



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 23. November 2016 (715 16 117)

Arbeitslosenversicherung

Selbstverschuldete Arbeitslosigkeit nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG liegt nicht vor. Da auch kein weiterer Einstellungsstatbestand erfüllt ist, sind die 24 Einstelltage zu Unrecht verfügt worden.

_____ Besetzung Präsidentin Eva Meuli, Gerichtsschreiberin Christina Markiewicz

_____ Parteien A._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Simon Gass, Advokat,
Picassoplatz 8, Postfach 330, 4010 Basel

gegen

Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32,
Postfach, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

_____ Betreff Einstellung in der Anspruchsberechtigung (756.3646.5646.93)

A. A._____ war Gesellschafter und zugleich Geschäftsführer der B._____. Am 19. Dezember 2013 erlitt er einen Unfall und war bis zum 16. November 2014 arbeitsunfähig. Am 26. Januar 2015 erfolgte die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Insolvenz

der B.____. A.____ meldete sich am selben Tag bei der Arbeitslosenkasse (Kasse) zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 29. Januar 2015 einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 27. Januar 2015. Mit Verfügung vom 29. April 2015 stellte die Kasse A.____ gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 für 24 Tage in der Anspruchsberechtigung ein, weil er zu Lasten der Versicherung auf Lohn- bzw. Entschädigungsansprüche gegenüber seiner bisherigen Arbeitgeberin verzichtet habe. Zur Begründung führte sie an, dass A.____ mit Informationsschreiben vom 5. Februar 2015 auf Art. 337 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 aufmerksam gemacht und aufgefordert worden sei, seine gesetzlichen und vertraglichen Lohnansprüche beim zuständigen Bezirksgericht geltend zu machen. Da er dieser Aufforderung nicht nachgekommen sei, sei er wegen Lohnverzichts gegenüber seiner ehemaligen Arbeitgeberin in der Anspruchsberechtigung einzustellen. Gegen diese Verfügung erhob A.____, vertreten durch Advokat Simon Gass, mit Eingabe vom 1. Juni 2015 Einsprache. Er beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und führte an, dass die Firma als Beklagte nicht passivlegitimiert sei, da sie bereits in Liquidation gestanden sei, als die fristlose Kündigung ausgesprochen worden sei. Selbst wenn er Klage erhoben hätte, wäre sie kostenpflichtig abgewiesen worden. Somit habe er der Aufforderung im Informationsschreiben nicht nachkommen können. Hingegen habe er die Forderung für die Löhne Februar und März 2015 beim zuständigen Konkursamt angemeldet. Demnach habe er nicht auf Lohn gegenüber seiner ehemaligen Arbeitgeberin verzichtet.

Mit Entscheid vom 15. März 2016 wies die Kasse die Einsprache ab und bestätigte die Verfügung vom 29. April 2015. In ihrer Begründung gab sie dem Versicherten insofern Recht, dass die Lohnforderung nicht mittels Klage, sondern beim Konkursamt geltend zu machen sei. Der Versicherte habe folglich rechtens gehandelt. Er sei jedoch trotzdem in seiner Anspruchsberechtigung einzustellen und zwar in Anwendung von Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit. Als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer habe der Versicherte Einblick in die finanzielle Situation der B.____ gehabt. Bei sorgfältiger Geschäftsführung hätte er demnach erkennen müssen, dass seine Firma überschuldet gewesen sei und die Insolvenz drohe. Es wäre ihm deshalb zuzumuten gewesen, sich selber rechtzeitig zu kündigen, um die Kündigungsfrist von zwei Monaten einzuhalten. Da der Versicherte dies unterlassen habe, habe er freiwillig auf zwei Monatslöhne verzichtet und sei deshalb zurecht mit 24 Tagen in der Anspruchsberechtigung eingestellt worden. Entgegen seiner Behauptungen in der Einsprache vom 1. Juni 2015 habe er gegenüber seiner ehemaligen Arbeitgeberin, der B.____, nachweislich auf die Kündigungsfrist und auf seinen Lohn verzichtet.

B. Dagegen erhob A.____, vertreten durch Advokat Simon Gass, Beschwerde ans Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht. Er beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides. Die Kasse sei dementsprechend anzuweisen, dem Be-

schwerdeführer die eingestellten Taggelder auszubezahlen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Gewährung des rechtlichen Gehörs infolge des Wechsels des Einstellungsgrundes an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Einspracheinstanz stelle sich ganz offensichtlich auf den Standpunkt, der Versicherte hätte sich „auf Vorrat“ Ende Oktober oder Ende November 2014 ordentlich kündigen müssen, damit die Kündigungsfrist von zwei Monaten bis zur Konkurseröffnung am 19. Januar 2015 hätte laufen können. Der Vorwurf des Verzichts auf die ordentliche Kündigungsfrist mache rechtlich jedoch keinen Sinn. Denn es sei tatsächlich so gewesen, dass das Arbeitsverhältnis bis am 26. Januar 2015 Bestand gehabt und der Versicherte bis dahin Lohn erhalten habe. Erst dann sei das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst worden. Der Arbeitnehmer habe damit gerade nicht auf die (hypothetische) ordentliche Kündigungsfrist bis zur Insolvenz verzichtet, sondern den Lohn bis zum letztmöglichen Zeitpunkt erhalten. Dies stelle die Kasse auch nicht in Abrede. Insofern gehe der Vorwurf der verspäteten Kündigung und damit der selbst verschuldeten Arbeitslosigkeit fehl. Es erscheine geradezu absurd, dass der Versicherte sich auf Vorrat hätte kündigen müssen, um eine ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten, deren Dauer durch die tatsächlich erfolgte fristlose Kündigung gar nicht tangiert worden sei. Es sei auch nicht auszuschliessen, dass die Kasse, hätte der Beschwerdeführer tatsächlich früher und ordentlich gekündigt, Einstelltage verfügt hätte mit der Begründung, der Versicherte habe zu früh gekündigt.

C. Mit Vernehmlassung vom 4. Juli 2016 beantragte die Kasse die Abweisung der Beschwerde. Sie machte erneut geltend, dass es dem Beschwerdeführer möglich und zumutbar gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis frühzeitig, sprich unter der vertraglichen Kündigungsfrist von zwei Monaten, zu kündigen. Die Konkurseröffnung sei absehbar und die Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist für den Beschwerdeführer ohne weiteres möglich, zumutbar und planbar gewesen. Die Kündigung wäre somit eben nicht auf Vorrat ausgesprochen worden, sondern eine fristgerechte Kündigung wäre in Berücksichtigung seiner Kenntnisse über die finanziellen Belange der Firma zumutbar und möglich gewesen. Sofern eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege, könne diese durch die Anhörung im Beschwerdeverfahren als geheilt betrachtet werden.

Die Präsidentin zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss § 55 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 entscheidet die präsidierende Person der Abteilung Sozialversicherungsrecht des Kantonsgerichts Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 10'000.-- durch Präsidialentschied. Streitig und zu prüfen ist vorliegend, ob die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer zu Recht für die Dauer von 24 Tagen in der Anspruchsberechtigung eingestellt hat. Da der Streitwert unter Fr. 10'000.-- liegt, ist die Angelegenheit präsidial zu entscheiden.

2. Anfechtungsgegenstand im kantonalen Verfahren bildet der Einspracheentscheid vom 15. März 2016, mit welchem die Kasse die Einstellung in der Anspruchsberechtigung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG (selbstverschuldete Arbeitslosigkeit) begründete. Mit diesem Entscheid bestätigte die Kasse die am 29. April 2015 verfügten 24 Einstelltage. In der Begründung wechselte sie jedoch den Einstellungsgrund von Art. 30 Abs. 1 lit. b AVIG zu nunmehr Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG. Das Gericht überprüft frei, insbesondere ohne Bindung an die rechtliche Qualifikation des der versicherten Person vorgeworfenen Verhaltens, ob und gegebenenfalls welcher der in Art. 30 Abs. 1 AVIG und Art. 44 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 normierten Einstellungsstatbestände erfüllt sind. Dabei ist im Beschwerdeverfahren unter Wahrung des Gehörsanspruchs ein Wechsel des Einstellungsgrundes bei gleichem Sachverhalt zulässig (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, Rz 874, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel 2016). Die von der Vorinstanz vorgenommene Substitution des Einstellungsgrundes ist unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs problematisch, weil die Kasse in der Verfügung nicht auf den Tatbestand von Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG Bezug genommen hat. Ob die Regelung der Wahrung des Gehörsanspruchs bei Wechsel des Einstellungsgrundes auch auf das Verwaltungsverfahren zu übertragen ist und demnach das rechtliche Gehör bei Änderung des Einstellungsgrundes im Einspracheverfahren vorgängig zu gewähren ist – womit vorliegend eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den Beschwerdeführer zu Recht gerügt worden wäre – kann offen gelassen werden, weil die Beschwerde aus materiellen Gründen gutzuheissen ist.

3. Unbestritten ist, dass vorliegend kein Anwendungsfall von Art. 30 Abs. 1 lit. b AVIG gegeben ist, wonach der Versicherte in der Anspruchsberechtigung einzustellen ist, wenn er zu Lasten der Versicherung auf Lohn- oder Entschädigungsansprüche gegenüber der bisherigen Arbeitgeberin verzichtet hat. Der Versicherte hat nachweislich nicht auf seine Ansprüche verzichtet, sondern diese rechtzeitig beim Konkursamt angemeldet. Die Kasse hat somit richtigerweise im Einspracheentscheid von diesem Einstellungsstatbestand Abstand genommen. Ebenso wenig treffen die Tatbestände von Art. 30 Abs. 1 lit. c-g AVIG auf den hier massgebenden Sachverhalt zu. Somit bleibt zu prüfen, ob die Kasse den Beschwerdeführer zurecht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit und demnach gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG 24 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt hat.

4. Der Tatbestand der selbst verschuldeten Arbeitslosigkeit nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG erfasst Verhaltensweisen der versicherten Person, die kausal für den Eintritt der ganzen oder teilweisen Arbeitslosigkeit sind und eine Verletzung der Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden, bedeuten. Nach der Rechtsprechung ist ein pflichtwidriges Verhalten im natürlichen Sinne kausal, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen; dieses Verhalten braucht nicht alleinige oder unmittelbare Ursache des Erfolges zu sein. Die Feststellung darüber, ob ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht,

beschlägt die tatsächlichen Verhältnisse und beruht auf Beweiswürdigung (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Oktober 2011, 8C_496/2011, E. 4.1.1 mit zahlreichen Hinweisen).

5. Entsprechend der Regelung von Art. 44 Abs. 1 AVIV, welche in den lit. a-d beispielhaft Tatbestände aufzählt - gilt die Arbeitslosigkeit insbesondere dann als selbstverschuldet, wenn der Versicherte durch sein Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat (lit. a). In Nachachtung von Art. 20 lit. b des IAO-Übereinkommens Nr. 168 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 ist eine Einstellung erst zulässig, wenn die gekündigte Person eventualvorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat. Eventualvorsatz ist anzunehmen, wenn die betroffene Person vorhersehen kann oder damit rechnen muss, dass ihr Verhalten zu einer Kündigung durch den Arbeitgeber führt. Der Tatbestand des Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV setzt keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen gemäss Art. 337 bzw. Art. 346 Abs. 2 OR voraus. Es genügt, dass das allgemeine dienstliche oder ausserdienstliche Verhalten der versicherten Person Anlass zur Kündigung oder Entlassung gegeben hat. Selbstverschuldete Arbeitslosigkeit liegt auch vor, wenn der Versicherte das Arbeitsverhältnis von sich aus aufgelöst hat, ohne dass ihm eine andere Stelle zugesichert war, es sei denn, dass ihm das Verbleiben in der Arbeitsstelle nicht zugemutet werden konnte (lit. b). Unter den Tatbestand von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV kann auch das Verhalten einer versicherten Person subsumiert werden, die eine Kündigung, welche die gesetzliche Frist missachtet, akzeptiert, da sie dadurch auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verzichtet (BGE 112 V 323).

6.1 Es ist somit zu prüfen, ob der Beschwerdeführer mit der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin in eine gesetzwidrige Kündigung eingewilligt und damit die Arbeitslosigkeit im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG selbstverschuldet hat.

6.2 Das Arbeitsverhältnis wurde mit Schreiben vom 26. Januar 2015 seitens der Arbeitgeberin infolge Geschäftsaufgabe fristlos gekündigt. Gemäss Auszug aus dem Handelsregister wurde über die KAB-Bauleitung GmbH mit Verfügung vom 19. Januar 2015 des Konkursrichters des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West mit Wirkung ab dem 19. Januar 2015 der Konkurs eröffnet; die Gesellschaft wurde damit aufgelöst und befand sich im Zeitpunkt der Kündigung in Liquidation. Eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses kam damit gar nicht in Frage. Somit kann dem Beschwerdeführer selbstverschuldete Arbeitslosigkeit nicht vorgeworfen werden.

7.1 Die Kasse sieht jedoch ein Selbstverschulden des Beschwerdeführers an seiner Arbeitslosigkeit darin, dass er bei sorgfältiger Geschäftsführung hätte erkennen sollen bzw. müssen, dass seine GmbH überschuldet sei und bald insolvent sein würde. Es wäre ihm deshalb zuzumuten gewesen, sich selber rechtzeitig zu kündigen und die Kündigungsfrist von zwei Monaten einzuhalten. Da der Versicherte dies unterlassen habe, habe er freiwillig

auf zwei Monatslöhne verzichtet und sei deshalb zu Recht mit 24 Tagen in der Anspruchsbeurteilung eingestellt worden.

7.2 Diese Begründung ist nicht nachvollziehbar. Mit dem Argument, der Versicherte habe auf die ordentliche Kündigungsfrist von zwei Monaten und damit auf seine Lohnforderungen verzichtet, bringt die Kasse einerseits den Tatbestand von Art. 30 Abs. 1 lit. b AVIG wieder ins Spiel, welchen sie vorher im selben Entscheid – richtigerweise – als nicht anwendbar beurteilte. Zum anderen macht sie aber geltend, dass der Versicherte als Arbeitnehmer hätte künden sollen, damit die ordentliche Kündigungsfrist von zwei Monaten bis zur Konkurseröffnung am 19. Januar 2015 hätte laufen können. Er hätte somit spätestens Ende November 2014 ordentlich künden müssen. Bereits der Vorwurf an einen Arbeitnehmer, dass er seine Arbeitslosigkeit selbst verschuldet hat, weil er nicht „rechtzeitig ordentlich“ gekündigt hat, ist unverständlich. Der Rechtsvertreter führt diesbezüglich zurecht an, dass der Arbeitnehmer damit Gefahr laufen würde, eingestellt zu werden, weil er auf „Vorrat“ gekündigt und damit auf Leistungen verzichtet hat. Zudem macht es keinen Sinn, die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten, deren Ende mit dem Zeitpunkt der fristlosen Kündigung einhergeht. Der Beschwerdeführer hat nachweislich Lohn bis Ende Januar 2015 erhalten. Dies stellt die Kasse auch gar nicht in Abrede. Somit hätte auch eine ordentliche Kündigung nichts an der Sachlage geändert. Der Vorwurf der verspäteten Kündigung und damit der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit geht fehl. Die 24 Einstelltage sind zu Unrecht verfügt worden. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen.

8. Strittig ist weiter die Ausrichtung einer Parteientschädigung für das Einspracheverfahren. Nach Art. 52 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 ist das Einspracheverfahren kostenlos, Parteientschädigungen werden in der Regel nicht ausgerichtet. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Anspruch auf Parteientschädigung bei einer Guttheissung möglich, wenn der obsiegenden Partei eine unentgeltliche Vertretung bestellt wurde (Art. 37 Abs. 4 ATSG, Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung; BGE 130 V 573). In einem solchen Fall entfällt grundsätzlich der Anspruch auf Entschädigung des unentgeltlichen Vertreters (BGE 117 V 404 f.). Dieser Fall liegt vorliegend nicht vor. Das Bundesgericht hat die Frage, ob die Zusprechung einer Parteientschädigung auch bei Vorliegen besonderer Umstände und zwar unabhängig der Bewilligung einer unentgeltlichen Vertretung zulässig ist, bis anhin offen gelassen (vgl. UELI KIESER, ATSG-Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2015, Art. 52 Rz 68). Der Wortlaut von Art. 52 Abs. 3 ATSG lässt es im Grundsatz zu, dass in Ausnahmefällen die Zusprechung einer Parteientschädigung erfolgen kann. Ein solcher Ausnahmefall im Sinne von Art. 37 Abs. 4 ATSG liegt vor, wenn schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen eine Vertretung notwendig erscheinen lassen und eine Verbeiständung durch Verbandsvertreter, Fürsorger oder andere Fach- oder Vertrauensleute sozialer Institutionen nicht in Betracht fällt. Zu gewichten ist auch die Fähigkeit der versicherten Person, sich im Verfahren zurechtzufinden. Der Beizug eines Anwalts oder einer Anwältin kann sich daher rechtfertigen, wenn der Sach-

verhalt komplex ist, schwierige Rechtsfragen zu beantworten oder komplizierte Prozessvorschriften zu beachten sind. Auch die Bedeutung der Streitsache ist zu berücksichtigen. Die Oficialmaxime rechtfertigt es, an die Voraussetzungen, unter denen eine Verbeiständung durch einen Advokaten oder eine Advokatin sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht vom 19. Dezember 2012 [715 12 212]). Ein solcher Ausnahmefall ist hier zu verneinen. Die von der Einspracheinstanz zu beurteilende Rechtsfrage war weder besonders schwierig noch waren komplizierte Prozessvorschriften zu berücksichtigen bzw. ein komplexer Sachverhalt zu beurteilen. Zudem konnte dem Versicherten als Geschäftsführer zugetraut werden, das Einspracheverfahren ohne Rechtsbeistand zu absolvieren. Eine Parteientschädigung für das Einspracheverfahren ist demnach nicht geschuldet.

9.1 Es bleibt über die Kosten für das Beschwerdeverfahren zu entscheiden. Art. 61 lit. a ATSG hält fest, dass der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben.

9.2 Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zu Lasten der Kasse zuzusprechen. Der Rechtsvertreter machte in seiner Honorarnote vom 22. Juli 2016 für das vorliegende Beschwerdeverfahren einen Zeitaufwand von 3 Stunden und 50 Minuten geltend, was angemessen ist. Nicht zu beanstanden sind sodann die in der Honorarnote ausgewiesenen Auslagen von insgesamt Fr. 32.--. Dem Beschwerdeführer ist demnach eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'069.55 (3 Stunden und 50 Minuten à Fr. 250.-- + Auslagen von Fr. 32.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Kasse zuzusprechen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Einspracheentscheid vom 15. März 2016 wird aufgehoben.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland hat dem Beschwerdeverföhrer eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'069.55 (inkl. Auslagen und 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.



**Kantonsgericht
Basel-Landschaft**
Abteilung Sozialversicherungsrecht

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>