

200 19 239 ALV  
SCP/SCM/RUL/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 23. Mai 2019**

Verwaltungsrichter Schütz  
Gerichtsschreiberin Schädeli

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch B. \_\_\_\_\_ AG, Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 21. Februar 2019



## Sachverhalt:

### A.

Die 1988 geborene A. \_\_\_\_\_ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) arbeitete vom 1. Januar 2016 bis 17. Juli 2018 als ... bei der D. \_\_\_\_\_ GmbH sowie für das nicht im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen E. \_\_\_\_\_ (Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse [ALK bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilagen [AB] 251-254). Diese Stellen wurden ihr bei bestehender Schwangerschaft mit Schreiben vom 17. Juli 2018 fristlos gekündigt (AB 369-371), womit sich die Versicherte nicht einverstanden erklärte und am 25. Juli 2018 ein Schlichtungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde ... einreichte (vgl. AB 361-368). Am 17. August 2018 meldete sich die Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (AB 359-360) und stellte am 21. August 2018 (AB 355-358) Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 18. Juli 2018. Während sie das RAV bat, bezüglich des hängigen Schlichtungsverfahrens ihren Anwalt zu konsultieren (vgl. AB 359), reichte sie der ALK mit der Anmeldung nebst der Kündigung das Schlichtungsgesuch (AB 361-368) zu den Akten. Mit Verfügung vom 25. September 2018 stellte die ALK die Versicherte wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit mit Wirkung ab 17. Juli 2018 im Umfang von 45 Tagen vorsorglich in der Anspruchsberechtigung ein (AB 122-124).

Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 4. Dezember 2018 einigten sich die Versicherte und ihre (ehemaligen) Arbeitgeber im Rahmen eines Vergleichs unter anderem darauf, dass sich die Arbeitsverhältnisse in ungekündigtem Zustand befinden, die Beschwerdeführerin bis zum 30. November 2018 gestützt auf Art. 35a des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) von der Arbeit fernbleiben durfte und die Arbeitsverhältnisse unter Beachtung der gesetzlichen Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. c des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]) per 31. Juli 2019 aufgehoben werden, wobei bis zu diesem Zeitpunkt alle Parteien an die gesetzlichen und arbeitsvertraglichen Pflichten gebunden bleiben (AB 50-52). Nach Kenntnisnahme der im Schlichtungsverfahren geschlossenen Verein-

barung (AB 50-52), hob die ALK mit Verfügung vom 28. Dezember 2018 (AB 37-39) die vorsorglich erlassene Einstellungsverfügung vom 25. September 2018 (AB 122-124) auf. Gleichentags verfügte sie die Ablehnung der Anspruchsberechtigung ab dem 17. August 2018 (AB 40-41) und erwog, dass die Beschwerdeführerin gemäss Vereinbarung weiterhin in einem Arbeitsverhältnis stehe, weshalb der Arbeitsausfall nicht anrechenbar respektive das Arbeitsverhältnis ungekündigt sei. Daran hielt sie auf Einsprache hin (AB 24-29) mit Entscheid vom 21. Februar 2019 (AB 20-23) fest.

## **B.**

Hiergegen erhob die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_, am 25. März 2019 Beschwerde. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Der Einspracheentscheid vom 21. Februar 2019 zur Verfügung Nr. 15549 vom 28. Dezember 2018 sei aufzuheben.
2. Der Beschwerdeführerin seien die gesetzlichen Leistungen der Arbeitslosenversicherung ab dem 17. August 2018 bis zu ihrer Abmeldung per Ende November 2018 zu gewähren und auszurichten.  
Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese sei anzuweisen, der Beschwerdeführerin die gesetzlichen Leistungen der Arbeitslosenversicherung auszurichten.

Mit Beschwerdeantwort vom 17. April 2019 schliesst der Beschwerdegegner 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. 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 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 21. Februar 2019 (AB 20-23). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in der Zeit vom 17. August bis 30. November 2018.

**1.3** Der Beschwerdegegner errechnete einen versicherten Verdienst von Fr. 5'219.-- (AB 82), womit der Streitwert unter Fr. 20'000.-- liegt und 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** Die versicherte Person hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 7 Abs. 2 lit. a AVIG), wenn sie – unter anderem – ganz oder teilweise arbeitslos ist, einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten und die Beitrags-

zeit erfüllt hat oder von der Erfüllung derselben befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a, b und e AVIG).

**2.2** Gemäss Art. 10 Abs. 1 AVIG gilt als ganz arbeitslos, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Nach Art. 10 Abs. 2 AVIG gilt als teilweise arbeitslos, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. a) oder wer eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. b).

### **2.3**

**2.3.1** Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert. Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIV). Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, für den dem Arbeitslosen Lohnansprüche oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche zustehen (Art. 11 Abs. 3 AVIG).

**2.3.2** Hat die Kasse begründete Zweifel darüber, ob der Versicherte für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG hat oder ob sie erfüllt werden, so zahlt sie Arbeitslosenentschädigung aus (Art. 29 Abs. 1 AVIG). Mit der Zahlung gehen alle Ansprüche des Versicherten samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse über (Art. 29 Abs. 2 Satz 1 AVIG). Werden diesbezüglich begründete Zweifel bejaht, wird das Anspruchsmerkmal des anrechenbaren Arbeitsausfalls im Sinne einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung als gegeben angenommen (BGE 127 V 475 E. 2 bb S. 477). Das Anspruchsmerkmal des anrechenbaren Arbeitsausfalls kann nicht nachträglich verneint werden (vgl. BARBARA KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Aufl. 2013, S. 36 und 156).

### 3.

**3.1** Die Arbeitsverhältnisse zwischen der Beschwerdeführerin und der D.\_\_\_\_\_ GmbH sowie E.\_\_\_\_\_, wurden rechtlich sowie faktisch durch die fristlose Kündigung vom 17. Juli 2018 (AB 369-371) sofort beendet, auch wenn die Kündigung während der Sperrfrist, welche aufgrund der Schwangerschaft der Beschwerdeführerin bestand, ausgesprochen wurde (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 337c N. 13). Bei der Beurteilung der Frage, ob die versicherte Person noch in einem Arbeitsverhältnis steht, ist die faktische Betrachtungsweise massgebend (vgl. BGE 119 V 156 E. 2a; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 27. Juni 2011, 8C\_124/2011, E. 6.2; KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 31; vgl. auch Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, AVIG-Praxis ALE B82). Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug vom 17. August 2018 (AB 359-360) in keinem Arbeitsverhältnis stand und als teilweise arbeitslos im Sinn von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG galt, d.h. eine Teilzeitbeschäftigung inne hatte und eine Beschäftigung im Umfang von 100 % suchte (vgl. AB 324, 327, 344 Ziff. 1, 355-356 Ziff. 3 und 12).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners (Beschwerdeantwort S. 4 Ziff. 5) ändert an diesem Umstand die am 4. Dezember 2018 von der Beschwerdeführerin mit den Arbeitgebern abgeschlossene Schlichtungsvereinbarung (AB 50-52), womit die Parteien die fristlose Kündigung nachträglich als unwirksam betrachten, nichts. Denn nach den Ausführungen hiervor war die Anspruchsvoraussetzung nach Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG im Zeitpunkt der Anspruchserhebung erfüllt.

**3.2** Vielmehr hatte der Beschwerdegegner im Zeitpunkt der Anspruchserhebung die weiteren Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen und bezüglich der Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls – wie nachfolgend dargelegt wird – davon auszugehen, dass in Anbetracht des von der Beschwerdeführerin bereits eingeleiteten Schlichtungsverfahrens begründete Zweifel über Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 11 Abs. 3 i.V.m. Art. 29 Abs. 1 AVIG vorgelegen haben (vgl. ARV 2017 S. 142 E. 3.1).

Haben solche Zweifel bestanden, wird das Anspruchsmerkmal des anrechenbaren Arbeitsausfalls (Art. 8 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 11 AVIG) im Sinne einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung als gegeben erachtet (BGE 126 V E. 3a/bb mit weiteren Hinweisen; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2398 N. 448). Für die Annahme begründeter Zweifel ist entscheidend, ob für die Zeit des Arbeitsausfalls Unklarheit über das Vorliegen von Lohn- und Entschädigungsansprüchen gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber besteht oder nicht (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2398 N. 451; Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, AVIG-Praxis ALE C198). Zudem sind Zweifel auch immer dann als begründet anzusehen, wenn zu erwarten ist, dass die arbeitslose Person nicht innert nützlicher Frist ihr Geld erhält (NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2399 N. 452). Sofern die versicherte Person bereits ein arbeitsgerichtliches Verfahren eingeleitet hat, liegen begründete Zweifel vor (NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2399 N. 451). Die Beschwerdeführerin reichte am 25. Juli 2018 ein Schlichtungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde ... ein, um Ansprüche gegen ihre ehemaligen Arbeitgeber geltend zu machen (AB 361-368), worüber sie den Beschwerdegegner auf der Anmeldung zur Arbeitslosenentschädigung vom 21. August 2018 auch informierte (vgl. AB 356 Ziff. 20). Dass zwischen der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung vom 17. August 2018 (AB 359-360) und der Schlichtungsverhandlung längere Zeit vergehen kann, musste dem Beschwerdegegner bewusst sein, weshalb bei der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung nicht davon ausgegangen werden konnte, die Beschwerdeführerin erhalte innert nützlicher Frist ihr Geld. Dass die Zweifel am Bestehen von Lohn- und Entschädigungsansprüchen gegenüber den (ehemaligen) Arbeitgebern denn auch begründet waren, wurde dem Beschwerdegegner vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 13. September 2018 (AB 129-132) ausführlich dargelegt und dokumentiert (AB 133-249). Liegen begründete Zweifel vor, ist die Anspruchsvoraussetzung des anrechenbaren Arbeitsausfalls im Sinne von Art. 11 AVIG zu bejahen und die Arbeitslosenkasse verpflichtet, der versicherten Person Taggelder auszurichten (NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2398 N. 448; vgl. auch Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, AVIG-Praxis ALE C199). Dass die Anspruchsvoraussetzung des anrechenbaren Arbeitsausfalls damit erfüllt ist, ändert auch der Umstand nichts, dass sich der Be-

schwerdegegner veranlasst sah, die Beschwerdeführerin zusätzlich in der Anspruchsberechtigung einzustellen (vgl. KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 154). Anzumerken bleibt, dass eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung das Vorliegen sämtlicher Leistungsvoraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 AVIG voraussetzt (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2512 N. 832), mithin der Beschwerdegegner durch Erlass der Verfügung vom 25. September 2018 (AB 122-124) zum Zeitpunkt der Anmeldung (17. August 2018 [AB 359-360]) – entgegen seiner anderslautenden Ausführungen – selbst vom Vorliegen eines anrechenbaren Arbeitsausfalls nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ausging. Dieser kann damit nicht nachträglich verneint werden (vgl. E. 2.3.2 hiervor). Ob vorliegend zudem erhebliche Indizien für die Annahme einer selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG vorliegen, kann hier offen bleiben, hob doch der Beschwerdegegner die Einstellungsverfügung nach Abschluss des arbeitsrechtlichen Verfahrens mit Verfügung vom 28. Dezember 2018 (AB 37-39) auf.

Vermag die zusätzliche Einstellung in der Anspruchsberechtigung die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls nicht in Frage zu stellen, überzeugt die Argumentation des Beschwerdegegners (Beschwerdeantwort S. 4 Ziff. 6), wonach der Schutzzweck von Art. 29 Abs. 1 AVIG (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2397 N. 448) keine rückwirkende Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung zulasse, nicht. Nach den Ausführungen hiervor gibt – soweit auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 AVIG gegeben sind – denn auch nicht Art. 29 Abs. 1 AVIG, sondern die Aufhebung der Einstellungsverfügung Anlass zur Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung. Zudem würde der Schutzzweck von Art. 29 Abs. 1 AVIG vereitelt, wenn der versicherten Person nach Abschluss des arbeitsrechtlichen Verfahrens die vorsorgliche Einstellung in der Anspruchsberechtigung trotz deren Aufhebung entgegengehalten werden könnte. Vielmehr werden die Interessen der Arbeitslosenkasse von Gesetzes wegen damit gewahrt, dass die Lohn- und Entschädigungsansprüche der versicherten Person durch Subrogation auf die Arbeitslosenkasse übergehen (Art. 29 Abs. 2 AVIG). Dass der Beschwerdegegner im vorliegenden Fall seine Interessen nicht gewahrt hat, kann schliesslich nicht der Beschwerdeführerin zum Nachteil gereichen.

**3.3** Nach dem Dargelegten sind die Voraussetzungen der Arbeitslosigkeit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG sowie des anrechenbaren Arbeitsausfalls nach Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Abs. 1 AVIG erfüllt. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid vom 21. Februar 2019 (AB 20-23) ist aufzuheben und die Sache ist an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit dieser die übrigen Anspruchsvoraussetzungen (Art. 8 Abs. 1 AVIG) prüfe und anschliessend über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung der Beschwerdeführerin ab dem 17. August 2018 neu befinde.

#### **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 (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

In der Beschwerde vom 26. März 2019 macht Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_ ein Honorar von Fr. 1'825.-- zuzüglich Auslagen von Fr. 54.75 und die Mehrwertsteuer von Fr. 144.75 (7.7 % von Fr. 1'879.75) geltend, was nicht zu beanstanden ist. Die Parteientschädigung ist demnach auf Fr. 2'024.50 (inkl. Auslagen und MWSt.) festzusetzen; diesen Betrag hat der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin zu ersetzen.

#### **Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern vom

21. Februar 2019 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 2'024.50 (inkl. Auslagen und MWSt.), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
  - B. \_\_\_\_\_ AG, Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_ z.H. der Beschwerdeführerin
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
  - 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.