



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 14. Dezember 2017 (715 17 241 / 332)

Arbeitslosenversicherung

Überzeit- und Überstundenentschädigung sind für die Ermittlung des versicherten Verdienstes unbeachtlich

Besetzung Vizepräsident Christof Enderle, Kantonsrichter Markus Mattle, Kantonsrichterin Elisabeth Berger Götz, Gerichtsschreiberin Christina Markiewicz

Parteien **A._____**, Beschwerdeführerin, vertreten durch Dr. Alex Ertl, Rechtsanwalt, FURER & KARRER Rechtsanwälte, Gerbergasse 26, 4001 Basel

gegen

Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32, Postfach, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

Betreff Versicherter Verdienst

A. Die 1955 geborene A._____ arbeitete seit 1. Juli 2011 als stellvertretende Teamleiterin bei der B._____ bis zum 31. Dezember 2015 in einem 100 %-Pensum bzw. 42 Stunden pro Woche und ab 1. Januar 2016 in einem 80 %-Pensum bzw. 33.6 Stunden pro Woche. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis am 21. Oktober 2016 per 31. Januar 2017 aufgrund einer Reorganisation und Umstrukturierung. Am 3. November 2016 meldete sich A._____ bei der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland (Kasse) zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 10. November 2016 einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2017. Mit Verfügung vom 29. Mai 2017 setzte die Kasse den versicherten Verdienst auf Fr. 5'384.-- fest. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Kasse mit Entscheid vom 11. August 2017 ab.

B. Mit Eingabe vom 15. August 2017 erhob A._____, vertreten durch Advokat Dr. Alex Ertl, gegen den Einspracheentscheid vom 11. August 2017 Beschwerde ans Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht. Sie beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und die Neuberechnung des versicherten Verdienstes unter Berücksichtigung der Vergütung für die CRS (Compete Room Service)-Tage. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung führte sie an, dass sie trotz Anpassung des Arbeitsvertrages auf ein 80 %-Pensum per 1. Januar 2016 weiterhin zu 100 % gearbeitet habe. Dabei habe es sich um eine stillschweigende Übereinkunft zwischen der Arbeitgeberin und ihr gehandelt. Dies zeige sich insbesondere darin, dass für die Überzeit keine Zuschläge geleistet worden seien.

C. Die Kasse beantragte mit Vernehmlassung vom 1. November 2017 die Abweisung der Beschwerde.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss Art. 56 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 kann die versicherte Person beim Versicherungsgericht ihres Wohnsitzkantons gegen Einspracheentscheide einer Arbeitslosenkasse Beschwerde erheben. Im Kanton Basel-Landschaft liegt die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung von Streitigkeiten betreffend Ansprüche aus der obligatorischen Arbeitslosenversicherung gemäss § 54 Abs. 1 lit. k des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beim Kantonsgericht. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Streitig und zu prüfen ist, ob die der Beschwerdeführerin während ihrer Tätigkeit für die B._____ ausbezahlte Entschädigung für die nicht kompensierten 34 CRS-Tage (vgl. Schreiben vom 6. Juni 2017) in die Berechnung des versicherten Verdienstes einzubeziehen ist.

2.1 Gemäss Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums (gemäss Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV] vom 31. August 1983) im Rahmen eines oder mehrerer Arbeitsverhältnisse normalerweise erzielt wurde. Ausgehend vom Grundsatz, dass die Arbeitslosenversicherung nur für eine normale übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz bietet und demnach keine Entschädigung für Erwerbseinbussen ausrichten soll, die aus dem Ausfall einer Überentschädigung stammten, wurden sowohl die Überzeit- wie auch die Überstundenentschädigung im Rahmen der Ermittlung des versicherten Verdienstes als unbeachtlich qualifiziert (BGE 129 V 105 E. 3; Urteile des Bundesgerichts vom 24. August 2009, 8C_359/2009, E. 2, vom 17. Juni 2013, 8C_83/2013, E. 3.2, vom 13. Februar 2013, 8C:379/2012, E. 3.2; vgl. auch THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Auflage, S. 2376 Rz 366 f.). Sowohl mit Überzeit als auch mit Überstundenarbeit wird nicht "normalerweise" erzielter Lohn erworben, beschränkt sich doch der Einsatz des Arbeitnehmers regelmässig auf die vertraglich vereinbarte, betriebs- oder branchenübliche Arbeitszeit. Die Tatsache, dass je nach wirtschaftlicher und betrieblicher Situation darüber hinaus in nicht unerheblichem Ausmass Überstundenarbeit geleistet wird, wozu der Arbeitnehmer laut Art. 321c Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) soweit verpflichtet ist, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann, ist wohl arbeitsrechtlich von Belang, in arbeitslosenversicherungsrechtlicher Hinsicht aber nicht entscheidend (BGE 129 V 105 E. 3.2). Die höchstrichterliche Praxis zur Ausserachtlassung von Überstundenentschädigungen bei der Bemessung des versicherten Verdienstes findet auch auf teilzeitlich angestellte Personen Anwendung (Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juni 2013, 8C_83/2013, E. 4.2.1 mit Hinweisen).

2.2 Vorliegend ist – in zeitlicher Hinsicht – unbestritten, dass innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 1. Februar 2015 bis 31. Januar 2017 als Durchschnittslohn im Sinne von Art. 37 Abs. 2 AVIV das Einkommen der letzten zwölf Monate der Anstellung bei der B.____, also von Februar 2016 bis Januar 2017, zu berücksichtigen ist.

2.3 Wie die Vorinstanz richtig feststellte, betrug die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit bei der B.____ in einem Vollzeitpensum 42 Stunden pro Woche. Im Arbeitsvertrag vom 28./31. Dezember 2015 wurde eine Normalarbeitszeit von 33,6 Stunden (entsprechend einem 80 %igen Teilzeitpensum) vereinbart. Demgemäss berücksichtigte die Kasse zur Berechnung des versicherten Verdienstes den vertraglich vereinbarten Monatslohn von Fr. 4'612.--, einen Anteil am 13. Monatslohn von Fr. 397.75 sowie Zulagen (darunter auch eine Kaderzulage) und ermittelte einen versicherten Verdienst von Fr. 5'384.--.

3. Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, dass sie trotz Abschlusses des neuen Arbeitsvertrages mit einem Pensum von 80 % bzw. 33,6 Stunden pro Woche weiterhin faktisch

zu 100 % gearbeitet habe. Bei der geleisteten Mehrarbeit habe es sich um ganze Tage - sogenannte CRS-Tage - gehandelt und nicht um einzelne Stunden. Zum Zeitpunkt der Kündigung habe sie über 86,5 Tage "freie Zeit CRS" verfügt, welche gemäss der Lohnabrechnung von Februar 2017 ausbezahlt worden seien (Fr. 18'345.80). Mit den geleisteten Zusatztagen erreiche sie praktisch ihr vorheriges Pensum von 100 %. Die ausbezahlte Entschädigung für die Zusatztage sei deshalb beim versicherten Verdienst zu berücksichtigen.

4. Mit Schreiben vom 6. Juni 2017 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin stellte die B._____ fest, dass ihnen bei der Auszahlung der Entschädigung für die "freie Zeit CRS" von 86,5 Tage und von 9,5 Ferientage (insgesamt Fr. 20'360.65) ein grober Fehler unterlaufen sei. Von den 86,5 Tagen "frei Zeit CRS" habe die Versicherte 52,5 Tage in der Zeit vom 1. Dezember 2016 bis 31. Januar 2017 bezogen wie auch die noch ausstehenden 9,5 Ferientage. Somit seien noch 34 Tage "freie Zeit CRS" ($34 \times \text{FR. } 212.09 = \text{Fr. } 7'211.06$) zu entschädigen. Sie bitte um Rücküberweisung des zuviel ausgerichteten Betrages. Fest steht somit, dass 52,5 Tage Mehrarbeit durch Freizeit gleicher Dauer kompensiert worden sind. Übrig bleiben somit 34 Tage Mehrarbeit.

5. Weshalb die Vergütung von ganzen Arbeitstagen, nicht aber diejenige für einzelne Stunden als Lohn anzurechnen sei, ist nicht nachvollziehbar. Als Überstundenarbeit gilt Arbeit, die über die im Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet wird. Dabei ist irrelevant, ob die Mehrarbeit in Stunden oder in Tagen erfolgt. Bei den 34 CRS-Tagen handelt es sich um Mehrarbeit, die über das vertraglich vereinbarte und in der Arbeitgeberbescheinigung vom 23. Februar 2017 bestätigte Arbeitspensum von 80 % hinausgeht und somit gemäss Rechtsprechung bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen ist. Die Kasse weist im Übrigen zutreffend darauf hin, dass auch nach Randziffer C2 der AVIG-Praxis Mehrstunden, welche die vertragliche Arbeitszeit übersteigen, nicht zum massgebenden Lohn zählen.

6. Im Übrigen lässt der Umstand allein, dass die Überstunden ohne Zuschlag vergütet wurden, nicht auf eine von der arbeitsvertraglichen Regelung abweichende stillschweigende Pensumvereinbarung schliessen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juni 2013, 8C_83/2013, E. 4.2.1). Auch spricht die Tatsache, dass der Grossteil der CRS-Tage durch Freizeit kompensiert wurde, gegen eine Pensumerhöhung. Denkbar ist insbesondere, dass die Auszahlung der übrigen 34 CRS nur deshalb nicht erfolgte, weil mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Januar 2017 eine Kompensation nicht mehr möglich war. Schliesslich war die Versicherte gemäss Auskunft der Arbeitgeberin als Objektleiterin verantwortlich für den Einsatzplan der gesamten Belegschaft, sich selbst eingeschlossen (vgl. Email vom 11. Juni 2017). Sie hatte es damit in der Hand, die Arbeitseinsätze bzw. die Kompensation der Überzeit zu planen. Bei einer solchen Einflussmöglichkeit auf die Arbeitseinsätze kann der Argumentati-

on, dass aufgrund des hohen Arbeitseinsatzes eine stillschweigende Pensumerhöhung vorlie-
ge, nicht gefolgt werden.

Die Beschwerde ist demgemäss abzuweisen.

7. Es bleibt über die Kosten für das Beschwerdeverfahren zu entscheiden. Art. 61 lit. a
ATSG hält fest, dass der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein
hat. Es sind deshalb keine Verfahrenskosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind
dem Prozessausgang entsprechend wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.



**Kantonsgericht
Basel-Landschaft
Abteilung Sozialversicherungsrecht**

Vermerk eines allfälligen Weiterzugs

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>