

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00165

vom 6. November 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-11-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2021.00165

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00165 du 6 novembre 2021

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00165 del 6 novembre 2021

Erwägungen

E. 1

Der 1960 geborene X.____ meldete sich am 6. Oktober 2020 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV), Y.____, zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 6/192) und beantragte ab diesem Datum Arbeitslosenentschädigung (Urk. 6/174-177). Mit Verfügung vom 23. November 2020 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (nachfolgend: ALK) mangels erfüllter Beitragszeit einen Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung (Urk. 6/133-135). Die hiergegen erhobene Einsprache vom 7. Januar 2021 (Urk. 6/30-32) wies die ALK mit Entscheid vom 22. April 2021 ab (Urk. 2). Ab Januar 2021 war der Beschwerdeführer in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis als Betriebsmitarbeiter Spedition tätig (Urk. 6/24-26).

E. 1.1

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht darin, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Beitragspflicht befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG).

E. 1.2

Nach Art. 9 Abs. 1 AVIG gelten - soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht - für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit zweijährige Rahmenfristen. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs.

E. 1.4

Nach ständiger Rechtsprechung ist für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft in der Arbeitslosenversicherung das formell rechtskräftig geregelte AHV-Beitragsstatut massgebend, sofern sich dieses nicht als offensichtlich unrichtig erweist (BGE 126 V 213 E. 2 a).

Weil das AVIG vollumfänglich auf den Arbeitnehmerbegriff des AHVG abstellt, muss sich die offensichtliche Unrichtigkeit auf eine AHV-spezifische Frage des Beitragsstatuts beziehen. Demgegenüber ist es den ALV-Behörden verwehrt, über ein nachgewiesenes formell rechtskräftiges AHV-Beitragsstatut selbständig zu verfügen. Nur wenn sich trotz zumutbarer Abklärungen bei Ausgleichskassen und Arbeitgebern kein solches AHV-Beitragsstatut eruieren lässt, kommt eine freie Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft durch die ALV-Organe in Betracht (Nussbaumer, a.a.O., S. 2275, Rz. 30, mit Hinweisen zur Rechtsprechung). 2.

E. 2

AVIG), und die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Art. 9 Abs.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin führte im angefochtenen Entscheid aus, der Beschwerdeführer habe vom 15. Juni 2017 bis zum 31. Dezember 2018 bei der A. AG und vom 1. Januar 2019 bis zum 31. Juli 2019 bei der B. AG gearbeitet und damit in der vom 6. Oktober 2018 bis zum 5. Oktober 2020 dauernden Rahmenfrist für die Beitragszeit insgesamt 9.840 Monate an Beitragszeit erwirtschaftet, was unbestritten sei. Damit erfülle er die Mindestbeitragszeit von 12 Monaten nicht. Wenn auch die SVA Zürich die Tätigkeit als Z. -Fahrer

als unselbständige Tätigkeit qualifiziere und diesbezüglich noch ein Gerichtsverfahren hängig sei, mithin über die Qualifizierung der Z. -Fahrer bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden sei, so könne die fragliche Tätigkeit dennoch nicht als Beitragszeit berücksichtigt werden. Zum einen habe der Beschwerdeführer vom Umstand, dass die Qualifikation der Tätigkeit als Z. -Fahrer noch nicht festgelegt sei, Kenntnis gehabt beziehungsweise hätte sich dessen zumindest bewusst sein müssen. Zum anderen habe sich der Beschwerdeführer bereits als selbständiger Taxifahrer bei der SVA Zürich angemeldet und fehle es an Beitragszahlungen für die Tätigkeit bei Z. . Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass - unter der Annahme, es würde eine unselbständige Tätigkeit vorliegen - infolge fehlender Unterstellung unter die Beitragspflicht und weil Z. bestreite, als Arbeitgeber zu gelten, sämtliche Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich des tatsächlichen Arbeitsausfalls fehlten. Mangels vereinbarter Normalarbeitszeit liege ohnehin kein Arbeits- und Verdienstausfall vor (Urk. 2).

E. 2.2

Dem hielt der Beschwerdeführer insbesondere entgegen, die SVA Zürich habe die Z. -Tätigkeit

als unselbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert, ein rechtskräftiges Urteil des Kantonsgerichts Waadt halte fest, dass Z. -Fahrer als Angestellte zu qualifizieren seien und schliesslich seien zwei Rechtsgutachten zum Schluss gekommen, bei der Tätigkeit als Z. -Fahrer

handle es sich sozialversicherungsrechtlich um eine unselbständige Tätigkeit. Nicht massgebend sei demgegenüber, welche Meinung Z. selber vertrete, da die Qualifikation nicht durch die Parteien, sondern durch die Ausgleichskasse beziehungsweise durch das Bundesgericht festzulegen sei. Selbst wenn vorliegend eine freie Prüfung zulässig wäre, müsste die Tätigkeit aufgrund des fast gänzlich fehlenden unternehmerischen Risikos, der weitreichenden und engmaschigen Weisungsbefugnisse sowie der stellenweise vorhandenen Subordination zwischen Z. -Fahrern und Z. als unselbständige Erwerbstätigkeit gewertet werden. Endlich führte die Qualifikation der Z. -Tätigkeit durch die «freie Prüfung» der Beschwerdegegnerin zu einem nichtwiedergutzumachenden Nachteil des Beschwerdeführers, weshalb die Beschwerdegegnerin statt einer «freien Prüfung» das Einspracheverfahren bis zur höchstrichterlichen Klärung der Frage hätte sistieren müssen (Urk. 1). 3.

E. 3

AVIG).

Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit (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). 1.3

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt weiter

voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art.

E. 3.1

Ob die vom Beschwerdeführer ausgeübte Tätigkeit als Z.___-Fahrer als unselbstständige oder selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, braucht vorliegend nicht abschliessend geklärt zu werden. Auch wenn mit der SVA Zürich, welche die Tätigkeit als unselbständig einordnet (Urk. 6/22), und dem Beschwerdeführer (E. 2.2) auf ein Arbeitnehmer-Verhältnis geschlossen und die Beitragszeit als erfüllt erachtet würde, liesse sich dennoch kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung begründen, wie die nachfolgenden Darlegungen zeigen.

E. 3.2.1

Eine wesentliche Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht darin, dass der Versicherte einen anrechenbaren Verdienstausschlag erlitten hat. Anrechenbar ist der Verdienstausschlag, wenn er durch einen Ausfall an normaler Arbeitszeit entsteht, welche aufgrund der im Beruf oder Erwerbszweig des Versicherten allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln ist (E. 1.3). Besteht hingegen eine besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, so bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit des Versicherten (BGE 107 V 59 E. 1 mit Hinweisen). Wird die Arbeit jeweils vereinbarungsgemäss nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen (sogenannte Arbeit auf Abruf), gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, weshalb die versicherte Person während der Zeit, da sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Verdienstausfall erleidet. Von diesem Grundsatz kann jedoch dann abgewichen werden, wenn der auf Abruf erfolgte Einsatz während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant war (BGE 139 V 259 E. 5.3.1). 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; und er muss umso länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (Nussbaumer, a.a.O., S. 2310 Rz. 152 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.2.2

Gemäss

AVIG -Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco) Rz B100 sind als Beobachtungszeitraum die letzten zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses auf Abruf oder die gesamte Dauer, sofern es zwischen sechs und zwölf Monate gedauert hat, zu wählen.

Hat das Arbeitsverhältnis weniger als sechs Monate gedauert, kann keine Normalarbeitszeit ermittelt werden.

E. 3.2.3

Die Tätigkeit als Z.____-Fahrer erfolgt über die Z.____ -App, welche es den Fahrern und Fahrgästen erlaubt, sich miteinander in Verbindung zu setzen . Es ist dem Z.____-Fahrer freigestellt, ob und gegebenenfalls wann er sich in die App einloggt und somit Anfragen erhält. Weiter ist es ihm unbenommen, eine Anfrage abzulehnen. Die Arbeit wird nicht aufgrund eines im Voraus festgelegten Arbeitsplans oder auf einseitigen Abruf durch den Arbeitgeber geleistet, sondern steht im Belieben des Arbeitnehmers. Die Plattformbeschäftigung qualifiziert in aller Regel und vorausgesetzt, die übrigen Voraussetzungen für ein Arbeitsverhältnis sind ebenfalls erfüllt, mithin als unechte Arbeit auf Abruf (vgl. Hirsiger in ARV 2019 S. 300).

Damit besteht weder eine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang , noch kann auf eine allgemein übliche Arbeitszeit geschlossen werden. Aus der vom Beschwerdeführer aufgelegten Dokumentation über seine für Z.____ geleistete Tätigkeit erhellt sodann , dass er unregelmässig arbeitete (Urk. 6/34-130) . Nach dem er diese Beschäftigung zudem bloss von 30. September (Urk. 6/99) bis zum 26. Dezember 2019 (Urk. 6/62) - mithin während nur dreier Monate - ausgeübt hat, kann eine Ermittlung der Normalarbeitszeit ohnehin nicht erfolgen (E. 3.2.2 und

BGE 146 V 112 E. 5.3; vgl. auch BGE 107 V 59 E. 1 mit Hinweis auf zwei unveröffentlichte Urteile, wonach bei einer mehr als fünf Jahre beziehungsweise einer über mehrere Jahre dauernden Arbeitsleistung auf das Vorliegen eines anrechenbaren Verdienstaufschlags geschlossen worden war).

E. 3.3

Nach dem Dargelegten lässt sich eine Normalarbeitszeit nicht ermitteln, mit der Folge, dass der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Arbeits- und Verdienstaufschlag nicht anrechenbar ist. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist damit nicht gegeben.

Angesichts dieses Ergebnisses erübrigen sich Weiterungen zum Gesuch des Beschwerdeführers um Sistierung des Verfahrens. 4.

Zusammenfassend erweist es sich als rechtens, dass die Beschwerdegegnerin einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 6. Oktober 2020 verneint hat. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Orion Rechtsschutz-Versicherung AG - 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 15. Juli bis und mit dem 5. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzu stellen.

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
Vogel
Muraro

E. 8

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

E. 10

Abs. 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 (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 3. Auflage, Basel 2016 , S. 2310 Rz 151). Nach Art.

E. 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 (Nussbaumer, a.a.O., S. 2311 Rz 153). Als voller Arbeitstag gilt der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die der Versicherte normalerweise während seines letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Art. 4 Abs. 1 AVIG).

Der anrechenbare Arbeitsausfall erfüllt eine doppelte Funktion. Als allgemeine Anspruchsvoraussetzung bedeutet er ein gewisses Mindestmass an ausgefallenen Arbeitstagen. Zum anderen bildet er eine zentrale Bemessungsregel, weil sich der Entschädigungsanspruch in masslicher Hinsicht grundsätzlich nach dem anrechenbaren Arbeitsausfall während einer Kontrollperiode richtet (Nussbaumer, a.a.O., S. 2311 Rz 154).

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