

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/12 vom 20. Juni 2011**

Sg Versicherungsgericht, 2011-06-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2012\\_12](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2012_12)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/12 du 20 juin 2011

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/12 del 20 giugno 2011

## **Regeste**

Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG, Art. 55 Abs. 1 AVIG: Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Der Anspruch auf Insolvenzenschädigung ist zu verneinen, wenn die versicherte Person (auch beim Anschein einer Überschuldung der Arbeitgeberfirma) während 6 Monaten nichts zur Durchsetzung ihrer ausstehenden Lohnforderungen gegen ihre ehemalige Arbeitgeberin unternimmt, sondern auf die Konkurseröffnung durch Dritte wartet (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. Dezember 2012, AVI 2012/12). Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Marie-Theres Rüegg Haltiner; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach. Entscheid vom 17. Dezember 2012 in Sachen A. \_\_\_\_, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Roland Hochreutener, St. Leonhard-Strasse 20, Postfach, 9001 St. Gallen, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Insolvenzenschädigung (Schadenminderungspflicht) Sachverhalt:

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Beitragspflichtige Arbeitnehmende von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmende beschäftigen, haben unter anderem Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen für geleistete, aber nicht bezahlte Arbeit zustehen (Art. 51 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0]). Die Insolvenzenschädigung deckt die Lohnforderungen für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkurseröffnung sowie allfällige Lohnforderungen für Arbeitsleistungen nach der Konkurseröffnung, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 AVIG).

### **E. 1.2**

Die Arbeitnehmenden müssen im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen, um ihre Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihnen mitteilt, dass sie an ihrer Stelle in das Verfahren eingetreten ist (Art. 55 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Gemäss der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) müssen versicherte Personen nicht nur im Konkurs- oder Pfändungsverfahren und nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Lohnansprüche innert nützlicher Frist geltend machen, sondern es

obliegt ihnen bereits vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Schadenminderungspflicht, wenn die Arbeitgeberschaft der Lohnzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und die Arbeitnehmenden mit einem Verlust rechnen müssen (ARV 2002 Nr. 30 S. 192 E. 1b).

### **E. 1.3**

Die Bestimmung von Art. 55 Abs. 1 AVIG bezieht sich gemäss Wortlaut auf das Konkurs- und Pfändungsverfahren. Sie bildet jedoch Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht, welche auch dann Platz greift, wenn das Arbeitsverhältnis vor der Konkurseröffnung aufgelöst wird (ARV 2010 Nr. 1 S. 48 E. 3.2; ARV 2007 Nr. 3 S. 50 E. 2.1). Eine Ablehnung der Insolvenzenschädigung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht im Sinne von Art. 55 Abs. 1 AVIG setzt voraus, dass der versicherten Person ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden kann (Urteil des Bundesgerichts vom 20. Oktober 2010, 8C\_534/2010, E. 3.1; Urteil des EVG vom 19. Oktober 2006, C 144/06, E. 3.1 mit Hinweisen). Das Ausmass der vorausgesetzten Schadenminderungspflicht richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (ARV 2007 Nr. 3 S. 51 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts vom 20. Oktober 2010, 8C\_534/2010, E. 3.1). Es hat eine Gesamtbetrachtung der Bemühungen des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin Platz zu greifen (Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung, Diss. Zürich 2004, S. 166). Dabei ist es ausreichend, wenn die arbeitnehmende Person zunächst unmissverständliche Zeichen (Mahnung, Einleiten der Betreuung usw.) setzt, aus denen die Ernsthaftigkeit ihrer Lohnforderung zu erkennen ist. Sie darf allerdings nicht untätig bleiben und zuwarten, bis der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin (beispielsweise) in Konkurs fällt (Urteil des EVG vom 15. Oktober 2001, C 194/01, E. 2b mit Hinweisen; Burgherr, a.a.O., S. 166).

## **E. 2**

.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführerin wird für die Periode zwischen der Arbeitsaufnahme bei der B.\_\_\_\_ und der Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses – also jener vom 15. Februar 2010 bis zum 31. Dezember 2010 – keine Schadenminderungspflichtverletzung vorgeworfen. Zu prüfen bleibt deshalb einzig, ob der Beschwerdeführerin eine solche für die Periode vom Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zur Konkurseröffnung über die B.\_\_\_\_ am 20. Juni 2011 vorgeworfen werden kann.

### **E. 2.2**

Noch vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der B.\_\_\_\_ mahnte die Beschwerdeführerin ihre Arbeitgeberin für ausstehende Lohnforderungen am 5. Oktober und am 5. November 2010. Da eine Reaktion auf die Mahnungen ausblieb, leitete die Beschwerdeführerin unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Betreuung über einen Forderungsbetrag von Fr. 24'748.90 gegen ihre ehemalige Arbeitgeberin ein. Diese erhob gegen den ihr am 17. Januar 2011 zugestellten Zahlungsbefehl keinen Rechtsvorschlag. Der Zahlungsbefehl wurde der Beschwerdeführerin am 4. Februar 2011 übermittelt. Diese verzichtete daraufhin auf die Weiterführung des Betreibungsverfahrens und unternahm auch auf anderem Wege nichts, um ihre Lohnforderungen gegenüber ihrer ehemaligen Arbeitgeberin durchzusetzen. Erst mit Forderungseingabe vom 31. August 2011 – nach Aufforderung durch das Konkursamt E.\_\_\_\_ – bemühte sich die

Beschwerdeführerin erneut um die Durchsetzung ihrer ausstehenden Lohnansprüche. Sie traf also während mehr als sechs Monaten keine Vorkehrungen, um ihre ausstehenden Lohnforderungen gegenüber ihrer ehemaligen Arbeitgeberin durchzusetzen. Die Beschwerdeführerin begründet ihr Passivbleiben damit, sich beim Betreibungsamt C.\_\_\_\_ telefonisch über das weitere Vorgehen erkundigt und die Auskunft erhalten zu haben, dass bei der Weiterführung des Betreibungsverfahrens Kosten in Höhe von total Fr. 3'600.-- (Fr. 600.-- für das Betreibungsamt und Fr. 3'000.-- für Gerichtskostenvorschuss) auf sie zukommen würden, ohne dass das Verfahren Aussicht auf Erfolg haben würde. Ende März/Anfang April 2011 habe sie von ihrem ehemaligen Chef erfahren, dass die Firma in Konkurs gehe. Sie habe das geleaste Geschäftsauto sowie den Laptop umgehend zu ihrer ehemaligen Arbeitgeberin zurückbringen müssen, da diese Gegenstände gemäss Anordnung des Betreibungsamts C.\_\_\_\_ gepfändet gewesen seien. Als sie das Auto und den Laptop in die Geschäftsräumlichkeiten zurückgebracht habe, seien gerade eine Mitarbeiterin und ein Mitarbeiter des Betreibungsamts C.\_\_\_\_ damit beschäftigt gewesen, ein Inventar aufzunehmen. Zudem habe sie sich in akuten finanziellen Schwierigkeiten befunden, da sie während 4½ Monate keinen Lohn mehr erhalten habe (act. G 1.1). Die Beschwerdeführerin macht zusammenfassend also geltend, die Fortsetzung des Betreibungsverfahrens sei ihr unzumutbar gewesen, weshalb ihr kein Verschulden vorgeworfen werden könne.

### **E. 2.3**

Es fällt auf, dass die Beschwerdeführerin trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Dezember 2010 noch im März 2011 über ein ("retiniertes" bzw. "geleastes") Geschäftsauto und Laptop der ehemaligen Arbeitgeberin verfügte. Auch fällt auf, dass die Beschwerdeführerin im Antrag auf Insolvenzenschädigung angab, der letzte Arbeitstag sei der 30. Dezember 2010 gewesen, während in der Einsprache erklärt wurde, sie habe die Arbeit wegen der finanziellen Situation der Arbeitgeberin bereits Ende Oktober 2010 eingestellt. Bei letzterem wären von vornherein höchstens die offen gebliebenen Löhne bis Ende Oktober 2010 zu entschädigen. Wie es sich damit letztlich verhält, kann offen bleiben, wie nachfolgend zu zeigen ist.

### **E. 2.4**

Bezüglich der geltend gemachten Auskunft der Betreibungsbeamtin mag fraglich sein, woher diese Ende März/Anfang April 2011 wissen konnte, dass der Konkurs mangels Aktiven eingestellt würde, wurde der Konkurs doch erst am 20. Juni 2011 eröffnet und war sie auch nicht zuständig für das Konkursverfahren. Es erübrigt sich indessen, darüber eine Amtsauskunft einzuholen bzw. die Betreibungsbeamtin zu befragen. Selbst wenn die Auskunft tatsächlich so erfolgt ist, hätte diese Auskunft die Beschwerdeführerin nicht von weitergehenden Schritten befreit. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf nämlich die versicherte Person auch dann nicht zögern, weitere Vorkehrungen zur Realisierung der Lohnansprüche zu treffen, wenn eine Überschuldung der Arbeitgeberfirma offensichtlich erscheint. Aus insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten ist ein fortgeschrittenes Zwangsvollstreckungsverfahren sinnvoll, weil erfahrungsgemäss viele Schuldner erst unter dem Druck einer unmittelbar bevorstehenden Konkursöffnung ihren Zahlungspflichten nachkämen (BGE 131 V 196 E. 4.1.2; Urteil vom 3. Oktober 2011, 8C\_630/2011, E. 4.2). Indem die Beschwerdeführerin keine Fortsetzung der Betreibung veranlasste und vom 4. Februar 2011 bis zur Konkursöffnung am 20. Juni 2011 nichts mehr zur Durchsetzung ihrer Lohnforderungen unternommen hat, hat sie im Sinne der angeführten Rechtsprechung die Schadenminderungspflicht in einer Weise verletzt, dass der Anspruch auf eine

Insolvenzenschädigung verneint werden muss. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend anführt, wäre von der Beschwerdeführerin nicht verlangt worden, dass sie selber den Konkurs vorfinanziert bzw. auf Aufforderung des Gerichts zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Konkurseröffnung diesen bezahlt. Vielmehr hätte es genügt, wenn sie wenigstens das Konkursbegehren gestellt und nicht tatenlos auf die Eröffnung des Konkurses gewartet hätte (vgl. Urteile vom 7. April 2008, 8C\_441/2007 und 8C\_490/2007). So hat denn das Bundesgericht in ARV 2002 Nr. 8 S. 63 ff. festgehalten, dass eine versicherte Person ihre Schadenminderungspflicht verletzt, wenn sie auf die Konkurseröffnung warten will. Mit dieser Vorgehensweise handle sie zu Gunsten des Arbeitgebers auf Kosten der Arbeitslosenversicherung.

### **E. 2.5**

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht mit Hinweis auf das Urteil des EVG vom 17. Juli 2003, C 133/02, geltend, dass der Frage, ob bereits ein anderer Gläubiger ein Fortsetzungsbegehren gestellt habe, im Rahmen der Prüfung der Schadenminderungspflicht durchaus eine entscheidungswesentliche Bedeutung zukomme. Dem ist tatsächlich so, doch ist zu berücksichtigen, dass im genannten Urteil der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers einen zweiten Arbeitnehmer der gleichen Firma vertrat und die gerichtlichen und betriebsrechtlichen Handlungen für diesen bereits bis zur Stellung des Konkursbegehrens durchgeführt hatte. Dieser Sachverhalt unterscheidet sich vom vorliegenden dadurch, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers Kenntnis von der Konkursandrohung gegen die Schuldnerin hatte. Vorliegend verliess sich die Beschwerdeführerin auf die angebliche Angabe ihrer ehemaligen Arbeitgeberin, es stehe ihr der Konkurs bevor. Sie überprüfte diese Aussage nicht weiter und hatte damit im Vergleich zum Rechtsvertreter im genannten Urteil keine klare Kenntnis über den Verfahrensstand.

### **E. 2.6**

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bringt sodann vor, es könne vorliegend nicht von einer Verletzung der Schadenminderungspflicht ausgegangen werden, wenn die Rechtsprechung des Bundesgerichts in vergleichbaren Fällen beachtet werde. So habe dieses festgestellt, dass ein Versicherter, dessen Arbeitsverhältnis lange vor dem Konkurs des Arbeitgebers beendet worden sei und der mehr als ein Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuwarte, um ausstehende Löhne geltend zu machen, den Anspruch auf Insolvenzenschädigung verliere (ARV 1999 Nr. 24 S. 140 ff.). Im Urteil vom 23. Dezember 2005, C 235/04 (E. 3.2. und 3.4) habe das Bundesgericht ein Zuwarten von sechs Monaten als noch nicht schuldhaft eingestuft. Im Urteil vom 21. Dezember 2005, C 63/05 (E. 3.1) habe das Bundesgericht ein Zuwarten ab Erhalt der Lohnschlussabrechnung bis zur Klageerhebung von vier Monaten, um während dieser Zeit eine gütliche Einigung herbeizuführen, bei Annahme der Solvenz der Arbeitgeberin nicht als Verletzung der Schadenminderungspflicht befunden (act. G 11).

### **E. 2.7**

Die genannten Urteile sind nicht vergleichbar mit dem vorliegenden Fall. So erachtete das Bundesgericht im Urteil vom 23. Dezember 2005, C 235/04, das Zuwarten von sechs Monaten als nicht schuldhaft, weil durch die ernsthaften und mit erheblichem Erfolg gekrönten Bemühungen (Verhandlungen mit dem Arbeitgeber) des Beschwerdeführers Lohnforderungen in der Höhe von Fr. 86'368.75 einbringlich waren. Der Versicherte hat somit während sechs Monate nicht nichts unternommen, sondern mittels geeigneter

Vorgehensweise den Arbeitgeber zur Begleichung eines Teils der Lohnausstände gebracht. Dies im Gegensatz zu der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall, die nach Erhalt des Zahlungsbefehls auf weitere Schritte verzichtete. Das Urteil des Bundesgerichts vom 21. Dezember 2005, C 63/05, unterscheidet sich vom vorliegenden Sachverhalt zunächst dadurch, dass der Beschwerdeführer in jenem Fall den individuell vereinbarten Lohn regelmässig bezogen hatte und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses lediglich die Lohndifferenz zum gesamtarbeitsvertraglich festgelegten Mindestgehalt geltend machte. Zudem musste jener Beschwerdeführer nicht an der Zahlungsfähigkeit seiner Arbeitgeberin zweifeln, weshalb er mit der Lohnklage zuwarten konnte, um vorgängig eine gütliche Einigung mit seiner Arbeitgeberin zu suchen. Im Urteil ARV 1999 Nr. 24 S. 140 ff. erachtete das Bundesgericht die Schadenminderungspflicht durch den Versicherten verletzt, weil dieser erst mehr als ein Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses seine ausstehenden Lohnforderungen geltend machte. Es hielt allerdings nicht fest, dass die Schadenminderungspflicht immer erst dann verletzt sei, wenn mehr als ein Jahr zugewartet werde.

### **E. 2.8**

Die Beschwerdeführerin hat gemäss den vorliegenden Akten zwischen dem 4. Februar 2011 (Erhalt des Zahlungsbefehls) und dem 31. August 2011 (Einreichung der Forderungseingabe) nichts mehr unternommen, um ihre ausstehenden Lohnforderungen bei ihrer ehemaligen Arbeitgeberin geltend zu machen, womit sie in Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ihre Schadenminderungspflicht in grobfahrlässiger Weise verletzt hat.

### **E. 3.1**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen und der angefochtene Einspracheentscheid EL 1103 zu bestätigen.

### **E. 3.2**

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.

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