

200 18 806 ALV
LOU/SHE/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 17. September 2019

Verwaltungsrichter Loosli, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Furrer, Verwaltungsrichter Schwegler
Gerichtsschreiber Schnyder

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern
Arbeitslosenkasse, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 18. Oktober 2018



Sachverhalt:

A.

Der 1974 geborene A._____ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) meldete sich am 6. Mai 2013 unter Hinweis auf einen Morbus Crohn sowie Depressionen bei der IV-Stelle Bern (nachfolgend IVB) zum Leistungsbezug an (vgl. Akten der IVB [act. III] 2). Nach Abklärungen beruflicher und medizinischer Art sprach diese dem Versicherten mit Verfügung vom 8. Mai 2017 (act. III 85/2) bei einem Invaliditätsgrad von 68% eine vom 1. November 2013 bis zum 30. November 2016 befristete Dreiviertelsrente zu. Ab dem 1. Dezember 2016 verneinte sie bei einem Invaliditätsgrad von 36% einen Rentenanspruch. Grundlage der Rente bildete laut Verfügung eine seit Mai 2008 bestehende massgebliche Arbeitsunfähigkeit. Die Verfügung wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, mit Urteil vom 15. Januar 2018, IV/2017/532 (act. III 111), im Ergebnis bestätigt. Der Versicherte sei in einer leidensangepassten Tätigkeit ab November 2013 zu 50% arbeitsfähig gewesen. Unter Berücksichtigung einer Leistungseinschränkung von 10% habe er bei einem Invaliditätsgrad von 67% ab November 2013 Anspruch auf eine Dreiviertelsrente (E. 4.3). Per September 2016 bestehe bei einer 100%-igen Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit und unter Berücksichtigung einer Leistungseinschränkung von 10% ein rentenausschliessender Invaliditätsgrad von 25%, weshalb die Rente per Ende November 2016 befristet sei (E. 4.4). Die dagegen erhobene Beschwerde (act. III 113/2) wies das Bundesgericht mit Entscheid vom 9. April 2018, 9C_134/2018 (act. III 120), ab.

Vom 3. November 2016 bis zum 31. Juli 2017 gewährte die IVB berufliche Eingliederungsmassnahmen und richtete damit verbunden Taggelder aus (act. III 65, 75, 76, 78/3, 79, 87, 90, 93). Per 1. August 2017 trat der Versicherte bei der C._____ GmbH eine unbefristete Stelle als ... mit einem Pensum von 50% an (act. III 99). Der monatliche Bruttolohn beträgt Fr. 2'350.-- zuzüglich einer Provision von 15% auf Lizenzeinnahmen (vgl. auch Akten des beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse des Kantons Bern [seit 1. Mai 2019 Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Ar-

beitslosenkasse {nachfolgend AVA oder Beschwerdegegner; act. II} 175 f.). Dem Arbeitgeber wurden von der Invalidenversicherung für die ersten drei Monate Einarbeitungszuschüsse von monatlich Fr. 1'175.-- gewährt (act. III 102, 104 sowie act. II 175 f.). Mit Verfügung vom 11. Mai 2018 (act. III 127) hielt die IVB weitere berufliche Massnahmen nicht für angezeigt und schloss die beruflichen Massnahmen ab. Die Verfügung blieb unangefochten.

B.

Am 19. Februar 2018 (act. III 114) meldete sich der Versicherte erneut bei der IVB zum Leistungsbezug an. Diese nahm die Neuanmeldung an die Hand (vgl. act. III 117, 128). Am 15. Mai 2018 (act. II 132-135) meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Biel zur Arbeitsvermittlung ab dem 15. Mai 2018 an und stellte am 18. Mai 2018 (act. II 187-190) bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Bern den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 15. Mai 2018. Mit unangefochten gebliebener Verfügung vom 31. August 2018 (act. II 52-56) stellte das AVA die volle Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab dem 15. Mai 2018 fest, mit Ausnahme der Zeit zwischen dem 27. Juni und dem 11. Juli 2018, während der er nicht vermittlungsfähig gewesen sei, und bejahte im Grundsatz den Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung im Sinne der Vorleistungspflicht unter Vorbehalt der erfüllten übrigen Leistungsvoraussetzungen. Die Verfügung blieb unangefochten. Mit Verfügung vom 17. September 2018 (act. II 28-31) bestimmte das AVA den massgebenden monatlich versicherten Verdienst auf Fr. 4'734.--. Die dagegen erhobene Einsprache (act. II 21-25) wies das AVA mit Einspracheentscheid vom 18. Oktober 2018 (act. II 10-15) ab.

C.

Mit Eingabe vom 31. Oktober 2018 erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, hiergegen Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Bern vom 18. Oktober 2018 sei aufzuheben.
2. Die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern sei gerichtlich anzuweisen, den versicherten Verdienst des Beschwerdeführers im Umfang des gesetzlichen Höchstbetrages von Fr. 148'200.-- pro Jahr bzw. Fr. 12'350.-- pro Monat festzulegen.
3. Eventualiter: Die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern sei gerichtlich anzuweisen, den versicherten Verdienst des Beschwerdeführers im Umfang von Fr. 107'186.-- pro Jahr bzw. Fr. 8'932.-- pro Monat, festzulegen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -

Der Beschwerdegegner schloss mit Beschwerdeantwort vom 30. November 2018 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. 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 Ver-

waltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Anfechtungsgegenstand bildet der Einspracheentscheid vom 18. Oktober 2018 (act. II 10-15). Streitig und zu prüfen ist der versicherte Verdienst.

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 Arbeitslosenentschädigung wird als Taggeld ausgerichtet (Art. 21 Satz 1 AVIG). Ein volles Taggeld beträgt 70% oder 80% des versicherten Verdienstes (Art. 22 AVIG).

2.2 Als versicherter Verdienst gilt der massgebende Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) i.V.m. Art. 7 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101), der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Darin eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 AVIG; BGE 144 V 195 E. 4.1 S. 198).

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.

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

3.

3.1 Mit unangefochten in Rechtskraft erwachsener Verfügung vom 31. August 2018 (act. II 52-56) stellte der Beschwerdegegner verbindlich die uneingeschränkte Vermittlungsfähigkeit bzw. e contrario die fehlende offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit (ausser vorübergehend während 14 Tagen vom 27. Juni bis zum 11. Juli 2018, was vorliegend nicht relevant ist), fest. Das Neuanmeldungsverfahren bei der Invalidenversicherung ist nach Eingang zuletzt eines Berichts der Klinik D. _____ vom 27. Juli 2018

(act. III 133/2) im Zeitpunkt des Einspracheentscheids der Arbeitslosenversicherung vom 18. Oktober 2018 (act. II 10-15) weiterhin hängig (vgl. act. III 137, 139). Damit besteht aufgrund der Vermutungsregel der grundsätzlich gegebenen Vermittlungsfähigkeit von Behinderten und der hier weiter laufenden Abklärung des Rentenanspruchs infolge der Neuanschuldung des Beschwerdeführers bei der Invalidenversicherung vom Februar 2018 (act. III 114) nach Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG eine Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung, was unbestritten ist. Während dieses Schwebezustandes hat der Beschwerdeführer bis zum Feststehen des Ausmasses der Erwerbsunfähigkeit und zum Erlass der entsprechenden Verfügung durch die Invalidenversicherung Anspruch auf eine ungekürzte Arbeitslosenentschädigung (vgl. BGE 142 V 380 E. 3.2 S. 382, E. 5.1 S. 385 f., E. 5.5 S. 388, ARV 2019 S. 184 f. E. 2).

3.2 Vorliegend steht fest, dass mit der Zusprache der bis Ende November 2016 befristeten Dreiviertelrente ein Invaliditätsgrad von 67% bei einer Arbeitsunfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit von 50% und einer zusätzlichen Leistungseinschränkung von 10% bestand (VGE IV/2017/532, E. 4.3 [act. III 111]). Ab September 2016 lag eine 100%-ige Arbeitsfähigkeit bei einer Leistungseinschränkung von 10% in einer angepassten Tätigkeit mit einem Invaliditätsgrad von 25% (VGE IV/2017/532, E. 4.4 [act. III 111]) vor, welche es dem Beschwerdeführer ermöglichte, im Rahmen zunächst eines Arbeitsversuchs ab 2017 die 50%-Teilzeitstelle bei der C._____ GmbH anzutreten und ab 1. August 2017 definitiv und unbefristet weiter zu besetzen (vgl. u.a. act. III 93/2, 99/2). Zwar erfolgte im Februar 2018 eine Neuanschuldung bei der Invalidenversicherung, jedoch verfügte die IVB dessen ungeachtet am 11. Mai 2018 (act. III 127) unter Beizug eines Berichts des Regionalen Ärztlichen Dienstes vom 15. März 2018 (act. III 116), dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch mehr auf berufliche Massnahmen habe, da ein unverändertes Zumutbarkeitsprofil bestehe, er weiterhin zu 100% arbeitsfähig sei in angepasster Stelle und er die Stelle bei der C._____ GmbH nur deshalb bloss zu 50% besetze, weil er sich subjektiv nicht in der Lage fühle, das Pensum zu steigern. Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

3.3 Gestützt auf das in E. 3.2 hiavor Dargelegte steht verbindlich fest, dass der Beschwerdeführer ab September 2016 in angepasster Tätigkeit voll arbeitsfähig war bei einer Leistungseinschränkung von 10% und einem rentenausschliessenden Erwerbsausfall von weiterhin 25%. Davon ist bei der Bemessung des versicherten Verdienstes auszugehen, wobei grundsätzlich auf den Lohn abzustellen ist, den der Beschwerdeführer vor der Eröffnung der Rahmenfrist für den Leistungsbezug am 15. Mai 2018 tatsächlich erzielt hat (Art. 23 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 37 AVIV) und entgegen seiner Ansicht (vgl. Beschwerde S. 7 f.) nicht auf den Lohn, den er als Gesunder 2008 erzielt hatte. Für eine Anpassung des versicherten Verdienstes gestützt auf Art. 40b AIV bleibt vorliegend kein Raum, da sich diese Bestimmung auf Versicherte bezieht, welche unmittelbar vor oder während der Arbeitslosigkeit eine gesundheitsbedingte Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit erleiden (vgl. E. 2.2 hiavor). Dies trifft hier nicht zu. Beim Beschwerdeführer besteht zwar eine seit Jahren anhaltende und unbestrittene gesundheitliche Beeinträchtigung (Morbus Crohn). Im Zeitpunkt der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung am 18. Mai 2018 (act. II 187-190) lag jedoch ein seit November 2016 unverändertes Zumutbarkeitsprofil vor bei weiterhin voller Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit mit einer Leistungseinschränkung von 10% und einem invalidenrechtlichen Erwerbsausfall von weiterhin 25%, was die IVB noch mit Verfügung vom 11. Mai 2018 (act. III 127) ausdrücklich bestätigte und was unangefochten blieb. Demnach war das Kriterium der Unmittelbarkeit nicht erfüllt (BGE 133 V 530 E. 4.1.2 S. 534 f.). Demzufolge kann sich die behauptete (angebliche) Verschlechterung im Zeitpunkt der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung (noch) nicht auf das damals erzielte massgebliche Einkommen ausgewirkt haben.

Anders als der Beschwerdeführer zu meinen scheint, ist somit für den versicherten Verdienst das zuvor erzielte Einkommen heranzuziehen. Dass damit ein im Vergleich zum ursprünglich als Gesunder erzielten höheren Verdienst ein ungedeckter Ausfall entstehen kann, ist hinzunehmen (vgl. BARBARA KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 5. Auflage, 2019, S. 165 ff. mit Hinweisen; ARV 2007 S. 294 ff.). Insofern rechtfertigt es sich auch nicht im Sinne des Eventualantrages des Beschwerdeführers, auf den Tag-

geldansatz der IVB gemäss Mitteilung vom 8. Februar 2017 (act. III 75), der anhand der Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) festgelegt worden war, abzustellen.

Die dem vorstehend Dargelegten folgende konkrete Berechnung des versicherten Verdienstes durch den Beschwerdegegner wurde seitens des Beschwerdeführers nicht beanstandet und es bestehen keine Anzeichen für Fehler, womit es sein Bewenden hat.

3.4 Nach dem Gesagten ist der angefochtene Einspracheentscheid nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

4.

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

4.2 Bei diesem Verfahrensausgang hat der unterliegende Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 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 wird eine Parteientschädigung zugesprochen.

3. Zu eröffnen (R):

- Rechtsanwalt B. _____ z.H. des Beschwerdeführers
- Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern,
Arbeitslosenkasse
- Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
- Staatssekretariat für Wirtschaft – seco

Der Kammerpräsident:

Der Gerichtsschreiber:

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.