

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00047

vom 29. Juni 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-06-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2023.00047

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00047 du 29 juin 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2023.00047 del 29 giugno 2023

Erwägungen

E. 1

und S.

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 Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG]). Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeits verhältnis 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 lit. b AVIG).

Zu den gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen gehört ferner, dass die ver sicherte 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 (BGE 107 V 59 E. 1; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundes verwaltungsrecht [SBVR], 3. Auflage, Basel 2016, S. 2310 Rz 151). Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Kumulativ erforderlich ist damit ein Verdienstaufall und ein Mindestarbeits ausfall (Nussbaumer, a.a.O., S. 2311 Rz 153).

E. 1.2

Endet das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist und sind alle rechtlichen Voraussetzungen erfüllt, so hat die Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (AVIG-Praxis ALE Rz B95).

Bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf erleidet indes die arbeitnehmende Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits

und Verdienstaufall (Art. 11 Abs. 1 AVIG). Bei dieser Art von Arbeitsverhältnis ist die unregelmässige Arbeitszeit als normal zu betrachten (BGE 107 V 59). Die arbeitnehmende Person hat somit keinen Anspruch auf Arbeitslosen ent schädigung (AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirt schaft [seco] Rz B9 6) . Denn b ei der Arbeit auf Abruf besteht keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang, sodass die Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstaufall

nach Art. 11 Abs.

1 AVIG erleidet. Dies deshalb, weil ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit nur entstehen kann, wenn zwischen dem Arbeitgeber und der Arbeitnehmer in eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart war. 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

(Urteil des Bundesgerichts 8C_814/2019 vom 11. März 2020 E. 2.3 mit Hinweisen) .

E. 1.3

Wird das Arbeitsverhältnis auf Abruf hingegen fortgesetzt oder unter Nicht einhaltung der Kündigungsfrist aufgelöst, findet die Ausnahmeregelung gemäss Randziffern B97 ff. Anwendung (AVIG-Praxis ALE Rz B95 am Ende) . Diesfalls gelangt die Rechtsprechung zur Anwendung, gemäss welcher

der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel auf Grund der im Beruf oder Erwerbszweig der versicherten Person allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln ist . Besteht hingegen eine besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit der versicherten Person. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen, gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, sodass Versicherte während der Zeit, da sie nicht zur Arbeit aufgefordert werden, keinen anrechenbaren Verdienstaufschlag erleiden (BGE 146 V 112 E. 3.3 mit Hinweis auf BGE 107 V 61 f. E. 1).

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 146 V 112 E. 3.3 mit Hinweis auf BGE 107 V 61 f. E. 1; Nussbaumer, a.a.O., S. 2310 Rz 152). 1.

E. 1.6

Verwaltungsweisungen, wie etwa Wegleitungen oder Kreisschreiben, richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 146 V 224 E. 4.4.2, 141 V 365 E. 2.4 m.w.H.). 2.

2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid vom 25. Januar 2023 damit, dass die Beschwerdeführerin mit der Y.____ in einem

Anstellungsverhältnis auf Abruf stehe. Dabei sei der Arbeitsvertrag vom 1. April 2019 nicht mehr aktuell gewesen, sondern jener vom 18. Januar 2020 habe einen vom 1. Juni 2019 ersetzt. Der im Zeitpunkt der Kündigung des Anstellungsverhältnisses (ursprünglich per 30. Juni 2022) aktuellste, seit dem 18. Januar 2020 geltende Arbeitsvertrag sei mit dem per 1. Juli 2022 neu abgeschlossenen inhaltlich identisch: In beiden Fällen werde kein fixes Arbeitspensum zugesichert und ausdrücklich vereinbart, dass die Beschwerdeführerin in sämtlichen Betrieben der Region eingesetzt beziehungsweise an einen anderen zumutbaren Arbeitsort zugewiesen werden könne. Damit sei faktisch gar keine Kündigung erfolgt. Die Beschwerdeführerin sei auf Abruf mit möglichen Einsätzen in allen Betrieben der Arbeitgeberin angestellt gewesen und dies sei im neuen Vertrag weiterhin genauso. Eine Mindestzahl von Arbeitsstunden sei unverändert nicht zugesichert und die Einsätze erfolgten nach den Bedürfnissen des Unternehmens (Anstellung auf Abruf). Bei einer Anstellung auf Abruf trage der Arbeitnehmer das Risiko für schlechtere Zeiten und Schwankungen im Beschäftigungsumfang seien üblich. Die auf besonderer Vereinbarung beruhende Arbeitszeit gelte als normal, sodass die Beschwerdeführerin während der Zeit, in welcher sie nicht zur Arbeit aufgefordert werde, keinen anrechenbaren Arbeitsbeziehungsweise Verdienstausschlag erleide (Urk. 2 S. 3-4). 2.2

Die Beschwerdeführerin stellte sich in ihrer Beschwerde vom 24. Februar 2023 demgegenüber auf den Standpunkt, sie habe ab dem 1. Januar 2019 als Küchenhilfe für die Y. an zwei Standorten (Restaurant Z. und Restaurant A.) gearbeitet. Im Arbeitsvertrag vom 11. April 2019 sei ein Schichtplan festgehalten gewesen (Urk. 1 S. 2). Den nicht unterzeichneten neueren Vertrag vom 18. Januar 2020 habe sie nicht erhalten (Urk. 1 S. 3, Urk. 3/6 S. 1). Infolge der Pandemie sei es zu Schwankungen ihres Arbeitspensums gekommen. Erst Ende Juli und im August 2021 habe wieder der Normalbetrieb eingesetzt und ab September 2021 habe sie wieder ihre gewohnten Schichten an drei bis vier, ganz gelegentlich sogar an fünf Tagen im Restaurant Z. sowie die Abendschicht am Sonntag und Ferienvertretungen im Restaurant an der A. übernommen. Im Januar und Februar 2022 sei es zu krankheitsbedingten Abwesenheiten gekommen. Per Ende Juni 2022 sei das Restaurant Z. geschlossen worden, weshalb ihr letzter Arbeitstag am 17. Juni 2022 gewesen sei. Ohne die Monate Februar und Juni 2022 habe ihr mit Einsätzen im Restaurant Z. erzielter Durchschnittslohn in den letzten zwölf Monaten vor ihrem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (1. August 2022) Fr. 2'519.25 betragen. Am 31. Mai 2022 sei eine Kündigung erfolgt und am 17. Juni 2022 sei ihr ein neuer Arbeitsvertrag angeboten worden für den Fall, dass sie interessiert sei, weiterhin einzelne Schichten in der Filiale A. zu übernehmen (Urk. 1 S. 3). Im neuen Arbeitsvertrag vom Juli 2022 sei von der Arbeitgeberin vermerkt worden, dass der ursprüngliche Arbeitsvertrag aufgrund der Schliessung des Restaurants

Z. per 30. Juni 2022 gekündigt worden sei und dass künftige Arbeitseinsätze nicht im gleichen Umfang wie bisher geboten werden könnten. Damit sei er nicht identisch mit dem Vertrag vom 18. Januar 2020. Diese Anmerkung lasse darauf schliessen, dass eine tatsächlich gelebte Vereinbarung über den Umfang ihrer Arbeitstätigkeit bestanden habe, was die Arbeitgeberin bestätigt habe. Im Juli und im August 2022 habe sie Ferienstellvertretungen übernehmen können, hingegen sei ihr Verdienst ab September 2022 abrupt auf durchschnittlich Fr. 776.81 pro Monat (September bis Dezember

2022) gesunken. Es sei belegt, dass sie vor der Kündigung zwei bis vier Schichten pro Woche in der Filiale Z. und circa eine Schicht in der Filiale A. gearbeitet habe und

sie seit Juli 2022 grundsätzlich nur noch eine Schicht pro Woche an der A.____ übernehmen könne (Urk. 1 S. 4 f.).

Unter näherer Begründung machte die Beschwerdeführerin geltend, es habe sich nicht um Arbeit auf Abruf, sondern um Teilzeitarbeit mit unregelmässigem Pensum gehandelt . Da es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis auf Abruf handle, könne auch der Arbeitsausfall nicht aufgrund einer mangelnden Normalarbeitszeit abgelehnt werden . Vielmehr sei von einer Kündigung eines Teilzeitarbeitsverhältnisses mit unregelmässigem Pensum auszugehen. Der Wegfall eines Einsatzbetriebs habe einen Arbeitsausfall ausgelöst (Urk. 1 S. 5). Massgebend müsse das gelebte Arbeitsverhältnis in Kongruenz mit den Regeln

sein , welche im Arbeitsrecht gölten . Nach diesen habe die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag kündigen müssen, da sie sonst gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei abrupten Reduktionen der Einsätze (im Fall einer Qualifikation als Arbeitsverhältnis auf Abruf) und gemäss den allgemeinen Regeln über den Verzug (im Falle einer Teilzeitanstellung) lohnfortzahlungspflichtig geblieben wäre. Falls das Gericht von einem einzigen Arbeitsverhältnis auf Abruf ausgehen und noch dazu beide Verträge als identisch betrachten würde , wäre noch zu prüfen, ob in der vorliegenden Konstellation nicht analog zur Regelung, die bei zwei verschiedenen, gleichzeitigen Arbeitsverhältnissen auf Abruf gelte, entschieden werden müsse (Urk. 1 S. 6). 3.

E. 3

). Unter Hinweis darauf, dass ihr Arbeitsverhältnis per Ende Juni 2022 infolge Schliessung des Restaurants gekündigt worden sei (Urk.

9/1 S. 2), stellte sie am 12. Juli

2022 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1.

Juli 2022 (Urk. 9/1).

Mit Verfügung vom 8. November 2022 (Urk. 9/17) verneinte die Unia Arbeitslosenkasse einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung per 1. September 2022 mit der Begründung, dass kein anrechenbarer Arbeits- und Verdienstauffall bestehe. Die von der Versicherten am 5. Dezember 2022

dagegen erhobene Einsprache (Urk. 9/26) wies die Unia Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 25. Januar

2023 ab (Urk. 9/39 = Urk. 2). 2.

Gegen den Einspracheentscheid vom 25. Januar 2023 erhob die Versicherte am 24. Februar 2023 Beschwerde und beantragte, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und ihr Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung sei ab 1. August 2022, eventualiter ab 1. September 2022, zu bejahen (Urk. 1 S. 2). Die Beschwerdeführerin schloss mit Beschwerdeantwort vom 23. März 2023 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 7), was der Beschwerdeführerin mit Gerichtsverfügung vom 24. März 2023 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 10). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 3.1

Zu prüfen ist zunächst, ob die bei Arbeit auf Abruf anwendbare Rechtsprechung im Sinne vorstehender E. 1.3-1.4 vorliegend zur Anwendung gelangt.

Im Arbeitslosenversicherungsrecht wird Arbeit auf Abruf folgendermassen definiert: Arbeit auf Abruf ist in der Regel ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, das sich durch unregelmässige Arbeitszeiten auszeichnet (AVIG-Praxis ALE Rz B95).

Die Rechtsprechung , wonach bei fehlender Normalarbeitszeit kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht,

erging in Konstellationen, in welchen das Arbeitsverhältnis auf Abruf fortgeführt wurde, es jedoch zu einem Beschäftigungseinbruch gekommen war (vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C_532/2017

vom 6. Oktober 2017 E. 5.2 , 8C_625/2013 vom 23. Januar 2014 E. 3.1, 8C_379/2010 vom 28. Februar

2011) , sowie beim Wegfall einer von mehreren Tätigkeiten (vgl.

zum Beispiel das Urteil

des Bundesgerichts 8C_814/2019 vom 11. März 2020). Sie gelangt namentlich zur Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis auf Abruf fortgesetzt und die arbeitnehmende Person nicht mehr oder weniger abgerufen wird, sowie wenn die Kündigungsfrist bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht eingehalten wird . E contrario darf deshalb geschlossen werden, dass grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht , wenn das Arbeitsverhältnis auf Abruf unter Einhaltung der Kündigungsfrist geendet hat (AVIG-Praxis ALE Rz B 95 , Urteil des Bundesgerichts 8C_587/2021 vom 4. Februar 2022 E. 4.3.3.1).

Daher ist zu prüfen, ob die erfolgte Kündigung als massgebend zu betrachten oder ob sie unerheblich ist. Letzteres ist jedenfalls dann der Fall , wenn der Arbeitgeber die Kündigung ausspricht, um seine Lohnkosten auf die Arbeitslosenkasse abzuwälzen, was nicht angeht . In diesem Sinne sieht

Art. 41a Abs. 3 AVIV vor, dass kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung

besteht, wenn die Arbeitszeit reduziert wurde und die damit verbundene Lohnkürzung überproportional ist (lit. a), oder wenn die Arbeitszeit beibehalten, der Lohn aber gekürzt wurde (lit. b). Eine solche Konstellation liegt bei der Beschwerdeführerin nicht vor. Im Gegenteil hat sich ihr Stundenlohn nach der Kündigung von Fr. 23.-- auf Fr. 28.-- erhöht (Urk. 9/32 S. 1 im Vergleich zu Urk. 9/38 S. 2).

E. 3.2

.2

Der von beiden Parteien unterzeichnete, ab 1. Januar 2019 gültige Arbeitsvertrag vom 11. April 2019 enthält einen Schichtplan, welcher Einsätze am Mittwoch abend, Donnerstag mittag und -abend, Freitag mittag und -abend sowie Samstag abend vorsieht . Des Weiteren wurde im Vertrag festgehalten, dass der Einsatz von Teilzeitmitarbeitern / Aushilfen in gegenseitiger Abstimmung erfolge. Jedoch wurde zugleich festgehalten, dass Teilzeitmitarbeiter und Aushilfen mit unregelmässigem Arbeitspensum verpflichtet seien, mindestens drei Wochenendschichten (Freitag, Samstag, Sonntag) pro Monat zu übernehmen. Der Arbeitgeber könne das Mindestpensum an Arbeit nicht garantieren (Urk. 9/2 S. 4). Änderungen dieses Vertrags seien nur in Schriftform gültig (Urk. 9/2 S. 5).

Gelebt wurde das Vertragsverhältnis laut der Auskunft des Geschäftsführers der Y.____ vom 23. Februar 2023 so, dass die Beschwerdeführerin ab dem 1. Januar 2019 jeweils zwei bis vier Schichten pro Woche in der Filiale Z.____ und circa eine Schicht in der Filiale A.____ arbeitete. Da es während der Pandemie bedingten Massnahmen eher weniger Einsätze gewesen seien, habe die Beschwerdeführerin zum Ausgleich jeweils Ferienvertretungen übernommen. Mit dem Verkauf der Filiale Z.____

habe die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin die gewohnten zwei bis vier Schichten pro Woche in der Filiale Z.____ nicht mehr bieten können und habe das Arbeitsverhältnis deshalb aufgrund der Betriebsschliessung gekündigt (Urk. 3/11, Urk. 9/2 S. 1).

Aus diesen Angaben der Arbeitgeberin ergibt sich ein Pensum von zwei bis fünf Schichten pro Woche, womit die im Arbeitsvertrag vom 1. April 2019 aufgeführte Schichtplan, welcher sechs Schichten pro Woche vorsah, offenbar nicht nachgekommen

wurde, sondern dieser stellte gegebenenfalls das Maximum an zuzuteilenden Schichten dar. Jedenfalls wurde der im Vertrag festgehaltene Grundsatz, dass kein Mindestpensum an Arbeit garantiert werde, so gelebt und nach Lage der Akten hat

die Beschwerdeführerin auch nichts anderes eingefordert.

Im März

2020 arbeitete die Beschwerdeführerin - vermutlich infolge des pandemiebedingten Lockdowns - erheblich weniger, was ebenfalls zeigt, dass sie keinen Anspruch auf ein gewisses Mindestmass an Beschäftigung hatte (vgl. die Lohnabrechnung in Urk. 9/15).

Von März 2020 bis Mai 2020 sowie von November 2020 bis Juli 2021 war die Beschwerdeführerin von Kurzarbeit betroffen und erhielt entsprechende Entschädigungen (Urk.

9/15, Urk. 9/2 S. 7, Urk. 9/2 S. 9-10).

Laut der Arbeitgeberin war der Arbeitsvertrag am 1. Juni 2019 (Urk. 9/38 S. 2) sowie am 18. Januar 2020 (Urk. 9/38 S. 4) neu aufgesetzt worden. In diesen neueren Versionen ist kein Schichtplan mehr enthalten. Es findet sich eine Verpflichtung der Beschwerdeführerin, mindestens zwei Schichten pro Woche zu übernehmen, wovon eine am Freitag oder Samstag sein müsse. Die zugeteilten Schichten seien für mindestens drei Monate fix einzuhalten. Weiterhin wurde festgehalten, der Arbeitgeber könne kein Mindestpensum an Arbeit garantieren (Urk. 9/38 S. 3). Die Beschwerdeführerin gab zwar an, diesen - nur in nicht unterzeichneter Form bei den Akten liegenden - Vertrag nicht erhalten zu haben (Urk. 3/6). Vor dem Hintergrund der effektiv geleisteten Arbeitsstunden (vgl.

Urk. 9/2)

steht indes fest, dass unabhängig davon kein bestimmtes Arbeitspensum zugesichert worden war.

Angesichts der vertraglichen Verpflichtung der Beschwerdeführerin, mindestens zwei Schichten pro Woche zu übernehmen sowie die zugeteilten Schichten für mindestens drei Monate einzuhalten respektive sich dafür in Bereitschaft zu halten, ist mindestens in einem gewissen Umfang von echter Arbeit auf Abruf auszugehen. Die jeweilige Ausarbeitung eines Dienstplans im Vormonat steht der Qualifikation als Arbeit auf Abruf nicht entgegen (

Urteil des Bundesgerichts 8C_641/2022 vom 3. Februar 2023 E. 5.3) , wobei die Dienstpläne der Beschwerdeführerin

laut deren Angabe wöchentlich erstellt wurden (Urk. 1 S. 5)

Bei der echten Arbeit auf Abruf

kann der

Arbeitgeber die Arbeitnehmer in einseitig abrufen, wobei diese einsatzpflichtig ist. Da die Arbeitnehmer in sich für die Einsätze beim Arbeitgeber verpflichtet, soll sie

auch während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses mit einer bestimmten Einsatzquote rechnen können . Stellt die Arbeitgeberin keine Arbeit bereit , so verletzt sie den Arbeitsvertrag und gerät in Annahmeverzug, wenn sie auf ein Einsatzangebot der Arbeitnehmer in verzichtet . Entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf Kurzarbeitsentschädigung (Urteile des Bundesgerichts 8C_641/2022 vom 3. Februar 2023 E. 5.2, 8C_587/2021 vom 4. Februar 2022 E. 4.3.3.1, je mit Hinweisen ; vgl. ferner BGE 125 III 65 Regeste und E. 4-5, Urteil des Bundesgerichts 4A_534/2017 vom 27. August 2018 E. 4.1) rechtfertigt es sich in dieser Konstellation, von einem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszugehen .

Dies gilt hier umso mehr, als die Ende Mai 2022 im Hinblick auf die Betriebs schliessung des Restaurants am Z.____ ([https:// ____ .pizza/lokale/ ____ /](https://____.pizza/lokale/____/) ; besucht am 8. Juni

2023) erfolgte Kündigung (Urk. 9/31) sachlich gerechtfertigt und offensichtlich nicht rechtsmissbräuchlich war . Ein gedenk der Beachtlichkeit der fristgerechten Kündigung auch im arbeitslosen versicherungs rechtlichen Kontext besteht nach dem Gesagten grundsätzlich ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. E. 1.2 vorstehend) .

E. 3.2.1

). Demgemäss war der neu abgeschlossene Arbeitsvertrag nur noch auf einzelne Schichten an der A.____ gerichtet (Urk. 9/31) . Zuvor hatte die Beschwerdeführerin demgegenüber nebst den einzelnen Schichten an der A.____ noch jeweils deutlich mehr Schichten am Z.____ gearbeitet. So arbeitete die Beschwerdeführerin von September 2021 bis Mitte Juni 2022 mit wenigen Ausnahmen und wenn sie nicht krank war

(«K») jeweils drei bis vier Schichten pro Woche (Mittwochabend, Donnerstagabend, Freitagabend, öfters auch Samstagabend) im Restaurant Z.____ (____ ; Urk. 3/7) , sodass eine gewisse Regelmässigkeit erkennbar ist. Im Restaurant A.____ (____) arbeitete sie demgegenüber in dieser Zeitperiode, welche nach den Einschränkungen wegen Covid wieder dem Normalfall entsprach , in der Regel jeweils am Sonntagabend und in einzelnen Wochen voll (Urk. 3/7), was mit den behaupteten Ferienvertretungen übereinstimmt. Damit ist infolge des ersatzlosen Wegfalls der Tätigkeit im Restaurant Z.____

ein Arbeits- und Verdienstaufschlag zu bejahen . In diesem Sinne hielt die Arbeitgeberin im neu abgeschlossenen Arbeitsvertrag vom Juli 2022 fest, aufgrund der Schliessung des Restaurants Z.____ sei der ursprüngliche Arbeitsvertrag gekündigt worden und künftige Arbeitseinsätze könnten nicht im gleichen Umfang wie bisher geboten werden (Urk. 9/32 S. 3).

Stellt man die Tätigkeit im Restaurant Z.____ , welche im Normalfall drei bis vier Schichten pro Woche ausmachte, jener im Restaurant

A.____ , welche sich in der Regel auf eine Schicht pro Woche beschränkte, gegenüber , ist die Tätigkeit im Restaurant Z.____ als massgebliche und jene im Restaurant A.____ als geringfügig einzustufen. In dieser Konstellation ist es gerechtfertigt, den infolge der Betriebsschliessung des Restaurants Z.____ erlittenen Arbeits- und Verdienstaufschlag anzurechnen (vgl. dazu den vom seco herausgegebenen AUDIT Letter, TCRD, Ausgabe 2019/2, S. 6).

E. 3.2.3

Es trifft zwar zu, dass die Beschwerdeführerin hernach erneut einen Vertrag mit der Y.____ abgeschlossen hat , dessen Inhalt abgesehen von der Schlussbemerkung sowie vom neu höheren Stundenlohn identisch mit dem bisherigen ist (Urk. 9/ 32 S. 1 ff. im Vergleich zu Urk. 9/38). Entscheidend ist jedoch der Parteiwille (E.

E. 3.3

Das per Ende Juni 2022 gekündigte Arbeitsverhältnis (Urk. 9/31) verlängerte sich infolge Krankheit der Beschwerdeführerin bis Ende Juli 2022 (Urk. 9/2 S. 1).

Im August 2022 konnte die Beschwerdeführerin trotz erfolgter Kündigung noch 72,07 Stunden für die Y.____ arbeiten (Urk. 9/5) , da sie eine Ferienvertretung übernehmen konnte (Urk. 1 S. 4) .

Ab September 2022 arbeitete die Beschwerdeführerin dann der neuen Parteivereinbarung entsprechend nur noch sonntags für die Y.____ (Urk. 9/8 S. 2 , Urk. 9/9, Urk. 9/18 S. 2, Urk. 9/19, Urk. 9/26 S. 4).

Insgesamt steht nach dem Gesagten fest, dass eine Kündigung vorhanden ist und sich der hernach abgeschlossene neue Arbeitsvertrag gemäss Parteiwille nur noch auf den Aushilfsstandort bezieht und die Beschwerdeführerin seither bei Weitem nicht mehr im bisherigen Umfang beschäftigt wird. Folglich besteht nach Auflösung des Hauptarbeitsverhältnisses per Ende Juli 2022 grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, sofern die übrigen Voraussetzungen für den Bezug auf Arbeitslosenentschädigung erfüllt sind (E. 1.2 vorstehend) .

Dies korreliert mit der Aufstellung der Beschwerdegegnerin, wonach im August 2022 im Vergleich zum in einem Jahr erzielten Durchschnittslohn eine Abweichung nach unten um 30,55 % vorlag (Urk. 9/16 S. 1). Bei der Anspruchsberechnung wird indes

zu berücksichtigen sein , dass die Beschwerdeführerin im August 2022 einen zusätzlichen Zwischenverdienst bei einer anderen Arbeitgeberin erzielte (Urk. 9/6).

E. 3.4

Zu den übrigen von der Beschwerdegegnerin ermittelten Abweichungen um mehr als 20 % (Urk. 9/16 S. 1) ist anzumerken, dass die Beschwerdeführerin im Juni 2022 weniger zum Einsatz gelangte, weil ihr letzter Einsatz im hernach geschlossenen Restaurant Z.____

bereits am 18. Juni 2022 erfolgt war und sie ab dann ihre üblichen Schichten nicht mehr zugeteilt erhalten hat (Urk. 3/7). Dass sie im Dezember 2021 einen die «erlaubte Abweichung» überschreitenden Arbeitsumfang aufwies, ist dem Umstand zuzuschreiben, dass die Beschwerdeführerin im Dezember 2021 offenbar eine Ferienvertretung

übernommen hatte. Diese erfolgte im Restaurant A.____ (Urk. 3/7), sodass sie die Regelmässigkeit der entfallenen Tätigkeit im Restaurant Z.____ nicht tangiert. Im Übrigen führt eine zusätzliche unregelmässige Beschäftigung nicht zwingend dazu, dass deswegen die Anspruchsberechtigung zu verneinen wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 249/06 vom 16. April 2007, wo allerdings eine wöchentliche Arbeitszeit vereinbart war, welche infolge Mehrarbeit auf Abruf überschritten wurde).

E. 3.5

Zusammenfassend erweist es sich infolge der nicht in rechtsmissbräuchlicher Weise ausgesprochenen Kündigung und des in diesem Zusammenhang stehenden Wegfalls der zuvor weitgehend regelmässig erfolgten Beschäftigung der Beschwerdeführerin im Restaurant Z.____ nicht als gerechtfertigt, einen anrechenbaren Arbeitsausfall unter Hinweis auf das Vorliegen von Arbeit auf Abruf zu verneinen. Dies hat zur Folge, dass die Beschwerdeführerin ab August 2022 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

4.

Nach Art. 61 lit. g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Gericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. Als weitere Bemessungskriterien nennen die kantonalen Vorschriften das Mass des Obsiegens, den Zeitaufwand und die Barauslagen (§ 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht [GSVGer] sowie §

E. 4

Gemäss AVIG-Praxis ALE R z B97 sind als Beobachtungszeitraum die letzten 12

Monate des Arbeitsverhältnisses auf Abruf oder die gesamte Dauer, sofern es zwischen 6 und 12 Monate gedauert hat, zu wählen. Hat das Arbeitsverhältnis weniger als 6 Monate gedauert, kann keine Normalarbeitszeit ermittelt werden. Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, dürfen 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 maximale zulässige Beschäftigungsschwankung 10 %. Bei einem Beobachtungszeitraum zwischen 6 und 12 Monaten ist die maximale zulässige Beschäftigungsschwankung proportional anzupassen, d.h. bei einem Beobachtungszeitraum von z.B. 8 Monaten beträgt diese 13 % ($20 \% : 12 \times 8$). Übersteigen die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die maximal zulässige Abweichung, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstaufschlag nicht anrechenbar ist. In Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse wurde höchststrichterlich erkannt, dass auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 8C_814/2019 vom 1. März 2020 E. 2.3 mit Hinweisen) . 1.

E. 5

Bei echter Arbeit auf Abruf kann der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin einseitig abrufen, wobei diese einsatzpflichtig ist. Bei der unechten Arbeit auf Abruf trifft die Arbeitnehmerin

hingegen keine Einsatzpflicht. Sie hat vielmehr ein Ablehnungsrecht, denn ein Einsatz kommt jeweils durch gegenseitige Vereinbarung zustande. Während der Arbeitgeber bei der unechten Arbeit auf Abruf keine Pflicht zur Beschäftigung trifft und er grundsätzlich nicht in Annahmeverzug geraten kann, ist bei der echten Arbeit auf Abruf Gegenteiliges der Fall. Hier verletzt er den Arbeitsvertrag, wenn er keine Arbeit bereit stellt, und gerät in Annahmeverzug, wenn er auf ein Einsatzangebot der Arbeitnehmerin verzichtet. Mit Blick auf den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat das Bundesgericht entschieden, dass die Arbeitnehmerin während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses mit einer bestimmten Einsatzquote soll rechnen können, wenn sie sich für die Einsätze bei m Arbeitgeber verpflichtet. Die Arbeitnehmerin hat deshalb während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (inkl. Kündigungsfrist) Anspruch auf Lohn, berechnet anhand des Durchschnitts des erhaltenen Einkommens während einer angemessenen Periode (Urteil des Bundesgerichts 8C_641/2022 vom 3. Februar 2023 E. 5.2).

E. 7

der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht [GebV SVGer]). Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde einen Aufwand von vier Stunden geltend gemacht (Urk. 1 S. 6), was angemessen ist und beim gerichtlichen Stundenansatz (für nicht freiberuflich tätige Anwälte) von Fr. 185.-- (Fr. 740.--) zuzüglich einer Barauslagenpauschale von 3 % (entsprechend Fr. 22.20) zuzüglich Mehrwertsteuer von 7,7 % (Fr. 58.70) eine Prozessentschädigung im Betrag von Fr. 820.90 (inklusive MWST) ergibt. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 25. Januar 2023 aufgehoben und es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin ab August 2022 einen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausfall erlitten hat und Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 820.90 (inkl. Barauslagen und MWST) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - DFA Zürich, Die kirchliche Fachstelle bei Arbeitslosigkeit - 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 siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 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 der beschwerdeführenden Partei oder ihrer Rechtsvertretung

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 VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin
FehrWidmer

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