

200 17 682 ALV
SCJ/GET/NEN/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 21. November 2017

Verwaltungsrichter Scheidegger, Kammerpräsident
Verwaltungsrichterin Fuhrer, Verwaltungsrichter Grütter
Gerichtsschreiber Germann

A. _____
Beschwerdeführer

gegen

Arbeitslosenkasse Unia
Kompetenzzentrum D-CH West, Monbijoustrasse 61, Postfach 3398,
3001 Bern
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 11. Juli 2017



Sachverhalt:

A.

Der ... geborene A. _____ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) war ab 1. Juli 2016 bei der B. _____ GmbH (nachfolgend B. _____ GmbH) angestellt (Akten der Arbeitslosenkasse Unia [nachfolgend Unia bzw. Beschwerdegegnerin], [act. II] 66 ff.). Am 31. März 2017 kündigte die B. _____ GmbH das Arbeitsverhältnis per 30. April 2017 (act. II 73), woraufhin sich der Versicherte am 3. April 2017 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung anmeldete (act. II 63 f.) und am 24. April 2017 einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab April 2017 stellte (act. II 35 ff.) In den Anmeldeformularen gab er an, dass die B. _____ GmbH im Monat April 2017 keine Dienste mehr für ihn habe und er somit aufgrund der Anstellung im Stundenlohn kein Einkommen erzielen könne (act. II 36, 63). Mit Verfügung vom 28. April 2017 (act. II 29 ff.) verneinte die Unia mangels anrechenbaren Arbeits- und Verdienstauffalls einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 3. April 2017 und wies die dagegen erhobene Einsprache (act. II 25 f.) mit Einspracheentscheid vom 11. Juli 2017 (act. II 13 ff.) ab.

B.

Dagegen erhob der Versicherte mit Eingabe vom 28. August 2017 (richtig wohl: 28. Juli 2017) Beschwerde. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 11. Juli 2017 bzw. die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab April 2017. In der Begründung macht der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, dass es sich bei seinem letzten Anstellungsverhältnis um "keine echte Arbeit nach Abruf" gehandelt habe. Im Übrigen könne nach der Rechtsprechung vom Grundsatz der Arbeit auf Abruf abgewichen werden, wenn die geleistete Arbeitszeit vor dem Beschäftigungsabbruch während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen war, was bei ihm – entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin – der Fall gewesen sei.

Mit Beschwerdeantwort vom 12. September 2017 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde.

Am 13. Oktober 2017 liess der Beschwerdeführer dem Verwaltungsgericht eine weitere Eingabe zukommen.

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 11. Juli 2017 (act. II 13 ff.), mit welchem die Beschwerdegegnerin in Bestätigung

der Verfügung vom 28. April 2017 (act. II 29 ff.) den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 3. April 2017 abgewiesen hat. Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung und dabei insbesondere die Frage, ob die Beschwerdegegnerin das Vorliegen eines anrechenbaren Arbeits- und Verdienstauffalls zu Recht verneint hat. Die im angefochtenen Einspracheentscheid in Aussicht gestellte Verfügung über die Berechnung des versicherten Verdienstes ab 1. Mai 2017 bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

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 Gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG hat eine versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie unter anderem einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (lit. b).

2.2 Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstauffall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (Abs. 1). 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 der Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel auf Grund der im Beruf oder Erwerbszweig der versicherten Per-

son 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 Verdienstausfall 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 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).

3.

3.1 Aufgrund der Akten ist erstellt, dass das zwischen dem Beschwerdeführer und der B._____ GmbH seit 1. Juli 2016 bestehende Arbeitsverhältnis (act. II 66 ff.) von Seiten der Arbeitgeberin per Ende April 2017 gekündigt worden ist (act. II 73). Somit ist die Darstellung der Beschwerdeggerin im Einspracheentscheid vom 11. Juli 2017 insofern zu korrigieren, als diese zu Unrecht davon ausgegangen ist, dass der Arbeitsvertrag zum Zeitpunkt des Antrags auf Arbeitslosenentschädigung (act. II 35 ff.) noch nicht gekündigt gewesen sein soll (act. II 13).

3.2 Zwischen den Parteien umstritten ist insbesondere die Frage, ob es sich dabei um ein Arbeitsverhältnis auf Abruf handelte bzw. ob ein anrechenbarer Arbeits- und Verdienstausfall vorliegt.

Gemäss Arbeitgeberbescheinigung der B._____ GmbH vom 10. April 2017 (act. II 77 f.) betrug die Normalarbeitszeit des Beschwerdeführers 33 Stunden pro Woche, was bei einer betrieblichen Normalarbeitszeit von wöchentlich 44 Stunden einem Arbeitspensum von 75 % entsprechen würde. Darauf kann indessen nicht abgestellt werden. Im Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2016 wurde ausdrücklich festgehalten, dass dem Beschwerdeführer keine Arbeitsstunden garantiert würden und die Entlohnung im Stundenlohn erfolge (act. II 67), was der Beschwerdeführer im Rahmen der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung entsprechend bestätigte (act. II 65). Die Beschwerdegegnerin ist demnach im angefochtenen Einspracheentscheid (act. II 13 ff.) zu Recht von einem Arbeitsverhältnis auf Abruf ausgegangen. Die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach jeweils am Anfang des Monats ein Einsatzplan für jeden Mitarbeiter gemacht worden und es dadurch zu keinen kurzfristigen Einsätzen gekommen sei bzw. keine Rufbereitschaft bestanden habe (vgl. Beschwerde S. 2), vermag daran nichts zu ändern. Entscheidend ist einzig, dass die Arbeit jeweils vereinbarungsgemäss nur auf Aufforderung der Arbeitgeberin hin (ohne Zusicherung eines durchschnittlichen oder minimalen Beschäftigungsgrades) aufgenommen wurde, was sich denn auch in den sehr unterschiedlich hohen Lohnbezügen ausdrückt (act. II 54 ff.).

3.3 Es bleibt somit zu prüfen, ob der auf Abruf erfolgte Einsatz während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant war und somit die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal zu betrachten ist (vgl. E. 2.3 hiervor sowie THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2310 N. 151 f.)

3.3.1 Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit sind grundsätzlich die letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses massgeblich, wobei die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach unten bzw. nach oben betragen dürfen (vgl. E. 2.4 hiervor). Liegt der Beob-

achtungszeitraum zwischen sechs und zwölf Monaten, so ist gemäss Ziff. B97 der vom Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) herausgegebenen AVIG-Praxis ALE (in der ab Juli 2017 gültigen Fassung) die maximal zulässige Beschäftigungsschwankung proportional anzupassen. Übersteigen die Schwankungen bereits in einem Monat die maximal zulässige Abweichung, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden und der Arbeits- und Verdienstausfall ist folglich nicht anrechenbar. Es besteht kein Anlass, von dieser Verwaltungsweisung abzuweichen, welche eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellt und eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet (vgl. auch Art. 110 AVIG sowie Urteil des Bundesgerichts vom 30. Dezember 2013, 8C_417/2013, E. 5.2.1).

3.3.2 Das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit der B. _____ GmbH dauerte – wie zuvor dargelegt (vgl. E. 3.1 hiavor) – vom 1. Juli 2016 bis 30. April 2017. Indessen hat der Beschwerdeführer im Monat April 2017 trotz andauerndem Arbeitsverhältnis keine Arbeit mehr geleistet (act. II 36), so dass es sich – mit der Beschwerdegegnerin (vgl. act. II 18) – zu seinen Gunsten rechtfertigt, lediglich die Periode vom 1. Juli 2016 bis 31. März 2017 in die Berechnung miteinzubeziehen. Die maximal zulässige Beschäftigungsschwankung liegt demnach bei einem Beobachtungszeitraum von neun Monaten bei 15 % (20 % / 12 x 9).

3.3.3 In der von der Beschwerdegegnerin im Rahmen des Einspracheentscheids vom 11. Juli 2017 (act. II 13 ff.) vorgelegten Berechnung der Beschäftigungsschwankungen (act. II 18) wurde betreffend das massgebliche Durchschnittseinkommen ein Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten berücksichtigt. Somit ist die Auflistung insofern zu korrigieren, als das Durchschnittseinkommen lediglich anhand von neun Monaten (1. Juli 2016 bis 31. März 2017 [vgl. E. 3.3.2 hiavor]) zu ermitteln ist. Es resultiert, basierend auf einem Einkommen von insgesamt Fr. 29'643.--, ein durchschnittlicher Verdienst von Fr. 3'293.70 pro Monat (Fr. 29'643.-- / 9) anstelle der von der Beschwerdegegnerin errechneten Fr. 2'470.25. Damit trotz Arbeitsverhältnis auf Abruf von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, darf folglich der monatliche Verdienst einen Betrag von Fr. 3'786.95 (Fr. 3'293.70 + 15 %) nicht über- und einen solchen von

Fr. 2'799.05 (Fr. 3'293.70 - 15 %) nicht unterschreiten. Diese zulässige Abweichung wurde indessen bei sechs von insgesamt neun Monaten über bzw. unterschritten (vgl. act. II 54, 56 - 59, 61), weshalb nicht von einer Normalarbeitszeit im Sinne der dargelegten Praxis (vgl. E. 2.4 hiervor) ausgegangen werden kann mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstausfall aufgrund des wegfallenden Arbeitsverhältnisses mit der B. _____ GmbH nicht anrechenbar ist.

3.4 Schliesslich weist die Beschwerdegegnerin zu Recht darauf hin, dass der Beschwerdeführer das Arbeitsverhältnis mit der B. _____ GmbH nicht zur Schadenminderung angenommen habe (vgl. Beschwerdeantwort). Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt 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, um eine notgedrungene Zwischenlösung. Eine versicherte Person hat dann mit der Aufnahme eines Abrufverhältnisses nur das getan, wozu sie gemäss der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht gehalten ist (BGE 139 V 259 E. 5.1 S. 261). Vorliegend handelte es sich jedoch auch bei der vorangehenden Anstellung des Beschwerdeführers bei der C. _____ AG nicht um eine Vollzeit-, sondern um eine Teilzeitstelle im Stundenlohn (act. II 23, 39, 41 ff.), so dass die zuvor wiedergegebene Rechtsprechung nicht zum Tragen kommt.

4.

Nach dem Dargelegten ist der Einspracheentscheid vom 11. Juli 2017 (act. II 13 ff.) nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

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 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteienschädigung (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 wird eine Parteienschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Arbeitslosenkasse Unia (mit Eingabe des Beschwerdeführers vom 12. Oktober 2017)
 - 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.