



Fall-Nr.: AVI 2012/54
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 26.06.2013
Entscheiddatum: 26.06.2013

Entscheid Versicherungsgericht, 26.06.2013

Art. 8 Abs. 1 lit. b und Art. 11 Abs. 1 AVIG. Anrechenbarer Arbeitsausfall. Der Bruttolohn stellt grundsätzlich einen geeigneten Massstab für die abgerufenen Arbeitsstunden dar. Eine darin enthaltene Ferienentschädigung kann nicht pauschal auf die sechs Monate mit den geringsten Bruttolöhnen umgelegt werden, um damit die monatlichen Schwankungen auszugleichen (E.2.3) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. Juni 2013, AVI 2012/54). Teilweise aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 8C_625/2013.

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Entscheid vom 26. Juni 2013

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Christoph Senti, Kriessernstrasse 40,
9450 Altstätten SG,

gegen

Arbeitslosenkasse syndicom, Looslistrassen 15, Postfach 382, 3027 Bern,



Beschwerdegegnerin,

betreffend

Arbeitslosenentschädigung (anrechenbarer Arbeitsausfall)

Sachverhalt:

A.

A.a A.____ meldete sich am 7. Oktober 2011 beim RAV zur Arbeitsvermittlung ab dem 8. Oktober 2011 an. Dabei gab sie an, nach wie vor bei der B.____ AG zu arbeiten (act. G 3.1). Die Arbeitgeberin bestätigte am 31. Oktober 2011, dass das Arbeitsverhältnis seit 1. März 2009 bestehe und weiterhin andauere (act. G 3.1). Wie sich aus dem beiliegenden Arbeitsvertrag ergibt, war die Versicherte mittels Rahmenvertrag angestellt, wobei für die einzelnen Einsätze jeweils Einsatzverträge abzuschliessen waren bzw. sind. Ein Anspruch auf Beschäftigung bestand und besteht nicht (act. G 3.1). Per 1. Oktober 2011 zog ein von der Versicherten betreutes Ehepaar in eine Alterswohnung, so dass der entsprechende Einsatz beendet war und die Versicherte einen Verdienstausschlag erlitt. Per 5. März 2012 fand die Versicherte gemäss eigenen Angaben eine (weitere) Teilzeitbeschäftigung - vorerst befristet auf 3 Monate - sodass sie per 2. März 2012 von der Arbeitsvermittlung abgemeldet wurde (act. G 3.1).

A.b Mit Verfügung vom 10. November 2011 wies die Arbeitslosenkasse Syndicom den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 8. Oktober 2011 ab. Die Versicherte stehe seit dem 1. März 2009 in einem unbefristeten Temporärarbeitsverhältnis. Die Einsätze erfolgten nach Absprache mit der Leitung gemäss Einsatzplan. Die Versicherte habe weder die Pflicht noch ein Recht auf einen Arbeitseinsatz. Die Beschäftigung gehe im gleichen Rahmen weiter. Bei Arbeit auf Abruf bestehe mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls grundsätzlich kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Nach der Rechtsprechung könne von diesem Grundsatz abgewichen werden, wenn die geleistete Arbeitszeit auf Abruf vor dem Beschäftigungseinbruch während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche



Schwankungen gewesen sei. Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit sei grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten 12 Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Habe das Arbeitsverhältnis weniger als 6 Monate gedauert, könne keine Normalarbeitszeit festgestellt werden. Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden könne, dürften 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. Ansonsten könne nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstaussfall nicht anrechenbar sei. Vorliegend betrage das durchschnittliche Einkommen der letzten 12 Monate vor der Anmeldung Fr. 5'637.--. Da die monatlichen Einkommen um mehr als 20 % davon abwichen, erleide die Versicherte keinen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaussfall (act. G 3.1).

A.c Mit Einsprache vom 10. Dezember 2011 beantragte die Versicherte die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab dem 8. Oktober 2011. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, im Stundenlohn sei eine Ferienentschädigung von 8,33 % enthalten. Analog zur Rechtsprechung betreffend versicherten Verdienst sei diese Entschädigung in den Monaten mit realem Ferienbezug (bzw. Freitagen) hinzuzurechnen. Bei richtiger Berechnung ergebe sich eine Abweichung nach oben von maximal 19 % und nach unten von maximal 12 %. Somit sei die geleistete Arbeitszeit der Einsprecherin vor dem Beschäftigungseinbruch während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen verlaufen, womit der Arbeits- und Verdienstaussfall anrechenbar sei (act. G 3.1).

A.d Mit Entscheid vom 15. Mai 2012 wies die Kasse die Einsprache ab. Sie stütze sich bei der Bemessung der Abweichung auf die gängigen und üblichen Berechnungsmethoden gemäss KS ALE, woraus eine Abweichung von mehr als 20 % resultiere. Dieses stelle auf die geleistete Arbeit ab und nicht auf den Lohn. Zudem mache es bei einem Stundenlohn wie vorliegend keinen Unterschied, ob die Stunden oder der bezahlte Lohn als Grundlage herangezogen würden. Der von der Einsprecherin erwähnte Bundesgerichtsentscheid (BGE 125 V 42) sei nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar, gehe es dort um eine Bemessungsvorschrift (versicherter Verdienst), hier dagegen um eine Anspruchsvoraussetzung (act. G 3.1).



B.

Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 15. Juni 2012 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 15. Mai 2012. Die Beschwerdegegnerin sei sodann anzuweisen, der Beschwerdeführerin eine Arbeitslosenentschädigung gemäss den gesetzlichen Bestimmungen auszurichten. Die Begründung lautet im Wesentlichen gleich wie in der Einsprache. Ergänzend wird angefügt, die Beschwerdegegnerin habe nicht berücksichtigt, dass das von der Beschwerdeführerin erzielte Einkommen auch nicht proportionale Dienstleistungs- und Spesenentschädigungen enthalte, die nicht ohne Weiteres in geleistete Arbeitsstunden umgerechnet werden könnten. Es werde bestritten, dass die Arbeitsstunden im massgebenden Zeitraum um mehr als 20 % geschwankt hätten (act. G 1). Die Beschwerdegegnerin hält unter Verzicht auf eine materielle Beschwerdeantwort an ihrem Einspracheentscheid fest (act. G 3).

Erwägungen:

1.

1.1 Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (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 die versicherte Person 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 auf Grund 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). Im Weiteren erachtet das Bundesgericht die Seco-Praxis, von einem 12-monatigen Beobachtungszeitraum auszugehen (KS ALE 2007 Ziff. B96), - mit Ausnahme von hier nicht weiter interessierenden langjährigen Arbeitsverhältnissen - als gesetzes- und rechtsprechungskonform (Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juli 2007 [C266/06] E. 3.2; Urteil vom 12. Mai 2006 [C9/06] E. 3.3).

2.

2.1 Vorliegend ist unbestritten, dass im Arbeitsvertrag der Beschwerdeführerin keine Normalarbeitszeit vereinbart war und dass die einzelnen Einsätze jeweils gemäss Absprache mit der Leitung bzw. gemäss Einsatzplan erfolgten. Der Rahmenvertrag begründete weder eine Pflicht der Arbeitgeberin, einen Arbeitseinsatz anzubieten, noch eine Pflicht der Arbeitnehmerin, einen solchen anzunehmen (vgl. act. G 3.1/10). Mithin ist mit der Beschwerdegegnerin zunächst davon auszugehen, dass bei einem solchen Arbeitsverhältnis grundsätzlich keine Normalarbeitszeit berechnet werden kann und damit auch kein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliegt (vgl. Begründung in der Verfügung vom 10. November 2011, auf die verwiesen wird [act. G 3.1]).

2.2 Umstritten ist demgegenüber, ob die geleisteten Einsätze der Beschwerdeführerin genügend konstant waren, um ausnahmsweise eine Normalarbeitszeit ermitteln zu können (vgl. vorstehende E. 1.3). Die Beschwerdegegnerin verneinte dies unter Hinweis auf das Kreisschreiben (KS ALE 2007, Ziff. 95 - 97), wonach die Abweichung vom Durchschnitt der letzten 12 Monate (vorliegend unbestritten: Oktober 2010 bis September 2011) nicht mehr als 20 % betragen dürfe, während bei der Beschwerdeführerin Abweichungen von 30 % nach oben und 27 % nach unten vorhanden seien (act. G 3.1). Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, es könne nicht direkt vom Bruttolohn auf die geleisteten Arbeitsstunden geschlossen werden. Vielmehr enthalte der Lohn eine Ferienentschädigung von 8,33 %. Diese sei analog der Regelung für die Berechnung des versicherten Verdienstes jeweils in jenen Monaten anzurechnen, in denen tatsächlich Ferien bezogen worden seien. Ausserdem



beinhalte der Bruttolohn weitere Spesen- und Dienstleistungsentschädigungen, die relativ unabhängig von den geleisteten Arbeitsstunden ausgerichtet worden seien, also keine zusätzlichen Arbeitsstunden darstellten. So ergebe sich die normale Arbeitszeit aus den Abrechnungspositionen Haushalt Mo-Fr, Sa/So und Betreuung Mo-Fr. Die Positionen Grund- und Behandlungspflege seien Dienstleistungen im Rahmen der normalen Arbeitsstunden (vgl. act. G 1.7).

2.3 Ob letztere Interpretation zutrifft, ist aus den Lohnabrechnungen nicht ersichtlich. Immerhin wird ab Januar 2011 insofern eine Unterscheidung getroffen, als die Posten Haushalt und Betreuung in Stunden bemessen werden, die Posten Behandlung und Grundpflege (sowie die Fahrzeitentschädigung) dagegen in Minuten (act. G 3.1), sodass zumindest möglich erscheint, dass die Arbeitgeberin tatsächlich die genannte Abrechnungsform gewählt hat. Die Frage kann aber offen bleiben, da der Arbeitsausfall zu einem Verdienstausfall führen muss (E 1.1). Es spielt somit keine Rolle, ob die Beschwerdeführerin während der von ihr als "normale Arbeitszeit" bezeichneten Diensten zu zusätzlichen Dienstleistungen abgerufen wurde, bzw. ob teurere oder günstigere Dienste abgerufen wurden. Im Fall der Beschwerdeführerin lag das Verhältnis der niedrig- zu den höherwertigen Diensten (Betreuung, Haushalt und Wegentschädigung zu Grundpflege und Behandlungspflege bzw. Grundlohn zu Lohnzuschlag) lohnmässig relativ konstant bei knapp 3 : 1 (vgl. Lohnabrechnungen). Damit lag auch der monatlich erzielte Durchschnittslohn (Bruttolohn geteilt durch die von der Beschwerdeführerin aufgeführten Arbeitsstunden [vgl. act. G 1.7]) relativ konstant bei rund Fr. 37.-- bis Fr. 38.-- pro Stunde. Es darf deshalb angenommen werden, dass keine generelle Verschiebung von besser zu schlechter bezahlter Arbeit stattgefunden hat und dass keine zeitunabhängigen - und damit verzerrenden - Lohnbestandteile im Bruttolohn enthalten sind. Der Bruttolohn stellt damit durchaus einen geeigneten Massstab für die abgerufene Arbeitszeit dar. Daran ändert auch nichts, dass darin noch eine prozentuale Ferienentschädigung enthalten ist. Anders als beim versicherten Verdienst, wo es für die Anrechenbarkeit der Ferienentschädigung genügt, wenn mindestens so viele freie Tage bezogen wurden, wie durch die Ferienentschädigung abgegolten wurden, müsste für die Berechnung der monatlichen Abweichung von der durchschnittlichen Beschäftigung jeweils bestimmt werden, wann Ferientage bezogen wurden. Dies dürfte regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden sein. So vermag auch vorliegend die Beschwerdeführerin nicht darzulegen, wann sie



konkret Ferien bezogen hat. Jedenfalls kann nicht pauschal davon ausgegangen werden, die Ferien würden jeweils in den sechs Monaten mit den niedrigsten Bruttolöhnen bezogen. Denkbar wäre auch, dass in Monaten mit geringerer Entlohnung weniger Stunden pro Tag gearbeitet wurde. Anders wäre höchstens zu entscheiden, wenn - welches Beispiel auch der Rechtsvertreter aufführt - die Ferien in klar definierten und zusammenhängenden Blöcken bezogen werden, sodass die Konstanz des Arbeitseinsatzes nicht allein wegen des Ferienbezugs verneint werden könnte (vgl. etwa Entscheid des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 20. März 2008 [AL. 2007.00215] E. 3). Dies trifft im vorliegenden Fall indessen nicht zu. Vielmehr schwankten die Einsätze von Monat zu Monat und dürften im Wesentlichen von den Bedürfnissen der zu betreuenden Personen abhängig gewesen zu sein. So leistete die Beschwerdeführerin im Herbst 2011 - als das Ehepaar C. ___ wohl immer intensiver betreut werden musste - immer mehr Arbeitsstunden, während der geltend gemachte Arbeits- und Lohnausfall mit dem Umzug des betreuten Ehepaars in die Alterswohnung zusammenfällt (vgl. act. G 3.1). Zusammenfassend kann damit nicht von einem genügend konstanten Arbeitseinsatz ausgegangen werden, um eine Normalarbeitszeit festlegen zu können. Die Beschwerdegegnerin hat demnach die Anspruchsvoraussetzung des anrechenbaren Arbeitsausfalls zu Recht verneint.

3.

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

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

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