

200 20 427 ALV
FUR/RUM/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 9. August 2020

Verwaltungsrichterin Fuhrer, Kammerpräsidentin
Verwaltungsrichter Jakob, Verwaltungsrichter Knapp
Gerichtsschreiber Rufenacht

A. _____

Beschwerdeführer

gegen

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

Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 1. Mai 2020



Sachverhalt:

A.

Der 1958 geborene A._____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) bezog während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. Februar 2018 bis 31. Januar 2020 Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Ein seit Oktober 2013 bei der B._____ GmbH (Antwortbeilage [AB] 30 pag. 93-95) sowie ein weiteres seit Juli 2018 bei der C._____ GmbH bestehendes Arbeitsverhältnis (AB 29 pag. 91 f.) rechnete das Amt für Arbeitslosenversicherung, Arbeitslosenkasse (AVA bzw. Beschwerdegegner), als Zwischenverdienste an die Taggelderleistungen an (AB 8 pag. 27 f., 11 pag. 36 f., 14 pag. 45 f., 16-26 pag. 53-79).

Am 30. Januar 2020 beantragte der Versicherte die weitere Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung in einer Folgerahmenfrist ab 1. Februar 2020 (AB 10 pag. 32-35). Mit Verfügung vom 4. März 2020 verneinte das AVA einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls (AB 6 pag. 22-24). Daran hielt es auf Einsprache hin (AB 4 pag. 15-17) mit Einspracheentscheid vom 1. Mai 2020 fest (AB 1 pag. 2-7).

B.

Mit Eingabe vom 29. Mai 2020 erhob der Versicherte dagegen Beschwerde. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheides vom 1. Mai 2020 und die Zusprechung einer Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2020.

Mit Beschwerdeantwort vom 2. Juli 2020 beantragt der Beschwerdegegner die 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]).

Der angefochtene Einspracheentscheid vom 1. Mai 2020 wurde gemäss Sendungsnachverfolgung (im Gerichtsossier) am Montag, 4. Mai 2020, zugestellt. Damals war sowohl der ordentliche Fristenstillstand über Ostern i.S.v. Art. 38 Abs. 4 lit. a ATSG als auch der COVID-Fristenstillstand vom 21. März bis 19. April 2020 (vgl. Verordnung vom 20. März 2020 über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19]; AS 2020 849) bereits abgelaufen. Die Rechtsmittelfrist begann somit am 5. Mai 2020 zu laufen und endete am Mittwoch, 3. Juni 2020. Die Beschwerdeschrift wurde mittels A-Post versendet (mit einer konventionellen Briefmarke im Wert von Fr. 1.—sowie einer Webstamp im Wert von Fr. 1.30) und ging beim Gericht am Freitag, 5. Juni 2020, ein. Mangels eines Poststempels auf dem Briefumschlag ist davon auszugehen, dass die Beschwerde (spätestens) am Donnerstag, 4. Juni 2020, der Schweizerischen Post übergeben wurde. Dafür, dass die A-Post-Sendung ausnahmsweise mehr als

einen Werktag unterwegs war, also allenfalls bereits am 3. Juni 2020 aufgegeben wurde, trägt der Beschwerdeführer die Beweislast. Indessen kann die Frage der Einhaltung der Rechtsmittelfrist (Art. 60 ATSG) mit Blick auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens offengelassen werden.

Da schliesslich die Bestimmungen über 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 1. Mai 2020 (AB 1 pag. 2-7). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung während der Folgerahmenfrist ab 1. Februar 2020.

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 ganz oder teilweise arbeitslos ist (lit. a), einen anrechenbaren Verdienstaufschlag erlitten (lit. b) und die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (lit. e).

2.2 Nach Art. 9 AVIG gelten für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit, sofern dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, zweijährige Rahmenfristen (Abs. 1). 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).

2.3 Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG). Als teilweise arbeitslos gilt nach Art. 10 Abs. 2 AVIG, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. a) oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (lit. b).

2.4 Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG).

2.4.1 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 146 V 112 E. 3.3 S. 114, 139 V 259 E. 5.3.1 S. 262, 107 V 59 E. 1 S. 61).

2.4.2 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).

2.4.3 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 146 V 112 E. 5.1 S. 116, 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 Verdienstaufschlag (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.).

Diese Rechtsprechung wurde in BGE 146 V 112 vom Bundesgericht bezüglich Folgerahmenfristen dahingehend präzisiert, als es festhielt, dass in Nachachtung des Gleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) bei den Arbeitsverhältnissen auf Abruf wie bei den übrigen Arbeitsverhältnissen bei einer Folgerahmenfrist eine Neu Beurteilung aller Anspruchsvoraussetzungen zu erfolgen habe, wobei nicht mehr entscheidend sein könne, dass die Arbeit auf Abruf vor Beginn oder während der laufenden ersten Leistungsrahmenfrist zur Schadenminderung aufgenommen worden sei. Der Überbrückungscharakter sei infolge Zeitablaufs verloren gegangen. Weise die versicherte Person für eine Folgerahmenfrist (zweite Rahmenfrist für den Leistungsbezug) einzig Beitragszeit aus einer Tätigkeit auf Abruf aus und übe sie diese weiterhin aus, sei ein anrechenbarer Arbeitsausfall und somit der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in Übereinstimmung mit der AVIG-Praxis ALE, B100, des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO (www.arbeit.swiss) zu verneinen. 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, sei demnach zusammenfassend aus gesetzessystematischer Sicht und unter dem Aspekt des Gebots der Gleichbehandlung der Versicherten auf die Dauer einer ersten Leistungsrahmenfrist zu begrenzen (BGer a.a.O., E. 5.5).

2.5 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.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer beantragt die Ausrichtung einer Arbeitslosenentschädigung für die Folgerahmenfrist ab 1. Februar 2020 (AB 10 pag. 32-35). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (vgl. E. 2.2 hiervor), d.h. per 1. Februar 2018.

Es ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer in der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 1. Februar 2018 bis 31. Januar 2020 einzig Beitragszeiten aus zwei ungekündigten Arbeitsverhältnissen einerseits als ... mit der B._____ GmbH seit 1. Oktober 2013 (AB 30 pag. 93-95) und andererseits als ... mit der C._____ GmbH seit 19. Juli 2018 (AB 29 pag. 91 f.) nachweisen kann. Betreffend die Anstellung bei der B._____ GmbH finden sich in den Akten Lohnabrechnungen für die Monate September 2018 bis April 2019, für Juni 2019, für August bis Oktober 2019 und für Januar 2020. Die C._____ GmbH rechnete im massgebenden Zeitraum Lohn in den Monaten Juli 2018 bis und mit August 2019 ab (AB 8 f. pag. 27-31, 11 f. pag. 36-42, 14-28 pag. 45-90). Der Beschwerdeführer hat demnach innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit ab 1. Februar 2018 die Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG (vgl. E. 2.5 hiervor) erfüllt. Damit hat es jedoch – wie der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort (S. 3 Ziff. 4) richtig festhält – nicht sein Bewenden; vielmehr müssen im Zeitpunkt des Beginns der Folgerahmenfrist für den beantragten Leistungsbezug ab 1. Februar 2020 alle weiteren An-

spruchsvoraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 AVIG, namentlich einen anrechenbaren Arbeitsausfall, erfüllt sein (vgl. E. 2.1 hiervor).

3.2 Aus den aktenkundigen Arbeitsverträgen ergibt sich, dass die Einsätze bei der B. _____ GmbH unregelmässig auf Anfrage der Arbeitgeberin erfolgt sind bzw. erfolgen (AB 30 pag. 93) und auch die Arbeitsstunden bei der C. _____ GmbH je nach Arbeitsanfall variieren (AB 29 pag. 91, vgl. 13 pag. 43). Aus den in den Akten liegenden Lohnabrechnungen geht zudem hervor, dass die im Zeitraum von 1. Februar 2018 bis 31. Januar 2020 in beiden Anstellungen ausgewiesenen Arbeitsstunden pro Monat im Verhältnis zu der im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitszeit stark – jedenfalls mehr als 20 % – schwankten, sodass bezüglich beider Arbeitsverhältnisse von keiner mehr oder weniger konstanten monatlichen Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann. Damit liegen hinsichtlich der beiden Anstellungen Arbeitsverhältnisse auf Abruf im Sinne der Rechtsprechung vor, bezüglich deren die jeweils auf Aufforderung hin zu leistende Arbeitszeit als normal gilt, sodass der Beschwerdeführer während der übrigen Zeit, da er nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Verdienstausschlag erleidet (E. 2.4.1 f. hiervor).

3.3 Rechtsprechungsgemäss ist zwar 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, dies jedoch nur solange insbesondere mit Blick auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht davon auszugehen ist, dass die neue Arbeitssituation für die versicherte Person zur Normalität geworden ist. In BGE 146 V 112 präzisierte das Bundesgericht nunmehr, dass, wenn für eine Folgerahmenfrist einzig Beitragszeit aus einer Tätigkeit auf Abruf ausgewiesen wird und diese Tätigkeit weiterhin ausübt wird, ein anrechenbarer Arbeitsausfall und damit ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen ist (BGE 146 V 112 E. 5.5 S. 119 [vgl. E. 2.4.3 hiervor]).

Der Beschwerdeführer hat die beiden (einzigen) Anstellungen auf Abruf per 1. Oktober 2013 (mit der B. _____ GmbH; AB 30 pag. 93) bzw. per 19. Juli 2018 (mit der C. _____ GmbH; AB 29 pag. 91), mithin lange Zeit vor dem Beginn der Folgerahmenfrist per 1. Februar 2020, aufgenommen.

Der Beschwerdegegner hat deshalb vor dem Hintergrund der zitierten Rechtsprechung zu Recht festgehalten, dass beide Arbeitsverhältnisse für den Beschwerdeführer zur Normalität geworden sind und der Gedanke der Schadenminderung in der Zwischenzeit verloren gegangen ist (AB 1 pag. 5; Beschwerdeantwort, S. 3 Ziff. 4). Weil für die Folgerahmenfrist ab 1. Februar 2020 einzig Beitragszeiten aus den erwähnten Tätigkeiten auf Abruf ausgewiesen sind, welche weiterhin ausgeübt werden, besteht gemäss BGE 146 V 112 kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2020. Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer seitens der C._____ GmbH nach unregelmässigen Einsätzen während 14 Monaten ab August 2019 nicht mehr zur Arbeit aufgefordert wurde; dies ist nach Angaben der Arbeitgeberin darauf zurückzuführen, dass der Beschwerdeführer eine notwendige Fahrprüfung vorderhand nicht bestanden hat. Die Arbeitgeberin hat jedoch explizit festgehalten, dass das Arbeitsverhältnis auf Abruf ungekündigt ist und damit fortbesteht (AB 13 pag. 43).

3.4 Wie erwähnt, ist auf der Basis des Antrages vom 30. Januar 2020 (AB 10 pag. 32-35) vorliegend einzig der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Folgerahmenfrist ab 1. Februar 2020 zu prüfen (s. E. 2.1 hiavor). Nicht Gegenstand des angefochtenen Einspracheentscheides und deshalb auch nicht zu prüfen, ist hingegen ein allfälliger Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 ff. AVIG). Die vom Bundesrat per 17. März 2020 im Zusammenhang mit dem Coronavirus erlassenen besonderen Bestimmungen im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung (vgl. Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19; AS 2020 877]) mit Änderungen vom 25. März 2020 [AS 2020 1075], vom 8. April 2020 [AS 2020 1201] und Änderung vom 20. Mai 2020 [AS 2020 1777]) betreffen den hier zu prüfenden Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung nicht, weshalb der Beschwerdeführer gestützt auf diese Bestimmungen nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag (Beschwerde, S. 1).

3.5 Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 1. Mai 2020, womit ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für

die Folgerahmenfrist ab 1. Februar 2020 verneint wurde, nicht zu beanstanden; die Beschwerde ist abzuweisen.

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 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht zum Vornherein kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
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

Die Kammerpräsidentin:

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.