

200 17 1008 ALV  
FUR/GET/STA

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil der Einzelrichterin vom 31. Januar 2018**

Verwaltungsrichterin Fuhrer  
Gerichtsschreiber Germann

A. \_\_\_\_\_  
vertreten durch B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

gegen

**Arbeitslosenkasse Unia**  
Kompetenzzentrum D-CH West, Monbijoustrasse 61, Postfach 3398,  
3001 Bern  
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 16. Oktober 2017



## Sachverhalt:

### A.

Der ... geborene A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) arbeitete ab Juni 2014 als ... bzw. seit Mai 2016 als ... bei der C. \_\_\_\_\_ AG (Akten der Arbeitslosenkasse Unia [nachfolgend ALK Unia bzw. Beschwerdegegnerin], [act. IIA], S. 196-198; 68-70). Nachdem die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis aufgrund „einer Nebentätigkeit in einer anderen Firma“ gekündigt hatte (act. IIA S. 177), meldete sich der Versicherte am 25. April 2017 (act. IIA S. 199 f.) beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und stellte am selben Tag einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 25. April 2017 (act. IIA S. 202-205). Mit Verfügung vom 5. Juli 2017 (act. IIA S. 101-104) stellte die ALK Unia den Versicherten wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für die Dauer von 30 Tagen in der Anspruchsberechtigung ein. Die dagegen erhobene Einsprache (act. IIA S. 75-78) wies die ALK Unia mit Entscheid vom 16. Oktober 2017 (act. IIA S. 56-61) ab.

### B.

Dagegen liess der Versicherte, vertreten durch die B. \_\_\_\_\_, mit Eingabe vom 16. November 2017 Beschwerde erheben. Er stellt die folgenden Anträge:

1. Der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse Unia vom 16. Oktober 2017 sei aufzuheben.
2. Dem Versicherten sind die 30 Einstelltage in der Bezugsberechtigung vollumfänglich zuzusprechen.

In der Begründung macht der Beschwerdeführer hauptsächlich geltend, da das vertraglich vorgesehene „Verbot einer Nebenbeschäftigung“ den rechtlichen Bestimmungen nicht standhalte, könne es auch nicht als Begründung einer Verletzung einer arbeitsvertraglichen Pflicht aufgeführt werden. Sodann habe die D. \_\_\_\_\_ GmbH, bei welcher der Beschwerdeführer „Mitglied“ sei, dem ehemaligen Arbeitgeber eine Rechnung für geleistete ... gestellt, welche durch den Arbeitgeber auch bezahlt worden sei. Dies

bestätige, dass der Arbeitgeber die Dienste der GmbH in Anspruch genommen habe, was auch der Beweis dafür sei, dass der Beschwerdeführer keine Konkurrenz für die Firma des Arbeitgebers darstelle. Schliesslich würden die beiden vor der Kündigung ausgesprochenen Verwarnungen nicht das Verbot der Nebenbeschäftigung betreffen.

Mit Beschwerdeantwort vom 15. Januar 2018 beantragt die Beschwerdegegnerin die 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 Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 16. Oktober 2017 (act. IIA 56-61). Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer zu Recht im Umfang von 30 Tagen in der Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung eingestellt hat.

**1.3** Da der Streitwert bei einer Einstelldauer von 30 Tagen und einem Taggeld von Fr. 171.65 (act. IIA S. 95) unter Fr. 20'000.-- liegt, fällt die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit (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. 30 Abs. 1 lit. a AVIG sind Versicherte in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos sind. Die Arbeitslosigkeit gilt namentlich dann als selbstverschuldet, wenn die versicherte Person durch ihr Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat (Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV). Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV setzt jedoch keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen gemäss Art. 337 bzw. Art. 346 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) voraus. Es genügt, dass das allgemeine Verhalten Anlass zur Kündigung bzw. Entlassung gegeben hat; Beanstandungen in beruflicher Hinsicht müssen nicht vorgelegen haben. Mithin gehören dazu auch charakterliche Eigenschaften im weiteren Sinne, die den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin für den Betrieb als untragbar erscheinen lassen (BGE 112 V 242 E. 1 S. 244; ARV 2016 S. 60 E. 5; SVR 2006 ALV Nr. 15 S. 51 E. 1).

**2.2** Ein Selbstverschulden im Sinne der Arbeitslosenversicherung liegt dann vor, wenn und soweit der Eintritt oder das Andauern der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach

den persönlichen Umständen und Verhältnissen vermeidbaren Verhalten der versicherten Person liegt, für das die Versicherung die Haftung nicht übernimmt. Dieses Verhalten muss gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vorsätzlich erfolgt sein, wobei Eventualvorsatz genügt. Folglich reicht es aus, dass das allgemeine Verhalten am Arbeitsplatz aus sachlich gerechtfertigten Gründen vom Arbeitgeber missbilligt wurde und die versicherte Person trotz Wissens um diese Missbilligung ihr Verhalten nicht geändert hat, womit sie dem Arbeitgeber Anlass zur Kündigung gab bzw. eine solche in Kauf nahm. Ausschlaggebend ist, ob die versicherte Person wissen konnte und musste, dass sie durch ihr Handeln womöglich eine Kündigung bewirkt (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 19. November 2007, 8C\_466/2007, E. 3.1; ARV 2016 S. 60 E. 5).

### **3.**

**3.1** Aufgrund der Akten ist erstellt und auch unbestritten, dass die C. \_\_\_\_\_ AG das seit Juni 2014 bzw. Mai 2016 (act. IIA S. 196; 68) bestehende Arbeitsverhältnis im März 2017 mit der Begründung aufgelöst hat, der Beschwerdeführer habe ohne Zustimmung der Arbeitgeberin eine (sie konkurrenzierende) Nebenbeschäftigung ausgeübt. Im Folgenden hat die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer mit Blick auf die ab dem 25. April 2017 (act. IIA S. 202) geltend gemachte Arbeitslosenentschädigung für 30 Tage in der Anspruchsberechtigung insbesondere mit der Begründung eingestellt, er habe die Arbeitslosigkeit in Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten selber verschuldet.

### **3.2**

**3.2.1** Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, das Verbot der Nebenbeschäftigung sei zu absolut formuliert und entfalte keine rechtlichen Wirkungen, weshalb insoweit keine Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten geltend gemacht werden könne.

Ziffer 8 des am 1. Mai 2016 zwischen der C.\_\_\_\_\_ AG und dem Beschwerdeführer abgeschlossenen Anstellungsvertrags sieht vor, dass dem Arbeitnehmer eine „Nebenerwerbsbeschäftigung“ auf eigene oder fremde Rechnung „ohne schriftliche Bewilligung der Firma nicht gestattet“ ist; zudem kann auch eine unentgeltliche Tätigkeit von der Zustimmung der Firma abhängig gemacht werden, falls sie mit erheblichem Zeitaufwand verbunden ist (act. IIA S. 69). Damit steht die Ausübung einer Neben(erwerbs)beschäftigung jeglicher Art zwar unter dem Vorbehalt der (schriftlichen) Zustimmung der Arbeitgeberin, von einem eigentlichen „Nebenbeschäftigungsverbot“ – wie es der Beschwerdeführer beschwerdeweise behauptet – kann jedoch keine Rede sein. Dass ein Arbeitgeber die Ausübung einer Nebenbeschäftigung von einer vorgängigen Bewilligung abhängig macht, ist denn auch durchaus üblich und rechtlich zulässig, bestimmt Art. 321a Abs. 3 OR doch, dass der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten darf, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert (vgl. auch ULLIN STREIFF / ADRIAN VON KAENEL / ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 321a N 10 und N 11).

Entgegen dem Beschwerdeführer besteht somit kein Anlass, Ziffer 8 des Anstellungsvertrages vorliegend unberücksichtigt zu lassen. Vielmehr war er aufgrund des klaren und unmissverständlichen Wortlauts dieser Bestimmung gehalten, vor Aufnahme einer – wie auch immer gearteten – Neben(erwerbs)beschäftigung eine (schriftliche) Zustimmung der Arbeitgeberin einzuholen.

**3.2.2** Im Weiteren steht fest und ist unbestritten, dass am 29. September 2016 – und damit noch während der laufenden Anstellung bei der C.\_\_\_\_\_ AG –, im Handelsregister des Kantons Bern die D.\_\_\_\_\_ GmbH eingetragen wurde, bei der der Beschwerdeführer als Gesellschafter und Geschäftsführer fungiert (act. IIA S. 191). Dass dieser hierfür in Nachachtung von Ziffer 8 des Anstellungsvertrags bei der C.\_\_\_\_\_ AG eine Bewilligung eingeholt hätte, wird beschwerdeweise nicht behauptet und ist auch anderweitig nicht ersichtlich. Insbesondere stellt die vom Beschwerdeführer mittels iPhone an die Arbeitgeberin gesendete E-Mail vom

28. Februar 2017 (act. IIA S. 84), wonach er – der Beschwerdeführer – wunschgemäss bestätige, dass er für seine im Herbst 2016 gegründete Firma nicht im Sinne eines normalen Angestellten tätig sei, keine Bewilligung im Sinne der arbeitsvertraglichen Bestimmung dar, bedürfte es doch nach deren klaren Wortlaut einer schriftlichen Zustimmung der Arbeitgeberin (vgl. E. 3.2.1 hiervor). Damit kann auch offen bleiben, welchen Inhalts das dieser E-Mail offenbar vorausgegangene Gespräch vom 23. Januar 2017 war, zumal er von den Beteiligten unterschiedlich erinnert wird (vgl. act. IIA S. 23). Unerheblich ist im Weiteren, ob der Beschwerdeführer – wie er behauptet – in seiner Firma keine Arbeit leistet (vgl. auch act. IIA S. 115), fungiert er doch gemäss Auszug aus dem Handelsregister (act. IIA S. 191) neben seinem Bruder als einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer und kann damit so oder anders wesentlichen Einfluss auf Art und Umfang der Aufträge nehmen.

**3.2.3** Demnach begründet der Umstand, wonach der Beschwerdeführer bei der Arbeitgeberin keine Bewilligung für seine Nebentätigkeit eingeholt hat, eine Verletzung der Treuepflicht respektive der arbeitsvertraglichen Pflichten. Diese hat nach der insoweit übereinstimmenden Aktenlage (vgl. act. IIA S. 23; 89; 177) zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin geführt.

**3.3** Was der Beschwerdeführer weiter dagegen vorbringt, verfährt nicht:

**3.3.1** So macht er unter Bezugnahme auf eine Rechnung vom 13. Juli 2017 (Akten des Beschwerdeführers [act. I] 6) geltend, die C. \_\_\_\_\_ AG habe die Dienste der D. \_\_\_\_\_ GmbH in Anspruch genommen, was beweise, dass diese keine Konkurrenz zur C. \_\_\_\_\_ AG bilde.

Aus der E-Mail der C. \_\_\_\_\_ AG an die Beschwerdegegnerin vom 24. Juli 2017 (act. IIA S. 89) geht hervor, dass die fristlose Kündigung u.a. aufgrund einer Rechnung der D. \_\_\_\_\_ GmbH erfolgt sei. Daraus sowie aus der erwähnten Rechnung vom 13. Juli 2017 für ... leitet der Beschwerdeführer im Ergebnis ab, dass die C. \_\_\_\_\_ AG in der Firma des Beschwerdeführers keine Konkurrenz erblickt habe. Jene bestreitet den Auftrag zwar nicht, macht aber nachvollziehbar geltend, dass er ohne Er-

mächtigung an die D.\_\_\_\_\_ GmbH delegiert worden sei und sie davon nichts gewusst habe (vgl. act. IIA S. 23). In der Tat legt der Beschwerdeführer kein schriftliches Dokument vor, welches belegt, dass der damalige und offenbar Ende 2016 durchgeführte Auftrag für ... wie behauptet ausdrücklich an die D.\_\_\_\_\_ GmbH erging. Dergleichen lässt sich insbesondere auch nicht aus der vom Beschwerdeführer ins Feld geführten Rechnung ableiten, zumal diese offensichtlich nach der Verfügung vom 5. Juli 2017 erstellt wurde (act. I 6; IIA S. 101).

**3.3.2** Schliesslich wendet der Beschwerdeführer ein, es sei vorgängig der Kündigung keine Verwarnung erfolgt, welche Bezug auf die Nebenbeschäftigung genommen habe.

Die Frage, ob die Entlassung unter den vorliegend gegebenen Umständen einer vorangehenden Verwarnung bedurfte, bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Davon abgesehen, ist der Einwand des Beschwerdeführers ohnehin unbegründet: Mit Schreiben vom 5. Dezember 2016 (act. IIA S. 17) forderte die C.\_\_\_\_\_ AG den Beschwerdeführer unter dem Titel „Verwarnung mit fristlosem Kündigungsvorbehalt“ u.a. explizit auf, keine operativen Tätigkeiten bei anderen Unternehmen, insbesondere bei der eigenen GmbH, vorzunehmen. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, das fragliche Schreiben nicht erhalten zu haben, womit dem Erfordernis der vorgängigen Abmahnung – so es denn vorliegend zu bejahen wäre – Genüge getan wurde.

**3.4** Zusammenfassend ist unter den dargelegten Umständen offensichtlich, dass der Beschwerdeführer durch sein Verhalten der Arbeitgeberin Anlass zur (fristlosen) Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat. Er nahm damit eine Kündigung zumindest in Kauf, zumal ihm diese angedroht worden war (vgl. E. 2.2 vorne). Damit steht auch fest, dass der Beschwerdeführer zu Recht in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit eingestellt wurde.

**3.5** Zu prüfen bleibt abschliessend die Angemessenheit der verfügten Sanktion von 30 Einstelltagen.

**3.5.1** 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 leicht-

tem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 45 Abs. 3 lit. a - c AVIV). Innerhalb dieses Rahmens entscheiden die Organe der Arbeitslosenversicherung nach pflichtgemäßem 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 naheliegender erscheinen lassen (BGE 123 V 150 E. 2 S. 152; ARV 2006 S. 230 E. 2.1).

**3.5.2** Bei der mit Verfügung festgesetzten (act. IIA S. 102) und im angefochtenen Einspracheentscheid bestätigten (act. IIA S. 60) Einstelldauer in der Anspruchsberechtigung von 30 Tagen geht die Beschwerdegegnerin von einem mittelschweren Verschulden aus, was in Anbetracht der dargelegten Umstände eher als wohlwollend zu betrachten ist. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass die D.\_\_\_\_\_ GmbH u.a. den Handel mit ... für das ... bezweckt (vgl. act. IIA S. 191), womit sie – entgegen der Darstellung im Schreiben vom 28. Juni 2017 (vgl. act. IIA S. 107) – mindestens in Teilen eine identische Zweckrichtung wie die C.\_\_\_\_\_ AG verfolgt (zu deren Gesellschaftszweck, vgl. [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)) und diese damit direkt konkurrenziert. Ein triftiger Grund, der ein Eingreifen ins Ermessen der Verwaltung rechtfertigen würde, ist indessen gerade noch nicht gegeben.

**3.6** Zusammenfassend besteht der angefochtene Einspracheentscheid vom 16. Oktober 2017 zu Recht und die dagegen gerichtete Beschwerde ist abzuweisen.

#### **4.**

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

**4.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

**Demnach entscheidet die Einzelrichterin:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - B. \_\_\_\_\_ z.H. des Beschwerdeführers
  - Arbeitslosenkasse Unia
  - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
  - Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Die Einzelrichterin:

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.