



**Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht**

**vom 23. März 2017 (715 16 335 / 78)**

---

**Arbeitslosenversicherung**

**Anspruchsberechtigung bei langjährigem Arbeitsverhältnis auf Abruf; Berücksichtigung des Lohnes der letzten 36 Monate vor der Anmeldung für die Prüfung des anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaufalles**

Besetzung Präsidentin Eva Meuli, Kantonsrichter Yves Thommen, Kantonsrichter Dieter Freiburghaus, Gerichtsschreiberin Margit Campell

Parteien A.\_\_\_\_, Beschwerdeführer

gegen

**Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland**, Bahnhofstrasse 32,  
Postfach, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

Betreff Ablehnung der Anspruchsberechtigung

A.1 A.\_\_\_\_ arbeitet seit 2009 auf Abruf bei der B.\_\_\_\_ AG. Am 28. April 2014 meldete er sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und am 6. Mai 2014 ersuchte er die Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Landschaft (Arbeitslosenkasse) um Ausrichtung von Taggeldern ab 1. Mai 2014. Mit Verfügung vom 12. Juni 2014 lehnte die Arbeitslosenkasse die Anspruchsberechtigung des Versicherten ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass bei dem zwischen dem Versicherten und der B.\_\_\_\_ AG ver-

einbarten Arbeitsverhältnis auf Abruf keine Mindestarbeitszeit vereinbart worden sei, so dass der Versicherte keinen anrechenbaren Verdienst- und Arbeitsausfall erlitten habe. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Einspracheinstanz des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) am 27. November 2014 ab. Gegen diesen Entscheid erhob A.\_\_\_\_\_ Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), welche mit Urteil vom 28. Mai 2015, KGSV 715 15 1, gutgeheissen wurde. Zur Begründung wurde mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts ausgeführt, dass bei langjährigen Arbeitsverhältnissen auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden könne. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten habe. Das Kantonsgericht wies die Angelegenheit an die Arbeitslosenkasse zurück, welche die Anspruchsberechtigung von A.\_\_\_\_\_ prüfte und ihm in der Folge vom 1. Mai 2014 bis 30. April 2016 Taggelder ausrichtete.

A.2 Am 20. April 2016 stellte A.\_\_\_\_\_ im Rahmen einer Folgerahmenfrist einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Die Arbeitslosenkasse wies die Anspruchsberechtigung mit Verfügung vom 10. Mai 2016 mangels anrechenbaren Arbeitsausfalles ab. Daran hielt sie in ihrem Einspracheentscheid vom 21. September 2016 fest.

B. Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, welche A.\_\_\_\_\_ am 5. Oktober 2016 beim Kantonsgericht erhob. Er beantragte sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 21. September 2016 und die Ausrichtung von Taggeldern ab 1. Mai 2016.

C. Zur Beschwerde liess sich die Arbeitslosenkasse am 20. Dezember 2016 vernehmen und beantragte deren Abweisung. Unter Hinweis auf den Einspracheentscheid führte sie aus, dass der Beschwerdeführer keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erleide und deshalb keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder habe.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 i.V.m. den Art. 56 und 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 kann gegen Einspracheentscheide aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Örtlich zuständig ist nach Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 Abs. 1 sowie Art. 119 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person zur Zeit des Verfügungserlasses die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend kommt der in C.\_\_\_\_\_ wohnhafte Beschwerdeführer seinen Kontrollpflichten im Kanton Basel-Landschaft nach, weshalb die örtliche Zuständigkeit zu bejahen ist. Laut § 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG,

weshalb auch die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts gegeben ist. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2.1 Die versicherte Person hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. a AVIG), wenn sie ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG), wobei als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG), während teilweise Arbeitslosigkeit unter anderem dann vorliegt, wenn die versicherte Person eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG). Im Rahmen der Prüfung der Anspruchsvoraussetzung der Arbeitslosigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a und Art. 10 AVIG hat eine faktische Betrachtungsweise Platz zu greifen. Für den Eintritt der Arbeitslosigkeit ist die tatsächliche definitive Arbeitsbeendigung massgebend, und nicht die rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen] vom 11. Oktober 2004, C 197/03, E. 3). Daran ist auch unter der Herrschaft von Art. 10 Abs. 2<sup>bis</sup> AVIG (in Kraft seit 1. Januar 1992) festzuhalten, wonach ein Arbeitnehmer nicht als (teilweise) arbeitslos gilt, dessen normale Arbeitszeit vorübergehend verkürzt wurde (Kurzarbeit). Weiter ist vorausgesetzt, dass die versicherte Person einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Der Arbeitsausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstausschlag 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).

2.2 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. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen, gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, sodass Arbeitnehmer während der Zeit, da sie nicht zur Arbeit aufgefordert werden, keinen anrechenbaren Verdienstausschlag erleiden (Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2014, 8C\_625/2013, E. 2.2 mit Hinweisen).

2.3 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 (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2014, 8C\_625/2013, E. 2 mit Hinweisen; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 2. Aufl. 2016, Rz. 151).

2.4 In Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse wurde höchstrichterlich regelmässig erkannt, dass auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden kann (Urteil des Bundesgerichts vom 30. Dezember 2013, 8C\_417/2013; SVR 2008 ALV Nr. 3 S. 6, C 266/06 E. 3.2 und 2006 ALV Nr. 29 S. 99, C 9/06 E. 3.3; ARV 1995 Nr. 9 S. 45, C 1/93 E. 3b). Gemäss AVIG Praxis ALE Rz B97 (Kreisschreiben des Bundesamtes für Wirtschaft, seco) ist die Berücksichtigung von Beschäftigungsschwankungen von maximal 20% nach oben und nach unten vom Jahresdurchschnitt angemessen (vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts vom 26. September 2014, KGSV 715 14 143, E. 5.2.3). Das Abstellen auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt rechtfertigt sich umso mehr, als im Arbeitsvertragsrecht in jüngerer Zeit vermehrt von der Massgeblichkeit einer Jahresarbeitszeit ausgegangen wird, welche es den Arbeitgebern erlaubt, flexibler auf saisonale oder anderweitige Beschäftigungsschwankungen zu reagieren (Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2014, 8C\_625/2013, E. 2.2 mit Hinweis auf SVR 2006 ALV Nr. 29 S. 99, C 9/06 E. 3.3 i.f.; Urteil des Bundesgerichts vom 30. Dezember 2013, 8C\_417/2013, E. 5.2.2).

3.1 Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2016. Unbestritten steht jedoch fest, dass es sich im vorliegenden Fall bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers für die B.\_\_\_\_ AG um ein langjähriges Arbeitsverhältnis auf Abruf ohne Anspruch auf eine bestimmte Beschäftigung oder eine Vereinbarung betreffend eine Normalarbeitszeit handelt.

3.2 Die Vorinstanz hat sowohl in ihrer Verfügung vom 10. Mai 2016 als auch im angefochtenen Einspracheentscheid vom 21. September 2016 für die Feststellung der Normalarbeitszeit auf die Beschäftigungsschwankungen der letzten 36 Monate vor der erneuten Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2016 abgestellt; dabei stellte sie Schwankungen von über 20% fest. Der Beschwerdeführer bestreitet dieses Vorgehen nicht. Er macht in diesem Zusammenhang jedoch geltend, dass die Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der Beurteilung des Beobachtungszeitraumes nicht 36, sondern lediglich 24 Monate hätte berücksichtigen dürfen. In diesem Fall würden die Schwankungen unter 20% liegen und es liessen sich eine individuelle Normalarbeitszeit und ein anrechenbarer Arbeitsausfall ermitteln.

3.3 Die Beschwerdegegnerin stützte sich in ihrem Einspracheentscheid auf die vorstehend in Erwägung 2.4 zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dabei ist zu beachten, dass das Bundesgericht bis anhin darauf verzichtete, feste Beobachtungszeiträume zu nennen, welche bei langjährigen Arbeitsverhältnissen zu berücksichtigen wären. Es ist daher zu prüfen, ob das Vorgehen der Beschwerdegegnerin, welche beim Beschwerdeführer auf die Schwankungen der letzten 3 Jahre vor der nochmaligen Anmeldung abstellte, angemessen ist (vgl. BGE 137 V 71 E. 5.2 S. 73 f.). Dabei geht es um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Behörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen. Allerdings darf das Gericht sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen; es muss sich auf Gegebenheiten abstützen können, welche seine abweichende Ermessensausübung als naheliegender erscheinen lassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 22. August 2011, 8C\_285/2011, E. 3.1).

3.4 Die Beschwerdegegnerin begründet ihren Entscheid dahingehend, dass die Berücksichtigung einer Zeitspanne von 36 Monaten einer internen Weisung entspreche (vgl. auch AVIG Praxis ALE Rz. B97). Zwar ist das Kantonsgericht nicht an solche Weisungen gebunden. Es soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 138 V 346 E. 6.2). Vorliegend ist die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach ein 2-jähriger Beobachtungsrahmen anzuwenden sei, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Immerhin dauern auch die Rahmenfristen für den Leistungsbezug und die Beitragszeit 2 Jahre (vgl. Art. 9 Abs. 1 AVIG). Im Zusammenhang mit langjährigen Arbeitsverhältnissen auf Abruf erscheint eine 2-jährige Zeitspanne jedoch als zu knapp bemessen, um feststellen zu können, ob die versicherte Person einen Arbeits- und Verdienstaufschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG erleidet. Das Kantonsgericht hat denn auch seinem den Beschwerdeführer betreffenden Urteil vom 28. Mai 2015 (KGSV 715 15 1; vgl. oben Sachverhalt A.1) sogar einen Beobachtungsrahmen von 48 Monaten zugrunde gelegt. Auch das Bundesgericht hielt im Urteil vom 12. Mai 2006, C 9/06, E. 3.4, fest, dass in Bezug auf ein 12-jähriges Arbeitsverhältnis auf Abruf die Berücksichtigung eines Beobachtungszeitraumes von 5 Jahren nicht zu beanstanden sei. Unter diesen Umständen ist das Vorgehen der Beschwerdegegnerin, welche im vorliegenden Fall einen Beobachtungszeitraum von 36 Monaten berücksichtigte entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht zu beanstanden und das Kantonsgericht sieht keinen Anlass, in das Ermessen der Arbeitslosenkasse einzugreifen.

3.5 Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer in den 36 Monaten vor der erneuten Anmeldung zum Leistungsbezug pro Jahr durchschnittlich 659.35 Stunden gearbeitet hat. Bei Beachtung einer 20%igen Schwankung hätte er somit nicht weniger als 527.48 Stunden (minus 20%) und nicht mehr als 791.22 Stunden (plus 20%) Arbeitsstunden aufweisen dürfen. Gestützt auf die korrekte und zu Recht nicht beanstandete Berechnung der Kasse in der Verfügung vom 10. Mai 2016 steht fest, dass der Beschwerdeführer sowohl in der Periode von Mai 2014 - April 2014 (948.50 Stunden) als auch in der Zeit vom Mai 2015 - April 2016 (444.55 Stunden) Schwankungen von mehr als 20% aufweist. Damit sind die praxisgemässen Voraussetzungen für das Abstellen auf die tatsächliche durchschnittliche Arbeitszeit als Referenzgrösse für die Bestimmung des anrechenbaren Arbeitsausfalls nicht erfüllt. Ein Anspruch auf Ausrichtung von Taggeldern ist daher unter diesem Aspekt grundsätzlich mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls zu verneinen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

7. Gemäss Art. 61 lit. a ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind mit Blick darauf, dass der Beschwerdeführer nicht anwaltlich vertreten war, wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
  2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
  3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>