



Fall-Nr.: AVI 2007/20
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 09.03.2020
Entscheiddatum: 20.07.2007

Entscheid Versicherungsgericht, 20.07.2007

Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG; Die Frage der Beitragszeitbefreiung beurteilt sich aufgrund des realen Arbeitsmarktes. Wenn eine behinderte Person die verbliebene Restarbeitsfähigkeit praktisch nicht mehr verwerten kann, ist der Befreiungsgrund gegeben, auch wenn in medizinisch-theoretischer Sicht noch eine Teilarbeitsfähigkeit bejaht wird (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 5. Juli 2007, AVI 2007/20).

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Entscheid vom 5. Juli 2007

In Sachen

M.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Kurt Gemperli, advokatur am brühl,
Scheffelstrasse 2, 9000 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Arbeitslosenentschädigung (Beitragszeitbefreiung)

hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- a) M. ___ stellte per 1. August 2003 bei der Arbeitslosenkasse UNIA Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Er gab an, eine 50%ige Teilzeitbeschäftigung zu suchen, nachdem er seine Stelle als Maler bei der Malerei A. ___ krankheitsbedingt auf Ende Juli 2003 verloren hatte (act. G 3.6). Am 11. März 2004 wurde dem Versicherten eine halbe Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 56% mit Wirkung ab 1. Februar 2001 zugesprochen (act. G 3.29 und 3.26). In der Folge setzte die Arbeitslosenkasse UNIA den Vermittlungsgrad rückwirkend ab 1. August 2003 auf 44% herab (act. G 3.28). Sie ermittelte einen versicherten Verdienst von Fr. 2'218.-- bzw. ein Taggeld von Fr. 81.75 in der bis 31. Juli 2005 laufenden Rahmenfrist (vgl. act. G 3.82).

b) Am 27. Dezember 2004 stürzte der Versicherte und verletzte sich die linke Schulter. Die SUVA zahlte schliesslich bis 30. Oktober 2005 100% Taggelder von je Fr. 65.30 und ab 31. Oktober 2005 noch 50% Taggelder von je Fr. 32.65 (vgl. act. G 3.55). Per 1. April 2006 stellte die SUVA ihre Unfalltaggeldleistungen zunächst ein (act. G 3.57), nahm sie aber später wieder zu 50% auf (act. G 3.75 und 3.94).

c) Am 3. April 2006 beantragte der Versicherte bei der kantonalen Arbeitslosenkasse erneut Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.59, 3.60). Die Arbeitslosenkasse machte den Versicherten am 4. Mai 2006 darauf aufmerksam, dass er nach ihren Unterlagen in der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 3. April 2004 bis 2. April 2006 weder die Beitragszeit erfülle noch von der Erfüllung befreit sei, da er gemäss Arztzeugnis vom 1. Mai 2006 lediglich vom 14. April 2005 bis 31. März 2006 zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei (act. G 3.68). Mit zwei Schreiben vom 17. und 18. Mai 2006 liess der Versicherte geltend machen, dass er nach dem Sturz im Dezember 2004 fälschlicherweise zuerst für arbeitsfähig erklärt worden sei. Erst nach gründlicher Abklärung sei er schliesslich am 23. Mai 2005 richtig behandelt und auch arbeitsunfähig geschrieben worden. Er sei deshalb bereits ab 27. Dezember 2004 arbeitsunfähig gewesen (act. G 3.70). Nach weiteren Abklärungen stellte die



Arbeitslosenkasse in der Folge erneut eine Ablehnung des Arbeitslosenanspruchs in Aussicht (vgl. act. G 3.83, 3.89). Der neu zugezogene Rechtsvertreter des Versicherten wies die Arbeitslosenkasse am 3. November 2006 darauf hin, es sei nun seitens der SUVA anerkannt, dass der Versicherte vom 27. Dezember 2004 bis 30. Oktober 2005 zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei (act. G 3.95). Mit Verfügung vom 6. Dezember 2006 lehnte die kantonale Arbeitslosenkasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 3. April 2006 ab. Die anerkannte Arbeitsunfähigkeit vom 27. Dezember 2004 bis 30. Oktober 2005 entspreche lediglich einer Zeit von 10.166 Monaten. Ab 31. Oktober 2005 sei der Versicherte nur noch zu 50% arbeitsunfähig gewesen und hätte demnach einer Beschäftigung nachgehen können (act. G 3.98). Die gegen diese Verfügung erhobene Einsprache vom 18. Januar 2007 wies die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 22. Januar 2007 ab (act. G 3.100 und 3.101).

B.- a) Gegen diesen Entscheid richtet sich die Beschwerde vom 22. Februar 2007 mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, eine Folgerahmenfrist zu eröffnen und die gesetzlichen Leistungen rückwirkend auszurichten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Der Beschwerdeführer beziehe hauptsächlich wegen Rückenbeschwerden eine halbe Invalidenrente auf der Basis einer Invalidität von 56%. Am 27. Dezember 2004 sei der Beschwerdeführer verunfallt. Unbestrittenermassen sei er deswegen bis 30. Oktober 2005 zu 100% arbeitsunfähig gewesen. Ab 31. Oktober 2005 habe die SUVA den Beschwerdeführer rein unfallbedingt zu 50% arbeitsfähig eingeschätzt. Gesamthaft betrachtet sei dem Beschwerdeführer eine beitragspflichtige Teilzeitbeschäftigung weder möglich noch zumutbar gewesen. Der Hinweis der Beschwerdegegnerin auf Art. 5 AVIV sei unzutreffend. Der zumutbare Resterwerb sei nicht identisch mit der Limite der Vermittlungsfähigkeit von Teilzeitbeschäftigten (act. G 1).

b) Mit Beschwerdeantwort vom 7. März 2007 beantragt die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde. Es sei nicht ersichtlich, weshalb beim Beschwerdeführer keine verwertbare Arbeitsfähigkeit ab 31. Oktober 2005 mehr gegeben sein soll (act. G 3).

c) Der Beschwerdeführer verzichtet auf eine Replik (act. G 5).

II.



1.- a) Zu den Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung gehört unter anderem, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG). Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Abs. 3).

b) Von der Erfüllung der Beitragspflicht ist gemäss Art. 14 Abs. 1 AVIG befreit, wer innerhalb der Rahmenfrist während mehr als zwölf Monaten u.a. wegen Krankheit oder Unfall (lit. b) nicht in einem Arbeitsverhältnis stand und deshalb die Beitragszeit nicht erfüllen konnte. Dabei ist dieser Befreiungstatbestand nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nur dann gegeben, wenn es der versicherten Person auch nicht möglich war, mit einer Teilzeitbeschäftigung die Beitragszeit zu erfüllen (BGE 121 V 342 f. E. 5b). Die Befreiungstatbestände gemäss Art. 14 AVIG sind im Verhältnis zur Erfüllung der Beitragspflicht subsidiär und gelangen nur zur Anwendung, wenn die Erfüllung der Beitragszeit aus den in Art. 14 Abs. 1 AVIG genannten Gründen nicht möglich war (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, 2. Aufl., Rz 233). Zwischen der Nichterfüllung der Beitragszeit und des Befreiungsgrundes bedarf es mithin eines Kausalzusammenhanges (NUSSBAUMER, a.a.O., Rz 234 mit Hinweisen).

2.- a) Es steht fest, dass der Beschwerdeführer innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 3. April 2004 bis 2. April 2006 keine (genügende) Beitragszeit aufweist. Der Beschwerdeführer beruft sich denn auch allein auf einen Befreiungsgrund. Er macht geltend, dass er aufgrund des am 27. Dezember 2004 erlittenen Unfalls während mehr als einem Jahr nicht in der Lage gewesen sei, die Beitragszeit zu erfüllen. Unbestrittenermassen wäre es dem Beschwerdeführer möglich gewesen, in der Zeit vom 3. April 2004 bis zum Unfallereignis am 27. Dezember 2004 einer Teilzeitbeschäftigung nachzugehen. Fest steht auch, dass der Beschwerdeführer in der Zeit vom 27. Dezember 2004 bis 30. Oktober 2005 und damit während gut 10 Monaten zu 100% arbeitsunfähig war, wie die SUVA nachträglich anerkannte (vgl. act. G 3.94). Umstritten ist einzig, ob dem Beschwerdeführer in der Zeit ab 31. Oktober



St.Galler Gerichte

2005 wiederum eine Teilzeitbeschäftigung möglich und zumutbar gewesen wäre, wie die Verwaltung annimmt und der Beschwerdeführer bestreitet.

b) Die SUVA eröffnete dem Beschwerdeführer am 2. November 2005, sie erachte es aufgrund der ärztlichen Unterlagen für zumutbar, dass der Beschwerdeführer "alleine wegen der Unfallfolgen an der linken Schulter ab 31.10.2005 wieder eine Arbeitsfähigkeit von 50% auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt" erbringe (act. G 3.56). Am 4. Januar 2006 fand eine Untersuchung durch den Kreisarzt Dr. med. B.____ Facharzt FMH orthopädische Chirurgie, statt. Der Kreisarzt hält in seiner Beurteilung fest, dass seit November 2005 keine Behandlungsfortschritte mehr erkennbar seien. Es beständen charakteristische Bewegungseinschränkungen und Kraftdefizite, insbesondere für Bewegungsabläufe über Schulter- und Kopfhöhe, wie sie bei ausgedehnten Rotatorenmanschettenläsionen nicht selten anzutreffen seien. Aus unfallversicherungsmedizinischer Sicht beständen dauernde und erhebliche Unfallfolgen. Hingegen sei der Beschwerdeführer für behinderungsgerechte Beschäftigungen auf dem allgemeinen ausgeglichenen Arbeitsmarkt mit Berücksichtigung der reduzierten Bewegungs- und Einsatzfähigkeit des linken Armes weiterhin 50% "vermittlungsfähig" (act. G 1.7). Diese Beurteilung blieb in der Folge unverändert, bis die SUVA dem Beschwerdeführer am 21. März 2006 mitteilte, sie erachte ihn nun ab 1. April 2006 von den Unfallfolgen her für uneingeschränkt arbeits- und vermittlungsfähig, weshalb auf diesen Zeitpunkt hin die Taggelderleistungen eingestellt würden. Für die Beurteilung allfälliger Restfolgen werde noch eine weitere kreisärztliche Untersuchung folgen (act. G 3.57). Seit Februar 2001 bezieht der Beschwerdeführer aufgrund eines Rückenleidens eine halbe Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 56%. Unbestrittenermassen kann der Beschwerdeführer aufgrund dieses Rückenleidens höchstens einer Teilzeitbeschäftigung zu 50% nachgehen. Die IV stellte in ihrem Revisionsverfahren Mitte 2004 diesbezüglich unveränderte Verhältnisse fest (IV-act. 50-1). Eine Verschlechterung der Gesamtsituation im Gefolge des Unfalls vom 27. Dezember 2004 hat der Beschwerdeführer gegenüber der IV nicht angemeldet, wie die IV-Akten zeigen. Der Beschwerdeführer macht gegenüber der Arbeitslosenversicherung aber geltend, er sei nach dem 30. Oktober 2005 unter Berücksichtigung der Krankheits- und Unfallfolgen insgesamt höchstens zu 25% arbeitsfähig gewesen. Diese Teilarbeitsfähigkeit sei nicht mehr verwertbar gewesen.



Letzteres bestreitet die Beschwerdegegnerin, da in der Arbeitslosenversicherung Teilzeitpensen von 20% versicherbar seien.

3.- a) Es trifft zu, dass in der Arbeitslosenversicherung ein Teilzeitpensum von 20% versicherbar ist, wie die Beschwerdegegnerin mit Verweis auf Art. 5 AVIV ausführt. Allerdings ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob es dem Beschwerdeführer aufgrund seiner gesundheitlichen Situation tatsächlich möglich gewesen wäre, mindestens ein solches Teilzeitpensum zu erfüllen. Diese Frage lässt sich nicht allein anhand der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit beurteilen. Vielmehr ist diese Frage gesamthaft anhand der konkreten Verhältnisse zu prüfen. Dabei sind die realen Arbeitsmarktverhältnisse massgebend und nicht – wie beispielsweise bei der Frage der Vermittlungsfähigkeit einer behinderten Person im Rahmen von Art. 15 Abs. 2 AVIG – der theoretisch ausgeglichene Arbeitsmarkt. Es ist in solchen Situationen zu fragen, ob die Restarbeitsfähigkeit praktisch noch verwertbar sei. In diesem Sinn führt das Bundesgericht in ARV 2001 Nr. 2, 71 aus, dass der Befreiungsgrund von Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG dann nicht in Frage kommt, wenn einer versicherten Person eine erhebliche und verwertbare Restarbeitsfähigkeit verblieben ist. Die Frage der Verwertbarkeit einer Restarbeitsfähigkeit stellt sich namentlich auch im Bereich der Unfall- und Invalidenversicherung. Dort ist in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass bei der Beurteilung dieser Frage nicht von realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten ausgegangen werden darf. Danach kann beispielsweise dort nicht mehr von einer zumutbaren Tätigkeit gesprochen werden, wo diese nur in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der allgemeine Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder dass sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle deshalb zum Vornherein als ausgeschlossen erscheint (vgl. RUMO-JUNGO, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3. Aufl., S. 115f. mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 3. Dezember 2001 i/S H. [I 349/01], Urteil des Bundesgerichts vom 5. August 2005 i/S B. [I 376/05]).

b) Wie den IV-Akten zu entnehmen ist, hat der Beschwerdeführer bis zu seiner Kündigung per Ende Juli 2003 in der Schweiz seit 1984 (zuerst als Saisonnier, ab 1990 in der Schweiz domiziliert) praktisch ausschliesslich als angelernter Maler handwerklich gearbeitet. Seit Februar 2002 war er nur noch halbtags tätig. Dennoch verlor er per



St.Galler Gerichte

Ende Juli 2003 auch diese Stelle. Wie dem Gutachten von Dr. C.____, Chefarzt Orthopädie am kantonalen Spital, vom 11. Dezember 2002 aus dem IV-Dossier (act. 13-5) zu entnehmen ist, komme es immer wieder zu Schmerzanfällen, die krankheitsbedingte Arbeitsausfälle von Tagen oder Wochen mit sich bringen würden. Der Sturz im Dezember 2004 führte zu einer erheblichen Schulterverletzung links (Rotatorenmanschettenruptur), die erst nachträglich am 23. Mai 2005 operativ angegangen wurde und bis Ende Oktober 2005 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte. Der Kreisarzt Dr. B.____ spricht in seinem Bericht vom 4. Januar 2006 von dauernden und erheblichen Unfallfolgen. Zwar schätzte Dr. B.____, dass der Beschwerdeführer "auf dem allgemeinen ausgeglichenen Arbeitsmarkt mit Berücksichtigung der reduzierten Bewegungs- und Einsatzfähigkeit des linken Armes zu 50% vermittelbar sei" (act. G 1.7). Eine gleiche Beurteilung hatte Dr. B.____ offenbar in der kreisärztlichen Untersuchung vom 23. September 2005 vorgenommen, hat doch die SUVA vorab gestützt auf jene Untersuchung ab 31. Oktober 2005 ihre Taggeldleistungen von 100 auf 50% herabgesetzt (act. G 3.56). Diese Beurteilung änderte sich im März 2006, indem nun der Kreisarzt eine volle Arbeitsfähigkeit für behinderungsgerechte Beschäftigungen mit Berücksichtigung der reduzierten Bewegungs- und Einsatzfähigkeit des linken Armes attestierte und die SUVA entsprechend ihre Taggeldleistungen per 1. April 2006 einstellte (act. G 3.57). Auf diesen Entscheid kam die SUVA später allerdings wieder zurück (vgl. SUVA-Abrechnung in act. G 3.94). Wird berücksichtigt, dass der Beschwerdeführer jedenfalls bis zu dieser kreisärztlichen Beurteilung im März 2006 seitens des linken Armes erheblich eingeschränkt blieb und dass er darüber hinaus ein erhebliches Rückenleiden aufweist, so erscheint höchst fraglich, dass die theoretisch ab 31. Oktober 2005 gegebene medizinische Restarbeitsfähigkeit auf dem realen, für den Beschwerdeführer in Betracht fallenden Arbeitsmarkt noch verwertbar war. Aufgrund seiner Ausbildung und bisherigen Tätigkeit war der Beschwerdeführer auf Hilfsarbeiten für leichte Arbeiten angewiesen, die sowohl rücken- als auch schulteradaptiert gewesen wären. Er hätte in dieser Zeit also einen Arbeitgeber finden müssen, der auf diese körperlichen Defizite Rücksicht genommen und ihn bloss zu rund einem Viertel eines Vollzeitpensum angestellt hätte. Das Finden einer derart eingeschränkten Hilfsarbeit muss als praktisch aussichtslos bewertet werden.



c) Wird in der Zeit ab Ende Oktober 2005 bis jedenfalls im März 2006 von einer praktisch nicht mehr verwertbaren Restarbeitsfähigkeit ausgegangen, so ist der Beschwerdeführer während mehr als einem Jahr krankheits- und unfallbedingt daran gehindert gewesen, eine Arbeit aufzunehmen. Damit ist der Befreiungsgrund von Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG als erfüllt anzusehen. Der Befreiungsgrund wäre auch zu bejahen, wenn - wie aus der bis 30. September 2006 verlängerten Auszahlung eines 50%-igen Unfalltaggeldes geschlossen werden könnte (vgl. act. G 3.75 und G 3.94) - der Beschwerdeführer bis zu diesem Zeitpunkt vermittlungsunfähig ist (weil nur noch in einem nicht verwertbaren Umfang arbeitsfähig) und die neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug erst ab 1. Oktober 2006 eröffnet werden könnte. Auch in diesem Fall wäre der Beschwerdeführer krankheitsbedingt während mehr als 12 Monaten daran gehindert gewesen, mittels Ausübung einer (Teilzeit) Arbeit die Mindestbeitragszeit zu erfüllen. Die Beschwerde ist in diesem Sinn gutzuheissen und die Sache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

d) Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Hingegen hat der Beschwerdeführer gemäss Art. 61 lit. g ATSG Anspruch auf Ersatz der Kosten der Prozessführung und Vertretung nach gerichtlicher Festsetzung. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) in der ab 1. Juli 2007 geltenden Fassung pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Unter Berücksichtigung des einfachen Schriftenwechsels erscheint vorliegend eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 22. Januar 2007 aufgehoben und die Streitsache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.



3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das Verfahren vor Versicherungsgericht mit Fr. 2'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.