

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00125 vom 1. Februar 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-02-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2011.00125](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2011.00125)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00125 du 1 février 2012

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00125 del 1 febbraio 2012

## 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 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 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 dauert.

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 Verdienstaufschlag erleiden (BGE 107 V 61 E. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 E. 2a, 1995 Nr. 9 S. 48 E. 2a mit Hinweis).

1.3 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 E. 2a mit Hinweisen; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, SBVR, Soziale Sicherheit, S. 45 Rz 105 und S. 49 Rz 116 und 117). In dem in ARV 2002 Nr. 12 S. 106 und im Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, EVG, C 9/01 vom 9. Oktober 2001, E. 1 b/bb, erwähnten, nicht publizierten Urteil des EVG C 50/77 vom 17. Januar 1978, war eine bedarfsorientierte Aushilfsleistung zu beurteilen, welche über vier Jahre ausgeübt wurde. Die Schwankungen der abgerufenen Einsätze machten, nach Arbeitstagen und Arbeitsstunden 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.

1.4 Gemäss dem Kreisschreiben des seco über die Arbeitslosenentschädigung, in der ab Januar 2007 gültigen Fassung (KS-ALE), handelt es sich bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf um ein Arbeitsverhältnis, bei dem vereinbart ist, dass sich die Arbeitszeit nach dem jeweiligen Arbeitsanfall richtet, das heisst, dass die Beschäftigung von Fall zu Fall nach Bedarf und ohne Anspruch auf Arbeitszuweisung erfolgt. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen und besteht auch keine Pflicht, die Einsatzangebote anzunehmen, so gilt die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, so dass während der Zeit, in der kein Abruf erfolgt, kein Anspruch auf ALE besteht (Rz B95). Ausnahmsweise kann vom Grundsatz der Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalles bei Arbeitsverhältnissen auf Abruf abgewichen werden, wenn die geleistete Arbeitszeit vor dem Beschäftigungseinbruch während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen war, wobei für die Ermittlung der Normalarbeitszeit grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen ist (Rz B96). 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 (Rz B97).

1.5 Im Urteil in Sachen G. vom 12. Mai 2006 (C 9/06, E. 3.3) hat das EVG erkannt, dass der im KS-ALE festgelegte Beobachtungszeitraum von 12 Monaten grundsätzlich weder zu Gesetz und Verordnung noch zur Gerichtspraxis in Widerspruch steht und für kürzere Arbeitsverhältnisse angemessen erscheint. In Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse sei hingegen gemäss der bisherigen Rechtsprechung auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abzustellen (vgl. ARV 1995 Nr. 9 S. 49 Erw. 3b; Urteile des EVG C 29/05 vom 17. März 2005, E. 3.2, C 114/02 vom 20. August 2002, und C 284/00 vom 7. März 2002, E. 3c). An dieser Rechtsprechung sei festzuhalten, da in Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse auf Abruf eine ausschliessliche Betrachtung der Arbeitseinsätze in den vergangenen zwölf Monaten weder besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen noch gewandelten Rechtsanschauungen entspreche. Das Abstellen auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt rechtfertige sich umso mehr, als im Arbeitsvertragsrecht in längerer Zeit vermehrt von der Massgeblichkeit einer Jahresarbeitszeit ausgegangen wird, welche es dem Arbeitgeber erlaubt, flexibler auf saisonale oder anderweitige Beschäftigungsschwankungen zu reagieren (Urteil des EVG C 9/06 vom 12. Mai 2006, E. 3.3).

## E. 2

2.1 Die Beschwerdegegnerin machte geltend, dass der Beschwerdeführer keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten habe, da er bei der Y. ab März 2009 im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf beschäftigt sei, bei welchem



MÃrz 2010

Fr.

2'724.--

April 2010

Fr.

2'179.20

Mai 2010

Fr.

1'089.60

Juni 2010

Fr.

1'089.60

Juli 2010

Fr.

544.80

August 2010

Fr.

544.80

September 2010

Fr.

544.80

Oktober 2010

Fr.

544.80

November 2010

Fr.

1'634.--

Dezember 2010

Fr.

1'634.--

Januar 2011

Fr.

1'089.60

Februar 2011

Fr.

817.20

Total:

Fr.

14'436.40

^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ Insgesamt erzielte der Beschwerdeführer in der Zeit von März 2010 bis und mit Februar 2011 einen Verdienst von Fr. 14'436.40, woraus ein durchschnittlicher Monatslohn von rund Fr. 1'203.05 resultiert.

4.3 ^ ^ ^ ^ Verglichen mit dem durchschnittlichen Monatslohn von Fr. 1'203.05 ergeben sich folgende Lohnschwankungen:

Monatslohn in Fr.

Prozent des Durchschnittslohnes

Abweichung

in Prozent ^ ^ ^

März 2010

2'724.--

226

+126

April 2010

2'179.20

181

+81

Mai 2010

1'089.60

90

-10

Juni 2010

1'089.60

90

-10

Juli 2010

544.80

45

-55

August 2010

544.80

45

-55

September 2010

544.80

45

-55

Oktober 2010

544.80

45

-55

November 2010

1'634.--

136

+36

Dezember 2010

1'634.--

136

+36

Januar 2011

1'089.60

90

-20

Februar 2011

817.20

68

-32

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Daraus ist ersichtlich, dass der vom Beschwerdeführer im Beobachtungszeitraum erzielte Verdienst aus der Tätigkeit bei der Y. \_\_\_ teilweise um bis zu 126 % nach oben und bis 55 % nach unten vom Monatsmittel von Fr. 1'203.05 abwich. Unter diesen Umständen sind die praxisgemässen Voraussetzungen für das Abstellen auf die tatsächliche durchschnittliche Arbeitszeit als Referenzgrösse für die Bestimmung des anrechenbaren Arbeitsausfalls nicht gegeben. Daran vermögen auch die Vorbringen des Beschwerdeführers nichts zu ändern.

5. Nach dem Gesagten ist die Anspruchsvoraussetzung des anrechenbaren Arbeitsausfalles nicht erfüllt, weshalb nicht zu beanstanden ist, dass die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid vom 20. Mai 2011 (Urk. 2) einen Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Folgerahmenfrist und damit Arbeitslosenentschädigung ab 2. März 2011 verneinte. Die vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. \_\_\_\_\_

- Unia Arbeitslosenkasse

- seco - Direktion für Arbeit

- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

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.