

# GL\_GERICHTE GL-610 vom 25. Februar 2016

GL Gerichte, 2016-02-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl\\_gerichte\\_GL-610](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl_gerichte_GL-610)

FR: GL\_GERICHTE GL-610 du 25 février 2016

IT: GL\_GERICHTE GL-610 del 25 febbraio 2016

## Erwägungen

### E. 1

1.1A. \_\_\_\_\_ meldete sich am 8. Mai 2015 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum Glarus (RAV) zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung ab 1. Juli 2015 an. Am 16. Juli 2015 nahm er eine Beschäftigung im Zwischenverdienst als Produktionsmitarbeiter bei der C. \_\_\_\_\_ AG (Arbeitgeberin), für vier bis sechs Wochen an. Am 20. Juli 2015 blieb er der Arbeit ohne Meldung an die Arbeitgeberin, jedoch mit Meldung an das RAV, fern, da er arbeitsunfähig war. Das (erste) Arztzeugnis von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ ging beim RAV am 20. Juli 2015 ein. Gleichentags kontaktierte die Arbeitgeberin A. \_\_\_\_\_ telefonisch und kündigte das Arbeitsverhältnis fristlos.

1.2 Am 3. September 2015 verfügte die Arbeitslosenkasse Glarus die Einstellung von A. \_\_\_\_\_ in der Anspruchsberechtigung für 21,7 Tage ab 21. Juli 2015 aufgrund selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit. Mit Einspracheentscheid vom 29. September 2015 bzw. 2. Oktober 2015 hielt sie daran fest.

### E. 2

2.1 Die obligatorische Arbeitslosenversicherung will den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit garantieren (Art. 1a Abs. 1 lit. a AVIG). Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags (Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst; Art. 24 AVIG). Gemäss der im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Schadenminderungspflicht (Art. 17 Abs. 1 AVIG) muss der Versicherte jedoch alles Zumutbare unternehmen, um den Eintritt oder das Fortdauern der Arbeitslosigkeit zu verhindern (BGer-Urteil 8C\_12/2010 vom 4. Mai 2010 E. 2.2).

2.2 Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung erfolgt unter anderem, wenn der Versicherte durch eigenes Verschulden arbeitslos ist (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG). Selbstverschuldet ist die Arbeitslosigkeit namentlich dann, wenn die versicherte Person durch ihr Verhalten, insbesondere wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat (Art. 44 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 [AVIV]). Zu den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen eines Arbeitnehmers gehört die Pflicht, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren und diesen rechtzeitig über alle für den Arbeitgeber wesentlichen Tatsachen wie Absenzen zu informieren (Art. 321a Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR]; Ullin Streiff/Adrian von

Kaenel/Roger Rudolph, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 321a N. 4). Ganz allgemein wird eine Verletzung der Treuepflicht angenommen bei falschen oder stark verspäteten Meldungen von wichtigen Ereignissen, wozu die Erkrankung des Arbeitnehmers gehört (Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 167).

Zweck der Einstellung als versicherungsrechtliche Sanktion ist die angemessene Mitbeteiligung des Versicherten am Schaden, den er durch sein pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung natürlich und adäquat kausal verursacht hat (BGE 122 V 34 E. 4c/aa, mit Hinweis). Der Tatbestand der Einstellung in der Anspruchsberechtigung setzt gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV nicht voraus, dass das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen gemäss Art. 337 bzw. Art. 346 Abs. 2 OR aufgelöst wurde. Ebenso wenig ist eine der Kündigung vorangegangene Abmahnung durch die Arbeitgeberin erforderlich. Entscheidend ist allein das Wissen bzw. das Wissenkönnen und -müssen des Versicherten um die Möglichkeit, durch sein Handeln eine Kündigung zu bewirken (BGer-Urteil 8C\_382/2007 vom 7. Februar 2008 E. 5, mit Hinweisen; Kupfer Bucher, S. 162).

2.3 Ein Selbstverschulden des Versicherten liegt vor, wenn oder soweit der Eintritt oder das Andauern der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach den persönlichen Verhältnissen vermeidbaren Verhalten liegt, für das die Versicherung die Haftung nicht übernimmt (BGer-Urteil C 348/00 vom 21. Februar 2001 E. 1a, mit Hinweis). Die versicherte Person muss gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über Beschäftigungsschutz und Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 vorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen haben (vgl. BGE 124 V 234 E. 3a f.). Diese Bestimmung ist auch im Bereich von Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV anwendbar. 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, Zürich 1998, S. 52). Eine zumindest eventualvorsätzliche Herbeiführung der Arbeitslosigkeit liegt beispielsweise dann vor, wenn die versicherte Person aufgrund 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 die versicherte Person nur grobfahrlässig zur Kündigung durch den Arbeitgeber beigetragen, ist die Einstellung in der Anspruchsberechtigung gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens nicht zulässig (vgl. zur Abgrenzung zwischen Grobfahrlässigkeit und Eventualvorsatz BGer-Urteil 8C\_872/2011 vom 6. Juni 2012 E. 4.1 ff., mit Hinweis).

2.4 Gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AVIG ist die versicherte Person in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie zu Lasten der Versicherung auf Lohn- und Entschädigungsansprüche gegenüber ihrem bisherigen Arbeitgeber verzichtet hat. Dies setzt voraus, dass der Arbeitnehmer seine Leistung weiterhin anbietet, der Arbeitgeber diese jedoch ablehnt und damit in Annahmeverzug gerät (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 3. A., Basel 2016, Kap. N Rz. 842).

Wer eine Kündigung akzeptiert, welche die gesetzliche Frist missachtet, verzichtet nicht auf Lohnansprüche, sondern allenfalls auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses. Ein solches Verhalten fällt nicht unter Art. 11 Abs. 3 AVIG, sondern kann den Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit erfüllen (BGE 112 V 323; Kupfer Bucher, S. 164, mit Hinweisen).

2.5 In beweisrechtlicher Hinsicht müssen die dem Einstellungstatbestand zu Grunde liegenden Tatsachen mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erfüllt sein (BGE 126 V 353 E. 5b, 125 V 193 E. 2, je mit Hinweisen). Eine Ausnahme hierzu bildet die Anwendung von Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV, denn praxisgemäss muss das der versicherten Person im Rahmen dieser Bestimmung zur Last gelegte Verhalten in beweismässiger Hinsicht klar feststehen, ansonsten eine Einstellung ausser Betracht fällt (BGE 112 V 242 E. 1; BGer-Urteil 8C\_466/2007 vom 19. November 2007 E. 3.1, C 392/00 vom 8. Oktober 2002 E. 3.1). Nach Art. 81 Abs. 1 lit. a und b AVIG obliegt es der Arbeitslosenkasse, die Anspruchsberechtigung der versicherten Person zu prüfen und sie in den Fällen von Art. 30 Abs. 1 AVIG in der Anspruchsberechtigung einzustellen. Im Rahmen dieser Pflichten hat die Kasse namentlich abzuklären, welche Gründe zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwischen der versicherten Person und ihrem (ehemaligen) Arbeitgeber geführt haben. Dabei ist sie für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts regelmässig auf die Aussagen des ehemaligen Arbeitgebers angewiesen. Dieser wird im Formular ■Arbeitgeberbescheinigung■ auf seine Pflicht zu wahrheitsgetreuer Auskunft (Art. 28 ATSG) und bei zusätzlichen Erkundigungen der Kasse regelmässig auch auf allfällige strafrechtliche Konsequenzen der Verletzung der genannten Pflicht (vgl. Art. 105 und 106 AVIG) aufmerksam gemacht; zudem ist zu berücksichtigen, dass er vom Ausgang des Verfahrens nicht betroffen wird, und es darf in der Regel davon ausgegangen werden, dass er seine Sachverhaltsdarstellungen abgibt, ohne die versicherte Person in einem ungünstigen Licht erscheinen zu lassen (BGE 112 V 242 E. 1, mit Hinweisen).

### **E. 3**

3.1 Der Beschwerdeführer bestreitet das Vorliegen eines Selbstverschuldens. Ihm sei bekannt gewesen, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeiten ab dem dritten Tag melden zu müssen. Er sei jedoch davon ausgegangen, weder in sozialversicherungs- noch in arbeitsvertraglicher Hinsicht verpflichtet zu sein, die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bereits am ersten Tag melden zu müssen. Die Pflicht, seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit am ersten Tag und zudem noch vor Arbeitsbeginn der Arbeitgeberin zu melden, werde im angefochtenen Entscheid nicht dargelegt. Es könne folglich in Bezug auf die Krankheitsmeldung nicht von einer (eventual)vorsätzlichen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten ausgegangen werden. Sodann habe er sich auch keiner anderen Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflicht schuldig gemacht, die es rechtfertigen würde, von einem Selbstverschulden hinsichtlich des Verlustes des Arbeitsplatzes auszugehen. Die Beschwerdegegnerin habe in ihrem Entscheid explizit zugestanden, dass die fristlose Kündigung ausschliesslich deshalb erfolgt sei, weil er am fraglichen Tag nicht zu Arbeit erschienen sei. Bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung sei er ■ im Gegensatz zu einer missbräuchlichen Kündigung ■ nicht verpflichtet, innerhalb der ordentlichen Kündigungsfrist beim Arbeitgeber Einsprache zu erheben. Ihm könne folglich kein Selbstverschulden vorgeworfen werden, weil er die fristlose Kündigung stillschweigend entgegen genommen habe und seither nichts

unternommen habe, um Schadenersatz einzufordern. Vielmehr sei er berechtigt, auch nachträglich innerhalb der arbeitsvertraglichen Verjährungsfrist Schadenersatz- und Lohnansprüche klageweise geltend zu machen. Selbst wenn ihm eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden könnte, hätte er höchstens fahrlässig gehandelt, was jedoch keine Leistungseinstellung rechtfertigte. Die Leistungseinstellung sei schliesslich unverhältnismässig streng ausgefallen. Bei Annahme einer arbeitsvertraglichen Meldepflicht wäre das Verschulden als geringfügig zu qualifizieren und vermöchte eine Leistungseinstellung während rund 20 Tagen nicht zu rechtfertigen.

3.2 Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Auffassung, dass die Kündigung aufgrund der unterlassenen Meldepflicht gegenüber der Arbeitgeberin verschuldet worden sei. Es sei in jedem Fall klar Aufgabe des Beschwerdeführers, eine Arbeitsunfähigkeit der Arbeitgeberin zu melden. Es könne davon ausgegangen werden, dass es dem Beschwerdeführer bekannt gewesen sei, dass er krankheits- bzw. unfallbedingte Arbeitsunfähigkeiten bereits ab dem ersten Tag melden müsse. Er halte sich seit dem Jahr 2011 in der Schweiz auf und habe in den letzten Jahren die meiste Zeit in einem Arbeitsverhältnis gestanden. Sodann habe er gegenüber dem RAV und der Arbeitslosenkasse widersprüchliche Angaben zum Sachverhalt gemacht. Der Beschwerdeführer habe gegen die fristlose Kündigung in keiner Art und Weise interveniert, sondern die Kündigung im Gegenteil stillschweigend zur Kenntnis genommen. Es sei seine Sache, die fristlose Kündigung bzw. die Forderung bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist beim zuständigen Gericht geltend zu machen. Dies habe er bis zum jetzigen Zeitpunkt unterlassen. Offenbar verzichte er aus prozessökonomischen Überlegungen zu Lasten der Arbeitslosenversicherung auf ein arbeitsgerichtliches Verfahren wegen fristloser Kündigung. Er habe sich an dem durch die fristlose Kündigung an der Arbeitslosenversicherung entstandenen Schaden zu beteiligen. Es könne nicht sein, dass der entstandene Schaden vollumfänglich auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt werde.

#### **E. 4**

4.1 Fest steht, dass der Beschwerdeführer der Arbeit am 20. Juli 2015 ohne Meldung an die Arbeitgeberin ferngeblieben war, worauf diese das Arbeitsverhältnis fristlos kündigte. Unbestritten ist sodann, dass der Beschwerdeführer vom 20. bis 26. Juli 2015 infolge Krankheit arbeitsunfähig war und seine Arbeitsunfähigkeit dem RAV am 20. Juli 2015, vor 08:44 Uhr, korrekt gemeldet hatte. Gemäss seinen Angaben verfügte er nicht über die Telefonnummer seiner Arbeitgeberin, ging aber aufgrund des Telefongesprächs davon aus, dass das RAV seine Abwesenheit der Arbeitgeberin melden werde, was dieses unterliess.

Trifft die Darstellung des Beschwerdeführers zu, kann ihm kein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden. Indessen ist zu beachten, dass seine Aussagen teilweise widersprüchlich sind, was grundsätzlich zu seinen Ungunsten zu werten ist. Demgegenüber fällt aber auch ins Gewicht, dass sich der Verlauf des Telefongesprächs nicht mehr rekonstruieren lässt, da eine echtzeitliche Telefonnotiz fehlt. So vermag die Beschwerdegegnerin nicht nachzuweisen, dass der Beschwerdeführer durch ein pflichtwidriges Verhalten der Arbeitgeberin Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat, was aber Voraussetzung für die Einstellung in der Anspruchsberechtigung bildet. Im Übrigen wird diese Einschätzung auch durch die Aussage eines Mitarbeiters des RAV bestätigt, wonach das Verhalten des Beschwerdeführers korrekt gewesen sein solle, weshalb sich eine Sanktionierung nicht rechtfertige.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass der Beschwerdeführer das RAV nicht dazu angewiesen hatte, seine Krankmeldung weiterzuleiten, käme eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV nicht in Betracht. Eine solche wäre nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer vorsätzlich zu seiner Entlassung beigetragen hätte. Dabei liegt die entscheidende Differenz zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit auf der Willensseite. Der Beschwerdeführer hätte zwar allenfalls erkennen müssen, dass die vage Gefahr einer (fristlosen) Kündigung des befristeten Arbeitsverhältnisses besteht, wenn er seine Abwesenheit nicht umgehend anzeigt. Insofern könnte ihm ein fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden. Anhaltspunkte dafür, dass er ernstlich mit der Kündigung rechnen musste und eine solche durch das Nichtabmelden in Kauf nahm, bestehen hingegen keine, weshalb ein eventualvorsätzliches Verhalten ausscheidet.

4.2 Der Beschwerdeführer wehrt sich sodann zu Recht gegen den Vorwurf, sich nicht gegen die fristlose Kündigung gewehrt zu haben und insofern gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AVIG zu Lasten der Versicherung auf Lohn- oder Entschädigungsansprüche gegenüber der Arbeitgeberin verzichtet zu haben. Als Verzicht ist nämlich nur ein Verhalten anzusehen, das den Anspruch untergehen lässt, beispielsweise aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs oder eines Vertrags. Das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung der Forderung während der Verjährungsfrist bedeutet hingegen noch keinen Verzicht (Nussbaumer, Kap. N Rz. 842, mit Hinweisen).

Das Verhalten des Beschwerdeführers stellt schliesslich auch keinen Verzicht auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses dar, welcher eine Einstellung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG rechtfertigte. Der Beschwerdeführer musste seine Arbeitskraft nicht nochmals anbieten, da das Arbeitsverhältnis mit der Kündigung rechtlich und faktisch endete (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 337c N. 3). Im Übrigen war der Beschwerdeführer vom 20. bis 26. Juli 2015 nachweislich krank.

4.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Einstellung des Beschwerdeführers in der Anspruchsberechtigung nicht rechtmässig war. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 29. September 2015/2. Oktober 2015 und deren Verfügung vom 3. September 2015 sind aufzuheben.

III.

1.

Die Gerichtskosten sind von Gesetzes wegen auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG). Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz der Parteikosten (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG). Die Beschwerdegegnerin ist daher zu verpflichten, ihm eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

2.

2.1 Der Beschwerdeführer beantragt überdies die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Gemäss Art. 139 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Mai 1986 (VRG) befreit die Behörde eine Partei, der die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Verfahrenskosten aufzubringen, auf Gesuch hin ganz oder teilweise von der Kosten- und Vorschusspflicht, sofern das Verfahren nicht

aussichtslos ist. Unter denselben Voraussetzungen weist sie der Partei auf Gesuch hin oder von Amtes wegen einen Anwalt als Rechtsbeistand zu, sofern ein solcher für die gehörige Interessenwahrung erforderlich ist (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f ATSG und Art. 139 Abs. 2 VRG). Der Nachweis der Bedürftigkeit obliegt nach Art. 139 Abs. 3 VRG der gesuchstellenden Partei.

2.2 Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ergibt sich ohne Weiteres aus den Akten und das vorliegende Verfahren konnte auch nicht als aussichtslos gelten. Die Gerichtskosten sind aber von Gesetzes wegen auf die Staatskasse zu nehmen, weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

Da der Beschwerdeführer für das Verfahren auf eine rechtliche Vertretung angewiesen war, ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung in der Person von Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ gutzuheissen. Letzterer ist mit pauschal Fr. 1'500.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen. Daran anzurechnen ist die Parteientschädigung seitens der Beschwerdegegnerin in gleicher Höhe.

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