

SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2021/60 vom 25. Juli 2022

Sg Versicherungsgericht, 2022-07-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2021_60

FR: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2021/60 du 25 juillet 2022

IT: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2021/60 del 25 luglio 2022

Regeste

Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG. Einstellung in der Anspruchsberechtigung infolge Arbeitgeberkündigung. Weisungen der Arbeitgebenden in Bezug auf die Arbeitszeiten sind auch verbindlich, falls diese nicht explizit im Arbeitsvertrag geregelt wurden. Ablehnung der Beschwerde (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 25. Juli 2022, AVI 2021/60).

Volltext

Entscheid vom 25. Juli 2022 Besetzung Versicherungsrichterinnen Corinne Schambeck (Vorsitz) und Christiane Gallati Schneider, Versicherungsrichter Joachim Huber; a.o. Gerichtsschreiber Marco Schmid Geschäftsnr. AVI 2021/60 Parteien A.____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Nicole Nobs, Brühlgasse 11, Postfach 637, 9000 St. Gallen, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilenstrasse 16/18, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, Gegenstand Einstellung in der Anspruchsberechtigung (Arbeitgeberkündigung) Sachverhalt A.____ (nachfolgend: Versicherter) meldete sich am 24. Juni 2021 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und beantragte bei der kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen (nachfolgend: Kasse) Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.1/77 und 69). Zuvor war der Versicherte vom 1. April 2021 bei der B.____ als Servicemitarbeiter C.____ angestellt (act. G 3.1/68). Nach einer Verwarnung am 12. Mai 2021 hatte ihm die Arbeitgebende am 16. Juni 2021 auf den 24. Juni 2021 gekündigt (act. G 3.1/58 und act. G 3.1/75). Mit Schreiben vom 23. Juli 2021 forderte die Arbeitslosenkasse die Arbeitgebende dazu auf, Stellung zum Kündigungsgrund zu nehmen und vorhandene schriftliche Unterlagen im Zusammenhang mit der Kündigung einzureichen (act. G 3.1/61). Die Arbeitgebende kam der Aufforderung mit Schreiben vom 26. Juli 2021 nach (act. G 3.1/58). Sie reichte neben einer Begründung der Kündigung auch die Verwarnung vom 12. Mai 2021 ein. Gestützt auf die Unterlagen der Arbeitgebenden, teilte die Kasse dem Versicherten mit, dass vermutlich ein Einstelltatbestand erfüllt sei. Sie sandte dem Versicherten das Formular "Verschuldensabklärung" und gab ihm die Gelegenheit, sich zu den Vorbringungen der Arbeitgebenden zu äussern (act. G 3.1/56 und 57). Mit Schreiben vom 1. August 2021 nahm der Versicherte Stellung zu den Vorbringungen der Arbeitgebenden und reichte diesbezüglich auch das Formular "Verschuldensabklärung" ein (act. G 3.1/53 und 51). Er bestritt die Vorwürfe der Arbeitgebenden, die Kündigung sei selbstverschuldet erfolgt. Er sei entgegen der Aussagen der Arbeitgebenden nicht wiederholt zu spät gekommen. Ihm habe als gastronomischer Leiter freigestanden, die Arbeitszeiten selbst zu planen. Der Arbeitsbeginn sei weder mündlich noch schriftlich genau festgelegt gewesen. Auch habe er entgegen den Ausführungen der Arbeitgebenden immer sein vollständiges

Arbeitsmaterial bei sich gehabt. Die schriftliche Verwarnung vom 12. Mai 2021 habe er keinesfalls akzeptiert. Er habe bei dieser Gelegenheit auch auf wesentliche Missstände aufmerksam gemacht. Diese seien jedoch von Seiten der Arbeitgebenden unbeachtet geblieben. Auch den Vorwurf, er habe seinen Dienst nach den Bedingungen des D.____ oder E.____ beendet, sei eine unberechtigte Behauptung mit dem Ziel ihn zu diskreditieren (act. G 3.1/50 ff.). Mit Schreiben vom 9. August 2021 forderte die Kasse von der Arbeitgebenden detaillierte Informationen zum Kündigungsgrund insbesondere zu den vorgegebenen Arbeitszeiten (act. G 3.1/48). Mit E-Mail vom 18. August 2021 nahm die Arbeitgebende nochmals zu den Kündigungsgründen Stellung und reichte den Touren- und die Einsatzpläne sowie den Zeitrapporten des Versicherten ein. Zudem brachte sie weitere Gründe für die Kündigung vor (act. G 3.1/27, 29, 31, 20). Die nachgereichten Unterlagen wurden mit Schreiben vom 19. August 2021 wiederum dem Versicherten zur Stellungnahme zugestellt (act. G 3.1/28). Der Versicherte nahm am 27. August 2021 zu den Unterlagen Stellung und brachte vor, die Einsatzpläne und der Tourenplan stellten keinen Beweis für Verfehlungen dar. Es habe keine konkrete Vereinbarung weder im Arbeitsvertrag noch sonst wo, zu Beginn- und Beendigung der täglichen Arbeitszeiten gegeben. Er sei dagegen ausdrücklich darauf hingewiesen worden, die Vor- und Nachlaufzeiten möglichst klein zu halten. Auch die weiteren Vorwürfe zur mangelnden Hygiene am Arbeitsplatz und schlechten Organisation des Warenlagers seien haltlos und nicht belegt (act. G 3.1/24). Die Kasse nahm daraufhin nochmals telefonisch Rücksprache mit der Arbeitgebenden, welche erklärte, der Tourenplan Gastronomie beinhalte verbindliche Arbeitszeiten (act. G 3.1/22). Mit Verfügung vom 2. September 2021 stellte die Arbeitslosenkasse den Versicherten ab 25. Juni 2021 für 36 Tage in der Anspruchsberechtigung ein. Zur Begründung führte sie an, der Versicherte sei spätestens mit der Verwarnung vom 12. Mai 2021 auf die verbindlichen Arbeitszeiten hingewiesen worden. Aus den vorliegenden Zeitrapporten seien auch nach dem 12. Mai 2021 weitere Verspätungen ersichtlich. Aus arbeitsrechtlicher Sicht müsse davon ausgegangen werden, dass der Versicherte durch sein Verhalten das Vertrauensverhältnis zerstört und der Arbeitgebenden Anlass zur Kündigung gegeben habe. Eine Einstellung sei deshalb angezeigt und aufgrund des Verhaltens seitens des Versicherten sei von einem schweren Verschulden auszugehen (act. G 3.1/12). Am 7. September 2021 erhob der Versicherte Einsprache gegen die Verfügung vom 2. September 2021. Er stellte den Antrag, die Verfügung sei aufzuheben. Eventualiter sei der Grad des Verschuldens neu zu bewerten. Er stellte sich auf den Standpunkt, die Vorwürfe und Feststellungen seiner Arbeitgebenden seien bisher beweislos geblieben. Die handschriftlichen Vermerke der Dienstzeiten seien nie Thema bei Dienstgesprächen gewesen. Im Arbeitsvertrag sei klar vermerkt: "Die Arbeitszeit richtet sich nach den Bedürfnissen des Betriebs." Diese Bedürfnisse seien täglich mündlich, ohne schriftliche Dokumentation, auf dem jeweiligen F.____ abgesprochen worden. Die Dauer der Einstellung sowie die Bemessung des Verschuldensgrades seien zudem nicht nachvollziehbar begründet worden (act. G 3.1/12). Mit Einspracheentscheid vom 20. Oktober 2021 wies die Kasse die Einsprache ab. Es sei unbestritten, dass der Versicherte am 12. Mai 2021 bereits verwarnt worden sei. Dabei sei er ausdrücklich darauf hingewiesen worden, rechtzeitig zur Arbeit zu erscheinen und seinen Dienst sowie seine Aufsichtspflicht bis zum Ende auszuführen. Aus den Zeitrapporten in Verbindung mit dem Tourenplan und den Einsatzplänen sei ersichtlich, dass die Arbeitgebende glaubhaft begründen könne, der Versicherte sei an feste Arbeitszeiten gebunden gewesen. Gemäss den Rapporten sei der Versicherte an folgenden Daten zu spät zur Arbeit erschienen: 14.,

16., 18., 22., 23. und 24. Mai, 1., 14., 15. und 16. Juni 2021. Folglich habe der Versicherte zumindest eventualvorsätzlich zu seiner Entlassung beigetragen (act. G 3.1/9). Gegen den Einspracheentscheid vom 20. Oktober 2021 lässt der Versicherte (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 20. November 2021 Beschwerde erheben. Er beantragt, die Beschwerde sei gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 20. Oktober 2021 sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Kasse (nachfolgend: Beschwerdegegnerin), aufzuheben. Der Arbeitsvertrag enthalte weder Bestimmungen zu den Arbeitszeiten noch werde diesbezüglich auf die vorgebrachten Einsatzpläne verwiesen. Es lägen auch keine anderen verbindlichen Vereinbarungen bezüglich der Arbeitszeiten vor. Da die Arbeitszeiten nie vereinbart worden seien, würden sich diese, wie im Arbeitsvertrag festgelegt, nach den Bedürfnissen des Betriebs richten und seien deshalb je nach Arbeitsanfall unterschiedlich. Die Beschwerdegegnerin sei allein aufgrund der eingeschickten Akten von festen Arbeitszeiten ausgegangen. Die handschriftlichen Notizen in den Arbeitslosenrapporten seien weder aus dem Tourenplan nachvollziehbar, noch seien sie dem Beschwerdeführer eröffnet worden. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin würde weder der Tourenplan noch die Zeitrapporte den Beweis eines verbindlichen Beginns und Endes der jeweiligen Arbeitseinsätze zu erbringen vermögen. Die telefonische Auskunft zu diesem wesentlichen Punkt sei gemäss der geltenden Verwaltungspraxis kein taugliches Beweismittel. Die Sachverhaltsdarstellung der Arbeitgebenden sei zudem unglaubwürdig, da sie während der Dauer des Verfahrens immer wieder neue Gründe für die Kündigung nachgeschoben habe. Die anfangs behaupteten Kündigungsgründe seien im Laufe des Verfahrens völlig in den Hintergrund gerückt und durch die Beschwerdegegnerin nicht einmal geprüft worden. Das behauptete Nichteinhalten der Arbeitszeiten sei für die Kündigung gar nicht ursächlich gewesen. Dies sei auch daraus ersichtlich, dass der Beschwerdeführer, selbst wenn man von der Richtigkeit der Angaben der Arbeitgebenden ausgehen würde, vor dem Gespräch am 12. Mai 2021 nur einmal zu spät erschienen sei. Einmaliges Zuspätkommen stelle keinen Grund für eine Verwarnung dar. Insgesamt lasse sich zusammenfassen, dass es nicht bewiesen sei, dass er vorsätzlich oder eventualvorsätzlich arbeitsvertragliche Pflichten verletzt und damit durch sein Verhalten Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben habe. Eventualiter sei nicht von einem schweren Verschulden, sondern von einem leichten auszugehen, da keine fixen Regeln für die Arbeitszeiten vorgelegen hätten und er aufgrund der ungerechtfertigten Verwarnung, nicht mit einer Kündigung habe rechnen müssen (act. G 1). Mit Beschwerdeantwort vom 17. Dezember 2021 beantragt die Beschwerdegegnerin unter Verweis auf den Einspracheentscheid die Abweisung der Beschwerde (act. G 3). Der Beschwerdeführer nimmt mit Replik vom 21. Februar 2022 nochmals Stellung. Er hält an seinen Anträgen fest und bemängelt, die Arbeitgebende habe in keiner Stellungnahme behauptet, dass das Zuspätkommen den tatsächlichen Kündigungsgrund dargestellt habe. Das von der Beschwerdegegnerin behauptete Zuspätkommen vermöge kein Verschulden zu begründen, da es für die Kündigung nicht ursächlich gewesen sei. Dass er zudem zu spät zur Arbeit gekommen sei, werde immer noch bestritten. Wäre dies der Fall gewesen, hätte er das F. ___ verpasst, was nie vorgefallen sei. Weiteres Verhalten, welches ihm gemäss der Beschwerdegegnerin zur Last gelegt werde, sei zudem unbewiesen. Schliesslich sei nochmals festzuhalten, dass die Arbeitszeiten durch die Arbeitgebende sehr flexibel gehandhabt worden seien, auch mit der Absicht, die Nachlaufzeit und Überstundenkontingente tief zu halten. Der definitive Arbeitsbeginn sei ihm oft erst kurz zuvor mitgeteilt worden, z.B. in Fällen, in denen das F. ___ verspätet [gewesen sei]. Dies

zeige, dass die Arbeitszeiten entgegen den eingereichten Akten nicht strikt gehandhabt worden seien (act. G 9). Mit Duplik vom 21. März 2022 nimmt die Beschwerdegegnerin nochmals Stellung zu den Vorbringungen des Beschwerdeführers. Sie führt aus, dem Beschwerdeführer hätte spätestens mit Verwarnung vom 12. Mai 2021 bekannt sein müssen, dass sich seine Arbeitszeiten nicht nach dem Fahrplan F.____, sondern nach den Plänen und Vorgaben seiner Vorgesetzten richte. Dass in einem Arbeitsverhältnis im Bereich D.____ und der Gastronomie keine Anordnung zu Arbeitsbeginn und Arbeitsende gelten sollten, sei aufgrund der Lebenserfahrung nicht glaubwürdig. Bezüglich der Abweichungen zwischen den Einsatzplänen und Tourenplan sei bei der Arbeitgebenden eine weitere Stellungnahme eingeholt worden. Die Arbeitgebende begründe die Abweichung zwischen den Arbeitszeiten gemäss den Einsatzplänen und dem Tourenplan damit, dass verschiedene Vorbereitungen [...] getroffen werden müssten, beispielsweise Vorbereitung von Speisen, Decken der Tische usw., weshalb mit einem Zeitaufwand von mindestens 40 Minuten vor [...] gerechnet werden müsse (act. G 11 und 11.2). Der Beschwerdeführer nimmt am 9. Mai 2022 nochmals zu den Vorbringungen der Beschwerdegegnerin Stellung (act. G 15). Erwägungen Nach Art. 30 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) 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]). Weisungen finden ihre Schranken in den Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrags. Die Arbeitgebende ist bei der Bestimmung von Inhalt, Zeit und Ort der Arbeit an die Vereinbarung des Arbeitsvertrags gebunden (Thomas Geiser/Roland Müller/Kurt Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl. 2019, S. 150 Rz. 341). Die Arbeitszeit wird gewöhnlich vertraglich festgelegt. Bei Fehlen einer vertraglichen Fixierung kann jedoch Umfang und Lage der Arbeitszeit vom Arbeitgeber durch Weisung festgelegt werden (Jürg Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319 – 343 OR, 3. Aufl. 2014, S. 60 / Manfred Rehbindler/Jean-Fritz Stöckli [Hrsg.], Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 362 OR, Berner Kommentar, 2010, N 8 zu Art. 321). 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 OR voraus. Es genügt, dass das allgemeine Verhalten der versicherten Person Anlass zur Kündigung bzw. Entlassung gegeben hat (Urteil des Bundesgerichtes vom 3. März 2016, 8C_22/2016, E. 4.1 mit Hinweisen). Von selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit im Sinne der Arbeitslosenversicherung ist folglich dann auszugehen, wenn und soweit der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach den persönlichen Verhältnissen vermeidbaren Verhalten der versicherten Person liegt (ARV 1998 Nr. 9 E. 2b mit Hinweisen; Barbara Kupfer Bucher, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Aufl. 2013, S. 164; Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, 1987, N 8 zu Art. 30). Im Weiteren ist 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) zu beachten, das für die Schweiz am 17. Oktober 1991 in Kraft getreten ist. Nach Art. 20 lit. b des Übereinkommens können Leistungen der Arbeitslosenversicherung verweigert, 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 234 E. 3c). Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV setzt somit voraus, dass die versicherte Person vorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat (Urteile des Bundesgerichts vom 1. April 2019, 8C_19/2019, E. 2.4; vom 26. April 2006, C 6/06, E. 1.1, und C 11/06, E. 1, je mit Hinweisen auf BGE 124 V 234 E. 3b). Eine zumindest eventualvorsätzliche Herbeiführung der Arbeitslosigkeit liegt beispielsweise dann vor, wenn die versicherte Person auf Grund einer Verwarnung weiss, dass ein bestimmtes Verhalten vom Arbeitgebenden 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 grobfahrlässig zur Kündigung durch den Arbeitgebenden beigetragen, ist eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens nicht zulässig. Ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach dem Willen bezüglich Schadenseintritt. Es kommt darauf an, ob die Schädigung als sicher vorausgesehen und daher gewollt (Vorsatz), nur als wahrscheinlich vorausgesehen und daher nur in Kauf genommen (Eventualvorsatz) oder überhaupt nicht gewollt (Fahrlässigkeit) war. Bei der Fahrlässigkeit fehlt der Wille zum Schadenseintritt (Jacqueline Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Diss. Zürich 1998, S. 50 mit Hinweisen). Eventualvorsätzlich handelt, wer voraussehen kann oder damit rechnen musste, dass sein Verhalten zu einer Kündigung durch den Arbeitgeber führt, und dies in Kauf nimmt (Urteil des Bundesgerichts vom 22. Juni 2017, 8C_99/2017, E. 3). Im Sozialversicherungsrecht genügt im Normalfall der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV stellt diesbezüglich eine Ausnahme dar. Das der versicherten Person zur Last gelegte Verhalten, welches die Kündigung begründete, muss klar feststehen und kausal für die Kündigung sein (vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: SBVR, Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2514 Rz. 835 mit Hinweisen). In seiner Beweiswürdigung ist das Gericht regelmässig insbesondere auf die Aussagen der Arbeitgebenden angewiesen. Dabei ist davon auszugehen, dass diese eine Sachverhaltsdarstellung abgeben, ohne am Ausgang des Verfahrens interessiert zu sein und ohne ein Interesse daran zu haben, die versicherte Person in einem ungünstigen Licht erscheinen zu lassen. Trotzdem kommt es bei Kündigungen häufig zu Differenzen zwischen den Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden, weshalb nicht ohne Weiteres auf ein fehlerhaftes Verhalten Letzterer geschlossen werden darf (Nussbaumer, a.a.O., S. 2515, Rz. 837). In solchen Fällen muss das für die Kündigung kausale Verhalten auch mittels Beweisen oder Indizien erstellt sein, um eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung zu rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichts vom 22. Juni 2017, 8C_99/2017, E. 5.4 mit Verweis auf BGE 112 V 242, E. 1). Streitig und vorliegend zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer zu Recht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für 36 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt

hat. Der Beschwerdeführer lässt vorbringen, die Beschwerdegegnerin habe den Sachverhalt falsch dargestellt. Diese begründe die Einstellung damit, dem Beschwerdeführer sei gekündigt worden, da er auch nach der Verwarnung vom 12. Mai 2021 mehrmals zu spät gekommen sei. Diese Sachverhaltsdarstellung entspreche jedoch nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Das angebliche Zuspätkommen sei für die Kündigung nicht ausschlaggebend gewesen. Die Arbeitgebende selbst habe ihre Kündigung damit begründet, dass er das Waren- und Getränkelager nicht nach ihren Anweisungen organisiert habe, zudem habe er den Dienst in Absprache mit I.____ anstatt mit den Vorgesetzten verkürzt und die Hygienevorschriften nicht eingehalten. Diese unbewiesenen Gründe seien ursächlich für die Kündigung gewesen und nicht wie von der Beschwerdegegnerin vorgebracht, das angebliche Nichteinhalten der Arbeitszeiten. Folglich vermöge das bestrittene Zuspätkommen gar kein Verschulden zu begründen. Aus dem Kündigungsschreiben vom 16. Juni 2021 gehen keine Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses hervor (act. G 3.1/75). Mit Schreiben vom 26. Juli 2021 teilte die Arbeitgebende mit, die Kündigung sei erfolgt, da der Beschwerdeführer die an ihn gestellten Erwartungen nicht erfüllt habe. Seine Funktion als Vorgesetzter sei dabei auch berücksichtigt worden. Zudem sei bereits im Voraus eine Verwarnung ausgesprochen worden. Die Arbeitgebende sandte diesbezüglich eine Gesprächsnotiz vom 12. Mai 2021 ein. Aus diesem Schreiben geht hervor, dass der Beschwerdeführer verwarnt wurde, da er öfters zu spät zur Arbeit gekommen sei, seine Sachen nicht dabeigehabt habe und seine Arbeit oft nach Bedingungen des D.____ oder der E.____ der F.____ beendet habe. Ihm wurde als Konsequenz angedroht, dass er, sofern er sich nicht sofort an alle Anweisungen halte, mit weiteren disziplinarischen Schritten bis hin zur Kündigung zu rechnen habe (act. G 3.1/58). Die Beschwerdegegnerin forderte daraufhin die Arbeitgebende nochmals zur Stellungnahme auf. Insbesondere ersuchte sie um Einreichung von Unterlagen zu den Arbeitszeiten und um Angabe weitere Gründe für die Kündigung (act. G 3.1/48). Die Arbeitgebende nahm mit Schreiben vom 18. August 2021 nochmals Stellung zu den Kündigungsgründen. Sie sandte dabei einen Tourenplan sowie Zeitrapporte ein, auf welchem sie die Abweichungen der Arbeitszeiten handschriftlich notierte. Zu den weiteren Kündigungsgründen brachte sie vor, der Beschwerdeführer habe das Waren- und Getränkelager nicht nach Anweisung organisiert. Er habe seinen Dienst in der H.____ischen Ausbildung ohne Rücksprache mit seinen Vorgesetzten verkürzt, das gravierendste Problem sei jedoch die Missachtung von Hygienevorschriften gewesen (act. G 3.1/27). Die Vorwürfe der Missorganisation des Waren- und Getränkelagers, der Verkürzung der H.____ischen Ausbildung sowie der Missachtung von Hygienevorschriften wurden im Verfahren nicht mit Beweisen oder Indizien belegt und werden vom Beschwerdeführer vollständig bestritten. Sie dürfen deshalb, wie bereits in E. 1.5 ausgeführt, nicht als Grundlage für eine Einstellung herangezogen werden. Die obengenannten Gründe wurden deshalb bereits im Einspracheverfahren nicht näher geprüft. Bezüglich des Zuspätkommens wurden jedoch von der Arbeitgebenden Beweisunterlagen eingereicht, weshalb sich die Beschwerdegegnerin in der Folge auf diesen Kündigungsgrund stützte. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin ist nicht zu beanstanden. Es scheint erwiesen, dass das Zuspätkommen einen Hauptgrund für die Kündigung darstellte. Erstens wurde der Beschwerdeführer bereits mit Verwarnung vom 12. Mai 2021 auf diesen Umstand hingewiesen. Zweitens zeigen auch die handschriftlichen Notizen der Arbeitgebenden, dass sie von den Abweichungen wusste. Mit Schreiben vom 21. März 2022 nahm die Arbeitgebende nochmals Stellung und erklärte ausführlich, wie sich die Arbeitszeiten auf den Einsatzplänen begründeten. Dabei hielt sie fest: "Ich möchte nochmals betonen, es gibt

klare Hierarchien im Arbeitsprozess und obwohl I.____ die Verantwortung auf dem F.____ trägt, kann der C.____-Mitarbeitende nicht ohne Absprachen mit der Gastronomie-Leitung seine Arbeitszeiten ändern" (act. G 11.2). Wie bereits aufgeführt, stellte die Nichteinhaltung der Arbeitszeit einen wesentlichen Grund für die Kündigung dar. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss bei Vorliegen mehrerer Kündigungsgründe nicht jeder Grund einzeln bewiesen werden, um einen Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und der Kündigung zu bejahen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts vom 16. November 2005, C 223/05, E. 2 f). Es genügt, wenn ein Grund, welcher für sich allein eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermöchte, genügend erstellt ist und die auslösende Handlung vorsätzlich erfolgte (vgl. Chopard, a.a.O., S. 107). Nachdem erstellt ist, dass aus Sicht der Arbeitgebenden das Zuspätkommen ein kausaler Kündigungsgrund war, muss geprüft werden, ob der Beschwerdeführer aufgrund der Einsatzpläne und des Tourenplans ebenfalls von fixen Arbeitszeiten ausgehen musste. Der Beschwerdeführer bringt vor, es hätten keine konkreten Vereinbarungen zu Arbeitsbeginn und Arbeitsende vorgelegen. Im Arbeitsvertrag sei diesbezüglich auch nicht auf die Einsatzpläne oder den Tourenplan verwiesen worden. Die Arbeitszeiten hätten sich somit nach den Bedürfnissen des Betriebs gerichtet, wie dies im Arbeitsvertrag auch festgehalten worden sei. Diese Bedürfnisse seien jeweils täglich mündlich, ohne schriftliche Dokumentation, auf dem jeweiligen F.____ abgesprochen worden. Gemäss dem Arbeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Arbeitgebenden richtete sich die Arbeitszeit nach den Bedürfnissen des Betriebs (vgl. act. G 3.1/68). Es wurden somit zumindest im Arbeitsvertrag keine fixen Arbeitszeiten festgelegt. Die Regelung im Arbeitsvertrag wurde vom Beschwerdeführer so interpretiert, dass er die eigenen Arbeitszeiten selbst bestimmen konnte, solange diese den betrieblichen Interessen gerecht wurde. Eine andere Auffassung vertritt die Arbeitgebende. Sie bringt vor, sie habe von ihrem Weisungsrecht Gebrauch gemacht. Die Arbeitszeiten des Beschwerdeführers ergäben sich aus den Einsatzplänen und dem Tourenplan (act. G 3.1/29 und act. G 3.1/20). Auf dem Tourenplan sind die Abfahrtszeiten der F.____ vermerkt. Ebenfalls vermerkt sind spezifische Anordnungen bspw. wann die Küchenbesetzung das F.____ wechseln muss, Kleidungsvorschriften, Anweisungen bei schlechtem Wetter usw. Zu letzterem wird festgehalten, "die C.____ sind verpflichtet, Mitarbeitende bei schlechtem Wetter bzw. bei wenig Arbeit vor dem offiziellen Dienstende nach Hause zu schicken". Der Tourenplan ist aufgrund der Informationen klar als Weisung gegenüber den Arbeitnehmenden zu verstehen und ist somit für diese verbindlich. Auch aufgrund des Tourenplans ist davon auszugehen, dass die Arbeitszeiten zumindest im Normalfall verbindlich waren. Die Arbeitszeiten für die einzelnen Mitarbeitenden ergeben sich aus den Einsatzplänen (Dienstpläne). In diesen sind individuelle Arbeitszeiten und Arbeitsort pro Mitarbeitenden vermerkt. Beispielsweise ist für den Beschwerdeführer am 7. April 2021 vermerkt "K.____ 9:45" (act. G 3.1/20). Bei diesen Angaben handelt es sich gemäss der Arbeitgebenden um die verbindlichen Vorgaben für die Arbeitszeit. Diese Vorgaben bildeten auch Grundlage für die handschriftlichen Notizen auf den Zeitrapporten des Beschwerdeführers, mit denen die Arbeitgebende die Abweichungen der Arbeitszeit des Beschwerdeführers aufzeigte. Die Angaben auf den Einsatzplänen und dem Tourenplan stimmen dagegen teilweise nicht überein. Die Arbeitgebende begründet dies dadurch, dass die Küchenbesetzung schon vor [...] verschiedene Arbeiten zu erledigen hätte, weshalb die Einsatzpläne für die Gastronomie-Mitarbeitenden teilweise andere Arbeitszeiten vorsähen als der Tourenplan. Zudem seien in den Einsatzplänen auch Abweichungen vom üblichen Geschäftsgang festgehalten, z.B. falls früh am Morgen eine Lieferung entgegengenommen

werden müsse (act. G 11.2). Die Einsatzpläne verweise bei den Arbeitszeiten teilweise auch auf die Zeiten des Tourenplans, weshalb sich die Arbeitszeiten aus den beiden Dokumenten ergäben. Die Ausführungen der Arbeitgebenden erscheinen diesbezüglich als schlüssig. Auch bei den Einsatzplänen handelt es sich um Weisungen der Arbeitgebenden mit der die individuellen Arbeitszeiten konkretisiert wurden. Diese Weisungen erfolgten im betrieblichen Interesse der Arbeitgebenden und sind weder widerrechtlich, schikanös noch unsinnig (vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 25. Januar 2011, 4A_613/2010, E. 3; Ullin Streiff/Adrian von Kanel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, N 3 zu Art. 321d). Der Beschwerdeführer hätte den Weisungen gemäss Art. 321d Abs. 2 OR Folge leisten müssen. Die Einsatzpläne lassen sich auch mit der Regelung im Arbeitsvertrag vereinbaren, da sie die aus Sicht der Arbeitgebenden für den Betrieb notwendigen Arbeitszeiten der einzelnen Mitarbeitenden festlegen. Da sich die Arbeitszeiten der Mitarbeitenden, je nach F.____ auf dem sie arbeiten, stark unterscheiden können, wäre eine Festlegung der Arbeitszeiten im Arbeitsvertrag möglicherweise zu umständlich gewesen. Dass im Arbeitsvertrag kein Verweis auf die Einsatzpläne oder den Tourenplan erfolgte, ist für die Gültigkeit der beiden Weisungen nicht entscheidend. Der Beschwerdeführer bringt vor, die Einsatzpläne und der Tourenplan könnten schon deshalb nicht die verbindlichen Arbeitszeiten regeln, da es betriebsbedingt häufig zu Änderungen gekommen sei. Diese seien beispielsweise darin begründet, dass ein F.____ zu spät abfuhr oder auch, da Mitarbeitende bei schlechtem Wetter früher nach Hause geschickt werden mussten. Die einzige für den Beschwerdeführer verbindliche Arbeitszeit sei darum die Abfahrt des F.____s gewesen. Zudem habe sich die Beschwerdegegnerin in der entscheidenden Frage, ob die Einsatzpläne verbindlich seien, einzig auf die mündlichen Äusserungen der Arbeitgebenden gestützt. Diesen Argumenten kann nicht gefolgt werden. Es scheint unbestritten, dass gerade in der F.____ wetterbedingt kurzfristig Änderungen der Arbeitszeiten auftreten, weshalb sich auch Abweichungen von den Einsatzplänen ergeben können. Nichtsdestotrotz handelt es sich bei den beiden Dokumenten um Weisungen, die im Normalfall, das bedeutet ohne gegenteilige Auskunft der Arbeitgebenden, gültig sind und befolgt werden müssen. Dass es sich bei den Einsatzplänen um eine verbindliche Weisung handelt, bestätigte die Arbeitgebende auch schriftlich mit Stellungnahme vom 21. März 2022 (siehe act. G 11.2). Aus der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 1. August 2021 geht zudem hervor, dass er Zugriff auf die Einsatzpläne hatte. Dieser war ihm somit bekannt (vgl. act. G 3.1/51). Auch die Aussage, die wesentlichen Arbeitszeiten seien durch die Abfahrtszeit der F.____ vorgegeben gewesen, scheint durch die Ausführungen der Arbeitgebenden, widerlegt. Die Arbeitgebende hat diesbezüglich festgehalten, dass von den Gastronomie-Mitarbeitenden verschiedene Arbeiten schon vor Auslaufen des F.____s erledigt werden müssten. Darunter fallen: Das Einschalten von elektronischen Geräten, das Auffüllen von bestellten Waren, Datum- und Temperaturkontrolle, Vorbereitung von Speisen und Getränken sowie das Decken der Tische. Der Dienstbeginn der Gastronomie-Mitarbeitenden beginne deshalb schon vor Abfahrt des F.____ (vgl. act. G 11.2). Der Beschwerdeführer kann sich ebenfalls nicht darauf berufen, von den Erwartungen an ihn bezüglich der Arbeitszeit nichts gewusst zu haben. Spätestens am Gespräch im Rahmen der Verwarnung vom 12. Mai 2021 wurde der Beschwerdeführer durch die Arbeitgebende darauf aufmerksam gemacht, dass für ihn feste Arbeitszeiten gälten. Die Arbeitgebende hat dies gegenüber der Beschwerdegegnerin auch begründet. Der Beschwerdeführer sei als C.____ in einer Führungsfunktion tätig gewesen. Teil seiner Aufgaben sei deshalb die Aufsicht des Personals. Zudem habe er in dieser Position auch

eine Vorbildfunktion, weshalb auch von ihm erwartet worden sei, dass die Arbeitszeiten eingehalten würden (vgl. act. G 3.1/58). Der Erhalt und den Inhalt der Verwarnung wird vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten. Dass der Beschwerdeführer diese als ungerechtfertigt ansah, ist nicht massgebend. Ab dem 12. Mai 2021 muss davon ausgegangen werden, dass sich der Beschwerdeführer bewusst über die Weisung der Arbeitgebenden hinwegsetzte, wenn er die Arbeitszeiten in den Einsatzplänen nicht einhielt. Weiter ist zu prüfen, ob die Vorwürfe der Arbeitgebenden, der Beschwerdeführer sei oft zu spät zur Arbeit erschienen, erhärtet werden können. Die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten des Beschwerdeführers ergeben sich aus den persönlichen Zeitrapporten (act. G 3.1/31). An folgenden Daten ergeben sich Abweichungen zwischen den persönlichen Zeitrapporten des Beschwerdeführers und den Einsatzplänen bzw. Tourenplan: 30. April 2021 (Einsatzplan [7:30]; Arbeitsbeginn um [8:01]), 14. Mai 2021 (Einsatzplan [8:40]; Arbeitsbeginn um [8:59]), 16. Mai 2021 (Einsatzplan [8:45]; Arbeitsbeginn um [9:00]), 22. Mai 2021 (Einsatzplan [8:40]; Arbeitsbeginn um [8:44]), 23. Mai 2021 (Einsatzplan [8:45]; Arbeitsbeginn um [8:50]), 24. Mai 2021 (Einsatzplan [8:45]; Arbeitsbeginn um [9:03]), 27. Mai 2021 (Einsatzplan [10:00]; Arbeitsbeginn um [10:15]), 28. Mai 2021 (Einsatzplan [8:30]; Arbeitsbeginn um [9:53]), 1. Juni 2021 (Einsatzplan [8:45]; Arbeitsbeginn um [8:58]), 14. Juni 2021 (Einsatzplan [8:45]; Arbeitsbeginn um [8:48]), 15. Juni 2021 (Einsatzplan [8:45]; Arbeitsbeginn um [8:58]) und 16. Juni 2021 (Einsatzplan [8:45]; Arbeitsbeginn um [9:00]) (siehe act. G 3.1/20 i.V.m. 29 und 31). Die obigen Daten konnten vom Beschwerdeführer im Verfahren eingesehen werden und er hatte somit die Möglichkeit, sich zu den ihm vorgeworfenen Verspätungen zu äussern. Der Beschwerdeführer tat dies jedoch nicht und legte auch keine Beweise vor, dass Arbeitszeiten, wie von ihm behauptet, in Abweichung vom Einsatzpläne vereinbart wurden. Es gilt deshalb als erstellt, dass der Beschwerdeführer mehrfach zu spät zur Arbeit erschienen ist. Nach der Verwarnung sind diverse Abweichungen zwischen den Einsatzplänen und der tatsächlichen Arbeitszeit ersichtlich (siehe Aufzählung E. 4.1). Wiederholtes verspätetes Erscheinen am Arbeitsplatz und unentschuldigtes Fernbleiben stellen eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten dar und berechtigen die Arbeitgebende nach vorgängiger Verwarnung zur fristlosen Kündigung (Chopard, a.a.O., S. 109). Aufgrund des Sachverhalts ist zusammenfassend erstellt, dass der Beschwerdeführer mehrmals zu spät zur Arbeit erschien. Er wurde diesbezüglich auch gemahnt und auf die Konsequenzen weiterer Verspätungen, namentlich die Möglichkeit einer Kündigung, hingewiesen. Spätestens ab diesem Zeitpunkt war dem Beschwerdeführer bekannt, dass die Arbeitgebende klare Erwartungen bezüglich seiner Arbeitszeiten hatte. Er kann sich deshalb nicht mit Verweis auf den Arbeitsvertrag darauf berufen, er habe die Arbeitszeiten selbst bestimmen können. Er musste damit rechnen, dass weiteres verspätetes Erscheinen die Kündigung zur Folge hat. Trotz dieses Wissens änderte der Beschwerdeführer sein Verhalten nicht, weshalb von einer eventualvorsätzlich verursachten Arbeitslosigkeit ausgegangen werden muss. Eine Einstellung in der (finanziellen) Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers ist aufgrund dieser Umstände gerechtfertigt. Abschliessend bleibt zu prüfen, ob die von der Beschwerdegegnerin verfügbaren 36 Einstelltage angemessen sind. 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. 3 AVIV). 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. Zu berücksichtigen sind alle Umstände des konkreten Einzelfalls, insbesondere die Beweggründe der versicherten Person, das bisherige Verhalten, Begleitumstände wie das Verhalten des Arbeitgebenden oder der Arbeitskolleginnen und -kollegen sowie das Betriebsklima und belastende Umstände am Arbeitsplatz (vgl. Chopard, a.a.O., S. 167). Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) hat im Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung ein Einstellraster erlassen, in welchem die häufigsten Einstellgründe aufgeführt sind. Der Einstellraster soll die Gleichbehandlung der Versicherten auf nationaler Ebene gewährleisten und den Vollzugsstellen als Entscheidungshilfe dienen (vgl. AVIG-Praxis ALE/D72 ff.). Dieser sieht im Fall von selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit während der Probezeit ein mittleres bis schweres Verschulden als gegeben (AVIG-Praxis ALE/D75). Der Beschwerdeführer bringt vor, gemäss Art. 45 Abs. 4 AVIV sei ein schweres Verschulden nur gegeben, falls die versicherte Person ohne entschuldbaren Grund eine zumutbare Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen Arbeitsstelle aufgegeben oder eine zumutbare Arbeit abgelehnt habe. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Zudem sei die Verwarnung ungerechtfertigterweise erfolgt, weshalb er nicht mit einer Kündigung habe rechnen müssen. Es sei deshalb von einem leichten Verschulden auszugehen (act. G 1). Den Ausführungen des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden. Das Verschulden bestimmt sich gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung immer im Einzelfall und wird durch Art. 45 Abs. 4 AVIV nicht, wie vom Beschwerdeführer vorgebracht, eingegrenzt. Es stand somit grundsätzlich im Ermessen der Beschwerdegegnerin ein schweres Verschulden anzunehmen. Die Beschwerdegegnerin ging aufgrund der eventualvorsätzlichen Herbeiführung der Kündigung von einem schweren Selbstverschulden des Beschwerdeführers aus, weshalb sie 36 Einstelltage verfügte. Verstösst eine versicherte Person gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten ist gemäss dem SECO-Einstellraster von einem Verschulden im mittleren Bereich auszugehen (AVIG-Praxis ALE/D75, I.H). Ein schweres Verschulden ist dagegen anzunehmen bei gerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitgebenden. Eine solche liegt in diesem Fall nicht vor. Die Einstellung von 36 Tagen erscheint jedoch angemessen, da mehrfaches Nichteinhalten der Arbeitszeiten Grundlage für eine fristlose Kündigung bilden kann und keine schuld mindernden Gründe vorliegen. Auch das Bundesgericht beurteilt das Verschulden einer Person, die trotz Verwarnung wiederholt verspätet zur Arbeit kam, als schwer, obwohl keine fristlose Kündigung ausgesprochen wurde (vgl. Urteil vom 30. Oktober 2009, 8C_649/2009, E. 3.2.2). Nach dem Gesagten wurde der Beschwerdeführer zu Recht in seiner (finanziellen) Anspruchsberechtigung eingestellt. Es ist erstellt, dass der Beschwerdeführer mehrfach unpünktlich zur Arbeit erschien, was zu seiner Kündigung führte. Die Einstellung von 36 Tagen ist aufgrund der vorliegenden Verhältnisse nicht zu beanstanden. Aufgrund der vorgegangenen Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. f bis ATSG). Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG e contrario, i.V.m. Art. 98 Abs. 1 und Art. 98 bis des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Entscheid im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP Die Beschwerde wird abgewiesen. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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