

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00113

vom 13. Juli 2015

ZH Sozialversicherungsgericht, 2015-07-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2015.00113

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00113 du 13 juillet 2015

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00113 del 13 luglio 2015

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1963, ist seit dem 15. Juni 2012 für den Verein Y.____ in Z.____ tätig (vgl. Arbeitgeberbescheinigung, Urk. 9 / 49).

Am 13. Februar 2015 meldete sich der Versicherte beim regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV)

A.____ zur Stellenvermittlung im Umfang von 100 % an und beantragte Arbeitslosenentschädigung (vgl. Urk. 9 / 69 ; Urk. 9/42). Mit Verfügung vom 20. Februar 2015 (Urk. 9/52) verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich den Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 13. Februar 2015 infolge Nichterfüllung der Beitragszeit. Die dagegen vom Versicherten am 16. März 2015 erhobene Einsprache (Urk. 9/55) wies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich mit Einspracheentscheid vom 13. April 2015 ab (Urk. 9/66 = Urk. 2).

E. 1.1

Eine versicherte Person hat gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) nur dann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist. Für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit gelten, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, zweijährige Rahmenfristen (Art. 9 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchs voraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Art. 9 Abs. 3 AVIG).

E. 1.2

Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG).

E. 1.3

Nach Art. 23 Abs. 3 bis AVIG ist ein Verdienst, den eine Person durch Teilnahme an einer von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme erzielt, nicht versichert. Ausgenommen sind Massnahmen nach den Art. 65 und 66a AVIG.

Als arbeitsmarktliche Massnahmen im Sinne von Art. 23 Abs. 3 bis AVIG gelten alle voll oder teilweise durch die öffentliche Hand finanzierten Integrationsmassnahmen (Art. 38 Abs. 1 AVIG).

E. 1.4

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art.

E. 1.5

Nach der Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel auf Grund 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 Verdienstausfall erleiden (BGE 107 V 59 E. 1 mit Hinweisen). 2.

E. 2

Gegen den Einspracheentscheid vom 13. April 2015 (Urk. 2) erhob der Versicherte mit Eingaben vom

11. Mai 2015 (Urk. 1) und 15. Mai 2015 (Urk. 5) Beschwerde und beantragte, dieser sei aufzuheben und es sei ihm ab dem 13. Februar 2015 eine Arbeitslosenentschädigung auszurichten (Urk.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer beantragte ab dem 13. Februar 2015 Arbeitslosen - entschädigung . Damit läuft die Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 13. Februar 2013 bis zum 12. Februar 2015 (vgl. E. 1.1).

Der Beschwerdeführer war während dieser Zeit (einzig) als Tagelöhner für den Verein Y.____ tätig, dies seit Juni 2012 bis auf weiteres.

E. 2.2

Die Beschwerdegegnerin machte im angefochtenen Entscheid (Urk. 2)

geltend , dass es sich beim gemeinnützigen Verein Y.____ um eine Sozialfirma handle, die sich die soziale und berufliche Integration erwerbsloser Menschen zum Ziel gesetzt habe und zumindest teilweise aus Unterstützungsbeiträgen der öffentlichen Hand und Beiträgen für die Integration finanziert werde. Dieses Beschäftigungsverhältnis gelte deshalb als nicht versichert, weshalb daraus keine Beitragszeit angerechnet werden könne (S. 3 Mitte).

Abschliessend hielt die Beschwerdegegnerin fest, dass der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ohnehin verneint werden müsse, da er weiterhin in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf stehe (S. 3 unten; vgl. dazu auch Stellungnahme vom 12. Juni 2015, Urk. 12).

E. 2.3

Der Beschwerdeführer hielt in seiner Beschwerde (Urk. 1) fest , dass auch „normale“ Arbeitskräfte ohne Integrationsbedarf beim Verein Y.____ tätig sein könnten, ohne dass die Tätigkeit Integrationscharakter habe. Dies ergebe sich im Wesentlichen aus dem Stundenlohn, der demjenigen auf dem ersten Arbeitsmarkt entspreche (S. 5 unten). Wie im vom SECO beurteilten Fall seien die Arbeiten (vor allem Umzugs- und Gärtnerarbeiten),

die er für Kunden ausgeführt habe, auf einen tatsächlichen Bedarf zurückzuführen (und nicht, um ihn zu beschäftigen oder zu integrieren; S. 6 oben).

Die Tätigkeit auf Abruf beim Verein Y.____ habe er nach dem Verlust seiner Vollzeitbeschäftigung angenommen, weil er keine Vollzeitanstellung gefunden habe. Dies sei nicht freiwillig erfolgt, sondern der Not gehorchend und um die Arbeitslosigkeit finanziell zu überbrücken. Die Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung sei erfolgt, weil der Verein Y.____ ihm immer weniger Arbeitsmöglichkeiten anbieten können (S. 6 f.). 3. 3.1

Die Frage, ob die beim Verein Y.____ geleistete Arbeitstätigkeit als Beitragszeit angerechnet werden kann, stellte sich bereits in einem anderen Fall, wie sich aus dem vorliegenden Mail-Verkehr zwischen der Unia Arbeitslosenkasse und dem Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Ressort Arbeitsmarktmassnahmen, ergibt (Urk. 3/1). Darin wurde festgehalten, dass der Versicherte die konkreten Malerarbeiten auf dem ersten Arbeitsmarkt verrichtet habe, diese mithin auf einen tatsächlichen Bedarf zurückzuführen waren (und nicht vor allem um den Versicherten zu beschäftigen) und der Versicherte als Gegenleistung einen für Hilfsarbeiten branchen- und ortsüblichen Lohn bezogen habe. Dieser Sachverhalt ist mit dem vorliegenden vergleichbar, weshalb auch hier wohl eher von einer beitragspflichtigen Beschäftigung auszugehen wäre. Diese Frage kann in dessen offen bleiben. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung aus einem anderen Grund zu verneinen. 3.2

Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer auch nach seiner Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung am 13. Februar 2015 weiterhin für den Verein Y.____ tätig war (vgl. Lohnstatistik 2015, Urk. 6/5; die Anmeldung erfolgte mit dem Vermerk „keine Aufträge“, Urk. 9/42 Ziff. 34). Bei der Tätigkeit für den Verein Y.____ handelt es sich zweifellos um eine Beschäftigung auf Abruf, wie sich auch aus der Arbeitgeberbescheinigung ergibt (vgl. Urk. 9/49). 3. 3

Das Bundesgericht qualifiziert in ständiger Rechtsprechung ein Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig, sondern der Not gehorchend zur Überbrückung der Arbeitslosigkeit eingegangen worden ist, als Überbrückungstätigkeit und nicht als letztes Arbeitsverhältnis, das im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AVIV für die Ermittlung des anrechenbaren Arbeitsausfalls nach Art. 11 AVIG massgebend ist. Dort, wo indessen ein Arbeitsverhältnis auf Abruf, das die versicherte Person anfänglich in Wahrnehmung ihrer Schadenminderungspflicht zur Überbrückung eingegangen war, eine gewisse Zeit andauert hat, kann nach der Rechtsprechung nicht mehr von einer Überbrückungstätigkeit gesprochen werden, sondern es ist davon auszugehen, dass die neue Arbeitssituation für die versicherte Person zur Normalität geworden ist (BGE 139 V 259 E. 5.1 mit Hinweisen). Indiz für eine nun als normal zu qualifizierende Arbeitszeit ist eine länger als ein Jahr andauernde Tätigkeit auf Abruf, mit der Folge, dass die versicherte Person während der Zeit,

während der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Arbeitsausfall mehr erleidet

(Rz B97b des Kreisschreibens des SECO über die Arbeitslosenentschädigung in der ab Oktober 2012 gültigen Fassung, AVIG-Praxis ALE). 3.4

Im vorliegenden Fall kann nicht mehr von einer Überbrückungstätigkeit gesprochen werden, war der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Anmeldung doch seit mehr als zweieinhalb Jahren für den Verein Y._____

tätig.

Somit gilt die Rechtsprechung, wonach der Arbeits- und Verdienstausschlag grundsätzlich nicht anrechenbar ist (vgl. E. 1.5) 3. 5

Vom Grundsatz der Nichtanrechenbarkeit kann nach der Rechtsprechung 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 (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, SBVR, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage 2007, Rz 152 ; BGE 107 V 59 E. 1).

Gemäss Rz B97 der AVIG-Praxis ALE dürfen, damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, 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 . Bei einem Beobachtungszeitraum von 6

Monaten beträgt die höchstens zulässige Beschäftigungsschwankung 10 % . Übersteigen die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden (Rz B97). 3.6

Vorliegend zeigen die Lohnstatistiken der Jahre 2014 und 2015 (im Anhang zu Urk. 9/50), dass starke Beschäftigungsschwankungen bestehen. So erzielte der Beschwerdeführer beispielsweise im März 2014 mit 81.75 Arbeitsstunden einen Nettolohn von Fr. 1'834.25 und im November 2014 mit 90.5 Stunden einen solchen von Fr. 1'945.50. Demgegenüber konnte er in den Monaten August und September 2014 ein Nettoeinkommen von Fr. 4'256.13 bei 200.25 Arbeitsstunden respektive Fr. 4'504.88 bei 199.25 Stunden erwirtschaften.

Mit Blick auf diese Zahlen steht fest , dass die Abweichungen zum Gesamtjahresmittel zu gross sind und damit die praxisgemässen Voraussetzungen für das Abstellen auf die effektive (durchschnittliche) Arbeitszeit als Referenzgrösse für die Bestimmung des anrechenbaren Arbeitsausfalls nicht gegeben sind.

Demzufolge hat der Beschwerdeführer ab dem 13. Februar 2015

mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung .

Dies führt zur Abweisung der Beschwerde . Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Peter Stieger - 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 1 5. Juli bis und mit 1 5. August sowie vom 1 8. 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Mosimann Neuenschwander-Erni

E. 5

S. 2 Mitte) . Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich ersuchte mit Vernehmlassung vom 2 2. Mai 2015 (Urk. 8) und Stellungnahme vom 1 2. Juni 2015 (Urk. 12) um Abweisung der Beschwerde. Dies wurde dem Versicherten am 19. Juni 2015 zur Kenntnis gebracht (Urk. 13). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 8

Abs. 1 lit . a AVIG), wobei als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art.

E. 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.

E. 11

Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert. Als voller Arbeitstag gilt der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die der Versicherte normalerweise während seines letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIV). Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIV).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.