



Fall-Nr.: AVI 2008/2
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 04.03.2020
Entscheiddatum: 23.01.2009

Entscheid Versicherungsgericht, 23.01.2009

Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG, Art. 44 AVIV. Einstellung in der Anspruchsberechtigung. Vorliegend Gutheissung der Beschwerde, da der Beschwerdeführer glaubhaft darlegen konnte, dass er bezüglich des neu eingegangenen Arbeitsverhältnisses nicht wusste oder hätte wissen müssen, dass es nur kurzfristig sein werde (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. Januar 2009, AVI 2008/2).

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiberin Andrea Keller

Entscheid vom 23. Januar 2009

in Sachen

F.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rainer Niedermann, St. Leonhard-Strasse 20,
Postfach, 9001 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Einstellung in der Anspruchsberechtigung (Selbstkündigung)

Sachverhalt:

A.

A.a Am 23. Juni 2005 meldete sich F.____ beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum St. Gallen (RAV) und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 23. Juni 2005 (act. G 3.1.4 und 3.1.7). In der Folge eröffnete die Kantonale Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen dem Versicherten eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 23. Juni 2005 bis 22. Juni 2007 (act. G 3.1.14). Per 1. April 2006 fand der Versicherte eine unbefristete Arbeitsstelle als Serviceleiter bei der A.____ (act. G 3.1.50). Diese Festanstellung kündigte er am 27. September 2006 per Ende Oktober 2006 (act. G 3.1.57). Vom 4. Dezember 2006 bis 2. März 2007 arbeitete er aufgrund eines Einsatzvertrages mit der B.____ als Industriespengler. Einsatzbetrieb war die C.____, wobei als Einsatzdauer die Zeit vom 4. Dezember 2006 bis 28. Februar 2007 angegeben war (act. G 3.1.59; G 14). Am 15. März 2007 schloss der Versicherte einen Einsatzvertrag als Monteur mit der B.____ ab. Als Einsatzbetrieb wurde die D.____ genannt. Arbeitsbeginn war der 15. März 2007; die Einsatzdauer war unbestimmt (act. G 3.1.58). Dieses Arbeitsverhältnis wurde jedoch bereits vor dem vereinbarten Stellenantritt am 14. März 2007 per 16. März 2007 durch die Arbeitgeberin gekündigt. Als Grund der Kündigung gab sie Arbeitsrückgang bei ihren Kunden an (act. G 3.1.59).

A.b Am 22. März 2007 stellte der Versicherte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 21. März 2007. Der Arbeitgeber habe ihm wegen Arbeitsrückgang beim Kunden auf den 16. März 2007 gekündigt. Es habe sich um ein Temporärarbeitsverhältnis gehandelt (act. G 3.1.61).

A.c Am 12. April 2007 wurde der Versicherte ab dem 21. März 2007 wegen ungenügender Arbeitsbemühungen für fünf Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt (act. G 3.1.72).

A.d Mit Verfügung vom 15. Oktober 2007 stellte das RAV den Versicherten mit Wirkung ab 17. März 2007 für 32 Tage in der Anspruchsberechtigung ein. Es müsse ihm



ein Verschulden an seiner Arbeitslosigkeit angelastet werden, welches als schwer zu beurteilen sei. Er habe eine Dauerstelle bei der A.____ zugunsten eines auf drei Monate befristeten, respektive eines "try and hire"- Arbeitsverhältnisses aufgelöst. Im Zeitpunkt der Kündigung bei der A.____ sei eine Zusicherung für eine Festanstellung aufgrund der vorhandenen Unterlagen nicht gewährleistet gewesen. Eine Unzumutbarkeit, an der Arbeitsstelle bei der A.____ zu verbleiben, sei aufgrund der vorhandenen Unterlagen ebenfalls nicht gegeben (act. G 3.1.108).

B.

B.a Gegen diese Verfügung liess der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rainer Niedermann, am 15. November 2007 Einsprache erheben und beantragen, es sei auf eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung zu verzichten. Der Sachverhalt sei unvollständig abgeklärt und stelle daher eine untaugliche Entscheidungsgrundlage dar, weshalb die darauf abgestützte und angefochtene Verfügung unhaltbar sei. Aus prozessökonomischen Gründen werde auf die Eingaben des damaligen Vertreters des Versicherten, Fürsprecher lic. iur. Thomas Bischof von der Rechtsschutz-Versicherung, vom 8. Juni 2007 (act. G 3.1.90), 27. August 2007 (act. G 3.1.100) sowie 9. Oktober 2007 (act. G 3.1.107) verwiesen, welche dieser im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlass der angefochtenen Verfügung eingereicht habe (act. G 3.1.110). Darin wurde im Wesentlichen geltend gemacht, der Versicherte sei bezüglich des Einsatzes bei der C.____ von einer unbefristeten Anstellung ausgegangen.

B.b Mit Entscheid vom 19. November 2007 wies das RAV die Einsprache ab. Die Unzumutbarkeit, bei der A.____ zu verbleiben, sei nicht belegt. Weiter sei nicht ersichtlich, weshalb der Beschwerdeführer bei der B.____ von einer unbefristeten Arbeitsstelle hätte ausgehen dürfen. Es habe sich dabei um ein "try and hire"- Arbeitsangebot gehandelt, also einen auf drei Monate befristeten Arbeitsvertrag (act. G 3.1.111).

C.

C.a Mit Beschwerde vom 7. Januar 2008 beantragt der Vertreter des Versicherten, es sei der Einspracheentscheid vom 19. November 2007 aufzuheben. Es sei auf die



Einstellung in der Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosentaggelder infolge selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit zu verzichten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Bei der Vermittlung des Beschwerdeführers durch die B.____ an die C.____ habe dieser so rasch wie möglich den schwer verunfallten Chefmonteur ersetzen sollen. Dabei seien alle davon ausgegangen, dass der Chefmonteur aufgrund seiner schweren Verletzungen für eine sehr lange Zeit fehlen oder gar nicht mehr an seine Arbeitsstelle zurückkehren würde. Der Betriebsinhaber habe den Beschwerdeführer deshalb mit einer Probezeit von drei Monaten anstellen wollen; der zuständige Personalchef habe sich letztlich für eine dreimonatige "try and hire"-Lösung entschieden. Der Beschwerdeführer habe berechtigterweise darauf hoffen dürfen, dass sich daraus ein unbefristetes Anstellungsverhältnis entwickeln würde. Die Art der Anstellung sei vorliegend jedoch nicht von Belang, da man den unerwarteterweise zurückgekehrten Chefmonteur wieder an seiner alten Arbeitsstelle beschäftigt habe und eine andere Stelle für den Beschwerdeführer nicht verfügbar gewesen sei. Darüber hinaus sei das Arbeitsverhältnis bei der A.____ für den Beschwerdeführer unzumutbar gewesen. Nach der Einarbeitungszeit in den Monaten April und Mai 2006 seien Arbeitstage von 12 bis 14 Stunden die Regel gewesen. Überdies habe der Beschwerdeführer mit gesundheitlichen Beschwerden zu kämpfen gehabt, was durch die enorm hohen Arbeitszeiten noch verschärft worden sei (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 29. Januar 2008 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Es sei nicht ersichtlich, weshalb es nicht entscheidend gewesen sein sollte, ob der Beschwerdeführer ein unbefristetes Arbeitsverhältnis oder ein "try and hire"-Arbeitsverhältnis eingegangen sei. Der Beschwerdeführer sei für drei Monate befristet angestellt worden, weil eben noch nicht eindeutig festgestanden habe, ob er von der C.____ auch wirklich weiterbeschäftigt werden könne. Er habe nicht damit rechnen dürfen, dass sich aus seinem Arbeitseinsatz ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entwickeln würde. Die Unzumutbarkeit, bei der A.____ zu verbleiben, sei nicht belegt. Aus den entsprechenden Stundenrapporten gehe nicht hervor, dass Arbeitstage von 12 bis 14 Stunden die Regel gewesen seien (act. G 3).

C.c In der Replik vom 27. Februar 2008 hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest (act. G 5).



St.Galler Gerichte

C.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet am 3. März 2008 auf eine Duplik (act. G 7).

C.e Am 16. Mai 2008 holt das Versicherungsgericht bei der Beschwerdegegnerin die RAV-Akten ab September 2006 ein (act. G 11 f.). Am 21. August 2008 holt das Versicherungsgericht bei der B.____ den Einsatzvertrag 2026 betreffend das Arbeitsverhältnis bei der C.____ ein (act. G 13 f.). Mit Schreiben vom 3. und 17. September 2008 erkundigt sich das Versicherungsgericht bei der C.____ nach den Modalitäten des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer sowie dessen Auflösung (act. G 15, 17-19). Am 8. Oktober 2008 wird den Parteien bezüglich der neu eingegangenen Akten das rechtliche Gehör gewährt (act. G 20 f.).

C.f In seiner Stellungnahme vom 3. Dezember 2008 führt der Vertreter des Beschwerdeführers im Wesentlichen aus, die C.____ bestätige im Schreiben vom 11. September 2008 dessen Auffassung. Sein Einsatz sei von Anfang an für eine unbestimmte Zeit vorgesehen gewesen. Der Umstand, dass zwischen ihm und der B.____ die Einsatzdauer befristet gewesen sei, sei daher unerheblich. Im Schreiben der C.____ vom 25. September 2008 entstehe der falsche Eindruck, dass das "try and hire"-Arbeitsverhältnis deshalb nicht weitergeführt worden sei, weil dem Beschwerdeführer die Arbeit zu anstrengend gewesen sei. Dies treffe jedoch in keiner Art und Weise zu. Es sei nie geplant gewesen, dass er als "normaler" Mitarbeiter auf Montage arbeiten sollte. Schliesslich sei auf einen bis anhin nicht beachteten Umstand hinzuweisen, welcher die unerwartete Rückkehr des Chefmonteurs weiter belege. Als dieser am 2. März 2007 überraschend (am Arbeitsplatz) erschienen sei, sei das Arbeitsverhältnis (mit dem Beschwerdeführer) gemäss Schreiben der B.____ vom 14. September 2007 noch gleichentags in gegenseitigem Einvernehmen per 2. März 2007 aufgelöst worden. Demzufolge habe der Beschwerdeführer das "try and hire"-Arbeitsverhältnis wie vereinbart am 28. Februar 2007 beendet, worauf aber ein neues unbefristetes Arbeitsverhältnis eingegangen worden sei, welches schliesslich im gegenseitigen Einvernehmen per 2. März 2007 aus den angegebenen Gründen aufgelöst worden sei. Wäre das Arbeitsverhältnis mit der C.____ lediglich auf das "try and hire"-Arbeitsverhältnis von drei Monaten bzw. bis 28. Februar 2007 befristet gewesen, wäre ein Aufhebungsvertrag nicht nötig gewesen (act. G 28).

C.g Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Stellungnahme zu den neu eingegangenen Akten.



Erwägungen:

1.

1.1 Nach Art. 30 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und 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 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]). Auch gilt die Arbeitslosigkeit dann als selbstverschuldet, wenn die versicherte Person ein Arbeitsverhältnis von voraussichtlich längerer Dauer von sich aus aufgelöst hat und ein anderes eingegangen ist, von dem sie wusste oder hätte wissen müssen, dass es nur kurzfristig sein wird, es sei denn, dass ihr das Verbleiben an der vorherigen Arbeitsstelle nicht zugemutet werden konnte (Art. 44 Abs. 1 lit. c AVIV). 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 bzw. c 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 bzw. c 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 ist in erster Linie umstritten, ob der Beschwerdeführer bezüglich seines Einsatzes bei der C.____ davon ausgehen durfte, dass es sich dabei um ein längerfristiges Arbeitsverhältnis handeln würde, oder ob dieses von vornherein befristet war.

2.2 Gemäss Einsatzvertrag 2026 zwischen der B.____ und dem Beschwerdeführer war der Einsatz bei der C.____ auf die Zeit vom 4. Dezember 2006 bis 28. Februar 2007 befristet und wurde als so genannter "try and hire"-Vertrag abgeschlossen (act. G 14).

2.3 Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, dass sein Einsatz bei der C.____ als unbefristetes Arbeitsverhältnis vorgesehen gewesen sei. Darauf, dass vorerst ein "try and hire"-Vertrag geschlossen worden sei, habe er keinen Einfluss gehabt. Auch sei dies nicht relevant, weil sowohl sein Wille als auch derjenige der C.____ auf die Eingehung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses gerichtet gewesen seien. Er habe den verunfallten Chefmonteur ersetzen sollen, von dem man angenommen habe, dass er nicht mehr an seine Arbeitsstelle zurückkehren können werde.

Diese Vorbringen des Beschwerdeführers erscheinen glaubhaft, werden sie doch von verschiedener Seite bestätigt. So führte die B.____ in ihrem Schreiben vom 14. September 2007 an die Beschwerdegegnerin zwar aus, der Einsatz sei als "try and hire"-Einsatz geplant und deshalb auf drei Monate befristet gewesen. Doch bestätigt



sie, dass der Beschwerdeführer als Ersatz für einen kranken Mitarbeiter geplant gewesen sei. Dieser sei jedoch wider Erwarten wieder arbeitsfähig geworden, weshalb die C.____ dem Beschwerdeführer die anvisierte Stelle eines Chefmonteurs nicht habe anbieten können. Der Einsatz sei in gegenseitigem Einvernehmen per 2. März 2007 aufgelöst worden (act. G 3.1.103).

Auf Anfrage des Versicherungsgerichts führte die C.____ in ihren Schreiben vom 11. bzw. 25. September 2008 aus, der Einsatz des Beschwerdeführers sei für eine unbestimmte Zeit vorgesehen gewesen. Es sei geplant gewesen, ihn nach Ablauf der erforderlichen Arbeitsstunden mit neuem Arbeitsvertrag und einer Probezeit von drei Monaten kostenlos von der B.____ zu übernehmen. Er sei von Anfang an über diesen Anstellungsmodus informiert gewesen. Seine Anstellung sei klar als Ersatz für den verunfallten Chefmonteur ausgerichtet gewesen. Die SUVA habe in Zusammenarbeit mit der IV versucht, den Chefmonteur wieder in den Arbeitsprozess zu integrieren. Sie (die C.____) habe ihn in reduzierter Form wieder eingesetzt, was sich aber in Bezug auf seine Behinderung nicht bewährt habe. Dem Beschwerdeführer seien die sehr hektischen Montagen gemäss eigenen Aussagen angesichts seines Alters zu anstrengend gewesen. Auch habe sich gezeigt, dass er in seinem erlernten Beruf ein ausgewiesener Fachmann sei, für die Montage von Absauganlagen aber nicht unbedingt die erforderlichen Voraussetzungen mitgebracht habe. Das Arbeitsverhältnis sei somit nach einem persönlichen Gespräch beendet worden (act. G 17 und 19).

2.4 Wie der Vertreter des Beschwerdeführers zu Recht geltend macht, spricht auch der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der C.____ und dem Beschwerdeführer einvernehmlich per 2. März 2007 aufgelöst wurde, für das Vorliegen eines unbefristeten Arbeitsvertrags, war doch das Arbeitsverhältnis gemäss Einsatzvertrag eigentlich bis 28. Februar 2007 befristet und hätte dementsprechend nicht aufgelöst werden müssen.

2.5 Zusammengefasst hat der Beschwerdeführer somit glaubhaft dargelegt, dass sein Einsatz bei der C.____ für eine unbestimmte Zeit vorgesehen war. Dass er mit der B.____ diesbezüglich einen "try and hire"-Vertrag abgeschlossen hat, vermag daran nichts zu ändern und ist wohl in erster Linie auf organisatorische Gründe zurückzuführen, führte doch die C.____ aus, sie habe den Beschwerdeführer kostenlos



von der B.____ übernehmen wollen. Zudem bedarf ein Arbeitsvertrag von Gesetzes wegen keiner besonderen Form (vgl. Art. 320 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR; SR 220]), weshalb sich der Beschwerdeführer zu Recht auf die (offenbar mündliche) Vereinbarung mit der C.____ beruft. Unklar ist, weshalb der Beschwerdeführer und die C.____ das Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einvernehmen beendet haben (angebliche Rückkehr des verunfallten Chefmonteurs bzw. Alter, Anstrengung und berufliche Voraussetzungen beim Beschwerdeführer), doch ändert dies nichts daran, dass der Beschwerdeführer bei Vertragsabschluss von einer unbefristeten Anstellung ausgehen durfte und somit nicht wusste bzw. hätte wissen müssen, dass das Arbeitsverhältnis nur kurzfristig sein würde. Unter diesen Umständen ist jedoch der Tatbestand von Art. 44 Abs.1 lit. c AVIV nicht erfüllt, weshalb in diesem Zusammenhang nicht von selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit gesprochen werden kann. Es erübrigt sich somit, zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer ein Verbleiben an der vorherigen Arbeitsstelle bei der A.____ zumutbar gewesen wäre.

3.

3.1 Im Sinne obiger Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen, und der angefochtene Einspracheentscheid vom 19. November 2007 ist aufzuheben.

3.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Hingegen hat bei diesem Verfahrensausgang 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.--. Im vorliegenden Fall hat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am 21. April 2008 eine Kostennote über Fr. 3'543.70 (inkl. pauschalierte Barauslagen und Mehrwertsteuer) eingereicht (act. G 10.1). Diese vor Durchführung des gerichtlichen Beweisverfahrens eingereichte Kostennote erscheint als relativ hoch. Unter Berücksichtigung und Einbezug des nach dem 21. April 2008 entstandenen Aufwands erscheint eine Parteientschädigung von gesamthaft Fr. 3'800.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 19. November 2007 aufgehoben.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'800.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer).