Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess {T 7}
C 9/06

Urteil vom 12. Mai 2006
I. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Ferrari, Ursprung, Lustenberger und Seiler; Gerichtsschreiberin Keel Baumann

Parteien
Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32, 4133 Pratteln, Beschwerdeführerin,

gegen

G._____, 1943, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Kantonsgericht Basel-Landschaft, Liestal

(Entscheid vom 16. November 2005)

Sachverhalt:
A.
Der 1943 geborene G._____ ist seit 1992 als Wachmann bei der X._____ AG tätig. Im Oktober 2004 meldete sich der Versicherte bei seiner Wohnsitzgemeinde zur Arbeitsvermittlung an und beantragte ab gleichem Datum Taggelder der Arbeitslosenversicherung unter Hinweis darauf, dass sich sein Arbeitspensum per Ende September 2004 um rund 30 % reduziert habe, weil seine Arbeitgeberin Aufträge verloren habe.
Mit Verfügung vom 28. Dezember 2004 lehnte die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland die Anspruchsberechtigung von G._____ mangels eines anrechenbaren Arbeitsausfalles ab. Zur Begründung führte sie sinngemäss an, dass der Versicherte nach wie vor in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf stehe und sich mangels Konstanz des Arbeitseinsatzes in der Zeit vom 1. Oktober 2003 bis 30. September 2004 keine Normalarbeitszeit feststellen lasse. Daran hielt sie auf Einsprache des Versicherten hin fest (Entscheid vom 1. Juni 2005).
B.
Die von G._____ hiegegen mit dem sinngemässen Antrag auf Zusprechung von Arbeitslosenentschädigung erhobene Beschwerde hiess das Kantonsgericht Basel-Landschaft mit Entscheid vom 16. November 2005 in dem Sinne gut, dass es die Verfügung und den Einspracheentscheid aufhob und die Sache zur ergänzenden Abklärung des anrechenbaren Arbeitsausfalles sowie zum Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückwies.
C.
Die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des kantonalen Entscheids.
Während G._____ sinngemäss die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt, lässt sich das

Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) nicht vernehmen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem voraus, dass der Versicherte 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. 1 AVIG), während teilweise Arbeitslosigkeit unter anderem dann vorliegt, wenn der Versicherte 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 Arbeitsausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert.
1.2 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 des Versicherten. 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; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 Erw. 2a, 1995 Nr. 9 S. 48 Erw. 2a mit Hinweis).
1.3 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 (BGE 107 V 61 unten f.; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 Erw. 2a mit Hinweisen; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. Soziale Sicherheit, S. 48 Rz 116 f.). So hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht im nicht publizierten Urteil W. vom 17. Januar 1978 (C 50/77) eine bedarfsorientierte Aushilfstätigkeit zu beurteilen, welche über vier Jahre ausgeübt wurde. Die Schwankungen der abgerufenen Einsätze machten, nach Arbeitstagen/-stunden pro Jahr in beidseitiger Abweichung vom Jahresdurchschnitt gerechnet, höchstens 10 % aus. Im Gegensatz dazu konnte in BGE 107 V 59, in welchem sich der Beobachtungszeitraum auf sechs Monate
erstreckte und die Abweichungen von der durchschnittlichen Einsatzdauer von monatlich rund 50 Stunden gegen oben über 80 % und gegen unten 36 % betrugen, keine Normalarbeitszeit abgeleitet werden. Gleich verhielt es sich in dem in ARV 1995 Nr. 9 S. 45 publizierten Urteil, in welchem die Schwankungen ähnlich wie in dem in BGE 107 V 59 beurteilten Fall ausfielen.
2.
2.1 Es steht fest und ist unbestritten, dass der Versicherte seit dem 28. Januar 1992 als Wachmann bei der X._____ AG in einem ñebenamtlichen Dienstverhältnisšteht (Ziffer 1 des Anstellungsvertrags vom 28. Januar 1992). Dabei existiert weder nach Art noch nach Umfang Anspruch auf eine bestimmte Beschäftigung (Ziffer 3 des Anstellungsvertrags). Gemäss den vom Versicherten gemachten Angaben im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 20. Oktober 2004 verringerte sich das Arbeitspensum wegen Auftragsrückganges bei der Arbeitgeberin per Ende September 2004 um rund 30 % des bisherigen durchschnittlichen Einsatzes.
2.2 Die zwischen der X._____ AG und dem Versicherten vereinbarte Beschäftigungsform erlaubt es der Arbeitgeberin, den Versicherten je nach Arbeitsanfall zu beanspruchen (was in BGE 124 III 250 Erw. 2a ausdrücklich für zulässig erklärt wurde), wobei es letztlich keine Rolle spielt, ob das Arbeitsverhältnis, wie von der X._____ AG in der Arbeitgeberbescheinigung vom 1. November 2004 angegeben, als (uneigentliche) Teilzeitarbeit oder entsprechend den Angaben des Versicherten im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 20. Oktober 2004 als Arbeit auf Abruf zu qualifizieren ist (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl. Zürich 1992, N 18 zu Art. 319 OR; Leuzinger-Naef, Flexibilisierte Arbeitsverhältnisse im Sozialversicherungsrecht, in: Soziale Sicherheit [CHSS]1998 S. 127). Wesentlich ist, dass sich die Arbeitsleistung ohne Zusicherung eines durchschnittlichen oder minimalen Beschäftigungsgrades nach der anfallenden Arbeit richtet, sodass die in

Erw. 1.2 und 1.3 zitierte Rechtsprechung Anwendung findet.
3.
3.1 Zwecks Prüfung der Frage, ob sich im Falle des Versicherten eine Normalarbeitszeit ermitteln lasse, verglich die Arbeitslosenkasse die in der Zeit von Oktober 2003 bis September 2004, d.h. in den unmittelbar vor dem Beschäftigungseinbruch liegenden zwölf Monaten, geleisteten Arbeitseinsätze. Dabei stützte sie sich auf das Kreisschreiben des seco über die Arbeitslosenentschädigung (KS-ALE), Bern 2003, Rz B47, gemäss welchem vom Grundsatz der Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalles bei Arbeitsverhältnissen auf Abruf abgewichen werden kann, wenn die geleistete Arbeitszeit vor dem Beschäftigungseinbruch während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen war (Satz 1), wobei für die Ermittlung der Normalarbeitszeit grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen ist (Satz 2). Für den hier nicht weiter interessierenden Fall, dass das Arbeitsverhältnis weniger als zwölf Monate dauerte, wird in derselben Randziffer vorgesehen, dass bei einer sechs Monate unterschreitenden Dauer keine Normalarbeitszeit ermittelt werden kann (Satz 4) und im dazwischenliegenden Bereich [Arbeitsverhältnis von mindestens sechs, aber weniger als zwölf Monaten]die gesamte Dauer als
Beobachtungszeitraum zu wählen ist (Satz 3). Mit Blick darauf, dass die Beschäftigungsschwankungen, damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, gemäss Rz B48 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung in den einzelnen Monaten innerhalb des Beobachtungszeitraumes von zwölf Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach unten oder oben ausmachen dürfen (Satz 1; bei einem Beobachtungszeitraum von sechs Monaten höchstens 10 % [Satz 2]und bei einem Beobachtungszeitraum zwischen sechs und zwölf Monaten höchstens den sich pro rata temporis ergebenden Prozentsatz [Satz 3]), gelangte die Arbeitslosenkasse zum Ergebnis, dass die festgestellten Abweichungen von der durchschnittlichen Arbeitszeit - bis 29 % gegen oben und bis 33 % gegen unten - zu gross und die Arbeitseinsätze demnach zu wenig konstant seien, um daraus eine Normalarbeitszeit abzuleiten.
3.2 Es ist der Beschwerde führenden Kasse insoweit beizupflichten, als sich nach Massgabe der Rz B47 Satz 2 in Verbindung mit Rz B48 Satz 1 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung eine Normalarbeitszeit jedenfalls nicht ermitteln lässt. Indessen richten sich

Verwaltungsweisungen an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 131 V 45 Erw. 2.3, 130 V 172 Erw. 4.3.1, 232 Erw. 2.1, 129 V 204 Erw. 3.2, 127 V 61 Erw. 3a, 126 V 68 Erw. 4b, 427 Erw. 5a).
3.3 Die bisherige Rechtsprechung, welche den Beobachtungszeitraum elastisch umschrieben hat (Erw. 1.3), ist im Wesentlichen vor Erlass des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung ergangen und hat auf dieses nicht Bezug genommen. Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Aufsichtsbehörde Weisungen erlässt, wenn sie der Auffassung ist, dies sei zum Zwecke einer einheitlichen Rechtsanwendung angebracht (Art. 110 AVIG). Es besteht ein legitimes Interesse der Durchführungsorgane wie auch der Versicherten, dass gleichgeartete Fälle gleich behandelt werden. Der Erlass von Weisungen kann deshalb insbesondere auch dann angebracht sein, wenn bisher mangels klarer Richtlinien die Verwaltungs- und die Gerichtspraxis uneinheitlich gewesen ist. Hingegen kann die Verwaltung nicht mittels Weisungen eine Änderung der Gerichtspraxis erzwingen.
Der in Rz B47 Satz 2 des Kreisschreibens festgelegte Beobachtungszeitraum von 12 Monaten steht grundsätzlich weder zu Gesetz und Verordnung noch zur Gerichtspraxis in Widerspruch und erscheint für kürzere Arbeitsverhältnisse angemessen. In Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse hat hingegen das Eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt erkannt, dass in deren Rahmen auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden kann (ARV 1995 Nr. 9 S. 49 Erw. 3b; Urteile A. vom 17. März 2005, C 29/05 [Erw. 3.2], A. vom 20. August 2002, C 114/02, und D. vom 7. März 2002, C 284/00 [Erw. 3c]). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten, da in Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse auf Abruf die in Rz B47 Satz 2 des Kreisschreibens geforderte ausschliessliche Betrachtung der Arbeitseinsätze in den vergangenen zwölf Monaten weder besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen noch gewandelten Rechtsanschauungen entspricht (vgl. zu den Voraussetzungen einer Praxisänderung: BGE

131 V 110 Erw. 3.1, 130 V 372 Erw. 5.1, 495 Erw. 4.1, 129 V 373 Erw. 3.3, 126 V 40 Erw. 5a, 125 I 471 Erw. 4a, je mit Hinweisen). Vielmehr verhält es sich so, dass die im Kreisschreiben für sämtliche Arbeitsverhältnisse auf Abruf von mindestens zwölf Monaten Dauer vorgesehene Lösung langjährigen Arbeitsverhältnissen auf Abruf wie dem vorliegenden - im Zeitpunkt des geltend gemachten Beschäftigungseinbruches bestand das Arbeitsverhältnis bereits seit mehr als zwölf Jahren - nicht gerecht wird. 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 dem Arbeitgeber erlaubt, flexibler auf saisonale oder anderweitige Beschäftigungsschwankungen zu reagieren.

3.4 Nach dem Gesagten ist - in Übereinstimmung mit dem angefochtenen Entscheid - Rz B47 Satz 2 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung im Falle des im Zeitpunkt des Beschäftigungseinbruches seit mehr als zwölf Jahren im selben Arbeitsverhältnis stehenden Beschwerdegegners die Anwendung zu versagen. Gegen die von der Vorinstanz für angemessen gehaltene und auf der Linie der Rechtsprechung (Erw. 3.3 hievor) liegende Lösung - die Ausdehnung der massgebenden Vergleichsperiode auf ein Jahr und des Beobachtungszeitraumes auf fünf Jahre - lässt sich nichts einwenden. Dementsprechend ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Sache an die Arbeitslosenkasse zurückgewiesen hat, damit sie nach erneuter Abklärung der Verhältnisse entscheide, ob sich aufgrund dieser Beurteilungsgrundsätze eine Normalarbeitszeit ermitteln lasse.

4.

Da das Verfahren Versicherungsleistungen betrifft, ist es kostenlos (Art. 134 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, dem Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Baselland und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 12. Mai 2006

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der I. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: