

1. Kammer als Versicherungsgericht

# URTEIL

vom 17. August 2004

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Anspruch nach AVIG

..

1. ..., geboren 1953, war als Hilfsarbeiter bei der ... AG in ... tätig. Mit Wirkung per 31. November 2002 wurde er wegen massiven Einbruchs des Auftragsvolumens entlassen. Am 2. Juli 2002 meldete er einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 6. Januar 2003 an. Ausserdem meldete er sich bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) zum Bezug von Leistungen an. Dieses Leistungsbegehren wurde abgelehnt, wogegen der Versicherte Einsprache erhob.
2. a) Auf Anweisung des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (RAV) absolvierte der Versicherte von April bis Juli 2003 ein Abklärungsprogramm beim Zentrum ... in ... Der Abschlussbericht äussert Zweifel an einer vollen Arbeitsfähigkeit, bejaht aber die Möglichkeit einer leichten Arbeit im Umfang von 50%. Weiter wurde der Versicherte angewiesen, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung bei der ... in ... zu unterziehen. Dr. med. ... stellt in seinem Bericht vom 21. August 2003 eine erhebliche Diskrepanz zwischen den objektiven Befunden und den Beschwerden des Patienten, namentlich der Ausweitung der Schmerzsymptome auf sämtliche Gelenke, fest. Theoretisch sei der Patient unter bestimmten Voraussetzungen zu 100% arbeitsfähig. Praktisch sei dies jedoch kaum zu realisieren.
- b) Mit Verfügung vom 18. September 2003 erklärte das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) den Versicherten gestützt auf die Aussagen der ... und des Zentrums ... für vermittlungsunfähig und versagte ihm per 19. August 2003 den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Dagegen erhob

der Versicherte am 28. Oktober Einsprache. Aus den IV-Akten ergebe sich, dass keine offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit vorliege. Bis zur rechtskräftigen Erledigung des IV-Verfahrens gelte deshalb die Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung (AIV).

Mit Urteil S 03 145 vom 13. Januar 2004 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde des Versicherten betreffend IV-Leistungen ab, da er unter gewissen Voraussetzungen zu 100% arbeitsfähig sei. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Bericht der Klinik ... vom 17. Dezember 2002. Dagegen erhob der Versicherte Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht. Diese wurde mit Entscheid vom 25. Juni 2004 gutgeheissen und die Sache zur weiteren Abklärung und Neubeurteilung an die Verwaltung zurückgewiesen.

Mit Entscheid vom 23. März 2004 lehnte das KIGA die Einsprache bezüglich des Anspruches auf Arbeitslosenentschädigung ab.

3. a) Dagegen erhob der Versicherte am 3. Mai 2004 form- und fristgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit Antrag auf Aufhebung des Einspracheentscheides, die gesetzlichen Arbeitslosenversicherungsleistungen seien zuzusprechen. Das Verwaltungsgericht sei in seinem Urteil betreffend IV-Leistungen zum Schluss gekommen, der Versicherte könne bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage eine Tätigkeit im Umfang von 100% ausüben. Das KIGA habe seine Verfügung vom 18. September damit begründet, eine Verwertung der Restarbeitsfähigkeit des Versicherten auf dem Arbeitsmarkt sei nicht möglich. Entsprechend der Beurteilung des Verwaltungsgerichtes sei die Vermittlungsfähigkeit aber zu bejahen. Zudem hätten auch die ... und das Zentrum ... eine Teilzeitarbeit für möglich gehalten, weshalb mindestens die Vermittlungsfähigkeit im Umfang von 50% anzunehmen sei. Die Vorleistungspflicht der AIV werde systematisch unterwandert. Da die Sozialversicherungen darauf bedacht seien, keine Leistung erbringen zu müssen, bleibe dem Versicherten nichts anderes übrig, als beide Verfügungen anzufechten. Dies sei nicht unredlich, denn die Verfügungen der Sozialversicherungen seien widersprüchlich gewesen.

- b) In seiner Vernehmlassung beantragt das KIGA die Abweisung der Beschwerde. Es sei schon allein aus objektiver Sicht fraglich, ob der Versicherte vermittlungsfähig sei. Die Beurteilung der ... gehe von einer theoretischen Arbeitsfähigkeit von 100% aus. Im Beschäftigungsprogramm ... habe sich aber gezeigt, dass die Vermittlungsfähigkeit eingeschränkt sei. Der Versicherte habe die Arbeit wegen Schmerzen immer wieder unterbrechen müssen. Das Zentrum ... habe deshalb bezweifelt, ob eine 100%-ige Arbeit möglich sei. Die AIV sei nicht zwingend leistungspflichtig, wenn die IV nicht leiste. Wer trotz eines schweren Gesundheitsschadens invalidenversicherungsrechtlich nicht in rentenbegründendem Mass erwerbsunfähig sei, könne gleichwohl arbeitsversicherungsrechtlich gesehen vermittlungsunfähig sein. Die AIV sei nicht an die Beurteilung der IV gebunden, daran habe auch die Einführung des ATSG nichts geändert. Vorleistungspflichtig sei sie nur, wenn ein Anspruch auf Leistung bestehe, aber unklar sei, welche Sozialversicherung sie zu erbringen habe und nur dann, wenn die gesuchstellende Person bei der AIV angemeldet und anspruchsberechtigt sei. Vorliegend fehle es an der Vermittlungsfähigkeit. Auch die subjektive Bereitschaft Arbeit anzunehmen, müsse dem Versicherten abgesprochen werden. Er verhalte sich widersprüchlich, da er gegenüber der AIV anders argumentiere als gegenüber der IV. Er habe seit August 2003 keine Arbeitsbemühung vorzuweisen und das Formular „Angaben zur versicherten Person“ nie eingereicht. Schliesslich sei er dem Beratungsgespräch vom 26. Mai 2004 unentschuldig ferngeblieben.
- c) In seiner Replik bekräftigt der Versicherte seinen Arbeitswillen, welcher sich auch aus dem Bericht des Zentrums ... eindeutig ergebe. Er sei nie aufgeklärt worden, dass er Arbeitsbemühungen vorzunehmen habe und das angegebene Datum des Beratungsgesprächs könne nicht stimmen.
- d) In seiner Duplik ergänzt das KIGA, dass das versäumte Beratungsgespräch am 17. Mai gewesen wäre.  
Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

### Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Anfechtungsobjekt ist der Einspracheentscheid vom 23. März 2004 und die zugrunde liegende Verfügung vom 18. September 2003. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung zu Recht wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit verweigerte.
  
2. a) Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. f des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG; SR 837.0) hat der Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung sofern er unter anderem vermittlungsfähig ist. Dies ist die arbeitslose Person gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG dann, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehören demnach die objektive Arbeitsfähigkeit, sowie subjektiv die Bereitschaft des Versicherten, seine Arbeitskraft entsprechend seinen persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (vgl. BGE 120 V 388 E. 3a). Zunächst gilt es, die relevante Anspruchsgrundlage zu bestimmen. Fraglich ist, ob der Versicherte wegen Krankheit als vorübergehend ganz oder teilweise vermittlungs- oder arbeitsunfähig im Sinne von Art. 28 Abs. 1 AVIG oder aber als behindert im Sinne von Art. 15 Abs. 2 AVIG zu qualifizieren ist. Mit Behinderung wird ein dauernder Gesundheitsschaden bezeichnet. Unter den Begriff der körperlich oder geistig Behinderten fallen hier nicht nur Versicherte, die eine IV-Rente beziehen, sondern auch solche, bei denen der dauernde Gesundheitsschaden noch nicht ein solches Ausmass erreicht hat, dass sie rentenberechtigt wären. Entscheidend ist, dass der Gesundheitsschaden grundsätzlich von Dauer ist und dass er die Arbeitsfähigkeit vermindert oder vermindern kann, d.h. dass der Versicherte wegen seines Gesundheitsschadens nicht mehr die volle Leistungsfähigkeit besitzt, und zwar in einem Masse, dass seine Vermittlungsfähigkeit beeinträchtigt wird (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, N 84 zu Art. 15 AVIG).

b) Gemäss dem Bericht der Klinik ... vom 17. Dezember 2002 leidet der Versicherte unter einem chronischen Schmerzsyndrom bei Wirbelsäulenfehlhaltung und –form bei/mit muskulärer Dysbalance, Dekonditionierung und mediorechtslateraler Diskushernie L4/5 (MRI 4/02), mikrozytärer, hypochromer Anämie DD (Thalassämie) und einer Leberparametererhöhung. Bei leichter bis mittelschwerer Tätigkeit sei der Versicherte zu 100% arbeitsfähig. Der Hausarzt des Versicherten, Dr. med. ..., schreibt am 6. Juni 2003, der Versicherte gebe Schmerzen in praktisch allen Gelenken an. Er habe versucht, eine leichte Arbeit aufzunehmen, habe diese aber wegen den Gelenkschmerzen nach wenigen Tagen aufgeben müssen. Im Bericht der ... vom 21. August 2003 wird eine rein theoretische Arbeitsfähigkeit von 100% und damit seine Vermittlungsfähigkeit festgestellt, dies bei wechselnd sitzend, stehend, gehender Tätigkeit mit manueller Arbeit ohne Heben schwerer Lasten über 10 kg. Aufgrund der bereits eingetretenen Symptomausweitung - der Versicherte klagt über unklare Schmerzen in den Gelenken - sei dies aber praktisch kaum zu realisieren. Ein Teilzeitpensum wäre zu begrüssen.

Daraus ergibt sich, dass der Versicherte an einem dauerhaften Gesundheitsschaden leidet, der seine Arbeitsfähigkeit und damit seine Vermittlungsfähigkeit beeinträchtigt. Seine Anspruchsberechtigung beurteilt sich demzufolge nach Art. 15 Abs. 2 AVIG.

3. a) Laut dieser Bestimmung gilt eine körperlich oder geistig behinderte Person als vermittlungsfähig, wenn ihr bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung ihrer Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte. Die Vermittlungsfähigkeit beurteilt sich demnach auf der hypothetischen Grundlage der „ausgeglichenen Arbeitsmarktlage“. Eine solche liegt vor, wenn ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage herrscht und wenn der Arbeitsmarkt von seiner Struktur her verschiedenartige Stellen offen hält. Der Versicherte gilt nicht bereits als einsetz- und vermittelbar, wenn er bei Hochkonjunktur und ausgesprochenem Arbeitskräftemangel einen Arbeitsplatz finden könnte (Gerhards, a.a.O., N 89 zu Art. 15 AVIG; ARV 2002 241 E. 3c; ARV 1998 Nr. 5 S. 30 E. 3b/aa).

- b) Bei körperlich und geistig behinderten Personen kann sich die Frage der Koordination zwischen der Arbeitslosen- und Invalidenversicherung stellen. Gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) ist die Arbeitslosenversicherung für Leistungen vorleistungspflichtig, deren Übernahme durch die Arbeitslosenversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist. Vorleistungspflichtig ist ein Versicherungsträger aber nur, wenn jedenfalls ihm gegenüber ein Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen besteht. Die AIV knüpft dabei, wie bereits ausgeführt, an das Vorliegen einer Vermittlungsfähigkeit (vgl. Kieser, Kommentar zum ATSG, Zürich 2003, N 2 und N 16 zu Art. 70). Die konkrete Ausgestaltung der Koordination hat der Gesetzgeber gemäss Art. 15 Abs. 2 AVIG an den Bundesrat delegiert. Dieser erliess gestützt darauf Art. 15 Abs. 3 der Arbeitslosenversicherungsverordnung (AVIV; SR 837.02) und legte darin einen weiten Begriff der Vermittlungsfähigkeit fest. Danach gilt ein Behinderter, der unter Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist und sich bei der Invalidenversicherung angemeldet hat, bis zum Entscheid der Invalidenversicherung als vermittlungsfähig. Ein Entscheid der IV-Stelle in Bezug auf das Leistungsbegehren des Versicherten ist nach dem Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes noch hängig. Es besteht also eine Vermutung zugunsten der Vermittlungsfähigkeit, auch und gerade wenn Zweifel über diese bestehen. Eine behinderte Person gilt daher so lange als vermittlungsfähig, als nicht eine offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit festgestellt ist. Diese liegt nur dann vor, wenn sie ohne weitere Abklärungen aus den Akten, allenfalls gestützt auf Ermittlungen anderer Sozialversicherungen oder aufgrund anderer Umstände, ersichtlich ist. Bei erheblichen Zweifeln an der Arbeitsfähigkeit kann gemäss Art. 15 Abs. 3 AVIG eine vertrauensärztliche Untersuchung angeordnet werden. Wird keine solche durchgeführt oder ergibt sie keine offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit, dann kommt die Vermutung zum Tragen, wonach diese zu bejahen ist (ARV 2002 S. 241 E. 3d; vgl. Gerhards, a.a.O., N 87, N 93, N 96 ff. zu Art. 15 AVIG; Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2003, S. 148 f.).

- c) Fraglich ist also, ob der Versicherte als offensichtlich vermittlungsunfähig bezeichnet werden muss. Vorliegend verneinte die Vorinstanz seine Bereitschaft, die Restarbeitsfähigkeit zu verwerfen. Dies mit der Begründung, dass er sich widersprüchlich verhalte, keine Arbeitsbemühungen vorgenommen habe und einem Beratungsgespräch unentschuldig ferngeblieben sei. Tatsächlich ist eine Person als vermittlungsunfähig einzustufen, wenn sie sich selbst nicht als arbeitsfähig erachtet, weder eine Arbeit sucht, noch eine zumutbare Arbeit annimmt (Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht - AVIG, Zürich 1998, S. 41 f.; ARV 1996/97 Nr. 34 S. 193). Es ist unbestritten, dass der Versicherte für die Zeit seit August 2003 keine Arbeitsbemühungen vorweisen kann und das Formular „Angaben zur versicherten Person“ nicht abgegeben hat. Aus diesen klar ungenügenden persönlichen Arbeitsbemühungen kann aber nicht ohne weiteres auf seine fehlende Bereitschaft geschlossen werden. Zunächst ist nicht aktenkundig, ob der Versicherte je darüber aufgeklärt wurde, dass er trotz des abschlägigen Bescheides vom 18. September 2003 weiterhin Arbeitsbemühungen vorzunehmen habe. Zudem werden mangelnde Arbeitsbemühungen primär mit einer vorübergehenden Einstellung in der Arbeitslosenentschädigung gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG sanktioniert und führen erst bei fortdauernden und qualifiziert ungenügenden Bemühungen zur Verneinung der Vermittlungsfähigkeit. Es ist nicht aktenkundig, ob in dieser relativ langen Zeit je eine solche (mildere) Massnahme ergriffen worden wäre. Eine solche Massnahme hätte aber einer Feststellung der Vermittlungsunfähigkeit aufgrund subjektiver Elemente vorausgehen müssen. Weiter ist kein Fall dokumentiert, in welchem der Versicherte eine zumutbare Stelle nicht angenommen hätte. Das Vorgehen des Versicherten, sich einerseits um IV-Leistungen zu bemühen und andererseits gleichzeitig für eine Arbeitslosenentschädigung zu argumentieren, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die AIV ist bei der Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit nicht an die Feststellungen der IV gebunden, weswegen es durchaus verständlich ist, wenn der Versicherte auch unterschiedlich argumentiert. Ebenso kann aus dem Versäumen eines einzelnen Beratungsgespräches nicht auf mangelnde subjektive Bereitschaft zur

Annahme von Arbeit geschlossen werden. Dies umso weniger, als das betreffende Beratungsgespräch erst im Mai 2004 stattfinden sollte und nicht dokumentiert ist, dass in der ganzen Zeit vorher je ein solches stattgefunden hätte, obwohl dies angebracht gewesen wäre. Schliesslich ergibt sich aus dem Bericht des Zentrums ... eine positive Einstellung des Versicherten zur Arbeit. Der Ansicht der Vorinstanz kann deshalb nicht gefolgt werden. Es liegt keine offensichtliche subjektive Vermittlungsunfähigkeit des Versicherten vor.

- d) Auch bezüglich der objektiven Vermittlungsfähigkeit kann der Einschätzung der Vorinstanz nicht gefolgt werden. Das Zentrum ... erachtet eine leichte Tätigkeit etwa bei einer Tankstelle oder in einem Fabrikbetrieb im Umfang von 50% für möglich. Der Bericht der ... hält fest, dass der Versicherte medizinisch theoretisch zu 100% arbeitsfähig sei und wenigstens in einem Teilzeitpensum wieder in den Arbeitsprozess eingegliedert werden sollte. Schliesslich hat das Verwaltungsgericht in S 03 145 festgestellt, dass der Versicherte unter gewissen Voraussetzungen zu 100% arbeitsfähig sei. Daraus ergibt sich, dass der Gesundheitszustand des Versicherten nicht derart enge Grenzen setzt, dass eine Verwertung der Restarbeitszeit auf dem Arbeitsmarkt offensichtlich unmöglich wäre. Damit liegt auch in objektiver Hinsicht keine offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit vor.
4. Zusammengefasst folgt daraus, dass der Versicherte von der Vorinstanz zu Unrecht als offensichtlich vermittlungsunfähig im Sinne von Art. 15 Abs. 3 AVIV qualifiziert und damit sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint wurde. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid und die zugrunde liegende Verfügung aufzuheben. Das KIGA ist anzuweisen, die Anspruchsberechtigung des Versicherten unter Annahme der Vermittlungsfähigkeit neu zu prüfen.
5. Gemäss Art. 61 lit. a ATSG und Art. 11 der kantonalen Verordnung über das Verfahren in Sozialversicherungstreitsachen (VVS) ist das kantonale Beschwerdeverfahren bei Sozialversicherungstreitigkeiten – ausser bei leichtsinniger oder mutwilliger Prozessführung – kostenlos.

Dem Versicherten ist gemäss Art. 61 lit. g ATSG eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

**Demnach erkennt das Gericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 23. März 2004 sowie die zugrunde liegende Verfügung vom 18. September 2003 werden aufgehoben. Das KIGA wird angewiesen, die Anspruchsberechtigung unter Annahme der Vermittlungsfähigkeit neu zu prüfen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kanton Graubünden (Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit) entschädigt ... aussergerichtlich mit Fr. 2000.-- (inkl. MwSt).