Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 25/03

Urteil vom 9. März 2004
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichter Meyer und Ursprung; Gerichtsschreiber Traub

Parteien
Staatssekretariat für Wirtschaft, Direktion Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung, RDTC, Effingerstrasse 31, 3003 Bern, Beschwerdeführer,

gegen

F._____, 1953, Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter E. Wirth, Balderngasse 9, 8039 Zürich,

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 28. November 2002)

Sachverhalt:
A.
F._____ war seit dem 6. August 2001 bei der Firma N._____ AG tätig. Das Arbeitsverhältnis wurde per 23. August 2001 aufgelöst. Am 5. September 2001 meldete sich F._____ beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Zürich zur Arbeitsvermittlung an, am 12. September 2001 stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Wegen des per 1. November 2001 vorgesehenen Antritts einer neuen Stelle kamen das RAV und der Versicherte überein, einen auf den 19. Oktober 2001 angesetzten Beratungstermin zu annullieren. Vom 19. bis zum 26. Oktober 2001 begab sich F._____ in die Ferien. Zuvor teilte er der Arbeitslosenkasse GBI den Zeitpunkt des Beginns des neuen Arbeitsverhältnisses und die Ferienabwesenheit mit. Die Kasse verfügte am 1. November 2001, der Versicherte habe für die Zeit vom 19. bis zum 26. Oktober 2001 keinen Anspruch auf Taggelder, da erst nach Ablauf von 60 Tagen kontrollierter Arbeitslosigkeit ein Anspruch auf kontrollfreie Tage bestehe.
B.
Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hiess die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 28. November 2002 gut, hob die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 1. November 2001 auf und stellte fest, dass der Versicherte vom 19. bis zum 26. Oktober 2001 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Verneinung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 19. bis zum 26. Oktober 2001.

F._____ lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen. Die Arbeitslosenkasse GBI verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner sich im Hinblick auf die per 1. November 2001 anzutretende neue Arbeitsstelle vom 19. bis zum 26. Oktober 2001 in die Ferien begeben durfte, ohne damit für die fragliche Zeit den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verlieren.

Die Arbeitslosenkasse verneinte den Anspruch auf kontrollfreie Tage mit der Begründung, der Versicherte sei im genannten Zeitraum ferienabwesend gewesen, habe bis dahin aber erst 36 Taggelder und damit weniger als die für den Bezug von kontrollfreien Tagen notwendigen 60 Taggelder bezogen. Das kantonale Gericht führte demgegenüber aus, nach der Rechtsprechung (BGE 110 V 207) entfalle, bevor im Folgemonat eine neue Stelle angetreten werde, die Pflicht zur Stellensuche, wenn die Arbeitsbemühungen nicht mehr zur Schadenminderung beitragen könnten. In diesem Fall sei die Frage der Vermittlungsfähigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG nicht mehr zu prüfen. So würden Versicherte bei unmittelbar bevorstehendem Stellenantritt von der Erfüllung der noch verbleibenden Kontrollpflicht und dem Besuch von Beratungsgesprächen entbunden. In analoger Anwendung dieser Praxis erweise es sich als gerechtfertigt, dem Versicherten, welcher am 1. November 2001 eine neue Arbeit habe aufnehmen können, nicht vorzuhalten, dass er vom 19. bis zum 26. Oktober 2001 die Kontrollvorschriften nicht erfüllt habe. In seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde macht das seco geltend, die Kontrollvorschriften verlangten von den versicherten Personen unter anderem die
Bereitschaft, jederzeit eine zugewiesene zumutbare Stelle anzunehmen. Ausgenommen seien versicherte Personen nur während des Bezugs von kontrollfreien Tagen bzw. während der Planungsphase einer selbstständigen Erwerbstätigkeit. BGE 110 V 207 ff. betreffe allein die allgemeine (objektive), nicht indessen die subjektive Vermittlungsfähigkeit (Vermittlungsbereitschaft). Der Versicherte lässt vernehmlassungsweise ausführen, die Vermittlungsfähigkeit habe mit Blick auf den bevorstehenden Antritt einer neuen Stelle nicht mehr überprüft werden müssen. Demnach spiele keine Rolle, ob Vermittlungsbereitschaft gegeben gewesen sei oder nicht.
2.
Die Vorinstanz hat die gesetzlichen Bestimmungen und Grundsätze über die für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung festgesetzten materiellen Pflichten der Schadenminderung und formellen Pflichten der Erfüllung der Kontrollvorschriften (Art. 8 Abs. 1 lit. g und Art. 17 AVIG; Art. 18 bis 27 AVIV) zutreffend dargelegt. Richtig sind insbesondere auch die Ausführungen zum Institut der kontrollfreien Tage gemäss Art. 27 Abs. 1 AVIV.

Zu ergänzen ist, dass ein Arbeitsloser vermittlungsfähig ist, wenn er bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG in der bis 30. Juni 2003 geltenden Fassung).
3.
Der Anspruch auf kontrollfreie Tage entsteht stets nach 60 Tagen - unter Erfüllung der gesetzlichen Kontrollpflichten - zurückgelegter Arbeitslosigkeit. Die fünf Stempeltage braucht der Versicherte nicht sofort zu beziehen. Vielmehr kann er zuwarten, bis er einen kumulierten Anspruch auf kontrollfreie Tage erworben hat (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, S. 262, N. 74 zu Art. 17 AVIG). Nach dem Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 AVIV ist der Vorbezug von kontrollfreien Tagen nicht möglich. Aufgrund der in Art. 17 AVIG statuierten Schadenminderungspflicht ist der Versicherte verpflichtet, alles zu unternehmen, um die Arbeitslosigkeit zu verkürzen (Abs. 1); eine ihm vermittelte zumutbare Arbeit muss er annehmen (Abs. 2). Wann er eine Stelle antreten kann, lässt sich daher in der Regel nicht im Voraus bestimmen. Da nicht voraussehbar ist, wie lange ein Versicherter stempeln wird und wieviele kontrollfreie Tage er schliesslich erwirbt, erscheint es folgerichtig, die Möglichkeit des Bezugs von kontrollfreien Tagen zu verneinen, solange der Anspruch noch nicht effektiv erworben ist (ARV 1999 Nr. 20 S. 110 f. Erw. 2b).

Vorliegend stand der Zeitpunkt des Wegfalls der Arbeitslosigkeit zwar fest, als sich der Beschwerdegegner in die Ferien begab. Im Hinblick auf die dem Bundesrat delegationsgemäss zustehende Gestaltungsfreiheit bezüglich der Kontrollvorschriften (vgl. Art. 17 Abs. 2 AVIG) sowie unter Berücksichtigung des - von der Vorinstanz zutreffend erkannten - Umstandes, dass die Bedeutung der Stempelferien mit abnehmender Dichte der vorgeschriebenen Kontrollgänge geringer geworden ist (vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung,

in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, Basel 1998, Rz. 261 f.), unterliegt die Gesetzmässigkeit von Art. 27 Abs. 1 AVIV keinem Zweifel. Es ist auch in denjenigen Fällen an der dargelegten Ordnung festzuhalten, in denen der Termin der Beendigung der Arbeitslosigkeit bereits feststeht. Somit kann der Beschwerdegegner den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Dauer der ferienbedingten Abwesenheit nicht mit einem pro-rata-Vorbezug von kontrollfreien Tagen rechtfertigen.
4.
Nach der Rechtsprechung gilt eine versicherte Person, die auf einen bestimmten Termin hin anderweitig disponiert hat und deshalb für eine neue Beschäftigung nur noch während relativ kurzer Zeit zur Verfügung steht, in der Regel als nicht vermittlungsfähig, weil die Aussichten, für die verbleibende Zeit von einem anderen Arbeitgeber angestellt zu werden, verhältnismässig gering sind (BGE 126 V 522 Erw. 3a mit Hinweisen). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat indessen wiederholt darauf hingewiesen, dass die dargelegte Rechtsprechung nicht dazu führen darf, jene arbeitslosen Versicherten zu bestrafen, die eine geeignete, aber nicht unmittelbar freie Stelle finden und annehmen. Es handelt sich dabei um jene Versicherten, die in Erfüllung ihrer Schadenminderungspflicht alle Vorkehren getroffen haben, die man vernünftigerweise von ihnen erwarten darf, damit sie so rasch wie möglich eine neue Stelle antreten können (BGE 123 V 217 Erw. 5a, 110 V 209 Erw. 1, 214 Erw. 2b; ARV 2000 Nr. 29 S. 152 Erw. 1b).

Sinn und Zweck der Rechtsprechung gemäss BGE 110 V 207 ist es denn auch, einer versicherten Person im Hinblick auf einen - theoretisch zwar möglichen, praktisch jedoch wenig wahrscheinlichen - früheren Stellenantritt nicht zuzumuten, mit dem Abschluss des neuen Arbeitsvertrages zuzuwarten und dadurch das Risiko einer allenfalls noch längeren Arbeitslosigkeit auf sich zu nehmen. Vorliegend hat der Versicherte am 9. Oktober 2001 einen neuen Arbeitsvertrag mit Stellenantritt per 1. November 2001 abgeschlossen. Er hat damit im Sinne des Schadenminderungsgedankens gehandelt und braucht sich die - rein theoretische - Möglichkeit, es hätte ihm für das letzte Drittel des Monats Oktober 2001 eine Beschäftigung vermittelt werden können und er sei zufolge seiner Ferienabwesenheit nicht in der Lage gewesen, einer derartigen Zuweisung zu folgen, nicht entgegenhalten zu lassen (siehe auch das Urteil G. vom 30. Mai 2003, C 23/03, Erw. 4).

Das kantonale Gericht hat mit sorgfältiger Begründung dargelegt, dass die Erfüllung der Kontrollvorschriften in einer Konstellation wie der hier gegebenen jedenfalls insoweit sinn- und zwecklos geworden ist, als es darum geht, die Überprüfbarkeit der Vermittlungsfähigkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 1 AVIG sicherzustellen. Entfällt das Erfordernis der objektiven Vermittlungsfähigkeit, so gilt dies notwendigerweise auch für die Vermittlungsbereitschaft. Wer realiter nicht mehr vermittelt werden kann, weil er unmittelbar vor dem Antritt einer neuen Stelle steht, muss sich auch nicht mehr dafür bereit halten. Die Vorinstanz hat demzufolge den Anspruch des Beschwerdegegners auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 19. bis zum 26. Oktober 2001 zu Recht bejaht, sofern auch die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a bis e AVIG erfüllt sind.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Das Staatssekretariat für Wirtschaft hat dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1200.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Arbeitslosenkasse der GBI Sektion Zürich, und dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung Zürich, zugestellt.
Luzern, 9. März 2004
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: