

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00285 vom 18. Januar 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-01-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2012.00285

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00285 du 18 janvier 2013

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2012.00285 del 18 gennaio 2013

Erwägungen

E. 2

2.1. Gemäss Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer unter anderem ganz- oder teilweise arbeitslos ist (lit. a) und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (lit. b).

2.2. Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstausschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG).

Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, AVIV).

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin ging im angefochtenen Entscheid (Urk. 2) davon aus, mangels einer Normalarbeitszeit in der massgebenden Zeit (November 2010 bis Oktober 2011) liege kein anrechenbarer Arbeits- und Verdienstausschlag vor (S. 4 Ziff. 4). In der Beschwerdeantwort wies sie ferner darauf hin, dass ein Arbeitsausfall auch deshalb nicht gegeben sei, weil die Beschwerdeführerin ihr Pensum bei der bisherigen Arbeitgeberin seit dem 21. September 2011 sogar habe steigern können (Urk. 8 S. 2 Mitte).

3.2. Die Beschwerdeführerin stellte sich demgegenüber in ihrer Beschwerde (Urk. 1) auf den Standpunkt, ihre diversen Zwischenverdienste, vor allem die Anstellung bei der X. GmbH mit festen Präsenzzeiten an einem Wochentag von 8-18 Uhr, aber unregelmässiger tatsächlicher Arbeitszeit und entsprechend unregelmässigem Verdienst, stellten eine genügende Beitragszeit seit dem 20. April 2010 dar (S. 4 Ziff. 1). Die vereinbarte Präsenzzeit beziehungsweise Rufbereitschaft stelle - aus näher genannten Gründen - die für die Ermittlung des Arbeits- und Verdienstausschlages massgebende Grösse dar (S. 13 ff.).

3.3. Strittig und zu präzisieren ist somit, ob die Beschwerdeführerin ab 1. November 2011 einen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausschlag erleidet.

Weitere Ausführungen in der Beschwerde, namentlich zu einem früher erhaltenen Arbeitszeugnis (Urk. 1 S. 7 ff. Ziff. 4 und 5), haben keinen ersichtlichen Bezug zum Gegenstand des angefochtenen Entscheides und den

beschwerdeweise gestellten Anträgen. Dazu gibt es vorliegend nichts zu sagen.

E. 4

4.1 Vorab ist zu klären, wie es sich mit den festen Präsenzzeiten verhält, von denen die Beschwerdeführerin geltend macht, sie seien bei der Ermittlung des Arbeitsausfalls zu berücksichtigen.

4.2 Aus den Akten und insbesondere den Ausführungen der Beschwerdeführerin ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach sich in diesem Punkt seit Vertragsabschluss etwas geändert habe könnte. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass auch seit Oktober 2011 der fixe Einsatztag weiter besteht, und noch ein subsidiärer Auffang-Telefondienst dazugekommen ist, wobei gemäß den Angaben der Beschwerdeführerin die feste Präsenzzeit von 8-18 h etwas gelockert worden sei (Urk. 1 S. 6 unten).

Wenn der Beschwerdeführerin gefolgt und die Präsenzpfllicht beziehungsweise Verpflichtung zur telefonischen Erreichbarkeit bei der Ermittlung der Normalarbeitszeit berücksichtigt würde, so hätte dies auch bei der - anspruchswesentlichen - Frage des Arbeitsausfalls zu gelten. Dies würde wiederum bedeuten, dass die Anspruchsvoraussetzung des anrechenbaren Arbeitsausfalls schon deshalb zu verneinen wäre, weil bezüglich des einen fixen Präsenztages kein Abbau belegt ist und im Gegenteil noch weitere, zeitlich weniger starre, Verpflichtungen dazugekommen sind. Dies ergibt sich auch aus der beschwerdeweisen Umschreibung einer jetzigen festen 20%-Präsenzzeit-Stelle mit Stellvertretungs- und Abruf-Erweiterung (Urk. 1 S. 5 Ziff. 2).

4.3 Die Präsenzverpflichtung der Beschwerdeführerin besteht nicht am Geschäftsort der Arbeitgeberin, sondern bei sich zu Hause. Gemäß den Angaben auf der Website der projure GmbH unter dem Menüpunkt Jobs (Urk. 12) wird die Tätigkeit zu Hause erledigt, die Leistung mithin an privaten Homeworking-Arbeitsplätzen erbracht. Gemäß den Angaben der Beschwerdeführerin muss sie während der Präsenzzeiten telefonisch erreichbar sein, was wegen der technisch bedingt schlechten Akustik ausserhalb des Hauses zur Folge hat, dass sie kaum aus dem Haus kann (Urk. 1 S. 5 unten). Diese musische Präsenz und Erreichbarkeit ist die einzige ersichtliche Einschränkung, welche die Präsenzverpflichtung nach sich zieht. Dies bedeutet gleichzeitig, dass die Beschwerdeführerin während dieser Zeiten - sofern nicht ein Beratungstelefongespräch zu führen ist - beliebigen Beschäftigungen nachgehen kann, mithin alle auch erwerblichen Tätigkeiten, die zuhause erledigt werden können, ausüben kann, beispielsweise schriftliche Übersetzungsarbeiten oder andere ihren Fähigkeiten entsprechende bezahlte Tätigkeiten.

Dass es der Beschwerdeführerin möglich ist, die - fast nur symbolisch entschädigte - Präsenzzeit für andere bezahlte Tätigkeiten zu nutzen, ist für deren Einordnung im Lichte der Arbeitslosenversicherung der entscheidende Aspekt. Wie Präsenzverpflichtungen und Abrufbereitschaft arbeitsrechtlich behandelt werden (vgl. Urk. 1 S. 13 ff.), kann demgegenüber nicht entscheidend ins Gewicht fallen.

4.4 Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass für die Ermittlung des Arbeitsausfalls massgebende Arbeitszeit diejenige ist, in welcher die Beschwerdeführerin effektiv beansprucht wurde. Deren Umfang (zuzüglich Präsenz-Tagespauschale)

kommt in der Höhe der monatlich abgerechneten Lohnzahlung zum Ausdruck.

Somit ist die Frage des Arbeits- und Verdienstausfalls gestützt auf die vorhandenen Lohnabrechnungen zu entscheiden.

E. 5

5.1 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 Arbeitnehmerin, bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit der 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 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer während der Zeit, da sie nicht zur Arbeit aufgefordert werden, keinen anrechenbaren Verdienstausfall erleiden (BGE 107 V 61; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 E. 2a, 1995 Nr. 9 S. 48 E. 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. Nach der Rechtsprechung kann der Beobachtungszeitraum dabei umso kürzer sein, je weniger die Arbeitseinsätze in den einzelnen Monaten schwanken, und er muss länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (BGE 107 V 61 unten f.; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 E. 2a mit Hinweisen; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, SBVR, Band Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007, Rz 151 f.).

Gemäss Rz B96 Satz 2 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung (KS ALE) ist für die Ermittlung der Normalarbeitszeit grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten zwölf Monate abzustellen. Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, dürfen gemäss Rz B97 Satz 1 KS ALE Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach unten oder oben ausmachen.

5.2 Folgende von der Beschwerdeführerin hauptsächlich erzielte Einkommen als unselbständig Erwerbstätige sind aktenkundig:

Arbeitgeberin: X.____ GmbH

Fr.

Urk.

November 2010

1▲363.05

7/183

Dezember 2010

443.75

7/177

Januar 2011

676.65

7/163

Februar 2011

947.65

7/155

März 2011

1.546.75

7/147

April 2011

842.90

7/138

Mai 2011

1.056.05

7/127

Juni 2011

-

-

Juli 2011

-

-

August 2011

691.30

7/112, 7/114

September 2011

806.65

7/15, 3/3 Anhang

Oktober 2011

1.283.20

7/6, 3/3 Anhang

November 2011

1.245.75

7/63, 3/3 Anhang

Dezember 2011

962.20

7/55, 3/3 Anhang

Januar 2012

-

7/52

Februar 2012

1Â■262.90

7/48

MÃrz 2012

803.80

7/45

April 2012

852.70

7/40

Mai 2012

925.90

7/27

Juni 2012

1Â■101.35

7/21

Juli 2012

1Â■670.75

7/20

Arbeitgeber: B.____

Fr.

Urk.

November 2010

1Â■200.--

7/180

Dezember 2010

225.--

7/173

Januar 2011

337.50

7/158

Februar 2011

1'035.95

7/150

März 2011

764.05

7/143

April 2011

956.25

7/134

Mai 2011

206.25

7/126

Juni 2011

-

-

Juli 2011

-

-

August 2011

1'131.80

7/111

September 2011

796.90

7/11

Oktober 2011

150.--

7/7, 7/8

November 2011

525.--

7/64, 7/33

Dezember 2011

393.75

7/60, 7/32

Januar 2012

1Â■462.50

7/31

Februar 2012

843.75

7/50, 7/30

MÃrz 2012

772.75

7/25

April 2012

1Â■031.25

7/41, 7/29

Mai 2012

924.75

7/23

Arbeitgeberin: A.____

Fr.

Urk.

November 2010

263.75

7/182

Dezember 2010

-

-

Januar 2011

186.20

7/159

Februar 2011

62.10

7/151

MÃrz 2011

191.35

7/144

April 2011

-

-

Mai 2011

124.50

7/129

Juni 2011

-

-

Juli 2011

145.20

7/119

August 2011

-

-

September 2011

202.30

7/14

Oktober 2011

-

-

November 2011

197.10

7/65

Januar 2012

114.15

7/53

April 2012

1 447.50

7/38

Arbeitgeberin: C.____

Fr.

Urk.

Oktober 2011

206.25

7/13

Februar 2012

237.--

7/49

April 2011

225.--

7/128

Arbeitgeberin: Z.____ AG

Fr.

Urk.

MÃrz 2012

772.75

7/34

April 2012

1Â■031.25

7/24

Arbeitgeberin: D.____

Fr.

Urk.

August 2011

253.15

7/117-118

September 2011

450.--

7/12

5.3Â Â Â Â Bei den drei in Frage kommenden BeschÃftigungsverhÃltnissen ergibt die Ermittlung des Mittelwerts und der monatlichen Abweichungen folgende Ergebnisse:

Arbeitgeberin: X.____ GmbH

Fr.

Abweichung in %

November 2010

1Â■363.05

94

Dezember 2010

443.75

-37

Januar 2011

676.65

-3

Februar 2011

947.65

35

MÃrz 2011

1Â546.75

121

April 2011

842.9

20

Mai 2011

1Â056.05

51

Juni 2011

0

-100

Juli 2011

0

-100

August 2011

691.3

-1

September 2011

806.65

15

Oktober 2011

1Â283.2

83

Mittel

701.17

Arbeitgeber: B.____

Fr.

Abweichung in %

November 2010

1Â■200

112

Dezember 2010

225

-60

Januar 2011

337.5

-40

Februar 2011

1Â■035.95

83

MÃrz 2011

764.05

35

April 2011

956.25

69

Mai 2011

206.25

-64

Juni 2011

0

-100

Juli 2011

0

-100

August 2011

1'131.80

100

September 2011

796.9

41

Oktober 2011

150

-74

Mittel

567

Arbeitgeberin: A. ____

Fr.

Abweichung in %

November 2010

263.75

169

Dezember 2010

0

-100

Januar 2011

186.2

90

Februar 2011

62.1

-37

März 2011

191.35

95

April 2011

0

-100

Mai 2011

124.5

27

Juni 2011

0

-100

Juli 2011

145.2

48

August 2011

0

-100

September 2011

202.3

107

Oktober 2011

0

-100

Mittel

98

5.4 In allen überhaupt in Frage kommenden Arbeitsverhältnissen (vorstehend E. 5.3) erscheinen Abweichungen nach oben von bis zu 96 % (X. GmbH), 112 % (B.) und 169 % (A.), und nach unten von bis zu 100 %. Vor diesem Hintergrund ist offensichtlich, dass die rechtsprechungsgemäss maximalen Schwankungen, bei denen trotz unregelmässiger Beanspruchung noch eine Normalarbeitszeit angenommen werden könnten, bereits deutlich überschritten sind.

Bei dieser Sachlage lässt sich eine Normalarbeitszeit nicht ermitteln, und damit auch kein Arbeitsausfall infolge eines allfälligen Rückgangs derselben infolge geringerer auf Abruf erfolgter Beanspruchung. Nur am Rande sei deshalb angemerkt, dass zumindest fraglich scheint, ob ab November 2011 ein solcher Rückgang angenommen werden könnte.

5.5 Fehlt es an einer Normalarbeitszeit, so lässt sich kein Arbeits- und Verdienstausschlag ermitteln, womit eine der zwingenden Anspruchsvoraussetzungen (vorstehend E. 2.1) nicht gegeben ist.

Somit hat die Beschwerdeführerin ab 1. November 2011 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, womit sich der angefochtene Entscheid als rechtens erweist und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen ist.

6. Angesichts des vorliegenden Entscheids in der Hauptsache wird der gestellte Antrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegenstandslos.

7. Wie die Beschwerdegegnerin ihre Akten führt, ist vom Gericht nicht zu beurteilen, welche Akten sie wie einreicht dagegen sehr wohl. Auf die vorliegend zu konstatierenden Mängel (vorstehend E. 1 des Sachverhalts) ist deshalb ausdrücklich aufmerksam zu machen, verbunden mit dem Hinweis, dass solches im Wiederholungsfall vom Gericht nicht akzeptiert würde.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird auf Erwägung 7 hingewiesen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. _____

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- 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.