

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00310 vom 5. August 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-08-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00310

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00310 du 5 août 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00310 del 5 agosto 2008

Erwägungen

E. 3

Â Â Â Â Â

3.1Â Â Â Â Nach der Anmeldung der Beschwerdeführerin zur Arbeitsvermittlung am 18. September 2006 eröffnete die Beschwerdegegnerin zu Recht die zweijährige Rahmenfrist für den Leistungsbezug, woraus sich diejenige für die Beitragszeit ergibt, welche vom 18. Dezember 2004 bis zum 17. September 2006 dauerte. Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin in dieser Zeit offenbar verschiedene Arbeitsverhältnisse inne hatte, für die indessen weder Arbeitsverträge noch Kündigungen und auch nur sporadisch Lohnabrechnungen, Arbeitgeberbescheinigungen und weitere Hinweise auf das Bestehen dieser Beschäftigungen bestehen.

E. 3.2

Bezüglich des Arbeitsverhältnisses in der Bar E. ___ liegen die Lohnabrechnungen der Monate September bis November 2004 im Recht sowie eine Quittung über eine Barauszahlung für den Monat August 2004 (Urk. 8/04A). Alsdann bescheinigte die Arbeitgeberin am 21. März 2007 (Urk. 8/06B), dass für die Zeit vom 1. September 2004 bis zum 30. November 2004 ein Teilzeit-Arbeitsverhältnis (30 Wochenstunden) zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin bestanden und der letzte Monatslohn Fr. 2'775.-- betragen habe. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses deckt sich mit den Angaben der Beschwerdeführerin in der Anmeldung zum Leistungsbezug (Urk. 8/02A).

E. 3.3

3.3.1Â Â Â Â Â Hinsichtlich der Tätigkeit für B. ___ Restaurant liegt eine Arbeitgeberbescheinigung vom 21. September 2006 im Recht, welche mit dem Stempel "B. ___ Restaurant" und unleserlichem handschriftlichem Namenszug unterschrieben ist (Urk. 8/03A). Hieraus geht hervor, dass diese vom 7. November 2004 bis zum 30. April 2005 und vom 1. Februar bis zum 30. Juni 2006 gedauert haben soll. Die Beschwerdeführerin sei als Barfrau in befristetem Arbeitsverhältnis zu einem Monatslohn von Fr. Fr. 3'800.-- beschäftigt gewesen und ihr sei wegen Umstrukturierung im Betrieb auf den 30. Juni 2006 gekündigt worden. Zu Recht wies die Beschwerdegegnerin in der Verfügung vom 14. Dezember 2006 (Urk. 8/05A) darauf hin, dass diese Arbeitgeberbescheinigung offenbar nicht den Tatsachen entspricht, nachdem die Beschwerdeführerin selber per Anfang Juni 2006 eine fristlose Entlassung infolge Unstimmigkeiten im Zusammenhang mit einem Überbrückungspatent zur Führung einer Gastwirtschaft geltend gemacht hatte (Schreiben der ehemaligen Rechtsvertreterin vom 12. Juli 2006, Urk. 8/01A, Schreiben des F. ___ vom 5. Oktober 2006, Urk. 8/B, und

VerfÄ¼gung betreffend Ä¼berbrÄ¼ckungspatent vom 31. Mai 2006 fÄ¼r die Zeit vom 1. Juni bis zum 1. Juli 2006, Urk. 8/B).

3.3.2Ä¼ Ä¼ Aus der Forderungsklage des nachmaligen Rechtsvertreters vom 22. MÄ¼rz 2007 (Urk. 8/07B) gegen die A.____ AG in Liquidation (Betreiberin der B.____) zu HÄ¼nden des Arbeitsgerichts ZÄ¼rich geht hervor, dass er fÄ¼r die BeschwerdefÄ¼hrerin monatliche Lohnabrechnungen und Lohnausweise fÄ¼r die Dauer des ArbeitsverhÄ¼ltnisses vom 1. Februar bis zum 2. Juni 2006, die Anmeldung des ArbeitsverhÄ¼ltnisses bei der AHV-Ausgleichskasse G.____ und bei der zustÄ¼ndigen Einrichtung der beruflichen Vorsorge, die Forderung in HÄ¼he von Fr. 11'400.-- brutto (3 x Fr. 3'800.--) als Lohnersatz und Fr. 11'400.-- brutto als PÄ¼nale sowie Fr. 1'108.35 brutto als Anteil 13. Monatslohn zuzÄ¼glich 5 % Zins seit 2. Juni 2006 geltend machte. Auf Intervention des Rechtsvertreters hin bescheinigte die Sozialversicherungsanstalt des Kantons ZÄ¼rich (SVA), Ausgleichskasse, mit Schreiben vom 3. September 2007 (Urk. 3/11), dass fÄ¼r die Zeit von November 2004 bis April 2005 SozialversicherungsbeitrÄ¼ge aufgrund eines monatlichen Bruttolohns von Fr. 3'800.-- abgerechnet wÄ¼rden.

3.3.3Ä¼ Ä¼ Aus dem Handelsregistersauszug erhellt (Auszug vom 26. Oktober 2007, Urk. 8/12B), dass Ä¼ber die A.____ AG am 2. Mai 2007 der Konkurs erÄ¼ffnet worden und das Verfahren am 3. September 2007 mangels Aktiven eingestellt worden war.

3.3.4Ä¼ Ä¼ Mit Teilurteil vom 14. Mai 2007 (Urk. 8/08B) erkannte das Arbeitsgericht ZÄ¼rich, dass zwischen der BeschwerdefÄ¼hrerin und der A.____ AG ein erstes ArbeitsverhÄ¼ltnis vom 7. November 2004 bis zum 30. April 2005 und ein zweites vom 1. Februar bis jedenfalls 6. Juni 2006 gedauert hatte. Die Arbeitgeberin wurde verpflichtet, der BeschwerdefÄ¼hrerin monatliche Lohnabrechnungen, Lohnausweise fÄ¼r die Zeiten der festgestellten ArbeitsverhÄ¼ltnisse und ArbeitsbestÄ¼tigungen auszustellen.

3.3.5Ä¼ Ä¼ Nach Eingabe der BeschwerdefÄ¼hrerin vom 22. Juni 2007 (Urk. 8/09B), mit welcher sie beantragt hatte, den mit Beschluss vom 14. Mai 2007 eingestellten Prozess im Falle, dass das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wÄ¼rde, nach Wiederaufnahme des Prozesses gegen die Arbeitgeberin weiterzufÄ¼hren und Ä¼ber die mit Teilurteil vom 14. Mai 2007 noch nicht entschiedenen Rechtsbegehren zu befinden, eventualiter festzustellen, dass die fristlose Entlassung ungerechtfertigt gewesen sei und die BeschwerdefÄ¼hrerin einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 3'800.-- bezogen habe, entschied das Arbeitsgericht mit Beschluss und ergÄ¼nzendem Teilurteil vom 13. Dezember 2007 (Urk. 15) in Abwesenheit eines Vertreters der Arbeitgeberin wie folgt: Es hob die Sistierung vom 14. Mai 2007 auf und schrieb den Prozess betreffend Geldforderungen als gegenstandslos geworden ab. Alsdann erkannte es, dass die fristlose KÄ¼ndigung ungerechtfertigt gewesen sei, wie es bereits mit Teilurteil vom 14. Mai 2007 festgestellt habe, und die BeschwerdefÄ¼hrerin wÄ¼hrend der Dauer des ArbeitsverhÄ¼ltnisses einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 3'800.-- bezogen habe.

3.4Ä¼ Ä¼ Ä¼ Laut Geburtsschein vom 5. Februar 2007 wurde am 19. Januar 2007 der Sohn der BeschwerdefÄ¼hrerin, H.____, geboren (Urk. 8/A).

4.Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼

4.1Ä¼ Ä¼ Ä¼ GemÄ¼ss Art. 336c Abs. 1 OR darf der Arbeitgeber das ArbeitsverhÄ¼ltnis nach Ablauf der Probezeit nicht kÄ¼ndigen: wÄ¼hrend die andere Partei schweizerischen obligatorischen MilitÄ¼r- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet, sowie,

sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher (lit. a); während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünfstem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen (lit. b); während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin (lit. c); während der Arbeitnehmer mit Zustimmung des Arbeitgebers an einer von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland teilnimmt (lit. d). Die Kündigung, die während einer der in Absatz 1 festgesetzten Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Abs. 2). Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin (Abs. 3).

4.2

4.2.1 Laut Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen; er muss die fristlose Vertragsauflösung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen (Abs. 3).

4.2.2 Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Abs. 2). Der Richter kann den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Abs. 3).

E. 5

5.1 Hinsichtlich der Erfüllung der Beitragszeit bezüglich des Arbeitsverhältnisses mit dem Bar E. ___ blieb, insbesondere nach Eingang des Schreibens der SVA, unbestritten, dass innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit (vom 18. September 2004 bis zum 17. September 2006) eine beitragspflichtige Beschäftigung für die Zeit vom 18. September 2004 bis zum 30. November 2004 bzw. von 2.42 Monaten resultierte, wie die Beschwerdegegnerin festhält (Urk. 7). Dabei ging sie offenbar davon aus, dass in der Zeit vom 18. bis zum 30. September 2004 neun Tage gearbeitet worden waren (9 x 1.4 : 30). Woher die Beschwerdegegnerin diese Angaben hatte, bleibt unklar.

Ein Blick auf den Jahreskalender 2004 zeigt indessen, dass - ohne Samstage und Sonntage - zwischen dem 18. und 30. September 2004 tatsächlich neun Wochentage lagen. Dieser Frage muss jedoch nicht weiter nachgegangen werden, da die Beschwerdeführerin dieser Berechnung nichts entgegenhalten liess und sich überdies am Ergebnis nichts ändern würde, wenn ein oder zwei Tage mehr oder weniger gearbeitet worden wären.

5.2. Laut rechtskräftigem Teilurteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 14. Mai 2007, auf welches abzustellen ist, hatte die Beschwerdeführerin bei der B. eine erste Beschäftigung vom 7. November 2004 bis zum 30. April 2005 und eine zweite vom 1. Februar bis zum 6. Juni 2006 inne. Nachdem sich die erste Tätigkeit für die Zeit bis Ende November 2004 mit derjenigen bei D. überschneidet, bleiben bezüglich der ersten Beschäftigung fünf Beitragsmonate (1. Dezember 2004 bis 30. April 2005), wie die Beschwerdegegnerin zutreffend festhielt (Urk. 7). Für die Zeit der zweiten Beschäftigung vom 1. Februar bis zum 6. Juni 2006 rechnete sie ihr alsdann noch 4.187 Monate an (Urk. 23), mithin vier Monate und 4 Tage ($4 \times 1.4 : 30 = 0.187$), was insofern mit dem Jahreskalender 2006 übereinstimmt, als - unter Nichtberücksichtigung von Samstagen und Sonntagen und der Ausserachtlassung des Pfingstmontags - vier Arbeitstage resultieren. Ob die Beschwerdeführerin nicht auch an Samstagen und Sonntagen gearbeitet hat, kann angesichts des Endergebnisses auch hier offen gelassen werden.

E. 5.3

5.3.1. Nachdem die Beschwerdeführerin am 19. Januar 2007 niedergekommen war, ist davon auszugehen, dass sie zur Zeit der fristlosen Entlassung, welche sich entsprechend dem Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich als ungerechtfertigt herausstellte, schwanger war und daher - nachdem sie die Probezeit ausgestanden hatte (vgl. Art. 5 des Landes-Gesamtarbeitsvertrages für das Gastgewerbe) - in den Genuss des Kündigungsschutzes von Art. 336c OR gelangte und sich die Kündigung auch als nichtig erweist.

5.3.2. Die fristlose Kündigung beendet den Arbeitsvertrag auch dann, wenn sie sich als ungerechtfertigt herausstellt oder wenn sie in eine Schutzperiode gemäss Art. 336c OR fällt (BGE 117 II 270 Erw. 3b). Im Urteil in Sachen G. vom 14. Dezember 2007 (C 259/06, Erw. 6.1) erkannte das Bundesgericht im Fall eines fristlos entlassenen Versicherten, der seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber nicht geltend gemacht, sich die Arbeitslosenkasse in einem aussergerichtlichen Vergleich indessen bereit erklärt hatte, gegenüber der Arbeitgeberin auf die Hälfte des subrogierten Betrages zu verzichten, dass dieser Verzicht der versicherten Person nicht entgegengehalten werden könne. Sie sei von der Arbeitslosenkasse im Hinblick auf die strittige Beitragszeit so zu stellen, wie wenn das Arbeitsverhältnis durch Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer ordnungsgemäss beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Massgebend sei allein, dass bei objektiver Betrachtungsweise die Chancen für die gerichtliche Durchsetzung der Entschädigungsansprüche aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung intakt gewesen seien (vgl. auch BGE 119 V 494 Erw. 3c).

Vorliegend erkannte das Arbeitsgericht, dass die fristlose Entlassung ungerechtfertigt gewesen sei. Dass dies in Abwesenheit der Arbeitgeberin geschah, vermag diese Erkenntnis nicht zu schmälern.

In Anwendung der Kündigungsbestimmungen gemäss Art. 6 des L-GAV hätte das Arbeitsverhältnis somit frühestens Ende Juli 2006 geendet und

wofür der Beschwerdeführerin Entschädigungsansprüche zugestanden wären, womit die Beschwerdeführerin die zwölfmonatige Beitragszeit innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 18. September 2004 bis zum 17. September 2006 zu erfüllen vermag. Dass das Arbeitsgericht die Begehren der Beschwerdeführerin hinsichtlich Zusprache von Löhnen und Entschädigungen infolge Einstellung des Konkurses mangels Aktiven über die ehemalige Arbeitgeberin als gegenstandslos geworden abschreiben musste (Beschluss und ergänzendes Teilurteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 13. Dezember 2007, Urk. 19/2, und Urk. 7), ändert daran nichts (vgl. dazu Rz B158 des Kreisschreibens 2007 des Staatssekretariates für Wirtschaft [seco], KS-ALE). Die von der Beschwerdegegnerin - unter Hinweis auf dieselbe Rz des KS-ALE 2007 - angeführte Argumentation, wonach keine zusätzlich anrechenbare Beitragszeit anzuerkennen sei, nachdem keine Lohn- und Entschädigungsansprüche zugesprochen worden seien, bezieht sich darauf, dass für den Fall der Erbringung von Leistungen seitens der Arbeitslosenkasse gemäss Art. 29 AVIG in einer nachfolgenden Rahmenfrist nur diejenige Zeit als Beitragszeit angerechnet werden darf, für die Lohn- und Entschädigungsansprüche realisiert werden konnten (BGE 126 V 368; vgl. auch Urteile des EVG vom 23. Oktober 2000 i.S. O., C 413/98, und vom 27. Juli 2001 i.S. P., C 361/99). Nachdem vorliegend keine Leistungen nach Art. 29 AVIG erbracht worden sind, geht dieser Einwand ins Leere.

5.4 Zusammenfassend ist die Beschwerde insofern gutzuheissen, als der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin aufzuheben und festzustellen ist, dass die Beschwerdeführerin für die Rahmenfrist ab dem 18. September 2006 die Beitragszeit erfüllt und Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG vorliegen.

6. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Prozessentschädigung, wobei eine solche von Fr. 1'300.- als angemessen erscheint.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse Unia vom 31. Juli 2007 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin für die Rahmenfrist ab dem 18. September 2006 die Beitragszeit erfüllt und Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'300.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Mario Bortoluzzi unter Beilage des Doppels von Urk. 23
- Unia Arbeitslosenkasse
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. Gegen diese Entscheidung kann innerhalb von 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 dem 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.