



**Fall-Nr.:** AVI 2010/20  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 06.09.2019  
**Entscheiddatum:** 29.11.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 29.11.2010**

**Art. 16 Abs. 2 lit. a und Art. 30 AVIG. Zumutbare Arbeit, Einstellung in der Anspruchsberechtigung. Da der von der Beschwerdeführerin erzielte Lohn unter dem gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlohn lag, darf die Aufgabe bzw. der Verlust dieser Stelle nicht als selbstverschuldete Arbeitslosigkeit qualifiziert werden (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 29. November 2010, AVI 2010/20).**

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichter Joachim Huber,

Versicherungsrichterin Marie Löhner; Gerichtsschreiberin Andrea Keller

#### **Entscheid vom 29. November 2010**

in Sachen

**L.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführerin,**

gegen

**Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,**

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend

**Einstellung in der Anspruchsberechtigung**



### Sachverhalt:

A.

A.a L.\_\_\_\_ arbeitete ab 1. April 2009 im Restaurant Z.\_\_\_\_ (act. G 5.52). Mit "Aufhebungsvertrag" vom 8. September 2009 lösten die Versicherte und ihre Arbeitgebenden den bestehenden Arbeitsvertrag in gegenseitigem Einverständnis per 30. September 2009 auf (act. G 5.50). In der Folge meldete sich die Versicherte per 1. Oktober 2009 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nannte sie die "nicht tarifliche Zahlung" (act. G 5.48).

A.b Mit Schreiben vom 12. Oktober 2009 teilte die Kantonale Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) der Versicherten mit, aus der eingeholten Stellungnahme ihrer Arbeitgebenden gehe hervor, dass das Arbeitsverhältnis auf ihren (der Versicherten) Wunsch aufgelöst worden sei. Die Arbeitgebenden hätten mitgeteilt, sie hätten die Arbeitszeiten der Versicherten ändern (nicht kürzen) wollen. Diese sei von den neuen Schichten nicht begeistert gewesen und habe sich geweigert, so zu arbeiten. Bei einem nächsten Gespräch habe die Versicherte verkündet, ihre Grossmutter sei krank, weshalb sie nur noch teilzeitlich arbeiten wolle. Daraufhin habe die Versicherte den Arbeitgebenden einen Auflösungsvertrag gebracht mit dem Wunsch, einen neuen Arbeitsvertrag abzuschliessen, aber nur eine Teilzeitanstellung. In der Folge sei die Versicherte oft krank gewesen und die Arbeitgebenden hätten sie gefragt, wie sie im Oktober arbeiten könne oder wolle und ob sie (die Arbeitgebenden) mit ihr rechnen könnten. Daraufhin habe die Versicherte geäussert, die Arbeitgebenden sollten den Aufhebungsvertrag bestehen lassen und keinen neuen Arbeitsvertrag als Teilzeitangestellte machen. Aufgrund dieses Sachverhalts seien die Arbeitgebenden dem Wunsch der Versicherten nachgekommen und hätten keinen neuen Arbeitsvertrag erstellt. Da zwischen der freiwilligen Stellenaufgabe und dem Eintritt der Arbeitslosigkeit offensichtlich ein Zusammenhang bestehe, sei die Kasse verpflichtet, eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung zu verfügen. Die Kasse gewährte der Versicherten diesbezüglich das rechtliche Gehör (act. G 5.34).



## St.Galler Gerichte

Mit undatiertes Stellungnahme (Eingang bei der Kasse: 15. Oktober 2009) machte die Versicherte geltend, die Aussagen ihrer ehemaligen Arbeitgebenden entsprächen nicht der Wahrheit. Als sie die Stelle angetreten habe, sei ihr nicht der tarifliche Lohn zugesichert gewesen, weil sich der Betrieb dies angeblich nicht leisten können. Es sei ihr aber mündlich zugesagt worden, dass sie nach drei Monaten, wenn das Geschäft laufe, mehr Geld erhalten solle. Den Tariflohn habe sie aber nicht erhalten; stattdessen seien Aushilfen angestellt worden. Ende August 2009 hätten die Arbeitgebenden die geschäftliche Situation mit ihr besprochen. Um Aushilfen einzusparen, hätten die Arbeitgebenden einen Änderungsvertrag abschliessen wollen, wonach sie (die Versicherte) ab sofort in Teilschichten hätte arbeiten sollen. Das hätte sie sich jedoch nicht leisten können, da sie viermal am Tag hätte hin- und herfahren müssen und ihr diese Kosten nicht ersetzt worden wären. Dann habe sie erfahren, dass es ihren Grosseltern schlecht gehe, worauf sie ihre Arbeitgebenden gebeten habe, den Vertrag ab Oktober 2009 auf eine Teilzeitstelle im Stundenlohn zu ändern. Die Arbeitgebenden hätten gemeint, sie würden das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, sondern einen Aufhebungsvertrag schliessen, wobei ab Oktober 2009 ein neuer Vertrag auf Stundenbasis folgen solle. Als sie (die Versicherte) anfangs September noch nichts erhalten habe, habe sie den Aufhebungsvertrag erstellt und ihn am 8. September 2009 unterschreiben lassen. Am 9. September 2009 (vgl. act. G 5.29) habe sie erfahren, dass sie operiert werden müsse; in der Folge sei sie krank gewesen. Es habe dann auch Differenzen betreffend Überstunden gegeben, woraufhin ihr die Arbeitgebenden mitgeteilt hätten, sie hätten keine Lust mehr und es wäre besser, sie (die Versicherte) würde gar nicht mehr kommen. Das mit dem neuen Vertrag im Oktober sei somit erledigt, der Aufhebungsvertrag aber bereits unterzeichnet gewesen (act. G 5.28; vgl. auch act. G 5.32).

B.

B.a Mit Verfügung vom 18. November 2009 stellte die Kasse die Versicherte für 43 Tage ab 1. Oktober 2009 in der Anspruchsberechtigung ein. Zur Begründung hielt sie im Wesentlichen fest, durch die vorzeitige Ausstellung des Aufhebungsvertrags habe die Versicherte das Arbeitsverhältnis aufgelöst. Es wäre ihr zuzumuten gewesen, zuerst die Ausstellung des neuen Arbeitsvertrags abzuwarten und dann eventuell nach einer anderen Stelle zu suchen, um für einen lückenlosen Übergang von einem Arbeitgeber



## St.Galler Gerichte

zum anderen zu sorgen. Eine versicherte Person sei verpflichtet, ihr Möglichstes zu unternehmen, um eine Arbeitslosigkeit zu verhindern. Dieser Schadenminderungspflicht sei die Versicherte nur ungenügend nachgekommen. Weil sie zudem auf die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von einem Monat verzichtet habe und so verfrüht arbeitslos geworden sei, müsse ihr ein Verschulden an ihrer Arbeitslosigkeit angelastet werden, welches als schwer eingestuft werde (act. G 5.19).

B.b Gegen diese Verfügung erhob die Versicherte am 7. Dezember 2009 Einsprache. Sie machte im Wesentlichen geltend, sie habe sich schon anfangs September 2009 um eine neue Stelle bemüht. Sie habe ein Probegespräch im Café A.\_\_\_\_ gehabt. Dabei sei ein Probetag vereinbart worden. Infolge der Operation habe sie diesen erst im Oktober 2009 absolvieren können. Wäre es nicht zu der Krankheit gekommen, hätte sie den Probetag im September 2009 absolvieren und per Oktober 2009 die Arbeit im Café A.\_\_\_\_ fortsetzen (bzw. aufnehmen) können (act. G 5.13).

B.c Mit Entscheid vom 13. Januar 2010 wies die Kasse die Einsprache ab. Die bisherige Arbeitsstelle sei der Versicherten zumutbar gewesen, was von ihr auch gar nicht bestritten werde. Sie mache aber geltend, dass ihr eine Stelle im Café A.\_\_\_\_ zugesichert gewesen sei, sie aber leider krank geworden sei und den Probetag daher erst im Oktober 2009 wahrnehmen können. Dazu müsse festgehalten werden, dass die Versicherte erst kündigen dürfe, wenn sie eine feste Zusage für einen neuen Arbeitsplatz und somit einen Rechtsanspruch gegenüber ihrem neuen Arbeitgeber habe. Dies sei vorliegend offensichtlich nicht der Fall gewesen. Auch handle es sich bei der Arbeit im Café A.\_\_\_\_ nicht um eine Stelle im gleichen Umfang wie vorher, ansonsten die Versicherte gar nicht Antrag auf Arbeitslosenentschädigung hätte stellen müssen. Durch die Unterzeichnung des Aufhebungsvertrags treffe die Versicherte ein Selbstverschulden an der Arbeitslosigkeit, weshalb sie in der Anspruchsberechtigung eingestellt werden müsse. Die verfügbaren 43 Einstelltage seien angemessen (act. G 5.3).

C.

C.a Mit Eingabe vom 10. Februar 2010 (Datum der Postaufgabe) erhebt die Versicherte Beschwerde und beantragt sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom



## St.Galler Gerichte

13. Januar 2010. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, im angefochtenen Entscheid werde der Sachverhalt nicht korrekt wiedergegeben. Die angekündigten Teilschichten und der daraus resultierende finanzielle Verlust hätten sie dazu bewegt, sich beruflich neu zu orientieren, zumal sie bisher auch den Tariflohn nicht erhalten habe. Sie habe sich im Café A.\_\_\_\_ beworben. So hätte sie stundenweise im Restaurant Z.\_\_\_\_ arbeiten und im Café A.\_\_\_\_ tätig sein können. Im August 2009 habe sie bereits eine feste "Inaussichtstellung" gehabt. Unter diesen Gesichtspunkten habe sie den Aufhebungsvertrag im Restaurant Z.\_\_\_\_ unterzeichnet; dort sei in der Folge kein neuer Arbeitsvertrag mehr zustande gekommen. Da sie vom 9. September bis 17. Oktober 2009 krank gewesen sei, habe kein nahtloser Übergang zum neuen Arbeitgeber im Café A.\_\_\_\_ erfolgen können. Auch habe sie dort zunächst nur eine Teilzeitstelle, da sie davon ausgegangen sei, noch (stundenweise) im Restaurant Z.\_\_\_\_ zu arbeiten (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 16. März 2010 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung wiederholt sie im Wesentlichen die im angefochtenen Entscheid angeführten Argumente (act. G 5).

C.c Mit Replik vom 6. April 2010 hält die Beschwerdeführerin an ihrem Antrag fest. Der Beschwerdeantwort sei zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin den Sachverhalt noch immer nicht richtig erfasst habe (act. G 7).

C.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf das Einreichen einer Duplik (vgl. act. G 9).

### Erwägungen:

1.

1.1 Nach Art. 30 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung (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 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 der Verordnung über



die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Unter diesen Einstellungsstatbestand sind auch Fälle der vorzeitigen Auflösung von Arbeitsverhältnissen in gegenseitigem Einvernehmen zu subsumieren (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. Juli 2010, AVI 2010/33 E. 3, mit Hinweis auf Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 8. Mai 2002, AVI 2001/276 E. 3a). Im Bereich der freiwilligen Stellenaufgabe findet demnach das sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungsprinzip seine Grenze bei der Zumutbarkeit. So kann es der versicherten Person nicht zugemutet werden, eine Stelle, die im Sinn von Art. 16 Abs. 2 AVIG unzumutbar und damit von der Annahmepflicht ausgenommen ist, beizubehalten.

1.2 Im Weiteren ist bei der Prüfung der Frage, ob eine Sanktion wegen Selbstaufgabe der Stelle im Sinn von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV zulässig 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. 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. Da diese Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, ist sie im Einzelfall direkt anwendbar und geht den nationalen Bestimmungen über den Erlass einer Einstellungsverfügung vor (BGE 124 V 236 f. E. 3c). Damit dürfen bei einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV keine überhöhten Anforderungen an die Zumutbarkeit des Verbleibens am Arbeitsplatz gestellt werden; insbesondere sind bei der Zumutbarkeitsprüfung auch subjektive Beweggründe der versicherten Person zu berücksichtigen (Jacqueline Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Diss. Zürich 1998, S. 80). Es kann nicht von einer freiwilligen Beschäftigungsaufgabe im Sinn des Übereinkommens gesprochen werden, wenn eine versicherte Person nicht von sich aus, sondern vom Arbeitgeber oder durch die Entwicklung am Arbeitsplatz zur Kündigung gedrängt wird. Gleiches gilt für den Fall, da die versicherte Person für das Verlassen der Stelle legitime Gründe zu nennen vermag (BGE 124 V 238 E. 4b/aa).

2.



2.1 Vorliegend geht aus den Akten hervor und ist im Übrigen unbestritten, dass die ehemaligen Arbeitgebenden die Arbeitszeiten der Beschwerdeführerin ändern wollten (andere Schichten), womit diese aus finanziellen Gründen (täglich vier Fahrten zwischen Wohn- und Arbeitsort) nicht einverstanden war. Die Beschwerdeführerin äusserte daraufhin den Wunsch, nur noch teilzeitlich im Stundenlohn zu arbeiten, womit die Arbeitgebenden (ursprünglich) einverstanden gewesen waren. Der in der Folge unterzeichnete Aufhebungsvertrag, mit welchem der bestehende Arbeitsvertrag per 30. September 2009 beendet wurde (act. G 5.50), war von der Beschwerdeführerin erstellt worden. Weshalb im Anschluss kein neuer Arbeitsvertrag für eine Teilzeitstelle im Stundenlohn zustande kam, ist unklar. Während die Arbeitgebenden in ihrer Stellungnahme an die Beschwerdegegnerin ausführten, die Beschwerdeführerin habe nach ihrer Krankheit kein Interesse mehr an einer Teilzeitanstellung bekundet (act. G 5.36), macht die Beschwerdeführerin geltend, nachdem Unstimmigkeiten in Bezug auf geleistete Überstunden und den Tariflohn entstanden seien, hätten die Arbeitgebenden keinen neuen Arbeitsvertrag mehr schliessen wollen (act. G 1). Wie es sich damit verhält, braucht vorliegend jedoch nicht geklärt zu werden, wie nachfolgend zu zeigen sein wird.

2.2 Wie oben (E. 1.1) erwähnt, findet das sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungsprinzip im Bereich der freiwilligen Stellenaufgabe seine Grenze bei der Zumutbarkeit, welche anhand von Art. 16 Abs. 2 AVIG zu prüfen ist. Soweit die in dieser Bestimmung erwähnten Bedingungen erfüllt sind, ist die Zumutbarkeit, am bisherigen Arbeitsplatz zu verweilen, in analoger Anwendung zu verneinen, da es nicht angehe, der versicherten Person selbstverschuldete Arbeitslosigkeit vorzuwerfen, obwohl sie eine Arbeit aufgegeben hat, die nach Art. 16 AVIG gar nicht annahmepflichtig wäre (Chopard, a.a.O., S. 116).

Wie die Beschwerdeführerin bereits im Verwaltungsverfahren vorgebracht hat (vgl. act. G 5.28), lag ihr Lohn im Restaurant Z.\_\_\_\_ unter dem gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlohn, was sie als Grund angab, weshalb die von den Arbeitgebenden beabsichtigte Änderung der Arbeitszeiten für sie (die Beschwerdeführerin) aufgrund der mit den Mehrfahrten verbundenen Kosten nicht in Frage komme. Aus dem Arbeitsvertrag betreffend das Arbeitsverhältnis im Restaurant Z.\_\_\_\_ geht hervor, dass der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV; Stand 1. Januar 2009,



abrufbar unter: <http://www.l-gav.ch/deutsch/L-GAV.pdf>) auf das besagte Arbeitsverhältnis anwendbar war (act. G 5.52). Dieser GAV ist vom Bundesrat allgemein verbindlich erklärt worden, weshalb die Mindestlöhne gemäss Art. 10 des L-GAV jedenfalls Anwendung finden (vgl. BBl 2008, 9229). Im vorliegenden Fall wurde gemäss schriftlichem Arbeitsvertrag ein Bruttolohn von Fr. 3'700.-- vereinbart. Zudem geht aus dem Vertrag hervor, dass die Beschwerdeführerin eine Berufsausbildung zur Servicefachfrau absolviert hat und im fraglichen Zeitpunkt über sieben Jahre Berufspraxis (inkl. Lehre) verfügte. Für Mitarbeitende mit derartigen Qualifikationen sieht Art. 10 Ziff. 1 L-GAV ab 1. Januar 2009 Mindestlöhne von Fr. 3'823.-- (drei- bis vierjährige berufliche Grundbildung mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis oder zweijährige berufliche Grundbildung mit eidgenössischem Berufsattest und sieben Jahren Berufspraxis [inkl. Lehre]) bzw. Fr. 4'172.-- (Berufslehre [berufliche Grundbildung] mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis und sieben Jahren Berufspraxis [inkl. Lehre]) vor. Zwar kann aufgrund der Akten nicht beurteilt werden, in welche dieser beiden Kategorien die Beschwerdeführerin fällt (sie selbst hat mittlerweile offenbar Lohnforderungen auf der Basis von Fr. 4'172.-- pro Monat geltend machen lassen; vgl. act. G 1), doch lag der arbeitsvertraglich vereinbarte Lohn von Fr. 3'700.-- in jedem Fall unter dem gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlohn. In Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG wird ausdrücklich statuiert, dass eine Arbeit, die den gesamtarbeitsvertraglichen Bedingungen nicht entspricht, unzumutbar und damit von der Annahmepflicht ausgeschlossen ist. Folglich durfte die Beschwerdeführerin diese Stelle aufgeben, ohne sich dem Vorwurf der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit aussetzen zu müssen. Da die Arbeitslosigkeit infolge Unzumutbarkeit der aufgegebenen Stelle nicht als selbstverschuldet qualifiziert werden darf, bleibt kein Raum für eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung. Entsprechend ist der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben.

3.

Nach dem oben Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Einspracheentscheid 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 im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG **entschieden:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 13. Januar 2010 aufgehoben.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.