

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00290**

## **vom 7. August 2018**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-08-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2018.00290](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00290)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00290 du 7 août 2018

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00290 del 7 agosto 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Der 1979 geborene X.\_\_\_\_ war seit 15. Dezember 2015 bei der Y.\_\_\_\_ AG (vormals: Z.\_\_\_\_ AG) als Portfolio Manager angestellt (Urk. 6/3). Infolge ausstehender Lohnzahlungen – ihm wurde zuletzt das Gehalt für November 2017 ausgerichtet – mahnte er seine Arbeitgeberin mündlich und schriftlich (Urk. 3/4-5 und Urk. 6/17 [Schreiben vom 2. Februar, 4. April, 10. Mai, 8. und 21. Juni 2018]). Am 8. Juni 2018 wurde über die Y.\_\_\_\_ AG der Konkurs eröffnet (Urk. 10). Am 19. Juni 2018 beantragte der Versicherte bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich die Ausrichtung von Insolvenzenschädigung (Urk. 6/1). Mit Verfügung vom 7. August 2018 verneinte diese einen Anspruch wegen Verletzung der Schadenminderungspflicht (Urk. 6/14). Daran hielt sie auf Einsprache hin (Urk. 6/15, Urk. 6/19) mit Einspracheentscheid vom 17. September 2018 fest (Urk. 2).

#### **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.

#### **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 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). 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 Insolvenzenschädigungen an sprüchen 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.

## **E. 2**

Dagegen erhob der Versicherte am 28. September 2018 Beschwerde und beantragte, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei ihm für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses Insolvenzenschädigung bis zum Höchstbetrag nach Art.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid

insbesondere damit, der Beschwerdeführer habe trotz ausstehender Lohnzahlung für den Monat Dezember 2017 bis zur Konkurseröffnung am 8. Juni 2018 und somit während rund fünf Monaten keine rechtlichen Schritte zur Geltendmachung seines Lohns eingeleitet. Nach dem Ausbleiben des Lohns für den Monat Dezember 2017 habe er mehr als vier

Monate zugewartet, bis er der Arbeitgeberin erstmals eine Frist zur Zahlung angesetzt habe. Im Schreiben vom 10. Mai 2018 habe er auch erstmals angedroht, dass er bei Nichtbezahlung der Löhne betriebsrechtliche Schritte einleiten werde. Dieser Androhung sei er aber nicht nachgekommen. Durch das zögerliche Handeln sei er der Schadenminderungspflicht nicht in genügendem Masse nachgekommen. Das entsprechende Unterlassen sei als grob fahrlässig zu beurteilen, da der Beschwerdeführer um die finanziellen Schwierigkeiten der Arbeitgeberin hätte wissen müssen. Es hätte von ihm die Einleitung von rechtlichen Schritten auch während des Arbeitsverhältnisses erwartet werden dürfen. Der Beschwerdeführer bringe zudem vor, die Arbeitgeberin habe in Bezug auf die Lohnzahlungen kommuniziert, dass lediglich ein Problem mit dem Geldtransfer vom Mutterhaus in Moskau in die Schweiz vorliege, was für ihn plausibel gewesen sei. Objektiv würde kein Grund vorliegen, warum sein Vertrauen gerechtfertigt gewesen sein sollte (Urk. 1 S. 3 f.).

## **E. 2.2**

Demgegenüber machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, gemäss der in AVIG-Praxis IE B36 dargestellten Praxis sei er nicht gehalten gewesen, während des bestehenden Arbeitsverhältnisses eine Betriebs- oder eine arbeitsrechtliche Klage einzureichen. Es liege kein Sonderfall vor, in welchem von dieser

Praxis abgewichen werden müsste. Mit den schriftlichen Mahnungen im Februar, April und Mai habe er seine Pflicht zur Schadenminderung erfüllt. Er habe mit seinen Mahnungen klar zum Ausdruck gebracht, dass er die Zahlung so rasch wie möglich erwarte. Er habe keinen Anlass gehabt, weitere Schritte zu unternehmen. Die Arbeitgeberin habe glaubhaft versichert, dass sie die Löhne nachzahlen werde. Er habe gewusst, dass die Kollegen der Moskauer Zentrale ihre Löhne weiterhin erhalten hätten (Urk. 1 S. 5 f.). 3.

## **E. 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 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. 3.1**

Das Mass 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 Betriebs- 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 Bundesgerichts 8C\_79/2019 vom 21. Mai 2019 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.2**

Soweit der Beschwerdeführer sich auf die AVIG-Praxis IE B36 beruft, ist daran zu erinnern, dass Verwaltungsweisungen für die Gerichte nicht verbindlich sind. Doch werden sie von diesen berücksichtigt und es wird von ihnen nicht abgewichen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmung zulassen sowie eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben enthalten; denn dadurch wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Anwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen. Die Weisung des SECO in AVIG-Praxis IE B36, wonach bei bestehendem Arbeitsverhältnis von der arbeitnehmenden Person nicht verlangt wird, dass sie während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen ihren Arbeitgeber eine Betreibung einleitet oder eine Klage einreicht, ist – zumindest in dieser Absolutheit – nicht bundesrechtskonform. Dies ergibt sich namentlich aus dem Urteil, auf das in der Weisung verwiesen wird (Urteil des Bundesgerichts C 367/01 vom 12. April 2002). Darin hielt das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht folgendes fest: " L'étendue des démarches

qui

peuvent

être

exigées du travailleur

pour

recupérer

tout

ou

partie de son

salaire avant la fin des rapports de travail

dépend de l'ensemble des circonstances du cas

concret. On n'exige

pas

nécessairement

de l'assuré

qu'il

introduise

sans

délai

une  
poursuite  
contre  
son  
employeur  
ou  
qu'il  
ouvre  
action  
contre  
ce  
dernier ." ( E . 1b).

Wie in dieser Rechtsprechung deutlich zum Ausdruck kommt – und im Übrigen in der Weisung AVIG-Praxis IE B38 ebenfalls präzisiert wird – ist die Frage, inwieweit Massnahmen zur Realisierung der Lohnansprüche für die versicherte Person aufgrund ihrer Schadenminderungspflicht zumutbar sind, in erster Linie nach den gesamten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Wenngleich vom Arbeitnehmer grundsätzlich nicht verlangt wird, dass er während des bestehenden Arbeitsverhältnisses zwangsvollstreckungsrechtliche Massnahmen ergreift, sind solche je nach Umständen des Einzelfalls dennoch erforderlich. Die Zumutbarkeit solcher weitergehenden Schritte ist insbesondere dann zu bejahen, wenn es sich um erhebliche Lohnausstände handelt und die versicherte Person konkret mit einem Lohnverlust rechnen muss (vgl. hiervor E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 8C\_79/2019 vom 21. Mai 2019 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.3**

.3

In verschiedenen, vom Versicherten eingereichten E-Mail-Nachrichten der Personalabteilung seiner Arbeitgeberin wurde der Beschwerdeführer hinsichtlich der Auszahlung seines Lohns – vertraglich abgemacht war jeweils eine Zahlung Ende des Monats (Urk. 6/3) – immer wieder vertröstet, obwohl darin konkrete Aussagen enthalten waren, bis wann die Lohnzahlung erfolgen sollte (Lohn Dezember 2017: 5-7 Tage nach Neujahr [29. Dezember 2017], Ende der Woche [10. Januar 2018], anfangs nächste Woche [12. Januar 2018], 19. Januar 2018 [18. Januar 2018], Lohn Januar 2018: 7 Arbeitstage von heute an [6. Februar 2018], Lohn Februar 2018: nächste Woche [2. März 2018], nächste Woche [9. März 2018], anfangs nächste Woche [15. März 2018], Ende der Woche [21. März], nächste Woche [23. März; Urk. 6/18]). Dabei änderte sich der Betreff in den E-Mails mit der Zeit von «Settlement December 2017 – information

flow » zu «Settlement January 2018 – information

flow » und «Settlement February 2018 – information

flow », ohne dass zwischenzeitlich eine – zumindest teilweise – Zahlung der ausstehenden Löhne erfolgt wäre (Urk. 6/18). In den Akten findet sich alsdann

keine plausible Erklärung für die angegebenen monatelangen

Schwierigkeiten beim Mitteltransfer von Moskau in die Schweiz (Urk. 1 S. 3). In den vom Beschwerdeführer ein gereichten E-Mail-Nachrichten wie auch in der Bestätigung von B.\_\_\_\_

ist jeweils einzig die Rede von Verzögerungen bei der Salärauszahlung. In dem E-Mail vom 3. August 2017 (Urk. 6/18 S. 44) ist ebenfalls keine Begründung für die Zahlungsschwierigkeiten zu finden, wobei dieses ohnehin nur bedingt für die Klärung des Sachverhalts ab Dezember 2017 heranzuziehen ist. Unter den vorliegenden Umständen und mit Blick auf die erheblichen Ausstände, die immer höher wurden und an die nicht einmal Teilzahlungen geleistet wurden, ist nicht nachvollziehbar, inwiefern der Beschwerdeführer weiterhin auf die Zusicherungen seiner Arbeitgeberin vertrauen konnte, ohne ein entschiedeneres und zielgerichtetes Verhalten an den Tag zu legen. Vor diesem Hintergrund genügten die in den Akten ersichtlichen Handlungen nicht, um der Schadenminderungspflicht in genügendem Masse nachzukommen. Daran würden selbst die behaupteten regelmässigen Lohnzahlungen im Mutterhaus in Moskau (Urk. 1 S. 4) nichts ändern. Hinzu kommt, dass sich bereits im Oktober und November 2017 Verzögerungen bei der Lohnzahlung gezeigt hatten, wobei – im Unterschied zu den nachfolgenden Lohnansprüchen – eine (verspätete) Auszahlung noch erfolgte (Urk. 6/8 und Urk.

6/18 /42-43). Bereits angesichts dessen hätte dem Beschwerdeführer bewusst sein müssen, dass die nachfolgend gezeigte Entwicklung – das heisst die nun bei vertröstenden Aussagen und Zahlungsversprechen auf konkrete Termine hin fehlende Lohnzahlung

–

eine frühzeitigere konsequente Durchsetzung seiner Rechte bedingt hätte.

#### **E. 3.4**

Gestützt auf die vorliegend beschriebenen Umstände wie auch die erheblichen Lohnausstände wäre der Beschwerdeführer bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses zu weitergehenden Schritten verpflichtet gewesen. Daran ändern auch die vom Beschwerdeführer angeführten Urteile des Bundesgerichts (Urk. 1 S. 5) nichts, zumal

sich das Ausmass der vorausgesetzten Schadenminderungspflicht – wie bereits ausgeführt – nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls richtet und auch im Bundesgerichtsurteil C 264/04 vom 20. Juli 2005 gefordert wurde, nach einer allenfalls fruchtlosen schriftlichen Mahnung Lohnklage zu erheben oder direkt die Betreibung einzuleiten (E. 2.3).

Bezüglich der wiederholten Zusicherungen des Arbeitgebers ist anzumerken, dass es unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten 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. In diesem Zusammenhang ist auf die offenkundige Tatsache hinzuweisen, dass Schuldner oftmals erst unter dem Druck der unmittelbar bevorstehenden Konkursöffnung ihren Zahlungspflichten nachkommen (BGE 131 V 196 E. 4.1.2 und Urteil des Bundesgerichts 8C\_85/2019 vom 19. Juni 2019 E. 4.3).

#### **E. 4**

Auf die vom Beschwerdeführer begehrten Zeugeneinvernahmen von A.\_\_\_\_, B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ ( Urk. 1 S. 3 f.) kann sodann ver zichtet werden. Die erstgenannten Zeugen werden für bereits aktenkundige Umstände respektive für Tatsachen angerufen, die vom hiesigen Gericht nicht in Zweifel gezogen werden. Die durch C.\_\_\_\_ behaupteten regelmässigen Lohnzahlungen im Mutterhaus in Moskau würden – wie unter E. 3.3 .3 ausgeführt – zu keiner anderen Entscheidung führen.

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer rügt weiter eine Verletzung des Vertrauensschutzes. Er habe insbesondere gestützt auf die in der AVIG-Praxis IE B36 enthaltene Regelung darauf vertraut, dass er während des bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht verpflichtet sei, eine Betreibung oder eine Klage gegen die Arbeitgeberin einzu reichen ( Urk. 1 S. 6).

Nach dem in Art.

#### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer macht einerseits nicht geltend, die Weisung sei ihm von der Arbeitslosenkasse als Antwort auf eine bestimmte, ihn betreffende Frage abgegeben worden. Andererseits wird in der AVIG-Praxis IE B38 deutlich erwähnt, dass die Kasse die Zumutbarkeit der Massnahmen zur Realisierung der Lohnansprüche für die versicherte Person aufgrund ihrer Schadenminderungspflicht nach den gesamten Umständen des Einzelfalls beurteile, so dass es von vornherein an der Voraussetzung einer Auskunfts mangel, die sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht (Urteil des Bundesgerichts 8C\_79/2019 vom 21. Mai 2019 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen ). Die Berufung auf den Vertrauensschutz geht damit fehl. 6.

Nach dem Gesagten erweist sich der Einspracheentscheid vom 17. September 2018 als rechtens. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Markus Krapf - 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, zuzu stellen.

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 VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin GräubLocher

#### **E. 9**

der Bundesverfassung ( BV ) verankerten Grundsatz von Treu und Glauben kann eine unrichtige Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür ist unter anderem, dass die Auskunft sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht. Nach der Rechtsprechung vermögen von der Verwaltung herausgegebene fehlerhafte Weisungen oder Merkblätter nur in Ausnahmefällen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung zu begründen. Verlangt der Bürger aber zu einer bestimmten, ihn betreffenden Frage eine Auskunft und erteilt ihm die Behörde diese in Form der Abgabe eines Merkblattes (oder einer ähnlichen behördlichen Information), kann damit eine individuell-konkrete Zusicherung verbunden sein. Trifft dies zu, kann sich der Betroffene auf die Unrichtigkeit der Auskunft berufen, sofern die übrigen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind (Urteil des Bundesgerichts 8C\_79/2019 vom 21. Mai 2019 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen).

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