

200 20 451 ALV
KOJ/SCM/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 2. Februar 2021

Verwaltungsrichter Kölliker, Kammerpräsident
Verwaltungsrichterin Wiedmer, Verwaltungsrichter Knapp
Gerichtsschreiberin Schädeli

A. _____

Beschwerdeführer

gegen

Arbeitslosenkasse Unia

Kompetenzzentrum D-CH-West, Postfach 3398, 3001 Bern

Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 15. Mai 2020



Sachverhalt:

A.

Der 1955 geborene A. _____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) meldete sich im November 2018 bei der Arbeitslosenversicherung zur Arbeitsvermittlung an und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. November 2018 (Akten der Arbeitslosenkasse Unia [Arbeitslosenkasse bzw. Beschwerdegegnerin; act. II] 323-324, 327-330). Nach Prüfung der eingereichten weiteren Unterlagen (vgl. hierzu act. II 281, 309, 312, 315-316) sowie nach Durchführung eines im Zusammenhang mit der anspruchsverneinenden Verfügung vom 21. Januar 2019 (act. II 273-276) stehenden Einspracheverfahrens (vgl. act. II 267) bejahte die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 28. Februar 2019 (act. II 226-231) den grundsätzlichen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. November 2018. Am 18. Juli 2019 (act. II 162-164) bzw. mit Verfügung vom 27. März 2020 (act. II 69-71) setzte sie den versicherten Verdienst auf Fr. 3'346.-- fest. Die dagegen erhobene Einsprache (act. II 61) wies sie mit Entscheid vom 15. Mai 2020 ab (act. II 43-46).

B.

Hiergegen erhob der Versicherte am 11. Juni 2020 Beschwerde. Er beantragt, es sei festzustellen, dass der versicherte Verdienst höher sei. Weiter sei festzustellen, dass es sich nicht um einen Zwischenverdienst handle.

Mit Beschwerdeantwort vom 27. Juli 2020 schliesst die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde.

Mit Replik vom 1. September 2020 bestätigt der Beschwerdeführer die gestellten Begehren und reicht weitere Unterlagen zu den Akten.

Am 15. September 2020 verzichtet die Beschwerdegegnerin auf die Einreichung einer Duplik.

Auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin (vgl. prozessleitende Verfügung vom 2. Oktober 2020) reichte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 2. November 2020 zusätzliche Unterlagen zu den Akten. Von der hierzu erteilten Möglichkeit zur Stellungnahme machte die Beschwerdegegnerin am 1. Dezember 2020 unter Bestätigung des bereits gestellten Antrags Gebrauch.

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 grundsätzlich einzutreten (vgl. E. 1.2 hiernach).

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 15. Mai 2020 (act. II 43-46). Streitig und zu prüfen ist einzig die Berechnung bzw. die Höhe des versicherten Verdienstes.

Soweit der Beschwerdeführer verlangt, es sei festzustellen, dass der versicherte Verdienst höher sei und dass es sich nicht um einen Zwischenverdienst handle, ist ein bezüglich Feststellungsbegehren vorausgesetztes schutzwürdiges Interesse (vgl. Art. 59 ATSG; BGE 138 V 292 E. 3 S. 294; SVR 2020 UV Nr. 13 S. 48 E. 2.2) weder ersichtlich noch wird ein solches dargelegt. Folglich ist insoweit auf die Beschwerde nicht einzutreten. Ebenfalls auf die Beschwerde nicht einzutreten ist hinsichtlich der ab Januar 2019 beanstandeten Anrechnung eines Zwischenverdienstes, da diese Frage nicht Gegenstand des angefochtenen Einspracheentscheides bildet (Bemessungszeitraum ist vom 1. April 2017 bis 31. März 2018 [act. II 44 Ziff. 5]) und es diesbezüglich an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung fehlt (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1 S. 164; SVR 2011 UV Nr. 4 S. 13 E. 2.1).

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 neben anderen Erfordernissen ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG).

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

2.3 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).

Mit dem Rechtsbegriff „normalerweise“ sollen Einkünfte, die mit über ein normales Arbeitnehmerpensum hinausgehenden Beschäftigungen erzielt werden, für den versicherten Verdienst unbeachtlich bleiben. Entsprechend der Zweckbestimmung, nur für normale übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz zu bieten, oder weil der eigentliche Grund ihrer Ausrichtung mit der Arbeitslosigkeit entfallen ist, sind Überzeit- und Überstundenentschädigung, vertraglich vereinbarte Schichtzulagen, Familienzulagen und Spesenentschädigungen etc. bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen. Ferner ist auch die Entschädigung für nicht bezogene Ferien bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes ausser Acht zu lassen. Hingegen zählen Treueprämien und Dienstaltersgeschenke im Sinne von vertraglich vereinbarten und tatsächlich ausbezahlten regelmässigen Zulagen zum versicherten Verdienst (BGE 144 V 195 E. 4.1 S. 198 und E. 4.4 S. 199).

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. Der Bemessungszeitraum beginnt, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaufschlags. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen (Art. 37 Abs. 3 AVIV).

2.4 Der den Sozialversicherungsprozess beherrschende Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Gerichts – und der verfügenden Behörde – ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein. Die Parteien tragen mithin in diesem Verfahrensbereich in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheidung zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, durch die Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 144 V 427 E. 3.2 S. 429, 138 V 218 E. 6 S. 222).

3.

3.1 Aufgrund der Akten erstellt und unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer am 1. November 2018 sämtliche Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 AVIG erfüllte und somit Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat (vgl. act. II 43-45, 69-70, 162, 226-230). Streitig ist hingegen die Bemessung resp. Höhe des versicherten Verdienstes.

3.2 Der mündlich abgeschlossene (vgl. act. II 315) Arbeitsvertrag mit B._____ bzw. C._____ (das Unternehmen ist nicht im Handelsregister eingetragen; vgl. www.zefix.ch) dauerte vom 1. März bzw. April 2017 bis 31. März 2018 (vgl. act. II 323; Beschwerde S. 1). Im November 2018 meldete sich der Beschwerdeführer zur Arbeitsvermittlung an und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. act. II 323-324, 327-330). Gestützt auf Art. 37 Abs. 3 AVIV beginnt der Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst demnach am 31. März 2018 (am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaustausfalls; vgl. E. 2.3 hiervor; AVIG-Praxis ALE, Ziff. C22, abrufbar unter: www.arbeit.swiss; vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen BGE 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228). Zu Recht unbestritten ist sodann, dass gestützt auf Art. 37 Abs. 2 AVIV auf den Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate abzustellen ist, da der daraus resultierende versicherte Verdienst höher ist, als der auf Basis der letzten

sechs Monate ermittelte (vgl. act. II 165-166). Massgebend ist somit der Zeitraum vom 1. April 2017 bis 31. März 2018. Der Beschwerdeführer gibt an, in der fraglichen Zeit bei zwei Arbeitgebern (D. _____ AG sowie C. _____) angestellt gewesen zu sein (vgl. act. II 60-63; Beschwerde; siehe hierzu auch E. 3.5 hiernach). Zu prüfen sind die dabei erzielten Einkünfte.

3.3 Hinsichtlich des bei der D. _____ AG erzielten Einkommens ergibt der Vergleich der Lohnabrechnungen (act. II 283-294) mit der von der Beschwerdegegnerin vorgenommenen Aufstellung (act. II 165) im hier massgeblichen Zeitraum (E. 3.2 hiervor) folgende Beträge:

Monat	Lohn gemäss Lohnabrechnungen (act. II 283-294)	Lohn gemäss Aufstellung der Beschwerdegegnerin (act. II 165)	Differenz
April 2017	Fr. 2'064.-- (act. II 283)	Fr. 2'064.--	Fr. 0.--
Mai 2017	Fr. 1'913.50 (act. II 284)	Fr. 1'913.50	Fr. 0.--
Juni 2017	Fr. 2'569.25 (act. II 285)	Fr. 2'569.25	Fr. 0.--
Juli 2017	Fr. 2'311.25 (act. II 286)	Fr. 2'311.25	Fr. 0.--
August 2017	Fr. 1'666.25 (act. II 287)	Fr. 1'666.25	Fr. 0.--
September 2017	Fr. 1'343.75 (act. II 288)	Fr. 1'343.75	Fr. 0.--
Oktober 2017	Fr. 1'354.50 (act. II 289)	Fr. 1'354.50	Fr. 0.--
November 2017	Fr. 1'730.75 (act. II 290)	Fr. 1'730.75	Fr. 0.--
Dezember 2017	Fr. 1'225.50 (act. II 291)	Fr. 1'225.90	Fr. --.40
Januar 2018	Fr. 1'591.-- (act. II 292)	Fr. 1'591.--	Fr. 0.--
Februar 2018	Fr. 870.75 (act. II 293)	Fr. 870.75	Fr. 0.--
März 2018	Fr. 1'204.-- (act. II 294)	Fr. 1'204.--	Fr. 0.--
Total	Fr. 19'844.50	Fr. 19'844.90	Fr. --.40

Aus der vorstehenden Tabelle ergibt sich gestützt auf die Lohnabrechnungen eine minimale Korrektur von Fr. --.40 zu Lasten des Beschwerdeführers. Mithin ist die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Berechnung (act. II 165) um diesen Betrag anzupassen. Das hieraus resultierende Gesamteinkommen für den hier interessierenden Zeitraum in der Höhe von Fr. 19'844.50 ist mit den vom Beschwerdeführer zu den Akten gereichten Lohnausweisen betreffend seine Tätigkeit als ... der Liegenschaften ... und ... (Akten des Beschwerdeführers [act. I und IA] act. IA 1-2, 7-8; vgl. auch act. II 303-304) vereinbar. Der durchschnittliche Monatsverdienst bei der D. _____ AG beträgt demnach Fr. 1'653.70 (Fr. 19'844.50 / 12). Diesen (gerundeten) Betrag hat der Beschwerdeführer beschwerdeweise als korrekt bezeichnet.

3.4 Bezüglich des im Zusammenhang mit der Tätigkeit bei C. _____ erzielten Einkommens ist auf die bei den Verwaltungsakten liegende Aufstellung (Eingang bei der Beschwerdegegnerin am 5. bzw. 8. Juli 2019; act. II 178) abzustellen, da diese – entgegen der „Bescheinigung von C. _____ z.H. der Unia“ (Eingang bei der Beschwerdegegnerin am 12. März 2019; act. I 3) und dem Lohnausweis betreffend das Jahr 2017 (act. IA 5) – nach einzelnen Monaten aufgeschlüsselt ist. Die darin aufgeführten Spesen im Totalbetrag von Fr. 3'267.50 haben bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes unberücksichtigt zu bleiben (E. 2.3 hiavor; AVIG-Praxis ALE, Ziff. C2; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.] Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2376 N. 367). Auf den Lohnausweis 2017 (act. IA 5) kann entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers für den hier massgebenden Zeitraum vom 1. April 2017 bis 31. März 2018 nicht abgestellt werden. In dem darin ausgewiesenen Einkommen sind auch die hohen Löhne von Januar bis März 2017 enthalten. Ausserdem ist aus den Bankauszügen des Beschwerdeführers ersichtlich, dass ihm im Jahr 2018 kein Lohn mehr ausbezahlt worden ist. Für das Jahr 2018 liegt denn auch kein Lohnausweis vor. Daher ist davon auszugehen, dass im Lohnausweis 2017 auch die Löhne 2018 enthalten sind.

Gestützt auf die Aufstellung gemäss act. II 178 hat die Beschwerdegegnerin eine eigene Auflistung (act. II 166) vorgenommen. Die Überprüfung dieser Auflistung ergibt das Folgende:

Monat	Lohn gemäss Aufstellung in act. II 178	Lohn gemäss Aufstellung der Beschwerdegegnerin (act. II 166)	Differenz
April 2017	Fr. 1'531.25	Fr. 1'531.25	Fr. 0.--
Mai 2017	Fr. 1'777.50	Fr. 1'777.50	Fr. 0.--
Juni 2017	Fr. 2'522.20	Fr. 2'522.20	Fr. 0.--
Juli 2017	Fr. 1'023.65	Fr. 1'023.65	Fr. 0.--
August 2017	Fr. 4'412.60	Fr. 4'412.60	Fr. 0.--
September 2017	Fr. 3'919.75	Fr. 3'919.75	Fr. 0.--
Oktober 2017	Fr. 1'285.05	Fr. 1'285.05	Fr. 0.--
November 2017	Fr. 907.05	Fr. 907.05	Fr. 0.--
Dezember 2017	Fr. 612.37	Fr. 612.37	Fr. 0.--
Januar 2018	Fr. 544.81 (15.566h x Fr. 35.--/h)	Fr. 544.81	Fr. 0.--
Februar 2018	Fr. 378.70 (10.82h x Fr. 35.--/h)	Fr. 378.70	Fr. 0.--
März 2018	Fr. 1'267.80 (36.223h x Fr. 35.--/h)	Fr. 1'393.11	Fr. 125.31
Total	Fr. 20'182.73	Fr. 20'308.04	Fr. 125.31

Aus dem Dargestellten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin für den Monat März 2018 einen um Fr. 125.31 zu hohen Betrag eingesetzt hat. Bei einem zeitlichen Aufwand gemäss act. II 178 von zusammengezählt 36.223 Stunden und einem Stundenansatz von Fr. 35.-- beträgt das Einkommen im März 2018 Fr. 1'267.80 (und nicht Fr. 1'393.11; 36.223h x Fr. 35.--/h). Die Differenz von Fr. 125.31 entspricht einem zeitlichen Aufwand von 3.58 Stunden (Fr. 125.31 / Fr. 35.--/h), dies wiederum entspricht exakt dem Eintrag vom 28. Februar 2018 („K19“, „Treppe“), welcher offenbar irrtümlich

neben der Berücksichtigung im Februar 2018 auch im März 2018 angerechnet wurde. Das bei C._____ im hier massgeblichen Zeitraum erzielte Einkommen beträgt damit gesamthaft Fr. 20'182.73, woraus sich ein durchschnittlicher Monatsverdienst von gerundet Fr. 1'681.90 (Fr. 20'182.73 / 12) ergibt.

3.5 In der hier massgeblichen Zeit erzielte der Beschwerdeführer ausserdem einen regelmässigen Lohn von der E._____ GmbH (seit November 2018 im Handelsregister eingetragen; vgl. www.zefix.ch) von Fr. 400.-- pro Monat im Zusammenhang mit einer Teilzeitanstellung als ... der Liegenschaft ... (vgl. Eingaben des Beschwerdeführers vom 1. September und 30. Oktober 2020 [im Gerichtsossier]; act. IA 3, 9). Diese Liegenschaft wird in den übrigen bei den Akten liegenden Unterlagen, namentlich in den Verträgen mit der D._____ AG und C._____, nicht erwähnt (vgl. insbesondere act. II 303-304). Es handelt sich demnach um zusätzliches Einkommen, welches beitragsrechtlich denn auch korrekt abgerechnet wurde (vgl. act. II 7, „F._____“). Dieses ist bei der Berechnung des versicherten Verdienstes ebenfalls (vgl. E. 3.3 und 3.4 hiervor) zu berücksichtigen.

3.6 Zusammenfassend ergibt sich nach dem Ausgeführten für den hier massgeblichen Bemessungszeitraum vom 1. April 2017 bis 31. März 2018 aus den Einkommen bei D._____ AG (E. 3.3. hiervor), C._____ (E. 3.4 hiervor) und E._____ GmbH (E. 3.5 hiervor) ein versicherter Verdienst von gesamthaft und gerundet Fr. 3'736.-- (Fr. 1'653.70 + Fr. 1'681.90 + Fr. 400.--). Soweit darauf einzutreten ist, ist daher in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Einspracheentscheid vom 15. Mai 2020 (act. II 43-46) aufzuheben und der versicherte Verdienst auf Fr. 3'736.-- festzusetzen.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. aArt. 61 lit. a ATSG (in der bis 31. Dezember 2020 gültigen Fassung) und Art. 83 ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Trotz seines Obsiegens hat der nicht vertretene Beschwerdeführer nach konstanter Praxis keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da der Aufwand zur Wahrung seiner Interessen den Rahmen dessen nicht überschritten hat, was der Einzelne üblicher- und zumutbarerweise zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (BGE 127 V 205 E. 4b S. 207; SVR 2019 KV Nr. 7 S. 51 E. 9.2.1).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Soweit darauf einzutreten ist, wird in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse Unia vom 15. Mai 2020 aufgehoben und der versicherte Verdienst auf Fr. 3'736.-- festgesetzt.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Arbeitslosenkasse Unia
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - 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.