

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2014.00038 vom 21. Mai 2014

ZH Sozialversicherungsgericht, 2014-05-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2014.00038](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2014.00038)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2014.00038 du 21 mai 2014

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2014.00038 del 21 maggio 2014

## Erwägungen

### E. 1

5. November 201

#### E. 1.1

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosen ent schädigung ist die Vermittlungs fähigkeit ( Art. 8 Abs. 1 lit .

f des Bundesge setzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzent schädi gung

[AVI G ] ). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose Person vermittlungsfähig , wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumut bare Arbeit anzuneh men und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Zur Ver mitt lungs fähig keit gehört demnach nicht nur die Arbeits fähigkeit im objek tiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entspre chend den persön liche n Ver hält nissen wäh ren der üblichen Arbeitszeit ein zu setzen (BGE 125 V 51 E. 6a,

123 V 214 E.

3, je mit Hinweis; ARV 2004 Nr.

2 S.

48 E.

1.2, S.

122 E.

2.1, S. 18 8 E.

2.2).

#### E. 1.2

Vermittlungsunfähigkeit liegt unter anderem vor, wenn die versicherte Person nicht bereit oder in der Lage ist, eine Arbeit nehmer tätig keit auszuüben, weil sie eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hat oder aufzunehmen ge denkt, sofern sie dadurch nicht mehr als Arbeitnehmerin oder Arbeit nehmer vermittelt werden kann beziehungsweise ihre Arbeitskraft in die ser Eigenschaft nicht so ein setzen kann oder will, wie es eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitge ber nor ma lerweise verlangt. Versicherte, die im Hin blick auf anderweitige Ver pflichtungen oder besondere per sönliche Ums tände lediglich während gewisser Tages - oder Wochenstun den sich erwerblich betätigen wollen, können nur sehr bedingt als vermittlungsfähig anerkannt werden. Denn sind einer versicherten

Person bei der

Auswahl des Arbeitsplatzes so enge Grenzen gesetzt, dass das Finden einer Stelle sehr ungewiss ist, muss Vermittlungsunfähigkeit angenommen werden (BGE 120 V 385 E.

3a mit Hinweisen; ARV 2003 Nr.

### **E. 1.3**

Mit der gesetzlichen Schadenminderungspflicht ist es zwar zu vereinbaren, dass Arbeitslose sich auch nach Möglichkeiten zum Aufbau einer selbstständigen Tätigkeit umsehen. Unterlassen sie es aber im Hinblick auf dieses Ziel, sich daneben auch in vertretbarem Umfang um eine selbstständige Erwerbstätigkeit zu bemühen, liegt Vermittlungsunfähigkeit vor, die den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesst. Ohne Bedeutung ist dabei, welche Motive (Alter, Neigung, Beurteilung der Chancen usw.) diesem persönlichen Entscheid zugrunde liegen. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt 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. Das an sich achtenswerte Verhalten einer versicherten Person, die Arbeitslosigkeit mit einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zu überwinden, ändert nichts daran, dass die Vermittlungsfähigkeit verneint werden muss, wenn die Absicht zur Aufnahme einer selbstständigen Arbeit so weit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit nicht oder kaum mehr möglich ist. Als selbstständige Zwischenerwerbstätigkeiten kommen sodann nur vorübergehende, zeitlich beschränkte und investitionsarme Tätigkeiten in Frage (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 88/02 vom 17. Dezember 2002 ,

E .

1 mit Hinweisen).

### **1. 4**

Die Verwaltung als verfügende Instanz und im Beschwerdefall

das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht folgt vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 353 E.

5b S.

360 mit Hinweisen; vgl. BGE 130 III 321 E.

3.2 und 3.3 S.

324 f.). 2.

### **E. 2**

Nachdem die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich mit Meldung vom 12. September 2013 (Urk. 8/20) dem Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) die Akten zum Entscheid überwiesen hatte, verneinte Letzteres mit Verfügung vom

### **E. 2.1**

Der Beschwerdegegner verneinte die Vermittlungsfähigkeit im Wesentlichen mit der Begründung (Urk. 2, vgl. dazu auch Urk. 7), der Beschwerdeführer habe seine am 17. Dezember 2012 aufgenommene selbständige Erwerbstätigkeit entgegen seinen Angaben im Fragebogen für selbständig Erwerbende nicht nur jeweils am Donnerstag und Samstag, sondern auch am Montag, Dienstag, Mittwoch und am Freitag ausgeübt. Der Beschwerdeführer habe sich nicht festlegen wollen beziehungsweise können, zu welchen Zeiten er seine auf Dauer ausgerichtete selbständige Erwerbstätigkeit ausübe. Deshalb sei die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab dem 17. Dezember 2012 zu verneinen.

### **E. 2.2**

Dem hielt der Beschwerdeführer entgegen, die Behauptung, dass er nicht bereit sei, sich der Arbeitsvermittlung so zur Verfügung zu stellen, wie dies von einem Arbeitnehmenden normalerweise erwartet werde,

sei durch die Nachweise seiner persönlichen Arbeitsbemühungen sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht widerlegt. Bezeichnenderweise sei auch zu keinem Zeitpunkt eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen ungenügender Arbeitsbemühungen erfolgt. Dass er bereits seit dem 17. Dezember 2013 (richtig: 2012) eine selbständige Tätigkeit ausübt und

mit dem erzielten Zwischenverdienst die Verunsicherung entlastet habe, könne ihm nicht ernsthaft zum Vorwurf gemacht werden.

### **E. 2.3**

Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer ab dem 17. Dezember 2012 vermittlungsfähig war.

#### **3.3.1**

Ausweislich der Akten entschied sich der Beschwerdeführer nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit Y.\_\_\_\_,

den Weg der (Teil-) Selbständigkeit einzuschlagen, weshalb er am 26. Dezember 2012 bei der Fachstelle Selbständigkeit des Beschwerdegegners

unter Beilage des Formulars „Ansatz für die berufliche Selbständigkeit“ um ein Beratungsgespräch beziehungsweise Standortbestimmung ersuchte

(vgl. dazu Urk. 8/10-11).

In den Fragebögen für selbständig Erwerbende vom 22. Januar 2013 (Urk. 8/8) respektive 12. Juli 2013 (Urk. 8/9) hielt der Beschwerdeführer fest, dass er sich

der Arbeitsvermittlung im Ausmass von 80% zur Verfügung stelle und seine

selbständige Erwerbstätigkeit jeweils donnerstags von 07.30 bis 17.30 Uhr und samstags von 08.00 bis 16.00 Uhr ausübe. Weiter gab er in diesen Fragebögen an, dass seine selbständige Erwerbstätigkeit auf Dauer ausgerichtet sei und er nicht bereit und in der Lage sei,

die Erwerbstätigkeit zugunsten einer Arbeitnehmer Tätigkeit aufzugeben (Urk. 8/8-9). Den Akten ist weiter zu entnehmen, dass er seine selbständige

Erwerbstätigkeit bereits am 17. Dezember 2012 aufgenommen hat (Urk. 8/9, vgl. dazu auch Urk. 8/7, Urk. 8/13, Urk. 8/35 Ziff. 12). Am 8. Februar 2013 (Urk. 8/17) liess der Beschwerdeführer sein Einzelunternehmen „B.\_\_\_\_“ ins Handelsregister des Kantons Zürich eintragen. Aus dem mit der Stellungnahme vom 9. Oktober 2013 (Urk. 8/23-24) aufgelegten Nachweis der Arbeitsstunden sowie den Rechnungen ist schliesslich ersichtlich, dass er

seine selbständige Erwerbstätigkeit nicht nur donnerstags und samstags, sondern auch an anderen Werktagen ausübt hatte. In der Stellungnahme vom 9. Oktober 2013 (Urk. 8/23) hielt der Beschwerdeführer fest, dass es ihm leider nicht immer möglich sei, nur an Donnerstagen oder Samstagen zu arbeiten, da

der Kunde auch an anderen Wochentagen Unterstützung verlange (vgl. dazu auch Urk. 1 Ziff. 5).

### 3.2

Die versicherte Person muss sich festlegen, in welchem Umfang und zu welchen Tageszeiten sie die auf Dauer ausgerichtete selbständige Erwerbstätigkeit ausüben

will, damit sich der anrechenbare Arbeitsausfall bestimmen lässt. Versicherte gelten als vermittlungsunfähig, wenn sie einerseits auf der Ausübung ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit beharren und andererseits die Zeiten, in denen sie dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen, nicht festlegen wollen (AVIG-Praxis B241). 3.3

Der Beschwerdeführer hat in den Fragebögen für selbständig Erwerbende vom 22. Januar respektive 12. Juli 2013 (Urk. 8/8-9) angegeben, dass seine selbständige Erwerbstätigkeit auf Dauer ausgerichtet und er nicht bereit und in der Lage sei, diese Erwerbstätigkeit zugunsten einer Arbeitnehmertätigkeit aufzugeben. Darauf deutet auch der Umstand hin, dass er sein Einzelunternehmen „B.\_\_\_\_“ ins Handelsregister eintragen liess, wäre doch der Eintrag der Einzelunternehmung bei bloss vorübergehendem Charakter der Selbständigkeit kaum angezeigt gewesen. Zudem wiegt schwer, dass sich der Beschwerdeführer ausweislich der geleisteten Arbeitsstunden sowie der beigelegten Rechnungen nicht an seine in den Fragebögen konkret festgelegten Zeiten für seine selbständige Tätigkeit gehalten hat. Schon seit der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit im Dezember 2012 hat er auch an einem Montag, Dienstag, Mittwoch sowie an zwei Freitagen gearbeitet und aus dem Nachweis der Arbeitsstunden für die Folgemonate ist nicht erkennbar, dass er seine selbständige Erwerbstätigkeit auf Donnerstag und Samstag beschränken wollte. Offensichtlich stellte der Beschwerdeführer die Terminwünsche seiner Kunden in den Vordergrund und stand ihnen zeitlich uneingeschränkt zur Verfügung (Urk. 8/23). Dies mag zwar der selbständigen Erwerbstätigkeit förderlich sein, wie der Beschwerdeführer ausführte, aber aus arbeitslosenver sicherungs rechtlicher Sicht steht ein solches Verhalten der Vermittlungsfähigkeit entgegen. Denn die Ausübung einer normalen unselbständigen Tätigkeit ist dadurch ausgeschlossen, zumal der Beschwerdeführer sich nicht festlegen will, zu welchen Zeiten er dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht. Die Bereitschaft, die Arbeitskraft während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen, ist jedenfalls nicht zu ersehen.

Wenn der Beschwerdeführer im Weiteren angab, bis im Juli 2013 lediglich für Fr.

5'000.-- Investitionen getätigt zu haben (Urk. 8/8-9), bleibt zu berücksichtigen, dass aufgrund seiner eigenen Ausführungen für die Lancierung seiner Geschäftsidee Fr. 150'000.-- und in den ersten zwei Jahren Fr. 380'000.-- investiert werden müssen, wobei das Geld von Investoren und einem potentiellen Geschäftspartner, mit dem er verhandelt, aufgebracht wird (Urk. 8/11 S. 2). Auch wenn nicht der Beschwerdeführer, sondern Dritte diese Investitionen tätigen, kann jedenfalls nicht gesagt werden, es handle sich um investitionsarme Tätigkeiten. Angesichts dieses Investitionsvolumens erscheint auch nicht glaubhaft, dass die fragliche Erwerbstätigkeit lediglich auf ein Pensum von 20 % und einen Nebenerwerb hin ausgerichtet war.

Schliesslich führte der Beschwerdeführer selbst aus, dass er von der Arbeitslosenversicherung die finanzielle Unterstützung zur Lancierung seiner Geschäftsidee erwartete (Urk. 8/11 S. 4), mithin beabsichtigte, sein Unternehmerrisiko beim Start seiner selbständigen Erwerbstätigkeit auf die Arbeitslosenversicherung abzuwälzen. Diese hat dafür jedoch nicht einzustehen (vgl. vorstehend E. 1.3). 3.4

Der Beschwerdeführer machte geltend (Urk. 1 S. 4 Ziff. 4), die Behauptung, dass er nicht bereit sei, sich der Arbeitsvermittlung so zur Verfügung zu stellen, wie dies von einem Arbeitnehmenden normalerweise erwartet würde, werde durch die Nachweise seiner persönlichen Arbeitsbemühungen widerlegt. Das bestätigt auch die zu ständige Mitarbeiterin der Regionalen Arbeitsvermittlung. In Bezug auf diesen Einwand ist festzuhalten, dass es dem Beschwerdeführer zwar

zu Gute

halten ist, dass er sich neben seiner selbständigen Erwerbstätigkeit in rechtserfüllender Weise um Arbeit bemüht hat (vgl. dazu Urk. 8/84-97), jedoch kann allein gestützt darauf nicht auf seine Vermittlungsfähigkeit geschlossen werden. 3. 5

Soweit der Beschwerdeführer unter Verweis auf den E-Mailverkehr vom 22. Januar 2013 (Urk. 3/2) zwischen ihm und dem Mitarbeiter der Fachstelle Selbständigkeit auf sein fehlendes Wissen in arbeitslosenversicherungsrechtlichen Belangen hinweist und sich darauf berief, dass ihm die Antwort „Nein“ auf die Frage, ob er bereit und in der Lage sei, die selbständige Erwerbstätigkeit zugunsten einer Arbeitnehmertätigkeit aufzugeben wäre, vom Leiter der Fachstelle Selbständigkeit in den Mund gelegt worden sei, ist festzuhalten, dass er aufgrund dieser Umstände nichts zu seinen Gunsten ableiten kann, hat er doch durch das Setzen seiner Unterschrift diese Auffassung des Leiters der Fachstelle für Selbständigkeit bestätigt. Dass er bezüglich dieser Frage zusätzliche Auskünfte eingeholt hatte, weist ebenfalls darauf hin, dass er sich mit der Frage auseinandergesetzt hat.

Die Antwort des Beraters erging sodann nach dem Gespräch mit dem Beschwerdeführer (Urk. 3/2) und offenbar gestützt auf die dabei gewonnenen Erkenntnisse. Nach dem vorstehend Gesagten kann auch nicht gesagt werden, der Berater habe eine falsche Auskunft erteilt, was selbst der Beschwerdeführer nicht behauptete. Darüber hinaus hat der Beschwerdeführer am 12. Juli 2013 die Frage von sich aus nochmals gleich beantwortet (Urk. 8/9). Sodann darf berücksichtigt werden, dass der Beschwerdeführer anhand seiner ausgewiesenen Einkünfte in einer seiner früheren Tätigkeiten (Fr. 16'800.-- monatlich; vgl. Urk. 8/91 Ziff. 17) wie auch im Zwischenverdienst (Urk. 8/46) über hervorragende berufliche Qualifikationen verfügen muss. Es ist daher nicht nachvollziehbar, inwiefern der Beschwerdeführer die unmissverständlich formulierte Frage „Sind Sie bereit und in der Lage, die selbständige Erwerbstätigkeit zugunsten einer Arbeitnehmertätigkeit

aufzugeben?“ nicht verstanden haben sollte.

Er ist daher ohne Weiteres auf seinen Angaben zu behaften. 4.

Zusammenfassend ist aufgrund der Gegebenheiten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Annahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit ab dem 17. Dezember 2012 nicht mehr ernsthaft beabsichtigt war, also die aktuellen Bestrebungen vorwiegend in der Vorbereitung der bevorstehenden Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit lagen. Daran vermag auch das grundsätzlich achtenswerte Verhalten des Beschwerdeführers, die finanzielle Belastung der Arbeitslosenversicherung gering zu halten (vgl. dazu etwa Urk. 8/82) und die Arbeitslosigkeit mit einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu überwinden, nichts zu ändern. Daher ist die Beschwerde abzuweisen. Mit Blick auf die durch die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich bereits mit Verfügung vom 31. Januar 2014 angeordnete Rückforderung von in der Zeit vom 1. Dezember 2012 bis 31. Juli 2013 unrechtmässig bezogenen Arbeitslosentagsgeldern in der Höhe von Fr. 32'260.45 (Urk. 3/1) bleibt festzuhalten, dass der Kasse im Rückforderungsverfahren die Prüfung obliegt, ob die zweifellose Unrichtigkeit als Voraussetzung der Wiedererwägung der rechtskräftig zugesprochenen Taggelder erfüllt ist (vgl. dazu BGE 126 V 399 und Urteil des Bundesgerichts C 169/06 vom 9. März 2007 E. 2.2). Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Paul Hollenstein - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) - seco - Direktion für Arbeit - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, Winterthur 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich  
Der Vorsitzende  
Die Gerichtsschreiberin  
Gräub  
Dietrich

## **E. 6**

. November 2013 (Urk. 8/1)

## **E. 9**

) rückwirkend den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung

mit der Begründung, dass die Vermittlungsfähigkeit aufgrund der ausgeübten selbständigen Erwerbstätigkeit ab 17. Dezember 2012 nicht gegeben sei. Daran hielt es auf Ein sprache hin (Urk. 8/2, Urk. 8/6) mit Entscheidung vom 22. Januar 2014

(Urk. 2) fest. 2.

Dagegen erhob X.\_\_\_\_

am 21. Februar 2014

(Urk. 1) Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheidungs und die Bejahung der Vermittlungsfähigkeit

ab 17. Dezember 2013 (richtig: 2012). In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Edition der Akten des Beschwerdegegners.

In seiner Beschwerdeantwort vom 25. März 2014 (Urk. 7) schloss das AWA auf Abweisung der Beschwerde und reichte die Akten

ein (Urk. 8/1-99), was dem Beschwerdeführer am 31. März 2014

(Urk. 9) zur Kenntnis gebracht wurde. 3.

Auf die Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird, so weit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

**E. 14**

S.

129 E.

2.1).

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