

200 23 288 ALV
SCI/IMD/WSI

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 31. Juli 2023

Verwaltungsrichter Schwegler, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Schütz, Verwaltungsrichter Knapp
Gerichtsschreiber Imhasly

A. _____

Beschwerdeführer

gegen

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

Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 9. März 2023



Sachverhalt:

A.

Der 1969 geborene A. _____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) bezog während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. September 2020 bis 30. November 2022 Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Die anlässlich von Tätigkeiten bei der B. _____ GmbH (September 2020 bis Januar 2021), bei der C. _____ GmbH (April 2021 bis August 2021) und bei der D. _____ AG (ab August 2021) erzielten Einkommen rechnete das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (AVA), Arbeitslosenkasse, als Zwischenverdienste an die Taggelderleistungen an (Akten des AVA [act. II] pag. 43 - 92, 93 - 110, 111 - 131).

Mit Antrag vom 7. November 2022 (act. II pag. 39 ff.) ersuchte der Versicherte um weitere Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung in einer Folgerahmenfrist ab 1. Dezember 2022. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2022 (act. II pag. 32 ff.) verneinte das AVA, Arbeitslosenkasse, einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls bzw. infolge eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses. Die dagegen erhobene Einsprache (act. II pag. 25 ff.) wies das AVA, Rechtsdienst (Beschwerdegegner), mit Einspracheentscheid vom 9. März 2023 ab (act. II pag. 5 ff.).

B.

Dagegen erhob der Versicherte mit Eingabe vom 20. April 2023 Beschwerde. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und die Zusprache von Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 2022.

Mit Beschwerdeantwort vom 26. Mai 2023 schliesst der Beschwerdegegner auf 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 9. März 2023 (act. II pag. 5 ff.). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Dezember 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).

2.2 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.

2.3 Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert.

2.3.1 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 Verdienstausfall 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).

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 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.).

2.3.5 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).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer beantragt die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung für eine zweite Rahmenfrist für den Leistungsbezug ab 1. Dezember 2022 (act. II pag. 39). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit begann unter Berücksichtigung der aufgrund der Covid-19-Pandemie um drei Monate verlängerten ersten Rahmenfrist für den Leistungsbezug (1. September 2020 bis 30. November 2022) am 1. September 2020 (vgl. dazu act. II pag. 7). Dies ist unbestritten. Aufgrund der Akten erstellt und ebenso unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer die für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vorausgesetzte Beitragszeit während der entsprechenden Rahmenfrist mit den Beschäftigungen bei der B. _____ GmbH (September 2020 bis Januar 2021), bei der C. _____ GmbH (April 2021 bis August 2021) und bei der D. _____ AG (ab August 2021) erfüllt hat (Art. 8 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 13 Abs. 1 AVIG; vgl. Beschwerdeantwort, S. 2 Art. 2).

3.2 Zwischen den Parteien umstritten ist, ob der Beschwerdeführer die weitere Anspruchsvoraussetzung eines erlittenen Arbeitsausfalls (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG) ab dem 1. Dezember 2022 erfüllt.

3.2.1 Die vom Beschwerdeführer seit August 2021 und über den Zeitpunkt des Ablaufs der Rahmenfrist für die Beitragszeit Ende November 2022 weiterhin (vgl. act. II pag. 12 ff, 27 ff.) ausgeübte Tätigkeit als ... bei der D. _____ AG stellt unbestrittenermassen eine Arbeit auf Abruf dar (vgl. Beschwerde, S. 1). Zwischen der Arbeitgeberin und dem Beschwerdeführer wurde keine wöchentliche Arbeitszeit vereinbart (vgl. bspw. act. II pag. 90 Ziff. 3) und die Entlohnung erfolgte stundenweise im Umfang der monatlich geleisteten Arbeitszeit (vgl. bspw. act. II pag. 92). Gestützt auf diese Ausgangslage und in Nachachtung der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 2.3.2 f.) prüfte der Beschwerdegegner, ob die im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses absolvierte Arbeitszeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant war und als Normalarbeitszeit betrachtet werden kann. Dabei ermittelte er für einen Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten (November 2021 bis November 2022; unter Ausserachtlassung von September 2022 aufgrund von Ferienabwesenheit) eine durchschnittliche monatliche Arbeitszeit von 131.35 Stunden und stellte fest, dass die in den Monaten Dezember 2021 und März 2022 geleisteten Arbeitsstunden (61 [act. II pag. 75] bzw. 160.5 [act. II pag. 66]) um mehr als 20 % vom Monatsdurchschnitt abwichen und damit keine Normalarbeitszeit vorliege (act. II pag. 8). Diese Berechnungen des Beschwerdegegners geben zu keinen Beanstandungen Anlass. Zu ergänzen ist einzig, dass auch im Monat Mai 2022 mit 83.5 Stunden geleisteter Arbeit (act. II pag. 58, 60) eine um mehr als 20 % vom Monatsdurchschnitt abweichende Beschäftigungsschwankung vorlag.

Zusammenfassend gelangte der Beschwerdegegner zum Schluss, dass das ursprünglich zur Schadenminderung aufgenommene Arbeitsverhältnis auf Abruf inzwischen zur normalen Tätigkeit geworden sei und zudem keine Normalarbeitszeit habe ermittelt werden können, weshalb der Arbeitsausfall nicht anrechenbar sei. Dementsprechend sei der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 2022 zu Recht verneint worden (act. II pag. 8 f.). Dies ist mit Blick auf die geltende Rechtslage (vgl. E. 2.3 ff.) nicht zu beanstanden. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, vermag daran nichts zu ändern.

3.2.2 Der Beschwerdeführer weist zunächst darauf hin, dass die beiden letzten Arbeitseinsätze bei der D. _____ AG vom 9. Dezember 2022 und vom 24./25. Januar 2023 datierten. Seither sei er für keine weiteren Einsätze aufgeboden worden. Dies komme einer faktischen Kündigung gleich (Beschwerde, S. 1).

Der Beschwerdeführer bestreitet damit nicht, vielmehr bestätigt er die sich aus den Akten ergebende Tatsache, dass er während der beantragten neuen Rahmenfrist (ab Dezember 2022) die Arbeit auf Abruf bei der D. _____ AG – wenn auch in geringerer Anzahl Stunden als zuvor – weiterhin ausübte (vgl. act. II pag. 16, 21). Bereits damit ist gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ein anrechenbarer Arbeitsausfall und der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 2022 zu verneinen, ist doch das zum massgebenden Zeitpunkt Ende November 2022 bereits über 17 Monate andauernde Arbeitsverhältnis auf Abruf zwischenzeitlich zur Normalität geworden (vgl. E. 2.3.4 f. hiervor). Unbeachtlich sind in diesem Zusammenhang die beiden Arbeitsverhältnisse bei der B. _____ GmbH und der C. _____ GmbH, da diese mit der Aufnahme der Tätigkeit bei der D. _____ AG bereits beendet waren (vgl. act. II 92 - 131). Ebenso ändert am Ganzen nichts, dass die vom Beschwerdeführer getätigten Arbeitsbemühungen erfolglos geblieben sind.

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, er sei nach dem 24./25. Januar 2023 von der Arbeitgeberin nicht mehr für Arbeitseinsätze aufgerufen worden und es sei gleichsam von einer Kündigung nach diesem Zeitpunkt auszugehen (vgl. Beschwerde, S. 1 f. Ziff. 2), ist festzustellen, dass einerseits der letzte dokumentierte Einsatz am 25. Januar 2023 erfolgte (act. II 14) und andererseits der Beschwerdegegner die Prüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung für die Folgezeit durch die zuständige Zahlstelle in Aussicht stellte (vgl. Beschwerdeantwort, S. 4). Der Beschwerdegegner ist hierauf zu behaften und es sind, sollte dies nicht inzwischen bereits erfolgt sein, die diesbezüglichen Abklärungen an die Hand zu nehmen, und es wird anschliessend entsprechend zu verfügen sein.

3.2.3 Des Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, die Berücksichtigung von Beschäftigungsschwankungen von höchstens 20 % bei der

Ermittlung der Normalarbeitszeit tauge für die ..., die grossen saisonalen Schwankungen unterworfen sei, nicht (vgl. Beschwerde, S. 2 Ziff. 3).

Hierzu kann zunächst mit dem Beschwerdegegner festgehalten werden, dass die Rechtsprechung keine unterschiedliche Beurteilung verschiedener Wirtschaftsbranchen vorsieht (vgl. Beschwerdeantwort, S. 4 Art. 3). Darüber verfängt auch die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach es in der ... üblich sei, dass während Kälteperioden, insbesondere im Dezember und Januar oft Betriebsferien verordnet würden, nicht. Der Beschwerdeführer arbeitete im Januar 2022 mit 140 Stunden (act. II pag. 72) mehr als die durchschnittliche Arbeitszeit von 131.35 Stunden (vgl. E. 3.2.1), dafür lag die Arbeitszeit im Mai 2022 mit 83.5 Stunden deutlich darunter (act. II pag. 60). Schliesslich ist auch das Argument der Schliessung des Betriebs über die Festtage im Dezember und dadurch bedingter tieferer Anzahl an Arbeitsstunden (Beschwerde, S. 2 Ziff. 3) durch die Akten widerlegt: Der "Bescheinigung über Zwischenverdienst" vom 30. Dezember 2021 (act. II pag. 73 f.) ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer während der Weihnachtszeit im Einsatz stand (24. [1h], 27. [1h], 28. [2.5h] und 29. Dezember 2021 [1.5h]). Anhaltspunkte für Betriebsferien bei der D. _____ AG oder für persönliche Ferien ergeben sich damit keine.

3.3 Damit verkennt das Gericht nicht, dass sich der Beschwerdeführer um Arbeit bemüht hat und während der ersten Rahmenfrist für den Leistungsbezug mittels verschiedener Anstellungen (September 2020 bis Januar 2021 bei der B. _____ GmbH [act. II 111 - 131]; April 2021 bis August 2021 bei der C. _____ GmbH [act. II 93 - 110] und ab August 2021 bei der D. _____ AG [act. II 43 - 92]) seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass aus diesen Anstellungen nach dem hiervor Dargelegten im hier massgeblichen Zeitpunkt kein fortdauernder Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung im Rahmen einer zweiten Rahmenfrist für den Leistungsbezug abgeleitet werden kann. Die gegen den Einspracheentscheid vom 9. März 2023 (act. II pag. 5 ff.) erhobene Beschwerde ist damit abzuweisen. Die Akten sind i.S. der E. 3.2.2 an den Beschwerdegegner weiterzuleiten.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f^{bis} ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 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. Die Akten werden hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 26. Januar 2023 im Sinne der Erwägungen an den Beschwerdegegner weitergeleitet.
4. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - 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.