

## **BGer 8C\_138/2017 vom 23. Mai 2017**

Bundesgericht, 2017-05-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_138\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_138_2017)

FR: TF 8C\_138/2017 du 23 mai 2017

IT: TF 8C\_138/2017 del 23 maggio 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Da den beiden Beschwerden derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die Rechtsmittel den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen ( BGE 131 V 59 E. 1 S. 60 f., 128 V 124 E. 1 S. 126).

#### **E. 2**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG; BGE 135 II 384 E. 2.2.1 S. 389). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG ). Rechtsfragen sind die vollständige Feststellung erheblicher Tatsachen, die Beachtung des Untersuchungsgrundsatzes bzw. der Beweiswürdigungsregeln nach Art. 61 lit. c ATSG . Bei der konkreten Beweiswürdigung geht es um Sachverhaltsfragen (nicht publ. E. 1 des Urteils BGE 141 V 585 ).

#### **E. 3.1**

Vorab bestreitet die Versicherte die funktionelle Zuständigkeit der vorinstanzlichen Einzelrichterin. Diese erwog pauschal, der Streitwert liege unter Fr. 10'000.-, weshalb der Entscheid gemäss § 18a Abs. 2 lit. a JusG einzelrichterlich erfolgen könne. Die Versicherte rügt, bei den vorinstanzlich bestrittenen 31 Einstelltagen und ihrem Taggeld von Fr. 370.85 betrage der Streitwert Fr. 11'496.35, weshalb die Beurteilung nicht rechtskonform sei.

#### **E. 3.2**

Die Rechtspflegebestimmung des Art. 61 ATSG enthält keine Vorschrift über die Zusammensetzung der kantonalen Versicherungsgerichte. Die Regelung dieser Frage obliegt somit den Kantonen. Sowohl Art. 30 Abs. 1 BV als auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK geben dem Einzelnen Anspruch auf richtige Besetzung des Gerichts und Einhaltung der jeweils geltenden staatlichen Zuständigkeitsordnung ( BGE 129 V 335 E. 1.3.1 S. 338; 128 V 82 E. 2a S. 84 ; 127 I 128 E. 3c S. 130; SVR 2015 EL Nr. 13 S. 37, 9C\_585/2014 E. 3.1). Rechtsverletzungen im Sinne von Art. 95 lit. a und b BGG prüft das Bundesgericht grundsätzlich frei, einschliesslich die Frage, ob die Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechts zu einer Bundesrechtswidrigkeit führt. Im Übrigen prüft das Bundesgericht die Handhabung kantonalen Rechts - vorbehaltlich der in Art. 95 lit. c und d

BGG genannten Fälle - bloss auf Willkür hin ( Art. 9 BV ; vgl. BGE 131 I 467 E. 3.1 S. 473 f.). Mit freier Kognition beurteilt es indessen die Frage, ob die als vertretbar erkannte Auslegung des kantonalen Prozessrechts mit den genannten Garantien der Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar ist (Urteil 8C\_525/2012 vom 16. November 2012 E. 2.2.2). Bei falscher Besetzung des Gerichts ist der angefochtene Entscheid grundsätzlich ohne Prüfung der materiell streitigen Fragen aufzuheben (vgl. BGE 125 V 499 E. 2c S. 502; SVR 2015 EL Nr. 13 S. 37 E. 1).

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass der Streitwert vorinstanzlich Fr. 11'496.35 betrug (E. 3.1 hiervor). Gemäss § 18a Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a JusG in der bis Ende Februar 2017 gültig gewesen Fassung durfte das Kantonsgericht über Rechtsmittel einzelrichterlich entscheiden, wenn der Streitwert weniger als Fr. 10'000.- betrug. Mit Gesetzesänderung vom 12. Dezember 2016 wurde diese Streitwertgrenze ab 1. März 2017 auf Fr. 20'000.- heraufgesetzt. Demnach erging der angefochtene Entscheid vom 9. Januar 2017 zu Unrecht im einzelrichterlichen Verfahren. Indessen ist zu beachten dass bei einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz die Neubeurteilung aufgrund der ab 1. März 2017 geltenden Verfahrensregelung ohnehin in die Einzelrichterkompetenz fallen würde. Von der Rückweisung ist deshalb aufgrund der zwischenzeitlich geänderten Rechtslage (vgl. BGE 129 V 113 E. 2.2 S. 115) ausnahmsweise abzusehen.

### **E. 4**

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen über die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit (Art. 30 Abs. 1 lit. a, 30 Abs. 3 Satz 3 AVIG; Art. 44 Abs. 1 lit. a, 45 Abs. 3 f. AVIV; Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation [IAO] über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988; BGE 124 V 234 E. 3a und b S. 236, 112 V 242 E. 1 S. 245; vgl. auch ARV 2012 S. 294, 8C\_872/2011 E. 3.2) richtig dargelegt. Gleiches gilt betreffend §§ 18 lit. b und 50 Abs. 4 des kantonalen Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz) vom 26. Juni 2001. Darauf wird verwiesen.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, mit schriftlicher Mahnung vom 30. Juni 2015 habe der Arbeitgeber die Versicherte u.a. aufgefordert, die Weisungen ihrer direkten Vorgesetzten zu befolgen, den Bezug von Ferien- und Kompensationstagen mit ihr und dem Team zu besprechen sowie ihre direkte Vorgesetzte über alle für den Betrieb wesentlichen Informationen in Kenntnis zu setzen. Der Arbeitgeber habe darin mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gedroht, sollte sie ihr Verhalten gegenüber der Vorgesetzten nicht deutlich verbessern. Die Versicherte habe somit wissen können und müssen, dass sie womöglich die Kündigung riskiere, wenn sie die Weisungen ihrer Chefin erneut missachte. Am 18. September 2015 habe sie die direkte Vorgesetzte nicht direkt darüber informiert, dass sie krankheitshalber nicht zum Dienst habe erscheinen können. Weiter sei sie von der direkten Vorgesetzten angewiesen worden, zwischen Weihnachten und Neujahr 2015/16 zum Dienst zu erscheinen. In diesem Zusammenhang sei zu beachten, dass bei Uneinigkeit der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien bestimme und im Zweifel seine Interessen bei der allseitigen Interessenabwägung Vorrang hätten. Dies entspreche Lehre und Praxis zu Art. 329c Abs. 2 OR und habe analog auch für den auf das vorliegende Dienstverhältnis

anwendbaren § 36 Abs. 3 Verordnung zum Personalgesetz des Kantons Luzern (PVO; SRL Nr. 52) zu gelten (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N 7 zu Art. 329c). Die Versicherte habe auf dem Bezug der Ferientage beharrt und schliesslich die betreffenden Eintragungen ihrer Vorgesetzten auf der Monatsplanung mit Tipp-Ex korrigiert. Damit habe sie der Chefin zu verstehen gegeben, dass sie ihre Weisung nicht befolgen werde. Unbeachtlich sei der von ihr angeführte Umstand, wonach sich jeder Angestellter selbstständig in die Monatsplanung eingetragen habe. Entscheidend sei vielmehr, dass sie die von der Chefin vorgenommene Ferieneinteilung entgegen ihrem Willen korrigiert habe. Aufgrund der Mahnung vom 30. Juni 2015 habe die Versicherte wissen könne und müssen, dass sie damit die Kündigung riskieren würde, zumal der eigenmächtige Ferienbezug unter Umständen sogar Anlass für eine fristlose Kündigung geben könne ( BGE 108 II 301 ). Mit diesen Vorkommnissen habe die Versicherte ihre Entlassung zumindest eventualvorsätzlich herbeigeführt. Zwischen ihrem schuldhaften Verhalten und der eingetretenen Arbeitslosigkeit bestehe sodann ein rechtserheblicher Zusammenhang. Ihr Verhalten rechtfertigende Umstände lägen nicht vor. Demnach habe die Kasse sie zu Recht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit in der Anspruchsberechtigung eingestellt.

## **E. 5.2**

Die Versicherte bestreitet, den Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit nach Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV erfüllt zu haben.

### **E. 5.2.1**

In der Beschwerde vom 13. Februar 2017 S. 1-4 Ziff. 2 und in der Vernehmlassung vom 4. April 2017 S. 1-3 Ziff. 1 beruft sich die Versicherte auf eine angebliche Beteiligung ihrer Vorgesetzten an Skandalen, über die sie Bescheid gewusst habe. Deshalb sei ihr gekündigt worden. Bei diesen Ausführungen handelt es sich im Vergleich zu den Vorbringen in der vorinstanzlichen Beschwerde um unzulässige unechte Noven nach Art. 99 Abs. 1 BGG . Denn die Versicherte legt nicht dar, inwiefern erst der kantonale Entscheid zu diesen Vorbringen Anlass gibt bzw. dass ihr deren Geltendmachung vorinstanzlich trotz hinreichender Sorgfalt prozessual unmöglich und objektiv unzumutbar war (nicht publ. E. 1.3 des Urteils BGE 138 V 286 , in SVR 2012 FZ Nr. 3 S. 7 [8C\_690/2011]; Urteil 8C\_741/2016 vom 3. März 2017 E. 7.2).

### **E. 5.2.2**

Unbestritten ist, dass die Versicherte am 18. September 2015 krank war und hierüber am Morgen zunächst lediglich B.\_\_\_\_\_, nicht aber ihre direkte Vorgesetzte informierte. Sie macht geltend, entgegen der Vorinstanz habe sie nicht auf die Combox der Vorgesetzten sprechen können, da auf deren Mobiltelefon keine Combox eingeschaltet gewesen sei. Deshalb habe sie mehrmals darauf angerufen, in der Hoffnung, das Mobiltelefon würde bald eingeschaltet. Gleichzeitig habe sie B.\_\_\_\_\_ vor Ort informiert. Ihre direkte Vorgesetzte habe sie sofort informiert, sobald sie die Möglichkeit dazu gehabt habe. Somit habe sie gegen keine Auflagen verstossen.

Diese Einwände sind unbehelflich. Zum einen sind die Angaben der Versicherten insofern widersprüchlich, als sie gleichzeitig ausführt, das Mobiltelefon und die Combox ihrer Vorgesetzten seien an diesem Morgen früh ausgeschaltet gewesen. Denn wäre das Gerät ausgeschaltet gewesen, hätte die Versicherte bei einem Anrufversuch gar nicht wissen können, ob die Combox an jenem Morgen aktiviert war oder nicht. Zudem ist der

Vorinstanz beizupflichten, dass die Versicherte der Vorgesetzten eine SMS hätte schicken können. Dann hätte diese sie bei Einschaltung des Mobiltelefons sofort erhalten und lesen können.

### **E. 5.2.3**

Letztinstanzlich bestreitet die Versicherte nicht, dass sie die Eintragung ihrer direkten Vorgesetzten auf dem Ferienplan für die Zeit zwischen Weihnachten und Neujahr 2015/2016 mit Tipp-ex korrigiert hat, um am 28. Dezember 2015 frei nehmen zu können.

Die Versicherte bringt aber vor, die Chefin habe verlangt, dass sie ihre freien Tage für 2015 bereits im Voraus zusammenstelle, damit sie planen könne. Somit habe sie ihr ihre freien Tage für 2015, also auch den 28. Dezember, bereits ein Jahr im Voraus, nämlich Ende 2014, angekündigt. Zudem seien noch vier andere Angestellte da gewesen, die andere freie Tage über die Festtage erhalten hätten und am 28. Dezember 2015 hätten arbeiten können. Bei diesen Ausführungen handelt es sich im Vergleich zu jenen in der vorinstanzlichen Beschwerde ebenfalls um unzulässige unechte Noven (vgl. E. 5.2.1 hiavor).

Die übrigen pauschalen Einwände der Versicherten - sie habe bereits Ende Oktober schon 45 Überstunden gehabt, an allen anderen Festtagen gearbeitet und seit 10 Jahren regelmässig zwischen Weihnachten und Neujahr für ihre Familie mit kleinen Kindern frei nehmen dürfen - vermögen ihr Verhalten nicht zu rechtfertigen.

### **E. 5.3**

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zutreffend auf ein fehlerhaftes Verhalten der Versicherten geschlossen, das geeignet war, zur Kündigung der Anstellung durch den Arbeitgeber zu führen. Ihre Beweiswürdigung ist im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens ( BGE 120 Ia 31 E. 4b S. 40) unter dem Blickwinkel der eingeschränkten Kognition (E. 2 hiavor) weder als bundesrechtswidrig noch als willkürlich ( BGE 132 V 393 E. 4.1 S. 400) zu beanstanden. Die Vorinstanz verletzte weder den Untersuchungsgrundsatz ( Art. 61 lit. c ATSG ) noch die Begründungspflicht ( Art. 61 lit. h ATSG ). Auch eine offensichtlich unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung ( Art. 105 Abs. 2 BGG ) liegt nicht vor. Soweit die Versicherte bestreitet, im Rahmen des Arbeitsverhältnisses weitere Verfehlungen begangen zu haben, ist dem entgegenzuhalten, dass ihr weder die Vorinstanz noch letztinstanzlich die Kasse anderweitiges Fehlverhalten als dasjenige gemäss E. 5.2.2 f. hiavor vorwerfen. Weiterungen erübrigen sich somit diesbezüglich.

### **E. 6.1**

Die Festlegung der Einstellungsdauer stellt eine typische Ermessensfrage dar, deren Beantwortung letztinstanzlicher Korrektur nur dort zugänglich ist, wo das kantonale Gericht das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, also eine Über- oder Unterschreitung bzw. ein Missbrauch des Ermessens vorliegt (ARV 2014 S. 145, 8C\_42/2014 E. 6). Das kantonale Gericht darf sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen; es muss sich somit auf Gegebenheiten abstützen können, welche seine abweichende Ermessensausübung als naheliegender erscheinen lassen ( BGE 137 V 71 E. 5.2 S. 73; 126 V 75 E. 6 S. 81; Urteil 8C\_477/2016 vom 23. November 2016 E. 4.1).

### **E. 6.2**

Mit der Einstellungsdauer von 31 Tagen ging die Kasse von der untersten Grenze des schweren Verschuldens aus ( Art. 45 Abs. 3 lit. c AVIG ).

Die Vorinstanz erwog, der Verschuldenszumessung der Kasse könne nicht gefolgt werden. Es müsse nämlich berücksichtigt werden, dass die Versicherte knapp zehn Jahre angestellt gewesen sei und bis zum Führungswechsel im Oktober 2014 beanstandungslos gearbeitet habe. Jedenfalls habe der Arbeitgeber noch im Juli 2014 ein positives Arbeitszeugnis ausgestellt. Zudem habe zwischen der Versicherten und ihrer Chefin ein schwieriges Verhältnis bestanden. Sie hätten offensichtlich fachliche und persönliche Differenzen gehabt. Die Versicherte habe deshalb die zuvor festgestellten Pflichtverletzungen in einem konfliktbelasteten Umfeld begangen. Dieser Umstand mildere ihr Verschulden. Hinzu komme, dass ein Teil der ihr vorgeworfenen Verfehlungen von ihr bestritten werde und nicht überzeugend nachzuweisen sei. Sie stünden deshalb nicht klar fest, wie dies die bundesgerichtliche Praxis verlange. Dies gelte für die Vorwürfe, sie habe sich geweigert, eine Adressliste fertigzustellen, und habe private Arbeiten am Computer erledigt. In Beachtung dieser besonderen Umstände sei ihr Verschulden als mittelschwer zu qualifizieren. Da die Kasse von einem schweren Verschulden ausgegangen sei, lägen triftige Gründe vor, in ihre Ermessensausübung korrigierend einzugreifen. 20 Einstellungstage erschienen als angemessen.

### **E. 6.3**

Entgegen der Vorinstanz hat die Kasse der Versicherten im strittigen Einspracheentscheid gar nicht vorgeworfen, sie habe sich geweigert, eine Adressliste fertigzustellen und private Arbeiten am Computer erledigt. Soweit die Vorinstanz auf das konfliktbelastete Arbeitsumfeld hinweist, ist festzuhalten, dass bereits die Kasse das angespannte Verhältnis zwischen der Versicherten und ihrer Vorgesetzten als verschuldensmindernd ansah.

Hingegen kann mit der Vorinstanz zu Gunsten der Versicherten zusätzlich berücksichtigt werden, dass sie während Jahren zufriedenstellend gearbeitet hat (vgl. auch Urteil C 277/06 vom 3. April 2007 E. 6.2). Weiter ist zu beachten, dass die Kasse der Versicherten im Gegensatz zum strittigen Einspracheentscheid letztinstanzlich nicht mehr vorwirft, am 6. und 7. August 2015 trotz negativem Arbeitszeitsaldo Kompensationstage bezogen zu haben sowie am 14. September 2015 und 30. Oktober 2015 zu spät zur Arbeit erschienen zu sein. Unter diesen Umständen ist entgegen der Kasse nicht von einem schweren Verschulden auszugehen. Mit der Vorinstanz erscheint vielmehr eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung im unteren Rahmen eines mittelschweren Verschuldens im Sinne von Art. 45 Abs. 2 lit. b AVIV und damit von 20 Tagen als angemessen.

### **E. 7**

Das Verfahren ist kostenpflichtig ( Art. 65 Abs. 4 lit. a BGG ). Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ). Ferner wird diese regelmässig verpflichtet, der obsiegenden Partei die durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Bund, Kantone und Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen dürfen in der Regel keine Gerichtskosten auferlegt werden, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis, ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, das Bundesgericht in Anspruch nehmen oder wenn gegen ihre Entscheide in solchen Angelegenheiten Beschwerde geführt worden ist ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Auch wird ihnen in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen ( Art. 68 Abs. 3 BGG ). Unnötige Kosten hat indessen zu bezahlen, wer sie verursacht ( Art. 66 Abs. 3, Art. 68 Abs. 4 BGG ). Dies gestattet auch,

ausnahmsweise die Gerichts- und Parteikosten der Vorinstanz respektive dem Gemeinwesen, dem sie angehört, aufzuerlegen, namentlich, wenn sie in qualifizierter Weise die Pflicht zur Justizgewährleistung verletzt hat ( BGE 142 V 551 E. 9.1 S. 571). Letzteres trifft hier zu, indem die Vorinstanz die funktionelle Zuständigkeitsordnung nicht einhielt (E. 3 hiervor). Dem Kanton Luzern sind demnach die Gerichtskosten aufzuerlegen. Die in eigener Sache prozessierende Partei hat nur in Ausnahmefällen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. BGE 110 V 132 ). Die Voraussetzungen, die kumulativ gegeben sein müssen, damit eine solche Ausnahmesituation anzunehmen ist (komplexe Sache mit hohem Streitwert, hoher Arbeitsaufwand, vernünftiges Verhältnis zwischen dem betriebenen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung, vgl. BGE 129 V 113 E. 4.1 S. 116), sind bei der Versicherten jedoch nicht erfüllt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.