

200 20 61 ALV
LOU/SCM/ARJ

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 27. Juli 2020

Verwaltungsrichter Loosli
Gerichtsschreiberin Schädeli

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern
Arbeitslosenkasse, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 2. Dezember 2019



Sachverhalt:

A.

A. _____ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) war vom 21. März bis 31. Juli 2016 bei der C. _____ AG (C. _____ bzw. Arbeitgeberin) unter anderem als ... angestellt (vgl. Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 101-103, 112 Ziff. 4). Im Zusammenhang mit offenen Lohnforderungen für die Monate April bis Juli 2016 (vgl. auch AB 120) verpflichtete sich die C. _____ gemäss Schlichtungsvereinbarung vom 9. September 2016 (AB 110), der Versicherten bis am 31. Dezember 2016 einen Betrag von Fr. 12'737.60 brutto zu bezahlen. Nach ausgebliebener Zahlung liess die Versicherte der ehemaligen Arbeitgeberin den Zahlungsbefehl (AB 154-155, vgl. auch AB 157-158) und sodann die Konkursandrohung (AB 107-108; Beschwerdebeilage [BB] 6) zustellen. Die C. _____ wurde am ... November 2017 von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht, weil die Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit mehr aufwies und keine verwertbaren Aktiven mehr hatte sowie kein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung innert angesetzter Frist geltend gemacht worden war (vgl. AB 76, BB 7 und 10 sowie <www.zefix.ch>).

Am 30. November 2017 stellte die Versicherte Antrag auf Insolvenzenschädigung für die offenen Lohnforderungen vom 1. April bis 31. Juli 2016 (AB 112-116), welchen das beco Berner Wirtschaft, Arbeitslosenkasse (beco; seit 1. Mai 2019 AVA) am 20. Dezember 2017 (AB 97-99) wegen Nichterfüllung der Schadenminderungspflicht abwies. Die ergangene Verfügung hob das beco am 8. Januar 2018 (AB 90-92) vollumfänglich auf und richtete in der Folge Insolvenzenschädigung aus (vgl. AB 86). Gestützt auf die Revisionsverfügung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) vom 19. Juni 2019 (AB 81-85) verneinte das AVA mit einer weiteren Verfügung vom 29. August 2019 (AB 78-80) einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung wegen Nichterfüllung der Schadenminderungspflicht und forderte ausbezahlte Leistungen im Betrag von Fr. 10'815.75 zurück. Die dagegen erhobene Einsprache (AB 67-68) wies das AVA mit Entscheid vom 2. Dezember 2019 (AB 55-60) ab.

B.

Hiergegen erhob die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 20. Januar 2020 Beschwerde. Sie beantragt, der angefochtene Entscheid sowie die Verfügung vom 29. August 2019 seien aufzuheben und es sei von einer Rückforderung der ausbezahlten Insolvenzenschädigung abzusehen.

Mit Beschwerdeantwort vom 19. Februar 2020 schliesst der Beschwerdegegner auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 lit. d der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989

über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde (grundsätzlich [vgl. E. 1.2 hiernach]) einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 2. Dezember 2019 (AB 55-60). Streitig und zu prüfen ist die Rückforderung von der Beschwerdeführerin für die Zeit vom 1. April bis 31. Juli 2016 ausbezahlter Insolvenzenschädigung in der Höhe von Fr. 10'815.75. Im vorliegenden Verfahren beantragt die Beschwerdeführerin auch die Aufhebung der dem Einspracheentscheid vorausgehenden Verfügung vom 29. August 2019 (AB 78-80). Da indessen dem Einspracheentscheid voller Devolutiveffekt zukommt, indem er an die Stelle der ursprünglichen Verfügung tritt, ist Anfechtungsobjekt vor dem Verwaltungsgericht ausschliesslich der Einspracheentscheid (vgl. BGE 131 V 407 E. 2.1.2.1 S. 411 f.; BVR 2010 S. 411 E. 1.4; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 60 N. 7). Soweit die Aufhebung der ursprünglichen Verfügung beantragt wird, ist demnach auf die Beschwerde nicht einzutreten.

1.3 Mit Blick auf die ausbezahlte Insolvenzenschädigung (vgl. AB 85-86) bzw. die Höhe der zurückgeforderten Leistungen (Fr. 10'815.75 [AB 78]) liegt der Streitwert unter Fr. 20'000.--, womit die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 57 Abs. 1 GSOG).

1.4 Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

2.

2.1 Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren 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 bereit findet, die Kosten

vorzuschliessen (lit. b), oder sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben (lit. c).

2.2 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. 3 Abs. 2 AVIG (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 AVIG).

2.3 Der Arbeitnehmer muss 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 (Art. 55 Abs. 1 AVIG).

Die Bestimmung von Art. 55 Abs. 1 AVIG 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 Konkursöffnung aufgelöst wird. Auch eine ursprüngliche Leistungsverweigerung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht im Sinne der zu Art. 55 Abs. 1 AVIG ergangenen Rechtsprechung setzt voraus, dass dem Versicherten ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden kann. Dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit ist mit dem Ausmass der von den Arbeitnehmenden zu erwartenden Vorkehrungen Rechnung zu tragen. Nach ständiger Rechtsprechung wird eine konsequente und kontinuierliche Weiterverfolgung der eingeleiteten Schritte gefordert, welche in einem der vom Gesetz geforderten zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien münden müssen, damit Anspruch auf Insolvenzenschädigung besteht. Das Ausmass der vorausgesetzten Schadenminderungspflicht richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls. Insgesamt sollen sich Arbeitnehmende gegenüber dem Arbeitgeber so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzenschädigung nicht gäbe. Dieses Erfordernis lässt ein längeres Untätigsein nicht zu (vgl. Entscheide des Bundesgerichts [BGer] vom 29. April 2020, 8C_820/2019, E. 4.3.1, vom 19. Juni 2019, 8C_85/2019, E. 4.1, vom 9. Februar 2016, 8C_748/2015, E. 3.2, und vom 27. Januar 2015, 8C_641/2014, E. 4.1).

2.4 Die Rückforderung richtet sich nach Art. 25 ATSG ausser in den Fällen nach den Art. 55 und 59c^{bis} Abs. 4 AVIG (Art. 95 Abs. 1 AVIG). Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG).

Zu Unrecht bezogene Geldleistungen, die auf einer formell rechtskräftigen Verfügung beruhen, können, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind, nur zurückgefordert werden, wenn entweder die für die Wiedererwägung (wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung; Art. 53 Abs. 2 ATSG) oder die für die prozessuale Revision (wegen vorbestandener neuer Tatsachen oder Beweismittel; Art. 53 Abs. 1 ATSG) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 142 V 259 E. 3.2 S. 260, 130 V 318 E. 5.2 S. 320; SVR 2019 UV Nr. 3 S. 10 E. 3.1).

3.

3.1 Aufgrund der Akten erstellt und zwischen den Parteien denn auch unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin vom 21. März bis 31. Juli 2016 bei der C. _____ unter anderem als ... angestellt war (vgl. AB 101-103, 112 Ziff. 4) und die Arbeitgeberin ihr den Lohn nicht (auch nicht teilweise) bezahlt hat (vgl. AB 105-106, 110, 120). Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses findet sich ein auf den 21. Juli 2016 datiertes Schreiben (AB 120), worin die Beschwerdeführerin die Arbeitgeberin aufforderte, ihr die ausstehenden Löhne für die Monate April bis Juni (2016) innert drei Tagen zu bezahlen. Der nächste in den Akten dokumentierte Schritt zur Durchsetzung der Lohnforderung ist das Protokoll zur Schlichtungsverhandlung vom 9. September 2016 (AB 105-106) mit der dabei abgeschlossenen Vereinbarung, wonach sich die (ehemalige) Arbeitgeberin verpflichtete, die offenen Lohnforderungen bis 31. Dezember 2016 zu begleichen (AB 110). Da die Forderung offensichtlich nicht erfüllt wurde, stellte die Beschwerdeführerin am 13. März 2017 ein Betreibungsbegehren (AB 157-158), woraufhin der entsprechende Zahlungsbefehl am 22. März 2017 zugestellt wurde (AB 154-155). Aufgrund des ausgebliebenen Rechtsvorschlags (Vermerk vom 10. April 2017 [AB 155]) stellte das Betreibungsamt

... der Schuldnerin am 27. April bzw. 31. Mai 2017 die Konkursandrohung zu (AB 107-108; BB 6). Hiernach unternahm die Beschwerdeführerin indessen keine weiteren Schritte mehr (vgl. AB 111) und die C._____ wurde am 3. November 2017 in Anwendung von Art. 155 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV; SR 221.411) von Amtes wegen gelöscht, weil die Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit mehr aufwies, keine verwertbaren Aktiven mehr hatte und kein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung innert angesetzter Frist geltend gemacht worden war (BB 8, vgl. auch BB 7 sowie Handelsregisteramt des Kantons Bern, <<https://be.chregister.ch>>). Am 5. Dezember 2017 wurde über die C._____ der Konkurs eröffnet, welcher am 8. Februar 2018 eingestellt wurde (AB 75).

3.2 Die Beschwerdeführerin hat während der Dauer der Anstellung (21. März bis 31. Juli 2016) zu keinem Zeitpunkt Lohnzahlungen erhalten. Dass sie der Arbeitgeberin bei dieser Ausgangslage eine erste (schriftliche) Mahnung erst am 21. Juli 2016 und damit vier Monate nach Beginn des Arbeitsverhältnisses zukommen liess (AB 120; vgl. Beschwerde S. 5 Rz. 20), ist nicht nachvollziehbar. Lohnansprüche sind möglichst zeitnah geltend zu machen, denn mit Nichthandeln wächst das Risiko, dass dem Arbeitnehmer selbst wie auch der Arbeitslosenversicherung ein Schaden entsteht. Ein möglichst sofortiges Handeln gilt erst recht, wenn nach Antritt der Stelle gar nie ein Lohn ausgerichtet wurde. Dieses Vorgehen der Beschwerdeführerin braucht indessen angesichts ihres Verhaltens nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht abschliessend beurteilt zu werden. Vorzuwerfen ist ihr nämlich, dass sie nach Ausbleiben der Zahlung gemäss Schlichtungsvereinbarung (Zahlungsfrist: 31. Dezember 2016 [AB 110]) zwar die Betreibung einleitete (AB 154-155, 157-158; vgl. u.a. Art. 69 ff. und 88 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1]), indessen die Betreibung auf Konkurs nach Zustellung der Konkursandrohung (AB 107-108; BB 6; vgl. Art. 159 ff. SchKG) nicht weiterführte. Sie stellte insbesondere kein Konkursbegehren (vgl. AB 111 sowie Art. 166 SchKG; vgl. hierzu auch Entscheid des BGer vom 17. Juli 2014, 8C_211/2014, E. 6.2). Indem die Beschwerdeführerin von Ende Mai 2017 bis zur Löschung der C._____ im Handelsregister im November 2017 untätig geblieben ist, hat sie die rechtsprechungs-

gemäss geforderte beförderliche Geltendmachung der Ansprüche bzw. die konsequente und kontinuierliche Weiterverfolgung der eingeleiteten Schritte nicht unternommen (vgl. E. 2.3 hiervor). Dabei ist der Hinweis, die Überschuldung der ehemaligen Arbeitgeberin sowie das Fehlen verwertbarer Aktiven hätten bereits im März 2017 festgestanden (vgl. Beschwerde S. 6 Rz. 22-24 sowie BB 7/1), unbehelflich. Können Lohnansprüche während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht erhältlich gemacht werden, bedeutet dies noch nicht, dass dies auch im Konkursverfahren der Fall sein wird. Weder Arbeitslosenversicherung noch Arbeitnehmer vermögen in der Regel die wirtschaftliche Lage einer sich in finanziellen Schwierigkeiten befindenden Gesellschaft zuverlässig zu beurteilen und es kann unter arbeitslosenversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten auch nicht Sache der versicherten Person sein, darüber zu entscheiden, ob weitere Vorkehren zur Realisierung der Lohnansprüche erfolgversprechend sind oder nicht. Vielmehr hat sie im Rahmen der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht grundsätzlich alles ihr Zumutbare zur Wahrung der Lohnansprüche vorzunehmen (vgl. hierzu auch BGE 131 V 196 E. 4.1.2 S. 198, Entscheide des BGer vom 21. Mai 2019, 8C_79/2019, E. 4.3, und vom 3. August 2009, 8C_462/2009, E. 3.2.1, sowie des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [heute BGer] vom 29. Dezember 2006, C 167/04, E. 3.2, und 16. Januar 2006, C 243/05, E. 3.1). Insbesondere lässt sich eine Überschuldung hier nicht bereits aufgrund der im November 2017 vorgenommenen Löschung der C._____ im Handelsregister (BB 8) oder der dieser vorausgehenden Aufforderungen des Handelsregisteramtes hinsichtlich Geltendmachung begründeter Interessen an der Aufrechterhaltung der Gesellschaft vom 22. März 2017 (BB 7/1) bzw. 1., 2. und 3. Mai 2017 (BB 7/2-7/4) annehmen (vgl. Entscheid des BGer vom 24. September 2012, 8C_410/2012, E. 4.2).

3.3 Zusammenfassend ist die Beschwerdeführerin der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht nicht in rechtsgenügender Weise nachgekommen, so dass kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung besteht. Damit war die Leistungsausrichtung zweifellos unrichtig und die diesbezügliche Berichtigung ist bei einem Betrag von mehr als Fr. 10'000.-- (vgl. AB 78, 86) von erheblicher Bedeutung (vgl. E. 2.4 hiervor), so dass die Leistungen zurückzuerstatten sind. Die Höhe der Rückerstattungsforderung von

Fr. 10'815.75 wird weder bestritten noch finden sich in den Akten Anhaltspunkte, dass der Betrag falsch berechnet worden wäre (BGE 110 V 48 E. 4a S. 53).

4.

Nach dem Dargelegten ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner die ausbezahlte Insolvenzenschädigung infolge unrechtmässigen Bezugs zurückgefordert hat. Damit ist die gegen den Einspracheentscheid vom 2. Dezember 2019 (AB 55-60) erhobene Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5.

5.1 Es sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.

3. Zu eröffnen (R):

- Rechtsanwalt B. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
- Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern,
Arbeitslosenkasse
- Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
- Staatssekretariat für Wirtschaft – seco

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.