

# **BGE 146 V 112**

Bundesgericht (BGE), 2018-09-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_146 V 112](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_146_V_112)

FR: ATF 146 V 112

IT: DTF 146 V 112

## **Regeste**

Regeste Art. 8 Abs. 1 lit. a und b, Art. 10 Abs. 2 lit. b und Art. 11 AVIG; anrechenbarer Arbeitsausfall. 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 aus gesetzessystematischer Sicht und unter dem Aspekt des Gebots der Gleichbehandlung der Versicherten auf die Dauer einer ersten Leistungsrahmenfrist zu begrenzen (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 3-5).

## **Erwägungen**

### **E. 3.1**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zu Recht das Vorliegen eines anrechenbaren Arbeitsausfalls bejaht hat. BGE 146 V 112 S. 114

### **E. 3.2**

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist ( Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG [SR 837.0]). 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.

### **E. 3.3**

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 107 V 59 E. 1 S. 61 unten f.; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2310 Rz. 151 f.; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, N. 21 ff. zu Art. 11 AVIG S. 109 f.). In Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse wurde höchstrichterlich regelmässig erkannt, dass auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden kann (ARV 2014 S. 62, 8C\_625/2013 E. 2.2 mit Hinweisen; SVR 2006 ALV Nr. 29 S. 99, C 9/06 E. 1.3 und 3.3; ARV 1995 Nr. 9 S. 45, C 1/93 E. 3b). BGE 146 V 112 S. 115

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz stellte fest, es sei unbestritten, dass die Arbeitseinsätze der Versicherten zu wenig konstant seien, um daraus eine Normalarbeitszeit ableiten zu können, weshalb grundsätzlich kein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliege. Gemäss Weisung des SECO in der AVIG-Praxis ALE Rz. B100 gelte als Indiz für eine inzwischen als normal zu qualifizierende Arbeit eine länger als ein Jahr andauernde Tätigkeit auf Abruf. Das Arbeitsverhältnis habe bei Beginn der zweiten Rahmenfrist für den Leistungsbezug (1. August 2018) seit knapp dreizehn Monaten bestanden. Es liege damit nur wenig über der vom SECO postulierten Grenze. Aus den Akten gehe ferner hervor, dass sich die Versicherte seit Aufnahme der Tätigkeit für die B. AG intensiv um eine zusätzliche Teilzeit- oder eine Vollzeittätigkeit bemüht habe. Auch habe sie in den letzten zwölf Monaten jede Möglichkeit zur Erhöhung des Pensums wahrgenommen. In Würdigung dieser Umstände schloss die Vorinstanz, die Tätigkeit bei der B. AG besitze immer noch Überbrückungscharakter und diene der Schadenminderung, weshalb ein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliege.

#### **E. 4.2.1**

Demgegenüber vertritt die Arbeitslosenkasse den Standpunkt, mit einer Zwischenverdiensttätigkeit von mehr als zwölf Monaten werde grundsätzlich genügend Beitragszeit erarbeitet, um in einer neuen Leistungsrahmenfrist Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu erhalten. Damit aber eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet werden könne, müsse die versicherte Person erneut sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllen, so auch wiederum einen anrechenbaren Arbeitsausfall erleiden. Werde bei einer versicherten Person, die lediglich eine Beitragszeit aus einem Arbeitsverhältnis auf Abruf ausweise, der anrechenbare Arbeitsausfall in der Folgerahmenfrist unter Annahme einer immer noch als zur Schadenminderung ausgeübten Überbrückungstätigkeit bejaht, führe dies zu einer ungerechtfertigten Besserstellung gegenüber denjenigen Versicherten, die, beispielsweise nach Verlust einer Vollzeittätigkeit, während der laufenden Leistungsrahmenfrist eine feste Teilzeitstelle als Zwischenverdienst annehmen würden. Diese teilzeitlich tätigen Arbeitslosen erlitten trotz generierter genügender Beitragszeit für die Eröffnung einer Folgerahmenfrist nur dann einen anrechenbaren Arbeitsausfall, wenn die Zwischenverdiensttätigkeit verloren oder aufgegeben worden sei. Bei Aufgabe der Tätigkeit drohe überdies BGE 146 V 112 S. 116 eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit. Eine Arbeit auf Abruf mit ausserordentlichen und nicht absehbaren Beschäftigungsschwankungen und eine solche mit Überbrückungscharakter könnten indessen jederzeit ohne Sanktionsfolgen beendet werden. Dies verletze das Gleichbehandlungsgebot und sei nicht allein mit der Schadenminderungspflicht zu begründen, zumal diese auch für die Versicherten mit festem Arbeitspensum im

Zwischenverdienst gelte.

#### **E. 4.2.2**

Der Umstand - so die Arbeitslosenkasse weiter -, dass das Arbeitsverhältnis auf Abruf ursprünglich im Rahmen der Schadenminderung zur Überbrückung einer Notlage aufgenommen worden sei, sei bei der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen für die Eröffnung einer zweiten Leistungsrahmenfrist nicht mehr entscheidend. Versicherte, die bei Verlust eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf Arbeitslosenentschädigung beantragten, seien vielmehr unabhängig davon, ob es sich um eine erste Rahmenfrist oder um eine Folgerahmenfrist handle, gleich zu behandeln. Vom Grundsatz der Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalls könne nur abgewichen werden, wenn sich eine individuelle Normalarbeitszeit ermitteln lasse. Hier bestehe das Arbeitsverhältnis auf Abruf bei der B. AG weiterhin und es weise zu grosse Beschäftigungsschwankungen auf, um eine Normalarbeitszeit annehmen zu können, weshalb kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe.

#### **E. 5.1**

Bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig, sondern um die Arbeitslosigkeit zu überbrücken, eingegangen wurde, handelt es sich gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung um eine notgedrungene Zwischenlösung, was sich auch aus der Tatsache ergibt, dass die versicherte Person bereit ist, diese Tätigkeit unverzüglich aufzugeben. Eine versicherte Person hat dann mit der Aufnahme eines Abrufverhältnisses nur das getan, wozu sie gemäss der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht ( Art. 17 AVIG ) gehalten ist (SVR 2008 ALV Nr. 3 S. 6, C 266/06 E. 3.2). Deshalb ist die Annahme eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf nach Verlust einer Vollzeitstelle als Überbrückungstätigkeit zu werten und nicht anstelle der letzten Vollzeittätigkeit als massgebendes letztes Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AVIV (SR 837.02) zu betrachten (SVR 1996 ALV Nr. 74 S. 227, C 279/95 E. 3a; Urteil 8C\_403/2015 vom 21. September 2015 E. 5.2). Wenn jedoch das Behelfsmässige, Vorläufige, das BGE 146 V 112 S. 117 über die Arbeitslosigkeit hinweg helfen sollte, den vorübergehenden Charakter verliert und zur Dauerlösung wird, ist dies aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht grundsätzlich systemfremd. Dementsprechend entschied das Bundesgericht in BGE 139 V 259 E. 5 S. 260 ff., dass bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das während einer laufenden Rahmenfrist aufgenommen und auch in der folgenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug als Zwischenverdiensttätigkeit abgerechnet worden war, im Rahmen der Neuprüfung der Anspruchsvoraussetzungen zur allfälligen Eröffnung einer weiteren Rahmenfrist angesichts der langen Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht mehr von einer zur Schadenminderung überbrückungsweise ausgeübten Tätigkeit gesprochen werden kann.

#### **E. 5.2**

Das Bundesgericht hatte in BGE 139 V 259 wie auch in SVR 2014 ALV Nr. 8 S. 23, 8C\_46/2014 eine Abruftätigkeit zu beurteilen, die während einer laufenden Rahmenfrist aufgenommen und auch in der folgenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug beibehalten und weiterhin als Zwischenverdienst betrachtet worden war. Mithin stand die Eröffnung einer dritten Rahmenfrist im Raum. Bei beiden Fällen liess die lange Dauer des auf Abruf eingegangenen Arbeitsverhältnisses keinen Zweifel, dass dieses den Überbrückungscharakter verloren hatte und daher kein anrechenbarer Arbeitsausfall mehr

vorlag. Die Frage, ob die versicherte Person in der zweiten Rahmenfrist überhaupt einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt hätte, war nicht Gegenstand des jeweiligen Verfahrens.

### **E. 5.3**

Vor Augen zu halten gilt es, dass die Rechtsprechung zu den Arbeitsverhältnissen auf Abruf mit Überbrückungscharakter im Sinne eines Versicherungsschutzes dahin zielt, dass denjenigen Personen, die den Verlust einer Arbeitsstelle kurz- oder gar mittelfristig mit einer Arbeit auf Abruf überbrücken, die Versicherungsleistungen nicht mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls verwehrt bleiben, die ihnen aufgrund des letzten ordentlichen Arbeitsverhältnisses zustehen (SVR 2008 ALV Nr. 3 S. 6, C 266/06 E. 3.2 mit Verweis auf SVR 1996 ALV Nr. 74 S. 227, C 279/95 E. 3a). Sachverhaltsmässige Grundlage dieser soeben zitierten Rechtsprechung bildete demnach jeweils der Umstand, dass sich die versicherte Person nach Verlust einer Vollzeitstelle nicht umgehend als arbeitslos meldete, sondern zuerst im Sinne einer notgedrungenen Zwischenlösung ein Arbeitsverhältnis auf Abruf einging und erst nach einer gewissen Zeit - in den erwähnten Fällen nach rund fünf Monaten bzw. nach ca. einem Jahr - Antrag auf Arbeitslosenentschädigung stellte. In BGE 146 V 112 S. 118 diesen Kontext ist auch die Weisung des SECO in der AVIG-Praxis ALE Rz. B100 zu stellen, wonach Indiz für eine inzwischen als normal zu qualifizierende Arbeitszeit eine länger als ein Jahr andauernde Tätigkeit auf Abruf sei. Anzumerken ist hierzu, dass im Einklang mit dieser Formulierung des SECO ein überjähriges Arbeitsverhältnis zwar Anhaltspunkt für eine zur Normalität gewordene Arbeit auf Abruf bildet, jedoch keine starre Grösse darstellt, die es nicht zuliesse, in Würdigung des Einzelfalles hiervon abzuweichen (vgl. SVR 2014 ALV Nr. 8 S. 23 E. 3.2). So wären die vorinstanzlichen Feststellungen mit Blick auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses und die intensiven Bemühungen der Beschwerdegegnerin um mehr Einsätze oder eine weitere Teilzeit- oder eine Vollzeitstelle durchaus vereinbar mit der Rechtsprechung zur Arbeit auf Abruf, ginge es um die Eröffnung einer ersten und nicht einer zweiten Rahmenfrist für den Leistungsbezug (E. 5.1 hiavor).

### **E. 5.4**

Wie das Bundesgericht weiter in SVR 2014 ALV Nr. 8 S. 23 E. 3.3.1 ausführte, gelten bei der Eröffnung einer Folgerahmenfrist nicht die völlig identischen Kriterien wie bei der Eröffnung der Leistungsrahmenfrist bei erstmaliger Beanspruchung von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung, obwohl die gleichen Anspruchsvoraussetzungen zu erfüllen sind. Aspekte, die den Bezug von Arbeitslosenentschädigung in einer ersten Rahmenfrist nicht ausschliessen, können in einer Folgerahmenfrist zur Verweigerung von Leistungen führen, da diese bereits durch Zeitablauf veränderte Ausgangslage bei der Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen nicht ausgeblendet werden darf (vgl. HEINE/POLLA, Erneute Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung nach abgelaufener Rahmenfrist für den Leistungsbezug: Folgerahmenfristen und ihre Besonderheiten, ARV 2014 S. 77, S. 84 ff.; E. 5.1 hiavor). Wesentliches Ziel der Arbeitslosenversicherung ist es, Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder schnellstmöglich zu beenden. Die dabei zu beachtende zeitliche Komponente führt dazu, dass der Bezug von Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich auf die Dauer von zwei Jahren befristet ist. Für Versicherte, die nach Ablauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug wieder Arbeitslosenentschädigung beanspruchen, gelten erneut zweijährige Rahmenfristen für den Leistungsbezug und die Beitragszeit, sofern das AVIG nichts anderes vorsieht ( Art. 9 Abs. 4 AVIG ). Soll sich die neue Rahmenfrist für den

Leistungsbezug unmittelbar an die alte anschliessen, entspricht die neue Rahmenfrist für die Beitragszeit der früheren Rahmenfrist für den Leistungsbezug. So hat BGE 146 V 112 S. 119 die versicherte Person unter anderem die einjährige Mindestbeitragszeit oder die Befreiung von deren Erfüllung erneut nachzuweisen ( BGE 130 V 229 ; BGE 125 V 355 E. 3a und 3b S. 357 ff.; SVR 2016 ALV Nr. 1 S. 1, 8C\_656/2014 E. 3.2; ARV 2019 S. 188, 8C\_166/2018 E. 6.1; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2304 Rz. 126 f.).

### **E. 5.5**

Hinsichtlich der Arbeit auf Abruf ist dementsprechend einzig ein zeitlich begrenzter sozialer Schutz seitens der Arbeitslosenversicherung zu gewähren (SVR 2014 ALV Nr. 8 S. 23 E. 3.3 und SVR 2016 ALV Nr. 1 S. 1 E. 4.2). Diesen Versicherungsschutz über eine erste Leistungsrahmenfrist hinaus andauern zu lassen, ist nicht nur systemfremd, sondern führt auch - wie die Arbeitslosenkasse zu Recht bemerkt - zu einer stossenden Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen (ganzarbeitslosen) Versicherten, die in einer laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug zur Schadenminderung einen teilzeitlichen Zwischenverdienst aufgenommen haben und diesen weiter ausüben. Während bei der Arbeit auf Abruf anfangs ein Überbrückungscharakter angenommen werden kann, liegt bei einer Tätigkeit mit vereinbartem Teilzeitpensum von Anfang an eine (neue) Dauerlösung vor, weshalb die Rechtsprechung zur Arbeit auf Abruf von vornherein nicht zur Anwendung gelangt (SVR 2016 ALV Nr. 1 S. 1 E. 4.3.1). Der Leistungsanspruch in einer Folgerahmenfrist ist in diesen Fällen bereits wegen der fehlenden Beitragszeit für den geltend gemachten Arbeitsausfall zu verneinen (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2328 f. Rz. 216 f.). In Nachachtung des Gleichheitsgebots ( Art. 8 Abs. 1 BV ) hat daher bei den Arbeitsverhältnissen auf Abruf wie bei den übrigen Arbeitsverhältnissen bei einer Folgerahmenfrist eine Neu Beurteilung aller Anspruchsvoraussetzungen zu erfolgen, wobei mit der Beschwerdeführerin nicht mehr entscheidend sein kann, dass die Arbeit auf Abruf vor Beginn oder während der laufenden ersten Leistungsrahmenfrist zur Schadenminderung aufgenommen worden ist. Der Überbrückungscharakter ist infolge Zeitablaufs verloren gegangen. 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 in Übereinstimmung mit der AVIG-Praxis ALE Rz. B100 des SECO zu verneinen. Die Vorgehensweise, den anrechenbaren Arbeitsausfall bei einer Arbeit auf Abruf mit Überbrückungscharakter aufgrund des davor ausgeübten festen Arbeitsverhältnisses (als letztes BGE 146 V 112 S. 120 Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AVIV ) zu bejahen, ist demnach zusammenfassend aus gesetzessystematischer Sicht und unter dem Aspekt des Gebots der Gleichbehandlung der Versicherten auf die Dauer einer ersten Leistungsrahmenfrist zu begrenzen. Die bisherige Rechtsprechung zu den Arbeitsverhältnissen auf Abruf ist dahingehend zu präzisieren.

### **E. 5.6**

Nachdem feststeht, dass sich bei der Beschwerdegegnerin wegen der Beschäftigungsschwankungen keine Normalarbeitszeit errechnen lässt und sie die Arbeit auf Abruf weiterhin ausübt, erleidet sie, entgegen der bundesrechtswidrigen Auffassung der Vorinstanz, keinen anrechenbaren Arbeitsausfall, weshalb die Anspruchsvoraussetzungen für weitere Taggeldleistungen der Arbeitslosenversicherung in einer zweiten Rahmenfrist nicht erfüllt sind. Die Beschwerde ist daher begründet und gutzuheissen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.