



Fall-Nr.: AVI 2010/43
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 18.12.2020
Entscheiddatum: 12.04.2011

Entscheid Versicherungsgericht, 12.04.2011

Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG: Verzicht auf vertragliche Kündigungsfrist von sechs Monaten durch Annahme eines Aufhebungsvertrags. Keine fristlose Kündigung aufgrund Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin gemäss Art. 337a OR (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. April 2011, AVI 2010/43).

Abteilungspräsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie Löhner, a.o.
Versicherungsrichter Christian Zingg; Gerichtsschreiber Marcel Kuhn

Entscheid vom 12. April 2011

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführer,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Einstellung in der Anspruchsberechtigung (Einhaltung der Kündigungsfrist)

Sachverhalt:



A.

A.a A.____ arbeitete seit 1. September 2007 als Geschäftsführer bei der B.____ (act. G 6.1/39). Das Arbeitsverhältnis wurde auf Begehren der Arbeitgeberin aus "dringlichen betrieblichen Gründen" am 27. September 2009 mittels Aufhebungsvertrag per 30. September 2009 aufgelöst (act. G 6.1/35). Der Versicherte meldete sich am 5. Oktober 2009 bei der Arbeitslosenversicherung und beantragte per sofort die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung (act. G 6.1/26 und 28).

A.b Mit Verfügung vom 30. Oktober 2009 wurde der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung aufgrund einer arbeitgeberähnlichen Stellung (Eintrag im Handelsregister als Geschäftsführer und Mitglied des Verwaltungsrats der B.____) verneint. Im Einspracheentscheid vom 29. Dezember 2009 wurde die angefochtene Verfügung bestätigt und eine neue Prüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung ab 5. Dezember 2009 (Löschung des Handelsregistereintrags per 4. Dezember 2009) verfügt (act. G 6.1/24). Der Anspruch wurde in der Folge bejaht und ab 7. Dezember 2009 eine Rahmenfrist für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung eröffnet (act. G 6.1/14).

A.c Mit Verfügung vom 17. Februar 2010 stellte die Kantonale Arbeitslosenkasse den Versicherten ab 5. Dezember 2009 für 48 Tage in der Anspruchsberechtigung ein. Die Arbeitgeberin habe am 27. September 2009 das Anstellungsverhältnis aus dringlichen betrieblichen Gründen auf den 30. September 2009 gekündigt. Gemäss Handelsregisterauszug sei die Position des Versicherten mit Datum vom 4. Dezember 2009 zur Löschung angemeldet. Die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist von zwei Monaten hätte somit ab 4. Dezember 2009 eingehalten werden müssen. Da der Versicherte auf die Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von "zwei Monaten" verzichtet habe, müsse ihm ein schweres Verschulden an der vorzeitigen Arbeitslosigkeit angelastet werden (act. G 6.1/15). Die gegen diese Verfügung erhobene Einsprache (act. G 6.1/13) wurde von der Kantonalen Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 15. März 2010 teilweise gutgeheissen und die Einstellung in der Anspruchsberechtigung auf 41 Tage reduziert (act. G 6.1/9).

B.



B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die vom Versicherten am 13. April 2010 (Postaufgabe) eingereichte Beschwerde mit dem Antrag, die Einstellung in der Anspruchsberechtigung sei aufzuheben. Aus dem beigelegten vorläufigen Jahresabschluss der B.____ per 30. September 2009 (act. G 1), welcher ihm nach Rücksprache mit dem Verwaltungsratspräsidenten von der Revisionsfirma zur Verfügung gestellt worden sei, gehe die Zahlungsunfähigkeit der B.____ eindeutig hervor. Er habe somit nicht zu Lasten der Arbeitslosenversicherung auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses und auf Lohnansprüche verzichtet (act. G 2).

B.b In der Beschwerdeantwort vom 17. Mai 2010 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Der eingereichte Jahresabschluss sei nicht geeignet, die Zahlungsunfähigkeit des Betriebs zu beweisen. Der provisorische Jahresabschluss für das Jahr 2009 habe nicht den vollen Beweiswert einer revidierten Bilanz. Der Reinverlust habe per 30. September 2009 Fr. 70'882.41 betragen. Bei einem Eigenkapital in der Höhe von Fr. 100'000.-- sei die Einleitung eines Verfahrens wegen Überschuldung nicht ersichtlich. Regelmässig verspätete Lohnzahlungen an den Beschwerdeführer seien nicht dargelegt. Die B.____ sei nach wie vor im Handelsregister eingetragen, und es würde kein Hinweis auf eine laufende Liquidation dieser Gesellschaft bestehen. Die im Handelsregister eingetragene Revisionsstelle sei vermutlich identisch mit dem Treuhandbüro, welches den provisorischen Jahresabschluss erstellt habe (act. G 6).

B.c Mit Replik vom 11. Juni 2010 führte der Beschwerdeführer aus, dass im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der B.____ nicht nur ein vorübergehender Liquiditätsengpass vorgelegen habe. Der in den Akten vorhandene Kontoauszug würde belegen, dass ab März 2009 der Lohn nicht mehr bei Fälligkeit ausbezahlt worden sei. Der Reinverlust per 30. September 2009 stelle nicht die Gesamtsituation der Gesellschaft dar. Die Bilanz 2008 zeige, dass das Eigenkapital bereits zu diesem Zeitpunkt aufgebraucht gewesen sei. Der Beschwerdeführer lege zusätzlich einen Bericht der Revisionsstelle an die Generalversammlung zur Jahresrechnung 2007/08 sowie die entsprechende Jahresrechnung ins Recht (act. G 8).

B.d In der Duplik vom 30. Juni 2010 hielt die Beschwerdegegnerin fest, dass finanzielle Schwierigkeiten des Arbeitgebers für eine fristlose Kündigung nicht ausreichen würden.



Auf die Abmahnung nach Art. 337a OR dürfe auf keinen Fall verzichtet werden. Zudem bestehe für die arbeitnehmende Person bei ausstehenden Lohnforderungen die Möglichkeit, eine Insolvenzenschädigung geltend zu machen.

Erwägungen:

1.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer zu Recht für 41 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt hat, da er mit der Unterzeichnung des Aufhebungsvertrags auf die ihm zustehende Kündigungsfrist verzichtete. Während die Beschwerdegegnerin der Ansicht ist, der Beschwerdeführer habe mit dem Aufhebungsvertrag auf die Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Monaten verzichtet und dadurch den Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit erfüllt, ist der Beschwerdeführer sinngemäss der Meinung, dass aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der B.____ die Kündigungsfrist zu Recht nicht eingehalten worden sei.

2.

2.1 Nach Art. 30 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0; AVIG) ist die versicherte Person in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos ist. Wer eine Kündigung akzeptiert, welche die gesetzliche Frist missachtet, verzichtet nicht auf Lohnansprüche, sondern auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses. Ein solches Verhalten kann den Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit erfüllen (Jacqueline Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Diss. Zürich 1997, S. 130).

2.2 Die in Art. 30 AVIG geregelte Einstellung in der Anspruchsberechtigung hat als Ausdruck des Versicherungsprinzips die Funktion einer Haftungsbegrenzung der Versicherung für Schäden, welche die versicherte Person hätte vermeiden oder vermindern können. Als versicherungsrechtliche Sanktion bezweckt sie damit die angemessene Mitbeteiligung der Versicherten am Schaden, den diese durch ihr Verhalten der Arbeitslosenversicherung in schuldhafter Weise natürlich und adäquat



kausal verursacht haben (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer [Hrsg.] Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, Rz 822).

3.

3.1 Vorab gilt es zu klären, welche Kündigungsfrist vorliegend hätte eingehalten werden müssen.

3.2 Der zwischen der B.____ und dem Beschwerdeführer abgeschlossene "Geschäftsführervertrag" enthält verschiedene arbeitsrechtliche Komponenten. So enthält er das Weisungsrecht der "Gesellschafter-Versammlung" und regelt u.a. den Lohn- und Ferienanspruch sowie die Beendigung des Vertrags. Bezüglich der Kündigungsfrist wurde festgehalten, dass der Vertrag von beiden Seiten mit sechs Monaten Vorlauf zum Geschäftsjahresende kündbar sei. Ebenso sei eine Kündigung aus wichtigen Gründen möglich, insbesondere wenn der Geschäftsführer als Gesellschafter aus der B.____ ausscheide. Somit ist grundsätzlich von einer sechsmonatigen Kündigungsfrist auszugehen. Welche Kündigungsfrist bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen Anwendung findet, ist dem Vertrag nicht zu entnehmen. Da die Kündigung aus wichtigem Grund explizit im Vertrag aufgeführt wurde, ist anzunehmen, dass damit im Verhältnis zur ordentlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten eine verkürzte Frist zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bezweckt werden wollte. Ob in diesem Fall eine fristlose Auflösung nach Art. 337 OR oder die gesetzliche Kündigungsfrist nach Art. 335c OR – vorliegend zwei Monate – zum Tragen käme, kann offen bleiben, wie nachfolgend zu zeigen ist.

3.3 Bei einer Aktiengesellschaft gelten die Aktionäre als deren Gesellschafter (vgl. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2007, § 16 N 139). Auf entsprechende Anfrage des Versicherungsgerichts teilte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 17. Februar 2011 mit, dass er am 30. September 2009 – und auch zum aktuellen Zeitpunkt noch – im Besitz von Aktien der B.____ war und ist (act. G 14). Der Beschwerdeführer ist dementsprechend nicht als Gesellschafter aus dem Unternehmen ausgeschieden, weshalb nicht von einem wichtigen Kündigungsgrund im Sinn des Geschäftsführervertrags ausgegangen werden kann. Als



übrige wichtige Gründe dürften aufgrund des übereinstimmenden Wortlauts lediglich solche im Sinne von Art. 337 OR in Frage kommen. Danach gilt als wichtiger Grund jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Den vorliegenden Akten sind keine Hinweise zu entnehmen, welche einen solchen wichtigen Kündigungsgrund rechtfertigen würden. Insbesondere ist das Ausscheiden als Verwaltungsrat nicht unter einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 337 OR zu subsumieren.

3.4 Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer berechtigt war, aufgrund einer Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zuzustimmen. Gemäss Art. 337a OR kann der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen, sofern ihm für seine Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird. Vorliegend ist die Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin nicht weiter abzuklären. Vermögensverfall der Arbeitgeberin und selbst Konkurs sind keine Gründe, die das Arbeitsverhältnis automatisch auflösen. Zahlungsunfähigkeit als solche ist auch kein Grund für eine ausserordentliche Kündigung. Erst wenn der Arbeitnehmer vergeblich Sicherheit für seine Forderungen verlangt hat, kann er nach Art. 337a fristlos kündigen, wobei die Rechtsfolgen von Art. 337b Abs. 1 OR zur Anwendung gelangen würden (BSK OR I Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, Art. 337a N 1). Aufgrund der vorliegenden Aktenlage hat der Beschwerdeführer für seine Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis keine Sicherheiten verlangt. Dies wird von ihm in den eingereichten Rechtsschriften auch nicht geltend gemacht. Da dies allerdings für die Rechtmässigkeit einer fristlosen Kündigung vorausgesetzt wird, ist vorliegend eine ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 337a OR ausgeschlossen.

3.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der B.____ mit einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Geschäftsjahresende hätte aufgelöst werden können. Aufgrund des eingereichten Berichts der Revisionsstelle an die Generalversammlung der B.____ vom 6. November 2009 ist ersichtlich, dass das Geschäftsjahr der B.____ am 30. September des jeweiligen Jahres endet (act. G 8.1). Die Kündigung hätte somit am 27. September 2009 unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist frühestens per 30. September 2010 erfolgen



können. Der Beschwerdeführer hat demnach durch den Verzicht auf die Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist eine verfrühte Arbeitslosigkeit von einem Jahr in Kauf genommen. Fraglich könnte höchstens sein, ob das Verbleiben an der Arbeitsstelle bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (30. September 2010) dem Beschwerdeführer zumutbar war. Das wäre wohl dann zu verneinen, wenn die Lohnzahlungen effektiv gefährdet gewesen wären. Nun sind den Akten keine zumutbaren Bemühungen des Beschwerdeführers zu entnehmen, um die weitere Lohnzahlung zu sichern und damit das Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten (zumindest bis zum Auffinden einer anderen Stelle), sei es durch Mahnungen, Arbeitsniederlegung (BGE 120 II 209) oder Fristansetzung nach Art. 337c OR. Gesamthaft betrachtet ist dem Beschwerdeführer am Eintritt der Arbeitslosigkeit per 1. Oktober 2009 ein Verschulden anzulasten. Die Beschwerdegegnerin hat ihn daher zu Recht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit in der Anspruchsberechtigung eingestellt.

4.

4.1 Die Dauer der Einstellung ist gemäss Art. 30 Abs. 3 AVIG nach dem Grad des Verschuldens zu bemessen und beträgt 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 45 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

4.2 Der Verzicht auf die Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist auf Ende Geschäftsjahr stellt im vorliegenden Fall ein schweres Verschulden im oberen Bereich dar. Allerdings gilt es zu Gunsten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin einen erstmaligen Antrag des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung per 5. Oktober 2009 aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung rechtskräftig abgelehnt hat. In der Folge wurde dem Beschwerdeführer erst ab 7. Dezember 2009 eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet und ab diesem Zeitpunkt die entsprechenden Leistungen erbracht. Sodann erscheint angesichts der ausgewiesenen Verschuldung der Arbeitgeberin sowie dem Umstand, dass von März bis September 2009 die Lohnzahlungen an den Beschwerdeführer nicht mehr in voller Höhe und verspätet erfolgten (act. G 6.1/37), die Zustimmung zur fristlosen Auflösung



des Arbeitsverhältnisses nachvollziehbar. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ist die von der Beschwerdegegnerin verfügte Einstellung in der Anspruchsberechtigung von 41 Tagen nicht zu beanstanden.

5.

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Bestätigung des Einspracheentscheids vom 15. März 2010 abzuweisen. 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. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.