

200 14 425 ALV
SCI/ABE/WOL/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 9. Dezember 2014

Verwaltungsrichter Schwegler, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Grütter, Verwaltungsrichter Loosli
Gerichtsschreiberin Abenhaim

A. _____

Beschwerdeführerin



gegen

Arbeitslosenkasse Unia

Kompetenzzentrum D-CH West, Monbijoustrasse 61, Postfach 1174,
3000 Bern 23

Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 25. März 2014

Sachverhalt:

A.

Die 1989 geborene A._____ (nachfolgend Versicherte bzw. Beschwerdeführerin), gelernte ... (Antwortbeilage [AB] 103), war ab August 2010 bei der B._____ angestellt (AB 105). Am 14. September 2013 kündigte die Versicherte das Arbeitsverhältnis per Ende Oktober 2013 (AB 102). Am 8. November 2013 stellte sie einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (AB 109) und meldete sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (AB 103). In den Anmeldeformularen gab sie an, dass sie seit dem 1. November 2013 bei der C._____ angestellt sei, jedoch „sehr wenig Arbeit“ habe (AB 122) und eine Vollzeitbeschäftigung suche (AB 104, 110, 113).

Mit Verfügung vom 6. März 2014 verneinte die Arbeitslosenkasse Unia (nachfolgend Unia bzw. Beschwerdegegnerin) einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weil aufgrund der Arbeit auf Abruf kein anrechenbarer Arbeits- und Lohnausfall vorliege (AB 34). Die dagegen erhobene Einsprache (AB 33) wies die Unia mit Einspracheentscheid vom 25. März 2014 ab (AB 23).

B.

Hiergegen erhob die Versicherte am 23. April 2014 Beschwerde. Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides und die Rückweisung der Sache an die Beschwerdegegnerin zur Festlegung des Arbeitsausfalls aufgrund des früheren Arbeitspensums und zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen. Weiter wird beantragt, dass die aktuelle Tätigkeit als Zwischenverdienst anzurechnen sei.

Mit Beschwerdeantwort vom 6. Juni 2014 schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde.

Am 9. Dezember 2014 fand eine nichtöffentliche Urteilsberatung gemäss Art. 56 Abs. 5 bzw. 6 des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die

Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) i.V.m. Art. 37 Abs. 1 lit. b des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21) statt.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a GSOG 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 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 [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 VRPG) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt ist der Einspracheentscheid vom 25. März 2014 (AB 23). Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 8. November 2013 mangels anrechenbarem Arbeits- und Verdienstausschlag abgelehnt hat.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 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 erlitten 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 Erfüllung 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). Als voller Arbeitstag gilt der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die die versicherte Person normalerweise während ihres letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Art. 4 Abs. 1 AVIV). Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIV).

2.3 Nach Art. 17 Abs. 1 AVIG müssen Versicherte, die Versicherungsleistungen beanspruchen wollen, mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Insbesondere sind sie verpflichtet, Arbeit zu suchen, nötigenfalls auch ausserhalb ihres bisherigen Berufs.

2.4 Nach der Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel auf Grund der im Beruf oder Erwerbszweig der versicherten Person allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln. Besteht hingegen eine be-

sondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit der versicherten Person. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Anforderung des Arbeitgebers aufgenommen, gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, sodass die versicherte Person während der Zeit, da sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Verdienstausschlag erleidet. Von diesem Grundsatz kann jedoch abgewichen werden, wenn der auf Abruf erfolgte Einsatz während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant war. In diesem Fall ist die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal zu betrachten. Der Beobachtungszeitraum kann dabei umso kürzer sein, je weniger die Arbeitseinsätze in den einzelnen Monaten schwanken, und er muss länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (BGE 139 V 259 E. 5.3.1 S. 262, 107 V 59 E. 1 S. 61; SVR 2006 ALV Nr. 29 S. 99 E. 1.2 f.).

2.4.1 Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ist grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten 12 Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, dürfen die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20% nach unten oder nach oben ausmachen (ARV 2011 S. 149 ff.).

2.4.2 Die Annahme eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf nach Verlust einer Vollzeitstelle ist als Überbrückungstätigkeit zu werten und nicht anstelle der letzten Vollzeittätigkeit als massgebendes letztes Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AVIV. Je länger dieses Arbeitsverhältnis auf Abruf jedoch dauert, desto mehr ist davon auszugehen, dass die neue Arbeitssituation für die versicherte Person zur Normalität wird und desto mehr geht der Gedanke der Schadenminderung verloren; die versicherte Person kann sich folglich nicht mehr darauf berufen, das Arbeitsverhältnis überbrückungsweise eingegangen zu sein (BGE 139 V 259 E. 5.1 S. 261). Ist das Einkommen aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr im Rahmen der Schadenminderungspflicht als Zwischenverdienst anzurechnen, erleidet die versicherte Person dem

Grundsatz nach keinen anrechenbaren Verdienstausfall (BGE 139 V 259 E. 5.3.1 S. 262).

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin war vom 20. August 2010 bis zum 31. Oktober 2013 bei der B. _____ angestellt (AB 102, 105).

3.1.1 Gemäss arbeitsvertraglicher Vereinbarung für das Personal im Stundenlohn (AB 105) erfolgte die Zuordnung der Dienste in die verschiedenen Bereiche durch die Geschäftsführung. Ein Lohnanspruch bestand nur für die geleistete Dienstzeit und es war explizit mit saisonalen Ex-tremschwankungen zu rechnen (weniger Einsätze während den Wintermonaten [AB 106]). Eine fixe Stundenzahl war somit weder vertraglich garantiert noch in der Praxis feststellbar (vgl. hierzu auch E. 3.1.2 nachfolgend). Die Tätigkeit bei der B. _____ ist deshalb als Arbeit auf Abruf zu qualifizieren (vgl. E. 2.4 hiavor).

3.1.2 In den Akten sind für die Zeit von Januar 2012 bis Oktober 2013 folgende Arbeitseinsätze der Beschwerdeführerin bei der B. _____ belegt (in Stunden):

2012

1/12	2/12	3/12	4/12	5/12	6/12	7/12	8/12	9/12	10/12	11/12	12/12
61.75	59.25	109.25	112.5	89.5	-	-	-	-	-	140	116.75

2013

1/13	2/13	3/13	4/13	5/13	6/13	7/13	8/13	9/13	10/13	11/13	12/13
52.5	79.75	110.5	161	205.5	159	160.25	78	118.5	42.25	-	-

3.1.3 Bei den monatlich geleisteten Einsatzzeiten sind erhebliche Schwankungen feststellbar, welche offensichtlich weit mehr als die gemäss der Rechtsprechung zur Annahme einer Normalarbeitszeit gerade noch zulässigen 20% betragen (vgl. E. 2.4.1). Die auf Abruf erfolgten Einsätze waren nicht konstant, weshalb sich die „normale Arbeitszeit“ hier nach der

persönlichen Arbeitszeit der versicherten Person bemisst. Die Zeit, für welche die Beschwerdeführerin von der B._____ nicht zur Arbeit aufgefordert wurde, stellt demnach kein anrechenbarer Verdienstausfall dar, welcher beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung berechtigt hätte (vgl. E. 2.4 hiervor). Einen solchen Anspruch hat die Beschwerdeführerin für die Zeit ihrer Anstellung bei der B._____ denn auch nie geltend gemacht.

3.2 Seit November 2013 ist die Beschwerdeführerin übergangslos und nach eigener Kündigung bei der C._____ angestellt (AB 113).

3.2.1 Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, von der B._____ nicht mehr (in gleichem Ausmass) eingesetzt worden zu sein und deshalb die Stelle gekündigt zu haben. Als Kündigungsgrund gab sie vielmehr an, eine abwechslungsreichere Arbeit gesucht zu haben (AB 93, 103, 110). Damit verzichtete sie selbst auf den minimalsten Einsatz, unabhängig davon, in welchem Mass die B._____ sie noch hätte einsetzen wollen und können. Gestützt auf die Unterlagen bestehen zudem weder Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin bei der B._____ in Zukunft (unter Berücksichtigung der bisherigen Schwankungen) zu weniger Arbeitseinsätzen als früher gekommen wäre noch dass die Schwankungen ausschlaggebend für die Kündigung gewesen wären.

3.2.2 Bei der C._____ ist die Beschwerdeführerin als „... im Stundenlohn auf Abruf“ angestellt (AB 113). Eine vertraglich vereinbarte Mindestarbeitszeit besteht auch hier nicht. Den Akten lässt sich entnehmen, dass die Beschwerdeführerin im November 2013 zwölf Stunden (AB 69) und im Dezember 2013 drei Stunden (AB 68) gearbeitet hat.

Die Beschwerdeführerin hätte bereits beim alten Arbeitgeber für Schwankungen in der Beschäftigung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt (vgl. E. 3.1.3 hiervor). Eine Normalarbeitszeit kann basierend auf der früheren Anstellung nicht angenommen werden. Dasselbe gilt für die neu aufgenommene Tätigkeit,

und zwar selbst dann, wenn sie beim neuen Arbeitgeber weniger aufgeboden wird als in der letzten Anstellung.

3.3 Wenn die Beschwerdeführerin beschwerdeweise (erstmalig) geltend macht, das Arbeitsverhältnis mit der C._____ bloss als Überbrückungshilfe im Sinne eines Zwischenverdienstes eingegangen und damit ihrer Schadenminderungspflicht nachgekommen zu sein, so verfährt diese Argumentation nicht. Die Beschwerdeführerin hat die letzte Anstellung selbst gekündigt, ohne dass äussere Umstände eine Kündigung erforderlich gemacht hätten bzw. ihr der Verbleib unzumutbar gewesen wäre. Vielmehr machte sie geltend, eine abwechslungsreichere Tätigkeit ausüben zu wollen. Sie konnte denn auch übergangslos die neue Stelle antreten, wobei sich aus den Akten nicht zweifelsfrei ergibt, ob die neue Stelle im Zeitpunkt der Kündigung bereits zugesichert war. Wie es sich damit verhält, braucht aber nicht abschliessend geklärt zu werden. Nachdem es sich bereits bei der vorherigen Anstellung nicht um eine solche mit berücksichtiger Normalarbeitszeit gehandelt hat, sondern wie dargelegt um eine Arbeit auf Abruf, bei der die Beschwerdeführerin während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wurde, keinen anrechenbaren Verdienstausschlag erlitten hat (vgl. E. 2.4 und 3.1.1 hiervor), lässt sich ein massgeblicher Ausschlag von Arbeitszeit auch bei der neuen Stelle nicht anrechnen.

Die neue Tätigkeit kann damit nicht als ein im Rahmen der Schadenminderungspflicht (vgl. E. 2.3 hiervor) aufgenommener Zwischenverdienst betrachtet werden. Eine Situation, welche die Aufnahme der Arbeit auf Abruf als schadenmindernde Massnahme erscheinen lässt und damit zur Qualifizierung als Zwischenverdienst berechtigen würde (vgl. Entscheide des Bundesgerichts [BGer] vom 24. April 2014, 8C_46/2014, E. 3, und vom 23. Januar 2014, 8C_625/2013, E. 2 f.), liegt hier nicht vor.

Unter diesen Umständen kann aus dem Umstand, dass die in der neu angetretenen Stelle zugeteilten Einsätze unter den Erwartungen der Beschwerdeführerin geblieben sind, kein Arbeitsausfall abgeleitet werden. Bei quantitativ ungenügendem Einsatz hat die Beschwerdeführerin deshalb auch ab November 2013 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

3.4 Aufgrund des Dargelegten liegt ab 1. November 2013 kein anrechenbarer Arbeits- und Verdienstaufschlag vor. Die Beschwerdegegnerin hat den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung deshalb zu Recht verneint. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 25. März 2014 (AB 23) ist damit nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

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 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 das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Arbeitslosenkasse Unia
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
 - Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Der Kammerpräsident:

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.