

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 10. November 2020

Verwaltungsrichter Ackermann, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Kölliker, Verwaltungsrichter Loosli,
Verwaltungsrichterin Meyrat Neuhaus, Verwaltungsrichter Schwegler
Gerichtsschreiber Schnyder

A. _____

Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 21. April 2020



Sachverhalt:

A.

Die 1968 geborene A. _____ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) beantragte ab August 2019 Arbeitslosenentschädigung (Dossier der Arbeitslosenkasse [act. IIA] 160 ff.), nachdem sie sich bereits im Juni 2019 bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) zum Leistungsbezug angemeldet hatte (act. IIA 137). Mit Hinweis darauf, dass die Versicherte ab dem 10. Dezember 2019 bis am 5. Januar 2020 zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben sei, überwies die Arbeitslosenkasse die Akten dem Amt für Arbeitslosenversicherung (AVA bzw. Beschwerdegegner) zur Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit bzw. der Anspruchsberechtigung (act. IIA 63 f.). Mit Verfügung vom 23. Januar 2020 verneinte Letzteres die Vermittlungsfähigkeit und Anspruchsberechtigung für die Zeit vom 10. Dezember 2019 bis zum 5. Januar 2020 (act. IIA 54 ff.). Daran hielt das AVA auf Einsprache hin (Dossier Rechtsdienst [act. IIB] 8) mit Entscheid vom 21. April 2020 fest (act. IIB 2 ff.).

B.

Hiergegen erhob die Versicherte am 8. Mai 2020 Beschwerde mit dem Antrag, für die Zeit der vorübergehenden 100%igen Arbeitsunfähigkeit (vom 10. Dezember 2019 bis zum 5. Januar 2020) sei ihr eine Arbeitslosenentschädigung nach Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzent-schädigung (AVIG; SR 837.0) zu gewähren.

Mit Beschwerdeantwort vom 8. Juni 2020 schliesst der Beschwerdegegner auf Abweisung der Beschwerde.

C.

Am 27. Oktober 2020 fand zu der sich im vorliegenden Verfahren stellenden grundsätzlichen Rechtsfrage (vgl. E. 3 hiernach) eine erweiterte Abteilungskonferenz (eABK) der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung und der Abteilung für französischsprachige Geschäfte statt (Art. 54 Abs. 4 des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 22 des Organisationsreglements des Verwaltungsgerichts vom 22. September 2010 [OrR VG; BSG 162.621]; vgl. auch E. 1.3 hiernach).

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 GSOG 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 AVIG i.V.m. Art. 128 Abs. 2 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 21. April 2020 (act. IIB 2 ff.). Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung für die Zeit zwischen dem 10. Dezember 2019 und dem 5. Januar 2020 (act. IIB 4) hat.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). Da jedoch eine Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist, urteilt das Gericht in Fünferbesetzung (Art. 57 Abs. 6 i.V.m. Art. 56 Abs. 2 lit. a 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 Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist eine arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, berechtigt und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen. Als Anspruchsvoraussetzung schliesst der Begriff der Vermittlungs(un)fähigkeit graduelle Abstufungen aus. Entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig, insbesondere bereit, eine zumutbare Arbeit (im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspensums; vgl. Art. 5 AVIV) anzunehmen, oder nicht (BGE 143 V 168 E. 2 S. 170, 136 V 95 E. 5.1 S. 97).

2.2

2.2.1 Körperlich oder geistig Behinderte gelten nach Art. 15 Abs. 2 AVIG als vermittlungsfähig, wenn ihnen bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage,

unter Berücksichtigung ihrer Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte. Behinderung im Sinne dieser Bestimmung meint eine dauernde und erhebliche Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit, die allerdings nicht im invalidenversicherungsrechtlichen Sinne invalidisierend wirken muss (ARV 2006 S. 142 E. 1.2, 2003 S. 58 E. 2a).

2.2.2 Ist ein Behinderter, unter der Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage, nicht offensichtlich vermittlungsunfähig und hat er sich bei der Invalidenversicherung oder bei einer anderen Versicherung angemeldet, so gilt er bis zur Entscheidung der anderen Versicherung als vermittlungsfähig (Art. 15 Abs. 3 AVIV). Sinn und Zweck dieser Bestimmung liegt darin, für die Zeit, in welcher der Anspruch auf Leistungen einer anderen Versicherung abgeklärt wird und somit noch nicht feststeht (Schwebezustand), Lücken im Erwerbsschutz zu vermeiden. Dies wird durch die Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung im Sinne von Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG und Art. 15 Abs. 2 AVIG i.V.m. Art. 15 Abs. 3 AVIV bewerkstelligt. Aufgrund dieser Bestimmungen hat die Arbeitslosenversicherung arbeitslose, bei einer anderen Versicherung angemeldete Personen zu entschädigen, falls ihre Vermittlungsunfähigkeit nicht offensichtlich ist. Die Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung ist auf die Dauer des Schwebezustandes begrenzt. Sobald das Ausmass der Erwerbsunfähigkeit feststeht, wird der versicherte Verdienst im Sinne von Art. 40b AVIV angepasst. Gemäss dieser Bestimmung ist der Verdienst massgebend, welcher der verbleibenden Erwerbsfähigkeit entspricht. Der Sinn der vollumfänglichen Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung während der Dauer des Schwebezustandes liegt in der Gewährleistung des Lebensunterhaltes der arbeitslosen Neubehinderten bis zum Abschluss des Verfahrens der Invalidenversicherung oder der anderen Versicherung i.S.v. Art. 15 Abs. 3 i.V.m. Art. 15 Abs. 2 AVIV (BGE 142 V 380 E. 3.2 und E. 3.3.1 S. 382, 136 V 95 E. 7.1 S. 101).

2.3 Versicherte, die wegen Krankheit (Art. 3 ATSG), Unfall (Art. 4 ATSG) oder Schwangerschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen können, haben, sofern sie die übrigen Anspruchsvorausset-

zungen erfüllen, Anspruch auf das volle Taggeld. Dieser dauert längstens bis zum 30. Tag nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit und ist innerhalb der Rahmenfrist auf 44 Taggelder beschränkt (Art. 28 Abs. 1 AVIG).

2.4 Im Falle eingeschränkter Leistungsfähigkeit ist zu unterscheiden zwischen vorübergehend fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 28 AVIG (vgl. E. 2.3 hiavor) und den behinderten Versicherten im Sinne von Art. 15 Abs. 2 AVIG (vgl. E. 2.2 hiavor). Beide Tatbestände sind Ausnahmen vom Grundprinzip der Arbeitslosenversicherung, wonach Leistungen nur bei Vermittlungsfähigkeit des Versicherten in Betracht kommen. Bei länger andauernder gesundheitlicher Beeinträchtigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 15 AVIG) massgebendes Abgrenzungskriterium. Die Arbeitslosenversicherung ist vorleistungspflichtig, wenn die versicherte Person nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist (Art. 15 Abs. 3 AVIG [vgl. E. 2.2.2 hiavor]). Über das Kriterium der vorübergehenden Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit erfolgt die Abgrenzung zu den Behinderten im Sinne von Art. 15 Abs. 2 AVIG (BGE 135 V 185 E. 6.1.3 S. 189).

2.5 Eine Änderung der Rechtsprechung setzt wichtige Gründe voraus. Sie lässt sich mit der Rechtssicherheit grundsätzlich nur vereinbaren, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der Ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht. Nach der Rechtsprechung ist eine bisherige Praxis u.a. zu ändern, wenn sie als unrichtig erkannt wird (BGE 133 V 37 E. 5.3.3 S. 39).

3.

3.1 Gemäss Aktenlage attestierte die behandelnde Psychiaterin zwischen dem 12. August und dem 31. Oktober 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 40 % (Dossier des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums [RAV {act. II}] 198, 144) sowie ab dem 1. Dezember 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 60 % (act. II 119, 80, 77, 69, 32 f.). Nebenbei schrieb der Hausarzt Dr. med. B._____, Facharzt für Rheumatologie und Allgemeine Innere Medizin, die Beschwerdeführerin wegen des jeweils gleichen somatischen

Leidens ab Februar 2019 in verschiedenen Graden arbeitsunfähig (act. II 197, 116, 92, 89, 42), für die hier massgebliche Zeit zwischen dem 10. Dezember 2019 und dem 5. Januar 2020 zu 100 % (act. II 116, 89). Zudem war die Beschwerdeführerin am 2. und 6. Dezember 2019 (act. IIA 65) sowie ab dem 14. Januar 2020 an einzelnen Tagen in einem Zwischenverdienst tätig (act. IIA 48), während sie in der Zeit zwischen dem 10. Dezember 2019 und dem 5. Januar 2020 am 19. und 27. Dezember 2019 zwei Bewerbungen tätigte (act. II 105, 75).

3.2 Gestützt auf die attestierten Arbeitsunfähigkeiten sowie das Verhalten der Beschwerdeführerin ist erstellt, dass sie in der hier fraglichen Zeit offensichtlich vermittlungsunfähig gewesen ist. Daran ändern die zwei Bewerbungen im Dezember 2019 (act. II 105) nichts, da solche auch bei einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit gemacht werden können. Damit besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Taggelder (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG i.V.m. Art. 15 Abs. 2 AVIG und Art. 15 Abs. 3 AVIV e contrario; vgl. E. 2.2.2 hier-vor). Dies wird von der Beschwerdeführerin denn auch nicht bestritten (vgl. Beschwerde).

3.3 Zu prüfen bleibt, ob allenfalls ein Anspruch auf Taggelder gestützt auf Art. 28 Abs. 1 AVIG besteht. Art. 15 Abs. 2 AVIG und Art. 28 Abs. 1 AVIG sind Ausnahmen vom Grundsatz, dass Arbeitslosenentschädigungen nur bei – Teil der Vermittlungsfähigkeit bildenden (vgl. Art. 15 Abs. 1 AVIG) – Arbeitsfähigkeit ausgerichtet werden. Die erste Norm bezieht sich auf Konstellationen dauernder (Teil-)Arbeitsunfähigkeit, während die zweite Norm die vorübergehende Einschränkung betrifft (vgl. E. 2.4 hiervor). Im Fall einer Überschneidung einer dauernden Behinderung mit einer vorübergehenden Einschränkung der Arbeitsfähigkeit kann für den Zeitpunkt der vorübergehenden Vermittlungsunfähigkeit des Behinderten ein Anspruch gestützt auf Art. 28 AVIG entstehen (vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht {BGer}] vom 24. Januar 2006, C 286/05, E. 3.2). Gerade in Fällen wie hier, in denen wechselnde Grade der Arbeitsunfähigkeit wegen des gleichen Leidens vorliegen (vgl. E. 3.1 hiervor), muss dies ebenfalls gelten (wobei unbeachtlich zu bleiben hat, dass hier neben dem somatischen, bis zu einer Arbeitsunfähigkeit von 100% führenden Leiden ein zusätzlicher psychischer Ge-

sundheitsschaden besteht): Einerseits ist von der grundsätzlichen Vermittlungsfähigkeit gemäss Art. 15 Abs. 3 AVIV auszugehen, andererseits kann wegen einer vorübergehenden Verringerung der Arbeitsfähigkeit während einer beschränkten Zeit ein Anspruch gemäss Art. 28 Abs. 1 AVIG entstehen, sofern die reduzierte Arbeitsfähigkeit die Vermittlungsunfähigkeit zur Folge hat. Entgegen der Auffassung in der Beschwerdeantwort (S. 3) und der bisherigen Praxis des Verwaltungsgerichts (vgl. Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. März 2015, ALV/2015/22, und vom 7. Dezember 2017, ALV/2017/795) spielt es dabei keine Rolle, ob die vorübergehende Verschlechterung des Gesundheitszustandes respektive die damit zusammenhängende verminderte Arbeitsfähigkeit im Zusammenhang mit dem Grundleiden steht oder nicht, da sich dies aus den Normtexten so nicht ableiten lässt (Beschluss der eABK vom 27. Oktober 2020). Da die gesetzliche Vermutung der Vermittlungsfähigkeit (Art. 15 Abs. 3 AVIV) während einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit von über 80 % nicht mehr greift, besteht innerhalb dieser Zeitspanne Raum für die Anwendung der Sonderregelung gemäss Art. 28 Abs. 1 AVIG (vgl. seco Audit-Letter TCRD 2016/1 [Audit-Letter], S. 6 [abrufbar unter www.arbeit.swiss]; TOBIAS MERZ, Arbeits- und Erwerbsfähigkeit im Arbeitslosenversicherungsrecht, in ARV 2018, S. 269 ff., S. 282). Bei Art. 28 AVIG handelt es sich um eine intersystemische Koordinationsnorm, welche die Koordination der Arbeitslosenversicherung mit der Kranken-, Unfall- und Militärversicherung regelt. Es ist geradezu Sinn und Zweck dieser Ausnahmeregelung – trotz Vermittlungsunfähigkeit – Lücken im Grenzbereich dieser Versicherungen zu schliessen und damit Härtefälle zu vermeiden (UELI KIESER, Die Koordination von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung mit Taggeldern anderer Sozialversicherungszweige, in ARV 2012, S. 217 ff., S. 220). Dahingegen stellt Art. 15 Abs. 2 AVIG i.V.m. Art. 15 Abs. 3 AVIV lediglich eine Konkretisierung der Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung dar (UELI KIESER, a.a.O., S. 223). Wenn eine nach Art. 15 Abs. 2 AVIG behinderte Person aufgrund einer vorübergehend höheren Arbeitsunfähigkeit als offensichtlich vermittlungsunfähig qualifiziert wird, besteht daher kein Grund, danach zu differenzieren, ob die verminderte Arbeitsfähigkeit auf das Grundleiden zurückzuführen ist oder nicht. Entscheidend ist allein, dass aufgrund einer zeitlich begrenzten Verschlechterung die Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung ruht und daher Raum für die Anwendung von

Art. 28 Abs. 1 AVIG besteht. Im Fall, der EVG C 286/05, E. 3.2 in fine, zu Grunde lag, waren die Ursachen der dauerhaften bzw. der vorübergehenden Einschränkung der Arbeitsfähigkeit unterschiedlicher Natur (Unfallfolgen sowie Herzinfarkt), so dass das EVG über die hier vorliegende Konstellation nicht zu befinden hatte. Da Art. 28 Abs. 1 AVIG – wie dargelegt – allein Fälle vorübergehender Arbeitsunfähigkeit umfasst, ist anders zu entscheiden, wenn die Verschlechterung dauerhaft ist, so dass die Vermittlungsfähigkeit nicht mehr gegeben ist.

Vorliegend ist offensichtlich erstellt, dass die vollständige Arbeitsunfähigkeit lediglich vorübergehender Natur war, war doch die Beschwerdeführerin ab dem 6. Januar 2020 zumindest wieder teilarbeitsfähig (vgl. E. 3.1 hiervor), weshalb sie für die hier streitige Zeit Anspruch auf Taggelder gemäss Art. 28 Abs. 1 AVIG hat, wenn die restlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Es kann deshalb offen bleiben, ab welcher Dauer nicht mehr von einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit, sondern von einer dauernden Behinderung i.S.v. Art. 15 Abs. 2 AVIG ausgegangen werden muss.

3.4 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid vom 21. April 2020 aufzuheben und die Sache an die Verwaltung zurückzuweisen, damit sie die restlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosentaggelder prüfe und anschliessend neu verfüge.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.2 Da der Aufwand der Beschwerdeführung nicht den Rahmen dessen überschritt, was der Einzelne üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (BGE 127 V 205 E. 4b S. 207), hat die Beschwerdeführerin trotz ihres Ob-siegens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid des AVA vom 21. April 2020 aufgehoben und die Sache an die Verwaltung zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen vorgehe.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - Staatssekretariat für Wirtschaft – seco

Der Abteilungspräsident:

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 Bun-

desgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.