

SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2015/99 vom 26. Januar 2017

Sg Versicherungsgericht, 2017-01-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2015_99

FR: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2015/99 du 26 janvier 2017

IT: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2015/99 del 26 gennaio 2017

Regeste

Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG; Art. 32 Abs. 1 AVIG und Art. 46 Abs. 1 AVIV. Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bei Arbeit auf Abruf: Unter Berücksichtigung des gesetzlich vorgeschriebenen Anspruchs auf Ferien-, Feier- und Krankheitstage lässt sich bei einem Mitarbeiter eine Normalarbeitszeit ermitteln. Rückweisung an die Beschwerdegegnerin betreffend des zweiten Mitarbeiters zur weiteren Abklärung, da ein langjähriges Arbeitsverhältnis vorliegt, bei welchem nach geltender Rechtsprechung zur Berechnung der Normalarbeitszeit auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abzustellen ist (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. Januar 2017, AVI 2015/99).

Erwägungen

E. 1

1.1 Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn u.a. der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 31 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG) und wenn er zudem je Abrechnungsperiode mindestens 10% der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmenden des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG). 1.2 Gemäss Art. 46 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02) gilt die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers als normale Arbeitszeit, jedoch höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig. Für Arbeitnehmer mit flexiblem Arbeitszeitsystem gilt die vertraglich vereinbarte jahresdurchschnittliche Arbeitszeit als normale Arbeitszeit. Die vertragliche Arbeitszeit im Sinne von Art. 46 Abs. 1 AVIV ergibt sich entweder aus den jeweiligen Einzelarbeitsverträgen oder wird durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer einem solchen unterstellt sind. Wenn die normale Arbeitszeit nicht gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung über die von den Arbeitnehmenden zu leistende Arbeitszeit oder gestützt auf die im Beruf oder Erwerbszweig des Arbeitnehmenden allgemein übliche Arbeitszeit ermittelt werden kann und somit nicht verlässlich festzustellen ist, ob eine Änderung der effektiven Arbeitszeit tatsächlich einen Arbeits- und Verdienstaufschlag bewirkt, ist der Arbeitsausfall nicht ausreichend bestimmbar. Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Letzteres kann namentlich bei

Personen der Fall sein, welche eine Abruf- oder Aushilfstätigkeit ausüben und vom Arbeitgeber je nach Arbeitsanfall sporadisch eingesetzt werden, sodass sie nicht mit einer regelmässigen, arbeitsvertraglich zugesicherten Zahl von Arbeitsstunden rechnen können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. April 2012, B-5058/2011, E. 4.1).

1.3 Nimmt eine Person vereinbarungsgemäss die Arbeit jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers auf, so gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, so dass die arbeitnehmende Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Verdienstausschlag erleidet (ARV 1995 Nr. 9 S. 48 E. 2a mit Hinweisen). Von diesem Grundsatz kann dann 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; und er muss umso länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (ARV 1995 Nr. 9 S. 48 ff. E. 2b). Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ist sodann aber nicht alleine auf den Durchschnitt der geleisteten Einsätze abzustellen, es kommt auch darauf an, dass die Einsätze über eine längere Zeit in einem mehr oder weniger konstanten Rahmen geleistet wurden (ARV 1995 Nr. 9 S. 48 ff. E. 3c).

1.4 Das Bundesgericht hat das Vorliegen einer normalen Arbeitszeit in zwei nicht publizierten Urteilen bejaht, bei welchen bedarfsorientierte Aushilfstätigkeiten vorlagen, welche über vier bzw. fünf Jahre ausgeübt worden waren. In beiden Fällen machten die Schwankungen der abgerufenen Einsätze nach Arbeitstagen/-stunden pro Jahr, in beidseitiger Abweichung vom Jahresdurchschnitt gerechnet, höchstens 10 % aus (vgl. ARV 1995 Nr. 9 S. 49 E. 3b). Verneint wurde dagegen eine normale Arbeitszeit in BGE 107 V 62 E. 2, wo sich der Beobachtungszeitraum auf sechs Monate erstreckte und die Abweichungen von der durchschnittlichen Einsatzdauer von monatlich rund 50 Stunden nach oben über 80 % und nach unten 36 % betragen. Ebenfalls verneint wurde eine Normalarbeitszeit bei Abweichungen vom Durchschnitt von rund 37 % nach oben und rund 28 % nach unten (ARV 1995 Nr. 9). Im Weiteren erachtet das Bundesgericht die SECO-Praxis, von einem 12-monatigen Beobachtungszeitraum auszugehen - ausser bei langjährigen Arbeitsverhältnissen - als gesetzes- und rechtsprechungskonform (Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juli 2007, C 266/06, E. 3.2; Urteil vom 12. Mai 2006, C 9/06, E. 3.3).

2.1 Vorliegend ist unbestritten, dass in Bezug auf die Mitarbeiter B.____ und C.____ keine Normalarbeitszeit vereinbart war. Die einzelnen Arbeitseinsätze erfolgten nach Absprache mit der Arbeitgeberin. Es bestand weder eine Pflicht der Arbeitgeberin, einen Arbeitseinsatz anzubieten, noch eine Pflicht der Arbeitnehmenden, einen solchen anzunehmen (act. G 1.1/3; G 4.1/S. 127). Mithin ist mit der Beschwerdegegnerin zunächst davon auszugehen, dass bei einem solchen Arbeitsverhältnis grundsätzlich keine Normalarbeitszeit und damit auch kein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliegt (act. G 4.1/S. 123 ff.; G 4.1/S. 109 ff.).

2.2 Umstritten ist demgegenüber, ob die geleisteten Einsätze der zwei auf Abruf angestellten Mitarbeiter genügend konstant waren, um ausnahmsweise eine Normalarbeitszeit ermitteln zu können. Die Beschwerdegegnerin verneinte dies unter Hinweis auf die Rechtsprechung, wonach die Abweichung vom Durchschnitt der letzten zwölf Monate nicht mehr als 20 %, bzw. bei einem Beobachtungszeitraum von sechs Monaten nicht mehr als 10 % betragen dürfe. Beim Mitarbeiter B.____ hätten fünf und beim Mitarbeiter C.____ drei Abweichungen von mehr als 20 % resultiert (act. G 4.1/S. 123 ff.). Die Beschwerdegegnerin bezieht sich bei diesen

prozentualen Grenzen auf das Kreisschreiben des SECO AVIG-Praxis ALE, B 97. Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, die Schwankungen in der Präsenzzeit seien nicht durch fehlende Arbeitszuteilung, sondern rein durch gesetzlich vorgeschriebene Aspekte zustande gekommen. Gemäss Schreiben des SECO vom 30. Oktober 2015 seien Schwankungen, die z.B. aufgrund von Ferien entstünden, entsprechend auszuklammern, sodass kein Verstoß gegen die Bestimmungen des Obligationenrechts vorliegen könne. Durch diese Berechnungsart ergäben sich keine Schwankungen von mehr als 20 % (act. G 4.1/S. 91 f.; G 1.1/17 und 18).

2.3 Zunächst stellt sich die Frage, ob beim Mitarbeiter B. eine Normalarbeitszeit ermittelt werden kann. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Anstellungsbeginn des Mitarbeiters sei ab Erhalt der Arbeitsbewilligung am 18. Juni 2014 erfolgt. Es sei daher von einem Beobachtungszeitraum von 11.4 Monaten auszugehen (act. G 1). Dies wird von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten. Gemäss Stempelkarte war denn auch der 18. Juni 2014 der erste Arbeitstag (act. G 1.1/4). Ferner gibt die Beschwerdeführerin an, der Mitarbeiter habe bei einer Anstellungsdauer von 11.4 Monaten Anspruch auf 19 Tage Ferien, welche er während den Betriebsferien der Beschwerdeführerin sowie in Zeiten, in welchen er aufgrund eines geringeren Arbeitsaufkommens weniger oft abgerufen worden sei, bezogen habe (act. G 1). Dabei stützt sich die Beschwerdeführerin auf den in Art. 329a Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220) verankerten Ferienanspruch von vier Wochen pro Dienstjahr. Zu Recht gehen sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin und das SECO (vgl. act. G 4.1/S. 93 ff.) davon aus, dass die Ferien bei der Berechnung der Normalarbeitszeit berücksichtigt werden müssen (vgl. BGE 125 V 42 E. 5 f.). Vorliegend sind weder die Ferien noch die Feiertage als solche in den Stempelkarten ausgewiesen. Hingegen liegen für die Jahre 2014 und 2015 „Ferienmitteilungen“ der Beschwerdeführerin vor, die Aufschluss über bezahlte Feiertage und Betriebsferien geben (act. G 1.1/6 und 7). Gestützt darauf sind die Betriebsferien vom 19. Juli - 3. August 2014 als erstellt zu erachten (act. G 1.1/6). Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten acht Ferientage für Juli und August 2014 sind daher zu berücksichtigen (act. G 1.1/17). Die übrigen elf Ferientage sollen nicht beliebig auf den Beobachtungszeitraum verteilt werden mit dem Zweck Abweichungen vom Durchschnitt zu glätten. Vielmehr ist zu prüfen, ob mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bestimmt werden kann, wann der Mitarbeiter die ihm gesetzlich zustehenden Ferientage bezogen hat. Im vorliegenden Fall hat der Mitarbeiter jeweils in den Tagen um die gesetzlichen Feiertage vom Dezember 2014, April und Mai 2015 nicht gearbeitet. Es erscheint damit überwiegend wahrscheinlich, dass der Mitarbeiter diese Zeit eingesetzt hat, um blockweise frei zu nehmen, was einem Ferienbezug gleichgestellt werden kann, umso mehr als in dieser Zeit der Betrieb der Beschwerdeführerin teilweise eingestellt war (vgl. act. G 1.1/6 und 7). Folglich sind für den Dezember 2014 vier, für den Januar 2015 ein, für den April ein und für den Mai 2015 fünf Ferientage zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. März 2008, AL.2007.00215, E. 3). Die angegebenen acht Feiertage sind überprüfbar und daher auch in der Berechnung zu berücksichtigen (act. G 1.1/17). Ferner sind dem Mitarbeiter im Oktober 2014 wegen eines Todesfalls in der Familie zwei Freitage, und im Februar 2015 wegen Krankheit drei Tage bezahlt worden. Diese Angaben entsprechen jenen in den Stempelkarten und sind in der Berechnung ebenfalls zu berücksichtigen (act. G 1.1/4 und 17). Die folgende Berechnung zeigt, dass unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen keine Abweichung von

über 19 % (maximale Abweichung für den Beobachtungszeitraum von 11.4 Monaten; vgl. AVIG-Praxis ALE, B 97) resultiert und daher eine Normalarbeitszeit ermittelt werden kann: Monate Stundentotal gemäss Stempelkarte

Korrektur	Bemerkung	korrigiertes	Abweichung in % Juni 14	Anstellungs-
Stunden-total				
62.2				
beginn am 18.06., 0.4 Monate (76h)		62.2		
-18% Juli 14			49.2	6 Tage
Betriebsferien (19.7.-3.08)	193.73			3% Aug. 14
153.78		24.6		1 Feiertag +

E. 2

Ferientage	178.38		-6% Sep. 14	
200.6				
		200.6	6% Okt. 14	
183.7		16.4		2 bezahlte
Freitage wegen Todesfall				
200.1			6% Nov. 14	
170.73				
170.73	-10% Dez. 14	146.65		
49.2			2 Feiertage +	

E. 4

Ferientage	195.85		4% Jan. 15	
191.3		16.4		1 Feiertag + 1
Ferientag	207.7		10% Feb. 15	
171.6		24.6		3 bezahlte
Krankheitstage				
196.2			4% März 15	
193.22				
193.22	2% April 15	150.78		
24.6			2 Feiertage 1 Ferientag	
175.38			-7% Mai 15	
121.97		57.4		2 Feiertage +

E. 5

Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Im hier zu beurteilenden Fall erscheint eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Entscheid im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 16. November 2015 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit diese im Sinne der Erwägungen weitere Abklärungen tätigt und über den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung neu verfügt. 2. Es

werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.--.

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