

1. Kammer als Versicherungsgericht

# URTEIL

vom 27. Mai 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Vermittlungsfähigkeit

1. a) Der heute 59-jährige ... (geb. 02.03.1946) ist verheiratet, Vater zweier noch minderjähriger Töchter und von Beruf gelernter Landwirt. Seit 1983 arbeitete er beim Bauamt ... Diese Stelle wurde ihm wegen seiner angeschlagenen Gesundheit (namentlich Funktionseinschränkungen am linken Vorderarm) und der damit verbundenen Leistungseinbusse als Bauarbeiter im Frühling 2004 gekündigt.
- b) Am 30. Januar 2004 stellte der Versicherte beim Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (ALE), worin er angab, noch zu 30% bereit und in der Lage zu sein, zu arbeiten. Ein bereits früher gestelltes Gesuch (2001) um Ausrichtung einer IV-Rente wurde damals (2002) mit der Begründung abgelehnt, dass bei einem ermittelten IV-Grad von 37.78% (Validenlohn Fr. 67'912.--; mutmasslicher Invalidenlohn Fr. 42'250.--; Minderverdienst Fr. 25'662.--) noch kein Rentenanspruch bestünde. Jener Entscheid erwuchs in Rechtskraft.
- c) Nach weiteren Abklärungen über den aktuellen Gesundheitszustand und die Restarbeitsfähigkeit des Versicherten im Kreuzspital Chur im Juni 04 (Vertrauensärztliche Untersuchung durch Dr. med. ...) entschied das KIGA mit Verfügung vom 26. Juni 2004, den ALE-Gesuchsteller noch als zu 50% vermittlungsfähig einzustufen. In der dagegen erhobenen Einsprache vom 26. August 2004 beantragte der Versicherte, stattdessen im Umfang von 100% als vermittlungsfähig eingestuft zu werden.

- d) Im Schreiben vom 21. Oktober 2004 teilte das KIGA dem Einsprecher mit, dass es gestützt auf die inzwischen eingeholten Unterlagen (Controlling-Bericht Pro Wiv/RAV vom 13.10.2004; Nachweise betreffend persönlicher Arbeitsbemühungen [Zeitperiode Jan.-Sept. 04]) im Weiteren einen Entscheid zu seinen Ungunsten nicht ausschliessen könnte und ihm deshalb die Möglichkeit zum Einspracherückzug innert 10 Tagen geboten werde.
  - e) Mit Antwort vom 1. November 2004 hielt der Einsprecher unverändert an seinem Antrag auf Anerkennung der Vermittlungsfähigkeit zu 100% fest.
  - f) Mit Entscheid vom 15. Dezember 2004 wies das KIGA die Einsprache ab; zudem lehnte es jede Anspruchsberechtigung auf ALE infolge fehlender Vermittlungsfähigkeit (reformatio in peius) seit dem 23.09.2004 (laut Arztbericht von Dr. ... seither zu 100% arbeitsunfähig taxiert) ab. Zur Begründung brachte es im Wesentlichen vor, dass der Einsprecher in Anbetracht der ihm zu 100% bescheinigten Arbeitsunfähigkeit neuerdings überhaupt nicht mehr vermittelbar sei, was er im August/November 04 (Beratungsgespräche mit RAV) gar noch selbst eingeräumt habe. Einzig sein Anwalt stelle sich (aus rein versicherungstechnischen Gründen) weiterhin (unbeirrt der Fakten) auf den Standpunkt, dass sein Mandant trotzdem zu 100% arbeitsfähig und somit auch voll vermittlungsfähig wäre.
2. Dagegen erhob der Versicherte am 28. Januar 2005 frist- und formgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Begehren um Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie Feststellung, dass seine Vermittlungsfähigkeit 100% betrage. Eventuell sei die Sache zur weiteren Abklärung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz (KIGA) zurückzuweisen. Zunächst wurde eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kritisiert, da für die „reformatio in peius“ im Einspracheentscheid (nicht 50%; sondern 0% vermittlungsfähig) nicht auf die im Schreiben vom 21.10.2004 angeführten Gründe (Controlling-Bericht sowie Arbeitsbemühungen) abgestellt, sondern ein komplett neuer Grund (100% AUF laut Arztattest) genannt worden sei, wozu er sich vorher nicht habe äussern können. Materiell wurde weiter vorgebracht, dass die erwähnten Arzt- und Kontrollberichte

falsch interpretiert worden seien, dass die AUF zu 100% ab 23.09.2004 auf einem Arbeitsunfall (Metallsplitter in linke Hand [Daumen] gebohrt) im Zuge des Pro Wiv-Programms beruhe, wobei die Handverletzung nach kurzer Zeit wieder verheilt sei. Soweit Dr. ... im Dezember 04 stets noch eine 100%-ige AUF bescheinigt habe, sei davon auszugehen, dass er damit die körperlich schwere Tätigkeit als Bauarbeiter gemeint habe. Für körperlich leichtere, den linken Vorderarm schonende Ersatztätigkeiten sei er aber noch zu 100% arbeitsfähig. Nichts anders gehe auch aus dem früheren IV-Entscheid (2001/02) hervor.

3. In der Stellungnahme beantragte das KIGA Abweisung der Beschwerde. Eine Verletzung des rechtliches Gehörs liege nicht vor, da eine allfällige Schlechterstellung des Beschwerdeführers im ALE-Verfahren (reformatio in peius) vorher mit Brief vom 21.10.2004 korrekt angekündigt worden sei und danach die Durchführung einer weiteren Anhörung gar nicht mehr nötig gewesen sei, zumal der Versicherte den Inhalt der nachgereichten Arztatteste als auch denjenigen der RAV-Beratungsgespräche vor Erlass des Einsprachentscheids genau gekannt habe. Ferner hätte selbst nach einem Rückzug der Einsprache immer noch die Möglichkeit bestanden, bisher unberücksichtigte Entscheidfaktoren mittels Revision einzubringen.
4. Ein zweiter Schriftenwechsel brachte keine neuen Gesichtspunkte hervor.

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

1. a) Nach Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) kann gegen eine Verfügung innert 30 Tagen bei der verfügenden Behörde Einsprache erhoben werden. Präzisierend wird dazu in Art. 12 der zugehörigen Verordnung (ATSV; SR 830.11) noch bestimmt, dass der Versicherer an das Begehren der Einsprache führenden Person nicht gebunden sei und eine Verfügung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Einsprechers abändern könne (Abs. 1). Beabsichtige der Versicherer aber die Verfügung zu Ungunsten des

Einsprechers abzuändern, sei dem Einsprecher vorher nochmals die Gelegenheit zum Rückzug der Einsprache zu geben (Abs. 2).

- b) Die Garantie auf Respektierung des rechtlichen Gehörs ist heute ein verfassungsmässig geschütztes Individualrecht (Art. 29 BV und Art. 6 EMRK) und hat damit den Charakter eines eigenständigen Grundrechts (Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 48 und 139). Teilgehalte der Gehörsgarantie sind u.a. der Anspruch auf Akteneinsicht und Mitwirkung am Beweisverfahren. Letzterer umfasst die Teilansprüche, selbst Beweisanträge zu stellen, Beweismittel einzureichen, an den Beweiserhebungen teilzunehmen und sich zum Beweisergebnis des Verfahrens zu äussern (Hotz, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV Rz 33; PVG 2004 Nr. 34, 2003 Nr. 38, 1997 Nr. 14 und Nr. 70; statt vieler: BGE 129 I 85 E. 4.1 S. 88, 127 I 54 E. 2b S. 56 und 126 I 7 E. 2b S. 10 f.). Davon ausgehend, dass bestimmte Verfahrensvorschriften so gewichtig und elementar sind, dass ihre Missachtung für sich allein bereits zur Fehlerhaftigkeit des damit verknüpften Sachentscheids führt, kann die adäquate Rechtsfolge nur die Kassation dieser Entscheide und die Wiederholung des Verfahrens durch die zuständige Vorinstanz sein (ZBI 4/2005, VIII, S. 194/5).
- c) Im Lichte dieser Grundsätze ergibt sich vorliegend, dass die Vorgehensweise der Vorinstanz formell nicht über alle Zweifel erhaben war und daher die ganze Angelegenheit aus Gründen der Fairness und Transparenz (umfassende Wahrung des Gehörsanspruchs) zur Wiederholung des Einspracheverfahrens ans zuständige KIGA zurückgewiesen werden muss. Die Sachdarstellung der Vorinstanz, wonach die Ankündigung eines „Entscheids zu Ungunsten“ des Einsprechers im Brief vom 21.10.2004 sowie der darin enthaltene Hinweis auf die Rückzugsmöglichkeit der Einsprache ausreichend gewesen seien, um hiernach – ohne erneute Anhörung des Gesuchstellers vor Erlass des verschärften Einspracheentscheids – trotzdem bereits auf eine reformatio in peius zu erkennen, ist so nicht haltbar und damit unzutreffend. Wie dem besagten Brief unschwer zu entnehmen ist, wurde darin lediglich ein negativer (Einsprache-) Entscheid in Aussicht gestellt, ohne

damit zwangsläufig schon auf eine zusätzliche Verschlechterung der Bezugsberechtigung auf ALE des Gesuchstellers im Vergleich zur früheren Verfügung vom Juni 04 schliessen zu müssen. Nebst dieser Unklarheit fällt unter dem Blickwinkel des rechtlichen Gehörs weiter ins Gewicht, dass die damalige Begründung im Brief auf ganz anderen Leitmotiven beruhte, als sie später dem Einspracheentscheid zugrunde gelegen hatten. Während im erwähnten Brief vom Okt. 04 unter Beilage eines Controlling-Berichts (Pro Wiv/RAV) und diverser Nachweise für zahlreiche Arbeitsbemühungen ein nachteiliger Entscheid in Aussicht gestellt wurde, fusste die Begründung im Einspracheentscheid vom Jan. 05 hingegen zur Hauptsache auf der von Dr. ... (zuletzt im Dez. 04) attestierten AUF von 100%. Dieser Begründungswechsel erfolgte aber nachweislich ohne vorgängige Anhörung des Betroffenen, womit die daraus abgeleitete reformatio in peius klarerweise gegen Art. 29 BV bzw. Art. 12 ATSV versties und somit das entsprechende Verfahren noch korrekt nachzuholen ist, ehe materiell über die weiteren Streitpunkte entschieden werden kann.

2. a) Der angefochtene Einspracheentscheid ist demnach zufolge gravierenden Formmangels (Gehörsverweigerung) aufzuheben und die Angelegenheit nochmals zur Behandlung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerde wird infolgedessen gutgeheissen.
  
- b) Gerichtskosten werden keine erhoben, da das kantonale Beschwerdeverfahren nach Art. 61 lit. a ATSG und Art. 11 der grossrätlichen Verordnung über das Verfahren in Sozialversicherungsstreitsachen (BR 542.300) – ausser hier nicht zutreffender Ausnahmen – im Grundsatz kostenlos ist. Hingegen hat die Vorinstanz den obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer gemäss Art. 61 lit. g ATSG aussergerichtlich angemessen zu entschädigen.

**Demnach erkennt das Gericht:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zur erneuten Prüfung und Entscheidung – unter Wahrung des rechtlichen Gehörs – zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Aussergerichtlich hat das KIGA ... mit Fr. 1'800.-- (inkl. MwSt.) zu entschädigen.