



Fall-Nr.:	AVI 2011/47
Stelle:	Versicherungsgericht
Rubrik:	AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum:	13.07.2012
Entscheiddatum:	13.07.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 13.07.2012

Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG. Anrechenbarer Verdienstausschluss. Vorliegend wurde das Arbeitsverhältnis auf Abruf offensichtlich beendet, weshalb ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht. Damit erübrigt sich die Prüfung des Vorliegens einer Normalarbeitszeit (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. Juli 2012, AVI 2011/47).Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichter Martin Rutishauser, a.o. Versicherungsrichter Christian Zingg; Gerichtsschreiberin Jeannine BodmerEntscheid vom 13. Juli 2012in
SachenA.____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Daniel Ehrenzeller, Engulgasse 214, 9053 Teufen, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Arbeitslosenentschädigung (anrechenbarer Arbeitsausfall) Sachverhalt:

A.

A.a A.____ meldete sich am 13. März 2009 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) B.____ zur Arbeitsvermittlung an (act. G 6.1/B59) und beantragte am 6. April 2009 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen Arbeitslosenentschädigung (act. G 6.1/B60), da ihr die Arbeitgeberin, die C.____, am 9. März 2009 wegen schlechter Auftragslage per 31. Mai 2009 gekündigt hatte (act. G 6.1/B63). Sodann wurde der Versicherten gemäss eigenen Angaben mündlich angeboten, im Anschluss an die Kündigung weiterhin bei der Arbeitgeberin als Aushilfe tätig zu sein. In der Folge arbeitete sie als Aushilfe bis Mai 2010 weiter für die Arbeitgeberin (act. G 1, 6.1/B50, 6.1/B45-B47, 6.1/B37, 6.1/B29-B33, 6.1/B26, 6.1/B7-B16).



St.Galler Gerichte

A.b Die Kantonale Arbeitslosenkasse verfügte am 7. Dezember 2009 auf Grund eines fehlenden Verdienstausfalls eine Ablehnung des Antrags auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juni 2009 (act. G 6.1/B18).

A.c Nachdem die Arbeitgeberin der Versicherten im Frühling 2010 erneut mündlich eröffnet habe, dass ab 1. Juni 2010 wegen fehlender Aufträge keine Einsätze mehr erfolgen würden, wandte sich die Versicherte wiederum an die Arbeitslosenkasse mit dem Begehren um Arbeitslosenentschädigung (act. G 1).

A.d Mit Verfügung vom 6. September 2010 lehnte die kantonale Arbeitslosenkasse den Antrag der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 16. März 2010 (nicht bei den Akten) ab. Zur Begründung hielt sie fest, dass Arbeitnehmer, welche auf Abruf tätig seien, grundsätzlich keinen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausfall erleiden würden. Eine Ausnahme bestehe dann, wenn die Einsätze während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant gewesen seien und die Einsätze nun reduziert würden. Ebenfalls Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe, wenn seit längerer Zeit keine Einsätze mehr erfolgt seien oder der Arbeitgeber klar zu erkennen gebe, dass keine Einsätze mehr erfolgen 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 6.1/A22).

B.

B.a Dagegen erhob der Versicherte am 1. Oktober 2010 Einsprache (act. G 6.1/A18). Mit Schreiben vom 26. Januar 2011 und Ergänzung vom 28. April 2011 begründete ihr Rechtsvertreter, Rechtsanwalt lic. iur. D. Ehrenzeller, Teufen, die Einsprache damit, dass im Monat Dezember 2009 von einem unbezahlten Urlaub auszugehen sei, weshalb dieser bei der Durchschnittsberechnung nicht zu berücksichtigen sei. Zudem sei nicht nur das Jahr 2009 einzubeziehen, sondern es müssten alle Jahre bei der Arbeitgeberin, also sämtliche Jahre ab 2005 berücksichtigt werden. Weiter seien die



St.Galler Gerichte

Ferienentschädigungen bei jenen Monaten aufzurechnen, während denen die Versicherte Ferien bezogen habe. Schliesslich werfe die Verfügung die Frage auf, ob die Versicherte denn besser ab Juni 2009 ganz auf die Tätigkeit bei der Arbeitgeberin verzichtet hätte, habe sie sich scheinbar dadurch ja den Anspruch auf Taggelder verscherzt, was nicht Sinn der Sache sein könne. Vielmehr könnten die Arbeitseinsätze ja auch als Zwischenverdienst deklariert werden, was einer Anspruchsberechtigung nicht entgegenstehen sollte. Ausserdem verwies er auf eine bereits eingereichte Bestätigung der bisherigen Arbeitgeberin, wonach die Versicherte nun per Ende Mai 2010 auch nicht mehr im bisherigen Rahmen eingesetzt werden könne (act. G 11.3, 6.1/A8).

B.b Mit Einspracheentscheid vom 8. Juni 2011 wies die kantonale Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Da das im Zeitraum vom April 2009 bis März 2010 erzielte Einkommen um +63% (Monat September 2009), +36% (Monat Oktober 2009), +26% (Monat April 2009) bis -100% (kein Einkommen im Monat Dezember 2009) vom Monatsmittel von Fr. 2'418.-- abweiche, werde deutlich, dass die Einsätze auch über einen längeren Zeitraum nicht konstant gewesen seien und sich somit keine individuelle, normale Arbeitszeit ermitteln lasse. Bei diesem Vergleich seien die monatlich ausbezahlten Ferien- und Feiertagsentschädigungen unberücksichtigt geblieben. Führe jedoch schon der Vergleich der ausserhalb der Ferienmonate erzielten Verdienste zu keiner individuellen normalen Arbeitszeit, könne die Prüfung der Frage unterbleiben, ob eine andere Beurteilung Platz greifen würde, wenn die Einkommen in den Ferienmonaten Juli und August 2009 ausgeblendet würden (act. G 6.1/A6).

C.

C.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die vom Rechtsvertreter der Versicherten am 8. Juli 2011 in ihrem Namen eingereichte Beschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des Einspracheentscheids und Anerkennung ihrer Anspruchsberechtigung ab 1. Juni 2010, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung machte er geltend, dass über den 31. Mai 2010 hinaus kein Abruf-Verhältnis oder ein anderes Arbeitsverhältnis mehr bestanden habe und die Beschwerdeführerin daher nicht nur voll arbeitslos, sondern auch voll vermittelbar



St.Galler Gerichte

gewesen sei. Daher sei per 1. Juni 2010 eine neue Rahmenfrist zu eröffnen mit entsprechendem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 7. November 2011 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Bezüglich Sachverhalt und Begründung verwies sie auf den Einspracheentscheid vom 8. Juni 2011 (act. G 6).

C.c Am 24. November 2011 wurde dem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung für das Verfahren vor Versicherungsgericht entsprochen (act. G 7).

C.d In der Replik vom 10. Februar 2012 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Vorab wies ihr Rechtsvertreter auf eine Unvollständigkeit in den Akten der Beschwerdegegnerin hin und reichte fehlende Unterlagen nach. Er machte geltend, dass das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin unter welchem Titel auch immer per Ende Mai 2010 endgültig beendet worden sei und sie auch sonst im Jahr 2010 nicht mehr gearbeitet habe. Auf Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei auch die Prozentregel unbeachtlich und es bestehe kein Grund, die Anspruchsberechtigung zu verneinen (act. G).

Erwägungen:

1.

Am 1. April 2011 sind die Änderungen des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) in Kraft getreten (4. AVIG-Revision, AS 2011 1167 ff.). Da ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 16. März 2010 streitig ist, ist die Angelegenheit gestützt auf die allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln, wonach in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts galten, auf Grund der alten (bis 31. März 2011 gültigen) Normen zu prüfen (vgl. [BGE 130 V 445](#) E. 1 S. 446 f. mit Hinweis).

2.



Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren verpflichtet gewesen wäre, die für das Verfahren massgebenden Akten vollständig einzureichen. Der Entscheid über die einzureichenden Akten liegt nicht in ihrem Ermessen. Schliesslich sind gemäss Art. 46 ATSG für jedes Sozialversicherungsverfahren alle Unterlagen, die massgeblich sein können, vom Versicherungsträger systematisch zu erfassen. Nachdem die Beschwerdeführerin fehlende Akten jedoch selber nachgereicht hat (vgl. act. G 11.1 - 11.4) und die Streitsache auf Grund der vorhandenen Akten entschieden werden kann, wird von einer weiteren Aktenedition bei der Beschwerdegegnerin abgesehen.

3.

Vorliegend ist streitig und zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin ab 16. März 2010 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

4.

4.1 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.

4.2 Gemäss Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel auf Grund der im Beruf oder Erwerbszweig der versicherten Person 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).

4.3 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).

5.

5.1 Die Beschwerdegegnerin kam im Einspracheentscheid vom 8. Juni 2011 gestützt auf die in den monatlichen Lohnabrechnungen sowie den Bescheinigungen über den Zwischenverdienst der Arbeitgeberin aufgeführten Lohnangaben zum Schluss, dass die monatlichen Abweichungen der Löhne in der Zeit von April 2009 bis März 2010 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 6.1/A29). Dagegen machte die Beschwerdeführerin geltend, dass auf Grund der definitiven Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Arbeitgeberin ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe. Eventualiter seien nicht nur die letzten sechs oder zwölf Monate bei der Arbeitgeberin, sondern sämtliche Jahre des Arbeitsverhältnisses, d.h. die Zeit seit Sommer 2005, bei der Berechnung der Normalarbeitszeit zu berücksichtigen (vgl. act. G 1).

5.2 Vorliegend hat zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer Arbeitgeberin für das Arbeitsverhältnis als Aushilfe auf Abruf ab 29. August 2005 ein schriftlicher Arbeitsvertrag bestanden (vgl. act. G 6.1/B62). Nach erfolgter Kündigung durch die Arbeitgeberin per 31. Mai 2009 wegen schlechter Auftragsituation (act. G 6.1/B63)



wurde das Arbeitsverhältnis auf Grund einer mündlichen Vereinbarung weitergeführt. Wie der Bescheinigung über den Zwischenverdienst vom Juni 2009 zu entnehmen ist, wurden weder eine wöchentliche Arbeitszeit noch eine Befristung des Arbeitsverhältnisses vereinbart (act. G 6.1/B46). Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin, welche für weitere Fragen betreffend das Arbeitsverhältnis an die zuständige Personalverantwortliche der Arbeitgeberin verwies, sei dies zu denselben Konditionen erfolgt wie vor der Kündigung (act. G 6.1/A18). Gemäss der Arbeitsbestätigung der Arbeitgeberin vom 2. Februar 2011 war die Beschwerdeführerin vom 29. August 2005 bis zum 31. Mai 2010 als Betriebsmitarbeiterin auf Abruf in der Produktion beschäftigt gewesen. Aus wirtschaftlichen Gründen habe man die Beschwerdeführerin informieren müssen, dass ihr leider kein weiterer Arbeitseinsatz im Betrieb habe angeboten werden können (act. G 6.1/A12). Damit fehlt zwar eine schriftliche Kündigung als förmlicher Beweis für die definitive Aufgabe des Arbeitsverhältnisses der Beschwerdeführerin, indessen bestätigte die Arbeitgeberin am 2. Februar 2011 mit gleicher Beweiskraft die definitive Aufgabe des Arbeitsverhältnisses per 31. Mai 2010. Dies deckt sich schliesslich mit der handschriftlichen Angabe der Arbeitgeberin vom 27. August 2010 (Eingangsdatum bei der Arbeitslosenkasse), die Beschwerdeführerin habe im Juni und Juli 2010 nicht gearbeitet (act. G 6.1/A29), sowie den Formularen "Angaben der versicherten Person für" die Monate August 2010 bis Januar 2011, März bis Mai 2011 und Juli bis Oktober 2011 (act. G 6.1/A24, A19, A17, A13-A15, A11, A9, A7, A5, A3, A2, A1), laut welchen die Beschwerdeführerin während dieser Monate bei keinem Arbeitgeber angestellt war. Somit gilt das Arbeitsverhältnis per Ende Mai 2010 faktisch als beendet und es ist ab Juni 2010 von einem konkreten anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausschlag auszugehen.

5.3 Schliesslich ist der Beschwerdeführerin darin beizupflichten, dass es ihr nicht zum Nachteil gereichen sollte, dass sie unter Wahrung ihrer Schadenminderungspflicht das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin nach deren Kündigung per 31. März 2009 auf Grund mündlicher Vereinbarung weitergeführt und nicht einfach aufgegeben hat.

5.4 Unter diesen Umständen ist nicht weiter zu prüfen, ob sich trotz monatlicher Schwankungen eine normale Arbeitszeit ermitteln liesse. Anzufügen bleibt höchstens, dass diesbezüglich Abweichungen auf Grund bezogener Ferientage in dem Sinn zu



berücksichtigen gewesen wären, als die Ferienentschädigungen, welche die Beschwerdeführerin als Lohnzuschlag erhielt, bei denjenigen Monaten hätten angerechnet werden müssen, in denen die Ferien tatsächlich bezogen wurden (vgl. analoge Anwendung von BGE 125 V 42). Zudem hat es die Beschwerdegegnerin unterlassen zu prüfen, ob im Rahmen des vorliegend langjährigen Arbeitsverhältnisses, bei welchem gemäss Rechtsprechung (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 12. Mai 2006, C9/06, E 3.3) auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt hätte abgestellt werden können, eine solche Prüfung zu einem anderen Resultat geführt hätte. So wurde in den nicht publizierten EVG-Urteilen S. vom 28. März 1977 (C80/76) und W. vom 17. Januar 1987 (C50/77), bei welchen ebenfalls bedarfsorientierte Aushilfetätigkeiten zur Beurteilung standen, die über vier bzw. fünf Jahre ausgeübt worden waren, die Schwankungen der abgerufenen Einsätze nach Arbeitstagen/-stunden pro Jahr geprüft. Diese machten vom Jahresdurchschnitt gerechnet höchstens 10% aus (ARV 1995 Nr. 9 S. 49 E 3b).

5.5 Somit blieb in vorliegendem Abrufverhältnis nicht einfach nur der Abruf aus, sondern es ist von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszugehen, weshalb grundsätzlich ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung entsteht. Die Beschwerdegegnerin wird nun den konkreten Ausfall aus diesem Arbeitsverhältnis zu berechnen und die übrigen Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen haben. Dabei wird insbesondere auch der Anspruchsbeginn anzupassen sein. Obgleich die Verfügung vom 6. September 2010 einen Anspruch ab dem Zeitpunkt der Antragsstellung, dem 16. März 2010, prüfte, dauerte das Arbeitsverhältnis gemäss obigen Ausführungen bis 31. Mai 2010, weshalb der Anspruch erst am 1. Juni 2010 beginnt. Anschliessend wird die Beschwerdegegnerin über den Anspruch der Beschwerdeführerin erneut zu verfügen haben. Zwar bestand während der Zeit vom 1. Juni 2009 bis 31. Mai 2010 weder ein schriftlicher Arbeitsvertrag, noch wurde der Beschwerdeführerin ein durchschnittlicher oder ein minimaler Beschäftigungsgrad zugesichert. Da die Beschwerdeführerin im Stundenlohn beschäftigt war und es naturgemäss auch Schwankungen, beispielsweise auf Grund von Ferien oder sonstigen Abwesenheiten gab, wird der versicherte Verdienst gestützt auf Art. 37 Abs. 3^{bis} der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02, in der bis 31. März 2011 gültigen Fassung) zu eruieren sein. Weiter ist zu



berücksichtigen, dass für den Monat Dezember 2009 zwar keine Bescheinigung über den Zwischenverdienst des Arbeitgebers in den Akten liegt; da die in einem Monat geleisteten Stunden jedoch jeweils erst im Folgemonat ausbezahlt wurden (vgl. beispielsweise die Bescheinigung über Zwischenverdienst Monat Mai 2010 mit der Lohnabrechnung per 25. Juni 2010, act. G 6.1/B8) und die Beschwerdeführerin gemäss Lohnabrechnung per 25. Januar 2010 die Entschädigung für geleistete 122.45 Stunden ausbezahlt erhielt, wird - entgegen den Ausführungen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin - für den Dezember 2009 auf den im Januar 2010 ausbezahlten Lohn abzustellen sein (vgl. act. G 6.1/B16).

6.

6.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 8. Juni 2011 aufzuheben. Die Streitsache ist sodann zur weiteren Abklärung im Sinn der Erwägungen sowie zur neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

6.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Hingegen hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden 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). Der Vertreter der Beschwerdeführerin verzichtete auf das Einreichen einer Kostennote. In der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit erscheint mit Blick auf den Aufwand und auf vergleichbare Fälle eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 8. Juni 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.
3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt der Beschwerdeführerin eine Parteienschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer).