



Fall-Nr.: AVI 2012/43
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 06.02.2013
Entscheiddatum: 06.02.2013

Entscheid Versicherungsgericht, 06.02.2013

Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG. Arbeitgeberkündigung. Ungenügende Leistungserbringung. Eventualvorsatz verneint (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St.Gallen vom 6. Februar 2013, AVI 2012/43).

Versicherungsrichterin Marie Löhner (Vorsitz), Versicherungsrichter Joachim Huber,

Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Philipp Geertsen

Entscheid vom 6. Februar 2013

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter Sutter, Haus Eden, Paradiesweg 2,
Postfach, 9410 Heiden,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Einstellung in der Anspruchsberechtigung (Arbeitgeberkündigung)

Sachverhalt:

A.

A.a A.____ arbeitete seit 23. Juni 2008 als Hilfsschweisser/Allrounder für die B.____ AG (act. G 3.4). Am 28. Oktober 2011 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten per 31. Dezember 2011 (act. G 3.2). Im Antrag vom 9. Dezember 2011 (Datum Posteingang RAV) erhob der Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.1). Die Kantonale Arbeitslosenkasse ersuchte die ehemalige Arbeitgeberin am 14. Dezember 2011 um Stellungnahme zur Kündigung (act. G 3.13). Diese führte am 2. Januar 2012 aus, der Versicherte habe keine arbeitsrechtlichen Pflichten verletzt. Er sei schon seit längerem das schwächste Mitglied im Team gewesen und immer wieder aufgefordert worden, sich in Bezug auf Qualität und Quantität seiner Arbeit zu verbessern. Er sei deswegen auch mehrmals mündlich verwarnet worden. Leider hätten sich seine Leistungen nicht verbessert. Deshalb habe sie sich entschlossen, den Versicherten durch einen neuen motivierteren Mitarbeiter zu ersetzen (act. G 3.16; vgl. zum Kündigungsgrund auch die Arbeitgeberbescheinigung vom 2. Januar 2012, act. G 3.18).

A.b Auf Aufforderung der Kantonalen Arbeitslosenkasse hin äusserte sich der Versicherte am 13. Januar 2012 zu den von der Arbeitgeberin genannten Kündigungsumständen. Der Stellungnahme legte er verschiedene schriftliche Verwarnungen und das Arbeitszeugnis vom 2. Januar 2012 bei. Die Verwarnungen bezögen sich aber nicht auf seine Leistungen. Seine Leistungen seien nie kritisiert worden. Im März 2011 sei er an der Hand operiert worden. Daraufhin sei er über einen Monat lang arbeitsunfähig gewesen. Er habe das Gefühl, dass sich die Situation nach der Rückkehr an den Arbeitsplatz zu seinen Ungunsten verändert habe. Dies habe schliesslich zur Kündigung geführt (act. G 3.24).

A.c Mit Verfügung vom 23. Januar 2012 stellte die Kantonale Arbeitslosenkasse den Versicherten wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für 35 Tage in der



St.Galler Gerichte

Anspruchsberechtigung ein. Der Versicherte habe mit seinem Verhalten der Arbeitgeberin einen Grund für die Kündigung gegeben, weshalb ihn ein schweres Verschulden an der Arbeitslosigkeit treffe (act. G 3.25).

A.d Dagegen erhob der Versicherte am 22. Februar 2012 Einsprache (act. G 3.34), die er am 29. März 2012 ergänzend begründete. Er bestritt darin den Vorwurf, ihn treffe an der Kündigung ein Verschulden (act. G 3.50). Die Kantonale Arbeitslosenkasse wies die Einsprache mit Entscheid vom 3. April 2012 ab. Die Arbeitgeberin sei sowohl mit der Qualität als auch der Quantität der vom Versicherten geleisteten Arbeit nicht zufrieden gewesen. Dieser habe damit selbst Anlass zur Kündigung gegeben (act. G 3.52).

B.

B.a Gegen den Einspracheentscheid vom 3. April 2012 richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 30. April 2012. Der Beschwerdeführer beantragt darin unter Kosten- und Entschädigungsfolge dessen Aufhebung und den Verzicht auf eine Einstellung. Eventualiter sei die Dauer der Einstellung angemessen zu reduzieren. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass er stets die gleichen Leistungen erbracht habe, wenn auch auf einem bescheidenen Niveau eines Hilfsschweissers. Ein Leistungsabfall habe nicht stattgefunden. Des Weiteren habe die Arbeitgeberin ausdrücklich festgehalten, dass er keine arbeitsrechtlichen Pflichten verletzt habe. Deshalb dürfe ihm kein Verschulden angelastet werden. Tatsache sei offenbar, dass die Arbeitgeberin festgestellt habe, die Stelle sei mit einer unterqualifizierten Person besetzt worden und dass sie diese nun mit einer qualifizierteren Person - mutmasslich nicht mehr mit einem Hilfsschweisser, sondern mit einem Schweisser - besetzen wolle. Die Arbeitgeberin habe nicht dargelegt, inwiefern er welche Leistung in welcher Hinsicht nicht erbracht haben soll. Er habe die Leistungen erbracht, zu denen er aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung sowie seiner persönlichen Verhältnisse fähig gewesen sei. Etwas anderes sei nicht ausgewiesen. Schliesslich sei selbst bei Vorliegen einer vorwerfbaren Leistungseinbusse das angeordnete Sanktionsmass völlig unverhältnismässig (act. G 1).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt unter Hinweis auf den angefochtenen Einspracheentscheid die Beschwerdeabweisung (act. G 3).



B.c Der Beschwerdeführer hat nach Einsichtnahme in die Akten auf eine weitere Stellungnahme verzichtet (act. G 7).

Erwägungen:

1.

1.1 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]).

1.2 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 (nachfolgend Übereinkommen; SR 0.822.726.8) in Kraft getreten. Gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens können Leistungen 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 (BGE 124 V 236 f. E. 3c). Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung setzt somit voraus, dass die versicherte Person vorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat (Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; ab 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom



26. April 2006, C 6/06, E. 1.1 und C 11/06, E. 1, je mit Hinweisen auf BGE 124 V 236 E. 3b). Im Sozialversicherungsrecht handelt vorsätzlich, wer eine Tat mit Wissen und Willen begeht, oder mindestens im Sinn des Eventualvorsatzes in Kauf nimmt (Jacqueline Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Diss. Zürich 1998, S. 52). Eine zumindest eventualvorsätzliche Herbeiführung der Arbeitslosigkeit liegt beispielsweise dann vor, wenn die versicherte Person auf Grund einer Verwarnung weiss, dass ein bestimmtes Verhalten vom Arbeitgeber 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 grob fahrlässig zur Kündigung durch den Arbeitgeber beigetragen, ist eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens nicht zulässig.

1.3 Beim Einstellungsgrund nach Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV genügt der im Sozialversicherungsrecht übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht, sondern das der versicherten Person zur Last gelegte Verhalten muss 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; Nussbaumer, a.a.O., Rz 831 mit Hinweisen).

2.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer zu Recht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für 35 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt hat. Die Einstellung gründet auf den Angaben der ehemaligen Arbeitgeberin (act. G 3.16), wonach die Arbeitsleistung des Beschwerdeführers qualitativ und quantitativ nicht ausreichend gewesen sein soll (act. G 3.52).



2.1 Zunächst weist der Beschwerdeführer zu Recht darauf hin, dass die ehemalige Arbeitgeberin in der Stellungnahme vom 2. Januar 2012 bestätigt hat, er habe keine arbeitsrechtlichen Pflichten verletzt (act. G 3.16). Zu überprüfen ist, ob der Beschwerdeführer der Arbeitgeberin dennoch durch vermeidbares Verhalten begründeten Anlass zur ordentlichen Kündigung gegeben hat (vgl. Chopard, a.a.O., S. 107). Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob der Beschwerdeführer die Kündigung eventualvorsätzlich herbeigeführt hat.

2.2 Zu den Umständen, die allenfalls auf eventualvorsätzliches Verhalten schliessen lassen, gehören die Grösse des der betroffenen Person bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, ihre Beweggründe und die Art der Tathandlung. Das Gericht darf vom Wissen der betroffenen Person auf deren Willen schliessen, wenn sich der betroffenen Person der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juni 2012, 8C_872/2011, E. 4.2.2 mit Hinweis auf BGE 138 V 84 E. 8.4.1).

2.2.1 Ins Gewicht fällt bei der Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines Eventualvorsatzes, dass die ehemalige Arbeitgeberin nach der ersten Verwarnung infolge unzureichender Leistungserbringung vom 20. August 2009 (act. G 3.24) mit einer Kündigung (zur Kündigung vom 28. Oktober 2011 vgl. act. G 3.2) noch mehr als zwei Jahre zuwartete. Den Vorwurf, dass die Quantität der vom Beschwerdeführer erbrachten Leistungen in der Registerabteilung stark abgenommen habe, und die Androhung der Kündigung bei unverbesselter Leistungserbringung wiederholte die ehemalige Arbeitgeberin zwar in der schriftlichen Verwarnung vom 9. Juli 2010 (act. G 3.24). Allerdings liegen zwischen der ersten und zweiten Verwarnung rund 11 Monate und zwischen der zweiten Verwarnung und der Kündigung rund 14 Monate. Mit Blick auf die lange zeitliche Distanz zwischen den beiden schriftlichen Verwarnungen bzw. der letzten schriftlichen Verwarnung und der Kündigung, erscheint es höchstens grob fahrlässig, wenn der Beschwerdeführer den Verwarnungen mit der Zeit die Bedeutung zumass, es handle sich dabei primär um - wenn auch ernstzunehmende - Leistungserwartungen und der Hinweis auf die Kündigungsoption erfolge lediglich der Vollständigkeit halber. Dies gilt umso mehr, als die ehemalige Arbeitgeberin -



zumindest im Fall des Beschwerdeführers - bei jeglicher Verfehlung eine schriftliche Verwarnung mit Kündigungsandrohung vornahm (vgl. zu den Verwarnungen vom 31. März 2010 wegen um 11 Minuten verspäteten Arbeitsantritts und vom 22. Januar 2010 wegen unerlaubter Bedienung eines Staplers act. G 3.24), weshalb er zumindest ab Anfang 2011 (rund fünf Monate nach der letzten schriftlichen Verwarnung) nicht mehr von einer akuten Kündigungsgefahr wegen ungenügender Leistung ausgehen musste.

2.2.2 Zugunsten des Beschwerdeführers ist in diesem Zusammenhang weiter zu berücksichtigen, dass weder in der nachträglichen Begründung für die Kündigung vom 2. Januar 2012 (act. G 3/A16) noch im Kündigungsschreiben vom 28. Oktober 2011 (act. G 3/A2) ein konkreter Anlass bzw. Auslöser genannt wird, der den Zeitpunkt der Kündigung als nachvollziehbar erscheinen lässt. Vor dem Hintergrund der langen zeitlichen Distanz zwischen der letzten schriftlichen Verwarnung und der Kündigung erscheint die Begründung "er war schon seit längerem das schwächste Mitglied im Team" und "Leider konnten wir keine Verbesserung in seinen Leistungen feststellen." für ein konkret verwerfbares Verhalten als sehr vage. Damit bleibt insbesondere offen, ob die Kündigung letztlich aufgrund mangelnden Könnens oder Wollens erfolgte. Aus den genannten Umständen ergibt sich aber nicht - und das ist entscheidend -, der Beschwerdeführer habe unmittelbar vor der Kündigung eine wesentliche Pflichtverletzung begangen oder ein anderes Verhalten gezeigt, bei welchem er von einem erheblichen Kündigungsrisiko hätte ausgehen müssen.

2.2.3 Damit geht einher, dass die ehemalige Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer nach der letzten schriftlichen Verwarnung erneut eine - wenn auch geringfügige - Lohnerhöhung per 1. März 2011 gewährte (act. G 3.3). Aufgrund dieser Lohnerhöhung durfte der Beschwerdeführer schliessen, dass sich die Zufriedenheit der Arbeitgeberin mit seiner Arbeitsleistung im Vergleich zum 9. Juli 2010 verbessert hatte und - unter Mitberücksichtigung des Umstands, dass keine weitere schriftliche Verwarnung mehr ausgesprochen wurde (vgl. vorstehende E. 2.2.2) - keine akute Kündigungsgefahr (mehr) drohte.



St.Galler Gerichte

2.2.4 Diese Sichtweise wird durch das durchwegs wohlwollend formulierte Arbeitszeugnis vom 2. Januar 2012 bekräftigt, worin davon gesprochen wird, der Beschwerdeführer habe die ihm übertragenen Arbeiten zur vollen Zufriedenheit erledigt (act. G 3.24).

2.2.5 Kann dem Beschwerdeführer nach dem Gesagten kein eventualvorsätzliches sondern höchstens ein fahrlässiges Verhalten zur Last gelegt werden, ist von einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung abzusehen.

3.

In Gutheissung der Beschwerde ist der Einspracheentscheid vom 3. April 2012 aufzuheben. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. 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.--. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers verzichtete auf das Einreichen einer Kostennote. Im vorliegenden Fall erscheint eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 3. April 2012 aufgehoben.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.



3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.