



Fall-Nr.: AVI 2008/28
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 04.03.2020
Entscheiddatum: 21.07.2009

Entscheid Versicherungsgericht, 21.07.2009

Art. 23 AVIG, Art. 37 AVIV. Versicherter Verdienst. Ferien- und Feiertagsentschädigungen zählen mangels tatsächlichen Bezugs nicht zum versicherten Verdienst. Art. 27 AVIG. Höchstanspruch auf Taggelder. Diverse Temporäreinsätze innerhalb eines Rahmenarbeitsvertrages bilden keine (zur Erlangung eines Anspruchs auf 520 Taggelder notwendige) durchgehende Beitragszeit. Vielmehr generieren nur die einzelnen Einsätze Beitragszeit (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. Juli 2009, AVI 2008/28).

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterinnen Karin Huber-Studerus und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Entscheid vom 21. Juli 2009

in Sachen

M.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Andreas Fäh, Waisenhausstrasse 17, Postfach, 9001 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,



betreffend

Arbeitslosenentschädigung (Versicherter Verdienst, Taggeldhöchstanspruch)

Sachverhalt:

A.

M.____ stellte am 3. Dezember 2007 erneut Antrag auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung an. Dabei gab er an, zuvor vom 25. April 2006 bis zum 26. September 2006 und vom 25. Oktober 2006 bis zum 31. Oktober 2007 bei der A.____ gearbeitet zu haben (act. G 11.1/C 87). In der Folge setzte die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen in der Abrechnung für die Kontrollperiode Dezember 2007 den versicherten Verdienst auf Fr. 4'478.-- und die Höchstzahl der Taggelder auf 400 fest (act. G 11.1/C83). Mit Schreiben vom 28. Januar 2008 beanstandete der Versicherte diese Abrechnung und verlangte, dass der monatliche versicherte Verdienst auf Fr. 4'670.95 und die Höchstzahl der Taggelder auf 520 festgesetzt würden (G 11.1/C37). Mit Verfügung vom 12. März 2008 hielt die Kasse an ihrer Auffassung fest. Da der Beschwerdeführer lediglich über Beitragszeiten von 15,474 Monaten verfüge, habe er Anspruch auf maximal 400 Taggelder. Ausserdem habe der Versicherte ein Pensum von 106,86 % verrichtet, versichert sei aber nur eine 100 %-Tätigkeit. Der versicherte Verdienst sei deshalb entsprechend zu kürzen (act. G 11.1/C31). Mit Einsprache vom 11. April 2008 machte der Versicherte geltend, er habe in der Zeit vom 1. November 2006 bis 31. Oktober 2007 ein Einkommen von Fr. 56'051.86 erzielt. Ausserdem habe er vom 25. April 2006 bis zum 31. Oktober 2007 gearbeitet, was eine Beitragszeit von 19 Monaten ergebe (act. G 11.1/C30). Mit Entscheid vom 17. April 2008 wies die Kasse die Einsprache mit den bereits in der Verfügung dargelegten Argumenten ab (act. G 11.1/C28).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 28. Mai/9. September 2008 mit den Anträgen, der versicherte Verdienst sei auf Fr. 56'874.--/ Jahr und der Höchstanspruch auf 520 Taggelder festzusetzen. Entgegen der Ansicht der Verwaltung errechne sich der versicherte Verdienst unter Berücksichtigung der



St.Galler Gerichte

Überzeit. Dies umso mehr, als der Beschwerdeführer während zwei Monaten Krankentaggelder bezogen habe und während dieser Zeit lediglich 80 % des Monatslohns ausgerichtet worden sei. In Bezug auf die Beitragszeitberechnung seien die vier Einsätze, die der Beschwerdeführer in der Zeit vom 25. April 2006 bis 26. September 2007 (richtig: 2006) bei der B.____ gearbeitet habe, als Einheit zu betrachten, so dass die 18-monatige Beitragszeit erfüllt sei (act. G 1 und G 9).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 13. Oktober 2008 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Die Überzeitemtschädigung sei nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes. Auch überzeuge die Miteinberechnung der Überstunden, weil Krankentaggelder bezogen worden seien, nicht. Es bestehe weiter kein Grund zur Annahme eines zum voraus geplanten unbefristeten Arbeitsverhältnisses bei der B.____ und einer Gesetzesumgehung durch Kettenarbeitsverträge. Die schwankende Beschäftigungslage im Bau und der Bedarf nach Aushilfskräften sei vielmehr ein durchaus sachlicher und zulässiger Grund für den befristeten Einsatz von Arbeitskräften. Somit sei nicht von einer Einheit auszugehen (act. G 11).

B.c Der Beschwerdeführer verzichtete auf eine Replik (act. G 15).

Erwägungen:

1.

1.1 Als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) gilt der im Sinn der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen. Aus dieser gesetzlichen Umschreibung ergibt sich, dass der versicherte Verdienst an den massgebenden Lohn im Sinn von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) anknüpft. Gemäss Art. 37 Abs. 1 AVIV bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Er bemisst



sich nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Abs. 1 (Art. 37 Abs. 2 AVIV).

1.2 Nicht versichert ist gemäss Art. 23 Abs. 3 AVIG ein Nebenverdienst. Als solcher gilt jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit erzielt. Hinter dieser Regelung wie auch dem in Art. 23 Abs. 1 AVIG verwendeten Rechtsbegriff "normalerweise" steht der Grundgedanke, dass die Arbeitslosenversicherung nur für das Risiko des Verlustes einer normalen üblichen Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz gewährt (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Rz 368; mit Hinweis auf BGE 129 V 108 E. 3.2 und BGE 123 V 70 E. 5). In letzterem Entscheid wurde namentlich die Ferienentschädigung bei nicht bezogenen Ferien als nicht anrechenbar bezeichnet. In BGE 125 V 42 wurde bezüglich Anrechnung von Ferienentschädigung allerdings präzisiert, dass nur jenen Versicherten der Einbezug der lohnprozentualen Entschädigung in den versicherten Verdienst versagt werden soll, die überhaupt nicht frei nehmen, sondern ohne freie Tage ein volles Arbeitspensum erfüllen. Im damals beurteilten Fall hatte die versicherte Person während der Dauer des Arbeitsverhältnisses insgesamt mehr freie Tage bezogen, als mit der Ferienentschädigung von 8,33 Lohnprozenten gedeckt waren. Entsprechend war der zusätzlich zum Grundlohn ausbezahlte Zuschlag zur Abgeltung des Ferienanspruchs in den versicherten Verdienst einzubeziehen (S. 49 f. E. 6d und 8). Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; seit 1. Januar 2007 Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) befand in diesem Zusammenhang, in Arbeitsverhältnissen mit unregelmässiger Arbeitszeit bzw. Arbeitsverhältnissen auf Abruf, wo die wöchentliche Arbeitszeit nicht immer eingehalten werde, seien die Versicherten gehalten, freie Tage teils freiwillig, teils unfreiwillig zu beziehen. Insoweit eine versicherte Person an betriebsüblichen Tagen nicht beschäftigt gewesen sei, sei ihr unabhängig des Grundes für die Beschäftigungslosigkeit die Ferienentschädigung beim versicherten Verdienst anzurechnen (S. 48f. E. 6a-6c). Gemäss Kreisschreiben des seco über die Arbeitslosenentschädigung (KSE ALE), Ausgabe Januar 2007, Rz C2, sind denn auch Ferien- und Feiertagsentschädigungen der im Stundenlohn beschäftigten Arbeitnehmenden bei der Berechnung des versicherten Verdienstes mit



zu berücksichtigen, soweit der gemäss vertraglich vereinbarter Arbeitszeit maximal mögliche Verdienst ohne Ferien- und Feiertagsentschädigung nicht überschritten wird.

2.

2.1 Vorliegend ist unbestritten, dass der versicherte Verdienst aufgrund des zwölfmonatigen Bemessungszeitraums vom 1. Dezember 2006 bis 30. November 2007 zu berechnen ist. Der Beschwerdeführer war ab dem 24. Oktober 2007 wegen einer Dickdarmoperation hospitalisiert (vgl. act. G 11.1/C118), weshalb sich das auf den 31. Oktober 2007 gekündigte Arbeitsverhältnis unbestrittenermassen auf den 30. November 2007 verlängerte (vgl. act. G 11.1/C 32, 33, 88 und 89). Zwar gehört das Krankentaggeld nicht zum massgebenden Einkommen (Art. 6 Abs. 2 lit. b AHVV), weshalb darauf keine Beiträge entrichtet wurden. Indessen zählen die den Beitragszeiten gleichgestellten Zeiten gemäss Art. 13 Abs. 2 AVIG in gleicher Weise (Art. 11 Abs. 3 AVIV). Darunter fallen auch Zeiten, in denen die versicherte Person zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber u.a. wegen Krankheit keinen Lohn erhält und daher keine Beiträge bezahlt (Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG). Die Rückwärtsrechnung der Frist ist somit von der Beschwerdegegenerin zu Recht ab 30. November 2007 vorgenommen worden (vgl. Art. 37 Abs. 3 AVIV).

Anzufügen bleibt, dass der Beschwerdeführer in seinem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 3. Dezember 2007 angibt, in der Zeit von April bis Oktober 2006 Leistungen der Arbeitslosenversicherung bezogen zu haben (act. G 11.1/C87). Indessen ist aus den vorliegenden Akten weder ersichtlich noch wird von den Parteien geltend gemacht, der Beschwerdeführer habe während der Arbeitseinsätze bei der B.____ (25. April 2006 bis 26. September 2006, act. G 11.1/C96, 97) Kompensationsleistungen bezogen. Abklärungen dazu erübrigen sich jedoch. Wie sich aus dem Abschreibungsbeschluss vom 29. Juni 2006 (AVI 2006/34 ergibt, meldete sich der Beschwerdeführer bereits einmal am 1. November 2004 zum Bezug von Leistungen an. Allfällige Leistungen aus jener Rahmenfrist für den Leistungsbezug könnten damit längstens bis 31. Oktober 2006 gedauert haben, so dass im vorliegend massgebenden Bemessungszeitraum (frühestens ab 1. Dezember 2006) keine Kompensationsleistungen einzubeziehen sind. Mithin kommt nicht die Bemessungsmethode gemäss Art. 37 Abs. 3^{ter} AVIV zur Anwendung.



2.2 Bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes ging die Beschwerdegegnerin so vor, dass sie in ihrem Computerausdruck die effektiv erzielten Lohnbeträge in der massgebenden Zeitspanne von Dezember 2006 bis November 2007 vergleichsweise dem im gleichen Zeitraum bei vollem Pensum entsprechend der vertraglichen Normalarbeitszeit von 42 Stunden pro Woche (act. G 11.1/C88) zu erwartenden Lohn gegenüberstellte. Bei der Ermittlung des theoretischen Lohns berücksichtigte sie für die ins Jahr 2006 fallende Beitragszeit (Dezember 2006) einen Stundenlohn von Fr. 20.26 (act. G 11.1/C31). Dies entspricht der vertraglich vereinbarten Entschädigung gemäss Ein-satzvertrag vom 25. Oktober 2006, wonach der Grundlohn Fr. 18.70 pro Stunde und der Anteil 13. Monatslohn Fr. 1.56 pro Stunde betragen hatte (act. G 11.1/C51). Ab dem 1. Januar 2007 berücksichtigte sie einen Stundenlohn von Fr. 20.33, nachdem der Grundlohn ab diesem Datum auf Fr. 18.77 angehoben worden war (act. G 11.1/C88 und C90). Zusätzlich berücksichtigte sie jeweils die Nachtschicht- und Zeitzulagen gemäss Lohnabrechnungen (vgl. act. G 11.1/58 ff.).

Die Beschwerdegegnerin ermittelte entsprechend einen vertraglich maximal möglichen Verdienst (ohne Ferien- und Feiertagsentschädigung) bei 21 Beschäftigungstagen im Dezember 2006 von Fr. 3'573.86 (= 21 x 8,4 Stunden à Fr. 20.26). Für die Monate Januar 2007 bis November 2007 errechnete sie einen Maximallohn bei 238 Beschäftigungstagen von Fr. 40'643.74 (238 x 8,4 Stunden à Fr. 20.33). Diesen Beträgen stellte die Beschwerdegegnerin die real erzielten Bruttolöhne (Grundlohn [Stundenlohn x gearbeitete Stunden] plus Ferien- und Feiertagsentschädigung plus 13. Monatslohn) gegenüber. Für die Zeit vom 24. Oktober bis 30. November 2007, in welcher der Beschwerdeführer arbeitsunfähig war und Krankentaggeldleistungen erhielt, berechnete die Beschwerdegegnerin den gemäss Art. 39 AVIV anzurechnenden mutmasslichen Lohn anhand des von 80% auf 100% aufgerechneten Krankentaggeldes. Bei dieser Rechnung ergab sich für den Monat Dezember 2006 ein Verdienst von Fr. 3'618.20 und für Januar bis November 2007 ein solcher von Fr. 43'433.44. Diese realen Verdienste überschritten den bei normaler Arbeitszeit maximal zu erwartenden Verdienst im Dezember 2006 um 1,24% und in den Monaten Januar bis November 2007 um 6,68%. In diesem Ausmass kürzte die Beschwerdegegnerin die erwähnten Verdienste. Im gleichen Ausmass wurden die vom Beschwerdeführer erzielten Nachtschicht- und Zeitzulagen gekürzt und in die Berechnung des versicherten Verdienstes aufgenommen. Die Beschwerdegegnerin kam entsprechend



auf einen versicherten Verdienst von Fr. 53'448.60 für 259 Beschäftigungstage bzw. von Fr. 4'478.-- für 21,7 Beschäftigungstage (= 1 Monat).

Die von der Beschwerdegegnerin vorgenommenen Kürzungen auf den theoretisch bei vollem Pensum erzielbaren Verdienst schaffen mithin eine sachgerechte Abgrenzung zu den Mehrstunden, welche über das versicherte Normalpensum im Sinne von Art. 23 AVIG hinausgehen. Demnach ist die Berechnung eines versicherten Verdienstes von Fr. 4'478.-- nicht zu beanstanden.

3.

3.1 Im Weiteren ist die Frage zu prüfen, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf 520 Taggelder hat. Innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug bestimmt sich die Höchstzahl der Taggelder nach dem Alter der Versicherten sowie nach der Beitragszeit. Anspruch auf höchstens 400 Taggelder besteht, wenn die versicherte Person eine Beitragszeit von mindestens zwölf Monaten nachweisen kann. Anspruch auf höchstens 520 Taggelder besteht, wenn die versicherte Person das 55. Altersjahr zurückgelegt hat und eine Beitragszeit von mindestens 18 Monaten nachweisen kann (Art. 27 Abs. 1 und 2 lit. a und b AVIG).

3.2 Der Beschwerdeführer arbeitete in der Rahmenfrist für die Beitragszeit (3. Dezember 2005 bis 2. Dezember 2007) diverse Male bei der A.___. Dabei ist grundsätzlich unbestritten, dass die Einsätze bei der D.___ AG sowie bei der B.___ dazu zu zählen sind. Bei der C.___ arbeitete der Beschwerdeführer durchgehend vom 25. Oktober 2006 bis zum 30. November 2007 (Verlängerung wegen Krankheit). Einsätze bei der B.___ sind vom 25. April 2006 bis zum 9. Mai 2006, vom 19. bis 20. Juni 2006, vom 24. Juli 2006 bis zum 25. August 2006 sowie vom 13. bis 26. September 2006 dokumentiert. Ein weiteres Arbeitsverhältnis wird von der A.___ vom 30. Mai 2005 bis zum 23. Dezember 2005 datiert (act. G 11.1/C50, C90 und C96). Während die Beschwerdegegnerin davon ausgeht, es handle sich bei den Einsätzen bei der B.___ um einzelne Arbeitsverhältnisse, ist der Beschwerdeführer der Ansicht, die Zeit vom 25. April 2006 bis 26. September 2006 stelle ein Arbeitsverhältnis dar. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass der Beschwerdeführer bei der A.___ lediglich einen Rahmenarbeitsvertrag hatte. Dieser wurde jeweils mit einem Einsatzvertrag



konkretisiert. So liegen den Akten die Einsatzverträge für den ersten Einsatz bei der B.____ (ab 25. April 2006) sowie für den Einsatz bei der C.____ (ab 25. Oktober 2006) vor. Daraus geht hervor, dass diese Verträge nur für den jeweiligen Einsatz gelten (act. G 11.1/C 51 und C97). Zwar liegt nur die Kündigung für den Einsatz bei der C.____ vor (act. G 11.1/C89), für die weiteren Einsätze bei der B.____ liegen keine Einsatzverträge oder Kündigungen vor. Indessen ist davon auszugehen, dass der Rahmenarbeitsvertrag mit einer Temporärfirma grundsätzlich kein für die Beitragszeit relevantes Arbeitsverhältnis begründet, da dieser in der Regel keinen Anspruch auf Beschäftigung auslöst und die versicherte Person berechtigt ist, Einsätze abzulehnen. Erst die einzelnen Einsatzverträge begründen jeweils ein neues, in sich abgeschlossenes Arbeitsverhältnis (Adrian Staehelin, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der Arbeitsvertrag, Zürich 1996, Art. 333 OR N 18). Massgebend für die Berechnung der Beitragszeit ist somit die Dauer jedes einzelnen Arbeitseinsatzes (vgl. KS-ALE, Ausgabe Januar 2007, Rz B160, mit Hinweis auf Entscheid C 349/99 vom 17. November 2000 E. 4c). So gibt auch vorliegend die A.____ in ihrer Arbeitgeberbescheinigung an, es habe sich jeweils um Temporäreinsätze gehandelt und es habe jeweils ein schriftlicher Arbeitsvertrag bestanden (act. G 11.1/C 96). Demgegenüber bringt der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nichts vor und ist aus den Akten nichts ersichtlich, das vorliegend für ein einheitliches Arbeitsverhältnis sprechen würde. Mithin sind die in der Zeit vom 25. April 2006 bis 26. September 2006 ausgewiesenen vier Arbeitseinsätze als separate Arbeitsverhältnisse anzusehen, mit der Folge, dass gegenüber der Berechnung der Beschwerdegegnerin daraus keine weiteren Beitragszeiten angerechnet werden können. Demzufolge kann der Beschwerdeführer keine Beitragszeit von mindestens 18 Monaten nachweisen. Daran ändert auch nichts, dass als zusätzliche Beitragszeit der noch in die Rahmenfrist (3. Dezember 2005 bis 2. Dezember 2007) fallende Einsatz vom 3. bis 23. Dezember 2005 hinzugezählt werden muss (vgl. act. G 11.1/C50), kommt doch der Beschwerdeführer damit auf eine Beitragszeit von insgesamt rund 16 Monaten. Somit hat der Beschwerdeführer Anspruch auf maximal 400 Taggelder.

4.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).



Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.