

Arbeitslosenversicherung. Art. 8 Abs.1 lit. a und lit. b, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 AVIG. Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung. Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat nur wer ganz oder teilweise arbeitslos ist oder wer einen anrechenbaren Arbeitsausfall erleidet. Der Beschwerdeführer arbeitet auf Abruf. Das Arbeitsverhältnis ist ungekündigt. Bei der Erscheinungsform der Arbeit auf Abruf besteht keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang mit entsprechender Entlohnung, sodass die Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstauffall nach Art. 11 Abs. 1 AVIG erleidet. Dies deshalb, weil ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit nur entstehen kann, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart wird. Wird die Arbeit jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen und besteht auch keine Pflicht, die Angebote anzunehmen, so gilt die auf dieser Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, sodass während der Zeit in der kein Abruf erfolgt, kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht. Von diesem Grundsatz kann ausnahmsweise abgewichen werden, wenn die Beschäftigungsschwankungen im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 Prozent nach unten oder nach oben ausschlagen. In concreto waren die Beschäftigungsschwankungen höher als die maximal 20 Prozent. Da diese mehr als 20 Prozent betragen, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, sodass zufolge dieser Schwankungen die Anrechenbarkeit des Arbeits- und Verdienstauffalls zu verneinen ist.

Obergericht, 19. Mai 2017, OG V 17 6

Aus den Erwägungen:

2. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung wurde von der Vorinstanz ab dem 2. Dezember 2016 abgelehnt, da der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Arbeitsausfall nicht anrechenbar beziehungsweise sein Arbeitsverhältnis ungekündigt sei.

Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a und b AVIG hat der Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er ganz oder teilweise arbeitslos ist oder, wenn er einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG). Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstauffall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG).

3. Die Sachverhaltsermittlung hat von Amtes zu erfolgen. Die betroffenen Parteien haben jedoch eine Mitwirkungspflicht und haben die für die Beurteilung des Sachverhalts notwendigen Beweise im Rahmen des ihnen Zumutbaren zu erbringen, andernfalls sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen haben (Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 4. Aufl., Zürich 2013, S. 385; Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 451). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter und die Richterin haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sich von allen

möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 126 V 360 E. 5b; Thomas Locher, a.a.O., S. 451 f.). Überwiegend wahrscheinlich ist eine Tatsache, sofern für sie deutlich stärkere Indizien sprechen als gegen sie. Der Grundsatz "in dubio pro reo" findet im Sozialversicherungsrecht keine Anwendung (Barbara Kupfer Bucher, a.a.O., S. 383).

4. Der Beschwerdeführer machte vor Vorinstanz und sinngemäss auch vor Obergericht im Wesentlichen geltend, dass er nicht gewusst habe, dass er in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehe, er habe doch 2014 eine schriftliche Kündigung der X AG, in Y, erhalten, er sei davon ausgegangen, dass er sich in einem Zwischenverdienst in einem gekündigten Verhältnis befinde.

Gemäss Art 24 Abs. 1 AVIG gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit als Zwischenverdienst, welches der Arbeitslose innerhalb der Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat dabei Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags. Der Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags besteht bei Versicherten, die über 45 Jahre alt sind längstens bis zum Ende der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Art. 24 Abs. 4 AVIG).

Nachdem die X AG dem Beschwerdeführer am 28. Oktober 2014 per 28. November 2014 gekündigt hatte, beantragte der Beschwerdeführer Arbeitslosenentschädigung ab dem 2. Dezember 2014. Die Arbeitslosenkasse eröffnete in der Folge die zweijährige Rahmenfrist (siehe Art. 9 Abs. 1 i.V. m. Art. 24 Abs. 4 AVIG) für die Zeit vom 2. Dezember 2014 - 1. Dezember 2016.

Aktenmässig steht fest (act 4.2 Beil. 1), dass der Beschwerdeführer seit Februar 2015 bei der X AG als Chauffeur auf Abruf angestellt ist. Das Arbeitsverhältnis dauert noch an und wurde unbestrittenermassen bisher weder vom Arbeitnehmer noch von der Arbeitgeberin gekündigt. Aufgrund der vom 2. Dezember 2014 - 1. Dezember 2016 laufenden Rahmenfrist glied die Arbeitslosenkasse die Lohnschwankungen im Sinne des Zwischenverdienstes aus. Mit dem Ablauf der Rahmenfrist per 1. Dezember 2016 erlosch aber gleichzeitig auch der Ersatz auf Verdienstaufschlag im Sinne von Art. 24 Abs. 4 AVIG.

Bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf wird vereinbart, dass sich die Arbeitszeit nach dem jeweiligen Arbeitsanfall richtet, das heisst die Beschäftigung von Fall zu Fall nach Bedarf und ohne Anspruch auf Arbeitszuweisung erfolgt. Eine vertragliche Mindestarbeitszeit ist nicht vorgesehen. Bei dieser Erscheinungsform der Arbeit auf Abruf besteht keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang mit entsprechender Entlohnung, so dass die Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstaufschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG erleidet (BGE 107 V 61). Dies deshalb, weil ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit nur entstehen kann, wenn zwischen Arbeitgeber und arbeitnehmender Person eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart war. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen und besteht auch keine Pflicht, die Einsatzangebote anzunehmen, so gilt die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhenden Arbeitszeit als normal, so dass während der Zeit in der kein Abruf erfolgt, kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht (AVIG-Praxis ALE B95 Stand Oktober 2012).

Nach der Rechtsprechung kann von vorerwähntem Grundsatz dann abgewichen werden, wenn die geleistete Arbeitszeit auf Abruf vor dem Beschäftigungseinbruch während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen war. Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ist grundsätzlich auf einen Beobachtungsraum der letzten 12 Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen (AVIG-Praxis ALE B96 Stand Oktober 2012). Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, dürfen die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 Prozent nach unten oder nach oben ausmachen. Übersteigen

die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstaufschlag nicht anrechenbar ist (AVIG-Praxis B97 Stand Oktober 2012).

Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer mit seinen Einsätzen bei der X AG im Beobachtungszeitraum vom 1. Dezember 2015 - 30. November 2016 im Durchschnitt monatlich ein Einkommen von Fr. 3'358.-- erzielte (act. 4.1 Beil. 4). In diesem Beobachtungszeitraum betrug die tiefste Auszahlung Fr. 1'472.-- (Januar 2016) und die höchste Fr. 4'864.-- (September 2016). Die Beschäftigungsschwankungen waren demnach höher als die vorerwähnten maximal 20 Prozent. Da die Abweichung mehr als 20 Prozent beträgt, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit im Sinne des AVIG gesprochen werden, sodass zufolge dieser Schwankungen die Anrechenbarkeit des Arbeits- und Verdienstaufschlags zu verneinen ist. Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer weder arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG) noch einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG), so dass sich vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet erweist und demzufolge abzuweisen ist.