

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2008.00251 vom 21. November 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-11-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2008.00251

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2008.00251 du 21 novembre 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2008.00251 del 21 novembre 2008

Erwägungen

E. 1

1.1 Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 58 Erw. 6a, 123 V 216 Erw. 3, je mit Hinweis; ARV 2004 Nr. 2 S. 48 Erw. 1.2, S. 122 Erw. 2.1, S. 188 Erw. 2.2).

1.2 Abt eine versicherte Person während ihrer Arbeitslosigkeit eine selbständige Erwerbstätigkeit aus, ist die Vermittlungsfähigkeit nur solange gegeben, als die selbständige Erwerbstätigkeit ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden kann. Dies ist nicht der Fall, wenn die Gegebenheiten dafür sprechen, dass die selbständige Erwerbstätigkeit ein derartiges Ausmass angenommen hat, dass sie nur noch zum kleinsten Teil ausserhalb der normalen Arbeitszeit bewältigt werden kann, die Ausübung einer Arbeitnehmertätigkeit zu den üblichen Zeiten somit ausgeschlossen scheint (ARV 1998 Nr. 32 S. 177 Erw. 4a, 1996/97 Nr. 36 S. 203 Erw. 3). Ohne Bedeutung ist dabei, welche Motive (Alter, Neigung, Beurteilung der Chancen usw.) diesem persönlichen Entscheid zugrunde lagen (BGE 112 V 329 Erw. 3c; ARV 1993/94 Nr. 30 S. 216 Erw. 3b). Mit der gesetzlichen Schadenminderungspflicht ist es zwar zu vereinbaren, dass eine arbeitslose Person sich auch nach Möglichkeiten zum Aufbau einer selbständigen Tätigkeit umsieht. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt in einem derartigen Fall aber nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken. Dass in der Zeit vor beziehungsweise unmittelbar nach der Aufnahme einer Geschäftstätigkeit in der Regel kein oder nur ein geringes Einkommen erzielt werden kann, gehört typischerweise zu derartigen, nicht versicherten Risiken (ARV 2000 Nr. 5 S. 26 Erw. 2a, Nr. 37 S. 201 Erw. 3c, 1993 Nr. 30 S. 217 Erw. 3b 1. Absatz). Das an sich achtenswerte Verhalten einer versicherten Person, die Arbeitslosigkeit mit selbständiger Erwerbstätigkeit zu überwinden, ändert nichts daran, dass die Vermittlungsfähigkeit verneint werden muss, wenn die Absicht zur Aufnahme der selbständigen Arbeit so weit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer unselbständigen Tätigkeit nicht oder kaum mehr möglich ist (ARV 1996/97 Nr. 36 S. 203 Erw. 3; 1993 Nr. 30 S. 217 Erw. 3b 3. Absatz). Als selbständige Zwischenerwerbstätigkeiten kommen sodann nur vorübergehende,

zeitlich beschränkte und investitionsarme Tätigkeiten in Frage (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, S. 2300, Rz 417, mit Hinweisen; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen X. vom 6. April 2006, C 241/05, Erw. 2.2).

E. 2

2.1 Streitig und zu präzisieren ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Die Beschwerdegegnerin verneinte die Anspruchsberechtigung, da sie die Selbstständigkeit einer arbeitgeberähnlichen Stellung gleichgesetzt hat und in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vorliegend die Gefahr eines Rechtsmissbrauchs erkennt (Urk. 2, Urk. 7/11).

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich in Art. 8 ff. AVIG keine der Regelung bei Kurzarbeit entsprechende Norm. Mit Bezug auf den Anspruch der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen auf Arbeitslosenentschädigung ist nach der Rechtsprechung indessen eine Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung möglich, wobei verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden sind. Wird ein Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung gekündigt, kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiter besteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliert, deretwegen er bei Kurzarbeit auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine grundsätzlich andere Situation liegt jedoch dann vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann (BGE 123 V 237 f. Erw. 7b/bb).

2.2 Die Beschwerdeführerin hatte zu keinem Zeitpunkt eine arbeitgeberähnliche Stellung inne, jedoch übte sie - und tut dies nach wie vor (vgl. Urk. 1) - eine selbstständige Erwerbstätigkeit aus. In einem ähnlichen Fall hielt das Eidgenössische Versicherungsgericht fest, andauernd selbstständig erwerbende Personen seien in der Regel bereits von vornherein vom Arbeitslosentaggeldbezug ausgeschlossen. Die Anwendung der Rechtsprechung, wonach eine Überprüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung möglich sein müsse, rechtfertige sich daher gleichermassen bei selbstständigen Erwerbstätigen, welche sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmeldeten. Dabei sei massgebend, ob der Status des Selbstständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit beibehalten werde (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgericht in Sachen A. vom 21. Dezember 2005, C 9/05, Erw. 2.3). Das für die Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit erwählte Kriterium der beabsichtigten Dauer der

selbständiger Erwerbstätigkeit dient ebenfalls als Unterscheidungsmerkmal zwischen einem Zwischenverdienst in Form einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 71a ff. AVIG, die mit dem Statuswechsel vom Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin hin zur selbständigwerbenden Person verbunden ist (BGE 126 V 214 Erw. 3, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen X. vom 6. April 2006, C 241/05, Erw. 2.3; Nussbaumer, a.a.O., S. 2411, Rz 777). In Bezug auf die Vermittlungsfähigkeit ist die ausgeübte Dauer der selbständigen Erwerbstätigkeit insofern relevant, als sie lediglich bei einem Zwischenverdienst zu bejahen ist, es sei denn, die selbständige Erwerbstätigkeit lasse daneben die Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit zu (vgl. dazu Erw. 1.2). Wird mithin das Kriterium der Dauer in beiden Fällen als massgebend erachtet, so kann die Rechtsprechung zur rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung nicht über die im Zusammenhang mit der Vermittlungsfähigkeit entwickelte Rechtsprechung hinausgehen, andernfalls letztere ausgeht würde.

2.3 Die Beschwerdeführerin führte aus, die Stelle bei der Y. habe ihr gefallen. Die jedoch zunehmend körperlich anstrengendere Arbeit im Archiv sowie Umstrukturierungen hätten zu gesundheitlichen Problemen geführt. Sie habe sich daher entschieden, sich als Meditations- und Reiki-Lehrerin selbständig zu machen. Bereits zuvor sei sie jahrelang in diesem Bereich tätig gewesen. Schon bald habe sie aber merken müssen, dass der Erfolg ausbleibe. Sie habe sich deshalb am 27. Februar 2008 zur Arbeitsvermittlung angemeldet (Urk. 1, Urk. 7/12).

Auf dem Antrag zur Arbeitslosenentschädigung erklärte die Beschwerdeführerin, sie stelle sich für ein 60 %-Pensum zur Verfügung (Urk. 7/15). Offenbar wurde vom Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zunächst als gewünschtes Arbeitspensum ein 100 %-Pensum vermerkt (vgl. Urk. 2 S. 3, Urk. 7/14/2), was jedoch bereits am 10. März 2008 - bevor die Frage der Vermittlungsfähigkeit beziehungsweise der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung aufgeworfen worden war (Urk. 7/1) - rückwirkend korrigiert wurde. Als gewünschtes Arbeitspensum wurde nunmehr ein 80 %-Pensum angegeben (Urk. 7/14/2, Urk. 7/16). Es ist daher davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin von Anfang an für ein 80 %-Pensum zur Verfügung stellen wollte, was auch die Beschwerdegegnerin anerkennt (vgl. Urk. 2). Als gesuchte Stellen wurden Tätigkeiten als Sachbearbeiterin und kaufmännische Angestellte bezeichnet (Urk. 7/16).

Auch nach der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung beziehungsweise der Arbeitsvermittlung gab die Beschwerdeführerin die Tätigkeit als Anbieterin von Meditations- und Ayurvedakursen nicht vollständig auf, sondern übte sie im Nebenerwerb weiter aus (vgl. Urk. 1, Urk. 7/4). Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin schliesst dieser Umstand die Vermittlungsfähigkeit nicht ohne Weiteres aus. Ebenso wenig kann angesichts der damit verbundenen Missbrauchsgefahr zwingend auf eine rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung geschlossen werden. Entscheidend ist vielmehr das effektive Verhalten und die effektive Bereitschaft, eine zumutbare Arbeit anzunehmen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen M. vom 10. November 2004, C 73/04, Erw. 2.1). Dabei ist auf die grundsätzliche Haltung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung zu verweisen, wonach selbst bei einer arbeitgeberähnlichen Person nicht von einem Rechtsmissbrauch ausgegangen werden kann und kein automatischer Ausschluss des

Taggeld-Anspruchs gegeben ist, wenn die Beitragszeit in einem Drittbetrieb erwirtschaftet und in der Folge während der Arbeitslosigkeit eine Firma gegründet werde. Vielmehr ist dann die Vermittlungsfähigkeit zu prüfen (vgl. Urteile des Bundesgerichts, I. sozialrechtliche Abteilung, in Sachen M. vom 2. November 2007, C 13/07, Erw. 3.3, und in Sachen F. vom 20. September 2007, C 31/07, Erw. 3.4).

2.4. Die Beschwerdeführerin liess sich ihr Freizügigkeitsguthaben von rund Fr. 55'800.-- auszahlen (Urk. 7/19). Davon investierte sie ca. Fr. 10'000.-- in den Aufbau ihrer Geschäftstätigkeit als Selbständigerwerbende (Urk. 7/4). Dieser Betrag ist nicht derart hoch, als anzunehmen wäre, dass die Beschwerdeführerin einen allfälligen Verlust dieser Investition bei Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit nicht in Kauf genommen hätte. Überhaupt ist fraglich, ob die Beschwerdeführerin mit einem Verlust der Investition zu rechnen hatte, nachdem sie die bisher ausgeübte Tätigkeit weiter im Nebenerwerb ausüben beabsichtigte. Zu beachten ist aber dies, dass die Beschwerdeführerin bereits während ihrer Tätigkeit bei der Y. ___ jahrelang Ausbildungen in den erwähnten Bereichen durchlief und bereits einschlägige Kurse angeboten hatte, was ebenfalls mit gewissen finanziellen Investitionen verbunden gewesen sein dürfte (Urk. 7/5, Urk. 7/8). Insofern unterschied sich die damalige Situation nicht wesentlich im Vergleich zu jener, wie sie nach erfolgter Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse zur Arbeitsvermittlung bestand. Soweit die Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang auf den Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 21. Dezember 2005, C 9/05, verweist, ist festzuhalten, dass der in jenem Verfahren beteiligte Versicherte sich die Freizügigkeitsleistung erst nach Anmeldung zum Leistungsbezug hatte auszahlen lassen, was ein gewichtiges Indiz dafür bildete, dass er von der Arbeitslosenversicherung lediglich die Gewährung einer Überbrückungshilfe anstrebte. Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt ist daher mit jenem nicht vergleichbar, zumal die Beschwerdeführerin sich die Freizügigkeitsleistung im Hinblick auf den Aufbau der selbständigen Tätigkeiten auszahlen liess und erst nach Scheitern dieses Vorhabens Monate später um Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ersuchte.

Die Beschwerdeführerin meldete sich am 27. Juli 2007 bei der Ausgleichskasse SVA Zürich als selbständig erwerbend im Haupterwerb mit Wirkung ab 1. Oktober 2007 an (Urk. 7/20). Am 16. Juni 2008 erfolgte rückwirkend per 1. März 2008 eine Mutation zur selbständig im Nebenerwerb Erwerbstätige (Urk. 7/3). Dass die Mutation erst am 16. Juni 2008 erfolgte, kann der Beschwerdeführerin nicht nachteilig ausgelegt werden, zumal es sich dabei primär um einen administrativen Vorgang handelt. Überdies war die Beschwerdeführerin weder von der Arbeitslosenkasse noch von der Arbeitslosenversicherung auf die Notwendigkeit einer entsprechenden Meldung bei der Ausgleichskasse hingewiesen worden (vgl. Urk. 1, Urk. 2). Ob darin eine Verletzung der Aufklärungspflicht (Art. 27 ATSG, BGE 131 V 472) zu erblicken ist, kann offen bleiben. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beschwerdeführerin während der ganzen Zeit ihrer Arbeitslosigkeit intensiv eine ihren Fähigkeiten und Erfahrungen angepasste (Teilzeit-)Stelle gesucht hat (Urk. 7/2). Ihre Arbeitsbemühungen sind denn auch von der Kasse nie bemängelt worden. Auch wenn die Vermittlungsfähigkeit prospektiv zu beurteilen ist (BGE 120 V 387 Erw. 2), ist nicht ausser Acht zu lassen, dass die Beschwerdeführerin schliesslich am 25. August 2008 eine Stelle im gesuchten Bereich und Pensum antrat (Urk. 3). Danach meldete sie sich von der Arbeitslosenversicherung ab

(vgl. Urk. 7/14/2) Die Ausübung der selbständigen Nebenerwerbstätigkeit steht der Annahme dieser Arbeitnehmerschaft denn auch nicht entgegen, zumal erstere Tätigkeit sowohl an den freien Tagen als auch ausserhalb der üblichen Arbeitszeiten ausgeübt werden kann.

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ab 27. Februar 2008 nebst der Ausübung ihrer selbständigen Nebenerwerbstätigkeit willens und in der Lage war, eine Stelle im Umfang von 80 % anzunehmen. Damit ist die Vermittlungsfähigkeit zu bejahen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid des Amtes für Wirtschaft und Arbeit vom 5. August 2008 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin ab 27. Februar 2008 vermittlungsfähig ist und damit einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. _____

- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- Arbeitslosenkasse Unia Werdstrasse Zürich (60730)

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 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 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).

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