



**Fall-Nr.:** AVI 2008/33  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 04.03.2020  
**Entscheiddatum:** 23.01.2009

### **Entscheid Versicherungsgericht, 23.01.2009**

**Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG; Art. 11 Abs. 1 AVIG; anrechenbarer Arbeitsausfall. Es kommt bei der Bestimmung des anrechenbaren Arbeitsausfalles darauf an, was die versicherte Person an Verdienst einbringender Arbeitszeit verloren hat und in welchem Umfang sie bereit, berechtigt und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit aufzunehmen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. Januar 2009, AVI 2008/33).**

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Philipp Geertsen

#### **Entscheid vom 23. Januar 2009**

in Sachen

**K.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführerin,**

gegen

**RAV Oberuzwil, Wiesentalstrasse 22, Postfach, 9242 Oberuzwil,**

**Beschwerdegegner,**

vertreten durch Amt für Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

betreffend

**Vermittlungsfähigkeit (anrechenbarer Arbeitsausfall)**



### Sachverhalt:

A.

A.a K.\_\_\_\_, Mutter von drei Kindern (geboren 1999, 2001 und 2005) beantragte am 27. Dezember 2007 Arbeitslosenentschädigung ab 18. Dezember 2007. Sie gab an, eine Vollzeitstelle zu suchen (act. G 3.1/C34). Die ehemalige Arbeitgeberin berichtete am 7. Januar 2008, dass die Versicherte vom 16. Juni 1997 bis 30. April 2005 vollzeitlich, ab 6. März bis 10. Juli 2006 zu 40% bzw. 50% als Uhrenzeigersortiererin beschäftigt gewesen sei. Die Versicherte habe ab dem 10. Juli 2006 keine Betreuerin mehr für die drei Kinder gefunden, weshalb sie nicht mehr ihrer Beschäftigung habe nachgehen können. Am 27. September 2006 sei ihr durch die ehemalige Arbeitgeberin per sofort gekündigt worden (act. G 3.1/C36 und C37).

A.b Im Formular "Kinderbetreuung" erklärte die Versicherte am 6. Februar 2007 (richtig: 2008), dass die Kinderbetreuung während einer zukünftigen Arbeitstätigkeit durch ihren Ehegatten ab 18:00 Uhr übernommen werde (act. G 3.1/C84). Ergänzend führte sie im Formular "Nachweis für die Kinderbetreuung zur Aufnahme einer ausserhäuslichen Arbeit" am 14. März 2008 aus, dass sie ihre Kinder – ausser am Abend – durchgehend betreuen müsse. Sie suche eine Arbeitsstelle, wo sie abends arbeiten gehen könne, da ihr Ehegatte dann zu Hause sei und die Kinder betreuen könne. Ihre Mutter könne nicht auf ihre Kinder schauen. Für den Bewerbungskurs vom 14. bis 28. April 2008 (vgl. act. G 3.1/B8) mache ihre Mutter eine Ausnahme und betreue die Kinder (act. G 3.1/B2).

A.c Der Rechtsdienst des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (RAV) Oberuzwil forderte die Versicherte am 8. April 2008 hinsichtlich der Überprüfung ihrer Vermittlungsfähigkeit zur Stellungnahme und Beantwortung von damit zusammenhängenden Fragen auf (act. G 3.1/A6). In der Stellungnahme vom 15. April 2008 teilte die Versicherte mit, sie habe beim letzten Arbeitgeber 100% zu den von ihm vorgeschriebenen Zeiten von Montag bis Donnerstag von jeweils 6:30 bis 17:00 Uhr gearbeitet; am Freitag von 6:30 bis 11:30 Uhr. Nach dem Mutterschaftsurlaub habe sie von Montag bis Freitag von ca. 4:30 bis 7:30 Uhr gearbeitet. Jetzt sei sie bereit, von Montag bis Freitag jeweils abends zu arbeiten. Ihr Zuhause könne sie zwischen 17:45



## St.Galler Gerichte

und 18:00 Uhr verlassen. Was den Zeitpunkt anbelange, zu welchem sie von der Arbeit zurück sein müsse, sei sie sehr flexibel. Während ihrer allfälligen Arbeitszeit übernehme ihr Ehegatte die Kinderbetreuung. In der Regel habe sie ein Fahrzeug zur Verfügung (act. G 3.1/A5).

A.d Mit Verfügung vom 25. April 2008 stellte das RAV Oberuzwil fest, die Versicherte sei ab Antragstellung vermittlungsfähig. Der anrechenbare Arbeitsausfall betrage 50%. Zur Begründung führte es an, dass es der Versicherten nach der Geburt ihres dritten Kindes nur noch möglich sei, abends zu arbeiten. Sie könne das Haus ab ca. 17:45 Uhr verlassen. Rechne man einen durchschnittlichen Arbeitsweg von einer Stunde, könnte sie die Arbeit um 18:45 Uhr antreten. Um auf ein Vollzeitpensum zu kommen, müsste sie bis 3:15 Uhr (inkl. Pause) arbeiten können. Nachtarbeit von 23:00 bis 6:00 Uhr sei jedoch bewilligungspflichtig. Zudem sei es nach dem neuen Arbeitsgesetz untersagt, nur in der Nacht zu arbeiten. Arbeitnehmende, die in Schichtmodellen arbeiten würden, müssten in allen Schichten (Früh-, Spät- und Nachtschicht) zu gleichen Teilen eingesetzt werden. Zulässig sei indessen, dass Arbeitnehmende z.B. von 17:00 bis 23:00 Uhr arbeiten. Da es der Versicherten aufgrund der Kinderbetreuung nicht möglich sei, in verschiedenen Schichten zu arbeiten, sei sie lediglich im Zeitraum von 18:45 bis 23:00 Uhr einsetzbar. Dies entspreche einem Pensum von ca. 50% (act. G 3.1/A3).

B.

B.a Die Versicherte erhob am 24. Mai 2008 gegen die Verfügung vom 25. April 2008 Einsprache. Sie glaube, dass genügend Arbeitsplätze vorhanden seien, wo sie ab 18:00 Uhr ihr Pensum von 100% erreichen könne und am nächsten Tag trotzdem noch ausgeruht sei, um sich um ihre Kinder zu kümmern. Die Frage sei nur, ob sie so einen Arbeitsplatz finden werde. Sie ersuche daher, das Arbeitslosengeld nicht auf 50% zu reduzieren, da sie dies in eine schwierige finanzielle Lage bringen würde (act. G 3.1/A2).

B.b Das RAV Oberuzwil wies die Einsprache mit Entscheid vom 30. Mai 2008 ab. Die Begründung lautet im Wesentlichen gleich wie diejenige der angefochtenen Verfügung (act. G 3.1/A1).

C.



C.a Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 30. Juni 2008. Die Beschwerdeführerin beantragt darin, der angefochtene Einspracheentscheid sei insofern aufzuheben, als der anrechenbare Arbeitsausfall 50% betrage. Es sei festzustellen, dass sie (die Beschwerdeführerin) ab Antragstellung einen anrechenbaren Arbeitsausfall von 100% habe, d.h., dass ihr Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung seit Antragstellung im Umfang von 100% bestehe. Sie sei bei ihren Angaben gegenüber dem Beschwerdegegner davon ausgegangen, dass man in Form einer 100%-Anstellung am Abend mit der Arbeit beginnen und dann bis in die Nacht hinein arbeiten dürfe. Unter dieser Annahme habe sie angegeben, dass sie sich zwischen 17:45 und 18:00 Uhr auf den Arbeitsweg begeben könne. Die Zeit der Rückkehr von der Arbeit habe sie offen gelassen, da sie von 8,5 Stunden nach Arbeitsbeginn ausgegangen sei. Hauptsache sei für sie gewesen, 8,5 Stunden Arbeit zu leisten. Bei diesen Angaben sei sie davon ausgegangen, sie könne ihren Wunsch mitteilen und nicht alle ihr möglichen Zeiten. Dies bedeute jedoch nicht, dass sie nicht bereit sei, zu anderen Zeiten zu arbeiten. Es sei ihr sehr wichtig, eine 100%ige Anstellung zu finden. Ihre Familie sei darauf angewiesen, weshalb sie bereit sei, auch zu anderen Tageszeiten mit der Arbeit zu beginnen. Für die allfällige Kinderbetreuung werde ihre Mutter aufkommen. Diese habe sich dafür stets bereit erklärt und bereits früher die Kinder betreut. Sie (die Beschwerdeführerin) habe sich stets bemüht und werde weiterhin ihr Allerbestes geben, um eine Vollzeit-Stelle zu finden (act. G 1).

C.b In der Beschwerdeantwort vom 26. August 2008 beantragt der Beschwerdegegner die Beschwerdeabweisung. Da abends beginnende Arbeitseinsätze durch das Arbeitsgesetz eingeschränkt würden, sei die Beschwerdeführerin nicht in der Lage, im Umfang von 100% zu arbeiten. Auch wenn sie bereit wäre, länger zu arbeiten, werde es ihr aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen objektiv verunmöglicht. Somit müsse der anrechenbare Arbeitsausfall auf 50% reduziert werden. Die von der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeeingabe gemachte Behauptung, sie sei bereit und in der Lage, auch zu anderen Tageszeiten zu arbeiten, widerspreche ihren bisher gemachten Aussagen. Insbesondere habe sie im Verwaltungsverfahren kundgetan, dass ihre Mutter nicht auf die Kinder schauen könne. Mit Blick auf die widersprüchlichen Angaben der Beschwerdeführerin rechtfertige es sich, auf die sogenannte "Aussage der ersten Stunde" abzustellen. Am angefochtenen Einspracheentscheid werde festgehalten (act. G 3).



C.c Die Beschwerdeführerin betont in der Replik vom 25. September 2008, dass sie bei den Angaben in den verschiedenen Formularen davon ausgegangen sei, sie könne aus den verschiedenen ihr möglichen Arbeitszeiten, eine ihr am ehesten passende angeben. Sie beherrsche die deutsche Sprache nicht gut. Es liege ein Missverständnis vor. Eine Teilzeitanstellung könne sie sich aus finanzieller Sicht nicht leisten. Sie sei auf der Suche nach einer Vollzeitstelle (act. G 5).

C.d Der Beschwerdegegner hat auf die Einreichung einer Duplik verzichtet (vgl. act. G 7).

### **Erwägungen:**

1.

1.1 Praxisgemäss ist die gerichtliche Überprüfungsbefugnis auf den Zeitraum bis zum Erlass des Einspracheentscheides beschränkt; nachträgliche Sachverhaltsänderungen werden nicht berücksichtigt (BGE 129 V 4 E. 1.2). Da der streitige Einspracheentscheid vom 30. Mai 2008 datiert, ist der gerichtlichen Beurteilung demnach der bis zu diesem Zeitpunkt eingetretene Sachverhalt zugrunde zu legen.

1.2 Der Beschwerdegegner befand im Rahmen der in seine Zuständigkeit fallenden Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit gemäss Art. 85 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) auch darüber, ob die Beschwerdeführerin einen anrechenbaren Arbeitsausfall erleidet. Über diese Anspruchsvoraussetzung hat zwar grundsätzlich die Arbeitslosenkasse zu entscheiden (Art. 81 Abs. 1 lit. a AVIG). Nur wenn Zweifel über die Anspruchsberechtigung bestehen, hat die Arbeitslosenkasse die Sache der kantonalen Amtsstelle zum Entscheid über die Anspruchsberechtigung zu unterbreiten (Art. 81 Abs. 2 lit. a AVIG). Eine förmliche Überweisung des Falles an den Beschwerdegegner hat die Arbeitslosenkasse zwar nicht vorgenommen. Diese hat jedoch gestützt auf den Entscheid des Beschwerdegegners am 5. Juni 2008 eine Rückforderung von zuviel ausbezahlten Taggeldleistungen verfügt (act. G 3.1/C2) und damit die Zuständigkeit des Beschwerdegegners zum Entscheid über den anrechenbaren Arbeitsausfall im Sinn von Art. 81 Abs. 2 lit. a AVIG anerkannt. Im Übrigen weisen die



Anspruchsvoraussetzungen der Vermittlungsfähigkeit und des anrechenbaren Arbeitsausfalles enge Berührungspunkte auf und bilden eine Tatbestandsgesamtheit (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 29. September 2005, C 148/05, E. 1.2).

2.

2.1 Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Der Arbeitsausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02) gilt als voller Arbeitstag der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die die versicherte Person normalerweise während ihres letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat. Eine versicherte Person, die ganz arbeitslos (Art. 10 Abs. 1 AVIG) oder teilweise arbeitslos (Art. 10 Abs. 2 AVIG) oder diesen gleichgestellt ist (Art. 10 Abs. 4 AVIG), erleidet in jedem Fall einen Arbeitsausfall (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], Band I, Bern 1987, Art. 11 N 1). Der anrechenbare Arbeitsausfall bestimmt sich grundsätzlich im Vergleich zum letzten Arbeitsverhältnis vor Eintritt der Arbeitslosigkeit (BGE 125 V 59 E. 6c/aa). Es kommt darauf an, was die versicherte Person "an Verdienst einbringender Arbeitszeit verloren hat" und in welchem Umfang sie bereit, berechtigt und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit während der üblichen Arbeitszeit aufzunehmen. Bei Versicherten, die vor der Arbeitslosigkeit nicht in einem Arbeitsverhältnis standen (etwa Versicherte, die von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sind; Art. 14 AVIG), ist ein Ausfall nur mit Blick auf die Zukunft, im Hinblick auf das, was sie suchen, feststellbar (Gerhards, a.a.O., Art. 11 N 14).

2.2 Dauer und Ausmass des anrechenbaren Arbeitsausfalles wirken sich auf den Entschädigungsanspruch aus. Die Kürzung des Taggeldanspruchs bei einem teilweise anrechenbaren Arbeitsausfall geschieht durch eine entsprechende Reduktion des der Entschädigungsbemessung zu Grunde zu legenden versicherten Verdienstes (BGE 125 V 59 E. 6c/aa).



2.3 Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt ihrer Antragstellung (27. Dezember 2007; act. G 3.1/C34) ganz arbeitslos im Sinn von Art. 10 Abs. 1 AVIG war, d.h. in keinem Arbeitsverhältnis mehr stand und eine Beschäftigung zu einem Pensum von 100% suchte. Von den Parteien unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin vermittlungsfähig ist und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erleidet. Aus den Akten ergibt sich nichts Gegenteiliges. Streitig ist hingegen der Umfang des anrechenbaren Arbeitsausfalles.

3.

3.1 Zu prüfen ist damit lediglich die Frage, in welchem Ausmass die Beschwerdeführerin einen anrechenbaren Arbeitsausfall erleidet.

3.2 Der Beschwerdegegner ermittelte einen anrechenbaren Arbeitsausfall von 50% (vgl. act. G 3.1/A1). Es ist nach Lage der Akten nichts ersichtlich, was die Beschwerdeführerin daran hindern würde, werktags wenigstens nach der Rückkehr des Ehegatten um ca. 18:00 (act. G 1, S. 2) bis um 23:00 Uhr einer ca. 50%igen Erwerbstätigkeit nachzugehen.

3.3

3.3.1 Soweit die Beschwerdeführerin einen 100%igen anrechenbaren Arbeitsausfall geltend macht, kann ihr nicht gefolgt werden. Über eine andere dauernde Obhutsmöglichkeit als durch ihren Ehegatten verfügte die Beschwerdeführerin nach Lage der Akten nicht. Die Beschwerdeführerin hat sich bezüglich der Verneinung von dauerhaften Betreuungsmöglichkeiten durch ihre Mutter auf ihre Aussagen, dass ihre Mutter nicht auf ihre Kinder schauen könne bzw. sie nebst ihrem Ehegatten keine Betreuungsperson habe finden können (act. G 3.1/B2; vgl. auch G 3.1/C85) und auf ihr Verhalten behaften zu lassen (Auflösung des letzten Arbeitsverhältnisses wegen fehlender Betreuungsmöglichkeiten, act. G 3.1/B12 und C37 f.). Anhaltspunkte für sprachliche Verständigungsschwierigkeiten sind keine auszumachen. Vor diesem Hintergrund ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin im massgebenden Zeitraum bis 30. Mai 2008 nebst ihrem Ehegatten über keine weiteren dauerhaften Betreuungsmöglichkeiten verfügt hat.



3.3.2 Da ihr Ehegatte die Betreuung der Kinder nach ihren Angaben nicht vor 17:45 bis 18:00 Uhr übernehmen kann (act. G 1, S. 2), ist weiter davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin aufgrund der Kinderbetreuung tagsüber nicht vor diesem Zeitpunkt auf den Arbeitsweg zu begeben und einer Erwerbstätigkeit nachzugehen vermag. Zu verneinen ist ferner auch ein Arbeitseinsatz für die bei der letzten Anstellung ausgeübte Arbeitszeit von 4:30 bis 7:30 Uhr morgens (act. G 3.1/A5). Denn das letzte Arbeitsverhältnis wurde gerade deswegen aufgelöst, weil die Beschwerdeführerin während dieser Zeit nicht mehr in der Lage war, die Betreuung der Kinder durch Drittpersonen zu gewährleisten (act. G 3.1/B12 und C37 f.). Dass sich in dieser Hinsicht etwas geändert hätte, hat die Beschwerdeführerin nicht konkret dargelegt. Ferner ist mit dem Beschwerdegegner festzustellen, dass einem mehrstündigen Arbeitseinsatz nach 23:00 Uhr grundsätzlich die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11) entgegenstehen. So legt Art. 16 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 ArG fest, dass die Beschäftigung von Arbeitnehmenden nach 23:00 Uhr grundsätzlich untersagt ist. Ausnahmen von diesem Verbot bedürfen einer Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG). Die Voraussetzungen für Nachtarbeit von mehr als zwölf Wochen ohne Wechsel mit Tagesarbeit sind äusserst restriktiv in Art. 30 Abs. 2 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz umschrieben (ArGV 1; SR 822.111). Vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin vor Eintritt der Arbeitslosigkeit als vollständig im Haushalt tätige Person bzw. davor als Uhrensortiererin keinen Beruf ausgeübt hatte, in der dauernde Nachtarbeit ohne Schichtenwechsel betriebs- und/oder branchenüblich gewesen ist, sowie angesichts der strengen Bewilligungsvoraussetzungen für eine solche Erwerbstätigkeit können nächtliche Arbeitszeiten grundsätzlich nicht zu dem für die Beschwerdeführerin massgeblichen vollen Arbeitstag im Rechtssinne gezählt werden. Anrechenbar sind höchstens Arbeitszeiten bis 23:00 Uhr.

3.3.3 Einen allfälligen Arbeitsbeginn setzte der Beschwerdegegner auf 18:45 Uhr fest. Mit Blick auf den möglichen Einsatzraum Ostschweiz erscheint die Annahme eines 45 bis 60-minütigen Arbeitswegs als nachvollziehbar. Unter Berücksichtigung einer Arbeitszeit bis 23:00 Uhr resultiert eine werktägliche Arbeitszeit von 4.25 Stunden. Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit betrug für den vorliegend anwendbaren Sektor 2 in den Jahren 2006 und 2007 41.4 Stunden bzw. 8.28 Stunden pro Tag (vgl. Bundesamt für Statistik, Betriebsübliche Arbeitszeit nach



Wirtschaftsabteilungen). Wie der Beschwerdegegner zutreffend feststellte, beträgt der anrechenbare Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin im massgebenden Zeitraum bis 30. Mai 2008 somit gerundet 50%.

4.

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

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