



Fall-Nr.: AVI 2019/37
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 21.04.2021
Entscheiddatum: 11.09.2020

Entscheid Versicherungsgericht, 11.09.2020

Art. 51 und 55 ATSG, Art. 61 lit. f ATSG. Kündigt die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen, nachdem sie der versicherten Person die letzten drei Monatslöhne nicht ausbezahlt hat, muss die versicherte Person zeitnah ernsthafte Bemühungen zur Eintreibung der offenen Lohnforderungen unternehmen. Belässt sie es während mehr als vier Monaten bei einer einfachen schriftlichen Erinnerung an die Lohnausstände, stellt keine Konsequenzen bei Ausbleiben der Lohnzahlung in Aussicht und unternimmt keine rechtlichen Schritte gegen die Arbeitgeberin, verletzt sie die Schadenminderungspflicht und hat somit keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Bei dieser Ausgangslage ist ein Beschwerdeverfahren von vornherein aussichtslos, sodass keine unentgeltliche Rechtsverbeiständung gewährt werden kann (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 11. September 2020, AVI 2019/37).

Entscheid vom 11. September 2020

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz), Marie Löhner und Michaela Machleidt Lehmann; Gerichtsschreiberin Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2019/37

Parteien

A.____,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführer,

vertreten durch Goran Babic, Pat. Rechtsagent, Hauptstrasse 65, 9400 Rorschach,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilen-strasse 16/18, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Insolvenzentschädigung (Schadenminderungspflicht)

Sachverhalt

A.

A.a. A.____ stellte am 15. November 2018 bei der kantonalen Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) einen Antrag auf Insolvenzenschädigung für Lohnausfall vom 1. März bis 31. August 2018 (6 x Fr. 5'400.--), Anteil 13. Monatslohn (Fr. 2'698.90) sowie Zulagen (Fr. 1'200.--) in Höhe von total Fr. 36'298.90 (act. G5.1/70 f. und 63). Er hatte seit 1. August 2017 für die B.____ GmbH (nachfolgend: Arbeitgeberin) als Berufsarbeiter in einem Vollzeitpensum gearbeitet (act. G5.1/67 ff.). Die Arbeitgeberin hatte das Arbeitsverhältnis mit ihm am 1. Juni 2018 aus wirtschaftlichen Gründen per 15. Juni 2018 gekündigt (act. G5.1/83). Der Versicherte gab an, den Lohn bis und mit Februar 2018 erhalten zu haben (act. G5.1/70 und 60). Er reichte ein Schreiben vom 3. September 2018 ein, mit welchem die Arbeitgeberin bestätigte, dass sie aus wirtschaftlichen Gründen zahlungsunfähig geworden sei und dem Versicherten den Lohn für die Monate März bis August 2018 sowie den Anteil 13. Monatslohn, total Fr. 35'098.90, nicht ausbezahlt habe (act. G5.1/62). Über die Arbeitgeberin war am 26. Oktober 2018 vom Konkursrichter des Kreisgerichts Rorschach der Konkurs eröffnet worden (vgl. Handelsregisterauszug).



A.b. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2018 gab der Versicherte gegenüber der Kasse an, er habe die Forderungseingabe lange nicht einreichen können, weil die Arbeitgeberin lange keinen Konkurs angemeldet habe. Aufgrund der ausstehenden Löhne habe er keine finanziellen Mittel gehabt, die Arbeitgeberin zu belangen. Seine Löhne seien immer bar ausbezahlt worden. Er habe dies der Arbeitgeberin quittiert, selbst jedoch nie eine Quittung erhalten. Er sei bis 15. Juni 2018 im Arbeitsverhältnis gestanden. Er habe die Arbeitgeberin mehrmals gemahnt, auch schriftlich. Er hoffe, dass die eingereichten Unterlagen ausreichen, denn er sei auf die Zahlung der Insolvenzenschädigung angewiesen (act. G5.1/58). Diesem Schreiben legte der Beschwerdeführer eine Forderungseingabe vom 5. Dezember 2018 an das Konkursamt sowie ein auf den 21. Juli 2018 datiertes Schreiben mit dem Betreff "Mahnung nichtbezahlte Löhne" bei (act. G5.1/59 f.).

A.c. Am 12. Dezember 2018 hielt die Kasse dem Versicherten entgegen, dass er bis zur Konkurseröffnung über die Arbeitgeberin vom 26. Oktober 2018 nichts in eindeutiger und unmissverständlicher Weise gegen die Lohnausstände unternommen habe; somit habe er seine Schadenminderungspflicht verletzt. Deshalb stehe ihm kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung zu. Sie gab ihm Gelegenheit zur Stellungnahme (act. G5.1/61).

A.d. Mit auf den 24. Dezember 2018 datierter Stellungnahme (Posteingang bei der Kasse am 3. Januar 2019) machte der Versicherte im Wesentlichen geltend, er habe die Arbeitgeberin zur Rede gestellt, die Arbeit nach ausbleibendem Lohn niedergelegt, die Arbeitgeberin für den ausstehenden Lohn gemahnt und sich schriftlich bestätigen lassen, dass die Löhne geschuldet seien. Er sei der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig, juristischer Laie und ein einfacher Bauarbeiter. Die Kasse versuche, ihre Leistungspflicht zu verweigern (act. G5.1/53 f.).

A.e. Mit Verfügung vom 4. Januar 2019 lehnte die Kasse den Antrag auf Insolvenzenschädigung ab. Zur Begründung führte sie aus, der Versicherte sei nur mündlich gegen die Lohnausstände vorgegangen, was nach konstanter Rechtsprechung nicht genüge. Zwar gebe er an, mit Schreiben vom 21. Juli 2018 die Lohnausstände gemahnt zu haben, der Versand dieses Mahnschreibens sei jedoch nicht belegt. Zudem seien in diesem angeblichen Mahnschreiben Löhne bis Ende August 2018 gemahnt worden. Das Arbeitsverhältnis habe gemäss



Kündigungsschreiben per 15. Juni 2018 geendet. Somit hätte der Versicherte seine Lohnausstände umgehend auf dem betriebsrechtlichen Weg oder mittels Klage geltend machen können. Er sei daher seiner Schadenminderungspflicht nicht innert nützlicher Frist nachgekommen (act. G5.1/55 ff.).

A.f. Dagegen erhob der Versicherte, nun vertreten durch Rechtsagent Goran Babic, am 31. Januar 2019 Einsprache (act. G5.1/39 f.). Am 8. März 2019 begründete er die Einsprache unter anderem damit, alle seine Bemühungen hätten Zeit in Anspruch genommen und mehrere Monate seien vergangen, bevor es zu ersten konkreten Handlungen gekommen sei. Das sei in der Praxis völlig normal. Kein Mitarbeiter werde panisch reagieren und den Arbeitgeber sofort vor Gericht ziehen, sobald er einen Lohn nicht erhalte. Zuerst müsse man abwarten und abschätzen, ob ein vernünftigeres Vorgehen weniger Schaden bringe, denn im Gegenzug drohe die Arbeitgeber-Kündigung. Die Kasse betrachte den Fall nicht ausreichend individuell, obwohl auf den Einzelfall abzustellen sei (act. G5.1/32 ff.).

A.g. Mit Entscheid vom 1. Juli 2019 wies die Kasse die Einsprache ab. Die Schadenminderungspflicht habe am 1. April 2018 begonnen. Die Arbeitgeberin habe dem Versicherten am 1. Juni 2018 per 15. Juni 2018 gekündigt. Damals habe dieser bereits über drei Monate Lohnausstände gehabt. Dokumente, welche ein Vorgehen gegen die Lohnausstände in eindeutiger und unmissverständlicher Weise belegen könnten, würden keine vorliegen. Das Lohnforderungsschreiben vom 21. Juli 2018 sei nicht durch einen Postbeleg oder eine Erhaltsbestätigung belegt. Der Schuldanererkennung der Arbeitgeberin vom 3. September 2018 komme angesichts der zu diesem Zeitpunkt wohl bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit und bevorstehenden Konkursöffnung ohnehin keine grosse Bedeutung zu. Der Versicherte habe es unterlassen, die Lohnforderung zeitnah mittels Betreuung oder Klage durchzusetzen, obschon ihm die schlechte finanzielle Lage des Betriebes bekannt gewesen sei und er konkret mit einem Lohnverlust habe rechnen müssen. Wenn die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt seien, könnten keine Leistungen erbracht werden, auch keine Teilzahlungen. Es könne nicht Sache der versicherten Person sein, zu entscheiden, ob weitere Vorkehren zur Realisierung der Lohnansprüche erfolgsversprechend seien oder nicht. Vielmehr habe sie im Rahmen der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht grundsätzlich alles ihr Zumutbare zur Wahrung



der Lohnansprüche vorzunehmen. Dafür brauche es keine juristischen Kenntnisse. Es gebe genügend Anlaufstellen, welche Hilfe anböten. Indem der Versicherte vom 1. April bis 26. Oktober 2018 nichts in eindeutiger und unmissverständlicher Weise zur Durchsetzung seiner Lohnforderung unternommen habe, habe er im Sinne der angeführten Rechtsprechung die Schadenminderungspflicht verletzt, sodass der Anspruch auf eine Insolvenzenschädigung verneint werden müsse (act. G5.1/47 ff.).

B.

B.a. Gegen diesen Entscheid erhebt A.____ am 22. Juli 2019 Beschwerde. Er beantragt, ihm sei eine Insolvenzenschädigung in Höhe von Fr. 24'037.15 zuzusprechen und die unentgeltliche Rechtspflege sowie Rechtsverbeiständung zu gewähren. Es sei ein reformatorischer Entscheid zu treffen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Er habe die Arbeitgeberin fristgerecht am 21. Juli 2018 wegen der seit 1. März 2018 nicht mehr ausbezahlten Löhne gemahnt, was von dieser mit Schreiben vom 3. September 2018 bestätigt worden sei. Am 5. Dezember 2018 habe der Beschwerdeführer eine Forderungseingabe an das Konkursamt des Kantons St. Gallens auf Zahlung von Fr. 35'737.50 gemacht. Damit sei er seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen. Im konkreten Fall hätten weitere Schritte von ihm nicht erwartet werden können. Der Beschwerdeführer habe vier Monate ohne jegliches Einkommen auskommen müssen. Die völlige Verweigerung von Insolvenzenschädigung erscheine deshalb unverhältnismässig und unzumutbar. Der Beschwerdeführer verfüge über keinerlei juristische und lediglich sehr geringe Deutschkenntnisse. Er sei mit den rechtlichen Aufgaben, komplexen Zusammenhängen und prozessrechtlichen Abläufen völlig überfordert. Zur Wahrung seiner Rechte sei er auf rechtliche Unterstützung durch eine Fachperson angewiesen. Dass er nicht über die finanziellen Mittel zur Zahlung der Prozesskosten verfüge, sei ausgewiesen. Deshalb ersuche er um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung (act. G1).

B.b. Mit Beschwerdeantwort vom 19. August 2019 beantragt die Beschwerdegegnerin unter Verweis auf ihre Verfügung und ihren Einspracheentscheid die Abweisung der Beschwerde (act. G5).



Erwägungen

1.

1.1. Beitragspflichtige Arbeitnehmende von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmende 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 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). 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).

1.2. Der Arbeitnehmende 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 (Art. 55 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Er muss die Insolvenzenschädigung zurückerstatten, soweit die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen oder aus Gründen nicht gedeckt wird, die der Arbeitnehmende absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat, ebenso soweit sie vom Arbeitgeber nachträglich erfüllt wird (Art. 55 Abs. 2 AVIG).

1.3. Zieht eine Pflichtverletzung unter gewissen Umständen die Rückforderung der Insolvenzenschädigung nach sich, muss a fortiori bereits deren Auszahlung verweigert werden können, wenn ein massgebliches Säumnis der versicherten Person vorliegt (Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 163). Die Bestimmung von Art. 55 Abs. 1 AVIG bezieht sich dem Wortlaut nach zwar 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. Versicherte Personen müssen deshalb gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur im Konkurs- und Pfändungsverfahren und nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses ihre Lohnansprüche innert nützlicher Frist geltend machen, sondern es obliegt ihnen bereits vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Schadenminderungspflicht, wenn der Arbeitgeber der Lohnzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und der Arbeitnehmende mit einem Verlust rechnen muss. Eine Ablehnung der Insolvenzenschädigung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht im Sinne der zu Art. 55 Abs. 1 AVIG ergangenen Rechtsprechung setzt wie eine Rückerstattung bereits bezogener



Insolvenzentschädigung nach Art. 55 Abs. 2 AVIG voraus, dass der versicherten Person ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen, vorgeworfen werden kann (Urteile des Bundesgerichts vom 29. April 2020, 8C_820/2019, E. 4.3.1, und vom 19. Juni 2019, 8C_85/2019, E. 4.1, je mit Hinweisen; ARV 2010 Nr. 1 S. 48 E. 3 mit Hinweisen). Grobfahrlässig handelt, wer unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser Acht lässt, was jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte tun oder unterlassen müssen, um eine nach dem natürlichen Lauf der Dinge voraussehbare Schädigung der Versicherung zu vermeiden (BGE 121 V 45 E. 3b; BGE 114 V 190 E. 2a; Burgherr, a.a.O., S. 156).

1.4. Das Ausmass der vorausgesetzten Schadenminderungspflicht richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, wobei eine Gesamtbetrachtung der Bemühungen des Arbeitnehmenden Platz zu greifen hat. Vom Arbeitnehmenden wird zwar 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, sodass die Ernsthaftigkeit seiner Lohnforderung klar erkennbar ist. Zu weitergehenden Schritten ist die versicherte Person dann gehalten, wenn es sich um erhebliche Lohnausstände handelt und sie konkret mit einem Lohnverlust rechnen muss. Sie darf nicht untätig zuwarten, bis der Arbeitgeber in Konkurs fällt. Denn es geht auch für die Zeit vor der 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. 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. Entsprechend vermag auch das Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes den Verzicht auf die Realisierung gefährdeter Lohnansprüche nicht zu rechtfertigen (Urteile des Bundesgerichts vom 29. April 2020, 8C_820/2019, E. 4.3.1, vom 21. Mai 2019, 8C_79/2019, E. 3.2, und vom 29. August 2011, 8C_66/2011, E. 2.2, je mit Hinweisen; Burgherr, a.a.O., S. 166 ff.).

1.5. Die Insolvenzenschädigung ist dafür bestimmt, dem Arbeitnehmenden und seiner Familie in Zeiten plötzlicher und akuter Lohnknappheit unter die Arme zu greifen und diesen den Gang zur Fürsorge zu ersparen. Macht der Arbeitnehmende während längerer Zeit keine Anstalten, seine Lohnforderung mit hinreichender Deutlichkeit Ausdruck zu verleihen, signalisiert er mangelndes Interesse, und er verliert dadurch



auch gegenüber der Arbeitslosenversicherung seine Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit. Die Zielsetzung der Insolvenzenschädigung kann unter diesen Voraussetzungen nicht mehr erreicht werden. Es kann nicht der Zweck dieser Leistungsart sein, Lohnansprüche zu ersetzen, auf deren Geltendmachung der Arbeitnehmende ohne hinreichenden Grund verzichtet hat (vgl. Burgherr, a.a.O., S. 165).

1.6. Nach konstanter Rechtsprechung genügt es für die Erfüllung der Schadenminderungspflicht in der Regel nicht, wenn Lohnausstände lediglich mündlich gemahnt werden. Dies gilt beispielsweise, wenn es um eine lang andauernde, das heisst über zwei bis drei Monate hinaus andauernde Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtung des Arbeitgebers geht, wenn überhaupt keine, also auch keine Akonto- oder Teilzahlung erfolgt, wenn aus der Sicht der versicherten Person nicht mit guten Gründen damit gerechnet werden kann, dass sich bald eine Besserung der Situation ergibt, und wenn nicht andere, im Einzelfall verständliche Gründe vorliegen, die ein Zuwarten mit zielgerichteten Schritten aus objektiver Sicht verständlich erscheinen lassen (Urteile des Bundesgerichts vom 18. Oktober 2017, 8C_573/2017, E. 2, und vom 29. August 2011, 8C_66/2011, E. 4.2, je mit Hinweisen).

2.

2.1. In den Akten, unter anderem im ursprünglichen Insolvenzantrag und in der Beschwerde, finden sich teilweise Forderungen für Lohnausfall bis und mit August 2018. Deshalb ist vorab festzuhalten, dass das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers per 15. Juni 2018 endete (act. G5.1/83). Der Beschwerdeführer selbst gibt als letzten geleisteten Arbeitstag den 15. Juni 2018 an (act. G5.1/70; act. G1/4). Er kann dementsprechend höchstens bis zum 15. Juni 2018 Lohnforderungen gegen die Arbeitgeberin bzw. Insolvenzenschädigung gegenüber der Beschwerdegegnerin geltend machen.

2.2. Dass der Beschwerdeführer tatsächlich offene Lohnforderungen gegenüber der Arbeitgeberin hat, ist nach den vorliegenden Akten nicht sicher nachvollziehbar. Er selbst gibt an, die Löhne jeweils in bar erhalten zu haben und keine Quittungen darüber zu besitzen. Zwar liegen Lohnabrechnungen im Recht (act. G5.1/72 ff.), der (fehlende) Lohnfluss bzw. dessen Höhe ist jedoch nicht ausgewiesen. Insbesondere ist aus dem eingereichten Kontoauszug kein Geldzufluss (z.B. eine Einzahlung des Beschwerdeführers selbst) ersichtlich, welcher mit dem noch erhaltenen Januar-Lohn 2018 in Verbindung stehen könnte (act. G5.1/64 ff.). Die Frage nach dem tatsächlichen Lohnfluss kann aber letztlich offen bleiben, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.



3.

3.1. Vorliegend wird dem Beschwerdeführer eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorgeworfen, weil er sich nicht in ausreichendem Masse um die Einforderung seiner Lohnausstände bemüht habe. Dieser Vorhalt ist nachstehend zu prüfen.

3.2. Nach der Rechtsprechung hat der Beschwerdeführer eine Schadenminderungspflicht nicht erst im Konkursverfahren, sondern bereits ab dem ersten Lohnausfall (siehe hierzu E. 1.3 vorstehend). Da sein Lohn gemäss Arbeitsvertrag auf Ende jedes Kalendermonates auszurichten war (act. G5.1/68), wurde seine Schadenminderungspflicht am 1. April 2018 ausgelöst, nachdem er den Lohn für den Monat März 2018 nicht bis zum Ende dieses Monats erhalten hatte. Ab diesem Datum hätte der Beschwerdeführer Bemühungen unternehmen müssen, den Lohnausstand von seiner Arbeitgeberin erhältlich zu machen.

3.3. Der Beschwerdeführer hätte frühzeitig aktiv werden und seine Lohnforderung sichern müssen. Seiner Argumentation, er habe vorerst abwarten und abschätzen wollen, "ob ein vernünftigeres Vorgehen weniger Schaden bringt" (act. G5.1/34 f.), kann unter diesen Umständen nicht gefolgt werden. Vernünftig wäre in seiner Situation gewesen, den ausstehenden und zukünftigen Lohn möglichst rasch durch die Arbeitgeberin zahlen bzw. sicherstellen zu lassen und, falls die Arbeitgeberin der Zahlungsaufforderung nicht nachgekommen wäre und den künftigen Lohn nicht hätte sicherstellen können, zu kündigen und eine neue Arbeitsstelle zu suchen (vgl. Art. 337 und 337a des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220]). Es ist nicht sinnvoll, in einer Anstellung zu verbleiben und Arbeit zu verrichten, wenn absehbar ist, dass dafür kein Lohn mehr entrichtet werden wird. Dass, wie der Beschwerdeführer selbst in der Begründung der Einsprache vom 8. März 2019 angibt, "mehrere Monate vergingen bevor es zu ersten konkreten Handlungen kam" (act. G5.1/34) ist unter den gegebenen Bedingungen nicht entschuldbar.

3.4. Spätestens ab Erhalt der Kündigung vom 1. Juni 2018 hätte der Beschwerdeführer sich ernsthaft und nachdrücklich darum bemühen müssen, die Lohnausstände bei der Arbeitgeberin erhältlich zu machen. Dies, zumal die Arbeitgeberin als Grund für die Kündigung ihre wirtschaftliche Lage angegeben hat (act. G5.1/83), sodass dem Beschwerdeführer spätestens mit Erhalt des Kündigungsschreibens klar sein musste, dass seine Lohnansprüche massiv gefährdet waren. Seine Behauptung, er habe die Arbeitgeberin zur Rede gestellt und die Arbeit nach Ausbleiben des Lohnes



niedergelegt (act. G5.1/53), bleibt unbewiesen. Sie steht zudem teilweise im Widerspruch mit anderen Angaben des Beschwerdeführers, beispielsweise jenen, wonach er zuerst abgewartet habe und mehrere Monate vergingen, bevor es zu ersten konkreten Handlungen gekommen sei, oder wonach der letzte geleistete Arbeitstag der 15. Juni 2018 gewesen sei (act. G5.1/70 und 34; act. G1/4).

3.5. Bloss mündliche Mahnungen oder ein Niederlegen der Arbeit ohne die Ansetzung einer kurzen Nachfrist zur Lohnzahlung mit der Androhung weiterer rechtlicher Schritte (etwa einer fristlosen Kündigung, einer Betreibung oder einer gerichtlichen Klage bei weiterem Ausbleiben des Lohnes) wären unter den gegebenen Umständen spätestens ab dem 1. Juni 2018, als das Ende des Arbeitsverhältnisses und das fortdauernde Ausbleiben der Lohnzahlung absehbar waren, ohnehin ungenügend gewesen (siehe hierzu E. 1.6 vorstehend). Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er sei mit der deutschen Sprache und dem schweizerischen Rechtssystem nicht vertraut und einfacher Bauarbeiter, kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Auch von einem Arbeitnehmenden mit fehlenden oder ungenügenden Deutschkenntnissen ist zu erwarten, dass er sich bei fortdauernden Lohnausständen – nötigenfalls mit Hilfe eines der deutschen Sprache mächtigen Verwandten oder Bekannten – beraten lässt und über seine Rechte und Pflichten innert nützlicher Frist kundig macht. Wie das Bundesgericht erwogen hat, kann ein Arbeitnehmender, der Insolvenzenschädigung beanspruchen will, seine Passivität über längere Zeit nicht dadurch rechtfertigen oder entschuldigen, er sei rechtsunkundiger Ausländer und beherrsche die Schriftsprache kaum (Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 2001, C 49/01, mit Hinweis auf BGE 124 V 220 E. 2b/aa).

3.6. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, ihm hätten wegen der ausstehenden Löhne die finanziellen Mittel gefehlt, die Arbeitgeberin zu belangen (act. G5.1/58), überzeugt nicht. Bei derart knappen finanziellen Verhältnissen wäre umso dringender angezeigt gewesen, dass der Beschwerdeführer seinen dem Lebensunterhalt dienenden Lohn entsprechend vehement einfordert und bei Bedarf Beratung und Unterstützung beansprucht.

3.7. Selbst wenn die Arbeitgeberin im Juli 2018 wegen fehlender Liquidität nicht in der Lage gewesen wäre, dem Beschwerdeführer auf Betreibung hin die ausstehenden Löhne (teilweise) auszuzahlen, konnte dieser zu jenem Zeitpunkt nicht ausschliessen, dass in einem allfälligen Konkursverfahren gebundene Mittel und Vermögenswerte liquidiert und damit seine Lohnforderungen gedeckt werden könnten. Die Lohnforderungen für die letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung sind im Konkursverfahren privilegiert und fallen in die erste Klasse (vgl. Art. 219 Abs. 4 lit. a des



Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1]). Der Beschwerdeführer hätte somit im Juli 2018 die Einleitung einer Betreibung nicht als untaugliches Mittel zur Durchsetzung seiner Lohnforderung einschätzen dürfen.

4.

4.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe die Arbeitgeberin fristgerecht schriftlich gemahnt. Die einzige vorgelegte schriftliche Mahnung (act. G5.1/60) datiert vom 21. Juli 2018. Wie die Beschwerdegegnerin richtig vorbringt, ist der Versand dieser Mahnung an die Arbeitgeberin nicht ausgewiesen. Zweifel an der Authentizität dieser Mahnung generell und an ihrer Datierung im Besonderen weckt die Tatsache, dass darin fällige Lohnforderungen für den Zeitraum bis Ende August 2018 geltend gemacht werden, obschon das Arbeitsverhältnis per 15. Juni 2018 beendet war (siehe E. 2.1 vorstehend). Dem Beschwerdeführer steht dementsprechend kein Lohnanspruch für die zweite Hälfte des Monats Juni, für den Juli und für den August 2018 zu. Zudem wäre ein allfälliger Lohn für den Monat Juli 2018 erst am 31. Juli 2018 fällig geworden, jener für den Monat August 2018 erst am 31. August 2018. Die auf den 21. Juli 2018 datierte Mahnung hätte in dieser Form demnach frühestens am 31. August 2018 erfolgen dürfen. Echtzeitliche, nachprüfbare Akten, welche die Zustellung dieser Mahnung an die Arbeitgeberin überhaupt und den Zeitpunkt der Zustellung im Speziellen belegen würden, liegen nicht im Recht. Da die Beschwerdegegnerin die Authentizität dieser Mahnung zu Recht angezweifelt hat und der Beschwerdeführer keine weiteren Beweise eingereicht hat, ist diesbezüglich von Beweislosigkeit auszugehen.

4.2. Hinzu kommt, dass es im vorgelegten Mahnschreiben vom 21. Juli 2018 an einer unmissverständlichen Zahlungsaufforderung fehlt, einschliesslich Ansetzung einer angemessenen (d.h. kurzen) Frist und Androhung rechtlicher Schritte, sollte die Zahlungsfrist unbenutzt verstreichen. Der Beschwerdeführer wies lediglich darauf hin, dass Lohnforderungen von März bis August 2018 sowie der Anteil des 13. Monatslohns fällig seien und bedankte sich für die Kenntnisnahme und rasche Erledigung (act. G5.1/60). Ernsthafte Bemühungen, die Lohnausstände bei der Arbeitgeberin auch tatsächlich erhältlich zu machen, könnten darin jedenfalls nicht erblickt werden.

4.3. Schliesslich weist der Beschwerdeführer darauf hin, die Arbeitgeberin habe die Lohnausstände am 3. September 2018 schriftlich bestätigt (act. G5.1/62). Die Bestätigung ist jedoch inhaltlich falsch. Die Arbeitgeberin bestätigte dem Beschwerdeführer Lohnausstände in Höhe von Fr. 35'098.90 für den Zeitraum März bis und mit August 2018, obschon dessen Arbeitsverhältnis mit ihr per 15. Juni 2018



endete. Die Bestätigung datiert sodann vom 3. September 2018. Zwischen der Überfälligkeit der ersten Lohnzahlung für den Monat März am 1. April 2018 und dieser Bestätigung liegen somit fünf Monate, während denen der Beschwerdeführer weder eine Teilzahlung der ausstehenden Lohnforderungen noch andere Zugeständnisse erreicht hat. So lange hätte er mit Blick auf seine Schadenminderungspflicht nicht zuwarten dürfen. Er hätte weitaus früher rechtliche Schritte gegen die Arbeitgeberin einleiten müssen.

5.

5.1. Nach dem Gesagten hätte der Beschwerdeführer spätestens ab Erhalt der Kündigung vom 1. Juni 2018 seinen ausstehenden Lohn in eindeutiger und unmissverständlicher Weise von der Arbeitgeberin fordern müssen. Mündliche Mahnungen oder eine Arbeitsniederlegung sind nicht bewiesen und hätten zu diesem Zeitpunkt auch nicht mehr ausgereicht. Vielmehr hätte der Beschwerdeführer die Arbeitgeberin in klaren Worten zur Zahlung der Ausstände innert einer bestimmten kurzen Frist auffordern müssen. Bei unbenütztem Fristablauf hätte er seine Forderung gerichtlich oder zumindest auf dem Betreibungsweg geltend machen müssen. Soweit er zu diesen beschriebenen Schritten alleine nicht in der Lage gewesen sein sollte, hätte er Unterstützung in Anspruch nehmen sollen. Er hätte sich namentlich bei der Arbeitslosenkasse melden oder eine Beratungsstelle aufsuchen können. Indem er das nicht getan hat, riskierte er, dass die Lohnforderung bei der Arbeitgeberin nicht mehr einbringlich sein würde. Er hat damit auch unter Berücksichtigung seiner beschränkten Sprach- und Rechtskenntnisse elementare Vorsichtsgebote ausser Acht gelassen, um eine Schädigung der Arbeitslosenversicherung zu vermeiden, sodass eine grobe Verletzung der Schadenminderungspflicht zu bejahen ist. An diesem Schluss vermögen seine Vorbringen nichts zu ändern.

6.

6.1. Die Beschwerdegegnerin hat somit den Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung zu Recht verneint. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

6.2. Schliesslich bleibt noch das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu prüfen. Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint; soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 29 Abs. 3 BV). Die unentgeltliche Rechtspflege bezweckt, auch der bedürftigen Partei den Zugang zum Gericht und die Wahrung der Parteirechte zu ermöglichen. Sie soll sicherstellen, dass jedermann unabhängig von



seinen finanziellen Verhältnissen nicht aussichtslose Streitsachen zur gerichtlichen Entscheidung bringen und sich überdies im Prozess, sofern es sachlich geboten ist, anwaltlich vertreten lassen kann. Für das sozialversicherungsrechtliche Beschwerdeverfahren findet der Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand in Art. 61 lit. f des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) seine gesetzliche Grundlage (Urteil des Bundesgerichts vom 27. Mai 2016, 9C_250/2016, E. 2.1).

6.3. Rechtsbegehren sind aussichtslos, wenn deren Gewinnaussichten im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung deutlich geringer sind als die Verlustgefahren. Entscheidend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich vernünftigerweise zu einem Prozess entschliessen würde. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Rechtsbegehren im Rahmen des sachlich Vertretbaren liegen bzw. nicht von vornherein unbegründet sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Mai 2016, 9C_250/2016, E. 2.2).

6.4. Vorliegend beschränkte sich der Streitgegenstand darauf, ob der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht vor der Einleitung des Konkursverfahrens gegen seine Arbeitgeberin hinreichend nachgekommen ist. Die Beschwerdegegnerin informierte den Beschwerdeführer frühzeitig darüber, dass sie sein Gesuch um Insolvenzenschädigung wegen ungenügender Bemühungen, die Lohnausstände erhältlich zu machen, ablehnen werde (act. G 5.1/61). Sie erklärte ihm insbesondere mit Verfügung vom 4. Januar 2019, er hätte seine Lohnausstände umgehend mittels Beteibung oder Klage geltend machen müssen (act. G5.1/55 ff.). Nachdem der Beschwerdeführer bis zur Konkursöffnung vom 26. Oktober 2018 keinerlei ernsthafte Bemühungen zum Erhalt seiner ausstehenden Lohnforderungen unternommen hatte (die Zustellung einer schriftlichen Mahnung mit unmissverständlicher Zahlungsaufforderung ist beweislos geblieben), obwohl ihm die Gefährdung seiner Lohnansprüche seit April 2018, spätestens jedenfalls seit Erhalt der Kündigung vom 1. Juni 2018 bewusst sein musste, ist er seiner Schadenminderungspflicht offenkundig nicht nachgekommen. Damit hat er keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Das vorliegende Verfahren war dementsprechend von Anfang an aussichtslos, sodass eine vernünftige Person in der gleichen Situation, welche die Rechtsverteidigung selbst hätte bezahlen können, kein Verfahren angehoben hätte.

6.5. Nach dem Gesagten ist auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung abzuweisen.

6.6. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).



Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.