

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

8C 40/2019

Urteil vom 30. Juli 2019

I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Maillard, Präsident,  
Bundesrichter Wirthlin, Bundesrichterin Viscione,  
Gerichtsschreiberin Durizzo.

Verfahrensbeteiligte  
Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich, Abteilung Arbeitslosenversicherung,  
Stampfenbachstrasse 32, 8001 Zürich,  
Beschwerdeführer,

gegen

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch AXA-ARAG Rechtsschutz AG Rechtsdienst Haftpflicht- und Versicherungsrecht  
Rechtsanwältin Nicole Gysi,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Arbeitslosenversicherung (Einstellung in der Anspruchsberechtigung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich  
vom 17. Dezember 2018 (AL.2018.00002).

Sachverhalt:

A.  
A. \_\_\_\_\_, geboren 1975, meldete sich am 12. September 2017 beim regionalen  
Arbeitsvermittlungszentrum Zürich Hardturmstrasse (RAV) zur Arbeitsvermittlung für eine  
Vollzeitstelle ab dem gleichen Tag an. Mit Schreiben vom 15. September 2017 wurde er dazu  
aufgefordert, bis zum 20. September 2017 seine persönlichen Arbeitsbemühungen in der Zeit vom 1.  
Juni bis 12. September 2017 nachzuweisen. Das Formular ging am 25. September 2017 beim RAV  
ein. Mit Verfügung vom 28. September 2017 und Einspracheentscheid vom 16. November 2017  
stellte ihn das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) für 13 Tage ab dem 12.  
September 2017 in der Anspruchsberechtigung ein.

B.  
Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit  
Entscheid vom 17. Dezember 2018 teilweise gut. In Abänderung des Einspracheentscheides vom 16.  
November 2017 reduzierte es die Dauer der Einstellung auf 2,1 Tage.

C.  
Das AWA führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, der  
angefochtene Entscheid sei aufzuheben und der Einspracheentscheid vom 16. November 2018 zu  
bestätigen.

A. \_\_\_\_\_ und das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) verzichteten auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.  
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss

Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 141 V 234 E. 1 S. 236 mit Hinweisen).

2.

Streitig und zu prüfen ist, ob die vorinstanzliche Reduzierung der Einstellung in der Anspruchsberechtigung auf 2,1 Tage vor Bundesrecht standhält.

3.

Das kantonale Gericht stellte fest, dass der Versicherte seine persönlichen Arbeitsbemühungen für die Zeit vom 1. Juli bis 12. September 2017 verspätet - am 25. statt spätestens am 20. September 2017 - eingereicht habe. Gestützt auf die Vorgaben im Einstellraster der AVIG-Praxis ALE des SECO für erstmals zu spät eingereichte Arbeitsbemühungen (Ziffer D79, 1.E Nr. 1, 5 bis 9 Tage) erachtete es eine Einstelldauer von 5 Tagen als grundsätzlich angemessen. Dabei berücksichtigte es, dass die vom RAV mit Schreiben vom 15. September 2017 angesetzte Frist sehr kurz bemessen worden und die Verspätung nur marginal gewesen sei. Des Weiteren zog es in Betracht, dass der Beschwerdegegner in der Kontrollperiode September 2017 bei einem versicherten Verdienst in der Höhe von 4'450 Franken einen Zwischenverdienst von 2'572 Franken erzielt habe. Er habe nur für die Differenz in der Höhe von 1'877 Franken, bei Berücksichtigung eines Taggeldansatzes von jeweils 80 % entsprechend rund 42 %, einzustehen. Die Vorinstanz reduzierte deshalb die Einstelldauer auf 2,1 Tage.

4.

Das AWA führt in seiner Beschwerde aus, dass praxisgemäss bei Nichteinreichen der Arbeitsbemühungen bei der Anmeldung eine kurze Nachfrist gesetzt werde. Es wird geltend gemacht, dass bei Versäumnis dieser Frist eine Sanktionierung gemäss SECO-Einstellraster Ziffer D79, 1.B, keine Arbeitsbemühungen während der Kündigungsfrist (Nr. 3: bei über dreimonatiger Kündigungsfrist, Einstelldauer von 12 bis 18 Tagen) zu erfolgen habe. Zu Unrecht habe die Vorinstanz auf die Regelung für zu spät eingereichte Arbeitsbemühungen (gemäss Ziffer D79 1.E) abgestellt.

5.

5.1. Gemäss Art. 17 Abs. 2 AVIG sowie Art. 18 bis 27 AVIV hat die versicherte Person ab der Anmeldung bei der zuständigen Amtsstelle die Kontrollvorschriften des Bundesrates zu befolgen (BGE 139 V 524 E. 4.1 S. 530). Unter anderem hat sie bei der Anmeldung den Nachweis ihrer Bemühungen um Arbeit vorzulegen (Art. 20 Abs. 1 lit. d AVIV). Die Pflicht, sich genügend um Arbeit zu bemühen, setzt mit der Kündigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses sowie vor Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses, also bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit ein (BGE 141 V 362 E. 2.2 S. 367).

5.2. Nach Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG ist die versicherte Person unter anderem dann in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie die Kontrollvorschriften oder die Weisungen der zuständigen Amtsstelle nicht befolgt. Diese Bestimmung hat, soweit sie nicht die ausdrücklich dort genannten Tatbestände betrifft (Nichtannahme einer zumutbaren Arbeit, Nichtantritt, Abbruch, Beeinträchtigung oder Verunmöglichung der Durchführung oder des Zwecks einer arbeitsmarktlichen Massnahme), die Funktion eines Auffangtatbestandes. Als solcher erfasst er sämtliche vorwerfbaren Verletzungen der Kontrollvorschriften und der Weisungen der zuständigen Amtsstelle, soweit ein bestimmtes Verhalten nicht durch einen eigenen Einstellungstatbestand geregelt ist (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2520 Rz. 852).

5.3. Art. 26 Abs. 2 AVIV sieht vor, dass der Nachweis der Arbeitsbemühungen für jede Kontrollperiode spätestens am fünften Tag des folgenden Monats oder am ersten auf diesen Tag folgenden Werktag einzureichen ist. Die Arbeitsbemühungen werden nicht mehr berücksichtigt, wenn die versicherte Person die Frist verstreichen lässt und keinen entschuldigen Grund geltend macht.

Nach dem rechtsprechungsgemäss massgeblichen klaren Wortlaut (BGE 144 V 224 E. 4.1 S. 229)

von Art. 26 Abs. 2 AVIV betrifft diese (gesetzmässige: BGE 139 V 164) Regelung den für jede Kontrollperiode einzureichenden Nachweis der Arbeitsbemühungen, nicht aber den bei der Anmeldung beizubringenden. Ob in diesem letzteren Fall Satz 2 der Bestimmung, wonach die Arbeitsbemühungen gar nicht zu berücksichtigen sind, wenn sie verspätet eingereicht werden, analog anzuwenden sei, kann hier offen bleiben (vgl. nachfolgend E. 6).

5.4. Gemäss Art. 45 Abs. 3 AVIV dauert die Einstellung 1 bis 15 Tage bei leichtem (lit. a), 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem (lit. b) und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (lit. c). Eine ausdrückliche Zuordnung zum Grad des Verschuldens (als schwer) findet sich, in Art. 45 Abs. 4 AVIV, lediglich für die Aufgabe einer zumutbaren Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen sowie für die Ablehnung einer zumutbaren Arbeit ohne entschuldbaren Grund. Im Übrigen hat das SECO diesbezüglich weitergehende Vorgaben für die Verwaltung publiziert (AVIG-Praxis ALE). Die Verwaltungsweisungen sind für das Gericht grundsätzlich nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 141 V 362 E. 2.4 S. 368).

5.5. Gemäss Einstellraster des SECO unter Ziffer D79 der AVIG-Praxis ALE ist zu unterscheiden zwischen Verstössen während der Kündigungsfrist einerseits und während der Kontrollperiode andererseits. In diesen beiden Kategorien ist jeweils zunächst massgeblich, ob die Arbeitsbemühungen ungenügend waren (1.A beziehungsweise 1.C) oder gänzlich fehlten (1.B beziehungsweise 1.D). Die Dauer der Einstellung hängt bei den Verstössen während der Kündigungsfrist (ungenügende und fehlende Bemühungen) ab von der Dauer der Kündigungsfrist (1.A, 1-3, und 1.B, 1-3). Bei den ungenügenden und fehlenden Arbeitsbemühungen während der Kontrollperiode (1.C und 1.D) ist massgeblich, ob es sich um den ersten, zweiten oder dritten beziehungsweise vierten Verstoß handelt (1.C, 1-4, und 1.D, 1-3).

Der Einstellraster enthält schliesslich eine dritte Kategorie für zu spät eingereichte Arbeitsbemühungen. Es wird dabei unterschieden, ob es sich um einen erstmaligen, den zweiten oder einen dritten Verstoß handelt (1.E, 1-3). Indessen wird nicht erwähnt, ob diese für Verstösse während der Kündigungsfrist, während der Kontrollperiode oder für beide Fälle gelten soll.

5.6. Für die Festsetzung der Einstellungsdauer kommt es im Übrigen rechtsprechungsgemäss einzig auf die nach dem Gesamtverhalten der versicherten Person zu beurteilende Schwere ihres Verschuldens an (SVR 2014 ALV Nr. 11 S. 34, 8C 257/2014 E. 4.3).

Die Festlegung der Einstellungsdauer stellt eine typische Ermessensfrage dar, deren Beantwortung letztinstanzlicher Korrektur nur dort zugänglich ist, wo das kantonale Gericht das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, also Ermessensüber- oder -unterschreitung beziehungsweise Ermessensmissbrauch vorliegt (BGE 137 V 71 E. 5.1 S. 72 f.; SVR 2014 ALV Nr. 11 S. 34, 8C 257/2014 E. 3.2; Urteil 8C 846/2018 vom 28. März 2019 E. 4.5).

6.

6.1. Inwiefern die Vorinstanz mit der Ansiedelung der Einstelldauer im untersten Bereich des leichten Verschuldens (gemäss Art. 45 Abs. 3 lit. a AVIV: 1 bis 15 Tage) die dargelegten bundesrechtlichen Bestimmungen verletzt hätte, ist nicht zu ersehen. Es lässt sich daraus hinsichtlich der Dauer der Einstellung für den vorliegenden Fall nichts Konkretes gewinnen. Gleiches gilt insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob Art. 26 Abs. 2 Satz 2 AVIV analog anzuwenden sei (vgl. oben E. 5.3).

6.2. Aber auch eine Verkennung der Vorgaben im Einstellraster des SECO lässt sich nicht begründen. Die vorinstanzliche Einordnung in die dort aufgeführte Kategorie für (erstmalig) zu spät eingereichte Arbeitsbemühungen (Ziffer D79, 1.E Nr. 1, 5 bis 9 Tage) fällt offensichtlich gerade dann in Betracht, wenn es, wie vorliegend, um die verspätete Einreichung des Nachweises der persönlichen Arbeitsbemühungen während der Kündigungsfrist geht (vgl. oben E. 5.5). Dieser im Raster vorgesehene Einstelltatbestand wird gesetzlich und ordnungsmässig nicht ausdrücklich geregelt (oben E. 5.3). Er verlöre jegliche Bedeutung, wenn in diesem Fall, wie beschwerdeweise geltend gemacht, eine Sanktionierung nach den Vorgaben für gänzlich fehlende Arbeitsbemühungen während der Kündigungsfrist (Ziffer D79, 1.B) erfolgen würde. Im Übrigen wäre es auch von der Sache

her fragwürdig, die Verspätung, die den (häufig) weit längeren Zeitraum der Kündigungsfrist beschlägt, gleich zu behandeln wie das Versäumnis während einer Kontrollperiode gemäss Art. 26 Abs. 2 Satz 2 AVIV, nämlich wie wenn gar keine Arbeitsbemühungen erfolgt wären.

6.3. Gleiches gilt auch insoweit, als die Vorinstanz nicht zusätzlich berücksichtigte, dass ein mehrfacher Verstoss vorliege, weil der Beschwerdegegner das Formular beim ersten Gespräch vom 15. September 2017 nicht vorgelegt habe, obwohl er bei der Anmeldung am 12. September 2017 darauf aufmerksam gemacht worden sei, dann aber auch die mit Schreiben vom 15. September 2017 gesetzte Nachfrist versäumt habe. Wie das beschwerdeführende AWA selber einräumt, entspricht die Gewährung einer Nachfrist seiner geltenden Praxis. Ebenso wenig ändert etwas daran, dass das kantonale Gericht die von ihm im Grundsatz als angemessen erachtete Einstelldauer von fünf Tagen mit Blick auf den im September 2017 erzielten Zwischenverdienst auf 2,1 Tage gekürzt hat. Die befristete Einstellung gilt nach Lehre und Praxis auch als geeignetes Mittel, um die versicherte Person am Schaden zu beteiligen, welchen sie der Arbeitslosenversicherung dadurch zufügt, dass sie sich nicht an die der Schadenminderung dienenden Obliegenheiten hält (Urteil C 213/03 vom 6. Januar 2004 E. 2). Dass hier damit zu Unrecht die Vorgaben gemäss Ziffer D68 der AVIG-Praxis ALE (Einstellung bei Nichtannahme oder Aufgabe eines Zwischenverdienstes) herangezogen worden wären, ist nicht zu ersehen.

6.4. Schliesslich wird beschwerdeweise auch nicht dargelegt, inwiefern das kantonale Gericht sein Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hätte. Der angefochtene Entscheid ist nicht zu beanstanden.

7.

Das Verfahren wäre grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 62 BGG), doch sind dem unterliegenden, in seinem amtlichen Wirkungskreis und nicht in seinem eigenen Vermögensinteresse handelnden AWA keine Gerichtskosten (Art. 65 Abs. 1 und 4 lit. a BGG) aufzuerlegen (BGE 133 V 640 ff. E. 4; Art. 66 Abs. 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 30. Juli 2019

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Die Gerichtsschreiberin: Durizzo