

SO_GERICHTE VSBES.2016.327 vom 9. November 2016

SO Obergericht, 2016-11-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VSBES.2016.327

FR: SO_GERICHTE VSBES.2016.327 du 9 novembre 2016

IT: SO_GERICHTE VSBES.2016.327 del 9 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

Der Einspracheentscheid vom 9. November 2016 sei aufzuheben.

E. 2

Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ab 28. Juni 2016 die gesetzlichen Leistungen ohne Einstelltage auszurichten.

E. 3

Eventualiter sei die Einstellung der Anspruchsberechtigung entsprechende einem leichten Verschulden herabzusetzen.

E. 4

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge. 3. In ihrer Beschwerdeantwort vom 14. Februar 2017 stellt die Beschwerdegegnerin folgende Anträge (A.S. 19 ff.): 1. Die Beschwerde sei abzuweisen. 2. Es sei keine Parteientschädigung auszurichten. 3. Gerichtskosten seien keine aufzuerlegen. 4. Der Beschwerdeführer hält mit Replik vom 22. Februar (A.S. 33 ff.) an seinen Rechtsbegehren fest. 5. Die Beschwerdegegnerin bestätigt ihrerseits mit Duplik vom 2. März 2017 (A.S. 37 ff.) die gestellten Anträge. Dieser Eingabe werden eine E-Mail-Nachricht von Frau B.____ vom 27. Februar 2017 und weitere Unterlagen beigelegt (Urkunden 17-25). 6. Der Beschwerdeführer bekräftigt in einer weiteren Eingabe vom 21. März 2017 (A.S. 42 ff.) nochmals seinen Standpunkt und wirft die Frage auf, ob die von der Beschwerdegegnerin getätigten zusätzlichen Angaben zulässig seien. Gleichzeitig reicht sein Vertreter eine Kostennote zu den Akten (A.S. 46 f.). 7. Auf die Ausführungen in den Rechtsschriften der Parteien wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen. Im Übrigen wird auf die Akten verwiesen. II. 1. 1.1 Die Sachurteilsvoraussetzungen (zulässiges Anfechtungsobjekt, Einhaltung von Frist und Form, örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, Legitimation) sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist damit einzutreten. 1.2 Gemäss § 54 bis lit. a Kantonales Gesetz über die Gerichtsorganisation (GO, BGS 125.12) beurteilt der Präsident des Versicherungsgerichts sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 als Einzelrichter. Diese Grenze wird bei einem streitigen Taggeldanspruch von 33 Einstelltagen offenkundig nicht überschritten, so dass der Präsident des Versicherungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit als Einzelrichter zuständig ist. 2. 2.1 Gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG, SR 837.0) ist der Versicherte in der Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung einzustellen, wenn er durch eigenes Verschulden arbeitslos ist. Die Arbeitslosigkeit gilt nach Art. 44 Abs. 1 lit. a Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV, SR 827.02) namentlich dann als selbstverschuldet,

wenn der Versicherte durch sein Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat. 2.2 Nach der Rechtsprechung liegt ein Selbstverschulden im Sinne der Arbeitslosenversicherung vor, wenn und soweit der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach den persönlichen Umständen und Verhältnissen vermeidbaren Verhalten des Versicherten liegt, für das die Versicherung keine Haftung übernimmt (Urteil des Bundesgerichts 8C_511/2009 vom 20. August 2009 E. 3.2). 2.3 Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV setzt keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen gemäss Art. 337 bzw. Art. 346 Abs. 2 Obligationenrecht (OR, SR 220) voraus. Es genügt, dass das allgemeine Verhalten Anlass zur Kündigung bzw. Entlassung gegeben hat; Beanstandungen in beruflicher Hinsicht müssen nicht vorgelegen haben. Mithin genügen auch charakterliche Eigenschaften im weiteren Sinne, die den Arbeitnehmer für den Betrieb als untragbar erscheinen lassen (BGE 112 V 242 E. 1 S. 245 mit Hinweisen). 2.4 Das vorwerfbare Verhalten muss nach Art. 20 lit. b Übereinkommen Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 vorsätzlich erfolgt sein, wobei Eventualvorsatz genügt (BGE 124 V 234 E. 3a und b S. 236, Urteil des Bundesgerichts 8C_842/2008 vom 3. Februar 2009 E. 3.2). Dieser liegt vor, wenn der Versicherte vorhersehen kann oder damit rechnen muss, dass sein Verhalten zu einer Kündigung durch den Arbeitgeber führt, und er dies in Kauf nimmt (Urteile des Bundesgerichts 8C_773/2007 vom 9. Januar 2008 E. 2.2, sowie 8C_511/2009 vom 20. August 2009 E. 3.2). 2.5 Das dem Versicherten zur Last gelegte Verhalten muss beweismässig klar feststehen (Urteil des Bundesgerichts 8C_511/2009 vom 20. August 2009 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 112 V 242 E. 1 S. 244 f.). Zu den Umständen der vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses darf nicht einzig auf die Aussagen des Arbeitgebers abgestellt werden, insbesondere nicht, wenn diese bestritten sind und durch keine weiteren Indizien gestützt werden (BGE 112 V 242 E. 1 S. 245 mit Hinweisen, ARV 1999 S. 39 E. 7b). Es geht nicht an, ohne weiteres auf ein fehlerhaftes Verhalten des Arbeitnehmers zu schliessen, wenn der Arbeitgeber nur unbestimmte Kündigungsgründe geltend macht, für welche er keine Beweise anführen kann (Urteil des Bundesgerichts C 277/06 vom 3. April 2007 E. 2 mit Hinweisen). 3. 3.1 Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 9. November 2016 wird zur Begründung der verhängten 33 Einstelltage im Wesentlichen angeführt, der Beschwerdeführer sei kurz nach dem Antritt einer neuen Stelle krank geworden und habe in der Folge diverse Aufforderungen der Arbeitgeberin zur Kontaktaufnahme unbeachtet gelassen. Zudem habe er nicht fristgerecht ein Arztzeugnis eingereicht. Er habe damit rechnen müssen, dass dieses Verhalten die Arbeitgeberin veranlassen werde, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. 3.2 Der Beschwerdeführer lässt einwenden, er habe keine arbeitsvertragliche Pflicht verletzt. Insbesondere habe er seine Vorgesetzten C.____ und D.____ am Morgen des 7. Juni 2016 (erster Krankheitstag) und an den folgenden Tagen jeweils vor dem geplanten Arbeitsbeginn per E-Mail informiert, dass er krankheitsbedingt ausfalle. Die Vorgesetzten seien somit durchgehend über den Krankheitsfall und die dadurch bedingte Arbeitsabsenz informiert gewesen. Damit habe er seine vertragliche Pflicht zur umgehenden Verständigung erfüllt. Indem er sich nach der Aufforderung seiner Vorgesetzten nicht umgehend mit ihnen telefonisch in Verbindung gesetzt habe, habe er zwar eine Weisung seines Arbeitgebers nicht befolgt und somit allenfalls die Treuepflicht gegenüber seiner

Arbeitgeberin verletzt. Eine schwer verschuldenshafte, zumindest eventualvorsätzliche Verursachung (der Arbeitslosigkeit) sei damit aber nicht gegeben. Eine allfällige telefonische Kontaktierung hätte weder an der Ausgangslage noch an den (den Vorgesetzten aufgrund der E-Mails bereits bekannten) Informationen etwas geändert. Zudem habe der Beschwerdeführer in seiner E-Mail vom 10. Juni 2016 darauf hingewiesen, dass ihn ein «übler Virus» erwischt habe, womit bekannt gewesen sei, dass eine ernsthaftere gesundheitliche Störung und wohl eine etwas längere Absenz vorliege. Das Arzteugnis habe er, entgegen den Ausführungen im Einspracheentscheid, sowohl innerhalb der gesamtarbeitsvertraglich vorgegebenen Frist als auch innerhalb der ihm durch die Arbeitgeberin mit E-Mail vom 13. Juni 2016 gesetzten Frist (bis 14. Juni 2016) eingereicht. Der einzige Grund, der (potentiell) eine Rolle spielen könnte, sei demnach die zunächst unterlassene telefonische Kontaktaufnahme. Da der Beschwerdeführer aber keine arbeitsvertragliche Pflicht verletzt habe und seine mit E-Mail vom 14. Juni 2016 abgegebene Zusicherung, er werde D.____ telefonisch kontaktieren, am 17. Juni 2016 erfüllt habe, liege kein oder jedenfalls kein schweres Verschulden vor (Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 8C_511/2009 vom 20. August 2009 E. 4 und 6). Die Beschwerdegegnerin habe auch nicht begründet, warum sie von einem schweren Verschulden ausgehe, was bei selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit durchaus nicht zwingend sei. Es sei von einem leichten, höchstens aber von einem mittelschweren Verschulden im untersten Bereich auszugehen. Überdies fehle es an der Kausalität zum Stellenverlust. Es liege nahe, dass die gesamte «Gemengelage» und dabei insbesondere objektive Gründe (längere Krankheitsabsenz kurz nach Stellenantritt und etwas knappe, aber nicht vertragswidrige Kommunikation) zur Kündigung Anlass gegeben hätten. Überdies fehle es am Eventualvorsatz, denn der Beschwerdeführer habe über keine Hinweise darauf verfügt, dass die Arbeitgeberin aufgrund der verspäteten telefonischen Meldung das Arbeitsverhältnis auflösen werde.

4. Die Beschwerdegegnerin hat während des laufenden Beschwerdeverfahrens ergänzende Auskünfte der Arbeitgeberin eingeholt (vgl. Urkunden 17-25). Diese fanden Eingang in die Duplik vom 2. März 2017. Der Beschwerdeführer bezweifelt die Zulässigkeit dieses Vorgehens.

4.1 Als ordentlichem Rechtsmittel kommt der Beschwerde nach Art. 56 ff. ATSG Devolutiveffekt zu. Eingeschränkt wird dieser Effekt durch Art. 53 Abs. 3 ATSG, welcher bestimmt, der Versicherungsträger könne eine Verfügung oder einen Einspracheentscheid, gegen die Beschwerde erhoben wurde, so lange wiedererwägen, bis er gegenüber der Beschwerdebehörde Stellung nimmt. Die formgültige Beschwerdeerhebung begründet (zusammen mit der Beschwerdeantwort des Versicherungsträgers) die alleinige Zuständigkeit des kantonalen Gerichts, über das in der angefochtenen Verfügung (beziehungsweise im angefochtenen Einspracheentscheid) geregelte Rechtsverhältnis zu entscheiden. Somit verliert der Versicherungsträger die Herrschaft über den Streitgegenstand, und zwar insbesondere auch in Bezug auf die tatsächlichen Verfügungs- und Entscheidungsgrundlagen. Die Beschwerdeinstanz hat den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln (Art. 61 lit. c ATSG) und ist nicht an die Begehren der Parteien gebunden (Art. 61 lit. d ATSG). Folgerichtig ist es der Verwaltung grundsätzlich verwehrt, nach Einreichung des Rechtsmittels weitere oder zusätzliche Abklärungen vorzunehmen, soweit sie den Streitgegenstand betreffen und auf eine allfällige Änderung der angefochtenen Verfügung durch Erlass einer neuen abzielen (BGE 136 V 2 E. 2.5 S. 5). Das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht muss gemäss Art. 61 lit. a ATSG einfach und rasch sein. Die anzustrebende Raschheit des Verfahrens schliesst es aus, dass die Verwaltung während des kantonalen Verfahrens

umfangreiche und zeitraubende Zusatzabklärungen tätigt. Aufgrund der gebotenen Einfachheit des Prozesses kann der Versicherungsträger im Weiteren keine Abklärungsmassnahmen treffen, welche der Mitwirkung der versicherten Person bedürften. Erlaubt sind der Verwaltung demgegenüber in aller Regel punktuelle Abklärungen (wie das Einholen von Bestätigungen, Bescheinigungen oder auch Rückfragen bei medizinischen Fachpersonen oder anderen Auskunftspersonen). Wegleitende Gesichtspunkte für die Beantwortung der Frage, was im kantonalen Verfahren noch zulässiges Verwaltungshandeln darstellt, bilden die inhaltliche Bedeutung der Sachverhaltsvervollständigung und die zeitliche Intensität allfälliger weiterer Abklärungsmassnahmen (Urteil des Bundesgerichts 8C_81/2017 vom 2. März 2017 E. 6.2 mit Hinweis auf BGE 136 V 2 und BGE 127 V 228). 4.2 Dem Beschwerdeführer ist insofern beizupflichten, als die Zulässigkeit von Abklärungen, welche dazu dienen könnten, den im Einspracheentscheid fallen gelassenen Vorwurf, er habe sich am

E. 6

Juni 2017 vorzeitig und ohne Abmeldung vom Arbeitsplatz entfernt, als fraglich erscheint. Dieser Gesichtspunkt ist im Beschwerdeverfahren nicht mehr zu berücksichtigen. Anders verhält es sich jedoch in Bezug auf die Kontakte zwischen dem Beschwerdeführer und der Arbeitgeberin während der krankheitsbedingten Abwesenheit ab 7. Juni 2016. Die diesbezüglichen Abklärungen, welche die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren getroffen hat, bedurften keiner Mitwirkung des Beschwerdeführers und führten zu keiner erheblichen Verzögerung des Beschwerdeverfahrens. Inhaltlich beschränkten sie sich auf ergänzende Rückfragen bei der Arbeitgeberin zum in Teilen bereits bekannten Sachverhalt. Wie sich dem eingereichten Schreiben (ALK-Nr. 17) entnehmen lässt, erfolgte die Anfrage am 26. Januar 2017, also recht lange vor der Einreichung der Beschwerdeantwort vom 14. Februar 2017. Die Antwort der Arbeitgeberin traf aber erst am 27. Februar 2017 bei der Beschwerdegegnerin ein (ALK-Nr. 18 f.) und konnte daher erst mit der Duplik in das Verfahren eingebracht werden. Mit Blick auf den Grundsatz des einfachen und raschen Verfahrens (Art. 61 lit. a ATSG), insbesondere aber darauf, dass auch für das Gericht der Untersuchungsgrundsatz gilt (Art. 61 lit. c ATSG), der es ihm ermöglicht hätte, seinerseits ergänzende Informationen einzuholen, besteht kein Anlass, die Verwertbarkeit der mit der Duplik eingereichten Unterlagen im vorliegenden Verfahren infrage zu stellen. Die Rechtsprechung (BGE 136 V 2, 127 V 228) hat diese Frage in erster Linie verneint, wenn es um ergänzende Abklärungen im Hinblick auf eine allfällige Wiedererwägung lite pendente (Art. 53 Abs. 3 ATSG) ging oder wenn umfangreiche Abklärungsmassnahmen, wie insbesondere eine medizinische Begutachtung, zur Diskussion standen (vgl. BGE 127 V 228). Hier handelt es sich um vergleichsweise geringfügige, eher «niederschwellige» Ergänzungen, welche das Gericht ohne grösseren Zeitverlust ebenfalls hätte vornehmen können. Es besteht kein Anlass, diese Unterlagen als unverwertbar zu qualifizieren. 5. Aus den Akten ergibt sich der folgende für die Beurteilung potenziell relevante Sachverhalt:

5.1 Der Beschwerdeführer trat am 1. Juni 2016 eine neue Anstellung bei der E.____ als ICT Network & System Spezialist an. Das Pensum betrug 100 %, der Monatsgrundlohn belief sich auf CHF 7'500.00. Im Arbeitsvertrag wurde eine bis 31. August 2016 dauernde Probezeit (vgl. Art. 335b Abs. 1 und 2 OR) vereinbart (vgl. ALK-Nr. 2).

5.2 Der Beschwerdeführer trat die Arbeit am Mittwoch, 1. Juni 2016 an. Er arbeitete an diesem Tag und am Folgetag. Am Freitag, 3. Juni 2016 hatte er, wie vor Anstellungsbeginn vereinbart, einen freien Tag (vgl. ALK-Nr. 12 S. 2). Am Montag, 6. Juni 2016 arbeitete er den ganzen Tag.

5.3 Ab Dienstag, 7. Juni 2016 blieb der Beschwerdeführer der Arbeit fern. Es ist der

folgende Kontakt mit der Arbeitgeberin dokumentiert: 5.3.1 Am 7. Juni 2016, 02:44 Uhr, schrieb der Beschwerdeführer seinen Vorgesetzten C.____ und D.____ eine E-Mail mit folgendem Wortlaut: «Ich falle heute krankheitsbedingt aus. Sofern ich morgen nicht gesund werde, besuche ich einen Arzt.» (Beilage 1 zur Eingabe vom 22. Februar 2017).

5.3.2 Am Mittwoch, 8. Juni 2016, 06:58 Uhr, liess der Beschwerdeführer C.____ und D.____ eine E-Mail mit folgendem Wortlaut zukommen: «Hallo zämme. Bin heute krankheitsbedingt abwesend.» (Beilage 2 zur Eingabe vom 22. Februar 2017). Laut den durch die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren eingeholten Unterlagen sandte C.____ dem Beschwerdeführer am

E. 8

Juni 2016 um 08:22 Uhr folgende E-Mail-Nachricht (ALK-Nr. 20): «Hallo A.____. Melde dich doch bitte mal telefonisch bei mir. Wir haben ja einige Termine offen und wir müssen wissen wie wir planen sollen. Danke & Gruss» Der Beschwerdeführer lässt in der Eingabe vom 21. März 2017 bestreiten, diese E-Mail erhalten zu haben (A.S. 44). Er führt aus, die Nachricht sei offenbar an seine E.____ (Geschäfts-)E-Mail-Adresse zugestellt worden. Dass er sie nicht erhalten haben soll, erscheint jedoch als nicht glaubhaft, denn die Situation präsentiert sich ebenso wie in Bezug auf die E-Mail von D.____ vom 10. Juni 2016, 07:18 Uhr (ALK-Nr. 14 S. 3), auf deren Inhalt der Beschwerdeführer in derselben Eingabe vom 21. März 2017 Bezug nimmt, um sein anschliessendes Verhalten zu erklären (A.S. 44). Beiden E-Mail-Nachrichten ist gemein, dass sie als Antwort auf eine Nachricht des Beschwerdeführers von seiner privaten E-Mailadresse verfasst wurden, weshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass diese Antwort-E-Mails ebenfalls an seine private Adresse gesendet wurden. Dies geht auch aus der Betreffzeile hervor, welche ausdrücklich die Abkürzung «AW» für Antwort enthält. Hinweise darauf, dass es diesbezüglich zu einer manuellen Abänderung gekommen wäre, sind nicht ersichtlich. Es ist daher überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer die E-Mail-Nachricht von C.____ vom 8. Juni 2016, 08:22 Uhr, erhalten hat.

5.3.3 Am 9. Juni 2016 um 05:15 Uhr schrieb der Beschwerdeführer, wiederum an C.____ und D.____, eine E-Mail mit folgendem Text: «Guten Morgen. Bin weiterhin krank. Da ich keinen Zugriff auf den Exchange habe, kannst Du meine Termine canceln.» (ALK-Nr. 14). D.____ antwortete am 9. Juni 2016 um 07:03 Uhr: «Guten Morgen A.____. Hast Du schon Kontakt mit C.____ gehabt? Wenn nicht, bitte melde dich telefonisch bei ihr. Wie lange fällst Du aus? Warst Du beim Arzt?» (ALK-Nr. 14). Um 10:31 Uhr sandte auch C.____ dem Beschwerdeführer eine E-Mail mit folgendem Wortlaut: «Hallo A.____. Ich habe leider noch nichts von dir gehört. Warst du bereits beim Arzt? Weisst du schon wie lange du ausfallen wirst? Bitte melde dich telefonisch bei mir. Ich bin auf dem Natel erreichbar.» (ALK-Nr. 14). Gleichentags um 14:55 Uhr sandte C.____ dem Beschwerdeführer eine SMS mit folgendem Text: «Hallo A.____. Bitte melde dich telefonisch bei mir. Warst du bereits beim Arzt? Weisst du schon wann du wieder da bist? Danke und Gruss, C.____.» (ALK-Nr. 21).

Gleichentags um 15:50 Uhr schrieb D.____ an B.____ vom Personaldienst der Arbeitgeberin (ALK-Nr. 16): «Unser neuer Mitarbeiter macht uns bereits Sorgen. Seit Dienstag ist er krank. Abgemeldet hat er sich per Mail «bin heute krank». C.____ hat ihn schon per Mail und SMS aufgefordert, sich bitte per Tel. zu melden. Auch ich habe ihm ein Mail geschrieben. Wird ignoriert. Es kommt immer nur ein Mail am Morgen «bin immer noch krank». Morgen ist der 4. Tag, ich bin schon sehr gespannt wie es weiter geht aber irgendwie haben wir alle hier in schlechtes Gefühl bei der Sache ...»

5.3.4 Am Freitag, 10. Juni 2016, 06:24 Uhr, wandte sich der Beschwerdeführer mit der folgenden E-Mail-Nachricht an C.____ und D.____: «Bin leider weiterhin krank. Lg. A.____».

D.____ antwortete am 10. Juni 2016 um 07:18 Uhr ebenfalls per E-Mail: «Guten Morgen A.____. Wie geht es Dir? Scheint ja schlimmer zu sein? Leider warten wir immer noch auf einen Status von Dir. Für uns wäre wichtig zu wissen wie lange Du ausfällst. Auf jeden Fall musst Du heute zum Arzt und uns ein Arztzeugnis zukommen lassen. Ich werde jetzt am Wochenende für dich einspringen. Bitte melde dich bei C.____ oder mir telefonisch. Gute Besserung. Grüsse.»

Ebenfalls am 10. Juni 2016, 08:37 Uhr, sandte der Beschwerdeführer Herrn F.____ folgende E-Mail: «Hallo F.____. Mich hat ein übler Virus erwischt. Kann kaum aufstehen. Muss deshalb die Termine heute und am Sonntag absagen.» Laut der Auskunft von B.____ von der Personalabteilung der Arbeitgeberin an die Beschwerdegegnerin (ALK-Nr. 19) handelt es sich bei F.____ um einen Mitarbeiter der Arbeitgeberin. Er gehört aber einer anderen Abteilung und Organisationseinheit an und stand in keiner Verbindung zum Beschwerdeführer. Er leitete die Nachricht des Beschwerdeführers um 08:42 Uhr an C.____ und D.____ weiter (ALK-Nr. 19).

5.3.5 Am Montag, 13. Juni 2016, 05:29 Uhr sandte der Beschwerdeführer folgende E-Mail-Nachricht an C.____ und D.____: «Morgen zusammen. Bin leider weiterhin krank. Arztzeugnis folgt. Gruess A.____.» (Beilage 4 zur Eingabe vom 17. Februar 2017).

Am 13. Juni 2016, 11:29 Uhr wurde der Beschwerdeführer per E-Mail von B.____ von der Personalabteilung unter der Überschrift «Dringend: Arztzeugnis und persönliche Kontaktnahme» aufgefordert, ein Arztzeugnis rückwirkend ab dem 3. Krankheitstag bis spätestens am darauffolgenden Tag, den 14. Juni 2016 vorzulegen sowie ab sofort die Kontaktaufnahme seitens C.____ und D.____ persönlich und zeitnah zu beantworten. Angefügt wurde: «Bitte lassen Sie uns daher ihre Krankschreibung bis spätestens morgen, Dienstag 14. Juni, zukommen» (ALK-Nr. 15).

5.3.6 Am 14. Juni 2016 um 08:27 Uhr erkundigte sich C.____ bei B.____ von der Personalabteilung, ob sie etwas vom Beschwerdeführer gehört habe. B.____ verneinte dies um 10:53 Uhr und schlug vor, «dass wir abwarten bis morgen und dann eine Arbeitsaufforderung schicken. Und wenn er darauf nicht reagiert, bekommt er die Kündigung» (ALK-Nr. 23).

Der Beschwerdeführer schickte sodann sein Arztzeugnis am folgenden Tag, d.h. am 14. Juni 2016 um 23:58 Uhr per E-Mail (als Anhang) und führte aus, er werde D.____ umgehend persönlich kontaktieren (vgl. ALK-Nr. 15; ALK-Nr. 5).

5.3.7 Nachdem eine persönliche Kontaktnahme weiterhin unterblieben war, schrieb B.____ von der Personalabteilung dem Beschwerdeführer am 16. Juni 2016 um 12:50 Uhr folgende E-Mail-Nachricht: «Guten Tag Herr A.____. Betreffend Ihrer Krankmeldung und der für uns unklaren Rückkehr Ihrerseits erwarte ich Ihre persönliche Kontaktaufnahme und bitte Sie hiermit, mich bis heute Abend 18:00 Uhr anzurufen.» (ALK-Nr. 24).

5.3.8 Am Freitag, 17. Juni 2016, meldete sich der Beschwerdeführer um 10:17 Uhr telefonisch bei D.____. Das Gespräch dauerte eine Minute und 44 Sekunden. Nach Darstellung des Beschwerdeführers teilte ihm D.____ anlässlich dieses Gesprächs mit, die Arbeitgeberin werde die Kündigung aussprechen (ALK-Nr. 12 S. 2). B.____ von der Personalabteilung der Arbeitgeberin erklärte, D.____ habe dem Beschwerdeführer gesagt, es

seien Schritte eingeleitet worden und er werde Post erhalten. Die Kündigung sei nicht explizit erwähnt worden.

5.3.9 Mit Schreiben vom 20. Juni 2016 löste die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis während der Probezeit auf den 27. Juni 2016 auf (ALK-Nr. 4).

6. Streitig und zu prüfen ist, ob eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten oder ein anderes Verhalten des Beschwerdeführers vorliegt, das nach der dargestellten Rechtsprechung (E. II. 2, insbesondere 2.3 hiervor) eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitsfähigkeit nach sich zu ziehen hat. Zur Diskussion stehen dabei die Krankmeldung und Einreichung des Arztzeugnisses sowie insbesondere das Unterlassen einer telefonischen Kontaktnahme.

6.1 Der auf den Beschwerdeführer anwendbare Gesamtarbeitsvertrag (GAV) der Arbeitgeberin E.____ sieht in Art. 49 vor, die vorgesetzte Person sei im Krankheitsfall vor dem geplanten Arbeitsbeginn umgehend zu verständigen. Dieser Pflicht ist der Beschwerdeführer durch die frühmorgendlichen E-Mails an den Werktagen vom 7. bis 13. Juni 2016 nachgekommen. Am 14. Juni 2016 erfolgte keine derartige Abmeldung, wobei der Beschwerdeführer um 23:58 Uhr ein Arztzeugnis für die Zeit vom 7. bis 27. Juni einreichte. Die im Gesamtarbeitsvertrag statuierte Verpflichtung wurde somit nicht verletzt.

Laut derselben GAV-Bestimmung ist für Krankheitsabsenzen, die länger als drei Arbeitstage dauern, der vorgesetzten Person oder der Personalabteilung innerhalb von einer Woche ab Krankheitsbeginn ein Arztzeugnis vorzulegen. Der Beschwerdeführer war ab dem Morgen des 7. Juni 2016 krankheitshalber abwesend und reichte am 14. Juni 2016, 23.58 Uhr, das Arztzeugnis ein. Die einwöchige Frist wurde damit zwar nicht gewahrt, angesichts der relativ kurzen Verzögerung und mit Blick darauf, dass B.____ dem Beschwerdeführer am 13. Juni 2016 eine Frist bis 14. Juni 2016 gesetzt hatte (E. II. 5.3.5 hiervor), liegt aber auch diesbezüglich keine relevante Pflichtverletzung vor.

Eine erhebliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten liegt somit unter dem Aspekt von Art. 49 des GAV nicht vor. Der Umstand, dass die morgendlichen Abmeldungen sehr knapp ausfielen und die Frist zur Einreichung des Arztzeugnisses bis zur zweitletzten Minute ausgereizt wurde, ist allenfalls in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen.

6.2 Nach Art. 25 GAV sind die mündlich oder schriftlich erteilten Weisungen und Anordnungen sowie die Bestimmungen dieses GAV und aller im Unternehmen geltenden Vorschriften, Reglemente, Haus- und Betriebsordnungen genau zu beachten und einzuhalten. Dies korrespondiert mit der gesetzlichen Treuepflicht des Arbeitnehmers und/oder dessen Pflicht zur Befolgung von Anordnungen und Weisungen (Art. 321a und 321d OR).

6.2.1 Aus dem geschilderten Ablauf (E. II. 5.3 hiervor) ergibt sich in Bezug auf den Vorwurf, der Beschwerdeführer habe eine angeordnete telefonische Kontaktnahme unterlassen, Folgendes: Der Beschwerdeführer, der nach drei geleisteten Arbeitstagen krankheitshalber ausfiel, wurde am Morgen des zweiten Absenttages (Mittwoch, 8. Juni 2016) durch seine Vorgesetzte C.____ gebeten, sich telefonisch zu melden. Am 9. Juni 2016 vormittags wurde diese Bitte gleich drei Mal (zwei E-Mails, eine SMS) wiederholt. Eine erneute diesbezügliche Aufforderung erfolgte am Morgen des 10. Juni 2016 seitens des Vorgesetzten D.____. Am Montag, 13. Juni 2016 forderte B.____ von der Personalabteilung den Beschwerdeführer auf, Kontaktnahmen von C.____ und D.____ persönlich und zeitnah zu

beantworten. In seiner E-Mail vom 14. Juni 2016, 23:58 Uhr, kündigte der Beschwerdeführer an, er werde D.____ umgehend persönlich kontaktieren, was er jedoch an den beiden Folgetagen weiterhin nicht tat. Am 16. Juni 2016 mittags forderte wiederum B.____ den Beschwerdeführer auf, sie gleichentags um 18 Uhr anzurufen. Alle diese Bitten und Aufforderungen blieben unbeachtet. Sie wurden, wie D.____ bereits in seiner internen E-Mail vom

E. 9

Juni 2016, 15:50 Uhr festhielt, ignoriert. Erst am 17. Juni 2016 meldete sich der Beschwerdeführer telefonisch.

6.2.2 Der Beschwerdeführer hat demnach die erstmals am 8. Juni 2016 um 08:22 Uhr durch seine Vorgesetzte geäußerte und in den Folgetagen bis zum 16. Juni 2016 durch diese sowie durch D.____ und B.____ mehrfach wiederholte Bitte, sich telefonisch zu melden, über einen Zeitraum von sieben Arbeitstagen hinweg unbeachtet gelassen und nicht befolgt. Auch die letzte, konkret terminierte Aufforderung von B.____ vom 16. Juni 2016 blieb unbeachtet. Auch wenn die Aufforderungen in freundlichem Ton geäußert und zunächst als Bitte formuliert wurden, handelte es sich offenkundig um konkrete, aus dem Arbeitsverhältnis fließende Anweisungen der Vorgesetzten bzw. in deren Auftrag der Personalabteilung. Das Anliegen, der Beschwerdeführer möge sich telefonisch melden, war offenkundig berechtigt und nachvollziehbar, enthielten doch seine frühmorgendlichen Krankmeldungen per E-Mail keinerlei weiterführende Angaben, welche der Arbeitgeberin eine Planung (u.a. auch für den Wochenendeinsatz am 12. Juni 2016) erlaubt hätten. Aber auch unabhängig davon war die Arbeitgeberin zweifellos befugt, eine telefonische Kontaktnahme zu verlangen.

6.2.3 Es bestehen keine Hinweise darauf, dass es dem Beschwerdeführer aufgrund seiner Krankheit über mehrere Tage hinweg nicht möglich gewesen wäre, sich telefonisch zu melden. In der Beschwerde wird zwar vorgebracht die Erkrankung sei mitverantwortlich dafür, dass der Beschwerdeführer nicht umgehend angerufen habe, dies wird aber nicht näher erläutert. Der Beschwerdeführer hat auch in seinen E-Mails zu keinem Zeitpunkt eine Erklärung geliefert, warum er sich immer noch nicht telefonisch gemeldet habe.

6.2.4 In der Stellungnahme vom 21. März 2017, S. 3 (A.S. 44) wird ausgeführt, der Beschwerdeführer habe aus den E-Mails der Vorgesetzten vom 9. und 10. Juni 2016 ableiten dürfen, dass ein Telefonanruf einzig den Zweck gehabt hätte, es der Arbeitgeberin zu ermöglichen, die voraussichtliche Dauer des krankheitsbedingten Ausfalls abzuschätzen. Dazu habe er in der E-Mail vom 10. Juni 2016, 08:37 Uhr, eine Antwort geliefert. Er habe davon ausgehen können, ein Anruf sei nunmehr entbehrlich. Erst mit der E-Mail vom 13. Juni 2016, 11:29 Uhr, sei deutlich geworden, dass die Arbeitgeberin auch unabhängig von der Prognose einen Telefonanruf verlange. Leicht vorwerfbar sei deshalb nur die anschließende Unterlassung bis zum Abend des 16. Juni 2016, welche aber nicht elementar pflichtwidrig und nicht potenziell kündigungskausal gewesen sei.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: Der Beschwerdeführer wurde erstmals am Morgen des 8. Juni 2016, anschliessend drei Mal am Folgetag und nochmals am frühen Morgen des 10. Juni 2016 aufgefordert, sich telefonisch zu melden. Diese Bitte stand nicht unter dem Vorbehalt, dass sich die Frage nach der voraussichtlichen Abwesenheit anderweitig klären liesse. Es war nicht Aufgabe des Beschwerdeführers, diese klare und einfach verständliche Anweisung zu interpretieren, sondern er hätte ihr nachkommen

müssen. Bis zu der von ihm angerufenen E-Mail vom 10. Juni 2016, 08:37 Uhr, waren seit der ersten Aufforderung zwei Tage vergangen und die Nachricht war schon deshalb nicht geeignet, den gewünschten Telefonanruf zu ersetzen. Zudem war sie (trotz des Hinweises auf einen «üblen Virus») wiederum sehr kurz gehalten. Abgesehen davon war sie überhaupt nicht an seine Vorgesetzten C.____ und D.____ gerichtet, sondern an den in einer anderen Abteilung tätigen F.____. Die Auffassung, durch eine kurze E-Mail an eine Drittperson werde die mehrfach geäußerte Bitte um einen Telefonanruf erfüllt oder der Beschwerdeführer habe jedenfalls hiervon ausgehen können, kann nicht geteilt werden. Eine auch nur halbwegs nachvollziehbare Erklärung für das Verhalten des Beschwerdeführers bilden auch diese Ausführungen nicht.

6.3 Wenn der Beschwerdeführer, der die Anstellung bei der E.____ eben erst angetreten hatte und sich zu Beginn der Probezeit befand, über sieben Arbeitstage (8. Juni bis 16. Juni 2016) hinweg die zahlreichen Aufforderungen seiner Vorgesetzten C.____ und D.____ sowie von B.____ von der Personalabteilung, sich telefonisch zu melden, ohne jeden halbwegs nachvollziehbaren Grund schlicht ignoriert hat, liegt darin ein Verhalten, das geeignet ist, das Vertrauen der Arbeitgeberin in die Zuverlässigkeit und Loyalität des Beschwerdeführers nachhaltig zu erschüttern. Die Arbeitgeberin musste ernsthaft und begründet daran zweifeln, ob der Beschwerdeführer generell bereit sein werde, sich an ihre Anordnungen und Weisungen zu halten. Unabhängig davon, ob eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Befolgung von (auch) mündlich erteilten Weisungen (E. II. 6.2 hiervor) vorliegt, bot das kurz nach Anstellungsbeginn über eine Dauer von mehr als einer Woche gezeigte Verhalten des Beschwerdeführers Anlass, auf charakterliche Eigenschaften zu schliessen, die ihn für den Betrieb als untragbar erscheinen liessen. Die äusserst knapp gefassten morgendlichen Krankmeldungen und der Umstand, dass der Beschwerdeführer die ihm gesetzte Frist zur Einreichung eines Arztzeugnisses bis zur zweitletzten Minute ausreizte, waren keineswegs geeignet, diesen Eindruck zu korrigieren. Ein einstellungsrelevantes Verhalten des Beschwerdeführers ist damit klar ausgewiesen.

An dieser Beurteilung würde sich im Übrigen auch nichts ändern, wenn man annimmt, der Beschwerdeführer habe die erste E-Mail vom 8. Juni 2016, 08:22 Uhr, wie von ihm behauptet, tatsächlich nicht erhalten und er habe die von der Arbeitgeberin wiederholt gewünschte telefonische Kontaktnahme «nur» über sechs Arbeitstage hinweg ignoriert und sei einmal weniger aufgefordert worden.

7. Es stellt sich weiter die Frage, ob das Verhalten des Beschwerdeführers für die Kündigung kausal war. Er lässt in diesem Zusammenhang ausführen, für die Kündigung sei in erster Linie die längere Erkrankung innerhalb der Probezeit oder dann zumindest eine aus verschiedenen Aspekten zusammengesetzte «Gemengelage» massgebend gewesen. Die von ihm in diesem Zusammenhang angeführte interne E-Mail von D.____ vom 9. Juni 2016, 15:50 Uhr (E. II. 5.3.3 hiervor), weist jedoch in die gegenteilige Richtung. D.____ spricht von einem «schlechten Gefühl» im Zusammenhang mit dem neuen Mitarbeiter. Dieses ergab sich nach dem Text der Nachricht nicht aus der Krankheit als solcher, sondern daraus, dass der Beschwerdeführer die mehrfache Aufforderung, sich telefonisch zu melden, ignoriert und die Kommunikation während der bis dahin drei Krankheitstage auf morgendliche E-Mails mit dem Inhalt «ich bin (weiterhin) krank» beschränkt hatte. Auch im weiteren zeitlichen Verlauf (vgl. E. II. 5.3 hiervor) stand nicht die krankheitsbedingte Abwesenheit, sondern das Kommunikationsverhalten und insbesondere die weiterhin ausbleibende telefonische Kontaktierung im Vordergrund. Die Kündigung wurde konkret in

Aussicht genommen, nachdem sich der Beschwerdeführer auch am 14. Juni 2016 nicht gemeldet hatte (vgl. ALK-Nr. 23). B.____ von der Personalabteilung der Arbeitgeberin erklärte denn auch unmissverständlich, man habe dem Beschwerdeführer «nicht aufgrund der Krankheit gekündigt, sondern aufgrund der Art und Weise der nichterfolgten Kommunikation» (ALK-Nr. 19 S 8). Es ist kein Grund ersichtlich, an dieser klaren Auskunft zu zweifeln. Das Verhalten des Beschwerdeführers (trotz mehrfacher Aufforderung während mehr als einer Woche unterlassene telefonische Kontaktnahme) war demnach ausschlaggebend für die Kündigung und die nachfolgende Arbeitslosigkeit. Die Kausalität ist gegeben.

8. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Kündigung provozieren wollte. Er musste aber, namentlich auch mit Blick darauf, dass er die Stelle eben erst angetreten hatte und sich in der ersten Phase der Probezeit befand, mit einer Kündigung rechnen. Sein Verhalten, über mehr als eine Woche hinweg die von der Arbeitgeberin mehrfach explizit geforderte telefonische Kontaktnahme zu unterlassen, musste bei der Arbeitgeberin elementare Zweifel an der Zuverlässigkeit, an der Teamfähigkeit und am Einsatzwillen des Beschwerdeführers erwecken. Die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer Kündigung führen würde, war sehr hoch. Es ist nicht vorstellbar, dass sich der Beschwerdeführer dieser Möglichkeit nicht bewusst gewesen wäre. Wenn er sich trotzdem über eine derart lange Zeit in dieser Weise verhalten hat, lässt dies nur den Schluss zu, er habe eine Kündigung zwar nicht angestrebt, aber doch im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf genommen.

9. Die Dauer der Einstellung bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens (Art. 30 Abs. 3 Satz 3 AVIG), wobei folgende Abstufung gilt (Art. 45 Abs. 3 AVIV):

Bei der Überprüfung der Angemessenheit der Einstellungsdauer geht es um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Behörde nach dem ihr zustehenden Ermessen getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen. Allerdings darf das Gericht sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen; es muss sich somit auf Gegebenheiten abstützen können, die seine abweichende Ermessensausübung als naheliegender erscheinen lassen (BGE 137 V 71 E. 5.2 S. 73). Dabei ist auch den Bestrebungen der Verwaltung Rechnung zu tragen, die darauf abzielen, durch interne Weisungen, Richtlinien, Tabellen, Skalen usw. eine rechtsgleiche Behandlung der Versicherten zu gewährleisten (Urteil des Bundesgerichts 8C_342/2017 vom 28. August 2017 E. 4.2 mit Hinweis).

Der Beschwerdeführer weist mit Recht darauf hin, dass eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit nicht zwingend zur Annahme eines schweren Verschuldens führen muss. Massgebend sind daher die konkreten Umstände des Einzelfalls.

Das Verhalten des Beschwerdeführers war, wie dargelegt, erkennbarerweise in sehr hohem Masse geeignet, eine Kündigung zu bewirken. Namentlich mit Blick auf die sehr kurze vorangegangene Anstellungsdauer mit noch laufender und eben erst begonnener Probezeit, aber auch auf die Dauer von mehr als einer Woche, während der er der Anordnung, sich telefonisch zu melden, nicht nachkam, muss von einem vergleichsweise gravierenden Fall einer selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit ausgegangen werden. Gründe, die für eine mildere Beurteilung sprechen würden, sind nicht ersichtlich. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich die Annahme eines schweren Verschuldens. Innerhalb dieser Kategorie ist mit Blick darauf, dass keine früheren Einstellungsstatbestände bekannt sind, eine

Einordnung im unteren Bereich angemessen, wie sie die Beschwerdegegnerin mit den verhängten 33 Einstelltagen vorgenommen hat. Diese sind daher als angemessen zu bezeichnen.

10. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet. Sie ist abzuweisen.

E. 11

11.1 Bei diesem Verfahrensausgang steht dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zu.

11.2 Die Beschwerdegegnerin hat als mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraute Organisation ■ abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen ■ keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. etwa BGE 128 V 124 E. 5b, 126 V 143 E. 4a).

12. Das Verfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

Rechtsmittel

Gegen diese Entscheidung kann innerhalb von 30 Tagen seit der Mitteilung beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar (vgl. Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes, BGG). Bei Vor- und Zwischenentscheidungen (dazu gehört auch die Rückweisung zu weiteren Abklärungen) sind die zusätzlichen Voraussetzungen nach Art. 92 oder 93 BGG zu beachten.

Versicherungsgericht des Kantons Solothurn

Der Präsident

Die Gerichtsschreiberin

Flückiger

Fischer

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