



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 28. April 2017 (715 16 374 / 101)

Arbeitslosenversicherung

Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nach Art. 28 Abs. 1 AVIG bei aufgeschobener Mutterschaftsentschädigung wegen längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen im Sinne von Art. 16c Abs. 2 EOG bejaht.

_____ Besetzung Präsidentin Eva Meuli, Gerichtsschreiberin Margit Campell

_____ Parteien A._____, Beschwerdeführerin, vertreten durch B._____

gegen

Arbeitslosenkasse Syndicom, Looslistrasse 15, Postfach 382,
3027 Bern, Beschwerdegegnerin

_____ Betreff Ablehnung der Anspruchsberechtigung

A.1 A.____ arbeitete vom 1. November 1996 bis 31. Juli 2015 bei der C.____ AG. Dieses Arbeitsverhältnis kündigte sie am 15. April 2015 auf den 31. Juli 2015. Am 26. Juni 2015 meldete sich A.____ beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und erhob gleichentags bei der Arbeitslosenkasse Syndicom (Kasse) Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. August 2015. Die Kasse richtete in der Folge Taggelder aus, wobei sie die Versicherte mit Verfügung vom 13. August 2015 wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit während 31 Tagen in der Anspruchsberechtigung einstellte.

A.2 Am 1. September 2016 brachte die Versicherte in der 34. Schwangerschaftswoche Drillinge zur Welt und war gemäss ärztlichem Zeugnis des Spitals D.____ vom 5. September 2016 für die Zeit vom 27. August 2016 bis 12. Oktober 2016 vollständig arbeitsunfähig. Am 16. September 2016 liess die Versicherte ihrem Personalberater bei der Kasse mitteilen, dass ihre zu früh geborenen Drillinge bis 12. Oktober 2016 stationär im Spital D.____ behandelt würden. Weiter liess sie verlauten, dass sie gestützt auf die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Thema Aufschub der Mutterschaftsentschädigung sowie unter Hinweis auf Art. 28 des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung vom (AVIG) vom 25. Juni 1982 im Monat September 2016 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Am 22. September 2016 reichte A.____ bei der Kasse das Formular "Angaben der versicherten Person für den Monat September 2016" ein und wiederholte ihren Standpunkt. Weiter führte sie aus, dass sie die Mutterschaftsentschädigung im Sinne des Bundesgesetzes über den Erwerbersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (EOG) vom 25. September 1952 bis zum Austritt der Drillinge aus dem Spital aufschiebe.

A.3 Mit Verfügung vom 3. Oktober 2016 lehnte die Kasse die Anspruchsberechtigung von A.____ ab dem 1. September 2016 bis zur evtl. Wiederanmeldung nach dem Mutterschaftsurlaub ab. Zur Begründung wurde unter Hinweis auf die AVIG-Praxis ALE (Kreisschreiben des Bundesamtes für Wirtschaft, seco) im Wesentlichen vorgebracht, dass die Vermittlungsfähigkeit der Versicherten ab 1. September 2016 verneint werden müsse, da Wöchnerinnen von Gesetzes wegen während acht Wochen nach der Geburt nicht arbeiten dürften. Daran hielt die Kasse auch auf Einsprache hin mit Entscheid vom 7. November 2016 fest.

B. Hiergegen erhob A.____, vertreten durch B.____, am 10. November 2016 Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht). Sie beantragte, in Aufhebung des Einspracheentscheids vom 7. November 2016 sei ihr für die Zeit vom 1. September 2016 bis zum 26. September 2016 das volle Arbeitslosentaggeld auszurichten; unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, dass das Bundesgericht im zwischenzeitlich publizierten Urteil BGE 142 II 425 ausgeführt habe, dass es keinen sachlichen Grund gebe, einer Arbeitnehmerin, welche aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sei, zu arbeiten, den Lohnersatz zu verwehren, bloss weil der Grund der gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit im Nachgang zu einer Geburt und nicht als Folge einer Krankheit oder eines Unfalles eintrete. Sie habe während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, welche am 1. August 2015 zu laufen begonnen habe, noch keinen Anspruch auf Taggelder gemäss Art. 28 Abs. 1 AVIG geltend gemacht. Die 30-tägige Frist nach dieser Bestimmung beginne am 27. August 2016 zu laufen und ende am 26. September 2017.

C. Die Kasse schloss mit Vernehmlassung vom 6. Dezember 2016 auf Abweisung der Beschwerde.

Die Präsidentin zieht **in Erwägung** :

1.1 Gemäss Art. 100 Abs. 3 AVIG kann der Bundesrat die örtliche Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts in Abweichung von Art. 58 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 regeln. Gemäss Art. 128 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung (AVIV) vom 31. August 1983 richtet sich die Beurteilung der Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts nach Art. 119 AVIV. Örtlich zuständig ist gemäss Art. 128 in Verbindung mit Art. 119 Abs. 1 lit. a AVIV das Gericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person ihre Kontrollpflicht erfüllt. Während der Zeitdauer des Leistungsbezugs hat die Beschwerdeführerin ihre Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft erfüllt. Nach § 54 Abs. 1 lit. a VPO ist das Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Basel-Landschaft zur Behandlung von Beschwerden gegen Verfügungen gemäss Art. 100 AVIG zuständig. Auf die beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 10. November 2016 ist einzutreten.

1.2 Nach § 55 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 entscheidet das Präsidium des Kantonsgerichts, Abteilung Sozialversicherungsrecht, Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 10'000.--. Im vorliegenden Fall liegt der Streitwert unter Fr. 10'000.--, womit die präsidiale Zuständigkeit begründet ist.

2. Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin nach der Geburt ihrer Drillinge und nachdem sie den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung aufgeschoben hat, in der Zeit ab 1. September 2016 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

3.1 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt nach Art. 8 Abs. 1 AVIG voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 10), einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 11), in der Schweiz wohnt (Art. 12), die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht, die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 13 und 14), vermittlungsfähig ist (Art. 15) und die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 17).

3.2 Die arbeitslose versicherte Person ist nach Art. 15 Abs. 1 AVIG vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Die allgemeine Vermittlungsfähigkeit setzt sich somit aus drei Elementen zusammen. Davon sind die Arbeitsfähigkeit sowie die Arbeitsberechtigung objektiver und die Vermittlungsbereitschaft subjektiver Natur. 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 die 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, arbeitsschutzrechtli-

chen, gesundheits- oder gewerbepolizeilichen Vorschriften zu beurteilen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Schutzfrist gemäss Art. 35a Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, wonach Wöchnerinnen während acht Wochen nach der Niederkunft nicht beschäftigt werden dürfen, die Vermittlungsfähigkeit nicht hindert (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen] vom 15. September 2005, C138/03). Die Vermittlungsbereitschaft schliesslich umfasst die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen. Dazu genügt die Willenshaltung oder die bloss verbal erklärte Vermittlungsbereitschaft nicht; die versicherte Person ist vielmehr gehalten, sich der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen, angebotene zumutbare Arbeit anzunehmen und sich selbst intensiv nach einer zumutbaren Stelle umzusehen. Inhalt der Vermittlungsbereitschaft ist sodann auch die Bereitschaft, an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen und die Weisungen der Durchführungsorgane zu befolgen. Massgebend ist das gesamte Verhalten der versicherten Person (zum Ganzen vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, Basel/Genf/München 2016, Rz. 270). Damit die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, müssen die drei Elemente kumulativ erfüllt sein (NUSSBAUMER, a.a.O., Rz. 261).

4.1 Das Kantonsgericht besitzt in Sozialversicherungssachen die vollständige Überprüfungsbefugnis und ist in der Beweiswürdigung frei (§ 57 VPO in Verbindung mit Art. 61 Satz 1 ATSG; Art. 61 lit. c ATSG). Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache sodann nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, S. 136). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die bloss mögliche eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 360 E. 5b; 125 V 195; 121 V 47 E. 2a; 208 E. 6b mit Hinweis).

4.2 In Bezug auf Weisungen und Kreisschreiben ist festzuhalten, dass Verwaltungsweisungen sich grundsätzlich an die Durchführungsstellen richten und für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich sind. Dieses berücksichtigt die Kreisschreiben insbesondere dann und weicht nicht ohne triftigen Grund davon ab, wenn sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen und eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben enthalten. Dadurch trägt es dem Bestreben der Verwaltung Rechnung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten (BGE 138 V 346 E. 6.2, 137 V 1 E. 5.2.3, 133 V 257 E. 3.2 S. 258 mit Hinweisen; vgl. 133 II 305 E. 8.1). Auf dem Wege von Verwaltungsweisungen dürfen keine über Gesetz und Verordnung hinausgehenden Einschränkungen eines materiellen Rechtsanspruchs eingeführt werden (vgl. in BGE 141 V 272 nicht publizierte Erwägung 1. 3 des Urteils des Bundesgerichts vom 4. Mai 2015, 8C_742/2014).

5.1 Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 7. November 2016 verneinte die Beschwerdegegnerin ab 1. September 2016 den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Unter Hinweis auf AVIG-Praxis ALE Rz. C183 hielt sie fest, dass die Beschwerdeführerin, welche nach der Geburt der Drillinge die Mutterschaftsentschädigung aufgeschoben habe, in der Zeit zwischen der Geburt und dem Beginn des Mutterschaftsurlaubs keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geltend machen könne, weil sie infolge Arbeitsverbots vermittlungsunfähig sei. An dieser Begründung hielt die Beschwerdegegnerin auch in ihrer Vernehmlassung vom 6. Dezember 2016 fest.

5.2 Die Beschwerdeführerin führt demgegenüber im Wesentlichen aus, dass sie auch bei aufgeschobener Mutterschaftsentschädigung Anspruch auf Arbeitslosentaggelder nach Art. 28 Abs. 1 AVIG habe. Die durch das Arbeitsverbot nach der Niederkunft bestehende Vermittlungsunfähigkeit stehe diesem Anspruch nicht entgegen.

5.3 Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Beschwerdeführerin nach der Geburt ihrer Drillinge am 1. September 2016 weder arbeits- noch vermittlungsfähig war (vgl. oben E. 3.2). Gemäss Arztzeugnis des Spitals D.____ vom 5. September 2016 (Beschwerdebeilage 3) war die Beschwerdeführerin ab 27. August 2016 bis zum 12. Oktober 2016 zu 100% arbeitsunfähig. Ob die Beschwerdeführerin - wie von ihr beschwerdeweise geltend gemacht - unter diesen Umständen dennoch Anspruch auf Taggelder im Sinne von Art. 28 Abs. 1 AVIG hat, ist nachfolgend zu prüfen:

5.4.1 Gemäss Art. 28 Abs. 1 Satz 1 AVIG haben Versicherte, die wegen Krankheit (Art. 3 ATSG), Unfall (Art. 4 ATSG) oder Schwangerschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen können, Anspruch auf das volle Taggeld, sofern sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Dieser dauert längstens bis zum 30. Tag nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit und ist innerhalb der Rahmenfrist auf 44 Taggelder beschränkt. Nach Art. 28 Abs. 5 Satz 1 AVIG muss die arbeitslose Person ihre Arbeitsunfähigkeit beziehungsweise ihre Arbeitsfähigkeit mit einem ärztlichen Zeugnis nachweisen.

5.4.2 Die AVIG-Praxis ALE hält in Rz. C183 fest, dass die Mutter bei längerem Spitalaufenthalt des neugeborenen Kindes beantragen kann, dass die Mutterschaftsentschädigung erst ausgerichtet wird, wenn das Kind nach Hause kommt. Für die Zeit zwischen der Geburt und dem Beginn des Mutterschaftsurlaubes kann jedoch kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geltend gemacht werden, da die Mutter infolge Arbeitsverbots vermittlungsunfähig ist.

5.5.1 Zunächst ist zu betonen, dass die Rz. C183 der AVIG-Praxis ALE, wonach Wöchnerinnen keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigungen hätten, weil sie gemäss Art. 35a Abs. 3 ArG vom 13. März 1964 einem 8-wöchigen Arbeitsverbot unterstünden, nicht gefolgt werden kann. Das EVG hat bereits im Urteil vom 15. September 2005 festgehalten, dass das Arbeitsverbot gemäss ArG der Anwendung von Art. 28 Abs. 1 AVIG nicht entgegenstehe. Es besteht auch vorliegend keinen Anlass, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abzuweichen.

5.5.2 Fest steht zudem, dass die geltenden Bestimmungen des AVIG die Frage nicht regeln, ob eine arbeitslose Mutter, welche nach der Geburt den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung infolge Spitalaufenthalts ihres neugeborenen Kindes aufschiebt (vgl. Art. 16c Abs. 2 EOG), Anspruch auf Taggelder im Sinne von Art. 28 Abs. 1 AVIG hat. Es ist deshalb zu prüfen, ob es sich hierbei um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers oder um eine Gesetzeslücke handelt. Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn eine Regelung unvollständig ist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine echte Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Rechtssinn eine Vorschrift entnommen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2017, 8C_455/2016, E. 3.2 mit Hinweisen). Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende, zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt (BGE 141 V 481 E. 3.1, 139 II 404 E. 4.2).

5.6.1 Für die Normen des Verwaltungsrechts gelten die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung, das Verwaltungsrecht bedarf nicht einer besonderen Auslegungsmethode. Zur Anwendung gelangen die grammatikalische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegungsmethode (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, N 177 ff.). Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut, doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Vom Wortlaut kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen (vgl. BGE 125 II 333 E. 5, 124 II 199 E. 5a, 124 II 376 E. 5).

5.6.2 Zu ermitteln ist das aktuell geltende Recht, das ohne Realitätsbezüge nicht verstanden werden kann. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob der Richter oder die Richterin das Recht anstelle des Gesetzgebers fortbilden darf bzw. ob er bzw. sie sich eine solche Funktion unzulässigerweise anmasst (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Methodik in der Rechtsanwendung, in: Anne Peters/Markus Schefer, Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Bern 2004, S. 42 ff.). Es sollen alle jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables, d.h. ohne unverhältnismässig grossen Verwaltungsaufwand durchsetzbares Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben. Danach muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, d.h. nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht bzw. dem zur Entscheidung berufenen Organ allerdings nicht nach ihren eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach

den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt nicht allein die Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinn, sondern führt darüber hinaus zur Massgeblichkeit der bei der Auslegung gebräuchlichen Methoden auf den Bereich richterlicher Rechtsschöpfung, indem ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm entweder auf dem Analogieweg auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausgedehnt oder umgekehrt auf einen solchen Sachverhalt durch teleologische Reduktion nicht angewandt wird. Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt (BGE 128 I 40 f. E. 3b).

5.6.3 Massgeblich sind meist Sinn und Zweck einer Norm, wie sie sich aufgrund der Anschauung zur Zeit der Rechtsanwendung für die Normadressaten ergeben. Nach der zeitgemässen Auslegung sollen vor allem die gegenwärtigen tatsächlichen Gegebenheiten und heute herrschenden Wertvorstellungen entscheidend sein. Insbesondere bei jungen Gesetzen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 179; vgl. BGE 125 II 209 ff. E. 4 mit Hinweisen); der Entstehungsgeschichte einer Norm kommt insofern entscheidende Bedeutung zu (vgl. BGE 128 I 332 E. 2.3).

5.7.1 Die grammatikalische Auslegung führt im vorliegenden Fall zu keinem eindeutigen Ergebnis, da der Gesetzestext weder auf ein qualifiziertes Schweigen noch auf eine Lücke schliessen lässt. Auch der französische und der italienische Text helfen bei der Auslegung nicht weiter. Allen Texten ist gemeinsam, dass ein Anspruch nur beim Vorliegen von Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft, nicht aber bei Mutterschaft entsteht. Immerhin ist aber aus dem Titel zu entnehmen, dass Art. 28 AVIG den Anspruch auf Taggeld bei vorübergehender fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit generell regelt. Auch im Nachgang zur Geburt eines Kindes kann eine vorübergehende, auf dieses Ereignis zurückzuführende Arbeitsunfähigkeit der Versicherten entstehen.

5.7.2.1 Die historische Auslegung von Art. 28 AVIG ergibt folgendes Bild: Die ursprüngliche Fassung von Art. 28 Abs. 1 AVIG lautete wie folgt: Arbeitslose, die wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen können, haben, sofern sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen, Anspruch auf das volle Taggeld. Der Anspruch beginnt jedoch erst nach einer Wartezeit von einer Woche, ausgenommen wenn die Arbeitsunfähigkeit durch Mutterschaft oder Unfall bedingt ist oder Arbeitslose sich zur Behandlung in einer Heilanstalt befindet. Er dauert höchstens bis zum 30. Tag nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit. Er ist innerhalb der Rahmenfrist auf 34 Taggelder beschränkt (vgl. Botschaft zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzent-schädigung, AVIG-Botschaft, vom 2. Juli 1980, in Bundesblatt [BBl] 1980 III 585 ff.). Damit wurde bei Mutterschaft, welche die Schwangerschaft und die 8 Wochen nach der Geburt umfasste (vgl. GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG],

Bern/Stuttgart 1987, Band 1, N 21 zu Art. 28), ein Anspruch auf befristete Taggelder anerkannt, sofern - wie bei Krankheit und Unfall - von einer vorübergehenden ganzen oder teilweisen Verminderung der Arbeits- und Vermittlungsfähigkeit auszugehen war. Daran wurde im Wesentlichen und in Bezug auf die hier interessierende Frage auch im Rahmen der Revision des AVIG festgehalten, welche am 1. Januar 1992 in Kraft getreten ist. Im Zusammenhang mit der 2. Teilrevision des AVIG, welche ab dem 1. Januar 1996 gültig war, wurde auch im Krankheitsfall auf die 7-tägige Karenzzeit verzichtet (vgl. Botschaft zur zweiten Teilrevision des AVIG vom 29. November 1993, BBI 1994 I 340).

5.7.2.2 Am 1. Juli 2003 trat folgende Fassung von Art. 28 Abs. 1 AVIG in Kraft: Versicherte, die wegen Krankheit (Art. 3 ATSG), Unfall (Art. 4 ATSG) oder Schwangerschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen können, haben, sofern sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen, Anspruch auf das volle Taggeld. Dieser dauert längstens bis zum 30. Tag nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit und ist innerhalb der Rahmenfrist auf 44 Taggelder beschränkt. Diese Bestimmung erlaubte es Versicherten, während der Schwangerschaft wegen vorübergehend fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit 30 Taggelder zu beziehen. Der Anspruch nach der Geburt wurde neu in Art. 28 Abs. 1^{bis} AVIG festgehalten. Demnach hatten Versicherte, die nach der Niederkunft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig waren, Anspruch auf weitere 40 Taggelder. Damit wurde die Situation von Müttern verbessert, welche nach der Geburt vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig waren. Sie waren nunmehr nach der Niederkunft während insgesamt 40 Tagen entsprechend dem 8-wöchigen Arbeitsverbot gemäss Art. 35a Abs. 1 ArG und unabhängig davon, ob sie ihren Anspruch nach Art. 28 Absatz 1 AVIG ausgeschöpft hatten, berechtigt, das volle Taggeld zu beziehen (vgl. BBI 2001 2245, 2284 f.).

5.7.2.3 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber historisch gesehen stets auch arbeitslose Versicherte während der Schwangerschaft und nach der Niederkunft im Sinne von Art. 28 AVIG als anspruchsberechtigt betrachtete. Dies änderte sich per 1. Juli 2005, als das EOG um eine Mutterschaftsentschädigung ergänzt und mit deren Inkrafttreten Art. 28 Abs. 1^{bis} AVIG aufgehoben wurde. Mit der Einführung der Mutterschaftsentschädigung fällt die Mutterschaft daher grundsätzlich nicht mehr unter den Anwendungsbereich des Art. 28 AVIG. Vielmehr hat eine arbeitslose Mutter nach der seit 1. Juli 2005 geltenden Regelung aufgrund der in Art. 16g Abs. 1 lit. a EOG getroffenen Prioritätsordnung mit dem Tag der Geburt Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung. Bei längerem Spitalaufenthalt des neugeborenen Kindes kann die Mutter aber beantragen, dass die Mutterschaftsentschädigung erst ausgerichtet wird, wenn das Kind nach Hause kommt (Art. 16c Abs. 2 EOG). Ob die Versicherte während dieser Zeit unter dem Titel von Art. 28 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Leistungen hat, kann den geltenden Bestimmungen jedoch nicht mehr entnommen werden.

5.7.3 Eine historisch orientierte Auslegung ist für sich allein nicht entscheidend. Andererseits vermag jedoch nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Richters und der Richterin bleibt, auch wenn sie das Gesetz mittels teleologischer

Auslegung oder Rechtsfortbildung veränderten Umständen anpassen oder es ergänzen (vgl. BGE 129 V 92 E. 2.2). Vorliegend ist auch aus systematischer und teleologischer (zweckbezogener) Sicht klar, dass der Gesetzgeber ursprünglich einen lückenlosen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder auch von Müttern nach der Geburt verfolgte. Sinn und Zweck von Art. 28 AVIG ist es, versicherte Personen generell bei vorübergehender fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit vor der Gefahr einer finanziellen Einbusse zu schützen. Im Zusammenhang mit der Einführung der Mutterschaftsentschädigung hat der Gesetzgeber die in Art. 28 Abs. 1^{bis} AVIG geregelte Situation nicht bedacht. NUSSBAUMER führt diesbezüglich mit guten Gründen aus, dass angesichts des Normzwecks die Anwendung von Art. 28 Abs. 1 AVIG gerechtfertigt sei, wenn eine Versicherte vom Aufschub der Mutterschaftsentschädigung Gebrauch macht und ihr Anspruch auf 44 Taggelder noch nicht erschöpft ist (vgl. NUSSBAUMER. a.a.O., Rz. 432 mit Hinweisen). Dieser Auffassung ist auch vorliegend zu folgen, denn sowohl aus historischer wie auch aus teleologischer Sicht steht fest, dass auch arbeitslose Frauen, die nach der Geburt ihres Kindes den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung im Sinne des EOG aufschieben, Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben sollten. Damit liegt eine echte Lücke im Gesetz vor, welche durch das Gericht geschlossen werden darf.

5.7.4 Diese Ansicht lässt sich auch mit Blick auf die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts begründen. Dieses hat in BGE 142 II 425 zusammenfassend festgestellt, dass eine Arbeitnehmerin, welche die Mutterschaftsentschädigung nach Art. 16c Abs. 2 EOG aufgeschoben habe und in der Zeit bis zur Entlassung ihres Kindes aus dem Spital aus gesundheitlichen Gründen selbst voll arbeitsunfähig sei, grundsätzlich Anspruch auf Lohnersatz wie bei Krankheit habe. Zwar lag dem zu beurteilenden Fall insofern ein anderer Sachverhalt zu Grunde, als die Versicherte nicht Leistungen der Arbeitslosenversicherung, sondern Ansprüche gegenüber ihrem Arbeitgeber aus öffentlich-rechtlichem Arbeitsvertrag geltend machte. Im Kern handelt es sich aber um die gleiche Problematik, denn in beiden Fällen ist die Frage zu beantworten, ob und in welchem Umfang Mütter, die von der Möglichkeit im Sinne von Art. 16c Abs. 2 EOG Gebrauch gemacht und die Mutterschaftsentschädigung aufgeschoben haben sowie selbst arbeitsunfähig sind, Anspruch auf Lohn oder Lohnersatz haben. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass es keinen sachlichen Grund gebe, einer Arbeitnehmerin, welche aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sei zu arbeiten, den Lohnersatz zu verwehren, bloss weil der Grund der gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit im Nachgang zu einer Geburt und nicht als Folge einer Krankheit oder eines Unfalles eintrete (vgl. BGE 142 II 425 E. 5.3). Diese - zwar in Bezug auf einen Anspruch aus Arbeitsvertrag - vertretene Auffassung muss auch in Bezug auf arbeitslose Versicherte gelten; denn es gibt keine nachvollziehbare Begründung dafür, arbeitsunfähige arbeitslose Mütter, welche nach der Geburt ihres Kindes den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung aufgeschoben haben, anders zu behandeln. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht weiter ausführt, dass die Anzahl Fälle, bei welchen ein Aufschub und demnach ein Lohnersatz zu Lasten des Arbeitgebers überhaupt in Frage komme, angesichts der restriktiven Voraussetzungen von Art. 16c Abs. 2 EOG gering sei (mindestens dreiwöchiger Spitalaufenthalt des Kindes; vgl. auch Bericht des Bundesrates vom 28. April 2016 als Antwort auf die Postulate 10.3523 Maury Pasquier vom 17. Juni 2010 und 10.4125 Teuscher vom 17. Dezember 2010, S. 15 f.; vgl. auch Motion 16.3631 der Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit vom 30. August 2016 betreffend eine länger dauernde Mutterschaftsentschädi-

gung bei längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen, welche auf Empfehlung des Bundesrates vom 26. Oktober 2016 am 13. Dezember 2016 angenommen wurde). Weiter sei nicht ausser Acht zu lassen, dass auf Bundesebene Bestrebungen im Gange seien, die Lohnfortzahlung in Fällen des Aufschubs nach Art. 16c Abs. 2 EOG explizit in jedem Fall sicherzustellen (vgl. Bericht des Bundesrates vom 28. April 2016). Zudem habe die Rechtsprechung in Fällen des Aufschubs nach Art. 16c Abs. 2 EOG bei dem Arbeitsrecht des OR unterstellten Frauen eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (insbesondere gestützt auf die gesetzliche Pflicht der Eltern zur Betreuung ihres Kindes) bejaht (einlässlich ROGER RUDOLPH, Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung infolge Spitalaufenthalt des neugeborenen Kindes, ARV 2013 235 ff.; in diesem Sinne auch bereits der Entscheid des Genfer Appellationsgerichts in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vom 17. Oktober 2008, publiziert in JAR 2009 S. 522 ff.). Auch sei sich die herrschende Lehre einig, dass in diesen Fällen ein Anspruch auf Lohnfortzahlung bestehe (vgl. E. 5.4 des vorgenannten Urteils des Bundesgericht mit wichtigen Hinweisen auf die Lehre). Diese Bestrebungen stünden denn auch in Einklang mit der verfassungsrechtlichen Grundlage für die Mutterschaftsentschädigung (Art. 116 Abs. 3 BV), wonach die wirtschaftlichen sprich finanziellen Folgen von Mutterschaft abgesichert werden sollen (vgl. etwa Bericht des Bundesrates vom 28. April 2016 S. 3 sowie GÄCHTER/FILIPPO, Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 22 ff. zu Art. 116 BV; vgl. auch Motion 16.3631 der Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit vom 30. August 2016 betreffend eine länger dauernde Mutterschaftsentschädigung bei längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen, welche auf Empfehlung des Bundesrates vom 26. Oktober 2016 am 13. Dezember 2016 durch den Ständerat angenommen wurde).

5.8 Im vorliegenden Fall war die Beschwerdeführerin nach der Geburt ihrer Drillinge am 1. September 2016 gestützt auf die Angaben im ärztlichen Zeugnis vom 5. September 2016 des Spitals D.____ vom 27. August 2016 bis zum 12. Oktober 2016 aus gesundheitlichen Gründen vorübergehend arbeitsunfähig. Da - wie vorstehend ausgeführt - die Ursache für die Arbeitsunfähigkeit (Krankheit, Unfall, Mutterschaft) unerheblich ist, kann ihr in analoger Anwendung der in BGE 142 II 245 E. 5.3 geäusserten Auffassung ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 AVIG nicht mit der Begründung verweigert werden, der Anspruch bestehe nicht für Mutterschaft. Die Beschwerdeführerin hat bis zur Geburt ihrer Kinder lediglich während 5 Tagen Leistungen gemäss Art. 28 Abs. 1 AVIG bezogen (vgl. ärztliches Zeugnis des Spitals D.____ vom 5. September 2016). Da der Anspruch nach Art. 28 Abs. 1 AVIG bis zum 30. Tag nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit dauert, hat die Kasse ihr die noch nicht bezogenen 25 Taggelder zu entrichten. Die gegen den Einspracheentscheid vom 7. November 2016 erhobene Beschwerde erweist sich als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist.

6. Es bleibt über die Kosten zu befinden. Art. 61 lit. a ATSG hält fest, dass der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind bei der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin gutzuheissen wettzuschlagen.

Demgemäss wird **erkannt** :

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 7. November 2016 aufgehoben und die Arbeitslosenkasse Syndicom verpflichtet, der Beschwerdeführerin die noch nicht bezogenen 25 vollen Taggelder zu entrichten.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>