

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2009.00183 vom 30. November 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-11-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2009.00183

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2009.00183 du 30 novembre 2009

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2009.00183 del 30 novembre 2009

Erwägungen

E. 1

1.1 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung [AVIG]). Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (BGE 121 V 374 Erw. 2a, 119 V 358 Erw. 1a, je mit Hinweisen).

Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, der durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a 2. Satzteil AVIG; ARV 2004 Nr. 5 S. 58 Erw. 2.1).

Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe - in Berücksichtigung des präventiven Charakters der Kurzarbeitsentschädigung - sehr weit aus und versteht darunter sowohl strukturelle als auch konjunkturelle Gründe insgesamt und nicht nur den Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern und Dienstleistungen (ARV 2004 S. 128 Erw. 1.3, 2000 Nr. 10 S. 56 Erw. 4a, je mit Hinweisen).

1.2 Nach der Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel aufgrund der im Beruf oder Erwerbszweig des Versicherten allgemein 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 Verdienstaufschlag 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. Der Beobachtungszeitraum kann dabei umso kürzer sein, je weniger die Arbeitseinsätze in den einzelnen Monaten schwanken; er muss umso länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (BGE 107 V 61 f. Erw. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 Erw. 2a mit Hinweisen; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. Soziale Sicherheit, S. 2224 Rz 151f.). So hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht im nicht publizierten Urteil W. vom 17. Januar 1978 (C 50/77) eine bedarfsorientierte Aushilfstätigkeit zu beurteilen, welche über vier Jahre ausgeübt wurde. Die Schwankungen der abgerufenen Einsätze machten, nach Arbeitstagen/-stunden pro Jahr in beidseitiger Abweichung vom Jahresdurchschnitt gerechnet, höchstens 10 % aus. Im Gegensatz dazu konnte in BGE 107 V 59, in welchem sich der Beobachtungszeitraum auf sechs Monate erstreckte und die Abweichungen von der durchschnittlichen Einsatzdauer von monatlich rund 50 Stunden gegen oben über 80 % und gegen unten 36 % betragen, keine Normalarbeitszeit abgeleitet werden. Gleich verhielt es sich in dem in ARV 1995 Nr. 9 S. 45 publizierten Urteil, in welchem die Schwankungen ähnlich wie in dem in BGE 107 V 59 beurteilten Fall ausfielen.

2. Ä Ä Ä Ä Ä Ä

2.1 Ä Ä Ä Ä Streitig und zu prägen ist, ob bei den 24 Arbeitnehmerinnen der Firma A. ein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliegt.

2.2 Ä Ä Ä Ä Während sich die Arbeitslosenkasse auf den Standpunkt stellt, es liege ausschliesslich bei der Mitarbeiterin B. ein ordentliches Arbeitsverhältnis vor, argumentiert die Beschwerdeführerin gemäss Entscheid des Bezirksgerichts C., es handle sich bei den Arbeitsverträgen um keine echten Abrufverhältnisse. Des Weiteren würden die Lohnabrechnungen der Mitarbeiterinnen belegen, dass alle regelmässig gearbeitet hätten.

2.3 Ä Ä Ä Ä Gemäss den Unterlagen schloss die A. mit sämtlichen Mitarbeiterinnen einen Arbeitsvertrag auf Abruf ab. Der vor dem Bezirksgericht C. geschlossene Vergleich lässt keine Rückschlüsse auf die Natur der Arbeitsverhältnisse zu, weshalb - wie die Beschwerdeführerin richtig festhält - aufgrund der Regelmässigkeit der Arbeitseinsätze zu entscheiden ist, ob es sich bei den vorliegenden Verträgen um echte Abrufverhältnisse handelt oder nicht. Den Unterlagen nicht zu entnehmen ist, seit wann die einzelnen Arbeitsverträge bestehen, weshalb gestützt auf das Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung (KS ALE) die monatlichen Abweichungen der Arbeitseinsätze massgebend sind. Gemäss Rz B97 des KS ALE 2007 kann bei Arbeitsverhältnissen auf Abruf von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden, wenn die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach unten oder nach oben ausmachen. Bei einem Beobachtungszeitraum von sechs Monaten beträgt die höchstens zulässige Beschäftigungsschwankung 10 %. Bei einem Beobachtungszeitraum zwischen sechs und zwölf Monaten ist die höchstens zulässige Beschäftigungsschwankung proportional anzupassen, d.h. bei einem Beobachtungszeitraum von acht Monaten beträgt diese 13 % (20 % : 12 x 8). Übersteigt die Beschäftigungsschwankung in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung,

kann bereits nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstausfall nicht anrechenbar ist.

2.4. Bei sämtlichen Mitarbeiterinnen kann ein Beobachtungszeitraum von einem Jahr angewandt werden, so dass die Abweichungen von einem Monat zum Monatsdurchschnitt maximal 20 % ausmachen dürfen. Gestützt auf die Lohnabrechnungen rechnet die Arbeitslosenkasse die geleisteten durchschnittlichen monatlichen Arbeitsstunden aus und stellte fest, dass bei allen Mitarbeiterinnen ausser bei B.____ mindestens ein Monat über oder unter der maximalen Abweichung von 20 % lag (Vgl. Urk. 7/1 - 7/24). Sowohl aufgrund der Arbeitsverträge, welche keinen Anspruch auf Arbeitszuweisung in einem bestimmtem Umfang ausweisen, als auch aufgrund der effektiv erbrachten Leistung der von Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden ist keine normale Arbeitszeit bestimmbar. Daran vermögen auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin bezüglich Abwesenheiten und Ferien nichts zu ändern, zum einen, weil die Arbeitnehmerinnen stundenweise bezahlt wurden und die Ferienentschädigung Bestandteil des Lohnes war, und zum anderen, weil die geschilderten Abwesenheiten gerade bei einem flexiblen Arbeitsmodell wie die des Abrufvertrags überhaupt möglich sind. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- A.____

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

4. Gegen diese Entscheidung 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 Beschwerde ist zu richten an:

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.