

200 19 69 ALV
ACT/ABE/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 4. April 2019

Verwaltungsrichter Ackermann
Gerichtsschreiberin Abenheim

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 11. Dezember 2018



Sachverhalt:

A.

Der 1965 geborene A._____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) meldete sich am 8. Januar 2018 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (Akten des beco, Arbeitslosenkasse [beco bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 180) und beantragte gleichentags Arbeitslosenentschädigung (AB 182). Am 3. Mai 2018 trat der Versicherte eine Stelle in einer ... an (AB 117, 120, 136). Zuzufolge Differenzen betreffend Inhalt und Ausgestaltung des Arbeitsvertrages kündigte er die Anstellung per 18. Mai 2018 (AB 128). In der Folge räumte ihm das beco (erneut; vgl. AB 136) die Möglichkeit ein, sich zum Kündigungsgrund zu äussern, wovon er am 5. Juni 2018 Gebrauch machte (AB 115 f.).

Mit Verfügung vom 15. Juni 2018 (AB 110) stellte das beco den Versicherten wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit in der Anspruchsberechtigung im Umfang von 31 Tagen ab dem 19. Mai 2018 ein. Nachdem der Versicherte dagegen Einsprache erhoben hatte (AB 100, 104), holte das beco eine Stellungnahme der Arbeitgeberin ein (AB 73) und gewährte dem Versicherten das rechtliche Gehör (AB 69). Mit Einspracheentscheid vom 11. Dezember 2018 (AB 48) hielt das beco an der verfügten Einstellung fest.

B.

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 28. Januar 2019 Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Einspracheentscheid vom 11. Dezember 2018 sowie die Verfügung Nr. 5564 vom 15. Juni 2018 seien aufzuheben.
2. Dem Beschwerdeführer seien die gesetzlich zustehenden Leistungen auszurichten.
3. Eventualiter: Das Strafmass sei angemessen zu reduzieren und damit die Einstellungstage zu kürzen.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge –

In der Beschwerdeantwort vom 6. Februar 2019 beantragt der Beschwerdegegner 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 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 11. Dezember 2018 (AB 48). Streitig und zu prüfen ist die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit, eventualiter deren Dauer.

1.3 Bei einer Einstellung von 31 Tagen à Fr. 132.25 (AB 56, Ziff. 3) liegt der Streitwert unter Fr. 20'000.--, weshalb 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, die Versicherungsleistungen beanspruchen will, muss mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 AVIG).

2.2 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 Verdienstaufschlags (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).

2.3 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 insbesondere dann als selbstverschuldet, wenn die versicherte Person 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 (Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIG). Unzumutbar ist namentlich eine Arbeit, die den persönlichen Verhältnissen der versicherten Person nicht angemessen ist (Art. 16 Abs. 2 lit. c. AVIG). Nach der Rechtsprechung ist bei der Prüfung der Frage, ob der versicherten Person ein Verbleiben am bisherigen Arbeitsplatz nicht

mehr zumutbar gewesen sei, ein strenger Massstab anzulegen (SVR 1997 ALV Nr. 105 S. 323 E. 1).

3.

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer das unbefristete Vollzeit-arbeitsverhältnis am 14. Mai 2018 per 18. Mai 2018 gekündigt hat (AB 128), ohne dass er eine neue Anstellung in Aussicht hatte. Uneinig sind sich die Parteien jedoch über die Frage der Zumutbarkeit des Verbleibens am Arbeitsplatz resp. ob die Stelle freiwillig aufgegeben wurde.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Arbeitgeberin sei nicht gewillt gewesen, ihn im Zwischenverdienst anzustellen (Beschwerde, S. 3). In der Stellungnahme vom 24. Mai 2018 (AB 136) legte er sinngemäss dar, die Arbeitgeberin sei nicht bereit gewesen, das Formular „Bescheinigung über Zwischenverdienst“ jeweils rechtzeitig auszufüllen, und in der Einsprache vom 20. September 2018 (AB 69) führte er aus, Vorstellungsgespräche oder Beratungstermine beim RAV hätte er ausserhalb der Arbeitszeit wahrnehmen müssen. Die Arbeitgeberin habe sich geweigert, entsprechende Ergänzungen (AB 131) in den Arbeitsvertrag (AB 120) aufzunehmen (vgl. AB 137). Die Kündigung (AB 128) habe er wegen dieser Differenzen bzw. auf Aufforderung der Arbeitgeberin eingereicht (vgl. AB 115). Er habe sich in einem Dilemma befunden: Einerseits habe er den Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag nachkommen wollen, andererseits sei er bestrebt gewesen, seine arbeitslosenversicherungsrechtlichen Pflichten zu erfüllen. Ein Vorwurf könne ihm nicht gemacht werden (Beschwerde, S. 5 f.).

Demgegenüber stellt sich der Beschwerdegegner auf den Standpunkt, eine Unzumutbarkeit für das Beibehalten der Anstellung bis zum Finden einer neuen Stelle sei nicht auszumachen (vgl. AB 55 f.).

3.1 Vorab ist festzuhalten, dass der Vertrag über die Tätigkeit in der ... zustande gekommen ist, da sich die Parteien über die sog. essentialia negotii (wozu die Qualifikation der Stelle als Zwischenverdienst nicht gehört; vgl. E. 3.2.2 hiernach) geeinigt haben und der Beschwerdeführer überdies die Tätigkeit aufgenommen hat (vgl. AB 117, 125). Das Fehlen eines Kon-

senses wird in der Beschwerde – anders als noch im Verwaltungsverfahren (AB 70, 115) – denn auch nicht mehr geltend gemacht. Dass der Vertrag nur von einer Partei unterzeichnet wurde (AB 121), schadet nichts (Art. 11 Abs. 1 und Art. 320 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]).

3.2 Zu prüfen ist, ob die Stelle in der ... unzumutbar war.

3.2.1 In finanzieller Hinsicht war die Arbeitsstelle ohne weiteres zumutbar. Denn aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht galt die Tätigkeit allein als Zwischenverdienst (vgl. E. 3.2.2 hiernach) und hatte, da der Lohn tiefer als 70% des versicherten Verdienstes war (vgl. AB 113, 121, 125), gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG entsprechende Kompensationszahlungen zur Folge (vgl. E. 2.2 hiervor).

3.2.2 Ferner war der Zwischenverdienst auch in persönlicher Hinsicht zumutbar: Entgegen der offenbar vom Beschwerdeführer vertretenen Auffassung (vgl. AB 70, 131; vgl. auch Beschwerde, S. 3 f.) handelt es sich beim Zwischenverdienst um ein gewöhnliches Arbeitsverhältnis, auf welches die jeweiligen gesetzlichen und vertraglichen Regelungen – hier über den Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR – anwendbar sind. Ein Zwischenverdienst ist nicht eine Art Beschäftigungsprogramm, von dem sich ein Versicherter für Beratungs- und (selber vereinbarte) Vorstellungsgespräche dispensieren lassen kann, insbesondere wenn wie hier eine ... permanent besetzt sein muss, was eine Planung und angemessene Rücksichtnahme auf andere Mitarbeitende bedingt. Verrichtungen wie ein Gang auf eine Amtsstelle hat ein Arbeitnehmer – und damit auch eine im Zwischenverdienst beschäftigte Person – primär nebenbei, d.h. in der Freizeit zu besorgen (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage 2012, N 6 zu Art. 329). Die im Merkblatt des beco von 2013 (Beschwerdebeilage [BB] 5) erwähnte Pflicht des Arbeitgebers, dem im Zwischenverdienst angestellten Arbeitnehmer die Wahrnehmung von Terminen zu ermöglichen, kommt erst zur Anwendung, wenn es die betrieblichen Verhältnisse verunmöglichen, dass entsprechende Anlässe auf freie Tage oder freie Stunden gelegt werden können. Zeit für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle hat der Arbeitgeber zudem erst nach erfolgter Kündigung zu gewähren (Art. 329 Abs. 3 OR). Anders als in der Beschwerde (S. 5) darge-

legt, wäre die Wahrnehmung entsprechender Termine möglich gewesen. Aus dem in den Akten liegenden Arbeitsplan für die Zeit vom 1. bis 16. Mai 2018 (AB 134) geht hervor, dass der Beschwerdeführer unregelmässige Arbeitszeiten hatte bzw. dass an Arbeitstagen durchaus Randzeiten zur Verfügung gestanden hätten, welche für Beratungs- oder Vorstellungsgespräche hätten genutzt werden können. Der Beschwerdeführer bot jedoch keinerlei Hand zu einer einvernehmlichen Lösung, sondern beharrte von Anfang an auf seiner Sichtweise (vgl. AB 128, 131; vgl. auch Beschwerde, S. 3). Es bestehen denn auch weder Anhaltspunkte noch macht der Beschwerdeführer geltend, dass er zumindest versucht hätte, die offenbar bereits vor Stellenantritt vereinbarten Termine vom 7. Mai 2018 und 5. Juni 2018 (vgl. AB 137) zu verschieben. Auch wenn die Arbeitgeberin sich an mit dem Zwischenverdienst zusammenhängenden administrativen Verpflichtungen gestört haben sollte (vgl. AB 73, 95; vgl. auch AB 87), ist nicht erstellt, dass sie Bescheinigungen über den Zwischenverdienst zu Lasten des Beschwerdeführers nicht rechtzeitig ausgefüllt hätte. Vielmehr ist mit dem Formular vom 30. Mai 2018 (AB 117 f.) der gegenteilige Nachweis erbracht, so dass es sich auch insoweit um eine zumutbare Stelle handelte.

Dem Beschwerdeführer scheint nicht klar zu sein (vgl. Beschwerde, S. 5), dass das Innehaben einer Stelle (inkl. eines Zwischenverdienstes) der Arbeitsmarktfähigkeit einer versicherten Person am besten dient bzw. damit die besten Chancen bestehen für eine definitive Beendigung der Arbeitslosigkeit. Dass die Art der Beschäftigung womöglich nicht seinen Wünschen entsprochen hat, genügt zur Annahme einer Unzumutbarkeit nicht (ARV 1986 S. 95 E. 2). Auch ein gespanntes Verhältnis zum Vorgesetzten (vgl. AB 74, 84, 137) begründet für sich allein keine Unzumutbarkeit (BGE 124 V 234 E. 4b bb S. 239; ARV 1986 S. 92 E. 2b; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 9. Juni 2017, 8C_66/2017, E. 2).

3.2.3 Auch in medizinischer Hinsicht ist keine Unzumutbarkeit dargetan. Eine Unzumutbarkeit aus gesundheitlichen Gründen muss durch ein eindeutiges ärztliches Zeugnis (oder allenfalls durch andere geeignete Beweismittel) belegt sein, wobei die Zumutbarkeit zum Verbleiben strenger beurteilt wird als die Zumutbarkeit zum Antritt einer neuen Stelle (BGE 124 V 234 E. 4b bb S. 238; ARV 2009 S. 265 E. 2.2; BGer 8C_66/2017, E. 2

und E. 4.3). Im zu Händen des Beschwerdegegners verfassten Zeugnis vom 26. Juni 2018 (AB 94) legte Dr. med. C. _____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, nicht dar, dass allfällige gesundheitlichen Probleme im Zusammenhang mit dem konkreten Arbeitsplatz in der ... stehen bzw. ein Verbleiben am Arbeitsplatz die Gesundheit gefährdet hätte. Aus welchen Gründen sich der Arzt für eine Aufhebung der verfügten Sanktion ausspricht bzw. das Vorgehen des Beschwerdeführers unterstützt, wird mit keinem Wort dargelegt. Worauf er sich mit der „medizinischen Vorgeschichte“ (AB 94) bezieht, ist unklar; ein eindeutiges ärztliches Zeugnis im Sinne der Rechtsprechung liegt jedenfalls nicht vor.

3.2.4 Schliesslich ist in keiner Art und Weise erstellt, dass der Beschwerdeführer vom RAV-Berater eine falsche Auskunft erhalten hätte (vgl. Beschwerde, S. 4). Insbesondere ergibt sich aus den von ihm selber verfassten Telefonnotizen und Screenshots der Anruflisten (BB 9) nicht, dass der RAV-Berater einer Kündigung zugestimmt hätte. Vielmehr wird in der Beschwerde (S. 7) explizit eingeräumt, dass „ihn die Beschwerdegegnerin im entscheidenden Moment nicht beraten konnte, wie korrekt vorzugehen ist“, was eine Auskunft sachlogisch ausschliesst.

3.2.5 Nach dem Dargelegten ist von einer freiwilligen Aufgabe der Stelle ohne triftige Gründe auszugehen. Die Aufgabe des (zumutbaren) Zwischenverdienstes stellt eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit im Sinne des Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV (vgl. E. 2.3 hiervor) dar, welche der Beschwerdegegner zu Recht mit einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung sanktioniert hat. Am Selbstverschulden ändert nichts, wenn der Auffassung in der Beschwerde (S. 5 f.) gefolgt wird, die Arbeitgeberin habe ihm die Kündigung nahe gelegt und bei deren Ausbleiben hätte sie ihm gekündigt. Denn eine entsprechende Arbeitgeberkündigung hätte der Beschwerdeführer – wie dargelegt – durch sein Verhalten veranlasst, was gleichermassen zur Einstellung in der Anspruchsberechtigung führte (Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV).

Zu prüfen bleibt die Angemessenheit der Sanktion.

3.3 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 leich-

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 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 Wird ein zumutbarer Zwischenverdienst aufgegeben, bemisst sich die Einstellungsdauer nach dem gleichen Verschuldensmasstab wie bei der Aufgabe einer zumutbaren Arbeit im Sinne des Art. 16 AVIG (BGE 122 V 34 E. 4c bb S. 40 f.). Wenn die versicherte Person – wie hier – ohne entschuldigen Grund eine zumutbare Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen aufgegeben hat, liegt ein schweres Verschulden vor (Art. 45 Abs. 4 lit. a AVIV). Umstände, welche das Verschulden leichter als schwer erschienen liessen (BGE 130 V 125 E. 3.5 S. 130 f.), sind hier nicht ersichtlich, da der Beschwerdeführer wie dargelegt nicht einmal versucht hat, mit der Arbeitgeberin zu kooperieren (vgl. E. 3.2.2 hiervor). Bei schwerem Verschulden liegt der Rahmen zwischen 31 und 60 Tagen (E. 3.3 hiervor). Mit den streitigen 31 Einstelltagen liegt die Sanktion an der untersten Grenze des schweren Verschuldens. Da es sich nicht um einen Wiederholungsfall handelt, ist das Sanktionsmass nicht zu beanstanden. Eine Veranlassung seitens des Gerichts, in das diesbezügliche Ermessen des Beschwerdeführers einzugreifen, besteht nicht.

3.3.2 Bei einem Zwischenverdienst ist Gegenstand der Einstellung allein der betragsliche Unterschied zwischen dem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und dem Anspruch auf Kompensationszahlungen. Nur im Umfang dieser Differenz kann unter den Gesichtspunkten der Kausalität und Verhältnismässigkeit von einer schuldhaft verursachten Arbeitslosigkeit ausgegangen werden (Ziff. D68 der vom Staatssekretariat für Wirtschaft [SECO] herausgegebenen AVIG-Praxis; abrufbar unter www.arbeit.swiss/secoalv/de/home.html; vgl. auch Entscheid des BGer vom 22. Februar 2007, C 17/07, E. 4). Der Beschwerdeführer wurde korrekt nur soweit eingestellt, als die Arbeitslosenentschädigung (volles Taggeld: Fr. 278.75

[AB 113]) den bei Beibehaltung des Zwischenverdienstes zustehenden Differenzausgleich (Fr. 146.50 [AB 113]) überstiegen hätte (Fr. 132.25; vgl. AB 56 Ziff. 3).

3.4 Nach dem Dargelegten lässt sich die Einstellung in der Anspruchsberechtigung weder vom Grundsatz noch von der Dauer her beanstanden. Die Beschwerde ist abzuweisen.

3.5 Die Aktenstücke AB 38-40 betreffen nicht den Beschwerdeführer. Der Beschwerdegegner wird sie aus den Akten zu entfernen haben.

4.

4.1 Es sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

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

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

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
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse
 - 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.