

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/36 vom 3. März 2010**

Sg Versicherungsgericht, 2010-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2010\\_36](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2010_36)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/36 du 3 mars 2010

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/36 del 3 marzo 2010

## **Regeste**

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:

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (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 Insolvenzenschädigung (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).

### **E. 1.2**

Zum massgebenden Lohn im Sinn von Art. 23 Abs. 1 AVIG 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).

### **E. 2.1**

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

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

### **E. 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.

### **E. 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).

### **E. 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.--]).

### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 3.2**

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

### **E. 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.

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