



**Fall-Nr.:** AVI 2007/52  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 10.03.2020  
**Entscheiddatum:** 15.11.2007

### **Entscheid Versicherungsgericht, 15.11.2007**

**Art. 30 Abs. 1 lit. a, Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV. Eventualvorsätzliche Herbeiführung der Kündigung nicht ausgewiesen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. November 2007, AVI 2007/52).**

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Marie-Theres Rügg Haltinner; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Entscheid vom 15. November 2007

In Sachen

S.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Dominik Gemperli, LL.M., Museumstrasse 47,  
Postfach, 9004 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Einstellung in der Anspruchsberechtigung (Arbeitgeberkündigung)



hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- S.\_\_\_\_ meldete sich am 8. Oktober 2006 zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung ab dem 1. Februar 2007 an. Er gab an, ihm sei wegen Krankheit gekündigt worden (act. G 3.5). Sein letztes Arbeitsverhältnis bei der A.\_\_\_\_ wurde von der Arbeitgeberin am 31. Oktober 2006 per 31. Januar 2007 aufgelöst. Die Arbeitgeberin begründete dies damit, dass er ohne Abmeldung nicht zur Arbeit erschienen sei (act. G 3.6). Mit Stellungnahme vom 23. Februar 2007 führte die Arbeitgeberin aus, dass sich der Versicherte am 23. und 24. Oktober 2006 krank gemeldet habe. Es sei vereinbart gewesen, dass er am 25. Oktober 2006 wieder zur Arbeit erscheine. Falls dies nicht möglich sei, habe er sich am 25. Oktober 2006 persönlich beim Vorgesetzten abzumelden. Am 25. Oktober sei er weder zur Arbeit erschienen, noch habe er sich abgemeldet (act. G 3.23). Mit Stellungnahme vom 5. März 2007 gab der Versicherte dazu an, er habe für die Zeit vom 21. bis 27. Oktober 2006 ein Arztzeugnis gehabt. Am 25. Oktober 2006 sei er sehr krank gewesen (act. G 3.26). Mit Verfügung vom 15. März 2007 stellte die Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen den Versicherten für 45 Tage in der Anspruchsberechtigung ein, da er dem Arbeitgeber Anlass zur Kündigung gegeben habe (act. G 3.27). Die dagegen erhobene Einsprache vom 30. März 2007, mit welcher der Versicherte im Wesentlichen geltend machte, er habe seinen Vorgesetzten am 24. Oktober 2006 über die Grippeerkrankung informiert und dass sich seine gesundheitliche Situation am 25. Oktober verschlechtert habe, hiess die Kasse mit Entscheid vom 4. April 2007 teilweise gut und reduzierte die Einstelldauer auf 38 Tage (act. G 3.33).

B.- a) Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 7. Mai 2007 mit dem Antrag, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben. Eventualiter sei der Beschwerdeführer für maximal 15 Tage in der Anspruchsberechtigung einzustellen. Ausserdem beantragt der Beschwerdeführer die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Der Beschwerdeführer sei nachweislich vom 21. bis 27. Oktober 2006 krank gewesen. Ob tatsächlich vereinbart worden sei, der Beschwerdeführer müsse sich an jedem Tag seiner Krankheit separat abmelden, und ob er dies tatsächlich nicht getan habe, könne offen bleiben. Jedenfalls



sei eine solche Handhabung unzumutbar und rechtfertige das Vorgehen des Arbeitgebers nicht (act. G 1).

b) Mit Beschwerdeantwort vom 14. Mai 2007 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Unbestrittenermassen habe der Beschwerdeführer gegen Weisungen des Arbeitgebers verstossen. Nachdem er bereits einmal schriftlich verwarnet worden sei, habe er gewusst, dass er sich nichts mehr zu Schulden kommen lassen dürfe. Er habe sich zugegebenermassen nicht beim Vorgesetzten abgemeldet, obwohl dies vereinbart gewesen sei (act. G 3).

c) Am 15. Mai 2007 reicht der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ein ärztliches Zeugnis vom 8. Mai 2007 ein, welches eine 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit für die Zeit vom 21. bis 27. Oktober 2006 bestätigt (act. G 4 - 4.1).

d) Am 13. Juni 2007 reicht der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Unterlagen zur unentgeltlichen Rechtsverteidigung ein (act. G 7).

II.

1.- a) 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).

b) 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.

c) Beim Einstellungsgrund des Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV genügt der im Sozialversicherungsrecht übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht, sondern es muss das der versicherten Person zur Last gelegte Verhalten klar feststehen (vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV Soziale Sicherheit, 2. Auflage, 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; Thomas Nussbaumer, a.a.O., Rz 831 mit Hinweisen).



2.- a) In tatbeständlicher Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass der Beschwerdeführer in der Woche vom 21. (bzw. 23. [Montag]) bis 27. Oktober 2006 nachweislich und unbestrittenermassen wegen Krankheit zu 100 % arbeitsunfähig war und dafür ein entsprechendes Arztzeugnis vorweisen kann (act. G 3.16). Die Kündigung erfolgte denn auch nicht wegen dieses Fehlens an sich, sondern weil der Beschwerdeführer sich am 25. Oktober 2006 nicht (nochmals) abgemeldet hatte. Die Arbeitgeberin schilderte den Geschehensablauf dahingehend, dass sich der Beschwerdeführer am 23. Oktober 2006 beim Stellvertreter des Vorgesetzten wegen seiner Erkrankung korrekt abgemeldet habe. Das aktuelle Arztzeugnis sei bis zum 24. Oktober 2006 ausgestellt gewesen. Am 24. Oktober 2006 sei dann mit dem Vorgesetzten vereinbart worden, dass der Beschwerdeführer am 25. Oktober wieder zur Arbeit erscheine. Sollte dies wider Erwarten nicht möglich sein, würde er sich persönlich beim Vorgesetzten abmelden. Am 25. Oktober sei der Beschwerdeführer weder zur Arbeit erschienen, noch habe er sich abgemeldet. Dies habe er erst am 26. Oktober nachgeholt. Er habe sich damit nicht an die Regeln gehalten (act. G 3.23). In seiner Stellungnahme vom 5. März 2007 anerkannte der Beschwerdeführer diese Sachverhaltsdarstellung grundsätzlich (act. G 3.26). In seiner Einsprache vom 30. März 2007 schränkte er dagegen ein, es treffe zwar zu, dass er am 25. Oktober 2006 wieder zur Arbeit habe erscheinen sollen, jedoch nur, wenn es ihm bis dahin wieder besser gehe. Es sei ihm dann aber schlechter gegangen, weshalb er am Nachmittag des 25. Oktober zum Arzt gegangen sei. Bezüglich der Abmachung, sich im Nichterscheinensfall nochmals zu melden, macht der Beschwerdeführer keine Angaben (act. G 3.31 Ziff. 5).

b) Ob der Beschwerdeführer anlässlich des Telefongesprächs vom 24. Oktober 2004 tatsächlich verpflichtet wurde, sich im Nichterscheinensfall nochmals abzumelden, kann nicht mehr genau rekonstruiert werden. Denkbar ist auch ein Missverständnis zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Vorgesetzten. Wäre der Arbeitgeberin tatsächlich ein (erstes) Arztzeugnis vorgelegen, welches eine Arbeitsunfähigkeit nur bis 24. Oktober 2006 bestätigte, so wäre wohl davon auszugehen, dass den Beschwerdeführer im Nichterscheinensfall eine erneute Meldepflicht getroffen hätte. Nachdem die Arbeitgeberin in ihrer Stellungnahme vom 23. Februar 2007 noch (zumindest implizit) das Vorliegen eines solches Arztzeugnisses behauptete (act. G 3.23), konnte sie ein solches auf Verlangen des Gerichts nicht vorweisen. Vielmehr



## St.Galler Gerichte

macht sie im vorliegenden Verfahren geltend, dass nicht mehr rekonstruiert werden könne, ob der Beschwerdeführer ein solches Arztzeugnis eingereicht habe. Verlangt habe sie jedenfalls keines, weshalb eine Absenz auch nicht mit einem Zeugnis belegt werden könne (act. G 10).

c) Nachdem somit die mündliche Verpflichtung des Beschwerdeführers, sich am 25. Oktober 2006 nochmals zu melden, zwar als möglich, nicht jedoch als nachgewiesen erscheint (vgl. Erw. 1.-c), und das Vorliegen eines Arztzeugnisses, welches die Wiederaufnahme der Arbeit am 25. Oktober 2006 hätte erwarten lassen, von der Arbeitgeberin selber verneint wird, beurteilt sich die Meldepflicht nach den internen Regeln der Arbeitgeberin (vgl. Art. 321d OR). Nach dem Reglement der Arbeitgeberin hat sich der Arbeitnehmer im Krankheitsfall persönlich, wenn möglich vor Arbeitsbeginn, spätestens jedoch bis 30 Minuten nach dem üblichen Arbeitsbeginn beim direkten Vorgesetzten abzumelden. Dauert die Arbeitsunfähigkeit längere Zeit, so hat sich der Mitarbeiter alle zwei Wochen, wenn möglich persönlich beim Vorgesetzten zu melden. Nach einem Arbeitsunterbruch infolge Krankheit ist sodann der direkte Vorgesetzte über die Wiederaufnahme der Arbeit spätestens am Vortag zu informieren (Mitarbeiterhandbuch, act. G 10.1, Pkte. 1, 4 und 5). Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass sich der Beschwerdeführer am ersten (Arbeits-)Tag seiner Erkrankung bei der Arbeitgeberin melden musste. Dies hatte er unbestrittenermassen getan, führte doch die Arbeitgeberin selber aus, dass die erste Abmeldung korrekt verlaufen sei (act. G 3.23). Im Weiteren hatte sich der Beschwerdeführer unbestrittenermassen am 26. Oktober 2006 nochmals gemeldet, wobei er die Arbeitgeberin wohl über die nunmehr bis 27. Oktober (Freitag) befristete Abwesenheit informierte. Nachdem sich der Beschwerdeführer während seiner einwöchigen Abwesenheit insgesamt drei Mal gemeldet hatte, ist anzunehmen, dass die Arbeitgeberin genügend über den Krankheitsverlauf aufgeklärt war. Indem die Arbeitgeberin ihre Kündigung zudem erst zu einem Zeitpunkt aussprach, als ihr das Arztzeugnis vom 25. Oktober 2006 vorlag und sie damit über die Rechtmässigkeit der ganzen Absenz informiert war (also nach der Krankheit, vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR), erscheint das Vorgehen der Arbeitgeberin tatsächlich als überspitzt formalistisch. Eine Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten und damit eine eventualvorsätzliche Inkaufnahme der Kündigung ist unter den gegebenen Umständen nicht ausgewiesen,



weshalb keine Einstellung in der Anspruchsberechtigung erfolgen kann. Der angefochtene Einspracheentscheid ist demzufolge aufzuheben.

3.- Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Hingegen hat der obsiegende Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr.12'000.--. Vorliegend erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Bei diesem Verfahrensausgang wird praxisgemäss das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung als gegenstandslos abgeschrieben.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 4. April 2007 aufgehoben.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'500.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer).
4. Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wird als gegenstandslos abgeschrieben.