

200 18 800 ALV
SCJ/FRN/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 16. Oktober 2019

Verwaltungsrichter Scheidegger, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Furrer, Verwaltungsrichter Schütz
Gerichtsschreiberin Franzen

A. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern
Arbeitslosenkasse, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2018



Sachverhalt:

A.

Die 1968 geborene A. _____ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) arbeitet seit dem 4. Juli 2017 bei der B. _____ AG als „Aushilfe auf Abruf“ und beantragte am 20. August 2018 Arbeitslosenentschädigung ab 1. August 2018 (vgl. Akten des beco Berner Wirtschaft, nachfolgend beco; seit 1. Mai 2019 Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA bzw. Beschwerdegegner], [act. II] 58 f., 96 – 99). Zur Begründung machte sie geltend, da sie nur als Aushilfe tätig und ihre Rahmenfrist am 31. Juli 2018 abgelaufen sei, beantrage sie eine neue Rahmenfrist (S. 99).

Mit Verfügung vom 11. September 2018 (act. II 65 – 67) verneinte das beco einen Leistungsanspruch ab August 2018. In der Begründung hielt es fest, in den Monaten Oktober 2017 sowie März und Juli 2018 sei das Maximum der möglichen Beschäftigungsschwankung überschritten worden. Der Arbeits- und Verdienstaufschlag sei nicht anrechenbar. Die dagegen erhobene Einsprache (act. II 62 f.) wies das beco mit Entscheid vom 3. Oktober 2018 (act. II 49 – 53) ab.

B.

Hiergegen erhob die Versicherte mit Eingabe vom 30. Oktober 2018 (Postaufgabe) Beschwerde. Sie beantragte sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids und die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab August 2018.

Am 31. Oktober 2018 ersuchte der Instruktionsrichter die Beschwerdeführerin, bis am 14. November 2018 eine eigenhändig unterschriebene Beschwerde einzureichen. Dem kam die Beschwerdeführerin am 12. November 2018 nach.

Mit Beschwerdeantwort vom 20. November 2018 schloss der Beschwerdegegner 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. 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. 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 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2018 (act. II 49 – 53). Zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. August 2018 und in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage nach dem Vorliegen eines anrechenbaren Arbeitsausfalls.

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

2.2.1 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. 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).

2.2.2 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 un-

terworfen 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.).

2.2.3 Beim Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig, sondern der Not gehorchend und um die Arbeitslosigkeit zu überbrücken, eingegangen wurde, handelt es sich um eine notgedrungene Zwischenlösung, was sich auch aus der Tatsache ergibt, dass die versicherte Person bereit ist, diese Tätigkeit unverzüglich aufzugeben. Eine versicherte Person hat dann mit der Aufnahme eines Abrufverhältnisses nur das getan, wozu sie gemäss der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht (Art. 17 AVIG) gehalten ist. Demzufolge ist die Annahme eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf nach Verlust einer Vollzeitstelle als Überbrückungstätigkeit zu werten und nicht anstelle der letzten Vollzeittätigkeit 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; ARV 2015 S. 333 E. 4.2). Ist das Einkommen aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr im Rahmen der Schadenminderungspflicht als Zwischenverdienst anzurechnen, erleidet die versicherte Person dem Grundsatz nach keinen anrechenbaren Verdienstausschluss (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.).

2.3 Gemäss Art. 9 Abs. 1 AVIG gelten für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit zweijährige Rahmenfristen, sofern dieses Gesetz nichts anderes vorsieht. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Abs. 2). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Abs. 3). Ist die Rahmenfrist für den Leistungsbezug abgelaufen und beansprucht der Versicherte wieder Arbeitslosenentschädigung, so gelten, sofern dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, erneut zweijährige Rahmenfristen für den Leistungsbezug und die

Beitragszeit (Abs. 4), wobei eine Neuprüfung aller Anspruchsvoraussetzungen erfolgt (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 10. November 2015, 8C_656/2015, E. 3.2).

2.4 Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 144 V 195 E. 4.2 S. 198). Das Gericht weicht jedoch insoweit von Weisungen ab, als sie nicht gesetzmässig sind bzw. in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften mit den allgemeinen Grundsätzen des Bundesrechts nicht im Einklang stehen (BGE 132 V 121 E. 4.4 S. 125).

3.

3.1

3.1.1 Die Rahmenfrist für die Beitragszeit dauerte vom 1. August 2016 bis 31. Juli 2018. Während dieser Zeit bzw. ab dem 4. Juli 2017 arbeitete die Beschwerdeführerin in einem Teilzeitarbeitsverhältnis auf Abruf bei der B._____ AG (act. II 100 f.). Weitere beitragspflichtige Tätigkeiten sind in den Akten nicht ausgewiesen.

3.1.2 Gemäss den – zu Recht unwidersprochen gebliebenen – Berechnungen des Beschwerdegegners (act. II 68) hat die Beschwerdeführerin die in den letzten zwölf Monaten des Arbeitsverhältnisses mit der B._____ AG zulässigen Beschäftigungsschwankungen (vgl. SECO, AVIG-Praxis ALE, B97; abrufbar unter www.arbeit.swiss) überschritten (mehr als 20% nach unten und nach oben), weshalb nicht von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann. Infolgedessen würde ab 1. August 2018 grundsätzlich kein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliegen.

3.2 Die Beschwerdeführerin führte indessen beschwerdeweise aus, sie habe die Tätigkeit bei der B._____ AG nach dem per Ende Juli 2016 erfolgten Verlust ihrer Vollzeitstelle lediglich angetreten, um am Arbeitsmarkt teilzuhaben und den Anschluss nicht zu verlieren. Damit macht sie sinngemäss geltend, sie habe das Arbeitsverhältnis auf Abruf ab 4. Juli 2017 zur Schadenminderung angenommen (Art. 17 AVIG; vgl. E. 2.2.3 hiervor).

3.2.1 Das Arbeitsverhältnis bei der B._____ AG hat bei Beginn der neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. August 2018 länger als ein Jahr gedauert. Der Beschwerdegegner stützt sich im angefochtenen Einspracheentscheid bei seiner Argumentation, wonach bei dieser Tätigkeit auf Abruf der Gedanke der Schadenminderung nicht mehr im Vordergrund stehe, weshalb kein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliege (act. II 52), namentlich auf die Verwaltungsweisung B100 der AVIG-Praxis ALE ab. Diese lautet wie folgt: „Ist eine Person ein Arbeitsverhältnis auf Abruf ursprünglich eingegangen, um den Schaden der ALV zu mindern, wirkt sich das bei der Eröffnung einer Rahmenfrist für den Leistungsbezug nicht automatisch anspruchsausschliessend aus (B96). Dauert dieses Arbeitsverhältnis allerdings länger, wird es für die Person zur Normalität und der Gedanke der Schadenminderung geht verloren. Indiz für eine inzwischen als normal zu qualifizierende Arbeitszeit ist eine länger als ein Jahr andauernde Tätigkeit auf Abruf mit der Folge, dass die versicherte Person während der Zeit, während der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Arbeitsausfall mehr erleidet.“

3.2.2 Im Urteil vom 5. Juni 2019 (ALV/18/888 E. 3.3.1; abrufbar unter www.vg-urteile.apps.be.ch) hat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern jedoch erkannt, eine länger als ein Jahr andauernde Tätigkeit auf Abruf stelle bloss ein Indiz für den Schluss auf eine den Überbrückungscharakter verlierende und nicht mehr der Schadenminderung dienende Arbeit auf Abruf dar. Es könnten Umstände vorliegen, welche trotz Zeitablaufs an der Qualifikation der Arbeit auf Abruf als blosser Überbrückungstätigkeit nichts ändern würden.

3.3 Somit ist nachfolgend zu prüfen, ob – gleich wie im referierten Urteil – Umstände vorliegen, welche trotz Zeitablaufs darauf schliessen lassen,

dass weiterhin eine bloss zur Schadenminderung angenommene resp. weitergeführte Arbeit auf Abruf vorliegt. Solche Indizien liegen vor, hat doch das Arbeitsverhältnis mit der B. _____ AG bei Beginn der neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug mit knapp 13 Monaten nur wenig länger als die gemäss Verwaltungsweisung B100 der AVIG-Praxis ALE (vgl. E. 3.2.1 hiervor) postulierte Grenze von zwölf Monaten angedauert. Ferner geht aus den Akten hervor, dass sich die Beschwerdeführerin seit Aufnahme der Tätigkeit für die B. _____ AG intensiv um eine zusätzliche Teilzeit- oder eine Vollzeitstelle beworben hat (vgl. dazu die Arbeitsbemühungen Juli 2017 bis August 2018; act. II 13 ff.). Weiter hat sie beschwerdeweise ausgeführt, sie habe in den letzten Monaten jede Möglichkeit zur Erhöhung des Pensums wahrgenommen. Diese Darstellung wird durch die vorliegenden Gehaltsabrechnungen bestätigt: Im August 2018 verdiente sie Fr. 3'076.20 netto (act. II 72), im September 2018 Fr. 2'428.15 netto (act. II 56) und im Oktober 2018 Fr. 2'505.10 netto (act. II 45). Nach dem Dargelegten handelt es sich bei der Tätigkeit für die B. _____ AG zumindest bis zum Zeitpunkt des angefochtenen Einspracheentscheids vom 3. Oktober 2018 (act. II 49 – 53) weiterhin um eine zur Schadenminderung ausgeübte Arbeit auf Abruf, weshalb unter diesem Aspekt ein anrechenbarer Arbeitsausfall für die Zeit ab 1. August 2018 zu bejahen ist.

3.4 Demnach stellt der Zeitablauf unter den gegebenen Umständen sowie im Einklang mit der Weisung gemäss AVIG-Praxis ALE, B100, derzeit kein entscheidendes Indiz gegen das Vorliegen einer Tätigkeit auf Abruf mit Überbrückungscharakter dar mit der Folge, dass weiterhin ein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliegt. Der Beschwerdegegner wird im Hinblick auf die ab August 2018 erneut beanspruchte Arbeitslosenentschädigung die übrigen Anspruchsvoraussetzungen (Art. 8 Abs. 1 AVIG) zu prüfen und alsdann neu über den Leistungsanspruch zu befinden haben.

3.5 Zusammenfassend ist in Gutheissung der Beschwerde der Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2018 (act. II 49 – 53) aufzuheben und die Sache zwecks Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen für die Arbeitslosenentschädigung und anschliessend neuer Verfügung zurückzuweisen.

3.6 Abschliessend bleibt auf Folgendes hinzuweisen: Nach den Berechnungen des Beschwerdegegners beläuft sich der versicherte Verdienst in der neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug ab 1. August 2018 auf Fr. 2'507.-- (act. II 86). Gemäss den aktenkundigen Gehaltsabrechnungen ergibt sich, dass das Einkommen aus der in der neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug weiterhin ausgeübten Abruftätigkeit bei der B. _____ AG zumindest bis zum Zeitpunkt des angefochtenen Einspracheentscheids (August – Oktober 2018) mit Fr. 3'076.20, Fr. 2'428.15 und Fr. 2'505.10 (vgl. E. 3.3 hiavor; act. II 45, 56 und 72) jeweils höher war als die der Beschwerdeführerin zustehende Arbeitslosenentschädigung im Betrage von 80% des versicherten Verdienstes, ausmachend Fr. 2'005.60 (Art. 22 Abs. 1 AVIG). Dies scheint sich die Beschwerdeführerin bewusst zu sein, weist sie doch in der Beschwerde (S. 2) ausdrücklich darauf hin, sie habe in den letzten Monaten im Minimum 80% gearbeitet. Da im Geschäft im Juli/August 2018 Ferien- und Krankheitsabsenzen zu verzeichnen gewesen seien, habe sie viele Stunden gearbeitet (act. II 62). Die Voraussetzungen zur Ausrichtung von Kompensationszahlungen nach Art. 24 AVIG dürften deshalb zumindest bis zum Erlass des angefochtenen Entscheids vom 3. Oktober 2018 (act. II 49 – 53) nicht erfüllt gewesen sein.

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 Trotz ihres Obsiegens hat die nicht vertretene Beschwerdeführerin nach konstanter Praxis keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da ihr Aufwand den Rahmen dessen nicht überschritten hat, was der Einzelne üblicherweise 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 des beco vom 3. Oktober 2018 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückgewiesen, damit dieser nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung neu verfüge.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - 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.