

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00201**

## **vom 24. September 2018**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-09-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2018.00201](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00201)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00201 du 24 septembre 2018

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00201 del 24 settembre 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 offen sichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen, 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 Konkursöffnung, solange die versicherte Person in guten Treuen nicht wissen konnte, dass der Konkurs eröffnet worden war, und es sich dabei nicht um Massschulden 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 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. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid damit, dass der Beschwerdeführer insbesondere in den sechs Monaten vor der zweiten Betreuung am 24. November 2017 seiner Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen sei; dies auch unter Berücksichtigung der einschlägigen Erfahrungen im Zusammenhang mit der Anstellung bei der Z.\_\_\_\_. Da es sich zudem um erhebliche Ausstände gehandelt habe, hätten sehr rasch weitergehende Schritte eingeleitet werden müssen (Urk. 2 S. 4). 2.2

Demgegenüber machte der Vertreter des Beschwerdeführers im Wesentlichen geltend, dass vorliegend schon von einer Verletzung der Begründungspflicht auszugehen sei, insbesondere seien die eingereichten E-Mails betreffend den Zeitraum vom 25. August bis 16. Dezember 2017 von der Beschwerdegegnerin vollständig ignoriert worden. Der angefochtene Einspracheentscheid sei demnach schon aus formellen Gründen aufzuheben (Urk. 1 S. 4).

In materieller Hinsicht würden verständliche Gründe vorliegen, dass sein Mandant nach der ersten Betreuung vorerst keine weiteren Schritte unternommen habe, zumal es seitens des Arbeitgebers immer wieder zu Zusicherungen bezüglich der Lohnzahlungen sowie zu Teilzahlungen gekommen sei (S. 10).

Zumindest bis zum 11. August 2017 sei bei weiterhin bestehendem Arbeitsverhältnis ein weiteres Zuwarten absolut verständlich gewesen. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer vom 6. bis 15. September 2017 vollständig arbeitsunfähig gewesen sei (S. 13). Insgesamt liege keine Verletzung der Schadenminderungspflicht vor, wobei nicht zuletzt das fortgeschrittene Alter des Beschwerdeführers mit den damit verbundenen Problemen bei der Stellensuche zu berücksichtigen sei (S. 15). 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 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 Versicherungsgerichts C 264/04 vom 20. Juli 2005 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen). 3.2

Der Arbeitsvertrag zwischen der Y.\_\_\_\_ und dem Beschwerdeführer wurde rund zwei Wochen nach der Konkurseröffnung der Z.\_\_\_\_ abgeschlossen (Urk. 7/

## E. 5

0 0.--; die Betriebene erhob am 1 1. Dezember 2017 Rechtsvorschlag ( Urk.

## E. 7

). Für die Arbeitgeberin unterzeichnete den Vertrag A.\_\_\_\_ als CEO, welche bereits bei der Z.\_\_\_\_ in leitender Stellung tätig war ( Urk. 10). Bei einem Dienstbeginn am 1. Dezember 2016 und einem reinbarten Monatslohn von Fr. 15'40 0.-- betragen die Ausstände gemäss Betreuung vom 2 3. Mai 2017 bereits rund Fr. 80 ' 000 .-- (Urk. 7/11 Blatt 121). Unbestritten ist dabei, dass der Beschwerdeführer in der Zeit ab Dienstbeginn bis zur Betreuung die Arbeitgeberin insbesondere zweimal schriftlich gemahnt hat ( Urk. 1 S. 6), ein erstes Mal bereits am 2 8. Februar 2017 ( Urk. 7/11 Blatt 119 ). Insbesondere auch aufgrund der einschlägigen Erfahrungen im Zusammenhang mit der Z.\_\_\_\_ – bei welcher der Beschwerdeführer in leitender Stellung tätig war und welche in der Zeit bis zum 3 1. Oktober 2016 ein Nachlassungsverfahren durchlief ( Urk. 10) – wäre er aufgrund der sehr hohen Lohn ausstände schon früher gehalten gewesen, die Begleichung derselben auf dem Rechtsweg voranzutreiben. Dies gilt auch für die Zeit zwischen der angehobenen Betreuung im Mai 2017 und des erneuten Betreibungsbegehrens im November 2017 (Zahlungsbefehl vom 1. Dezember 2017). Auch in dieser Zeitperiode unterliess es der Beschwerdeführer, weitergehende Schritte einzuleiten, obschon die Lohnausstände kontinuierlich anwuchsen (vgl. Urk. 7/11). Auch wenn es zutreffen mag, dass der Beschwerdeführer einige Teilzahlungen erhielt, ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei nicht um namhafte Zahlungen handelte (Urk. 1 S. 7) , wuchs doch die Forderungssumme bis am 5. Dezember 2017 (Schlichtungsgesuch Friedensrichter) auf Fr. 150'973.-- an ( Urk. 7/11 Blatt 126). Aufgrund der massiven Höhe der Ausstände (vgl. dazu etwa Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 264/04 vom 20. Juli 2005 E. 2.2, Urteil des Bundesgerichts 8C\_329/2008 vom 31. Juli 2008 E. 3.2) wäre der Beschwerdeführer sowohl in der Zeit vor der Betreuung vom 2 3. Mai 2017 als auch vor derjenigen vom 1. Dezember 2017 zu weitergehenden Schritten verpflichtet gewesen.

Auch kann

der Beschwerdeführer aufgrund der einschlägigen Erfahrungen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis bei der Z.\_\_\_\_ aus den monatlichen Zusicherungen des Arbeitgebers sowie der Bitte auf Verzicht auf weitere Betreibungen nichts zu seinen Gunsten ableiten

(vgl. Urk. 7/12a Blatt 41-54, Blatt 56-64, Blatt

87) . Keinen massgeblichen Einfluss hat weiter die kurze Arbeitsunfähigkeit vom 6. bis 1 5. September 2017 ( Urk. 7/12a Blatt 55), wäre der Beschwerdeführer doch schon ab Ende Mai 2017 zu weitergehenden rechtlichen Schritten verpflichtet gewesen.

Dass sich der Beschwerdeführer in fortgeschrittenem Alter befand, ist zwar durchaus ein Grund für eine nicht leichtfertige Aufgabe der Stelle. Angesichts der massiven Ausstände und der – gemessen daran – nur geringen Abschlagszahlungen (Urk. 1 S. 7) vermag dies aber die Passivität nicht zu rechtfertigen. Die gilt auch für Periode nach dem 29. Juni 2017 und dem Erhalt einer substantiellen Zahlung, welche allerdings die einzige blieb.

Zu bemerken ist dabei , 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 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 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 ). 3.3

Weiter kann vorliegend auch keine Verletzung der Begründungspflicht erblickt werden. Der angefochtene Einspracheentscheid erwähnt die eingereichten E-Mail- Nachrichten, insbesondere jene ab August 2017 ( Urk. 2 S. 4 oben), sodass davon ausgegangen werden darf, dass der Einspracheentscheid in Kenntnis der neu eingereichten Unterlagen erging (vgl. Urk. 7/12a Blatt 41-54 und Blatt 56-64) . Dass dabei auf eine detaillierte Auseinandersetzung mit den eingereichten Unterlagen verzichtet wurde, ist aufgrund der rechtlichen Überlegungen (vgl. E. 3.2) nicht zu beanstanden.

Hinzuweisen ist dabei auf den Grundsatz, dass sich die Verwaltung im Rahmen der Begründungspflicht nicht ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss; vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 126 V 75 E. 5b/ dd mit Hinweis, 118 V 56 E. 5b). 3.4

In Würdigung der gesamten Umstände ist insbesondere aufgrund der hohen Lohnausstände bei nur kurzem Arbeitsverhältnis sowie der unter Berücksichtigung der im Zusammenhang mit der Z. \_\_\_ gemachten Erfahrungen wenig zielstrebigem Bemühen des Beschwerdeführers von einer Verletzung der Schadenminderungspflicht auszugehen.

Dies führt in Abweisung der Beschwerde zur Bestätigung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 12. Juni 2018. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Kaspar Gehring - 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

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