

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00044 vom 10. November 2016

ZH Sozialversicherungsgericht, 2016-11-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2016.00044

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00044 du 10 novembre 2016

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00044 del 10 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

5/52 f.). Vom 11. Mai bis 30. November 2012 war er i m Vollzeitpensum als Mitarbeiter Gartenbau bei der A.____ angestellt (Urk. 19/45). Nachdem er sich deshalb per 10. Mai 2012 von der Arbeitsvermittlung abgemeldet hatte (Urk. 19/50), meldete er sich am 12. November 2012 erneut an (Urk. 19/49) und beantragte am 6. Dezember 2012 – ab 1. Dezember 2012 – auch wieder Arbeitslosenentschädigung (Urk. 19/46). Am 8. März 2013 wies ihn das RAV an, im Hinblick auf eine Deutschförderung vom 11. März bis 29. Juni 2013 an einem Programm zur vorübergehenden Beschäftigung teilzu nehmen (Urk. 19/42). Am 23. Dezember 2013 teilte ihm die Unia

Arbeitslosenkasse den Ablauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug am 31. Dezember 2013 mit (Urk. 19/31).

E. 1.1

Der 1974 geborene

X.____

war vom 1. Juni 2007 bis 31. Dezember 2011 vollzeitlich als Produktionsmitarbeiter bei der Y.____ (Urk. 19/64) und

vom 1. Juni 2011 bis 31. Januar 2012 teilzeitlich als Reinigungsmitarbeiter bei der Z.____ angestellt (Urk. 19/55). Am 15. Dezember 2011 meldete er sich zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 19/63), und am 7. Januar 2012 stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2012 (Urk. 19/61). In der Folge absolvierte er – auf entsprechende Anweisung des für ihn zuständigen Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (RAV) – vom 12. März bis 15. Juni

2012 einen Deutschkurs für Gehörlose und Hörbehinderte (Urk.

E. 1.2

Zwischenzeitlich hatte sich X.____ am 16. August 2013 – unter Hinweis auf eine seit dem ersten Lebensjahr bestehende Gehörlosigkeit – zum Bezug von Leistungen (berufliche Integration, Rente) der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) angemeldet (Anhang zu Urk. 2/3/4). Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, gewährte daraufhin Frühinterventionsmassnahmen in Form von Arbeitsvermittlung (Urk. 2/3/8) beziehungsweise Eingliederungsmassnahmen, in deren Rahmen der Versicherte vom 6. Mai bis 5. November

2014 einen (nicht entlöhnten)

Arbeitsversuch im B.____ absolvierte (Urk. 2/3/

E. 1.3

A m 4. Mai 2015 meldete sich der – nach wie vor bei der C.____ angestellte (vgl. Urk. 19/23 S. 1, Urk. 19/25 S. 2) – Versicherte

erneut zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 19/28) und stellte am 13. Mai 2015 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2015 . Dabei gab er an, bereit und in der Lage zu sein, vollzeitlich zu arbeiten (Urk. 19/25). Mit Verfügung vom 29. Mai 2015 (Urk. 19/19) verneinte die Unia Arbeitslosenkasse – unter Hinweis auf das Fehlen eines anrechenbaren Arbeits- und Verdienst ausfalls – seinen Anspruch auf Arbeitslos enentschädigung ab 4. Mai 2015. Die am 29. Juni 2015 vom Versicherten gegen diesen Entscheid erhobene Einspra che (Urk. 19/14) wies sie am 24. September 2015 ab (Urk. 2/2). 2.

Gegen diesen Einspracheentscheid (Urk. 2/2) liess X.____ am 26. Oktober 2015 im Prozess Nr. AL.2015.00243 mit folgenden Anträgen Beschwerde erhe ben (Urk. 2/ 1 S. 2): "1.

Der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 24. September 2015 sei aufzuheben. 2.

Die Beschwerdegegnerin sei zu verhalten, dem Beschwerdeführer in Aner kennung seiner Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädi gung ab dem 4. Mai 2015 Taggelder auszurichten. 3.

Die vom Beschwerdeführer bei der Firma B.____ ausgeübte Tätigkeit sei als Zwischenverdienst nach Art. 24 AVIG zu qualifizieren und ihm nach Massgabe dieser Bestimmung der Verdienstaufausfall in Form des Differenzausgleich e s zu entschädigen. 4.

Eventualiter sei in Anerkennung eines anrechenbaren Arbeits- und Ver dienstaufalles die Sache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvorausset zungen nach Art. 8 AVIG an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. 5.

Unter Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin.“

Mit Beschluss vom 30. Oktober 2015 (Urk. 2/7) trat das hiesige Gericht mangels Rechtzeitigkeit nicht auf die Beschwerde ein. Die vom Beschwerdeführer am 7. Dezember 2015 hiegegen – mit dem Antrag, der Entscheid vom 30. Oktober 2015 sei aufzuheben und die Sache zu r materiellen Beurteilung der Beschwerde an das hiesige Gericht zurückzuweisen – erhobene Beschwerde (Anhang zu Urk. 2/9) hiess das Bundesgericht mit Urteil 8C_904/2015 vom 7. März 2016 (Urk. 1) in dem Sinne teilweise gut , dass es den fraglichen Entscheid aufhob und die Sache zu r ergänzenden Abklärung und neuen Entscheidung an das hiesige Gericht zurückwies; im Übrigen wies es die Beschwerde ab. 3.

Im Rahmen der daraufhin getätigten weiteren Abklärungen betreffend die Recht zeitigkeit der Postaufgabe der – vom 26. Oktober 2015 datierende n , indes erst (einen Tag nach Ablauf der dreissigtägigen Beschwerdefrist) am 27. Oktober 2015 von der Poststelle D.____ abgestempelten – Beschwerde wurde in der Folge mit Verfügung vom 22. April 2016 (Urk. 3) eine schriftliche Auskunft von der Post CH AG (Urk. 6) eingeholt und am 4. Juli 2016

E.____ als Zeugin einvernommen (vgl. Protokoll S. 2 f.). Die Parteien verzichteten in der Folge in nert der ihnen mit Verfügung vom 12. Juli 2016 (Urk. 14) eingeräumten Frist implizit auf eine Stellungnahme zum Ergebnis diese r Abklärungen . 4.

Mit Verfügung vom 10. Oktober 2016 (Urk. 16) wurde der Unia

Arbeitslosen kasse Frist zur Einreichung einer Beschwerdeantwort und der vollständigen Akten angesetzt. Mit Eingabe vom 24. Oktober 2016 (Urk. 18) schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde, was dem Beschwerdeführer am 27. Oktober 2016 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 21). 5.

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen ist, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen einzugehen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

Aufgrund der Angaben einerseits der Post (Urk. 6) und andererseits der Zeugin E.____ (Prot. S. 2 f.) ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeerhebung rechtzeitig erfolgte, weshalb darauf einzutreten ist. 2. 2.1 2.1.1

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. 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. Des Weiteren muss die versicherte Person die Beitragszeit erfüllen oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sein (Art.

E. 6

, Urk. 2/3/9) und Taggelder der IV bezog (Urk. 19/18). Dabei kam die IV-Stelle während der Dauer des Arbeitsversuchs auch für die Kosten eines Gebärdensprachdolmetschers auf (vgl. Urk. 2/3/6). Im Anschluss daran ging der Versicherte

mit der

C.____ per 6. November 2014 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als Stewarding-Mitarbeiter auf Abruf ein, wobei ihm weder eine minimale noch eine maximale Arbeitszeit zugesichert wurde (Urk. 19/29).

Die IV-Stelle teilte ihm daraufhin am 10. Februar 2015 den erfolgreichen Abschluss der Arbeitsvermittlung mit (Urk. 2/3/11).

E. 8

Abs.

1 lit.

AVIG). Gemäss Art.

E. 13

Abs.

1 AVIG erfüllt die Beitragszeit, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung

ausgeübt hat. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs.

3 in Verbindung mit Abs.

2 AVIG). Als Beitragszeit angerechnet werden nach Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG unter anderem auch Zeiten, in denen der Versicherte zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber wegen Krankheit oder Unfalls keinen Lohn erhält und daher keine Beiträge zahlt. 2. 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 Verdienstausschlag 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). 2.2

Nach Art. 24 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstausschlages (Abs. 1). Als Verdienstausschlag gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem Berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst; ein Nebenverdienst (Art. 23 Abs. 3 AVIG) bleibt unberücksichtigt (Abs. 3).

Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstausschlages in Form von Differenzausgleich ist die Förderung der Annahme auch schlecht entlohnter Arbeiten. Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlohnung soll verhindert werden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne eines Lohn Dumping einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (Urteil des Bundesgerichts C 139/06 vom 13. Oktober 2006 E. 2.1 mit Hinweisen). 3. 3. 1

Die Unia begründete den Einspracheentscheid vom 24. September 2015 im Wesentlichen damit, dass die für einen anrechenbaren Verdienstausschlag erforderliche Konstanz im Abruf angesichts der hohen Beschäftigungsschwankungen im massgebenden Zeitraum beim Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers nicht vorgelegen habe, weshalb die Anspruchsberechtigung – selbst wenn die Arbeit auf Abruf im Rahmen der Schadenminderung aufgenommen worden sei – zu verneinen sei (Urk. 2/2 S. 3 f.). 3. 2

Der Beschwerdeführer stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, da die IV-Stelle ihn aufgrund des ihm angebotenen Arbeitsvertrags als rentenausschliessend eingegliedert betrachtet und er nach nahezu dreijähriger Arbeitslosigkeit auch über keine erwerbliche Alternative verfüge, habe er sich gehalten gesehen, das Arbeitsverhältnis auf Abruf mit

der C.____ einzugehen. Dieses habe sich in der Folge indes – bei massiven Beschäftigungs- und damit verbundenen Lohnschwankungen zwischen monatlich Fr. 645.80 und Fr. 2'522.20 – als nicht existenzsichernd erwiesen, weshalb er sich, als er die zwölfmonatige Mindestbeitragszeit erfüllt habe, umgehend (für eine Vermittlungsfähigkeit von 100 %) wieder zum Leistungsbezug angemeldet habe. Bei der Anstellung bei der C.____ handle es sich demnach um eine reine Überbrückungstätigkeit, die er im Hinblick auf die Erfüllung der invaliden- und arbeitslosenversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht für die Zeit bis zum Finden einer Vollzeitstelle angenommen habe (Urk. 2/1 S. 4 ff.). Angesichts dieser Umstände und unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung sei seine Anspruchsberechtigung ab 4. Mai 2015 daher zu bejahen, wobei das fortbestehende Arbeitsverhältnis auf Abruf als Zwischenverdienst zu werten sei (S. 7 ff.). 4. 4.1

Nach Lage der Akten hat der Beschwerdeführer, der Vater eines 2012 geborenen Sohns ist (Urk. 19/26), die Arbeit auf Abruf ohne zugesicherte Mindestarbeitszeit bei der C.____

mit einem Stundenlohn von Fr. 21.14 brutto (Urk. 19/29) nur deshalb angenommen, weil ihm keine Anstellung im festen Arbeitspensum angeboten werden konnte (Urk. 2/3/9 S. 1) und er seine frühere – teilweise nebst einer (ihm zwischenzeitlich ebenfalls gekündigte) Tätigkeit im Nebenerwerb ausgeübte (Urk. 19/55) – Stelle im Vollzeitpensum

Urk. 19/64) verloren und weder Anspruch auf Arbeitslosentaggelder (Urk. 19/31) noch auf weitere Leistungen der IV hatte (Urk. 2/3/11). 4.2

Bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig, sondern der Not gehorchend und um die Arbeitslosigkeit zu überbrücken, eingegangen wurde, handelt es sich gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung um eine notgedrungene Zwischenlösung, was sich auch aus der Tatsache ergibt, dass die versicherte Person bereit ist, diese Tätigkeit unverzüglich aufzugeben. Eine versicherte Person hat dann mit der Aufnahme eines Abrufverhältnisses nur das getan, wozu sie gemäss der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht (Art.

E. 17

AVIG) gehalten ist. Deshalb ist die Annahme eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf nach Verlust einer Vollzeitstelle als Überbrückungstätigkeit zu werten und nicht anstelle der letzten Vollzeittätigkeit als massgebendes letztes Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 4 Abs.

1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) zu betrachten. Wenn jedoch das Behelfsmässige, Vorläufige, das über die Arbeitslosigkeit hinweghelfen sollte, den vorübergehenden Charakter verliert und zur Dauerlösung wird, ist dies aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht grundsätzlich systemfremd. Ein über mehrere Jahre dauerndes Arbeitsverhältnis auf Abruf verliert folglich den Charakter einer Überbrückungstätigkeit, weshalb in dieser Konstellation auch nur ein zeitlich begrenzter sozialer Schutz seitens der Arbeitslosenversicherung gewährt wird (Urteil des Bundesgerichts 8C_656/2014 vom 10. November 2015 E. 4.2 mit Hinweisen). 4.3

Angesichts der Tatsache, dass das vom Beschwerdeführer per 6. November 2014 – nicht freiwillig, sondern der Not gehorchend (vgl. hierzu

etwa Urteil des Bundesgerichts 8 C_46/2014 vom 24. April 2014 E. 2.2) – eingegangene Arbeitsverhältnis auf Abruf mit der C.____ im Zeitpunkt der erneuten Anspruchserhebung Anfang Mai 2015 erst knapp sechs Monate dauerte, ist es nicht als Dauerlösung zu interpretieren, die nicht mehr dem Gedanken der Schadenminderung entspräche (vgl. hierzu etwa Urteil des Bundesgerichts 8C_403/2015 vom 21. September 2015 E. 5.2). Der Beschwerdeführer, der gemäss seinen glaubhaften Angaben bereit wäre, die als notgedrungene Zwischenlösung aufgenommene Tätigkeit auf Abruf

unverzüglich (unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von einem Monat [Urk. 19/29 S. 1, Urk. 19/23 S. 1]) aufzugeben (Urk. 2/1 S. 6 und S. 9, Urk. 19/25 S. 1; Urteil des Bundesgerichts 8C_46/2014 vom 24. April 2014 E. 2.2 mit Hinweisen), erleidet demnach – trotz der erheblichen Beschäftigungs- beziehungsweise Einkommensschwankungen (Urk. 2/2 S. 3, Urk. 19/24) – in der vorliegend relevanten Zeit ab dem 4. Mai 2015 einen anrechenbaren Arbeitsausfall.

Der Umstand, dass die in der massgebenden Rahmenfrist erfüllte Bei tragszeit zum überwiegenden Teil aus der (weiterhin ausgeübten) Arbeit auf Abruf stammt (Urk. 2/2 S. 4), ändert daran nichts (vgl. etwa Urteile des Bundesgerichts 8C_46/2014 vom 24. April 2014 E. 3.3.1 und 8C_403/2015 vom 21. September 2015 E. 5.2). 4.4

Die Beschwerdegegnerin hat den anrechenbaren Arbeitsausfall demnach auf grund der früheren Tätigkeit im festen Pensum festzulegen, wobei die weiterhin ausgeübte Arbeit auf Abruf als Zwischenverdienst zu qualifizieren ist, der – so fern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind – Anspruch auf Differenzausgleich vermittelt (Urteil des Bundesgerichts C 266/06 vom 26. Juli 2007 E. 3 in fine mit Hinweis). 5.

Ausgangsgemäss ist dem durch den Schweizerischen Gehörlosenbund SGB-FSS vertretenen Beschwerdeführer gestützt auf § 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) eine Prozessentschädigung zuzusprechen, wobei ein Betrag von Fr. 1'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen erscheint. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Unia

Arbeitslosenkasse vom 24. September 2015 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten und für die Zeit ab 4. Mai 2015 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. 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: - Schweizerischer Gehörlosenbund SGB-FSS - Unia Arbeitslosenkasse - 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
Gräub-Fischer

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