

SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/92 vom 21. Februar 2008

Sg Versicherungsgericht, 2008-02-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2007_92

FR: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/92 du 21 février 2008

IT: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/92 del 21 febbraio 2008

Regeste

Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV. Nicht nur das zur Last gelegte Verhalten sondern auch der Eventualvorsatz betreffend Kündigung muss bei diesem Einstellungsgrund klar feststehen, was vorliegend nicht feststellbar ist. Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV. Handelt es sich um eine auf zweieinhalb Monate befristete Stelle, und sind keine verschuldensmindernde Umstände ersichtlich, rechtfertigt es sich von einem schweren Verschulden im unteren Bereich auszugehen. (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. Februar 2008, AVI 2007/92)

Erwägungen

E. 1

Zunächst ist der Rüge der Beschwerdeführerin nachzugehen, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden. 1.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) sowie Art. 42 ATSG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 129 II 504 E. 2.2 , 127 I 56 E. 2b , 127 III 578 E. 2c , 126 V 131 E. 2b ; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 126 I 16 E. 2a/aa , 124 V 181 E. 1a , 375 E. 3b , je mit Hinweisen). 1.2 Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwer wiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines - allfälligen - Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE 127 V 437 E. 3d/aa , 126 I 72 , 126 V 132 E. 2b , je mit Hinweisen). 1.3 Die Beschwerdeführerin behauptet sinngemäss, die Beschwerdegegnerin habe ihr das im Einspracheentscheid erwähnte Protokoll mit einer Zeugenaussage, in dem eine Mitarbeiterin den Mundraub bezeuge, und das der Stellungnahme des Arbeitgebers vom 18. Juli 2007 beigelegt war, nie unterbreitet. Dies wird von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten. Der Vorfall, der die Zeugenaussage betrifft, war der Beschwerdeführerin bekannt. Ausserdem verweist sie im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung auf das Protokoll von B.____ (act. G 5.5). Ob der Beschwerdeführerin auch dessen Inhalt bekannt war, ist nicht bekannt. Auf jeden Fall wusste sie von der Existenz des Protokolls. Damit ist

die Gehörsverletzung im konkreten Fall nicht derart schwerwiegend, dass sie im vorliegenden Verfahren vor dem mit voller Kognition ausgestatteten kantonalen Sozialversicherungsgericht nicht geheilt werden könnte. Die Beschwerdeführerin konnte im Rahmen des Schriftenwechsels vor dem Versicherungsgericht Einblick in das Protokoll nehmen und sich dazu äussern (act. G 5 und 8). Sie nahm die Gelegenheit zur Akteneinsicht und zur Stellungnahme nicht wahr. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann daher nach dem Gesagten als geheilt gelten, zumal die Beschwerdeführerin selber einen Entscheid in der Sache wünscht.

E. 2

2.1 Nach Art. 30 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) ist die versicherte Person in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos ist. Selbstverschuldet ist die Arbeitslosigkeit nach Art. 44 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) namentlich dann, wenn die versicherte Person durch ihr Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat. Zu den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen eines Arbeitnehmers gehört es, die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen (Art. 321d Abs. 2 OR).

2.2 Am 17. Oktober 1991 ist für die Schweiz das Übereinkommen Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über die Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 (SR 0.822.726.8; nachfolgend Übereinkommen) in Kraft getreten. Gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens können Leistungen, auf welche eine geschützte Person bei Arbeitslosigkeit Anspruch gehabt hätte, verweigert, entzogen, zum Ruhen gebracht oder gekürzt werden, wenn die zuständige Stelle festgestellt hat, dass die betreffende Person vorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat. Da diese Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, ist sie im Einzelfall direkt anwendbar und geht damit allfällig widersprechendem Landesrecht vor (BVR 1999 S. 377 E. 4b). Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung setzt somit voraus, dass die versicherte Person vorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat, wie auch das Bundesgericht bestätigt hat (Urteil vom 26. April 2006, i.S. S., C 11/06 mit Hinweis auf BGE 124 V 236 E. 3b, sowie Urteil vom 26. April 2006, i.S. S., C 6/06). Im Sozialversicherungsrecht handelt vorsätzlich, wer eine Tat mit Wissen und Willen begeht, oder mindestens im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf nimmt (Jacqueline Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Diss. Zürich 1997, S. 52). Eine zumindest eventualvorsätzliche Herbeiführung der Arbeitslosigkeit liegt z.B. dann vor, wenn die versicherte Person auf Grund einer Verwarnung weiss, dass ein bestimmtes Verhalten vom Arbeitgeber nicht - oder nicht mehr - toleriert wird und zu einer Kündigung führt, sie aber die ihr nach den persönlichen Umständen und Verhältnissen zumutbare Anstrengung zu einer Änderung des vom Arbeitgeber beanstandeten Verhaltens nicht aufbringt (vgl. BVR 1999 S. 373 ff.). Hat eine versicherte Person nur grob fahrlässig zur Kündigung durch den Arbeitgeber beigetragen, ist eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens nicht zulässig.

2.3 Das der Beschwerdeführerin zur Last gelegte Verhalten, die Entwendung jedenfalls eines Nuggets, steht fest und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten. Ob sie jedoch (eventual-)vorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat, ist zu prüfen. Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten die

Entlassung selbst verschuldet hat. Gemäss Einsprachebegründung ist für die Beschwerdeführerin mit der Kündigung eine Welt zusammen gebrochen und gemäss ihren Ausführungen in der Beschwerde müsste sich der Geschäftsführer von praktisch der ganzen Belegschaft trennen, wenn die Kündigung nur wegen dem entwendeten Nugget erfolgt wäre. Dass die Beschwerdeführerin mit dem Nugget-Vorfall gegen Weisungen des Arbeitgebers verstossen hat, darf ohne weiteres angenommen werden. Denn es liegt auf der Hand, dass die Entwendung von Nahrungsmitteln, auch in kleinen Mengen in einem Gastrobetrieb wie A.____ nicht zulässig ist, selbst wenn Verstösse in der Praxis nicht immer sanktioniert werden. So räumt auch die Beschwerdeführerin ein, sie habe einen Fehler begangen. Damit ist jedoch nicht bewiesen, dass die Beschwerdeführerin aufgrund dieses Vorfalls damit rechnete, die Kündigung zu erhalten. Denn nach den plausiblen Ausführungen der Beschwerdeführerin scheint es sich am vorliegenden Arbeitsort um ein mitunter toleriertes Verhalten gehandelt zu haben und die Beschwerdeführerin scheint von der Entlassung überrascht worden zu sein. Dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten (eventual-)vorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat, ist damit nicht genügend erstellt.

E. 3

3.1 Die Beschwerdegegnerin wirft der Beschwerdeführerin im Weiteren vor, in eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses eingewilligt zu haben. Selbstverschuldet ist die Arbeitslosigkeit auch dann, wenn die versicherte Person das Arbeitsverhältnis von sich aus aufgelöst hat, ohne dass ihr eine andere Stelle zugesichert war, es sei denn, dass ihr das Verbleiben an der Arbeitsstelle nicht zugemutet werden konnte (Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV). Unter diesen Einstellungsstatbestand sind auch Fälle der vorzeitigen Auflösung von Arbeitsverhältnissen im gegenseitigen Einvernehmen zu subsumieren, weil die versicherte Person dabei auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist verzichtet (Nussbaumer, a.a.O., Rz 832 mit Hinweisen, vgl. auch Chopard, a.a.O., S. 130 f.). 3.2 Im Bereich der freiwilligen Stellenaufgabe findet das sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungsprinzip seine Grenze bei der Zumutbarkeit (Art. 16 Abs. 2 AVIG). Eine Stelle, die im Sinne von Art. 16 Abs. 2 AVIG unzumutbar und damit von der Annahmepflicht ausgenommen ist, kann der versicherten Person auch nicht zum Beibehalten zugemutet werden. Im Weiteren ist bei der Prüfung der Frage, ob eine Sanktion wegen Selbstaufgabe der Stelle im Sinne von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV zulässig ist, das bereits erwähnte Übereinkommen zu beachten. Nach Art. 20 lit. c des Übereinkommens können Leistungen der Arbeitslosenversicherung verweigert, zum Ruhen gebracht oder gekürzt werden, wenn die zuständige Stelle festgestellt hat, dass die betreffende Person ihre Beschäftigung freiwillig ("volontairement") ohne triftigen Grund ("sans motif légitime") aufgegeben hat. Diese staatsvertragliche Norm ist im Einzelfall direkt anwendbar (BGE 124 V 236 E. 3c) und geht den nationalen Bestimmungen für den Erlass einer Einstellungsverfügung vor. Damit dürfen bei einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV an die Zumutbarkeit des Verbleibens am Arbeitsplatz keine überhöhten Anforderungen gestellt werden; insbesondere sind bei der Zumutbarkeitsprüfung auch subjektive Beweggründe der versicherten Person zu berücksichtigen (Chopard, a.a.O., S. 80). Indes ist bei der Frage der Unzumutbarkeit des Verbleibens am Arbeitsplatz nach bisheriger Rechtsprechung ein strenger Massstab anzulegen (Nussbaumer, a.a.O., Rz 832 mit Hinweisen). 3.3 Der Arbeitgeber hat der Beschwerdeführerin angeboten, sie könne, obwohl seiner Auffassung nach ein Grund für eine fristlose Entlassung vorliege, die nächsten zwei Monate im Rahmen der ordentlichen

Kündigungsfrist weiterarbeiten. Im Anwendungsbereich von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV wird die Zumutbarkeit des Verbleibens an der Arbeitsstelle vermutet. Die Beschwerdeführerin hat dieses Angebot ausgeschlagen, mit der Begründung, dies sei ihr unter den Umständen psychisch nicht möglich, auch deswegen, weil die Belegschaft teilweise bereits vor ihr gewusst habe, dass ihr wegen eines entwendeten Nuggets gekündigt worden sei. Es mag sein, dass aufgrund des Vorfalls oder aus anderen Gründen Spannungen zu Vorgesetzten oder Mitarbeitenden bestanden, so dass die Beschwerdeführerin das Arbeiten an besagtem Ort nicht mehr als angenehm empfunden hätte, doch reichen Spannungen zu Vorgesetzten oder Mitarbeitern im Allgemeinen nicht aus, um den Verbleib an der Arbeitsstelle als unzumutbar erscheinen zu lassen (Nussbaumer, a.a.O., Rz 833 mit Hinweisen). Ausserdem wäre hier in diesem Fall das Weiterarbeiten bis 31. August 2007 begrenzt gewesen. Die Weiterführung der Arbeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wäre der Beschwerdeführerin aus der Sicht der Arbeitslosenversicherung durchaus zumutbar gewesen.

E. 4

4.1 Die Dauer der Einstellung bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens (Art. 30 Abs. 3 AVIG) und beträgt 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 45 Abs. 2 AVIV). 4.2 Nach Art. 45 Abs. 3 AVIV liegt ein schweres Verschulden vor, wenn die versicherte Person ohne entschuldbaren Grund eine zumutbare Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen aufgegeben oder eine zumutbare Arbeit abgelehnt hat. Bei Einstellungen nach Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV kann Art. 45 Abs. 3 AVIV lediglich die Regel bilden, von welcher beim Vorliegen besonderer Umstände im Einzelfall abgewichen werden darf. Insoweit ist die Bemessung der Sanktion nicht auf eine Einstellungsdauer im Rahmen eines schweren Verschuldens beschränkt, sondern lässt auch eine mildere Sanktion zu (ARV 2000 Nr. 8 S. 42 E. 2c). Dies gilt auch, wenn es um die Ablehnung einer zumutbaren Arbeit von bloss befristeter Dauer geht (ARV 2000 Nr. 9 S. 50 E. 4baa). Zweck der Einstellung in der Anspruchsberechtigung als versicherungsrechtliche Sanktion ist die angemessene Mitbeteiligung der versicherten Person am Schaden, den sie durch ihr pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung verursacht hat (BGE 125 V 199 E. 6a). 4.3 Wegen verschuldeter Ablehnung einer zumutbaren, auf einen Monat befristeten Arbeit wurde ein Versicherter in ARV 2000 Nr. 9 S. 45 ff. für 23 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt. 35 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt wurde im Urteil vom 8. Oktober 2002 (C 392/00) ein Versicherter, der ohne entschuldbaren Grund eine zumutbare Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen aufgegeben hatte ohne die Kündigungsfrist zu berücksichtigen. Für 31 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt wurde ein Versicherter, der sich in einer Drucksituation mit einer dreimonatigen statt der ursprünglich vereinbarten sechsmonatigen Kündigungsfrist einverstanden erklärt hatte (Urteil 8C 179/2007 vom 25. September 2007). Unter Berücksichtigung, dass vorliegend zwar der Einstellungsgrund von Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV wegfällt, als solcher ausschliesslich der Verzicht auf eine noch zweieinhalb Monate dauernde Kündigungsfrist verbleibt, aber keine verschuldensmindernde Umstände vorliegen, rechtfertigt es sich, von einem schweren Verschulden im unteren Bereich auszugehen und die Einstellstage von 45 auf 31 zu reduzieren.

E. 5

5.1 Aufgrund obiger Erwägungen und in teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist der Einspracheentscheid vom 29. August 2007 aufzuheben und die Einstellung in der Anspruchsberechtigung auf 31 Tage festzulegen. 5.2 Gerichtskosten sind gemäss Art. 61 lit. a ATSG keine zu erheben. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 29. August 2007 aufgehoben und die Beschwerdeführerin ab dem 15. Juni 2007 für 31 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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