

1. Kammer als Versicherungsgericht

# URTEIL

vom 6. September 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Anspruch nach AVIG

1. a) Mit Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. August, mitgeteilt am 15. September 2004 (S 04 64), wurde die Beschwerde von ... (geb. 1953; geschieden; Hilfsarbeiter, italienischer Staatsangehöriger; whft. in ...) gegen das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) gutgeheissen und der angefochtene Einspracheentscheid des KIGA vom 23. März 2004 - worin ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (ALE) per 19. August 2003 abgelehnt wurde - aufgehoben und das KIGA angewiesen, die Anspruchsberechtigung des Versicherten unter Annahme der Vermittlungsfähigkeit neu zu prüfen.
  - b) Mit Verfügung vom 30. November 2004 lehnte das KIGA - gestützt auf ein Gespräch vom 26. Mai 2004 des Versicherten mit einer Personalberaterin des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (RAV) ... - den Anspruch auf ALE mit der Begründung ab, dass der Versicherte ab dem besagten Datum im Mai 04 nicht mehr vermittlungsfähig gewesen sei. Die dagegen erhobene Einsprache vom 17. Januar 2005 - samt Ergänzung vom 13. April 2005 - wies das KIGA mit Entscheid vom 28. April 2005 ab.
2. Hiergegen erhob der Einsprecher am 25. Mai 2005 frist- und formgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Begehren um kostenfällige Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und Verpflichtung der Vorinstanz, ihm die gesetzlichen Arbeitslosenversicherungsleistungen auch nach dem 25. Mai 2004 bis mindestens zum 10. September 2004 zuzusprechen. Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, dass die

Vorinstanz aus der angeblichen Nichtbeachtung der Auflagen (10 Bewerbungen pro Monat ohne Alibiübungen) laut Beratungsgespräch vom Mai 04 die falschen Schlüsse betreffend Vermittlungsfähigkeit gezogen habe. Vorliegend gehe es einzig um die Vorleistungspflicht der ALV bis zum definitiven, immer noch ausstehenden Entscheid der Invalidenversicherung (EVG Urteil I 140/04 vom 25.06.2004). Um ALV-Leistungen verweigern zu können, bedürfte es bei dieser Konstellation einer eindeutigen Vermittlungsunfähigkeit des Versicherten, was aktenkundig erst seit dem Krankheitsattest des Hausarztes Dr. ... im Herbst 04 der Fall sei, worin dem Versicherten ab 10. September 2004 eine 100% Arbeitsunfähigkeit (AUF) bescheinigt worden sei. Bis zu jenem Zeitpunkt sei die ALV somit – infolge Vermittlungsfähigkeit ab Mai 04 – weiterhin leistungspflichtig, wobei sie die ALE später allenfalls mit den Leistungen der IV verrechnen könnte.

3. In der Vernehmlassung beantragte das KIGA kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Spätestens ab dem Beratungsgespräch im Mai 04 habe der Beschwerdeführer genau um die Anzahl und Ernsthaftigkeit der erforderlichen Stellenbewerbungen auf dem Arbeitsmarkt gewusst. Trotzdem sei er jener Verpflichtung nur ungenügend nachgekommen (Alibibewerbungen, da während Monaten immer wieder bei denselben [potentiellen] Arbeitgeberinnen nachgefragt oder sonst Stellenbewerbungen, die wegen der Gesundheitsprobleme zum vornherein unrealistisch gewesen wären), womit er einen allfälligen Anspruch auf ALE verwirkt habe. Im Resultat habe daher keine subjektive Vermittlungsfähigkeit laut AVIG vorgelegen, was auch die Vorleistungspflicht gegenüber der IV ausgeschlossen habe.
4. In der Replik hielt der Beschwerdeführer unverändert an seinen Anträgen fest. Der Vorinstanz entgegnete er, dass man von einem behinderten Menschen nicht jeden Monat die Bewerbung auf 10 neue und optimal angepasste Stellen verlangen könnte. Solche Stellen wären nur begrenzt vorhanden. Von einem mangelnden Interesse könne keine Rede sein. Auf dem fiktiven ausgeglichenen Stellenmarkt hätte er zumindest bis Sept. 04 ohne weiteres eine geeignete Arbeitsstelle antreten können. Das KIGA wäre deshalb auch ab Mai 04 klar vorleistungspflichtig (ALE) gewesen.

5. Am 13. Juli 2005 verzichtete das KIGA auf die Einreichung einer Duplik.

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Strittig ist vorliegend einzig die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten in der Zeitspanne zwischen dem 26. Mai 2004 und 10. September 2004 geblieben. Für den Zeitraum bis zum aufgehobenen Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 23. März 2004 wurde dieselbe Frage im Verwaltungsgerichtsentscheid vom 17. August/15. September 2004 (VGU S 04 64 S. 5 ff.) bereits eingehend erörtert und rechtskräftig entschieden, worauf an dieser Stelle – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – umfassend verwiesen werden kann. Zu prüfen gilt es also noch, ob die seither neu vorgebrachten Beweismittel – namentlich das Protokoll des Beratungsgesprächs RAV vom 26. Mai 2004 sowie die zwei Atteste des Hausarztes Dr. ... vom 23. September und 27. Oktober 2004 – Grund genug waren, um die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten nach Art. 15 AVIG im Einspracheentscheid vom 28. April 2005 erneut ab Mai 04 zu verneinen und damit auf die Gewährung von ALE (Vorleistungspflicht nach Art. 70 ATSG) zu verzichten. Dies trifft vorliegend nicht zu.
2. Zunächst gilt es klarzustellen, dass die im Zuge des Beratungsgesprächs vom Mai 04 aufgestellte Bedingung, wonach der Versicherte ab sofort mindestens 10 Arbeitsbewerbungen pro Monat nachzuweisen hätte, hier nicht als verletzt oder mangelhaft erfüllt bezeichnet werden kann. Wie aus den entsprechenden Beilagen der ALV über die persönlichen Arbeitsbemühungen hervorgeht, bewarb sich der Versicherte direkt nach diesem Gespräch in nur zwei Tagen im Monat Mai immerhin um acht (8), im Juni um neun (9), im August um zehn (10) sowie im September in den ersten 1½ Wochen um sechs (6) Arbeitsstellen. In den meisten Fällen sprach er persönlich vor oder meldete sich später telefonisch für eine ihm noch zumutbare Stelle als Hilfsarbeiter, Produktionsmitarbeiter oder Lagerist bei rund 27 verschiedenen Firmen, wobei er überall die Antwort „kein Bedarf“ bzw. „keine Stelle frei“ erhielt. Allein

die Tatsache, dass er in den erwähnten vier Monaten bei sechs Firmen ein zweites Mal um eine Stelle nachfragte bzw. nur in einem einzigen Monat die von ihm verlangten 10 Bewerbungen nachwies, spricht für sich indes noch nicht für ein mangelndes Interesse an der Suche einer Stelle. Abgesehen davon, dass die Zahl von 10 Bewerbungen pro Monat sowieso bloss einen Richtwert darstellt, gilt es hier – im Einklang mit den Vorbringen des Beschwerdeführers – zweifelsfrei zu berücksichtigen, dass es sich beim Gesuchsteller um einen seit 2002 (akute Rückenprobleme; vgl. VGU S 03 145) gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmer handelt, der bevorzugt bloss noch in einem Teilpensum arbeiten sollte. In Anbetracht dieser erschwerten Ausgangslage für das Auffinden einer neuen Stelle erscheint es aber keineswegs verwunderlich, wenn sich der Beschwerdeführer infolge der objektiv beschränkten Anzahl an behinderungsangepassten Tätigkeiten wiederholt an dieselben (theoretisch in Frage kommenden) Arbeitgeber wandte und sich darum auch mit dem Nachweis von weniger als 10 realistischen Bewerbungen pro Monat zufrieden geben musste. Im Übrigen wäre es der Vorinstanz angesichts der von ihr bemängelten Zahl an ernst gemeinten Suchbemühungen frei gestanden, den Versicherten deshalb - zumindest vorübergehend – in der Anspruchsberechtigung einzustellen und ihn so sachgerecht selbst zu vermehrten Bewerbungen anzuhalten. Dies hat sie aber nachweislich unterlassen, was hier aufgrund der gesundheitlich bedingten Einschränkungen auf dem normalen Arbeitsmarkt aber bestimmt nicht dem Beschwerdeführer zum Nachteil gereichen darf. Mit dem Hauptargument der subjektiven Vermittlungsunfähigkeit des Versicherten wegen der von ihm nicht restlos erfüllten Arbeitsnachweise seit Mai 04 dringt die Vorinstanz folglich gestützt auf das Beratungsprotokoll des RAV vom 26.05.2004 nicht durch.

3. Ausgangspunkt für die Beurteilung des massgebenden Gesundheitszustands und die daraus ermittelte Restarbeitsfähigkeit des Versicherten für den hier allein relevanten Zeitraum ab Mai 04 bildet abermals (VGU S 04 64 S. 6 E. 2b) der Abklärungsbericht der ASSIMEDICA vom 21.08.2003 (Dr. ...), worin dem Versicherten rein theoretisch [noch] eine volle Arbeitsfähigkeit (100% AF) und damit an sich noch eine relativ gute Vermittlungsfähigkeit attestiert wurde.

Diese Beurteilung gründete auf der Annahme, dass der Versicherte eine Stelle in einer wechselnd sitzend, stehend und gehend ausgeübten Tätigkeit mit Handarbeit ohne das Heben von schweren Lasten über 10 kg finden würde. Zudem wurde darin betont, dass der Versicherte unbedingt – zumindest in einem Teilpensum – wieder in den Arbeitsprozess eingegliedert werden sollte, um so einer weiteren sozialen Verwahrlosung vorzubeugen. In den darauf folgenden 13 Monaten wurden indessen keine weiteren und damit auch keine gegenteiligen Arztberichte eingeholt, die gerade ab Mai 04 auf eine markante Verschlechterung des bisherigen Gesundheitszustands als auch der Arbeitsfähigkeit bzw. Vermittlungsfähigkeit des Versicherten hätten schliessen lassen. Eine derart beachtenswerte Gesundheitsverschlimmerung ist vielmehr erst durch die zwei Atteste des Hausarztes Dr. ... vom 23.09. und 27.10.04 erstellt, worin dem Versicherten erstmals [rückwirkend] eine Arbeitsunfähigkeit von 100% (10.09.2004 bis 31.10.2004) bescheinigt wurde. Für das Gericht ist damit hinreichend bewiesen, dass die im früheren Entscheid VGU S 04 64 festgestellte Vermittlungsfähigkeit nach Art. 15 Abs. 2 AVIG somit noch bis zu jenem Datum vorhanden war, was zur Konsequenz hat, dass die ALE auch für die Zeit nach dem 25.05.2004 bis zum 10.09.2004 geschuldet worden wäre.

4. a) Der angefochtene Einspracheentscheid vom 28.04.2005 erweist sich damit als rechtswidrig und nicht haltbar, was im Ergebnis zur Aufhebung desselben und zur Gutheissung der Beschwerde im erwähnten Leistungsumfang führt.
  
- b) Gerichtskosten werden nicht erhoben, da das Beschwerdeverfahren in Sozialversicherungsstreitigkeiten grundsätzlich kostenlos ist (Art. 61 lit. a ATSG). Hingegen wird die Vorinstanz gestützt auf Art. 61 lit. g ATSG verpflichtet, dem obsiegenden und anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer noch eine angemessene aussergerichtliche Parteientschädigung (bei doppeltem Schriftenwechsel) zu entrichten.

**Demnach erkennt das Gericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Vorinstanz verpflichtet, dem Versicherten die gesetzlichen Arbeitslosenversicherungsleistungen vom 26.05.-10.09.2004 zu bezahlen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Aussergerichtlich hat das KIGA ... mit Fr. 2'000.-- (inkl. MwSt) zu entschädigen.