

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00217 vom 26. November 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-11-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2012.00217

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00217 du 26 novembre 2012

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00217 del 26 novembre 2012

Erwägungen

E. 2

2.1 Die Beschwerdeführerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid damit, dass im konkreten Fall die Zeit vom 1. März 2011 bis 29. Februar 2012 für die Ermittlung einer Normalarbeitszeit herangezogen werden könne. Dabei sei von einer durchschnittlichen monatlichen Arbeitszeit von 172.55 Stunden auszugehen, was bei einer Arbeitszeit für den Monat Oktober 2011 von 109 Stunden zu einer Abweichung nach unten von rund 37 % führe. Dabei werde die gemäss Kreisschreiben maximal zulässige Abweichung von 20 % überschritten, so dass keine Normalarbeitszeit ermittelt werden könne. Damit könne der Beschwerdeführer für die Zeit ab April 2012 keinen anrechenbaren Arbeitsausfall geltend machen (Urk. 2).

2.2 Demgegenüber machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, dass ihm mündlich ein 100%iges Arbeitspensum zugesichert worden sei. Der schriftliche Arbeitsvertrag sei lediglich zur Umgehung der Pensionskassenpflicht geschlossen worden. Der mündliche Vertrag sei bis im März 2012 eingehalten worden, bis er die ihm zustehenden Pensionskassenleistungen verlangt habe. Bei der Ermittlung der Normalarbeitszeit sei zu berücksichtigen, dass er im Oktober 2011 Ferien bezogen habe und dementsprechend auch weniger Stunden geleistet habe (Urk. 1).

E. 3

3.1 Zu prüfen ist, ob gestützt auf die Arbeitstätigkeit in der Zeit vom 1. März 2011 bis 29. Februar 2012 eine Normalarbeitszeit ermittelt werden kann oder nicht.

Gestützt auf das Kreisschreiben über die Arbeitslosentschädigung in der seit 1. Januar 2007 gültigen Fassung ist dabei bei einem Beobachtungszeitraum von 12 Monaten eine maximale Abweichung der einzelnen monatlichen Arbeitszeiten von der durchschnittlichen monatlichen Arbeitszeit von 20 % zulässig (KS ALE B97).

Bei einem Kreisschreiben handelt es sich um eine von der Aufsichtsbehörde für richtig befundene Auslegung von Gesetz und Verordnung. Die Weisung ist ihrer Natur nach keine Rechtsnorm, sondern eine im Interesse der gleichmässigen Gesetzesanwendung abgegebene Meinungsäusserung der sachlich zuständigen Aufsichtsbehörde. Solche Verwaltungsweisungen sind wohl für die Durchführungsorgane, nicht aber für die Gerichtsinstanzen verbindlich (BGE 118 V 206 E. 4c, vgl. auch 123 II 16 E. 7, 119 V 255 E. 3a mit Hinweisen). Das Gericht soll sie bei seiner Entscheidung mitberücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Es

weicht andererseits insoweit von den Weisungen ab, als sie mit den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar sind (BGE 123 V 70 E. 4a mit Hinweisen).

Das Eidgenössische Versicherungsgericht (heutige Bundesgericht) hielt hinsichtlich der Ermittlung der Normalarbeitszeit fest, dass bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf grundsätzlich von einer Nichtanrechenbarkeit eines Arbeitsausfalles auszugehen sei. Von diesem Grundsatz können jedoch abgewichen werden, wenn der auf Abruf erfolgte Einsatz während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant gewesen sei. In diesem Fall sei die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal zu betrachten. Nach der Rechtsprechung können der Beobachtungszeitraum dabei umso kürzer sein, je weniger die Arbeitseinsätze in den einzelnen Monaten schwanken würden, und er müsste länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen würden oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen seien (BGE 107 V 61 unten f.; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 Erw. 2a mit Hinweisen; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. Soziale Sicherheit, S. 48 Rz 116 f.). So habe im Urteil C 50/77 bei einer bedarfsorientierten Aushilfstätigkeit (über vier Jahre ausgeübt) und einer Abweichung von 10 % eine Normalarbeitszeit ermittelt werden können. Im Gegensatz dazu habe in BGE 107 V 59, in welchem sich der Beobachtungszeitraum auf sechs Monate erstreckt habe und die Abweichungen von der durchschnittlichen Einsatzdauer von monatlich rund 50 Stunden gegen oben über 80 % und gegen unten 36 % betragen hätten, keine Normalarbeitszeit abgeleitet werden können. Gleich habe es sich in dem in ARV 1995 Nr. 9 S. 45 publizierten Urteil verhalten, in welchem die Schwankungen ähnlich wie in dem in BGE 107 V 59 beurteilten Fall ausgefallen seien (Urteil C 9/06, E. 1.3).

3.2 Wie die zitierte höchstgerichtliche Rechtsprechung zeigt, stützt sich die im Kreisschreiben genannte Grenze von 20 % nicht auf einen konkreten Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (Bundesgerichts), sondern stellt eine Konkretisierung der eher auf den Einzelfall zugeschnittenen Ausführungen dar. Da die Regelung des Kreisschreibens für das hiesige Gericht nicht verbindlich ist, muss geprüft werden, ob sie im konkreten Fall zu einem angemessenen Ergebnis führt.

Mit der zitierten Rechtsprechung will erreicht werden, dass ein Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag auf Abruf - sofern er über eine längere Zeit ein regelmässiges Pensum verrichtet hat - hinsichtlich eines Arbeitsausfalls einem festangestellten Arbeitnehmer gleichgestellt ist. Dabei wird der Tatsache Rechnung getragen, dass ein Arbeitsverhältnis auf Abruf für den Arbeitnehmer keine Vorteile bringt, er vielmehr in einem gewissen Mass das unternehmerische Risiko mittragen muss. Vor diesem Hintergrund wäre es aber unbillig, wenn er auch bei einer längeren Tätigkeit und einer nachfolgenden Pensumsreduktion von der Arbeitslosenversicherung ausgeschlossen wäre. Der schriftliche Arbeitsvertrag des Beschwerdeführers verweist auf die Anstellungsbedingungen für Teilzeitmitarbeitende im Stundenlohn der Y. AG (Urk. 7/17). Darin ist festgehalten, dass der Ferien- und Feiertagsanspruch in Form einer Ferien-/Feiertagsvergütung pro geleistete Arbeitsstunde abgegolten und in der Salärabrechnung entsprechend ausgewiesen würden. Während des Ferien-/Feiertagsbezuges erfolge keine Salärzahlung (Urk. 7/17 S. 4). Auch wenn vorliegend von einem Arbeitsverhältnis auf Abruf auszugehen ist, kann davon ausgegangen werden, dass dem Beschwerdeführer in Absprache mit dem Arbeitgeber der

Bezug von Ferien möglich war. Dies ist auch einer entsprechenden Übersicht zu entnehmen, aus welcher sich für die Monate Mai 2011, Dezember 2011 und Januar 2012 ein kürzerer Ferienbezug und für den Monat Oktober 2011 ein längerer Ferienbezug ergibt. Die Ferienbezüge erfolgten demnach in einer Art und Weise, wie sie auch ein festangestellter Arbeitnehmer tätigen würde. Ginge man von einer maximalen Abweichung von der durchschnittlichen monatlichen Arbeitszeit von 20 % aus, führte dies pro Monat zu einem maximalen Ferienbezug von rund 34.5 Stunden. Will ein auf Abruf angestellter Arbeitnehmer somit einen gleichen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wahren, dürfte er nie mehr als eine Woche Ferien am Stück beziehen. Dies widerspricht nun aber nicht nur der angestrebten Gleichbehandlung mit einem festangestellten Arbeitnehmer, sondern auch dem Erholungszweck von Ferien generell. So sind die Ferien in der Regel im Verlauf des betreffenden Dienstjahres zu gewähren; wenigstens zwei Ferienwochen müssen zusammenhängen (Art. 329c Abs. 1 OR). Dies entspricht der Erkenntnis der Präventivmedizin, dass die Rhythmusänderung und Entspannungswirkung sich nur in Ferien von mehrwöchiger Dauer richtig einstellen kann, nach einer Akklimatisationszeit, die bei zunehmendem Alter länger wird (Streiff/von Kaenel/Rudolf, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, S. 663). Der Ferienbezug des Beschwerdeführers im Oktober 2011 war demnach aus arbeitsmedizinischer Sicht gerechtfertigt und sinnvoll. Dass es dabei im genannten Monat - verglichen mit der durchschnittlichen monatlichen Arbeitszeit - zu einer Abweichung von 37 % gekommen ist, darf nicht zu einer Schlechterstellung gegenüber einem festangestellten Arbeitnehmer führen und hängt wie gezeigt mit der vereinbarten Stundenentschädigung und dem Ferienbezug zusammen.

Für die Zeit ab April 2012 ist demnach von einem anrechenbaren Arbeitsausfall im Sinne von Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) auszugehen.

Zusammenfassend führt dies zur Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie zur Rückweisung der Sache an die Beschwerdegegnerin zur weiteren Anspruchsprüfung.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, als festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer für die Zeit ab 1. April 2012 einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat und es wird die Sache zur weiteren Anspruchsprüfung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. _____

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- 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.