

# SO\_GERICHTE VSBES.2019.270 vom 5. November 2019

SO Obergericht, 2019-11-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VSBES.2019.270](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VSBES.2019.270)

FR: SO\_GERICHTE VSBES.2019.270 du 5 novembre 2019

IT: SO\_GERICHTE VSBES.2019.270 del 5 novembre 2019

## Erwägungen

### E. 2

2.1 Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt u.a. voraus, dass die versicherte Person einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung / AVIG, SR 837.0). Dieser wiederum muss einen Verdienstausfall zur Folge haben (Art. 11 Abs. 1 AVIG).

2.2 Der Arbeitsausfall bestimmt sich in der Regel auf Grund der im Beruf oder Erwerbszweig der versicherten Person allgemein üblichen Arbeitszeit. Besteht hingegen eine besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, so bemisst sich die normale Arbeitszeit nach dieser persönlichen Arbeitszeit der versicherten Person. Bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf richtet sich die Arbeitszeit demgegenüber nach dem Arbeitsanfall, d.h. der Einsatz des Arbeitnehmers erfolgt jeweils nach Bedarf des Arbeitgebers, ohne dass ein bestimmter Beschäftigungsumfang garantiert ist. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer während der Zeit, in der er nicht zur Arbeit aufgefordert wird, mangels einer vertraglich vereinbarten wöchentlichen Normalarbeitszeit keinen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausfall erleidet und keine Arbeitslosenentschädigung beziehen kann (Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich 2019, S. 46 - 49; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genf 2014, Art. 11 N 22; BGE 107 V 59 E. 1 S. 61; Urteil des Bundesgerichts 8C\_532/2017 vom 6. Oktober 2017 E. 2.2).

Von diesem Grundsatz kann abgewichen werden, wenn der auf Abruf geleistete Einsatz vor dem Beschäftigungseinbruch während längerer Zeit mehr oder weniger konstant, d.h. ohne erhebliche Schwankungen war. In diesem Fall gilt die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal. Dabei ist grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Damit von einer Normalarbeitszeit im erwähnten Sinne ausgegangen werden kann, dürfen die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach oben oder unten ausmachen (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 46 f. / 48; Rubin, a.a.O., Art. 11 N 22 f.; BGE 107 V 59 E. 1 S. 61 f.; Urteil des Bundesgerichts 8C\_532/2017 vom 6. Oktober 2017 E. 2.2). Hat das Arbeitsverhältnis weniger als zwölf Monate gedauert, so ist die maximal zulässige Beschäftigungsschwankung proportional anzupassen (20 % : 12 x Anzahl Monate), wobei jedoch auf ein Arbeitsverhältnis von weniger als sechs Monaten nicht abgestellt werden kann (AVIG-Praxis ALE B97, in der seit 1. Oktober 2016 geltenden Fassung; Rubin, a.a.O., Art. 11 N 23). Bei langjährigen Arbeitsverhältnissen kann von den Arbeitsstunden pro Jahr und den Abweichungen vom Jahresdurchschnitt ausgegangen werden (Urteil des Bundesgerichts 8C\_532/2017 vom 6. Oktober 2017 E. 2.2).

Bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig eingegangen wurde, sondern der Not gehorchend, um die Arbeitslosigkeit zu überbrücken, handelt es sich praxisgemäss um eine Zwischenlösung. Eine versicherte Person hat dann mit der Aufnahme einer Arbeit auf Abruf nur das getan, wozu sie gemäss der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht gehalten ist (BGE 139 V 259 E. 5.1 S. 260 f.). Ein Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach Verlust einer Vollzeitstelle eingegangen wurde, schliesst deshalb bei der Eröffnung einer Rahmenfrist für den Leistungsbezug einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht automatisch aus (AVIG-Praxis ALE B100, in der seit 1. Oktober 2016 geltenden Fassung). Die Arbeit auf Abruf ist vielmehr zunächst als Zwischenverdienst gemäss Art. 24 Abs. 1 AVIG mit Anspruch auf Differenzausgleich zu behandeln (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 179), und nicht anstelle der letzten Vollzeittätigkeit als massgebendes letztes Arbeitsverhältnis (im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung / AVIV, SR 837.02) zu betrachten (BGE 139 V 259 E. 5.1 S. 261). Wenn jedoch das Arbeitsverhältnis auf Abruf länger andauert, den vorübergehenden Charakter verliert und zur Dauerlösung wird, liegt kein anrechenbarer Arbeits- und Verdienstausfall vor (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 49).

### **E. 3.1**

3.1.1 Nachdem ihr letztes vollzeitliches Arbeitsverhältnis am 31. März 2017 geendet hatte (Syna S. 197 ff.), befand sich die Beschwerdeführerin vom 1. April 2017 bis 31. März 2019 in einer ersten Leistungsrahmenfrist der Arbeitslosenversicherung. In diesem Zeitraum war sie bei der B.\_\_\_\_ (fortan: Arbeitgeberin 1) im Zwischenverdienst als Serviceaushilfe beschäftigt. Dabei wurde jeweils für eine bestimmte Dauer eine «Honorarvereinbarung» abgeschlossen, welche vorsah, dass der Einsatz nach Vereinbarung erfolge:

Die auf den jeweiligen Honorarvereinbarungen angegebene Stundenanzahl war dabei gemäss Auskunft der Arbeitgeberin 1 vom 10. April 2019 nicht im Sinne einer Zusicherung zu verstehen (Syna S. 103).

3.1.2 Die Beschwerdeführerin war ausserdem von Mai bis September 2017 (Syna S. 164 f. / 168 ff. / 178 f. / 182 f.) sowie von Mai bis September 2018 (Syna S. 126 f. / 130 f. / 136 ff. / 144 f.) im Restaurant C.\_\_\_\_ (fortan: Arbeitgeberin 2) wetterabhängig als Aushilfe tätig.

3.1.3 Zwischen den Parteien ist zu Recht unbestritten, dass es sich in beiden Fällen um Arbeit auf Abruf handelt (s. Beschwerdeschrift, A.S. 9 Ziff. 2). Die Beschwerdegegnerin ging weiter zutreffend davon aus, dass bei der Arbeitgeberin 1 von einem durchgehenden Arbeitsverhältnis auszugehen ist, nachdem sich seit 2017 ein befristetes Arbeitsverhältnis nahtlos an das vorhergehende anschloss.

### **E. 3.2**

3.2.1 Am 21. Februar 2019 beantragte die Beschwerdeführerin bei der Beschwerdegegnerin sinngemäss, es sei ab 1. April 2019, d.h. nach dem Ablauf der ersten Leistungsrahmenfrist, eine Folgerahmenfrist zu eröffnen und Arbeitslosenentschädigung zu gewähren (Syna S. 111 ff.). Die Beschwerdegegnerin lehnte dies ab, wobei sie sich auf die eingeholte Stellungnahme des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO vom 9. September 2019 (Syna S. 41 f.) stützte. Diese Stellungnahme wiederum berief sich auf die einschlägige Verwaltungsweisung des SECO (s. AVIG-Praxis ALE B100, in der seit 1. Oktober 2016 geltenden Fassung). Danach ist eine Tätigkeit auf Abruf, die länger als ein Jahr andauert,

für die versicherte Person zur Normalität geworden und nicht mehr als Überbrückung im Rahmen der Schadenminderung zu betrachten, womit es an einem anrechenbaren Arbeitsausfall fehlt.

3.2.2 Dieser Auffassung der Beschwerdegegnerin kann nicht gefolgt werden. Verwaltungsweisungen der administrativen Aufsichtsbehörden richten sich an die Durchführungsstellen und stellen keine Rechtsnormen dar, weshalb sie für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich sind (BGE 133 V 257 E. 3.2 S. 258, 132 V 121 E. 4.4 S. 125). Massgeblich ist vielmehr die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein zwei Jahre dauerndes Arbeitsverhältnis das Erfordernis einer über mehrere Jahre ausgeübten Tätigkeit auf Abruf nicht erfüllt (Urteil des Bundesgerichts 8C\_403/2015 vom 21. September 2015 E. 5.2). Im vorliegenden Fall hatte die Anstellung bei der Arbeitgeberin 1 im massgebenden Zeitpunkt, d.h. beim Beginn der neuen Rahmenfrist am 1. April 2019 (s. dazu Urteil des Bundesgerichts 8C\_532/2017 vom 6. Oktober 2017 E. 5.1 f.), erst 22 Monate gedauert (Juni 2017 bis März 2019). Anders entschied das Bundesgericht etwa in Fällen, in denen die versicherte Person bei Eröffnung der dritten Rahmenfrist immer noch auf Abruf tätig war (Urteil 8C\_46/2014 vom 24. April 2014 E. 3.3.2), was aber beim hier zu beurteilenden Sachverhalt, mit der Eröffnung einer zweiten Rahmenfrist, nicht zutrifft. Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass sich die Beschwerdeführerin nicht mit der Arbeit auf Abruf bei der Arbeitgeberin 1 begnügte, sondern im Sommer 2017 und 2018 zusätzlich bei der Arbeitgeberin 2 tätig war, also danach trachtete, den Umfang ihrer Erwerbstätigkeit auszudehnen. Dies stellt ein Indiz dafür dar, dass der Arbeit auf Abruf bei der Arbeitgeberin 1 nach wie vor Überbrückungscharakter zukommt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_46/2014 vom 24. April 2014 E. 3.3.2).

Vor diesem Hintergrund ist auch in der neuen Leistungsrahmenfrist ab 1. April 2019 weiterhin von einem anrechenbaren Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin auszugehen und die Tätigkeit auf Abruf bei der Arbeitgeberin 1 als Zwischenverdienst zu behandeln. Bei dieser Sachlage muss auf die Frage, ob die Beschwerdeführerin bei der Arbeitgeberin 1 während längerer Zeit mehr oder weniger konstant eingesetzt wurde, so dass vom Grundsatz eines nicht anrechenbaren Verdienstaustausfalls abgewichen werden könnte, nicht weiter eingegangen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_403/2015 vom 21. September 2015 E. 5.3). Im Übrigen wird die Anspruchsberechtigung im Rahmen einer allfälligen dritten Leistungsrahmenfrist durch den vorliegenden Entscheid nicht präjudiziert, denn diesfalls wäre der Anspruch erneut zu prüfen, unter Berücksichtigung des durch Zeitablauf veränderten Sachverhalts (s. Urteil des Bundesgerichts 8C\_532/2017 vom 6. Oktober 2017 E. 5.2 in fine).

3.2.3 Zusammenfassend wird die Beschwerde in dem Sinne gutgeheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid aufgehoben und die Angelegenheit zurück an die Beschwerdegegnerin gewiesen wird, damit diese die übrigen Anspruchsvoraussetzungen prüft und sodann neu über den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. April 2019 verfügt.

## **E. 4**

4.1 Die Rückweisung der Streitsache an die Beschwerdegegnerin zum Neuentscheid stellt ein formelles Obsiegen dar, welches grundsätzlich gleich wie ein materielles Obsiegen Anspruch auf eine Parteientschädigung vermittelt (BGE 127 V 228 E. 2b/bb S. 234). Das

Versicherungsgericht bemisst diese Entschädigung ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts / ATSG, SR 830.1). Der anwaltliche Stundenansatz bewegt sich in einem Rahmen von CHF 230.00 bis 330.00 (§ 161 i.V.m. § 160 Abs. 2 Kantonaler Gebührentarif / GT, BGS 615.11).

4.2 Die vom Vertreter der Beschwerdeführerin eingereichte Kostennote vom 15. Januar 2020 (A.S. 21) weist einen Zeitaufwand von 5,6 Stunden aus, was als angemessen erscheint. Daraus ergibt sich mit dem beantragten Ansatz von CHF 250.00 sowie CHF 39.30 Auslagen und CHF 110.85 Mehrwertsteuer (7,7 %) eine Parteientschädigung von CHF 1'550.15.

5. In Beschwerdesachen der Arbeitslosenversicherung sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demnach widerkannt:

Rechtsmittel

Gegen diesen Entscheid kann innerhalb 30 Tagenseit der Mitteilung beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar (vgl. Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes, BGG). Bei Vor- und Zwischenentscheiden (dazu gehört auch die Rückweisung zu weiteren Abklärungen) sind die zusätzlichen Voraussetzungen nach Art. 92 oder 93 BGG zu beachten.

Versicherungsgericht des Kantons Solothurn

Die Vizepräsidentin                      Der Gerichtsschreiber

Weber-Probst                              Haldemann

Der vorliegende Entscheid wurde vom Bundesgericht mit Urteil 8C\_261/2020 vom 25. Juni 2020 aufgehoben.

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