

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/62 vom 22. Mai 2013**

Sg Versicherungsgericht, 2013-05-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2012\\_62](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2012_62)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/62 du 22 mai 2013

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/62 del 22 maggio 2013

## **Regeste**

Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG, Art. 44 Abs. 1 lit. a und b AVIV. Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit bei Arbeitgeberkündigung auf Grund Fehlens eines Eventualvorsatzes verneint. Im Übrigen wären als Sanktion lediglich 6 anstelle von 35 Einstelltagen in Frage gekommen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. Mai 2013, AVI 2012/62).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin zu Recht in der Anspruchsberechtigung eingestellt worden ist. Vorweg ist festzuhalten, dass die Einstellung nur für Tage gilt, für die die arbeitslose Person die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung erfüllt (Art. 30 Abs. 3 Satz 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Vorliegend kündigte die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin bereits am 30. März 2012 ordentlich per 30. April 2012 (act. G 4.6.2), da jene sich nicht damit einverstanden erklärt hatte, einen neuen Arbeitsvertrag auf Stundenlohnbasis zu akzeptieren. Die Beschwerdegegnerin sah in der Nichtannahme des neuen Arbeitsvertrags keinen Einstellungsgrund, offenbar weil die Beschwerdeführerin mit dem Einkommen aus dem neuen Arbeitsverhältnis glaubhaft ihren finanziellen Verpflichtungen nicht mehr hätte nachkommen können. Somit wäre das Arbeitsverhältnis auch ohne die fristlose Auflösung spätestens am 30. April 2012 beendet gewesen. Die vorzeitige Auflösung führte daher aus Sicht der Arbeitslosenversicherung zu einem Schaden in Höhe von maximal sechs Taggeldern (Arbeitstage vom Zeitpunkt der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung am 23. April 2012 bis zum ordentlichen Arbeitsvertragsende am 30. April 2012), weshalb sich eine Einstellung von mehr als sechs Tagen von vornherein nicht halten lässt.

### **E. 2.1**

Nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG ist die versicherte Person in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos ist. Selbstverschuldet ist die Arbeitslosigkeit namentlich dann, wenn die versicherte Person durch ihr Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat (Art. 44 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). 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 des Schweizerischen

Obligationenrechts [OR; SR 220]). Nach Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV gilt die Arbeitslosigkeit ebenfalls als selbstverschuldet, 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.

### **E. 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 (nachfolgend: Übereinkommen; SR 0.822.726.8) in Kraft getreten. Gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens können Leistungen 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 (BGE 124 V 236 f. E. 3c). Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung setzt somit voraus, dass die versicherte Person vorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat (Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; ab 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 26. April 2006, C 6/06, E. 1.1 und C 11/06, E. 1, je mit Hinweisen auf BGE 124 V 236 E. 3b). Im Sozialversicherungsrecht handelt vorsätzlich, wer eine Tat mit Wissen und Willen begeht, oder mindestens im Sinn des Eventualvorsatzes in Kauf nimmt (Jacqueline Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Diss. Zürich 1998, S. 52). Eine zumindest eventualvorsätzliche Herbeiführung der Arbeitslosigkeit liegt beispielsweise dann vor, wenn die versicherte Person auf Grund einer Verwarnung weiss, dass ein bestimmtes Verhalten vom Arbeitgeber nicht - oder nicht mehr - toleriert und zu einer Kündigung führen wird, sie aber dennoch die ihr nach den persönlichen Umständen und Verhältnissen zumutbare Anstrengung zu einer Änderung des beanstandeten Verhaltens nicht aufbringt (vgl. BVR 1999 S. 379 E. 5c). 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.

### **E. 2.3**

Im Sozialversicherungsrecht gilt der Untersuchungsgrundsatz. Danach hat die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in der Mitwirkungspflicht der Parteien (BGE 115 V 133 mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

Beim Einstellungsgrund nach Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV genügt der im Sozialversicherungsrecht übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht, sondern das der versicherten Person zur Last gelegte Verhalten muss klar feststehen (vgl. Thomas Nussbaumer; Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Rz 829 mit Hinweisen). Bei Differenzen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vermögen blosser Behauptungen des Arbeitgebers den Nachweis für ein schuldhaftes Verhalten der versicherten Person nicht zu erbringen, wenn sie von dieser bestritten werden und nicht durch andere Beweise oder Indizien bestätigt erscheinen (BGE 112 V 245 E. 1 mit Hinweisen; ARV 1993/94 NR. 26 S. 183 f. E. 2a;

Nussbaumer, a.a.O., Rz 831 mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdegegnerin verfügte die Einstellung gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV i.V.m. Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG, weil sie davon ausging, dass die Beschwerdeführerin selber gekündigt hatte. Dagegen machte die Beschwerdeführerin geltend, die Arbeitgeberin habe ihr am 10. April 2012 eine SMS mit der fristlosen Kündigung nach Thailand geschickt. Mit eingeschriebenem Brief vom 20. April 2012 sei ihr von der Arbeitgeberin nochmals eine fristlose Kündigung wegen Nichterscheinens am Arbeitsplatz zugestellt worden.

### **E. 3.2**

Den Akten ist zu entnehmen, dass die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin mit eingeschriebenem, nicht abgeholtem Brief vom 10. April 2012 folgendes mitteilte: "heute 10. April 2012 sind Sie ohne ersichtlichen Grund nicht am Arbeitsplatz erschienen. Wie bereits in der letzten Verwarnung darauf hingewiesen, erachten wir dieses Verhalten als fristlose Kündigung ihrerseits" (act. G 11.3, 11.4). Im Einschreiben vom 20. April 2012 (mit dem Vermerk: 2. Sendung) schrieb die Arbeitgeberin: "Sie sind am 10. April 2012 ohne Rechtfertigung am Arbeitsplatz nicht erschienen. Wir haben versucht, Sie telefonisch zu kontaktieren und wir haben keine Antwort erhalten. Wie bereits in der letzten Verwarnung darauf hingewiesen, erachten wir dieses Verhalten als fristlose Kündigung ihrerseits..." (act. G 4.3.3). Daraus geht hervor, dass nicht die Beschwerdeführerin, sondern die Arbeitgeberin die fristlose Kündigung aussprach (vgl. ähnlicher Fall in: Streiff/vonKaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. Zürich 2012, N18 zu Art. 337, S. 1129, BGE 4C.155/2005). Davon gingen die Vertragsparteien auch aus. So hielt die Arbeitgeberin in der Arbeitgeberbescheinigung fest, dass sie ordentlich per 30. April und fristlos am 10. April 2012 gekündigt habe. Auch die Beschwerdeführerin fasste das Verhalten und die Schreiben der Arbeitgeberin als Kündigung auf. So erklärte sie auf dem Antragsformular, dass die Arbeitgeberin per SMS fristlos gekündigt habe (act. G 4.1.2 und 4.2.1). Die fehlende Reaktion auf das SMS ändert an der von der Arbeitgeberin ausgesprochen Kündigung nichts. Damit fällt eine Sanktionierung nach Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV i.V.m. Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG ausser Betracht.

### **E. 4.1**

Somit ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin durch ein ihr vorwerfbares Verhalten und/oder eine ihr vorzuwerfende Arbeitseinstellung vorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat bzw. eine solche Entlassung zumindest in Kauf genommen hat, was eine Sanktionierung nach Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV i.V.m. Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG zur Folge hätte.

### **E. 4.2**

Die Arbeitgeberin gab in der Arbeitgeberbescheinigung vom 30. April 2012 an, die Beschwerdeführerin habe am 3. April 2012 ihren letzten Arbeitstag geleistet. Vom 4. bis 9. April 2012 habe sie Ferien gehabt (act. G 4.2.1). Hinsichtlich der Gründe, welche zur Kündigung geführt hatten, verwies sie auf die beigelegten Kopien der Kündigungsschreiben (act. G 4.3.3). Daraus wird ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin am 20. Dezember 2011 schriftlich verwarnt worden war, weil es zu "wiederholten Verzögerungen" gekommen sei, welche der Organisation Probleme und finanziellen Schaden verursachen würden. Die Arbeitgeberin hatte ihr mitgeteilt, dass Verzögerungen in Zukunft nicht mehr toleriert

würden, ansonsten sie gezwungen sein würde, ernsthafte Massnahmen anzuwenden (act. G 4.3.4). Der Brief vom 10. April 2012 erging als Reaktion darauf, dass die Beschwerdeführerin gleichentags "ohne ersichtlichen Grund" nicht am Arbeitsplatz erschienen sei. Wie bereits in der letzten Verwarnung darauf hingewiesen worden sei, werde dieses Verhalten als fristlose Kündigung ihrerseits betrachtet (act. G 11.3). Da dieses Schreiben nicht innerhalb der Zustellfrist abgeholt worden war (act. G 11.4), stellte die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin mit "2. Sendung" vom 20. April 2012 erneut ein Schreiben zu: Sie sei am 10. April 2012 ohne Rechtfertigung nicht am Arbeitsplatz erschienen. Die Arbeitgeberin habe versucht, sie telefonisch zu kontaktieren und habe keine Antwort erhalten. Wie bereits in der letzten Verwarnung darauf hingewiesen worden sei, werde dieses Verhalten als fristlose Kündigung ihrerseits betrachtet. Sie werde gebeten, den Master Schlüssel des Restaurants und Neumarkts innert dreier Tage zurückzugeben (act. G 4.3.3). Demgegenüber hatte die Beschwerdeführerin bereits im Antragsformular für Arbeitslosenentschädigung vom 23. April 2012 angegeben, sie habe dem Geschäftsführer am Telefon gesagt, dass ihr Vater todkrank sei. Dieser sei einverstanden gewesen, dass sie für eine Woche nach Thailand gehe, doch nach zwei Tagen habe sie die fristlose Kündigung per SMS erhalten (act. G 4.1.2). Daran hielt die Beschwerdeführerin auch in ihrer Stellungnahme vom 20. Juni 2012 fest. Sie habe am 6. April 2012 versucht, ihre Arbeitgeberin auf dem Mobiltelefon zu erreichen. Da ihr Vater todkrank gewesen sei, habe sie um die Erlaubnis eines zweiwöchigen Urlaubs bitten wollen. Die Arbeitgeberin habe per Telefon für eine Woche zugestimmt. Da ihre Mutter und deren Freund nichts davon gewusst hätten, hätten sie noch einmal angerufen und nachgefragt, worauf sie dieselbe Antwort erhalten hätten. Am 7. April sei sie nach Thailand geflogen, am Dienstag, den 10. April 2012, habe ihre Arbeitgeberin ihr die Stelle als Serviceangestellte gekündigt. Auf Grund ihrer Abwesenheit sei sie nicht in der Lage gewesen, den eingeschriebenen Kündigungsbrief entgegenzunehmen. Aus familiären Gründen sei sie sodann gezwungen gewesen, ihren Auslandsaufenthalt um eine Woche zu verlängern. Am 23. April sei sie in der Schweiz angekommen, wo sie sich gleich um den Kündigungsbrief gekümmert habe (act. G 4.4.2). Auch in der Einsprache vom 6. Juli 2012 (act. G 4.6.1) und der Beschwerde vom 14. August 2012 (act. G 1) hielt die Beschwerdeführerin an dieser Sachverhaltsdarstellung fest. Insbesondere machte sie wiederum geltend, die Arbeitgeberin um zwei Wochen Ferien gebeten zu haben, mündlich allerdings nur eine Woche zugesagt erhalten zu haben. Da sich der Gesundheitszustand ihres Vaters verschlechtert habe, habe sie den Rückflug verschoben. Nachdem der Vater am 17. April 2012 verstorben und darauf beerdigt worden sei, was durch die Sterbeurkunde bestätigt wird (act. G 4.6.3), sei sie wieder in die Schweiz zurückgekehrt.

### **E. 4.3**

Die Beschwerdegegnerin klärte die Widersprüche zwischen den Ausführungen der Arbeitgeberin und jenen der Beschwerdeführerin nicht weiter ab. Insbesondere bleibt unklar, wann der Urlaub der Beschwerdeführerin tatsächlich begonnen bzw. bis wann die zugestandene Ferienwoche gedauert hatte. Dies zu klären, befand die Beschwerdegegnerin offensichtlich nicht für nötig, ansonsten sie den als Zeugen bereits im Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. Juni 2012 erwähnten Freund der Mutter bezüglich seines Gesprächs mit der Arbeitgeberin wie auch die Arbeitgeberin selber darüber hätte befragen können. Eine Rückfrage zum jetzigen Zeitpunkt würde auf Grund des langen Zeitablaufs jedoch keine beweiskräftigen Feststellungen mehr erlauben, weshalb darauf verzichtet wird. Gestützt auf die gesamte Aktenlage und die grundsätzlich glaubhaften und

widerspruchsfreien Aussagen der Beschwerdeführerin ist jedoch nicht belegt, dass sie ohne Erlaubnis der Arbeitgeberin eine Ferienwoche in Anspruch genommen hat. Über die Verlängerung ihres Urlaubs entschied sie offensichtlich erst nach der erfolgten fristlosen Arbeitgeberkündigung, weshalb diese unerheblich ist. Weiter ist aber zu berücksichtigen, dass sie sich auf Grund der schweren Erkrankung ihres Vaters bzw. seines Todes und der erheblichen Distanz zur Schweiz in einer schwierigen Ausnahmesituation befunden haben dürfte. Somit kann die Frage, ob zwischen ihr und ihrer Arbeitgeberin hinsichtlich des vereinbarten Ferienbeginns allenfalls Missverständnisse eingetreten waren, offen bleiben. Festzuhalten ist, dass ein Vorsatz bzw. ein Eventualvorsatz klar bewiesen sein muss, damit eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit gegeben ist. Dieser Beweis fehlt im vorliegenden Fall. Vielmehr legen obige Erwägungen im Gegenteil den Schluss nahe, dass die Beschwerdeführerin ihre fristlose Kündigung weder vorsätzlich noch eventualvorsätzlich herbei geführt hat. Somit ist sie zu Unrecht in ihrer Anspruchsberechtigung eingestellt worden.

#### **E. 5**

Auf Grund des Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 24. Juli 2012 ist aufzuheben. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Demgemäss hat das Versicherungsgericht entschieden: 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 24. Juli 2012 aufgehoben. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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