

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 138/03

Urteil vom 15. September 2005
I. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichterinnen Leuzinger und Widmer, Bundesrichter Lustenberger und
Ursprung; Gerichtsschreiberin Kopp Käch

Parteien
Staatssekretariat für Wirtschaft, Effingerstrasse 31, 3003 Bern, Beschwerdeführer,

gegen

E._____, 1965, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher Bruno Habegger, Brauihof 2,
Hübeligasse, 4900 Langenthal,

Vorinstanz
Versicherungsgericht des Kantons Aargau, Aarau

(Entscheid vom 8. April 2003)

Sachverhalt:

A.

Die 1965 geborene E._____ arbeitete im Rahmen eines befristeten Arbeitsvertrages vom 16.
Oktober 2000 bis 31. Juli 2001 als Bestückerin bei der Firma M._____ und war anschliessend mit
unterschiedlichen Temporäreinsätzen für die Arbeitsvermittlungsfirma X._____ tätig. Die
Versicherte meldete sich am 4. Januar 2002 zur Arbeitsvermittlung an und beantragte bei der
Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung
ab 7. Januar 2002.

Am 20. August 2002 gebar E._____ ihr erstes Kind. Mit Verfügung vom 15. Oktober 2002 lehnte
das kantonale Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) den ab 20. August 2002 geltend gemachten
Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit ab. Gleichzeitig lud
es die Arbeitslosenkasse ein, etwaige zuviel ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung
zurückzufordern. Dementsprechend forderte die Arbeitslosenkasse E._____ mit Verfügung vom
28. Oktober 2002 auf, die für den Monat August 2002 zuviel ausgerichtete
Arbeitslosenentschädigung im Betrag von Fr. 1198.60 zurückzuerstatten.

B.

Beschwerdeweise liess E._____ die Aufhebung der beiden Verfügungen beantragen. Zudem
ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung. Das Versicherungsgericht des
Kantons Aargau hiess mit Entscheid vom 8. April 2003 die Beschwerde gegen die Verfügung des
AWA vom 15. Oktober 2002 in dem Sinne gut, dass der Anspruch der Versicherten auf
Arbeitslosenentschädigung erst ab dem 19. September 2002 abgelehnt wird, und hob die Verfügung
der Arbeitslosenkasse vom 28. Oktober 2002 auf.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) die
Aufhebung des Entscheids des Versicherungsgerichts und die Bestätigung der Verfügungen vom 15.
und 28. Oktober 2002.

E._____ lässt sinngemäss auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen und um
Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung ersuchen. Das AWA beantragt Gutheissung der
Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Mit Verfügung vom 15. Oktober 2002 hat das AWA die Vermittlungsfähigkeit und somit den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung der Beschwerdegegnerin ab 20. August 2002 verneint und die Arbeitslosenkasse gestützt darauf am 28. Oktober 2002 die Rückforderung der für die Zeit vom 20. bis 31. August 2002 bereits ausgerichteten Taggelder verfügt. Nicht mehr streitig ist im vorliegenden Verfahren, dass die Beschwerdegegnerin für die fragliche Zeit keine Obhutsregelung beigebracht hatte. Streitig und zu prüfen ist jedoch, ob sie trotzdem einen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung hatte, und damit auch die Frage der Rückforderung der bereits ausgerichteten Taggelder.

2.

Die Vorinstanz hat richtig ausgeführt, dass im vorliegenden Fall die bis 31. Dezember 2002 geltenden materiellrechtlichen Bestimmungen, nicht diejenigen des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) anwendbar sind. Zutreffend dargelegt hat sie sodann die massgebenden gesetzlichen Bestimmungen und Grundsätze über den Taggeldanspruch von Versicherten, die wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind (Art. 28 Abs. 1 AVIG in der bis 30. Juni 2003 gültig gewesenen Fassung). Darauf kann verwiesen werden.

Der Vollständigkeit halber zu ergänzen ist, dass die per 1. Juli 2005 in Kraft getretenen Bestimmungen über die Mutterschaftsentschädigung (Art. 16b Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft [Erwerbsersatzgesetz, EOG] in Verbindung mit Art. 29 der Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz [EOV]) noch nicht anwendbar sind.

3.

3.1 Das kantonale Gericht hat die Auffassung der Verwaltung bestätigt, wonach die Beschwerdegegnerin mangels Nachweises einer genügenden Betreuungsmöglichkeit für ihre Tochter nach der Geburt am 20. August 2002 nicht mehr vermittlungsfähig war. Es kam jedoch zum Schluss, dass die Versicherte im Sinne von Art. 28 Abs. 1 AVIG wegen Mutterschaft vorübergehend nicht arbeits- und vermittlungsfähig gewesen sei, weil sie einerseits zufolge der Schutzfrist gemäss Art. 35a Abs. 3 des Arbeitsgesetzes (ArG) während acht Wochen nach der Geburt arbeitsunfähig und wegen der fehlenden Obhutsregelung vermittlungsunfähig gewesen sei. Die Vorinstanz bejahte daher einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bis am 19. September 2002 und hob die Rückforderungsverfügung der Arbeitslosenkasse auf.

3.2 In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde verneint das seco einen Anspruch gestützt auf Art. 28 AVIG. Es macht im Wesentlichen geltend, ein Taggeldanspruch gemäss Art. 28 AVIG sei bei Mutterschaft nur gegeben, wenn diese zu einer Beeinträchtigung der Gesundheit führe und die versicherte Person deshalb nicht in der Lage sei, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Für die Bejahung der Vermittlungsunfähigkeit im Sinne dieser Bestimmung könnten nur solche Tatsachen berücksichtigt werden, die auch zu einer Arbeitsunfähigkeit führten. Der Vermittlungsunfähigkeit komme somit keine eigenständige Bedeutung zu. Insbesondere würden subjektive und damit in der Dispositionsfreiheit der Versicherten liegende Gründe nicht zu einer Vermittlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 28 AVIG führen.

3.3 Die Beschwerdegegnerin demgegenüber stellt sich auf den Standpunkt, dass durch das Erfordernis einer gesundheitlichen Beeinträchtigung die in Art. 28 AVIG erwähnte Mutterschaft die eigenständige Bedeutung verlieren würde.

4.

Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zu Grunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 130 II 71 Erw. 4.2, 130 V 232 Erw. 2.2, 295 Erw. 5.3.1, 428 Erw. 3.2, 475 Erw. 6.5.1, 484 Erw. 5.2, 129 V 284 Erw. 4.2, je mit Hinweisen).

5.

5.1 Art. 28 AVIG regelt unter der Marginalie "Taggeld bei vorübergehend fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit" u.a. den Taggeldanspruch bei Mutterschaft. Gemäss der vorliegend anwendbaren, bis 30. Juni 2003 gültig gewesenen Fassung von Art. 28 Abs. 1 AVIG haben Arbeitslose, die u.a. wegen Mutterschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen können, sofern sie die übrigen

Anspruchsvoraussetzungen erfüllen, während einer bestimmten Anzahl Tage innerhalb der Rahmenfrist Anspruch auf das volle Taggeld. In der seit 1. Juli 2003 in Kraft stehenden Regelung von Art. 28 Abs. 1 und 1bis AVIG wurde der Taggeldanspruch für die Mutterschaft bei fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit von der für Krankheit und Unfall geltenden Regelung in der Weise entkoppelt, dass Wöchnerinnen mit der neuen Regelung wegen fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit maximal 40 Taggelder beziehen können, auch wenn sie vor der Niederkunft bereits Taggelder auf Grund von Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft während maximal 44 Tagen bezogen haben (BBl 2001 II 2253 und 2268). In der neuen Regelung wurde dementsprechend unterschieden zwischen Krankheit, Unfall und

Schwangerschaft in Abs. 1 und Niederkunft in Abs. 1bis. Nichts geändert hat sich jedoch an der Voraussetzung der vorübergehend nicht oder nur vermindert vorhandenen Arbeits- und Vermittlungsfähigkeit.

5.2 Eine arbeitslose Person ist gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Die Vermittlungsfähigkeit setzt sich demzufolge aus drei Elementen zusammen, aus der Arbeitsfähigkeit und Arbeitsberechtigung als Elemente objektiver Natur einerseits und aus der Vermittlungsbereitschaft als Element subjektiver Natur andererseits. Unter Arbeitsfähigkeit als "in der Lage sein" ist primär die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit, aber auch die Verfügbarkeit in räumlicher sowie in zeitlicher Hinsicht zu verstehen. Der Vollständigkeit halber kann darauf hingewiesen werden, dass Art. 6 ATSG Arbeitsunfähigkeit definiert als durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Die Arbeitsberechtigung sodann ist anhand der fremdenpolizeilichen, asylrechtlichen, arbeitsschutzrechtlichen, gesundheits- oder gewerbepolizeilichen Vorschriften zu beurteilen. Die Vermittlungsbereitschaft schliesslich umfasst die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (zum Ganzen vgl. Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Rz 211 ff.; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, N. 10 ff. zu Art. 15, je mit Hinweisen).

5.3 Aus der Marginalie und aus dem Wortlaut von Art. 28 Abs. 1 AVIG, der als Anspruchsvoraussetzung die vorübergehend fehlende oder verminderte Arbeits- und Vermittlungsfähigkeit nennt, geht klar hervor, dass die Arbeitsunfähigkeit - wie dies das *seco* in seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde betont - eine *conditio sine qua non* darstellt und der Nennung der Vermittlungsfähigkeit so gesehen keine eigenständige Bedeutung zukommt. Ist die Vermittlungsfähigkeit nicht wegen mangelnder Arbeitsfähigkeit, sondern wegen eines der beiden andern Elemente, nämlich wegen mangelnder Arbeitsberechtigung oder Vermittlungsbereitschaft eingeschränkt, begründet dies an sich keinen Anspruch gemäss Art. 28 AVIG (vgl. Gerhards, a.a.O., N. 20 zu Art. 28). Die Mutterschaft muss zu einer gesundheitlichen Beeinträchtigung im oben erwähnten Sinne führen, sodass die Versicherte nicht in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Solange dieser Zustand andauert, steht eine fehlende Obhutsregelung der Anwendbarkeit von Art. 28 Abs. 1 AVIG nicht entgegen. Ebenso stellen die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes, namentlich Art. 35a Abs. 3 ArG, wonach Wöchnerinnen während einer bestimmten Zeit nach der Entbindung nicht arbeiten dürfen, ihre Vermittlungsfähigkeit diesbezüglich nicht in Frage (ALV-Praxis 98/1, Blatt 9; Kreisschreiben des *seco* über die Arbeitslosenentschädigung, Januar 2003, Rz C125 und B187a). Die Anrufung des Moments der Arbeitsberechtigung in dem Sinne nämlich, dass bei Wöchnerinnen - wie bei Ausländern und Ausländerinnen - mangels Arbeitsberechtigung die Momente der Arbeitsfähigkeit und Vermittlungsbereitschaft gar nicht geprüft würden, widerspräche dem Willen des Gesetzgebers, der die mutterschaftsbedingte fehlende oder verminderte Arbeits- und Vermittlungsfähigkeit der Sonderregelung von Art. 28 AVIG unterstellen wollte, und liesse den gewollten sozialen Effekt dieser Regelung fallen (vgl. Gerhards, a.a.O., N. 21 f. zu Art. 28; Amtl. Bull. NR 1981 I S. 824 ff.; Amtl. Bull. SR 1982 S. 136 f.). Durch die Möglichkeit der Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern trotz Arbeitsverbot gemäss Art. 35a ArG werden gewisse Mängel im Versicherungssystem gemildert (vgl. Béatrice Despland, Familienarbeit und Arbeitslosenversicherung - ein Widerspruch?, Basel 2001, S. 56 Rz 176 ff.). Eine weitere Verbesserung der Situation bringt die in Erw. 2 erwähnte, vorliegend nicht anwendbare per 1. Juli 2005 in Kraft getretene Regelung der Mutterschaftsentschädigung.

6.

Die Vorinstanz hat die fehlende Arbeitsfähigkeit mit der Schutzfrist gemäss Art. 35a Abs. 3 ArG und die fehlende Vermittlungsfähigkeit mit der mangelnden Obhutsregelung begründet. Dies entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck von Art. 28 AVIG. Die Schutzfrist von Art. 35a Abs. 3 ArG betrifft nicht die Arbeitsfähigkeit, sondern die Arbeitsberechtigung und vermag somit die Anspruchsvoraussetzung der fehlenden oder verminderten Arbeitsfähigkeit nicht zu erfüllen. Sie steht

einer Prüfung der Arbeitsfähigkeit - wie in Erw. 5.3 dargelegt - aber auch nicht entgegen. Ob die Versicherte jedoch unmittelbar nach der Geburt ab 20. August 2002 effektiv arbeitsfähig im oben umschriebenen Sinne war, geht aus den Akten nicht hervor. War sie es nicht, was nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu vermuten ist, ist die Obhutsregelung in dieser Zeitspanne für die Frage der Anspruchsberechtigung nicht relevant. Aus den Akten ebenfalls nicht ersichtlich ist sodann, ob und wenn ja, wieviele Taggelder gestützt auf Art. 28 AVIG die Versicherte innerhalb der Rahmenfrist bereits bezogen hat. Die Sache ist an das AWA zurückzuweisen, damit dieses die übrigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Taggelder bei vorübergehend fehlender oder verminderter

Arbeitsfähigkeit prüft und anschliessend neu verfügt. Damit ist der Rückforderungsverfügung der Arbeitslosenkasse vom 28. Oktober 2002 die Grundlage entzogen.

7.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG).

Dem Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung kann entsprochen werden (Art. 152 in Verbindung mit Art. 135 OG), da die Bedürftigkeit aktenkundig ist und die Vertretung geboten war (BGE 124 V 309 Erw. 6 mit Hinweisen). Die Beschwerdegegnerin ist indessen ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sie gemäss Art. 152 OG der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn sie dazu später im Stande ist.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 8. April 2003 und die Verfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Aargau vom 15. Oktober 2002 sowie die Verfügung der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau vom 28. Oktober 2002 aufgehoben werden und die Sache an das Amt für Wirtschaft und Arbeit zurückgewiesen wird, damit es, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, über die Anspruchsberechtigung der Beschwerdegegnerin neu verfüge.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wird Fürsprecher Bruno Habegger, Langenthal, für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 1000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Aargau und der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau zugestellt.

Luzern, 15. September 2005

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der I. Kammer: Die Gerichtsschreiberin:

i.V.