

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2013/74 vom 18. Dezember 2014**

Sg Versicherungsgericht, 2014-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publikationen\\_AVI\\_2013\\_74](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_AVI_2013_74)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2013/74 du 18 décembre 2014

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2013/74 del 18 dicembre 2014

## **Regeste**

Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG. Arbeitsverhältnis auf Abruf: Prüfung des anrechenbaren Arbeitsausfalls ab definitiver Beendigung der Arbeitszuweisung wegen Arbeitsmangels. Ermittlung der Normalarbeitszeit bei Beschäftigungsschwankungen innerhalb der nach der Bundesgerichtspraxis zulässigen Bandbreite. Anrechenbarer Verdienstausschlag offen gelassen. Anwendung des Zweifelsfallverfahrens nach Art. 29 AVIG bei allenfalls bestehenden Lohnfortzahlungsansprüchen gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberin. Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung im Verwaltungsverfahren gegeben (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. Dezember 2014, AVI 2013/74). Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterin Marie Löhner, a.o. Versicherungsrichter Christian Zingg; Gerichtsschreiberin Jeannine Bodmer

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen bzw. zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich - in Form einer Verfügung - Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Umgekehrt fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und insoweit keine Verfügung ergangen ist (vgl. BGE 125 V 414 E. 1a). Gegenstand der vorliegenden Beschwerde ist der Einspracheentscheid vom 27. November 2013 (act. G 3.1/35 ff.), welcher sich auf die Verfügung vom 27. September 2013 (act. G 3.1/124 f.) bezieht. Laut dieser wurde ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 26. August 2013 verneint, weil kein anrechenbarer Arbeits- und Verdienstausschlag bestehe. Somit ist vorliegend der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 26. August 2013 zu prüfen. Demgegenüber bleibt der Anspruch auf Leistungen ab 1. Dezember 2013 unbestritten, nachdem ihn die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 7. Mai 2014 (act. G 9.1) anerkannt hat. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die weiterhin im Rahmen einer Nebenbeschäftigung ausgeführten Reinigungstätigkeiten für die Arbeitgeberin, welche unabhängig von der Haupttätigkeit ausgeführt wurden und werden, für die Frage des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung vom Hauptarbeitsverhältnis abzugrenzen sind (vgl. auch act. G 7).

### **E. 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 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 Verdienstaufschlag 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).

### **E. 3**

3.1 Im Einspracheentscheid vom 27. November 2013 kam die Beschwerdegegnerin gestützt auf die Lohnangaben in den Lohn-Konto-Blättern 2012 und 2013 der Arbeitgeberin zum Schluss, dass die monatlichen Abweichungen der Löhne in der Zeit von September 2012 bis August 2013 zu gross seien. So werde die höchstens zulässige Beschäftigungsschwankung von 20% in den Monaten Juli und März 2013 unter- und in den Monaten April und Januar 2013 sowie November 2012 überschritten. Damit treffe das Argument der Beschwerdeführerin nicht zu, sie habe ab September 2012 eine Vollbeschäftigung gehabt (act. G 3.1/35). Die Beschwerdeführerin machte dagegen geltend, dass bereits auf Grund des Informationsschreibens der Arbeitgeberin betreffend den fehlenden Auftragseingang bzw. die fehlende Arbeit ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe. Eventualiter sei der Anspruch aber spätestens ab Erhalt der Kündigung am 9. Oktober 2013 zu bejahen, weil mit einem nochmaligen Abruf innerhalb der Kündigungsfrist überhaupt nicht zu rechnen gewesen sei (vgl. act. G 1 Ziff. 9 S. 7). 3.2 Für das Arbeitsverhältnis auf Abruf bestand zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer Arbeitgeberin ein schriftlicher Arbeitsvertrag. Dieser datiert vom 18. März 2011 und hielt fest, dass die Anstellung als angelernte Zwiernerin erfolge, sie aber, wenn es der Geschäftsgang erfordere, auch eine andere angemessene Tätigkeit umfassen könne. Das Arbeitsverhältnis wurde als Teilzeit-Arbeitsverhältnis auf Abruf definiert und eine Kündigungsfrist von 1 Monat vereinbart. Die Ferien würden mit 8.33% entsprechend den gearbeiteten Stunden vergütet und entsprechend pro rata 4 Wochen je Kalenderjahr. Beginne oder ende das Arbeitsverhältnis im Laufe des Kalenderjahres, so erhalte der

Arbeitnehmer für jeden Monat einen Zwölftel des jährlichen Ferienanspruchs errechnet über die geleistete Teilzeitarbeit (act. G 3.1/139 ff.). Im Schreiben der Arbeitgeberin an die Beschwerdeführerin vom 23. August 2013 bestätigte jene, dass der Arbeitsplatz infolge fehlender Zwirnaufträge ab Montag, 26. August 2013, bis auf Weiteres nicht mehr besetzt werden könne. Wie lange dieser Arbeitsausfall dauern werde, könne zurzeit nicht gesagt bzw. abgeschätzt werden, da der Auftragseingang nicht beeinflusst werden könne. Sollte sich die Auftragslage wieder bessern, werde die Beschwerdeführerin erneut zur Arbeit aufgeboten (act. G 3.1./163). In der Arbeitgeberbescheinigung vom 4. September 2013 hielt die Arbeitgeberin bezüglich der Dauer des Arbeitsverhältnisses fest: "vom 1.4.11/1.3.12 bis 29.9.11/23.08.13." Weiter gab sie an, es sei keine Kündigung erfolgt. Der Arbeitsplatz der Beschwerdeführerin sei ab dem 26. August 2013 bis auf Weiteres stillgelegt wegen mangelnden Auftragseingangs (act. G 3.1./160). Erst mit Schreiben vom 9. Oktober 2013 kündigte die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis unter Beachtung der einmonatigen Kündigungsfrist per 30. November 2013. Zur Begründung hielt sie fest, die Situation im textilen Bereich habe sich seit dem 26. August 2013 so sehr verschlechtert, dass sie für die restliche Belegschaft seit dem 7. Oktober 2013 sogar habe Kurzarbeit anmelden müssen. Die Nachfrage nach den eigenen Produkten sei sehr zurückgegangen, weshalb sie sich leider gezwungen sehe, das Arbeitsverhältnis auf Abruf unter Einhaltung der Kündigungsfrist per 30. November 2013 zu kündigen (act. G 3.1/122). Ab dem Schreiben vom 23. August 2013 wies die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin jedoch keine Zwirnarbeit mehr zu. 3.3 Dieser Sachverhalt zeigt, dass für die Beschwerdeführerin nach dem 23. August 2013 keine Arbeit mehr vorhanden war. Dadurch, dass ihr aber überhaupt keine Arbeiten mehr zugewiesen wurden, ist das Schreiben vom 23. August 2013 mit einer faktischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gleichzusetzen. Auch wenn der Beschwerdeführerin erst nachträglich formell gekündigt wurde, ergab sich für sie als Arbeitnehmerin bereits ab dem 23. August 2013 keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr. Allein die Tatsache, dass die Arbeitgeberin in der Hoffnung auf neue Kundenaufträge mit einer formellen Kündigung noch zuwartete, darf nicht zu Lasten der Beschwerdeführerin ausgelegt werden. Wie sich im für die vorliegende Beurteilung massgebenden Zeitpunkt des Einspracheentscheides vom 27. November 2013 zeigte, war die Beendigung der Arbeitszuweisungen entsprechend der Mitteilung vom 23. August 2013 definitiv. Da sich die Beschwerdeführerin ab 26. August 2013 zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung meldete, ist zu prüfen, ob sie sich im Sinne der zitierten Rechtsprechung auf einen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausschluss berufen kann, was die Beschwerdegegnerin mit Verweis auf zu grosse Beschäftigungsschwankungen in Abrede stellt. 3.4 Für die Ermittlung des Beschäftigungsumfanges in der zwölfmonatigen Beobachtungsperiode vor der Anmeldung, d.h. in den Monaten September 2012 bis August 2013, ist die Zahl der gearbeiteten Stunden anhand der im Lohnkonto 2012 und 2013 (act. G 3.1/147 und G 3.1/146) für die einzelnen Monate je eingetragenen Stundenlohnsummen (Position 101) zu eruieren, wobei der Stundenlohn (Grundlohn) Fr. 16.70 beträgt (vgl. Arbeitsvertrag S. 2, act. G 3.1/140, Lohnabrechnung August 2013, act. G 3.1/145). Für den Monat September 2012 ist zu Position 101 ein Krankentaggeld (Position 851) dazuzurechnen. Wie die nachfolgende Tabelle zeigt, leistete die Beschwerdeführerin als Zwirnerin 1880 Arbeitsstunden. Damit generierte sie einen Ferienanspruch von 156.6 Arbeitsstunden (1'880 x 8.33%). Die Beschwerdeführerin legte glaubhaft dar, dass sie wegen eines Krankenbesuchs in D.\_\_\_\_ vom 8. bis und mit 17. März 2013 abwesend war (act. G 1 Ziff. 6 mit Hinweis auf act. G 1.2 und G 1.3) und ausserdem im Monat Juli 2013

Ferien bezogen hat (vgl. act. G 1 Ziff. 7 mit Hinweis auf die Verbuchung von Feriengeld im Lohnkonto). Es erscheint im vorliegenden Zusammenhang angezeigt, den Ferienanspruch bei denjenigen Monaten anzurechnen, in denen die Ferien tatsächlich bezogen wurden (vgl. analoge Anwendung von BGE 125 V 42). Entsprechend ist es gerechtfertigt, 50 Ferienstunden auf den Monat März 2013 und 106.6 Ferienstunden auf den Monat Juli 2013 zu verteilen. 3.5 Demnach ergibt sich folgendes Beschäftigungsausmass:

#### **E. 4**

4.1 Zusammenfassend nehmen sich die Schwankungen - abgesehen vom Monat August 2013 - innerhalb einer Bandbreite von deutlich weniger als 20% aus. Beim Monat August 2013 ist zu berücksichtigen, dass die gearbeiteten 126 Stunden auf drei Wochen entfallen, nachdem die Beschwerdeführerin gemäss Mitteilung vom 23. August 2013 ab sofort nicht mehr abgerufen wurde. Werden die geleisteten Arbeitsstunden auf vier Wochen hochgerechnet, was 168 Stunden entspricht, so liegt dieser Wert annähernd beim Monatsdurchschnitt von 169.7 Stunden. Bei den in der zwölfmonatigen Beobachtungsperiode gesamthaft nicht ausgeprägten Beschäftigungsschwankungen kann der Beschwerdeführerin nicht entgegen gehalten werden, sie habe derart unregelmässige Einsätze geleistet, dass eine normale Arbeitszeit, die Ausgangspunkt für die Ermittlung des anrechenbaren Arbeitsausfalls bildet, nicht berechnet werden könne. Vielmehr arbeitete die Beschwerdeführerin in einem relativ konstanten Pensum, das im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung als normale Arbeitszeit gilt. 4.2 Im Weiteren stellt sich die Frage, ob der grundsätzlich anrechenbare Arbeitsausfall auch einen entsprechenden Verdienstaufschlag zur Folge hat. In diesem Zusammenhang bleibt offen, ob der Beschwerdeführerin gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberin Lohnfortzahlungsansprüche ab dem 26. August 2013 zustehen, sei es im Rahmen eines Annahmeverzugs der Arbeitgeberin (Art. 324 OR) oder als Kündigungslohn für die auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf zu beachtende gesetzliche Mindestkündigungsfrist (BGE 125 III 68). Da die Verdienstaufschläge der Beschwerdeführerin nicht klar feststehen bzw. zweifelhaft sind, ist die Beschwerdegegnerin, soweit die Beschwerdeführerin die übrigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erfüllt, verpflichtet, Taggeldleistungen im Rahmen von Art. 29 AVIG auszurichten. Nach dieser Bestimmung hat die Arbeitslosenkasse bei Bestehen von begründeten Zweifeln darüber, ob der versicherten Person für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber der bisherigen Arbeitgeberin Lohn- oder Entschädigungsansprüche zustehen, Arbeitslosenentschädigung auszus zahlen. Die Ansprüche gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberin gehen im Umfang der gezahlten Leistungen auf die Kasse über und diese hat die Ansprüche geltend zu machen, wobei eine Verpflichtung der versicherten Person besteht, die Arbeitslosenkasse bei der Durchsetzung der Ansprüche zu unterstützen (vgl. AVIG-Praxis ALE, C 198 ff.; vgl. auch B 98 f.). 4.3 Die Beschwerdegegnerin wird nun im Sinne der vorstehenden Erwägungen für die hier zur Diskussion stehende Zeit vom 26. August bis 30. November 2013 den Arbeitsausfall zu berechnen und über den Anspruch der Beschwerdeführerin erneut zu befinden haben.

#### **E. 5**

5.1 Die Beschwerdegegnerin wies im angefochtenen Einspracheentscheid auch das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren ab. Sie begründete dies einerseits durch Verneinung der Notwendigkeit der Rechtsvertretung und andererseits durch Bejahung der Aussichtslosigkeit. 5.2 Hinsichtlich der sachlichen Gebotenheit der unentgeltlichen

anwaltlichen Verbeiständung sind die Umstände des Einzelfalls, die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens zu berücksichtigen. Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden. Falls ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Bedürftigen droht, ist die Rechtsverbeiständung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die gesuchstellende Person auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG: seit 1. Januar 2007: sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 29. September 2005, I 369/2005, E. 2.2). Die sachliche Notwendigkeit wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der Offizialmaxime oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, die Behörde also gehalten ist, für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts besorgt zu sein. Abgesehen davon, dass die Offizialmaxime allfällige Fehlleistungen der Behörde nicht zu verhindern vermag, ist zu bedenken, dass sie nicht unbegrenzt ist. Sie entbindet die Beteiligten nicht davon, durch Hinweise zum Sachverhalt oder Bezeichnung von Beweisen am Verfahren mitzuwirken (BGE 130 I 183f. E. 3.2 und 3.3 mit Hinweisen).

5.3 Gestützt auf obige Ausführungen ist festzuhalten, dass auf Grund des speziellen Arbeitsverhältnisses auf Abruf sowie der spezifischen rechtlichen Bestimmungen dazu tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten bestehen, die das vorliegend strittige Einspracheverfahren vom "normalen" Durchschnittsfall" unterscheidet und eine anwaltliche Rechtsverbeiständung erforderlich machten. Es konnte von der Beschwerdeführerin nicht erwartet werden, sich ob der Komplexität der vorliegenden Rechtsfragen selber gebührend zu vertreten.

5.4 Im Weiteren ergibt sich die Voraussetzung der Nichtaussichtslosigkeit auf Grund der Aktenlage. Demgegenüber ist die Voraussetzung der finanziellen Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin aus den Akten nicht ersichtlich. Die Angelegenheit ist daher an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie diese Frage noch prüfen und die erforderlichen Unterlagen einholen kann; anschliessend wird sie das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Verwaltungsverfahren noch einmal zu beurteilen haben.

## **E. 6**

6.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, und der angefochtene Einspracheentscheid vom 27. November 2013 ist aufzuheben. Die Streitsache ist sodann zur weiteren Abklärung im Sinne 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. Damit erübrigt sich die Festsetzung eines Entschädigungsanspruchs im Rahmen der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP entschieden: 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der

Einspracheentscheid vom 27. November 2013 aufgehoben, und die Streitsache wird zur ergänzenden Abklärung im Sinne der Erwägungen sowie zur neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer)

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