

1. Kammer als Versicherungsgericht

# URTEIL

vom 17. November 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung

1. a) ..., geboren 1955, ist verheiratet und portugiesischer Staatsangehöriger. Seit dem 16. April 2004 war er bei der Firma ... (nachfolgend: Arbeitgeberin) als Maurer tätig. Aufgrund der Verkleinerung des Arbeitnehmerstammes wurde ihm die Stelle am 27. Januar 2005 per 28. Februar 2005 gekündigt. Am 31. Januar 2005 meldete sich der Versicherte zur Arbeitsvermittlung an und erhob ab dem 1. März 2005 auch Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.
  
- b) Da der Versicherte vom 15. bis zum 19. Februar 2005 zu 100% arbeitsunfähig war, machte die Arbeitslosenkasse Graubünden (nachfolgend: ALK) seine Arbeitgeberin mit Schreiben vom 2. März 2005 (welches auch an den Versicherten ging) darauf aufmerksam, dass sich die Kündigungsfrist aufgrund von Art. 336c des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) um einen Monat auf den 31. März 2005 verlängere. Der Versicherte sei darauf hingewiesen worden, dass er ihr umgehend seine Arbeitskraft bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zur Verfügung zu stellen habe. Weiter forderte die ALK die Arbeitgeberin auf, sich in dieser Angelegenheit schriftlich zu äussern. In ihrer Stellungnahme vom 11. April 2005 hielt die Arbeitgeberin fest, dass sich der Versicherte am 8. März 2005 bei ihr gemeldet habe. In dieser Zeit sei die Arbeit auf den Baustellen aufgrund der kalten Witterung eingestellt gewesen, weshalb dem Arbeitnehmer erklärt worden sei, er solle bei Wetterbesserung wieder zur Arbeit erscheinen. Am 14. März 2005 hätten sie die Arbeit wieder aufnehmen können. Der Versicherte habe sich jedoch erst wieder am 8. April 2005 bei ... (nachfolgend: Vorgesetzter) telefonisch

gemeldet. Für die Zeit der Schlechtwetterentschädigung, d.h. bis 13. März 2005, sei dem Versicherten sein Lohn ausbezahlt worden.

- c) Mit Schreiben vom 15. April 2005 wurde der Versicherte zur Stellungnahme aufgefordert. Insbesondere sollte er sich zum Vorwurf äussern, er habe seine Arbeitslosigkeit in der Zeit vom 14. bis zum 31. März 2005 selbst verschuldet. Am 25. April 2005 schrieb der Versicherte, er habe am 3. März 2005 ein Gespräch mit seinem Vorgesetzten gehabt. Dieser habe ihm gesagt, dass die Arbeit aufgrund der kalten Witterung eingestellt sei, er ihn aber anrufen werde, sobald er wieder zur Arbeit erscheinen müsse. Seither habe er nichts mehr von seinem Vorgesetzten gehört.
  - d) Am 11. Mai 2005 verfügte die ALK, dass der Versicherte wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für zehn Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt werde. Eine dagegen erhobene Einsprache wies das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Graubünden (nachfolgend: KIGA) mit Entscheid vom 29. Juni 2005 ab.
2. Dagegen liess der Versicherte am 11. August 2005 frist- und formgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben, mit dem Begehren um kostenfällige Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides. Die gesetzlichen Leistungen seien ihm ohne Abstriche zu erbringen. Zur Begründung brachte der Beschwerdeführer vor, dass er sich nach Erhalt des Schreibens der ALK vom 2. März 2005, d.h. am 3. März 2005, zur Sachbearbeiterin der ALK begeben habe, um sich den Inhalt dieses Briefes erklären zu lassen. Auf ihr Anraten hin, habe er sich noch am gleichen Tag in Begleitung von ... zu seinem Vorgesetzten begeben. Dieser habe ihm mitgeteilt, dass zurzeit keine Arbeit anstünde. Er habe jedoch zugesichert, dass er sich mit ihm in Verbindung setzen werde, sobald sich daran etwas ändere. Die Behauptung seines Vorgesetzten - er sei erst am 8. März 2005 bei ihm gewesen - treffe nicht zu. Da er trotz Wetterbesserung nichts von seinem Vorgesetzten gehört habe, habe er ihn im Zeitraum vom 4. bis 11. März 2005 telefonisch auf seinem Natel zu erreichen versucht. Dies zeige, dass er seine Arbeitskraft der ehemaligen Arbeitgeberin zur Verfügung

gehalten habe, diese habe seine Offerte jedoch nicht angenommen. Folglich liege keine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit vor. Weiter bemerkte der Beschwerdeführer, dass die Arbeitgeberin gemäss Publikation vom 11. Mai 2005 am 8. März 2005 die Auflösung der Gesellschaft beschlossen habe. Es sei davon auszugehen, dass die Arbeitgeberin schon in dieser Periode zahlungsunfähig gewesen sei. Von ihm zu fordern, dass er gegenüber einer illiquiden Arbeitgeberin seine obligatorischen Ansprüche geltend macht, sei völlig illusorisch und vertrage sich nicht mit Sinn und Geist der Arbeitslosengesetzgebung. Anzumerken bleibe, dass er keine arbeitsrechtlichen Pflichten verletzt habe. Seine Arbeitslosigkeit sei aufgrund objektiven Gründen entstanden.

3. Das KIGA beantragte in seiner Vernehmlassung vom 5. September 2005 die Abweisung der Beschwerde. Wer eine Kündigung akzeptiere, welche die gesetzlichen Fristen missachte, verzichte nicht auf Lohnansprüche, sondern auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses und könne so den Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit erfüllen. Für seine Behauptung - er habe sich telefonisch bei der vormaligen Arbeitgeberin gemeldet - habe der Beschwerdeführer bis heute keinen Beweis erbracht. Hätte er seine Arbeitskraft tatsächlich rechtsgenügend offeriert, dann hätte er Ansprüche gegenüber der Arbeitgeberin auf Lohnfortzahlung bis Ende März gehabt. Die Tatsache, dass die Arbeitgeberin am 8. März 2005 ihre Liquidation beschlossen habe, ändere nichts daran. Sie sei nicht insolvent gewesen, auch sei kein Konkurs publiziert worden. Der Beschwerdeführer habe offensichtlich nicht versucht, seine obligatorischen Ansprüche gegenüber seiner Arbeitgeberin geltend zu machen, was er sich entgegenhalten lassen müsse.
4. In seiner Replik vom 10. Oktober 2005 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest. Zwar könne er für seine Anrufe vom 3. März 2005 an seinen Vorgesetzten keine Belege beibringen, doch vermöge er die Tatsache, dass er bei seiner Arbeitgeberin nachgefragt und ihr seine Arbeitsleistung angeboten habe, mit der Zeugenaussage von ... nachzuweisen. Weiter führte er aus, dass er seine Arbeitslosigkeit nicht vorsätzlich verschuldet habe. Gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen

Arbeitsorganisation (IAO; SR 0.822.726.8) sei aber für die Einstellung in der Anspruchsberechtigung Vorsatz erforderlich.

Das KIGA verzichtete am 14. Oktober 2005 auf die Einreichung einer Duplik.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

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

1. Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens ist der Einspracheentscheid des KIGA vom 29. Juni 2005, respektive die diesem zugrunde liegende Verfügung vom 11. Mai 2005. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob der Versicherte zu Recht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für zehn Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt worden ist.
  
2. a) Gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) ist der Versicherte in seiner Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos geworden ist. Ein Selbstverschulden im Sinne der Arbeitslosenversicherung liegt dann vor, wenn und soweit der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach den persönlichen Umständen und den persönlichen Verhältnissen vermeidbaren Verhalten des Versicherten liegt (ARV 1998 Nr. 9; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Rz. 8 zu Art. 30). Akzeptiert der Versicherte eine Kündigung, welche die gesetzliche Frist missachtet, so kann dieses Verhalten den Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit erfüllen. Ein Selbstverschulden wird jedoch dann verneint, wenn sich eine versicherte Person in gekündigter Stellung über das nach Art. 336c Abs. 2 OR verlängerte Arbeitsverhältnis irrt und deswegen ihre Arbeitsleistung dem Arbeitgeber nicht mehr anbot (ARV 90 Nr. 16; BGE 112 V 324; Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Zürich 1998, S. 131 f.).

- b) Vorliegend ist unbestritten, dass die am 28. Januar 2005 ausgesprochene Kündigung - aufgrund 100%iger Arbeitsunfähigkeit während der Sperrfrist gemäss Art. 336c OR - erst per 31. März 2005 wirksam wurde. Folglich hätte das Arbeitsverhältnis bis zu diesem Datum gedauert. Wie den Akten zu entnehmen ist, wurde sowohl die Arbeitgeberin als auch der Arbeitnehmer mit Schreiben vom 2. März 2005 von der ALK auf diesen Umstand aufmerksam gemacht. Eigenen Angaben des Beschwerdeführers zufolge liess er sich den Inhalt dieses Schreibens von der Sachbearbeiterin der ALK am 3. März 2005 erklären. Demnach kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die ALK ihrer aus Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) fliessenden Aufklärungs- und Beratungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist. Weiter ist unbestritten, dass die Lohnzahlung an den Beschwerdeführer bis zum 13. März 2005 erfolgt ist. Strittig ist hingegen die Frage, ob der Beschwerdeführer der Aufforderung der ALK - umgehend der Arbeitgeberin seine Arbeitskraft bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, d.h. bis 31. März 2005, zur Verfügung zu stellen - auch nachgekommen ist. Gemäss Aussage der Arbeitgeberin hätte der Versicherte bei Wetterbesserung wieder zur Arbeit erscheinen sollen. Obwohl die Firma am 14. März 2005 ihren Betrieb wieder aufgenommen habe, habe sich der Beschwerdeführer nicht mehr gemeldet. Der Versicherte dagegen behauptet, dass er am 3. März 2005 in Begleitung eines Kollegen seinen Vorgesetzten aufgesucht habe. Dieser habe ihm ausdrücklich gesagt, dass er ihn anrufen werde, sobald sich das Wetter bessern würde und es wieder Arbeit gebe. Er habe jedoch nichts mehr von seinem Vorgesetzten gehört, weshalb er selber telefonisch Nachfrage gehalten habe. Ob die Version der Arbeitgeberin oder jene des Versicherten zutrifft, kann offen gelassen werden. Im ersteren Fall wäre die Einstellung - wie die Vorinstanz richtig argumentiert - aufgrund des Nichtanbietens der Arbeitskraft zu Recht erfolgt. Im letzteren Fall würde sich die Einstellung - wie im Folgenden zu zeigen ist - durch den Verzicht auf die Einforderung des Lohnes bis Ende März 2005 rechtfertigen.
3. a) Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung rechtfertigt sich gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AVIG dann, wenn der Versicherte zu Lasten der Versicherung

auf Lohn- oder Entschädigungsansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber verzichtet hat. Bei der Prüfung der Erfüllung dieses Tatbestandes ist genau zu untersuchen, ob überhaupt Entschädigungs- oder Lohnansprüche bestanden haben, auf welche allenfalls verzichtet worden ist. Dies ist beispielsweise nicht der Fall, wenn eine arbeitnehmende Person eine nicht fristgerechte Kündigung widerspruchslos entgegennimmt. Denn Lohn- oder Entschädigungsansprüche bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist stehen der arbeitnehmenden Person nur zu, wenn sie dem Arbeitgeber ihre Arbeitskraft angeboten hat, dieser das Angebot jedoch abgelehnt hat und dadurch nach Art. 324 Abs. 1 OR in Annahmeverzug gekommen ist. Verzichtet die arbeitslose Person in einem solchen Fall rechtswirksam auf die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber, so schliesst dieser unbegründete Lohnverzicht nicht den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung aus. Er kann aber Anlass zu einer befristeten Einstellung in der Anspruchsberechtigung sein (ARV 1986 N 26, E. 3a S. 104 f.; Chopard, a.a.O., S. 132 f.; Murer/Stauffer, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 2. Aufl., Zürich 1998, Art. 30 S. 80 f.).

- b) Der Darstellung des Beschwerdeführers zufolge, hatte er seiner Arbeitgeberin die Absicht angezeigt, für sie während der verlängerten Kündigungsfrist tätig zu sein. Demnach hätte dem Versicherten bis zum 31. März 2005 Lohn zugestanden, welchen er im Sinne einer Schadenminderungspflicht bei der Arbeitgeberin hätte geltend machen müssen. Dass er dies unterlassen hat, ergibt sich aus den Akten und wird vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten. In seinen Rechtsschriften bringt er vor, die Arbeitgeberin habe am 8. März 2005 ihre Auflösung beschlossen, folglich sei sie mit grösster Wahrscheinlichkeit schon zu jener Zeit zahlungsunfähig gewesen. Deshalb dürfe von ihm nicht verlangt werden, dass er ohne Aussicht auf Erfolg den Zivilrichter anrufe. Dem kann nicht gefolgt werden, zumal aufgrund der Auflösung der Gesellschaft keineswegs ihre Insolvenz nachgewiesen ist. Dass die Auflösung der Gesellschaft nicht der Grund für seine Untätigkeit gewesen sein kann, ergibt sich aus dem Umstand, dass der Versicherte von

der Auflösung erst durch die Publikation am 11. Mai 2005 erfahren hat, bis dahin jedoch nichts unternommen hatte.

- c) Aufgrund der vorstehenden Erwägungen zeigt sich, dass die Einstellung in der Anspruchsberechtigung gerechtfertigt ist, unabhängig davon, ob der Beschwerdeführer seine Arbeitsleistung seiner Arbeitgeberin angeboten hat oder nicht. Diesbezüglich geht auch der Hinweis des Versicherten auf das Übereinkommen Nr. 168 der IAO ins Leere.
4. a) Zu entscheiden bleibt, ob die vorgesehene Dauer der Einstellung von zehn Tagen angemessen ist. Gemäss Art. 30 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 45 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02) dauert die Einstellung in der Anspruchsberechtigung zwischen 1-15 Tage bei leichtem, 16-30 Tage bei mittelschwerem und 31-60 Tage bei schwerem Verschulden.
- b) Wie die Vorinstanz vorbringt, sei bei der Festlegung der Einstellungsdauer der Tatsache Rechnung getragen worden, dass der der Arbeitslosenversicherung entstandene Schaden nicht sonderlich hoch sei. Ein Vergleich mit früheren Fällen zeigt, dass für den Akzept fristloser Kündigung bei einer Kündigungsfrist von zwei bis drei Monaten vom Gericht eine Einstellungsdauer von 30-35 Tagen als angemessen taxiert wurde. In Anbetracht dessen erachtet das Gericht die Einstelldauer von zehn Tagen als zu hoch bemessen, zumal der entstandene Schaden gering ist und der Beschwerdeführer nach intensiver Suche am 8. April 2005 bereits wieder eine Stelle als Maurer gefunden hatte. Dies zeigt seinen eindeutigen Willen, die Arbeitslosigkeit so schnell als möglich zu beenden, was ihm ebenfalls zugute gehalten werden kann. Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung ist deshalb auf fünf Tage zu reduzieren.
5. Das Verfahren ist gestützt auf Art. 61 lit. a ATSG und Art. 11 der grossrätlichen Verordnung über das Verfahren in Sozialversicherungstreitsachen (VVS; BR 542.300) kostenlos. Dem Beschwerdeführer 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, der angefochtene Einspracheentscheid vom 29. Juni 2005 sowie die diesem zugrunde liegende Verfügung vom 11. Mai 2005 werden aufgehoben und die Einstelldauer auf fünf Tage herabgesetzt.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Graubünden entschädigt ... aussergerichtlich mit Fr. 800.-- (inkl. MWST.).