

200 22 766 ALV  
WIS/SVE/STA

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil der Einzelrichterin vom 17. Oktober 2023**

Verwaltungsrichterin Wiedmer  
Gerichtsschreiberin Schwitter

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

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 15. November 2022



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der 1970 geborene A.\_\_\_\_\_ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war seit dem 19. Juli 1999 bei der C.\_\_\_\_\_ AG (...) angestellt, als diese das Arbeitsverhältnis am 2. Juli 2021 per 31. Oktober 2021 kündigte (Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse [AVA bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 239, 293). Mit Vereinbarung vom 2. Juli 2021 bzw. vom 5. Juli 2021 (AB 272-274) wurde das Arbeitsverhältnis zwischen dem Versicherten und der C.\_\_\_\_\_ einvernehmlich per 31. Dezember 2021 aufgelöst. Am 14. September 2021 meldete sich der Versicherte zur Arbeitsvermittlung an (AB 312-313) und am 11. Oktober 2021 stellte er einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (AB 288-291, 308-311). Mit Verfügung vom 10. Februar 2022 (AB 164-165) wurde der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vom 1. Januar 2022 bis zum 28. Februar 2022 abgelehnt, da sich die Kündigungsfrist aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit im September 2021 bis mindestens zum 31. Januar 2022 verlängert und der Arbeitgeber eine Entschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen entrichtet habe, womit die Monate Januar und Februar 2022 abgedeckt seien und der Versicherte keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten habe. Die dagegen erhobene Einsprache (AB 160-163) hiess das AVA mit Entscheid vom 15. November 2022 (AB 43-50) insoweit teilweise gut, als die Anspruchsvoraussetzungen durch die Zahlstelle ... ab 1. Februar 2022 erneut geprüft würden. Darüber hinaus wies es die Einsprache ab.

### **B.**

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch die B.\_\_\_\_\_ vertreten durch D.\_\_\_\_\_, dipl. Rechtsfachfrau HF, mit Eingabe vom 15. Dezember 2022 Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Einspracheentscheid vom 15.11.2022 sei aufzuheben.
2. Es seien dem Beschwerdeführer die gesetzlichen Leistungen ab 01.01.2022 zu leisten. Demnach die Rahmenfrist für den Leistungsbezug ab 01.01.2022 zu

eröffnen und die Taggelder unter Berücksichtigung der Wartetage ab demselben Datum zu entrichten.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Der Beschwerdegegner schloss mit Beschwerdeantwort vom 30. Januar 2023 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. 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 15. November 2022 (AB 43-50). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für Januar 2022.

**1.3** Der Streitwert liegt mit Blick auf den versicherten Dienst (vgl. AB 94, 99, 109) 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** Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, wer ganz oder teilweise arbeitslos ist, einen anrechenbaren Arbeitsausfall hat, in der Schweiz wohnt, die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht, die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Beitragszeit befreit ist, vermittlungsfähig ist und die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 8 Abs. 1 AVIG).

**2.2** 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. Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, für den der arbeitslosen Person Lohnansprüche oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche zustehen (Abs. 3).

**2.3** Der Arbeitsausfall gilt so lange nicht als anrechenbar, als freiwillige Leistungen des Arbeitgebers den durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Verdienstaufschlag decken (Art. 11a Abs. 1 AVIG). Freiwillige Leistungen des Arbeitgebers werden nur berücksichtigt, soweit sie den Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 übersteigen (Art. 11a Abs. 2 AVIG).

Als freiwillige Leistungen des Arbeitgebers bei der Auflösung des privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses gelten

Leistungen, die nicht Lohn- oder Entschädigungsansprüche nach Art. 11 Abs. 3 AVIG darstellen (Art. 10a AVIV).

**2.4** Wird das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen vorzeitig aufgelöst, so wird der versicherten Person während der Zeit, die der Kündigungsfrist oder der Frist des befristeten Arbeitsvertrags entspricht, so lange kein Arbeitsausfall angerechnet, wie die Leistungen des Arbeitgebers den Einkommensverlust während dieser Zeit decken (Art. 10 h Abs. 1 AVIV). Übersteigen die Leistungen des Arbeitgebers den Betrag des der versicherten Person bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldeten Lohnes, so sind die Bestimmungen über die freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers nach Art. 11a AVIG anwendbar (Art. 10h Abs. 2 AVIV).

**2.5** Für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit gelten, sofern das AVIV nichts anderes vorsieht, zweijährige Rahmenfristen (Art. 9 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

### **3.**

**3.1** Aufgrund der Akten erstellt und zwischen den Parteien denn auch unbestritten ist, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der C.\_\_\_\_\_ und dem Beschwerdeführer schliesslich in gegenseitigem Einvernehmen per 31. Dezember 2021 aufgelöst wurde (AB 272-274) und der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Aufhebungsvereinbarung arbeitsfähig war (vgl. AB 286). Folglich galten die ordentlichen Kündigungsbestimmungen nach Ziff. 2.32.3 des Gesamtarbeitsvertrages C.\_\_\_\_\_ (GAV C.\_\_\_\_\_; gültig ab 1. Januar 2021, Stand 1. Mai 2021; abrufbar unter <[www.service-cct.ch/gav/909002/version/7/vertrag/11368](http://www.service-cct.ch/gav/909002/version/7/vertrag/11368)>). Demnach konnte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist gekündigt werden (Ziff. 2.32.3 Abs. 1 lit. c GAV C.\_\_\_\_\_; vgl. AB 293). Da der Beschwerdeführer jedoch bereits das 50. Altersjahr und das 20. Anstellungsjahr vollendet hatte (vgl. AB 239), konnte er eine Verlängerung der Kündigungsfrist auf fünf Monate i.S.v. Ziff. 2.32.3 Abs. 2 GAV C.\_\_\_\_\_ verlangen. Diese Verlängerung wurde ihm mit der Auflösungs-

vereinbarung vom 2. bzw. 5. Juli 2021 (AB 272-274) gewährt, indem das Arbeitsverhältnis per 31. Dezember 2021 aufgelöst wurde. In Ziff. 5 dieser Vereinbarung wurde ausserdem festgehalten, dass sich das Arbeitsverhältnis weder wegen Krankheit oder Unfall, noch wegen eines anderen unter Art. 336c des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) erwähnten Grundes verlängern würde.

**3.2** Unvorhersehbare Umstände, die keiner Partei zugerechnet werden können und nach dem Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrages, aber noch während der ohne den Abschluss des Aufhebungsvertrages massgebenden Kündigungsfrist auftreten, sind für die Frage der Zulässigkeit bzw. Rechtfertigung des Aufhebungsvertrages auch rückwirkend in die Beurteilung der legitimen Interessenlage miteinzubeziehen. Im Sinne einer Faustregel darf der Arbeitnehmer nicht schlechter gestellt sein, als er dies im Falle der Arbeitgeberkündigung gewesen wäre. Dem Arbeitnehmer sind als Ausgleich dieser Nachteile entsprechende Vorteile zu gewähren, damit das Erfordernis der Reziprozität der Konzessionen erfüllt ist. Lohnansprüche, die dem Arbeitnehmer aufgrund der Sperrfrist und der damit verlängerten Vertragslaufzeit zustehen würden, sind daher vom Arbeitgeber abzugelten. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR sieht vor, dass der Arbeitgeber nicht kündigen darf, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Gemäss Art. 336c Abs. 2 OR ist die Kündigung, die während einer solchen Sperrfrist erklärt wird, nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Juli 2020, 8C\_94/2020, E. 6.3 f. mit weiteren Hinweisen). Eine Sperrfrist liegt i.S.v. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR unter anderem ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen vor, wenn der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Bei Art. 336c OR handelt es sich um eine einseitig zwingende Regelung (vgl. PORTMANN/RUDOLPH, in: WIDMER LÜCHINGER/OSER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 336c N. 15) bzw. ist diese zu Ungunsten des Arbeitnehmers unabänderlich (Art. 362 OR). Die zwingende Natur der in Art. 336c OR genannten

Sperrfristen und das Verzichtsverbot können dazu führen, dass sie unter Umständen auch bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag zur Anwendung gelangen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 336c N. 2). Der zeitliche Kündigungsschutz ist insbesondere auch dann im Rahmen eines Aufhebungsvertrages anwendbar, wenn dieser dazu dient, die Kündigungsschutzbestimmungen zu umgehen (PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c N. 2).

**3.3** Zu prüfen ist folglich, ob sich die Kündigungsfrist von fünf Monaten infolge der vier Krankheitstage im September 2021 (vgl. AB 286) i.S.v. Art. 336c Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 lit. b OR um einen Monat, d.h. bis Ende Januar 2022, verlängerte, oder ob diese Regelung im Rahmen der Auflösungsvereinbarung (AB 272-274) rechtsgültig wegbedungen wurde. Dem Beschwerdeführer wurde in der Auflösungsvereinbarung in Ziff. 2 eine Fixentschädigung von Fr. 6'391.05, welche die Arbeitgeberbeiträge der Pensionskasse C.\_\_\_\_\_ bis Ende der Lohnfortzahlung vom 24. April 2022 bis zum 23. April 2023 beinhaltet, zugesprochen und mit dem Lohn im Dezember 2021 ausbezahlt (vgl. AB 220). Weiter wurde in Ziff. 3 vereinbart, dass die C.\_\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer bis zum Ablauf der Lohnfortzahlung gemäss Ziff. 2.21.5 GAV C.\_\_\_\_\_ die Differenz der Lohnfortzahlung (Lohnkürzung 20 %) zwischen der C.\_\_\_\_\_ und der E.\_\_\_\_\_ auf Basis des Grades der Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters finanziere, wobei die Entschädigung vom 24. April 2022 bis zum 23. April 2023 Fr. 8'086.20 betrage und mit dem Dezemberlohn ausbezahlt wurde (vgl. AB 220). Ferner wurde dem Beschwerdeführer gemäss Ziff. 4 der Vereinbarung mit der letzten Lohnzahlung im Dezember eine Austrittsentschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen gemäss Ziff. 2.21.3 GAV C.\_\_\_\_\_ ausgerichtet (vgl. AB 220, 206-207). Schliesslich wurde in Ziff. 5 der Vereinbarung zwar gewährleistet, dass der Beschwerdeführer, sollte er im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses arbeitsunfähig sein, er soweit die Bedingungen des Leistungsbezugs erfüllt seien, Anrecht auf das versicherte Taggeld gegenüber der Versicherung und zwar in Form eines direkten Anspruchs gegenüber der Versicherung habe, allerdings das Arbeitsverhältnis – wie bereits erwähnt – weder wegen Krankheit oder Unfall, noch wegen eines anderen unter Art. 336c OR erwähnten

Grundes verlängert werde. Ohne diese Wegbedingung hätte sich das Arbeitsverhältnis infolge der krankheitsbedingten Absenzen bis Ende Januar 2022 verlängert, führen doch bereits Kurzabsenzen zu einer einmonatigen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses (BGE 115 V 442; PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c N. 13). Mithin hätte der Beschwerdeführer im Falle einer erneuten Erkrankung im Verlaufe des Januars 2022 wiederum Anspruch auf Krankentaggelder gehabt, wofür keine angemessene Entschädigung vereinbart wurde. Denn in der Auflösungsvereinbarung wurde einzig ein Anspruch auf Taggelder im Falle einer Erkrankung bis Ende 2021 vereinbart (vgl. Ziff. 5 der Auflösungsvereinbarung [AB 272-274]). Demzufolge ist Ziff. 5 der Aufhebungsvereinbarung (AB 272-274) missbräuchlich und die Kündigungsfrist wäre infolge der drei Krankheitstage im September 2021 i.S.v. Art. 336c Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 OR unterbrochen worden und hätte sich um einen Monat, d.h. bis Ende Januar 2022 verlängert (vgl. hierzu PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c N. 12 f.). Der Beschwerdeführer hatte damit für den Monat Januar 2022 einen Lohnanspruch, womit der Arbeitsausfall im Januar 2022 nicht anrechenbar und folglich nicht entschädigungsberechtigt ist (vgl. E. 2.1 f. hiervor; Rz. B102 der AVIG-Praxis ALE des SECO [abrufbar unter: <www.arbeit.swiss>]). Mithin liegt erst ab 1. Februar 2022 ein anrechenbarer Arbeitsausfall vor.

**3.4** Zusammenfassend ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

#### **4.**

**4.1** In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

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

**Demnach entscheidet die Einzelrichterin:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteienschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - B. \_\_\_\_\_ z.H. des Beschwerdeführers
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
  - Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Die Einzelrichterin:

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.