

## Verweigerung der Insolvenzenschädigung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht des Arbeitnehmenden

Art. 55 Abs. 1 AVIG

**Der Arbeitnehmende hat alles zur Wahrung seiner Ansprüche gegenüber seinem Arbeitgeber zu unternehmen, z.B. durch schriftliche Abmahnung oder Einleitung der Betreuung. Ansonsten ist die Arbeitslosenversicherung zur Leistungsverweigerung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht berechtigt. [68]**

BGer 8C\_641/2014 vom 27. Januar 2015

Die Arbeitnehmerin A. stand bei B. in einem Arbeitsverhältnis. Nachdem ihr Lohn zunächst gar nicht und später nur noch teilweise und in kleinen Raten ausbezahlt wurde, liess A. sich den ausstehenden Betrag von B. regelmässig unterschriftlich bestätigen. In der Folge meldete B. Insolvenz an und löste das Arbeitsverhältnis mit ihren Angestellten auf. A. leitete erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Betreuung gegen B. ein. Über B. wurde letztlich der Konkurs eröffnet. A. stellte Antrag auf Insolvenzenschädigung für unbezahlt gebliebenen Lohn und Ferienentschädigung. Die Arbeitslosenkasse lehnte eine Leistungspflicht mit der Begründung ab, A. sei ihrer Schadenminderungspflicht nicht in genügendem Masse nachgekommen.

Im Beschwerdeverfahren verpflichtete das Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt die Arbeitslosenkasse zur Ausrichtung einer (reduzierten) Entschädigung, weil A. ihrer Schadenminderungspflicht während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses zwar nur ungenügend nachgekommen sei, diese Anforderungen indessen in dieser Zeit nicht allzu hoch anzusetzen seien. Bei einer Anstellungszeit von insgesamt über 30 Jahren habe ein gewisses Vertrauensverhältnis bestanden und A. habe in nachvollziehbarer Weise den Zusicherungen auf künftige Lohnzahlungen geglaubt. Somit sei die Schadenminderungspflicht nicht derart schwer verletzt, dass die gänzliche Leistungsverweigerung gerechtfertigt sei. Die Insolvenzenschädigung sei vielmehr lediglich um den Betrag zu reduzieren, auf den A. im relevanten Zeitraum verzichtet habe.

Die dagegen erhobene Beschwerde des Amtes für Wirtschaft und Arbeit hiess das Bundesgericht gut. Arbeitnehmende, die gegenüber dem Arbeitgeber während längerer Zeit ihre Lohnforderung nicht mit hinreichender Deutlichkeit geltend machten, würden ein mangelndes Interesse zeigen und gegenüber der Arbeitslosenversicherung ihre Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit verlieren. Art. 55 Abs. 1 AVIG, wonach der Arbeitnehmer im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles für die Wahrung seiner Ansprü-

che gegenüber dem Arbeitgeber unternehmen müsse, dokumentiere die allgemeine Schadenminderungspflicht, die auch bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Konkursöffnung gelte. Eine Leistungsverweigerung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht gemäss Art. 55 Abs. 1 AVIG setze ein schweres Verschulden, mithin vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen, des Arbeitnehmenden voraus. Ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung verlange eine konsequente und kontinuierliche Weiterverfolgung der eingeleiteten Schritte bis in ein zwangsvollstreckungsrechtliches Stadium. Arbeitnehmende sollen sich gegenüber dem Arbeitgeber so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzenschädigung gar nicht gäbe, was ein längeres Untätigsein nicht zulasse.

A. habe vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses nichts unternommen, um zu ihrem Lohn zu kommen. Für die Erfüllung der Schadenminderungspflicht genüge die lediglich mündliche Mahnung der Lohnausstände nicht. Die schriftliche Schuldanererkennung der offenen Lohnforderungen entspreche qualitativ nicht einer schriftlichen Mahnung, weil sie keine nachdrückliche Aufforderung zur zeitnahen Begleichung der Ausstände beinhalte, sondern die Arbeitnehmerin signalisiere damit vielmehr Geduld. Zudem verteilten sich die ausgebliebenen oder nur sporadisch und in kleinen Raten erfolgten Lohnzahlungen und die hohen Ausstände über eine lange Zeit. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz gebe es keine Möglichkeit, eine «reduzierte Insolvenzenschädigung» zuzusprechen, weil die Verletzung der Schadenminderungspflicht nicht so schwer wiege. Entweder sei die Schadenminderungspflicht in schwerem Masse verletzt, womit kein Leistungsanspruch bestehe, oder eine eventuelle Pflichtverletzung sei als weniger schwer einzustufen, sodass von einer Sanktion abzusehen sei. A. habe infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung.

### Kommentar

Entgegen EVGer C 271/05 vom 30. März 2006, E. 3.1, wonach vom Arbeitnehmer während des bestehenden Arbeitsverhältnisses i.d.R. nicht die Betreuung seines Arbeitgebers zu verlangen sei, und in Abweichung von BGer 8C\_61/2011 vom 29. August 2011, E. 5, dass anstelle der mündlichen Abmahnung der Lohnausstände ein schriftliches Schuldversprechen (oder Garantieleistungen) einzuholen gewesen wäre, erachtet das Bundesgericht ein solches neu als unzureichend. Somit dürfte es sich für den Arbeitnehmenden empfehlen, die Lohnausstände auch während laufendem Arbeitsverhältnis jeweils schriftlich abzumahnern und in Betreuung zu setzen, insbesondere bei langandauerndem Ausbleiben und hohen Beträgen.