

200 21 186 ALV
WIS/PES/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil der Einzelrichterin vom 25. Januar 2022

Verwaltungsrichterin Wiedmer
Gerichtsschreiber Peter

A. _____
vertreten durch **B.** _____
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 2. Februar 2021



Sachverhalt:

A.

Am 27. Februar 2020 (Datum der Postaufgabe) stellte A. _____ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) vertreten durch die B. _____, Rechtsanwalt C. _____, in Folge der Konkursöffnung über die D. _____ GmbH vom 4. Februar 2020 beim Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse (nachfolgend Arbeitslosenkasse bzw. Beschwerdegegner), einen Antrag auf Insolvenzenschädigung. Er habe vom 3. Juni bis 30. September 2019 für die D. _____ GmbH als ... gearbeitet. Der anteilmässige 13. Monatslohn und ein Anteil Ferien seien noch offen (Akten der Arbeitslosenkasse [act. II] 157 ff.; vgl. act. II 165 sowie act. II 151 ff.).

Mit Verfügung vom 13. August 2020 lehnte die Arbeitslosenkasse den Antrag auf Insolvenzenschädigung wegen Nichterfüllens der Schadenminderungspflicht ab (act. II 130 f.).

Gegen diese Verfügung erhob der Versicherte, wiederum vertreten durch die B. _____, Rechtsanwalt C. _____, am 14. September 2020 Einsprache mit dem sinngemässen Antrag, es sei ihm die Insolvenzenschädigung gemäss Gesuch vom 23. (recte: 27.) Februar 2020 auszurichten – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates (act. II 119 ff.). Am 15. Oktober 2020 reichte er eine Einspracheergänzung (act. II 95 ff.) und am 2. November 2020 ein Beweismittel nach (act. II 92 ff.).

Mit Entscheid vom 2. Februar 2021 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab (act. II 82 ff.).

B.

Gegen den Einspracheentscheid vom 2. Februar 2021 (act. II 82 ff.) erhob der Versicherte, vertreten durch die B. _____, Rechtsanwalt C. _____, am 4. März 2021 Beschwerde mit den sinngemässen

Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei ihm die beantragte Insolvenzenschädigung auszurichten – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates.

Mit Beschwerdeantwort vom 12. April 2021 beantragt der Beschwerdegegner, die Beschwerde sei abzuweisen.

Mit prozessleitender Verfügung vom 24. November 2021 bat die zuständige Instruktionsrichterin den Beschwerdegegner, die Akten der Arbeitsvermittlung und des Rechtsdienstes nachzureichen.

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. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er 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 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 einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 2. Februar 2021 (act. II 82 ff.). Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf Insolvenzenschädigung hat.

1.3 Bei offenen Lohnforderungen von gemäss Angaben des Beschwerdeführers Fr. 4'200.-- (act. II 160 ff.) liegt der Streitwert unter Fr. 20'000.--, weshalb 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 Beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, haben unter anderem Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen (Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG).

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. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen (Art. 52 Abs. 1 AVIG).

2.3 Wird über den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet, so muss der Arbeitnehmer seinen Entschädigungsanspruch spätestens 60 Tage nach der Veröffentlichung des Konkurses im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) bei der öffentlichen Kasse stellen, die am Ort des Betreibungs- und Konkursamtes zuständig ist (Art. 53 Abs. 1 AVIG). Mit dem Ablauf dieser

Frist erlischt der Anspruch auf Insolvenzenschädigung (vgl. Art. 53 Abs. 3 AVIG).

2.4 Mit der Ausrichtung der Entschädigung gehen die Lohnansprüche des Versicherten im Ausmasse der bezahlten Entschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse über (Art. 54 Abs. 1 Satz 1 AVIG).

2.5 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).

2.6 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 S. 60; ARV 1999 Nr. 24 S. 140; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 29. April 2020, 8C_820/2019, E. 4.3.1). 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. 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 eine Betreibung einleitet oder eine Klage einreicht. Er hat jedoch seine Lohnforderung gegenüber dem Arbeitgeber in eindeutiger und unmissverständlicher Weise geltend zu machen (Entscheid des BGer vom 21. März 2019, 8C_79/2019, E. 3.2). Eine ursprüngliche Leistungsverweigerung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht im Sinne der zu Art. 55 Abs. 1 AVIG ergangenen Rechtsprechung 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 Arbeitnehmenden zu erwartenden Vorkehrungen Rechnung zu tragen. Machen Arbeitnehmende gegenüber dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin 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. 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 Insolvenzschiädigung besteht. Arbeitnehmende sollen sich gegenüber dem Arbeitgeber nämlich so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzschiädigung gar nicht gäbe. Dieses Erfordernis lässt ein längeres Untätigsein nicht zu (vgl. Entscheid des BGer vom 27. Januar 2015, 8C_641/2014, E. 4.1).

3.

3.1 Der rechtserhebliche Sachverhalt stellt sich wie folgt dar:

3.1.1 Der Beschwerdeführer war ab 3. Juni 2019 unbefristet in einem Pensum von 100% bei einem Monatslohn von Fr. 4'500.-- als ... bei der D._____ GmbH angestellt (act. II 165). Am 29. August 2019 kündigte die D._____ GmbH dieses Arbeitsverhältnis per 30. September 2019. Danach hatte der Beschwerdeführer einen Arbeitsvertrag mit der E._____ GmbH (act. IIA 206 f.), welcher am 20. Januar 2020 seitens der Arbeitgeberin fristlos gekündigt wurde (act. IIA 203).

3.1.2 Am 18. November 2019 beschloss die Gesellschafterversammlung (resp. der Gesellschafter) der D._____ GmbH, diese aufzulösen. Als Liquidator wurde der bisherige Gesellschafter und Geschäftsführer F._____ eingesetzt. Dies wurde am November 2019 im SHAB publiziert (act. II 103) und war dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers unstrittig umgehend bekannt (vgl. act. II 97).

3.1.3 Am 29. Januar 2020 stellte der Beschwerdeführer, vertreten durch die B._____, Rechtsanwalt C._____, bei der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland ein Gesuch um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens. Die D._____ GmbH in Liquidation sei zu verurteilen, ihm einen Betrag von insgesamt Fr. 4'200.-- (anteilmässiger 13. Monatslohn und 13 Ferientage) nebst Zins von 5% ab 1. Oktober 2010 [recte: 2019] zu bezahlen – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. II 160 ff.).

3.1.4 Am 4. Februar 2020 wurde über die bereits aufgelöste D._____ GmbH in Liquidation der Konkurs eröffnet (act. II 104).

3.1.5 Mit Verfügung vom 6. Februar 2020 stellte die Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland das Schlichtungsverfahren gestützt auf Art. 207 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) ein (act. II 168 f.).

3.1.6 Am 27. Februar 2020 beantragte der Beschwerdeführer, wiederum vertreten durch die B._____, Rechtsanwalt C._____, beim Beschwerdegegner Insolvenzenschädigung für die offenen Lohnforderungen (act. II 157 ff.; vgl. act. II 151 ff.).

3.1.7 Am 18. März 2020 meldete der Beschwerdeführer, wiederum vertreten durch die B._____, Rechtsanwalt C._____, die geltend gemachte offene Lohnforderung im Konkurs der D._____ GmbH in Liquidation an (act. II 133 f.) und reichte diese Anmeldung gleichentags dem Beschwerdegegner nach (act. II 135).

3.2 Nach dem Dargelegten ist belegt, dass der Beschwerdeführer am 29. Januar 2020 bei der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland ein Gesuch um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens stellte (vgl. E. 3.1.3 hier vor) und dass das entsprechende Verfahren von der Schlichtungsbehörde nach der Konkurseröffnung über die D._____ GmbH in Liquidation am 4. Februar 2020 mit Verfügung vom 6. Februar 2020 gestützt auf Art. 207 Abs. 1 SchKG eingestellt wurde (vgl. E. 3.1.4 und 3.1.5 hier vor). Weiter ist belegt, dass der Beschwerdeführer die geltend gemachte offene Lohnforderung am 18. März 2020 im Konkurs der D._____ GmbH in Liquidation anmeldete (vgl. E. 3.1.7 hier vor).

3.2.1 Dass der Beschwerdeführer in der Zeit zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der D._____ GmbH am 30. September 2019 und dem Gesuch um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vom 29. Januar 2020 gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberin offene Lohnforderungen geltend gemacht hätte, ist nicht aktenkundig. Der Beschwerdeführer bringt diesbezüglich vor, er sei nicht in der Lage, einen Brief in deutscher Sprache zu verfassen, sodass er die Forderungen immer mündlich an die Arbeitgeberin habe adressieren müssen, was problematisch sei, weil dies nicht bewiesen werden könne (vgl. Beschwerde S. 5).

3.2.2 Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, dass es sich bei der D._____ GmbH und der E._____ GmbH faktisch um die gleiche Arbeitgeberin gehandelt habe bzw. er nach dem 30. September 2019 faktisch nach wie vor bei der gleichen Arbeitgeberin gearbeitet habe. Die D._____ GmbH habe in den ersten Wochen auch deshalb nicht betrieben werden können, weil er nicht die Kündigung vom Geschäftsführer der E._____ GmbH habe riskieren wollen (vgl. Beschwerde S. 7 Ziff. 2 i.V.m. Beschwerde S. 6 unten). Die Frage, ob dieser Argumentation gefolgt werden kann, ist vorliegend – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – nicht entscheidungswesentlich und kann entsprechend offenbleiben.

3.3 Selbst wenn man aufgrund eines weiterhin bestehenden Arbeitsverhältnisses bis 20. Januar 2020 an die Schadenminderungspflicht tiefere Anforderungen stellen würde (vgl. E. 2.6 hiervoor), hat der Beschwerdeführer diese in grobfahrlässiger Weise nicht erfüllt. Entscheidend ist, dass ab Fälligkeit der zur Diskussion stehenden offenen Lohnforderungen am 30. September 2019 bis 29. Januar 2020 nicht einmal die geringsten Bemühungen zu deren Geltendmachung aktenkundig sind, auch nicht, dass der Beschwerdeführer – wie er geltend macht (vgl. Beschwerde S. 5) – den Firmeninhaber immer wieder kontaktiert und aufgefordert hat, den ausstehenden Lohn zu bezahlen. Der Beschwerdeführer selbst räumt denn auch ein, dass diese behaupteten Bemühungen nicht beweisbar sind (vgl. E. 3.2.1 hiervoor). Dem seit dem 7. November 2019 (act. II 166) durch die B._____, Rechtsanwalt C._____, vertretenen Beschwerdeführer musste bewusst gewesen sein, dass er seine Lohnforderungen auch während einem nach wie vor bestehenden Arbeitsverhältnis in eindeutiger

und unmissverständlicher Weise hätte geltend machen müssen und dafür auch beweispflichtig ist. Die hierfür notwendigen Schreiben hätte im Übrigen der Rechtsvertreter aufsetzen können, womit der Einwand des Beschwerdeführers, er sei nicht in der Lage, einen Brief in deutscher Sprache zu verfassen (vgl. E. 3.2.1 hiervor), ins Leere geht. Der in der Beschwerde aufgeführte Kontakt des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers mit Fürsprecherin G._____ erfolgte – soweit belegt – im September 2019 und bezog sich auf eine andere Person, deren Arbeitsverhältnis schon davor geendet hatte (siehe act. II 147). Ein (späterer) Kontakt im Zusammenhang mit den Forderungen des Beschwerdeführers, aufgrund dessen dieser resp. dessen Rechtsvertreter darauf vertrauen durfte, dass die ausstehenden Lohnzahlungen ohne Einleitung einer Betreuung bzw. eines Schlichtungsverfahrens geleistet würden (vgl. Beschwerde S. 5), ist durch nichts belegt. Aufgrund der Aktenlage ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bis 29. Januar 2020 seiner Schadenminderungspflicht in keiner Weise nachgekommen ist. Spätestens ab Kenntnis des Entscheids des damaligen Gesellschafters und Geschäftsführers der D._____ GmbH, diese aufzulösen (und damit spätestens im November 2019; vgl. E. 3.1.2 hiervor), wäre der Beschwerdeführer gehalten gewesen, seine noch offene Lohnforderung in eindeutiger und unmissverständlicher Weise dieser gegenüber geltend zu machen und – selbst wenn von einem weiterhin bestehenden Arbeitsverhältnis bis 20. Januar 2020 ausgegangen würde – die Durchsetzung der Forderung dann konsequent und kontinuierlich (wenn allenfalls auch noch ohne Betreuung) weiterzuverfolgen, zumal er angesichts der beschlossenen Auflösung der ehemaligen Arbeitgeberin bei Untätigbleiben konkret mit einem Lohnverlust rechnen musste (vgl. E. 2.6 hiervor). Indem er dies unterlassen hat, ist er in grobfahrlässiger Weise seiner Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen.

3.4 Aus den beantragten Einvernahmen, an welchen sich das Gericht ein Bild über die Geschäftspraktiken der ehemaligen und aktuellen Gesellschafter und Geschäftsführer der D._____ GmbH und der E._____ GmbH machen sollte (Beschwerde S. 3 Ziff. 6), sind in Bezug auf die vorliegend entscheidende Frage, ob der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen ist, keine neuen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb darauf in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten ist (vgl. BGE

144 V 361 E. 6.5 S. 368, 124 V 90 E. 4b S. 94, 122 V 157 E. 1d S. 162; SVR 2019 IV Nr. 50 S. 163 E. 4). Selbst wenn die Vorbringen des Beschwerdeführers zutreffen sollten, dass die ehemaligen und aktuellen Gesellschafter und Geschäftsführer bewusst Konkurse anstreb(t)en, um in die eigene Tasche wirtschaften zu können (vgl. Beschwerde S. 4), befreite dies den Beschwerdeführer nicht von der Pflicht, seine offene Lohnforderung ohne langes Zuwarten in eindeutiger und unmissverständlicher Weise geltend zu machen und deren Durchsetzung dann konsequent und kontinuierlich weiterzuverfolgen. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, dass dies ohnehin nichts gebracht hätte (vgl. Beschwerde S. 7), ist festzuhalten, dass eine solche Annahme ihn nicht von der Schadenminderungspflicht befreit. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann es unter arbeitslosenversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht Sache der versicherten Person sein, darüber zu entscheiden, ob weitere Vorkehren zur Realisierung der Lohnansprüche erfolgsversprechend sind oder nicht. Vielmehr hat sie im Rahmen der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht grundsätzlich alles Zumutbare zur Wahrung der Lohnansprüche vorzunehmen (Entscheid des BGer vom 7. April 2008, 8C_444/2007, E. 4.2, mit Hinweis auf die Entscheide des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 29. Dezember 2006, C 167/04, E. 3.2, und vom 3. Dezember 2003, C 148/03, E. 2.2).

3.5 Zusammenfassend ist nach dem Dargelegten erstellt, dass der Beschwerdeführer in grobfahrlässiger Weise seiner Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen ist. Der Beschwerdegegner hat damit einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung zu Recht verneint. Der angefochtene Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 2. Februar 2021 (act. II 82 ff.) ist somit nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f^{bis} ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteienschädigung (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

Demnach entscheidet die Einzelrichterin:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteienschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - B. _____ z.H. des Beschwerdeführers
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Die Einzelrichterin:

Der Gerichtsschreiber:

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.