

BGer 8C 291/2023 vom 14. Dezember 2023

Bundesgericht, 2023-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_291_2023

FR: TF 8C 291/2023 du 14 décembre 2023

IT: TF 8C 291/2023 del 14 dicembre 2023

Regeste

Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosenentschädigung) | Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1.1

Bei der Eingabe der Beschwerdeführerin sind die Voraussetzungen nach Art. 82 ff. BGG für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erfüllt, weshalb sie als solche - und nicht als (subsidiäre) Verfassungsbeschwerde - entgegenzunehmen ist (Art. 113 BGG).

E. 1.2

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 mit Hinweisen).

E. 1.3

Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG).

E. 2.1

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz bundesrechtskonform das Vorliegen eines anrechenbaren Arbeitsausfalls verneint hat. Dabei gilt es insbesondere zu beurteilen, ob die vor Beschäftigungseinbruch geleistete Arbeit während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen war, sodass in Abweichung vom Grundsatz eine Normalarbeitszeit abgeleitet werden kann.

E. 2.2

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 Verdienstaustausfall 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 AVIV).

E. 2.3

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 Verdienstaustausfall 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 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. 3.1

Die Vorinstanz erwog, die Umfirmierung der B. _____ AG in D. _____ AG (gemäss Meldung im Schweizerischen Handelsblatt [SHAB] vom 27. Dezember 2019) ändere faktisch nichts an der Beschäftigung bei derselben Arbeitgeberin, weshalb die Arbeitsverhältnisse mit der B. _____ AG, der E. _____ AG sowie der D. _____ AG für die Ermittlung der Normalarbeitszeit als ein Arbeitsverhältnis anzusehen seien. Die C. _____ AG gehöre nicht zur "B. _____ AG", sodass dieses Arbeitsverhältnis bei der Ermittlung der Normalarbeitszeit gesondert zu beurteilen sei. Mit diesem Vorgehen geht die Beschwerdeführerin einig.

E. 3.2

Eine Normalarbeitszeit lasse sich nicht ermitteln, so die Vorinstanz weiter, da mit Blick auf Randziffer B97 der AVIG-Praxis ALE des SECO vom Oktober 2012 die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Jahren bei einem Beobachtungszeitraum von fünf Jahren vor der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung (1. Januar 2017 bis 31. Dezember 2021) zu gross gewesen seien. Für die Tätigkeit bei der C. _____ AG ermittelte sie ein durchschnittliches Jahreseinkommen von Fr. 8'577.-. Für das Jahr 2017 resultierte eine Abweichung hiervon von 3,18 % nach oben, für das Jahr 2018 eine solche von 7,56 % nach oben, für das Jahr 2019 eine solche von 36,24 % nach oben, für das Jahr 2020 eine solche von 4,4 % nach unten sowie für das Jahr 2021 eine solche von 42,58 % nach unten. Damit wurde die zulässige Abweichung vom Durchschnittsverdienst (vorstehende E. 2.3) in den Jahren 2019 und 2021 überschritten. Mit der Tätigkeit bei der "B. _____ AG" erzielte die Beschwerdeführerin einen durchschnittlichen Jahresverdienst von Fr. 113'211.-. Im angefochtenen Urteil ergab sich für das Jahr 2017 eine Schwankung von 9,18 % nach oben, für das Jahr 2018 eine solche von 26,16 % nach unten, für das Jahr 2019 eine solche von 6,73 % nach oben, für das Jahr 2020 eine solche von 3,88 % nach oben sowie für das Jahr 2021 eine solche von 6,38 % nach oben. Mit der Beschäftigungsschwankung von 26,16 % nach unten wurde die maximal zulässige Abweichung von 20 % im Jahr 2018 überschritten, womit die Vorinstanz auch in Bezug auf dieses Arbeitsverhältnis keine Normalarbeitszeit ermitteln konnte.

E. 4.1

Unbestritten ist die Qualifikation der vorliegenden Beschäftigungen als (mündlich abgeschlossene) Arbeitsverhältnisse auf Abruf. Die Beschwerdeführerin gab gegenüber der Beschwerdegegnerin überdies in ihrer Stellungnahme vom 6. Mai 2022 an, seit jeher projektbezogen mit einem unregelmässigen bzw. zeitversetzt ausgerichteten Entgelt zu arbeiten, weshalb auch keine monatliche Lohnabrechnungen vorgenommen würden. Es steht zudem fest, dass sich die jeweilige Arbeitsleistung ohne Zusicherung eines durchschnittlichen oder minimalen Beschäftigungsgrades nach der anfallenden Arbeit richtete, sodass die in E. 2.3 zitierte Rechtsprechung Anwendung findet.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin wehrt sich sodann nicht dagegen, dass angesichts der langjährigen Arbeitsverhältnisse der Beobachtungszeitraum im angefochtenen Urteil auf mehr als zwölf Monate ausgedehnt wurde. Sie vertritt jedoch die Ansicht, bei der Ermittlung einer Normalarbeitszeit hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse mit der "B. _____ AG" seien höchstens die letzten drei Jahre vor Anmeldung zum Leistungsbezug zu berücksichtigen, was sie als angemessen bezeichnet. Die vorinstanzliche Wahl eines Beobachtungszeitraums von fünf Jahren wird als rechtsfehlerhaft gerügt.

E. 4.3

Weder Gesetz noch Rechtsprechung schreiben im gegebenen Kontext die Dauer des Beobachtungszeitraums für die Ermittlung einer Normalarbeitszeit verbindlich vor. Das SECO hat den Beobachtungszeitraum in Form einer Verwaltungsweisung auf (höchstens) fünf Jahre begrenzt (siehe vorstehende E. 2.3).

E. 4.4

Die Vorinstanz begründete die Wahl des fünfjährigen Beobachtungszeitraums damit, dieser zeige gerade auf, dass das Arbeitsverhältnis nicht konstant gewesen sei. Über einen längeren Zeitraum betrachtet seien die Arbeitseinsätze starken Schwankungen unterworfen

gewesen, weshalb sie einen langen Beobachtungszeitraum gewählt habe.

E. 4.5

Mit Blick auf die vorinstanzlich ermittelten Jahresverdienste (vorstehende E. 3.2) zeigt sich vielmehr, dass die Einkommen der Beschwerdeführerin aus unselbstständiger Tätigkeit in den Jahren vor dem Beschäftigungseinbruch - mit Ausnahme des einkommensschwächsten Jahres 2018, in welchem sie zugunsten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit weniger für die "B. _____ AG" arbeitete - geringe Schwankungen aufweisen. Bei derart geringen Abweichungen vom ermittelten Jahresdurchschnitt in den Jahren 2017, 2019, 2020 und 2021 rechtfertigt sich ein Abstützen auf die (gemäss SECO-Weisung) maximale Vergleichsdauer von fünf Jahren nicht, zumal sich eine unzulässige Schwankung erst mit der Berücksichtigung des eigentlichen Ausreissers im Jahr 2018 ergibt. Ein Beobachtungszeitraum über die letzten drei Jahre vor Beschäftigungseinbruch bildet das jahrelang ohne nennenswerte Einkommensschwankungen bestehende Arbeitsverhältnis mit der "B. _____ AG" zuverlässiger ab. Es ist daher nicht erforderlich, den Beobachtungszeitraum maximal auszudehnen, um eine sachgerechte individuelle Normalarbeitszeit erfassen zu können. Das gegenteilige Vorgehen der Vorinstanz verletzt Bundesrecht. Wird auf die Verdienste der Jahre 2019 (Fr. 120'825.-), 2020 (Fr. 117'599.-) und 2021 (Fr. 120'430) abgestellt, ergibt sich bei einem Jahresdurchschnitt von Fr. 119'618.- ohne Weiteres, dass keines dieser Jahreseinkommen mehr als 20 % nach oben oder unten vom Durchschnitt abweicht. Liegt damit eine Normalarbeitszeit vor, hat die Beschwerdeführerin einen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaufschlag erlitten.

E. 4.6

Soweit sich die Beschwerdeführerin auf vertrauensschutzrechtliche Prinzipien und den Grundsatz von Treu und Glauben beruft (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV), braucht bei diesem Ergebnis nicht darauf eingegangen zu werden.

E. 5

Damit ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Sache zur Abklärung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

E. 6.1

Die Rückweisung der Sache an die Arbeitslosenkasse zu neuer Verfügung gilt für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als vollständiges Obsiegen im Sinne von Art. 66 Abs. 1 Satz 1 sowie Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG , unabhängig davon, ob sie beantragt oder ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder im Eventualantrag gestellt wird (BGE 132 V 215 E. 6.1; statt vieler Urteil 9C_434/2021 vom 29. Juni 2022 E. 4.2 mit Hinweisen).

E. 6.2

Die Gerichtskosten sind daher der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Diese hat der Beschwerdeführerin ferner eine Parteientschädigung auszurichten. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin macht mit Kostennote vom 8. Mai 2023 ein Honorar von Fr. 5'020.85 sowie Auslagen und Ersatz der Mehrwertsteuer von zusammen Fr. 616.35, insgesamt also Fr. 5'637.20 geltend. Für ihre Bemühungen im Zusammenhang mit der Stellungnahme vom 13. Juli 2023 reicht sie eine weitere Kostennote über den Gesamtbetrag von Fr. 2'865.65 ein (Honorar und Auslagen: Fr. 2'660.75; Ersatz der Mehrwertsteuer: Fr. 204.90). Insgesamt werden somit Fr. 8'502.85 geltend gemacht. Dieser

Betrag ist mit Blick auf die gebotenen Bemühungen, zumal eine besondere sachverhaltliche oder rechtliche Komplexität nicht auszumachen ist und die Rechtsvertreterin bereist vor Vorinstanz und Verwaltung beauftragt war, als unangemessen hoch zu qualifizieren. Die Entschädigung wird deshalb auf Fr. 3'500.- festgesetzt.

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