Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 29/05

Urteil vom 17. März 2005
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Lustenberger und Kernen; Gerichtsschreiberin Polla

Parteien
A._____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Larese, Larese & Partner, Rämistrasse 4, 8024 Zürich,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Stampfenbachstrasse 32, 8001 Zürich, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 24. November 2004)

Sachverhalt:
A.
A._____ arbeitet als Dolmetscherin für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte des Kantons Zürich und ist in dieser Funktion im kantonalen Dolmetscherverzeichnis eingetragen. Am 10. Juli 2003 meldete sie sich zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung an, da ein Teil der Arbeit ausblieb. Mit Verfügung vom 3. Oktober 2003 verneinte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zürich eine Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung mangels anrechenbarem Arbeitsausfall, woran es auf Einsprache hin festhielt (Entscheid vom 7. Mai 2004).
B.
Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 24. November 2004 ab.
C.
A._____ reicht Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein mit dem Rechtsbegehren, es sei ihr in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides Arbeitslosenentschädigung zu gewähren.
Das AWA wie auch das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichten auf eine Vernehmlassung.
D.
Am 27. Januar 2005 lässt A._____ zudem Lohnausweise für die Steuererklärung der Jahre 2001 - 2003, eine Arbeitgeberbescheinigung vom 20. Januar 2005 mit Lohnabrechnungen der letzten zwölf Monate, diverse Bewerbungsschreiben sowie eine erneute Kopie der Einsprache vom 6. November 2003 einreichen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.

1.1 Die Beschwerdeführerin rügt in formell-rechtlicher Hinsicht, die Verweigerung von Versicherungsleistungen laufe dem Gerechtigkeits-gedanken im Sinne von Art. 9 BV zuwider. Trotz den vom Lohn (korrekterweise) in Abzug gebrachten arbeitslosenversicherungs-rechtlichen Beiträgen besteht aber kein voraussetzungsloser Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wie die Versicherte zu glauben scheint. Aus dieser Rechtsunkenntnis kann sie keine Vorteile für sich ableiten (BGE 126 V 313 Erw. 2b mit Hinweisen). Inwiefern des Weiteren im vorliegenden Verfahren durch den Umstand, dass die Verwaltung vor Erlass der Verfügung auch die Frage der Vermittlungsfähigkeit prüfte, wozu die Beschwerdeführerin Stellung nehmen konnte, das rechtliche Gehör verletzt sein sollte, ist ebenso wenig ersichtlich. Zum einen verneinte die Verwaltung sowohl in ihrer Verfügung wie auch in der Einsprache den Anspruch auf Taggelder einzig aufgrund des fehlenden anrechenbaren Arbeitsausfalls und die Vorinstanz bewegte sich auch innerhalb des gegebenen Anfechtungs- und Streitgegenstandes (vgl. hiezu: BGE 125 V 413) - nämlich der Anspruchsberechtigung - und begründete ihren Entscheid ebenfalls mit der fehlenden Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls. Zum andern wäre es dem
kantonalen Gericht im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen frei gestanden, - unter Wahrung der Verfahrensrechte (BGE 122 V 36 Erw. 2a mit Hinweisen) - jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als zutreffend erachtete.
1.2 Die nach Ablauf der Rechtsmittelfrist (Art. 106 Abs. 1 OG) am 27. Januar 2005 seitens der Beschwerdeführerin nachgereichten Dokumente müssen materiell unberücksichtigt bleiben, da sie nicht im Rahmen eines zweiten Rechtsschriftenwechsels eingingen und keine revisionsrechtlich relevanten neuen Tatsachen enthalten (BGE 127 V 353). Entscheidwesentliche Bedeutung wäre ihnen ohnehin nicht beizumessen.
2.
Die Vorinstanz hat die gesetzlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 AVIG), insbesondere die ganze oder teilweise Arbeitslosigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG) sowie der anrechenbare Arbeitsausfall (Art. 8 Abs. 1 lit. b und Art. 11 Abs. 1 AVIG), zutreffend dargelegt. Richtig wiedergegeben wird auch die Rechtsprechung zur Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles bei Versicherten, welche ihre Tätigkeit vereinbarungsgemäss nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufnehmen (BGE 107 V 61 f. Erw. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 Erw. 2a mit Hinweisen, Urteil K. vom 9. Oktober 2001, C 3/01; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. Soziale Sicherheit, S. 45 Rz 105 und S. 49 Rz 117). Darauf wird verwiesen.
3.
3.1 Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass zwischen dem Kanton Zürich und der Beschwerdeführerin ein Arbeitsverhältnis auf Abruf besteht, wobei der Arbeitsanfall bei der Kantonspolizei (als hauptsächlicher Einsatzort) zurückging. Zu Recht verweist das kantonale Gericht zudem auf die seit 1. Januar 2004 im Kanton Zürich geltende Dolmetscherverordnung vom 26./27. November 2003 (DolmV; LS 211.17), wonach gemäss § 7 Abs. 3 lit. b kein Anspruch auf Erteilung und keine Pflicht zur Übernahme von Aufträgen besteht, wobei die Versicherte nach AHV-rechtlichem Beitragsstatut als Unselbstständigerwerbende zu qualifizieren ist (vgl. hiezu: AHI-Praxis 2003 S. 361; § 20 DolmV). Von einem solchen Arbeitsverhältnis gehen im Übrigen auch die Beschwerdeführerin und das Personalamt des Kantons Zürich aus. Diese Beschäftigungsform erlaubt es dem Arbeitgeber, die Versicherte je nach Arbeitsanfall zu beanspruchen (was in BGE 124 III 250 Erw. 2a ausdrücklich als zulässig erklärt wurde), wobei es letztlich keine Rolle spielt, ob das Arbeitsverhältnis als (uneigentliche) Teilzeitarbeit oder Arbeit auf Abruf zu qualifizieren ist (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl. Zürich 1992, N 18 zu Art. 319 OR; Leuzinger-Naef Susanne, Flexibilisierte
Arbeitsverhältnisse im Sozialversicherungsrecht, in: Soziale Sicherheit [CHSS]1998 S. 127). Wesentlich ist jedoch, dass sich die Arbeitsleistung ohne Zusicherung eines durchschnittlichen oder minimalen Beschäftigungsgrades nach der anfallenden Arbeit richtet, sodass die in Erw. 2 zitierte Rechtsprechung Anwendung findet.
3.2 Die Tatsache allein, dass jemand auf Abruf tätig ist, führt nicht zur generellen Verneinung der Anspruchsberechtigung. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass hier die praxisgemässen Voraussetzungen für das Abstellen auf die effektive (durchschnittliche) Arbeitszeit als Referenzgrösse für die Bestimmung des anrechenbaren Arbeitsausfalls nicht gegeben sind. Die Beschwerdeführerin stimmt mit dem kantonalen Gericht insoweit überein, dass die bei der Kantonspolizei auf Abruf erfolgte Arbeitsleistung nicht gesondert, sondern im Zusammenhang mit den anderen bei 19 Dienststellen erfolgten Einsätzen zu werten ist. Der Einwand, es lasse sich dabei sehr wohl eine Konstanz der Arbeitsleistung und damit eine individuelle, normale Arbeitszeit ermitteln, geht fehl. Denn, wie die Versicherte in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bestätigt, unterliegt die anfallende Überset-

zungsarbeit grossen Schwankungen, oder wie sie sich am 11. September 2003 gegenüber dem AWA äusserte: "Manchmal ist das Bedürfnis gross, manchmal ist das Bedürfnis klein". Entgegen der beschwerdeführerischen Ansicht schwankten die Einsätze nicht nur monatsweise, sondern - gemäss der Arbeitgeberbescheinigung vom 4. Juli 2003 - auch von Jahr zu Jahr, wie sich aus dem Vergleich
der Einkommen der Jahre 2001 - 2003 ergibt. Verdiente die Versicherte doch im Jahre 2001 Fr. 131'553.15, im Jahre 2002 Fr. 75'604.65 und im ersten Halbjahr 2003 Fr. 96'746.95. Wie die Vorinstanz sodann korrekt feststellte, weichen die in der Zeit von Juni 2002 bis Juli 2003 bei der Kantonspolizei Zürich erfolgten Arbeitseinsätze zum Teil erheblich nach oben (um 128 % im Januar 2003) und nach unten (um 93 % im August 2002) vom Monatsdurchschnitt von knapp 100 Stunden ab. Damit lässt sich bei der hier zu qualifizierenden Dolmetschertätigkeit keine Normalarbeitszeit ermitteln, wie sie die Rechtsprechung eben gerade bei einem Arbeitsverhältnis wie diesem für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles voraussetzt. Das gleiche Bild ergibt sich, wenn die ebenfalls stark schwankenden Einsätze bei den übrigen Amtsstellen einbezogen werden. Ob sich diese grossen Schwankungen naturgemäss ergeben oder nicht, spielt arbeitslosenversicherungsrechtlich keine Rolle. Ebenso wenig lässt sich etwas zu Gunsten der Beschwerdeführerin aus dem Umstand ableiten, dass sie einen Lohnausfall nachweisen kann, woran im Übrigen nicht gezweifelt wird. Diese Lohnschwankungen sind hingegen dem vorliegenden Arbeitsverhältnis immanent und somit hinzunehmen. Bei
dieser Sach- und Rechtslage verneinten Vorinstanz und Verwaltung zu Recht den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weshalb auch die Rüge der willkürlichen Rechtsanwendung (Art. 9 BV) unbegründet ist.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 17. März 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der III. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: