

1. Kammer als Versicherungsgericht

# URTEIL

vom 2. Juni 2004

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Anspruch nach AVIG

1. ..., Jahrgang 1947, war vom 1. Juni 2001 bis zum 31. Dezember 2002 bei der Milch- und Landwirtschaftlichen Konsumgenossenschaft in ... als Verkäuferin mit einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 2'700.-- angestellt. Aufgrund eines Hirnschlages war sie seit November 2001 als Verkäuferin vollständig arbeitsunfähig, weshalb ihr denn auch per Ende 2002 gekündigt wurde. Die Krankentaggeldversicherung richtete für den Zeitraum vom 19. November 2001 bis zum 8. November 2003 ein Krankentaggeld für eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit aus. Bereits am 10. Oktober 2003 meldete sie sich zur Arbeitsvermittlung an und erhob ab dem 10. November 2003 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. In ihrem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gab sie u.a. an, dass sie bereit und in der Lage sei, leichte Arbeiten zu verrichten bzw. Arbeitsversuche vorzunehmen. Sie sei zurzeit aber nicht im gewünschten Ausmass arbeitsfähig. Des Weiteren sei sie bei der IV angemeldet, welche zurzeit die Erwerbsfähigkeit abklären würde. In seiner Bestätigung vom 3. Oktober 2003 hielt Herr Dr. med. ... fest, dass Sie nach einem Hirnschlag im November 2001 als Verkäuferin vollständig arbeitsunfähig sei. Sie könnte leichtere Arbeiten ausführen und entsprechende Arbeitsversuche sollten unternommen werden. In der Bestätigung vom 17. November 2003 hielt Dr. med. ... sodann fest, dass sie noch Handarbeiten ausüben könnte, die sie körperlich nicht allzu sehr belasten würde. Wegen der allgemeinen Konzentrationsschwäche sei eine Tätigkeit höchstens halbtags, d.h. zu 50%, möglich. Eine entsprechende

Tätigkeit könne jederzeit aufgenommen werden, da der Zustand stabil sei und keine weiteren medizinischen Massnahmen geplant seien.

Mit Verfügung vom 18. Dezember 2003 hielt die Arbeitslosenkasse fest, dass der versicherte Verdienst mit Wirkung ab 10. November 2003 Fr. 1'350.-- betrage. Die Versicherte sei gemäss Arztattest nur zu 50% vermittlungsfähig; daher müsse der versicherte Verdienst entsprechend der reduzierten Vermittlungsfähigkeit angepasst werden. Dagegen reichte die Versicherte fristgerecht Einsprache ein. Sie machte im Wesentlichen geltend, dass bei Behinderten, bei denen die Frage der IV-Rentenberechtigung noch nicht definitiv abgeklärt sei, bei der Berechnung der Entschädigung nicht nach der verbleibenden Erwerbsfähigkeit und daher auch nicht nach dem Grad der Vermittlungsfähigkeit gefragt werde. Vielmehr gelte unter den Bedingungen von Art. 15 Abs. 2 AVIG ein Neubehinderter entweder grundsätzlich oder überhaupt nicht als vermittlungsfähig. Entsprechend müsse vorliegend davon ausgegangen werden, dass sie zu 100% vermittlungsfähig sei und es dürfe ihr versicherter Verdienst denn auch nicht reduziert werden.

Die Arbeitslosenkasse Graubünden wies die Einsprache mit Entscheid vom 31. März 2004 ab. Im Ergebnis ging sie davon aus, dass die Versicherte aus gesundheitlichen Gründen lediglich zu 50% arbeits- und vermittlungsfähig sei.

2. Dagegen liess ... am 8. April 2004 beim Verwaltungsgericht frist- und formgerecht Beschwerde erheben mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und ihr ein Taggeld auszurichten, das einer Vermittlungsfähigkeit von 100% entspreche. Per Ende 2002 habe ihr Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach einem Jahr Krankheit aufgelöst. Bereits im Dezember 2002 habe sie sich sodann bei der IV zum Bezug von IV-Leistungen angemeldet. Ende Oktober 2003 habe sie sich als arbeitslos gemeldet. In der Verfügung der Arbeitslosenkasse sei ihr nun ein Taggeld zugesprochen worden, das lediglich einem 50%-igen Verdienst entspreche, weil sie gemäss Arztezeugnis nur zu 50% arbeitsfähig und nur im selben Umfang vermittlungsfähig sei. Dieser Entscheid steht im Widerspruch zu Art. 15 Abs. 2 und 3 AVIG, wonach eine Behinderte, bei der die Frage der IV-Rentenberechtigung noch nicht abgeklärt sei, als grundsätzlich oder überhaupt nicht vermittlungsfähig zu gelten habe.

3. Die Arbeitslosenkasse Graubünden beantragte mit im Ergebnis den bereits dem angefochtenen Einspracheentscheid zugrunde liegenden Überlegungen die Abweisung der Beschwerde. Vertiefend führte sie aus, dass eine im Sinne von Art. 15 Abs. 3 AVIG nicht offensichtlich vermittlungsunfähige behinderte Person neben der objektiven Anspruchsvoraussetzung der Arbeitsfähigkeit auch die subjektive Vorgabe der Vermittlungsbereitschaft erfüllen müsse. Vorliegend sei die Versicherte aus gesundheitlichen Gründen nur in der Lage, halbtags zu arbeiten und ihre Bereitschaft sei auch nur in diesem Umfang vorhanden. Entsprechend habe sie aber auch nicht zu 100% als vermittlungsfähig betrachtet werden können.

Auf die weiteren Darlegungen der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

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

1. Beschwerdegegenstand ist der Einsprachentscheid der kantonalen Arbeitslosenkasse vom 31. März 2004 und die ihr zugrunde liegende Verfügung vom 18. Dezember 2003, mit welcher der versicherte Verdienst der behinderten Beschwerdeführerin basierend einer 50%-igen Vermittlungsfähigkeit und einer vergleichbar grossen Arbeitsbereitschaft mit Wirkung ab dem 10. November 2003 auf Fr. 1'350.--/Mt. festgelegt wurde. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sie als 100% vermittlungsfähig zu qualifizieren und der versicherte Verdienst entsprechend zu erhöhen sei.
2. a) Die Vermittlungsfähigkeit ist eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, AVIG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist eine Arbeitslose vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Versicherte, die wegen Krankheit, Unfall

oder Mutterschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind, haben, sofern sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen, gemäss Art. 28 AVIG grundsätzlich Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung, allerdings nur für einen beschränkten Zeitraum.

Gemäss Art. 15 Abs. 2 AVIG gilt eine körperlich oder geistig erheblich und dauerhaft behinderte Person als vermittlungsfähig, wenn ihr bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage unter Berücksichtigung ihrer Behinderung auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte. Die Vermittlungsfähigkeit einer körperlich oder geistig behinderten Person hat also auf der hypothetischen Grundlage der „ausgeglichene Arbeitsmarktlage“ zu erfolgen. Diese umfasst ausserhalb der geschützten Werkstätten Arbeits- und Stellenangebote, bei welchen Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen des Arbeitgebers rechnen können (ARV 1993/94 Nr. 13, S. 104, Erw. 3a). Die Beurteilung auf der Grundlage des ausgeglichenen Arbeitsmarktes bedeutet, dass behinderte Versicherte nicht nur bei Hochkonjunktur und ausgesprochenem Arbeitskräftemangel als einsetz- und vermittelbar erscheinen. Der Begriff der ausgeglichenen Arbeitsmarktlage umschliesst einerseits ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen dem Angebot von der Nachfrage nach Stellen und bezeichnet andererseits einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her einen Fächer verschiedenartiger Stellen offen hält (ARV 1998 Nr. 5 S. 30 Erw. 3b/aa mit Hinweis auf BGE 110 V 276 Erw. 4b und ZAK 1991 S. 320 Erw. 3b; vgl. auch Hans-Ulrich Stauffer, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 41). Eine versicherte Person, die sich zum Zeitpunkt des Entscheides der Invalidenversicherung als nicht arbeitsfähig erachtet und weder eine Arbeit sucht noch eine zumutbare Arbeit annimmt, gilt als nicht vermittlungsfähig (ARV 1996/1997 N. 34 S. 193).

Bei körperlich oder geistig behinderten Personen kann sich die Frage der Koordination zwischen Arbeitslosenversicherung und Invalidenversicherung stellen. Allerdings sind Arbeitslosenversicherung und Invalidenversicherung nicht komplementäre Versicherungszweige in dem Sinne, dass sich eine Versicherte entweder auf Invalidität oder Arbeitslosigkeit berufen kann (ARV

1993/1994 N. 13 S. 105 Erw. 3b; vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Arbeitslosenversicherung, § 4, S. 6 Rz 11). Der Gesetzgeber hat die Regelung der Koordination zwischen Arbeitslosenversicherung und Invalidenversicherung gemäss Art. 15 Abs. 2 letzter Satz AVIG an den Bundesrat delegiert. Gestützt darauf erliess dieser Art. 15 Abs. 3 AVIV, wonach eine Behinderte, die unter Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage, nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist und sich bei der Invalidenversicherung (oder einer anderen Versicherung nach Art. 15 Abs. 2 AVIV) angemeldet hat, bis zum Entscheid der Invalidenversicherung (bzw. der anderen Versicherung [Unfallversicherung, Militärversicherung, Krankenversicherung, berufliche Vorsorge]) als vermittlungsfähig gilt. Die Verordnungsbestimmung enthält damit eine Vermutung zugunsten der Vermittlungsfähigkeit auch und gerade wenn Zweifel über diese bestehen. Die Bestimmung ist durch Art. 15 Abs.2 Satz 2 AVIG gedeckt. Die verlangte Koordination zwischen Arbeitslosenversicherung und Invalidenversicherung erfordert eine Regelung für diejenigen Fälle, bei welchen nicht auf Anhieb klar ist, ob eine Leistungspflicht der Invalidenversicherung oder der Arbeitslosenversicherung besteht. Indem die bundesrätliche Verordnung eine (Vor-)Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung (vgl. Nussbaumer, a.a.O. S. 7 Rz 11 und S. 91 Rz 228) statuiert, wird der Koordinationsauftrag umgesetzt. Gemäss Art. 15 Abs. 3 AVIV gilt eine behinderte Person vermutungsweise so lange als vermittlungsfähig, als nicht eine offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit vorliegt. „Offensichtlich“ vermittlungsunfähig bedeutet, dass die Vermittlungsunfähigkeit aufgrund der Akten der Arbeitslosenversicherung, allenfalls anderer Sozialversicherungsträger oder aufgrund anderer Umstände ohne weitere Abklärungen ersichtlich ist. Bei erheblichen Zweifeln an der Arbeitsfähigkeit einer Arbeitslosen kann die kantonale Amtsstelle eine vertrauensärztliche Untersuchung auf Kosten der Arbeitslosenversicherung anordnen (Art. 15 Abs. 3 AVIG). Wird eine solche nicht durchgeführt oder ergibt sie keine offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit, dann kommt – auch wenn Zweifel an der Vermittlungsfähigkeit bestehen – die Vermutung zum Tragen, wonach diese zu bejahen ist (SVR 1997 ALV Nr. 95 S. 292f. Erw. 5). Die Vorleistungspflicht

der Arbeitslosenversicherung besteht selbst bei einer Arbeitsfähigkeit von weniger als 50% (vgl. SVZ 64 1996, S. 161; Nussbaumer, a.a.O, S. 91 Rz 228).

- b) Unbestritten ist, dass gesundheitliche Folgen des im Jahre 2001 erlittenen Hirnschlages nicht nur eine vorübergehende Verminderung der Arbeits- und Vermittlungsfähigkeit der Versicherten mit sich brachten, sondern diese erheblich und dauernd in ihrer Arbeits- und Erwerbsfähigkeit einschränken. Art. 28 AVIG findet daher keine Anwendung. Die Beschwerdeführerin ist mithin als behinderte Versicherte zu betrachten.
- c) Im Lichte des oben Dargelegten ist zu prüfen, ob sie im Sinne von Art. 15 Abs. 2 AVIG ganz (oder wenigstens teilweise) vermittlungsfähig oder vollständig vermittlungsunfähig ist. Die Vorinstanz hat mit Blick auf den aktenkundigen Arztbericht, der von einer 50%-igen Arbeitsfähigkeit ausgeht, und ausgehend von der vergleichbar grossen Bereitschaft der Beschwerdeführerin, eine zumutbare Arbeit anzunehmen, auf eine 50%-ige Vermittlungsfähigkeit erkannt und den versicherten Verdienst daher auf monatlich Fr. 1'350.-- (50% von Fr. 2'700.--) festgelegt. Sie geht mit anderen Worten selbst davon aus, und dies aufgrund der Aktenlage und der Vorbringen der Beschwerdeführerin durchaus zu Recht, dass diese im Umfang von 50% arbeits- und vermittlungsfähig ist. Ist die behinderte Versicherte aber zumindest teilweise vermittlungsfähig (vorliegend im Umfang von ca. 50%), und daher offenkundig nicht offensichtlich vermittlungsunfähig, und steht zudem auch fest, dass sie sich bei der Invalidenversicherung zum Bezug von IV-Leistungen angemeldet hat (i.c. bereits am 13. Dezember 2002), hat sie gestützt auf Art. 15 Abs. 3 AVIV bis zum Vorliegen des Entscheides der Invalidenversicherung als „voll“ vermittlungsfähig zu gelten. Die Arbeitslosenversicherung ist entsprechend denn auch in diesem Umfange (und nicht nur in dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegenden Umfang) vorleistungspflichtig.
- d) Daran vermag der von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vorgebrachte Einwand, dass eine Behinderte, deren Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 2 AVIG und Art. 15 AVIV zu beurteilen sei, nur dann als vermittlungsfähig

gelte, wenn sie auch bereit sei, eine zumutbare Arbeit aufzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG), nichts zu ändern. Es trifft zu, dass neben der Arbeitsfähigkeit als objektive die Vermittlungsbereitschaft als subjektive Voraussetzung zum Begriff der Vermittlungsfähigkeit gehört (vgl. Nussbaumer, a.a.O., S. 87 Rz 218). Keine Stütze findet aber die vorinstanzliche Annahme, dass es der Beschwerdeführerin an einer umfassenden Vermittlungsbereitschaft fehle, weil sie lediglich bereit sei, sich im Rahmen der ihr zumutbaren Arbeitsfähigkeit vermitteln zu lassen. Abgesehen davon, dass die Vermutung von Art. 15 Abs. 3 AVIV auch das subjektive Element einschliesst, verkennt die Vorinstanz, dass die behinderte Versicherte bereit ist, im Rahmen des ihr Möglichen und Zumutbaren, eine Arbeit anzunehmen. Wollte man im übrigen der vorinstanzlichen Argumentation folgen, würde Art. 15 Abs. 3 AVIV seines Inhaltes und der ihm zugrunde liegenden Fiktion beraubt, zumal jede behinderte versicherte Person gar nicht in der Lage ist „voll“ zu arbeiten und sich entsprechend ihre Bereitschaft auch nur auf den Umfang der Resterwerbsfähigkeit erstrecken könnte. Genau dies soll aber mit der mehrfach erwähnten Vermutung verhindert werden. Nach dem Gesagten ist daher die Vermittlungsfähigkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 3 AVIV sowohl in objektiver als auch in subjektiver Weise zu bejahen. Die Bejahung der Vermittlungsfähigkeit hat zur Konsequenz, dass der behinderten Versicherten mit Wirkung ab dem 10. November 2003 und ausgehend von dem unbestritten gebliebenen, versicherten Verdienst (Art. 23 Abs. 1 AVIG, Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV) von monatlich Fr. 2'700.-- (und nicht nur Fr. 1'350.--) Leistungen der Arbeitslosenversicherung zustehen. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid und die diesem zugrunde liegende Verfügung sind aufzuheben.

3. Gerichtskosten werden keine erhoben, weil das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht nach Art. 61 lit. a des ATSG – ausser bei leichtsinniger und mutwilliger Prozessführung – grundsätzlich kostenlos ist. Die Beschwerdegegnerin hat die durch die Pro Infirmis Graubünden vertretene Beschwerdeführerin angemessen zu entschädigen.

### **Demnach erkennt das Gericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Einspracheentscheid und die ihr zugrunde liegende Verfügung werden aufgehoben und es wird festgestellt, dass sich der versicherte Verdienst mit Wirkung ab 10. November 2003 auf Fr. 2'700.-- beläuft.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Arbeitslosenkasse Graubünden hat ... aussergerichtlich mit Fr. 500.-- zu entschädigen.