

200 18 696 ALV
SCJ/BOC/ARJ

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 5. Dezember 2018

Verwaltungsrichter Scheidegger, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Knapp, Verwaltungsrichter Ackermann
Gerichtsschreiberin Bossert

A. _____
vertreten durch Rechtsanwältin und Notarin B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 19. September 2018



Sachverhalt:

A.

Die 1960 geborene A. _____ (nachfolgend: Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) war vom 1. August 2017 bis 30. April 2018 bei der Betriebsgesellschaft C. _____ als ... angestellt (Akten des beco Berner Wirtschaft [nachfolgend: beco bzw. Beschwerdegegner], Arbeitslosenkasse Kanton Bern, Antwortbeilage [AB] 23 - 28, 190). Gemäss Gesellschaftsvertrag der erwähnten Betriebsgesellschaft vom Dezember 2016 waren D. _____, E. _____, F. _____ und G. _____ an der entsprechenden einfachen Gesellschaft beteiligt (AB 105 - 111). G. _____ verliess die Gesellschaft per 31. Dezember 2017 (AB 8) und E. _____ verstarb am XX.XX.2018 (AB 29). Der Betrieb des C. _____ wurde in der Folge am XX.XX.2018 eingestellt (AB 30) und am XX.XX.2018 erfolgte die Konkursöffnung über die ausgeschlagene Verlassenschaft von E. _____ sel. (AB 136 f.). Im entsprechenden Konkursverfahren machte die Versicherte für ausstehende Lohnforderungen am 13. Juli 2018 eine Forderungseingabe (Akten der Versicherten, Beschwerdebeilage [BB] 21). Ein zivilrechtliches Schlichtungsverfahren gegen die verbleibenden Gesellschafter und die Konkursmasse des E. _____ sel. im Zusammenhang mit den offenen Lohnforderungen endete am 3. August 2018 ohne Einigung; der Versicherten wurde die Klagebewilligung erteilt (AB 89, 141 - 153).

Am 9. Juli 2018 hatte die Versicherte zudem einen Antrag auf Insolvenzschiädigung gestellt (AB 189 - 191), den das beco mit Verfügung vom 8. August 2018 abwies (AB 98 - 100). Die dagegen erhobene Einsprache (AB 7 - 16) wies das beco mit Entscheid vom 19. September 2018 ab (AB 2 - 6).

B.

Dagegen erhob die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwältin und Notarin B._____, am 21. September 2018 Beschwerde. Sie beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides seien ihr die Leistungen der Insolvenzenschädigung für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkursöffnung über die Verlassenschaft von E._____ sel. vom XX.XX.2018 von rund Fr. 20'305.15 zuzusprechen. Eventualiter sei die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides zur Bestimmung der Höhe des Anspruchs auf Insolvenzenschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Beschwerdeantwort vom 8. Oktober 2018 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde.

Aufforderungsgemäss reichte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 30. Oktober 2018 die Kostennote ein, wobei sie zusätzlich Ausführungen in der Sache selbst machte. Diese Eingabe wurde dem Beschwerdegegner mit prozessleitender Verfügung vom 6. November 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt.

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 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 19. September 2018 (AB 2 - 6). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Insolvenzenschädigung im Betrag von Fr. 20'305.15.

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 Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Sie führt im Wesentlichen an, sollte der Beschwerdegegner davon ausgehen, es liege kein Insolvenzereignis bzw. kein Konkurs vor, werde das rechtliche Gehör verletzt, da die Arbeitslosenkasse diesbezüglich jede Begründung vermissen lasse (Beschwerde S. 6).

2.2 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Verfahrensbeteiligten beim Erlass von Verfügungen dar, die ihre Rechtsstellung betreffen. Dazu gehört insbesondere das Recht der Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äus-

sern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 143 V 71 E. 4.1 S. 72).

2.3 Die Verfügungen sind zu begründen, wenn sie den Begehren der Parteien nicht voll entsprechen (Art. 49 Abs. 3 ATSG). Die Begründungspflicht ist wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV. Sie soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und den Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn sowohl die betroffene Person als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 136 I 229 E. 5.2 S. 236, 124 V 180 E. 1a S. 181; SVR 2017 KV Nr. 6 S. 30 E. 5).

2.4 Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst wird oder nicht (BGE 127 V 431 E. 3d aa S. 437; SVR 2013 IV Nr. 26 S. 75 E. 4.2).

2.5 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liegt hier keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. der Begründungspflicht vor. Denn der Beschwerdegegner hat im angefochtenen Entscheid

Ausführungen dazu gemacht, weshalb er trotz des Vorliegens eines Konkursereignisses gemäss Art. 193 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) davon ausgeht, dass die Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung einer Insolvenzenschädigung nicht erfüllt sind. Im Übrigen war es der Beschwerdeführerin auch möglich, den Einspracheentscheid vom 19. September 2018 (AB 2 - 6) sachgerecht anzufechten.

3.

3.1 Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen (lit. a) oder der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen (lit. b), oder sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben (lit. c).

Die Insolvenzenschädigung deckt gemäss Art. 52 Abs. 1 AVIG für das gleiche Arbeitsverhältnis Lohnforderungen für höchstens die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen.

3.2 Mit der Ausrichtung der Entschädigung gehen die Lohnansprüche des Versicherten im Ausmasse der bezahlten Entschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse über (Art. 54 Abs. 1 Satz 1 AVIG).

3.3 Gemäss Art. 58 AVIG gilt bei einer Nachlassstundung oder einem richterlichen Konkursaufschub das Kapitel über die Insolvenzenschädigung sinngemäss.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend (Beschwerde S. 4 ff.), vorliegend seien die drei in Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG vorgesehenen Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung einer Insolvenzenschädigung erfüllt. So sei sie Arbeitnehmerin der drei bzw. vier Gesellschafter gewesen. Weiter sei über den Nachlass von E._____ sel. am XX.XX.2018 der Konkurs eröffnet worden. Die Gesellschafter seien je einzeln für den Lohn der Beschwerdeführerin haftbar und damit je einzeln Arbeitgeber der Beschwerdeführerin. Die Gesellschaft C._____ sei nicht rechtsfähig und damit auch nicht betreibungs- oder konkursfähig, da sie nicht im Handelsregister eingetragen sei bzw. gewesen sei. Mit dem Konkurs über den Nachlass von E._____ sel. sei somit im Sinne von Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG „gegen den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet“ worden. Der Beschwerdegegner begründe nirgends nachvollziehbar, weshalb es sich beim vorliegenden Konkurs gemäss Art. 193 SchKG nicht um ein Insolvenzenschädigungsereignis handle. Der Beschwerdegegner gehe offenbar davon aus, dass die Beschwerdeführerin sämtliche Möglichkeiten ausgeschöpft haben müsse, um Anspruch auf Insolvenzenschädigung zu haben. Eine solche pauschale Subsidiarität sei im Gesetz nicht zu finden. Vielmehr sehe Art. 54 AVIG vor, dass die Lohnansprüche der Versicherten im Ausmass der bezahlten Entschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse übergingen. Schliesslich sei auch die dritte Anspruchsvoraussetzung erfüllt: Der Beschwerdeführerin hätten im Zeitpunkt der Konkurseröffnung Lohnforderungen zugestanden.

4.2 Es ist unbestritten, dass das C._____ im ... von einer einfachen Gesellschaft (vgl. Art. 530 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]), im massgeblichen Zeitraum bestehend aus vier respektive drei Gesellschaftern, betrieben worden ist und nicht im Handelsregister eingetragen war. Damit haften die Gesellschafter je einzeln für den ausstehenden Lohn der Beschwerdeführerin primär und persönlich, wobei es sich um eine solidarische Haftung handelt (Art. 544 Abs. 3 OR). Dies wird von der Beschwerdeführerin denn auch ausdrücklich anerkannt (Beschwerde S. 3 und 5).

4.3 Letzten Endes kann offen bleiben, ob mit dem Konkurs über die ausgeschlagene Verlassenschaft des verstorbenen Gesellschafters E._____ gemäss Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung auslösendes Ereignis im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AVIG vorliegt, was vom Beschwerdegegner im Einspracheentscheid vom 19. September 2018 (AB 2 - 6) zumindest in Frage gestellt wird.

4.4 Die Insolvenzenschädigung ist eine Lohnausfallversicherung bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2441 N. 585). Vorliegend wird gemäss § 13 des Gesellschaftsvertrages betreffend die Betriebsgesellschaft C._____ mit dem Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst (AB 110). Die übrigen Gesellschafter haften weiterhin solidarisch und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Art. 544 Abs. 3 OR), wozu auch der ausstehende Lohn der Beschwerdeführerin gehört. Damit muss die Beschwerdeführerin ihre Lohnforderungen vorerst gegenüber den beiden verbliebenen Gesellschaftern F._____ und D._____ geltend machen. Dass diese gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin möglicherweise nicht solvent sind (Beschwerde S. 10 f.; Eingabe der Beschwerdeführerin vom 30. Oktober 2018 S. 2 [im Gerichtsossier]), ändert nichts. Ebenfalls unerheblich ist, dass für die Beschwerdeführerin offenbar keine – oder zumindest nicht die vollständigen – Sozialversicherungsbeiträge bezahlt worden sind (Beschwerde S. 4; Eingabe der Beschwerdeführerin vom 30. Oktober 2018, S. 2 [im Gerichtsossier]; BB 19). Soweit die Konkursöffnung über die ausgeschlagene Verlassenschaft von E._____ sel. überhaupt als Insolvenzenschädigungstatbestand zu werten ist (vgl. E. 4.3 hiervor), wäre allein damit in Bezug auf die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin die Zahlungsunfähigkeit im Sinne des AVIG bzw. das Vorliegen eines Insolvenzenschädigungstatbestandes noch nicht erstellt, da – wie erwähnt – noch zwei solidarisch haftende Gesellschafter belangt werden können. Die Beschwerdeführerin hat zwar gegen F._____ und D._____ ein zivilrechtliches Schlichtungsverfahren eingeleitet und die Klagebewilligung erhalten (AB 89, 141 - 153), Insolvenzenschädigungstatbestände liegen in Bezug auf die beiden verbleibenden Gesellschafter bisher jedoch keine vor.

Richtig ist, dass gemäss Art. 54 Abs. 1 Satz 1 AVIG die Lohnansprüche der versicherten Person im Ausmass der bezahlten Insolvenzenschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse übergehen (vgl. E. 3.2 hiavor). Dies bedeutet aber nicht, dass eine versicherte Person davon absehen kann, ihre Lohnforderungen gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen und stattdessen Insolvenzenschädigung beanspruchen kann (vgl. Beschwerde S. 6). Anders als es die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint, sind hier jedoch zwei insoweit passivlegitimierte Arbeitgeber vorhanden.

4.5 Nach dem Dargelegten besteht vorliegend kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

5.

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

5.2 Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwältin und Notarin B. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse Kanton Bern
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung Kanton Bern
 - 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.