

C 271/05

Urteil vom 30. März 2006
IV. Kammer

Präsident Ursprung, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Schön;
Gerichtsschreiberin Schüpfer

M. _____, 1973, Beschwerdeführer, vertreten
durch Rechtsanwalt Robert Baumann, Brühlgasse 39, 9000 St. Gallen,

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, Brunngasse 6, 8400 Winterthur,
Beschwerdegegnerin

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 6. September 2005)

Sachverhalt:

A.

Der 1973 geborene M. _____ war seit dem 1. Juli 2003 als Versicherungsberater bei der E. _____ GmbH tätig. Am 3. Juni 2004 löste die Firma das Arbeitsverhältnis per 30. Juni 2004 auf. Dies mit dem Hinweis, die Gesellschaft befinde sich in einer schwierigen finanziellen Lage und deren Zukunft werde vom Konkursamt geprüft. 2004 wurde über die E. _____ GmbH der Konkurs eröffnet, in welchem M. _____ am 18. August 2004 eine Lohnforderung für die Zeit vom Januar bis August 2004 von Fr. 40'670.35 (einschliesslich Überzeitenschädigung, Spesen und Ferienanspruch) eingab. Bereits am 6./13. Juli 2004 hatte der Versicherte bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Antrag auf Insolvenzenschädigung eingereicht. Dieser wurde mit Verfügung vom 25. August 2004 abgewiesen. Aufgrund der Angaben des Versicherten sei davon auszugehen, dass er keine rechtlichen Schritte unternommen habe, um die ausstehenden Löhne geltend zu machen. Da er der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht nicht hinreichend nachgekommen sei, bestehe kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Mit Einspracheentscheid vom 2. November 2004 hielt die Arbeitslosenkasse an dieser Verfügung fest.

B.

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 6. September 2005 ab.

C.

M. _____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides seien ihm die gesetzlichen Leistungen entsprechend der von ihm geltend gemachten Insolvenzenschädigungsansprüche zuzusprechen und auszurichten.

Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichtet auf Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Im vorinstanzlichen Entscheid werden die gesetzlichen Bestimmungen über den Anspruch auf Insolvenzenschädigung (Art. 51 Abs. 1 AVIG), den Umfang des Anspruchs (Art. 52 Abs. 1 AVIG in der seit 1. Juli 2003 gültigen Fassung)

sowie über die Pflichten des Arbeitnehmers im Konkurs- oder Pfändungsverfahren (Art. 55 Abs. 1 AVIG; BGE 114 V 59 Erw. 3d; ARV 2002 Nr. 8 S. 62 ff. und Nr. 30 S. 190 ff., 1999 Nr. 24 S. 140 ff.) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

1.2 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 60 Erw.4; ARV 1999 Nr. 24 S. 140 ff.). Sie obliegt der versicherten Person in reduziertem Umfang schon vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber der Lohnzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und mit einem Lohnverlust zu rechnen ist (ARV 2002 Nr. S. 190).

2.

Aus den Akten ergibt sich, dass der Lohn des Beschwerdeführers bis Ende Dezember 2003 ordnungsgemäss bezahlt und überdies eine Gratifikation ausgerichtet worden ist. Danach hat er keinen Lohn mehr erhalten. Es ist unbestritten und wird vom Geschäftsführer der GmbH auch schriftlich bestätigt, dass er seinen Lohnanspruch jeden Monat gemahnt hatte. Der Beschwerdeführer bringt im Weiteren vor, dass ihm die Stelle bei der E. _____ GmbH von der Regionalen Arbeitsvermittlung (RAV) nach einer während eineinhalb Jahren dauernden Arbeitslosigkeit vermittelt worden war. Zwischen ihm und dem Geschäftsführer der Gesellschaft habe sich ein gewisses Vertrauensverhältnis entwickelt. Bei dem engen persönlichen Kontakt im Kleinbetrieb - insgesamt seien nur drei Personen beschäftigt gewesen - sei ein mündliches Geltendmachen der Ansprüche nahe gelegen. Nach der langen Arbeitslosigkeit habe er auf keinen Fall seine Stelle wieder verlieren wollen. Als die Lohnzahlungen im Winter/Frühling 2004 ausgeblieben seien, habe der Arbeitgeber ihn auf Nachfrage hin damit getröstet, man warte auf die Zahlungen der Superprovisionen der vermittelten Geschäfte, womit die Forderungen dann sicher beglichen werden könnten. Da er den Geschäftsführer als aufrichtigen und rücksichtsvollen Menschen kennen gelernt habe, habe er auf dessen Zusicherungen vertraut. Dies auch in Kenntnis der von ihm selbst vermittelten zahlreichen Geschäfte/Versicherungspolice. Damals habe er nicht wissen können, dass die beteiligten Versicherungsgesellschaften die Ausstände grösstenteils mit eigenen Forderungen verrechnen würden.

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 (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 B. vom 20. Juli 2005, C 264/04; G. vom 14. Oktober 2004, C 114/04, und G. vom 4. Juli 2002, C 33/02).

3.2 Wird der Arbeitgeber zahlungsunfähig, so kann der Arbeitnehmer 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 der obigen 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 Erw. 6a). Es kann von ihm jedoch nicht unter dem Titel der Schadenminderungspflicht (BGE 129 V 463 Erw. 4.2, 123 V 233 Erw. 3c mit Hinweisen) verlangt werden, diesen Schritt zu machen (SVR 2005, AIV Nr. 10 S. 31 f. Erw. 5.3; C 214/04). Der Beschwerdeführer war daher zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht verpflichtet. 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 Limite für die Bezugsdauer der Insolvenzenschädigung gesetzt. Spätestens nach vier Monaten ohne Lohn ist es dem Arbeitnehmer demnach aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nicht mehr zumutbar, das Arbeitsverhältnis mit dem insolventen Arbeitgeber weiterzuführen (Urteile B. vom 20. Juli 2005, C 264/04 und N. vom 15. April 2005, C 214/04). Verbleibt er ohne Lohnbezug über diesen Zeitraum hinaus beim bisherigen Arbeitgeber, anstatt sich nach einer neuen Beschäftigung umzusehen, handelt er auf eigenes Risiko. Dem Schutzzweck der Insolvenzenschädigung entsprechend sollen nicht Unternehmensrisiken abgedeckt, sondern soziale Härten der Arbeitnehmer vermieden werden (Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Diss. Zürich 2004, S. 120).

4.

4.1 Im Lichte dieser Rechtssprechung kann dem Beschwerdeführer nicht zur Last gelegt werden, dass er das Arbeitsverhältnis nicht von sich aus aufgelöst hat. Im kantonalen Entscheid wird die Abweisung damit begründet, der Beschwerdeführer sei über die prekäre finanzielle Lage seiner Arbeitgeberin im Bilde gewesen, habe trotzdem mit zu wenig Nachdruck seine Ansprüche durchzusetzen versucht und sei damit seiner Schadenminderungspflicht nur in ungenügendem Masse nachgekommen.

Die Leistungsverweigerung unter Berufung auf Art. 55 Abs. 1 AVIG ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer mindestens grobfahrlässig seinen in dieser Bestimmung normierten Pflichten nicht nachgekommen ist. Nur dann ist sie auf ein schweres Verschulden zurückzuführen, was im Sozialversicherungsrecht rechtsprechungsgemäss die Voraussetzung dafür bildet, dass auf eine explizite gesetzliche Grundlage für eine Leistungsverweigerung verzichtet werden kann (BGE 107 V 228 Erw. 2a). Dem massgeblichen Erfordernis der Verhältnismässigkeit ist mit dem Ausmass der vom Arbeitnehmer zu erwartenden Vorkehren Rechnung zu tragen; dabei ist jedes Vorgehen zu berücksichtigen. Es hat eine Gesamtbetrachtung seiner Bemühungen Platz zu greifen. Es genügt, wenn der Arbeitnehmer zunächst unmissverständliche Zeichen (Mahnungen, Einleiten der Betreibung usw.) setzt, aus denen die Ernsthaftigkeit seiner Lohnforderung zu erkennen ist. Er darf jedoch nicht untätig bleiben und zuwarten, bis der Arbeitgeber (beispielsweise) in Konkurs fällt (vgl. Burgherr, a.a.O. S. 166 mit Hinweisen).

4.2 Der Beschwerdeführer hat nach Ausbleiben der Lohnzahlungen ab Januar 2004 - ausser regelmässigen mündlichen Mahnungen oder Erkundigungen - überhaupt nichts unternommen, um seinen Forderungen Nachdruck zu verleihen. Es ist zwar verständlich, dass er um seinen Arbeitsplatz bangte und diesen nicht gefährden wollte. Im Rahmen der Schadenminderungspflicht wäre er aber gehalten gewesen, wenigstens Akontozahlungen zu verlangen oder sich die zukünftig zu erwartenden Provisionszahlungen als Sicherheit abtreten zu lassen. Indem er es bis zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei blossen mündlichen Erkundigungen belies und auch nachher nichts weiteres unternommen hat, hat er nach dem Gesagten die Ernsthaftigkeit seiner Durchsetzungsbemühungen nicht in genügendem Masse dargetan. Dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt der relativ langen Dauer der ausgebliebenen Lohnzahlungen. In diesem Sinne ist der Sachverhalt nicht mit demjenigen im Urteil G. vom 14. Oktober 2004 (C 114/04) zu vergleichen, auf welches sich der Beschwerdeführer beruft. Die von der Verwaltung verfügte und von der Vorinstanz bestätigte Abweisung des Anspruchs auf Insolvenzenschädigung ist

nach Lage der Akten und in Berücksichtigung der Vorbringen des Beschwerdeführers im Rahmen der Ermessensprüfung (Art. 132 OG; vgl. BGE 123 V 152 Erw. 2 mit Hinweisen) nicht zu beanstanden.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 30. März 2006

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: