Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 246/04

Urteil vom 2. Mai 2005
II. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichter Schön und Frésard; Gerichtsschreiber Ackermann

Parteien
M._____, 1971, Beschwerdeführer, vertreten durch die DAS Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Wengistrasse 7, 8004 Zürich,

gegen

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

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 27. Oktober 2004)

Sachverhalt:
A.
M._____, geboren 1971, erlitt am 29. Dezember 2001 einen Arbeitsunfall, wobei er sich an der rechten Hand eine dislozierte mehrfragmentäre intraartikuläre Matakarpale V-Basisfraktur zuzog. Der zuständige Unfallversicherer stellte mit Schreiben vom 24. September 2003 die Taggeldleistungen per 15. Oktober 2003 ein und verneinte mit Verfügung vom 25. Februar 2004 einen Rentenanspruch.

Nachdem M._____ ab Januar 2003 im Umfang von 30 % als Türsteher einer Bar zu arbeiten begonnen hatte, meldete er sich am 10. Oktober 2003 bei der Arbeitslosenversicherung zum Taggeldbezug ab dem 16. Oktober 2003 (Tag nach Einstellung der Unfallversicherungstaggelder) an. Am 23. Dezember 2003 überwies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich die Akten an das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zürich, damit es über die Vermittlungsfähigkeit des M._____ befinde. Mit Verfügung vom 13. Februar 2004 bejahte das AWA die Vermittlungsfähigkeit ab dem 16. Oktober 2003 im Umfang von 30 % einer Vollzeitbeschäftigung, was es mit Einspracheentscheid vom 12. August 2004 bestätigte.

Mit Verfügung vom 12. August 2004 forderte die Arbeitslosenkasse für die Zeit vom 16. Oktober 2003 bis zum 29. Februar 2004 zu viel ausgerichtete Arbeitslosenentschädigungen im Umfang von Fr. 1'916.30 zurück, da M._____ wegen seiner Arbeit als Türsteher keinen anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausfall erlitten habe. Das dagegen angehobene Einspracheverfahren ist zur Zeit sistiert.
B.
Die gegen den Einspracheentscheid des AWA vom 12. August 2004 betreffend Vermittlungsfähigkeit erhobene Beschwerde hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 27. Oktober 2004

teilweise gut und stellte fest, dass M._____ ab dem 26. Februar 2004 im Rahmen einer Vollzeitstelle vermittelbar sei.
C.
M._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit den Anträgen, unter teilweiser Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und unter teilweiser Aufhebung des Einspracheentscheides sei die Vermittlungsfähigkeit für eine Vollzeitstelle auch für die Zeit vom 1. bis zum 25. Februar 2004 zu bejahen; weiter sei ihm für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung zuzusprechen.
Das AWA schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Staatssekretariat für Wirtschaft auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Vorinstanz hat die für die Vermittlungsfähigkeit massgebenden Bestimmungen und Grundsätze zutreffend dargelegt (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG und Art. 15 Abs. 1 AVIG; vgl. zur Vermittlungsfähigkeit Behinderter Art. 15 Abs. 2 AVIG in Verbindung mit Art. 15 AVIV). Darauf wird verwiesen.
2.
Streitig ist letztinstanzlich allein die Frage der subjektiven Vermittlungsfähigkeit für die Zeit vom 1. bis zum 25. Februar 2004, nicht aber die Frage der Rückerstattung.
2.1 Das kantonale Gericht geht davon aus, dass der Versicherte zunächst keiner vollzeitigen Arbeit habe nachgehen wollen, sondern nur die bereits ausgeübte Tätigkeit als Türsteher mit einem Pensum von 30 % habe weiterführen wollen. Allerdings habe der negative Rentenentscheid des Unfallversicherers vom 25. Februar 2004 wohl zu einem Umdenken geführt, so dass ab dem 26. Februar 2004 die Vermittlungsfähigkeit zu bejahen sei. Auch wenn die Arbeitsbemühungen "dürftig" ausgefallen seien, habe der Beschwerdeführer doch schliesslich eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen und damit seinen Willen nachgewiesen, in vollem Umfang erwerbstätig sein zu wollen.
2.2 Der Versicherte führt zunächst aus, dass der negative Rentenentscheid des Unfallversicherers vom 25. Februar 2004 gar nicht massgebend sein konnte, da ihm spätestens seit der Einstellung der Taggelder im Oktober 2003 bekannt gewesen sei, dass er von der Unfallversicherung in einer leidensangepassten Tätigkeit als voll einsatzfähig erachtet wurde.

Nachdem mit Schreiben des Unfallversicherers vom 24. September 2003 die Einstellung der Taggelder per Mitte Oktober 2003 angekündigt worden war, wusste der Versicherte zwar, dass er diese Leistungen der Unfallversicherung nicht mehr erhalten würde. Jedoch wurde im Schreiben des Unfallversicherers weiter ausgeführt, dass eine volle Arbeitsfähigkeit nur für leidensangepasste Tätigkeiten angenommen wird, so dass der Beschwerdeführer allenfalls mit einem Ersatzeinkommen in Form einer Rente gerechnet hat. Über den Rentenanspruch ist aber erst mit der rentenablehnenden Verfügung vom 25. Februar 2004 entschieden worden, weshalb der Versicherte erst ab diesem Datum nicht mehr mit einem Ersatzeinkommen der Unfallversicherung rechnen konnte. Damit kam der Verfügung des Unfallversicherers für die subjektive Vermittlungsbereitschaft des Beschwerdeführers sehr wohl eine grosse Bedeutung zu.
2.3 Gemäss den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde könne der Vorinstanz insoweit nicht gefolgt werden, als sie sich auf einen kurzen Protokolleintrag des zuständigen Beraters des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (RAV) abstütze, wonach der Versicherte gesagt haben soll, er könne sich keine Arbeit vorstellen, bei welcher er ohne die rechte Hand auskomme. Einerseits liege eine bloss dreizeilige Bemerkung über ein mindestens halbstündiges Gespräch vor, was nicht geeignet sei, eine tatsächliche Aussage zu beweisen, zumal der Berater aus früheren Gesprächen eine fehlende Vermittlungsbereitschaft allenfalls antizipiert habe. Andererseits könne - sogar wenn die Aussage so gemacht worden sei - daraus nicht auf fehlende Vermittlungsbereitschaft geschlossen werden, da der Versicherte bisher vor allem körperlich schwere Arbeiten ausgeführt habe und sich deshalb Gedanken darüber mache, was er mit seiner Hand überhaupt noch tun könne.

Im Protokolleintrag über das Beratungsgespräch vom 26. Februar 2004 ist unter "Aktuelle Sit." aufgeführt, dass der Beschwerdeführer eine Verfügung des Unfallversicherers vom 25. Februar 2004 erhalten habe und eine Einsprache erwäge, "da keine Tätigkeit vorstellbar, wo er ohne rechte Hand auskommt." Unter dem Titel "Stellensuche" hat der Berater weiter eingetragen, dass kein Nachweis für persönliche Arbeitsbemühungen

vorhanden sei, "da er sich nichts vorstellen kann". Schliesslich wird vereinbart, dass der Versicherte Arbeitsbemühungen vornehmen und beim nächsten Termin belegen solle. Entgegen der Auffassung in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist dieser - allerdings knappe - Protokolleintrag durchaus beweiskräftig. Denn die Berater des RAV tragen die Aussagen der Beteiligten bewusst knapp - d.h. auf den Kern reduziert - im Protokoll ein und sind deshalb auf den Inhalt sensibilisiert. Zudem deckt sich dieser Eintrag mit den vorherigen Protokollinhalten, gemäss welchen der Beschwerdeführer sich als (mindestens) 70 % arbeitsunfähig erachtete und sich keine Tätigkeit vorstellen konnte (Protokolleintrag vom 16. Januar 2004) resp. nicht wüsste, nach welcher Stelle er suchen sollte, da die rechte Hand nicht zu gebrauchen sei (Protokoll
vom 21. November 2003). Diese Einträge ergeben das schlüssige Bild, dass sich der Versicherte nicht oder nur in geringem Umfang arbeitsfähig erachtet hat; so hat er denn auch einen Termin beim Stellenvermittler des Unfallversicherers nicht wahrgenommen. Dieses Bild aus den Protokollen des RAV passt zu den im Januar/Februar 2004 gegenüber dem AWA schriftlich gemachten Äusserungen, wonach sich der Versicherte im Wesentlichen als 70 % arbeitsunfähig erachtet und keine Möglichkeit einer weiteren Ausdehnung des Arbeitspensums gesehen hat. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann daraus auch nicht einfach geschlossen werden, er habe sich Gedanken über seine Möglichkeiten in der Zukunft gemacht, da er bisher schwere körperliche Arbeit geleistet habe: Denn er hat sich nicht intensiv um - vom Berater des RAV bereits im November 2003 vorgeschlagene - Stellen als Wächter/Türsteher/Warenhausdetektiv bemüht, sondern hat nur am 3. Februar 2004 bei zwei Hotels um jeweils eine diesem Tätigkeitsprofil entsprechende Teilzeitstelle (Tagesportier) nachgefragt, während er in dieser Hinsicht ab März 2004 dann doch etwas verstärkt gesucht hat.

Bei dieser Sachlage ist die Vermittlungsbereitschaft für eine ein Pensum von 30 % überschreitende Stelle bis zum negativen Rentenentscheid vom 25. Februar 2004 zu verneinen.
2.4 Der Versicherte bringt weiter vor, dass er ab Februar 2004 Arbeitsbemühungen gemacht und diese auch dokumentiert habe, weshalb sich seine Einstellung ab Beginn dieses Monats geändert habe und die Vermittlungsbereitschaft in der Folge ab diesem Zeitpunkt zu bejahen sei.

Im Februar 2004 hat sich der Beschwerdeführer um acht Stellen beworben, wobei es sich jedoch nur um Teilzeitstellen gehandelt hat und die Vorsprache entweder persönlich oder telefonisch - nicht jedoch schriftlich - erfolgt ist. Diese dürftigen Bemühungen decken sich mit den Angaben des Versicherten gegenüber dem AWA sowie den Protokolleinträgen, wonach er sich - wenn überhaupt - höchstens in sehr eingeschränktem Rahmen als arbeitsfähig erachtet hat (vgl. Erw. 2. 3 hievor). Entgegen der Auffassung in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann jedenfalls nicht von "qualitativ und quantitativ genügende[n]Arbeitsbemühungen" gesprochen werden. Auch wenn wegen ungenügender Arbeitsbemühungen in der Regel nicht auf mangelnde Vermittlungsbereitschaft geschlossen werden darf (ARV 1996/97 Nr. 19 S. 101 Erw. 3b), ist dies hier im Gesamtzusammenhang des Verhaltens und der Äusserungen des Versicherten der Fall, soweit es um Tätigkeiten geht, welche die damals innegehabte Arbeit als Türsteher im Umfang von 30 % überschritten haben.
2.5 Die mit Verfügung vom 13. Februar 2004 erfolgte und mit Einspracheentscheid vom 13. Mai 2004 bestätigte Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen ungenügender Arbeitsbemühungen betraf schliesslich das Verhalten im Herbst 2003. Damit kann - entgegen der vorinstanzlichen Beschwerde - nicht davon ausgegangen werden, den ungenügenden Arbeitsbemühungen von Februar 2004 sei bereits angemessen Rechnung getragen worden.
2.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es dem Versicherten bis zum Erlass der rentenablehnenden Verfügung des Unfallversicherers am 25. Februar 2004 an der Vermittlungsbereitschaft gefehlt hat, soweit es sich um Stellen mit einem Pensum von mehr als 30 % handelte.
3.
Das kantonale Gericht hat dem Versicherten "ausgangsgemäss" eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 500.– zugesprochen. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe nicht begründet, weshalb und in welchem Umfang sie eine Reduktion vorgenommen habe; vorliegend habe die Frage der Vermittlungsfähigkeit den Prozessaufwand bestimmt, während der Zeitpunkt, ab welchem diese zu bejahen sei, den Prozessaufwand nicht beeinflusst habe.
3.1 Da es im Hinblick auf die Parteientschädigung nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzt hat, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der

rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 OG in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b OG sowie Art. 105 Abs. 2 OG). Die Auslegung und Anwendung des hier massgebenden Art. 61 lit. g Satz 1 ATSG betreffend Anspruch der obsiegenden Partei auf eine Parteientschädigung prüft das Eidgenössische Versicherungsgericht dabei als Frage des Bundesrechts frei (SVR 2004 Nr. ALV 8 S. 22 Erw. 2).
3.2 Betreffend Höhe der vorinstanzlichen Parteientschädigung schreibt Art. 61 lit. g Satz 2 ATSG lediglich vor, dass diese ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses vom Versicherungsgericht festzusetzen ist. Zu diesen Vorgaben kann auch auf Festsetzungskriterien des kantonalen Rechts abgestellt werden (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, N 102 zu Art. 61); dies gilt insbesondere in den Fällen, in welchen das Bundesrecht - wie hier - keinen Tarif vorgibt und die Regelung dieser Frage dem kantonalen Recht überlässt. Das Eidgenössische Versicherungsgericht darf in dieser Hinsicht die Höhe einer Parteientschädigung nur daraufhin überprüfen, ob die Anwendung der für ihre Bemessung einschlägigen kantonalen Bestimmungen zu einer Verletzung von Bundesrecht geführt hat (Art. 132 OG in Verbindung mit Art. 104 lit. a OG). Dabei fällt praktisch nur das früher aus Art. 4 Abs. 1 aBV abgeleitete, nunmehr in Art. 9 BV verankerte Willkürverbot in Betracht (BGE 125 V 408 Erw. 3a mit zahlreichen Hinweisen; SVR 2001 AHV Nr. 4 S. 11 Erw. 2). Nach der Rechtsprechung, die auch unter der Herrschaft des Art. 9 BV gilt (SVR 2001 AHV Nr. 4 S. 12 Erw. 2 in fine), ist eine Entschädigung
dann willkürlich, wenn sie eine Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletzt, sich mit sachlichen Gründen schlechthin nicht vertreten lässt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 125 V 409 Erw. 3a mit Hinweisen). Willkür kann in zwei Erscheinungsformen auftreten, nämlich als klare und schwere Verletzung kantonalen Rechts über die Bemessung der Entschädigung oder als schlechthin unhaltbare Betätigung in dem vom Bundes- und kantonalen Recht eröffneten Ermessensbereich (AHI 1999 S. 183 f. Erw. 3a in fine). Im letzteren Fall kann die Festsetzung eines Anwaltshonorars wegen Verletzung von Art. 9 BV (oder Art. 29 Abs. 3 BV) nur aufgehoben werden, wenn sie ausserhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu den mit Blick auf den konkreten Fall notwendigen anwaltlichen Bemühungen steht und in krasser Weise gegen das Gerechtigkeitsgefühl verstösst (BGE 118 Ia 134 Erw. 2b). Willkür liegt schliesslich nur vor, wenn nicht nur die Begründung eines Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (vgl. BGE 125 I 168 Erw. 2a, 123 I 5 Erw. 4a, je mit Hinweisen).

Praxisgemäss (vgl. SVR 2000 IV Nr. 11 S. 31 Erw. 2b) ist - soweit es um die Anwendung von Bundesrecht geht (betreffend kantonale Normen: vgl. oben)- dem erstinstanzlichen Gericht bei der Bemessung der Entschädigung ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen (BGE 114 V 87 Erw. 4b; ZAK 1989 S. 254 Erw. 4b, je mit Hinweisen). Ermessensmissbrauch (Art. 104 lit. a OG) liegt vor, wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot der Willkür oder rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 123 V 152 Erw. 2 mit Hinweisen; AHI 1999 S. 184 Erw. 3b). Im Rahmen seines Ermessens hat das erstinstanzliche Gericht für die Bestimmung der Höhe des Anwaltshonorars die Wichtigkeit und Schwierigkeit der Streitsache, den Umfang der Arbeitsleistung und den Zeitaufwand des Anwalts zu berücksichtigen (BGE 114 V 87 Erw. 4b; vgl. Art. 2 Abs. 1 des Tarifs über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht vom 16. November 1992, SR 173.119.2). Dabei kann das
durchschnittliche Anwaltshonorar pro Stunde gemäss Rechtsprechung je nach der kantonalen Anwaltsgebühren-Regelung willkürfrei innerhalb einer relativ weiten Bandbreite von ca. Fr. 160.- bis Fr. 320.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) festgesetzt werden (SVR 2002 ALV Nr. 3 S. 6 Erw. 4b und c).
3.3 Der Beschwerdeführer ist vor dem kantonalen Gericht nur teilweise durchgedrungen, indem die Vermittelbarkeit für eine ein 30 %-Pensum übersteigende Stelle allein ab dem 26. Februar 2004 (und bis zur Abmeldung per 1. Juli 2004) bejaht worden ist, während der entsprechende Antrag für die Zeit vom 16. Oktober 2003 bis zum 25. Februar 2004 abgelehnt wurde.

Art. 61 lit. g ATSG sieht nur vor, dass die obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten hat. Da der Versicherte bloss teilweise obsiegt hatte, erfolgte die Ausrichtung einer reduzierten Parteientschädigung zu Recht; das kantonale Gericht hat dies auch insoweit begründet, als es die Reduktion "ausgangsgemäss" vorgenommen hat. Dies deckt sich denn auch mit den Vorgaben des zürcherischen Rechts, sieht doch § 34 Abs. 3

des zürcherischen Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht vom 7. März 1993 (212.81) explizit vor, dass sich die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung (unter anderem) nach dem Mass des Obsiegens bemisst. Die Kürzung der Parteientschädigung wegen bloss teilweisen Obsiegens verstösst deshalb nicht gegen Art. 61 lit. g ATSG und ist auch nicht willkürlich (vgl. Erw. 3.2 hievor).
Aber auch die Höhe der zugesprochenen Parteientschädigung kann angesichts der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g Satz 2 ATSG sowie § 34 Abs. 3 des zürcherischen Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht) und des weiten Ermessenspielraums des vorinstanzlichen Gerichts (vgl. Erw. 3.2 hievor) gerade noch als nicht unangemessen resp. als nicht willkürlich betrachtet werden: Geht man davon aus, dass der Versicherte etwa zur Hälfte obsiegt hat (Vermittlungsbereitschaft für Stellen im Umfang von 100 % nur vom 26. Februar bis zum 30. Juni 2004 statt von 16. Oktober 2003 bis zum 30. Juni 2004), würde eine volle Parteientschädigung etwas über Fr. 1000.- ausmachen; in Anbetracht des doch beschränkten Prozessthemas (Vermittlungsbereitschaft) sowie der Tatsache, dass dem Rechtsvertreter der Sachverhalt bereits aus dem Verwaltungsverfahren bekannt gewesen ist, lässt sich dies gerade noch vertreten.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 2. Mai 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der II. Kammer: Der Gerichtsschreiber: