstellationen jedoch als problematisch erweisen. Namentlich, wenn die versicherte Person im IV-Verfahren grundsätzlich kein schutzwürdiges Interesse daran hatte, einen geringeren Invaliditätsgrad oder überhaupt eine fehlende Invalidität geltend zu machen und sich die (den versicherten Verdienst berichtende) Verfügung der Arbeitslosenversicherung auf einen Sachverhalt stützt, wie er sich bis zum Zeitpunkt des Erlasses der IV-Verfügung entwickelt hat, jedoch die Zeit nach deren Erlass betrifft. Diesfalls ist im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Verfahren vorfrageweise zu prüfen, ob sich die Erwerbsfähigkeit des Versicherten seit der rentenablehnenden IV-Verfügung verbessert hat (vgl. BGE 133 V 524 E. 6.1 S. 528 f.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23. März 2018, IV/2017/647, E.3.2.1; BVR 2017/12 S. 571 E. 3.5).

3.2.2 Mit Vorbescheid vom 21. März 2016 stellte die IVB gestützt auf den Bericht des Regionalen Ärztlichen Dienstes (RAD) vom 8. März 2016 (BB 20) fest, dem Beschwerdeführer sei die angestammte Tätigkeit ab Februar 2016 wieder in einem vollen Pensum mit einer Leistungsminderung von 30% zumutbar. Entsprechend dieser Einschränkung resultiere ab dem 23. Februar 2016 ein Invaliditätsgrad von 30%. Die Rente werde deshalb per 29. Februar 2016 befristet (AB 165). Mit Verfügung vom 9. September 2016 (AB 168 –170) sprach sie dem Beschwerdeführer sodann vom 1. November 2015 bis 29. Februar 2016 eine ganze Rente zu. Folglich hatte der Beschwerdeführer ab 1. März 2016 kein schutzwürdiges Interesse an der Geltendmachung eines geringeren Invaliditätsgrades. Zudem be-

schlägt die berichtigende Verfügung des Beschwerdegegners vom 7. Juni 2017 (AB 147 f.) bzw. der Einspracheentscheid vom 20. Juli 2017 (AB 129 – 135) die Zeit ab 1. Dezember 2016 und damit einen Sachverhalt, der sich im Zeitraum nach Erlass des Vorbescheids vom 21. März 2016 (AB 164 f.) bzw. der IV-Verfügung vom 9. September 2016 (AB 168 – 170) entwickelt hat. Somit ist im vorliegenden Verfahren nicht unbesehen auf die Beurteilung der IVB abzustellen, sondern die Erwerbsfähigkeit vorfrageweise zu prüfen (vgl. E. 3.2.1 hiervor).

3.3 Aufgrund der Akten steht aus medizinischer Sicht überwiegend wahrscheinlich fest, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers spätestens ab 1. Dezember 2016 erheblich verbessert hat: Gemäss dem ärztlichen Attest vom 29. November 2016 (BB 6) und dem Bericht vom 19. Juni 2017 (AB 146) des behandelnden Arztes Dr. med. C. _____, Facharzt Allgemeine Innere Medizin und Medizinische Onkologie, ist der Beschwerdeführer seit 1. Dezember 2016 vollständig arbeitsfähig. Dieser Zustand ist sodann stabil geblieben. Im Bericht vom 26. Januar 2018 bestätigt Dr. med. C. _____, der stark motivierte Beschwerdeführer habe dank intensiver Physiotherapie und selbstständigem Training die frühere Leistungsfähigkeit wiedererlangt und sei nun auch für körperlich belastende Tätigkeiten voll einsatzfähig (BB 21). Dies widerspricht denn auch nicht den Einschätzungen des RAD-Arztes Dr. med. D. _____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin. Im Bericht vom 8. März 2016 erachtete er bereits damals, eine ganztägige Wiederaufnahme der angestammten Tätigkeit als Verkäufer ohne das Heben von Lasten über 10 kg als zumutbar, wobei die Leistungsfähigkeit um 30% vermindert sei. Die Verminderung der Leistungsfähigkeit begründete er mit der Einschränkung im Heben von Lasten über 10 kg (BB 20 S. 4). Hinsichtlich des weiteren Genesungsverlaufs sind den Akten in medizinischer Hinsicht im Übrigen keine Hinweise zu entnehmen, welche die volle Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ab 1. Dezember 2016 in Frage stellen würden. Vor diesem Hintergrund überzeugt denn auch die Argumentation des Beschwerdegegners nicht – es sei davon auszugehen, dass nach wie vor eine Arbeitsunfähigkeit bestehe, da das Arbeitsverhältnis aufgrund der Erschöpfung des Krankentaggeldes aufgehoben wurde (Beschwerdeantwort, Ziff. 4); zumal er sich dabei allein auf die Aussagen des Arbeitgebers stützt und die medizinischen Tatsachen

unberücksichtigt lässt. Schliesslich geht auch die IVB in der nicht verbindlichen Stellungnahme vom 21. Juni 2017 davon aus, dass eine Verbesserung des Gesundheitszustandes möglich sei (AB 151).

Demnach entspricht der von der IVB ermittelte Invaliditätsgrad von 30% (AB 165) nicht dem hier ab 1. Dezember 2016 relevanten Leistungsvermögen des Beschwerdeführers, vielmehr war er im massgeblichen Zeitpunkt in seiner angestammten Tätigkeit wieder voll arbeitsfähig. Damit steht fest, dass er den im Sinne von Art. 37 AVIV für den versicherten Verdienst massgebenden Lohn, den er ohne Gesundheitsschaden erzielt hat, weiterhin verdienen könnte (vgl. BGE 133 V 524 E. 5.2 S. 527).

3.4 Nach dem Dargelegten ist eine Kürzung des ursprünglich auf Fr. 8'861.-- festgesetzten versicherten Verdienstes (AB 201) bzw. die Rückforderung von zu viel bezahlten Leistungen in der Höhe von Fr. 7'185.-- für den Zeitraum von Dezember 2016 bis April 2017 (AB 147) nicht rechtmässig. Damit ist die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 20. Juli 2017 (AB 129 – 135) aufzuheben.

4.

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

4.2 Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). Praxisgemäss ist dem Gericht bei der Festsetzung der Parteienentschädigung ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen. Im Rahmen seines Ermessens hat das Gericht für die Bestimmung der Höhe des Anwaltshonorars die Wichtigkeit und Schwierigkeit der Streitsache, den Um-

fang der Arbeitsleistung und den Zeitaufwand des Anwalts zu berücksichtigen (BGE 114 V 83 E. 4b S. 87).

Die mit Kostennote vom 28. Februar 2018 von Rechtsanwalt B. _____ geltend gemachte Parteientschädigung im Umfang von Fr. 5'354.90 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer), basierend auf einem zeitlich geltend gemachten Aufwand von über 18 Stunden, erweist sich mit Blick auf die weit-schweifig formulierte Beschwerde sowie die Bedeutung und die Schwierig-keit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens als zu hoch. In Anbetracht der in vergleichbaren Fällen gesprochenen Entschädigungen ist die Partei-entschädigung ermessensweise auf Fr. 3'800.-- pauschal (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Soweit darauf einzutreten ist, wird in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Einspracheentscheid des beco Berner Wirtschaft vom 20. Juli 2017 aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 3'800.-- (inkl. Auslagen und MWSt.), zu er-setzen.
4. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwalt B. _____ z.H. des Beschwerdeführers
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse Kanton Bern
 - beco, Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung Kanton Bern
 - Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Der Einzelrichter:

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.