Kantonsgericht
Basel-Landschaft
Abteilung Sozialversicherungsrecht

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 25. September 2014 (715 14 143)

Arbeitslosenversicherung

Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Arbeit auf Abruf; bei langjährigen Arbeitsverhältnissen ist die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal zu betrachten. Es rechtfertigt sich daher, auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abzustellen.

Besetzung	Vorsitzende Kantonsrichterin Elisabeth Berger Götz, Kantonsrichter Yves Thommen, Kantonsrichter Markus Mattle, Gerichtsschreiberin Margit Campell
Parteien	A.____, Paradiesstrasse 14, 4102 Binningen, Beschwerdeführerin gegen **Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland**, Bahnhofstrasse 32, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin
Betreff	Ablehnung der Anspruchsberechtigung

A. A.___ arbeitete seit dem 15. November 2010 auf Abruf als Seniorenbetreuerin bei der B.____. Am 4. November 2013 meldete sie sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Oberwil zur Arbeitsvermittlung an und am 6. November 2013 ersuchte sie die Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Landschaft (Arbeitslosenkasse) um Ausrichtung von Taggeldern ab 4. November 2013. Mit Verfügung Nr. 2180/2013 vom 27. Dezember 2013 lehnte die Arbeitslo-

senkasse die Anspruchsberechtigung der Versicherten ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass bei dem zwischen der Versicherten und der B.____ vereinbarten Arbeitsverhältnis auf Abruf keine Mindestarbeitszeit vereinbart worden sei, so dass die Versicherte auch keinen anrechenbaren Verdienst- und Arbeitsausfall erlitten habe. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Einspracheinstanz des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) am 14. April 2014 ab.

B. Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, welche A.____ am 12. Mai 2014 beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), erhob. Sie beantragte sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 14. April 2014 und die Feststellung, dass eine Normalarbeitszeit ermittelbar sei. Die Angelegenheit sei daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese ihr die Arbeitslosenentschädigung ausrichte.

C. Zur Beschwerde liess sich die Arbeitslosenkasse am 21. Juli 2014 vernehmen und beantragte deren Abweisung. Unter Hinweis auf den Einspracheentscheid führte sie aus, dass die Beschwerdeführerin keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erleide und deshalb keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder habe.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g** :

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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 Insolvenzentschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person zur Zeit des Verfügungserlasses die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend kommt die in C.____ wohnhafte Beschwerdeführerin im Kanton Basel-Landschaft ihren Kontrollpflichten 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). Weiter ist vorausgesetzt, dass die versicherte Person einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Der Arbeits-

ausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert. Als voller Arbeitstag gilt der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die der Versicherte normalerweise während seines letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung; 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 des Versicherten 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 Verdienstausfall erleiden (BGE 107 V 61 E. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 E. 2a, 1995 Nr. 9 S. 48 E. 2a mit Hinweis).

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; BGE 107 V 59 E. 1; SVR 2006 ALV 29 S. 99, C 9/06 E. 1.3; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 2. Aufl. 2007, S. 2224 Rz. 151; Kreisschreiben des seco über die Arbeitslosenentschädigung [KS-ALE] Rz B97).

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; SVR 2006 ALV Nr. 29 S. 99, C 9/06 E. 3.3; ARV 1995 Nr. 9 S. 45, C 1/93 E. 3b). 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 der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab 4. November 2013.

3.2 Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Einspracheentscheid damit, die Beschwerdeführerin sei am 15. November 2010 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis auf Abruf und ohne

zugesicherte Arbeitszeiten mit der B.____ eingegangen. Aufgrund der starken Schwankungen in den Arbeitseinsätzen - insbesondere im zweiten Semester 2013 - könne nicht von einer regelmässig geleisteten Arbeitszeit ohne erhebliche Schwankungen ausgegangen werden. Aus diesem Grund bestehe ab 4. November 2013 mangels anrechenbaren Verdienstausfalls kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

3.3 Die Beschwerdeführerin machte in ihrer Beschwerde im Wesentlichen geltend, dass bei langjährigen Arbeitsverhältnissen auf einen Jahresdurchschnitt abgestellt werden dürfe und verweist dabei im Wesentlichen aus das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (heute: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen) vom 12. Mai 2006, C 9/96. Sie habe in der Zeit von 2011 bis 2013 einen durchschnittlichen Jahreslohn von Fr. 25‘483.60 erzielt und die Abweichungen von diesem hätten 17,7% betragen. Aus diesem Grund habe sie Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenkasse.

4.1 Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei der Tätigkeit der Beschwerdeführerin für die B.____ um ein Arbeitsverhältnis auf Abruf handelt respektive ob eine vertraglich vereinbarte Normal- oder Mindestarbeitszeit vorliegt. Aus dem am 15. November 2010 von der Beschwerdeführerin unterzeichneten Arbeitsvertrag mit der B.____ geht unter Ziffer 3 hervor, dass die Beschwerdeführerin auf Stundenbasis angestellt war. Eine Garantie für die zu leistenden Arbeitsstunden konnte nicht gegeben werden und die Einsatzzeit richtete sich nach den Verfügbarkeitsangaben der Mitarbeiterin. Ein Anspruch auf eine bestimmte Beschäftigung oder eine Vereinbarung betreffend eine Normalarbeitszeit bestand demnach nicht.

4.2 Weiter ist zu prüfen, ob sich die Normalarbeitszeit ermitteln lässt (vgl. vorstehend E. 2.2). So kann vom Grundsatz der Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalles bei Arbeitsverhältnissen auf Abruf abgewichen werden, wenn die geleistete Arbeitszeit vor dem Beschäftigungseinbruch während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen war (vgl. KS-ALE Rz B95 ff.). Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ist grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen, wobei die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach unten oder nach oben ausmachen dürfen (KS-ALE Rz B96). Nicht mehr von einer Normalarbeitszeit kann gesprochen werden, wenn die Beschäftigungsschwankung bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung übersteigen, mit der Folge dass der Arbeits- und Verdienstausfall nicht anrechenbar ist (KS-ALE Rz B97).

4.3 Gemäss den Lohnabrechnungen der B.____ erzielte die Beschwerdeführerin im Zeitraum von November 2012 bis Oktober 2013 (vgl. act. 62 ff.) im Stundenlohn folgende monatliche Bruttoverdienste:

Monat	**Lohn in Franken**
November 2012	820.35
Dezember 2012	3‘595.40
Januar 2013	5‘806.30
Februar 2013	3‘372.40
März 2013	1‘550.80
April 2013	5‘204.20
Mai 2013	3‘167.60
Juni 2013	2‘458.75
Juli 2013	1‘110.20
August 2013	---------
September 2013	1‘559.55
Oktober 2013	1‘500.45
Total:	**30‘146.--**

4.4 Insgesamt erzielte die Beschwerdeführerin in der Zeit von November 2012 bis und mit Oktober 2013 einen Verdienst von Fr. 31‘146.--, woraus ein durchschnittlicher Monatsverdienst von Fr. 2’595.50 resultiert. Die Beschäftigungsschwankungen weichen damit in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Verhältnis zu dem im Monatsdurchschnitt erzielten Lohn um bis zu 68.39 % nach unten (November 2012) und um 123.70 % nach oben (Januar 2013) ab. Unter diesen Umständen 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.

5.1 Zu prüfen ist jedoch der Einwand der Beschwerdeführerin, dass gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung bei langjährigen Anstellungsverhältnissen auf Abruf entgegen den Ausführungen der Vorinstanz und dem Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung nicht vom Monatsdurchschnitt im letzten Jahr vor der Arbeitslosigkeit, sondern vom Jahresdurchschnittslohn und dessen Abweichungen in den einzelnen Jahren auszugehen sei. Die Beschwerdegegnerin bestreitet diese Ausführungen nicht grundsätzlich, vertritt jedoch die Ansicht, dass das fragliche Arbeitsverhältnis zwischen der B.____ und der Beschwerdeführerin zu wenig lange gedauert habe, um für die Berechnung der Normalarbeitszeit auf die Jahresarbeitszeiten abstellen zu können.

5.2.1 Wie oben in Erwägung 2.4 bereits ausgeführt, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei langjährigen Arbeitsverhältnissen auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden. Im Zeitpunkt der Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse anfangs November 2013 war die Beschwerdeführerin gestützt auf den am 15. November 2010 unterschriebenen Arbeitsvertrag seit knapp drei Jahren bei der B.____ angestellt. Es handelte sich daher mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts um ein mehrjähriges Arbeitsverhältnis, gestützt auf welches eine Ermittlung der Normalarbeitszeit aufgrund der Jahresbruttolöhne durchführbar ist. So erachtete es das Bundesgericht im Urteil vom 23. Januar 2014, 8C_625/2013, Erwägung 3.4, als gerechtfertigt, bei einem Arbeitsverhältnis von 31 Monaten auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichung vom Jahresdurchschnitt abzustellen. Damit ist es entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin

auch vorliegend statthaft, den Beobachtungszeitraum auf 36 Monate (1. November 2010 bis 31. Oktober 2013) und die massgebende Vergleichsperiode auf ein Jahr auszudehnen.

5.2.2 Gestützt auf den Lohnausweis für die Zeit vom 19. November 2010 bis 31. Dezember 2010 der B.____ und deren Lohnabrechnungen der Monate Januar 2011 bis Oktober 2013 erzielte die Beschwerdeführerin nachfolgende Jahreseinkommen:

	2010/2011	2011/2012	2012/2013	
November	300.00	2‘373.50	820.35	
Dezember	300.00	3‘171.50	3‘595.40	
Januar	926.00	1‘265.40	5‘806.30	
Februar	1‘491.00	1‘131.50	3‘372.40	
März	4‘266.80	1‘437.25	1‘550.80	
April	3‘642.00	1‘742.00	5‘204.20	
Mai	2‘470.00	1‘117.05	3‘167.60	
Juni	73.80+184.20	2‘628.00	2‘458.75	
Juli	2‘476.00	880.20	1‘110.20	
August	3‘226.80	956.80	---------	
September	2‘625.70	1‘587.00	1‘559.55	
Oktober	2‘306.30	2‘941.00	1‘500.45	
Total:	**24‘288.60**	**21‘231.20**	**30‘146.--**	**75‘665.80**

5.2.3 Die Beschwerdeführerin erzielte demnach während den zu berücksichtigenden 36 Monaten ein Einkommen von insgesamt Fr. 75‘665.80 bei der B.____, was einen Jahresdurchschnittslohn von Fr. 25‘221.95 (Fr. 75‘665.40 ÷ 3) ergibt. Die Schwankungen des ersten Jahres (November 2010 bis Oktober 2011) betragen bei einer Bruttolohnsumme von Fr. 24‘288.60 minus 7,4%, diejenige des zweiten Jahres (November 2011 bis Oktober 2012) bei einem Bruttoeinkommen von Fr. 21‘231.20 minus 15.8% und für das dritte Jahr von November 2012 bis Oktober 2013 bei einem Bruttoverdienst von Fr. 30‘146.-- plus 19,52% gegenüber dem Jahresdurchschnittslohn. Diese Werte liegen demnach innerhalb der auch von der Beschwerdegegnerin in der Vernehmlassung vom 21. Juli 2014 (E. 7.c) als erlaubt bezeichneten Schwankungstoleranz von höchstens 20%, weshalb sich eine individuelle Normalarbeitszeit ermitteln lässt und die Beschwerdeführerin mit dem Beschäftigungseinbruch im November 2013 einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitt.

5.2.4 Daran ändert die Berechnung der Jahresdurchschnittslöhne der Beschwerdegegnerin in der Vernehmlassung vom 21. Juli 2014 nichts. In Übereinstimmung mit den im vorstehenden Abschnitt gemachen Ausführungen errechnete auch sie für die Zeit von November 2011 - Oktober 2012 ein Jahreseinkommen von Fr. 21‘231.20 und von November 2012 - Oktober 2013 ein solches von Fr. 30‘145.90, womit sich eine vernachlässigbare Differenz von Fr. 0.10 ergibt. Im ersten Anstellungsjahr (November 2010/Oktober 2011) stellte sie jedoch für das Einkommen der Monate November 2010 und Dezember 2010 auf die Durchschnittslöhne der folgenden beiden Jahre ab. Sie stützte sich demnach für den Monat November 2010 auf den Betrag von Fr. 1‘596.88 (Lohn November 2011 + Lohn November 2012 ÷ 2) und für den Monat Dezember 2010 auf einen solchen von Fr. 3‘383.45 (Lohn Dezember 2011 + Lohn Dezember 2012 ÷ 2) ab.

Dieses Vorgehen ist nicht nachvollziehbar, ist doch der Lohn für die Monate November 2010 und Dezember 2010 aufgrund des Lohnausweises für das Jahr 2010 von der B.____ konkretisiert und ausgewiesen. Nachdem die Beschwerdegegnerin ihre Berechnung nicht näher substantiiert, kann darauf nicht abgestellt werden.

6. Zusammenfassend steht aufgrund der vorstehenden Ausführungen fest, dass die Beschwerdeführerin ab November 2013 einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Angelegenheit ist an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen, damit sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen prüft und anschliessend über den Arbeitslosenentschädigungsanspruch neu entscheidet.

7. Gemäss Art. 61 lit. a ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind mit Blick darauf, dass die Beschwerdeführerin nicht anwaltlich vertretenen ist, wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

://: 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland vom 14. April 2014 aufgehoben und es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Die Angelegenheit wird zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen und zum Erlass einer neuen Verfügung an die Arbeitslosenkasse zurückgewiesen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.