Urteilskopf

108 V 95

24. Urteil vom 13. Mai 1982 i.S. Walker gegen Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich und Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich
Regeste (de):
Art. 24 Abs. 2 lit. c, 26 Abs. 2 und 28 Abs. 1 AlVG.

Ein Versicherter, der mit einer Organisation für temporäre Arbeit einen "festen Arbeitsvertrag" abschliesst und in den Zeiten zwischen den befristeten Arbeitseinsätzen ohne Beschäftigung ist, hat in der Regel keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

Regeste (fr):
Art. 24 al. 2 let. c, 26 al. 2 et 28 al. 1 LAC.

L'assuré qui a conclu un "contrat de travail ferme" avec une organisation de travail temporaire et se trouve sans activité entre deux placements de durée limitée n'a, en principe, pas droit aux indemnités de chômage.

Regesto (it):
Art. 24 cpv. 2 lett. c, 26 cpv. 2 e 28 cpv. 1 LAD. L'assicurato il quale ha stipulato un "contratto stabile" di lavoro con un'organizzazione per lavori temporanei e che si trova inattivo nel periodo intercorrente tra due impieghi di durata limitata, di regola non ha diritto a indennità di disoccupazione.

Sachverhalt ab Seite 95

BGE 108 V 95 S. 95

A.- Edgar Walker stand von anfangs 1980 bis zum 6. März 1981 in einem Vertragsverhältnis mit der Temporärfirma Batec emplois. Er wurde während dieser Zeit in verschiedenen Unternehmungen als Maschinenmechaniker beschäftigt. Ab 1. Dezember 1980 lag der Anstellung ein vom 21. November 1980 datiertes, als "Arbeitsvertrag" bezeichnetes Schriftstück zugrunde. Nachdem die Firma Sch. AG Edgar Walker ab 24. Dezember 1980 keine Arbeit mehr zuweisen konnte und sich für ihn erst auf den 21. Januar 1981 wieder eine Einsatzmöglichkeit in einem anderen Betrieb fand, bescheinigte die Temporärfirma am 2. Februar 1981 für die Zeit vom 5. bis 20. Januar 1981 einen Arbeitsausfall von 12 ganzen Tagen (106 Stunden). Am 10. März 1981 lehnte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich das Begehren des Edgar Walker um Ausrichtung von Taggeldern ab 5. Januar 1981

BGE 108 V 95 S. 96

verfügungsweise mit der Begründung ab, der Versicherte stehe im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit, weshalb der Verdienstausfall nicht anrechenbar sei.

B.- Die Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich wies die von Edgar Walker hiergegen erhobene Beschwerde am 26. Juni 1981 ab. Sie ging in ihrem Entscheid davon aus, der von Edgar Walker zwecks Erhalt gewisser Sozialleistungen auf 1. Dezember 1980 getätigte Abschluss eines "festen Arbeitsvertrages" mit der Firma Batec emplois ändere aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nichts an dem Umstand, dass der Versicherte im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehe.

C.- Edgar Walker lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, es sei ihm in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides der Arbeitsausfall von 106 Stunden zu vergüten. Die Arbeitslosenkasse und das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit schliessen auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. Im vorliegenden Fall ist streitig, ob die vom Beschwerdeführer für die Zeit vom 5. bis 20. Januar 1981 geltend gemachte 100%ige Teilarbeitslosigkeit einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gibt. a) Der vom Beschwerdeführer mit der Firma Batec emplois abgeschlossene "Arbeitsvertrag" umfasst sogenannte Temporärarbeit in dem Sinne, dass die "Arbeitgeberin" den Arbeitnehmer nicht selber beschäftigt, sondern ihn an Drittfirmen "ausleiht" oder - nach dem Wortlaut des Vertrages - "vermietet". Das vorliegende Temporärverhältnis weist die Besonderheit auf, dass gemäss Art. 3 des Vertrages der "Anstellungs-Modus" derjenige eines "Festangestellten im Stundenlohn" ist. Aus Art. 4 in Verbindung mit den übrigen Vertragsbedingungen betreffend Salär und Sozialleistungen ist zu schliessen, dass das im Wesen der Sache liegende Risiko des temporären Arbeitsausfalles nicht beim Arbeitnehmer, sondern bei der Temporärfirma liegt, welche sich andererseits vorbehält, "bei der zuständigen Behörde "Kurzarbeit' anzumelden", falls es ihr "trotz aller seriösen Anstrengungen" nicht möglich sein sollte, "den Arbeitnehmer in seinem angestammten oder erlernten Beruf einzusetzen bzw. zu vermieten". Für den Fall von Kurzarbeit ist die Firma verpflichtet, "die

Differenz zwischen dem Stempelgeld und dem vorhergegangenen Salärniveau zu bezahlen". Andererseits ist der Arbeitnehmer gehalten, "bei Arbeitsmangel (sc. im angestammten Beruf) auch eine andere ihm zumutbare Tätigkeit auszuüben", für welchen Fall ihm "die vorhergegangene Salärposition" garantiert wird. b) Verwaltung und Vorinstanz stützten sich bei ihrer ablehnenden Haltung auf die in der AlVV für temporär beschäftigte Versicherte vorgesehene Ordnung (Art. 27 Abs. 4 lit. c in Verbindung mit Abs. 1 bis 3 AlVV). Der Beschwerdeführer wendet ein, Art. 27 Abs. 4 AlVV sehe die Anwendung von Abs. 1 bis 3 jener Bestimmung nur sinngemäss und deshalb nicht schlechthin für alle Fälle von Angestellten einer Temporärfirma vor. Die Geltung von Art. 27 Abs. 1 bis 3 AlVV sei auf jene temporär tätigen Versicherten zu beschränken, welche eine für die Verwaltung nur schwerlich überprüfbare Tätigkeit ausüben würden. So lägen die Verhältnisse bei ihm jedoch nicht. Mit seiner festen Anstellung bei der Firma Batec habe er nicht den Vorteil des typischen Temporärangestellten, die Arbeitsstelle praktisch jederzeit verlassen zu können, erreichen wollen. Vielmehr sei es ihm um die Sicherheiten einer festen Anstellung gegangen, was insbesondere durch die im Vertrag vom 21. November 1980 vereinbarte zweimonatige Kündigungsfrist unterstrichen werde. Das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit räumt ein, dass sich die bestehenden gesetzlichen Grundlagen für die arbeitslosenversicherungsrechtliche Behandlung

der Temporärarbeiter nur auf die Ganzarbeitslosigkeit und nicht auf die - hier allein in Frage stehende - Teilarbeitslosigkeit beziehen. Das Bundesamt führt hierzu im weiteren aus: "Betrachtet man aber die Gegebenheit, dass einerseits Temporärarbeitnehmer aus der Sicht der Arbeitslosenversicherung nicht vermittlungsfähig sind und anderseits Einsatzlücken das einzige und typische Betriebsrisiko einer Temporärorganisation darstellen, das die Arbeitslosenversicherung nicht decken darf (vgl. Art. 26 Abs. 2 AlVG), so erübrigt sich verständlicherweise eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Teilarbeitslosigkeit bei den Temporärarbeitnehmern." Diesen Überlegungen ist beizupflichten, soweit sie sich auf das typische Temporärarbeitsverhältnis beziehen, bei welchem der Arbeitnehmer das dieser Gattung eigene Risiko des Beschäftigungsausfalles zwischen zwei von der Temporärfirma vermittelten Arbeitsstellen selber zu tragen hat. Vorliegend steht jedoch der atypische Fall zur Beurteilung, dass der Beschwerdeführer in einem

festen Anstellungsverhältnis zur Temporärfirma steht, welche ihrerseits das Risiko zwischenzeitlicher Einsatzlücken zu tragen hat, so wie der "normale" Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung auch dann verpflichtet ist, wenn er dem Arbeitnehmer keine Arbeit zuweisen kann. Es fragt sich daher, ob in einem solchen Fall bei Eintritt von Teilarbeitslosigkeit die gleiche von der Rechtsprechung entwickelte Regelung gelten soll wie bei Vorliegen eines gewöhnlichen Arbeitsvertrages. c) Gemäss Art. 24 Abs. 2 lit. c AlVG hat der Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er einen anrechenbaren Verdienstausfall erleidet. Nach Art. 28 Abs. 1 AlVG ist der Verdienstausfall nicht anrechenbar während Arbeitstagen, für welche dem Versicherten Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zustehen. Es soll dadurch grundsätzlich vermieden werden, dass die Arbeitslosenversicherung für Leistungen aufkommt, auf die der Versicherte einen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber besitzt (BGE 105 V 236 Erw. 1a, ARV 1981 Nr. 6 S. 34 Erw. 1, je mit Hinweisen). Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus andern Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er gemäss Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Der Arbeitgeber kann sich dabei nicht auf sein Betriebsrisiko berufen; auch wenn die Aufträge ausbleiben, schuldet er den Lohn bis zum Kündigungstermin (BGE 107 V 178 Erw. 1a und BGE 105 V 236 Erw. 1a i.f. mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Doktrin). Diese Bestimmung ist insofern zwingend, als von ihr durch Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden darf (Art. 362 Abs. 1 OR). Nach der Rechtsprechung zu Art. 28 Abs. 1 AlVG in Verbindung mit alt Art. 332 OR führt der Verzicht auf die Lohnzahlung seitens des Arbeitnehmers nicht regelmässig zum Verlust des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung. Dies namentlich dann nicht, wenn es bei konjunkturbedingten Arbeitsunterbrüchen oder vorübergehenden Kürzungen der Arbeitszeit darum geht, eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden. Wie das Eidg. Versicherungsgericht wiederholt ausgeführt hat, vermag eine solche Regelung das Interesse des Arbeitnehmers wie auch dasjenige der Arbeitslosenversicherung besser zu wahren als ein Beharren auf alt Art. 332 OR, was die permanente Gefahr der Kündigung

in sich schliessen würde. Dies gilt in gleicher Weise unter der Herrschaft des seit dem 1. Januar 1972 geltenden Art. 324 OR. Zu beachten ist indessen, dass der Arbeitnehmer nicht beliebig auf den Lohnanspruch gegenüber dem Arbeitgeber verzichten und statt dessen die Arbeitslosenentschädigung beanspruchen darf. Wenn es nicht darum geht, eine bevorstehende gänzliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verhüten, muss dem Versicherten zugemutet werden, seinen Lohnanspruch gegenüber dem Arbeitgeber durchzusetzen (BGE 107

V 178 Erw. 1b, BGE 105 V 237 Erw. 1b, je mit Hinweisen). d) In sinngemässer Weiterführung dieser Rechtsprechung sind im vorliegenden Fall eines atypischen Temporärarbeitsverhältnisses die Voraussetzungen einer entschädigungsberechtigten Teilarbeitslosigkeit sowohl unter Würdigung der speziellen Situation des Arbeitnehmers als auch der Verhältnisse beim Temporärarbeitgeber nicht erfüllt. Der Beschwerdeführer ist gelernter Maschinenmechaniker. In dieser Branche hat anfangs 1981 im Kanton Zürich keine allgemeine Gefahr von Arbeitslosigkeit bestanden ("Die Volkswirtschaft", 1981, S. 64 und 182). Dem Beschwerdeführer wäre es somit sicherlich möglich gewesen, eine normale Dauerstelle bei einem ihn direkt beschäftigenden Arbeitgeber zu bekleiden. Wenn er statt dessen einen Temporärarbeitgeber bevorzugte, nahm er zum vornherein das dieser Art von Anstellung innewohnende erhöhte Risiko in Kauf, bei Schwierigkeiten der Temporärfirma, für geeignete Arbeitsstellen zu sorgen, die Kündigung zu erhalten. Diese in den vorliegenden besonderen Verhältnissen begründete, nicht konjunkturbedingte Möglichkeit des Stellenverlustes rechtfertigt aber unter den im Januar 1981 gegebenen Umständen nicht die Annahme, dass der Beschwerdeführer im Kündigungsfall mit Arbeitslosigkeit hätte rechnen müssen. Da gegenteils vorausgesetzt werden darf, dass er innerhalb der Kündigungsfrist - während welcher ihm der Lohnanspruch gegenüber der Batec emplois zustand - einen normalen Arbeitsplatz auf seinem Beruf hätte finden können, wäre ihm - selbst um den Preis einer voraussichtlichen Auflösung des Temporärverhältnisses - zuzumuten gewesen, seinen Lohnanspruch gegenüber der Temporärfirma in vollem Umfang geltend zu machen, anstatt Arbeitslosenentschädigung für Teilarbeitslosigkeit zu verlangen. Unter Würdigung der den Temporärarbeitgeber betreffenden Verhältnisse erweist sich der geltend gemachte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung

für Teilarbeitslosigkeit als missbräuchlich. Der Eintritt von Beschäftigungslücken ist das normale, branchenspezifische Unternehmerrisiko der Firma Batec emplois, das nicht auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt werden darf. Solche Lücken fallen zwar nicht unter den Wortlaut von Art. 26 Abs. 2 AlVG, wonach u.a. Verdienstausfälle infolge von kurzfristigen Betriebsunterbrechungen, die üblicherweise und in wiederkehrenden Zeitabständen vorgenommen werden, nicht anrechenbar sind; Ausfälle zwischen befristeten Arbeitseinsätzen sind aber den Betriebsunterbrechungen im Sinne jener Bestimmung gleichzustellen. Im übrigen würde die Anerkennung des Anspruches auf Vergütung einer solchen Teilarbeitslosigkeit offensichtlich der Umgehung der für den typischen Temporärarbeiter (welcher die Gefahr von Beschäftigungslücken selber zu verantworten hat) geltenden Regelung Vorschub leisten, wenn dieses Risiko durch Abschluss eines sogenannten "festen" Temporärarbeitsvertrages auf die Unternehmerebene verlegt werden könnte, um es auf dem Weg über versicherte Teilarbeitslosigkeit abzudecken.

2. Somit ist festzustellen, dass es vorliegend an der Anrechenbarkeit des geltend gemachten Verdienstausfalles fehlt. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob das Taggeldbegehren nicht auch, wie das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit bemerkt, wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers abgewiesen werden müsste.

Dispositiv

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.