

200 24 422 ALV
JAP/BRO/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 5. September 2024

Verwaltungsrichter Jakob
Gerichtsschreiberin Brunner

A. _____
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 16. Mai 2024



Sachverhalt:

A.

Der 1985 geborene A._____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) meldete sich am 20. Januar 2024 bei der Regionalen Arbeitsvermittlung (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 37) und stellte am 1. Februar 2024 einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend ab dem 22. Januar 2024 (AB 11 S. 26, 21 S. 49, 30). Per 1. März 2024 trat der Versicherte eine neue Stelle als ... bei der B._____ AG an (AB 14).

Mit Verfügung vom 12. März 2024 (AB 11) verneinte das AVA, Arbeitslosenkasse, einen Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung, da der Arbeits- und Verdienstausschlag nicht anrechenbar sei. Dagegen erhob der Versicherte Einsprache (AB 8). Nachdem das AVA, Rechtsdienst, eine Stellungnahme bei der C._____ AG eingeholt (AB 4 f.) und dem Versicherten hierzu das rechtliche Gehör gewährt hatte (AB 2 f.), wies es die Einsprache mit Entscheid vom 16. Mai 2024 (AB 1) ab.

B.

Hiergegen erhob der Versicherte mit Eingabe vom 6. Juni 2024 (Postaufgabe am 10. Juni 2024) Beschwerde. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Zusprache von Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 22. Januar bis 29. Februar 2024.

Mit Beschwerdeantwort vom 12. Juli 2024 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 16. Mai 2024 (AB 1). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 22. Januar bis 29. Februar 2024 und in diesem Zusammenhang insbesondere, ob der Beschwerdeführer einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat.

1.3 Mit Blick auf den versicherten Verdienst (AB 26) und die umstrittene Anspruchsdauer vom 22. Januar bis 29. Februar 2024 liegt der Streitwert unter Fr. 20'000.--, weshalb die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 57 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 Abs. 1 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 einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (lit. b).

2.2 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.

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 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).

3.

3.1 Aufgrund der Akten erstellt und zu Recht unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer die für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vorausgesetzte zwölfmonatige Beitragszeit (Art. 13 Abs. 1 AVIG) während der entsprechenden zweijährigen Rahmenfrist (vgl. Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 AVIG) mit den Beschäftigungen für die D._____ AG (27. September 2021 bis 18. Mai 2022; AB 23) und die C._____ AG (ab 28. März 2022; AB 27) erfüllt (vgl. auch Beschwerdeantwort S. 2 Ziff. III Art. 1). Zwischen den Parteien umstritten ist hingegen, ob der Beschwerdeführer die weitere Anspruchsvoraussetzung eines erlittenen Arbeitsausfalls (vgl. E. 2.2 und E. 2.2.1 f. hiervor) erfüllt.

3.2 Zwischen dem Beschwerdeführer und der C._____ AG wurde individualarbeitsvertraglich keine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart und die Entlohnung erfolgte stundenweise im Umfang der monatlich geleisteten Arbeitszeit (vgl. AB 4, 16, 26). Mithin trug der Beschwerdeführer das Risiko von Beschäftigungsschwankungen. Die Tätigkeit stellt eine Arbeit auf Abruf dar (vgl. BGE 146 V 112 E. 3.3 S. 114; BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 40 f.; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2310 N. 151; AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO], Rz. B95), was vom Beschwerdeführer im Grundsatz auch nicht bestritten wird. Er macht in der Beschwerde jedoch geltend, vorliegend bestehe keine echte Arbeit auf Abruf, sondern eine unechte Arbeit auf Abruf, denn ihm sei es freigestanden, einzelne Aufträge anzunehmen. Folglich seien die einzelnen Einsätze jeweils als ein-

zelne Arbeitsverträge zu qualifizieren. Er verkennt dabei, dass auch die unechte Arbeit auf Abruf, bei der dem Arbeitnehmer – anders als bei der echten Arbeit auf Abruf – keine Einsatzpflicht trifft, sondern ein Ablehnungsrecht zukommt (Entscheidung des Bundesgerichts [BGer] vom 3. Februar 2023, 8C_641/2022, E. 5.2), auf einem (Rahmen-)Arbeitsvertrag beruht. Demnach lässt die fehlende Einsatzpflicht nicht den Schluss zu, die einzelnen Einsätze seien nicht im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses auf Abruf erfolgt. Ebenso verhält es sich mit dem Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages (vgl. hierzu Beschwerde S. 1), denn ein Arbeitsvertrag kann ohne weiteres auch mündlich oder sogar durch konkludentes Verhalten abgeschlossen werden (vgl. Art. 320 Abs. 1 f. des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]). Vorliegend bescheinigte die C._____ AG denn auch explizit, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis auf Abruf vorliege (AB 27 S. 87 Ziff. 1 f.). Das Vorbringen des Beschwerdeführers, diese Angabe in der Arbeitgeberbescheinigung beruhe auf einer falschen telefonischen Auskunft einer Mitarbeiterin des RAV (Beschwerde S. 2), ist unbehelflich. So wurde in der Stellungnahme der C._____ AG vom April 2024 (AB 4) explizit bestätigt, es sei nicht beschlossen worden, die Dienste des Beschwerdeführers (generell) nicht mehr in Anspruch zu nehmen. Die C._____ AG sei ein saisonales Unternehmen und die Auftragslage im Winter 2023 sei sehr schlecht gewesen, weshalb dessen Dienste nicht gebraucht worden seien. In Übereinstimmung hiermit erklärte denn auch der Beschwerdeführer in der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung, es bestehe eine ungekündigte Beschäftigung auf Abruf (AB 30 S. 96 Ziff. 15 f. und Ziff. 20) und bestätigte mit E-Mail vom 13. Februar 2024 (AB 24), dass keine Kündigung erfolgt sei, sondern er weiterhin (als freier Mitarbeiter) bei der C._____ AG tätig sei. Ebenfalls für das Vorliegen eines unbefristeten Arbeitsvertrages spricht ausserdem, dass die Kinderzulagen bis Januar 2024 durch die C._____ AG ausgerichtet wurden (AB 12, 27 S. 88 Ziff. 16), obwohl sein letzter Einsatz für die C._____ AG im Oktober 2023 erfolgte (AB 4 S. 11). Der Umstand, dass diese nach Januar 2024 nicht mehr durch die C._____ AG, sondern offenbar den Arbeitgeber der Kindsmutter, ausgerichtet wurden (AB 12), spricht – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 2) – nicht gegen einen unbefristeten Arbeitsvertrag, gründet dieser doch auf der gesetzlichen An-

spruchskonkurrenz (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über die Familienzulagen und Finanzhilfen an Familienorganisationen [Familienzulagengesetz, FamZG; SR 836.2]).

In Anbetracht der gesamten Umstände sowie mit Blick auf die im Sozialversicherungsrecht geltende Beweismaxime, wonach die sogenannten spontanen „Aussagen der ersten Stunde“ in der Regel unbefangener und zuverlässiger sind als spätere Darstellungen, die bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können (BGE 143 V 168 E. 5.2.2 S. 174, 121 V 45 E. 2a S. 47), ist überwiegend wahrscheinlich (vgl. zum Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit BGE 144 V 427 E. 3.2 S. 429; SVR 2022 UV Nr. 41 S. 163 E. 3.3), dass die einzelnen Einsätze für die C. _____ AG im Rahmen eines ungekündigten unbefristeten Arbeitsverhältnisses auf Abruf erfolgten.

3.3

3.3.1 Mithin liegt ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit nur vor, wenn die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % betragen (vgl. E. 2.2.2 hiervor). Dabei ist unerheblich, ob das Arbeitsverhältnis als echte Arbeit auf Abruf, bei welchem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einseitig abrufen kann, wobei dieser einsatzpflichtig ist, oder als unechte Arbeit auf Abruf, bei der den Arbeitnehmer keine Einsatzpflicht trifft, sondern ihm ein Ablehnungsrecht zukommt (BGer 8C_641/2022, E. 5.2), zu qualifizieren ist. Sowohl bei der echten als auch bei der unechten Arbeit auf Abruf ist die unregelmässige Arbeitszeit als normal zu betrachten, sodass sich eine unterschiedliche Behandlung bei der Frage, ob ein Arbeits- und Verdienstaussfall vorliegt, nicht rechtfertigt, was sich im Übrigen auch in der Rechtsprechung zeigt (vgl. Entscheid des BGer vom 12. Dezember 2023, 8C_139/2023, E. 3.2.2 i.V.m. E. 6.2; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. Mai 2023, ALV/2022/638, E. 3.3).

3.3.2 Mit Blick auf die Lohnabrechnungen zwischen November 2022 und Oktober 2023 (AB 15, 22 S. 58, 26; ausgewiesen sind Bruttolöhne zwi-

schen Fr. 322.30 und Fr. 6'053.90) ist letztlich offensichtlich, dass die Beschäftigungsschwankungen vorliegend zu hoch sind, als dass sich eine Normalarbeitszeit ermitteln liesse (vgl. hierzu E. 2.2.2 hiervor), was vom Beschwerdeführer denn auch nicht bestritten wird. Mithin ist auf die Berechnung der Beschäftigungsschwankungen des Beschwerdegegners nicht weiter einzugehen. Insbesondere erübrigen sich Weiterungen zur Frage, ob der in den Lohnabrechnungen jeweils angegebene Faktor zu Recht mit acht multipliziert wurde (vgl. hierzu Beschwerdeantwort S. 2 Ziff. III Art. 1; vgl. zur Angabe der C. _____ AG, wonach ein Faktor zwischen sechs bis zehn Stunden betrage AB 16).

3.4 Zusammenfassend erlitt der Beschwerdeführer in der Zeit vom 22. Januar 2024 bis zur Aufnahme seiner neuen Tätigkeit für die B. _____ AG per 1. März 2024 (AB 14), in der er von der C. _____ AG nicht zur Arbeit aufgeboten wurde, mangels Normalarbeitszeit keinen Arbeits- und Verdienstaufschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG. Folglich wurde der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu Recht verneint.

Demnach ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 16. Mai 2024 (AB 1) nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

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 Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteienschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

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.