Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 88/02

Urteil vom 17. Dezember 2002
IV. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Ferrari; Gerichtsschreiber Hadorn

Parteien
F._____, 1940, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechts-anwalt Jürg Leimbacher, Marktgasse
18, 8180 Bülach,

gegen

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

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 8. März 2002)

Sachverhalt:

A.

Mit Verfügung vom 23. Februar 2001 verneinte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zürich den Anspruch von F._____ (geb. 1940) auf Arbeitslosenentschädigung ab 27. November 2000.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 8. März 2002 ab.

C.

F._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung beantragen.

Das AWA und das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) verzichteten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das kantonale Sozialversicherungsgericht hat die gesetzlichen Vorschriften zur Vermittlungsfähigkeit (Art. 15 Abs. 1 AVIG) als einer Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG) sowie die dazu ergangene Rechtsprechung (BGE 125 V 58 Erw. 6a) richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen. Zu ergänzen ist folgendes: Üben Versicherte während ihrer Arbeitslosigkeit eine selbstständige Erwerbstätigkeit aus, ist die Vermittlungsfähigkeit nur solange gegeben, als die selbstständige Erwerbstätigkeit ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden kann. Dies ist nicht der Fall, wenn die Gegebenheiten dafür sprechen, dass die selbstständige Erwerbstätigkeit ein derartiges Ausmass angenommen hat, dass sie nur noch zum kleinsten Teil ausserhalb der normalen Arbeitszeit bewältigt werden könnte, die Ausübung einer Arbeitnehmertätigkeit zu den üblichen Zeiten somit ausgeschlossen scheint (ARV 2002 S. 55 Erw. 2b mit Hinweisen, 1998 Nr. 32 S. 177 Erw. 4a). Ohne Bedeutung ist dabei, welche Motive (Alter, Neigung, Beurteilung der Chancen usw.) diesem persönlichen Entscheid zugrunde lagen (BGE 112 V 329 Erw. 3c; ARV 2002 S. 55 Erw. 2b mit Hinweisen). Mit der gesetzlichen Schadenminderungspflicht ist es zwar

zu vereinbaren, dass Arbeitslose sich auch um Möglichkeiten zum Aufbau einer selbstständigen Tätigkeit umsehen. Unterlassen sie es aber im Hinblick auf dieses Ziel, sich daneben auch in

vertretbarem Umfang um eine unselbstständige Erwerbstätigkeit zu bemühen, liegt Vermittlungsunfähigkeit vor, die den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesst. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken. Dass in der Zeit vor bzw. 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 2002 S. 55 Erw. 2b, 2000 Nr. 5 S. 26 Erw. 2a, Nr. 37 S. 201 Erw. 3c). Das an sich achtenswerte Verhalten eines Versicherten, die Arbeitslosigkeit mit selbstständiger Erwerbstätigkeit zu überwinden, ändert nichts daran, dass die Vermittlungsfähigkeit verneint werden muss, wenn die Absicht zur Aufnahme der selbstständigen Arbeit so weit fortgeschritten ist, dass die Annahme einer unselbstständigen Tätigkeit nicht oder kaum mehr möglich ist (ARV 2002 S. 55 Erw. 2b, 1996/97 Nr. 36 S. 203 Erw. 3). Als selbstständige Zwischenerwerbstätigkeiten kommen sodann nur vorübergehende, zeitlich

beschränkte und investitionsarme Tätigkeiten in Frage (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in SBVR, N. 342 S. 129 mit Hinweis auf SVR 1998 AIV Nr. 10 Erw. 3).

2.

2.1 Verwaltung und Vorinstanz verneinten den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 27. November 2000, an welchem Tag die Beschwerdeführerin sich zur Arbeitsvermittlung angemeldet habe, mit der Begründung, die Versicherte habe inzwischen eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen. Auch wenn diese Arbeit vorderhand keine bedeutenden Einkünfte gebracht habe, sei es nicht Sache der Arbeitslosenversicherung, die fehlenden Einkommen während derartiger Startphasen mit der Ausrichtung von normalen Taggeldern zu überbrücken. Anders wäre höchstens zu entscheiden, wenn die Beschwerdeführerin ihre selbstständige Erwerbstätigkeit definitiv aufgeben würde, was sie jedoch nicht getan habe. Demgegenüber lässt die Versicherte geltend machen, sie habe stets nur halbtags gearbeitet. Über ihre Freizeit könne sie nach Gutdünken verfügen. Die selbstständige Tätigkeit beanspruche sie nur in geringem Ausmass, so dass sie daneben jederzeit für eine Arbeitnehmertätigkeit mit einem Pensum von 50 % zur Verfügung stehe. Sie habe denn auch zahllose Arbeitsbemühungen vorgenommen und im Mai 2001 eine 50%-ige Anstellung gefunden.

2.2 Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin am 16. September 2000 eine Zwei-Zimmer-Wohnung zur Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit auf dem Gebiet der Fusszonenreflexmassage gemietet hat. Eine Kündigung des Mietvertrages war frühestens auf 30. September 2001 möglich. Zudem investierte die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben im Beratungsgespräch vom 23. Januar 2001 rund Fr. 25'000.- bis 30'000.- in die Anschaffung des nötigen Materials. Ab 1. November 2000 war sie bei der Ausgleichskasse des Kantons Zürich als hauptberuflich selbstständig Erwerbende ohne Arbeitnehmer angeschlossen. Ein Gesuch vom 23. Oktober 2000 um besondere Taggelder im Sinne von Art. 71a Abs. 1 AVIG wurde mit Verfügung vom 6. November 2000 mit der Begründung abgewiesen, dass die Planungsphase bereits abgeschlossen sei. Am 23. und 24. November 2000 besuchte die Beschwerdeführerin einen Kurs zum Thema Fussmassage. Am 27. November 2000 meldete sie sich erneut zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Dabei gab sie an, sich der Arbeitsvermittlung für ein Pensum von 50 % zur Verfügung zu halten. Im November und Dezember 2000 sowie Januar 2001 arbeitete die Beschwerdeführerin während je zwei Stunden im Monat selbstständig. Ab Dezember 2000

finden sich zahlreiche schriftliche Bewerbungen auf Teilzeitstellen mit einem Pensum von 50 %. Am 14. Mai 2001 trat sie eine Halbtagesstelle an.

2.3 Gestützt auf diese Aktenlage ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ursprünglich beabsichtigt hat, sich selbstständig zu machen. Sie hat erhebliche finanzielle Mittel investiert, einen Kurs besucht, sich bei der AHV als hauptberuflich selbstständig Erwerbende angemeldet, ein Lokal auf eine Mindestdauer von einem Jahr gemietet und ein Gesuch um besondere Taggelder gestellt. Für die Monate Oktober und November 2000 sind denn auch keine Arbeitsbemühungen ausgewiesen. Es ging der Beschwerdeführerin um den Aufbau ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit und nicht bloss um die Ausübung eines selbstständigen Zwischenverdienstes. Im Lichte der Rechtsprechung (ARV 2000 Nr. 5 S. 26, Nr. 37 S. 197) ist ihr Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bis Ende November 2000 zu verneinen. Es kann auf den insoweit zutreffenden kantonalen Entscheid verwiesen werden.

2.4

2.4.1 Anders sieht es hingegen ab Dezember 2000 aus. Die Beschwerdeführerin hat mit ihren zahlreichen schriftlichen Bewerbungen auf Inserate bewiesen, dass es ihr ernsthaft um das Finden einer Halbtagesstelle ging. Zwar ist richtig, dass die Arbeitslosenversicherung nicht dazu dient, die in der Startphase einer selbstständigen Erwerbstätigkeit regelmässig fehlenden Einkünfte zu ersetzen. Dies schliesst jedoch, wie die Rechtsprechung (Erw. 1 hievor) zeigt, nicht unter allen Umständen aus, dass eine arbeitslose Person sich auch um Möglichkeiten zum Aufbau einer selbstständigen Tätigkeit umsieht, ohne zugleich vermittlungsunfähig zu werden. Dies gilt auch für eine an sich auf Dauer angelegte selbstständige Erwerbstätigkeit. Die Dauerhaftigkeit der selbstständigen Erwerbstätigkeit ist nur insofern von Bedeutung, als sie allenfalls die Vermittlungsfähigkeit in Frage stellt. Sie ist

indessen keine negative Anspruchsvoraussetzung, bei deren Vorliegen, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint, ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von vornherein ausgeschlossen wäre. Massgebendes Kriterium für diesen Anspruch ist die Vermittlungsfähigkeit.

2.4.2 Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin einerseits intensiv Stellen gesucht hat, und andererseits in der selbstständigen Tätigkeit mit bloss zwei Stunden im Monat äusserst gering ausgelastet war. Sie konnte zudem den Empfang ihrer Kundschaft problemlos so organisieren, dass sie daneben eine Teilzeitanstellung versehen konnte. Unter solchen Umständen lässt sich ihre Vermittlungsfähigkeit für eine Arbeitnehmertätigkeit mit einem Pensum von 50 % nicht verneinen. Die Sache ist daher an die Verwaltung zurückzuweisen, damit sie prüfe, ob ab Dezember 2000 die übrigen Voraussetzungen für die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung erfüllt sind. Gegebenenfalls wird sie die entsprechenden Leistungen ausrichten.

3.

Das Verfahren ist kostenfrei (Art. 134 OG). Da die Beschwerdeführerin materiell nahezu vollständig obsiegt, hat sie Anspruch auf eine ungekürzte Parteientschädigung (Art. 159 Abs. 1 OG).

Da die Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren unterlag, sprach ihr die Vorinstanz keine Parteientschädigung zu. Im Bereich der Arbeitslosenversicherung besteht kein bundesrechtlicher Anspruch im Sinne von Art. 104 lit. a OG auf Parteientschädigung (vgl. Art. 103 AVIG), weshalb es nicht Sache des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ist, die Vorinstanz zur Zusprechung einer Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu verpflichten. Die Beschwerdeführerin hat jedoch die Möglichkeit, beim kantonalen Gericht einen entsprechenden Antrag zu stellen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. März 2002 und die Verfügung des AWA des Kantons Zürich vom 23. Februar 2001 aufgehoben werden und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich hat der Beschwerdeführer in für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Arbeitslosenkasse der GBI, Sektion Amt und Limmattal, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 17. Dezember 2002

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: