

BE_VERWALTUNGSGERICHT 200 2020 222 vom 28. Juli 2020

BE Verwaltungsgericht, 2020-07-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_200_2020_222

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 200 2020 222 du 28 juillet 2020

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 200 2020 222 del 28 luglio 2020

Regeste

Einspracheentscheid vom 28. Februar 2020

Erwägungen

E. 1.1

Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom

E. 1.2

Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 28. Februar 2020 (AB 28 ff.). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. Juli 2020, ALV/20/222, Seite 4 auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 16. Oktober 2019 und dabei namentlich das Vorliegen eines anrechenbaren Arbeitsausfalls.

E. 1.3

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

E. 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 ganz oder teilweise arbeitslos ist (lit. a) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (lit. b). 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 Arbeitslosen 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.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. Juli 2020, ALV/20/222, Seite 5

cherten Person. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Anforderung 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 Verdienstausschlag 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 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).

2.3.4 Die Annahme eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf nach Verlust einer Vollzeitstelle ist 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 Verdienstausschlag (BGE

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. Juli 2020, ALV/20/222, Seite 6

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.).

2.4 Gemäss Art. 9 Abs. 1 AVIG gelten für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit zweijährige Rahmenfristen, sofern dieses Gesetz nichts anderes vorsieht. 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). Ist die Rahmenfrist für den Leistungsbezug abgelaufen und beansprucht die versicherte Person wieder Arbeitslosenentschädigung, so gelten grundsätzlich erneut zweijährige Rahmenfristen für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 4 AVIG).

3. 3.1 Vorliegend ist erstellt und unbestritten, dass der Beschwerdeführer während einer ersten Rahmenfrist für den Leistungsbezug (vgl. E. 2.4 hier- vor) vom 16. Oktober 2017 bis 15. Oktober 2019 eine vorerst bis 31. Dezember 2018 befristete Arbeitsstelle (AB 138 f.), welche per 1. Januar 2019 in eine unbefristete überführt wurde (AB 118 f.), beim ... des B._____ antrat und besagtes Arbeitsverhältnis über den

15. Oktober 2019 hinaus ungekündigt war und in unveränderter Form weiterbestand (vgl. AB 23 f.). Der Beschwerdeführer nahm das betreffende Arbeitsverhältnis per 1. August 2018, d.h. über 14 Monate vor Ablauf der ersten Rahmenfrist für den Leistungsbezug, auf (AB 138 f.). Damit ist erstellt, dass er innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit im Hinblick auf eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug während mehr als 12 Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausübte (vgl. auch E. 2.4 hiervor). Unter den Parteien strittig und nachfolgend zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer einen anrechenbaren Arbeitsausfall (vgl. E. 2.1 und E. 2.3.1 ff. hiervor) erlitt und hierbei insbesondere, ob das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem B. _____ ein Arbeitsverhältnis auf Abruf darstellt (vgl. E. 3.2 hiernach), ob diese Tätigkeit, welche während der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. Juli 2020, ALV/20/222, Seite 7 ersten Leistungsrahmenfrist als Überbrückungstätigkeit gewertet wurde, inzwischen zur Normalität geworden ist (vgl. E. 3.3 hiernach) und ob der Einsatz während längerer Zeit im Wesentlichen konstant war und somit die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal zu betrachten ist (vgl. E. 3.4 hiernach). 3.2 Das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach er von seinem Arbeitgeber seit 20 Monaten immer von Montag bis Freitag jeweils am Abend eingesetzt werde, weshalb keine eigentliche Tätigkeit auf Abruf vorliege (Beschwerde), ändert nichts an der Tatsache, dass angesichts der arbeitsvertraglichen Regelung, wonach sich der Beschäftigungsgrad und die Arbeitszeit nach den Weisungen des Vorgesetzten richtet (AB 118 f., 139 f.), keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang besteht (vgl. Entscheide des Bundesgerichts [BGer] vom 11. März 2020, 8C_778/2019 [zur Publikation vorgesehen], E. 3.3 [SVR 2020 ALV Nr. 9 S. 28], und vom 6. Oktober 2017, 8C_532/2017, E. 2.2) und der Beschwerdeführer das Risiko von Beschäftigungsschwankungen trägt. Folglich wurde das Arbeitsverhältnis zu Recht als Arbeit auf Abruf qualifiziert. Dies ist indessen für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens ohnehin nicht entscheidend. Selbst wenn von einer Tätigkeit mit vereinbartem Teilzeitpensum ausgegangen würde, begründete dies keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, zumal das Arbeitsverhältnis unbestrittenermassen in unverändertem Ausmass weiterbestand (vgl. auch AB 19 ff.). Während bei der Arbeit auf Abruf anfangs ein Überbrückungscharakter angenommen werden kann, liegt bei der Arbeit mit vereinbartem Teilzeitpensum von Anfang an eine (neue) Dauerlösung vor. Der Leistungsanspruch in einer Folgerahmenfrist ist in diesen Fällen bereits wegen der fehlenden Beitragszeit für den geltend gemachten Arbeitsausfall zu verneinen (vgl. BGer 8C_778/2019 [zur Publikation vorgesehen], E. 5.5 [SVR 2020 ALV Nr. 9 S. 30]). 3.3. Der Beschwerdeführer stellt ferner sinngemäss in Abrede, dass das Arbeitsverhältnis den Charakter einer Überbrückungstätigkeit verloren hat. Vor der Teilzeitanstellung beim Kanton habe er immer ganztags gearbeitet und suche auch jetzt eine solche Anstellung (Beschwerde S. 1). Auch mit dieser Rüge dringt der Beschwerdeführer nicht durch. In Präzisierung sei-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. Juli 2020, ALV/20/222, Seite 8 ner bisherigen Rechtsprechung (vgl. E. 2.3.4 hiervor) entschied das Bundesgericht jüngst, dass die Vorgehensweise, den anrechenbaren Arbeitsausfall bei einer Arbeit auf Abruf mit Überbrückungscharakter aufgrund des davor ausgeübten festen Arbeitsverhältnisses (als letztes Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AVIV) zu bejahen, aus gesetzessystematischer Sicht und unter dem Aspekt des Gebots der Gleichbehandlung der

Versicherten auf die Dauer einer ersten Leistungsrahmenfrist zu begrenzen ist (BGer 8C_778/2019 [zur Publikation vorgesehen], E. 5.5 [SVR 2020 ALV Nr. 9 S. 30]). Seit dieser höchstrichterlichen Klarstellung ist es nicht mehr zulässig, im Einzelfall einer Arbeit auf Abruf auch in einer Folgerahmenfrist den Charakter einer Überbrückungstätigkeit zuzusprechen (so noch in den Urteilen des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16. Oktober 2019, ALV/2018/800, E. 3.3 f., und vom 5. Juni 2019, ALV/2018/888, E. 3.3.1 ff.). Weil eine neue oder geänderte Gerichtspraxis grundsätzlich Anwendung auf alle noch hängigen Verfahren findet, ist die besagte höchstrichterliche Präzisierung hier massgebend, auch wenn sie erst nach Erlass des angefochtenen Einspracheentscheides vom 28. Februar 2020 (AB 28 ff.) erging. Ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Rahmen einer Überbrückungstätigkeit ist daher vorliegend zu verneinen. 3.4 Es bleiben die allgemeinen Voraussetzungen für den Leistungsanspruch gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG zu prüfen und hierbei insbesondere, ob der Beschwerdeführer einen anrechenbaren Arbeitsausfall gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG erlitt (vgl. E. 2.1 hiervor) respektive ob der Einsatz auf Abruf während längerer Zeit im Wesentlichen konstant erfolgte (vgl. E. 2.3.2 hiervor; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in UL- RICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2310 N. 151 f.). Im Zeitpunkt Oktober 2019 dauerte das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem B. _____ 14.5 Monate (AB 118 f., 138 f.). Demnach ist für die Ermittlung der Normalarbeitszeit praxisgemäss auf einen Beobachtungszeitraum der letzten 12 Monate, d.h. Oktober 2018 bis September 2019, abzustellen, wobei die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach unten bzw. nach oben betragen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. Juli 2020, ALV/20/222, Seite 9 dürfen (vgl. E. 2.3.3 hiervor; Entscheide des BGer vom 23. August 2018, 8C_812/2017, E. 5.3.2, und vom 21. Mai 2015, 8C_318/2014, E. 2.3). 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 (BGer 8C_812/2017, E. 5.3.2, und 8C_318/2014, E. 2.3; Rz. B97 der vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO herausgegebenen AVIG-Praxis ALE). Für die vom Beschwerdeführer beantragte Anpassung des Beobachtungszeitraums respektive die Berechnung nach den effektiv geleisteten Arbeitstagen (Beschwerde S. 2) lässt die vorgenannte Praxis keinen Spielraum. Der Beschwerdeführer bestreitet die vom Beschwerdegegner verwendete Berechnungsgrundlage, d.h. die Anzahl der im jeweiligen Monat geleisteten Arbeitsstunden (AB 30, 37 ff.), nicht. Auf diese kann denn auch abgestellt werden. Der Beschwerdeführer leistete im fraglichen Zeitraum die folgenden Arbeitsstunden (AB 30, 37 ff.): September 2019: 42 h August 2019: 40 h Juli 2019: 46 h Juni 2019: 38 h Mai 2019: 10 h April 2019: 40 h März 2019: 42 h Februar 2019: 40 h Januar 2019: 42 h Dezember 2018: 43.5 h November 2018: 49 h Oktober 2018: 53.5 h Unter den Parteien ist zu Recht unbestritten, dass sich der durchschnittliche Beschäftigungsgrad auf 40.5 h pro Monat beläuft, die Beschäftigungsschwankungen demnach zwischen 32.4 h und 48.6 h liegen dürfen und das jeweilige Maximum der möglichen Beschäftigungsschwankungen in den Monaten Oktober und November 2018 sowie Mai 2019 überschritten wurde (AB 30 f.); eine Normalarbeitszeit ist auf dieser Grundlage zu verneinen. Auch wenn der Monat Mai 2019, in welchem der Beschwerdeführer seiner Aussage zufolge (Beschwerde S. 1) seine Ferien bezog, bei der

Ermittlung der Beschäftigungsschwankungen ausser Acht gelassen wird, kann vorliegend nicht von einer Normalarbeitszeit im Sinne der dargelegten Praxis

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. Juli 2020, ALV/20/222, Seite 10 (vgl. E. 2.3.3 hiervor) gesprochen werden. Die Anzahl der durchschnittlich geleisteten Arbeitsstunden betrug diesfalls im massgebenden Zeitraum monatlich 43.27 h (476 / 11). Damit trotz Arbeitsverhältnis auf Abruf von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden könnte, dürfte folglich die monatlich geleistete Arbeitszeit 34.62 h ($43.27 / 100 \times 80$) nicht unter- und 51.92 h ($43.27 / 100 \times 120$) nicht überschreiten. Diese zulässige Abweichung wurde indessen im Monat Oktober 2018 überschritten (AB 30, 43); der Beschwerdeführer hält denn auch selber fest, dass er unter anderem in diesem Monat „jeweils freitags am Abend etwas mehr“ gearbeitet habe (Beschwerde S. 2). Darüber hinaus ist vorliegend weder aktenkundig (vgl. AB 22) noch wird vom Beschwerdeführer geltend gemacht, dass im Oktober 2019 das Beschäftigungsvolumen abgenommen hat und er dadurch einen Arbeits- und Verdienstauffall erlitt. Auch daher ist ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 16. Oktober 2019 zu verneinen. 4. Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 28. Februar 2020 (AB 28 ff.) prüfte der Beschwerdegegner das Leistungsbegehren vom 2. September 2019 (AB 95 ff.) ausschliesslich in Bezug auf die Arbeit beim ... des B. Zum Verlust der 80 % Anstellung bei der D. AG (AB 116, 120 ff.) äusserte er sich nicht. Der Beschwerdeführer vermag auch aus dieser vorübergehenden Anstellung nichts zu seinen Gunsten ableiten. Er ging dieser Tätigkeit lediglich drei Monate nach (AB 116, 120 ff.) und erfüllte daher für diese das Anspruchserfordernis der Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 13 Abs. 1 AVIG (vgl. E. 2.4 hiervor) nicht. Eine Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit (Art. 14 AVIG) wird so- dann weder geltend gemacht noch bestehen diesbezüglich entsprechende Anhaltspunkte.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. Juli 2020, ALV/20/222, Seite 11 5. Nachdem feststeht, dass die Arbeit auf Abruf den Überbrückungscharakter verloren hat, beim Beschwerdeführer wegen der Beschäftigungsschwankungen keine Normalarbeitszeit vorliegt und er die Arbeit auf Abruf unverändert weiterhin ausübt, erleidet er keinen anrechenbaren Arbeitsausfall, weshalb die Anspruchsvoraussetzungen für weitere Taggeldleistungen der Arbeitslosenversicherung ab dem 16. Oktober 2019 in einer zweiten Rahmenfrist nicht erfüllt sind. Demnach hat der Beschwerdegegner die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab 16. Oktober 2019 zu Recht verneint und die gegen den Einspracheentscheid vom 28. Februar 2020 (AB 28 ff.) erhobene Beschwerde ist abzuweisen. 6.

E. 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

E. 6.1

Es sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

E. 6.2

Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

E. 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.