



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 25. Januar 2018 (715 17 313 / 35)

Arbeitslosenversicherung

Ermittlung des anrechenbaren Arbeitsausfalls bei Arbeitsverhältnissen auf reiner Provisionsbasis

Besetzung Vizepräsident Christof Enderle, Kantonsrichter Daniel Noll, Kantonsrichter Beat Hersberger, Gerichtsschreiberin Gisela Wartenweiler

Parteien A.____, Beschwerdeführer

gegen

Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32,
Postfach, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

Betreff Ablehnung der Anspruchsberechtigung

A. Der 1955 geborene A.____ arbeitet seit 1. Mai 2010 als Vermittler für Krankenversicherungen bei der B.____ und seit 1. Februar 2014 als Versicherungsberater bei der C.____ AG. Die Entlöhnung für seine Tätigkeiten erfolgt jeweils auf reiner Provisionsbasis. Am 29. Mai 2017 beantragte A.____ bei der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland (Arbeitslosenkasse) die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juni 2017. Die Anmeldung zur Arbeitsvermittlung nahm er am 2. Juni 2017 vor.

B. Mit Verfügung Nr. 1378/2017 vom 14. Juli 2017 verneinte die Arbeitslosenkasse die Anspruchsberechtigung des Versicherten mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Einspracheinstanz des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) am 6. September 2017 ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Arbeitsverhältnisse bei der B._____ und bei der C._____ AG ungekündigt seien. Da der Versicherte nur bei Bedarf beschäftigt werde und die Arbeitszeiten sowie das Einkommen schwankend seien, könne keine individuelle normale Arbeitszeit im Sinne von Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 bestimmt werden. Demzufolge könne kein Arbeits- bzw. Verdienstaufschlag angenommen werden, weshalb der Versicherte keinen Anspruch auf Arbeitslosenschädigung habe.

C. Gegen diesen Entscheid erhob der Versicherte am 18. September 2017 Beschwerde ans Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht). Er beantragte sinngemäss, in Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides seien ihm Arbeitslosentagelder auszurichten. Entgegen der Ansicht der Arbeitslosenkasse habe er einen Einkommens- bzw. Arbeitsausfall erlitten, verdiene er doch jährlich 40 % weniger als in den vorangegangenen Jahren. Die Arbeitsverhältnisse bei seinen beiden Arbeitgeberinnen habe er nur im Hinblick auf einen Zwischenverdienst nicht gekündigt. Eine normale monatliche Arbeitszeit könne bei ihm nicht ermittelt werden, da er als Versicherungsvermittler bzw. -berater unregelmässig und abends arbeiten müsse. Zudem seien ihm immer wieder Boni mit einem Monatslohn zusammen ausbezahlt worden, welche jedoch mehrere Monate betroffen hätten. Es sei deshalb für die Frage, ob eine normale Arbeitszeit vorliege, auf den Jahres- und nicht auf den Monatslohn abzustellen.

D. In der Vernehmlassung vom 9. November 2017 beantragte die Arbeitslosenkasse die Abweisung der Beschwerde.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 i.V.m. den Art. 56 und 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 kann gegen Einspracheentscheide aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Örtlich zuständig ist nach Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 Abs. 1 sowie Art. 119 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 AVIV das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person zur Zeit des Verfügungserlasses die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend kommt der in X._____ wohnhafte Versicherte im Kanton Basel-Landschaft seinen Kontrollpflichten nach, weshalb die örtliche Zuständigkeit zu bejahen ist. Laut § 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide

der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG, weshalb auch die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgericht gegeben ist. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 18. September 2017 ist daher einzutreten.

2.1 Die versicherte Person hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. a AVIG), wenn sie unter anderem ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 11 AVIG). Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht, als teilweise arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 und 2 AVIG). Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstaustausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende Tage dauert. Ein Verdienstaustausfall liegt vor, wenn er durch einen Ausfall an normaler Arbeitszeit in einem gesetzlich näher umschriebenen Mindestmass innerhalb bestimmter Zahltagsperioden entsteht und die versicherte Person während der Dauer des Arbeitsausfalls vermittlungsfähig ist (BGE 107 V 59 E. 1).

2.2 Das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungsverfahren und der Sozialversicherungsprozess sind vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgericht von Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder Beweisanträge der Parteien, für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen).

3.1 Die Vorinstanz stellt sich im Einspracheentscheid vom 6. September 2017 und in ihrer Vernehmlassung vom 9. November 2017 im Wesentlichen auf den Standpunkt, der Versicherte habe aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht lediglich einen Verdienst-, aber keinen Arbeitsausfall erlitten. Aufgrund der eingereichten Lohnabrechnungen könne - selbst unter Berücksichtigung eines Beobachtungszeitraums von mehr als 24 Monaten - keine normale Arbeitszeit ermittelt werden; die Einkommensschwankungen seien zu gross. Solche Schwankungen ergäben sich insbesondere bei Arbeitsverhältnissen, in denen die Entlohnung - wie hier - auf reiner Provisionsbasis erfolge. Nicht jeder Hausbesuch bei Klienten führe zu einem Vertragsabschluss und folglich auch nicht zu einer Auszahlung der Akquisitionsprovision oder eines Bonus. Da sich beim Versicherten kein anrechenbarer Arbeitsausfall ermitteln lasse, habe er keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

3.2 Der Versicherte bestreitet nicht, dass er bei der Ausübung seiner Tätigkeit als Versicherungsvermittler und -berater schwankende Einkommen hat, könne er doch seine Arbeitszeit frei einteilen. Er geht auch mit der Vorinstanz einig, dass aufgrund der Natur seiner Arbeitsverhältnisse keine monatliche Normalarbeitszeit bestimmt werden könne. Er ist jedoch der Ansicht, dass sich aufgrund der Lohnabrechnungen der letzten beiden Jahre eine mehr oder weniger konstante Arbeitszeit ermitteln lasse.

3.3 Aus den Akten ergibt sich, dass der Versicherte seit 1. Mai 2010 bei der B.____ und seit 1. Februar 2014 bei C.____ AG als Versicherungsvermittler bzw. -berater mit einem Salär auf reiner Provisionsbasis tätig ist. Weiter steht ausser Frage, dass weder bei der B.____ noch bei der C.____ AG Anspruch auf Mindestarbeit oder -lohn besteht. Auf Arbeitsverhältnisse, bei welchen sich - wie hier - die Arbeitsleistung ohne Zusicherung eines durchschnittlichen oder minimalen Beschäftigungsgrades nach der anfallenden Arbeit richtet, findet die Rechtsprechung zur Arbeit auf Abruf Anwendung (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Mai 2006, C 66/06, E. 2). Bei Arbeiten 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. Ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit kann nur dann entstehen, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart wurde. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann von diesem Grundsatz 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. Der Beobachtungszeitraum kann 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 (vgl. anstatt vieler: Urteil des Bundesgerichts vom 30. Dezember 2013, 8C_417/2013, E. 3.2 mit Hinweisen).

3.4 In der Praxis wird grundsätzlich von einem Beobachtungszeitraum von 12 Monaten ausgegangen. Damit eine Normalarbeitszeit angenommen werden kann, dürfen die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % ausmachen. Wenn das Arbeitsverhältnis mindestens 2 Jahre dauerte, ist der Beobachtungszeitraum auf mehr als 12 Monate, rückwirkend ab dem Datum der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung, auszudehnen. (vgl. die vom Staatssekretariat für Wirtschaft [Seco] herausgegebene AVIG-Praxis, B97 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Das Bundesgericht erachtet die in der AVIG-Praxis festgelegten Beobachtungszeiträume mit Gesetz und Verordnung vereinbar (Urteil des Bundesgerichts vom 12. Mai 2006, C 9/06, E. 3.3).

3.5 Es ist somit zu prüfen, ob sich beim Versicherten eine normale Arbeitszeit ermitteln lässt. Aufgrund der Entlohnung auf reiner Provisionsbasis sind in den Akten keine Aufstellungen mit geleisteten Arbeitsstunden zu entnehmen. Die Arbeitseinsätze können daher nur aufgrund der Lohnunterlagen ermittelt werden. Dabei ist bei der Prüfung der normalen Arbeitszeit aufgrund der mehrjährigen Arbeitsverhältnisse bei der B.____ und der C.____ AG praxisgemäss ein Beobachtungszeitraum von mehr als 12 Monate zugrunde zu legen. In den Akten befinden sich Lohnunterlagen der B.____ für die Zeit von Januar 2014 bis Juni 2017 und von der C.____ AG von Februar 2014 (= Stellenbeginn) bis Ende Mai 2017. Um ein möglichst aussagekräftiges Bild über die an den Versicherten ausbezahlten Provisionen zu erhalten, rechtfertigt es sich, den Beobachtungszeitraum von Januar 2014 (B.____) bzw. von Februar 2014 (C.____ AG) bis April 2017 (Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse: 29. Mai 2017) festzulegen. Die durchschnittlichen Monats- und Jahreslöhne lassen sich wie folgt berechnen:

Jahr	AHV-pflichtiger Lohn B._____	AHV-pflichtiger Lohn C._____ AG
2014	Fr. 35'920.90 (Akten-Nr. 35)	Fr. 5'113.45 (Akten-Nr. 134 - 139) (1.2.14 - 31.12.2014)
2015	Fr. 49'888.90 (Akten-Nr. 3 und 35)	Fr. 4'133.75 (Akten-Nr. 4 und 102)
	Fr. 40'530.00 (Akten-Nr. 35)	Fr. 8'930.75 (Akten-Nr. 5 und 102)
1.1.17 - 30.4.17	Fr. 2'710.40 (Akten-Nr. 35 und 68 - 71)	Fr. 3'993.15 (Akten-Nr. 118)
Total	Fr. 129'050.20	Fr. 22'171.10
Ø Monatslohn	Fr. 3'226.25 (Fr. 129'050.20 : 40 Mte)	Fr. 568.50 (Fr. 22'171.10 : 39 Mte)
Ø Jahreslohn	Fr. 38'715.05 (Fr. 129'050.20 : 40 Mte x 12)	Fr. 6'821.90 (Fr. 22'171.10 : 39 Mte x 12)

3.6 Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, dürfen gemäss höchst-richterlicher Rechtsprechung und Praxis die Lohnschwankungen in den einzelnen Monaten der beiden Arbeitsverhältnisse im Beobachtungszeitraum von 40 Monaten (B.____) bzw. 39 Monaten (C.____ AG) im Verhältnis zum durchschnittlichen Monatsverdienst höchstens 20 % ausmachen (vgl. E. 3.4). Werden die ausgewiesenen Monatslöhne mit dem durchschnittlichen monatlichen Verdienst bei der B.____ von Fr. 3'226.25 verglichen, so ergeben sich Abweichungen bis zu 671,67 % nach oben (Dezember 2015 [Akten-Nr. 55]: Fr. 24'896.05 - Fr. 3'226.25 x 100 : Fr. 3'226.25) bzw. 638,23 %, wenn die im Jahr 2015 erfolgten stornierten Provisionen von insgesamt Fr. 1'078.80 im Dezemberlohne 2015 berücksichtigt werden [Akten-Nr. 88 und 91]: Fr. 23'817.25 - Fr. 3'226.25 x 100 : Fr. 3'226.25) und bis zu 91,5 % nach unten (Juni 2014 [Akten-Nr. 77]: Fr. 3'226.25 - Fr. 274.35 x 100 : Fr. 3'226.25). Bei der C.____ AG sind Lohnschwankungen bis zu 1'424,5 % nach oben (Dezember 2016 [Akten-Nr. 109]: Fr. 8'666.95 - Fr. 568.50 x 100 : Fr. 568.50) und 93,19 % nach unten (Februar 2015 [Akten-Nr. 119]: Fr. 568.50 - Fr. 38.70 x 100 : Fr. 568.50) zu verzeichnen. Desgleichen ergeben sich Abweichungen von mehr als 20 %, wenn - wie vom Versicherten beantragt - der Vergleich mit den effektiven Jahreslöhnen und den durchschnittlichen Jahresverdiensten vorgenommen wird. Die Lohnschwankungen betragen bei der B.____ im Jahr 2015 + 28,86 % (Fr. 49'888.90 - Fr. 38'715.05 x 100 : Fr. 38'715.05) und bei der C.____ AG im Jahr 2015 - 39,4 % (Fr. 6'821.90 - Fr. 4'133.75 x 100 : Fr. 6'821.90) und für das Jahr 2016 + 30,91 % (Fr. 8'930.75 - Fr. 6'821.90 x 100 : Fr. 6'821.90).

3.7 Zusammenfassend steht somit fest, dass im hier massgebenden Beobachtungszeitraum Lohnschwankungen bestehen, die das Mass von 20 % erheblich übersteigen, ungeachtet dessen, ob als massgebende Vergleichsperiode ein Monat oder ein Jahr herangezogen wird. Demgemäss lässt sich keine normale Arbeitszeit ableiten, welche als Ausgangspunkt für die Ermittlung eines durch die Arbeitslosenversicherung zu entschädigenden Arbeitsausfalles dienen könnte. Muss ein Ausfall an normale Arbeitszeit verneint werden, so besteht kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

4. Es bleibt über die Kosten zu befinden. Art. 61 lit. a ATSG hält fest, dass der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind wettzuschlagen

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.