Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 154/05

Urteil vom 12. September 2005
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Ursprung; Gerichtsschreiber Fessler

Parteien
Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, Brunngasse 6, 8400 Winterthur, Beschwerdeführerin,

gegen

V._____, 1957, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 18. April 2005)

Sachverhalt:
A.
Die 1957 geborene V._____ bezog ab 1. Januar 2003 (Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug) Taggelder der Arbeitslosenversicherung. In den Monaten November und Dezember 2003 sowie Januar 2004 arbeitete sie teilzeitlich im Nagelstudio X._____ in Y._____ als Nagelkosmetikerin. Nach ihren Angaben erzielte sie mit dieser selbstständigen Erwerbstätigkeit Bruttoeinkommen von Fr. 640.-, Fr. 360.- und Fr. 380.- an 5, 4 und nochmals 4 Arbeitstagen bei 8,5, 6,5 und 4,5 gearbeiteten Stunden. Daraus ergaben sich gemäss ihrer Berechnung nach Abzug von Material-/Warenkosten sowie einer Pauschale von 20 % anrechenbare Zwischenverdienste von Fr. 460.- (November 2003), Fr. 256.- (Dezember 2003) und Fr. 272.- (Januar 2004).

Mit Schreiben vom 20. Januar 2004 teilte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich V._____ Folgendes mit:
«Sie arbeiten seit dem 01.11.2003 an jedem Dienstag als Nagelkosmetikerin beim Nagelstudio X._____ in Y._____.

Da Sie an diesen Tagen nicht vermittelbar sind, weil sie jeweils den ganzen Tag dort anwesend sind, müssen wir von Gesetzes wegen mindestens einen orts- und branchenüblichen Lohn festlegen. Dies unabhängig davon, ob Sie dieses anzurechnende Einkommen tatsächlich realisieren können. Diese Massnahme wird deshalb notwendig, weil die Arbeitslosenversicherung keine Möglichkeit hat, das Unternehmerrisiko eines Betriebes zu tragen.

Wir legen einen orts- und branchenüblichen Lohn von CHF 432.00 pro Tag fest. Dieser Lohn basiert auf den von Ihnen angegebenen CHF 54.00/Std., welche wir mit den 8 Stunden Präsenzzeit multiplizieren.»
Dies ergab für November 2003 Fr. 2160.- (5 Tage x 8 Stunden/Tag x Fr. 54.-), für Dezember 2003 sowie Januar 2004 je Fr. 1728.- (4 Tage x 8 Stunden/Tag x Fr. 54.-). Laut Abrechnung vom 27. November 2003 berücksich-

tigte die Arbeitslosenkasse für diesen Monat einen Zwischenverdienst von Fr. 460.-.

Am 1. Februar 2004 meldete sich V._____ von der selbstständigen Tätigkeit als Nagelkosmetikerin ab, da es nicht motivierend und nicht rentabel sei, wenn statt des effektiven ein abgeschätzter Verdienst abgezogen werde.

Am 9. März 2004 verfügte die Arbeitslosenkasse, dass die Tätigkeit als selbstständige Nagelkosmetikerin für die Kontrollperioden November und Dezember 2003 sowie Januar 2004 orts- und branchenüblich mit Fr. 54.- in der Stunde berechnet wird. Mit Einspracheentscheid vom 1. April 2004 bestätigte die Verwaltung diesen Ansatz.
B.
In Gutheissung der Beschwerde der V._____ hob das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich den Einspracheentscheid vom 1. April 2004 auf und wies die Sache an die Arbeitslosenkasse zurück, damit diese, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, neu verfüge (Entscheid vom 18. April 2005).
C.
Die Arbeitslosenkasse führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, der kantonale Gerichtsentscheid sei aufzuheben.

V._____ beantragt, es sei der effektive Verdienst aus der Tätigkeit als Nagelkosmetikerin in den Monaten November und Dezember 2003 sowie Januar 2004 anzurechnen. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Der angefochtene Rückweisungsentscheid verpflichtet die Arbeitslosenkasse auch dazu, in einem ersten Schritt die Vermittlungsfähigkeit während der Zeit der Zwischenverdiensttätigkeit als Nagelkosmetikerin in den Monaten November und Dezember 2003 sowie Januar 2004 zu prüfen.

Die Vermittlungsfähigkeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. f und Art. 15 AVIG war nicht Thema des Einspracheentscheides vom 1. April 2004. Die Voraussetzungen für die Ausdehnung des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens auf diese ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes (SVR 2005 AHV Nr. 9 S. 31 Erw. 1.1.3) liegende Frage waren nicht gegeben. Insbesondere fehlte es an einer Prozesserklärung der Arbeitslosenkasse und - nach Auffassung der Vorinstanz - auch an der Spruchreife der Sache (vgl. BGE 122 V 36 Erw. 2a sowie Urteil Z. vom 14. Juni 2005 [I 10/05]Erw. 1.3). Insoweit verletzt der kantonale Entscheid Bundesrecht. Auf die Ausführungen zur Vermittlungsfähigkeit in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist somit nicht weiter einzugehen.
2.
2.1 Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls (Art. 24 Abs. 1 erster und zweiter Satz AVIG). Als Verdienstausfall gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst (Art. 24 Abs. 3 erster Satz AVIG).

Sinn und Zweck der Entschädigung des Verdienstausfalles in Form von Differenzausgleich (vgl. zum Begriff BGE 125 V 487 oben mit Hinweisen) ist die Förderung der Annahme lohnmässig unzumutbarer Arbeiten (BGE 125 V 490 Erw. 4c/cc). Mit dem Korrektiv der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlöhnung soll verhindert werden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne eines Lohndumping einen zu niedrigen Verdienst vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen (BGE 129 V 103 Erw. 3.3, 120 V 245 Erw. 3c; ARV 1998 Nr. 33 S. 181 Erw. 2).

Das Erfordernis der Berufs- und Ortsüblichkeit der «Entlöhnung» gilt auch für Zwischenverdienste aus selbstständiger Erwerbstätigkeit als «garante d'une saine concurrence, tout en évitant toute ingérence de l'assurance-chômage en matière de tarifs» (BGE 120 V 515, insbesondere S. 520 Erw. 4b/bb).
2.2 Die Beschwerdegegnerin arbeitete nach ihren eigenen Angaben in den Monaten November und Dezember

2003 sowie Januar 2004 jeweils am Dienstag den ganzen Tag als selbstständige Nagelkosmetikerin. Dabei erzielte sie Bruttoeinkommen von Fr. 640.-, Fr. 360.- und Fr. 380.-. Die effektiv geleistete Arbeitszeit, während der sie Kunden bediente resp. behandelte, bezifferte sie auf insgesamt 8,5 Stunden (November 2003), 6,5 Stunden (Dezember 2003) und 4,5 Stunden (Januar 2004).

Die Arbeitslosenkasse erachtete diese Einkünfte nicht als berufs- und ortsüblich im Sinne von Art. 24 Abs. 3 AVIG. Ausgehend von einem Achtstundentag und einem Stundenansatz von Fr. 54.- ermittelte sie anrechenbare Zwischenverdienste von Fr. 2160.- (5 Tage x 8 Stunden/Tag x Fr. 54.-) für November 2003 sowie je Fr. 1728.- (4 Tage x 8 Stunden/Tag x Fr. 54.-) für Dezember 2003 und Januar 2004.
3.
Das kantonale Gericht hat erwogen, bei dem von der Arbeitslosenkasse angenommenen berufs- und ortsüblichen Stundenansatz von Fr. 54.- für die Tätigkeit als Nagelkosmetikerin handle es sich um einen fiktiven Lohn. Dieser berücksichtige das unternehmerische Risiko einer selbstständigen Erwerbstätigkeit unter anderem, dass das Einkommen von der Auftragslage abhänge. In einem Stundenlohn von dieser Höhe seien demzufolge auch sogenannte «Leerstunden» eingerechnet. Es sei daher davon auszugehen, dass der effektive Stundenlohn unter Berücksichtigung der Gestehungskosten und Auslastung tiefer gewesen sei. Die Arbeitslosenkasse habe daher den massgebenden berufs- und ortsüblichen Lohn für die Tätigkeit als Nagelkosmetikerin auf Grund von Gesetzesvorschriften, Lohnstatistiken, branchen- oder firmenüblichen Massstäben, Musterverträgen oder Gesamtarbeitsverträgen neu zu berechnen. Dabei sei von einem achtstündigen Arbeitstag auszugehen. Für eine bloss stundenmässige Anrechnung der fraglichen Erwerbstätigkeit bleibe kein Raum, da die Versicherte hiefür ganze Tage habe einsetzen müssen.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde führende Arbeitslosenkasse bringt vor, Fr. 54.- sei ein angemessener Stundenlohn für eine Nagelkosmetikerin. Zum einen habe die Versicherte diesen Stundenansatz selber angegeben. Zum andern koste laut Angaben eines Nagelstudios ein Nagelset ca. Fr. 200.-. Davon seien Materialkosten von 15 % in Abzug zu bringen, sodass eine selbstständige Nagelkosmetikerin in zwei Stunden Fr. 170.- resp. in einer Stunde Fr. 85.- brutto verdiene. Fr. 54.- stellten somit grundsätzlich einen berufs- und ortsüblichen Stundenansatz dar. In diesem Betrag seien indessen keine Leerstunden miteingerechnet. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz verstosse gegen Sinn und Zweck des Erfordernisses der Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlöhnung nach Art. 24 Abs. 3 AVIG. Bei guter Auftragslage könne die Versicherte mindestens Fr. 54.- erzielen. Wenn und soweit sich bei Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zunächst keine grossen Einnahmen erzielen liessen, habe dafür nicht die Arbeitslosenversicherung einzustehen. Solche typischen Risiken seien gemäss ARV 2000 Nr. 5 S. 26 Erw. 2a nicht durch die Arbeitslosenentschädigung abgedeckt. Andernfalls finde eine unerwünschte Querfinanzierung einer selbstständigen
Erwerbstätigkeit statt. Der in der Verfügung vom 9. März 2004 festgesetzte berufs- und ortsübliche Lohn für die Berechnung des zu entschädigenden Verdienstausfalles sei somit rechtens.
4.
4.1
4.1.1 In ARV 2000 Nr. 5 S. 22 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden, dass mit dem Bezug des letzten besonderen Taggeldes im Sinne von Art. 71a Abs. 1 AVIG (in der bis 30. Juni 2003 gültig gewesenen Fassung) bei Weiterführung der selbstständigen Erwerbstätigkeit die Arbeitslosigkeit beendet wird. Es besteht somit kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, selbst wenn ein Beschäftigungsrückgang zu verzeichnen ist. Dieses Risiko zu tragen, ist - ausserhalb von Art. 71a Abs. 2 AVIG - nicht Sache der Arbeitslosenversicherung.

Dieses Urteil ist schon aufgrund des Sachverhaltes und der sich stellenden Rechtsfrage (Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nach Förderung der selbstständigen Erwerbstätigkeit durch Ausrichtung besonderer Taggelder) für den hier zu beurteilenden Fall nicht einschlägig. Es kommt dazu, dass alt Art. 71a AVIG den Statuswechsel vom Arbeitnehmer zum Selbstständigerwerbenden fördern wollte. Demgegenüber wollen Versicherte im Zwischenverdienst, auch wenn es sich hiebei um eine selbstständige Erwerbstätigkeit handelt, nach wie vor als Arbeitnehmer tätig sein, weshalb sie besser entlöhnte, allenfalls die Arbeitslosigkeit beendende Stellen suchen und vermittlungsfähig sind resp. sein müssen (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]/Soziale Sicherheit, S. 129 Rz 342). Schliesslich stellt nach

der gesetzlichen Konzeption eine infolge Beschäftigungsrückgang in zeitlich reduziertem Umfang ausgeübte selbstständige Erwerbstätigkeit, streng genommen, keine Zwischenverdiensttätigkeit im Sinne von Art. 24 Abs. 1 AVIG dar (Nussbaumer a.a.O. S. 130 Rz 343 f.).
4.1.2 In dem von der Arbeitslosenkasse ebenfalls erwähnten ARV 1986 Nr. 22 S. 88 ging es um einen vollzeitlich angestellten, auf Provisionsbasis entlöhnten Versicherten, der während Monaten trotz vollem Einsatz und anspruchsvoller Arbeit nicht einmal einen Verdienst in der Höhe des Existenzminimums erzielen konnte. Konkret bestand die Tätigkeit von K. darin, eine neue Maschine auf dem Schweizer Markt einzuführen und zu verkaufen. Für diese Vollzeitbeschäftigung war ein Monatslohn von Fr. 1000.- zuzüglich Fr. 500.- Spesen vereinbart. Dazu kam eine Provision von 6 % des Nettoverkaufspreises pro abgesetzte Maschine. Arbeitgeber und Arbeitnehmer war klar, dass erst nach einigen Monaten mit dem Verkauf und der Ablieferung der ersten Maschinen gerechnet werden konnte. Während den ersten zehn Monaten erzielte K. denn auch keinen Verdienst aus Provision. Das Eidgenössische Versicherungsgericht erachtete die vereinbarte Entlöhnung nicht den berufs- und ortsüblichen Ansätzen entsprechend. Das Gericht verneinte daher das Vorliegen einer Ersatzarbeit im Sinne von Art. 25 Abs. 1 AVIG (in Kraft gestanden bis 31. Dezember 1991; vgl. nunmehr Art. 24 Abs. 5 AVIG sowie BGE 122 V 103) und demzufolge den Anspruch auf Differenzausgleich. Im nicht
veröffentlichten Urteil A. vom 28. September 1988 (C 29/88) fügte das Eidgenössische Versicherungsgericht dem in ARV 1986 Nr. 22 S. 88 Gesagten bei, dass Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlöhnung auch bei erfolgsabhängigen Entschädigungssystemen gegeben sein kann. ARV 2002 Nr. 13 S. 108 und ARV 1998 Nr. 33 S. 179 betreffen ebenfalls im Rahmen einer Vollzeitbeschäftigung tätige, auf Provisionsbasis entlöhnte Versicherte.

Auch diesen Urteilen kommt keine präjudizielle Bedeutung im vorliegenden Fall zu.
4.2 Die Materialien zu Art. 24 AVIG zeigen, dass der Gesetzgeber beim Erfordernis, wonach der bei der Bemessung des zu entschädigenden Verdienstausfalls anrechenbare Zwischenverdienst mindestens dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit zu entsprechen hat, in erster Linie an unselbstständige Erwerbstätigkeiten dachte (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 2. Juli 1980 zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [BBl 1980 III 489 ff.]S. 581; ferner BBl 1989 III 390 f.). «Lohndrückerei» zu Lasten der Arbeitslosenversicherung sollte ausgeschlossen werden. Damit vergleichbar sind bei selbstständiger Erwerbstätigkeit in erster Linie Sachverhalte, wo die versicherte Person für ihre Tätigkeit weniger als branchenüblich verlangt oder sogar überhaupt auf eine Entschädigung verzichtet (BGE 120 V 521 Erw. 5). Dagegen fällt der Umstand allein, dass aus von dem oder der Versicherten nicht zu vertretenden Gründen (Konjunktur, Auftragslage, Konkurrenzsituation etc.) das Einkommen tiefer als erwartet ist, nicht unter die Missbrauchsklausel («mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit») des Art. 24 Abs. 3 AVIG. Die gegenteilige
Auffassung widerspräche dem Grundsatz, dass es in jedem Fall besser ist, erwerblich tätig zu sein als überhaupt nicht zu arbeiten (vgl. Amtl. Bull. 1981 N 672 unten und BBl 1989 III 391). Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, inwiefern bei Berücksichtigung des tatsächlich erzielten Einkommens als für die Berechnung des von der Arbeitslosenversicherung zu entschädigenden Verdienstausfalles massgebender Zwischenverdienst der (intakte) Wettbewerb tangiert wird. Vielmehr fragt sich in solchen Fällen, ob im Rahmen der Schadenminderungspflicht (Art. 16 f. AVIG sowie BGE 125 V 199 unten) die Annahme einer besser bezahlten Stelle mit entsprechend höherem Zwischenverdienst zumutbar ist (BGE 129 V 105 Erw. 3.4; vgl. auch BBl 1980 III 581). Schliesslich dient auch die Anspruchsvoraussetzung der Vermittlungsfähigkeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. f und Art. 15 AVIG der Verhinderung missbräuchlicher Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung.
4.3 Auf Grund des Vorstehenden kann entgegen der Arbeitslosenkasse das als Nagelkosmetikerin in den Monaten November und Dezember 2003 sowie Januar 2004 erzielte Einkommen nicht ohne weiteres als berufs- und/oder ortsunüblich bezeichnet werden. Unklar ist vorab, in welchem Rechtsverhältnis die Versicherte zum Nagelstudio X._____ stand, wo sie arbeitete. Unter anderem fragt sich, ob sie selber Kunden warb oder ob ihr das Studio Kunden vermittelte resp. zuwies. Sodann ist von Bedeutung, welches Honorar sie für ein Nagelset verlangte, insbesondere ob sie in der Preisgestaltung frei war oder ob die Preise vom Studio verbindlich vorgegeben waren. Ferner interessiert, ob die Versicherte von den Kundinnen und Kunden direkt bezahlt wurde oder ob sie indirekt vom Nagelstudio für ihre Arbeit entschädigt wurde. Die aufgeworfenen Fragen zeigen, dass dem Beitragsstatut der Versicherten in Bezug auf die Tätigkeit als Nagelkosmetikerin eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass selbst ein formell rechtskräftig festgesetztes AHV-Beitragsstatut für die ALV-Organe nicht absolut verbindlich ist (BGE 126 V 213 Erw. 2a mit Hinweis).

In diesem Sinne ist der vorinstanzliche Rückweisungsentscheid zu ergänzen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. April 2005 insoweit aufgehoben wird, als er die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zur Prüfung der Vermittlungsfähigkeit verpflichtet. Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Sinne der Erwägungen abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 12. September 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: