

# GR\_GERICHTE S 2015 105 vom 26. Januar 2016

GR Gerichte, 2016-01-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_S 2015 105](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_S_2015_105)

FR: GR\_GERICHTE S 2015 105 du 26 janvier 2016

IT: GR\_GERICHTE S 2015 105 del 26 gennaio 2016

## Regeste

Anspruch nach AVIG | Arbeitslosenversicherung

## Erwägungen

### E. 2

Mit Verfügung vom 27. April 2015 lehnte die Arbeitslosenkasse die Anspruchsberechtigung ab dem 16. Februar 2015 aufgrund fehlendem anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaufschlag ab. Gegen die Verfügung erhob A.\_\_\_\_\_ am 24. Mai 2015 Einsprache bei der B.\_\_\_\_\_. Er machte geltend, dass nicht nur die letzten zwölf Monate, sondern die gesamte Anstellungsdauer ab September 2013 zu berücksichtigen sei, da er sich seit April 2013 auf Arbeitssuche befinde. Die Ablehnung der Anspruchsberechtigung aufgrund eines noch bestehenden Arbeitsvertrages sei nicht korrekt, da es sich dabei um einen Aushilfevertrag handle und für ihn die einzige Möglichkeit darstelle, überhaupt noch arbeiten zu können.

### E. 3

Mit Entscheid vom 22. Juli 2015 lehnte die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Zur Begründung führte sie aus, dass die in den einzelnen Monaten effektiv erzielten Verdienste den ermittelten, monatlichen Durchschnittsverdienst deutlich unter- resp. überschreiten würden und die maximal nach unten resp. oben zulässige Abweichung von 20 % nicht eingehalten werden würde. Demzufolge bestehe keine Normalarbeitszeit, womit der Arbeits- und Verdienstaufschlag bei Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses nicht anrechenbar sei.

### E. 4

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 7. September 2015 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und beantragte sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides und die Ausrichtung einer Arbeitslosenentschädigung ab dem 16. Februar 2015. Begründend - 3 - führte er aus, dass er von Oktober 2013 bis Oktober 2014 bei der C.\_\_\_\_\_ AG gewissermassen in einer Festanstellung gearbeitet und dabei einen monatlichen Durchschnittslohn von Fr. 3'319.85 erzielt habe. Seit dem 16. Februar 2015 befinde er sich auf Arbeitssuche, wobei er das Arbeitsverhältnis mit der C.\_\_\_\_\_ AG nur aufrechterhalte, um auf Teil- oder Ganzeinsätze zu hoffen.

### E. 5

In ihrer Stellungnahme vom 15. September 2015 führte die Arbeitslosenkasse (nachfolgend Beschwerdegegnerin) aus, dass sich aus der Beschwerde vom 7. September 2015 keine neuen Erkenntnisse ergäben, weshalb sie auf eine Stellungnahme verzichte und auf den Einspracheentscheid vom 22. Juli 2015 sowie die beigelegten Akten verweise.

## E. 6

Die Instruktionsrichterin forderte die Beschwerdegegnerin zur Mitteilung des Streitwertes im vorliegenden Verfahren auf. Mit Schreiben vom 15. September 2015 teilte die Beschwerdegegnerin dem Gericht mit, dass bei einer Gutheissung der Bezugsberechtigung des Beschwerdeführers der versicherte Verdienst ab dem 16. Februar 2015 Fr. 3'327.-- betragen würde, was einem Taggeld von brutto Fr. 122.65 entspräche. Inklusive Kinderzuschlag würde das Taggeld netto Fr. 122.90 betragen. Aufgrund der theoretischen Beitragszeit von 16.467 Monaten hätte der Versicherte während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 16. Februar 2015 bis zum 15. Februar 2017 Anspruch auf höchstens 260 Taggelder. Für den Zeitraum von Februar 2015 bis August 2015 hätte der Beschwerdeführer somit Anspruch auf total netto Fr. 16'951.60.

- 4 - Das Gericht zieht in Erwägung: 1. a) Gegen Einspracheentscheide aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung kann gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) i. V. m. Art. 56 und 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Örtlich zuständig ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in welchem der Versicherte zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat (Art. 58 Abs. 1 ATSG). Da der Beschwerdeführer in X.\_\_\_\_\_ (GR) wohnt, ist das angerufene Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden als Versicherungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit örtlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich aus Art. 57 ATSG in Verbindung mit Art. 49 Abs. 2 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100). Der Beschwerdeführer ist als formeller und materieller Adressat des Einspracheentscheides zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 59 ATSG), weshalb auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten ist. b) Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 22. Juli 2015. Streitig und nachfolgend zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer per 16. Februar 2015 einen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausschlag erlitten hat und ob ihm ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zusteht. 2. a) Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG hat eine versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie ganz oder teilweise arbeitslos ist. Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG), während teilweise Arbeitslosigkeit unter anderem dann vorliegt, wenn die versicherte Person

- 5 - eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG). Weiter setzt Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG voraus, dass die versicherte Person einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstausschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG). Als voller Arbeitstag gilt der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die die versicherte Person normalerweise während ihres letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung [AVIV; SR 837.02]). Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIV). Nach der Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel aufgrund der im Beruf oder Erwerbszweig der versicherten Person allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln.

Besteht hingegen eine besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, so ist diese für die Ermittlung der normalen Arbeitszeit der versicherten Person massgebend. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen (Arbeit auf Abruf), gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal (BGE 107 V 59 E.1; Urteil des Bundesgerichts 8C\_47/2014 vom 24. April 2014 E.3.4; SVR 2006 ALV Nr. 29 S. 99 [C 9/06] E.1.2). Bei der Arbeit auf Abruf besteht keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang, sodass die versicherte Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstauffall gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG erleidet. Dies deshalb, weil ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit nur entstehen kann, wenn zwischen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart war (Urteile des Bundesgerichts 8C\_47/2014 vom 24. April 2014 E.3.4 und 8C\_625/2013 vom 23. Januar 2014 E.2.2).

- 6 - b) aa) 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. Nach der Rechtsprechung kann der Beobachtungszeitraum dabei umso kürzer sein, je weniger die Arbeitseinsätze in den einzelnen Monaten schwanken, und er muss länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (BGE 107 V 59 E.1; Urteil des Bundesgerichts 8C\_625/2013 vom 23. Januar 2014 E.2.2; SVR 2006 ALV Nr. 29 S.99 [C 9/06] E.1.3; NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 2. Aufl. 2007, S. 2224 Rz. 151; AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO], Oktober 2012, Rz. B97). bb) Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ist grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen (Urteil des Bundesgerichts C 266/06 vom 27. September 2006 E.3.2). Die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses dürfen im Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens um 20 % nach unten oder nach oben ausmachen. Bei einem Beobachtungszeitraum von sechs Monaten beträgt die höchstens zulässige Beschäftigungsschwankung 10 %. Handelt es sich um einen Beobachtungszeitraum zwischen sechs und zwölf Monaten, so ist die höchstens zulässige Beschäftigungsschwankung proportional anzupassen ( $20\% : 12 \times [\text{Anzahl gearbeiteter Monate}]$ ). Übersteigen die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstauffall nicht anrechenbar ist (AVIG-Praxis ALE Rz. B97).

- 7 - cc) Bei langjährigen Arbeitsverhältnissen wurde höchstrichterlich regelmässig erkannt, dass auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 8C\_417/2013 vom 30. Dezember 2013 E.5.2.2 m.H.a. SVR 2008 ALV Nr. 3 S. 6 [C 266/06] E.3.2 und SVR 2006 ALV Nr. 29 S. 99 [C 9/06] E.3.3). Als langjährig versteht das Bundesgericht gemäss seiner jüngeren Rechtsprechung ein Arbeitsverhältnis von 31 Monaten (Urteil des Bundesgerichts 8C\_625/2013 vom 23. Januar 2014 E.3.4). Das Abstellen auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichung vom Jahresdurchschnitt rechtfertigt sich umso mehr, als im Arbeitsvertragsrecht in jüngerer Zeit vermehrt von der Massgeblichkeit einer

Jahresarbeitszeit ausgegangen wird, welche es den Arbeitgebern erlaubt, flexibler auf saisonale oder anderweitige Beschäftigungsschwankungen zu reagieren (Urteil des Bundesgerichts 8C\_625/2013 vom 23. Januar 2014 E.2.2 m.H.a. SVR 2006 ALV Nr. 29 S. 99 [C 9/06] E.3.3; Urteil des Bundesgerichts 8C\_417/2013 vom 30. Dezember 2013 E.5.2.2).

3. a) Zunächst gilt es zu prüfen, ob es sich bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der C.\_\_\_\_\_ AG um ein Arbeitsverhältnis auf Abruf handelt respektive ob eine vertragliche Normal- oder Mindestarbeitszeit besteht. Es ist im vorliegenden Fall unbestritten, dass der Beschwerdeführer seit dem 1. Oktober 2013 bei der C.\_\_\_\_\_ AG in einem unbefristeten Anstellungsverhältnis auf Abruf und auf Stundenlohnbasis mit unregelmässigen Einsätzen angestellt war und dieses Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des angefochtenen Einspracheentscheides der Beschwerdegegnerin vom 22. Juli 2015 ungekündigt war (vgl. Arbeitgeberbescheinigung vom

## **E. 9**

März 2015 und Arbeitsvertrag vom 27. September 2013, Akten der Beschwerdegegnerin [Bg-act.] 18 und 19). In Ziff. 2 des Arbeitsvertrages wurde bezüglich Arbeitszeit vereinbart, dass der Arbeitnehmer auf Abruf tätig ist, dass kein Anspruch auf ein bestimmtes Beschäftigungsvolumen besteht, ein während längerer Zeit anhaltendes, hohes Beschäftigungsvolumen nicht als stillschweigende Vereinbarung für einen fortdauernden Anspruch auf Beschäftigung in diesem Umfang ausgelegt werden kann und dem Arbeitnehmer jederzeit das Recht zusteht, nach Anfrage den Einsatz abzulehnen (vgl. Arbeitsvertrag vom 27. September 2013, Bg-act. 19). Gemäss Arbeitsvertrag bestand demzufolge weder ein Anspruch auf eine bestimmte Beschäftigung noch eine Vereinbarung betreffend eine Normalarbeitszeit. Aufgrund dieser Ausgangslage muss grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer ab dem 16. Februar 2015 keinen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstauffall erlitten hat. b) Zu prüfen bleibt, ob sich die Normalarbeitszeit basierend auf den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden pro Monat (vorangehend E.2b/bb) resp. pro Jahr (vorangehend E.2b/cc) ermitteln lässt. Der Beschwerdeführer hatte seinen Stellenantritt bei der C.\_\_\_\_\_ AG am 1. Oktober 2013, womit er im Zeitpunkt der Anmeldung für Arbeitslosenentschädigung am 16. Februar 2015 erst seit rund 16.5 Monaten für diese Arbeitgeberin tätig war. Wie von der Beschwerdegegnerin zu Recht ausgeführt, stellt diese Anstellungsdauer kein langjähriges Arbeitsverhältnis im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_625/2013 vom 23. Januar 2014 E.3.4 sowie vorangehend E.2b/cc). Für die Ermittlung einer allfälligen Normalarbeitszeit kann deshalb nicht auf die Arbeitsstunden pro Jahr und deren Abweichung vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden. Demzufolge ist für die Ermittlung der Normalarbeitszeit auf den Beobachtungszeitraum der letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen. In ihrem Einspracheentscheid vom 22. Juli 2015 berücksichtigte die Beschwerdegegnerin bei der Ermittlung einer allfälligen Normalarbeitszeit ausschliesslich jene Monate, in welchen der Beschwerdeführer mindestens einen Tag pro Monat arbeiten konnte. Dieser Berechnungs-

- 8 -

- 9 - weise, welche von jener in der ursprünglichen Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 27. April 2015 zugunsten des Beschwerdeführers abweicht, kann im vorliegenden Fall zugestimmt werden. Für die Ermittlung des durchschnittlichen Monatsverdienstes sind somit die Monate Oktober bis Dezember 2013, Januar bis Juni 2014, September und Oktober 2014 sowie Januar 2015 zu berücksichtigen. In diesen Monaten erzielte der

Beschwerdeführer im Stundenlohn folgende monatliche Bruttoeinkommen (vgl. Jahreslohnkonto 2013/2014, 2014 und 2015 [Bg-act. 33, 22 und 21]): Monat Lohn in Fr. Oktober 2013 3'812.60 November 2013 5'472.05 Dezember 2013 3'904.60 Januar 2014 5'717.00 Februar 2014 4'215.80 März 2014 4'767.50 April 2014 4'116.75 Mai 2014 3'770.15 Juni 2014 2'588.90 September 2014 929.45 Oktober 2014 271.65 Januar 2015 360.80 Total 39'927.50 In diesen zwölf Monaten verdiente der Beschwerdeführer somit insgesamt Fr. 39'927.50, woraus ein durchschnittlicher Monatsverdienst von Fr. 3'327.-- resultiert (Fr. 39'927.50 : 12). Das in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses erzielte Einkommen über- resp. unterschreitet die zulässige Beschäftigungsschwankung von 20 % jedoch deutlich. So weichen die in den einzelnen Monaten erzielten Einkommen um bis zu 91.83 % nach unten (Oktober 2014) und um 171.83 % nach oben (Januar 2014) vom ermittelten durchschnittlichen Monatsverdienst ab. Ebenfalls nach Berechnungsweise der Beschwerdegegnerin (maximal zulässiger Betrag Fr. 3'327.-- x 120 % = Fr. 3'992.--, minimal zulässiger Betrag

- 10 - Fr. 3'327.-- x 80 % = Fr. 2'662.--; vgl. den angefochtenen Einspracheentscheid S. 4 sowie die entsprechende tabellarische Übersicht für die Ermittlung der Normalarbeitszeit) unter- oder überschreiten die in den einzelnen Monaten erzielten Einkommen die jeweils erlaubte Grenze in den meisten Monaten deutlich. Eine Normalarbeitszeit lässt sich somit nicht ermitteln. c) Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass der Arbeits- und Verdienstauffall des Beschwerdeführers aufgrund der fehlenden Normalarbeitszeit nicht anrechenbar ist, womit die notwendigen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung nicht erfüllt sind. Die Beschwerdegegnerin hat die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers somit zu Recht abgelehnt. Der angefochtene Einspracheentscheid erweist sich somit in jeder Hinsicht als rechtsens, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. 4. Gerichtskosten werden keine erhoben, da das Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht gemäss Art. 61 lit. a ATSG grundsätzlich kostenlos ist. Eine aussergerichtliche Entschädigung steht der obsiegenden Beschwerdegegnerin gemäss Art. 61 lit. g ATSG nicht zu (Umkehrschluss). Demnach erkennt das Gericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.