

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00169

## vom 16. Juni 2017

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-06-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2016.00169](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2016.00169)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00169 du 16 juin 2017

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00169 del 16 giugno 2017

### Erwägungen

#### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 1971, war in der Zeit ab 15. Juli 2015 aufgrund eines gleichentags mit der Y.\_\_\_\_ GmbH abgeschlossenen Einsatzvertrages bei der Z.\_\_\_\_ AG Bauunternehmung tätig, als er am 6. August 2015 einen Arbeitsunfall erlitt (Urk. 7/12, Urk. 7/18/4). Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva)

trat auf den Schadenfall ein und richtete

ihm bei einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % bis zum 31. Dezember 2015 die gesetzlichen Leistungen aus (Taggeld und Heilbehandlung, Urk. 7/17, Urk. 7/18/4).

In der Folge meldete sich der Versicherte am 2. März 2016 zur Arbeitsvermittlung an und am 18. März 2016 stellte er den Antrag auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung für die Zeit ab 2. März 2016 (Urk. 7/21/128, Urk. 7/21/166, Urk. 7/21/176). Mit Verfügung vom 3. Mai 2016 (Urk. 7/8) verneinte die Arbeitslosenkasse Unia wegen Nichterfüllung der Mindestbeitragszeit ab dem 2. März 2016 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und hielt daran nach ergangener Einsprache vom 25. Mai und 13. Juni 2016 (Urk. 7/5, Urk. 7/7) mit Entscheid vom 20. Juli 2016 fest (Urk. 2).

#### E. 1.1

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht darin, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat (Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung; AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der Rahmenfrist nach Art. 9 Abs. 3 AVIG während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG). Als Beitragsmonat zählt jeder volle Kalendermonat, in dem der Versicherte beitragspflichtig ist (Art. 11 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung; AVIV). Beitragszeiten, die nicht einen vollen Kalendermonat umfassen, werden zusammen gezählt. Je 30 Kalendertage gelten als ein Beitragsmonat (Art. 11 Abs. 2 AVIV). Da für die Ermittlung der Beitragszeit gemäss Art. 11 Abs. 2 AVIV nicht die Beitragstage – d.h. die Tage, an welchen eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt wurde, sondern die Kalendertage massgebend sind, müssen erstere in Kalendertage umgewandelt werden, wozu praxisgemäss ein Umrechnungsfaktor von 1,4 verwendet wird (BGE 122 V 259 E. 2a mit Hinweisen). Die den Beitragszeiten gleichgesetzten Zeiten (Art. 13 Abs. 2 AVIG) und Zeiten, für die der

Versicherte einen Ferienlohn bezogen hat, zählen in gleicher Weise (Art. 11 Abs. 3 AVIV).

### **E. 1.2**

Als Beitragszeit anzurechnen werden auch Zeiten, in denen der Versicherte zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber wegen Krankheit ( Art.

### **E. 1.3**

Bei der Ermittlung der Dauer eines Arbeitsverhältnisses mit einer Arbeitsvermittlungsfirma gilt nicht der abgeschlossene Rahmenarbeitsvertrag, sondern es gelten die individuellen Arbeitsverträge, mit denen der Einsatz bei den verschiedenen Kundenfirmen geregelt wird (Urteil des Bundesgerichts 8C\_403/2009 vom 1. September 2009 E. 3 mit Hinweisen). 2.

### **E. 2**

Dagegen liess der Versicherte am 14. September 2016 Beschwerde erheben (Urk. 1) mit dem Antrag, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids seien ihm ab dem 2. März 2016 Arbeitslosenentschädigungen auszurichten. In der Beschwerdeantwort vom 7. Oktober 2016 (Urk. 6) beantragte die Kasse die Abweisung der Beschwerde, was dem Versicherten am 2. Dezember 2016 zu Kenntnis gebracht wurde (Urk. 9).

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Strittig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer während der massgeben den Rahmenfrist vom 2. März 2014 bis zum 1. März 2016 die zwölfmonatige Beitragszeit erfüllt hat. Die Beantwortung dieser Streitfrage hängt gemäss der Aktenlage und den Vorbringen der Parteien (Urk. 1-2) davon ab, ob die Y.\_\_\_\_ GmbH den Einsatzvertrag mit dem Versicherten vom 15. Juli 2015 bei der Z.\_\_\_\_ AG Bauunternehmung am 5. August 2015 korrekt per 7. August 2015 gekündigt hat oder nicht, mit entsprechenden Folgen für die Berechnung der Beitragszeit. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen (E. 2.2-3).

#### **E. 2.2.1**

Die Y.\_\_\_\_ GmbH hielt in ihrem Schreiben vom 22. Februar 2016 (Urk. 7/9/4) zunächst fest, sie habe den Einsatz des Beschwerdeführers am 5. August 2015 „schriftlich“ – gemeint ist mittels einer elektronischen Kurznachricht (SMS) - unter Einhaltung der zweitägigen Kündigungsfrist per 7. August 2015 gekündigt.

Zum Nachweis der Kündigung legte sie die Kopie eines Bildschirminhaltes bei, auf welchem im linken Teil chronologisch die Daten verschiedener in der Zeit vom 26. Juni 2015 bis 8. Februar 2016 ergangener SMS aufgelistet sind, und im rechten Teil der Inhalt der links markierten SMS vom 5. August 2015 erscheint (Urk. 7/13; Vergrösserungskopie davon: Urk. 10). Ferner legte sie einen Protokollauszug bei, welcher ebenfalls den Inhalt der entsprechenden SMS enthält (Urk. 7/4/1/19). Der Inhalt der markierten SMS vom 5. August 2015 – welcher sowohl auf der Kopie des Bildschirminhaltes (Urk. 7/13, Urk. 10) als auch auf dem Protokollauszug (Urk. 7/4/1/19) ersichtlich ist – lautet: „Sehr geehrter Mitarbeiter, der Einsatz ist am Freitag, 7. August 2015 fertig. Wir halten uns somit an die zwei Tage Kündigungsfrist ordentlich ab heute Mittwoch, 5. August 2015. ..“.

#### **E. 2.2.2**

Die Kündigung eines unbefristeten Arbeitsvertrages ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Frist beginnt somit zu laufen, wenn die fristauslösende Willenserklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Dabei genügt, dass sie der Adressat tatsächlich zur Kenntnis nehmen konnte; auf die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Adressaten kommt es nicht an (Urteile des Bundesgerichts 4A\_10/2016 vom 8. September 2016, E. 2.2, und 4P.169/2000 vom 14. November 2000, E. 4a). Allerdings greift die Zustellungsfiktion nicht, wenn der Versender nicht damit rechnen kann, der Empfänger werde die Sendung zur Kenntnis nehmen, zum Beispiel wenn der Arbeitgeber weiss, dass der Arbeitnehmer in den Ferien ist (Urteil des Bundesgerichts 4P.169/2000 vom 14. November 2000, E. 4b). Dementsprechend ist eine Kündigung per SMS zugestellt, sobald sie vom Gekündigten zur Kenntnis genommen wurde oder in seinen Zugriffsbereich gelangt ist und von ihm erwartet werden darf, dass er auch auf das entsprechende Empfangsgerät zugreift (vgl. Gauch/ Schlupe /Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich 2014, N 202).

### **E. 2.2.3**

Mit den oben erwähnten Beweismitteln wird der Nachweis einer rechtskonformen Kündigung im Sinne der erwähnten Rechtspraxis, also der Nachweis dafür, dass dem Beschwerdeführer am 5. August 2015 tatsächlich eine SMS mit der Kündigung zugegangen und rechtzeitig in seinen Empfangsbereich gelangte, nicht erbracht. Gemäss Schreiben vom 22. Februar 2016 (Urk. 7/9/4) wurde damals mehreren temporär beschäftigten Mitarbeitern gekündigt. Wohl der Einfachheit halber liess die Y.\_\_\_\_ GmbH in den Kündigungs-SMS die Namen der Adressaten weg. Auch die Einsatzfirma wurde im SMS-Text nicht genannt. Damit ist aber weder erstellt, dass die besagte SMS tatsächlich an den Beschwerdeführer versandt wurde, und schon gar nicht, dass sie dem Beschwerdeführer zugegangen.

Da die Y.\_\_\_\_ GmbH der Kasse im Zusammenhang mit der Kündigung vom 5. August 2015 alle vorhandenen Beweismittel vorgelegt hat, liegt diesbezüglich eine Beweislosigkeit vor, welche nicht der Beschwerdeführer zu vertreten hat. Daran ändert die Annahme der Y.\_\_\_\_ GmbH, das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer sei am 5. August 2015 per 7. August 2015 gekündigt worden, nichts.

### **E. 2.3**

Die Y.\_\_\_\_ GmbH hielt in ihrem Schreiben vom 22. Februar 2016 weiter fest (Urk. 7/9/4), der zuständige Polier A.\_\_\_\_ habe dem Beschwerdeführer am 5. August 2015 auf der Baustelle mündlich mitgeteilt, „dass sein Einsatz am Freitag beendet sei“. Dies könne er bestätigen.

Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass A.\_\_\_\_ als Vertreter der Y.\_\_\_\_ AG dem Beschwerdeführer den Arbeitsvertrag mündlich gekündigt hat. Denkbar ist bei der oben erwähnten Formulierung aber auch, dass er dem Beschwerdeführer lediglich mitgeteilt hat, die Firma habe den Arbeitsvertrag gekündigt, was selber keine Kündigung ist. Klären könnte man dies bloss, wenn A.\_\_\_\_ den damaligen Vorgang noch mit rechtsgenügender Klarheit nachweisen könnte. Dies erscheint aufgrund der konkreten Umstände - ein mündliches, vor über einem Jahr auf einer Baustelle stattgefundenes, vom Beschwerdeführer bestrittenes Gespräch - ausgeschlossen, weshalb sich auch diesbezüglich weitere Abklärungen erübrigen. Auch diese Beweislosigkeit ist nicht vom Beschwerdeführer zu vertreten.

### **E. 2.4**

Nach dem Gesagten ist nicht rechtsgenügend erstellt, dass am 5. August 2015 eine gültige Kündigung ausgesprochen wurde. Deshalb ist davon auszugehen, dass das zur Diskussion stehende Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit der Y. AG weitergeführt wurde mit der Folge, dass die Zeit nach dem Unfall vom 6. August 2015 bis Ende des Jahres aufgrund von Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG ebenfalls als Beitragszeit anzurechnen ist. Unter Berücksichtigung der bereits bis zum 6. September 2015 aufgelaufenen unbestrittenen Beitragszeit von 9,686 Monaten (Urk. 2) ergibt sich somit, dass der Beschwerdeführer in der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 2. März 2014 bis zum 1. März 2016 während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. 3.

Diese Erwägungen führen zur Gutheissung der Beschwerde. 4.

Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer gestützt auf § 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Diese ist unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses auf Fr. 1'400.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 20. Juli 2016 aufgehoben, und die Sache wird mit der Feststellung, dass der Beschwerdeführer in der vom 2. März 2014 bis zum 1. März 2016 dauernden Beitragsrahmenfrist eine Beitragsdauer von über zwölf Monaten aufweist, an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie über den Taggeldanspruch des Beschwerdeführers ab 2. März 2016 neu verfüge. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von

Fr. 1'400.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

### **E. 3**

des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG) oder Unfalls ( Art.

### **E. 4**

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Christine Fleisch - Unia Arbeitslosenkasse - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

### **E. 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die VorsitzendeDer Gerichtsschreiber GrünigFraefel

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