

1. Kammer als Versicherungsgericht

URTEIL

vom 17. August 2004

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung

1. a) ..., geboren 1968, ist ledig und gelernte Kauffrau. Zuletzt war sie in einer Kaderfunktion bei der CS in ... tätig. Am 6. Juni 2003 erhob sie Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

- b) Am 30. September 2003 wurde die Versicherte vom Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum ... (RAV) angewiesen, sich telefonisch beim Hotel ... in ... um eine Stelle als „Sachbearbeiterin Personalbüro“ zu bewerben. Die Versicherte nahm deshalb am 2. Oktober telefonisch Kontakt mit Frau ... vom Hotel ... auf und reichte am selben Tag auch ihre schriftliche Bewerbung ein. Darin schrieb die Versicherte, dass sie Projektleiterin und Prokuristin im Bereich Marketing/Marktforschung bei der CS gewesen sei. ... kenne sie von ihrer Tätigkeit als Skilehrerin her sehr gut. Sie interessiere sich für eine Aufgabe, bei welcher sie vor einem Marketinghintergrund ihre analytischen und konzeptionellen Fähigkeiten einbringen könne. Insbesondere würden vielfältige Erfahrungen in Marktforschung und Qualitätsmanagement und eine starke Kundenorientierung zu ihren Stärken zählen. Das Arbeitsverhältnis kam in der Folge nicht zustande. In der Absage vom 8. Oktober wurde dies damit begründet, dass für die kommende Wintersaison keine ihren Qualifikationen entsprechende Stelle frei sei. Frau ... begründete die Nichtanstellung in der Rückmeldung an das RAV mit der Überqualifikation der Versicherten. Die Versicherte selbst führt in ihrer Stellungnahme an das KIGA vom 17. November ebenfalls aus, ihre Qualifikationen hätten nicht der ausgeschriebenen Stelle entsprochen.

- c) Mit Verfügung vom 1. Dezember 2003 stellte das KIGA die Versicherte für 30 Tage in der Anspruchsberechtigung ein, da sie das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses verhindert bzw. nicht alles unternommen habe, um ihre Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Die Begründung in ihrer Stellungnahme könne nicht als Rechtfertigung gehört werden. Gegen diese Verfügung erhob die Versicherte am 23. Dezember 2003 Einsprache, welche vom KIGA mit Entscheid vom 25. März 2004 abgewiesen wurde.
2. Dagegen erhob die Versicherte am 23. April 2004 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag auf Aufhebung des Einspracheentscheides vom 25. März 2004 bzw. der Verfügung vom 1. Dezember 2003. Auf eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung sei zu verzichten. Die Versicherte führt aus, sie habe die Stelle weder abgelehnt, noch grobfahrlässig in Kauf genommen, dass diese anderweitig besetzt werde. Sie habe lediglich, unter Beachtung der arbeitsrechtlichen Wahrheitspflicht, sämtliche relevanten Fakten angegeben, damit die mögliche Arbeitgeberin sich ein Bild ihrer Person und ihrer Qualifikationen machen könne. Hätte sie diese Angaben verschwiegen, hätte das Hotel möglicherweise eine eindeutig falsch qualifizierte Person eingestellt. Das Hotel bestätige in seinem Schreiben vom 17. Dezember 2003 ausdrücklich, dass eine junge Person mit kaufmännischem Abschluss gesucht worden sei und man sich für eine Dame entschieden habe, welche exakt diesem Stellenprofil entsprochen habe. Deshalb ist die Versicherte der Ansicht, ihre Bewerbung sei aus objektiven Gründen von Anfang an praktisch chancenlos gewesen. Die Behauptung, sie habe nicht zum ersten Mal eine zugeteilte Arbeit nicht angetreten, sei unzutreffend. Ausserdem sei die zugeteilte Stelle nicht zumutbar gewesen, denn eine Unterforderung müsse irgendwo ihre Grenze haben. Sie verfüge über einen Universitätsabschluss in den Wirtschaftswissenschaften und habe verschiedene Kaderpositionen bekleidet. Darauf habe das RAV in seinen bisherigen Stellenzuweisungen nicht Rücksicht genommen. Eine Arbeit wie die vorliegende würde ihr zukünftiges berufliches Fortkommen massiv erschweren, zumal sich im Oberengadin rasch herumspreche, wer wo beschäftigt sei. Schliesslich sei die

zugewiesene Stelle auch aufgrund des geringen Verdienstes unzumutbar gewesen.

3. Das KIGA begründet seinen Entscheid in der Stellungnahme damit, dass die Stelle keineswegs unzumutbar gewesen sei. Die versicherte Person dürfe durch eine Arbeit bezüglich ihrer Fähigkeiten nicht überfordert, sehr wohl aber unterfordert werden, umso mehr, als es sich vorliegend um eine befristete Stelle gehandelt habe. Weiter sei die Versicherte verpflichtet, auch in ausserberuflichen Bereichen eine neue Stelle zu suchen. Sie hätte sich um eine Stelle als „Sachbearbeiterin Personalbüro“ bewerben sollen. Durch ihre Formulierungen habe sie aber den Eindruck erweckt, überqualifiziert zu sein. Dies ergebe sich auch aus der Absage des Hotels. Die Versicherte habe sich nicht so verhalten, als ob sie diese Stelle unbedingt gewollt hätte und habe damit grobfahrlässig in Kauf genommen, dass diese anderweitig besetzt wurde. Es sei nicht das erste Mal, dass sie eine zugewiesene Arbeit oder ein Beschäftigungsprogramm nicht angetreten habe. Zudem sei nicht einzusehen, weshalb der Antritt dieser Stelle das berufliche Fortkommen im angestammten Beruf wesentlich hätte erschweren sollen. Schliesslich sei festzuhalten, dass die zugewiesene Stelle trotz des tiefen Lohnes zumutbar gewesen wäre, da die Versicherte Anspruch auf Kompensationszahlungen gehabt hätte. Mit der Einstellungsdauer von 30 Tagen sei eine Sanktion im oberen Bereich des mittelschweren Verschuldens gewählt worden, was nicht zu beanstanden sei.

4. In ihrer Replik vertiefte die Versicherte ihren Standpunkt. Das KIGA verzichtete auf eine Duplik.

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

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. a) Die Versicherte macht geltend, sie habe nicht grobfahrlässig in Kauf genommen, dass die Stelle anderweitig besetzt werde. Entsprechend der arbeitsrechtlichen Wahrheitspflicht habe sie der möglichen Arbeitgeberin

lediglich alle notwendigen Informationen weitergegeben. Gemäss Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) muss die Versicherte, die Versicherungsleistungen beanspruchen will, mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um die Arbeitslosigkeit zu verkürzen. Sie ist insbesondere verpflichtet, Arbeit zu suchen, nötigenfalls auch ausserhalb ihres bisherigen Berufes. Dabei handelt es sich um die gesetzliche Umschreibung der im Sozialversicherungsrecht geltenden Schadenverhütungs- und Schadenverminderungspflicht. Daraus folgt, dass die Versicherte gemäss Art. 17 Abs.3 AVIG eine ihr vermittelte, zumutbare Arbeit annehmen muss. Gemäss Rechtsprechung gilt diese Pflicht nicht nur dann als verletzt, wenn die Versicherte eine Arbeit ausdrücklich ablehnt, sondern auch, wenn sie durch ihr Verhalten in Kauf nimmt, dass die Stelle anderweitig besetzt wird. Sie hat bei den Verhandlungen mit dem künftigen Arbeitgeber klar und eindeutig die Bereitschaft zum Vertragsschluss zu bekunden, um die Beendigung der Arbeitslosigkeit nicht zu gefährden (BGE 122 V 38; ARV 1984 Nr. 14 und 1982 Nr. 5).

- b) Vorliegend hat sich die Versicherte auf Geheiss des RAV sowohl telefonisch als auch schriftlich innert Frist um die zugewiesene Stelle als „Sachbearbeiterin Personalbüro“ beworben. Vorgeworfen wird ihr, sie habe im Bewerbungsschreiben zu sehr auf ihre Qualifikationen aufmerksam gemacht und sich zu wenig um die Stelle bemüht. Tatsächlich entsteht beim Lesen des Bewerbungsbriefes nicht der Eindruck, dass die Versicherte die betreffende Arbeit unbedingt wollte. Auf die Stelle als Sachbearbeiterin nimmt sie nur im Einleitungssatz Bezug und dies auch nur dahingehend, als sie erwähnt, sie melde sich aufgrund eines Schreibens des RAV für diese Stelle. Ansonsten gibt das Bewerbungsschreiben vorwiegend Auskunft über die Qualifikationen und die bisherigen Tätigkeiten der Versicherten. Sie schreibt, dass sie sich eine Aufgabe wünsche, bei welcher sie vor einem Marketinghintergrund ihre analytischen und konzeptionellen Fähigkeiten einbringen könne und sie verfüge über vielfältige Erfahrungen in Marktforschung, Qualitätsmanagement und Kundenorientierung. Nun trifft es zwar zu, dass die Versicherte arbeitsrechtlich zu wahrheitsgemässen

Aussagen verpflichtet ist und es wird von ihr auch keineswegs erwartet, dass sie ihre Qualifikationen verschweigt, aber ebenso ist sie verpflichtet, eine vermittelte zumutbare Arbeit anzunehmen. Beim vorliegenden Bewerbungsschreiben entsteht unweigerlich der Eindruck, die Versicherte sei überqualifiziert und damit ungeeignet für diese Arbeit. Sie hätte sich in ihrem Schreiben, neben dem Hinweis auf ihre Qualifikationen, ausführlicher auf die Stelle als Sachbearbeiterin beziehen und eindeutig die Bereitschaft zum Vertragsschluss bekunden müssen, um die Beendigung der Arbeitslosigkeit nicht zu gefährden. Ihr kann zumindest vorgeworfen werden, dass ihr Schreiben in Bezug auf die ausgeschriebene Stelle eindeutig zu zurückhaltend formuliert ist.

2. a) Die Versicherte argumentiert, die zugewiesene Arbeit sei unzumutbar gewesen und sie hätte diese darum gar nicht annehmen müssen. Die Stelle habe nicht ihren Qualifikationen entsprochen, hätte sie in ihrem Fortkommen im angestammten Beruf behindert und auch die Entlohnung wäre zu gering gewesen. Grundsätzlich gilt jede Arbeit als zumutbar und muss unverzüglich angenommen werden. Dies ergibt sich aus der Schadenminderungspflicht und ist normiert in Art. 16 Abs. 1 AVIG (vgl. Gerhards, Grundriss des neuen Arbeitslosenversicherungsrechts, S. 38; BGE 122 V 41). Davon kann nur abgesehen werden, wenn ein Unzumutbarkeitsgrund gemäss Art. 16 Abs. 2 AVIG vorliegt. Sofern die Annahme einer Arbeit als unzumutbar eingestuft werden muss, bildet dies einen Rechtfertigungsgrund für die Tatbestände selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG in Verbindung mit Art. 44 Abs.1 AVIV (Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, S. 34).
- b) Soweit sich die Versicherte als überqualifiziert erachtet, beruft sie sich auf den Unzumutbarkeitsgrund von Art. 16 Abs. 2 lit. b AVIG. Gemäss dieser Regelung soll auf die Fähigkeiten der Versicherten angemessen Rücksicht genommen werden. Es ist offensichtlich, dass die Versicherte über Qualifikationen verfügt, welche für die zugewiesene Stelle nicht vonnöten sind. Dies bedeutet aber nicht ohne weiteres, dass die Arbeit deshalb unzumutbar ist. Die Norm ist dahingehend zu verstehen, dass eine

zugewiesene Stelle das Fähigkeits- und Fertigniveau der Versicherten nicht überfordern, sehr wohl aber unterfordern darf. Ein hohes Fähigkeitsniveau, wie bei der Versicherten, erweitert also die Möglichkeiten zumutbarer Arbeit, ein tiefes Fähigkeitsniveau vermindert sie (vgl. Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, N 15 ff. zu Art. 16; Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung des seco [KS-ALE], 1.1.2003, B 200 f.). Die Arbeit war also, trotz weitergehender Fähigkeiten der Versicherten, zumutbar. Die gesetzliche Forderung der angemessenen Rücksichtnahme auf die bisherigen Tätigkeiten der Versicherten ermöglicht es, qualifizierten Berufsleuten bei ihren Arbeitsbemühungen zunächst zu erlauben, sich 1 - 2 Monate lang auf ihren bisherigen Tätigkeitsbereich zu konzentrieren, sofern überhaupt ein ausreichendes Stellenangebot vorhanden ist. Jedoch hat das Gebot der Schadenminderungspflicht Vorrang. Dies bedeutet, dass die Rücksichtnahme ausser Betracht fällt, wenn der Versicherten, wie es vorliegend der Fall ist, bevor sie eine Stelle in ihrem bisherigen Tätigkeitsfeld findet, eine ausserberufliche Beschäftigung vermittelt wird. Dies gilt umso mehr, als es sich bei der betreffenden Stelle um eine befristete Anstellung für die Wintersaison gehandelt hätte und somit ohnehin nur als Überbrückung gedacht war (vgl. Gerhards, Kommentar, N 18 ff. zu Art. 16; ARV 1977, Nr. 14 und Nr. 31). Aus dem Gesagten folgt, dass kein Unzumutbarkeitsgrund gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. b AVIG vorliegt.

- c) Weiter macht die Versicherte geltend, sie wäre durch die Stelle in ihrem beruflichen Fortkommen behindert worden und es läge damit ein Unzumutbarkeitsgrund gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. d AVIG vor. Die beiden Voraussetzungen dieser Bestimmung müssen dabei kumulativ erfüllt sein (vgl. KS-ALE, a.a.O., B 206). Einerseits müsste eine wesentliche Erschwerung der Wiederbeschäftigung in ihrem Beruf vorliegen und andererseits in absehbarer Zeit überhaupt die Aussicht auf eine solche Wiederbeschäftigung bestehen. Dies bedeutet, dass im Berufsfeld der Versicherten ein ausreichendes Stellenangebot vorhanden sein muss. Ausschlaggebend ist hierbei der Beginn der Arbeitslosigkeit. Liegt eine solche Situation vor, wird der Versicherten eine Toleranzfrist von 1 - 2 Monaten gewährt, um in ihrem Beruf eine Stelle zu suchen. Nach Ablauf dieser Frist ist

sie aber auch zur Annahme einer ausserberuflichen Tätigkeit verpflichtet. Vorliegend ist die Voraussetzung des ausreichenden Stellenangebotes im angestammten Beruf nicht erfüllt, da die Toleranzfrist bereits verstrichen ist. Die Zuweisung der betreffenden Stelle erfolgte beinahe vier Monate nach Beginn der Arbeitslosigkeit. Damit würde auch bei einer wesentlichen Erschwerung der (späteren) Wiederbeschäftigung in ihrem Beruf kein Rechtfertigungsgrund vorliegen. Ob dieses Erfordernis seinerseits erfüllt wäre, ist zweifelhaft. Diese Problematik ergibt sich nur bei ganz bestimmten Kategorien hochspezialisierter Berufsleute, wobei gesellschaftliche Anschauungen meist die Hauptrolle spielen. Es geht dabei um die soziale Stellung und ihren Einfluss auf die Wiederbeschäftigungsmöglichkeit im angestammten Beruf bzw. in der früheren beruflichen Stellung. Ob der Beruf der Versicherten in diese Kategorie gehört, ist fraglich. Eine Erschwerung kann zwar nicht ganz ausgeschlossen werden, dass diese aber wesentlich wäre, ist klarerweise zu verneinen. Negativer könnte sich vielmehr auswirken, wenn die Versicherte trotz andauernder Arbeitslosigkeit keine Tätigkeit ausübt. Die vorübergehende Ausübung einer weniger qualifizierten Arbeit würde für den Arbeitswillen der Versicherten sprechen und könnte die Wiedereinstiegchance sogar erhöhen (vgl. Gerhards, Kommentar, N 34 ff. zu Art. 16). Damit ist festzustellen, dass auch keine Unzumutbarkeit im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. d AVIG vorliegt.

- d) Die Versicherte macht geltend, die zugewiesene Arbeit sei schon aufgrund des geringen Lohnes unzumutbar gewesen und bezieht sich damit auf Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG. Danach ist eine Arbeit für eine Versicherte unzumutbar, wenn sie einen Lohn einbringt, der geringer ist als 70 % des versicherten Verdienstes, es sei denn, die Versicherte erhalte Kompensationszahlungen nach Art. 24 AVIG. Laut dieser Bestimmung hat eine Versicherte bei Ausübung eines Zwischenverdienstes Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags. Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Die Versicherte ist der Ansicht, sie hätte keinen Anspruch auf Kompensationszahlungen gehabt, da dieser Arbeit der Übergangscharakter gefehlt habe und sie somit nicht als

Zwischenverdienst eingestuft worden wäre. Unbestritten ist, dass der zu erwartende Lohn bei der zugewiesenen Stelle (ca. Fr. 3'500.--) weniger als 70 % des versicherten Verdienstes (vorliegend Fr. 8'900.--) betragen hätte. Nicht zutreffend ist allerdings die Aussage, dass die Versicherte keinen Anspruch auf Kompensationsleistungen gehabt hätte. Aus dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 AVIG ergibt sich klar, dass **jedes** Einkommen, das die Arbeitslose innerhalb der Kontrollperiode erzielt, als Zwischenverdienst gilt. Dabei kann es sich nur um Einkommen aus lohnmässig eigentlich unzumutbarer Arbeit handeln, denn ein Verdienst aus lohnmässig zumutbarer Arbeitsleistung würde die Arbeitslosigkeit beenden. Übergangscharakter muss einem Zwischenverdienst nur dann zukommen, wenn es sich um zumutbare Arbeit handelt. Diese darf nur einzelne oder wenige zusammenhängende Tage dauern, ansonsten fällt sie nicht mehr unter den Begriff des Zwischenverdienstes (vgl. Gerhards, Kommentar, Band III, N 4 ff. und N 41 zu Art. 24). Vorliegend handelt es sich aber um lohnmässig eigentlich unzumutbare Arbeit, welche also keinen provisorischen Charakter haben muss. Entgegen der Ansicht der Versicherten ist die zugewiesene Stelle also als Zwischenverdienst einzustufen. Die Annahme einer solchen Stelle steht aber nicht im Belieben der Versicherten. Sie wäre folglich verpflichtet gewesen, die ihr zugewiesene, lohnmässig unzumutbare Zwischenverdienstarbeit anzunehmen, da sie Anspruch auf Kompensationszahlungen hatte und die Stelle unter dieser Voraussetzung als zumutbar gilt (BGE 122 V 39; KS-ALE, B 215).

- e) Somit ist festzuhalten, dass die zugewiesene Stelle für die Versicherte zumutbar gewesen wäre.
3. a) Wie erörtert, hat die Versicherte ihr Interesse an der vermittelten Stelle nur ungenügend zum Ausdruck gebracht, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wäre. Ist es nun aber so, dass eine Versicherte Kontrollvorschriften oder Weisungen des Arbeitsamtes nicht erfüllt, namentlich indem sie eine ihr zugewiesene Arbeit nicht annimmt bzw. in Kauf nimmt dass diese anderweitig vergeben wird, und verursacht sie durch dieses Verhalten schuldhaft einen Schaden, da sich ihre Arbeitslosigkeit verlängert, so ist sie nach Art. 30 Abs.

1 lit. d AVIG in der Anspruchsberechtigung einzustellen (Chopard, a.a.O., S. 34 f.). Zweck der Einstellung ist eine angemessene Mitbeteiligung der Versicherten am Schaden, welcher bei der Arbeitslosenversicherung eingetreten ist. Zu prüfen bleibt nun, ob die Anzahl der Einstelltage gerechtfertigt ist. Gemäss Art. 30 Abs. 3 AVIG bemisst sich die Dauer der Einstellung nach dem Grad des Verschuldens und beträgt je nach Einstellungsgrund höchstens 60 Tage. Nach Art. 45 Abs. 2 der Arbeitslosenversicherungsverordnung (AVIV; SR 837.02) dauert die Einstellung in der Anspruchsberechtigung 1-15 Tage bei leichtem, 16-30 Tage bei mittelschwerem und 31-60 Tage bei schwerem Verschulden. Die Verfügungsinstanzen haben dabei einen grossen Ermessensspielraum; immerhin muss aber das Verschulden des Versicherten hinlänglich nachgewiesen sein.

- b) Die Vorinstanz hat eine Einstellung von 30 Tagen und somit eine Sanktion im oberen Bereich des mittelschweren Verschuldens ausgesprochen. Der Versicherten kann jedoch lediglich vorgeworfen werden, dass sie in ihrem Bewerbungsschreiben ihr Interesse an der Stelle ungenügend zum Ausdruck gebracht hat und sich auf die Offenlegung ihrer Qualifikationen beschränkt hat. Abgesehen davon, hat sie sich korrekt verhalten und sich sowohl telefonisch, als auch schriftlich beworben. Zudem ist ihr zugute zu halten, dass sie plant, sich selbständig zu machen. Es ist folglich leichtes Verschulden anzunehmen und die Einstellungsdauer auf 10 Tage zu reduzieren. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Einstellungsdauer auf 10 Tage zu reduzieren.
4. Gemäss Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) und Art. 11 der kantonalen Verordnung über das Verfahren in Sozialversicherungsstreitsachen (VVS) ist das kantonale Beschwerdeverfahren bei Sozialversicherungsstreitigkeiten – ausser bei leichtsinniger oder mutwilliger Prozessführung – kostenlos. Der durch ihre Rechtsschutzversicherung vertretenen Versicherten ist bei diesem Ausgang des Verfahrens eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 61 lit. g ATSG).

Demnach erkennt das Gericht:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Einstellungsdauer auf 10 Tage herabgesetzt.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kanton Graubünden (Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit) hat ... aussergerichtlich mit Fr. 500.-- (inkl. MwSt) zu entschädigen.