

C 2/06

Urteil vom 4. Mai 2006

II. Kammer

Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Borella und Kernen; Gerichtsschreiberin Bollinger

B. _____, 1973, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Ismet Bardakci, Aarberggasse 30, 3000 Bern 7 Bärenplatz,

gegen

beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse, Zentrale Dienste, Lagerhausweg 10, 3018 Bern, Beschwerdegegner

Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 1. Dezember 2005)

Sachverhalt:

A.

Mit Verfügung vom 24. Februar 2005 stellte die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern B. _____ für die Dauer von 38 Tagen in der Anspruchsberechtigung ein mit der Begründung, es lägen erhebliche Indizien vor, wonach die Arbeitslosigkeit selbstverschuldet sei. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 15. Juli 2005 fest und führte aus, B. _____ habe die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Firma T. _____, zumindest in Kauf genommen, als er nach mehrmaligen mündlichen Verwarnungen am 7. Dezember 2004 um 11 Uhr erneut nicht zum Dienst erschienen sei.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde des B. _____ wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern am 1. Dezember 2005 ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt B. _____ die Aufhebung des angefochtenen Entscheids, eventualiter die Rückweisung der Sache zur weiteren Abklärung und Neubeurteilung an die Verwaltung beantragen. Gleichzeitig ersucht er um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung.

Die Arbeitslosenkasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen und Grundsätze über die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG; ARV 1998 Nr. 9 S. 44 Erw. 2b), namentlich bei Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten (Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV), die diesbezüglichen beweiswürdigen Anforderungen (BGE 112 V 245 Erw. 1; ARV 1999 Nr. 8 S. 39 Erw. 7b; SVR 1996 AIV Nr. 72 S. 220 Erw. 3b/bb; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, N 11 zu Art. 30) und den erforderlichen Vorsatz (Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation [IAO] über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 [SR 0.822.726.8; für die Schweiz in Kraft seit dem 17. Oktober 1991, AS 1991 1914]; vgl. BGE 124 V 236 Erw. 3b) zutreffend dargestellt. Richtig sind auch die Ausführungen zur verschuldensabhängigen Dauer der Einstellung (Art. 30 Abs. 3 Satz 3 AVIG und

Art. 45 Abs. 2 AVIV). Darauf wird verwiesen.

2.

Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe durch sein negatives Verhalten die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses verursacht, weshalb die Einstellung in der Anspruchsberechtigung zu Recht erfolgt und deren Dauer nicht zu beanstanden sei.

Demgegenüber bringt der Beschwerdeführer vor, ihn treffe an der Entlassung kein Verschulden.

3.

Nicht mehr streitig ist, dass der Arbeitsvertrag am 7. Dezember 2004 einseitig durch die Firma T. _____ aufgelöst wurde. Strittig und zu prüfen ist hingegen, ob die dadurch bewirkte Arbeitslosigkeit selbstverschuldet im Sinne von Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV ist.

3.1 Die Umstände, welche zur Beendigung des Vertrages führten, werden von den Parteien unterschiedlich dargestellt. Die Arbeitgeberin begründete die fristlose Kündigung mit dem Hinweis, der Versicherte sei bereits mehrere Male mündlich verwarnt worden, da er nicht gemäss Arbeitsplan zum Dienst erschienen sei. Auch am 7. Dezember 2004 habe er um 11 Uhr seinen Dienst nicht angetreten; erreichbar gewesen sei er erst ab 12 Uhr. An dieser Darstellung hielt der Geschäftsführer der Firma T. _____ auf entsprechende Fragen der Arbeitslosenkasse fest und ergänzte, der Beschwerdeführer habe sich bislang weder telefonisch noch mittels Arztzeugnis krank gemeldet. Indessen habe er in der Nacht vom 6./7. Dezember 2004 zwei (kurze) Arbeitseinsätze geleistet.

Der Beschwerdeführer bringt vor, es treffe nicht zu, dass die Arbeitgeberin ihn mehrmals verwarnt habe, zumal er immer pünktlich zur Arbeit erschienen sei. Bereits am 5. Dezember 2004 habe er der Firma T. _____ mitgeteilt, dass er sich nicht gut fühle und am folgenden Tag einen Arzt aufsuchen werde. Ebenfalls habe er seine Arbeitgeberfirma am 7. Dezember 2004 telefonisch informiert, dass er krankgeschrieben sei (Schreiben an die Arbeitgeberin vom 2. Januar 2005). In der Folge präzisierter der Versicherte, er habe mit dem Geschäftsführer, Herrn M. _____, am 7. Dezember 2004 um ca. 12 Uhr ein Telefongespräch geführt und erklärt, er sei krank geschrieben, weshalb er nicht zur Arbeit erscheinen könne (Brief vom 10. Januar 2005). Schliesslich erklärte er im vorinstanzlichen Verfahren, die Arbeitgeberin am 6. Dezember 2004 sowohl mit SMS um 18.32 Uhr als auch mündlich informiert zu haben, dass er krank sei und verwies auf einen Auszug aus seiner Telefonrechnung vom 15. Dezember 2004.

3.2 In den Akten findet sich ein Arztzeugnis des Dr. med. F. _____, vom 8. Dezember 2004, worin eine vollständige Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit vom 7. bis 11. Dezember 2004 bescheinigt und angegeben wird, der Versicherte befinde sich seit 6. Dezember 2004 in ärztlicher Behandlung. Es kann somit als erstellt gelten, dass der Versicherte am 6. Dezember 2004 einen Arzt aufgesucht und ab 7. Dezember 2005 krankheitshalber arbeitsunfähig war. Gleichwohl war er in der Lage, am 6. und 7. Dezember 2004 zwei kurze Arbeitseinsätze (von 20.50 Uhr bis 21 Uhr bzw. von 1.00 Uhr bis 1.30 Uhr) zu absolvieren.

Die Vorinstanz erwog, es sei nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdeführer seine ehemalige Arbeitgeberin am 5. Dezember 2004 über den bevorstehenden Arzttermin informiert und diese ihn gebeten habe, die Arbeitseinsätze in der Nacht vom 6./7. Dezember 2004 gleichwohl zu leisten. Wie es sich damit verhält, kann indessen offen bleiben. Nach Lage der Akten war die Arbeitgeberin jedenfalls darüber nicht informiert, dass der Beschwerdeführer den Einsatz vom 7. Dezember 2004 um 11 Uhr nicht (mehr) wahrnehmen werde, was schliesslich zur (fristlosen) Kündigung führte. Dies allein ist entscheidend

und ergibt sich im Übrigen auch aus der Darstellung des Beschwerdeführers selbst, wonach er am 7. Dezember 2004 um ca. 12 Uhr mit Herrn M. _____ ein Telefongespräch geführt und erklärt habe, er sei krank geschrieben (Brief des Rechtsvertreters an die Arbeitslosenkasse vom 10. Januar 2005). Demgegenüber lässt sich aus der Tatsache, dass der Versicherte am 6. Dezember 2004 um 18.32 Uhr ein SMS an die Arbeitgeberin gesendet hat, nicht darauf schliessen, dass dieses die Krankmeldung zum Gegenstand hatte. Damit aber verschuldete der Versicherte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zumindest eventualvorsätzlich selbst.

Dass die arbeitsrechtliche Streitigkeit mit einem gerichtlichen Vergleich vom 12. Juli 2005 beigelegt wurde und das Gericht nach Darstellung des Beschwerdeführers die fristlose Entlassung als unzulässig erachtet hatte, ändert daran nichts. Wie die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren zu Recht ausführte, setzt die Einstellung in der Anspruchsberechtigung keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund gemäss Art. 337 OR voraus (BGE 112 V 245 Erw. 1 mit Hinweisen; Urteil S. vom 14. Juni 2005, C 102/05).

3.3 Verwaltung und Vorinstanz haben ihr Ermessen korrekt ausgeübt, wenn sie das Verschulden als schwer im Sinne von Art. 45 Abs. 2 AVIV eingestuft und den Versicherten 38 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt haben.

4.

Die unentgeltliche Verbeiständung kann gewährt werden (Art. 152 in Verbindung mit Art. 135 OG), da die Bedürftigkeit aktenkundig ist, die Beschwerde nicht als aussichtslos zu bezeichnen und die Vertretung geboten war (BGE 125 V 202 Erw. 4a und 372 Erw. 5b, je mit Hinweisen). Es wird indessen ausdrücklich auf Art. 152 Abs. 3 OG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn sie später dazu im Stande ist.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wird Rechtsanwalt Ismet Bardakci, Bern, für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 1'000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, dem beco Berner Wirtschaft, Abteilung Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 4. Mai 2006

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der II. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: