

200 22 638 ALV  
WIS/ISD/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 26. Mai 2023**

Verwaltungsrichterin Wiedmer, Kammerpräsidentin  
Verwaltungsrichterin Mauerhofer, Verwaltungsrichter Knapp  
Gerichtsschreiber Isliker

**A.** \_\_\_\_\_

Beschwerdeführer

gegen

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

Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 30. September 2022



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der 1961 geborene A.\_\_\_\_\_ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) meldete sich am 2. August 2019 bei der Regionalen Arbeitsvermittlung (RAV) zur Arbeitsvermittlung ab dem 1. September 2019 an (Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA bzw. Beschwerdegegner]; Dossier Arbeitslosenkasse [ALK] ..., RF 10. November 2019 bis 9. August 2022 [act. II] 303 f.) und stellte am 14. Oktober 2019 einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 9. November 2019 (act. II 252 f.). Die ALK ... eröffnete in der Folge eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug ab dem 10. November 2019, die sie bis zum 9. August 2022 verlängerte (vgl. act. II 5). Während dieser Rahmenfrist arbeitete der Versicherte – mit Unterbrüchen – unter anderem bei der B.\_\_\_\_\_ AG, ..., als ... im Zwischenverdienst (vgl. etwa act. II 213 f.; dazu auch Beschwerdeantwort S. 2). Am 12. Juli 2022 stellte der Versicherte einen Antrag auf eine weitere Verlängerung der Rahmenfrist für den Leistungsbezug bzw. auf eine neue Rahmenfrist ab dem 10. August 2022 (act. II 21; Akten des AVA, Dossier ALK ..., RF 10. August 2022 bis 31. Mai 2026 [act. IIA] 70-73). Mit Verfügung vom 5. September 2022 (act. IIA 52 f.) verneinte die ALK einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 10. August 2022 mangels eines anrechenbaren Arbeitsausfalls. Die dagegen erhobene Einsprache (act. IIA 38 f.) wies das AVA mit Einspracheentscheid vom 30. September 2022 ab (act. IIA 30-34).

### **B.**

Hiergegen erhob der Versicherte mit Eingabe vom 23. Oktober 2022 Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie die Eröffnung einer Folgerahmenfrist.

Mit Beschwerdeantwort vom 16. November 2022 beantragte 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]). 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 30. September 2022 (act. IIA 30-34). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 10. August 2022 und in diesem Zusammenhang insbesondere, ob der Beschwerdeführer einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat.

**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** Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG). Als ganz arbeitslos gilt laut Art. 10 Abs. 1 AVIG, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. 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). Zu den gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen gehört ferner, dass die versicherte Person einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert.

## **2.2**

**2.2.1** 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).

**2.2.2** 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 Verdienstaufschlag 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

ze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (BGE 146 V 112 E. 3.3 S. 114; vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, AVIG-Praxis ALE Rz. B95-B97; vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen BGE 147 V 79 E. 7.3.2 S. 82, 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228).

**2.2.3** 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).

**2.2.4** 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 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.).

**2.2.5** Weist die versicherte Person für eine Folgerahmenfrist (zweite Rahmenfrist für den Leistungsbezug) einzig Beitragszeit aus einer Tätigkeit auf Abruf aus und übt sie diese weiterhin aus, ist ein anrechenbarer Arbeitsausfall und somit der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung 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, ist demnach auf die Dauer einer ersten Leistungsrahmenfrist zu begrenzen (BGE 146 V 112 E. 5.5 S. 119).

**2.3** Gemäss Art. 9 Abs. 1 AVIG gelten für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit, sofern im Gesetz nichts anderes vorgesehen ist, zweijährige Rahmenfristen. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Art. 9 Abs. 3 AVIG). Ist die Rahmenfrist für den Leistungsbezug abgelaufen und beansprucht der Versicherte wieder Arbeitslosenentschädigung, so gelten, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, erneut zweijährige Rahmenfristen für den Leistungsbezug und die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 4 AVIG).

Gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Die Ermittlung der Beitragszeit richtet sich nach Art. 11 AVIV.

### **3.**

**3.1** Aufgrund der Akten erstellt und insoweit zwischen den Parteien zu Recht unbestritten ist, dass gestützt auf den Antrag vom 12. Juli 2022 (act. II 21; act. IIA 70-73) um Eröffnung einer Folgerahmenfrist ab dem 10. August 2022 die massgebende Rahmenfrist für die Beitragszeit (vgl. dazu vorne E. 2.3) auf den Zeitraum vom 10. August 2020 bis 9. August 2022 festzusetzen ist.

**3.2** Innerhalb der gesamten vormaligen Rahmenfrist für den Leistungsbezug vermag der Beschwerdeführer im Wesentlichen einen Zwischenverdienst bei der B. \_\_\_\_\_ AG als ... (vgl. dazu E. 3.3 hiernach) für die Monate Mai 2020 (act. IIA 147 f.), Juni 2020 (act. IIA 144 f.), Juli 2020 (act. IIA 141 f.), August 2020 (act. IIA 136 f.), September 2020 (act. IIA 132 f.), Oktober 2020 (act. IIA 130 f.), November 2020 (act. IIA 127 f.), Dezember 2020 (act. IIA 124 f.), Februar 2021 (act. IIA 121 f.), März 2021 (act. IIA 118 f.), April 2021 (act. IIA 115 f.), Mai 2021 (act. IIA 112-114), Juni 2021

(act. IIA 108 f.), Juli 2021 (act. IIA 103-105), August 2021 (act. IIA 97 f.), September 2021 (act. IIA 95 f.), Oktober 2021 (act. IIA 91 f.), November 2021 (act. IIA 88 f.), März 2022 (act. IIA 83-85), April 2022 (act. IIA 80 f.), Mai 2022 (act. IIA 77 f.), Juni 2022 (act. IIA 74 f.), Juli 2022 (act. IIA 63 f.) und August 2022 (act. IIA 47 f.) nachzuweisen. Zudem arbeitete der Beschwerdeführer von November 2019 bis Februar 2020 als ... bei der C.\_\_\_\_\_ AG, ..., im Zwischenverdienst (act. IIA 150 f., 153 f., 157-160). Schliesslich nahm er ab dem 1. August 2022 eine unbefristete Anstellung als ... der D.\_\_\_\_\_, ..., mit einem 10 %-Pensum an (act. IIA 58-61).

**3.3** Aufgrund der ausgewiesenen Beschäftigungen, insbesondere mit der Anstellung bei der B.\_\_\_\_\_ AG, hat der Beschwerdeführer die Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten (vgl. dazu vorne E. 2.3) grundsätzlich erfüllt. Zu prüfen bleibt, ob aufgrund der Beschäftigung bei der B.\_\_\_\_\_ AG ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG (vgl. vorne E. 2.1) resultiert.

Das Arbeitsverhältnis mit der B.\_\_\_\_\_ AG dauerte mindestens ab Mai 2020 (vgl. E. 3.2 hiervor) und in die neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug hinein. Bei dieser Anstellung handelte es sich mit Blick auf die lediglich mündliche vertragliche Vereinbarung bzw. Beschäftigung des Beschwerdeführers (fehlender schriftlicher Arbeitsvertrag, keine festgelegte wöchentliche Arbeitszeit, private Krankentaggeldversicherung, zeitlich stark schwankende Beschäftigung) und die fehlende Einsatzpflicht unbestritten um eine sogenannte "unechte Arbeit auf Abruf" (act. IIA 32; vgl. Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 4. Oktober 2017, 4A\_334/2017, E. 2.2 in fine; AVIG-Praxis ALE Rz. B 95). Dabei bestanden – wie vom Beschwerdegegner zutreffend dargelegt (vgl. Beschwerdeantwort S. 3 f.) – unabhängig davon, ob eine monatliche Betrachtung der Arbeitseinsätze vorgenommen oder auf die Jahresarbeitszeit abgestellt wird, bei der Beschäftigung im gesamten Beobachtungszeitraum Schwankungen von mehr als 20 %. Unter diesen Umständen lässt sich aus dem Arbeitsverhältnis keine durchschnittliche Normalarbeitszeit ableiten. Somit besteht rechtsprechungsgemäss kein anrechenbarer Arbeitsausfall. Dies deshalb, weil ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit nur entstehen kann, wenn eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart war bzw. wenn die Schwankungen nicht

mehr als 20 % betragen (vgl. dazu E. 2.2.2 hiervor). Überdies sind gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ein anrechenbarer Arbeitsausfall und der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 10. August 2022 zu verneinen, weil der Beschwerdeführer seine Arbeit auf Abruf in der beantragten neuen Rahmenfrist für den Leistungsanspruch weiterhin ausübte (vgl. vorne E. 2.2.5).

Daran vermögen die Ausführungen in der Beschwerde, insbesondere die vom Beschwerdeführer aufgeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum gebotenen Betrachtungszeitraum für die Bestimmung der Normalarbeitszeit bereits deshalb nichts zu ändern, da dem Gesagten zufolge unabhängig vom konkreten Betrachtungszeitraum die Beschäftigungsschwankungen die jeweils massgebende Schwelle überschritten (vgl. auch Beschwerdeantwort S. 3 f.). Die vom Beschwerdeführer zitierte Rechtsprechung (vgl. auch Beschwerdeantwort S. 3) ist zudem nicht einschlägig, da sie die Berücksichtigung einer Arbeit auf Abruf als Zwischenverdienst vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung betrifft, während hier das Bestehen eines anrechenbaren Arbeitsausfalls aus Arbeit auf Abruf für die Folgerahmenfrist zu beurteilen ist.

**3.4** Der Beschwerdeführer beanstandet sodann sinngemäss, er sei vom Beschwerdegegner zu Unrecht nicht über die für ihn nachteiligen Konsequenzen einer überjährigen Arbeit auf Abruf im Hinblick auf eine allfällige Folgerahmenfrist aufmerksam gemacht worden (vgl. Beschwerde S. 1). Der Beschwerdeführer war aufgrund der ihm obliegenden allgemeinen Schadenminderungspflicht (Art. 17 Abs. 1 AVIG; BGE 139 V 524 E. 2.1.1 S. 525 f.) gehalten, eine Festanstellung zu suchen und hätte überdies den Zwischenverdienst nicht ohne eine entsprechende neue (Fest-)Anstellung aufgeben dürfen. Sodann verkennt er, dass er auch bei Aufgabe des Zwischenverdienstes keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hätte (vgl. E. 3.3 hiervor), mithin die vormalige Anstellung mit Blick auf die hier zu beurteilende Rahmenfrist nicht zu seinem Nachteil war.

**3.5** Nach dem Dargelegten ist die Voraussetzung des anrechenbaren Arbeitsausfalls nicht erfüllt, und der Beschwerdegegner hat mit Einspracheentscheid vom 30. September 2022 (act. IIA 30-34) einen Anspruch auf

Arbeitslosenentschädigung ab dem 10. August 2022 folglich zu Recht verneint. Die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

**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 BBl 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**4.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht gemäss Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG (Umkehrschluss) kein Anspruch auf eine Parteientschädigung.

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
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.