

200 15 41 ALV
MAW/LUB/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 6. März 2015

Verwaltungsrichter Matti, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Grütter, Verwaltungsrichter Kölliker
Gerichtsschreiber Lüthi

A. _____

Beschwerdeführerin



gegen

Arbeitslosenkasse Syndicom
Looslistrasse 15, Postfach 382, 3027 Bern
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 29. Dezember 2014

Sachverhalt:

A.

Die 1952 geborene A. _____ (nachfolgend Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) bezog während einer Rahmenfrist vom 1. Oktober 2012 bis 30. September 2014 Taggelder der Arbeitslosenversicherung auf der Basis eines versicherten Verdienstes von Fr. 4'450.-- (Akten der Arbeitslosenkasse Syndicom [syndicom bzw. Beschwerdegegnerin], Antwortbeilage [AB] 9 - 21). Während dieser Rahmenfrist rechnete sie regelmässig über Zwischenverdienste ab, welche sie einerseits aus einer Tätigkeit als ... und andererseits aus einer Tätigkeit auf Abruf erzielte (AB 41 – 113). Das Arbeitsverhältnis auf Abruf war sie mit Vertrag vom 19. Oktober 2012 eingegangen (AB 7). Nach Ablauf der ersten Rahmenfrist wurde der Versicherten ein Restanspruch von 187 Taggeldern bestätigt (AB 9). Am 24. September 2014 stellte sie einen weiteren Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Oktober 2014 (AB 6).

Mit Verfügung vom 18. November 2014 (AB 4) lehnte die syndicom einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Oktober 2014 ab, da kein anrechenbarer Arbeits- und Verdienstausschlag bestehe. Die dagegen erhobene Einsprache vom 27. November 2014 (AB 3) wurde mit Entscheid vom 29. Dezember 2014 abgewiesen (AB 2).

B.

Hiergegen erhob die Versicherte mit Schreiben vom 16. Januar 2015 Beschwerde. Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheides sowie die Eröffnung einer zweiten Rahmenfrist für den Leistungsbezug ab dem 1. Oktober 2014. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, das Arbeitsverhältnis auf Abruf beziehe sich lediglich auf die Ferienvertretung in einem Der grösste Teil der abgerechneten Zwischenverdienste stamme aus den Einkünften als Sie habe auf Empfehlung der Beraterin des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (RAV)

und eines Mitarbeiters der syndicom hin das Gesuch um eine Folgerahmenfrist gestellt.

Mit Beschwerdeantwort vom 10. Februar 2015 beantragt die Beschwerdeführerin die Abweisung der Beschwerde.

Die Beschwerdeführerin hat dem Gericht am 18. Februar 2015 eine Eingabe per E-Mail zugestellt.

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 des kantonalen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 11. Juni 2009 (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 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 des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

1.3 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 29. Dezember 2014 (AB 2). Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Oktober 2014 wegen nicht anrechenbarem Arbeits- und Verdienstausfall abgelehnt hat.

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).

1.5 Die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 18. Februar 2015 entspricht nicht den Formvorschriften und wird deshalb nicht zu den Akten erkannt. Eine Nachfrist zur Verbesserung wurde der Beschwerdeführerin nicht eingeräumt, da die Eingabe für den Ausgang des Verfahrens unerheblich ist.

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 ist, einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten und die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung derselben befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a, b und e AVIG).

2.2 Gemäss Art. 10 Abs. 1 AVIG gilt als ganz arbeitslos, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Nach Abs. 2 von Art. 10 AVIG gilt als teilweise arbeitslos, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. a) oder wer eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. b).

2.3

2.3.1 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 Arbeitsausfall von teilweise arbeitslosen ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIG).

2.3.2 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 besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit der versicherten Person. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Aufforderung 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 Verdienstaufschlag 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.).

2.3.3 Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ist grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten zwölf 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).

2.3.4 Die Annahme eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf nach Verlust einer Vollzeitstelle ist als Überbrückungstätigkeit zu werten und nicht an-

stelle der letzten Vollzeitätigkeit als massgebendes letztes Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AVIV zu betrachten. 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 Verdienstausschlag (BGE 139 V 259 E. 5.3.1 S. 262; SVR 2014 ALV Nr. 8 S. 23 E. 2.2 und S. 24 E. 3.3 f.).

3.

3.1 Unbestritten ist, dass die Rahmenfrist zum Leistungsbezug vom 1. Oktober 2012 bis zum 30. September 2014 gedauert und am Ende dieser Frist ein Restanspruch auf 187 entschädigungsberechtigte Taggelder bestanden hat (AB 9). Weiter ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin mit Vertrag vom 19. Oktober 2012 (AB 7) ein Arbeitsverhältnis auf Abruf eingegangen ist. Streitig und zu prüfen ist hingegen, ob die Beschwerdeführerin ab dem 1. Oktober 2014 im Rahmen einer neu zu eröffnenden Folgerahmenfrist Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

3.2 Die Beschwerdegegnerin lehnte mit Einspracheentscheid vom 29. Dezember 2014 (AB 2) einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in einer Folgerahmenfrist ab, da die Beschwerdeführerin gemäss der AVIG-Praxis zu den Arbeitsverhältnissen auf Abruf (vgl. Randziffer B95 ff. des Kreisschreibens des seco über die AVIG-Praxis ALE vom Januar 2014 [AVIG-Praxis ALE, abrufbar unter: <http://www.treffpunkt-arbeit.ch>]) keinen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausschlag erlitten habe. Zur Begründung führt sie namentlich aus, die Beschwerdeführerin stehe seit dem 19. Oktober 2012 in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, weshalb auf das Einkommen der letzten zwölf Monate (ab dem 1. Oktober 2013) abzustellen sei. Das monatliche Durchschnittseinkommen habe in dieser Zeitspanne

Fr. 1'404.10 betragen. Ausgehend von einer Schwankung von maximal 20 % (nach oben oder nach unten) belaufe sich das höchstzulässige Einkommen auf Fr. 1'684.90 bzw. das tiefstzulässige Einkommen auf Fr. 1'123.30. Unter Berücksichtigung der Monate, in denen die Beschwerdeführerin ein Einkommen erzielt habe, seien diese Werte in den Monaten November und Dezember 2013 sowie in den Monaten Januar, Mai, Juli, August und September 2014 unter- bzw. überschritten worden, so dass die Beschwerdeführerin keinen Arbeits- und Verdienstausschlag erlitten habe (AB 2). In ihrer Beschwerdeantwort vom 10. Februar 2015 hält die Beschwerdegegnerin an dieser Begründung fest.

3.3 Die Beschwerdegegnerin verkennt mit dieser Argumentation, dass es sich bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig, sondern der Not gehorchend und um die Arbeitslosigkeit zu überbrücken eingegangen wurde, gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts um eine notgedrungene Zwischenlösung handelt. Eine versicherte Person hat dann mit Aufnahme des Abrufverhältnisses nur das getan, wozu sie gemäss der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht (Art. 17 AVIG) gehalten ist (BGE 139 V 259 E. 5.1 S. 260 f.).

Die Beschwerdeführerin ist das Arbeitsverhältnis auf Abruf als ... mit Vertrag vom 19. Oktober 2012 (AB 7), also während der vom 1. Oktober 2012 bis zum 30. September 2014 dauernden erstmaligen Leistungsrahmenfrist, eingegangen. Gemäss diesem Vertrag ist weder eine regelmässige Beschäftigung zugesichert noch sind die Arbeitszeiten im Voraus näher festgelegt. Ungeachtet dessen, kann die Beschwerdeführerin nach Vertrag Arbeitsangebote ablehnen und das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfristen nach dem Schweizerischen Obligationenrecht (OR; SR 220) jederzeit kündigen. Diese vertragliche Ausgestaltung ermöglicht der Beschwerdeführerin trotz Bestehens des Abrufarbeitsverhältnisses künftig eine Tätigkeit im ursprünglichen Umfang aufzunehmen.

In den Formularen "Angaben der versicherten Person", welche die Beschwerdeführerin während der erstmaligen Rahmenfrist für den Leistungsbezug ausfüllte, erklärte sie jeweils, sie suche im gleichen Umfang wie im Vormonat Arbeit (AB 41 – 113). Aus den Akten sind keinerlei Anhaltspunkte

ersichtlich, wonach die Beschwerdeführerin wegen ungenügender Arbeitsbemühungen in der Anspruchsberechtigung eingestellt worden wäre. Es ist folglich davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor bemüht ist, eine Festanstellung zu finden. Hinzu kommt, dass das Abrufarbeitsverhältnis am Ende der erstmaligen Leistungsrahmenfrist erst rund zwei Jahre gedauert hat. Nach dieser Zeitdauer kann nicht angenommen werden, dass diese Arbeitssituation für die Beschwerdeführerin zur Normalität geworden ist.

In Anbetracht dieser Ausgangslage ist vorliegend das Anstellungsverhältnis auf Abruf als notgedrungene Überbrückungstätigkeit zu qualifizieren und nicht anstelle der letzten Vollzeittätigkeit als massgebendes letztes Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AVIV (BGE 139 V 259 E. 5.1 S. 260 f. sowie E. 2.3.4 hiervor).

3.4 Aus BGE 139 V 259 wie auch aus anderen Entscheiden des Bundesgerichts (z.B. BGE 133 V 249; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 24. April 2014, 8C_46/2014) ergibt sich, dass die erstmalige Eröffnung einer Folgerahmenfrist trotz Bestehen eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf und dem daraus resultierenden Zwischenverdienst regelmässig gewährt worden ist (sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt waren). Das Bundesgericht hat die Eröffnung einer zweiten Bezugsrahmenfrist in den erwähnten Entscheiden denn auch nicht beanstandet. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls zu beachten, dass die Beschwerdeführerin weder den Verlust der Arbeitsstelle auf Abruf als ... geltend macht noch sich bei der Arbeitslosenkasse neu angemeldet hat. Vielmehr ersuchte sie mit ihrem Antrag vom 24. September 2014 (AB 6) um Eröffnung einer zweiten Bezugsrahmenfrist.

Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis auf Abruf am Ende der Leistungsrahmenfrist knapp zwei Jahre gedauert hat, ist der Beschwerdeführerin eine erstmalige Folgerahmenfrist zu eröffnen.

Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin – nach ihren und von der Beschwerdegegnerin nicht einlässlich geprüften Angaben (Beschwerdeantwort S. 2 – 3) – den grössten Teil ihres Zwischenverdienstes nicht aus der

Abrufbarkeit, sondern aus der Tätigkeit als ... erzielt hat (Beschwerde S. 1).

4.

Nach dem Dargelegten hat die Beschwerdegegnerin die Anspruchsvoraussetzungen zu Unrecht verneint. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 29. Dezember 2014 (AB 2) aufzuheben. Die Akten gehen an die Beschwerdegegnerin zur Überprüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen und zu anschliessend neuem Entscheid.

5.

5.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

5.2 Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (vgl. Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

Nach der Rechtsprechung gilt es unter dem Gesichtspunkt des (bundesrechtlichen) Anspruchs auf eine Parteientschädigung im Streit um eine Sozialversicherungsleistung bereits als Obsiegen, wenn die versicherte Person ihre Rechtsstellung im Vergleich zu derjenigen nach Abschluss des Administrativverfahrens insoweit verbessert, als sie die Aufhebung einer ablehnenden Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu ergänzender Abklärung und neuer Beurteilung erreicht (BGE 137 V 57 E. 2.1 S. 61).

Trotz ihres Obsiegens hat die nicht vertretene Beschwerdeführerin nach konstanter Praxis keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da ihr Aufwand den Rahmen dessen nicht überschreitet, was der Einzelne übli-

cherweise und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (BGE 127 V 205 E. 4b S. 207).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der syndicom vom 29. Dezember 2014 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen neu verfüge.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Arbeitslosenkasse Syndicom
 - 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.

