

1. Kammer als Versicherungsgericht

# URTEIL

vom 1. März 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung

1. ... ist 44 Jahre alt, verheiratet und gelernter Koch. Mit Datum vom 15. Juli 2003 meldete er bei der Arbeitslosenkasse einen Anspruch auf Arbeitslosenversicherungstaggeld im Umfang von 100% ab diesem Zeitpunkt an.
2. Mit Arbeitszuweisung vom 16. Juni 2004 wurde der Beschwerdeführer vom Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum Chur (RAV) aufgefordert, sich telefonisch innert zweier Arbeitstage beim Hotel Restaurant ... in ... auf eine offene Stelle zu melden. Es handelte sich dabei um eine per sofort freie, bis Oktober 2004 befristete Arbeitsstelle als Koch. Der Beschwerdeführer meldete sich in der Folge am 19. Juni 2004 persönlich beim erwähnten Gastronomiebetrieb zu einem Vorstellungsgespräch. Der Rückmeldung des möglichen Arbeitgebers vom 21. Juni 2004 an das RAV war dann jedoch zu entnehmen, dass es nicht zu einer Anstellung kam. Der Beschwerdeführer habe anlässlich des Vorstellungsgesprächs erklärt, er habe noch andere Bewerbungen offen und wolle jetzt nicht beim Hotel Restaurant ... zu arbeiten anfangen, um dann Ende Juni 2004 wieder zu gehen.

Auf Aufforderung hin liess sich der Beschwerdeführer am 27. Juni 2004 zu diesem Sachverhalt vernehmen. In dieser Stellungnahme an das RAV hält er im wesentlichen fest, dass er sich bei seiner Personalberaterin im RAV ... vorgängig erkundigt habe, wie er sich beim Vorstellungsgespräch verhalten solle, da er zu diesem Zeitpunkt noch zwei andere Arbeitsstellen als Küchenchef in Aussicht gehabt habe und die Berufsaussichten bei diesen

beiden Angeboten besser gewesen wären als im Hotel Restaurant ..., zumal bei letzterem der Arbeitseinsatz nur für vier Monate gewährleistet gewesen wäre. Mit dem Hotel Restaurant ... sei er in der Folge so verblieben, dass er bis spätestens am 25. Juni 2004 Bescheid geben würde, da davon auszugehen war, dass bis dahin das Ergebnis seiner anderen beiden Stellenbewerbungen bekannt sein würde. Am 21. Juni 2004 habe er die Stellvertretung seiner RAV-Personalberaterin über dieses Vorgehen informiert.

3. Zwischenzeitlich hatte sich der Beschwerdeführer zusätzlich bei ... beworben, sich dort am 24. Juni 2004 vorstellen und am 1. Juli 2004 eine Probefahrt machen können. Dieser Arbeitseinsatz war auf unbestimmte Zeit vorgesehen. Am 24. Juni 2004 informierte der Beschwerdeführer das Hotel Restaurant ... über diesen Umstand und versprach definitiven Bescheid nach der Probefahrt. Der mögliche Arbeitgeber habe sich mit dem Aufschub einverstanden erklärt. Am 25. Juni 2004 habe der Beschwerdeführer auch die Stellvertretung seiner Personalberaterin beim RAV über diesen möglichen Einsatz bei ... informiert. Am 8. Juli 2004 schloss der Beschwerdeführer alsdann mit ... einen unbefristeten Arbeitsvertrag ab und erteilte dem Hotel Restaurant ... in ... abschlägigen Bescheid.
4. Mit Verfügung vom 28. Juli 2004 wurde der Beschwerdeführer vom Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) wegen faktischer Ablehnung einer zugewiesenen Stelle für 23 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt. Mit seiner Aussage gegenüber dem möglichen Arbeitgeber, er habe noch andere Bewerbungen offen und wolle deswegen nicht sofort bei ihm anfangen, habe er seine Schadenminderungspflicht verletzt und die Stelle faktisch abgelehnt. Bei der Festlegung der Einstelltage wurde dem Beschwerdeführer zugute gehalten, dass es sich beim Hotel Restaurant ... in ... nur um ein befristetes Arbeitsverhältnis gehandelt hätte und er bereits per 8. Juli 2004 eine andere Arbeitsstelle angetreten habe.

5. Am 11. August 2004 erhob der Beschwerdeführer Einsprache gegen diese Verfügung. Darin machte er im Wesentlichen geltend, der ihm durch das Hotel Restaurant ... offerierte Lohn von monatlich Fr. 4'100.00 habe nicht dem gesetzlichen Minimallohn gemäss Gesamtarbeitsvertrag (L-GAV) von monatlich Fr. 4'210.00 entsprochen, obwohl er sogar noch über eine höhere Ausbildung als Gastronomiekoch verfüge. Zudem seien ihm nur 1 ½ Ruhetage pro Woche anstelle der gemäss L-GAV vorgeschriebenen 2 Ruhetage zugebilligt worden. Die Stelle sei im übrigen für einen 20- bis 30-jährigen Mitarbeiter ausgeschrieben gewesen; er selber sei jedoch bereits über 40 Jahre alt. Schliesslich sei die angebotene Anstellung auf vier Monate befristet gewesen, was ihn daran gehindert hätte, in dieser Zeit ein anderes, seinen Fähigkeiten entsprechendes Arbeitsverhältnis einzugehen. Naheliegenderweise habe er daher die unbefristete Anstellung bei ... vorgezogen. All diese Gründe hätten ihn dazu bewogen, den Entscheid über die noch offenen Bewerbungen einige Tage abzuwarten und nicht sofort einen Vertrag mit dem Hotel Restaurant ... zu unterzeichnen. Er habe die ihm durch das RAV angewiesene Arbeitsstelle nicht abgewiesen, sondern auf Anraten seiner Personalberaterin hinausgezögert; Arbeitsbeginn wäre ohnehin erst der 1. Juli 2004 gewesen. Im Zusammenhang mit der ihm zugewiesenen Stelle im Hotel Restaurant ... habe er gemäss den Anweisungen des RAV gehandelt und dieses umfassend über sein Vorgehen informiert.
  
6. Mit Datum vom 30. September 2004 wies das KIGA die Einsprache des Beschwerdeführers ab mit der Begründung, er habe die ihm zugewiesene Stelle nicht angenommen, obwohl er zwecks Schadensminderung grundsätzlich jede zumutbare Arbeit unverzüglich hätte annehmen müssen, wobei davon auszugehen sei, dass es sich im vorliegenden Fall um eine zumutbare Arbeit gehandelt habe. Der Beschwerdeführer hätte somit unmissverständlich seinen Willen zur Annahme dieser Stelle kundtun müssen. Der mögliche Arbeitgeber habe jedoch auf Anfrage hin bestätigt, der Beschwerdeführer habe die Stelle von Anfang an nicht annehmen wollen und erklärt, er habe andere Stellen in Aussicht. Über Lohn, Ferien- und Ruhetage sei noch gar nicht gesprochen worden. Gemäss KIGA könne der genaue Inhalt des Vorstellungsgespräches jedoch offen bleiben; erstellt sei, dass der

Beschwerdeführer anlässlich dieses Gespräches nicht unmissverständlich seinen Willen zur Annahme der Stelle kundgetan habe. Auch sei der Beschwerdeführer von seiner Personalberaterin beim RAV über den Zwischenverdienst aufgeklärt worden; es könne keine Rede davon sein, dass sie ihm geraten habe, mit der Zusage noch zuzuwarten. Die Annahme der Anstellung bei ... könne das Verhalten des Beschwerdeführers nicht rechtfertigen, da dieses nicht zur Abmeldung von der Arbeitslosenversicherung geführt habe. Wenn der Beschwerdeführer bei der zugewiesenen Stelle zu wenig Lohn erhalten hätte, hätte er die Differenz als Zwischenverdienst ausbezahlt erhalten. Die vom KIGA festgelegte Einstellungsdauer von 23 Tagen entspreche einem mittelschweren Verschulden. Strafmildernd sei die Befristung des zugewiesenen Arbeitsverhältnisses sowie das neue Arbeitsverhältnis per 8. Juli 2004 berücksichtigt worden.

7. Gegen diesen Einspracheentscheid erhob ... am 26. Oktober 2004 Beschwerde. Sinngemäss beantragt er die Aufhebung der angefochtenen Verfügung des KIGA und die Auszahlung der in Frage stehenden Arbeitslosentaggelder. Zusammenfassend hält der Beschwerdeführer fest, sein Stellenantritt per 8. Juli 2004 bei ... habe bei der Festsetzung der Einstellungsstage durch das KIGA gar nicht berücksichtigt werden können, da im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung das Anstellungsverhältnis mit ... noch gar nicht definitiv gewesen sei. Weiter weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass er seit 18. Oktober 2004 nunmehr zu 100% und unbefristet bei der Firma ... in ... als Betriebsmitarbeiter angestellt sei. Hätte er nicht noch unter zwei anderen Arbeitsverträgen (u.a. bei ...) gestanden, hätte er dort bereits anfangs September 2004 seine Arbeit antreten können. Hätte er jedoch die ihm durch das RAV zugewiesene, bis Ende Oktober 2004 befristete Stelle in ... angetreten, hätte er die Stelle bei seinem jetzigen Arbeitgeber nicht erhalten und wäre per 1. November 2004 wiederum zu 100% arbeitslos gewesen. Im Übrigen hält der Beschwerdeführer an den Ausführungen in seiner Einsprache fest.

8. In seiner Stellungnahme vom 22. November 2004 beantragt das KIGA die Abweisung der Beschwerde. Im Wesentlichen folgt es dabei seinen Ausführungen im Einspracheentscheid und hält erneut fest, der Beschwerdeführer habe die ihm zugewiesene zumutbare Arbeitsstelle ungerechtfertigterweise nicht angenommen. Gemäss Beratungsprotokoll vom 17. Juni 2004 habe seine Personalberaterin beim RAV in Chur ihm erklärt, der Entscheid, welche Stelle er annehme, liege bei ihm, sofern beide Arbeitgeber ihn anstellen würden; die längere Anstellung sei für ihn die bessere. Hingegen habe die Personalberaterin nicht gesagt, der Beschwerdeführer solle die Zusage für die zugewiesene Stelle hinauszögern. Selbst wenn sie dies getan hätte, würde dies nicht bedeuten, dass der Beschwerdeführer dem möglichen Arbeitgeber anlässlich des Vorstellungsgesprächs erklären soll, er habe noch andere Stellen offen. Dem Beschwerdeführer habe klar sein müssen, dass man bei einem Vorstellungsgespräch andere offene Stellen nicht erwähnt, zumal er seit April 2002 zehn Zuweisungen des RAV erhalten habe und damit über genügend Erfahrung in Vorstellungsgesprächen verfügen sollte. Der Beschwerdeführer habe durch sein Verhalten die zugewiesene Stelle zwar nicht ausdrücklich abgelehnt, es durch sein Verhalten aber in Kauf genommen, dass die Stelle anderweitig besetzt werde.
  
9. In seiner Replik vom 8. Dezember 2004 hielt der Beschwerdeführer fest, dass die ihm durch das RAV zugewiesene Stelle im Hotel Restaurant ... in ... unzumutbar gewesen sei, da sie weder vom Lohn noch von den Ruhetagen her den Bestimmungen des L-GAV entsprochen habe. Er sei daher nicht verpflichtet gewesen, die Arbeitsstelle anzunehmen. Es entspreche zudem nicht der Wahrheit, dass er immer wieder auf die zwei offenen Küchenchefstellen hingewiesen habe; er habe auf die Option bei ... hingewiesen und bereits am 24. Juni 2004 sei klar gewesen, dass er seine Arbeit dort antreten würde; lediglich das Ergebnis der Probefahrt war noch abzuwarten. Dies und nichts anderes habe er dem möglichen Arbeitgeber in ... mitgeteilt. Im Übrigen hätte auch die Annahme der Anstellung im Hotel Restaurant ... seine Arbeitslosigkeit nicht beendet. Schliesslich sei ihm anlässlich eines Beratungsgesprächs vom 25. November 2004 beim RAV-Berater die Akteneinsicht verweigert worden.

10. In seiner Duplik vom 6. Januar 2005 vertiefte das KIGA seinen Standpunkt und ergänzte lediglich, der Beschwerdeführer habe in seiner Replik nunmehr selber eingestanden, dass er gegenüber seinem möglichen Arbeitgeber zumindest auf die Stelle bei ... hingewiesen habe; damit habe er nicht klar und eindeutig die Bereitschaft zum Vertragsabschluss bekundet. Den Vorwurf der Verweigerung der Akteneinsicht bestreitet das KIGA; anlässlich des Beratungsgesprächs vom 25. November 2004 sei betreffend Akteneinsicht lediglich vereinbart worden, dass der Beschwerdeführer bekanntgeben soll, welche Unterlagen er genau benötige. Diese hätten in der Folge kopiert und an ihn übergeben oder zugestellt werden können. Der Beschwerdeführer habe sich dann jedoch nicht mehr gemeldet.

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

1. Gemäss Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) muss der Versicherte, der Versicherungsleistungen beanspruchen will, alles Zumutbare unternehmen, um die Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Das Schweizerische Sozialversicherungsrecht wird beherrscht vom Grundsatz, dass die Versicherten die schuldhaft Herbeiführung eines Versicherungsfalles zu verhindern resp. den Schaden zu vermindern haben (A. Maurer, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band I, S. 324 ff.). In Konkretisierung dieser Pflicht bestimmt Art. 17 Abs. 3 AVIG, dass der Versicherte eine ihm vermittelte zumutbare Arbeit annehmen muss.
2. a) Nach Art. 16 Abs. 1 AVIG ist der Versicherte verpflichtet, zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich anzunehmen. Befolgt die versicherte Person die Weisungen des Arbeitsamtes nicht, namentlich indem sie eine ihr zugewiesene zumutbare Arbeit nicht annimmt und verursacht sie durch dieses normwidrige Verhalten schuldhaft einen Schaden im Sinne des Eintrittes oder der Verlängerung der Arbeitslosigkeit, so ist sie gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG in der Anspruchsberechtigung

einzustellen (vgl. Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Diss., Zürich 1998, S. 34 f.). Zweck dieser Massnahme als versicherungsrechtliche Sanktion (ARV 1990, Nr. 20) ist die angemessene Mitbeteiligung der Versicherten am Schaden, den sie durch ihr pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung verursacht haben (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, N 2 und 51 zu Art. 30).

- b) Wer vom RAV angewiesen wird, sich um eine offene Stelle zu bewerben und dies unterlässt, erfüllt den Tatbestand von Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG ohne weiteres. Gemäss Rechtsprechung ist dieser Tatbestand aber auch dann erfüllt, wenn die Arbeitsstelle zwar nicht ausdrücklich abgelehnt, die versicherte Person jedoch durch ihr Verhalten in Kauf nimmt, dass sie anderweitig besetzt wird (BGE 122 V 38; Chopard, a. a. O., S. 148). Die versicherte Person hat bei den Verhandlungen mit dem möglichen Arbeitgeber klar und eindeutig ihre Bereitschaft zum Vertragsabschluss zu bekunden und sich so zu verhalten, dass sie die Chance, eine Stelle zu erhalten und damit die Arbeitslosigkeit zu beenden, nicht von vornherein vertut (PVG 1996, Nr. 97; ARV 1984, Nr. 14 / 1982, Nr. 5).

Die Beschwerdegegnerin wirft dem Beschwerdeführer u. a. vor, er habe anlässlich des Vorstellungsgesprächs mit dem möglichen künftigen Arbeitgeber auf andere offene Stellenbewerbungen hingewiesen und den Vertragsabschluss aufgrund dieser Optionen zeitlich hinausgezögert. Dass ein solches Verhalten den klaren und eindeutigen Willen zum Vertragsabschluss nicht genügend zum Ausdruck bringt und damit der Chance, eine Arbeitsstelle zu erhalten, abträglich ist, ist augenfällig und stellt je nach den konkreten Umständen im Einzelfall ein Beispiel von konkludenter Ablehnung zugewiesener Arbeit im Sinn von Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG dar.

3. Die Pflicht, eine zugewiesene Arbeitsstelle anzunehmen, hängt indessen auch von der Zumutbarkeit der Arbeit für den Versicherten ab. Die Gründe für die Unzumutbarkeit einer Arbeitsstelle und damit die Befreiung des Versicherten von der Annahmepflicht sind in Art. 16 Abs. 2 AVIG

abschliessend aufgezählt. Eine Arbeitsstelle muss gemäss lit. i dieser Norm u. a dann nicht angenommen werden, wenn sie dem Versicherten einen Lohn einbringt, der geringer als 70 % des versicherten Verdienstes ist.

Im vorliegenden Fall betrug der versicherte monatliche Verdienst des Beschwerdeführers Fr. 5'169.00. Das Taggeld der Arbeitslosenversicherung belief sich folglich auf Fr. 4'135.20 pro Monat (80% des versicherten Verdienstes). Die gesetzliche Schwelle von 70% des versicherten Verdienstes für die Unzumutbarkeit einer Arbeitsstelle läge im vorliegenden Fall somit bei Fr. 3'618.30. Der mögliche Arbeitgeber hat dem Beschwerdeführer jedoch mindestens ein monatliches Gehalt von Fr. 4'100.00 angeboten. Damit ist erstellt, dass der durch das Hotel Restaurant ... in ... angebotene Lohn nicht unzumutbar im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG war.

4. Es bleibt jedoch zu prüfen, ob vorliegend ein anderer Anwendungsfall von Unzumutbarkeit der zugewiesenen Arbeitsstelle und damit eine Befreiung des Beschwerdeführers von der Annahmepflicht gegeben ist. Gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG gilt eine Arbeit nämlich auch dann als unzumutbar und von der Annahmepflicht ausgenommen, wenn sie den berufs- und ortsüblichen, insbesondere den gesamt- oder normalarbeitsvertraglichen Bedingungen nicht entspricht. Der Beschwerdeführer machte bereits mit Einsprache vom 11. August 2004 und später in seiner Beschwerdebegründung geltend, das Hotel Restaurant ... habe ihm eine Arbeitsstelle angeboten, die in Bezug auf Lohn und Ruhetage nicht den Bestimmungen des L-GAV entsprochen hätte. So sehe der Gesamtarbeitsvertrag einen monatlichen Mindestlohn von Fr. 4'210.00 vor; das Lohnangebot des möglichen Arbeitgebers habe sich jedoch auf Fr. 4'100.00 beschränkt. Ausserdem sehe der auf das fragliche Arbeitsverhältnis anwendbare Gesamtarbeitsvertrag 2 Ruhetage pro Woche vor, wohingegen dem Beschwerdeführer im Hotel Restaurant ... nur 1 ½ Ruhetage pro Woche zugestanden worden wären.

Entsprächen diese Ausführungen den Tatsachen, so wäre die dem Beschwerdeführer durch das RAV zugewiesene Arbeitsstelle beim Hotel Restaurant ... in ... nicht zumutbar im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG und der Beschwerdeführer somit von der gesetzlichen Annahmepflicht entbunden

gewesen. Für die Unzumutbarkeit einer Arbeitsstelle genügt es, wenn einer der in lit. a – i von Art. 16 Abs. 2 AVIG aufgeführten Tatbestände erfüllt ist. Die Unzumutbarkeitstatbestände müssen somit kumulativ ausgeschlossen werden können, damit die Zumutbarkeit einer Arbeit zu bejahen ist. Ist umgekehrt einer der in Art. 16 Abs. 1 a – i AVIG aufgezählten Tatbestände erfüllt, liegt keine zumutbare Arbeit vor, selbst wenn die anderen Ausnahmetatbestände ausscheiden (BGE 124 V 62).

Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall nicht näher untersucht und ausdrücklich offen gelassen, ob die dem Beschwerdeführer zugewiesene Stelle den berufs- und ortsüblichen Bedingungen resp. in Bezug auf Lohn und Ruhetagen den Bestimmungen des anwendbaren L-GAV entsprochen hätte. In ihrem Einspracheentscheid vom 30. September 2004 hat sie lediglich ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass es sich bei der zugewiesenen Stelle um eine zumutbare Arbeit handle. In ihren späteren Stellungnahmen ist sie nicht mehr weiter auf diesen Aspekt eingegangen.

Ob die hier zur Diskussion stehende, dem Beschwerdeführer zugewiesene Arbeitsstelle im Hotel Restaurant ... in ... zumutbar im Sinne des Gesetzes war oder nicht, kann ohne verbindliche Tatsachenfeststellung durch die Vorinstanz nicht beurteilt werden.

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und zwecks weiterer Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückweisen.

5. Schliesslich rügt der Beschwerdeführer in seiner Replik vom 8. Dezember 2004 die Verweigerung der Akteneinsicht durch einen RAV-Berater anlässlich eines Beratungsgesprächs vom 25. November 2004 und damit sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Der Anspruch auf Akteneinsicht soll garantieren, dass die von einem staatlichen Verfahren Betroffenen die Entscheidungsgrundlagen der Behörde kennen. Dies schafft die Voraussetzung für eine wirksame, sachbezogene Stellungnahme (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte der Schweiz, 3. Auflage

1999, S. 525). Ob der RAV-Berater dem Beschwerdeführer tatsächlich die Akteneinsicht verweigert hat oder ob es sich hier um ein blosses Missverständnis im Zusammenhang mit dem Erstellen notwendiger Kopien handelte, kann offen bleiben. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts ist vorliegend keine Verletzung des rechtlichen Gehörs erfolgt. Dem Beschwerdeführer waren die Entscheidungsgrundlagen des KIGA zu jeder Zeit bekannt, wurden ihm doch die entsprechenden Entscheide und Stellungnahmen jeweils rechtsgenügend eröffnet. Er war denn auch in der Lage, den Einspracheentscheid des KIGA aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen am 26. Oktober 2004 sachgerecht anzufechten. Die vom Beschwerdeführer gerügte angebliche Verweigerung der Akteneinsicht ist ausserdem erst am 25. November 2004, d.h. nach Beschwerdeerhebung, erfolgt.

**Demnach erkennt das Gericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und zur näheren Abklärung des Sachverhaltes im Sinne der Erwägungen und anschliessenden Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
  
2. Es werden keine Kosten erhoben.