

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00084**

## **vom 9. August 2018**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-08-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2018.00084](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00084)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00084 du 9 août 2018

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00084 del 9 agosto 2018

### **Erwägungen**

#### **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 offener 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**

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 grob fahrlässiges 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 ) .

### **E. 1.3**

Vom Arbeitnehmer wird in der Regel nicht verlangt, dass er bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber Betreuung 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).

### **E. 1.4**

Gemäss einem allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts kann die Verwaltung auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide, die nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet haben, zurück kommen, wenn sie zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; BGE 133 V 50 E. 4.1).

### **E. 2**

Dagegen erhob der Versicherte am 11. März 2018 Beschwerde und beantragte, es sei der Einspracheentscheid vom 14. Februar 2018 (und damit die Verfügungen Nr. 4500030001 sowie Nr. 4800029799) aufzuheben; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (Urk. 1 S. 2).

Mit Beschwerdeantwort vom 4. April 2018 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (Urk. 5), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 6. April 2018 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 9). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid damit, dass ihr bei der Prüfung der Schadenminderungspflicht dahingehend ein Fehler unterlaufen sei, dass sie allein das Verhalten zwischen der Nachlassstundung und dem Konkurs berücksichtigt habe; massgebend sei aber auch das frühere Verhalten (Urk. 2 S. 4 oben). So habe es der Beschwerdeführer zwischen Januar und November 2015 unterlassen, die Begleichung der offenen und fälligen Löhne zu verlangen oder diesbezüglich rechtliche Schritte einzuleiten; dabei sei höchstens von mündlichen Mahnungen und E-Mails auszugehen. Damit sei von einer Verletzung der Schadenminderungspflicht auszugehen, was zur Rückerstattungspflicht der ausgerichteten Insolvenzenschädigung in der Höhe von Fr. 20'243.20 führe (S. 5).

## **E. 2.2**

Demgegenüber machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, dass er im Januar 2015 eine Betreuung für die offenen Löhne von August bis Dezember 2014 eingeleitet und diese Löhne auch erhalten habe. Zudem habe er die ausstehenden Löhne bei Herrn Z.\_\_\_\_ und Frau A.\_\_\_\_ mündlich eingefordert, auch habe es einen E-Mailverkehr gegeben, auf welchen er infolge Konkurs der Firma nicht mehr zugreifen könne (Urk. 1 S. 4). Ab 30. April 2015 sei über neue industrielle Partnerschaften informiert worden, sodass die Betreuung für die Löhne Januar bis Oktober 2015 erst im Oktober 2015 erfolgt sei; die Fortsetzung der eingereichten Betreuung sei an der provisorischen Nachlassungstundung gescheitert. Nach dem Konkurs habe sich herausgestellt, dass nicht alle eingegangenen Zahlungen zweckentsprechend verwendet worden seien; ein entsprechendes Strafverfahren sei eingeleitet worden. Insgesamt sei er der Auffassung, seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen zu sein (S. 5).

## **E. 3**

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

### **E. 3.1**

Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer für den massgebenden Zeitraum von 1. Juli bis 31. Oktober 2016 Insolvenzent schädigung im Gesamtbetrag von Fr. 20'243.20 ausgerichtet hat. Zu prüfen ist dem nach im Folgenden nicht allein, ob der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen ist, sondern ob die erfolgte Leistungszusprache als zweifellos unrichtig zu qualifizieren ist und die Beschwerdegegnerin berechtigt war, auf ihre Leistungszusprache zurückzukommen.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdegegnerin wies in diesem Zusammenhang insbesondere auf die ungenügenden Bemühungen vor der provisorischen Nachlassstundung hin, insbesondere im Zeitraum zwischen Januar bis November 2015. In diesem Zeitraum war der Beschwerdeführer in ungekündigtem Arbeitsverhältnis bei der Y.\_\_\_\_ angestellt, so dass schon allein deshalb geringere Anforderungen an die zumutbare Schadenminderungspflicht gelten (vgl. E. 1.3). Unbestritten ist dabei, dass der Beschwerdeführer nebst der mündlichen Kontaktaufnahme mit dem Arbeitgeber sowohl im Januar 2015 als auch im November 2015 Betreibungen einleitete. Bezüglich der fehlenden Fortsetzung der Betreuung vom Januar 2015 ist der in Aussicht gestellte wirtschaftliche Aufschwung zu berücksichtigen (vgl. Urk. 7/14 Blatt 21-24). In der Folge wurde der Y.\_\_\_\_ auch die provisorische und danach definitive Nachlassstundung gewährt, was eine Fortsetzung der Betreuung vom 5. November 2015 verhinderte.

Auch wenn aufgrund des geschilderten Ablaufs allenfalls von einer Verletzung der Schadenminderungspflicht auszugehen wäre, kann keinesfalls von einer zweifellos unrichtigen Leistungsausrichtung gesprochen werden. Dies umso mehr, als bei der Beurteilung der Schadenminderungspflicht eine Gesamtwürdigung der im Einzelfall gegebenen Umstände vorzunehmen ist. Gerade bei solchen Ermessensentscheidungen ist eine Wiedererwägung aber nur dann zulässig, wenn die neue Ermessensausübung als die klarerweise einzig richtige erscheint (Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Rz. 55 zu Art. 53). Dies ist vorliegend nicht der Fall, was in Gutheissung der Beschwerde zur ersatzlosen Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids führt.

Weitergehende Ansprüche des Beschwerdeführers bestehen bei rechtskräftiger Schlussabrechnung vom 20. Juni 2017 (Urk. 2 S. 2) nicht. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 14. Februar 2018 ersatzlos aufgehoben. 2.

Das Verfahren ist kostenlos.

#### **E. 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 Vorsitzende  
Der Gerichtsschreiber  
GräubSchetty

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