



SV 20 34

BGer 8C_595/2021 vom 17. März 2022/Teilweise Gutheissung

**Entscheid vom 26. April 2021
Sozialversicherungsabteilung**

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Verwaltungsrichter Sepp Schnyder,
Verwaltungsrichterin Dr. med. Carole Bodenmüller,
Gerichtsschreiber Marius Tongendorff.

Verfahrensbeteiligte

A.____,

vertreten durch lic. iur. Viktor Estermann, Rechtsanwalt,
Sempacherstrasse 6, Postfach 2070, 6002 Luzern,

Beschwerdeführer,

gegen

Regionales Arbeitsvermittlungszentrum OW/NW,
Bahnhofstrasse 2, Postfach 246, 6052 Hergiswil NW,

Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Leistungen AVIG

Beschwerde gegen den Einspracheentscheid des RAV
OW/NW vom 2. Dezember 2020 (140/2020).

Sachverhalt:

A.

A.____ (Versicherter/Beschwerdeführer) war zuletzt vom 1. April 2013 bis 20. Juni 2020 bei der Stiftung B.____ als Abteilungsleiter Restaurant & Café angestellt. Mit Schreiben vom 20. März 2020 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per Ende Juni 2020 (RAV-Bel. 8). Mit gleichentags verfasstem «Begleitschreiben zur Kündigung» gewährte die Stiftung dem Beschwerdeführer eine zusätzliche Kündigungsfrist von zwei Monaten. Damit endete das Arbeitsverhältnis effektiv Ende August 2020 (RAV-Bel. 7).

Am 27. März 2020 stellte der Beschwerdeführer bei seiner Wohngemeinde den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juli 2020 (RAV-Bel. 6). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2020 lehnte das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) den Antrag zufolge fehlender Vermittlungsfähigkeit ab 1. Juli 2020 ab (RAV-Bel. 3). Die hiergegen erhobene Einsprache vom 24. November 2020 wies das RAV mit Entscheid 140/2020 vom 2. Dezember 2020 ab (RAV-Bel. 7).

B.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 11. Dezember 2020 Beschwerde mit den Anträgen:

- «1. Der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin (140/2020) vom 02.12.2020 sei aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.
2. Eventuell sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer ab 01.07.2020, jedoch spätestens seit 01.09.2020 vermittlungsfähig sei.
3. Dem Beschwerdeführer ist ein Replikrecht einzuräumen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.»

C.

Die am 12. Februar 2021 der Post übergebene Beschwerdeantwort vom 8. Februar 2021 des RAV wurde zufolge Fristversäumnis aus dem Recht gewiesen. Die übermittelten RAV-Akten blieben hingegen bei der Prozedur.

D.

Die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts Nidwalden hat die vorliegende Beschwerdesache anlässlich ihrer Sitzung vom 26. April 2021 in Abwesenheit der Parteien abschliessend beraten und beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien in den Rechtschriften und in den Akten wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:**1.**

Gegen Einspracheentscheide des RAV kann Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden (Art. 56 Abs. 1, Art. 57 und Art. 58 Abs. 2 ATSG [SR 830.1] i.V.m. § 10 Arbeitslosenversicherungsverordnung [EV AVIG; NG 744.1]). Der Beschwerdeführer hat Wohnsitz in Z. __, womit das Verwaltungsgericht Nidwalden örtlich zuständig ist (Art. 58 Abs. 1 ATSG). Sachlich zuständig ist die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts (Art. 39 Gerichtsgesetz [GerG; NG 261.1]), die in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 33 Ziff. 2 GerG). Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht erhobene Beschwerde (Art. 60 und Art. 61 ATSG) ist grundsätzlich einzutreten.

2.

Das Sozialversicherungsgericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und alle Beweismittel objektiv zu prüfen, unabhängig davon, von wem sie stammen, und danach zu entscheiden, ob sie eine zuverlässige Beurteilung des strittigen Leistungsanspruches gestatten (Art. 43 Abs. 1 ATSG). Dabei ist die zuständige Behörde nicht an die Begehren der Parteien gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 9 und 12 SRG). Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid – sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht – nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat viel-

mehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (u.a. BGE 126 V 360 E. 5b) und zudem angenommen werden darf, dass weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern (Urteil des Bundesgerichts 9C_717/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.3 mit Hinweisen).

3.

Das RAV hielt in seinem Entscheid vom 2. Dezember 2020 zusammengefasst fest, der Beschwerdeführer sei gemäss seinem eigenen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung sowie diverser Arztzeugnissen von Dr. med. C. ___ seit dem 1. April 2020 bis voraussichtlich zum 30. November 2020 zu 100% arbeitsunfähig. Somit fehle die erforderliche 20%ige Arbeitsfähigkeit. Folglich sei der Beschwerdeführer offensichtlich vermittlungsunfähig und habe daher keinen Anspruch auf (Vor-)Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Sobald eine (Teil-)Arbeitsfähigkeit vorliege, könne sich der Versicherte erneut anmelden.

Dem entgegnet der Beschwerdeführer, die Arbeitsfähigkeit sei per Anspruchserhebung zu bestimmen. Er sei ab dem 1. Juli 2020, spätestens aber ab dem 1. September 2020 sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht vermittlungsfähig gewesen. Entgegen der Feststellung des RAV habe er sich um Arbeit bemüht und in der Einsprache gar angeboten, seine diversen Stellenbewerbungen nachzureichen. Indem man die Zustellung dieser Unterlagen nicht abgewartet habe, sei sein Mitwirkungsrecht verletzt worden. Da er seit längerem bei der IV-Stelle Nidwalden angemeldet sei, müsse die tatsächliche Arbeitsfähigkeit im Rahmen des laufenden IV-Verfahrens geklärt werden. Die IV sei in ihrem Vorbescheid vom 9. Oktober 2020 von einer 80%igen Arbeitsfähigkeit als Leiter Gastronomie sowie in einer leidensangepassten Tätigkeit ausgegangen. Bei allfälligen Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung hätte das RAV eine vertrauensärztliche Abklärung durchführen müssen.

4.

4.1

Zunächst ist, aufgrund ihrer formellen Natur (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1), die geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs zu prüfen, da diese ungeachtet der materiellen Begründetheit der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 135 I 187 E. 2.2).

Nach Art. 42 ATSG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör, wobei sie vor Erlass von Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind, nicht angehört werden müssen. Ein Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wie er neben der expliziten gesetzlichen Regelung in Art. 42 ATSG auch in Art. 29 Abs. 2 BV garantiert wird (vgl. BGE 124 V 180 E. 1a), ist das Recht des Versicherten, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1).

Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn der Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führte, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse des Betroffenen an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 133 I 201 E. 2.2; 132 V 387 E. 5.1).

4.2

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe in der Einsprache angeboten, diverse Stellenbewerbungen und Absagen nachzureichen. Das RAV habe jedoch acht Tage später den ablehnenden Einspracheentscheid erlassen. Damit sei es ihm verunmöglicht worden, die entsprechenden Unterlagen noch einzureichen und den Nachweis für seine getätigten Arbeitsbemühungen anzutreten. Da er die Unterlagen noch zusammenstellen müsse, habe die kurze Entscheidungsfrist nicht ausgereicht, um die Belege beizubringen. Zudem habe ihn das RAV vor Erlass des Einspracheentscheides nicht aufgefordert, die in Aussicht gestellten Unterlagen einzureichen. Damit habe das RAV seinen Anspruch auf Mitwirkung und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör im Einspracheverfahren verletzt.

Indes war die Nichteinreichung bzw. die Nachreichung der Arbeitsbemühungen für die Beurteilung der Vermittlungsunfähigkeit irrelevant, da der Beschwerdeführer aufgrund der Arzzeugnissen und den Weisungen des RAV-Beraters davon befreit war. Nachdem er im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens seine Kritikpunkte erneut (samt den Bewerbungsunterlagen) vollumfänglich vorbringen kann und das Gericht überdies volle Kognition hat, ist eine

allfällige Gehörsverletzung im vorliegenden Verfahren ohne Weiteres heilbar, womit sich Weiterungen erübrigen.

5.

5.1

Eine versicherte Person hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn die in Art. 8 Abs. 1 lit. a–g AVIG aufgezählten Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt sind. Von zentraler Bedeutung ist die Vermittlungsfähigkeit (lit. f). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist eine Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Als Anspruchsvoraussetzung schliesst der Begriff der Vermittlungsfähigkeit graduelle Abstufungen aus (BGE 125 V 51 E. 6a mit Hinweis auf unveröffentlichte Urteile vom 19. Januar 1998 und vom 7. März 1996; THOMAS NUSSBAUMER in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, Arbeitslosenversicherung, 3. A., S. 2348 N 270; vgl. auch Art. 24 Abs. 2 AVIV). Entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig und insbesondere bereit, eine zumutbare Arbeit im Umfang von mindestens 20% eines Normalarbeitspensums (vgl. Art. 5 AVIV) anzunehmen oder sie ist es nicht (BGE 125 V 51 E. 6a; 120 V 385 E. 4c/aa am Ende). Die Frage der Vermittlungsfähigkeit ist prospektiv zu beurteilen, d.h. von jenem Zeitpunkt aus und unter Würdigung jener Verhältnisse, die bei Erlass der angefochtenen Verfügung gegeben waren (BGE 120 V 385 E. 2; vgl. BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. A. 2013, S. 70 f.).

5.2

Die Vermittlungsfähigkeit nach Art. 15 AVIG weist sowohl objektive als auch subjektive Kriterien auf. Unter die objektiven Kriterien fallen die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit, die soziale Eignung und die Verfügbarkeit in räumlicher und in zeitlicher Hinsicht sowie die Arbeitsberechtigung (NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2345, N 264; GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, 1982, S. 205 ff., N 27 ff.). Als subjektive Komponente der Vermittlungsfähigkeit wird die Bereitschaft vorausgesetzt, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 51 E. 6a; 123 V 214 E. 3a; 120 V 385 E. 3a; 112 V 136 E. 3a; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2348, N 270; BUCHER KUPFER, a.a.O., S. 69). Wesentliches Merkmal der Vermittlungsbereitschaft als subjektives Element der Vermittlungsfähigkeit ist die Bereitschaft, eine Dauerstelle im angegebenen Pensum als Arbeitnehmer anzunehmen. Hierzu genügt die bloss verbal

erklärte Vermittlungsbereitschaft nicht. Vielmehr ist der Versicherte gehalten, sich der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen, angebotene zumutbare Arbeit anzunehmen und sich selbst intensiv nach einer zumutbaren Stelle umzusehen (Art. 17 Abs. 1 AVIG).

5.3

Der behandelnde Arzt Dr. med. C. ___ bescheinigte dem Beschwerdeführer eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (inkl. Arbeitsversuch) ab 1. April bis 31. August 2020 (Arztzeugnisse vom 27. März 2020, 4. Mai 2020, 4. Juli 2020 und 24. Juli 2020 [RAV-Bel. 5]) sowie mit Arztzeugnis vom 22. September 2020 (eingereicht am 20. Oktober 2020) eine volle Arbeitsunfähigkeit vom 1. September bis 30. November 2020 (RAV-Bel. 5). Folglich war der Beschwerdeführer vom 1. April bis 30. November 2020 nicht arbeits- und damit (objektiv) nicht vermittlungsfähig.

5.4

Ist eine behinderte Person, unter Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage, nicht offensichtlich vermittlungsunfähig und hat sie sich bei der Invalidenversicherung oder einer anderen Versicherung angemeldet, so gilt sie bis zum Entscheid der anderen Versicherung als vermittlungsfähig. Solange der Anspruch auf Leistungen einer anderen Versicherung abgeklärt wird, besteht eine Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung (Art. 15 Abs. 2 AVIG i.V.m. Art. 15 Abs. 3 AVIV). Dieser Anspruch auf eine ungekürzte Arbeitslosenentschädigung besteht namentlich, wenn die voll arbeitslose Person aus gesundheitlichen Gründen lediglich noch teilweise arbeiten könnte, solange sie im Umfang der ihr ärztlicherseits attestierten Arbeitsfähigkeit eine Beschäftigung sucht und bereit ist, eine neue Anstellung mit entsprechendem Pensum anzutreten (BGE 136 V 95 E. 7.1). Bei Zweifeln im Zusammenhang mit der Arbeitsfähigkeit kann eine vertrauensärztliche Untersuchung angeordnet werden (Art. 15 Abs. 3 AVIG).

In seinem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung verneinte der Beschwerdeführer ausdrücklich, dass er ein Taggeld oder eine Rente beantragt hat (RAV-act. 6). Das RAV hat keine gesetzliche Pflicht, von sich aus bei sämtlichen denkbaren Sozialversicherungsträgern nach einer allfälligen Anmeldung nachzuforschen. Vielmehr obliegt es den Versicherten, im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht zu informieren und entsprechende Belege beizubringen. Das RAV hatte überdies keine Veranlassung, an den vom Beschwerdeführer beigebrachten Arztzeugnissen, die ihm eine volle Arbeitsunfähigkeit attestierten, zu zweifeln und eine vertrauensärztliche Untersuchung anzuordnen. Entsprechendes vermag auch der Beschwerdeführer nicht

darzutun. Ausserdem fordert die Vorleistungspflicht, dass die betroffene Person nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist. Dies war beim Beschwerdeführer aufgrund der ärztlich bescheinigten vollen Arbeitsunfähigkeit (inklusive Arbeitsversuch) nicht der Fall. Dass der Beschwerdeführer sich selbst (trotz anderer ärztlicher Bescheinigung) als arbeitsfähig erachtete und offensichtlich auf Stellenausschreibungen bewarb, vermag daran nichts zu ändern, da die erforderlichen Voraussetzungen kumulativ und nicht alternativ erfüllt sein müssen.

5.5

Im Ergebnis hat das RAV dem Beschwerdeführer die Vermittlungsfähigkeit ab 1. September 2020 zu Recht abgesprochen.

6.

Der Beschwerdeführer beantragt eventualiter die Feststellung der Vermittlungsfähigkeit per 1. Juli 2020, jedoch spätestens seit 1. September 2020.

Das Arbeitsverhältnis mit der Stiftung B. ___ endete Ende August 2020. Folglich ist der Zeitpunkt des Beginns der Vermittlungsunfähigkeit ab dem 1. September 2020, d.h. mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses und arbeitgeberseitigen Lohnfortzahlung, zu beurteilen. Vor diesem Hintergrund fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse an einer rückwirkenden Festlegung der Vermittlungsfähigkeit per 1. Juli 2020. Darüber hinaus handelt es sich um ein Rechtsverhältnis, das durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann, womit es am erforderlichen Feststellungsinteresse mangelt (vgl. BGE 129 V E. 2.1). Demnach ist auf den Eventualantrag nicht einzutreten.

7.

Im Ergebnis ist die Beschwerde somit unbegründet und abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

8.

Gemäss Art. 61 lit. a ATSG ist das Verfahren kostenlos. Es werden keine Parteientschädigungen gesprochen (Art. 61 lit. g ATSG e contrario).

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Mitteilung an:
 - Rechtsanwalt Viktor Estermann (2-fach, GU)
 - RAV OW/NW (GU)
 - Gerichtskasse (Dispositiv)
 - Seco (Einschreiben)

Stans, 26. April 2021

VERWALTUNGSGERICHT NIDWALDEN
Sozialversicherungsabteilung
Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann
Der Gerichtsschreiber

Dr. iur. Marius Tongendorff

Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Art. 82 ff. i.V.m. Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.