

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



---

II 2018 68

## Entscheid vom 29. Oktober 2018

---

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident  
Dr.oec. Andreas Risi, Richter  
Dr.iur. Frank Lampert, Richter  
MLaw Joëlle Sigrist, Gerichtsschreiberin

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_,

**gegen**

**Amt für Arbeit, Arbeitslosenkasse**, Lückenstrasse 8,  
Postfach 1181, 6431 Schwyz,  
Vorinstanz,

---

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Insolvenzenschädigung)

## **Sachverhalt:**

**A.** A.\_\_\_\_\_ aus C.\_\_\_\_\_ wurde von der D.\_\_\_\_\_ GmbH, per 26. Januar 2016 als Hilfskraft im Stundenlohn unbefristet eingestellt. Nachdem die D.\_\_\_\_\_ GmbH ihrer Lohnzahlungspflicht nicht nachgekommen ist, hat A.\_\_\_\_\_ am 29. März 2016 die Arbeit niedergelegt.

**B.** Am 30. Januar 2018 hat der Einzelrichter des Bezirksgerichts E.\_\_\_\_\_ über die D.\_\_\_\_\_ GmbH den Konkurs eröffnet (ABI Nr. xy). Mit Schreiben vom 6. März 2018 orientierte das Notariat E.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ über die Konkurseröffnung. Es teilte ihm mit, dass die Weiterführung eines allenfalls bestehenden Arbeitsvertrages abgelehnt werde und namens der Konkursmasse nicht in das (allenfalls bestehende) Arbeitsverhältnis eingetreten werde. Er sei berechtigt, gemäss Art. 54 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0) vom 25. Juni 1982 eine Insolvenzenschädigung geltend zu machen (Bf-act. 4). Das Konkursverfahren wurde am 21. Juni 2018 mangels Aktiven eingestellt (ABI Nr. yz).

**C.** A.\_\_\_\_\_ meldete bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Schwyz am 16. März 2018 seinen Anspruch auf eine Insolvenzenschädigung an (Vi-act. 15). Mit Schreiben vom 4. April 2018 wurde ihm eine ablehnende Verfügung in Aussicht gestellt und ihm das rechtliche Gehör gewährt (Vi-act. 11). Am 17. April 2018 ging die Stellungnahme von A.\_\_\_\_\_ bei der Arbeitslosenkasse ein (Vi-act. 9). Mit Verfügung vom gleichen Tag lehnte die Arbeitslosenkasse den Anspruch auf eine Insolvenzenschädigung von A.\_\_\_\_\_ ab (Vi-act. 8).

**D.** Gegen diese Verfügung erhob A.\_\_\_\_\_ am 14. Mai 2018 Einsprache (Vi-act. 5); sie wurde von der Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 7. Juni 2018 abgewiesen (Vi-act. 3).

**E.** Am 9. Juli 2018 lässt A.\_\_\_\_\_ beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit folgenden Anträgen:

Die Verfügung Nr. 181 vom 17. April 2017 sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei für den Zeitraum vom 26.01.-08.03.2016 eine Insolvenzenschädigung in der Höhe von brutto Fr. 6'118.-- nebst Zins von 5% seit dem 16. März 2018 auszurichten.

Mit Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 9. Juli 2018 lässt er zudem beantragen:

Dem Gesuchsteller sei für das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen und der unterzeichnende Rechtsanwalt sei dem Gesuchsteller als amtlicher Anwalt beizuordnen.

Mit Vernehmlassung vom 13. Juli 2018 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

Mit Schreiben vom 7. August 2018 ersucht das Gericht den Beschwerdeführer um Einreichung zusätzlicher Akten. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer per 29. August 2018 nach. Zu den neu eingereichten Unterlagen äusserte sich die Vorinstanz nicht.

### **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.1** Beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, haben Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn u.a gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG) oder der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereitfindet, die Kosten vorzuschüssen (Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG) oder sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben (Art. 51 Abs. 1 lit. c AVIG).

**1.2** Nachdem der Beschwerdeführer durch das Notariat E.\_\_\_\_\_ am 6. März 2018 betreffend die Konkursöffnung über die D.\_\_\_\_\_ GmbH und die Möglichkeit einer Insolvenzenschädigung informiert wurde (Bf-act. 4), stellte er bei der Arbeitslosenkasse am 16. März 2018 Antrag auf Insolvenzenschädigung (Vi-act. 15). Mit Verfügung vom 17. April 2018 hat die Arbeitslosenkasse den "Anspruch auf Insolvenzenschädigung zufolge ungenügender Schadenminderungspflicht" gestützt auf Art. 55 Abs. 1 AVIG abgelehnt (Vi-act. 8). Die hiegegen erhobene Einsprache wurde mit Entscheid vom 7. Juni 2018 abgewiesen mit der Begründung, der Beschwerdeführer habe zu lange nichts zur Lohneintreibung unternommen; indem er sich bewusst gegen die Inanspruchnahme der URP entschieden habe, sei aus Sicht der Arbeitslosenkasse ein schweres Verschulden zu bejahen. Mithin ist vorliegend strittig und zu prüfen, ob die Vorinstanz einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung zufolge unzulänglicher Erfüllung der Schadenminderungspflicht gemäss Art. 55 Abs. 1 AVIG zu Recht abgelehnt hat.

**2.1** 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. Da-

nach muss er die Kasse bei der Verfolgung ihres Anspruchs in jeder zweckdienlichen Weise unterstützen (Art. 55 Abs. 1 AVIG).

**2.2** Machen Arbeitnehmende gegenüber dem Arbeitgeber 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 (Urteil BGer 8C\_641/2014 vom 27.1.2015 Erw. 4.1). 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 Konkurseröffnung aufgelöst wird (BGE 114 V 56 Erw. 4 S. 60; Urteil BGer 8C\_748/2015 vom 9.2.2016 Erw. 3.2; ARV 1999 Nr. 24 S. 140, C 183/97).

**2.3** Eine ursprüngliche Leistungsverweigerung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht setzt voraus, dass der versicherten Person ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden kann (Urteil BGer 8C\_573/2017 vom 18.10.2017 Erw. 4.5). Dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit ist mit dem Ausmass der von den Arbeitnehmern zu erwartenden Vorkehrungen Rechnung zu tragen, welche sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls richtet (Urteile BGer 8C\_66/2013 vom 18.11.2013 Erw. 4.1, 8C\_211/2014 vom 17.7.2014 Erw. 6.1 und 8C\_641/2014 vom 27.1.2015 Erw. 4.1). Wurde die Schadenminderungspflicht in einem bestimmten Zeitraum im schweren Masse verletzt, ist ein Leistungsanspruch abzulehnen; ist eine eventuelle Pflichtverletzung als weniger schwer einzustufen, ist von einer Sanktion abzusehen. Es besteht keine rechtliche Möglichkeit für eine der Schwere des Verschuldens entsprechend abgestufte Insolvenzenschädigung (Urteil BGer 8C\_641/2014 vom 27.1.2015 Erw. 4.3).

**2.4** Da die versicherte Person grundsätzlich alles Zumutbare zur Wahrung der Lohnansprüche unternehmen muss, kann keine Rede davon sein, dass sie sich bei ihren Bemühungen zur Wahrung der Schadenminderungspflicht einzig auf die Einhaltung der fünfjährigen Verjährungsfrist nach Art. 128 Ziff. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) vom 30. März 1911 konzentrieren darf. Art. 128 Ziff. 3 OR beantwortet einzig die Frage, wie weit die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die (glaubhaft gemachten) Lohnforderungen gegen den zahlungsunfähigen Arbeitgeber bei Erreichen des jeweiligen zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadiums zurückliegen dürfen, um überhaupt noch einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung zu begründen. Eine Abschwächung der Ob-

liegenheit zur Schadenminderung lässt sich daraus nicht herleiten (Urteil BGer 8C\_66/2013 vom 18.11.2013 Erw. 4.2). Im Gegenteil; es entspricht einer Erfahrungstatsache, dass die Wahrscheinlichkeit eines Lohnverlustes mit dem Zeitablauf stetig zunimmt und ebenso besteht Evidenz, dass Schuldner oftmals erst unter dem Druck einer schriftlichen Aufforderung oder einer unmittelbar bevorstehenden Konkurseröffnung ihren Zahlungspflichten nachkommen (vgl. Urteil BGer 8C\_66/2011 vom 29.8.2011 Erw. 4.4). Entsprechend zeitnah und konsequent müssen offene Lohnforderungen geltend gemacht werden.

**2.5** Nachträgliche Abklärungen zur Entwicklung von Aktiven und Passiven beim Arbeitgeber im Zusammenhang mit Insolvenzenschädigungsansprüchen sind nicht zielführend, weil auch eine Überschuldung nicht ausschliessen würde, dass ein Arbeitgeber noch über liquide Mittel verfügte, welche er aber - mangels Drucks seitens der Arbeitnehmer - prioritär für andere Zwecke als für die Bezahlung der Lohnausstände verwendete. Relevant ist, welche Anstrengungen von einer versicherten Person ex ante zur Geltendmachung ihrer Lohnansprüche gegenüber dem Arbeitgeber erwartet werden können (SVR 2014 ALV Nr. 4 S. 9 Erw. 4.4; Urteil BGer 8C\_211/2014 vom 17.7.2014 Erw. 6.3).

**2.6** Das Ausmass der geforderten Schadenminderungspflicht richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, wobei die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht rechtsprechungsgemäss hoch sind (Urteil BGer 8C\_748/2015 vom 9.2.2016 Erw. 3.2). Nach konstanter Rechtsprechung genügt es in der Regel nicht, wenn Lohnausstände lediglich mündlich gemahnt werden (Urteil BGer 8C\_641/2014 vom 27.1.2015 Erw. 4.3). Gefordert wird eine konsequente und kontinuierliche Weiterverfolgung der eingeleiteten Schritte, welche in einem der vom Gesetz geforderten zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien münden müssen, damit Anspruch auf Insolvenzenschädigung besteht. Arbeitnehmende sollen sich gegenüber dem Arbeitgeber nämlich so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzenschädigung gar nicht gäbe. Dieses Erfordernis lässt ein längeres Untätigsein nicht zu (SVR 2014 ALV Nr. 4 S. 9 Erw. 4.2 [8C\_66/2013]). So kann etwa auch nicht auf die Stellung eines Konkursbegehrens verzichtet werden mit dem Hinweis, den Kostenvorschuss nicht leisten zu können. Denn soweit eine Kostenvorschusspflicht besteht, kann und ist ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen. Auch entsteht der Anspruch auf Insolvenzenschädigung bereits, sobald die Gläubiger - auf die nach gestelltem Konkursbegehren erlassene Kostenvorschussverfügung hin - von einer Bezahlung des Vorschusses absehen, sofern ein direkter Zusammenhang zwischen der offensichtlichen Überschuldung des Arbeitgebers und der Nichtleistung des Kostenvorschusses besteht (Urteil BGer 8C\_211/2014 vom 17.7.2014 Erw. 6.4).

**3.** Was die Bemühungen des Beschwerdeführers, die offenen Lohnforderungen einzutreiben, anbelangt, so ergibt sich aus den Akten:

**3.1** Mit Arbeitsvertrag vom 26. Januar 2016 hat die D.\_\_\_\_\_ GmbH den Beschwerdeführer unbefristet als Hilfskraft im Stundenlohn angestellt; die wöchentliche Arbeitszeit betrug 42 Stunden, richtete sich aber temporär nach den Geschehnissen im Betrieb (Bf-act. 3).

Noch am 26. Januar 2016 nahm der Beschwerdeführer seine Tätigkeit für die D.\_\_\_\_\_ GmbH auf (Vi-act. 21). Vom 7. bis 24. März 2016 war er krankheitsbedingt arbeitsunfähig (Vi-act. 20). Ab 29. März 2016 legte er die Arbeit bis zur Zahlung des ausstehenden Lohnes nieder (Vi-act. 24). Bis dahin erfolgte eine einzige Lohnzahlung Ende Februar 2016 über Fr. 900.-- (Bf-act. 10).

Die Auflösung des Anstellungsverhältnisses erfolgte - spätestens - am 6. März 2018 durch das Notariat E.\_\_\_\_\_ in analoger Anwendung von Art. 333 Abs. 2 OR auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist hin (Bf-act. 4). Gemäss Antrag auf Insolvenzenschädigung dauerte das Anstellungsverhältnis bis am 14. Juli 2016 (Vi-act. 15).

**3.2** Mit Einschreiben vom 15. März 2016 forderte der Beschwerdeführer von der Arbeitgeberin die Leistung der ausstehenden Lohnzahlung Februar - März 2016 innert sieben Tagen; im Unterlassungsfall werde er die Arbeit bis zur Leistung des Lohnes niederlegen (Bf-act. 5).

**3.3** Am 12. April 2016 stellte der Beschwerdeführer das Betreibungsbegehren nach Art. 67 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) vom 11. April 1889 über den Forderungsbetrag von Fr. 15'215.35 zzgl. Zins zu 5% für ausstehende Löhne Januar bis März 2016 (Bf-act. 6).

**3.4** Am 20. April 2016 wurde gegen die Arbeitgeberin über die Forderungssumme von Fr. 9'950.60 zzgl. Zins zu 5% seit 29. Februar 2016 (mittlerer Verfall) das Betreibungsbegehren an das Betreibungsamt der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ gestellt (Bf-act. 9).

Gleichen Tags informierte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Arbeitgeberin über die Einleitung des Betreibungsverfahrens für die offene Lohnforderung Januar bis März 2016 (über Fr. 9'950.60). Die Arbeitgeberin wurde ersucht, den ausstehenden Lohn zu begleichen und den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen; nach Begleichung der Lohnforderung werde er die Arbeit wieder aufnehmen (Bf-act. 8).

**3.5** Am 27. April 2016 erging an die Arbeitgeberin ein Zahlungsbefehl (vom 21.4.2016) über den Betrag von Fr. 9'950.60 zzgl. Zins zu 5% seit 29. Februar 2016. Hiergegen erhob die Arbeitgeberin am 27. April 2016 Rechtsvorschlag (Bf-act. 7).

**3.6** Am 27. Mai 2016 gelangte der Beschwerdeführer mit einer arbeitsrechtlichen Forderungsklage / Schlichtungsgesuch an das Vermittleramt der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ (Bf-act. 10). Es sei ihm der ausstehende Lohn Januar bis April 2016 (Fr. 13'895.65) zzgl. Zins zu 5% seit 15. März 2016 (mittlerer Verfall) zu bezahlen und es sei der Rechtsvorschlag aufzuheben und Rechtsöffnung zu erteilen.

**3.7** Am 14. Juni 2016 wurde erfolglos eine Schlichtungsverhandlung durchgeführt, worauf die Vermittlerin die Klagebewilligung ausstellte (Bf-act. 11).

Am 17. Juni 2016 informierte der Rechtsvertreter über die gescheiterte Schlichtungsverhandlung und die Klagebewilligung den Sozialdienst G.\_\_\_\_\_ (Wohngemeinde des Beschwerdeführers) mit dem Ersuchen, Rückmeldung betreffend weiteres Vorgehen (allenfalls Klageerhebung) zu machen (Bf-act. 24).

Am 13. Juli 2016 hat der Rechtsvertreter dem Sozialdienst das Honorar für seine bisherige Arbeit in Rechnung gestellt und ihn an die laufende Klagefrist erinnert (Bf-act. 24).

**3.8** Am 28. Juli 2016 informiert der Rechtsvertreter H.\_\_\_\_\_ (Bruder des Beschwerdeführers, der diesen unterstützte und selber auch Forderungen gegenüber derselben Arbeitgeberin hatte), der Betreibungsregisterauszug der Arbeitgeberin zeige offene Beteiligungen von ca. Fr. 262'000.--; die Chancen, mit einem Prozess zu Geld zu kommen, seien folglich nicht gut. Die Gemeinde habe über das weitere Vorgehen noch nicht entschieden; Mitte August werde dies noch einmal besprochen und entschieden, ob ein Prozess finanziert würde. Falls Klage eingereicht werde, würde ein Gesuch um URP gestellt; bei Gutheissung würden die Kosten vorerst von der Staatskasse übernommen, der Beschwerdeführer müsse zurückzahlen, wenn er dazu in der Lage sei. Arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis Fr. 30'000.-- seien zwar kostenlos, aber es würden Anwaltskosten anfallen (Vi-act. 38).

**3.9** Dem Protokoll des Gemeinderates C.\_\_\_\_\_ (Wohnort des Beschwerdeführers seit 1.7.2016) vom 29. August 2016 ist zu entnehmen, dass die Frage der Klageeinreichung noch offen sei und der Gemeindeschreiber mit dem Rechtsvertreter in Kontakt stehe; der Rechtsvertreter werde die Kosten für den Prozessweg berechnen und beim Gemeinderat Kostengutsprache beantragen (Bf-act. 25).

**3.10** Aus einem Mailauszug des Rechtsvertreters vom 1. September 2016 an H.\_\_\_\_\_ geht hervor, dass anlässlich der Schlichtungsverhandlung die Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer ein Angebot unterbreitet habe und auch Details betreffend Kündigung ans Licht gekommen seien, die sich negativ auf die Forderung auswirken könnten. Weder ergeben sich das konkrete Angebot noch die negativen Details aus dem Mailauszug (Vi-act. 35).

In einem weiteren Mail des gleichen Tages informierte der Rechtsvertreter H.\_\_\_\_\_, die Klagebewilligung sei bis 20. Oktober 2016 gültig, weshalb man noch nicht unmittelbar entscheiden müsse. Aber einerseits verfüge der Beschwerdeführer nicht über die zur Prozessführung notwendigen Mittel und andererseits sei fraglich, ob eine Klage überhaupt Sinn mache (Bf-act. 12). Für die Prozessfinanzierung sei der Weg übers Sozialamt oder die URP zu nehmen. Das Sozialamt werde aber bestimmt auch eine Chancenabwägung vornehmen und komme der Beschwerdeführer später - wider Erwarten - zu Geld, werde er sich dieses vom Sozialamt anrechnen lassen müssen. "Sprich: für A.\_\_\_\_\_ ausser Spesen nichts gewesen." (Bf-act. 12). Zudem weise das Betreibungsregister der Arbeitgeberin offene Forderungen von über Fr. 200'000.-- aus. Die Chance, mehr Geld rauszuholen, als der Arbeitgeber auf privatem Weg angeboten habe, sei sehr gering. "Und auf dem privaten Weg liegt das Angebot des Arbeitgebers. A.\_\_\_\_\_ braucht sich nur zu bücken und es aufzuheben. Auf mehr zu hoffen scheint mir unrealistisch zu sein" (Bf-act. 12). Er, der Rechtsvertreter, wolle nicht Zeit und fremdes Geld in einen Prozess investieren, wenn es schliesslich dem Klienten nichts bringe. Die Chance, in einem Prozess mehr rauszuholen, als vom Arbeitgeber angeboten, sei gering. Er habe dem Beschwerdeführer daher geraten, den privaten Weg einzuschlagen.

Ebenfalls am 1. September 2016 bekundete H.\_\_\_\_\_ gegenüber einer Angestellten des Rechtsvertreters seinen Unwillen über einen Vorschlag bezüglich Forderung und weiterem Vorgehen in Sachen Lohnforderung des Beschwerdeführers (Vi-act. 37). Er fordere für diesen Fr. 9'950.60, was der geleisteten Arbeit und den Krankentaggeldern entspreche. (Die weiteren Ausführungen betreffen seine eigene offene Forderung gegenüber derselben Arbeitgeberin).

**3.11** Am 24. Dezember 2016 setzte der Beschwerdeführer der Arbeitgeberin eine letzte Frist zur Zahlung von Fr. 7'500.-- bis 25. Januar 2017. Dies unter Bezugnahme auf Telefongespräche zwischen der Arbeitgeberin und seinem Bruder sowie nachdem die Arbeitgeberin die Leistung dieses Betrages bis Ende 2016 in Aussicht gestellt habe. Im Unterlassungsfall werde er die Forderung im ursprünglichen Umfang von Fr. 9'950.60 zzgl. Zins seit 29. Februar 2016 gerichtlich durchsetzen (Bf-act. 13).

**3.12** Gemäss Ausführung in der Beschwerdeschrift, soll sich der Beschwerdeführer - nachdem innert Frist keine Zahlung erfolgte - beim Konkursamt E.\_\_\_\_\_ bezüglich Eröffnung des Konkurses über seine Arbeitgeberin erkundigt haben. Dieses habe von einer Konkurseröffnung abgeraten, da ein Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- zu leisten sei und er diesen Betrag nicht zurückerhalte, wenn nichts zu holen sei. In der Folge habe der Beschwerdeführer weiter die versprochene Zahlung abgewartet (diese Ausführung untermauert der Beschwerdeführer mit keinen Belegen; in der Stellungnahme vom 17.4.2018 [Eingang Vorinstanz] führte er aus, sich rund ein halbes Jahr zuvor, d.h. ca. Oktober 2017, beim Konkursamt informiert zu haben, Vi-act. 9).

**3.13** Mit Mail vom 23. Mai 2017 ersuchte I.\_\_\_\_\_ (einziger Gesellschafter der Arbeitgeberin) H.\_\_\_\_\_ um Unterlagen betreffend den Beschwerdeführer, welche dieser ihm in der Folge zustellte (Vi-act. 30 und 31).

**3.14** Am 12. Juni 2017 teilte I.\_\_\_\_\_ H.\_\_\_\_\_ mit, die Arbeitgeberin sei seit dem 31. Dezember 2016 nicht mehr aktiv. Es laufe noch immer eine Rechtsstreitigkeit mit einer Drittfirma; er sei bestrebt, die offenen Forderungen auf dem Rechtsweg weiter einzufordern. Gleichzeitig unterbreitete er dem Bruder zwei Zahlungsvorschläge: Einmalzahlung von Fr. 10'000.-- nach Abschluss des Rechtsstreites (was unklar lange dauern könne) oder private Abzahlung durch ihn (I.\_\_\_\_\_ ) in drei Raten (Fr. 2'000.-- per 31.6.2017, Fr. 4'000.-- per 31.7.2017 und Fr. 1'500.-- per 11.8.2017) (Vi-act. 28 f.).

Am 14. Juni 2017 teilte H.\_\_\_\_\_ I.\_\_\_\_\_ mit, der Beschwerdeführer wünsche die private Ratenzahlung (Vi-act. 28).

**3.15** Am 23. September 2017 stellte der Beschwerdeführer erneut ein Betreibungsbegehren nach Art. 67 SchKG gegen die Arbeitgeberin mit einem Forderungsbetrag von Fr. 17'545.65 zzgl. Zins (Bf-act. 14).

**3.16** Am 27. September 2017 wurde gegen die Arbeitgeberin ein Zahlungsbefehl ausgestellt über Fr. 17'545.65 zzgl. Zins zu 5% seit 31. Januar 2016. Der Zahlungsbefehl wurde I.\_\_\_\_\_ am 4. Oktober 2017 ausgehändigt; Rechtsvorschlag wurde nicht erhoben (Bf-act. 15).

**3.17** Am 26. Oktober 2017 stellte der Beschwerdeführer beim Betreibungsamt E.\_\_\_\_\_ das Fortsetzungsbegehren (Bf-act. 16). Am 31. Oktober 2017 wurde der Arbeitgeberin der Konkurs angedroht (Bf-act. 17). Am 19. November 2017 gab der Beschwerdeführer eine Forderung betreffend ausstehender Lohnzahlung über Fr. 19'151.-- zzgl. Zins zu 5% seit 1.1.2016 ein (Bf-act. 18).

**3.18** Am 6. März 2018 wurde der Beschwerdeführer über die Eröffnung des Konkurses über die Arbeitgeberin per 30. Januar 2018 informiert sowie über die Möglichkeit, bei der Arbeitslosenkasse Antrag auf Insolvenzenschädigung zu stellen (Bf-act. 4). Am 16. März 2018 beantragte er Insolvenzenschädigung.

**3.19** In den Akten der Vorinstanz findet sich die Notiz eines Telefongesprächs der Vorinstanz mit dem Beschwerdeführer vom 27. März 2018. Er teilt mit, vom 16. Juni 2016 bis 27. September 2017 in Sachen Lohn Eintreibung nichts unternommen zu haben. Ihm sei geraten worden abzuwarten, bis die Firma Konkurs gehe. Er sei nur zu Beginn durch einen Anwalt begleitet gewesen. Anwalt und Vermittler hätten ihm geraten, nichts zu unternehmen. Er habe erst mit dem Konkurs erfahren, dass es eine Insolvenzenschädigung gebe.

**4.1** Bei dieser Sachlage und aufgrund der Rechtsprechung, wonach die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht hoch sind, ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Anspruch auf Insolvenzenschädigung infolge unzulänglicher Erfüllung der Schadenminderungspflicht abgelehnt hat.

Aus dem aktenmässig belegten Verlauf ergibt sich, dass der Beschwerdeführer die Arbeitgeberin wohl frühzeitig und schriftlich abgemahnt hat (nach Lohnausständen Januar und Februar 2016 am 15.3.2016; Erw. 3.2). Nach Ablauf der angesetzten Zahlungsfrist stellte er das Betreibungsbegehren (12. resp. 20.4.2016) und nach Erhebung des Rechtsvorschlages reichte er das Schlichtungsgesuch ein (27.5.2016). Nachdem die Vermittlung scheiterte, wäre der Beschwerdeführer indes gehalten gewesen, Klage zu erheben und den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen, was er jedoch unterliess. Aus den Akten ist zu schliessen, dass anlässlich der Schlichtungsverhandlung einerseits seitens Arbeitgeberin Vorwürfe gegen den Beschwerdeführer erhoben wurden und andererseits wurde ihm ein privates Abzahlungsangebot unterbreitet. In der Folge setzte der Beschwerdeführer auf dieses mündliche, private Abzahlungsangebot und verfolgte die Eintreibung der Lohnforderungen gegenüber der Arbeitgeberin nicht mehr weiter, was ihm als mindestens grobfahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden muss. Daran ändert die Tatsache, dass ihm dieses Vorgehen von seinem Rechtsvertreter empfohlen wurde, nichts. Dessen Handlungen hat sich der Beschwerdeführer anrechnen zu lassen. Auf den Vertrauensschutz kann er sich nicht berufen, handelt es sich doch beim eigenen Rechtsvertreter keinesfalls um die für die Auskunfterteilung zuständige Behörde (vgl. BGE 143 V 95 Erw. 3.6.2). Ebenso wenig durfte er erwarten, dass ihn die Wohnsitzgemeinde, Sozialdienst, zur Klageerhebung drängen würde (abgesehen davon geht aus den Unterlagen nicht hervor, wie sich die Gemeinde letztendlich verhalten hat). Tatsache bleibt, dass der Beschwerdeführer gegenüber der Arbeitgeberin resp. dem einzigen

Gesellschafter signalisierte, dass er eine private Ratenzahlung akzeptiere. Mithin hat sich der Beschwerdeführer seit der Schlichtungsverhandlung vom 14. Juni 2016 durch die Arbeitgeberin hinhalten lassen in der Hoffnung, wenn schon durch die (womöglich überschuldete) Arbeitgeberin nicht der ganze Lohnausstand beglichen werde, so werde doch wenigstens der Gesellschafter privat einen Grossteil der Forderung beglichen. Allein schon mit diesem Vorgehen hat der Beschwerdeführer die Schadenminderungspflicht verletzt, indem er die vorerst (korrekt) eingeleiteten Schritte gegenüber der Arbeitgeberin zur Eintreibung seiner Lohnforderung nicht konsequent und kontinuierlich weiterverfolgt hat, sondern sich auf bloss mündliche Zahlungsverprechen der Arbeitgeberin resp. des einzigen Gesellschafters als Privatperson verliess (vgl. Erw. 2.6). Nach dem 14. Juni 2016 bis zum Mahnschreiben mit Fristansetzung vom 24. Dezember 2016 ist keine schriftliche Handlung aktenkundig; allfällige - unbelegte - mündliche Kontakte des Beschwerdeführers resp. seines Bruders mit der Arbeitgeberin resp. dem einzigen Gesellschafter taugen nicht als unmissverständliches Zeichen für die Ernsthaftigkeit der Bemühungen, den Lohn einzutreiben. Und trotz letztmaliger Fristansetzung bis Ende Januar 2017 und Androhung des Gerichtsweges blieb der Beschwerdeführer auch anschliessend untätig, bis er erst am 23. September 2017 erneut ein Betreibungsbegehren stellte. Dazwischen (im Mai und Juni 2017) bestand zwar ein Kontakt zwischen dem Bruder und dem einzigen Gesellschafter. Aber wiederum stieg der Beschwerdeführer auf ein privates Abzahlungsgebot ein und liess sich damit hinhalten. Erst nachdem sämtliche Raten-Zahlungsfristen bereits unerfüllt abgelaufen sind, und mehr als ein Jahr nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung hat der Beschwerdeführer mit dem Betreibungsbegehren wieder unmissverständlich gehandelt. Dies ist viel zu spät.

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, dass neben dem schweren Verschulden des Arbeitnehmers auch Kausalität zwischen dessen Untätigsein und dem Schaden der Arbeitslosenkasse verlangt ist, ist dem zwar insofern beizupflichten, als ein Zuwarten mit Einforderungsschritten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Schaden im Allgemeinen wohl nicht zu vergrössern vermag. Daraus vermag er aber nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Denn ebenso steht fest, dass eine konsequente Durchsetzung der Lohnforderung geeignet ist, den Schaden zu verhindern oder zu verkleinern. Darauf zielt die Schadenminderungspflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab und je länger mit der konsequenten Durchsetzung zugewartet wird, desto unwahrscheinlicher wird eine erfolgreiche Durchsetzung und damit eine Schadenminderung (Urteil BGer 8C\_66/2013 vom 18.11.2013 Erw. 4.4).

Es mag zwar sein, dass der Betreibungsregisterauszug der Arbeitgeberin im August 2016 offene Beteiligungen in der Höhe von rund Fr. 200'000.-- auswies. Erst recht jedoch wäre der Beschwerdeführer gehalten gewesen, seine Forderung klageweise durchzusetzen (Urteil BGer 8C\_66/2013 vom 18.11.2013 Erw. 4.3). Zum einen schliessen offene Beteiligungen die Fähigkeit der Firma, den ausstehenden Lohn des Beschwerdeführers zu begleichen, keineswegs aus. Im Gegenteil kann nicht ausgeschlossen werden, dass sowohl die Bereitschaft als auch die Mittel der Arbeitgeberin, die Forderung zu begleichen, damals, rund 1½ Jahre vor Konkurseröffnung, noch höher gewesen waren. Zudem ist auf die Erfahrungstatsache abzustellen, dass die Wahrscheinlichkeit eines Lohnverlustes mit dem Zeitablauf stetig zunimmt (vgl. Erw. 2.6). Auf keinen Fall konnte der Beschwerdeführer ernsthaft annehmen, dass mit weiterem Zuwarten die Wahrscheinlichkeit, das Geld noch zu erhalten, steigen würde.

**4.2** Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich der Beschwerdeführer grobfahrlässig verhielt und ihm ein schweres Verschulden vorzuwerfen ist, indem er nach erfolgloser Schlichtungsverhandlung vom 14. Juni 2016 die Lohnausstände nicht unmissverständlich eintrieb, sondern sich durch die Arbeitgeberin resp. den einzigen Gesellschafter mit Zahlungsvorschlägen hinhalten liess, und er nach schriftlicher Abmahnung vom 24. Dezember 2016 und ungenutztem Ablauf der Zahlungsfrist trotz entsprechender Androhung erneut nicht konsequent gegen die Arbeitgeberin vorging, sondern wiederum neun Monate bis zum zweiten Beteiligungsbegehren zuwartete. Etwaige mündliche Kontakte mit der Arbeitgeberin resp. dem einzigen Gesellschafter stellen ungenügende Handlungen dar und waren entsprechend erfolglos. Weder hat die Vorinstanz den Sachverhalt falsch festgestellt, noch ist die Darstellung des Beschwerdeführers zu bestätigen, er habe alles ihm erdenklich Mögliche unternommen, um seine Ansprüche gegenüber seiner ehemaligen Arbeitgeberin durchzusetzen. Entsprechend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

**5.1** Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG).

**5.2** Der Beschwerdeführer beantragt die unentgeltliche Rechtsverteidigung.

**5.2.1** Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat die bedürftige Partei in einem für sie nicht aussichtslosen Verfahren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege; soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung verlangt nach ständiger Praxis grundsätzlich das kumulative Vorliegen von drei Voraussetzungen, nämlich der finanziellen Bedürftigkeit des Rechtsuchenden, der Nichtaussichtslosigkeit seines Parteistandes und der sachlichen Notwendigkeit der Verteidigung (vgl. Urteil BGer 1P.345/2004 vom 1.10.2004 Erw. 4.2 in fine, mit Verweis auf BGE 128 I 232 ff.; siehe auch ZB III 2010 103 vom 21.6.2010 Erw. 2.2 mit weiteren Hinweisen, u.a. auf VGE III 2009 54 vom 27.10.2009 Erw. 4.2.1). Den vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen ist zu entnehmen, dass er vom Sozialdienst J.\_\_\_\_\_ unterstützt wird (Grundbedarf von Fr. 887.40 zzgl. Kostenübernahme für Wohnen, Betreuung etc.) und aktuell ein Arbeitsprogramm absolviert, weshalb die Bedürftigkeit gegeben ist. Zudem haben es die Fähigkeiten des Beschwerdeführers und die Komplexität der Sache nahegelegt, mit der Beschwerdeführung einen Rechtsbeistand zu mandatieren. Mithin ist die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren.

**5.2.2** Bei dieser Sachlage ist dem Beschwerdeführer in der Person von Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Eine Kostennote für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren liegt nicht vor; praxisgemäss ergeht durch das Gericht keine Aufforderung, eine solche einzureichen. Dem Rechtsbeistand ist in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, welcher für das Honorar in Verfahren vor dem Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht, und unter Beachtung der in § 2 GebTRA enthaltenen Kriterien, in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens zulasten des Verwaltungsgerichts ein Honorar (inkl. Auslagen und MwSt) von Fr. 1'200.-- zu entrichten. Der Beschwerdeführer wird die Kosten der Rechtsverteidigung von Fr. 1'200.-- dem Gericht zurückzuerstatten haben, wenn er dazu innert 10 Jahren seit Rechtskraft dieses Entscheides in der Lage ist (vgl. § 75 Abs. 3 VRP).

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Dem Beschwerdeführer wird die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt und Rechtsanwalt lic.iur. B.\_\_\_\_\_, als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Ihm ist zu Lasten des Verwaltungsgerichts ein Honorar von Fr. 1'200.-- (inkl. Auslagen und MwSt) zu entrichten.
4. Der Beschwerdeführer hat die Fr. 1'200.-- (unentgeltliche Rechtsverteidigung) dem Gericht zurückzuerstatten, wenn er dazu innert 10 Jahren seit Rechtskraft dieses Entscheides in der Lage ist (§ 75 Abs. 3 VRP).
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde\* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).  
  
Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde\* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
6. Zustellung an:
  - den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (2/R)
  - die Vorinstanz
  - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 29. Oktober 2018

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

### **\*Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 9. November 2018