

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00069

vom 31. Januar 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-01-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00069

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00069 du 31 janvier 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00069 del 31 gennaio 2008

Erwägungen

E. 3

3.1. Am 3. April 2006 ersuchte die Beschwerdeführerin die Stadt F. um ein Patent zur Führung einer Gastwirtschaft für den Betrieb des "Restaurant G." an der E. in F. als Restaurant/Kantine. Als Pächterin wurde die A. SA angegeben und als Datum der Betriebsaufnahme der 15. April 2006 genannt (Urk. 10/26). Die Zustimmung zur Patentlösung seitens der armasuisse (Besitzerin der Liegenschaft an der E. in F.) erfolgte am 12. April 2006 (Urk. 5/8), worauf die Stadt F. mit Verfügung vom 13. April 2006 dem Patentinhaberwechsel zustimmte (Urk. 5/9). In den Akten liegt ein Arbeitsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der A. SA, mit welchem sie als Direktions-Assistentin ab dem 18. April 2006 mit einem Monatslohn von Fr 4'400.-- beschäftigt wurde (Urk. 10/31). Ein weiterer Arbeitsvertrag mit denselben Bedingungen zusätzlich einer Regelung bezüglich der Probezeit datiert vom 2. Mai 2006 mit einem Vertragsbeginn am 2. Mai 2006 (Urk. 10/13). Am 18. Oktober 2006 meldete die Beschwerdeführerin der Stadt F. den Rückzug des Gastwirtschaftspatentes per 31. Oktober 2006 (Urk. 10/25).

3.2. Das Ende ihres Arbeitsverhältnisses mit der A. SA per 31. Oktober 2006 blieb von der Beschwerdeführerin unbestritten. Die Beschwerdegegnerin ging daher aufgrund der Anmeldung der Beschwerdeführerin beim RAV zu Recht davon aus, dass die Rahmenfrist für die Erfüllung der Beitragszeit auf den Zeitraum vom 1. November 2004 bis zum 31. Oktober 2006 festgelegt wurde. In dieser Zeit war die Beschwerdeführerin gemäss übereinstimmender Ausführungen der Parteien im "Café Restaurant C.", im "Restaurant Le B." in Martigny, im Restaurant "D." in J. und alsdann im "Restaurant G." in F. tätig. Während das beitragswirksame Anstellungsverhältnis der Beschwerdeführerin mit dem "Restaurant Le B." weder bezüglich der Dauer - vom 19. Januar 2005 bis zum 30. April 2005 - noch bezüglich der errechneten Beitragszeit von 3.42 Monaten Anlass zu Diskussionen gab (Urk. 1 und Urk. 4) und ebenso unbestritten geblieben ist, dass sich die Beschwerdeführerin nicht auf einen Befreiungstatbestand gemäss Art. 14 AVIG berufen kann, bestehen bezüglich der Frage, ob beim Restaurant "D." eine beitragspflichtige Beschäftigung vorgelegen hat und aufgrund der Beitragszeiten der übrigen Arbeitsverhältnisse Differenzen.

E. 4

4.1. Aus dem Zeugnis des "Café Restaurant C." vom 25. Dezember 2004 geht hervor, dass die Beschwerdeführerin vom 15. September 2003 bis zum 21. Dezember 2004 als Hilfs-Köchin angestellt war (Urk. 5/10). Diese Anstellung erfolgte

offenbar im Rahmen eines Zwischenverdienstes. Aus der entsprechenden Bescheinigung vom 25. Dezember 2004 für den Monat Dezember 2004 geht hervor, dass die Beschwerdeführerin jeweils wochentags zwischen drei und 7,5 Stunden pro Tag beschäftigt war. Der letzte Eintrag datiert vom Montag, 20. Dezember 2005. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin am 30. Oktober auf den 22. Dezember 2004. Grund für die Vertragsauflösung war die Geschäftsauflösung (Urk. 10/37). Nachdem die Beschwerdeführerin die letzte beitragspflichtige Beschäftigung am 20. Dezember 2004 ausübte und in der Folge bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses weder einen Ferienlohn (vgl. Art. 13 Abs. 3 AVIV) noch aufgrund von Krankheit und Unfall einen Lohn (vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG) bezogen hatte, kann ihr der 21. Dezember 2004 nicht als Beitragszeit angerechnet werden (vgl. Erw. 2.4). Hingegen hat sie im Monat Dezember 2004 bis zum 20. Dezember an 15 Tagen gearbeitet (Urk. 10/37), weshalb ihr für diesen Monat - wie geltend gemacht (Urk. 1 S. 12) - 0.7 Monate an die Beitragszeit anzurechnen sind.

E. 4.2

4.2.1.1 Mit Verfügung vom 21. November 2005 ordnete das RAV die Teilnahme der Beschwerdeführerin vom 1. Dezember bis zum 31. Dezember 2005 zu 100 % am Programm zur vorübergehenden Beschäftigung "H.____" im "Verein für berufliche und so" in J.____ an. Einsatzort war das I.____ "D.____" (Urk. 10/36). Eine Verlängerung der Programmteilnahme für die Zeit vom 1. Januar bis zum 31. Mai 2006 erfolgte mit Verfügung vom 5. Januar 2006 (Urk. 10/35). Mit Verfügung vom 21. Februar 2006 wurde das Programm infolge des Unfalls der Beschwerdeführerin am 13. Februar 2006 abgebrochen (Urk. 10/34). Entsprechend lauten die Bestätigung des Programmanbieters vom 13. Februar 2006 (Urk. 5/11) und der Eintrag im Lebenslauf der Beschwerdeführerin (Urk. 7/14).

4.2.2.1 Gemäss dem bis zum 31. Dezember 1999 in Kraft gewesenen Art. 13 Abs. 2 quater AVIG galten beitragspflichtige Beschäftigungen, welche im Rahmen einer durch die Arbeitslosenversicherung finanzierten vorübergehenden Beschäftigung ausübt wurden, nicht als Beitragszeit im Sinne des AVIG. In Zusammenhang mit dem Stabilisierungsprogramm 1998 wurde dieser Absatz aufgehoben; an Stelle des bis anhin bezahlten Lohnes erhalten die Teilnehmer und Teilnehmerinnen eines Beschäftigungsprogramms neu Taggelder (Art. 59b Abs. 1 AVIG). Personen, welche sich in einem von der Arbeitslosenversicherung finanzierten Kurs aus- oder weiterbilden, beziehen ebenfalls besondere Taggelder (Art. 59b Abs. 1 AVIG). Taggelder der Arbeitslosenversicherung unterliegen nicht der Beitragspflicht an die Arbeitslosenversicherung (Art. 22a AVIG) und bilden demnach auch keine Beitragszeit im Sinne von Art. 13 AVIG (BGE 123 V 226 Erw. 4b und d; vgl. auch Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 2. A., S. 2192 Rz 39).

1.1.1.1 Mithin vermag die Teilnahme der Beschwerdeführerin vom 1. Dezember 2005 bis zum 13. Februar 2006 am Programm zur vorübergehenden Beschäftigung - entgegen ihren Ausführungen (Urk. 4 S. 14) - keine Beitragszeiten zu generieren.

4.3.1.1 Die Beschwerdeführerin irrt auch, soweit sie sich die nicht bezogenen Ferientage als Beitragszeit anrechnen lassen will (Urk. 4 S. 13 f.). Denn ein beendigt

Arbeitsverhältnis wird durch Auszahlung der Ferienentschädigung nicht verlängert, und durch den Nichtbezug der Ferien entsteht keine Beitragszeit (vgl. BGE 130 V 498 Erw. 4.3.1). Der von der Beschwerdeführerin angeführte Entscheid des hiesigen Gerichts bezog sich auf einen Stundenlohn, zu dem zusätzlich eine Ferienentschädigung hinzugerechnet worden war (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts in Sachen G. vom 23. April 2003, AL.2002.01308).

4.4 Nachdem die beschwerdegegnerischen Feststellungen bezüglich der im Restaurant Le B. (3.420 Monate) sowie im Restaurant C. (1.7 Monate) generierten Beitragszeiten zu bestmöglichen sind, vermochte die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde nur durchzudringen, sofern sie darlegen konnte, bei der A. SA während mindestens 6.88 Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt zu haben. Mithin hätte sie, nachdem das Arbeitsverhältnis Ende Oktober 2006 endete, fast den gesamten April (bzw. 26,4 [0,88 x 30] von 30 Kalendertagen) für diese Arbeitgeberin erwerbstätig gewesen sein müssen. Weder aus den Akten noch aus den Darlegungen der Beschwerdeführerin ergeben sich aber plausible Hinweise dafür, dass dem so gewesen sein könnte.

Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Anmeldung vom 1. November 2006 noch angegeben, das Arbeitsverhältnis bei der A. SA habe vom 2. Mai bis zum 31. Oktober 2006 gedauert (Urk. 10/1), und einen entsprechend lautenden, von ihr mitunterzeichneten Arbeitsvertrag, datiert vom 2. Mai 2006, beigelegt (Urk. 10/13). Zu dieser Darstellung in Widerspruch legte sie mit dem Wiedererwägungsgesuch bzw. der Einsprache vom 20. November 2006 einen nur von ihrem Arbeitgeber unterzeichneten, im übrigen gleich lautenden Arbeitsvertrag datiert vom 14. April 2006 ins Recht, woraus hervorgeht, dass Vertragsbeginn bereits der 18. April 2006 gewesen sei (Urk. 10/31). Auf diesen Widerspruch von der Beschwerdegegnerin schriftlich befragt, erklärte sie mit Brief vom 4. Januar 2007 die beiden unterschiedlichen Versionen damit, der Vertrag sei am 2. Mai 2006 neu aufgesetzt worden. Im April habe sie nur Kontrollgänge absolviert, die nachträglich durch das Restaurant G. vergütet worden seien (Urk. 10/24).

In der Lohnabrechnung für den April 2006 wurde der Monatslohn von brutto Fr. 3'080.-- mit folgender Marginalie begründet: "Monatslohn = 4400 : 30 x 21 = 3080.00". Diese Bemessung widerspricht zwar, wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführen lässt, der beschwerdegegnerischen Vermutung der Arbeitsaufnahme ab dem 15. April 2006 (Urk. 4 S. 11), da bei dieser Annahme der Lohn tiefer hätte ausfallen müssen. Sie kann aber mit der beschwerdeführerischen Sachverhaltsdarstellung sowohl im erwähnten Brief an die Beschwerdegegnerin vom 4. Januar 2007 wie auch in der Beschwerde in Deckung gebracht werden (Urk. 4 S. 6 ff.): Vom Samstag, 1. April, bis zum Freitag, 7. April 2006, wurden ausschliesslich wenig zeitaufwendige Vorbereitungshandlungen getroffen, die üblicherweise vor definitivem Vertragsabschluss auch nicht entschädigt werden: Es wurden ein Vorstellungsgespräch absolviert (1. April), zwei Besprechungen durchgeführt (2. und 3. April) und von der Beschwerdeführerin die erforderlichen Unterlagen für das unter ihrem Namen gestellte Gesuch um Patenterteilung besorgt und der zuständigen Behörde überbracht (4. bis 7. April). Dabei ist davon auszugehen, dass die Erteilung des Patents an die Beschwerdeführerin eine notwendige Voraussetzung der Anstellung dargestellt hatte, weshalb die entsprechenden Bemühungen als entschädigungslose Vorleistungen hinsichtlich des Abschlusses des Arbeitsvertrages betrachtet werden dürfen. Erst am

Montag, 10. April 2006, verbrachte sie den ganzen Tag an ihrem neuen Arbeitsplatz, kontrollierte am Vormittag das Inventar und wurde am Nachmittag der Eigentümerin der Liegenschaft als zukünftige Patentinhaberin vorgestellt. In den folgenden Tagen erstellte die Beschwerdeführerin sodann Einsatzpläne und beteiligte sich an Vorstellungsgesprächen. Der Zeitraum vom 10. bis zum 30. April umfasst 21 Kalendertage, womit sich die - von der Beschwerdeführerin im Übrigen unbestrittene - Bemessung des Aprillohnes ohne Weiteres erklärt, weshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Aufnahme einer beitragspflichtigen Beschäftigung frühestens ab diesem Datum auszugehen ist.

Demnach hat die Beschwerdeführerin die Beitragszeit klar nicht erfüllt. Sie hätte nämlich vom 10. bis zum 30. April 2006 an 19 Tagen (19 x 1,4 = 26,6) tatsächlich gearbeitet haben müssen, was mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu verneinen ist. Selbst wenn dem aber so gewesen wäre, müsste die Erfüllung der Beitragszeit verneint werden, da die Umrechnung der Arbeitstage in Wochentage mittels Faktor 1,4 von der Annahme einer üblichen Arbeitswoche mit zwei Freitagen ausgeht. Diese Annahme müsste bei bloss zwei freien Tagen in drei Wochen verneint werden.

5.4.4.4

5.1.4.4 In prozessualer Hinsicht ersuchte die Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege und begründete dies mit Hinweis auf ihre Sozialhilfeabhängigkeit (Urk. 4 S. 14).

5.2.4.4 Nach Gesetz und Praxis sind in der Regel die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung erfüllt, wenn der Prozess nicht aussichtslos, die Partei bedürftig und die anwaltliche Verbeiständung notwendig oder doch geboten ist (BGE 103 V 47, 100 V 62, 98 V 117).

Vorliegend sind die Voraussetzungen der unentgeltlichen Verbeiständung erfüllt, weshalb das Gesuch gutzuheissen und Rechtsanwältin Eva Patroncini als unentgeltliche Rechtsvertreterin für das vorliegende Verfahren zu bestellen ist.

5.3.4.4 Mit Eingabe vom 29. Juni 2007 reichte Rechtsanwältin eine Kostennote über einen Aufwand von 17.4 Stunden und Barauslagen von Fr. 95.--, insgesamt von Fr. 3'846.70, ein (Urk. 22/2). Die Honorarnote der Rechtsvertreterin erweist sich als unangemessen hoch. Insgesamt werden rund vier Stunden allein für die Durchsicht der Akten, welche nicht sehr umfangreich sind, geltend gemacht. Zudem erscheint der Aufwand für die Erstellung der Beschwerdeschrift von 8,5 Stunden zu hoch. Die Beschwerdeführerin hatte sich in erster Linie mit Sachverhaltsabklärungen und nicht mit rechtlichen Fragen zu beschäftigen. Insgesamt erscheint ein Aufwand von 9,5 Stunden angemessen, was unter Berücksichtigung der Barauslagen von Fr. 95.-- zu einem Honorar von Fr. 2'600.-- führt. Rechtsanwältin Eva Patroncini, Zürich, ist für ihre Bemühungen mit Fr. 2'600.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Beschwerdeführerin wird auf Art. 92 der Zivilprozessordnung (ZPO) hingewiesen, wonach sie zur Zahlung der Entschädigung verpflichtet werden kann, wenn sie in wirtschaftlich günstigeren Verhältnissen kommt.

Das Gericht beschliesst:

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä In Bewilligung des Gesuches vom 16. bzw. 19. Februar 2007 wird RechtsanwÄrtin Eva Patroncini als unentgeltliche Rechtsvertreterin der BeschwerdefÄhrerin fÄ¼r das vorliegende Verfahren bestellt,

und erkennt:

1.Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Das Verfahren ist kostenlos.

3.Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die unentgeltliche Rechtsvertreterin, Eva Patroncini, wird mit Fr. 2'600.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschÄdigt.

4.Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Unia Arbeitslosenkasse

- RechtsanwÄrtin Eva Patroncini

- Staatssekretariat fÄ¼r Wirtschaft seco

- AWA Amt fÄ¼r Wirtschaft und Arbeit

sowie an:

- die Gerichtskasse

5.Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes Ä¼ber das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht wÄ¼hrend folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren BegrÄ¼ndung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in HÄ¼nden hat (Art. 42 BGG).

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