

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00227

vom 14. Juli 2017

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-07-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2016.00227

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00227 du 14 juillet 2017

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00227 del 14 luglio 2017

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1965, ist seit 28. Mai 2013 bei der Gastronomiegruppe Y.____ als Office-Mitarbeiter (Aushilfe) in einem ungekündigten und unbefristeten (Teilzeit-)Arbeitsverhältnis angestellt (Urk. 3/8-9). Daneben ist der Versicherte seit 10. September 2011 zeitweise in befristeten Temporärarbeitsverhältnissen - vermittelt durch die Z.____ AG - tätig (Urk. 3/6-7).

Mit Verfügung vom 23. September 2016 (Urk. 3/4) verneinte die Arbeitslosenkasse syndicom die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung, weil der Arbeitsausfall nicht anrechenbar, respektive das Arbeitsverhältnis ungekündigt sei. Die vom Versicherten dagegen am 3. Oktober 2016 erhobene Einsprache (Urk. 3/3) wies sie mit Einspracheentscheid vom 8. November 2016 (Urk. 2) ab.

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). Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG). Als teilweise arbeitslos gilt, wer eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2).

E. 1.2

erweist sich damit als nicht korrekt.

Dementsprechend ist der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und die Sache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen und Festlegung einer allfälligen Arbeitslosenentschädigung zurückzuweisen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 8. November 2016 aufgehoben und die Sache an die Arbeitslosenkasse syndicom zurückgewiesen wird, damit diese, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung neu verfüge. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.____ - Arbeitslosenkasse syndicom - 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. Juli bis und mit dem 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 Der Gerichtsschreiber Mosimann P. Sager

E. 1.3

Für die Ermittlung der Normalarbeitszeit ist in diesem Fall grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, dürfen die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach unten oder nach oben ausmachen. Bei einem Beobachtungszeitraum von sechs 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, mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstaufschlag nicht anrechenbar ist (vgl. AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft ,

Seco ,

Rz B97). 2.

E. 2

lit. b AVIG).

Zu den gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen gehört ferner, dass die versicherte Person einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Arbeitsausfall heisst Ausfall an normaler Arbeitszeit. Dieser ist nach der Rechtsprechung in der Regel aufgrund der im Beruf oder Erwerbszweig der versicherten Person allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht SBVR ,

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin ging im Einspracheentscheid vom 8. November 2016 (Urk. 2) davon aus, bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf werde vereinbart, dass sich die Arbeitszeit nach dem jeweiligen Arbeitsanfall richte, das heisst die Beschäftigung erfolge von Fall zu Fall nach Bedarf und ohne Anspruch auf Arbeitszuweisung . Eine vertragliche Mindestarbeitszeit sei nicht vorgesehen. Bei dieser Erscheinungsform der Arbeit auf Abruf bestehe keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang mit entsprechender Entlohnung , so dass die Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert werde, keinen Arbeits- und Verdienstaufschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG erleide. Dies

deshalb, weil ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit nur entstehen könne, wenn zwei schon Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart worden sei. Werde die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen, bestehe keine Pflicht, die Einsätze anzunehmen. So gelte die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, so dass während der Zeit in der kein Abruf erfolge, kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe (S. 1 unten).

E. 2.2

Demgegenüber stellte sich der Beschwerdeführer im Wesentlichen auf den Standpunkt (Urk. 1), dass mit der Temporärfirma

Z.____ AG kein Arbeitsvertrag bestehe, es handle sich lediglich um kurzfristige Einsätze von einigen Tagen. Für diese Einsätze werde ein Vertrag erstellt, mit dem Vermerk, dass der Vertrag nach Ende des Einsatzes gekündigt sei. Er sei jederzeit vermittelbar und es würden nur kurzfristige Verträge bestehen. Alle anderen durch die Firma Z.____ AG vermittelten Personen seien von der Arbeitslosenkasse aufgenommen worden. Seiner Meinung nach habe er Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, da er mehrmals einen anrechenbaren Arbeitsausfall von mehr als zwei aufeinander folgenden vollen Arbeitstagen erleide (S. 1 Ziff. 1-2). Er habe Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, da er teilweise arbeitslos sei, seit Jahren Beiträge an die Arbeitslosenkasse zahle und seit längerer Zeit eine Festanstellung suche. Er mache jeden Monat zwölf Bewerbungen (S. 2 Ziff. 3). Er sei auch trotz Teilzeit-Arbeitsvertrag als Aushilfe auf Abruf bei der Y.____ jederzeit vermittelbar und sei sofort frei für eine neue Anstellung. Es handle sich hier ebenfalls nur um kurzfristige Aufträge, bei welchen er angefragt werde. Er bestimme diese Einsätze und werde dann für den Einsatz angenommen oder nicht. Dies sei ein Teilzeit-Arbeitsvertrag auf Abruf, er suche jedoch seit längerer Zeit eine 100%ige Arbeitsanstellung. (S. 2 Ziff. 4). Diverse Arbeitskollegen mit den genau gleichen Arbeitsbedingungen (Y.____ und Z.____ AG) hätten sofort Hilfe vom Arbeitsamt bekommen (S. 2 Ziff. 5).

E. 2.3

Strittig und zu prüfen ist die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers. 3.

E. 3

(1. Auflage, Basel 2015, Rz 151). Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Kumulativ erforderlich ist damit ein Verdienstaufschlag und ein Mindestarbeitsausfall (Thomas Nussbaumer, a.a.O., Rz 153). Als voller Arbeitstag gilt der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die der Versicherte normalerweise während seines letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Art.

E. 3.1

Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer seit dem 28. Mai 2013 bei der Gastronomiegruppe Y.____ als Office-Mitarbeiter (Aushilfe) im Betrieb Gastronomie im Stadion A.____ in einem ungekündigtem und unbefristeten (Teilzeit-)Arbeitsverhältnis angestellt ist (vgl. Urk. 3/8-9). Dem entsprechenden Arbeitsvertrag lässt sich unter anderem entnehmen, dass der jeweilige Arbeitsinsatz nach mündlicher oder schriftlicher Vereinbarung erfolge, wobei sich der Teilzeit-Mitarbeiter verpflichte, den Bedürfnissen des Betriebes Rechnung zu tragen und die erforderliche Dienstleistung und Arbeitszeit zur

Verfügung stelle (Urk. 3/9 S. 2). Es handelt sich hierbei um eine Aushilfsstelle (Urk. 3/8 Ziff. 1), wobei es keine vertragliche Normalarbeitszeit gibt (Urk. 3/8 Ziff. 6). Aus den Bescheinigungen über den Zwischenverdienst (Urk. 7/5/1)

sowie den Lohnabrechnungen von Januar 2015 bis August 2016 (Urk. 7/4/2) geht schliesslich hervor, dass der Beschwerdeführer unterschiedlich häufig eingesetzt wurde. Bei der vom Beschwerdeführer ausgeübten Tätigkeit bei der Gastronomiegruppe Y.____ handelt es sich damit zweifellos um eine Beschäftigung auf Abruf, womit diese grundsätzlich unter die in E. 1.2 dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Arbeit auf Abruf fällt.

E. 3.2

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.

E. 3.3

Angesichts der seit Mai 2013 bestehenden Tätigkeit bei der Y.____ kann im vorliegenden Fall nicht mehr von einer Überbrückungstätigkeit gesprochen werden. Somit gilt die dargelegte Rechtsprechung, wonach der Arbeits- und Verdienstaufschlag grundsätzlich nicht anrechenbar ist (vorstehend E. 1.2 und E. 3.2).

E. 3.4

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 (vorstehend E. 1.2).

Gemäss Rz B97 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.

E. 3.5

Vorliegend zeigt die Aufstellung über die vom Beschwerdeführer geleisteten Stunden für die Gastronomiegruppe Y.____ (Urk. 7/4/2), dass die Einsätze des Beschwerdeführers sowohl

im Jahr 2015 als auch im Jahr 2016 in sehr unterschiedlichem Ausmass erfolgten.

Im Beobachtungszeitraum von 12 Monaten übersteigen damit diese monatlichen Arbeitsstunden die im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden um mehr als 20 % .

Aufgrund dieser 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.

E. 3.6

Zusammenfassend fehlt es dem Beschwerdeführer hinsichtlich der Tätigkeit bei der Gastronomiegruppe Y. ____

an einem anrechenbaren Verdienstaussfall.

E. 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 angedauert 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 B 100

AVIG-Praxis ALE).

E. 4.1

Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin (vgl. Urk. 6) besteht zwischen der Z. ____ AG und dem Beschwerdeführer hingegen kein Anstellungsverhältnis im eigentlichen Sinne bzw. kein - wie oben dargelegt - Arbeitsverhältnis auf Abruf. Aus der Arbeitgeberbescheinigung vom 18. November 2016 geht hervor, dass die Z. ____ AG temporäre Kurzeinsätze über eine eigene Internetplattform vermittelt. Auf dieser können Drittfirmen im Falle von Vakanzen Suchanfragen starten, welche Arbeitnehmer, die den geforderten Qualifikationen entsprechen, annehmen können. Aus allen Interessenten könne die Firma anschliessend wählen, wen sie anstellen möchte. Die Arbeitnehmer würden sich jeweils nur für die angenommenen Einsätze verpflichten und gingen sonst keine weitergehenden Verpflichtungen ein. Für jeden Einsatz werde ein separater befristeter Einsatzvertrag unterschrieben (vgl. Urk. 3/6 Ziff 13).

Beim typischen temporären Arbeitsverhältnis wird zunächst ein Rahmenvertrag abgeschlossen, der die grundsätzlichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien regelt, wobei im Regelfall der typischen Temporärbeschäftigung weder eine Pflicht der Temporärorganisation, eine Beschäftigung anzubieten, noch eine Pflicht des Arbeitnehmers, eine angebotene Arbeit auch anzunehmen, besteht (vgl. dazu Rehbindler, Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, Randziffer 420). Erst wenn der Arbeitnehmer eine ihm angebotene Arbeit akzeptiert, wird zwischen denselben Vertragsparteien ein individueller Arbeitsvertrag - der Einsatzvertrag - abgeschlossen, woraufhin der Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb tätig wird. Bei solchen Vertragsverhältnissen ist für die Bestimmung und insbesondere für die Entstehung des Arbeitsverhältnisses auf den Einsatzarbeitsvertrag abzustellen (vgl. dazu Rehbindler, Berner Kommentar VI/2/2/1, N 16 zu Art. 319 OR; Streiff/von Kaenel, 5. Auflage, 1993, N 20 zu Art. 319 OR; je mit Hinweisen).

Der Rahmenvertrag mit einer Temporärfirma begründet grundsätzlich kein bei tragszeitrelevantes Arbeitsverhältnis, da der Rahmenvertrag in der Regel keinen Anspruch auf Beschäftigung auslöst und die versicherte Person berechtigt ist, Einsätze abzulehnen.

Dagegen begründen die einzelnen Einsatzverträge jeweils ein neues, in sich abgeschlossenes Arbeitsverhältnis.

Massgebend für die Berechnung der Beitragszeit ist somit die Dauer jedes einzelnen Arbeitseinsatzes (AVIG-Praxis ALE

Rz B160). Nur die sich aus den einzelnen Einsatzverträgen ergebenden Arbeitseinsätze können als Beitragszeit im Sinne von Art. 13 AVIG angerechnet werden (Urteil des Bundesgerichts 8C_787/2010 vom 12. Januar 2011 E. 3.1). In diesen Fällen erfolgt eine allfällige Proratisierung der Kalendermonate für die Ermittlung der Beitragszeit zu Beginn und am Ende von je dem Arbeitseinsatz (AVIG-Praxis ALE

Rz B150b).

E. 4.2

Nach dem Gesagten handelt es sich bei den durch die Firma Z.____ AG vermittelten Einsätzen um Temporärarbeitsverhältnisse, wobei die einzelnen Einsatzverträge (vgl. Urk. 3/7, Urk. 7/4/1) jeweils ein neues, in sich abgeschlossenes Arbeitsverhältnis darstellen. Folglich handelt es sich dabei entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin nicht um ein Arbeitsverhältnis auf Abruf, wo mit diesen Tätigkeiten auch nicht unter die in E. 1.2 dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Arbeit auf Abruf fallen.

E. 5

Die Verneinung der Anspruchsberechtigung infolge zweier Arbeitsverhältnisse in ungekündigter Anstellung (vgl. Urk. 2) und der Nichtanrechenbarkeit eines Arbeitsbeziehungsweise Verdienstauffalls (vgl. vorstehend E.

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