

# **BGer C\_72/2004 vom 17. August 2004**

Bundesgericht, 2004-08-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_72\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_72_2004)

FR: TF C\_72/2004 du 17 août 2004

IT: TF C\_72/2004 del 17 agosto 2004

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Vorinstanz hat die massgebenden Grundsätze und Bestimmungen über die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen Arbeitslosigkeit aus eigenem Verschulden respektive bei Aufgabe einer Stelle ohne Zusicherung einer anderen ( Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG , Art. 44 Abs. 1 lit. a und b AVIV , Art. 20 Abs. 1 lit. b und c des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 [SR 0.822.726.8]) und die verschuldensabhängige Dauer der Einstellung ( Art. 30 Abs. 3 Satz 3 AVIG , Art. 45 Abs. 2 AVIV ) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

### **E. 2**

Streitig ist die Berechtigung der Einstellung in der Anspruchsberechtigung.

#### **E. 2.1**

Das kantonale Gericht ist der Auffassung, dass eine Kündigung durch die ehemalige Arbeitgeberin missbräuchlich im Sinne des Art. 336 Abs. 1 lit. b OR gewesen wäre, da durch den Wohnsitzwechsel keine Verletzungen der Pflichten aus dem Arbeitsvertrag resultiert hätten; damit sei es der Versicherten zumutbar gewesen, eine allfällige Kündigung abzuwarten und allenfalls anzufechten. Im Weiteren sei die Androhung der Kündigung respektive die Selbstkündigung Folge eines nach den persönlichen Umständen vermeidbaren Verhaltens gewesen: Es sei zumutbar gewesen, entweder bis zur Zusicherung einer neuen Stelle den längeren Arbeitsweg auf sich zu nehmen oder am bisherigen Wohnort in T. \_\_\_\_\_ ein Zimmer zu mieten.

Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber vor, dass ihr die ehemalige Arbeitgeberin so oder so gekündigt hätte und damit kein Kausalzusammenhang zwischen ihrer Kündigung und der Arbeitslosigkeit bestehe. Eine allfällige Kündigung durch die Arbeitgeberin wäre zwar missbräuchlich, aber immer noch gültig gewesen und hätte somit an der Arbeitslosigkeit nichts geändert. Die Arbeitslosigkeit beruhe damit letztlich auf einer missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsvertrages, weshalb sie nicht selbstverschuldet sei.

#### **E. 2.2**

Wie den Akten zu entnehmen ist, hat die ehemalige Arbeitgeberin der Versicherten nahe gelegt, selber zu kündigen ansonsten ihr gekündigt werde; dies ist denn auch nicht bestritten. Eine Selbstkündigung, die einer unausweichlichen Entlassung oder Kündigung durch den Arbeitgeber zuvorkommt, ist einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gleichzusetzen, weshalb Art. 44 lit. b AVIV nicht anwendbar ist (ARV 1980 Nr. 6 S. 15 Erw. 2a). Dies hat die Vorinstanz übersehen. Letztere stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin hätte auf die eigene Kündigung verzichten und

diejenige der Arbeitgeberin abwarten sollen; da deren Kündigung "mit hoher Wahrscheinlichkeit" missbräuchlich gewesen wäre, hätte sie angefochten werden können.

Weil eine missbräuchliche Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet, jedoch eine Entschädigungspflicht der missbräuchlich kündigenden Partei zur Folge hat ( Art. 336a Abs. 1 OR ), stellt sich die Frage, ob die Versicherte trotz allfälliger Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung einen anrechenbaren Arbeitsausfall im Sinne des Art. 11 Abs. 3 AVIG erlitten hätte, wenn sie gegen die Kündigung Einsprache erhoben hätte (vgl. Art. 336b OR ). Dies ist zu bejahen: Die Entschädigung gemäss Art. 336a OR hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zwar sowohl einen pönalen als auch einen reparatorischen Zweck; Letzterer ist jedoch nicht als Schadenersatz im klassischen Sinn ausgestaltet, da die Entschädigung auch dann geschuldet ist, wenn kein Schaden nachgewiesen ist ( BGE 123 III 394 Erw. 3c). Weiter bestimmt Art. 11 Abs. 3 AVIG , dass nur Entschädigungsansprüche wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu keinem anrechenbaren Arbeitsausfall führen, während eine missbräuchliche Kündigung keine vorzeitige Auflösung des Arbeitsvertrages zur Folge hat. Auch stellt die Entschädigung nach Art. 336a OR nicht massgebenden Lohn im Sinne des Art. 5 Abs. 2 AHVG dar, da sie ausschliesslich der Strafe und Prävention sowie allenfalls der Genugtuung dient ( BGE 123 V 11 Erw. 5); sie kann folglich auch nicht Entschädigungsanspruch im Sinne des Art. 11 Abs. 3 AVIG sein (so Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: SBVR, Soziale Sicherheit, S. 54 f. N 132).

### **E. 2.3**

Es bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin den Tatbestand des Art. 44 lit. a AVIV dadurch erfüllt hat, dass sie durch ihr Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, der ehemaligen Arbeitgeberin Anlass gegeben hat, ihr die Kündigung nahezulegen. Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit kann jedoch nur verfügt werden, wenn ein Verschulden klar feststeht ( BGE 112 V 245 Erw. 1). Dies ist zu verneinen: Durch den Umzug von T. \_\_\_\_\_ nach C. \_\_\_\_\_ hat sich der Arbeitsweg der Versicherten zwar verlängert, jedoch ist dieser Weg mit dem Auto (über welches die Versicherte gemäss Lage der Akten verfügt) immer noch in nützlicher Zeit zu bewältigen, so dass - mindestens während einer gewissen Zeit bis zum Antritt einer neuen Arbeitsstelle - die von der ehemaligen Arbeitgeberin verlangten "Sondereinsätze" und Überstunden hätten geleistet werden können. Damit hat die Beschwerdeführerin der Arbeitgeberin keinen Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses ( Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV ) respektive zur Aufforderung zur Selbstkündigung gegeben, so dass sie zu Unrecht in der Anspruchsberechtigung eingestellt worden ist. Andere Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses sind weder behauptet noch aus den Akten ersichtlich.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.