

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00175 vom 29. September 2017**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-09-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2016.00175](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2016.00175)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00175 du 29 septembre 2017

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2016.00175 del 29 settembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosen versicherung 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 offensichtlicher 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. 53 AVIG muss im Konkursfall des Arbeitgebers der Arbeitnehmer seinen Entschädigungsanspruch 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 des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer seinen Entschädigungsanspruch innert 60 Tagen nach dem Pfändungsvollzug geltend machen (Abs. 2). Mit dem Ablauf dieser Fristen erlischt der Anspruch auf Insolvenzent schädigung (Abs. 3).

Die Frist von Art. 53 Abs. 1 AVIG hat Verwirklichungscharakter, ist aber einer Wiederherstellung zugänglich ( BGE 131 V 454 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 123 V 10

#### **E. 1.4**

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 Hin weisen; 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

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 ) .

Dabei kann es nicht Sache der versicherten Person sein, 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 Insolvenzent schädigung gesetzlich vorgeschriebene fortgeschrittene Zwangsvollstreckungsverfahren ist durchaus sinnvoll, weil bekanntlich viele Schuldner erst unter dem Druck der unmittelbar bevorstehenden Konkurseröffnung oder Pfändung ihren Zahlungspflichten 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 Insolvenzent schädigung zwingende Voraussetzung (Urteile des Bundesgerichts 8C\_462/2009 vom 3. August 2009 E. 3.2.1 und C 243/06 vom 16. Januar 2006 ).

Damit die Schadenminderungspflicht erfüllt wird und Anspruch auf Insolvenzentschädigung 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 eines der vom Gesetz geforderten zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien münden müssen. Arbeitnehmer sollen sich gegenüber dem Arbeitgeber nämlich so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzentschädigung 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 Insolvenzentschädigungsansprüchen 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 Lohnausstände 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**

Der Versicherte erhob am 16. September 2016 Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 22. August 2016 (Urk. 2) und beantragte,

dieser beziehungsweise die Verfügung vom 3. Juni 2016 seien aufzuheben, und es sei ihm die Insolvenzentschädigung auszurichten (Urk. 1 S. 2). Mit Beschwerdeantwort vom 25. Oktober 2016 schloss die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6), was dem Beschwerdeführer am 27. Oktober 2016 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 9). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Einspracheentscheid (Urk. 2) damit, der Beschwerdeführer habe ab Fortsetzungsbegehren vom 9. Juni 2015 bis zum Konkursbegehren vom März 2016 acht Monate zugewartet, bevor er erneut rechtliche Schritte eingeleitet habe. Er könne aus seinem Vorbringen, er sei nahtlos beim gleichen Arbeitgeber angestellt gewesen und habe aus Angst vor einem Stellenverlust nicht gegen die Z.\_\_\_\_ rechtlich vorgehen wollen, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Bemühungen zur Geltendmachung der Lohnausstände seien vorliegend nicht als genügend einzustufen. Gründe, welche das Zuwarten von acht Monaten bis zur Einleitung weiterer rechtlicher Schritte rechtfertigten, lägen keine vor (S. 3 f. Ziff. 3).

### **E. 2.2**

Dagegen machte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde (Urk. 1) geltend, er sei faktisch immer beim gleichen Arbeitgeber angestellt gewesen. Indem er im Mai beziehungsweise im Juni 2015 eine Betreuung eingeleitet sowie ein Fortsetzungsbegehren eingereicht habe, habe er bereits Massnahmen zur Minderung des Schadens unternommen, die ihm in der Regel nicht zugemutet werden dürften (S. 6 Ziff. 2.6, S. 7 Ziff. 2.8). Das Abwarten aufgrund der Angst, seinen Job zu verlieren, könne in keiner Weise als vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verschulden gewertet werden (S. 6 f. Ziff. 2.7, S. 7 f. Ziff. 2.8).

2.10). Auch sei ihm wiederholt zugesichert worden, dass die ausstehenden Lohnforderungen beglichen würden, und eine Teilzahlung sei im Mai 2015 erfolgt (S. 8 Ziff. 2.11). Angesichts der offensichtlichen Zahlungsunfähigkeit der Z. \_\_\_ sei es ihm noch weniger zumutbar gewesen, bei bestehendem Arbeitsverhältnis und Androhung einer Kündigung weitere Massnahmen zu ergreifen (S. 8 f. Ziff. 2.14). Auch liege eine fehlende Gleichbehandlung von ihm und weiteren ehemaligen Mitarbeitern der Z. \_\_\_ vor (S. 9 Ziff. 2.16-18), und die Beschwerdegegnerin habe ihre Informationspflicht verletzt (S. 10 ff. Ziff. 2.19-21).

### **E. 2.3**

Strittig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzschiadigung und in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, ob er seiner Schadenminderungspflicht in hinreichendem Masse nachgekommen ist. 3.

#### **3.1**

Die Beschwerdegegnerin warf dem Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Schadenminderungspflicht gegenüber der Arbeitslosenversicherung vor, indem er seit dem Fortsetzungsbegehren vom 9. Juni 2015 bis zum Konkursbegehren vom März 2016 acht Monate zugewartet habe. Dagegen brachte der Beschwerdeführer insbesondere vor, da er faktisch durchgehend beim gleichen Arbeitgeber angestellt gewesen sei, sei es ihm in Anbetracht der zu erwartenden Konsequenzen nicht zumutbar gewesen, während bestehendem Arbeitsverhältnis weitere betriebsrechtliche Schritte zu veranlassen (vgl. vorstehend E. 2.1-2). 3.2

Eine ursprüngliche Leistungsverweigerung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht im Sinne der zu Art. 55 Abs. 1 AVIG ergangenen Rechtsprechung setzt voraus, dass dem Versicherten ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Untlassen, vorgeworfen werden kann. Das Ausmass der geforderten Schadenminderungspflicht richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls (vgl. vorstehend E. 1.4).

Die Schadenminderungspflicht setzt nach der Rechtsprechung bereits während des laufenden Arbeitsverhältnisses ein, allerdings unter weniger strengen Anforderungen. So ist beispielsweise nicht verlangt, dass die versicherte Person nach Art. 337 und Art. 337a des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) vorgeht. Angesichts von Art. 341 OR und dem minimalen Leistungszeitraum von vier Monaten ist eine Untätigkeit der Arbeitnehmenden während des noch laufenden Arbeitsvertrages hinzunehmen. Überhaupt dürfen keine allzu grossen Anforderungen an die Arbeitnehmenden gestellt werden (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, SBVR, Soziale Sicherheit, 3. Auflage 2016, S. 2367 f. Rz 627).

Vom Arbeitnehmer wird in der Regel nicht verlangt, dass er bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber die Betreuung einleitet oder eine Klage einreicht. Er hat jedoch diesem gegenüber seine Lohnforderung in eindeutiger und unmissverständlicher Weise geltend zu machen (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 144/06 vom 19. Oktober 2006 E. 3.1). 3.3

Vorliegend blieb unbestritten, dass der Beschwerdeführer über den gesamten Zeitraum faktisch bei der gleichen Arbeitgeberin angestellt war (vgl. vorstehend E. 2.1-2). Dies ergibt sich im Übrigen auch aus dem zunächst identischen Firmensitz (vgl. Urk. 7/3, Urk. 7/12, Urk. 7/24/16-19). Demnach ist von einem seit dem 3. März 2014 bis zur Kündigung auf Ende März 2016 durchgehenden Arbeitsverhältnis auszugehen (vgl. Urk. 7/3, Urk. 7/12, Urk. 7/24/15).

Trotz dieser Gegebenheiten stellte der Beschwerdeführer am 14. April 2015 das Betreibungsbegehren für die ausstehenden Lohnzahlungen und stellte am 9. Juni 2015 das Fortsetzungsbegehren (vgl. Urk. 7/11/4-5, Urk. 7/11/7), nach dem gegen die Betreuung kein Rechtsvorschlag erhoben worden war (vgl. Urk. 7/11/8-9). Damit machte er seine Lohnforderungen während bestehendem Arbeitsverhältnis in unmissverständlicher Weise und über das im Rahmen der Schadenminderungspflicht von ihm geforderten Mass hinaus geltend (vgl. vorstehend E. 3.2).

Direkt nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. Urk. 7/24/15) stellte der Beschwerdeführer am 31. März 2016 das Begehren um Konkursöffnung (vgl. Urk. 7/11/3), womit er zusammenfassend seiner Schadenminderungspflicht in genügendem Ausmass nachgekommen ist. Dass er während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses die Konkursöffnung beantragt hätte, ist als unzumutbar anzusehen, zumal er, wie er geltend machte, damit Gefahr lief, dass das Arbeitsverhältnis gekündigt würde (vgl. vorstehend E. 2.2). 3.4

Zusammenfassend liegt weder eine grobfahrlässige Verletzung der Schadenminderungspflicht noch ein schweres Verschulden des Beschwerdeführers vor, das mit einer Leistungsverweigerung zu sanktionieren wäre. Demnach ist die Beschwerde in dem Sinne gutzuheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 22. August 2016 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird, damit sie über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung neu verfüge. 4.

Der obsiegende und vertretene Beschwerdeführer hat Anspruch auf eine Parteientschädigung, die nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzulegen ist (§ 34 Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Sie ist beim praxismässigen Stundenansatz von Fr. 145.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) ermessensweise auf Fr. 1'200.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 22. August 2016 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung neu verfüge. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Y.\_\_\_\_ - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Mosimann Schucan

## **E. 6**

E. 2a). Dies gilt ebenso bei einer Nachlassstundung (vgl. Art. 58 AVIG; BGE 131 V 454 E. 3.2).

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