

Sozialversicherungsrecht, Berufsrecht

Nr. 57

Urteil des Bundesgerichts, I. sozialrechtliche Abteilung, vom 23. Januar 2014 ([8C_625/2013](#))

Anspruchsberechtigung gegenüber der Arbeitslosenversicherung bei Pflege auf Abruf

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 Verdienstaufschlag nach [Art. 11 Abs. 1 AVIG](#) erleidet. 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. War eine Versicherte seit zwei Jahren und sieben Monaten bei einem Hausbetreuungsdienst auf Abruf tätig, lässt sich eine individuelle Normalarbeitszeit ermitteln.

Sachverhalt

Die 1963 geborene H. ist seit 1. März 2009 als Kranken- und Hauspflegerin bei der Hausbetreuungsdienst X. AG in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis auf Abruf tätig. Nachdem am 1. Oktober 2011 ein von ihr betreutes Ehepaar in eine Alterswohnung umgezogen war, meldete sie sich aufgrund des dadurch entstandenen Beschäftigungseinbruchs am 7. Oktober 2011 bei der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug an. Die Arbeitslosenkasse syndicom, Zürich, verneinte am 10. November 2011 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 8. Oktober 2011, da H. keinen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaufschlag erlitten habe. Daran hielt sie auf Einsprache hin fest. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 26. Juni 2013 ab. Eine hiergegen von H. erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten heisst das Bundesgericht gut.

Erwägungen

Vom Bundesgericht zu klären war, ob die von H. erbrachte Pflege auf Abruf einen Arbeitsausfall darstellt, der zu Leistungen seitens der Arbeitslosenversicherung berechtigt. Das Bundesgericht hält in Erwägung 2.2 fest, dass bei der Arbeit auf Abruf keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang besteht, sodass die Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstaufschlag 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, so führen die Bundesrichter weiter aus, 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 und SVR 2006 ALV 29 S. 99, C 9/06 E. 1.3).

In Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse wurde höchstrichterlich regelmässig erkannt, dass auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden kann (SVR 2008 ALV Nr. 3 S. 6, C 266/06 E. 3.2; SVR 2006 ALV Nr. 29 S. 99, C 9/06 E. 3.3; ARV 1995 Nr. 9 S. 45, C 1/93 E. 3b). 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 den Arbeitgebern erlaubt, flexibler auf saisonale oder anderweitige Beschäftigungsschwankungen zu reagieren (SVR 2006 ALV Nr. 29 S. 99, C 9/06 E. 3.3 i. f.; Urteil 8C_417/2013 vom 10. Dezember 2012 E. 5.2.2).

Strittig war in tatsächlicher Hinsicht ferner, ob die vor Beschäftigungseinbruch geleistete Arbeit während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen war, sodass in Abweichung vom

Pflegerecht 2014 - S. 120

Grundsatz eine Normalarbeitszeit abgeleitet werden kann. Arbeitslosenkasse und Vorinstanz verneinten dies, da mit Blick auf Randziffer B97 der AVIG-Praxis ALE des SECO vom Oktober 2012 die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten (Oktober 2010 bis September 2011) im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20% nach unten oder nach oben ausmachen dürften, hier jedoch Abweichungen von 30% nach oben und 27% nach unten bestünden.

Das Bundesgericht stellt in Erwägung 3.4 fest, dass H. im Zeitpunkt des Einsatzverlusts beim zu pflegenden Ehepaar sich seit zwei Jahren und sieben Monaten (1. März 2009 bis 30. September 2011) bei der Hausbetreuungsdienst X. AG in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf befand. Nach der Meinung der Bundesrichter ist es im Sinne der dargelegten Rechtsprechung zur Berechnung der Normalarbeitszeit bei langjährigen Arbeitsverhältnissen gerechtfertigt, auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichung vom Jahresdurchschnitt abzustellen. Damit ist der Beobachtungszeitraum auf 31 Monate (1. März 2009 bis 30. September 2011) und die massgebende Vergleichsperiode auf ein Jahr auszudehnen.

Gemäss Arbeitgeberbescheinigung vom 31. Oktober 2011 verdiente H. während 31 Monaten insgesamt Fr. 164 600.40, was einen Jahresdurchschnitt von Fr. 63 716.30 ergibt. Die Schwankungen

des ersten Jahres (1. März 2009 bis 28. Februar 2010) betragen bei einer Bruttolohnsumme von Fr. 61 174.25 lediglich 4% nach unten, die des zweiten Jahres (1. März 2010 bis 28. Februar 2011) bei einem Bruttoverdienst von Fr. 58 340.05 ebenfalls nur 8,5% nach unten. Bei diesen Werten, so die Bundesrichter in Erwägung 3.6, die sich auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt beziehen, lässt sich eine individuelle Normalarbeitszeit ermitteln, weshalb H. mit dem Beschäftigungseinbruch im Oktober 2011 einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitt. Die Sache wurde daher an die Arbeitslosenkasse zurückgewiesen, damit sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen prüft und anschliessend über den Arbeitslosenentschädigungsanspruch neu entscheidet.

Bemerkungen

Dem vorliegenden Entscheid ist vollumfänglich zuzustimmen. Das schweizerische Gesundheitsobservatorium betont, dass in Zukunft nicht nur die Zahl pflegebedürftiger Menschen stark zunehmen wird; es zeichnen sich auch bedeutsame Veränderungen der Art der benötigten Pflege ab. Die Nachfrage nach Hilfe- und Pflegeleistungen zu Hause, etwa durch die Spitex, wird ansteigen. In der Folge wird die Pflege in Heimen noch später als heute und häufiger erst gegen das Lebensende beansprucht werden. Dafür müssen bis 2020 mindestens 25 000 Fachkräfte zusätzlich eingestellt werden. Hinzu kommen mindestens 60 000 Gesundheitsfachleute, die wegen Pensionierung ersetzt werden müssen (weiterführend <http://www.obsan.admin.ch>). Damit der Pflegepersonal-mangel aufgefangen werden kann, muss der Pflegearbeitsmarkt flexibel sein. Die Arbeit auf Abruf stellt ein Instrument dar, um Pflegearbeitskräfte zu rekrutieren und auf Veränderungen der Pflegedienstleistungsnachfrage flexibel reagieren zu können. Umso wichtiger ist die Gleichstellung der auf Abruf tätigen Pflegefachpersonen im Zusammenhang mit der sozialen Sicherheit.

Hardy Landolt