



<b>Fall-Nr.:</b>	AVI 2011/17
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	AVI - Arbeitslosenversicherung
<b>Publikationsdatum:</b>	23.02.2012
<b>Entscheiddatum:</b>	23.02.2012

### **Entscheid Versicherungsgericht, 23.02.2012**

**Art. 8 Abs. 1 lit. a und b, Art. 11 Abs. 1 AVIG. Ermittlung der normalen Arbeitszeit bei einem Arbeitnehmer, der für eine Arbeitgeberin grundsätzlich auf Abruf mit einem Pensum von 5-10%, während eines zeitlich klar begrenzten Projekts jedoch zu 70-80% tätig war (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. Februar 2012, AVI 2011/17).Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiberin Jeannine Bodmer**  
**Entscheid vom 23. Februar 2012**  
**SachenA.\_\_\_\_,Beschwerdeführer,gegenKantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,Beschwerdegegnerin,betreffendArbeitslosenentschädigung (anrechenbarer Arbeitsausfall)****Sachverhalt:**

A.

A.a A.\_\_\_\_ meldete sich am 20. August 2010 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (act. G 3.1/11) und beantragte am 30. August 2010 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen Arbeitslosenentschädigung ab 20. August 2010 (act. G 3.1/9). Da er bei der B.\_\_\_\_. AG, (nachfolgend: Arbeitgeberin), für ein Projekt auf Abruf tätig gewesen und dieses Projekt im August 2010 abgeschlossen worden war, hatte die Arbeitgeberin ihm nur noch gelegentliche Arbeiten zu vergeben (vgl. act. G 3.1/10).

A.b Mit Verfügung vom 6. Oktober 2010 lehnte die kantonale Arbeitslosenkasse den Antrag des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 20. August 2010 ab. Zur Begründung hielt sie fest, dass Arbeitnehmer, welche auf Abruf tätig seien, grundsätzlich keinen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaufschlag erleiden würden.



## St.Galler Gerichte

Eine Ausnahme bestehe dann, wenn die Einsätze während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant gewesen seien und die Einsätze nun reduziert würden. Da sich vorliegend im Durchschnitt der letzten sechs bzw. zwölf Monate überdurchschnittliche Abweichungen ergeben würden, könne nicht von mehr oder weniger konstanten Arbeitseinsätzen gesprochen werden. Auch würden die Abweichungen keiner Regelmässigkeit oder Saisonalität unterliegen. Daher sei daran festzuhalten, dass Beschäftigungsschwankungen in der Natur des Abrufverhältnisses lägen und als Risiko vom Arbeitnehmer zu tragen seien (act. G 3.1/20).

B.

B.a Dagegen erhob der Versicherte am 12. Oktober 2010 mit Unterstützung des Sozialamts der Gemeinde C.\_\_\_\_ Einsprache. Er begründete sie damit, dass auf Grund des Projektabschlusses auch von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden müsse, da er - wenn überhaupt - leider nur noch gelegentlich für die Arbeitgeberin tätig sein könne. Die grössten Lohnabweichungen liessen sich mit zwei Wochen Ferien im August 2009 und einem Deutschkurs im Januar 2010 begründen, welchen er auf Weisung des Sozialamts C.\_\_\_\_ habe besuchen müssen. Durch den Sprachkurs habe er seiner Arbeit nur noch zu 50% nachgehen können. Die erhöhten Einkommen der Monate September 2009 und Februar 2010 liessen sich damit begründen. Gehe man von den Einkommen der letzten sechs Monate aus, würden die Abweichungen zum Durchschnittseinkommen mehr oder weniger +/- 10% betragen, weshalb nicht von überdurchschnittlichen Abweichungen gesprochen werden könne (act. G 3.1/21).

B.b Mit Einspracheentscheid vom 26. Januar 2011 wies die kantonale Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Da Abweichungen von der Normalarbeitszeit durch Beschäftigungsschwankungen höchstens 20% ausmachen dürften, seien die vorliegenden Abweichungen bis 25% gegen oben und bis 41% (Januar 2010) und 30% (März 2010) gegen unten zu gross und die Arbeitseinsätze demnach zu wenig konstant, um daraus eine Normalarbeitszeit abzuleiten. Daran vermöchten auch die Tatsachen nichts zu ändern, dass der Versicherte im Januar 2010 einen Sprachkurs besucht und im August 2009 Ferien bezogen habe (act. G 3.1/36).

C.



## St.Galler Gerichte

C.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die vom Versicherten am 23. Februar 2011 eingereichte Beschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des Einspracheentscheids und Ausrichtung der gesetzlichen Leistungen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates. Zur Begründung machte er erneut geltend, dass die Schwankungen im Einkommen daher rührten, dass er im Januar 2010 auf Weisung des Sozialamts einen Deutschkurs habe besuchen müssen und zudem Ferien bezogen habe. Daher dürfe die Beschwerdegegnerin nicht einfach auf pauschale Grenzwerte von 10% oder 20% abstellen (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 12. April 2011 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Bezüglich Sachverhalt und Begründung verwies sie auf den Einspracheentscheid vom 26. Januar 2011 (act. G 3).

C.c Der Beschwerdeführer verzichtete auf die Einreichung einer Replik (act. G 6).

Erwägungen:

1.

Vorliegend ist streitig und zu prüfen, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 20. August 2010 hat.

2.

2.1 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt u.a. voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]), wobei als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG), während teilweise Arbeitslosigkeit u.a. dann vorliegt, wenn die versicherte Person eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG). Weiter ist vorausgesetzt, dass die versicherte Person einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Der Arbeitsausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert.



2.2 Gemäss Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel auf Grund der im Beruf oder Erwerbszweig des Versicherten allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln. Besteht hingegen eine besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit der versicherten Person. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen, gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, sodass Arbeitnehmer während der Zeit, da sie nicht zur Arbeit aufgefordert werden, keinen anrechenbaren Verdienstausfall erleiden (BGE 107 V 61 E. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 E. 2a, 1995 Nr. 9 S. 48 E. 2a mit Hinweis).

2.3 Von diesem Grundsatz kann jedoch 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; er muss umso länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (BGE 107 V 61 f. E. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 E. 2a mit Hinweisen).

3.

3.1 Die Beschwerdegegnerin kam im Einspracheentscheid vom 26. Januar 2011 gestützt auf den im Kumulativjournal der Arbeitgeberin angegebenen Lohn des Beschwerdeführers in der Zeit vom September 2009 bis August 2010 zum Schluss, dass die monatlichen Abweichungen von der durchschnittlichen Arbeitszeit gegen oben wie unten zu gross und damit zu wenig konstant seien, um daraus eine Normalarbeitszeit ableiten zu können (act. G 3.1/36, 3.1/22). Dagegen machte der Beschwerdeführer geltend, die Schwankungen liessen sich klar begründen, weshalb nicht auf pauschale Grenzwerte von 10% oder 20% abgestellt werden dürfe. Ausserdem sei das Arbeitsverhältnis mit der Beendigung der Projektarbeiten aufgelöst worden (act. G 1).



3.2 Eine förmliche, definitive Aufgabe des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers bei der B.\_\_\_\_ AG liegt zwar nicht vor. Indessen ist zu prüfen, ob auf Grund der konkreten Umstände dennoch von einem konkreten und anrechenbaren Arbeitsausfall auszugehen ist. Wie dem Zwischenzeugnis vom 19. März 2010 zu entnehmen ist, arbeitete der Beschwerdeführer seit 1. Mai 2009 mit einem Arbeitspensum von ca. 70-80% im Rahmen eines Marketing-Projekts. Das Zwischenzeugnis wurde erstellt, da die Arbeiten demnächst abgeschlossen würden und dem Beschwerdeführer voraussichtlich keine neuen Arbeiten zugewiesen werden könnten (act. G 3.1/2). Im Arbeitszeugnis vom 31. August 2010 wird ausgeführt, dass die Arbeiten mit "Muster-Tozettos" zu einem Marketing-Projekt gehörten, das die Arbeitgeberin in der Zeit von "Mai 2009 bis und mit August 2010" durchgeführt habe. Seither arbeite der Beschwerdeführer nur noch in einem Arbeitspensum von ca. 5% für sie (vgl. act. G 3.1/10). In der Arbeitgeberbescheinigung vom 13. September 2010 erklärt die Arbeitgeberin, dass es sich um ein befristetes Projekt gehandelt habe, das mündlich per 31. August 2010 gekündigt worden sei. Als vertragliche Normalarbeitszeit des Beschwerdeführers werden durchschnittlich 35 Stunden pro Woche angegeben. Der letzte Arbeitstag sei der 25. August 2010 gewesen (act. G 3.1/14). Auf Nachfrage der Beschwerdegegnerin führte die Arbeitgeberin am 22. Oktober 2010 aus, es gebe keine schriftliche Kündigung. Mit dem Abschluss des Marketingprojekts per Ende August habe sie dem Beschwerdeführer mündlich mitgeteilt, dass sich seine Beschäftigung - wie bereits vor dem Projekt im Mai 2009 - wieder auf das Abbrechen von Schwenktafeln und Bodenschubladen beschränken werde. Diese Gelegenheitsarbeit sei auf Abruf und schwanke zwischen 5-15 Stunden pro Monat (act. G 3.1/25). Zwar bestand während des Marketingprojekts weder ein speziell darauf ausgerichteter schriftlicher Arbeitsvertrag (vgl. act. G 3.1/2), noch wurde dem Beschwerdeführer ein durchschnittlicher oder ein minimaler Beschäftigungsgrad zugesichert. Immerhin erklärte die Arbeitgeberin in der Arbeitgeberbescheinigung vom 23. August 2010, dass im Zusammenhang mit diesem Projekt eine durchschnittliche Arbeitszeit von 35 Wochenstunden bestanden habe (act. G 3.1/6). Da der Beschwerdeführer im Stundenlohn beschäftigt war, gab es naturgemäss Schwankungen, beispielsweise bei Ferien oder bei sonstigen Abwesenheiten (wie Krankheit, Deutschkurs). Solche Schwankungen gehen auch aus dem Kumulativjournal hervor (act. G 3.1/22). Allerdings enthält dieses nicht die tatsächlich geleisteten



## St.Galler Gerichte

Stunden pro Monat (was die Beschwerdegegnerin mit ihrer Aufstellung der Schwankungen in act. G 3.1/19 übersieht), sondern die in diesen Monaten ausbezahlten Stunden. Dass die in den monatlichen Lohnabrechnungen vergüteten Arbeitsstunden nicht mit den monatlich effektiv geleisteten übereinstimmen, ergibt sich daraus, dass der Beschwerdeführer im Stundenlohn entschädigt wurde und die Lohnzahlungen jeweils mehrere Tage vor Monatsende erfolgten. Beispielsweise betrifft die Lohnauszahlung für den Monat August 2010 von Fr. 3'507.40 für 157 Stunden à Fr. 22.34 (vgl. act. G 3.1/4) auch bereits in Vormonaten geleistete Arbeitszeit. Im "Ausdruck der Buchungen vom 1.8.2010 bis 31.8.2010" der Arbeitgeberin sind für diesen Monat nämlich nur 98 Stunden und 14 Minuten Arbeitszeit verzeichnet. Per 1. August 2010 ist aber ein Saldo von 72 Stunden und 23 Minuten aufgeführt. Aus den Buchungen geht sodann hervor, dass bereits um die Mitte des Monats (und nicht erst Ende August 2010) der Arbeitseinbruch stattgefunden hatte (act. G 3.1/15 Beilage). Wie aus den Bescheinigungen über den Zwischenverdienst hervorgeht, gab die Arbeitgeberin als Arbeitszeiten des Beschwerdeführers im September 2010 ca. 36 Stunden, im Oktober 2010 27.24 Stunden, im November 2010 18.32 Stunden, im Dezember 2010 33.25 Stunden und im Januar 2011 10.5 Stunden an (act. G 3.1/16, 23, 26, 29, 30, 34, 35). Wohl arbeitete der Beschwerdeführer auch nach Beendigung des befristeten Projekts bei der gleichen Arbeitgeberin weiter. Wie auf Grund des Arbeitsvertrags, der Arbeitgeberbescheinigung, des Zwischenzeugnisses und des Arbeitszeugnisses zu schliessen ist, ging jedoch das Arbeitsverhältnis betreffend das Marketing-Projekt, das gemäss Angaben der Arbeitgeberin ein Pensum von 70-80% umfasste, im August 2010 zu Ende. Der Beschwerdeführer war in der Folge nur noch für durchschnittlich ca. 25 Stunden pro Monat im Einsatz, wobei er andere Arbeiten (Aufräumarbeiten) auszuführen hatte. Mit der Beendigung des Marketing-Projekts im August 2010 ergab sich mithin für den Beschwerdeführer nicht nur ein bedeutender Einbruch im Arbeitsvolumen, sondern er verlor eine konkrete Beschäftigung rund um ein bestimmtes Projekt der Arbeitgeberin. Bei diesen Änderungen im Arbeitspensum wie auch in der Arbeitsausführung ist es unter arbeitslosenversicherungsrechtlichem Blickwinkel gerechtfertigt, von der Aufgabe eines Arbeitsverhältnisses und damit einem anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaustausfall auszugehen. Die über die Beendigung des Projekts weiter geleisteten Arbeitsstunden sind demzufolge als Zwischenverdienst zu behandeln.



3.3 Dieses Vorgehen begründet sich noch aus einem weiteren Grund. Dem Beschwerdeführer soll es nicht zum Nachteil gereichen, dass er unter Wahrung seiner Schadenminderungspflicht das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin nach der massiven Reduktion der Arbeitsstunden nicht gekündigt hat.

3.4 Insgesamt ist somit festzuhalten, dass während der Projektdauer von Mai 2009 bis August 2010 mit der Arbeitgeberin ein besonderes Arbeitsverhältnis bestanden hatte, welches jene per Projektende (mündlich) gekündigt hat. Damit ist von der Aufgabe eines Arbeitsverhältnisses und damit von einem anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaufschlag auszugehen. Die Beschwerdegegnerin wird nun durch weitere Rückfragen bei der Arbeitgeberin den konkreten Ausfall aus diesem Arbeitsverhältnis und dessen konkrete Beendigung (entweder im Laufe oder per Ende des Monats Augusts 2010) noch abzuklären haben. Dabei wird insbesondere auch zu berücksichtigen sein, wann der im September 2010 nachträglich ausbezahlte "Rest-Stunden-Saldo" in Höhe von 60 Stunden (vgl. Bescheinigung über den Zwischenverdienst vom Monat September 2010, act. G 3.1/16) konkret erarbeitet wurde und somit verdienstmässig anzurechnen ist. Anschliessend wird die Beschwerdegegnerin über den Anspruch des Beschwerdeführers erneut zu verfügen haben. Im Übrigen sind bei dieser Betrachtungsweise die geleisteten Arbeitsstunden ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Bezug auf das Managementprojekt als Zwischenverdienst zu behandeln.

4.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 26. Januar 2011 aufzuheben. Die Streitsache ist sodann zur weiteren Abklärung im Sinn der Erwägungen sowie zur neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:



## St.Galler Gerichte

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 26. Januar 2011 aufgehoben und die Streitsache zur ergänzenden Abklärung im Sinn der Erwägungen sowie zur neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.