

1. Kammer als Versicherungsgericht

URTEIL

vom 5. April 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung

1. a) ..., geboren am 24. März 1948, verheiratet, ist gelernter Sanitärtechniker und war zuletzt als Fachberater Qualitätssicherheit/Normen beim ... in ... tätig. Am 1. Mai 2002 erhob er Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Während dieses Zeitraums konnte er zwei Zwischenverdienste erzielen, darunter beim ..., wo er seit dem 1. Dezember 2001 durchschnittlich zu 30 Stunden monatlich als Aushilfsmasseur arbeitete. Gemäss Arbeitsvertrag waren die einzelnen Einsätze mit dem Vorgesetzten abzusprechen und ein Anspruch auf Zuweisung von Arbeit bestand nicht. Regelmässige Einsätze würden neue Vertragsverhandlungen zur Folge haben. Die Kündigungsfrist wurde auf zwei Monate festgelegt.
- b) Am 16. Juli 2004 schrieb die Arbeitgeberin dem Versicherte, beziehend auf das Telefongespräch vom 15. Juli 2004 zwischen ihm und Herrn ... werde hiermit das Anstellungsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen per sofort aufgelöst.
- c) Am 11. August 2004 forderte die Arbeitslosenkasse die Arbeitgeberin zur Stellungnahme auf. Mit Stellungnahme vom 23. August 2004 führte die ehemalige Arbeitgeberin aus, dass sporadische Gästereklamationen über die Arbeitsqualität des Arbeitnehmers eingegangen seien. Diese seien jeweils mit ihm ausdiskutiert worden. Konkreter Anlass für die Vertragsauflösung sei wiederum eine Gästereklamation gewesen. Der Teamleiter Massage habe den Versicherten am 15. Juli 2004 über den Inhalt der Reklamation telefonisch in Kenntnis setzen wollen, worauf hin dieser die sofortige Auflösung des

Arbeitsvertrages angeboten habe, was die Arbeitgeberin akzeptiert habe. Der Aufforderung, die Kündigung schriftlich nachzureichen, sei der Versicherte nicht nachgekommen, so dass die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 16. Juli 2004 das Arbeitsverhältnis aufgelöst habe.

- d) Am 25. August 2004 wurde der Versicherte seitens der Kasse zur Stellungnahme aufgefordert. Mit Stellungnahme vom 1. September 2004 führte er aus, dass ihm eine etwas über 20 Jahre alte Kundin für eine 20-minütige Massage zugeteilt worden sei. Diese sei mit ihrem Freund erschienen. Dieser habe anschliessend in einem Email an die Direktion des Grand Hotels behauptet, er habe seine Freundin an den Brüsten berührt. Das Email habe er nie gesehen, sei aber darüber vom Teamleiter Massage in Kenntnis gesetzt worden. Er sei aufgefordert worden, beim Leiter des medizinischen Zentrums, Dr. ..., zu erscheinen, was er abgelehnt habe. Die Leitung hätte erkennen müssen, dass dieser Vorwurf haltlos sei und es sich um eine Rufmordkampagne handle.
 - e) Mit Schreiben vom 7. September forderte die Kasse die ehemalige Arbeitgeberin auf, zu früheren Vorfällen Stellung zu nehmen. Im Schreiben vom 14. September 2004 wurden weitere 3 Vorfälle aus den Jahren 2003 und 2004 aufgelistet. Zudem habe der Versicherte wiederholt die Firma betreffend Organisation und Einsatzplanung der Unfähigkeit bezichtigt und sei auch verbal mit anderen Führungspersonen zusammengestossen.
 - f) Mit Verfügung vom 16. September 2004 stellt die Arbeitslosenkasse den Versicherten für 38 Tage in der Anspruchsberechtigung ein. Die Stelle bei der ehemaligen Arbeitgeberin sei dem Versicherten fristlos gekündigt worden. Er habe durch sein Verhalten der Arbeitgeberin Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben. Sein Fehlverhalten stelle ein schweres Verschulden dar.
2. a) Dagegen erhob der Versicherte am 4. Oktober 2004 Einsprache und verlangte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Die Auflösung sei im gegenseitigen Einvernehmen erfolgt. Gestützt werde diese durch das

hervorragende Arbeitszeugnis. Die Trennung sei erfolgt, nachdem er habe einsehen müssen, dass sich die Arbeitgeberin in Bezug auf die Vorwürfe nicht hinter ihm stelle. Dieser Vorwurf der sexuellen Belästigung eines Gastes sei haltlos, was bereits daraus hervorgehe, dass in einer so kleinen Massagekabine, in der ein Beobachter weniger als 1.5 m entfernt gesessen habe, eine solche Handlung unmöglich sei. Er habe praktisch von Anfang an am Wochenende bei der ehemaligen Arbeitgeberin gearbeitet. Die Einstellung von 38 Tagen stehe in keinem Verhältnis zum Charakter der Tätigkeit und der Teilzeitarbeit. Er würde nach wie vor dort arbeiten, wenn sich die Arbeitgeberin gemeinsam mit ihm gegen diese haltlosen Vorwürfe gewehrt hätte.

- b) Mit Entscheid vom 7. Januar 2005 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab, mit der Begründung, es könne offenbleiben, ob das Verhalten des Versicherten, welches zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt habe, eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten darstelle und er somit der Arbeitgeberin einen Anlass zur Kündigung geboten habe. Er habe die fristlose Kündigung akzeptiert, diese damit als rechtmässig erachtet und damit auch die Kündigungsgründe anerkannt. Damit gelte die daraus resultierende Arbeitslosigkeit als selbstverschuldet und die Einstellung in der Anspruchsberechtigung als gerechtfertigt. Auch wenn das Arbeitsverhältnis vom Arbeitnehmer aus aufgelöst worden wäre, müsse eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung resultieren, da ihm keine andere Stelle zugesichert worden war. Unzumutbarkeitsgründe seien keine ersichtlich. Zudem sei nachvollziehbar, dass die Arbeitgeberin die Vorwürfe der sexuellen Belästigung mit ihm habe besprechen wollen. Dass sich die Arbeitgeberin vor dieser Abklärung nicht vorbehaltlos gegen diese gewehrt habe, begründe nicht die Unzumutbarkeit eines weiteren Verbleibens an der Arbeitsstelle. Der Versicherte hätte zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist dort verbleiben können. In Bezug auf die Bemessung der Strafhöhe liege beim Verlassen einer Arbeitsstelle, ohne entschuldbaren Grund und ohne Zusicherung einer neuen Arbeit ein schweres Verschulden vor, so dass die Einstellungsdauer von 38 Tagen gerechtfertigt sei.

3. a) Dagegen erhob der Versicherte am 4. Februar 2005 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 16. September 2004 und damit implizit auch die Aufhebung des Einspracheentscheides. Die Begründung folgt derjenigen der Einsprache.
- b) Am 18. Februar verzichtete die Arbeitslosenkasse auf die Einreichung einer Stellungnahme.

Auf die weiteren Ausführungen wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet der Einspracheentscheid vom 7. Januar 2005 und die zugrundeliegende Verfügung vom 16. September 2004. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob der Versicherte zu Recht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für 38 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt worden ist.
2. a) Nach Art. 30 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) ist der Versicherte in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er durch eigenes Verschulden arbeitslos ist. Selbstverschulden liegt dann vor, wenn und soweit der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach den persönlichen Verhältnissen und Umständen vermeidbaren Verhalten des Versicherten liegt, für dessen Folgen die Arbeitslosenversicherung nicht einzustehen hat (ARV 1998 Nr. 9; 1982 Nr. 4 und Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Diss., Zürich 1998, S. 105). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Versicherte das Arbeitsverhältnis von sich aus aufgelöst hat, ohne dass ihm eine andere Stelle zugesichert war, es sei denn, dass ihm das Verbleiben an der Arbeitsstelle nicht zugemutet werden konnte (Art. 44 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die

obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

- b) Die dem Versicherten obliegende sozialversicherungsrechtliche Schadensminderungspflicht findet ihre Grenze am Zumutbarkeitsgedanken (Art. 16 AVIG). Es ist davon auszugehen, dass eine Stelle, welche für den Versicherten nicht zur Annahme zumutbar ist, ihm grundsätzlich auch nicht zum Beibehalten zugemutet werden kann, und zwar vor allem dann, wenn einer der in Art. 16 Abs. 2 lit. a - i AVIG aufgezählten Unzumutbarkeitstatbestände vorliegt. In diesem Sinne können die Zumutbarkeitsregeln nach Art. 16 AVIG als Auslegungshilfen herangezogen werden (Gerhards, Kommentar zum AVIG, Bd. I, Bern 1987, N 13 zu Art. 30 AVIG). Einer versicherten Person kann im Regelfall zugemutet werden, für eine begrenzte Zeit in einem unbefriedigenden Arbeitsverhältnis zu verbleiben, um von dort aus eine neue Stelle zu suchen (Faesi, Arbeitslosenentschädigung und Zwischenverdienst, Diss., Zürich 1999, S. 309 f.). Belastende Verhältnisse am Arbeitsplatz begründen demnach keine Unzumutbarkeit für den Arbeitnehmer. Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG statuiert jedoch den Vorbehalt der gesundheitlich bedingten Unzumutbarkeit. Entscheidend ist immer die objektiv attestierte Unzumutbarkeit und nicht etwa bloss das subjektive Empfinden des Versicherten (ARV 1964 Nr. 46; 1970 Nr. 15).

Die Praxis des EVG zum Begriff der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit ist recht streng. Das Verschulden des Versicherten muss aber klar nachweisbar sein (Gerhards, a.a.O., N 11 zu Art. 30 AVIG). Entschuldbares Verhalten des Versicherten schliesst die Einstellung in der Anspruchsberechtigung aus (ARV 1990 Nr. 16).

3. a) Es ist nun zu prüfen, ob den Beschwerdeführer durch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ein Verschulden treffe, weil ihm ein Verbleiben an der bisherigen Arbeitsstelle hätte zugemutet werden können. Muss dies bejaht werden, entfällt der Schuldausschlussgrund der Unzumutbarkeit. In diesem Fall gilt die Arbeitslosigkeit als selbstverschuldet, und eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung ist die Folge.

- b) In tatsächlicher Hinsicht ist erstellt, dass das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen fristlos aufgelöst worden ist. Dies erklären übereinstimmend sowohl die ehemalige Arbeitgeberin wie auch der Beschwerdeführer. Insofern ist die aufgrund des Schriftlichkeitserfordernis ergangene fristlose Kündigung durch die Arbeitgeberin vom 16. Juli 2004 für die Beurteilung der Kündigung nicht massgeblich. Damit ist erstellt, dass der Beschwerdeführer mit der Auflösung einverstanden war, ohne dass ihm eine andere Arbeitsstelle zugesichert worden wäre. Die später schriftlich erfolgte Kündigung durch die Arbeitgeberin wurde in der Folge von ihm auch nicht beanstandet. Seitens des Beschwerdeführers wurde die Unzumutbarkeit des Verbleibens an der Arbeitsstelle und damit die Auflösung mit dem Umstand begründet, dass die Arbeitgeberin sich angesichts der erhobenen Vorwürfe der sexuellen Belästigung nicht umgehend hinter ihm gestellt habe. Ein Gespräch mit dem Leiter des Medizinischen Zentrums zur Klärung der Angelegenheit wurde vom Arbeitnehmer abgelehnt. Angesichts der früher bereits ergangenen unstreitigen Beanstandungen über die Arbeitsweise des Beschwerdeführers aber auch aufgrund der Schwere der Vorwürfe war die Arbeitgeberin geradezu verpflichtet, die Vorwürfe zumindest zu besprechen. Dies kommt keiner Vorverurteilung des Beschwerdeführers gleich. Nachdem dieser dieses ihm zumutbare Gespräch verweigerte und die Auflösung des Arbeitsvertrages anbot, hat er die Kündigung selber verschuldet. Dabei ist unerheblich, ob die Vorwürfe der sexuellen Belästigung gerechtfertigt waren. Durch sein Verhalten hat er geradezu diese Aufklärung verhindert. Andere Unzumutbarkeitsgründe wurden seitens des Beschwerdeführers nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Die Anforderungen an ein Schuldausschlussgrund sind damit nicht erfüllt, nachdem einer versicherten Person im Regelfall zugemutet wird, für eine begrenzte Zeit in einem unbefriedigenden Arbeitsverhältnis zu verbleiben, um von dort aus eine neue Stelle zu suchen.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass das Verhalten des Versicherten als eine eindeutige Verletzung seiner Pflicht, an einer zumutbaren Stelle zu verbleiben, taxiert werden muss. Er ist damit seiner gesetzlich statuierten Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen,

weshalb die Vorinstanz die Einstellung in der Anspruchsberechtigung in Anwendung von Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG zu Recht verfügt hat.

4. a) Zu prüfen bleibt, ob auch die für grobes Verschulden vorgesehene minimale Dauer der Einstellung von 31 Tagen dem Verschulden des Beschwerdeführers gerecht wird. Nach Art. 30 Abs. 3 AVIG bemisst sich die Dauer der Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach dem Grad des Verschuldens und beträgt je nach Einstellungsgrund höchstens 60 Tage. Erläuternd führt Art. 45 Abs. 2 lit. a-c AVIV aus, dass die Einstellung 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden beträgt. Zur Bemessung des Verschuldens können die in Art. 63 StGB für die Strafzumessung angeführten Kriterien analog herangezogen werden (vgl. statt vieler: PVG 1998 Nr. 20; VGU S 99 26).
- b) Von Gesetzes wegen liegt nach Art. 45 Abs. 3 AVIV ein schweres Verschulden vor, wenn der Versicherte, ohne dass ihm eine neue Anstellung verbindlich zugesichert wurde, die Arbeitsstelle kündigt. Von der Mindesteinstellungsdauer von 31 Tagen darf demnach nur abgewichen werden, wenn das vorwerfbare Verhalten des Versicherten in der Einzelfallbeurteilung als entschuldbar qualifiziert werden könnte. Damit ist bei der Bemessung der Einstellungsdauer grundsätzlich zu berücksichtigen, dass die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit nicht in erster Linie der Bestrafung der versicherten Person dient, sondern diese vor allem dazu anhalten soll, einen Teil des von ihr schuldhaft verursachten Schadens selber zu tragen. In diesem Sinn sollten die entschuldbaren Gründe, die ein schweres Verschulden gemäss Art. 45 Abs. 3 AVIV ausschliessen können, verstanden werden (a.a.o. Chopard, S. 168ff.). Vorliegend hat die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass es sich bei dem aufgelösten Arbeitsverhältnis um eine Teilzeitbeschäftigung von ca. 30 Stunden monatlich und damit unter 20% mit unregelmässiger zeitlicher Beanspruchung bzw. um eine Arbeit auf Abruf handelte. Im Entscheid VGU S 02 35 wurde von einem schweren Verschulden bei einer Ablehnung einer 50%-Stelle die Einstellung auf mittleres Verschulden mit 20 Tage festgelegt. In diesem Fall hatte die Versicherte bereits vorgängig eine befristete Stelle ohne entschuldbaren Grund abgelehnt. Im vorliegenden Fall - Arbeitspensum

unter 20%, Einsatz nach Abruf und erstmalige Einstellung in der Anspruchsberechtigung - erscheint eine Anstellungsdauer im Rahmen des leichten Verschuldens in Höhe von 10 Tagen daher angemessen.

Bei dieser Sach- und Rechtslage wird die Beschwerde teilweise gutgeheissen und die Einstellungsdauer von 38 auf 10 Tage reduziert.

5. 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 Sozialversicherungstreitsachen (VVS) ist das kantonale Beschwerdeverfahren bei Sozialversicherungstreitigkeiten – ausser bei leichtsinniger oder mutwilliger Prozessführung - kostenlos.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Einstellungsdauer auf 10 Tage herabgesetzt.
2. Es werden keine Kosten erhoben.