

200 22 518 ALV  
JAP/PES/WSI

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 24. Januar 2023**

Verwaltungsrichter Jakob, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Ackermann  
Gerichtsschreiber Peter

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch B. \_\_\_\_\_ AG  
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 22. Juli 2022



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Am 25. Januar 2022 meldete sich die 1978 geborene A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) beim RAV ... zur Arbeitsvermittlung an (Antwortbeilage [AB] 239 f.). Am 17. Februar 2022 stellte sie einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2022 (AB 222 - 225).

Mit Verfügung vom 7. März 2022 verneinte das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (AVA), Arbeitslosenkasse, einen Anspruch der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung (AB 153 f.), da infolge ungekündigten Arbeitsverhältnisses kein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliege.

Gegen diese Verfügung erhob die Versicherte am 7. April 2022 Einsprache (AB 137 - 140). Mit Entscheid vom 22. Juli 2022 wies das AVA, Rechtsdienst (nachfolgend Beschwerdegegner), die Einsprache ab (AB 28 - 37).

### **B.**

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob die Versicherte, vertreten durch die B. \_\_\_\_\_ AG, am 5. September 2022 Beschwerde mit den Rechtsbegehren, der angefochtene Einspracheentscheid sowie die diesem zu Grunde liegende Verfügung seien aufzuheben und es seien ihr Leistungen der Arbeitslosenversicherung zuzusprechen. Eventualiter sei die Sache zur erneuten Abklärung und Berechnung an die Vorinstanz zurückzuweisen – unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit Beschwerdeantwort vom 7. Oktober 2022 beantragt der Beschwerdegegner, die Beschwerde sei abzuweisen.

## **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 i.V.m. 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 – vorbehältlich der nachfolgenden Erwägung – einzutreten.

**1.2** Angefochten ist der Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 22. Juli 2022 (AB 28 - 37). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2022 und dabei namentlich das Vorliegen eines anrechenbaren Arbeitsausfalls. Soweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung der (dem angefochtenen Einspracheentscheid zu Grunde liegenden) Verfügung vom 7. März 2022 (AB 153 f.) beantragt (vgl. Beschwerde S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 1), ist darauf nicht einzutreten. Anfechtungsgegenstand im kantonalen Beschwerdeverfahren bildet allein der Einspracheentscheid. Dieser tritt an die Stelle der vorgängig erlassenen Verfügung, und zwar auch dann, wenn er sie bloss bestätigt (BGE 119 V

347 E. 1b S. 350; SVR 2020 AHV Nr. 9 S. 25 E. 1; RKUV 1998 U 308 S. 454 E. 2a). Soweit die Verfügung vom 7. März 2022 betreffend ist demnach auf die Beschwerde nicht einzutreten. Dies gilt auch hinsichtlich der Rüge der ungenügenden Begründungsdichte der Verfügung (Beschwerde S. 3 Ziff. IV Ziff. 4.1), hat der Beschwerdegegner den vorliegend angefochtenen Einspracheentscheid doch unstrittig rechtsgenügend begründet und damit einen allfälligen Begründungsmangel der Verfügung geheilt (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197, 107 Ia 1 E. 1 S. 2; SVR 2021 IV Nr. 43 S. 140 E. 4.4.1, 2020 IV Nr. 57 S. 194 E. 3.3.1), während die Verfügung hier nicht Anfechtungsobjekt ist.

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). Sie beurteilen offensichtlich begründete oder offensichtlich unbegründete Fälle in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 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, wenn sie die Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 AVIG erfüllt, d.h. unter anderem ganz oder teilweise arbeitslos ist und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. a und b 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** 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. 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).

**2.3.1** Nach der Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel aufgrund 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 (BGE 107 V 59 E. 1 S. 61).

**2.3.2** Bei der Arbeit auf Abruf besteht keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang, sodass die Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstausschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG erleidet. Dies deshalb, weil ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit nur entstehen kann, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart war. 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. Nach der Rechtsprechung kann der Beobachtungszeitraum 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). 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).

In Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse wurde höchstrichterlich regelmässig erkannt, dass auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden kann (BGE 146 V 112 E. 3.3 S. 114; ARV 2014 S. 62, 1995 S. 45; SVR 2006 ALV Nr. 29 S. 99 E. 1.3). Abzustellen ist somit auf die Anzahl der pro Jahr geleisteten Arbeitsstunden (rückwirkend ab dem Datum der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung), wobei zu prüfen ist, in welchem Umfang diese vom Jahresdurchschnitt abweicht, d.h. von der durchschnittlichen Anzahl der pro Jahr geleisteten Arbeitsstunden. Die Arbeitslosenkasse stützt sich dabei höchstens auf die fünf Jahre vor dem Beschäftigungsrückgang ab (vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, AVIG-Praxis ALE B97; zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen vgl. BGE 147 V 79 E. 7.3.2 S. 82, 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228).

### **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerin steht seit 1. Januar 2017 als ... im Stundenlohn in einem Arbeitsverhältnis mit der C.\_\_\_\_\_ AG (AB 214 f. und 238). Es wurde unbestrittenermassen individualarbeitsvertraglich keine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart. Entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin (Beschwerde S. 4 f. Ziff. IV Ziff. 4.2) handelt es sich klarerweise um eine Arbeit auf Abruf im Sinne der Lehre und Rechtsprechung (vgl. BGE 146 V 112 E. 3.3 S. 114; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 319 N. 18 S. 111 ff.; BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, Art. 10 S. 40 f.; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2310 N. 151; vgl. auch AVIG-Praxis ALE B95). Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin berufsvorsorgerechtlich im zeitlichen Verlauf mit verschiedenen Beschäftigungsgraden versichert gewesen sein soll (AB 141), ändert daran nichts.

**3.2** Die Beschäftigungsschwankungen gemessen an den ...stunden und übrigen entschädigten Stunden waren sowohl während der letzten zwölf Monate vor der Anspruchserhebung auf Arbeitslosenentschädigung

als auch im auf bis fünf Jahre ausgedehnten Beobachtungszeitraum (vgl. E. 2.3.2 hiervor) zu hoch, als dass sich eine Normalarbeitszeit ermitteln liesse. Zwar hat der Beschwerdegegner in den Berechnungen in Bezug auf April 2018 fälschlicherweise 361.25 (AB 247) statt 471.25 (AB 85) ...stunden (vgl. Beschwerdeantwort Ziff. 4 S. 6) und in Bezug auf November 2019 fälschlicherweise 651.50 (AB 247) statt 872.75 (AB 123) ...stunden eingesetzt. Eine Korrektur dieser Zahlen mit dem Ergebnis von 5'673.75 (statt 5'563.75) geleisteten Stunden von Februar 2018 bis Januar 2019 und 7'787.5 (statt 7'566.25) geleisteten Stunden von Februar 2019 bis Januar 2020 ändert am Ergebnis von Schwankungen von über 20% in den dadurch veränderten Drei-, Vier- und Fünfjahresvergleichen jedoch nichts (Stundentotal in der Zeit von Februar 2019 bis Januar 2022: 29'106.5 [7'787.5 + 12'816.75 + 8'502.25]; Durchschnitt: 9'702.17 [29'106.5 / 3];  $9'702.17 \times 1.2 = 11'642.60$ ;  $9'702.17 \times 0.8 = 7'761.73$ ; die ...stunden in der Zeit von Februar 2020 bis Januar 2021 betragen mit 12'816.75 somit über 20% mehr als der Durchschnitt in diesem Beobachtungszeitraum; Stundentotal in der Zeit von Februar 2018 bis Januar 2022: 34'780.25 [5'673.75 + 7'787.5 + 12'816.75 + 8'502.25]; Durchschnitt: 8'695.06 [34'780.25 / 4];  $8'695.06 \times 1.2 = 10'434.08$ ;  $8'695.06 \times 0.8 = 6'956.05$ ; die ...stunden in der Zeit von Februar 2018 bis Januar 2019 betragen mit 5'673.75 somit über 20% weniger und diejenigen in der Zeit von Februar 2020 bis Januar 2021 mit 12'816.75 über 20% mehr als der Durchschnitt des Beobachtungszeitraums; Stundentotal in der Zeit von Februar 2017 bis Januar 2022: 37'796.25 [3'016 + 5'673.75 + 7'787.5 + 12'816.75 + 8'502.25]; Durchschnitt: 7'559.25 [37'796.25 / 5];  $7'559.25 \times 1.2 = 9'071.1$ ;  $7'559.25 \times 0.8 = 6'047.4$ ; die ...stunden in der Zeit von Februar 2017 bis Januar 2018 und von Februar 2018 bis Januar 2019 betragen mit 3'016 und 5'673.75 somit über 20% weniger und diejenigen in der Zeit von Februar 2020 bis Januar 2021 mit 12'816.75 über 20% mehr als der Durchschnitt dieses Beobachtungszeitraums). Im Übrigen sind die Berechnungen des Beschwerdegegners nicht zu beanstanden (Beschwerde S. 5 Ziff. IV Ziff. 4).

**3.3** Zusammenfassend erlitt die Beschwerdeführerin in der Zeit, in der sie weniger ... zu ... hatte, mangels Normalarbeitszeit keinen Arbeits- und Verdienstausfall nach Art. 11 Abs. 1 AVIG. Die Beschwerde ist als offen-

sichtlich unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 1.2 hiervor).

#### 4.

**4.1** In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**4.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht 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 einzutreten ist.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - B. \_\_\_\_\_ AG z.H. der Beschwerdeführerin
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
  - Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Der Kammerpräsident:

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.