

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00028

vom 14. April 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-04-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00028

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00028 du 14 avril 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00028 del 14 aprile 2008

Erwägungen

E. 2

2.1 Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sind auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung anwendbar, soweit das des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung (AVIG) nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht (Art. 1 Abs. 1 AVIG). So ist gemäss Art. 1 Abs. 2 AVIG Art. 21 ATSG nicht anwendbar. Ferner ist Artikel 24 Absatz 1 ATSG nicht anwendbar auf den Anspruch auf ausstehende Leistungen. Schliesslich ist das ATSG laut Art. 1 Abs. 3 AVIG, mit Ausnahme der Artikel 32 und 33, nicht anwendbar auf die Gewährung von Beiträgen für kollektive arbeitsmarktliche Massnahmen.

2.2 Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzenschuldigung, wenn:

a) gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen oder

b) der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschiessen, oder

c) sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben (BGE 127 V 183 ff., 125 V 492 ff.)

oder bei Bewilligung der Nachlassstundung oder richterlichem Konkursaufschub (Art. 58 AVIG).

2.3 Gemäss Art. 53 AVIG muss im Konkursfall der arbeitgebenden Person die arbeitnehmende Person ihren Entschuldigungsanspruch spätestens 60 Tage nach der Veröffentlichung des Konkurses im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) bei der öffentlichen Kasse stellen, die am Ort des Betreibungs- und Konkursamtes zuständig ist (Abs. 1). Bei Pfändung der arbeitgebenden Person muss die arbeitnehmende Person ihren Entschuldigungsanspruch innert 60 Tagen nach dem Pfändungsvollzug geltend machen (Abs. 2). Mit dem Ablauf dieser Fristen erlischt der Anspruch auf Insolvenzenschuldigung (Abs. 3).

2.4. Eine Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers im Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist gemäss der Rechtsprechung (Entscheid des ehemaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts, EVG, in Sachen B. vom 18. Februar 2000, C 362/98, teilweise veröffentlicht in SZS 2001 S. 92 ff.) für den Anspruch auf Insolvenzenschuldigung nicht erforderlich.

2.5. Die Insolvenzenschuldigung deckt die Lohnforderung für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkursöffnung (BGE 125 V 493 ff.) sowie allfällige Lohnforderungen für Arbeitsleistungen nach der Konkursöffnung, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen (Art. 52 Abs. 1 AVIG). Als zweiseitiger Vertrag verpflichtet der Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit und den Arbeitgeber zur Entrichtung eines Lohnes. Die Rechtsfolge besteht aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht darin, dass die Lohnforderung grundsätzlich an die Leistung von Arbeit gebunden ist. Der Schutzzweck der Insolvenzenschuldigung erstreckt sich daher nur auf tatsächlich geleistete, aber nicht entlohnte Arbeit; sie erfasst nicht Lohnforderungen wegen (ungerechtfertigter) vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses und für noch nicht bezogene Ferien. Diese Praxis stützt sich auf den Gesetzeswortlaut und den klaren Willen des Gesetzgebers (BGE 125 V 494 Erw. 3b mit Hinweisen). Dem Tatbestand der geleisteten Arbeit hat die Rechtsprechung diejenigen Fälle gleichgestellt, in denen der Arbeitnehmer nur wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 des Obligationenrechts (OR) keine Arbeit leisten konnte. Solange der Arbeitnehmer in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht, hat er einen Lohnanspruch, der gegebenenfalls einen Anspruch auf Insolvenzenschuldigung rechtfertigen kann (BGE 132 V 85 Erw. 3.1, 125 V 495 Erw. 3b mit Hinweisen).

2.6. Ob Ansprüche für geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG in Frage stehen, beurteilt sich also nicht danach, ob qualitativ oder quantitativ vertragsmässig gearbeitet wurde. Ebenso wenig ist der rechtliche Bestand eines Arbeitsverhältnisses allein ein taugliches Kriterium, weil eine faktische Betrachtungsweise Platz zu greifen hat (BGE 121 V 381 Erw. 3c, BGE 119 V 157 Erw. 2a; vgl. auch BGE 125 V 495 Erw. 3b). Es geht vielmehr um Lohnansprüche für effektive Arbeitszeit, während welcher die versicherte Person der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stehen kann, weil sie in dieser Zeit dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen muss.

Massgebend für die Bestimmung, ob Anspruch auf Insolvenzenschuldigung besteht, mithin geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG vorliegt, ist somit die Abgrenzung gegenüber der Arbeitslosenversicherung und damit, ob die versicherte Person in der fraglichen Zeit vermittlungsfähig war (Art. 15 Abs. 1 AVIG) und die Kontrollvorschriften (Art. 17 AVIG) erfüllen konnte. Ist dies zu bejahen, so besteht kein Anspruch auf Insolvenzenschuldigung (BGE 121 V 379 Erw. 2b). Um zu bestimmen, ob Arbeitslosen- oder Insolvenzenschuldigung in Frage kommt, ist somit darauf abzustellen, ob die versicherte Person in der fraglichen Periode vermittlungsfähig war und die Kontrollvorschriften befolgen konnte (BGE 121 V 379 Erw. 2b; Urteil des EVG in Sachen W. vom 10. Januar 2003, C 109/02). Diese Grundsätze gelten auch bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c OR) und wenn das Arbeitsverhältnis zur Unzeit aufgelöst wird (Art. 336c OR). In diesen Fällen weist die versicherte Person eine genügend grosse Verfügbarkeit auf, um eine zumutbare Arbeit anzunehmen und

sich den Kontrollvorschriften zu unterziehen (BGE 125 V 495 Erw. 3b, BGE 121 V 380 Erw. 3). Keine andere Betrachtungsweise hat bei der Freistellung während der Kündigungsfrist Platz zu greifen (BGE 132 V 85 f. Erw. 3.2; Urteile des EVG in Sachen W. vom 10. Januar 2003, C 109/02, Erw. 2.4.3, in Sachen N. vom 15. April 2005, C 214/04, und in Sachen A. vom 28. Januar 2002, C 164/01).

E. 3

3.1 Am 28. Februar 2006 vereinbarten der Beschwerdeführer und die P. AG, das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis per 30. April 2006 aufzulösen (Urk. 7/32). Diese Vereinbarung enthielt keine Angaben über eine allfällige Freistellung.

3.2 Mit Weisung vom 7. März 2006 stellten die durch die EBK eingesetzten Untersuchungsbeauftragten die Mitarbeiter der P. AG vorerst bis 10. März 2006 frei. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, es sei denkbar, dass man sich, sollte man in einzelnen Fällen auf Informationen oder eine Mitarbeit angewiesen sein, telefonisch oder per e-mail an die Mitarbeiter wende. Kadermitarbeiter wurden ersucht, jeweils am Vormittag zwischen 10.00 Uhr und 12.00 Uhr telefonisch erreichbar zu sein (Urk. 7/6).

3.3 Am 10. März 2006 verlängerte die P. AG die Freistellung der Mitarbeiter bis 24. März 2006. Dabei wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Weisungen der Untersuchungsbeauftragten vom 7. März 2006 weiterhin Gültigkeit hätten (Urk. 7/7).

3.4 Am 20. April 2006 beantwortete D., Personalverantwortliche der P. AG, Fragen der Beschwerdegegnerin betreffend die Kündigung eines anderen Mitarbeiters. In diesem Zusammenhang führte sie unter anderem aus, sämtliche Mitarbeiter im Verkauf seien sofort nach der Kündigung freigestellt worden (Urk. 7/15 Ziff. 5).

3.5 Der eine der beiden EBK-Beauftragten führte am 22. Mai 2006 gegenüber der Beschwerdegegnerin aus, am 7. März 2006 sei das Gros der Mitarbeiter vorerst bis Ende Woche freigestellt worden; Angehörige des Kadern hätten in dieser Zeit mit den EBK-Beauftragten am Untersuchungsauftrag gearbeitet. Am 10. März 2006 sei die Freistellung bis am 24. März 2006 verlängert worden, dies mit dem Vorbehalt, dass einzelne Mitarbeiter aufgeboten werden könnten, da in der Zwischenzeit zusammen mit der EBK versucht worden sei, Lösungen zu finden (Urk. 7/51 S. 2 Mitte). Durch die Einstellung des Verkaufs seien viele Verkäufer nicht mehr benützt worden. Die Geschäftsleitung habe deshalb damit begonnen, nicht mehr benötigtes Personal zu entlassen, was zu keiner Zeit mit dem drohenden Konkurs begründet worden sei, so dass die entlassenen Mitarbeiter und die EBK-Beauftragten erwartet hätten, dass ihre offenen Lohnforderungen durch die Gesellschaft bezahlt würden (Urk. 7/51 S. 2 f.). Erst die Verfügung des Präsidenten der EBK vom 4. Mai 2006 betreffend Konkursöffnung habe den Beteiligten den Ernst der Lage bewusst werden lassen (Urk. 7/51 S. 3 Mitte).

3.6 Der ehemalige Vorgesetzte des Beschwerdeführers bei der P. AG, E., bestätigte am 22. Mai 2006 (Urk. 7/5), am 18. Januar 2007 (Urk. 3/2) und am 14. März 2007 (Urk. 12), dass der Beschwerdeführer während der Kündigungsfrist (lediglich) auf Abruf freigestellt worden sei.

E. 4

4.1. Ausgangspunkt der Beurteilung ist der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers bereits am 28. Februar 2006 einvernehmlich aufgelöst wurde. Von einer gleichzeitigen Freistellung, wie dies mitunter in diesem Rahmen geschieht, war dabei nicht die Rede.

4.2. Im März 2006 entfalteten sodann die von der EBK eingesetzten Beauftragten in der Gesellschaft ihre Tätigkeit. Gemäss den nachvollziehbaren Erläuterungen des einen Beauftragten ging es in diesem Zeitpunkt darum, den Untersuchungsauftrag der EBK zu erfüllen und Lösungen für die Zukunft der Gesellschaft zu finden. Dafür war die physische Präsenz eines Teils des Personals nicht erforderlich, weshalb diese Personen in dem Sinne freigestellt wurden, dass sie nicht am Arbeitsplatz zu erscheinen hatten, für Auskünfte oder dennoch notwendig werdende Mitarbeit jedoch zur Verfügung stehen sollten. Eine solche Freistellung auf Abruf ist nicht dasselbe wie die Freistellung im üblichen Sinne, bei welcher die faktische Beendigung eines ohnehin aufgelöst werdenden Arbeitsverhältnisses zeitlich vorverlegt wird und man sich vom scheidenden Mitarbeiter vorzeitig und endgültig trennt.

4.3. Aus dem Schreiben der ehemaligen Personalverantwortlichen vom 20. April 2006 lassen sich keine Erkenntnisse darüber gewinnen, wie die Verhältnisse beim Beschwerdeführer gelegen haben. Allenfalls ist darin eine Bestätigung zu sehen, dass die im März 2006 gekündigten Verkaufsmitarbeiter im üblichen Sinne auch freigestellt wurden. Mit der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsvertrages des Beschwerdeführers vom 28. Februar 2006 hat dies jedoch nichts zu tun.

4.4. Gemäss dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist daher gestützt auf die Angaben des Beschwerdeführers und der damit übereinstimmenden Angaben seines ehemaligen Vorgesetzten sowie des EBK-Beauftragten davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer während der Kündigungsfrist vom 1. März bis 30. April 2006 nicht vollständig freigestellt war, sondern sich für allfällige Arbeitseinsätze bei der P. AG auf Abruf hatte bereit halten müssen.

Unter diesen Umständen kann eine den Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschuldigung ausschliessende Vermittlungspflicht während der Kündigungsfrist nicht als erstellt gelten.

Ä

E. 5

Aus den Akten ist sodann ersichtlich, dass dem Beschwerdeführer bei der A. AG, Z., seit deren Gründung die Stellung als kollektivzeichnungsberechtigtes Organ zukam (Urk. 7/12) und er für die Geschäftsleitung der Gesellschaft eine Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aussprach (Urk. 7/13). Der Beschwerdeführer macht geltend, dass ihm bei der A. AG nur eine Organstellung zugestanden sei, und dass kein Arbeitsverhältnis zwischen der A. AG und ihm bestanden habe (Urk. 1 S. 7). Hinweise, dass der Beschwerdeführer neben seiner Funktion als Organ der A. AG noch in einem Arbeitsverhältnis mit dieser stand, lassen sich den Akten hingegen nicht entnehmen. Demnach ist mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer durch die Ausübung einer Organstellung bei der A. AG nicht daran gehindert war, während der Kündigungsfrist der P. AG im

geforderten Umfang für allfällige Arbeitsleistungen auf Abruf zu Verfügung zu stehen.

6. Nach Gesagtem hat daher als erstellt zu gelten, dass der Beschwerdeführer während der Kündigungsfrist vom 1. März bis 30. April 2006 nicht in einem eine Vermittlungsfähigkeit begründenden Umfang von der Leistung von Arbeit gegenüber der P. AG freigestellt war. Ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung während der Kündigungsfrist vom 1. März bis 30. April 2006 ist daher zu bejahen.

7. Nach Art. 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (Art. 34 Abs. 3 GSVGer).

Ausgangsgemäss hat der vertretene Beschwerdeführer Anspruch auf eine Prozessentschädigung, welche auf Fr. 2'100.-- (inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen ist.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 13. Dezember 2006 aufgehoben mit der Feststellung, dass der Beschwerdeführer Anspruch auf Insolvenzenschädigung für die Zeit vom 1. März 2006 bis 30. April 2006 hat.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 2'100.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich
- Rechtsanwalt Markus Schmid
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen

Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in HÄnden hat (Art. 42 BGG).

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