

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00010

vom 24. August 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-08-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2012.00010

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00010 du 24 août 2012

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00010 del 24 agosto 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 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. 2 lit. a AVIG), während teilweise Arbeitslosigkeit unter anderem dann vorliegt, wenn die versicherte Person eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder 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 aufgrund der im Beruf oder Erwerbszweig der versicherten Person allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln. Besteht hingegen eine besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, so bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit der versicherten Person. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen, so gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, so dass der Arbeitnehmer während der Zeit, da er nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Verdienstaufschlag erleidet. Von diesem Grundsatz kann 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 (ARV 2002 Nr. 12 S. 106 E. 1b mit Hinweisen).

E. 2

2.1 Die ALK verneinte die Anspruchsberechtigung ab dem 1. November 2011 im Wesentlichen mit der Begründung, auch wenn die Y. das Arbeitsverhältnis am 14. November 2011 - in rechtsmissbräuchlicher Weise und unter Missachtung der zweimonatigen Kündigungsfrist - rückwirkend per 31. Oktober 2011 aufgelöst habe, sei - entsprechend den ursprünglichen Angaben sowohl des Beschwerdeführers selbst

als auch dessen Arbeitgeberin - davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis auf Abruf faktisch fortbestanden habe und dem Beschwerdeführer für die Zeit vom 1. November 2011 bis 29. Februar 2012 einfach keine Arbeit habe zugewiesen werden können (Urk. 2 S. 3 f., Urk. 7 S. 2). Nachdem er die Arbeit nun nicht wie geplant am 1. März 2012 wieder habe aufnehmen können, müsse die Anspruchsberechtigung ab diesem Zeitpunkt neu geprüft werden. Dabei sei indes zu berücksichtigen, dass die Y. ein auf diesen Zeitpunkt hin wiederauflebendes Arbeitsverhältnis vor Antritt ungerechtfertigt fristlos aufgelöst habe und sich der Beschwerdeführer für Entschädigungsansprüche während der ordentlichen Kündigungsfrist von zwei Monaten an die Arbeitgeberin zu halten habe (Urk. 24 S. 2).

2.2. Der Beschwerdeführer stellte sich demgegenüber im Wesentlichen auf den Standpunkt, er sei als teilweise Arbeitsloser zu qualifizieren, der einen anrechenbaren Verdienstausschlag erlitten habe (Urk. 1 S. 4 f., Urk. 27 S. 2). Laut der Y. gelte das Arbeitsverhältnis als per 31. Oktober 2011 beendet (Urk. 20 S. 2). Insofern bestehe die Anspruchsberechtigung nicht erst ab dem 1. März 2012 (Urk. 27 S. 2).

E. 3

3.1. Aus den Akten geht hervor, dass die Y. dem Beschwerdeführer bereits im Jahr zuvor während des Winters 2010/11 in den Monaten Dezember, Januar und Februar keine beziehungsweise nur im Rahmen weniger Einsätze (Urk. 8/103, Urk. 8/102) Arbeit zuwies, weil sie während dieser Saison regelmäßig über weniger Aufträge verfügte (vgl. Schreiben Y. vom 13. Oktober 2010 [Urk. 8/96] und vom 12. Oktober 2011 [Urk. 8/141] sowie Urk. 8/105 S. 2). Damit bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf - ausnahmsweise - von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, dürfen die Beschäftigungsschwankungen indes im Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach unten oder nach oben ausmachen. Übersteigen die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung, wie es vorliegend jedenfalls betreffend die Monate Dezember, Januar und Februar der Fall ist, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden. Damit ist auch der Arbeits- und Verdienstausschlag nicht anrechenbar (vgl. Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Januar 2007, Rz. B97). Der Beschwerdeführer hatte demnach während der Dauer des Arbeitsverhältnisses in der Zeit, in der kein Abruf erfolgte, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

3.2. Was die am 14. November 2011 seitens der Arbeitgeberin per 31. Oktober 2011 ausgesprochene Kündigung (Urk. 8/152) anbelangt, ging die ALK für die Zeit bis Ende Februar 2012 zu Recht vom faktischen Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses aus (Urk. 2, Urk. 7). Zweck der Kündigung, die unzulässiger Weise rückwirkend und gerade, nachdem die ALK die Anspruchsberechtigung ab dem 1. November 2011 mit Verfügung vom 10. November 2011 (Urk. 8/151) verneint hatte, erfolgte, war es nämlich offensichtlich, dem Beschwerdeführer - in rechtsmissbräuchlicher Weise (Art. 2 Abs. 2 ZGB) - während der Wintermonate 2011/12 den Bezug von Arbeitslosentaggeldern zu ermöglichen. So hatte die Y. noch kurz vor der dem Verfassen des (der Einsprache beigelegten) Kündigungsschreibens (Urk. 8/152), welches wie die Einsprache (Urk. 8/153) vom 14. November 2011 datiert und dem zu diesem Zeitpunkt an sich nicht arbeitstätigen Beschwerdeführer demnach ausgehändigt und

nicht etwa postalisch zugestellt wurde, am 12. Oktober 2011 noch angegeben, der Beschwerdeführer werde vom 1. November 2011 bis Ende Februar 2012 nicht eingesetzt (vgl. Arbeitsbestätigung, Urk. 8/141), und am 17. Oktober 2011 explizit festgehalten, das Arbeitsverhältnis bestehe weiter (vgl. Arbeitgeberbescheinigung, Urk. 8/142). Der Beschwerdeführer machte denn in seiner Beschwerdeschrift auch lediglich für die Zeit vom 1. November 2011 bis 29. Februar 2012 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geltend (Urk. 1 S. 5) und hielt selbst am 22. Februar 2012 noch fest, sein Arbeitgeber sei die Y. ____, er sei "zur Zeit arbeitslos, da Arbeit auf Abruf, saisonabhängig" (vgl. Formular zur Abklärung der prozessualen Bedürftigkeit, Urk. 13 S. 3).

3.3. Für die Zeit vom 1. November 2011 bis 29. Februar 2012 hat die ALK den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung demnach zu Recht verneint. Nachdem der Beschwerdeführer die Arbeit bei der Y. ____, offenbar per 1. März 2012 nicht wieder aufnehmen können (Urk. 20 S. 2, Urk. 21), ist die Sache zur Prüfung der Anspruchsberechtigung ab diesem Zeitpunkt an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

4. Ausgangsgemäss ist dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer gestützt auf Art. 61 lit. g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) in Verbindung mit § 34 Abs. 1 und Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) eine Prozessentschädigung zuzusprechen, wobei ein Betrag von Fr. 1'400.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen erscheint. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung (Urk. 1 S. 2) erweist sich demnach als obsolet.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid vom 22. November 2011 aufgehoben und die Sache an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen wird, damit diese weitere Abklärungen im Sinne der Erwägungen treffe und hernach über die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers ab dem 1. März 2012 neu verfähre. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'400.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Roger Müller

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich unter Beilage des Doppels von Urk. 27

- seco - Direktion für Arbeit

- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

5. 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.