

200 23 68 ALV
SCP/FRN/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 31. Mai 2023

Verwaltungsrichter Schütz
Gerichtsschreiberin Franzen

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern
Rechtsdienst, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 13. Dezember 2022



Sachverhalt:

A.

Die 1979 geborene A._____ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) war ab dem 14. September 2018 bei der C._____ GmbH als ... angestellt (Dossier Arbeitslosenkasse Fachdienst KSI, [act. II] 94-98).

Am 26. Januar 2022 wurde über die C._____ GmbH der Konkurs eröffnet (Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB], Publikation vom xx. Februar 2022). Am 1. März 2022 stellte die Versicherte Antrag auf Insolvenzenschädigung für offene Lohnforderungen (act. II 163 f.). Mit Schreiben vom 22. Juni 2022 (act. II 125 f.) forderte das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (AVA), Arbeitslosenkasse, die Versicherte auf, sich bezüglich der Erfüllung der Schadenminderungspflicht zu äussern und entsprechende Unterlagen zuzustellen. Mit Verfügung vom 26. September 2022 (act. II 68 f.) verneinte das AVA, Arbeitslosenkasse, einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung mit der Begründung, die Versicherte habe ihre Schadenminderungspflicht nicht erfüllt, indem sie die vor dem Konkurs offenen Lohn Guthaben nicht rechtsgenügend eingefordert habe. Hiergegen erhob die Versicherte am 20. Oktober 2022 Einsprache (act. II 62-65). Auf Aufforderung hin (act. II 57 f.) liess die Versicherte dem AVA, Rechtsdienst (Beschwerdegegner), am 21. November 2022 weitere Unterlagen zukommen (act. II 17 f.), woraufhin dieser die Einsprache mit Entscheidung vom 28. November 2022 (act. II 12-15) guthiess.

Mit Entscheid vom 13. Dezember 2022 (act. II 3-7) zog das AVA, Rechtsdienst, den Einspracheentscheid vom 28. November 2022 (act. II 12-15) in Wiedererwägung und wies die Einsprache vom 20. Oktober 2022 ab.

B.

Hiergegen erhob die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, mit Eingabe vom 30. Januar 2023 Beschwerde mit den folgenden Anträgen:

1. Der angefochtene Wiedererwägungsentscheid sei aufzuheben.
2. Der Beschwerdeführerin sei die beantragte Insolvenzenschädigung zuzusprechen.

-unter Kosten- und Entschädigungsfolge-

Mit Beschwerdeantwort vom 23. Februar 2023 schliesst der Beschwerdegegner auf Abweisung der Beschwerde.

Mit prozessleitender Verfügung vom 24. Februar 2023 setzte der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin Frist bis am 24. März 2023 zum Einreichen einer Replik. Soweit der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin vorwerfe, sie habe den geltend gemachten Sachverhalt nicht hinreichend nachgewiesen, wurde sie aufgefordert, die entsprechenden Nachweise zu erbringen.

Am 20. März 2023 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik samt Beilagen ein.

Mit Duplik vom 14. April 2023 beantragt der Beschwerdegegner unverändert 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. 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. 53 Abs. 1 i.V.m. Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] und Art. 128 Abs. 2 i.V.m. Art. 119 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 Wiedererwägungsentscheid vom 13. Dezember 2022 (act. II 3-7). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Insolvenzenschädigung.

1.3 Der Streitwert liegt 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 Beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, haben nach Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröff-

net wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen. Die Insolvenzenschädigung ist eine Lohnausfallversicherung bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Sie bezweckt für eine beschränkte Zeit den Schutz der Lohn Guthaben sowie die Sicherung des Lebensunterhaltes des Arbeitnehmers und damit die Vermeidung sozialer Härten (BGE 144 V 427 E. 3.1 S. 429). Gemäss Art. 52 Abs. 1 AVIG deckt die Insolvenzenschädigung für das gleiche Arbeitsverhältnis Lohnforderungen für höchstens die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen.

2.2 Wird über den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet, so muss der Arbeitnehmer seinen Entschädigungsanspruch spätestens 60 Tage nach der Veröffentlichung des Konkurses im Schweizerischen Handelsamtsblatt bei der öffentlichen Kasse stellen, die am Ort des Betreibungs- und Konkursamtes zuständig ist (Art. 53 Abs. 1 AVIG). Zur Auszahlung der Insolvenzenschädigung genügt es nach Art. 74 AVIV, dass der Arbeitnehmer seine Lohnforderung glaubhaft macht (vgl. BGE 144 V 427).

2.3

2.3.1 Machen Arbeitnehmende gegenüber dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin während längerer Zeit keine Anstalten, ihrer Lohnforderung mit hinreichender Deutlichkeit Ausdruck zu verleihen, signalisieren sie mangelndes Interesse. Dadurch verlieren sie auch gegenüber der Arbeitslosenversicherung ihre Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit. Die Bestimmung von Art. 55 Abs. 1 AVIG, wonach der Arbeitnehmer im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen muss, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bezieht sich dem Wortlaut nach auf das Konkurs- und Pfändungsverfahren. Sie bildet jedoch Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht, welche auch dann Platz greift, wenn das Arbeitsverhältnis vor der Konkurseröffnung aufgelöst wird. Eine ursprüngliche Leistungsverweigerung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht im Sinne der zu Art. 55 Abs. 1 AVIG ergangenen Rechtsprechung setzt voraus, dass der versicherten Person ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden kann. Dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit ist mit

dem Ausmass der von den Arbeitnehmenden zu erwartenden Vorkehrungen Rechnung zu tragen. Nach ständiger Rechtsprechung wird eine konsequente und kontinuierliche Weiterverfolgung der eingeleiteten Schritte gefordert, welche in einem der vom Gesetz geforderten zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien münden müssen, damit Anspruch auf Insolvenzschädigung besteht. Arbeitnehmende sollen sich gegenüber dem Arbeitgeber nämlich so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzschädigung gar nicht gäbe. Dieses Erfordernis lässt ein längeres Untätigsein nicht zu (vgl. Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 21. April 2022, 8C_814/2021, E. 2.2).

2.3.2 Nach der Rechtsprechung wird von der versicherten Person nicht verlangt, dass sie sich juristisch fehlerlos verhält; verlangt ist ein Verhalten, das einem vernünftigen Menschen unter den gegebenen Umständen des Einzelfalls als selbstverständlich erscheint. Insbesondere anerkennt die Rechtsprechung auch telefonische Nachfragen als Handlungen zur Erfüllung der Schadenminderungspflicht. Dasselbe gilt grundsätzlich auch in Bezug auf WhatsApp-Nachrichten, zumal anders als bei telefonischen Nachfragen der Inhalt der Kommunikation belegbar ist (vgl. Entscheid des BGer vom 7. Oktober 2020, 8C_408/2020, E. 5.2).

3.

3.1 Der Beschwerdegegner erwog, die Beschwerdeführerin habe es unterlassen, nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses rasch und konkret gegen ihre Arbeitgeberin vorzugehen, d.h. die offenen Lohnforderungen auf dem Vollstreckungsweg unmissverständlich einzufordern (Beschwerdeantwort S. 4 f.). Auch wenn anhand der mit der Replik eingereichten Beweismittel der Nachweis erbracht sei, dass die Beschwerdeführerin nach ihrer Krankheit am bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr erwünscht gewesen sei und faktisch ein Hausverbot erhalten habe, hätte sie die Arbeitgeberin trotzdem schriftlich und rasch auf die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist sowie auf die Lohnfortzahlungspflicht bis Ende Januar 2020 aufmerksam machen müssen. Was die Erfüllung der Schadenminderungspflicht während des Arbeitsverhältnisses für die Geltendmachung der ausstehenden Löhne

angehe, liege einzig die WhatsApp-Mitteilung vom 29. Dezember 2019 vor, worin die Arbeitgeberin aufgefordert werde, den Lohn für den Monat November 2019 sowie die nicht bezahlten Stunden von Juni bis Oktober 2019 zu bezahlen. Es liege somit nach wie vor kein schriftlicher Nachweis vor, dass während des Arbeitsverhältnisses konkrete Handlungen unternommen worden seien, um die ausstehenden Lohnzahlungen einzufordern. Die offenen Lohnforderungen seien erst mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 9. Juni (recte: Juli) 2020 auf dem Vollstreckungsweg eingefordert worden (Duplik S. 3).

3.2 Der rechtserhebliche Sachverhalt stellt sich im vorliegenden Fall wie folgt dar:

3.2.1 Nach Lage der Akten war die die Beschwerdeführerin bis Ende Januar 2020 bei der C. _____ GmbH angestellt. Sie hat von Juni bis Oktober 2019 monatliche Lohnzahlungen in der Höhe der letzten Lohnabrechnung von Mai 2019 auf der Basis des in diesem Monat geleisteten Arbeitspensums von 68,25 Stunden (Referenzpensum) im Betrag von Fr. 1'902.10 (act. II 77-83) stets direkt aus der Kasse bezogen und ging davon aus, über die darüber hinaus geleisteten Arbeitsstunden, über welche sie Buch führte, werde erst nach Beendigung der Sommersaison definitiv abgerechnet (Beschwerde S. 3 f.). Sie legte denn auch nachvollziehbar begründet dar, weshalb sie zu diesem Zeitpunkt nicht mit einem Lohnausfall zu rechnen hatte (Beschwerde S. 5). Vom 19. November bis zum 17. Dezember 2019 war die Beschwerdeführerin infolge Krankheit zu 100 % arbeitsunfähig (act. II 140-142). Trotzdem kündigte die C. _____ GmbH das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 15. November 2019 auf den 31. November 2019 (act. II 75). Soweit ersichtlich vereinbarten die Arbeitgeberin und die Beschwerdeführerin per WhatsApp-Nachricht am 10. Dezember 2019 einen Termin, um abzurechnen. Am 29. Dezember 2019 erkundigte sich die Beschwerdeführerin wiederum per WhatsApp-Nachricht nach dem Novemberlohn und den die Bezahlung der in den Monaten Juni bis Oktober 2019 über das für den Lohnbezug aus der Kasse herangezogenen Referenzpensums hinaus geleisteten Arbeitsstunden (Akten der Beschwerdeführerin [act. I] 14). Am 21. Januar 2020 gelangte die Rechtschutzversicherung der Beschwerdeführerin an die Arbeitgeberin zur Gel-

tendmachung der offenen Lohnforderungen (act. II 66) und korrespondierte von Februar bis April 2020 teilweise erfolgreich – der Novemberlohn 2019 wurde von der Arbeitgeberin im April 2020 bezahlt (act. I 13 S. 10) – mit letzterer (act. II 22-33; act. I 17 f.). Der in der Folge mandatierte Rechtsanwalt reichte daraufhin am 9. Juli 2020 ein Schlichtungsgesuch bzw. am 7. Dezember 2020 Klage ein (act. II 99-105, 108-121).

In der anlässlich der Hauptverhandlung vom 1. Juli 2021 vor dem Regionalgericht Oberland unterzeichneten Vereinbarung (act. II 133 f.) verpflichtete sich die Arbeitgeberin Fr. 2'192.50 für Dezember 2019, Fr. 926.20 für Januar 2020 sowie für die im Übrigen geltend gemachten Lohnansprüche eine Prozessauskaufentschädigung von Fr. 4'000.-- zu bezahlen. Nach dem Dargelegten hat die Beschwerdeführerin, nachdem sie erkannte hatte, dass die Arbeitgeberin nicht abrechnungs- und zahlungswillig ist, die erforderlichen Schritte eingeleitet und eine Prozessauskaufentschädigung erstritten, mithin ein Anerkenntnis der Arbeitgeberin – wenn auch nicht für alle geleisteten Stunden – vorliegt, für die Zeit von Juni bis Oktober 2019 eine Lohnnachzahlung von pauschal Fr. 4'000.-- zu schulden. Entgegen der Einschätzung des Beschwerdegegners (vgl. Duplik S. 2 f.) ist damit die Lohnforderung für Oktober und Dezember 2019 sowie Januar 2020 (vgl. E. 3.2.4 hiernach) zumindest glaubhaft gemacht (vgl. E. 2.2 hiervor).

3.2.2 Soweit der Beschwerdegegner im angefochtenen Entscheid vom 13. Dezember 2022 (act. II 3-7) erwog, nach Wiedererlangung ihrer Arbeitsfähigkeit ab dem 18. Dezember 2019 hätte die Beschwerdeführerin ihre Arbeitskraft bei der C. _____ GmbH bis zum Ablauf der geltend gemachten Kündigungsfrist umgehend wieder anbieten müssen, um überhaupt einen Lohnanspruch für geleistete Arbeit für diese Zeit entstehen zu lassen (act. II 6), kann er nichts daraus zu seinen Gunsten ableiten. Denn die Arbeitgeberin hat den Lohnanspruch für die Löhne Dezember 2019 bis Januar 2020 vor dem Regionalgericht Oberland anerkannt (Fr. 2'192.50 für Dezember 2019, Fr. 926.20 für Januar 2020; act. II 133), mithin für die vom Beschwerdegegner vorgebrachten Argumente kein Raum verbleibt.

3.2.3 Entgegen der Einschätzung des Beschwerdegegners (Duplik S. 3), kann der Beschwerdeführerin keine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorgeworfen werden. Vielmehr kam sie ihrer Schadenminderungs-

pflicht hinreichend nach, indem sie mittels WhatsApp-Nachrichten (vgl. dazu E. 3.2.1 hiervor) am 10. Dezember 2019 die Arbeitgeberin um einen Termin für die Abrechnung der ausstehenden Lohnforderungen ersuchte und nach erfolglos gebliebener Mahnung der Lohnausstände mit Nachricht vom 29. Dezember 2019 (act. I 14) rund zwei Wochen später ihre Rechtsschutzversicherung kontaktierte, welche sich am 21. Januar 2020 an die Arbeitgeberin wandte und die offenen Lohnforderungen geltend machte (act. II 66). Dass das Schlichtungsgesuch erst am 9. Juli 2020 eingereicht wurde, gereicht ihr nicht zum Nachteil, versuchte die Rechtsschutzversicherung doch von Februar bis April 2020 noch, die Lohnforderungen aussergerichtlich geltend zu machen, was ihr für den Monat November 2019 auch gelang (act. I 13 S. 10, 17 f.; act. II 22-33). Die aus der vor dem Regionalgericht Oberland erstrittenen Vereinbarung vom 1. Juli 2021 (act. II 133 f.) resultierende Lohnnachforderung von Fr. 7'118.70 hat die Beschwerdeführerin konsequent geltend gemacht, indem sie am 9. September 2021 ein Betreibungsbegehren und am 21. Dezember 2021 das Fortsetzungsbegehren gestellt hat (act. I 7, 9). Sie ist damit auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ende Januar 2020 ihrer Schadenminderungspflicht hinreichend nachgekommen.

3.2.4 Ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung für die Monate Juni bis September 2019 ist ausgeschlossen, besteht doch ein solcher höchstens für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses (vgl. E. 2.1 hiervor), d.h. vorliegend für die Monate Oktober 2019 bis Januar 2020, wobei der Nettolohn für November 2019 von der Arbeitgeberin bezahlt worden ist (act. II 21 i.V.m. act. II 119 und act. I 13 S. 10). Soweit die Beschwerdeführerin auch für die Zeit vor Oktober 2019 Ansprüche erhebt, ist die Beschwerde abzuweisen.

3.3 Zusammenfassend folgt aus dem Dargelegten, dass die Beschwerdeführerin ihrer Schadenminderungspflicht im Hinblick auf die Anspruchswahrung ihrer gegenüber der C. _____ GmbH geltend gemachten Lohnforderungen hinreichend nachkam. Soweit der Beschwerdegegner einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung allein mit einer Verletzung von Art. 55 Abs. 1 AVIG begründete, kann ihm deshalb nicht gefolgt werden. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und die Sache an den Be-

schwerdegegner zurückzuweisen, damit er die weiteren Anspruchsvoraussetzungen prüft bzw. – soweit er diese als gegeben erachtet – den Anspruch auf Insolvenzenschädigung in masslicher Hinsicht festsetzt.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f^{bis} ATSG (Umkehrschluss, vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Nach der Rechtsprechung hat die beschwerdeführende Partei bei teilweisem Obsiegen mindestens Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung (BGE 110 V 54 E. 3a S. 57; SVR 2003 EL Nr. 5 S. 14 E. 4.1). Die Zusprechung einer vollen Parteientschädigung bei teilweisem Obsiegen kommt nur in Frage, wenn die Beschwerde führende Person im Grundsatz obsiegt und lediglich im Masslichen (teilweise) unterliegt (SVR 2016 IV Nr. 12 S. 38 E. 5; Entscheid des BGer vom 16. November 2010, 9C_580/2010, E. 4.1).

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin im Grundsatz obsiegt und das gestellte Rechtsbegehren hat den Prozessaufwand nicht beeinflusst, weshalb hier die Parteientschädigung nicht zu reduzieren ist.

Mit in Anbetracht des doppelten Schriftenwechsels unter dem Aspekt der Gebotenheit nicht zu beanstandender Kostennote vom 1. Mai 2023 hat Rechtsanwalt B._____ ein Honorar von Fr. 3'820.--, Auslagen von Fr. 78.80 und die Mehrwertsteuer (MWST) von Fr. 300.20 geltend gemacht. Der gesamte Parteikostenersatz wird somit auf Fr. 4'199.-- (inkl. Auslagen und MWST) festgesetzt.

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Entscheid des Amts für Arbeitslosenversicherung (Rechtsdienst) vom 13. Dezember 2022 aufgehoben und die Sache wird an den Beschwerdegegner zurückgewiesen zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 4'199.-- (inkl. Auslagen und MWST), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwalt B. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
 - 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.