

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00174**

## **vom 21. Juni 2018**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-06-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2016.00174](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2016.00174)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00174 du 21 juin 2018

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00174 del 21 giugno 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

X.\_\_\_\_ war seit dem 1. August 2006 bei der Y.\_\_\_\_ AG als Projekt Managerin angestellt (Urk. 5/2 ). Infolge ausstehender Lohnzahlungen erwirkte die Versicherte am 17. Februar 2015 einen Zahlungsbefehl über den Betrag von Fr. 75'221.50 ( Urk. 5/11 Blatt 23). In der Zeit von Januar bis September 2015 mahnte sie die weiter auflaufenden Lohnausstände schriftlich ( Urk. 5/14 Blatt

12 -20), mit Schreiben vom 12. August 2015 anerkannte die Arbeitgeberin einen Teil der geforderten Lohnzahlungen ( Urk. 5/7). Mit Schreiben vom 1. November 2015 mahnte die Versicherte die Ausstände erneut ( Urk. 5/11 Blatt 26), die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte mit Schreiben vom 6. November 2015 ( Urk. 5/11 Blatt 27).

Mit Schreiben vom 20. November 2015 nahm die Rechtsschutzversicherung der Versicherten mit der ehemaligen Arbeitgeberin Kontakt auf ( Urk. 5/11 Blatt 29). Ein weiterer Zahlungsbefehl über den Betrag von Fr. 53'591.65 erging am 5. Januar 2016 ( Urk. 5/8). Für die mit Zahlungsbefehl vom 17. Februar 2015 geforderte Summe von Fr. 75'221.50 beantragte die Versicherte beim Bezirksgericht Z.\_\_\_\_ die Rechtsöffnung; das entsprechende Begehren wurde mit Urteil vom 23. Februar 2016 abgewiesen (Urk. 5/9). Am 25. Februar 2016 unterzeichneten die Arbeitgeberin und die Versicherte eine Stundungs- und Abzahlungsvereinbarung sowie eine Schuldanerkennung ( Urk. 5/11 Blatt 37). Mit Entscheid vom 11. März 2016 gewährte das Bezirksgericht Z.\_\_\_\_ definitive Nachlassstundung bis zum 12. September 2016 (vgl. Urteil im Verfahren AL.2016.00145), worüber die Versicherte am 29. März 2016 informiert wurde ( Urk. 5/11 Blatt 22). Am 15. April 2016 stellte die Versicherte Antrag auf Insolvenzenschädigung (Urk. 5/1 ).

Mit Verfügung vom 9. Juni 2016 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung aufgrund der nur ungenügenden Erfüllung der Schadenminderungspflicht (Urk. 5/13 ) und hielt an dieser Einschätzung mit Einspracheentscheid vom 17. August 2016 fest (Urk. 2). Mit Urteil vom 27. September 2016 widerrief das Bezirksgericht Z.\_\_\_\_ die am 11. März 2016 bewilligte definitive Nachlassstundung und eröffnete den Konkurs über die Y.\_\_\_\_ AG. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Obergericht mit Urteil vom 31. Oktober 2016 ab und eröffnete den Konkurs am gleichen Tag. Das Konkursverfahren wurde mit Urteil des Konkursrichters vom 9. Dezember 2016 mangels Aktiven eingestellt (Urk. 8 ).

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung ( 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 Insolvenzenschädigung, 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 offen sichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschiessen, oder c)

sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben oder bei Bewilligung der Nachlassstundung oder richterlichem Konkursaufschub ( Art. 58 AVIG).

Die Aufzählung der Insolvenztatbestände in Art. 51 Abs. 1 und Art. 58 AVIG ist abschliessend (BGE 131 V 196).

### **E. 1.2**

Die Insolvenzenschädigung deckt für das gleiche Arbeitsverhältnis Lohnforderungen für höchstens die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen ( Art. 52 Abs. 1 AVIG).

Die Insolvenzenschädigung deckt ausnahmsweise Lohnforderungen nach der Konkurseröffnung, solange die versicherte Person in guten Treuen nicht wissen konnte, dass der Konkurs eröffnet worden war, und es sich dabei nicht um Masseschulden handelt. Die maximale Bezugsdauer nach Art. 52 Abs. 1 AVIG darf nicht überschritten werden ( Art. 52 Abs. 1 bis AVIG).

Von der Insolvenzenschädigung müssen die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden. Die Kasse hat die vorgeschriebenen Beiträge mit den zuständigen Organen abzurechnen und den Arbeitnehmern die von ihnen geschuldeten Beitragsanteile abzuziehen ( Art. 52 Abs. 2 AVIG).

### **E. 1.3**

Gemäss

Art. 55 Abs. 1 AVIG muss der Arbeitnehmer im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihm mitteilt, dass sie an seiner Stelle in das Verfahren eingetreten ist. Danach muss er die Kasse bei der Verfolgung ihres Anspruchs in jeder zweckdienlichen Weise unterstützen.

Die Bestimmung von Art. 55 Abs. 1 AVIG, wonach der Arbeitnehmer im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen muss, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bezieht sich dem Wortlaut nach 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 ( BGE 114 V 56

E. 4 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 8C\_66/2013 vom 18. November 2013 E. 4.1 und 8C\_211/2014 vom 17. Juli 2014 E. 6.1 ). Eine ursprüngliche Leistungsverweigerung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht setzt voraus, dass der versicherten

Person ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden kann. Dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit ist mit dem Ausmass der von den Arbeitnehmer n

zu erwartenden Vorkehrungen Rechnung zu tragen, welche sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls richtet (Urteile des Bundesgerichts 8C\_66/2013 vom 18. November 2013 E. 4.1, 8C\_211/2014 vom 17. Juli 2014 E. 6.1 und 8C\_641/2014 vom 27. Januar 2015 E. 4.1).

Damit die Schadenminderungspflicht erfüllt wird und Anspruch auf Insolvenzenschädigung besteht, genügt es nicht, unmissverständliche Zeichen zur Geltendmachung der Lohnforderungen zu setzen. Gefordert ist auch eine konsequente und kontinuierliche Weiterverfolgung der eingeleiteten Schritte, welche in ein Stadium der vom Gesetz geforderten zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien münden müssen. Arbeitnehmer sollen sich gegenüber dem Arbeitgeber nämlich so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzenschädigung gar nicht gäbe. Dieses Erfordernis lässt ein längeres Untätigsein nicht zu (Urteile des Bundesgerichts 8C\_462/2009 vom 3. August 2009 E. 3.3 und 8C\_211/2014 vom 17. Juli 2014 E. 6.1).

Machen Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber während längerer Zeit keine Anstalten, ihrer Lohnforderung mit hinreichender Deutlichkeit Ausdruck zu verleihen, signalisieren sie mangelndes Interesse. Dadurch verlieren sie auch gegenüber der Arbeitslosenversicherung ihre Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit (Urteile des Bundesgerichts 8C\_66/2013 vom 18. November 2013 E. 4.1 und 8C\_211/2014 vom 17. Juli 2014 E. 6.1).

Schliesslich sind nachträgliche Abklärungen zur Entwicklung von Aktiven und Passiven beim Arbeitgeber im Zusammenhang mit Insolvenzenschädigungsansprüchen nicht zielführend, weil auch eine Überschuldung nicht ausschliessen würde, dass ein Arbeitgeber noch über liquide Mittel verfügte, welche er aber - mangels Drucks seitens der Arbeitnehmer - prioritär für andere Zwecke als für die Bezahlung der Lohnansprüche verwendete. Relevant ist, welche Anstrengungen von einer versicherten Person ex ante zur Geltendmachung ihrer Lohnansprüche gegenüber dem Arbeitgeber erwartet werden können (SVR 2014 ALV Nr. 4 S. 9 E. 4.4; Urteil des Bundesgerichts 8C\_211/2014 vom 17. Juli 2014 E. 6.1). 2.

## **E. 2**

Gegen den Einspracheentscheid vom 17. August 2016 erhob die Versicherte am 12. September 2016 Beschwerde und beantragte die Ausrichtung von Insolvenzenschädigung (Urk. 1).

Mit Beschwerdeantwort vom 30. September 2016 beantragte die Beschwerdeführerin die Abweisung der Beschwerde (Urk.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid damit, dass die Beschwerdeführerin seit Januar 2015 keine Lohnzahlungen mehr erhalten und bis zum Zahlungsbefehl vom 5. Januar 2016 rund zehn Monate zu gewartet habe, bevor sie erneut rechtliche Schritte eingeleitet habe. Die Rechtsöffnung sei dabei mit Urteil vom 23. Februar 2016 lediglich deshalb nicht gewährt worden, da die Forderungssumme ungenügend begründet worden sei; die schriftlichen Mahnungen seien offensichtlich

wirkungslos gewesen. Durch das Zuwarten während diesem langen Zeitraum habe die Beschwerdeführerin die Schadenminderungspflicht verletzt, so dass kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung bestehe (Urk. 2 S. 3 f.).

## **E. 2.2**

Demgegenüber machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, dass sie in der Zeit vom 10. Februar 2015 bis 1. September 2015 noch ganze sechs Monatslöhne erhalten habe. Aufgrund der gemachten Erfahrungen wären weitere rechtliche Schritte nur eine Verschwendung von Zeit und Geld gewesen, zudem habe ihr Anwalt nach dem Urteil vom 23. Februar 2016 von der Option einer Rechtsöffnung abgeraten (Urk. 1). 3. 3.1

Das Ausmass der vorausgesetzten Schadenminderungspflicht richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls. Vom Arbeitnehmer wird in der Regel nicht verlangt, dass er bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber Betreibung einleitet oder eine Klage einreicht. Er hat jedoch seine Lohnforderung gegenüber dem Arbeitgeber in eindeutiger und unmissverständlicher Weise geltend zu machen. Zu weitergehenden Schritten ist die versicherte Person dann gehalten, wenn es sich um erhebliche Lohnausstände handelt und sie konkret mit einem Lohnverlust rechnen muss. Denn es geht auch für die Zeit vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht an, dass die versicherte Person ohne hinreichenden Grund während längerer Zeit keine rechtlichen Schritte zur Realisierung erheblicher Lohnausstände unternimmt, obschon sie konkret mit dem Verlust der geschuldeten Gehälter rechnen muss (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgericht C 264/04 vom 20. Juli 2005 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen). 3.2

Auch wenn aufgrund des lange dauernden Arbeitsverhältnisses für ein behutsames Vorgehen im Zusammenhang mit den Lohnausständen ein gewisses Verständnis aufgebracht werden kann, ist dennoch darauf hinzuweisen, dass bereits am 17. Februar 2015 ein Zahlungsbefehl über den Betrag von Fr. 75'221.50 erwirkt wurde. Bereits dieser Ausstand ist als erheblich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu qualifizieren (vgl. Urteil C 264/04 E. 2.2, Urteil des Bundesgerichts 8C\_329/2008 vom 31. Juli 2008 E. 3.2). Schon allein deshalb wäre die Beschwerdeführerin gehalten gewesen, die Begleichung der ausstehenden Lohnzahlungen auf dem Rechtsweg voranzutreiben.

Dies gilt umso mehr, als aus dem Schreiben vom 1. November 2015 hervor geht, dass insbesondere für die Monate Januar bis Oktober 2015 ebenfalls kein Lohn ausgerichtet wurde, was in der Folge zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses führte (Urk. 5/11 Blatt 26 f.). Auch wenn es zutreffen mag, dass die Beschwerdeführerin in dieser Zeit sechs Monatslöhne erhielt (für die Monate Juli bis Dezember 2014, vgl. 5/14 Blatt 12 im Vergleich zu Blatt 20), ist dennoch vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses von Lohnausständen von mehr als Fr. 168'000.-- auszugehen, wurde doch für den Betrag gemäss Zahlungsbefehl vom 17. Februar 2015 am 16. Januar 2016 die Rechtsöffnung verlangt (Monatslöhne Januar bis Oktober 2015 à Fr. 9'354.40 sowie Fr. 75'221.50 gemäss Zahlungsbefehl; Urk. 5/9, Urk. 5/3). Bei diesem massiven Lohnausstand wäre die Beschwerdeführerin im Rahmen der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht insbesondere in der Zeit nach dem Zahlungsbefehl vom 17. Februar 2015 bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gehalten gewesen, weitere rechtliche Schritte zur Realisierung des Lohnes einzuleiten. Bloss schriftliche Mahnungen der Ausstände erscheinen dabei der Höhe des Lohnausstandes nicht mehr angemessen.

Zu bemerken ist dabei weiter, dass es nicht Sache der versicherten Person sein kann, darüber zu entscheiden, ob sie weitere Vorkehren zur Realisierung der Lohnansprüche treffen will und ob diese erfolgsversprechend sind oder nicht. Das für den Anspruch auf Insolvenzenschädigung gesetzlich vorgeschriebene fortgeschrittene Zwangsvollstreckungsverfahren ist durchaus sinnvoll, weil bekanntlich viele Schuldner erst unter dem Druck der unmittelbar bevorstehenden Konkursöffnung oder Pfändung ihren Zahlungsverpflichtungen nachkommen ( BGE 131 V 196

E. 4.1.2). Das Erreichen eines gesetzlich vorgeschriebenen fortgeschrittenen Zwangsvollstreckungsverfahrens ( Art. 51 Abs. 1 und Art. 58 AVIG) bildet für den Anspruch auf Insolvenzenschädigung zwingende Voraussetzung (Urteile des Bundesgerichts 8C\_462/2009 vom 3. August 2009 E. 3.2.1 und C 243/06 vom 16. Januar 2006).

Zutreffend ist auch, dass die Rechtsöffnung mit Urteil vom 23. Februar 2016 ins besondere deshalb nicht erteilt wurde, da die Zusammensetzung der betriebenen Forderung beziehungsweise die dafür zugrunde liegende Periode nicht nachvollzogen werden können ( Urk. 5/9 S. 3). Sowohl die Geltendmachung der weiteren Ansprüche gemäss Zahlungsbefehl vom 5. Januar 2016 als auch gemäss Zahlungsbefehl vom 17. Februar 2015 erfolgte demnach auch weiterhin nicht mit der möglichen und nötigen Kontinuität, zumal erfahrungsgemäss die Wahrscheinlichkeit eines Lohnverlustes mit dem Zeitablauf stetig zunimmt (Urteil des Bundesgerichts 8C\_329/2008 vom 31. Juli 2008 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). 3.3

In Würdigung der gesamten Umstände ist insbesondere aufgrund der während mehreren Monaten bestehenden ausserordentlich hohen Lohnansprüchen sowie der verglichen damit wenig zielstrebigem und wenig kontinuierlichen Bemühen der Beschwerdeführerin von einer Verletzung der Schadenminderungspflicht auszugehen.

Dies führt in Abweisung der Beschwerde zur Bestätigung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 17. August 2016. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde

wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.\_\_\_\_ - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 4.

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). Sozialversicherungsgericht des Kantons

Zürich Der VorsitzendeDer Gerichtsschreiber GräubSchetty

**E. 4**

), was der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 3. Oktober 2016 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk.

**E. 7**

). Das Gericht zog sodann von Amtes wegen einen Auszug aus dem Handelsregister der Y.\_\_\_\_ AG in Liquidation bei (Urk. 8). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

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