

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00248 vom 28. April 2020

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-04-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2018.00248](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00248)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00248 du 28 avril 2020

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00248 del 28 aprile 2020

## Erwägungen

### E. 1

Der 1966 geborene X.\_\_\_\_ war seit dem 1. Januar 2015 als Betontrennfachmann/Baggerführer und Reinigungsmitarbeiter bei der Y.\_\_\_\_ angestellt (Urk. 6/7, vgl. auch Urk. 6/4-5, 6/23/2 ), welche ihm mit Schreiben vom 29. November 2016 auf Ende Januar 2017 gekündigt wurde (Urk. 6/22 [=

Urk. 6/6] ). Am 13. /16. Februar 2018 stellte er Antrag auf Insolvenzenschädigung für offene Lohnforderungen von Oktober 2016 bis Januar 2017 im Umfang von insgesamt Fr. 25'132.60 (Urk. 6/1, 6/13) , nachdem über die frühere Arbeitgeberin am 13. Dezember 2017 der Konkurs eröffnet worden war (Urk.

6/12). Mit Verfügung vom 18. Mai 2018 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Anspruch des Versicherten auf Insolvenzenschädigung mit der Begründung, er sei seiner Schadenminderungspflicht nicht in genügendem Masse nachgekommen (Urk. 6/34). Die dagegen vom Versicherten erhobene Einsprache vom 13. Juni 2018 (Urk. 6/35) wies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich mit Entscheidung vom 11. Juli 2018 (Urk. 2 [= Urk. 6/37 ]) ab.

### 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.

### **E. 1.3**

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 Arbeitnehmern 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. 1.4**

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 eines 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.

## **E. 2**

Dagegen liess der Versicherte am 29. August 2018 Beschwerde erheben und beantragen, unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides sei das Gesuch vom 16. Februar 2018 gutzuheissen und ihm seien für die geltend gemachten Lohnansprüche von 4 x Fr. 6'283.15 brutto eine Insolvenzenschädigung zuzusprechen, eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 1 S. 2). Mit Beschwerdeantwort vom 19. September 2018 schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 5), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 24. September 2018 (Urk. 8) zur Kenntnis gebracht wurde.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Einspracheentscheid damit, dass der Beschwerdeführer nach Erhebung des Rechtsvorschlages durch die ehemalige Arbeitgeberin

am 17. März 2017 bis zur Einreichung des Schlichtungsgesuches am 18. September 2017 während mehr als sechs Monaten keine weiteren rechtlichen Schritte zur Durchsetzung seiner Forderungen unternommen habe. Daher sei der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht nicht in genügendem Masse nachgekommen, wobei das Unterlassen als grobfahrlässig zu beurteilen sei, da der Beschwerdeführer schon lange um die finanziellen Schwierigkeiten seiner ehemaligen Arbeitgeberin gewusst habe. Die Lohnzahlungen seien seit jeher unregelmässig und unvollständig erfolgt; das Arbeitsverhältnis sei des Weiteren bereits am 29. November 2016 aufgrund schlechter Auftragslage aufgelöst worden. Der Beschwerdeführer habe daher mit einem Verlust seiner Ansprüche rechnen müssen. Im Rahmen der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht hätte er grundsätzlich alles ihm Zumutbare zur Wahrung der Lohnansprüche vornehmen müssen. Namentlich hätte er das Betreibungsverfahren zügig voran treiben und somit auch den Rechtsvorschlag beseitigen müssen. Es bestehe daher kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung (Urk. 2 S. 3-4).

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer machte demgegenüber geltend, es gebe keine Vorschrift, welche einem Arbeitnehmer gebieten würde, die offenen Lohnansprüche innerhalb bestimmter, konkreter Fristen auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Es sei falsch, einzig aufgrund des Verstreichenlassens der rund sechs Monate bis zur Einleitung des Schlichtungsverfahrens den Insolvenzenschädigungsantrag abzulehnen. Die Beschwerdegegnerin habe zudem die Zeit, welche für die Vorbereitung und Einleitung einer zivilrechtlichen Klage benötigt werde, und allfällige Ferienabwesenheiten der beteiligten Personen nicht berücksichtigt. Von einer sechsmonatigen Untätigkeit könne daher nicht ausgegangen werden (Urk. 1 S. 7). Sodann sei zu berücksichtigen, dass selbst wenn der Beschwerdeführer bereits im April/Mai 2017 eine Klagebewilligung erhalten hätte, es vor den Sommerferien zu keiner Hauptverhandlung am Arbeitsgericht gekommen wäre. Die Sache wäre daher frühestens im

September/Oktober 2018 (richtig: 2017) vor dem Arbeitsgericht verhandelt worden. Bis zum Erhalt des Urteils und der rechtskräftigen Beseitigung des Rechtsvorschlages wäre es Ende 2017 geworden. Ein «zügigeres» Handeln hätte daher keinen positiven Effekt auf die Konkursdividende gehabt (Urk. 1 S. 8 ff. ).

3.

### **E. 3**

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

#### **E. 3.1**

Strittig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzschiadung und in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in hinreichendem Masse nachgekommen ist.

#### **E. 3.2**

Aus den Akten geht hervor, dass dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 29. November 2016 zufolge schlechter Auftragslage per Ende Januar 2017 gekündigt wurde

(Urk. 6/22, vgl. auch Urk. 6/23/2) und er in der Folge eine Betreuung über Fr. 20'000.-- wegen ausstehender Lohnzahlungen (diverse Monate 2016 und Januar 2017) einleitete. Der Zahlungsbefehl des zuständigen Betreibungsamtes vom 24. Januar 2017 konnte der ehemaligen Arbeitgeberin am 17. März 2017 zugestellt werden; sie erhob ohne Begründung Rechtsvorschlag (Urk. 6/10, 6/16). Danach setzte der Beschwerdeführer, vertreten durch seine Rechtsschutzversicherung, seiner ehemaligen Arbeitgeberin mit per eingeschriebener Postsendung versandtem Schreiben vom 4. Mai 2017 Frist zur Begleichung der von ihm mit Fr. 20'358.40 bezifferten Lohnforderung

zuzüglich Zins bis zum 20. Mai 2017 (Urk. 6/30) . Am 18. Mai 2017 liess die Rechtsschutzversicherung dieses mit dem Vermerk «nicht abgeholt» an sie retournierte Schreiben der ehemaligen Arbeitgeberin per A-Post zukommen, wobei sie die Zahlungsfrist bis Ende Mai 201

#### **E. 3.3.1**

Wie der Beschwerdeführer zutreffend vorbringt (Urk. 1 S. 7), statuiert weder das Gesetz noch die Rechtsprechung (zur Kasuistik vgl. Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG , 5. Auflage 2019, S. 328-334 ) hinsichtlich der Ergreifung von Massnahmen zur Realisierung der Lohnansprüche konkrete zeitliche Vorgaben, bei deren Nichteinhaltung eine Verletzung der Schadenminderungspflicht anzunehmen wäre. Das Ausmass der geforderten Schadenminderungspflicht richtet sich vielmehr nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, wobei die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht praxisgemäss hoch sind (Urteil des Bundesgerichts 8C\_748/2015 vom 9. Februar 2016 E. 3.2, vgl. auch Kupfer Bucher, a.a.O., S. 334), insbesondere nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

#### **E. 3.3.2**

Allerdings trifft es nicht zu, dass die Beschwerdegegnerin – wie beschwerdeweise postuliert (Urk. 1 S. 7) – alleine aufgrund der sechsmonatigen Untätigkeit des Beschwerdeführers in der Zeit zwischen der Erhebung des Rechtsvorschlages durch die ehemalige Arbeitgeberin am 17. März 2017 bis zur Einreichung des Schlichtungsgesuchs vom 18. September 2017 von einer Verletzung der Schadenminderungspflicht ausging. Vielmehr berücksichtigte sie bei ihrer Entscheidung, dass das Arbeitsverhältnis im fraglichen Zeitraum bereits beendet war, mithin der Beschwerdeführer hinsichtlich der Erhaltung seines Arbeitsplatzes keine Rücksicht mehr nehmen musste. Des Weiteren trug sie dem während der Dauer des Arbeitsverhältnisses zunehmend nachlässigen Zahlungsverhalten der ehemaligen Arbeitgeberin (vgl. dazu Urk. 6/1/2 Ziff. 2.2, 6/9, 6/30, 6/33/23) und dem im Kündigungsschreiben vom 29. November

2016 angegebenen Kündigungsgrund der schlechten Auftragslage (Urk. 6/22) Rechnung. Gestützt darauf schloss sie zu Recht, der Beschwerdeführer habe schon lange um die finanziellen Schwierigkeiten der ehemaligen Arbeitgeberin wissen und konkret mit dem Verlust seiner Lohnansprüche rechnen müssen, weshalb eine zügige Vorantreibung des eingeleiteten Betreibungsverfahrens beziehungsweise ein unverzügliches Einreichen des Schlichtungsgesuchs beim Friedensrichteramt zwecks Beseitigung des ohne Begründung erhobenen Rechtsvorschlages geboten gewesen wäre. Dies gilt umso mehr, als das vormalige Arbeitsverhältnis mit der ebenfalls von Z. \_\_\_ beherrschten A. \_\_\_ per 31. Dezember 2014 ebenfalls aus wirtschaftlichen Gründen aufgelöst worden und diese hernach in Konkurs gefallen war (vgl. dazu Urk. 6/1/1, 6/3, 6/18/3). Schliesslich sind keinerlei Hinweise aktenkundig, welche eine einvernehmliche Beilegung der Angelegenheit als erfolgversprechend erscheinen liessen. Im Gegenteil konnte etwa der Zahlungsbefehl vom 24. Januar 2017 erst am 17. März 2017 zugestellt werden (Urk. 6/10, 6/16), was nicht auf eine kooperative Haltung der ehemaligen Arbeitgeberin schliessen lässt. Insofern war nicht zu erwarten, dass sich diese durch das Schreiben vom 4. Mai 2017 (Urk. 6/30) zur Bezahlung des Lohnausstandes veranlasst sehen würde. Dem Beschwerdeführer hätte demnach bereits im März 2017 klar sein müssen, dass die Umstände ein entschiedeneres Handeln erforderten und namentlich ein sechsmonatiges Zuwarten bis zur Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 18. September 2017 nicht zuliessen. Diese Untätigkeit wurde durch die anderen Bemühungen (vgl. E. 3.2 hiervor) nicht kompensiert und von der Beschwerdegegnerin in Würdigung der konkreten Aktenlage zu Recht als grobfahrlässig qualifiziert, was zur Sanktionierung mittels Leistungsverweigerung führt.

Unbehelflich ist in Anbetracht der konkreten Gegebenheiten die Berufung des Beschwerdeführers auf die

für die Vorbereitung/ Einleitung einer zivilrechtlichen Klage notwendige Zeit und allfällige Ferienabwesenheiten der beteiligten Personen (Urk. 1 S. 7), zumal erwartungsgemäss keine zeitintensiven Abklärungen dokumentiert sind (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 8C\_66/2013 vom 18.

November

2013 E. 4.5), hingegen aktenkundig ist, dass sich die Kontaktaufnahme, Terminvereinbarung und Absprache mit dem Vertreter der ehemaligen Arbeitgeberin schwierig gestaltete (vgl. Urk. 6/33/15-30).

### **E. 3.3.3**

Ebenfalls als nicht stichhaltig erweist sich das Vorbringen des Beschwerdeführers, der Lohnausfall beziehungsweise die Höhe der Insolvenzenschädigung hätte sich selbst mit einem zügigeren Vorantreiben der Betreuung respektive des zivilrechtlichen Verfahrens nicht verringern lassen (Urk. 1 S. 8 ff. Ziff. 3.3). Denn praxis gemäss kann es nicht Sache der versicherten Person sein, darüber zu entscheiden, ob sie weitere Vorkehren zur Realisierung der Lohnansprüche treffen will und ob diese erfolgversprechend sind oder nicht. Das für den Anspruch auf Insolvenzentschädigung 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, Urteil des Bundesgerichts 8C\_79/2019 vom 21. Mai 2019 E. 4.3). Das Erreichen eines gesetzlich vorgeschriebenen fortgeschrittenen Zwangsvollstreckungsverfahrens (Art. 51 Abs. 1 und Art. 58 AVIG) bildet für den Anspruch auf Insolvenzentschädigung zwingende Voraussetzung (Urteile des Bundesgerichts 8C\_462/2009 vom 3. August 2009 E. 3.2.1 und C 243/06 vom 16. Januar 2006), worauf im angefochtenen Entscheid (Urk. 2 S. 4) zutreffend hingewiesen wurde (vgl. dazu Urk. 1 S. 7 f. Ziff. 3.2). 4.

Nach dem Ausgeführten erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 11. Juli 2018 (Urk. 2) als rechtens, was zur Abweisung der Beschwerde führt. Das Gericht erkennt:

- 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Roland Götte - 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 1. Juli bis und mit dem 1. August sowie vom 1. 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  
VogelSherif

#### **E. 4**

S. 9 E. 4.4; Urteil des Bundesgerichts 8C\_211/2014 vom 17. Juli 2014 E. 6.1). 2.

#### **E. 7**

reichte der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Roland Götte seit der Mandatierung durch die Rechtsschutzversicherung vom 13. Juli 2017 (Urk. 6/33/13), beim zuständigen Friedensrichteramte in Schlichtungsgesuch ein (Urk. 6/21). Am 25. Oktober 2017 wurde die Klagebewilligung erteilt, nachdem die ehemalige Arbeitgeberin der Schlichtungsverhandlung vom Vortag unentschuldig ferngeblieben war (Urk. 6/23). Mit

Klageschrift vom 16. November 2017 machte der Be schwerdeführer seine Forderung beim Arbeitsgericht

geltend (Urk. 6/2 4), welches die Hauptverhandlung am 22. November 2017 auf den 5. Februar 2018 ansetzte (Urk. 6/25). Am 13. Dezember 2017 wurde über die ehemalige Arbeitgeb erin der Konkurs eröffnet (Urk. 6/12).

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