

BGer 8C 139/2023 vom 12. Dezember 2023

Bundesgericht, 2023-12-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_139_2023

FR: TF 8C 139/2023 du 12 décembre 2023

IT: TF 8C 139/2023 del 12 dicembre 2023

Regeste

Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosenentschädigung) | Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 141 V 234 E. 1). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG).

E. 2.1

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG ; unechte Noven), was in der Beschwerde näher darzulegen ist (Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 143 I 344 E. 3). Der vorinstanzliche Verfahrensausgang allein bildet noch keinen hinreichenden Anlass im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG für die Zulässigkeit von unechten Noven, die bereits im kantonalen Verfahren ohne Weiteres hätten vorgebracht werden können (BGE 143 V 19 E. 1.2; Urteil 8C_9/2023 10. Mai 2023 E. 1.2).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin reicht neu die Bestimmungen der B._____ AG für die Tageskinderbetreuung, die Anstellungsbedingungen für Betreuungspersonen (je in den Versionen gültig ab 1. August 2020 und ab 1. Januar 2022) und zwei anonymisierte Betreuungsvereinbarungen ab 1. Oktober 2022 und 1. Januar 2023 ein. Es ist nicht ersichtlich und wird auch nicht dargelegt, weshalb diese Dokumente nicht schon im vorinstanzlichen Verfahren hätten beigebracht werden können. Sie sind daher unzulässig. Gleiches gilt für die entsprechenden neuen Behauptungen.

E. 3.1

Streitig ist, ob die vorinstanzlich bestätigte Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls Bundesrecht verletzt.

E. 3.2.1

Art. 8 Abs. 1 AVIG zählt die für die Arbeitslosenentschädigung massgeblichen Anspruchsvoraussetzungen auf. Dazu gehört, 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 Verdienstausschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (vgl. BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, N. 14 zu Art. 11 AVIG S. 108). Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG) ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIG).

E. 3.2.2

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 Verdienstausschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG erleidet. Dies deshalb, weil ein anrechenbarer Ausschlag 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 unten f.; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2310 Rz. 151 f.; BORIS RUBIN, a.a.O., 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 (BGE 146 V 112 E. 3.3; 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 u. 3.3; ARV 1995 Nr. 9 S. 45, C 1/93 E. 3b). 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 (vgl. SVR 2022 UV Nr. 38 S. 150, 8C_587/2021 E. 4.3.3.1; ARV 2011 S. 149, 8C_379/2010; siehe auch BGE 146 V 112 E. 3.3; 139 V 259 E. 5.3.1; 8C_812/2017 vom 23. August 2018 E. 5.3.1). Die Arbeitslosenkasse stützt sich dabei gemäss Randziffer B97 der AVIG-Praxis ALE des SECO vom Oktober 2012 höchstens auf die fünf Jahre vor dem Beschäftigungsrückgang ab (vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen: BGE 147 V 79 E. 7.3.2).

E. 4.1

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin stehe seit 1. Januar 2017 als Tagesmutter im Stundenlohn in einem Arbeitsverhältnis mit der B. _____ AG. Unbestrittenermassen hätten die Parteien individualarbeitsvertraglich keine wöchentliche Normalarbeitszeit

vereinbart. Es handle sich klarerweise um Arbeit auf Abruf. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin gemäss eigenen Angaben berufsvorsorgerechtlich im zeitlichen Verlauf mit verschiedenen Beschäftigungsgraden versichert gewesen sei, ändere daran nichts.

E. 4.2

Die Beschäftigungsschwankungen gemessen an den Betreuungsstunden und übrigen entschädigten Stunden seien sowohl während der letzten zwölf Monate vor der Anspruchserhebung auf Arbeitslosenentschädigung als auch im auf bis fünf Jahre ausgedehnten Beobachtungszeitraum zu hoch, als dass sich eine Normalarbeitszeit ermitteln liesse. Zwar habe der Beschwerdegegner in den Berechnungen in Bezug auf April 2018 fälschlicherweise 361.25 statt 471.25 Betreuungsstunden und in Bezug auf November 2019 fälschlicherweise 651.50 statt 872.75 Betreuungsstunden eingesetzt. Eine Korrektur dieser Zahlen mit dem Ergebnis von 5'673.75 (statt 5'563.75) geleisteten Stunden von Februar 2018 bis Januar 2019 und 7'787.5 (statt 7'566.25) geleisteten Stunden von Februar 2019 bis Januar 2020 ändere am Ergebnis von Schwankungen von über 20 % in den dadurch veränderten Drei-, Vier- und Fünfjahresvergleichen jedoch nichts (Studentotal in der Zeit von Februar 2019 bis Januar 2022: $29'106.5 [7'787.5 + 12'816.75 + 8'502.25]$; Durchschnitt: $9'702.17 [29'106.5 / 3]$; $9'702.17 \times 1.2 = 11'642.60$; $9'702.17 \times 0.8 = 7'761.73$; die Betreuungsstunden in der Zeit von Februar 2020 bis Januar 2021 hätten mit 12'816.75 somit über 20 % mehr als der Durchschnitt in diesem Beobachtungszeitraum betragen; Studentotal in der Zeit von Februar 2018 bis Januar 2022: $34'780.25 [5'673.75 + 7'787.5 + 12'816.75 + 8'502.25]$; Durchschnitt: $8'695.06 [34'780.25 / 4]$; $8'695.06 \times 1.2 = 10'434.08$; $8'695.06 \times 0.8 = 6'956.05$; die Betreuungsstunden in der Zeit von Februar 2018 bis Januar 2019 hätten mit 5'673.75 somit über 20 % weniger und diejenigen in der Zeit von Februar 2020 bis Januar 2021 mit 12'816.75 über 20 % mehr als der Durchschnitt des Beobachtungszeitraums betragen; Studentotal in der Zeit von Februar 2017 bis Januar 2022: $37'796.25 [3'016 + 5'673.75 + 7'787.5 + 12'816.75 + 8'502.25]$; Durchschnitt: $7'559.25 [37'796.25 / 5]$; $7'559.25 \times 1.2 = 9'071.1$; $7'559.25 \times 0.8 = 6'047.4$; die Betreuungsstunden in der Zeit von Februar 2017 bis Januar 2018 und von Februar 2018 bis Januar 2019 betragen mit 3'016 und 5'673.75 somit über 20 % weniger und diejenigen in der Zeit von Februar 2020 bis Januar 2021 mit 12'816.75 über 20 % mehr als der Durchschnitt dieses Beobachtungszeitraums). Im Übrigen seien die Berechnungen des Beschwerdegegners nicht zu beanstanden. Mangels Normalarbeitszeit habe die Beschwerdeführerin in der Zeit, in der weniger Kinder zu betreuen gewesen seien, keinen Arbeits- und Verdienstausschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG erlitten.

E. 5

Die Beschwerdeführerin bringt vor, entgegen der vorinstanzlichen Feststellung sei unter den Vertragsparteien eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart worden. Da der (Rahmen-) Arbeitsvertrag vom 12. Dezember 2016 lediglich den Stellenantritt, die Funktion, die vorgesetzte Stelle, den Lohn und die Lohnabzüge regle, sei es offensichtlich, dass die grundsätzlichen materiell-rechtlichen Bestimmungen des Arbeitsverhältnisses in den im (Rahmen-) Arbeitsvertrag aufgeführten und als anwendbar erklärten "Bestimmungen/Reglementen" enthalten sein müssten, insbesondere in den "Bestimmungen für Tageskinderbetreuung" und den "Anstellungsbedingungen Tagesmütter/Tagesväter". Ohne Bezug dieser den rudimentären (Rahmen-) Arbeitsvertrag ergänzenden Bestimmungen, insbesondere zur Bestimmung der Arbeitszeit und der

Kündigungsfristen, könne die Frage nicht beantwortet werden, ob Arbeit auf Abruf vorliege oder nicht. Es sei in sachverhaltlicher Hinsicht zu klären, wie die Arbeitszeiten vertraglich geregelt worden seien. Diesbezüglich habe die Vorinstanz in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes den Sachverhalt unvollständig festgestellt. Mit jedem einzelnen Kind sei mittels Betreuungsvereinbarung die Normalarbeitszeit exakt festgelegt worden und eine Änderung der auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vereinbarung sei nur mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist möglich. Da daher die wöchentliche Normalarbeitszeit vertraglich definiert worden sei, liege keine Arbeit auf Abruf vor, wobei irrelevant sei, dass durch Kündigung einzelner Betreuungsvereinbarungen oder Abschluss neuer solcher Vereinbarungen die Arbeitszeiten variieren könnten. Durch die Kündigung mehrerer Betreuungsvereinbarungen Ende 2021/Anfang 2022 habe die Beschwerdeführerin einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten. Weiter habe die Vorinstanz in Verletzung von Bundesrecht die Normalarbeitszeit falsch berechnet, indem sie ihrer Normalarbeitszeitberechnung nicht die tatsächlich geleistete Arbeitszeit zugrunde gelegt habe, sondern die während eines Monats bzw. eines Jahres geleisteten "Betreuungsstunden pro Kind", was zu unsachgerechten Verzerrungen führe.

E. 6.1

Es steht fest, dass die Beschwerdeführerin als Tagesmutter im Stundenlohn angestellt ist und pro zu betreuendem Kind nach "Betreuungsstunden" entlohnt wird (Fr. 6.- oder Fr. 9.-/Std., je nach Alter der Kinder). Nach den willkürfreien Feststellungen der Vorinstanz besteht keine Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Vermittlung von Tageskindern oder zur Garantie eines bestimmten Arbeitspensums oder von Betreuungsstunden). Es steht der Beschwerdeführerin vielmehr frei, neue Betreuungsvereinbarungen einzugehen oder nicht, wie sie letztinstanzlich selbst vorbringt, sodass sich die Arbeitseinsätze unbestrittenermassen nach den bestehenden einzelnen Betreuungsvereinbarungen richten.

E. 6.2

Soweit sich die Beschwerdeführerin darauf beschränkt, der Vertragsauslegung im angefochtenen Urteil ihre eigene Auffassung gegenüberzustellen, erschöpfen sich ihre Ausführungen in einer appellatorischen Kritik an der Vertragsinterpretation der Vorinstanz. Sie erhebt keine rechtsgenügend begründeten Rügen, in denen sie unter hinreichender Auseinandersetzung mit den betreffenden Erwägungen der Vorinstanz darlegen würde, inwiefern diese - mit ihrer das Tatsächliche beschlagenden Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens über den Vertragsinhalt - in Willkür verfallen sein soll (vgl. vorstehende E. 1). Dies gilt namentlich für die Auslegung der Vorinstanz, wonach kein garantiertes Arbeitspensum vereinbart worden sei, zumal die Beschwerdeführerin in der vorinstanzlichen Beschwerde angab, es könne für eine solche Tätigkeit kein fixes Pensum festgelegt werden, da zu viele Faktoren offen seien. Die vorinstanzliche Qualifikation des Arbeitsverhältnisses als (unechte) Arbeit auf Abruf hält vor Bundesrecht stand (vgl. SVR 2022 UV Nr. 38 S. 150, 8C_587/2021 E. 4.3.3.1; Urteile 4A_334/2017 vom 4. Oktober 2017 E. 2.2; 4A_94/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.3).

E. 6.3

Bezüglich des Verhältnisses von Arbeits- und Betreuungsstunden sind sich die Parteien einig, dass nicht die effektiv geleisteten Arbeitsstunden Grundlage für die monatliche Gehaltszahlung bilden, sondern die monatlich mittels Stundenblatt pro Kind auszuweisenden tatsächlichen Betreuungszeiten. Damit übereinstimmend gab die

Beschwerdeführerin in einer E-Mail vom 4. März 2022 gegenüber der Beschwerdegegnerin an, eine wöchentliche Arbeitszeit von immerhin rund 31 Stunden zu erreichen, allerdings sei "der Lohn weit deutlicher eingebrochen als die Arbeitszeit abgenommen" habe. Sie arbeite daher heute stundenmässig fast ebenso viel wie früher. Sie erhalte aber einen deutlich geringeren Lohn, da sie nur noch maximal zwei Kinder statt wie früher mehrere gleichzeitig betreue. Es wäre daher sinnvoller, wenn sie bezüglich des Zwischenverdienst-Formulars eine Bescheinigung über die Anwesenheit der Kinder abgebe, anstelle einer solchen über die geleistete Arbeitszeit. Insofern besteht ebenfalls Einigkeit darüber, dass wegen der Entlohnung pro Stunde und betreutem Kind der Verdienstausschlag hauptsächlich durch die geringere Anzahl der zu betreuenden Kinder verursacht wird und nicht durch eine Reduktion der Arbeitszeit.

E. 6.4

Was die individuellen Vereinbarungen mit den Erziehungsberechtigten betrifft, wurde zu keiner Zeit in Abrede gestellt, dass jeweils für die einzelnen Kinder die Betreuungszeiten individuell mittels Tagesbetreuungsvereinbarung geregelt werden und insofern pro Kind (möglichst) feste Betreuungs- und Arbeitszeiten bestehen. Anders als die Beschwerdeführerin annimmt, spielt es im vorliegenden Kontext jedoch keine entscheidende Rolle, wie diese Arbeitszeiten im Einzelnen zwischen den Erziehungsberechtigten und der Beschwerdeführerin festgelegt wurden. Denn dies ändert nichts daran, dass insgesamt zu grosse Schwankungen in den relevanten Betreuungszeiten herrschen, um einen anrechenbaren Arbeitsausfall individuell ermitteln zu können, wie sich aus den nachfolgenden Darlegungen ergibt. Die Vorinstanz hat zwar keine Feststellungen zum konkreten Arbeitsausfall getroffen. In der hier gegebenen Konstellation rechtfertigt es sich aber, die Betreuungszeiten zur Ermittlung einer individuellen Normalarbeitszeit heranzuziehen. Eine unvollständige Sachverhaltsabklärung aufgrund einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes kann der Vorinstanz in diesem Zusammenhang daher nicht vorgeworfen werden, weshalb sie auch auf weitere Abklärungen verzichten durfte.

E. 6.5

Zu wiederholen ist, dass ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit grundsätzlich nur entstehen kann, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart war (vorstehende E. 3.2.2). Mit Blick auf die willkürfreien Feststellungen der Vorinstanz zur Ermittlung einer individuellen Normalarbeitszeit als Ausnahme zu diesem Grundsatz ergibt sich, dass hier die praxisgemässen Voraussetzungen für das Abstellen auf die effektive (durchschnittliche) Arbeitszeit als Referenzgrösse für die Bestimmung des anrechenbaren Arbeitsausfalles nicht gegeben sind. Wie die Vorinstanz aufzeigte, wurde die vor dem Beschäftigungseinbruch aufgewendete Arbeits- bzw. Betreuungszeit nicht während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen geleistet. Nicht zu beanstanden ist, dass Vorinstanz und Verwaltung dabei auf die ausgewiesenen, mithin lohnwirksamen Betreuungszeiten abstellten und nicht auf die effektiven Arbeitszeiten. Wie die Beschwerdeführerin selbst einwendet, steht bei ihr nicht der Arbeitsverlust mit weniger Arbeitszeit im Vordergrund, sondern der erlittene Verdienstausschlag, der durch die Reduktion der verrechenbaren Betreuungszeiten aufgrund der geringeren Anzahl zu betreuender Kinder entstand.

E. 6.6

Der anrechenbare Arbeitsausfall bildet ferner nebst seiner Funktion als Anspruchsvoraussetzung die zentrale Bemessungsregel, weil sich die Höhe des Entschädigungsanspruchs grundsätzlich nach dem anrechenbaren Arbeitsausfall in der Kontrollperiode richtet (BGE 125 V 59 E. 6c/aa; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2311 Rz. 154). Die wechselseitige Beziehung von Arbeits- und Verdienstaufall bringt es mit sich, dass es hier sach- und systemgerecht ist, bei der Ermittlung einer individuellen Normalarbeitszeit auf die Betreuungs- und nicht auf die Arbeitszeiten abzustellen. Anders vorzugehen wäre insofern inkonsequent, widersprüchlich und daher mit sachlichen Gründen kaum zu rechtfertigen, als sich die Höhe des versicherten Verdienstes durch die Anzahl der betreuten Kinder generieren würde und dementsprechend die reduzierten Betreuungszeiten Basis für den geltend gemachten Verdienstaufall bildeten. Bei der Ermittlung einer Normalarbeitszeit würde aber lediglich auf die (deutlich geringfügigere) effektive Arbeitszeitreduktion bzw. auf die, wie die Beschwerdeführerin selbst einwendet, weitgehend konstanten Arbeitsstunden abgestellt anstatt auf die den Verdienstaufall verursachenden Betreuungszeiten. Eine solche "Entkopplung" von Arbeits- und Verdienstaufall, wie dies die Beschwerdeführerin postuliert, entspricht, wie soeben ausgeführt, nicht der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Regelung mit einer wechselseitigen Beziehung von Arbeits- und Verdienstaufall. Die gegenteilige Auffassung der Beschwerdeführerin verfängt daher nicht.

E. 6.7

Gegen die konkrete Ermittlung der Beschäftigungsschwankungen gemessen an den Betreuungsstunden und den übrigen entschädigten Stunden wendet die Beschwerdeführerin nichts ein. Zusammenfassend hält damit das angefochtene Urteil vor Bundesrecht stand.

E. 7

Die unterliegende Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG).

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