«AZA 7»
C 15/00 Vr

III. Kammer
Bundesrichter Schön, Spira und Bundesrichterin Widmer; Gerichtsschreiberin Weber Peter

Urteil vom 16. Februar 2001

in Sachen
T._____, 1969, Beschwerdeführerin, vertreten durch lic. iur. M._____,
gegen
Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Sektion Horgen und Meilen, Seestrasse 217, Horgen, Beschwerdegegnerin,
und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 stellte die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI die 1969 geborene T._____ ab 14. November 1997 wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für die Dauer von 31 Tagen in der Anspruchsberechtigung ein. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Versicherte habe das am 22. Oktober 1997 bei der X._____ AG begonnene Arbeitsverhältnis am 5. November per 12. November 1997 innerhalb der Probezeit gekündigt, ohne dass ihr ein anderes zugesichert worden wäre. Die angeführten Gründe machten ein Arbeitsverhältnis nicht unzumutbar.

B.- Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 26. November 1999 ab.

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt T._____ beantragen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei die Dauer der Einstellung wegen mittelschweren Verschuldens auf 16 Tage festzusetzen.
Während die Kasse auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, hat sich das Staatssekretariat für Wirtschaft nicht vernehmen lassen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Das kantonale Gericht hat die vorliegend massgebenden Bestimmungen über die Einstellung in der Anspruchsberechtigung bei durch eigenes Verschulden verursachter Arbeitslosigkeit (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG), den Begriff der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit, namentlich bei Auflösung eines nicht unzumutbaren Arbeitsverhältnisses durch die versicherte Person ohne anderweitig zugesicherte Stelle (Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV) und die nach dem Grad des Verschuldens abgestufte Dauer der Einstellung in der Bezugsberechtigung (Art. 30 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 45 Abs. 2 und 3 AVIV) zutreffend dargelegt. Darauf kann verwiesen werden.

2.- Unbestritten ist die Einstellung der Beschwerdeführerin in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit im Sinne von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV. Streitig und zu prüfen hingegen ist die Dauer der Einstellung.

Die Vorinstanz hat die von der Verwaltung verfügte Einstellungsdauer, die mit 31 Tagen im untersten Bereich des schweren Verschuldens liegt, im Lichte von Art. 45 Abs. 3 AVIV bestätigt. Die Verwaltung führte zur Begründung als Einziges an, der Bundesrat schreibe eine Mindestdauer in der Einstellung vor. Demgegenüber vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, dass die Dauer der Einstellung nach Art. 45 Abs. 2 lit. b AVIV zu bestimmen sei, wobei angesichts der konkreten Umstände 16 Tage angemessen seien. Da sie für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gute Gründe gehabt habe, liege kein schweres Verschulden vor, sondern höchstens ein mittelschweres an der Grenze zum leichten.

3.- a) Nach Art. 45 Abs. 3 AVIV (eingefügt mit der auf
den 1. Januar 1996 in Kraft getretenen Verordnungsänderung vom 11. Dezember 1995, AS 1996 295) liegt ein schweres Verschulden vor, wenn der Versicherte ohne entschuldbaren Grund eine zumutbare Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen aufgegeben oder eine zumutbare Arbeit abgelehnt hat. Bei schwerem Verschulden dauert die Einstellung in der Anspruchsberechtigung 31 bis 60 Tage (Art. 45 Abs. 2 lit. c AVIV in der ab 1. Januar 1997 gültigen Fassung, AS 1996 3071). Im Urteil U. vom 9. November 1998, C 386/97, publiziert in ARV 1999 Nr. 23 S. 136 ff., in dem es um die Ablehnung zumutbarer Arbeit ging, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Bestimmung von Art. 45 Abs. 3 AVIV als gesetzmässig qualifiziert und einen kantonalen Entscheid aufgehoben, mit welchem die von der Verwaltung verfügte Einstellungsdauer von 31 auf 28 Tage herabgesetzt worden war. Der Begründung des Urteils ist zu entnehmen, dass eine Einstellungsdauer von weniger als 31 Tagen im Rahmen dieses Einstellungsgrundes generell unzulässig ist und sich das Ermessen von Verwaltung und Sozialversicherungsrichter auf die Festsetzung einer Einstellungsdauer zwischen 31 und 60 Tagen beschränkt. Demgegenüber hat das Gericht im nicht veröffentlichten Urteil W. vom 16.
September 1998, C 199/98, in einem Anwendungsfall von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV (Kündigung ohne Zusicherung einer neuen Stelle) eine vom kantonalen Gericht verfügte Herabsetzung der Einstellungsdauer von 39 auf 25 Tage geschützt mit der Feststellung, dass entschuldbare Gründe im Sinne von Art. 45 Abs. 3 AVIV vorlägen. Dabei wurde berücksichtigt, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit erfolgte. In gleichem Sinn war bereits in dem in RJJ 1998 S. 213 publizierten Urteil B. vom 28. November 1997, C 282/97, entschieden worden. Das Urteil U. vom 9. November 1998 hat an dieser Rechtsprechung nichts geändert. Beim Einstellungsgrund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Zusicherung einer neuen Stelle kommt dem konkreten Sachverhalt für die Verschuldensbeurteilung im Allgemeinen eine grössere Bedeutung zu als bei der Ablehnung einer zugewiesenen zumutbaren Arbeit (Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG), wo Tatsache und Schwere des Verschuldens meist klar feststehen. Bei Einstellungen nach Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV kann Art. 45 Abs. 3 AVIV lediglich die Regel bilden, von welcher beim Vorliegen besonderer Umstände im Einzelfall abgewichen werden darf. Insoweit ist das Ermessen von Verwaltung und
Sozialversicherungsrichter nicht auf eine Einstellungsdauer im Rahmen eines schweren Verschuldens beschränkt, sondern lässt auch eine mildere Sanktion zu (ARV 2000 Nr. 8 S. 41 Erw. 2c).

b) Nach dem Gesagten ist eine Einstellungsdauer von weniger als 31 Tagen nicht generell unzulässig, wie dies die Verwaltung mit Verweis auf eine Mindestdauer fälschlicherweise anzunehmen scheint. Vielmehr gilt es im Hinblick auf Art. 45 Abs. 3 AVIV zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin einen "entschuldbaren Grund" hatte, um das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Eine Kündigung während der Probezeit stellt gemäss Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nicht von vornherein einen entschuldbaren Grund im Sinne von Art. 45 Abs. 3 AVIV dar. Vielmehr ist auch in diesen Fällen das Verschulden der Versicherten anhand der konkreten Umstände zu beurteilen. Die Rechtsprechung hat diesbezüglich lediglich - aber immerhin - festgehalten, dass eine Kündigung während der Probezeit im Allgemeinen weniger streng zu beurteilen ist als eine Kündigung nach deren Ablauf. Dies ergebe sich aus dem Zweck der Probezeit, welche den Parteien nicht nur ermögliche, das Vertragsverhältnis unter erleichterten Bedingungen aufzulösen, sondern ihnen in erster Linie eine Bedenkzeit einräume, während welcher sie Gelegenheit haben, sich gegenseitig kennenzulernen und zu prüfen, ob das Anstellungsverhältnis den gegenseitigen Erwartungen entspreche (nicht
veröffentlichtes Urteil W. vom 16. September 1998, C 199/98; ARV 1982 Nr. 12 S. 80 Erw. 3).

4.- a) Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Beschwerdeführerin am 22. Oktober 1997 eine Teilzeitstelle (70 %) bei der X._____ AG als kaufmännische Angestellte antreten konnte, die sie am 5. November 1997 von sich aus in der noch laufenden Probezeit per 12. November 1997 aufgelöst hat, ohne eine neue Anstellung in Aussicht zu haben. Nach den glaubhaften und von der Verwaltung unbestritten gebliebenen Angaben der Beschwerdeführerin hatte sie aufgrund eines schweren Rückenleidens ihre Tätigkeit als Telefonistin bei der Z._____ AG per Oktober 1994 aufgeben müssen. Die Invalidenversicherung hatte ihr als gelernte Coiffeuse in der Folge eine Umschulung zur kaufmännischen Angestellten für die Dauer vom 6. Juni bis 20. Juli 1995 an der Schule Y._____ zugesprochen, die sie mit dem eidgenössischen Fähigkeitsausweis abschloss. Nach den ebenfalls unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin trat sie bei der X._____ AG erstmals eine Stelle an, an der sie das Sekretariat alleine führen musste und zudem über wenig bis gar keine praktische Erfahrung verfügte. Eine richtige Einarbeitung sei nicht erfolgt, da bereits drei Tage nach Stellenantritt die Vorgängerin

den Betrieb verlassen habe. Der Chef habe darauf keinerlei Rücksicht
genommen und sei nicht bereit gewesen, Fragen zu beantworten. Er habe keine Anweisungen bezüglich der Reihenfolge der zu erledigenden Arbeiten gegeben, sei sehr selten anwesend gewesen und habe von ihr verlangt, dass sie trotz der fehlenden Erfahrung und Einarbeitung die Arbeit wie eine erfahrene und mit dem Betrieb vertraute Arbeitskraft perfekt erledige. Entsprechend aggressiv habe er sich denn auch ihr gegenüber verhalten.

b) Angesichts der gezeigten, unbestrittenen Verhältnisse im Betrieb war das von der Beschwerdeführerin während der Probezeit aufgelöste Arbeitsverhältnis zwar keineswegs unzumutbar, doch hatte sie entschuldbare Gründe im Sinne von Art. 45 Abs. 3 AVIV für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. So fühlte sie sich nach der krankheitsbedingten Umschulung ohne jegliche Berufserfahrung im kaufmännischen Bereich in diesem Betrieb mangels entsprechender Einarbeitung und Betreuung verständlicherweise überfordert. Überdies war nach ihrer Einschätzung eine Änderung der Situation am Arbeitsplatz, die auch vom kantonale Gericht als schwierig und gespannt bezeichnet wurde, nicht absehbar. Entgegen Vorinstanz und Verwaltung liegt damit kein schweres Verschulden vor. Vielmehr ist das Verschulden als mittelschwer im Sinne von Art. 45 Abs. 2 lit. b AVIV zu qualifizieren. Es rechtfertigt sich daher die verfügte Einstellungsdauer unter Berücksichtigung vergleichbarer Fälle (nicht veröffentlichtes Urteil W. vom 16. September 1998, C 199/98) ermessensweise von 31 Tagen auf 20 Tage herabzusetzen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. November 1999 aufgehoben und es wird die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 1. Dezember 1997 dahingehend abgeändert, dass die Einstellungsdauer auf 20 Tage herabgesetzt wird.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

IV. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 16. Februar 2001
Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der III. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin: