Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 123/05

Urteil vom 17. August 2005
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichter Meyer und Ursprung; Gerichtsschreiberin Polla

Parteien
Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, Industriestrasse 24, 6301 Zug, Beschwerdeführerin,

gegen

J._____, 1978, Beschwerdegegner, vertreten durch die DAS Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Wengistrasse 7, 8004 Zürich

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Zug

(Entscheid vom 10. März 2005)

Sachverhalt:
A.
Der 1978 geborene J._____ ist seit 1. März 2004 zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet. Mit Verfügung vom 25. August 2004 stellte ihn die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug für die Dauer von 32 Tagen wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit in der Anspruchsberechtigung ein, da er ohne entschuldbaren Grund eine Zwischenverdiensttätigkeit nach nur einem Tag abgebrochen habe. Daran hielt sie auf Einsprache hin fest (Einspracheentscheid vom 19. November 2004).
B.
Die hiegegen erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Zug mit Entscheid vom 10. März 2005 insofern gut, als es den Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse aufhob und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Verwaltung zurückwies. Zur Begründung wurde angeführt, zu einem wesentlichen Punkt des rechtserheblichen Sachverhalts sei im Rahmen des Einspracheverfahrens lediglich eine - in einer Aktennotiz festgehaltene - telefonische Auskunft eingeholt worden, wozu der Versicherte überdies nicht habe Stellung nehmen können, weshalb vor erneuter Verfügung die Sachverhaltsabklärung von der Verwaltung in rechtsgenüglicher Form vorzunehmen und J._____ zum Beweisergebnis das rechtliche Gehör zu gewähren sei.
C.
Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag um Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides, weil die mutmassliche Dauer des Zwischenverdienstes lediglich bei Einstellungstatbeständen nach Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG hinsichtlich der nach dem Verschuldensgrad zu bemessenden Sanktionshöhe relevant sei, sodass die bloss telefonisch eingeholten Auskünfte, da nur einen Nebenpunkt betreffend, formellrechtlich nicht zu beanstanden seien.
Während J._____ auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, verzichtet das Staatssekre-

tariat für Wirtschaft auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Vorinstanz hat die Bestimmungen über die Pflichten des Versicherten (Art. 17 und 16 AVIG), die Voraussetzungen der Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit (Art. 30 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV), insbesondere bei Aufgabe eines Zwischenverdienstes (Art. 24 AVIG; vgl. ARV 1998 Nr. 9 S. 41; Urteil B. vom 2. September 2002, C 104/02) und die verschuldensabhängige Dauer der Einstellung (Art. 30 Abs. 3 Satz 3 AVIG, Art. 45 Abs. 2 AVIV) korrekt dargelegt. Ergänzend ist festzuhalten, dass dem konkreten Sachverhalt für die Verschuldensbeurteilung beim Einstellungsgrund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Zusicherung einer neuen Stelle im Allgemeinen grössere Bedeutung zukommt als bei der Ablehnung einer zumutbaren Arbeit, wo Tatsache und Schwere des Verschuldens meist klar feststehen. Art. 45 Abs. 3 AVIV kann deshalb, wie die Vorinstanz zutreffend festhält, bei Einstellungen nach Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV lediglich die Regel bilden, von welcher beim Vorliegen besonderer Umstände im Einzelfall abgewichen werden darf. Massgebend für eine allfällige Milderung der Sanktion ist das Vorliegen entschuldbarer Gründe im Sinne von Art. 45 Abs. 3 AVIV, sofern solche
eine Sanktion nicht geradezu ausschliessen. Diese im konkreten Einzelfall liegenden Gründe können sich - wie etwa gesundheitliche Probleme - auf die Situation der betroffenen Person oder auf eine objektive Gegebenheit beziehen (BGE 130 V 126ff. Erw. 3.2 - 3.5 mit Hinweisen; ARV 2000 Nr. 8 S. 41 Erw. 2c; Nr. 9 S. 49 Erw. 4b/aa; Urteil H. vom 6. Januar 2004, C 213/03, Erw. 4).
2.
Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner zu Recht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für die Dauer von 32 Tagen in der Anspruchsberechtigung eingestellt worden ist.
2.1 In tatbeständlicher Hinsicht steht fest, dass der Versicherte am 21. Juli 2004 bei der Firma S._____ AG eine Zwischenverdiensttätigkeit als Bauarbeiter aufnahm, welche er gleichentags mit der Begründung, er wolle nicht mehr auf dem Bau arbeiten, beendete. Dass ihm diese Tätigkeit auch unter Berücksichtigung der im Verwaltungsverfahren geltend gemachten Rückenprobleme nicht zumutbar gewesen sei, wird zu Recht nicht mehr geltend gemacht, womit der Beschwerdegegner grundsätzlich in der Anspruchsberechtigung einzustellen ist.
2.2 Vorinstanz und Verwaltung haben richtigerweise die Aufgabe einer Zwischenverdiensttätigkeit als selbstverschuldete Arbeitslosigkeit gewertet und unter die Bestimmung des Art. 30 Abs. 1 lit a AVIG in Verbindung mit Art. 44 Abs. 1 lit b AVIV subsumiert (ARV 2000 Nr. 8 S. 38, 1998 Nr. 9 S. 41; unveröffentlichtes Urteil B. vom 26. November 1998, C 233/98, Erw. 6 mit Hinweis). Dem vom Beschwerdegegner erwähnten Umstand, dass er trotz Ausübung eines Zwischenverdienstes formal als arbeitslos gilt, da er Anspruch auf Differenzausgleich nach Art. 24 AVIG hat, wird bei der Festlegung des Gegenstandes der Einstellung in der Anspruchsberechtigung Rechnung getragen (BGE 122 V 39 ff. Erw. 4 und 5; ARV 1998 Nr. 9 S. 46 ff. Erw. 4; unveröffentlichtes Urteil S. vom 18. Oktober 1996, C 119/96, Erw. 2d).
2.3 Mit Blick auf die Einstellungsdauer ist zu prüfen, ob die Verwaltung mit der von ihr befolgten Praxis - nämlich die zukünftige Dauer einer aufgegebenen Tätigkeit nur insoweit zu beachten, als es sich bei der Aufgabe eines befristeten Arbeitsverhältnisses einzig um ein "leichteres schweres Verschulden handle"- das ihr zustehende Ermessen sachgerecht und mithin rechtsfehlerfrei oder missbräuchlich ausgeübt hat. In diesem Zusammenhang ist die Ermessensunterschreitung bedeutsam, wenn die entscheidende Behörde sich als gebunden betrachtet, obschon sie nach Gesetz berechtigt wäre, nach Ermessen zu handeln, oder wenn sie auf eine Ermessensausübung ganz oder teilweise zum Vornherein verzichtet (BGE 116 V 310 Erw. 2 mit Hinweisen). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist gerade bei Einstellungstatbeständen nach Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV das Ermessen von Verwaltung und Sozialversicherungsgericht nicht auf eine Einstellungsdauer im Rahmen des schweren Verschuldens beschränkt, (Erw. 1 hievor). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich die Arbeitslosenkasse von vornherein und damit rechtsfehlerhaft davon dispensiert hat, eine dem konkreten Sachverhalt angemessene Regelung zu treffen; sie hat somit ihren Ermessensspielraum
unterschritten.
2.4 Der Vorinstanz ist demzufolge auch darin zuzustimmen, dass die mutmassliche Dauer der abgebrochenen Zwischenverdiensttätigkeit schuldmildernd wirken kann und somit im Rahmen der Ermessensausübung einen wesentlichen Aspekt des rechtserheblichen Sachverhalts beschlägt. Diesbezüglich ist zu beachten, dass eine formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche oder telefonische Auskunft nur insoweit

zulässig ist, als damit blosse Nebenpunkte, namentlich Indizien oder Hilfstatsachen, festgestellt werden. Dagegen kommt grundsätzlich nur die Form einer schriftlichen Anfrage und Auskunft in Betracht, wenn Auskünfte zu wesentlichen Punkten des rechtserheblichen Sachverhaltes einzuholen sind (BGE 117 V 285 Erw. 4c mit Hinweis). Hält ein Mitarbeiter eines Versicherers den Inhalt eines Telefongesprächs schriftlich fest und bestätigt die befragte Person mit ihrer Unterschrift ausdrücklich, dass die Wiedergabe des Gesprächs korrekt ist, ist diesem Schriftstück unter Umständen Beweiswert zuzuerkennen (RKUV 2003 Nr. U 473 S. 49 Erw. 3.2 mit Hinweisen). Ein solcher ist auch mit Blick auf Art. 43 Abs. 1 ATSG gegeben (Urteil W. vom 7. Juni 2005, H 163/04, Erw. 5 mit Hinweis). Daher hat die Vorinstanz zu Recht erkannt, dass auf
die in den Aktennotizen vom 17. August und 12. November 2004 festgehaltenen telefonischen Auskünfte der Arbeitgeberin über die voraussichtliche Anstellungsdauer des Versicherten nicht abgestellt werden kann. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wurde überdies insoweit verletzt, als der Versicherte zur Aktennotiz vom 12. November 2004 auch im Rahmen des Einspracheverfahrens nicht hat Stellung nehmen können.
Somit hat die Arbeitslosenkasse gemäss Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheids zu verfahren und die Abklärungen des rechtserheblichen Sachverhalts in beweistauglicher Form vorzunehmen.
3.
Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses entsprechend steht dem obsiegenden Versicherten eine Parteientschädigung zu (Art. 135 OG in Verbindung mit Art. 159 Abs. 3 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug hat dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1’000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug, dem Kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit (KWA) und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 17. August 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: