

200 18 699 ALV

A. \_\_\_\_\_  
SCP/COC/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 8. November 2018**

Verwaltungsrichter Schütz, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Ackermann, Verwaltungsrichter Schwegler  
Gerichtsschreiberin Collatz

A. \_\_\_\_\_

Beschwerdeführer

gegen

**Arbeitslosenkasse Unia**

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

Beschwerdegegnerin



betreffend Einspracheentscheid vom 28. August 2018

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der 1987 geborene A. \_\_\_\_\_ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) meldete sich am 6. April 2018 zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 3. Mai 2018 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 6. April 2018 (Akten der Arbeitslosenkasse Unia [Unia bzw. Beschwerdegegnerin], Antwortbeilage [AB] 147 f., 112 - 115).

Mit Verfügung vom 20. Juli 2018 (AB 50 - 53) lehnte die Unia die Anspruchsberechtigung per 6. April 2018 mangels Arbeits- und Verdienstauffalls bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf ab. Die dagegen am 26. Juli 2018 erhobene Einsprache (AB 39) wurde mit Entscheid vom 28. August 2018 (AB 21 - 26) abgewiesen.

### **B.**

Hiergegen erhob der Versicherte am 24. September 2018 Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie die Zusprache von Arbeitslosenentschädigung ab dem 6. April 2018.

Mit Beschwerdeantwort vom 15. Oktober 2018 schliesst die Beschwerdegegnerin auf 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. 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 28. August 2018 (AB 21 - 26). Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 6. April 2018 zu Recht mangels anrechenbaren Arbeits- und Verdienstauffalls 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** 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 Beitrags-

zeit 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 Art. 10 Abs. 2 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 arbeitslos ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIV).

**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.).

**2.4** Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt die Beitragszeit, wer innerhalb der Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person erstmals sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 AVIG).

### **3.**

**3.1** Aufgrund der Akten ist erstellt, dass der Beschwerdeführer in der Rahmenfrist für die Beitragszeit (6. April 2016 bis 5. April 2018) im Stundenlohn als Mitarbeiter „Verkäufer ...“ bei der B. \_\_\_\_\_ (Arbeitgeberin) tätig war und weiterhin ist. Im Arbeitsvertrag vom 24. Dezember 2015 (AB 149), welcher immer noch gültig ist (vgl. AB 57 - 59), wurde eine Arbeitszeit von mindestens 8 Stunden bis maximal 20 Stunden pro Woche vereinbart, wobei sich der Arbeitseinsatz nach dem Einsatzplan richte. Damit ist die Beschwerdegegnerin zu Recht von einem Arbeitsverhältnis auf Abruf ausgegangen.

Der Beschwerdeführer macht geltend, vom 25. Januar 2016 bis am 1. Februar 2017 habe er deutlich mehr gearbeitet als vertraglich vorgesehen (Pensum von ca. 80%). Nach seiner Genesung (vgl. E. 3.2.2 hiernach) am 1. April 2018 habe die Arbeitgeberin ihm eröffnet, dass er zukünftig nur noch im Rahmen des im Vertrag vorgesehenen Pensums arbeiten könne. Damit erleide er einen erheblichen Verdienstaufschlag (Beschwerde S. 1).

**3.2** Damit ist zu prüfen, ob der auf Abruf erfolgte Einsatz des Beschwerdeführers während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant war und somit die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal zu betrachten ist (vgl. E. 2.3.2 f. hiervor; vgl. auch THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2310 N. 151 f.).

**3.2.1** 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).

Die maximale zulässige Beschäftigungsschwankung beträgt bei einem Beobachtungszeitraum von sechs Monaten 10%. Übersteigen die Schwankungen bereits in einem Monat die maximal zulässige Abweichung, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden und der Arbeits- und Verdienstaufschlag ist folglich nicht anrechenbar. Hat das Arbeitsverhältnis mindestens zwei Jahre gedauert, ist es gerechtfertigt, den Beobachtungszeitraum auf mehr als zwölf Monate auszudehnen. In diesem Fall müssen die Anzahl Arbeitsstunden pro Jahr und die Schwankungen gegenüber dem Jahresdurchschnitt berücksichtigt werden (Rz. B97 der vom Staatssekretariat für Wirtschaft [seco] herausgegebenen AVIG-Praxis ALE [in der ab Juli 2018 gültigen Fassung], unter Hinweis auf ARV 2014 S. 62 ff. sowie Entscheide des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht {BGer}] vom 12. Mai 2006, C 9/06, E. 3.3, und des BGer vom 28. Februar 2011, 8C\_379/2010). Diese Verwaltungsweisung ist für das Gericht zwar nicht verbindlich (BGE 142 V 425 E. 7.2 S. 434, 141 V 365 E. 2.4 S. 368), doch besteht im vorliegenden Fall kein triftiger Grund für ein Abweichen von dieser.

**3.2.2** Der Beschwerdeführer arbeitet seit dem 25. Januar 2016 für die Arbeitgeberin (AB 149). Damit hat das Arbeitsverhältnis mehr als zwei Jahre gedauert, weshalb der Beobachtungszeitraum für die Ermittlung der Normalarbeitszeit grundsätzlich auf mehr als zwölf Monate auszudehnen wäre (vgl. 3.2.1 hiervor). Indessen war der Beschwerdeführer infolge Krankheit vom 2. Februar bis 30. November 2017 zu 100%, vom 1. Dezember 2017 bis 14. Januar 2018 zu 75% und vom 15. Januar bis 31. März 2018 zu 50% arbeitsunfähig (AB 152; vgl. auch AB 118 ff. und 98). In dieser Krankheitsperiode hat er damit keine resp. nur eine reduzierte Arbeitszeit absolviert, so dass weder auf einen Überjahres- noch einen Jahresvergleich abgestützt werden kann. Daran ändert – entgegen der Auffassung in der Beschwerde (S. 1) – nichts, dass der Beschwerdeführer in dieser Zeit Leistungen der Krankentaggeldversicherung erhalten hat (AB 98). Denn

Versicherungsleistungen bei Unfall, Krankheit oder Invalidität gehören, von hier nicht massgebenden Ausnahmen abgesehen, nicht zum beitragspflichtigen Erwerbseinkommen (Art. 2 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 lit. b der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101]; Entscheid des BGer vom 13. Juni 2018, 8C\_331/2018, E. 4.2.2) und sind damit bei der Ermittlung der Normalarbeitszeit nicht zu berücksichtigen.

Auch weitere Monate, in welchen der Beschwerdeführer Beschäftigungseinbrüche erlitten hat, welche nicht auf fehlenden Abruf, sondern durch andere Arbeitsabsenzen wie Ferien oder Krankheit zurückzuführen sind, sind von den Beobachtungszeiträumen auszunehmen (Audit-Letter TCRD des seco, Ausgabe 2017/1, ALK S. 3; abrufbar unter: [www.arbeit.swiss](http://www.arbeit.swiss)). Die entsprechende Publikation des seco stellt keine Weisung dar (welche für die Gerichte nicht verbindlich wäre), ist aber sachgerecht, da derartige Absenzen die Ermittlung einer durchschnittlichen Beschäftigung verunmöglichen. Entsprechendes gilt für die Monate März 2016 (Ferien vom 14. bis 20. März 2016; AB 68), Juni 2016 (Ferien vom 13. bis 26. Juni 2016; AB 70), September 2016 (Krankheit vom 12. bis 15. September 2016; AB 71), Oktober 2016 (Ferien vom 17. bis 23. Oktober 2016; AB 72), November 2016 (Ferien vom 21. bis 27. November 2016; AB 72 f.) und Januar 2017 (Ferien vom 2. bis 8. Januar 2017; AB 66).

Schliesslich fallen auch die Monate Januar 2016 und April 2018 für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ausser Betracht, weil diese Monate bei Beginn des Arbeitsverhältnisses am 25. Januar 2016 (AB 68 und 149) und Ende der Rahmenfrist für die Beitragszeit am 5. April 2018 (vgl. E. 3.1 hier vor) nicht voll zu berücksichtigen sind.

Damit sind für die Ermittlung der Normalarbeitszeit die Monate Februar 2016 (Arbeitszeit: 113.3 Stunden; AB 94), April 2016 (Arbeitszeit: 172.25 Stunden; AB 92), Mai 2016 (Arbeitszeit: 153 Stunden; AB 91), Juli 2016 (Arbeitszeit: 150.55 Stunden; AB 89), August 2016 (Arbeitszeit: 169 Stunden; AB 88) und Dezember 2016 (Arbeitszeit: 111.5 Stunden; AB 102) zu berücksichtigen. Die maximal zulässige Beschäftigungsschwankung liegt bei einem Beobachtungszeitraum von sechs Monaten bei 10% (vgl. E. 3.2.1 hiervor). Es kann offen bleiben, ob hier überhaupt eine Normalar-

beitszeit ermittelt werden kann, weil die in Betracht fallenden Monate nicht eine lückenlose Zeitspanne bilden.

**3.2.3** In der von der Beschwerdegegnerin im Rahmen des Einspracheentscheids durchgeführten Berechnung der Beschäftigungsschwankungen (AB 24 Ziff. 11) wurde von den effektiven geleisteten Arbeitsstunden im Monat die im Arbeitsvertrag garantierte wöchentliche Mindestbeschäftigung von 8 Stunden (AB 149) abgezogen. Ob dieses Vorgehen korrekt ist, braucht nicht abschliessend geklärt zu werden, da mit oder ohne Berücksichtigung der garantierten Mindeststunden die Beschäftigungsschwankungen ausserhalb der in E. 3.2.1. hiervor genannten Bandbreite von +/- 10% liegen. Diesbezüglich bleibt jedoch darauf hinzuweisen, dass entgegen dem Vorgehen der Beschwerdegegnerin die wöchentlichen Mindeststunden nicht mit 4.2 (AB 24 Ziff. 11), sondern mit 4.33 (52 Wochen im Jahr : 12 Monate) multipliziert werden müssen, um die monatlichen Mindeststunden zu erhalten. Dies ergibt eine garantierte monatliche Mindestbeschäftigung von 34.64 Stunden (8 Mindeststd. x 4.33). Demnach ergibt sich für die Ermittlung der durchschnittlichen Arbeitszeit resp. der Abweichung davon Folgendes:

Berechnung aufgrund der effektiv geleisteten Arbeitszeit

		Arbeitszeit	Abweichung vom Durchschnitt
Feb 16	AB 94	113.3 Std.	-21.83%
Apr 16	AB 92	172.25 Std.	18.85%
Mai 16	AB 91	153 Std.	5.57%
Jul 16	AB 89	150.55 Std.	3.88%
Aug 16	AB 88	169 Std.	16.61%
Dez 16	AB 102	111.5 Std.	-23.07%
		144.93 Std. (Durchschnitt)	

Berechnung unter Abzug der garantierten 34.64 Mindeststunden im Monat

		Arbeitszeit	Abweichung vom Durchschnitt
Feb 16	AB 94	78.66 Std.	-28.68%
Apr 16	AB 92	137.61 Std.	24.77%
Mai 16	AB 91	118.36 Std.	7.31%
Jul 16	AB 89	115.91 Std.	5.09%
Aug 16	AB 88	134.36 Std.	21.82%
Dez 16	AB 102	76.86 Std.	-30.31%
		110.29 Std. (Durchschnitt)	

Die zulässige Abweichung der durchschnittlichen Arbeitszeit wurde damit bei beiden Berechnungsweisen bei vier von insgesamt sechs Monaten über- bzw. unterschritten, weshalb nicht von einer Normalarbeitszeit im Sinne der dargelegten Praxis (vgl. E. 2.4 hiervor) ausgegangen werden kann. Dementsprechend hat die Beschwerdegegnerin den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu Recht mangels Arbeits- und Verdienstauffalls verneint.

**3.3** Darüber hinaus bleibt darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer entgegen seiner Darstellung in der Beschwerde seit seiner Genesung im April 2018 durchaus mehr als im Arbeitsvertrag vorgesehen (mindestens 34.64 Stunden im Monat [8 Std. x 4.33] und maximal 86.6 Stunden im Monat [20 Std. x 4.33]; AB 149) gearbeitet hat. So absolvierte er im Mai 2018 insgesamt 104.33 Stunden (AB 77) und im August 2018 107.08 Stunden (AB 5 und 7).

**3.4** Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde abzuweisen.

**4.**

**4.1** Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG keine zu erheben.

**4.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens 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.