

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00151

vom 25. September 2015

ZH Sozialversicherungsgericht, 2015-09-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2015.00151

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00151 du 25 septembre 2015

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00151 del 25 settembre 2015

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1952, übte seit dem 1. März 2013 bei der Y.____ AG eine Zwischenverdiensttätigkeit als Zeitungszusteller aus (Urk. 7/88 = Urk. 3/3) und stellte bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (Arbeitslosenkasse) am 25. Januar 2015 den Antrag auf eine Folgerahmenfrist ab 1. Februar 2015 (Urk. 7/81

Ziff. 2).

Mit Verfügung vom 1. April 2015 (Urk. 7/89) verneinte die Arbeitslosenkasse einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2015. Die dagegen

vom Versicherten am

E. 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 Insolvenzentschädigung; 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 weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs.

E. 1.2

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 61 E. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 E. 2a, 1995 Nr. 9 S. 48 E. 2a mit Hinweis).

E. 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. E. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 E. 2a mit Hinweisen; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, SBVR, Band. Soziale Sicherheit, 2. Auflage 2007, Rz 152).

Gemäss Randziffer B97 der AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft (sec)

) in der ab Januar 2015 gültigen Fassung 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 % .

E. 2

) . Vielmehr sei von einer Teilzeitarbeit mit einem Pensum von knapp 20 % und variablen Lohnanteilen auszugehen (S. 4 oben). Die Lohnschwankungen im Monat Juni 2014 seien darauf zurückzuführen, dass er in den Ferien gewesen sei

(S.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete ihren

Einspruchescheid (Urk. 2) damit, dass es an einem anrechenbaren Arbeitsausfall im Sinne des Gesetzes fehle (S. 5 Ziff. 9). Indem der Beschwerdeführer kurz nach Beginn der ersten vom 1. Februar 2013 bis 31. Januar 2015 dauernden Rahmenfrist für den Leistungsbezug

zur Schadenminderung am 1. März 2013 die Anstellung im Stundenlohn bei der Y.____ AG angetreten und während der gesamten Rahmenfrist beibehalten habe, weise er für die am 1. Februar 2015 beginnende

Folgerahmenfrist hauptsächlich Beitragszeit aus dieser Abrufstätigkeit aus. Die Anstellung dauere bereits mehr als zwei Jahre und könne nicht mehr als zur Schadenminderung bestehend erachtet werden (S. 3 f. Ziff. 6).

Eine faktische Normalarbeitszeit könne nicht ermittelt werden, da die Beschäftigungsschwankungen in der Zeit vom 1. April 2013 bis 31. Januar 2015 den zulässigen Wert von 20 %

zweimal überschritten hätten, weshalb der Grundsatz der Nichtanrechenbarkeit von Arbeitsausfällen im Rahmen eines Abrufverhältnisses vorliegend zum Tragen komme (S. 4 f. Ziff. 8) .

E. 2.2

Dagegen machte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde (Urk. 1) geltend, es handle sich bei seiner Tätigkeit bei der Y.____ AG nicht um eine Tätigkeit auf Abruf. Faktisch sei eine vertragliche wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart gewesen .

Die Lohnschwankungen seien darauf zurückzuführen, dass jeder Monat eine unterschiedliche Anzahl Arbeitstage habe, und die Dauer der Routen variere (S. 3 Ziff.

E. 2.3

Strittig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2015. 3. 3.1

Per Ende Januar 2015 ist die für den Beschwerdeführer am 1. Februar 2013 eröffnete erste Rahmenfrist für den Leistungsbezug abgelaufen. Voraussetzung für die Eröffnung einer Folgerahmenfrist beziehungsweise einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2015 ist, dass der Beschwerdeführer in diesem Zeitpunkt (erneut) sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (vgl. vorstehend E.

1.1). Zu prüfen ist im Folgenden insbesondere, ob der Beschwerdeführer einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat.

Die Beschwerdegegnerin verneinte einen solchen unter Hinweis auf die während laufender erster Rahmenfrist aufgenommene und als Arbeit auf Abruf qualifizierte Tätigkeit bei der Y. AG, welche infolge Zeitablaufs zur normalen Tätigkeit mutiert sei (vorstehend E. 2.1).

3.2

Vorab zu klären ist die Frage, ob die seit März 2013 ausgeübte Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der Y. AG - wie von der Beschwerdegegnerin angenommen - zu seiner normalen Tätigkeit mutiert ist.

Die nachfolgend ausgeführte Rechtsprechung zu Qualifikation einer Arbeit auf Abruf als Tätigkeit zur Überbrückung der Arbeitslosigkeit hat auch für in die Rahmenfrist aufgenommene Teilzeitstellen mit festem Beschäftigungsgrad zu gelten.

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 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) für die Ermittlung des anrechenbaren Arbeitsausfalls nach Art. 11 AVIG massgebend ist (BGE 139 V 259 E. 5.1 mit Hinweisen). In solchen Fällen ist daher nicht nach dem Arbeitsausfall im Rahmen der Abrufstätigkeit zu fragen, sondern nach dem Arbeitsausfall, der durch den Verlust der ursprünglichen Vollzeitstelle entstanden ist.

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; Urteil des Bundesgerichts 8C_46/2014 vom 24. April 2014, E.

2.2). Von diesem Zeitpunkt an ist für die Ermittlung des anrechenbaren Arbeitsausfalls die Abrufstätigkeit massgebend, und der Arbeitsausfall ist nach den besonderen Kriterien der Rechtsprechung hierzu zu bestimmen. Das *secundo* hat diese Rechtsprechung in seiner Verwaltungspraxis konkretisiert und Beispiele genannt (AVIG-Praxis ALE, in der ab Januar 2015 gültigen Version, Rz B97b).

Insbesondere wurde vom Bundesgericht auch betont, dass es nicht Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung sei, als Langzeitunterstützerin von grundsätzlich als unzumutbar qualifizierten Zwischenlösungen zu agieren, da sie in dieser Konstellation für den Arbeitnehmer wenig Antrieb schaffe, aus der vorübergehenden Situation herauszukommen, um die fortdauernde Abhängigkeit von der Arbeitslosenversicherung zu beenden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_46/2014 vom 24. April 2014 E. 3.3.1).

Vorliegend übte der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt, als er die Folgerahmenfrist beantragte, die Tätigkeit bei der Y. AG bereits seit knapp zwei Jahren aus, weshalb anzunehmen ist, dass diese Tätigkeit damit ihren Überbrückungscharakter verloren hat und zu seiner normalen Tätigkeit mutiert ist. Dass er kurzfristig zusätzliche Teilzeittätigkeiten ausübt hat, ändert daran nichts (vgl. Urk. 7/38 Ziff. 1, Urk. 7/39,

Urk. 7/61).

3.3

Weiter zu prüfen ist, ob es sich bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers für die Y. AG um ein Arbeitsverhältnis auf Abruf handelt, respektive ob eine vertraglich vereinbarte Normal- oder Mindestarbeitszeit vorliegt.

Aus dem am 7. März 2013 vom Beschwerdeführer unterzeichneten Arbeitsvertrag mit der Y. AG (Urk. 7/88 = Urk. 3/3) geht unter Ziffer 5, wo die Arbeitszeit geregelt ist, hervor, dass die durch den Arbeitnehmer zu leistenden Einsätze (Häufigkeit und Wochentage) zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin geplant und vereinbart würden. Die Arbeitgeberin bestimme den Zeitaufwand pro Tour. Es bestehe ausdrücklich kein Anspruch auf eine Mindestbeschäftigung.

Auch in den verschiedenen den Akten beiliegenden Zwischenverdienstbescheidungen wurde angegeben, dass keine vertragliche wöchentliche Arbeitszeit vereinbart worden ist.

Ein Anspruch auf eine bestimmte Beschäftigung oder eine Vereinbarung betreffend eine Normalarbeitszeit bestand demnach nicht, weshalb die vom Beschwerdeführer ausgeübte Tätigkeit als eine Tätigkeit auf Abruf zu qualifizieren ist. 3.4

Ist das Einkommen aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr im Rahmen der Schadenminderungspflicht als Zwischenverdienst anzurechnen, erleidet die versicherte Person dem Grundsatz nach keinen anrechenbaren Verdienstaussfall. Rechtsprechungsgemäss (BGE 107 V 59 E. 1 S. 61 f.; Urteil 8C_379/2010 vom 28. Februar 2011, in: ARV 2011 S.

149 mit weiteren Hinweisen) kann von diesem Grundsatz dann abgewichen werden, wenn der auf Abruf erfolgte Einsatz während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant war

Demnach ist im Folgenden

rückblickend auf die letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses zu prüfen, ob sich eine Normalarbeitszeit ermitteln lässt, wobei die Beschäftigungsschwankungen in den

einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 %

ausmachen dürfen (vgl. vorstehend E. 1.3).

Nicht mehr von einer Normalarbeitszeit kann gesprochen werden, wenn die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung übersteigen, mit der Folge dass der Arbeits- und Verdienstausschluss nicht anrechenbar ist (AVIG-Praxis ALE

Rz B97) . 3.5

Der Beschwerdeführer hat die folgende Anzahl von Stunden gearbeitet: Jahr Monat
Stunden Urk. Abweichung in %

2014 Februar 32.83 7/51 - 6.3 März 38.24 7/54 + 9.2 April 35.37 7/58 + 1.0 Mai 36.99 7/63
+ 5.6 Juni 28.15 7/63 - 19.6 Juli 39.3 7/66 + 12.2 August 37.0 7/68 + 5.6 September 25.92
7/71 - 26.0 Oktober 38.82 7/74 + 10.8 November 36.02 7/76 + 2.8 Dezember 36.17 7/78 +
3.3 2015 Januar 35.52 7/82 + 1.4 Total 420.33 Mittel 35.0275

Es fallen zwei Abweichungen vom 12-Monatsdurchschnitt ins Auge, nämlich Juni und September 2014.

Der Bescheinigung über Zwischenverdienst für den Monat Juni 2014 (Urk. 7/63) lässt sich der Grund für die unterdurchschnittliche Stundenzahl in diesem Monat zwar nicht entnehmen, jedoch führte der Beschwerdeführer in den „Angaben der versicherten Person für den Monat Juni 2014“ aus, er habe vom 1. bis 6. Juni 2014 in den Ferien gewelt (Urk. 6/64 Ziff. 6), was die entsprechende Abweichung vom Durchschnitt ohne weiteres erklärt.

Vom 1. bis 6. September 2014 war der Beschwerdeführer sodann zu 100 %

krankgeschrieben (Urk. 7/69 /1, Urk. 7/72), was die unterdurchschnittliche Stundenzahl in diesem Monat ebenfalls erklärt.

Somit gibt es für die Schwankungen der pro Monat gearbeiteten Stunden alle samt Gründe, die nichts mit der für Abrufverhältnisse kennzeichnenden Abhängigkeit vom Nachfrageverhalten der Kundschaft oder dem Abrufverhalten der Arbeitgeberin zu tun haben. Die grössten Abweichungen betreffen einen Monat mit Ferienbezug und einen Monat mit Krankschreibung. Weitere kleinere Schwankungen gehen hauptsächlich darauf zurück, dass - wie der Beschwerdeführer richtig anmerkte (Urk. 1 S. 3 Ziff. 2) - verschiedene Monate bekanntlich eine unterschiedliche Anzahl von Kalender- und von Arbeitstagen haben.

Gemäss den Angaben der Arbeitgeberin (Urk. 7/94 = Urk. 3/4) beträgt die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit 90 Minuten, was bei sechs Arbeitstagen 9 Stunden pro Woche ergäbe, entsprechend 39 Stunden pro Monat (9 Stunden x 4.33 Wochen). Offenbar ist jedoch die Angabe der Arbeitgeberin etwas ungenau. Die Summe der gearbeiteten Stunden ohne die Ausnahmemonate Juni und September beträgt 366.26 Stunden, die effektive durchschnittliche monatliche Arbeitszeit also rund 36.63 Stunden.

Dies ist die Normalarbeitszeit. 3.6

Bis zum massgebenden Zeitpunkt der beantragten Eröffnung der zweiten Rahmenfrist ab 1. Februar 2015 beträgt die Normalarbeitszeit 36.

E. 4

Mitte). Bei erneuter Anmeldung hätten seine Einkommen den zumutbaren Verdienstausschlag bis in den April 2015 hinein unterschritten, weshalb ein anrechenbarer Verdienstausschlag vorliege (S. 4 unten). Seiner Tätigkeit bei der Y.____ AG komme nach wie vor schadenmindernder Charakter zu, da diese nicht zur normalen Tätigkeit mutiert sei (S.

E. 5

oben) . So habe er weitere Teilzeittätigkeiten aufgenommen und versucht , mit der Arbeitgeberin eine individuelle Normalarbeitszeit zu vereinbaren (S. 5 unten) .

E. 6

3 Stunden pro Monat (vorstehend E.

3.5). Soweit diese Normalarbeitszeit ab 1. Februar 2015 unterschritten wird -

wie dies vorliegend geschehen ist (vgl. Urk. 7/85 , Urk. 7/92 , Urk. 7/98) - liegt ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne von Art.

E. 11

AVIG vor. Dementsprechend besteht ein Leistungsanspruch des Beschwerdeführers , soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

Dies führt in Gutheissung der Beschwerde zur Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides vom 20. Mai 2015. Die Sache ist daher mit der Feststellung, dass die für die Ermittlung des anrechenbaren Arbeitsausfalls massgebende Normalarbeitszeit 36.63 Stunden beträgt , an die Arbeitslosenkasse zu rückzuweisen, damit sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen prüfe und hernach über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2015 neu befunde. 4 .

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese ist nach Art. 61 lit . g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) in Verbindung mit § 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) ohne Rücksicht auf den Streitwert nach Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses, dem Mass des Obsiegens, dem Zeitaufwand und den Barauslagen festzusetzen. In Anwendung dieser Grundsätze rechtfertigt sich die Zusprechung einer Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen). Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 20. Mai 2015 aufgehoben und mit der Feststellung, dass die für die Ermittlung des anrechenbaren Arbeitsausfalls massgebende Normalarbeitszeit 36.63 Stunden beträgt , an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen wird, damit diese im Sinne der Erwägungen über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2015 neu befunde . 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4 .

Zustellung gegen Empfangsschein an: - DFA Zürich, Die kirchliche Fachstelle bei Arbeitslosigkeit - 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 1. Juli bis und mit 1. August sowie vom 1. 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
Schucan

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