



<b>Fall-Nr.:</b>	AVI 2010/36
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	AVI - Arbeitslosenversicherung
<b>Publikationsdatum:</b>	30.08.2019
<b>Entscheiddatum:</b>	21.01.2011

### **Entscheid Versicherungsgericht, 21.01.2011**

**Art. 23 Abs. 1 AVIG: Versicherter Verdienst eines Akkordarbeiters. Mehrstunden (Überzeit und Überstunden) können nicht berücksichtigt werden (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. Januar 2011, AVI 2010/36). Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiber Marcel Kuhn Entscheid vom 21. Januar 2011 in Sachen L.\_\_\_, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Ruedi Bollag, Im Lindenhof, Postfach 41, 9320 Arbon, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend versicherter Verdienst (Akkordarbeit)**  
**Sachverhalt:**

A.

A.a L.\_\_\_ arbeitete seit dem 6. August 2007 für die A.\_\_\_ als Monteur (act. G 3.1/18). Am 23. Oktober 2009 kündigte die Arbeitgeberin dem Versicherten auf den 31. Dezember 2009 und stellte ihn ab 26. Oktober 2009 von jeglicher Arbeitsleistung frei (act. G 3.1/41 und 42). Am 28. Oktober 2009 meldete er sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2010 an (act. G 3.1/32 und 40). Im Schreiben vom 26. Februar 2010 liess der Versicherte der Kantonalen Arbeitslosenkasse mitteilen, dass die Taggeldabrechnung für den Monat Januar 2010 quantitativ in keiner Art und Weise seinem Anspruch entspreche (act. G 3.1/9).

A.b Mit Verfügung vom 3. März 2010 wurde der versicherte Verdienst auf Fr. 5'202.-- festgesetzt. Da sich der Versicherte mehrfach nicht an die Höchstarbeitszeit des Betriebs von 41.5 Stunden pro Woche gehalten und sehr viel Überzeit geleistet habe, sei ihm am 23. Oktober 2009 auf den 31. Dezember 2009 gekündigt worden. Für die



## St.Galler Gerichte

Berechnung des versicherten Verdienstes könne jedoch nur die 100%-Anstellung berücksichtigt werden, die zusätzlich geleisteten Stunden würden auf die Höchstarbeitszeit von 41.5 Stunden heruntergebrochen. Es könne nur der normalerweise erzielte Lohn berücksichtigt werden (act. G 3.1/7).

A.c Gegen diese Verfügung erhob der Rechtsvertreter des Versicherten am 15. März 2010 Einsprache und beantragte, es sei der korrekte versicherte Verdienst festzustellen. Die Ermittlung des versicherten Verdienstes sei unklar. Es sei erwiesen, dass der Versicherte einen Bruttoverdienst für 2009 von nahezu Fr. 97'000.-- aufweise. Er sei als Akkordlohnarbeiter nicht im Stundenlohn, sondern in einem seltsamen und nicht nachvollziehbaren Punktesystem beschäftigt gewesen. Die Punkte hätten nichts zu tun mit den erbrachten Stundenleistungen. Aus den Abrechnungen sei nicht ersichtlich, wie viele Stunden der Versicherte gearbeitet habe. Es sei völlig willkürlich, einfach 41.5 Stunden als "normale Stundenleistung" anzunehmen (act. G 3.1/4).

A.d Mit Einspracheentscheid vom 18. März 2010 wies die Kantonale Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Der Versicherte habe keine arbeitsvertraglich festgelegte wöchentliche Arbeitszeit gehabt. Es sei von der durchschnittlichen und betriebsüblichen wöchentlichen Arbeitszeit von 41.5 Stunden ausgegangen worden (act. G 3.1/3).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die von Rechtsanwalt Ruedi Bollag, Arbon, im Namen des Versicherten eingereichte Beschwerde vom 29. März 2010 mit den Anträgen, der Einspracheentscheid vom 18. März 2010 sowie die zugrunde liegende Verfügung vom 3. März 2010 seien aufzuheben, es sei der korrekte versicherte Verdienst festzustellen und entsprechend seien seit Beginn der rechtlich relevanten Arbeitslosigkeit die Taggelder auszubezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Auf den Lohnabrechnungen sei keine Überstundenarbeit ersichtlich. Der Zeitsaldo werde mit Null ausgewiesen. Auch auf jeder Detail-Monats-Abrechnung werde Ist- und Sollzeit als ausgeglichen dokumentiert. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Beschwerdegegnerin den versicherten Verdienst berechnet habe, nachdem ein Nettolohn von monatlich Fr.



## St.Galler Gerichte

7'177.-- (nahezu 40% über dem versicherten Verdienst) ausgewiesen sei. Basis der Ermittlung des "normalerweise erzielten Lohnes" sei die arbeitsvertragliche Vereinbarung. Diese stipuliere weder eine Höchstarbeitszeit noch einen Stundenlohn. Eine Beschränkung auf 41.5 Stunden existiere jedoch nicht (act. G 1).

B.b In der Beschwerdeantwort vom 27. April 2010 beantragt die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde. Für die Festlegung des versicherten Verdienstes brauche es einen "normalerweise" erzielten Lohn, einen Bemessungszeitraum von sechs oder zwölf Monaten und eine vertraglich vereinbarte, betriebs- oder branchenübliche Arbeitszeit. Dabei werde nach Stunden und Franken abgerechnet. Das von der A.\_\_\_\_ geführte Punktesystem sei mit dem schweizerischen Sozialversicherungsrecht nicht kompatibel. Zur Abgrenzung von Überstunden und Überzeit müsse mangels einer vertraglich vereinbarten Arbeitszeit eine branchenübliche Arbeitszeit angenommen werden, damit ein "normalerweise" erzielter Lohn berechnet werden könne. Es sei von einem Durchschnitt von 41.5 Arbeitsstunden in der Woche ausgegangen worden. Ohne die Annahme einer Arbeitszeit wäre eine Berechnung mit Stunden nicht möglich gewesen. Die Berechnung des versicherten Verdienstes sei aufgrund der Lohnabrechnungen der A.\_\_\_\_ erfolgt (act. G 3).

B.c Mit Replik vom 11. Mai 2010 hält der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers an seinen Anträgen fest (act. G 6).

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf das Einreichen einer Duplik (vgl. act. G 8).

### 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. Gemäss Art. 37 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV; SR 837.02) 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 Zum massgebenden Lohn im Sinn von Art. 23 Abs. 1 AIVG gehören nebst dem Grundlohn (Monats-, Stunden- oder Akkordlohn) u.a. auch der 13. Monatslohn und die Gratifikation sowie Bonuszahlungen. Nicht zum massgebenden Lohn gehören in der Regel etwa Mehrstunden, welche die vertragliche Arbeitszeit übersteigen. Der Verdienst aus Mehrstunden gilt dann als versichert, wenn im Bemessungszeitraum die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit im Durchschnitt nicht überschritten wird. Wurde keine Arbeitszeit vereinbart, gelten erst die Arbeitsstunden, welche die betriebliche Normalarbeitszeit überschreiten, als Mehrstunden. Ferner sind grundsätzlich auch Ferien- und Feiertagsentschädigungen der im Stundenlohn beschäftigten Arbeitnehmenden bei der Bestimmung des massgebenden Lohns nicht zu berücksichtigen. Sie sind jedoch bei der Berechnung des versicherten Verdienstes miteinzubeziehen, soweit der gemäss vertraglich vereinbarter Arbeitszeit höchstmögliche Verdienst ohne Ferien- und Feiertagsentschädigung nicht überschritten wird (vgl. Kreisschreiben des seco über die Arbeitslosenentschädigung [KS ALE], Fassung Januar 2007, Rz C2).

2.

2.1 Streitig ist vorliegend die Höhe des versicherten Verdienstes des im Akkordlohn tätig gewesenen Beschwerdeführers.

2.2 Ein Akkordlohnverhältnis bedeutet, dass die Arbeit leistungsabhängig und nicht zeitabhängig bezahlt wird. Die Menge der Arbeitsleistung, nach welcher die Lohnbemessung erfolgt, muss vom Arbeitnehmer gesteuert werden können (U. Streiff/ A. von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., 2006, N 2 zu Art. 326 OR). Akkordarbeit heisst aber andererseits nicht, dass der Arbeitnehmer keinem Zeitregime unterworfen ist. Denn auch ein Akkordlohnarbeiter stellt der arbeitgebenden Person seine Dienste auf Zeit zur Verfügung, andernfalls nicht mehr von einem Arbeitsvertrag (sondern beispielsweise



## St.Galler Gerichte

von einem Auftrag oder Werkvertrag) auszugehen wäre (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4 und N 16 zu Art. 319 OR).

2.3 Gemäss Arbeitsvertrag vom 20. Juli 2007 wurde der Beschwerdeführer nach einem speziellen Punktesystem entschädigt, wobei die zu erledigenden Aufträge von der Arbeitgeberin vorab mit einer gewissen Punktezahl bewertet wurden. Im Punktwert waren auch Ferien- und Feiertagsentschädigung (12.16%), 13. Monatslohn (8.33%) und Pauschalspesen (10%) enthalten. Ebenfalls wurden die Regiearbeiten nach Punkten vergütet. Zusätzlich wurde pro Punkt sowie pro Regiestunde ein Qualitätsbonus in gleicher Höhe abgerechnet. Eine zeitliche Vorgabe für die punktebewerteten Aufträge ist dem Abrechnungssystem nicht zu entnehmen. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen ist davon auszugehen, dass sich ab Mai 2009 insofern eine Änderung ergeben hat, als die auszuführenden Arbeiten anstatt mit Punkten mit Zeitvorgaben, d.h. Leistungsstunden, versehen wurden, welche anschliessend zum vereinbarten Stundenansatz abgerechnet wurden. Dass es sich dabei um Leistungsstunden und nicht um die effektiv aufgewendete Arbeitszeit handeln muss, ergibt sich aus dem Umstand, dass dem Lohnjournal 2009 eine monatliche Arbeitszeit von bis zu 463 Stunden (vgl. September 2009 im Lohnjournal 2009, act. G 3.1/16) zu entnehmen ist, was selbst bei Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit von einem Arbeitnehmer physisch kaum geleistet werden könnte. Die Einführung der Abrechnung von Leistungsstunden ändert allerdings nichts am Akkordlohnverhältnis, da der Beschwerdeführer bei Unterschreitung der Vorgabestunden einen höheren Verdienst erzielen konnte und er somit weiterhin nach der verrichteten Arbeit und nicht nach dem effektiven Stundenaufwand entschädigt wurde. Es kann somit festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer im für die Berechnung des versicherten Verdienstes massgebenden Zeitraum bis zu seiner Freistellung auf Akkordlohnbasis gearbeitet hat.

2.4 Die Beschwerdegegnerin hat bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes den vom Beschwerdeführer erzielten Akkordlohn nicht berücksichtigt, sondern bei ihrer Berechnung ausschliesslich auf zeitliche Komponenten abgestellt, indem sie den in den Lohnabrechnungen berücksichtigten Stundenansatz (zuzüglich des anteilmässigen 13. Monatslohns), der auch dem Punktwert entspricht, mit der betriebsüblichen wöchentlichen Arbeitszeit von 41.5 Stunden multiplizierte. Diese Berechnungsmethode



ist für den vorliegend zu beurteilenden Fall nicht anwendbar, zumal der Akkordlohn ausdrücklich zum massgebenden Lohn im Sinn von Art. 23 Abs. 1 AIVG zu zählen ist (vgl. KS ALE, Fassung Januar 2007, Rz C2).

2.5 Der tatsächlich erzielte Akkordlohn stellt somit grundsätzlich die Bemessungsgrundlage für den versicherten Verdienst dar. Davon ausgenommen ist jener Teil des Akkordlohns, der auf Überstunden- bzw. Überzeitarbeit beruht, da mit Mehrstunden nicht mehr der "normalerweise erzielte Lohn" erwirtschaftet wird (BGE 129 V 108 E. 3.2). Der allgemein verbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag für das Schreinerhandwerk (nachfolgend GAV) enthält für die Akkordlohnarbeit eine Bestimmung bezüglich des vereinbarten Lohns (Art. 15 Abs. 4). Eine Sonderbestimmung bezüglich Arbeitszeit ist hingegen nicht vorgesehen. Somit gilt auch für Akkordlohnarbeiter gemäss Art. 7 GAV eine Jahresarbeitszeit von 2164 Stunden (entspricht monatlich 180.33 Stunden respektive 41.5 Stunden pro Woche), wobei die wöchentliche Arbeitszeit minimal 36 und maximal 45 Stunden beträgt (Art. 8 Abs. 3 GAV). Mangels besonderer Arbeitszeitregelung gilt die jahresdurchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit gemäss Art. 7 Abs. 2 als betriebliche Arbeitszeit (Art. 8 Abs. 1 GAV). Als Überstundenarbeit gelten insbesondere die Mehrstunden des Jahresarbeitszeitsaldos, die im individuellen Arbeitszeitkonto gemäss Art. 9 ausgewiesen sind (Art. 12 Abs. 1 GAV). Im Zeitpunkt der Freistellung des Beschwerdeführers (Oktober 2009) betrug der Arbeitszeitsaldo gemäss den vorliegenden Unterlagen 186.78 Stunden (act. G 3.1/16 und 29; vgl. auch Freistellungsvereinbarung, Ziffer 4, act. G 3.1/41). Bei diesem Zeitsaldo handelt es sich um noch nicht kompensierte Überstunden- bzw. Überzeitarbeit, welche allerdings mit der Freistellung des Beschwerdeführers abgegolten wurde (act. G 3.1/41). In den Freistellungsmonaten (Oktober bis Dezember 2009) wurde der Beschwerdeführer mit einem auf der Basis einer betriebsüblichen Arbeitszeit von 180.33 Stunden berechneten Zeitlohn entschädigt, weshalb der Überstundensaldo von 186.78 Stunden bei der Berechnung des versicherten Verdienstes ausgeklammert bzw. der entsprechende Mehrstundenlohn abgezogen werden muss. Dieser Mehrstundenlohn ergibt sich rechnerisch aus dem Stundenansatz von Fr. 26.-- zuzüglich 13. Monatslohn (8,33%) und Bonus (Fr. 1.-- pro Stunde). Entsprechend beläuft sich der Mehrstundenlohn gesamthaft auf Fr. 5'447.59 (Fr. 4'856.28 [186.78 x Fr. 26.--] plus Fr. 404.53 [8.33% von Fr. 4'856.28] plus Fr. 186.78 [186.78 x Fr. 1.--]).



## St.Galler Gerichte

2.6 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen und der Lohnabrechnungen (vgl. Lohnkumulativjournal 2009, act. G 3.5.14) ist für den versicherten Verdienst von einem Jahresverdienst 2009 von Fr. 90'570.-- auszugehen.

2.7 Da der Beschwerdeführer in den Monaten Juli bis Dezember 2009 unter Berücksichtigung des Abzugs für den Mehrstundenlohn im Durchschnitt weniger verdiente als in den Monaten Januar bis Dezember 2009, ist von der zwölfmonatigen Bemessungsperiode auszugehen. Vom erzielten Jahresverdienst 2009 von Fr. 90'570.-- ist, wie erwähnt, der auf die 186.78 Mehrstunden entfallende Lohn von Fr. 5'447.59 abzuziehen. Nach diesem Abzug resultiert ein Jahresverdienst von Fr. 85'122.41 bzw. ein Monatsverdienst von (gerundet) Fr. 7'094.--. Entsprechend ist der versicherte Verdienst auf Fr. 7'094.-- pro Monat festzusetzen.

3.

3.1 Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids gutzuheissen und der versicherte Verdienst des Beschwerdeführers ab 1. Januar 2010 auf Fr. 7'094.-- festzusetzen. Die Beschwerdegegnerin wird die Arbeitslosenentschädigung des Beschwerdeführers entsprechend neu zu berechnen haben.

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 Hingegen hat der Beschwerdeführer bei diesem Verfahrensausgang Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Gericht 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 (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr.12'000.--. Vorliegend erscheint eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP



### **entschieden:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 18. März 2010 aufgehoben und die Sache zur Neuberechnung der Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2010 auf der Basis eines versicherten Verdienstes von Fr. 7'094.-- an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.