



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 28. Juni 2018 (715 18 46 / 166)

Arbeitslosenversicherung

Verletzung der Schadenminderungspflicht im Verfahren um Insolvenzenschädigung

Besetzung Präsidentin Doris Vollenweider, Kantonsrichter Daniel Noll, Kantonsrichter Jgnaz Jermann, Gerichtsschreiber Daniel Gfeller

Parteien **A.**____, Beschwerdeführer, vertreten durch Raffaella Biaggi, Advokatin, St. Jakobs-Strasse 11, Postfach 3003, 4002 Basel

gegen

Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32,
Postfach, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

Betreff Insolvenzenschädigung

A. Der 1991 geborene A.____ arbeitete seit dem 1. August 2016 bis Ende Februar 2017 bei der B.____ AG. Nachdem er für die Monate Oktober 2016 bis Februar 2017 keinen Lohn erhalten hatte, leitete er am 22. März 2017 die Betreuung über die Lohnausstände von Oktober 2016 bis und mit Februar 2017 gegen seine ehemalige Arbeitgeberin ein. Am 22. Mai 2017 hat A.____ das Fortsetzungsbegehren und am 4. August 2017 das Konkursbegehren gestellt, worauf das Zivilkreisgerichtspräsidium Basel-Landschaft Ost am 29. August 2017 den Konkurs gegen die B.____ AG eröffnet hat. Am 19. September 2017 stellte A.____ bei der Öffentlichen

Arbeitslosenkasse Baselland (Arbeitslosenkasse) Antrag auf Insolvenzenschädigung für die Monate November 2016 bis Februar 2017. Mit Verfügung vom 19. Oktober 2017 lehnte die Arbeitslosenkasse den Anspruch auf Insolvenzenschädigung ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen geltend gemacht, A._____ sei seiner Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen. Eine dagegen erhobene Einsprache wurde mit Entscheid vom 19. Januar 2018 abgewiesen.

B. Hiergegen erhob A._____, vertreten durch Advokatin Raffaella Biaggi, am 31. Januar 2018 Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie die Ausrichtung der ihm zustehenden Insolvenzenschädigung.

C. Die Arbeitslosenkasse schloss mit Vernehmlassung vom 19. März 2018 auf Abweisung der Beschwerde.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 in Verbindung mit den Art. 56 und 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 kann gegen Einspracheentscheide aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Nach Art. 100 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit den Art. 128 Abs. 1 und 119 Abs. 1 lit. d der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 richtet sich die örtliche Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts für die Beurteilung von Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Arbeitslosenkassen, welche die Insolvenzenschädigung betreffen, nach dem Ort des zuständigen Betreibungs- und Konkursamtes. Vorliegend war für das Konkursverfahren über die B._____ AG das Betreibungs- und Konkursamt des Kantons Basel-Landschaft zuständig, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts zu bejahen ist. Laut § 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG. Es ist somit auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auf die – im Übrigen frist- und formgerecht erhobene – Beschwerde des Versicherten ist deshalb einzutreten.

2. Streitig und im Folgenden zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht den Anspruch des Versicherten auf Insolvenzenschädigung abgelehnt hat.

2.1 Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmende von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmende beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn: gegen ihre Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen (lit. a) oder der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des

Arbeitgebers kein Gläubiger bereitfindet, die Kosten vorzuschliessen (lit. b), oder sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben (lit. c). Gemäss Art. 52 Abs. 1 AVIG deckt die Insolvenzenschädigung die Lohnforderungen für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkursöffnung des Arbeitgebers, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 1 AVIG. Der gesetzliche Zweck der Insolvenzenschädigung besteht im Schutz der Lohn Guthaben der Arbeitnehmenden und soll diesen im Konkursfall ihres Arbeitgebers den Lebensunterhalt garantieren. Damit soll vermieden werden, dass die betroffenen Arbeitnehmer durch den Verlust ihrer Lohnforderungen in ihrer Existenz bedroht werden (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 2. Juli 1980; BBl 1980 III 534 f. und 606; BGE 114 V 58 E. 3c und Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen] C 321/99 vom 20. April 2001 E. 3b). Hintergrund bildet die Überlegung, dass Arbeitnehmende grundsätzlich vorleistungspflichtig sind und das Entgelt für ihre Arbeit erst am Ende des Monats fällig wird (vgl. Art. 323 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [OR] vom 30. März 1911).

2.2 Wird der Arbeitgeber zahlungsunfähig, so kann der Arbeitnehmende gemäss Art. 337a OR das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen, sofern ihm für seine Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird. Dem Arbeitnehmer steht mit dieser Bestimmung die Möglichkeit offen zu verhindern, dass er dem Arbeitgeber auf unbestimmte Zeit Kredit gewährt und das Risiko trägt, die Gegenleistung nicht zu erhalten (BGE 120 II 212 E. 6a). Es kann von ihm jedoch nicht unter dem Titel der Schadenminderungspflicht (BGE 129 V 463 E. 4.2, 123 V 233 E. 3c mit Hinweisen) verlangt werden, diesen Schritt zu machen. Können Lohnansprüche während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht erhältlich gemacht werden, bedeutet dies zudem noch nicht, dass dies auch im Konkursverfahren der Fall sein wird. Um zu verhindern, dass der Arbeitnehmer beliebig lange ohne Lohn beim bisherigen Arbeitgeber bleibt, hat der Gesetzgeber in Art. 52 Abs. 1 AVIG eine zeitliche Grenze für die Bezugsdauer der Insolvenzenschädigung gesetzt. Spätestens nach vier Monaten ohne Lohn ist es dem Arbeitnehmer demnach aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nicht mehr zumutbar, beim insolventen Arbeitgeber zu verbleiben. Dem Schutzzweck der Insolvenzenschädigung entsprechend sollen nicht Unternehmensrisiken abgedeckt, sondern soziale Härten der Arbeitnehmenden vermieden werden (SVR 2005, AIV Nr. 10 S. 31 f. E. 5.3; Urteil des EVG vom 20. Juli 2005, C 264/04). Verbleibt der Arbeitnehmer ohne Lohnbezug über diesen Zeitraum hinaus beim bisherigen Arbeitgeber, anstatt sich nach einer neuen Beschäftigung umzusehen, handelt er auf eigenes Risiko (Urteil des EVG vom 6. Februar 2006, C 270/05).

2.3 Nach Art. 55 Abs. 1 AVIG müssen Arbeitnehmende im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen, um ihre Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihnen mitteilt, dass sie an ihrer Stelle in das Verfahren eingetreten ist. Danach müssen sie die Arbeitslosenkasse bei der Verfolgung ihres Anspruchs in jeder zweckdienlichen Weise unterstützen. Diese Bestimmung bezieht sich dem Wortlaut nach auf das Konkurs- und Pfändungsverfahren. In reduziertem Umfang greift diese Schadenminderungspflicht bereits auch schon vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber der Lohnzahlungs-

pflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und mit einem Lohnverlust zu rechnen ist (ARV 2002 Nr. 30 S. 190).

2.4 Die Anforderungen an die Erfüllung der Schadenminderungspflicht und damit an die ausreichenden Bemühungen im Sinne von Art. 55 Abs. 1 AVIG wurden vom Bundesgericht in steter Praxis präzisiert. In BGE 114 V 60 E. 4 führte das Bundesgericht aus, der Anspruch auf Insolvenzenschädigung entfalle, wenn der Arbeitnehmer vor oder nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses seine Lohnansprüche nicht innert nützlicher Frist geltend mache. Dabei setze der Anspruch auf Insolvenzenschädigung nicht voraus, dass der Versicherte unverzüglich betriebsrechtliche Schritte gegen seinen Arbeitgeber einleite (Urteil des EVG vom 4. September 2001; C 91/01). Es genüge, wenn die Arbeitnehmenden unmissverständliche Zeichen setzen, aus denen die Ernsthaftigkeit ihrer Lohnforderungen zu erkennen ist (Urteil des EVG vom 15. Oktober 2001, C 194/01, E. 2b). In einem weiteren Urteil vom 14. Oktober 2004 (C 114/04) hat das EVG diese Praxis dahingehend konkretisiert, dass einer versicherten Person vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht die gleiche Schadenminderungspflicht obliege wie danach. Das Ausmass der vorausgesetzten Schadenminderungspflicht richte sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls (Urteil des EVG vom 6. Februar 2006, C 270/05, E. 3.1). Vom Arbeitnehmer wird in der Regel nicht verlangt, dass er bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber Betreibung einleitet oder eine Klage einreicht. Er hat jedoch seine Lohnforderung gegenüber dem Arbeitgeber in eindeutiger und unmissverständlicher Weise geltend zu machen (Urteil des EVG vom 19. Oktober 2006, C 163/06, E. 3.1; ARV 2002 Nr. 30 S. 190). 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 (Urteile des EVG vom 19. Oktober 2006, C 163/06, E. 3.1 und vom 6. Februar 2006, C 270/05). Unmissverständliche Zeichen zur Geltendmachung der Lohnforderungen würden dabei nicht ausreichen. Gefordert sei eine konsequente und kontinuierliche Weiterverfolgung der eingeleiteten Schritte, welche in einem der vom Gesetz geforderten zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien münden müssten, damit ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung bestehe (Urteil des Bundesgerichts vom 3. August 2009, 8C_462/2009, E. 3.3). Selbst wenn die Überschuldung des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin offensichtlich erscheine, sei es keineswegs ausgeschlossen, dass die Lohnforderungen von Arbeitnehmern kurz vor der Konkursöffnung oder der Pfändung nicht doch noch beglichen würden (Urteil des Bundesgerichts vom 3. Oktober 2011, 8C_630/2011, E. 4.2). Eine versicherte Person, deren Arbeitsverhältnis bereits lange vor dem Konkurs des Arbeitgebers beendet worden ist, und die nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mehr als ein Jahr zuwartet, um ausstehende Löhne geltend zu machen, verliert deshalb den Anspruch auf Insolvenzenschädigung (Urteil des EVG vom 4. Juli 2002, C 39/02).

2.5 In einem Urteil vom 29. August 2011 bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung und führte aus, dass es für die Erfüllung der Schadenminderungspflicht grundsätzlich nicht genüge, wenn Lohnausstände lediglich mündlich gemahnt würden. Dies gelte beispiels-

weise, wenn eine langandauernde, das heisst über zwei bis drei Monate hinaus andauernde Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtung des Arbeitgebers zur Diskussion stehe; wenn überhaupt keine, also auch keine Akonto- oder Teilzahlung erfolgt sei; wenn aus der Sicht des Versicherten nicht mit guten Gründen damit gerechnet werden könne, dass sich bald eine Besserung der Situation ergebe oder wenn nicht andere, im Einzelfall verständliche Gründe vorlägen, die ein vorläufiges Zuwarten mit zielgerichteten Schritten aus objektiver Sicht verständlich erscheinen lassen (Urteil des Bundesgerichts vom 18. Oktober 2017, 8C_573/2017, E. 2 mit Hinweis auf die Urteile vom 29. August 2011, 8C_66/2011, E. 4.2 und vom 23. Oktober 2009, 8C_682/2009, E. 4, veröffentlicht in ARV 2010 S. 46)).

In einem weiteren Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass Arbeitnehmende, welche gegenüber dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin während längerer Zeit keine Anstalten machen würden, ihrer Lohnforderung mit hinreichender Deutlichkeit Ausdruck zu verleihen, mangelndes Interesse signalisieren. Dadurch würden sie auch gegenüber der Arbeitslosenversicherung ihre Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit verlieren. Die Bestimmung von Art. 55 Abs. 1 AVIG, wonach der Arbeitnehmer im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen müsse, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, beziehe sich dem Wortlaut nach auf das Konkurs- und Pfändungsverfahren. Sie bilde jedoch Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht, welche auch dann Platz greife, wenn das Arbeitsverhältnis vor der Konkurseröffnung aufgelöst werde (BGE 114 V 56 E. 4; Urteil des Bundesgerichts vom 27. Januar 2015, 8C_641/2014, E. 4.1; ARV 1999 Nr. 24 S. 140). Eine ursprüngliche Leistungsverweigerung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht im Sinne der zu Art. 55 Abs. 1 AVIG ergangenen Rechtsprechung setze voraus, dass der versicherten Person ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden könne. Dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit sei mit dem Ausmass der von den Arbeitnehmenden zu erwartenden Vorkehrungen Rechnung zu tragen (SVR 2014 AIV Nr. 4 S. 9 E. 4.1 [8C_66/2013]). Nach ständiger Rechtsprechung werde eine konsequente und kontinuierliche Weiterverfolgung der eingeleiteten Schritte gefordert, welche in einem der vom Gesetz geforderten zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien münden müsse, damit Anspruch auf Insolvenzenschädigung bestehe. Arbeitnehmende sollten sich gegenüber dem Arbeitgeber nämlich so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzenschädigung gar nicht gäbe. Dieses Erfordernis lasse ein längeres Untätigsein nicht zu (Urteil des Bundesgerichts vom 27. Januar 2015, 8C_641/2014, E. 4.1; SVR 2014 AIV Nr. 4 S. 9 E. 4.2 [8C_66/2013]).

3. Der rechtserhebliche Sachverhalt stellt sich im vorliegenden Fall wie folgt dar:

3.1 Der Beschwerdeführer hat nach seiner Arbeitsaufnahme für die B.____ AG am 1. August 2016 lediglich für die ersten beiden Monate, d.h. für den August und den September 2016, Lohnzahlungen erhalten. Bereits Ende Oktober 2016 hat er erstmals seinen Lohn nicht erhalten und in der Folge hat er keinerlei Lohnzahlungen, auch keine Akonto- oder Teilzahlungen, mehr erhalten. Erst mit Schreiben vom 16. Februar 2017, also dreieinhalb Monate nach Fälligkeit des ersten ausstehenden Monatslohnes, hat der Beschwerdeführer über seine Rechtsschutzversicherung erstmals die ausstehenden Lohnzahlungen auf dem Postweg schriftlich angemahnt. Dies ist nach der angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung klarerweise

verspätet. Damit ist der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen, da es im vorliegenden Fall keine guten Gründe gab, mit einer baldigen Besserung der finanziellen Situation zu rechnen.

3.2 Der Beschwerdeführer bringt allerdings vor, dass er die ausstehenden Lohnforderungen bereits ab November 2016 regelmässig nicht nur mündlich, sondern auch per WhatsApp und damit in schriftlicher Form geltend gemacht habe. Das Gesetz schreibe die Form der Schriftlichkeit nicht vor, so dass schriftliche WhatsApp-Mitteilungen der Schadenminderungspflicht genügen würden.

3.3 Abgesehen davon, dass sich WhatsApp-Mitteilungen nicht zweifelsfrei zuordnen lassen, zeigt sich, dass die vorliegenden Mitteilungen teilweise in Dialektform mit schwer verständlichen Abkürzungen und Piktogrammen verfasst wurden, weshalb diesen Mitteilungen – obwohl schriftlich abgefasst – die geforderte Ernsthaftigkeit und Nachdrücklichkeit bereits in formeller Hinsicht fehlen. Vielmehr sind die ausgetauschten Nachrichten in freundschaftlichem Umgangston verfasst worden. Diese WhatsApp-Nachrichten sind nicht mit per Post versandten Briefen und schon gar nicht per Einschreiben zugestellten Schreiben zu vergleichen. Dem eingereichten WhatsApp-Verlauf ist aber auch zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer seinen Lohn weder im November noch im Dezember 2016 ernsthaft einfordert. Die einzige Mitteilung in diesen beiden Monaten, die sich auf den Lohn bezieht, wurde am 13. Dezember 2016 verfasst. Darin wird aber der Lohn nicht angemahnt, sondern lediglich angefragt, ob sein Lohn nun eigentlich überwiesen worden sei. Für den Monat Januar 2017 liegen keine WhatsApp-Nachrichten vor. Erst am 2. Februar 2017 setzt der Beschwerdeführer seiner Arbeitgeberin erstmals Frist bis 8. Februar 2017 zur Zahlung der Lohnforderung. Aus dem vorliegenden WhatsApp-Verlauf ergibt sich demzufolge, dass der Beschwerdeführer erstmals mehr als 3 Monate nach der Fälligkeit des ersten ausstehenden Monatslohnes seinen Lohn angemahnt hat. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, die dem Beschwerdeführer Anlass gegeben hätten, dass die Lohnzahlungen doch noch erfolgen würden und er deshalb mit der Geltendmachung seiner Lohnforderungen zuwarten könnte. Nachdem der Beschwerdeführer seit seinem Arbeitsantritt per 1. August 2016 lediglich zweimal, nämlich für die Monate August und September 2016, seinen Lohn erhalten hat, wurde ihm der Lohn ab Oktober 2016 nicht mehr ausgerichtet; es erfolgten auch keine Teilzahlungen. Trotzdem blieb er zumindest bis anfangs Februar 2017 untätig. Unter den gegebenen Umständen hätte er bereits viel früher seinen Lohn nachdrücklich und zumindest in Schriftform mit per Post zugestellten Schreiben oder sogar auf dem Rechtsweg geltend machen müssen. Mit seinem Vorgehen ist der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht jedenfalls nicht nachgekommen.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer seine ausstehenden Lohnforderungen weder frühzeitig genug noch mit genügendem Nachdruck verfolgt und eingefordert hat. Die Ablehnung seines Anspruchs auf Insolvenzenschädigung durch die Beschwerdegegnerin ist deshalb nicht zu beanstanden und die dagegen gerichtete Beschwerde ist abzuweisen.

5. Gemäss Art. 61 lit. a ATSG sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind dem Prozessausgang entsprechend wettzuschlagen (Art. 61 lit. g ATSG).

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>