

200 15 1035 ALV
MAW/JAP/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 3. Februar 2016

Verwaltungsrichter Matti, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Kölliker
Gerichtsschreiber Jakob

A. _____
Beschwerdeführerin

gegen

beco Berner Wirtschaft
Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 21. Oktober 2015



Sachverhalt:

A.

Die 1987 geborene A. _____ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) ist Mutter zweier Kinder mit Jahrgang 2004 bzw. 2009 (Akten des beco Berner Wirtschaft [beco bzw. Beschwerdegegner], Dossier der kantonalen Arbeitsstelle KAST [act. II], 48, 54). Während der Freistellung von ihrem bisherigen Arbeitsverhältnis mit Vollpensum (Akten des beco, Dossier der Arbeitslosenkasse Unia [act. IIB], 10-15, 28, 42-45) meldete sie sich am 27. März 2014 (richtig: 2015) unter Hinweis auf einen gewünschten Beschäftigungsgrad von 80 % beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (act. IIB 3 f.). Im undatierten (am 21. April 2015 eingegangenen) Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gab sie an, sie sei vollzeitlich bereit und in der Lage zu arbeiten (act. IIB 20-23).

Nachdem eine mit einem Pensum von 60 % durchgeführte arbeitsmarktliche Massnahme (AMM) am 13. Juli 2015 wegen einer fehlenden Kinderbetreuung während den Schulferien abgebrochen worden war (act. II 41 f., 121), erliess das beco am 6. August 2015 eine Verfügung (act. II 73-76), wonach die Versicherte ab 13. Juli 2015 weiterhin vermittlungsfähig, jedoch nur im Umfang von 40 % anspruchsberechtigt sei, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Daran hielt es auf Einsprache hin (act. II 83 f.) mit Entscheid vom 21. Oktober 2015 (Akten des beco, Dossier Rechtsdienst [act. IIA], 9-12) fest.

B.

Mit Eingabe vom 23. November 2013 (richtig: 2015) erhob die Versicherte Beschwerde und beantragte, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben oder zu korrigieren.

In seiner Beschwerdeantwort vom 19. Januar 2016 schloss der Beschwerdegegner auf Abweisung, eventualiter auf teilweise Gutheissung 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. 2 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. Oktober 2015 (act. IIA 9-12).

Der Beschwerdegegner erwog in der Verfügung vom 6. August 2015 (act. II 73-76), «die Vermittlungsfähigkeit resp. der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung» müsse «ab Beginn der Sommerschulferien reduziert werden» (act. II 74). Im Schreiben des Beschwerdegegners vom 19. November 2015 (act. II 118) ist sodann von einer «Reduktion des Vermittlungsgrades» die Rede und in der Beschwerdeantwort wird eventualiter beantragt, dass «die Vermittlungsfähigkeit [...] erhöht» wird (Beschwerdeantwort S. 4 Ziff. III Art. 5). Auch die Beschwerdeführerin argumentiert mit der Vermittlungsfähigkeit (Beschwerde S. 2 in fine). Als Anspruchsvoraussetzung schliesst

der Begriff der Vermittlungsfähigkeit jedoch graduelle Abstufungen aus; entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig oder nicht (BGE 136 V 95 E. 5.1 S. 97). Die Vermittlungsfähigkeit kann weder reduziert sein noch kann deren Umfang verfügt werden (vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute: Bundesgericht] vom 11. Juni 2011, C 352/00, E. 4b). Aus dem Dispositiv (Entscheidformel) der besagten Verfügung bzw. des angefochtenen Entscheids ergeht denn auch, dass die Verwaltung die Vermittlungsfähigkeit anerkennt und den Umfang der Anspruchsberechtigung auf 40 % reduzierte (act. II 76; act. IIA 9). Mithin legte sie den anrechenbaren Arbeitsausfall auf 40 % fest, während die Beschwerdeführerin von einem solchen von 80 % ausgeht (Beschwerde S. 2, Lemma 6).

Streitig und zu prüfen ist somit der Anspruch auf Arbeitslosentaggeld ab 13. Juli 2015 und dabei insbesondere die Höhe des anrechenbaren Arbeitsausfalls.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). Sie beurteilen offensichtlich begründete oder offensichtlich unbegründete Fälle in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 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 und vermittlungsfähig ist sowie einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a, b und f AVIG). 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 anrechenbare Arbeitsausfall bestimmt sich grundsätzlich im Verhältnis zum letzten Arbeitsverhältnis vor Eintritt der (Teil-) Arbeitslosigkeit.

keit. Es kommt darauf an, was die versicherte Person an Verdienst einbringender Arbeitszeit verloren hat und in welchem zeitlichem Umfang sie bereit, berechtigt und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit aufzunehmen (BGE 125 V 51 E. 6c aa S. 59).

2.2 Arbeitnehmer, die nach dem Verlust ihrer Vollzeitbeschäftigung, aus welchen Gründen auch immer, lediglich noch teilzeitlich erwerbstätig sein wollen oder können, die also zwar bereit sind, eine zumutbare Arbeit anzunehmen, im Unterschied zu vorher jedoch nur noch in reduziertem Umfang, erleiden einen bloss teilweisen Arbeitsausfall. Betrug beispielsweise die Normalarbeitszeit 42 Stunden in der Woche und möchte die ganz arbeitslose versicherte Person lediglich noch an drei Tagen zu acht Stunden wöchentlich arbeiten, ist der tatsächliche Arbeitsausfall (42 Wochenstunden) nur im Umfang von 24/42 (oder in Prozenten eines Ganzarbeitspensums ausgedrückt zu rund 57 %) anrechenbar und der Taggeldanspruch entsprechend zu kürzen. Die Kürzung des Taggeldanspruches bei einem lediglich teilweise anrechenbaren Arbeitsausfall geschieht durch eine entsprechende Reduktion des der Entschädigungsbemessung zugrunde zu legenden versicherten Verdienstes (vgl. BGE 125 V 51 E. 6c aa S. 59 f.; BORIS RUBIN, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, 2014, Art. 11 N. 20). Eine versicherte Person, welche mit der Betreuung ihres Kindes beschäftigt ist, erleidet in diesem Umfang keinen anrechenbaren Arbeitsausfall (vgl. BARBARA KUPFER BUCHER, *Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung*, 4. Aufl. 2013, S. 35).

3.

3.1 Entsprechend den Grundsätzen der Vermittlungsfähigkeit gilt auch im Zusammenhang mit der Frage nach dem anrechenbaren Arbeitsausfall, dass eine versicherte Person mit betreuungsbedürftigen Kindern in Bezug auf die Verfügbarkeit die gleichen Bedingungen erfüllen muss wie alle anderen Personen. Es liegt somit an ihr, das Privat- und Familienleben so zu gestalten, dass sie nicht daran gehindert ist, im Umfang des geltend gemachten Beschäftigungsgrades bzw. Arbeitsausfalles einer unselbständi-

gen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Wie die versicherte Person die Betreuung ihrer Kinder regelt, ist ihr überlassen. Erscheint im Verlaufe des Leistungsbezuges der Wille oder die Möglichkeit, die Kinderbetreuung einer Drittperson anzuvertrauen, zweifelhaft (ungenügende Arbeitsbemühungen, Aufgabe der vorangehenden Stelle wegen Betreuungspflichten, unhaltbare Anforderungen für die Annahme einer Stelle, Ablehnung zumutbarer Arbeit, nicht erfüllbare Ansprüche an die Arbeitszeiten etc.), muss die zuständige Amtsstelle die konkrete Möglichkeit einer Kinderbetreuung prüfen und mittels Formular einen Obhutsnachweis verlangen (vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft [seco], AVIG-Praxis ALE [abrufbar unter <www.treffpunkt-arbeit.ch>], Rz. B225 bzw. B225a; vgl. zum Ganzen: BARBARA KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 80 ff., THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl. 2007, S. 2260 f. N. 267).

3.2 Im Formular «Bescheinigung Kinderbetreuung (Obhutsnachweis)» gab die Beschwerdeführerin am 18. Juli 2015 an, sie betreue ihre beiden Kinder seit 14. Juli 2015 jeweils die ganze Woche (act. II 48). Diese Angaben korrelieren mit jenen in der Einsprache vom 10. September 2015 (act. II 83 f.), wonach die Beschwerdeführerin zwischen 13. Juli und 1. August 2015 für ihre Kinder keine Betreuung habe organisieren können. Aufgrund der dargelegten Aktenlage ist unbestritten und in tatsächlicher Hinsicht im Sinne eines Zwischenergebnisses erstellt, dass die Kinderbetreuung während dieser Phase nicht gewährleistet war, wodurch die laufende AMM abgebrochen werden musste (act. II 41 f., 121).

3.3 Was die Zeit danach anbelangt, werden die beiden Kinder seit 1. August 2015 teilweise in der Tagesschule bzw. im Kindergarten betreut (act. II 80-82). Die Beschwerdeführerin erzielte vom 3. August bis 13. September 2015 zudem einen Zwischenverdienst, wobei sie an Wochentagen jeweils von 22.00 bis 24.00 Uhr bzw. am Wochenende von 17.00 bis 21.00 Uhr arbeitete und ihr Ehegatte die Kinderbetreuung übernahm (act. II 72, 84, 122; act. IIB 127, 132, 143, 146). Während seitens der Beschwerdeführerin zunächst darüber orientiert wurde (act. II 65, 121 f.), dass die Kinderbetreuung für die Herbstschulferien (19. September bis 11. Oktober 2015) ebenfalls nicht gewährleistet sei, stellte die Beschwerdeführerin im Rahmen

der Einsprache in Aussicht, dass ihr Ehegatte Ferien beziehen werde, um die Kinderbetreuung für diese Zeit zu übernehmen (act. II 83).

Nach dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 138 V 218 E. 6 S. 221) erachtete es der Beschwerdegegner zu Recht als nicht ausgewiesen, dass der Kindsvater tatsächlich in der Lage und gewillt gewesen wäre, während den Schulferien die Kinderbetreuung zu übernehmen. Dies zumal er bereits für die Sommerschulferien hierfür nicht zur Verfügung stand und die Höhe des Ferienanspruchs (vgl. Art. 329a Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]) sowie das Zustimmungserfordernis des Arbeitgebers (Art. 329c Abs. 2 OR) es regelmässig kaum zulassen, die Kinderbetreuung während der gesamten Schulferien der Kinder abzudecken. Die Beschwerdeführerin hat nicht substantiiert aufgezeigt, dass es sich bei ihrem Ehegatten gerade anders verhält und die nötigen Rahmenbedingungen hierfür ausnahmsweise gegeben wären. Angesichts des geltend gemachten anrechenbaren Arbeitsausfalls von 80 % ist mit der Verwaltung zudem davon auszugehen, dass die Kinderbetreuung sowohl während der Schulzeit der Kinder als auch in den Schulferien dauerhaft im nötigen Umfang sichergestellt sein muss, womit nur die Zeiten abends in Betracht fallen (act. II 74; act. IIA 10; Beschwerdeantwort S. 4 Ziff. III Art. 4). Zwar kann ein fehlender Arbeitsausfall grundsätzlich nicht durch Arbeitsgelegenheiten an Randstunden kompensiert werden, die Beschwerdeführerin war jedoch vor Eintritt der Arbeitslosigkeit in einem Beruf tätig, in welchem Arbeit am Abend oder in der Nacht betriebs- und/oder branchenüblich wäre (vgl. BARBARA KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 35; Art. 51 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz [ArGV 2; SR 822.112]). Die diesbezügliche Berechnung, aus welcher ein Beschäftigungsgrad von rund 40 % resultiert, ist nachvollziehbar und nicht zu beanstanden.

3.4 Nach dem vorstehend Dargelegten ist folgerichtig, dass der Beschwerdegegner für die Kontrollperioden ab Juli 2015 (bis zum angefochtenen Entscheid) den anrechenbaren Arbeitsausfall auf 40 % festlegte. Der die Verfügung vom 6. August 2015 (act. II 73-76) bestätigende Einspracheentscheid (act. IIA 9-12) ist nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobe-

ne Beschwerde erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen.

Soweit die Beschwerdeführerin nunmehr erstmals geltend macht, die Kinderbetreuung werde während den Schulferien dadurch gewährleistet, dass die Kinder entweder nach ... zu deren Grossmutter geschickt würden bzw. diese hierfür in die Schweiz reise (Beschwerde S. 2, Lemma 7), kann dies höchstens den Zeitraum nach dem hier massgebenden Überprüfungszeitraum (vgl. BGE 131 V 242 E. 2.1 S. 243, 130 V 138 E. 2.1 S. 140) beschlagen. Der in Missachtung des Devolutiveffekts (vgl. MERKLI/AESCHLI-MANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 74 N. 6) während des hängigen Beschwerdeverfahrens vom Beschwerdegegner eingeholte Obhutsnachweis der Beschwerdeführerin (act. IIA 14) bezieht sich denn auch auf den Zeitraum ab 4. Januar 2016. Die Situation hat sich nach dem hier massgebenden Beurteilungszeitraum somit allenfalls verändert, zumal die Beschwerdeführerin offenbar eine von 7. Dezember 2015 bis 4. März 2016 dauernde AMM mit einem Beschäftigungsgrad von 100 % angetreten hat (act. II 108). Wohl kann – entgegen dem Eventualantrag des Beschwerdegegners (Beschwerdeantwort S. 2 Ziff. I und S. 4 Ziff. III Art. 5) – diesbezüglich keine teilweise Gutheissung der Beschwerde erfolgen, jedoch geht die Sache an ihn zurück, um über die Höhe des anrechenbaren Arbeitsausfalls ab der Kontrollperiode November 2015 zu befinden.

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 Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Sache wird an den Beschwerdegegner überwiesen, damit er im Sinne der Erwägungen verfähre.
3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch eine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
 - Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Der Kammerpräsident:

Der Gerichtsschreiber:

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.