[AZA 7]
C 112/00 Gb

I. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Schön, Spira, Bundesrichterin
Widmer und Bundesrichter Meyer; Gerichtsschreiber
Scartazzini

Urteil vom 22. September 2000

in Sachen
Amt für Arbeit, Unterstrasse 22, St. Gallen, Beschwerdeführer,

gegen
V._____, Beschwerdegegnerin, vertreten durch die Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende der Region St. Gallen/ Appenzell, Tellstrasse 4, St. Gallen,

und
Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, St. Gallen

A.- V._____ ist im Besitze einer Aufenthaltsbewilligung N für Asylsuchende und bezog seit 5. Oktober 1999 Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Mit Verfügung vom 20. Januar 2000 eröffnete ihr das Amt für Arbeit des Kantons St. Gallen, ihre Vermittlungsfähigkeit sei ab dem
15. Dezember 1999 nicht mehr gegeben. Einem allfälligen, hiegegen gerichteten Rekurs wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

B.- Hiegegen liess V._____ durch die Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende der Region St. Gallen/Appenzell Beschwerde führen und unter anderem die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragen.
Mit Zwischenentscheid vom 30. März 2000 entsprach das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen dem verfahrensrechtlichen Antrag. Dabei ging es davon aus, die Versicherte habe ihren Antrag auf Arbeitslosenentschädigung am 12. Oktober mit Wirkung ab 5. Oktober 1999 gestellt und in der Folge ab letzterem Datum auch Leistungen bezogen. Somit handle es sich bei der angefochtenen Verfügung, mit welcher die Vermittlungsfähigkeit per 15. Dezember 1999 abgesprochen wurde, um eine positive leistungsaufhebende Anordnung, da die Vermittlungsfähigkeit für die Zeit vom 5. Oktober bis 14. Dezember 1999 nicht in Abrede gestellt wurde. Im Rahmen der vorgenommenen Interessenabwägung führte das Gericht aus, gegen eine sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung falle schwerwiegender ins Gewicht, dass die Fürsorgeabhängigkeit der Versicherten den Erhalt eines besseren Aufenthaltsstatuts erschweren würde.

C.- Das Amt für Arbeit führt gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Es beantragt, es sei festzustellen, dass die aufschiebende Wirkung im vorliegenden Fall weder entzogen noch wiederhergestellt werden konnte. Sollte eine solche Möglichkeit jedoch bejaht werden, seien die Voraussetzungen für den Entzug (recte: die Wiederherstellung) der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht erfüllt gewesen. Falls die Prüfung der Vollstreckbarkeit der Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme erfolge, sei ferner festzustellen, dass auch die dafür notwendigen Voraussetzungen nicht erfüllt waren.
Während V._____ sinngemäss auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen lässt, beantragt das Staatssekretariat für Wirtschaft deren Gutheissung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Gemäss Art. 128 OG beurteilt das Eidgenössische Versicherungsgericht letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 97, 98 lit. b-h und 98a OG auf dem Gebiet der

Sozialversicherung.
Hinsichtlich des Begriffs der mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbaren Verfügungen verweist Art. 97 OG auf Art. 5 VwVG. Nach Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen (und im Übrigen noch weitere, nach dem Verfügungsgegenstand näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen). Verfügungen im Sinne dieser Umschreibung können nach dem Wortlaut des zweiten Absatzes von Art. 5 VwVG auch Zwischenverfügungen sein, insoweit sie den Anforderungen des vorangehenden ersten Absatzes entsprechen.
Zudem verweist Art. 5 Abs. 2 VwVG bezüglich der Zwischenverfügungen auf Art. 45 des gleichen Gesetzes, laut dem nur solche Zwischenverfügungen anfechtbar sind, die einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Dieser grundsätzliche Vorbehalt gilt als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines selbstständigen, der Endverfügung vorangehenden Beschwerdeverfahrens, insbesondere für alle in Art. 45 Abs. 2 VwVG - nicht abschliessend - aufgezählten Zwischenverfügungen. Für das letztinstanzliche Beschwerdeverfahren ist ferner zu beachten, dass gemäss Art. 129 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 101 lit. a OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Zwischenverfügungen nur zulässig ist, wenn sie auch gegen die Endverfügung offen steht (BGE 124 V 85 Erw. 2 mit Hinweisen).

2.- a) Als Eintretensvoraussetzung zu prüfen ist zunächst, ob der angefochtene Entscheid auf einer bundesrechtlichen Grundlage beruht und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde somit unter diesem Gesichtspunkt zulässig ist.
Dabei muss diese Frage heute nicht mehr im Sinne analoger Anwendung von Art. 97 Abs. 2 AHVG (in Verbindung mit Art. 55 Abs. 2 bis 4 VwVG) beantwortet werden (wie dies in BGE 124 V 85 Erw. 3 mit Bezug auf die aufschiebende Wirkung für das kantonale Beschwerdeverfahren im ALV-Bereich geschehen ist) und auch nicht durch Rückgriff auf Art. 56 VwVG (wie in BGE 117 V 189 Erw. 1c mit Bezug auf vorsorgliche Massnahmen für das kantonale Beschwerdeverfahren im AHV-Bereich). Denn nach jüngster Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts bestimmt sich die bundesrechtliche Verfügungsgrundlage danach, ob der materiellrechtliche Streitgegenstand dem Bundessozialversicherungsrecht angehört. Zwischen- und Endentscheide kantonaler Gerichte in Bundessozialversicherungsstreitigkeiten über kantonales Verfahrensrecht sind daher mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht anfechtbar, unabhängig davon, ob in der Hauptsache selbst Beschwerde geführt wird (zur Publikation in BGE 126 V bestimmtes Urteil L. vom 3. April 2000, B 62/99). Materiellrechtliche Verfügungen im Bereich der Arbeitslosenversicherung stützen sich auf öffentliches Recht des Bundes. Für die Annahme einer bundesrechtlichen Verfügungsgrundlage
genügt es im vorliegenden Fall daher, dass der dem Verfahren zu Grunde liegende materiellrechtliche Streitgegenstand dem Bundessozialversicherungsrecht angehört. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist unter diesem Gesichtspunkt somit einzutreten.
b) Endverfügungen im Bereich der Arbeitslosenversicherung unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht (Art. 101 lit. d AVIG), womit auch diese Eintretensvoraussetzung vorliegend erfüllt ist.

c) Dass die Gutheissung eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung der Beschwerde oder um Anordnung vorsorglicher Massnahmen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben könnte, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu bezweifeln. Nach der Rechtsprechung beurteilt sich das Vorliegen eines solchen Nachteils nicht nur anhand eines einzigen Kriteriums. Vielmehr prüft das Gericht jenes Merkmal, das dem angefochtenen Entscheid am besten entspricht.
Namentlich beschränkt sich das Gericht nicht nur darauf, allein den Nachteil als nicht wieder gutzumachend zu betrachten, den auch ein für den Beschwerdeführer günstiges Endurteil nicht vollständig zu beseitigen vermöchte. Für die Verwaltung kann die Zwischenverfügung über den Suspensiveffekt oder über vorsorgliche Massnahmen einen irreparablen Nachteil bewirken, wenn - sollte sich im Hauptverfahren das Fehlen der Leistungsvoraussetzungen ergeben und müsste in der Zwischenzeit die Ausrichtung der streitigen Taggelder vorgenommen werden - die Wiedereinbringlichkeit der von der Versicherten zwischenzeitlich allenfalls zu Unrecht bezogenen und deswegen zurückzuerstattenden Betreffnisse unter den gegebenen Verhältnissen gefährdet ist (BGE 124 V 87 Erw. 4; RKUV 1997 Nr. K 985 S. 156 Erw. 1b).
Auf Grund der vorhandenen Unterlagen kann als mit grosser Wahrscheinlichkeit erstellt gelten, dass die Be-

schwerdegegnerin ab dem für die aufschiebende Wirkung ihrer vorinstanzlichen Beschwerde massgebenden Datum nicht über die zur Rückerstattung der bezogenen Taggelder notwendigen finanziellen Mitteln verfügen würde. Unter Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse ist daher davon auszugehen, dass der zu erwartende Nachteil unabdingbar und somit nicht wieder gutzumachen wäre. Aus diesem Grund ist die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch das kantonale Gericht geeignet, für die Verwaltung einen irreparablen Nachteil zu bewirken. Dem Eintreten auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde steht somit auch unter diesem Gesichtswinkel nichts entgegen.

3.- Es fragt sich, ob es sich bei der Verfügung vom 20. Januar 2000, mit welcher der Versicherten die Vermittlungsfähigkeit ab dem 15. Dezember 1999 abgesprochen wurde, um eine positive, der aufschiebenden Wirkung zugängliche oder aber um eine negative Verfügung handelt, bei welcher sich die Frage der aufschiebenden Wirkung zum Vornherein gar nicht stellen kann.

a) Nach vorinstanzlicher Auffassung handelt es sich bei dieser Verfügung um eine leistungsaufhebende und somit positive Anordnung, da die Vermittlungsfähigkeit für die Zeit vom 5. Oktober bis 14. Dezember 1999 nicht in Abrede gestellt werde.
Demgegenüber legt das Arbeitsamt in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde dar, die Auszahlung der Arbeitslosenentschädigung sei vor dem 15. Dezember 1999 ohne Kenntnis der fehlenden Anspruchsberechtigung der Versicherten erfolgt und wäre mit der Begründung der fehlenden Vermittlungsberechtigung nicht zulässig gewesen. Eine auf das Datum der Antragstellung vom 5. Oktober 1999 rückwirkende Prüfung sei im Verfügungszeitpunkt nicht möglich gewesen, da bei der Chancenbeurteilung, durch die Abteilung Ausländerbewilligungen des Amtes für Wirtschaft eine Arbeitsbewilligung zu erhalten, die im Zeitpunkt der Abklärung gegebenen Verhältnisse berücksichtigt werden. Aus Gründen der Gewährung des rechtlichen Gehörs sei die Verneinung der Anspruchsberechtigung daher erst seit Kenntnisnahme dieser Beurteilung durch die Versicherte erfolgt, somit ab 15. Dezember 1999.
Dabei habe auf Grund der prospektiven Chancenbeurteilung die Vermittlungsberechtigung für die Zeit vom 5. Oktober bis zum 14. Dezember 1999 nicht in Abrede gestellt werden können. Selbst wenn man der Ansicht sei, für diesen Zeitraum sei mittels Abrechnungen und somit faktischer Verfügungen über den Anspruch auf Versicherungsleistungen entschieden worden, so sei der Anspruch zeitlich begrenzt und daher die Beschwerde gegen die Verfügung vom 20. Januar 2000 keiner aufschiebenden Wirkung zugänglich gewesen.

b) Entgegen der Betrachtungsweise der Vorinstanz kann nicht davon ausgegangen werden, es handle sich vorliegend um eine leistungsaufhebende Verfügung, weil die Beschwerdegegnerin vom 5. Oktober bis zum 14. Dezember 1999 Leistungen der Arbeitslosenversicherung bezogen hat. Nach der Rechtsprechung gilt eine leistungsverweigernde Anordnung als negative Verfügung (BGE 123 V 41 Erw. 3, 117 V 188 Erw. 1b mit Hinweisen; siehe auch BGE 124 V 84 Erw. 1a).
Wird jedoch eine Versicherungsleistung aus verfahrensrechtlichen Gründen ausnahmsweise gestützt auf eine prospektive Beurteilung und vorbehältlich einer Abklärung der Anspruchsberechtigung zugesprochen, so kann die darauf folgende leistungsverweigernde Verfügung nicht einer im Sinne der Rechtsprechung leistungsaufhebenden Verfügung gleichgestellt werden. Vielmehr kommen derartige Umstände denjenigen gleich, die bei Verfügungen massgebend sind, welche den Anspruch auf Versicherungsleistungen von Anfang an zeitlich begrenzen. Ferner ist zu beachten, dass es sich bei den Taggeldern der Arbeitslosenversicherung - etwa im Unterschied zu Dauerleistungen wie Renten - um vorübergehende Leistungen handelt, bei welchen im Hinblick auf die Sicherstellung der Schadenminderungspflicht und die berufliche Wiedereingliederung (Art. 17 AVIG) die Anspruchsvoraussetzungen periodisch überprüft werden müssen. So hat der Versicherte monatlich seine Bemühungen um Arbeit nachzuweisen (Art. 26 in Verbindung mit Art. 27a AVIV), was von der zuständigen Amtsstelle monatlich zu überprüfen ist (Art. 26 Abs. 3 AVIV, in Kraft seit 1. Januar 2000). Ferner hat die Amtsstelle mit jedem Versicherten monatlich mindestens zweimal (seit 1. Januar 2000 mindestens
einmal) ein Beratungs- und Kontrollgespräch zu führen, bei dem unter anderem die Vermittlungsfähigkeit überprüft wird (Art. 21 Abs. 1 AVIV in der bis Ende 1999 gültig gewesenen Fassung; Art. 22 Abs. 2 AVIV in der ab 1. Januar 2000 geltenden Fassung).
Gelangt die Verwaltung anlässlich einer solchen Prüfung zum Schluss, dass die Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr gegeben sind, so handelt es sich diesbezüglich um eine negative Verfügung (dies im Gegensatz zu

den Einstellungsverfügungen, welche die Anspruchsberechtigung voraussetzen und eine teilweise Verweigerung des Taggelds zum Gegenstand haben; BGE 124 V 84 Erw. 1a; Art. 30 Abs. 3 Satz 1 AVIG).
Nicht anders verhält es sich, wenn mit der angefochtenen Verfügung auch rückwirkend über die Anspruchsvoraussetzungen entschieden wird. Insoweit stellen solche Anordnungen negative Verfügungen dar (BGE 123 V 41 Erw. 3; nicht veröffentlichte Präsidialverfügung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i. S. T. vom 11. Mai 2000 [K 47/00], wo nach längerer Physiotherapiebehandlung die für weitere Leistungen vorausgesetzte Wirtschaftlichkeit verneint und daher die Leistungen eingestellt wurden, welcher Verwaltungsakt als negative Verfügung betrachtet wurde). Hinzu kommt, dass mit der Verneinung der Vermittlungsfähigkeit nichts angeordnet wurde, was der Vollstreckung bedürfte und insoweit einem Aufschub überhaupt zugänglich wäre (BGE 117 V 188 Erw. 1b mit Hinweisen).
Bei dieser Rechtslage bestand für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung kein Raum.

c) Das mit dem Begehren um Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der gegen die Verfügung vom 20. Januar 2000 gerichteten Beschwerde angestrebte Ziel bestand darin, vorderhand Leistungen zu erhalten, über deren Anspruchsberechtigung die Verwaltung noch nicht befunden hatte. Dies lässt sich durch Gewährung der aufschiebenden Wirkung einer gegen eine negative Verfügung gerichteten Beschwerde indessen nicht erreichen. Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde führt einzig dazu, dass die sich aus dem Verfügungsdispositiv ergebende Rechtsfolge vorläufig nicht eintritt, sondern gehemmt wird (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 241). Der Beschwerdegegnerin ging es aber darum, lite pendente diejenige neue Rechtslage zu schaffen, welche gegeben wäre, wenn eine ihrem Hauptbegehren entsprechende Verfügung ergangen wäre, die Verwaltung also Vermittlungsfähigkeit angenommen hätte und dementsprechend auch nach dem 15. Dezember 1999 Taggelder auszahlen müsste. Dazu genügt die aufschiebende Beschwerdewirkung aber nicht. Vielmehr bedürfte es hiezu der Anordnung einer positiven vorsorglichen Massnahme (BGE 117 V 188 Erw. 1b mit Hinweisen).

4.- a) Richtigerweise hätte die Vorinstanz das Begehren um aufschiebende Wirkung als Gesuch um vorsorgliche Massnahmen verstehen müssen. Sinngemäss hat sie dies auch getan, obwohl in ihrem Entscheid ausschliesslich von aufschiebender Wirkung die Rede ist. Indem sie davon ausging, die Verneinung der Vermittlungsfähigkeit stelle eine positive Verfügung dar, und im Rahmen der Interessenabwägung ausführte, der Entzug der aufschiebenden Wirkung hätte für die Versicherte den rechtlich nicht wieder gutzumachenden Nachteil der Ablehnung einer Jahresaufenthalter-Bewilligung zur Folge, kam sie zum Schluss, dass durch die aufschiebende Wirkung eine neue Rechtslage geschaffen werden konnte.
Dabei hat sie faktisch nicht über einen Aufschub der sich aus der angefochtenen Verfügung ergebenden Rechtsfolgen, sondern im Ergebnis über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen befunden und damit den Sinn des von der Versicherten gestellten Antrags in seiner vollen Tragweite erfasst.

b) Vorsorgliche Massnahmen sind nach Art. 56 VwVG dazu bestimmt, einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten. Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren können sie darüber hinaus auch dazu dienen, bedrohte rechtliche Interessen sicherzustellen (Art. 94 in Verbindung mit Art. 113 und 132 OG).
Der Beschwerdegegnerin geht es indessen einzig darum, das verfolgte Ergebnis des Hauptverfahrens, nämlich die Feststellung ihrer Vermittlungsfähigkeit auch nach dem
14. Dezember 1999, vorweg zu nehmen. Dies ist im Rahmen eines Inzidenzverfahrens jedoch grundsätzlich nicht möglich.
Nach der Rechtsprechung darf eine vorsorgliche Massnahme die endgültige Entscheidung nicht vorwegnehmen, nicht einer Beurteilung der Sache gleichkommen und ebenso wenig dazu dienen, den Hauptprozess zum Vornherein "leer laufen" zu lassen (BGE 119 V 506 Erw. 3; Gygi, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, a.a.O., S. 10 mit Hinweis auf die deutsche Doktrin).
Eine Ausnahme im Sinne eines Vorgriffs auf den Entscheid in der Hauptsache mag dann zwar allenfalls gerechtfertigt sein, wenn rechtliche Interessen in einer Weise bedroht sind, dass ein wirksamer Rechtsschutz im ordentlichen Verfahren nicht mehr gewährleistet ist (Gygi, a.a.O., S. 7 f. und S. 9 f.). Bezüglich der in der Verfügung vom 20. Januar 2000 festgestellten Vermittlungsunfähigkeit ist ein wirksamer Rechtsschutz in dem vor der Vorinstanz hängigen Hauptverfahren indessen in keiner Weise gefährdet.

Somit ist nichts dargetan, was zwecks einstweiliger Sicherstellung bedrohter rechtlicher Interessen im einzelnen anzuordnen gewesen wäre. Demzufolge fiel auch die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ausser Betracht.

5.- In seiner Vernehmlassung vom 18. Mai 2000 hat das seco ausgeführt, es werde ins richterliche Ermessen gestellt, ob auf Grund der vorzunehmenden Entscheidung über eine reformatio in peius zu verfügen sei. Diese Frage stellt sich indessen im vorliegenden Verfahren nicht. Denn es hat bloss die Zulässigkeit der vorinstanzlichen Zwischenverfügung über die aufschiebende Wirkung zum Gegenstand und nicht die Beurteilung der Frage, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt die Beschwerdegegnerin vermittlungsunfähig ist.

6.- Das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht ist nur kostenfrei, wenn es um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht (Art. 134 OG). Letzteres beurteilt sich nach dem Anfechtungsgegenstand.
Richtet sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine kantonale Zwischenverfügung, die in einem Leistungsprozess ergeht, so ist das Verfahren kostenlos, wenn die Zwischenverfügung mit der Abklärung des Leistungsanspruchs zusammenhängt (z.B. Beweisverfügungen) oder wenn sie die aufschiebende Wirkung der Beschwerde bzw.
vorsorgliche Massnahmen betrifft (BGE 121 V 180 Erw. 4a).
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird
der Zwischenentscheid des Versicherungsgerichts des
Kantons St. Gallen vom 30. März 2000 aufgehoben.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen und dem Staatssekretariat für

Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 22. September 2000

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der I. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: