

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00480 vom 31. Mai 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-05-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2004.00480

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00480 du 31 mai 2005

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00480 del 31 maggio 2005

Erwägungen

E. 1

1.1 Der 1949 geborene P. ___ war ab Oktober 1985 als Maurerpolier bei der F. ___ AG, Bauunternehmung, '___' (vormals: A. ___ AG, '___'), angestellt. Ab Februar 2000 war er in dieser Tätigkeit zufolge zunehmender Lendenwirbelsäulen- und Schulter-Arm-Probleme zeitweise gar nicht oder nurmehr reduziert einsatzfähig. Im April 2001 meldete sich P. ___ deshalb bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, zum Bezug von Invalidenversicherungsleistungen an (Berufsberatung, Umschulung, Arbeitsvermittlung). Nach Ersterhebungen (Einholung von IK-Auszug, Arzt- und Arbeitgeberberichten sowie Durchführung eines Berufsberatungsgesprächs) wurde vom 17. September bis zum 14. Dezember 2001 eine BEFAS-Abklärung in der Abklärungs- und Ausbildungsstätte Appisberg, Männedorf, durchgeführt, mit anschliessendem berufsberaterischem Verlaufsgespräch. Am 19. Juni 2002 ersuchte P. ___ die IV-Stelle zusätzlich um Prüfung der Rentenfrage. Nach weiteren Abklärungen wurden ihm auf gemeinsame Anregung mit der Arbeitgeberin am 3. Juli 2002 berufliche Massnahmen in Form einer innerbetrieblichen Umschulung zum Kranführer für die Dauer vom 15. April bis zum 14. Oktober 2002 zugesprochen. Gegen die zeitliche Befristung der diesbezüglichen Taggeldverfügung vom 8. Juli 2002 beschwerte sich P. ___ am 15. Juli 2002 beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich. Nach durchgeführtem Schriftenwechsel zog er seine Beschwerde am 15. Oktober 2002 zurück, worauf das entsprechende sozialversicherungsgerichtliche Verfahren Proz.-Nr. '___' mit Verfügung vom 17. Oktober 2002 als erledigt abgeschlossen wurde.

Nachdem P. ___ im Hinblick auf das Auslaufen der beruflichen Massnahme und die Einstellung der Taggeldleistungen hausärztlicherseits selbst für die bei der F. ___ AG zuletzt ausgeübte Kranführerfunktion eine volle Arbeitsunfähigkeit attestiert worden war, schritt die IV-Stelle zur Prüfung der Rentenfrage und sprach ihm mit Verfügung vom 8. August 2003 rückwirkend ab dem 1. Oktober 2002 eine Viertelsrente zu (Invaliditätsgrad: 43 %; samt Zusatzrente für die Ehefrau; s. zum Ganzen Urk. 7/IV-Akten/0/1-3 und Urk. 7/IV-Akten/1-79). Die von P. ___ dagegen am 14. August 2003 erhobene sowie am 1. September 2003 bekräftigte und ergänzte Einsprache wurde von der IV-Stelle nach Vornahme zusätzlicher Abklärungen (Einholung Arztbericht und RAD-Stellungnahme) mit Entscheid vom 15. März 2004 (Urk. 7/AL-Akten/19/1) abgewiesen. Dieser Einspracheentscheid wurde vom hiesigen Gericht auf Beschwerde vom 27. April 2004 hin mit Urteil vom 21. Juni 2004 aufgehoben, und es wurde die Sache an die IV-Stelle zurückgewiesen, damit diese im Sinne der Erwägungen verfare und über den Rentenanspruch von P. ___ unter korrekter

Gewährung des rechtlichen Gehörs neu befinde (Disp.-Ziff. 1; Proz.-Nr. '___'). Seither ist noch kein neuer Rentenentscheid ergangen; vielmehr sind vertiefte medizinische Abklärungen im Gang (vgl. Telefonnotiz vom 27. April 2005 [Urk. 17]).

1.2. Mit Schreiben der F. ___ AG vom 14. Januar 2003 (Urk. 7/AL-Akten/12/3) wurde das Arbeitsverhältnis auf das Auslaufen der Krankentaggeldleistungen der "Winterthur" Schweizerische Versicherungs-Gesellschaft hin per 17. September 2003 aufgelöst (vgl. Arbeitgeberbescheinigung vom 22. August 2003 [Urk. 7/AL-Akten/12/1-2]). Am 20. August 2003 meldete sich P. ___ zur Arbeitsvermittlung ab dem 1. September 2003 an und stellte ab diesem Datum Antrag auf Arbeitslosenentschädigung bei der Arbeitslosenkasse der GBI (Zahlstelle '___'; heute: Unia Arbeitslosenkasse [Zahlstelle '___']; Urk. 7/AL-Akten/11/1-4). Gegenüber dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) '___' gab er am 12. September 2003 an, eine Ganztagshilfsarbeitertätigkeit zu suchen (100 %; Urk. 7/AL-Akten/10/1). Dies, nachdem er vorgängig bereits im Formular 'Antrag auf Arbeitslosenentschädigung' vom 20. August 2003 (Urk. 7/AL-Akten/11/1-4) vermerkte hatte, im Ausmass einer Vollzeitstätigkeit zu arbeiten bereit und in der Lage zu sein (Ziff. 3-4).

Die Arbeitslosenkasse überwies die Sache am 23. Januar 2004 dem Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zürich zur Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit (Urk. 7/AL-Akten/2). Dieses reduzierte nach Einholung der Stellungnahme des Versicherten vom 25. Februar 2004 (Urk. 7/AL-Akten/5/1-2) mit Verfügung vom 5. März 2004 (Urk. 7/AL-Akten/1/1-3) die generelle Vermittlungsfähigkeit rückwirkend ab 1. September 2003 auf 50 % einer Vollzeitbeschäftigung. Gleichzeitig wies es den Versicherten an, vermehrt seinen physischen Möglichkeiten angepasste Arbeitsbemühungen nachzuweisen und lud das RAV und die Arbeitslosenkasse ein, eine angepasste vorübergehende Beschäftigung zu prüfen und damit die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten auf die Probe zu stellen, beziehungsweise (nach entsprechender Neuberechnung der Versicherungsleistungen für die Monate September 2003 bis März 2004) etwaige zu viel ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung zurückzufordern. Die vom Versicherten dagegen am 2. April 2004 erhobene Einsprache (Urk. 7/AL-Akten/3) wurde vom AWA nach Begründung des RAV (Stellungnahme vom 26. August 2004 [Urk. 7/AL-Akten/4/1-3]) mit Entscheid vom 7. September 2004 (Urk. 2) abgewiesen.

E. 2

2.1. Hiergegen liess der Versicherte, vertreten durch Advokat Philippe Zogg, Basel (Vollmacht vom 3. Oktober 2004 [Urk. 3]), mit Eingabe vom 8. Oktober 2004 (Urk. 1) Beschwerde erheben, mit dem Rechtsbegehren, es sei ihm in Aufhebung des angefochtenen Entscheids eine volle Vermittlungsfähigkeit (100 %) zuzuerkennen (S. 2 Ziff. 1), unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gegenpartei (S. 2 Ziff. 2). In prozessualer Hinsicht liess er unter Hinweis auf die bislang fehlende Akteneinsicht des Rechtsvertreters um Einräumung einer Nachfrist zwecks Ergänzung der Beschwerdebeurteilung nachsuchen (S. 2 f. Rz 1).

2.2. Mit Gerichtsverfügung vom 12. Oktober 2004 (Urk. 4) wurde dem AWA Frist zur Beantwortung der Beschwerde und Einreichung der vollständigen Akten angesetzt (Disp.-Ziff. 1). Dies unter Hinweis zuhanden des Beschwerdeführers, dass die summarisch begründete Beschwerde den gesetzlichen Anforderungen genüge und er

sich gegebenenfalls in einem zweiten Schriftenwechsel nochmals werde äussern können (S. 2).

Mit Beschwerdeantwort vom 9. November 2004 (Urk. 6; samt Aktenbeilage [Urk. 7]) schloss das AWA auf Abweisung der Beschwerde (S. 1). Nachdem die Parteien mit Replik vom 28. Februar 2005 (Urk. 12) und Duplik vom 14. April 2005 (Urk. 15, insbes. S. 2) je an ihren eingangs gestellten Begehren festgehalten hatten, wurde der Schriftenwechsel mit Gerichtsverfägung vom 18. April 2005 (Urk. 16) geschlossen (Disp.-Ziff. 1).

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG]). Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG); als teilweise arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 lit. a AVIG) oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG).

Die versicherte Person hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG). Gemäss Art. 4 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) gilt als voller Arbeitstag der fünfte Teil der wöchentlichen Arbeitszeit, die die versicherte Person normalerweise während ihres letzten Arbeitsverhältnisses geleistet hat (Abs. 1). Hatte die versicherte Person zuletzt eine Vollzeitbeschäftigung inne, so gilt als ausgefallener voller Arbeitstag jeder Wochentag von Montag bis Freitag, an dem die versicherte Person ganz arbeitslos ist und für den sie die Kontrollvorschriften erfüllt hat, einschliesslich der Feiertage, für die ein Entschädigungsanspruch besteht (Abs. 2). Art. 4 Abs. 2 AVIG gelangt entgegen seinem Wortlaut grundsätzlich bei allen unter Art. 11 Abs. 1 AVIG fallenden Versicherten zur Anwendung, also nicht nur bei früherer Vollbeschäftigung (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Basel/Genf/München 1998, Rz 121; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, Bern/Stuttgart 1987, N 19 zu Art. 11 AVIG). Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIV).

1.2 Eine entscheidende gesetzliche Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG).

Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose versicherte 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 und 123 V 216 Erw. 3, je mit Hinweis; ARV 2004 Nr. 2 S. 48 Erw. 1.2, S. 122 Erw. 2.1 und S. 188 Erw. 2.2).

Die körperlich oder geistig behinderte arbeitslose versicherte Person (vgl. zu diesem Begriff ARV 1999 Nr. 19 S. 106 Erw. 2) gilt nach Art. 15 Abs. 2 AVIG als vermittlungsfähig, wenn ihr bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung ihrer Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte. Art. 15 Abs. 2 AVIG statuiert mithin zwei Kriterien, nach welchen die Vermittlungsfähigkeit von dauernd Behinderten (ARV 1991 Nr. 10 S. 95 f. Erw. 3b) zu beurteilen ist. Einerseits ist die Vermittelbarkeit der arbeitslosen behinderten Person "unter Berücksichtigung ihrer Behinderung" zu prüfen. Es dürfen daher nur Einsatzmöglichkeiten in Betracht gezogen werden, bei denen auf die gesundheitlichen Leistungsdefizite Rücksicht genommen werden kann. Sodann hat die Beurteilung auf hypothetischer Grundlage, nämlich "bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage", zu erfolgen. Dieses Erfordernis bedeutet, dass arbeitslose behinderte Versicherte nicht nur bei Hochkonjunktur und ausgesprochenem Arbeitskräftemangel als einsetz- und vermittelbar erscheinen dürfen. Der Begriff der ausgeglichenen Arbeitsmarktlage umschliesst einerseits ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen dem Angebot von und der Nachfrage nach Stellen, und bezeichnet andererseits einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her einen Fischer verschiedenartiger Stellen offen hält (BGE 110 V 276 Erw. 4b; ZAK 1991 S. 320 Erw. 3b). Dieser Angebotsfischer umfasst auch - ausserhalb von geschätzten Werkstätten - gewisse "soziale Winkel", also Arbeits- und Stellenangebote, bei welchen Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen seitens des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin rechnen können. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber eine Milderung der vom alten Recht für die Vermittlungsfähigkeit von Behinderten verlangten Erfordernisse erreichen. Nur noch die Erwerbslosigkeit, welche "voll oder stark überwiegend" auf den Gesundheitszustand einer behinderten Person zurückzuführen ist, sollte nicht mehr zu dem von der Arbeitslosenversicherung gedeckten Risiko gehören (ARV 1998 Nr. 5 S. 30 Erw. 3b/aa und 1993/94 Nr. 13 S. 104 Erw. 3a, mit Hinweisen).

Diesem Grundgedanken entspricht auch die Koordinationsregel des Art. 15 Abs. 3 AVIV. Danach gilt eine arbeitslose behinderte Person, die unter der Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist und die sich bei der Invalidenversicherung oder bei einer anderen Versicherung nach Art. 15 Abs. 2 AVIV angemeldet hat, bis zum Entscheid der anderen Versicherung als vermittlungsfähig. Zwar sind Invaliden- und Arbeitslosenversicherung nicht komplementäre Versicherungszweige in dem Sinne, dass die vom Erwerbsleben ausgeschlossene versicherte Person sich in jedem Fall entweder auf Invalidität oder aber auf Arbeitslosigkeit berufen könnte. Wer trotz eines schweren Gesundheitsschadens invalidenversicherungsrechtlich nicht in rentenbegründendem Masse erwerbsunfähig ist, kann gleichwohl arbeitslosenversicherungsrechtlich gesehen vermittlungsunfähig sein (BGE 109 V 29 unten). Selbst der Bezug einer ganzen Invalidenrente schliesst die Vermittlungsfähigkeit nicht grundsätzlich aus (vgl. ARV 1988 Nr. 5 S. 39 Erw. 4d). Dennoch ist es aufgrund der dargelegten gesetzgeberischen Zielsetzung für die Beurteilung der Vermittlungsfähigkeit Behinderter nicht ohne Belang, ob und in welchem Masse sich der Gesundheitsschaden nachteilig auf die erwerblichen Möglichkeiten auswirkt (ARV 1998 Nr. 5 S. 31 Erw. 3b/bb und 1993/94 Nr. 13 S. 105 Erw. 3b).

Bestehen erhebliche Zweifel an der Arbeitsfähigkeit einer arbeitslosen versicherten Person, so kann die kantonale Amtsstelle eine vertrauensärztliche Untersuchung auf Kosten der Versicherung anordnen (Art. 15 Abs. 3 AVIG). Beigezogene Vertrauensärzte haben die Vermittlungsfähigkeit nicht selber zu beurteilen. Diese Aufgabe obliegt der Verwaltung und im Beschwerdefall dem Gericht (vgl. dazu beispielsweise ARV 1998 Nr. 5 S. 31 Erw. 3b/cc und 1993/94 Nr. 13 S. 105 Erw. 3c, mit Hinweis).

Die Vermittlungsfähigkeit ist stets prospektiv zu beurteilen, das heisst von jenem Zeitpunkt aus und unter Würdigung jener Verhältnisse, die bei Erlass des angefochtenen Entscheids gegeben waren (BGE 121 V 341 Erw. 3, mit Hinweisen).

1.3.1 Die Vermittlungsfähigkeit steht in Frage, wenn die versicherte Person sich nicht genügend um zumutbare Arbeit bemüht oder Kontrollvorschriften oder Weisungen der zuständigen Amtsstelle nicht befolgt. Fortdauernd ungenügende Arbeitsbemühungen oder die wiederholte Ablehnung zumutbarer Arbeit können zur Annahme von Vermittlungsunfähigkeit führen (BGE 112 V 218 Erw. 1b, mit Hinweisen; ARV 2001 Nr. 30 S. 233 Erw. 2a). Hierzu bedarf es indessen immer besonders qualifizierter Umstände (vgl. ARV 1996/97 Nr. 8 S. 31 Erw. 3, mit Hinweisen, und Nr. 19 S. 101 Erw. 3b). Qualitativ ungenügende Bemühungen um eine neue Arbeitsstelle wie etwa die Beschränkung der Arbeitssuche im bisherigen Berufsbereich rechtfertigen unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderungspflicht nicht an sich schon den Schluss auf fehlende Vermittlungsbereitschaft. Indessen ist für die Beurteilung der Vermittlungsfähigkeit eine gesamthafte Würdigung der für die Anstellungschancen im Einzelfall wesentlichen, objektiven und subjektiven Faktoren massgebend. Ausser dem Umfang des für die arbeitslose versicherte Person in Betracht fallenden Arbeitsmarktes ist auch die Art der gesuchten, zumutbaren Arbeit von Bedeutung. Die Beschränkung der Arbeitsbemühungen auf einen bestimmten beruflichen Bereich kann deshalb zusammen mit zeitlichen Arbeitseinschränkungen zur Verneinung der Vermittlungsfähigkeit führen (BGE 112 V 218 Erw. 2; ARV 1998 Nr. 46 S. 265 Erw. 1c).

Vermittlungsfähigkeit kann nicht angenommen werden, wenn die Vermittlungsbereitschaft gegeben, jedoch zum Vornherein davon auszugehen ist, dass für den fraglichen Zeitraum sich kein Arbeitgeber hätte finden lassen.

E. 2.1

2.1.1.1 Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer für die Zeit ab 1. September 2003 vermittlungsfähig ist.

2.1.2.1 Gemäss dem angefochtenen Einspracheentscheid vom 7. September 2004 (Urk. 2) und der diesem vorausgegangenem und bestätigten Verwaltungsverfügung vom 5. März 2004 (Urk. 7/1-3) hat der Beschwerdegegner als kantonale Amtsstelle im Zweifelsfallverfahren das Fehlen der Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers ab dem 1. September 2003 festgestellt, und zwar unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzung der Vermittlungsfähigkeit. Er hat dabei die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers auf 50 % einer Vollzeitbeschäftigung reduziert. Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass der Begriff der Vermittlungs(un)fähigkeit als Anspruchsvoraussetzung graduelle Abstufungen ausschliesst (BGE 125 V 58 Erw. 6a, mit Hinweisen). Entweder ist die arbeitslose versicherte Person vermittlungsfähig, insbesondere bereit, eine zumutbare Arbeit im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspensums (vgl. Art. 5 AVIV und BGE

125 V 58 Erw. 6a, am Ende, mit Hinweisen) anzunehmen, oder eben nicht. Die Problematik der reduzierten Vermittlungsfähigkeit ist im Rahmen der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzung des anrechenbaren Arbeitsausfalls zu beurteilen (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG in Verbindung mit Art. 11 AVIG; BGE 125 V 58 Erw. 6b und 112 V 234 Erw. 2c). Zu prüfen wäre daher, ob der Beschwerdeführer einen ganzen oder einen teilweisen Arbeitsausfall erleidet und ob er bejahendenfalls im Umfang dieses anrechenbaren Arbeitsausfalles vermittlungsfähig ist (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 28. August 2003 in Sachen M. [C 119/03] Erw. 1-2). Da der Beschwerdegegner vorliegend zum anrechenbaren Arbeitsausfall keine Stellung genommen hat, beschränkt sich die gerichtliche Überprüfung auf die Frage der Bereitschaft des Beschwerdeführers, eine zumutbare Arbeit (im Umfang von mind. 20 % eines Normalarbeitspensums) anzunehmen.

E. 2.2

2.2.1 Der Beschwerdegegner warf dem Beschwerdeführer zunächst vor, er sei nicht bereit gewesen, vorübergehend im Rahmen von 50 % am Beschäftigungsprogramm "Fit für den Arbeitsmarkt" (mit integriertem Deutschkurs) teilzunehmen. Ziel dieser arbeitsmarktlichen Massnahme sei einerseits, zu eruieren, welche Tätigkeiten in welchem Ausmass die Teilnehmenden aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen ausüben vermöchten, und andererseits die Deutschkenntnisse zu verbessern beziehungsweise zu vertiefen. Zwar handle es sich um eine freiwillige Massnahme, so dass dem Beschwerdeführer seine ablehnende Haltung verschuldensmässig nicht zum Vorwurf gemacht werden könne. Angesichts dessen, dass es sich um einen 50 %-Einsatz mit integriertem Deutschkurs gehandelt habe, sei die Weigerung des Beschwerdeführers jedoch nicht nachvollziehbar. Alsdann hielt der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer vor, selbst nie angegeben zu haben, im Ausmass einer Vollzeitbeschäftigung arbeiten zu können, sondern vielmehr betont zu haben, aus gesundheitlichen Gründen im angestammten Beruf gar nicht mehr arbeiten und eine leichte Tätigkeit bloss im Ausmass von 50 % einer Vollzeitbeschäftigung ausüben zu können. Schliesslich machte der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer ungenügende respektive unzweckmässige Arbeitsbemühungen zum Vorwurf: So erscheine es aufgrund der fehlenden diesbezüglichen Ausbildung und des Umstands, dass der Beschwerdeführer schriftliche Eingaben jeweils in Italienisch verfasse, unrealistisch, eine Stelle im Bärobereich oder als Verkaufs- oder Aussendienstmitarbeiter zu finden. Die Suche nach einer Chauffeurstelle sei in Anbetracht der geltend gemachten Schmerzen von den Schultern bis in die Fingerspitzen lebensfremd. Die Ausübung einer Portiertätigkeit sei zwar an sich zumutbar, doch habe der Beschwerdeführer diesbezüglich lediglich eine einzige Bewerbung um eine Teilzeitstelle vorzuweisen (datiert vom 3. April 2003). Bemühungen um eine Lageristen- oder Hauswartstelle seien wohl "zumutbar", indes könne eine solche Tätigkeit aufgrund der geschilderten gesundheitlichen Beeinträchtigung nur im Ausmass von 50 % ausgeübt werden (Urk. 2 S. 3 f. Erw. 4). Hieran hält der Beschwerdegegner fest (Urk. 6 S. 2), wobei er bekräftigt, die ablehnende Haltung des Beschwerdeführers gegenüber der Massnahme "Fit für den Arbeitsmarkt" dokumentiere, dass er kein ernsthaftes Interesse daran habe, seine Einsatzmöglichkeiten sowie das mögliche Arbeitspensum auszuloten und sich gestützt auf die so gewonnenen Erkenntnisse ernsthafter und gezielter um Arbeit zu bemühen (Urk. 15 S. 2).

Demgegenüber macht der Beschwerdeführer geltend, er habe die Beschäftigung im Programm "Fit für den Arbeitsmarkt" deshalb nicht angenommen, weil er seinerzeit probeweise als Aussendienstmitarbeiter habe arbeiten können. Zwar sei es zu keiner entsprechenden Anstellung gekommen, doch würden dadurch sowohl das intensive und konkrete Bemühungen um eine neue Arbeit als auch das Vorhandensein einer C.____, in diesem Bereich eine Stelle zu finden, dokumentiert, zumal im Aussendienst wie im Übrigen auch im Bürobereich Italienischkenntnisse durchaus gefragt seien (Urk. 1 S. 3 Rz 2). Hinsichtlich körperlich leichter Tätigkeiten (wie Portier etc.) habe der Beschwerdeführer nie irgendwelche zeitlichen Einschränkungen angeführt (Urk. 12).

2.2.2.2.1 Der Beschwerdeführer besuchte auf entsprechende Weisung des RAV vom 19. Januar 2004 (Verfügung Nr. 207646332; Urk. 7/AL-Akten/18/1-2) einen vom 11. Februar bis zum 2. März 2004 dauernden Kurs 'Standortbestimmung B' (Abkürzung: 'StaBe B') bei der B.____ AG, '____' (vgl. Urk. 7/AL-Akten/17/3). Gemäss Protokolleintrag des zuständigen RAV-Beraters, D.____, über das Beratungsgespräch vom 18. März 2004 erwies sich die - nicht aktenkundige - Rückmeldung der B.____ AG als "nichtssagend bis falsch", worauf dem Beschwerdeführer eine Teilnahme am Programm 'Fit für den Arbeitsmarkt' (Abkürzung: 'FifAM') der Stiftung C.____, '____', nahegelegt wurde (Urk. 7/AL-Akten/17/3). Am 25. März 2004 erklärte sich der Beschwerdeführer mit einem solchen Einsatz grundsätzlich einverstanden (Protokolleintrag von D.____ vom 25. März 2004 [Urk. 7/AL-Akten/17/3]; vgl. auch Auftragserteilung vom 25. März 2004 [Urk. 7/AL-Akten/4/2-3]). Nach erfolgtem Vorstellungsgespräch bei der Stiftung C.____ (Protokolleintrag von D.____ vom 13. Mai 2004 [Urk. 7/AL-Akten/17/3]) entschied sich der Beschwerdeführer am 10. Juni 2004 gegen eine Teilnahme, wobei er in Aussicht stellte, sich betreffend des Besuchs des empfohlenen Deutschkurses anfangs Juli 2004 beim RAV-Berater zu melden (Protokolleintrag von D.____ vom 10. Juni 2004 [Urk. 7/AL-Akten/17/2]). Nachdem der Beschwerdeführer vom 14. bis zum 19. Juni 2004 in den Ferien gewelt hatte (vgl. Protokolleintrag von D.____ vom 10. Juni 2004 [Urk. 7/AL-Akten/17/2]), setzte er seinen RAV-Berater am 8. Juli 2004 telefonisch darüber in Kenntnis, dass er in einem 100 %-Probearbeit über die E.____ AG, '____', stehe, mit der Möglichkeit einer etwaigen Festanstellung (Protokolleintrag von D.____ vom 8. Juli 2004 [Urk. 7/AL-Akten/17/2]). Aus der Zwischenverdienstbescheinigung der E.____ AG vom 3. August 2004 (Urk. 7/AL-Akten/15/1-2) geht hervor, dass der Beschwerdeführer für diese am 8. Juli 2004 neun Stunden als Vorarbeiter tätig war (vgl. auch Deklaration des Beschwerdeführers vom 23. August 2004 [Urk. 7/AL-Akten/13/1]). Zu der erhofften Anstellung ist es offenbar nicht gekommen, wobei den Gründen seitens des RAV anscheinend nicht weiter nachgegangen wurde (vgl. Urk. 7/AL-Akten/4/1; Urk. 7/AL-Akten/17/1-2).

Die Weigerung des Beschwerdeführers, sich am Programm 'FifAM' der Stiftung C.____ zu beteiligen, ist zwar im Sinne der Ausführungen des Beschwerdegegners in die Gesamtwürdigung einzubeziehen, bildet unter den geschilderten Umständen aber für sich allein kein allzu gewichtiges Indiz für eine fehlende Vermittlungsbereitschaft, zumal nicht ersichtlich ist, dass sich der Beschwerdeführer weiter anberaumten Fälligermassnahmen widersetzen würde (vgl. Urk. 7/AL-Akten/4/1; Urk. 7/AL-Akten/17/1-2).

2.2.3.3.1 Es ist aufgrund der vorliegenden Unterlagen, namentlich der vom Beschwerdegegner beigezogenen Akten der IV-Stelle (Urk. 7/IV-Akten), davon

auszugehen, dass der Beschwerdeführer ihm zumutbare Tätigkeiten ausserhalb des angestammten Bauarbeiterberufs grundsätzlich im Umfang von 100 % auszuführen vermag. Mangels einer gegenteiligen vertrauensärztlichen Beurteilung durch die Organe der Arbeitslosenversicherung (Art. 15 Abs. 3 AVIG) ist vorliegend die Vermutung von Art. 15 Abs. 2 AVIG nicht widerlegt, wonach ein körperlich oder geistig Behinderter als objektiv vermittlungsfähig gilt, wenn ihm bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung seiner Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte. Dass sich der Beschwerdeführer bei der Invalidenversicherung mit hausärztlichem Sukkurs um eine höhergradige Berentung bemüht, ändert daran vorderhand nichts.

Auf Nachfrage des Beschwerdegegners vom 13. Februar 2004 gab der Beschwerdeführer am 25. Februar 2004 zwar an, sich seit September 2003 in seinem angestammten Beruf zu 0 % und hinsichtlich einer anderen Arbeit zu 50 % der Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen (Urk. 7/AL-Akten/5/1 Ziff. 1-2), wobei er den Umstand, dass er sich der Arbeitsvermittlung nicht zu 100 % zur Verfügung stelle, mit "Gesundheit" begründete (Urk. 7/AL-Akten/7/1 Ziff. 3). Weiter gab er an, sich der Arbeitsvermittlung "jederzeit" zur Verfügung zu halten und bereit zu sein, eine zumutbare, behinderungsangepasste Tätigkeit per sofort anzutreten (Urk. 7/AL-Akten/5/1 Ziff. 5-6), und spezifizierte die gesuchte Arbeit dahingehend, dass diese gesundheitlich zumutbar sein müsse, wie etwa eine Tätigkeit als Portier (o.Ä.; Urk. 7/AL-Akten/5/2 Ziff. 7-8). Die entsprechenden Angaben deuten zwar in der Tat auf eine womöglich beschränkte Vermittlungsbereitschaft hin. Indessen trifft es entgegen dem Beschwerdegegner nicht zu, dass der Beschwerdeführer "nie" angegeben habe, im Ausmass einer Vollzeitbeschäftigung arbeiten zu können. Vielmehr hatte dieser zuvor gegenüber der Arbeitslosenkasse beziehungsweise dem RAV am 20. August 2003 deutlich erklärt, im Ausmass einer Vollzeitbeschäftigung zu arbeiten bereit und in der Lage zu sein (Urk. 7/AL-Akten/11/1 Ziff. 3-4), respektive am 12. September 2003 vermerkt, eine Ganztagshilfsarbeitertätigkeit zu suchen (100 %; Urk. 7/AL-Akten/10/1). Dass der Beschwerdeführer stets nach Vollzeitbeschäftigungen Ausschau gehalten hat, wird durch die vom September 2003 bis zum Oktober 2004 aktenkundigen persönlichen Arbeitsbemühungen dokumentiert (Urk. 7/AL-Akten/8/1-16). Und selbst wenn man aufgrund der zuletzt gemachten Angaben unterstellen würde, der Beschwerdeführer sei lediglich zur Aufnahme einer behinderungsangepassten Tätigkeit im Rahmen von 50 % bereit, wäre die zur Bejahung der - graduelle Abstufungen begrifflich ausschliessenden - Vermittlungsfähigkeit erforderliche Bereitschaft, eine zumutbare Arbeit im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspensums anzunehmen, durchaus noch gegeben.

2.2.4.2 Wohl können fortlaufend ungenügende Arbeitsbemühungen dazu führen, dass die Vermittlungsfähigkeit verneint wird. Indessen ist zu beachten, dass die Verwaltung die C. des Beschwerdeführers auf dem Stellenmarkt offenbar als eher bescheiden eingestuft hat (vgl. Urk. 7/AL-Akten/16/1; Urk. 7/AL-Akten/17/4). Dennoch wurde er nie angewiesen, zusätzliche Bemühungen zu tätigen. Insbesondere hat der Beschwerdegegner beziehungsweise das RAV nie zu der für ungenügende Arbeitsbemühungen vorgesehenen Sanktion einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung (Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG) gegriffen, sondern hat der zuständige RAV-Berater die laufenden persönlichen Arbeitsbemühungen (Abkürzung: 'PAB') ausdrücklich für durchwegs in Ordnung befunden (Urk. 7/AL-Akten/17/1-4).

Demnach haben der Beschwerdegegner selbst respektive das RAV die Bemerkungen des Beschwerdeführers ursprünglich nicht als so ungenügend taxiert, dass deswegen triftigerweise auf Vermittlungsunfähigkeit zu schliessen gewesen wäre. Soweit der Beschwerdegegner die Suchbemerkungen gleichsam nachträglich in Zweifel zieht, indem er diese angesichts der persönlichen Ressourcen als unrealistisch (Bürobereich, Verkauf, Aussendienst) oder mit Rücksicht auf die gesundheitliche Situation als lebensfremd (Chauffeur) bezeichnet beziehungsweise als ungenügend (Portier) oder zumindest gesundheitsbedingt problematisch (Lagerist, Hauswart) taxiert, ist festzuhalten, dass Suchbemerkungen in dieser Richtung seitens der Berufsberatung der Invalidenversicherung stets wohlwollend zur Kenntnis genommen und teilweise gar gefördert worden sind (vgl. Urk. 7/IV-Akten, insbes. Urk. 7/IV-Akten/22, Urk. 7/IV-Akten/27, Urk. 7/IV-Akten/43, Urk. 7/IV-Akten/48, Urk. 7/IV-Akten/55 und Urk. 7/IV-Akten/69; vgl. ferner Urk. 7/AL-Akten/17/1). Aktenmässig widerlegt wird überdies auch die Annahme des Beschwerdegegners, wonach der Beschwerdeführer "seine Schreiben jeweils auf Italienisch verfasst". Zwar ist die Einsprache vom 2. April 2004 (Urk. 7/AL-Akten/3) in Italienisch abgefasst, doch finden sich in den vom Beschwerdegegner beigezogenen Akten der IV-Stelle (Urk. 7/IV-Akten) diverse deutschsprachige Schreiben und Unterlagen des Beschwerdeführers (s. Urk. 7/IV-Akten/9; Urk. 7/IV-Akten/11; Urk. 7/IV-Akten/14; Urk. 7/IV-Akten/26; Urk. 7/IV-Akten/30; Urk. 7/IV-Akten/32; Urk. 7/IV-Akten/35-36; Urk. 7/IV-Akten/46-47; Urk. 7/IV-Akten/59), wobei selbst die IV-Anmeldung vom 9. April 2001 mittels deutschsprachigem Formular erfolgte (Urk. 7/IV-Akten/78).

2.3. Nach dem Gesagten fehlen im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung stichhaltige Anhaltspunkte zur Verneinung der Vermittlungsfähigkeit. Zusammenfassend führt dies zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 7. September 2004 (Urk. 2), mit der Feststellung, dass der Beschwerdeführer mit Wirkung ab dem 1. September 2003 vermittlungsfähig ist und Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

3. Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) in Verbindung mit Art. 61 lit. g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) hat die obsiegende beschwerdeführende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

Ausgangsgemäss ist der Beschwerdegegner mithin zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine auf Fr. 1'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer [MWSt]) festzusetzende Prozessentschädigung zu bezahlen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 7. September 2004 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer mit Wirkung ab dem 1. September 2003 vermittlungsfähig ist und Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Der Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Advokat Philippe Zogg

- AWA

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- Unia Arbeitslosenkasse (Zahlstelle 60-729), Münstergasse 2, 8400 Winterthur

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in 3-facher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege [Bundesrechtspflegegesetz/OG] in Verbindung mit Art. 106 OG und Art. 108 OG).

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