

200 15 1081 ALV
ACT/COC/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 3. März 2016

Verwaltungsrichter Ackermann
Gerichtsschreiberin Collatz

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 5. November 2015



Sachverhalt:

A.

Die 1967 geborene A. _____ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) war von August 2005 bis Ende August 2014 bei der C. _____ als Verantwortliche .../Stellvertretung der Geschäftsleitung zu einem Arbeitspensum von 60% angestellt. Am 1. September 2014 stellte sie einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. September 2014 (Akten des beco Berner Wirtschaft [beco bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 165 – 168, 170). Daraufhin holte das beco hinsichtlich der Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses Auskünfte ein und stellte die Versicherte mit Verfügung vom 15. Oktober 2014 (AB 134 – 136) wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit ab dem 1. September 2014 für 28 Tage in der Anspruchsberechtigung ein, was unangefochten blieb.

Am 1. Dezember 2014 trat die Versicherte bei der D. _____ in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als Aushilfe .../... im Stundenlohn ein (AB 101 f., 109 f., 113 f., 118 f., 120 f.). Diese Arbeitsstelle im Zwischenverdienst kündigte sie am 9. März 2015 (AB 96 f., 102). Nachdem sowohl die Versicherte wie auch der Geschäftsführer der D. _____ aufforderungsgemäss zum Kündigungsgrund Stellung genommen hatten (AB 86, 89 f.), stellte das beco die Versicherte mit Verfügung vom 7. Juli 2015 (AB 81 – 83) wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit ab dem 10. März 2015 im Umfang von 40 Tagen in der Anspruchsberechtigung ein. Die dagegen erhobene Einsprache (AB 44 – 47, 72) wies das beco mit Entscheid vom 5. November 2015 ab (AB 36 – 42).

B.

Hiergegen lässt die Versicherte am 7. Dezember 2015 Beschwerde erheben und folgende Rechtsbegehren stellen:

1. Der Entscheid vom 5. November 2015 sei aufzuheben.

2. Der Beschwerdegegner sei zu verurteilen, der Beschwerdeführerin die gesetzlichen Leistungen unter Auferlegung von höchstens 5 Einstellungstagen auszurichten.

– unter Entschädigungsfolge –

Mit Beschwerdeantwort vom 12. Januar 2016 schliesst der Beschwerdegegner auf Abweisung der Beschwerde.

Mit prozessleitender Verfügung vom 4. Februar 2016 machte der Instruktionsrichter die Beschwerdeführerin auf eine mögliche Schlechterstellung (*reformatio in peius*) aufmerksam und bot ihr bis am 25. Februar 2016 Gelegenheit zur Stellungnahme resp. zum Rückzug der Beschwerde. Mit Eingabe vom 18. Februar 2016 hält die Beschwerdeführerin an ihrer Beschwerde fest.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 11. Juni 2009 (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 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung über die obligatori-

sche Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 [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 über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 5. November 2015 (AB 36 – 42). Streitig und zu prüfen ist die Einstellung in der Anspruchsberechtigung für die Dauer von 40 Tagen wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit.

1.3 Der Streitwert liegt bei einer Einstelldauer von 40 Tagen und der Höhe der eingestellten Taggeldleistung von Fr. 46.45 (AB 36, 79, 81; vgl. E. 3.2 hiernach) unter Fr. 20'000.--, womit 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 Nach Art. 17 Abs. 1 AVIG müssen Versicherte, die Versicherungsleistungen beanspruchen wollen, mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Insbesondere sind sie verpflichtet, Arbeit zu suchen, nötigenfalls auch ausserhalb ihres bisherigen Berufs. Sie müssen ihre Bemühungen nachweisen können.

2.2 Der Versicherte muss zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen (Art. 16 Abs. 1 AVIG). Unzumutbar und somit von der Annahmepflicht ausgenommen ist gemäss Art. 16 Abs. 2 AVIG unter anderem eine Arbeit, die den berufs- und ortsüblichen, insbesondere den gesamt- oder normalarbeitsvertraglichen Bedingungen nicht entspricht (lit. a); nicht angemessen auf die Fähigkeiten oder auf die bisherige Tätig-

keit des Versicherten Rücksicht nimmt (lit. b); dem Alter, den persönlichen Verhältnissen oder dem Gesundheitszustand des Versicherten nicht angemessen ist (lit. c); die Wiederbeschäftigung des Versicherten in seinem Beruf wesentlich erschwert, falls darauf in absehbarer Zeit überhaupt Aussicht besteht (lit. d) oder dem Versicherten einen Lohn einbringt, der geringer ist als 70% des versicherten Verdienstes, es sei denn, der Versicherte erhalte Kompensationsleistungen nach Art. 24 AVIG (Zwischenverdienst [lit. i]).

2.3 Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstauffalls (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Als Verdienstaufschlag gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst (Abs. 3).

2.4 Gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG ist die versicherte Person in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos ist. Der Tatbestand der selbst verschuldeten Arbeitslosigkeit erfasst Verhaltensweisen der versicherten Person, die eine Verletzung der Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden, bedeuten (ARV 2014 S. 147 E. 3.1). Die Arbeitslosigkeit gilt nach Art. 44 Abs. 1 AVIV insbesondere dann als selbstverschuldet, wenn die versicherte Person durch ihr Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat (lit. a) oder das Arbeitsverhältnis von sich aus aufgelöst hat, ohne dass ihr eine andere Stelle zugesichert war, es sei denn, dass ihr das Verbleiben an der Arbeitsstelle nicht zugemutet werden konnte (lit. b).

2.5 Die Dauer der Einstellung bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens (Art. 30 Abs. 3 Satz 3 AVIG) und beträgt 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 45 Abs. 3 lit. a - c AVIV). Ein schweres Verschulden liegt insbesondere vor, wenn die versicherte Person ohne entschuldigen Grund eine zumutbare Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen aufge-

geben oder eine zumutbare Arbeit abgelehnt hat (Art. 45 Abs. 4 lit. a und b AVIV).

Innerhalb dieses Rahmens entscheiden die Organe der Arbeitslosenversicherung nach pflichtgemäsem Ermessen. Das Sozialversicherungsgericht darf sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund anstelle desjenigen der Verwaltung setzen; die Rekursbehörde muss sich somit auf Gegebenheiten abstützen können, welche ihre abweichende Ermessensausübung als näher liegend erscheinen lassen (BGE 123 V 150 E. 2 S. 152; ARV 2006 S. 230 E. 2.1).

3.

3.1 Aus den Akten geht hervor und ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin am 9. März 2015 ihr Anstellungsverhältnis mit der D. _____ selbst gekündigt hat (AB 96 f.) und dass dieses per sofort beendet wurde (AB 102). Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin geltend, dass sie nicht die alleinige Verantwortung für die vorzeitige, d.h. vor Ablauf der Kündigungsfrist erfolgte, Beendigung des Arbeitsverhältnisses treffe. Sie sei mit ihrem Arbeitgeber übereingekommen, das Arbeitsverhältnis per sofort zu beenden (Beschwerde S. 4 Ziff. 5, S. 5 Ziff. 4, S. 6 Ziff. 5).

Die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses "im gegenseitigen Einverständnis" gilt aus der Sicht der Arbeitslosenversicherung als Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin, sofern diese nicht gezwungen waren, ihr Einverständnis zu geben, um z.B. einer drohenden Kündigung zuvorzukommen (ARV 1979 S. 120 E. 3; Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht] vom 16. Februar 2005, C 212/04, E. 1.2.2). Dies hat auch bei der Aufgabe eines Zwischenverdienstes zu gelten. Vorliegend erfüllt die sofortige Aufgabe der Arbeitsstelle bei der D. _____ den Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit. Denn die Kündigung der Beschwerdeführerin gab Anlass zur sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Zudem hat sie mit ihrer Zustimmung zur umgehenden Beendigung des Vertrages auf den Lohn während der Kündigungsfrist verzichtet. Ob der Arbeitgeber – entsprechend den Ausführungen der Beschwerdeführerin (Beschwerde

S. 6 Ziff. 4) – im Rahmen des Kündigungsgesprächs tatsächlich auf die Arbeitskraft der Beschwerdeführerin verzichtet hat, kann vorliegend offen gelassen werden, da dies auf jeden Fall eine direkte Folge der Kündigung der Beschwerdeführerin gewesen wäre. Dass die Beschwerdeführerin gezwungen worden wäre, ihr Einverständnis zur vorzeitigen Kündigung zu geben, wurde von ihr im Übrigen zu keiner Zeit geltend gemacht.

Soweit die Beschwerdeführerin bezüglich ihrer Kündigung die Auffassung vertritt, dass die Stelle bei der D. _____ für sie unzumutbar gewesen sei (Beschwerde S. 6 f. Ziff. 6), kann ihr nicht gefolgt werden. Denn einerseits galt die Arbeitsstelle allein als Zwischenverdienst und hatte, da der erzielte Lohn tiefer als 70% des versicherten Verdienstes war, gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG (vgl. E. 2.2 hiavor) entsprechende Kompensationszahlungen nach Art. 24 AVIG zur Folge, weshalb diese aus finanzieller Sicht ohne weiteres zumutbar war. Ferner war der Zwischenverdienst bei der D. _____ auch in persönlicher Hinsicht zumutbar. Denn ob eine Stelle als Zwischenverdienst und nicht als neue, die Arbeitslosigkeit beendende Stelle gilt, beurteilt sich aufgrund der Zumutbarkeit und zwar nicht nur in finanzieller Hinsicht, sondern auch im Hinblick auf die weiteren, in Art. 16 Abs. 2 AVIG erwähnten Zumutbarkeitskriterien (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl. 2007, S. 2298 N. 410). Eine Unterforderung führt im Übrigen – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Beschwerde S. 7 Ziff. 6) – nicht zu einer Unzumutbarkeit einer Arbeitsstelle (NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2268 N 295).

Die Aufgabe des Zwischenverdienstes stellt demnach eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit im Sinne des Art. 44 Abs. 1 AVIV (vgl. E. 2.4 hiavor) dar, welche zu Recht mit der Einstellung in der Anspruchsberechtigung sanktioniert wurde.

3.2 Vorliegend hat der Beschwerdegegner die Höhe der einzustellenden Taggelder auf Fr. 46.45 festgelegt (AB 79, 81). Dies ist – unbestrittenmassen (Beschwerde S. 5 Ziff. 1) – nicht zu beanstanden. Denn bei der hier aufgegebenen Stelle hat es sich um einen Zwischenverdienst gehandelt (vgl. E. 3.1 hiavor), weshalb die Einstellung in der Anspruchsberechtigung nur in dem Umfang zu erfolgen hat, in dem der Anspruch auf Arbeits-

losenentschädigung den Anspruch auf Differenzausgleich übersteigt, der bestanden hätte, wenn es zum Zwischenverdienst gekommen wäre; Gegenstand der Einstellung ist nur der betragliche Unterschied der beiden Taggelder und nicht das volle Taggeld (Entscheid des Bundesgerichts vom 22. Februar 2007, C 17/07, E. 4).

3.3 Hinsichtlich der Dauer der verfügten Sanktion von 40 Einstelltage geht aus dem angefochtenen Einspracheentscheid jedoch nicht eindeutig hervor, wie der Beschwerdegegner das Verschulden der Beschwerdeführerin bewertet hat. Einerseits wurde eine „Einstellung in der Anspruchsberechtigung infolge selbstverschuldeter Ganzarbeitslosigkeit und infolge des Verzichts auf die vertragliche Kündigungsfrist von zwei Monaten von 40 Tagen“ (AB 40 2. Absatz) vorgenommen, was einem schweren Verschulden entspricht (vgl. AB 41 4. Absatz). Andererseits rechnete der Beschwerdegegner die eingestellten Differenzzahlungen auf „ganze Taggelder“ um und führte aus, dies entspreche einer Sanktion von lediglich 13.3 Einstelltage und damit einem leichten Verschulden (AB 40 2. Absatz), wobei ein solches Vorgehen nicht korrekt ist. Und letztlich spricht der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort (S. 3 Ziff. 5) gar davon, dass die Einstelltage infolge der verfrüht verursachten Arbeitslosigkeit (Verzicht auf eine zweimonatige Kündigungsfrist) praxisgemäss im mittelschweren Verschulden anzusetzen sei. Darüber hinaus ist nicht klar, ob und gegebenenfalls inwieweit der Beschwerdegegner berücksichtigt hat, dass es sich hier bereits um die zweite Einstellung während der laufenden Rahmenfrist handelt (Verfügung vom 15. Oktober 2014 [AB 134 – 136]), was zu einer angemessenen Verlängerung der Einstelldauer führen müsste (Art. 45 Abs. 5 AVIV).

Die Dauer der Einstellung wurde damit nicht nachvollziehbar festgelegt, weshalb eine diesbezügliche Ermessenskontrolle (vgl. E. 2.5 hiervor) durch das Gericht nicht möglich ist. Die Sache ist damit an den Beschwerdegegner zur Festlegung der Einstelldauer zurückzuweisen. Mit diesem Vorgehen bleibt der Beschwerdeführerin denn auch die Möglichkeit des doppelten gerichtlichen Instanzenzugs gewahrt.

3.4 Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 5. November 2015 aufzuheben.

Die Sache ist an den Beschwerdegegner zurückzuweisen zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen.

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. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

In der Kostennote vom 21. Januar 2016 samt Ergänzung vom 18. Februar 2016 hat Rechtsanwalt B._____ ein Honorar von insgesamt Fr. 1'300.-- sowie Auslagen von Fr. 40.90 und die Mehrwertsteuer von Fr. 107.30 geltend gemacht. Diese Beträge sind nicht zu beanstanden. Der gesamte Parteikostenersatz wird somit auf Fr. 1'448.20 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festgesetzt. Diesen Betrag hat der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin zu ersetzen.

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid des beco Berner Wirtschaft vom 5. November 2015 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückgewiesen, damit er im Sinne der Erwägungen verfähre und neu verfüge.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 1'448.20 (inkl. Auslagen und MWSt.), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwalt B. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse Kanton Bern
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
 - 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.