



**Fall-Nr.:** AVI 2011/49  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 08.03.2012  
**Entscheiddatum:** 08.03.2012

### **Entscheid Versicherungsgericht, 08.03.2012**

**Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG, Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV. Einstellung wegen Selbstkündigung. Unzumutbarkeit eines Verbleibens an der Arbeitsstelle bejaht, da die Arbeitgeberin ihre arbeitsvertraglichen Pflichten (Nichtgewährung der Kompensation von Überstundenarbeit, kein Betrieb einer Arbeitszeitkontrolle, kein Lohnzuschlag bei Arbeit zwischen 22:00 bis 04:00 Uhr) verletzte und der Beschwerdeführer sich mehrere Monate vor der Kündigung um eine andere Stelle bemühte (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 8. März 2012, AVI 2011/49).**

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie Löhner, a.o.  
Versicherungsrichter Christian Zingg; Gerichtsschreiber Philipp Geertsen

#### **Entscheid vom 8. März 2012**

in Sachen

A.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Einstellung in der Anspruchsberechtigung (Selbstkündigung)

Sachverhalt:

A.

A.a A. \_\_\_ war seit 1. Juli 2008 als Bäckergehilfe bei einer Bäckerei angestellt (act. G 3.9). Er kündigte das Arbeitsverhältnis per 28. Februar 2011 (act. G 3.7). Die Kündigung begründete er damit, dass sich die Arbeit in den letzten 5 Monaten verdoppelt habe, er zu viel arbeiten müsse, die Überstunden nicht kompensieren könne ("verliere ich die" Überstunden), zu wenig frei habe und zu wenig Lohn erhalte (Kündigungsschreiben vom 28. Dezember 2010, act. G 3.11). Im Antrag vom 12. Januar 2011 erhob der Versicherte ab 28. Februar 2011 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.7). In der Kündigungsbestätigung vom 4. Januar 2011 führte die damalige Arbeitgeberin aus, dass der Versicherte seit 2009 nie mehr als 7 Stunden, eher weniger gearbeitet hätte. Die von ihm geltend gemachte "Überzeit" stimme nicht. Er habe ferner niemandem geholfen und sei einfach am Tisch rumgesessen, um die Zeit abzusitzen. Seine Leistung würde eine Lohnerhöhung nicht rechtfertigen. Er habe gewollt, dass die Arbeitgeberin kündige, damit er ohne Sperrtage beim RAV stempeln könne. Sie habe sich geweigert (act. G 3.13). Im Schreiben vom 5. Januar 2011 bestritt der Versicherte diese Ausführungen (act. G 3.14).

A.b Mit Verfügung vom 8. April 2011 stellte die Kantonale Arbeitslosenkasse den Versicherten wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit ab März 2011 für 35 Tage in der Anspruchsberechtigung ein (act. G 3.26).

A.c Dagegen erhob der Versicherte am 11. April 2011 Einsprache. Sinngemäss brachte er darin vor, dass ihm ein Verbleib an der bisherigen Stelle nicht mehr zumutbar gewesen sei. Er habe jeden Monat 4 bis 5 Tage gratis arbeiten müssen und einen zu geringen Lohn erhalten. Ferner verweist er auf die im Kündigungsschreiben vom 28. Dezember 2010 genannten Gründe. Schon lange habe er erfolglos eine andere Stelle gesucht (act. G 3.28; vgl. auch die weitere Eingabe des Versicherten vom 6. Mai 2011, act. G 3.40).



## St.Galler Gerichte

A.d Auf Nachfrage der Kantonalen Arbeitslosenkasse hin nahm die ehemalige Arbeitgeberin im Schreiben vom 2. Juni 2011 Stellung zu den vom Versicherten geltend gemachten Überstunden. Sie bestritt das Vorhandensein von Überstunden. Von August bis Februar bestehe jeweils eine hohe Arbeitslast. In den übrigen 6 Monaten gebe es wenig zu tun. In dieser Zeit habe der Versicherte Minusstunden angehäuft. Zudem habe er in seiner Aufstellung die Pausen nicht abgezogen. Der Versicherte solle froh sein, dass man ihn nicht 2 Monate für seine Minusstunden habe arbeiten lassen (act. G 3.53). Hierzu führte der Versicherte am 24. Juni 2011 aus, die Aussagen der ehemaligen Arbeitgeberin träfen nicht zu. Um die Entschädigung von Überstunden zu umgehen, habe sie die bestehende Stempelmaschine nicht in Betrieb genommen (act. G 3.61; vgl. auch die Eingabe vom 26. Juni 2011, act. G 3.66).

A.e Am 8. Juli 2011 wurde die Einsprache abgewiesen. Zur Begründung stellte sich die Kantonale Arbeitslosenkasse auf den Standpunkt, dass die genaue Überstundenleistung nicht eruiert werden könne. Dennoch sei die gesetzliche Höchstarbeitszeit nicht oder nur höchst selten überschritten worden. Eine Unzumutbarkeit des Verbleibens an der bisherigen Stelle ergebe sich aber nicht. Der bezahlte Lohn liege über dem Mindestlohn, weshalb die Lohnhöhe ebenfalls keine Unzumutbarkeit begründen könne (Einspracheentscheid vom 8. Juli 2011, act. G 3.70).

B.

B.a Gegen den Einspracheentscheid vom 8. Juli 2011 richtet sich die Beschwerde vom 12. Juli 2011. Der Beschwerdeführer beantragt darin sinngemäss dessen Aufhebung. Die Begründung lautet im Wesentlichen gleich wie diejenige der Einsprache vom 11. April 2011 (act. G 1).

B.b In der Beschwerdeantwort vom 7. September 2011 beantragt die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeabweisung. Zur Begründung verweist sie auf den angefochtenen Einspracheentscheid (act. G 3).

Erwägungen:

1.



Umstritten ist die Frage, ob die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer zu Recht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit 35 Tage in der Anspruchsberechtigung einstellte.

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 Insolvenzentschädigung [AVIV; SR 837.02]). 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 Gemäss Arbeitsvertrag vom 7. Juni 2008 wurde der Beschwerdeführer als Bäckergehilfe angestellt. Nebst den ausdrücklich vertraglich festgehaltenen Bestimmungen erklärten die Vertragsparteien "die jeweils gültigen Bestimmungen des GAV" für anwendbar (act. G 3.9). Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um den Gesamtarbeitsvertrag für das Schweizerische Bäcker-, Konditoren- und Confiseurgewerbe handelt. "Die jeweils gültigen" GAV-Bestimmungen (d.h. für die Zeit bis 31. Dezember 2008 der bis dahin gültige GAV und für die Zeit danach der ab 1. Januar 2009 gültige GAV) bilden daher Bestandteil der Einzelarbeitsvertragsabrede und sind somit - soweit der Arbeitsvertrag keine ausdrücklich davon abweichenden Bestimmungen enthält - im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Arbeitsverhältnisses zu beachten.

2.2 Vorliegend beanstandete der Beschwerdeführer vor allem das Verhalten der ehemaligen Arbeitgeberin im zweiten Halbjahr 2010 (act. G 3.11). Für die Prüfung der Frage, ob die damalige Arbeitsstelle aufgrund von Vertragsverletzungen seitens der Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer unzumutbar war, ist deshalb auf den GAV in der ab 1. Januar 2009 gültigen Fassung abzustellen. Mangels ausdrücklicher einzelvertraglicher Regelung bestehen gestützt auf die subsidiär anwendbaren GAV-Bestimmungen u.a. folgende Pflichten arbeitgeberseits: Anspruch auf 13. Monatslohn (Art. 13 GAV), Verpflichtung zur Führung einer Arbeitszeitkontrolle (Art. 16 GAV) mit gesonderter Eintragung von Überstunden (Art. 18 Abs. 3 GAV), 25% Lohnzuschlag bei Arbeitsstunden zwischen 22:00 bis 04:00 Uhr (Art. 17 Abs. 1 GAV) und Gewährung der Kompensation von Überstunden primär durch Freizeit (Art. 18 Abs. 4 GAV).



2.2.1 Rechtsprechungsgemäss ist der Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit dann nicht erfüllt, wenn bei geleisteten Überstunden in gegen das Gesetz oder die vertraglichen Abmachungen verstossender Weise weder ein Ausgleich durch Freizeit noch eine Entlöhnung erfolgt (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 20. August 2002, C 219/00, E. 2.2).

2.2.2 Vorab verletzte die damalige Arbeitgeberin ihre Pflicht zur Führung einer Arbeitszeitkontrolle, womit sie dem Beschwerdeführer den Nachweis von geleisteten Überstunden erschwerte, wenn nicht gar verunmöglichte. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist dies zugunsten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Bei der Frage, ob der Beschwerdeführer Überstunden geleistet hatte, fällt ins Gewicht, dass er eine plausible Auflistung der geleisteten Überstunden vorlegte (act. G 3.12). Damit geht einher, dass die Arbeitgeberin im Zwischenzeugnis vom 19. Januar 2009 (act. G 3.30) und im Schlusszeugnis vom 28. Februar 2011 (act. G 3.31) hervorhob, dass der Beschwerdeführer "stets bereit und in der Lage" gewesen sei, "zusätzliche Aufgaben zu übernehmen, auch über die übliche Arbeitszeit hinaus". Es ist deshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zumindest in nennenswertem Umfang Überstunden geleistet hat, deren Kompensation die damalige Arbeitgeberin - trotz dreimaligen Gesprächsanstrengungen des Beschwerdeführers (vgl. act. G 3.11) - verweigerte (act. G 3.13).

2.2.3 Dass die ehemalige Arbeitgeberin die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Überstunden nicht anerkannte, vermag daran nichts zu ändern (Kündigungsbestätigung vom 4. Januar 2011, act. G 3.13), zumal diese Sichtweise mit den genannten Zeugnisangaben (act. G 3.30 f.) nicht zu vereinbaren ist. Des Weiteren darf auch nicht ausser Acht bleiben, dass der von der Arbeitgeberin vertretene Standpunkt nicht unvoreingenommen erfolgte und es im Übrigen ihre Pflicht gewesen wäre, für eine Arbeitszeitkontrolle mit gesonderter Überstundenerfassung zu sorgen (vgl. vorstehende E. 2.2). Die Behauptung, es bestünden im Jahr 6 Monate mit viel Arbeit und 6 Monate mit wenig Arbeit findet in den Akten keine Stütze. Zudem widerspricht dieser Darstellung die Überzeiterfassungen des Beschwerdeführers, der für 7 Monate eine Erfassung mit Überstunden unter Berücksichtigung von Minusstunden vorweist (August 2010 bis und mit Februar 2011, act. G 3.12). Selbst



wenn Beschäftigungsschwankungen während eines Jahres vorgelegen hätten, wäre es im Übrigen nicht Sache der arbeitnehmenden Person, ohne explizite Vereinbarung beispielsweise einer Jahresarbeitszeit, solche Schwankungen auszugleichen.

2.3 Bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit des Stellenverbleibs ist weiter zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer gemäss des einzelarbeitsvertraglich für anwendbar erklärten Art. 17 Abs. 1 GAV für die von 22:00 bis 04:00 Uhr geleisteten Arbeitsstunden Anspruch auf einen Lohnzuschlag von 25% des vereinbarten Lohnes gehabt hätte. Aus den Lohnabrechnungen ergibt sich indessen, dass die Arbeitgeberin dieser Entschädigungspflicht für die unbestrittenermassen nach 22:00 Uhr geleisteten Arbeitsstunden nicht nachgekommen ist (act. G 3.10). Gleiches gilt im Übrigen für den Anspruch auf einen 13. Monatslohn (vgl. Art. 13 Abs. 1 GAV).

2.4 Zu Gunsten des Beschwerdeführers wirkt sich auch der Umstand aus, dass er sich nebst den von ihm mit der Arbeitgeberin gesuchten Gesprächen glaubhaft seit August 2010 um eine andere Stelle bemühte (zur Bewerbungsliste vgl. act. G 3.32) und trotz der wiederholten Pflichtverletzungen der Arbeitgeberin noch mehrere Monate mit einer Kündigung zuwartete.

2.5 In Würdigung der gesamten Umstände war dem Beschwerdeführer ein weiterer Verbleib bei der ehemaligen Arbeitgeberin nicht mehr zumutbar. Eine Einstellung nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG in Verbindung mit Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV fällt somit ausser Betracht.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 8. Juli 2011 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. 39 VRP

entschieden:



1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 8. Juli 2011 aufgehoben.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.