



Fall-Nr.:	AVI 2011/70
Stelle:	Versicherungsgericht
Rubrik:	AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum:	30.04.2012
Entscheiddatum:	30.04.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 30.04.2012

Art. 11 Abs. 1 AVIG. Arbeitsverhältnis auf Abruf. Da die Beschwerdeführerin über längere Zeit keine konstanten Arbeitseinsätze geleistet hat, konnte keine Normalarbeitszeit ermittelt werden, weshalb ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint werden musste. Rückweisung zu weiteren Abklärungen im Zusammenhang mit einer möglichen Beitragszeitbefreiung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 30. April 2012, AVI 2011/70).Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie Löhner, a.o. Versicherungsrichter Christain Zingg; a.o. Gerichtsschreiberin Annina BaltisserEntscheid vom 30. April 2012in SachenA.___,Beschwerdeführerin,vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Linda Keller, Waisenhausstrasse 17, Postfach, 9001 St. Gallen,gegenKantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,Beschwerdegegnerin,betreffendArbeitslosenentschädigung (anrechenbarer Arbeitsausfall, BeitragszeitbefreiungSachverhalt:

A.

A.a A.___ war seit dem 15. Juli 2007 im Umfang von 10-15 Stunden pro Woche als Haushilfe bei der B.___ angestellt (act. G 4/7, act. G 4/8). Am 28. März 2011 meldete sie sich bei der kantonalen Arbeitslosenkasse an und beantragte die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung. Sie gab an, dass eine Seniorin, welche sie betreut habe, ins Pflegeheim eingetreten sei. Dadurch sei ihr Arbeitspensum reduziert, und sie erleide einen stundenweisen Arbeitsausfall (act. G 4/6). Mit Schreiben vom 17. Mai 2011 ergänzte die Versicherte, sie suche Arbeit im Umfang eines 80% Pensums inklusive ihrer Tätigkeit bei der B.___ (act. G 4/14).

A.b Mit Verfügung vom 23. Mai 2011 lehnte die Kantonale Arbeitslosenkasse einen Anspruch der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 28. März 2011 ab. Zur



Begründung wurde angeführt, da die Versicherte als Teilzeitangestellte beschäftigt sei und unterschiedliche Einsätze habe, handle es sich um ein Arbeitsverhältnis auf Abruf. Die Versicherte könne den Wegfall der Betreuung der Seniorin nicht als Arbeitsausfall geltend machen; das Arbeitsverhältnis auf Abruf sei bereits zuvor überdurchschnittlichen Schwankungen ausgesetzt gewesen. Die Einsätze der Versicherten seien nicht während längerer Zeit mehr oder weniger konstant gewesen, weshalb sie keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erleide und die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfülle (act. G 4/19).

A.c Gegen diese Verfügung erhob die Versicherte am 21. Juni 2011 Einsprache und beantragte sinngemäss die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung. Sie machte geltend, dass Unregelmässigkeiten in ihrem Arbeitsverhältnis nicht zu vermeiden seien. Eine Betreuung ende mit dem Eintritt ins Seniorenheim oder dem Tod der Betreuten und eine darauffolgende neue Betreuung habe ein anderes Profil und sei aufwandmässig nicht identisch mit der vorhergehenden. Es sei nicht einfach, eine zweite Stelle zu finden, da sich die Einsatzzeiten bei der B.____ nach den Bedürfnissen der Betreuten richteten und es keinen fixen Stundenplan gebe. Die bisherigen Bewerbungen seien ergebnislos gewesen. Sie sei bereit, eine Schule oder Umschulung zu absolvieren, falls sie dadurch bessere Chancen bei der Stellensuche habe (act. G 4/21).

A.d Mit Einspracheentscheid vom 13. Juli 2011 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Zur Begründung führte sie an, mit den von der Versicherten in der Einsprache vorgebrachten Gründen seien weder die Beurteilung des Arbeitsverhältnisses als Arbeit auf Abruf noch die fehlende Vereinbarung einer wöchentlichen Normalarbeitszeit widerlegt (act. G 4/23).

B.

B.a Gegen den Einspracheentscheid vom 13. Juli 2011 richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 12. September 2011 mit den Anträgen, es seien der Beschwerdeführerin die ihr zustehenden Taggelderleistungen zu erbringen und ihr sei die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung zu gewähren. Zur Begründung führt die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin an, dass mit Urteilen des



St.Galler Gerichte

Kreisgerichtes St. Gallen vom 15. Januar 2010 sowie des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 27. September 2010 die Unterhaltsleistungen des Exmannes der Beschwerdeführerin weiter herabgesetzt worden seien. Die Beschwerdeführerin sei deshalb aus finanziellen Gründen darauf angewiesen, ihr Pensum auszubauen, was allerdings bei der B.____ nicht möglich sei. Der Beschwerdeführerin würden zwar die Patienten zugewiesen, allerdings sei keine Mindestarbeitszeit vereinbart worden und sie könne zudem neue Aufträge ablehnen. Deshalb sei sie ohne Weiteres vermittlungsfähig. Tatsache sei denn auch, dass vorliegend die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Beitragspflicht gegeben seien, womit allein schon aus diesem Grund und unabhängig davon, ob eine Arbeit auf Abruf mit Mindestarbeitszeit bestanden habe, die Voraussetzungen erfüllt seien (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 28. September 2011 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Anfechtungsgegenstand der vorliegenden Beschwerde sei die Verfügung vom 23. Mai 2011 und Streitgegenstand sei der anrechenbare Arbeitsausfall. Der Streitgegenstand könne nicht auf die Frage der Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit ausgeweitet werden. Die Arbeitslosenversicherung decke das Risiko der Arbeitslosigkeit infolge Stellenverlustes ab. Da das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin weder ganz noch teilweise gekündigt worden sei, sei sie nicht arbeitslos. Es fehle demnach eine Anspruchsvoraussetzung für den Leistungsbezug. Es sei nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf die Differenz für einen Lohnausfall für ertragsschwache Monate zu übernehmen. Der Tod von zu betreuenden Personen gehöre zudem zum Risiko des Arbeitsverhältnisses und somit zur Höhe des Umfangs der Haushilfefaufträge (act. G 4).

B.c Dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Verfahren vor Versicherungsgericht wurde am 14. Oktober 2011 entsprochen (act. G 6).

B.d Mit Replik vom 14. November 2011 lässt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und der Begründung der Beschwerde festhalten. Die Beschwerdeführerin sei darauf angewiesen, ihre Arbeitstätigkeit auszuweiten und ein grösseres Pensum zu übernehmen. Da sie derzeit in einem minimalen Pensum Betreuungen übernehme,



könne sie diese problemlos auf einen anderen Tag verlegen, falls sie eine feste Arbeitsstelle mit fixen Arbeitszeiten finde. Es sei als widersprüchlich zu bezeichnen, dass der Beschwerdeführerin sämtliche Leistungen der Arbeitslosenversicherung verweigert werden, obwohl sie sich zumindest darum bemühe, ein kleines Einkommen zu erzielen (act. G 8).

B.e Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Duplik (vgl. act. G 9).

B.f Auf Aufforderung der Verfahrensleitung reichte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin am 17. Januar 2012 die Entscheide des Kreisgerichtes St. Gallen vom 15. Januar 2010 sowie des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 27. September 2010 nach (act. G 11). Im Schreiben vom 2. Februar 2011 machte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin ergänzend geltend, dass die Beschwerdeführerin davon ausgehen müsse, dass die Unterhaltsleistungen per Ende Mai 2012 vollumfänglich wegfallen würden. Auf diesen Termin sei sie auf die Aufnahme einer Arbeitstätigkeit angewiesen, da sie ihren Bedarf vollumfänglich mit eigenen Einkünften zu decken habe (act. G 13).

Erwägungen:

1.

1.1 Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Der Arbeitsausfall ist laut Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert.

1.2 Der anrechenbare Arbeitsausfall bestimmt sich grundsätzlich im Vergleich zum letzten Arbeitsverhältnis vor Eintritt der Arbeitslosigkeit (BGE 125 V 60 E. 6c/aa). Es kommt darauf an, was die versicherte Person "an Verdienst einbringender Arbeitszeit verloren hat" (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, N. 14 zu Art. 11) und in welchem zeitlichen Umfang sie bereit, berechtigt und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit während der üblichen Arbeitszeit aufzunehmen. Dauer und Ausmass des anrechenbaren Arbeitsausfalles wirken sich daher auf den



Entschädigungsanspruch aus. Die Kürzung des Taggeldanspruches bei einem teilweise anrechenbaren Arbeitsausfall geschieht durch eine entsprechende Reduktion des der Entschädigungsbemessung zu Grunde zu legenden versicherten Verdienstes (BGE 125 V 60 E. 6c/aa).

1.3 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel aufgrund der im Beruf oder Erwerbszweig der Versicherten allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln. Besteht hingegen eine besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und arbeitnehmender Person, so bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit der versicherten Person. Nimmt diese vereinbarungsgemäss die Arbeit jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers auf, so gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, so dass die versicherte Person während der Zeit, da sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Verdienstausschlag erleidet (ARV 1995 Nr. 9 S. 48 E. 2a mit Hinweisen, bestätigt in ARV 1998 Nr. 12 S. 105 ff.). Von diesem Grundsatz kann dann 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 umso länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (ARV 1995 Nr. 9 S. 48 ff. E. 2b). Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ist sodann aber nicht alleine auf den Durchschnitt der geleisteten Einsätze abzustellen, es kommt auch darauf an, dass die Einsätze über eine längere Zeit in einem mehr oder weniger konstanten Rahmen geleistet wurden (ARV 1995 Nr. 9 S. 48 ff. E. 3c).

1.4 Das Bundesgericht hat das Vorliegen einer normalen Arbeitszeit in zwei nicht publizierten Urteilen bejaht, bei welchen bedarfsorientierte Aushilfstätigkeiten vorlagen, welche über vier bzw. fünf Jahre ausgeübt worden waren. In beiden Fällen machten die Schwankungen der abgerufenen Einsätze nach Arbeitstagen/-stunden pro Jahr, in beidseitiger Abweichung vom Jahresdurchschnitt gerechnet, höchstens 10 % aus (vgl. ARV 1995 Nr. 9 S. 49 E. 3b). Verneint wurde dagegen eine normale Arbeitszeit in BGE 107 V 62 E. 2, wo sich der Beobachtungszeitraum auf sechs Monate erstreckte, und



die Abweichungen von der durchschnittlichen Einsatzdauer von monatlich rund 50 Stunden nach oben über 80 % und nach unten 36 % betragen. Ebenfalls verneint wurde eine Normalarbeitszeit bei Abweichungen vom Durchschnitt von rund 37 % nach oben und rund 28 % nach unten (ARV 1995 Nr. 9).

1.5 Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, dürfen die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von 12 Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20% nach unten oder nach oben ausmachen. Bei einem Beobachtungszeitraum von 6 Monaten beträgt die höchstens zulässige Beschäftigungsschwankung 10%. Übersteigen die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung, kann nach der Verwaltungspraxis nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstausfall nicht anrechenbar ist (Rz B97 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung [KS ALE, in der seit Januar 2007 gültigen Fassung] des Staatssekretariates für Wirtschaft).

2.

2.1 Mit dem im Juli 2007 unterzeichneten Arbeitsvertrag wurde die Beschwerdeführerin von der B.____ für unbestimmte Zeit als Haushelferin angestellt. Unter dem Titel "Vereinbarung zum zeitlichen Rahmen des Engagements" wurde vereinbart, dass der zeitliche Rahmen für die Mitarbeit in der Haushilfe flexibel sei. Er werde schriftlich vereinbart und könne nach vorheriger mündlicher Absprache wieder verändert werden. Die Beschwerdeführerin stelle ihr Engagement im Zeitrahmen von "10-15 Stunden pro Woche, nach Absprache" zur Verfügung. Der zeitliche Umfang des einzelnen Haushilfenauftrages hänge vom Bedarf der Kundin ab (act. G 4/8). Zudem steht es der Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben frei, Aufträge abzulehnen (act. G 1). Damit steht fest und wird darüber hinaus vorliegend auch nicht bestritten, dass die Beschwerdeführerin in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf tätig ist.

2.2 Zu prüfen ist, ob eine Normalarbeitszeit im Sinne der Rechtsprechung (vgl. vorstehende E. 1.3) ermittelt werden kann. Vorliegend rechtfertigt sich aufgrund der Schwankungen ein Beobachtungszeitraum von 12 Monaten. Da die



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin sich am 28. März 2011 zur Arbeitsvermittlung anmeldete und Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erhob, ist entsprechend die Periode vom März 2010 bis Februar 2011 zu betrachten.

2.3 Gemäss den Berechnungen der Arbeitslosenkasse (act. G 4/18) ergeben sich bei einem Beobachtungszeitraum von 12 Monaten ohne Berücksichtigung von am Sonntag geleisteter Haushilfe, Schulungsstunden, Arbeitsbesprechung und Wegentschädigung Abweichungen vom durchschnittlichen Monatslohn (Fr. 862.30) von über 20% in den Monaten Mai 2010 (-37.64%), Oktober 2010 (+22.73%) und Februar 2011 (+20.21%). Bei einem verkürzten Beobachtungszeitraum von 6 Monaten weichen einzelne Monate über 10% nach unten (September 2010 -18.59%, Dezember 2010 -16.78%) oder oben (Oktober 2010 +15.43%, Februar 2011 +13.06%) ab.

2.4 Unter Einbezug der geleisteten Sonntagsarbeit, Schulungsstunden, Arbeitsbesprechung und Wegentschädigung ergibt sich zwangsläufig ein ähnliches Bild. Gemäss den eingereichten Lohnabrechnungen, welche jeweils per Mitte des Monats für den Vormonat ausgestellt wurden (vgl. act. G 4/12 und G 15), ist bei einem Beobachtungszeitraum von 12 Monaten von einem Gesamteinkommen von Fr. 11'388.40 auszugehen, womit sich das durchschnittliche Monatseinkommen auf Fr. 949.05 beläuft. Ausgehend von diesen Zahlen ergibt sich im Mai 2010 eine erhebliche Abweichung nach unten (-37.63%). Geht man von einem 6-monatigen Beobachtungszeitraum aus, sind in den Monaten September und Dezember 2010 relevante

Abweichungen zu verzeichnen (-18.82% und -12.28%).

2.5 Die Beschwerdeführerin macht sodann selbst geltend, dass bei der Tätigkeit als Haushilfe Unregelmässigkeiten in den Arbeitszeiten - sei es aufgrund eines Pflegeheimintrittes oder Todes einer Patientin - nicht zu vermeiden seien (act. G 4/21). Mithin sind die Schwankungen des Arbeitspensums charakteristisch für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin.

2.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin über längere Zeit keine konstanten Arbeitseinsätze im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sinne



geleistet hat, weshalb eine Normalarbeitszeit nicht ermittelt werden kann. Hingegen bedarf es weiterer Abklärungen bezüglich der von der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren geltend gemachten Beitragszeitbefreiung i.S.v. Art. 14 Abs. 2 AVIG aufgrund der Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge durch den Abänderungsentscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 27. September 2010 (vgl. act. G 11; zur Beitragszeitbefreiung wegen eines "ähnlichen Grundes" vgl. ARV 2012 Nr. 4 S. 87 ff. sowie den Entscheid des Versicherungsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 14. September 2006, AVI 2006/16). Soweit die Beschwerdeführerin aufgrund dieser Herabsetzung gezwungen war, ihre Erwerbstätigkeit auszudehnen, würde sich ein allfälliger anrechenbarer Arbeitsausfall prospektiv beurteilen (vgl. BGE 121 V 341, E 3.). Es ist Sache der Beschwerdegegnerin, den geltend gemachten Beitragszeitbefreiungsgrund als erste Instanz zu prüfen und abzuklären, ob gestützt darauf ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu bejahen sein wird.

3.

3.1 Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und zu weiteren Abklärungen und anschliessender Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

3.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a. des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

3.3 Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist eine Parteientschädigung geschuldet. Diese wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin verzichtete auf das Einreichen einer Kostennote. In der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit erscheint mit Blick auf vergleichbare Fälle eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen. Damit wird die bewilligte unentgeltliche Rechtsverbeiständung gegenstandslos.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht



entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Sache zu weiteren Abklärungen und anschliessender Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin pauschal mit Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.