

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00215 vom 5. Juni 2007

ZH Sozialversicherungsgericht, 2007-06-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2007.00215](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00215)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00215 du 5 juin 2007

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00215 del 5 giugno 2007

## Erwägungen

### E. 1

1.1. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem 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), wobei als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG), während teilweise Arbeitslosigkeit unter anderem dann vorliegt, wenn die versicherte Person eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG). Weiter ist unter anderem 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 andauert.

1.2. Nach der Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel auf Grund der im Beruf oder Erwerbszweig des Versicherten allgemeinen üblichen Arbeitszeit zu ermitteln. Besteht hingegen eine besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit des Versicherten. 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 Arbeitsausfall erleiden (BGE 107 V 61 Erw. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 Erw. 2a, 1995 Nr. 9 S. 48 Erw. 2a mit Hinweis).

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. Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ist grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten 12 Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, dürfen die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von 12 Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach unten oder nach oben ausmachen. Bei einem Beobachtungszeitraum zwischen 6 und 12 Monaten ist die höchstens zulässige Beschäftigungsschwankung proportional anzupassen, d.h. bei einem Beobachtungszeitraum von 8 Monaten beträgt diese 13 %. Übersteigen die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige

Abweichung, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstaufschlag nicht anrechenbar ist (vgl. Kreisschreiben des Staatssekretariates für Wirtschaft seco vom Januar 2007, Rz B96-B97).

## E. 2

2.1 Die Beschwerdeführerin verneinte einen anrechenbaren Arbeitsausfall im Sinne der in Erwägung 1.2 zitierten Rechtsprechung damit, dass die Beschwerdeführerin in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf gearbeitet habe. In den letzten 12 Monaten sei der Lohn gegen unten und oben um mehr als die zulässigen 20 % vom Durchschnitt abgewichen, so dass der Arbeitsausfall nicht anrechenbar sei (Urk. 7/8 S. 2, Urk. 2 S. 2).

2.2 Demgegenüber machte die Beschwerdeführerin geltend, die Schwankungen in den Monaten Juli und August 2006 seien durch einen Ferienbezug begründet, weshalb der tiefste Verdienst lediglich eine Schwankung von 6.6 % aufweise (Urk. 1 S. 1). Zudem habe sie einen dauerhaften Verdienstaufschlag erlitten (Urk. 1 S. 2).

2.3 Strittig und zu präzisieren ist demnach der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab 2. Februar 2007. Unbestritten ist, dass es sich beim Arbeitsverhältnis um Arbeit auf Abruf handelt, was sich im Übrigen auch ohne weiteres aus dem Arbeitsvertrag ergibt (Urk. 7/16-17).

## E. 3

3.1 Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ist gemäss den Ausführungen in Erwägung 1.2 auf die letzten 12 Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Der Beschwerdeführerin wurde per Ende Dezember 2006 mündlich gekündigt (Urk. 7/12 Ziff. 10), so dass der massgebende Beobachtungszeitraum die Monate Januar bis Dezember 2006 umfasst. Insgesamt erzielte die Beschwerdeführerin in dieser Zeit ein Bruttoeinkommen in der Höhe von Fr. 34'501.55 (Urk. 7/19), was einem durchschnittlichen Monateinkommen von brutto Fr. 2'875.10 entspricht. Ausgehend von diesen Zahlen trifft es zu, dass dieses Durchschnittseinkommen im August 2006 um 54.75 % unter- und im Juni 2006 um 23.9 % überschritten wurde und damit nicht von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden kann. Diese Betrachtungsweise vermag jedoch nicht zu überzeugen.

3.2 Gemäss Anstellungsvertrag vom 9. Oktober 2003 ist im Stundenlohn von Fr. 20.-- sowohl ein Anteil am 13. Monatslohn als auch die Ferienentschädigung enthalten (Urk. 7/17). Eine solche Entschädigung von 8.33 % (vgl. Urk. 7/12 Ziff. 17) basiert auf einem Ferienanspruch von jährlich vier Wochen Ferien, was dem in Art. 329a OR geregelten gesetzlichen Minimum entspricht. Dieser Ferienanspruch steht allen Arbeitnehmern unabhängig von der Anstellung zu, Vollzeitangestellten gleich wie Arbeitnehmern auf Abruf (Streiff/von Känel, Arbeitsvertrag, Zürich 2006, N 5 zu Art. 329a). Für den Bezug der Ferien bestimmt Art. 329c Abs. 1 OR weiter, dass wenigstens zwei Wochen Ferien zusammenhängend bezogen werden müssen. Der Zeitpunkt der Ferien wird durch den Arbeitgeber bestimmt, jedoch soweit möglich unter Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers (Art. 329c Abs. 2 OR).

Die Beschwerdeführerin machte sowohl im Einspracheverfahren als auch in der Beschwerde geltend, sie habe in den Monaten Juli und August vier Wochen Ferien bezogen (Urk. 7/6, Urk. 1 S. 1), was von der Beschwerdegegnerin grundsätzlich

nicht bestritten wurde (Urk. 2 S. 2). Dass die Beschwerdeführerin die ganzen ihr gesetzlich zustehenden vier Ferienwochen in den Sommermonaten Juli und August bezog, erscheint zudem vor ihrem Migrationshintergrund als durchaus nachvollziehbar und deckt sich auch mit dem Ferienbezug im Jahre 2005, in welchem in den Monaten Juli und August ebenfalls ein markanter Einkommenseinbruch festzustellen ist (vgl. Urk. 7/19 S. 2). Diese Entscheidung hinsichtlich des Ferienbezuges kann nun aber nicht dazu führen, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Leistungen der Arbeitslosenversicherung schlechter gestellt wird als diejenigen Arbeitnehmer, welche ihre Ferien über das ganze Jahr verteilt beziehen.

3.3 Es ist somit zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten Juli und August vier Wochen Ferien bezog, aufgrund der restlichen Monate des Jahres 2006 eine Normalarbeitszeit ermittelt werden kann. Nachdem der Beobachtungszeitraum nun nicht mehr zwölf sondern nur noch zehn Monate umfasst, betragen die zulässigen Beschäftigungsschwankungen somit nicht mehr 20 % sondern 16.67 % ( $20\% : 12 \times 10$ ; vgl. vorstehend Erw. 1.2).

In den Monaten Januar bis Juni sowie September bis Dezember 2006 erzielte die Beschwerdeführerin insgesamt ein Bruttoeinkommen von Fr. 30'791.05 (Urk. 7/19), was einem durchschnittlichen Monatseinkommen in der Höhe von brutto Fr. 3'079.10 entspricht. Das tiefste Einkommen erzielte die Beschwerdeführerin im Februar 2006 mit Fr. 2'685.50, was einer Abweichung von 12.8 % nach unten entspricht. Demgegenüber betrug das höchste Einkommen im Juni 2006 Fr. 3'561.90 und lag damit 15.7 % über dem Durchschnittseinkommen. Unter Berücksichtigung der der Beschwerdeführerin gesetzlich zustehenden Ferien lässt sich somit - entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin - für das Jahr 2006 eine Normalarbeitszeit berechnen.

3.4 Ursprünglich wurde die Beschwerdeführerin als Aushilfsverkäuferin für die Filialen der A. AG in B. eingestellt (Urk. 7/17). Per Ende Dezember 2006 wurde die Filiale an der C. strasse geschlossen und die Beschwerdeführerin erhielt mündlich die Kündigung (Urk. 7/12 Ziff. 10). Am 2. Januar 2007 unterzeichnete sie einen neuen Arbeitsvertrag für die Filiale an der D. strasse (Urk. 7/13-14), was gemäss den Angaben der Arbeitgeberin eine Reduktion des Arbeitspensums auf zirka die Hälfte zur Folge hat (Urk. 7/7).

4. Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass während der letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses bei der A. AG eine Normalarbeitszeit bestand und die Beschwerdeführerin durch die Kündigung per Ende Dezember 2006 einen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaustausfall erlitt. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides.

Bei der Anmeldung beantragte die Beschwerdeführerin Arbeitslosenentschädigung ab dem 2. Februar 2007, aus den Akten ergibt sich jedoch, dass der Arbeits- und Verdienstaustausfall bereits per 1. Januar 2007 eingetreten ist. Die SYNA Arbeitslosenkasse wird somit neben den übrigen Anspruchsvoraussetzungen für Arbeitslosenentschädigung auch den Zeitpunkt des Anspruchsbeginns zu prüfen haben.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid SYNA Arbeitslosenkasse vom 5. Juni 2007 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass die

Beschwerdeführerin ab dem 1. Januar 2007 einen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausfall erlitten hat und Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- R. \_\_\_\_\_

- Arbeitslosenkasse SYNA

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während 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).

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

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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