

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



---

II 2019 92

## Entscheid vom 14. Januar 2020

---

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident  
Dr.oec. Andreas Risi, Richter  
Dr.iur. Frank Lampert, Richter  
MLaw Dennis Feusi, a.o. Gerichtsschreiber

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
verbeiständet durch B.\_\_\_\_\_, Amtsbeistandschaft C.\_\_\_\_\_,

**gegen**

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

---

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Insolvenzenschädigung; Schadenminde-  
rungspflicht)

## **Sachverhalt:**

**A.** A. \_\_\_\_\_ (Jg. 19\_\_ ) war seit dem 1. Oktober 2016 (resp. 1.1.2017, Vi-act. 19) bei der D. \_\_\_\_\_ GmbH als Hilfsarbeiter angestellt. Diese Anstellung wurde am 27. Dezember 2017 wegen finanziellen Problemen der Arbeitgeberin gekündigt per 31. Januar 2018. Die letzte Lohnzahlung erfolgte am 5. Dezember 2017 (Vi-act. 35; 18). Per 1. Februar 2018 stellte A. \_\_\_\_\_ Antrag auf Arbeitslosenentschädigung, die ihm gewährt wurde. Die Abmeldung von der Arbeitslosenversicherung erfolgte am 25. März 2018, da A. \_\_\_\_\_ eine neue Stelle antreten konnte (Vi-act. 37).

**B.** Nach erfolgloser Zahlungsaufforderung wurde die D. \_\_\_\_\_ GmbH mit Zahlungsbefehl vom 13. Februar 2018 durch A. \_\_\_\_\_, vertreten durch die Amtsbeiständin (vgl. Vi-act. 9 sowie Bf-act. 2 und 3), für ausstehende Lohnzahlungen Dezember 2017 und Januar 2018 betrieben (Vi-act. 32; Bf-act. 7), mit Zahlungsbefehl vom 8. März 2018 für den ausstehenden Monatslohn Februar 2018, da die Kündigung zu Unrecht mit einer einmonatigen Frist anstelle zweier Monate erfolgt ist (Vi-act. 30, 15; Bf-act. 7). Gegen keinen Zahlungsbefehl wurde Rechtsvorschlag erhoben. Am 17. April 2018 stellte A. \_\_\_\_\_ in beiden Betreibungen das Begehren um Fortsetzung (Bf-act. 8), worauf am 20. April 2018 gegenüber der D. \_\_\_\_\_ GmbH der Konkurs angedroht wurde infolge ausstehender Monatslöhne Dezember 2017 und Januar 2018 sowie Februar 2018 (Vi-act. 27; Bf-act. 9). Am 25. April 2018 zeigte die Arbeitslosenkasse A. \_\_\_\_\_ an, in Anbetracht der Unklarheiten bezüglich Lohnzahlung während der vertraglichen Kündigungsfrist ab 1. Februar 2018 Arbeitslosenentschädigung zu leisten, wobei alle arbeitsvertraglichen Ansprüche im Umfang der auszurichtenden Leistungen samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Arbeitslosenkasse übergingen (Bf-act. 6). Am 16. Mai 2019 stellte A. \_\_\_\_\_ beim Einzelrichter des Bezirks Schwyz das Konkursbegehren (Vi-act. 26), worauf die Parteien auf den 18. Juni 2019 zur Konkursverhandlung geladen wurden (Vi-act. 24).

**C.** Am 6. Juni 2019 stellte A. \_\_\_\_\_, vertreten durch die Amtsbeiständin, Antrag auf Insolvenzenschädigung für offene Lohnforderungen in der Höhe von drei Monatslöhnen resp. Fr. \_\_\_\_\_ (Vi-act. 14, 11; Bf-act. 4). Mit Schreiben vom 11. Juni 2019 teilte die Arbeitslosenkasse der Amtsbeiständin mit, gemäss Akten seien in der Zeit vom 20. April 2018 bis 16. Mai 2019 keine rechtlichen Schritte unternommen worden, um die Lohnausstände einzufordern. Dadurch sei die Schadenminderungspflicht verletzt, weshalb man erwäge, den Anspruch auf Insolvenzenschädigung abzuweisen (Vi-act. 7). Innert der angesetzten Frist nahm A. \_\_\_\_\_ resp. die Amtsbeiständin keine Stellung, worauf die Arbeitslosen-

kasse mit Verfügung vom 16. Juli 2019 den Anspruch von A. \_\_\_\_\_ auf Insolvenzenschädigung ablehnte (Vi-act. 6; Bf-act. 5).

**D.** Am 10. September 2019 erhob A. \_\_\_\_\_, vertreten durch die Amtsbeiständin, gegen die Verfügung vom 16. Juli 2019 Einsprache, welche die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 25. Oktober 2019 abwies (Vi-act. 4, 2).

**E.** A. \_\_\_\_\_, vertreten durch die Amtsbeiständin, erhebt am 26. November 2019 gegen den Einspracheentscheid vom 25. Oktober 2019 fristgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mit dem Antrag:

Der Einspracheentscheid sei nicht zutreffend. Dem Antrag auf Insolvenzenschädigung vom 06. Juni 2019 sei statt zu geben;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Eingabe vom 17. Dezember 2019 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Auf eine Vernehmlassung wird mit Verweis auf die Begründung im Einspracheentscheid verzichtet.

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

**1.** Mit Verfügung vom 16. Juli 2019 stellte die Vorinstanz fest, am 20. April 2018 sei der D. \_\_\_\_\_ GmbH auf Veranlassung des Beschwerdeführers der Konkurs angedroht worden, am 16. Mai 2019 habe der Beschwerdeführer das Konkursbegehren gestellt. Damit habe er sich während mehr als drei Monaten mit beträchtlichen Lohnausständen begnügt und zu wenig zur Geltendmachung und Realisierung seiner Lohnansprüche unternommen. Er sei damit seiner Schadenminderungspflicht nicht hinreichend nachgekommen, weshalb der Anspruch auf Insolvenzenschädigung gestützt auf Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0) vom 25. Juni 1982 verneint wurde. Mit angefochtenem Einspracheentscheid vom 25. Oktober 2019 wurde dies bestätigt. Der Beschwerdeführer bestreitet dies. 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.

**2.1.1** 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).

**2.1.2** Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer seine ehemalige Arbeitgeberin für ausstehende Lohnforderungen betrieb und die Betreuung durch Konkursandrohung fortsetzte. Schliesslich stellte er am 16. Mai 2019 das Konkursbegehren. Ob der Konkurs eröffnet wurde, erhellt aus den Unterlagen nicht (eine entsprechende Meldung findet sich auch nicht unter [www.shab.ch](http://www.shab.ch) oder [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch) oder im kantonalen Amtsblatt 2019; eingesehen am 2.1.2020). Ob (als Voraussetzung für Insolvenzenschädigung) über die D.\_\_\_\_\_ GmbH der Konkurs eröffnet wurde oder Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG Anwendung findet, kann offen bleiben, nachdem die Vorinstanz den Anspruch auf Insolvenzenschädigung wegen unzureichender Erfüllung der Schadenminderungspflicht abgelehnt hat.

**2.2** 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).

**2.3** 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).

**2.4** 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 in schwerem 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).

**2.5** 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 Obliegenheit 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.

**2.6** 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 verfügt, 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).

**2.7** 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 Stadium 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.** Mit Beschluss vom 24. März 2015 ernannte die KESB C. \_\_\_\_\_ für den Beschwerdeführer eine Amtsbeiständin nach Art. 394 i.V.m. Art. 395 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907. Ihre Aufgaben umfassen gemäss Beschluss, den Beschwerdeführer beim Erledigen der administrativen Angelegenheiten zu vertreten, insbesondere auch im Verkehr mit Behörden, Ämtern, Banken, Post/Telefon, (Sozial-)Versicherungen, sonstigen Institutionen und Privatpersonen sowie ihn beim Erledigen der finanziellen Angelegenheiten zu vertreten, insbesondere sein Einkommen und Vermögen sorgfältig zu verwalten (Bf-act. 2). Mit Beschluss vom 26. November 2019 wurde ihr zudem die Prozessvollmacht erteilt, um im Rechtsmittelverfahren seine Ansprüche auf Insolvenzenschädigung geltend zu machen (Bf-act. 3).

Soweit nachfolgend vom Beschwerdeführer die Rede ist, gilt dies unabhängig davon, ob er selber oder an seiner Stelle die Amtsbeiständin tätig wurde oder untätig blieb. Selbst wenn die Handlungsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht eingeschränkt wurde (was in casu nicht bekannt ist), hat er sich die Handlungen der Amtsbeiständin anrechnen und gefallen zu lassen (Art. 394 Abs. 3 ZGB). Sie ih-

rerseits hat bei der Erfüllung der Aufgaben die gleiche Sorgfaltspflicht wie eine beauftragte Person nach Art. 398 OR (Art. 413 Abs. 1 ZGB).

**4.1** Aus den Akten ergibt sich und es ist letztlich unbestritten, dass der Beschwerdeführer nach dem Fortsetzungsbegehren für ausstehende Löhne Dezember 2017 sowie Januar und Februar 2018 vom 17. April 2018, worauf der Arbeitgeberin am 20. April 2018 resp. 1. Mai 2018 der Konkurs angedroht wurde (Bf-act. 8 und 9), gegenüber der Arbeitgeberin keine weiteren Schritte unternahm, um seine offenen Lohnforderungen einzutreiben, bis er dann am 16. Mai 2019 das Konkursbegehren stellte. Mithin steht fest, dass er während mehr als einem Jahr untätig blieb und von der Arbeitgeberin seinen ausstehenden Lohn nicht einforderte. Damit aber hat er die ursprünglich eingeleiteten Schritte keinesfalls in der vom Gesetzgeber geforderten konsequenten und kontinuierlichen Weise weiterverfolgt (vgl. oben Erw. 2.2 ff.).

**4.2** Der Beschwerdeführer bestreitet dieses überaus lange Untätigsein nicht. Er macht jedoch sinngemäss geltend, dass ihm hierfür kein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden könne, weshalb er dennoch Anspruch auf Insolvenzenschädigung habe.

**4.3.1** Wie bereits schon vor der Vorinstanz führt der Beschwerdeführer hierzu im Wesentlichen aus:

- Die Amtsbeiständin sei aufgrund verschiedener Ereignisse einem Missverständnis unterlegen, andernfalls sie alles Notwendige getan hätte, wie z.B. den Antrag auf Insolvenzenschädigung bereits zeitnah im Jahr 2018 zu stellen.
- Im Januar 2018 habe er sich nach Aufforderung durch die Amtsbeiständin beim RAV E. \_\_\_\_\_ angemeldet; am 30. Januar 2018 habe man zusammen den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung erstellt.
- Die Amtsbeiständin habe der Arbeitslosenkasse monatlich die vorzulegenden Einkommensnachweise zugestellt.
- In Kenntnis der Möglichkeit einer Insolvenzenschädigung - es sei die Zahlung von drei Monatslöhnen offengeblieben - habe die Amtsbeiständin einen engen Kontakt zur Arbeitslosenkasse unterhalten und diese über alle Bemühungen, den ausstehenden Lohn zu erlangen, informiert.
- Nach Ablauf der Zahlungsfristen habe die Amtsbeiständin die Betreibungs- und Fortsetzungsbegehren gestellt, stets mit dem Ziel der Auszahlung einer Insolvenzenschädigung durch die Arbeitslosenkasse.

- Im Frühjahr 2018 habe sich die Amtsbeiständin bei einer Sachbearbeiterin der Arbeitslosenkasse über die weiteren notwendigen Schritte erkundigt und zur Auskunft erhalten, dass nun genug Bemühungen gemacht worden seien und klar sei, dass die D.\_\_\_\_\_ GmbH wohl nichts mehr bezahlen werde. Die Amtsbeiständin sei daher davon ausgegangen, dass die Insolvenzenschädigung nun von der Arbeitslosenkasse ausbezahlt werde. Sie sei sicher gewesen, alles Erforderliche unternommen zu haben.
- Im Frühjahr 2018 durch die Arbeitslosenkasse geleistete Zahlungen habe die Amtsbeiständin als Insolvenzenschädigung gewertet, was sie bestärkt habe, dass alles Notwendige getan worden sei.
- Am 12. Februar 2019 habe eine Mitarbeiterin der Arbeitslosenkasse die Amtsbeiständin aufmerksam gemacht, dass sich die D.\_\_\_\_\_ GmbH noch immer nicht in Konkurs befinde, man könne eventuell ein Konkursbegehren bis Anfang Juni 2019 noch stellen. Die Amtsbeiständin habe dies vorerst nicht verstanden, da für sie der Fall erledigt gewesen sei. Ihr sei dann erklärt worden, dass die Arbeitslosenkasse 2018 nur kleinere Beträge ausbezahlt habe, es sei dies nicht die Insolvenzenschädigung gewesen. Auch sei gar nie Antrag auf Insolvenzenschädigung gestellt worden. Dies sei der Amtsbeiständin nicht bewusst gewesen, hätte sie dies sonst unverzüglich 2018 getan. Indem die Amtsbeiständin die Arbeitslosenkasse die ganze Zeit über ihre Bemühungen informieren musste, was sie alles getan habe, um den ausstehenden Lohn einzufordern, sei sie davon ausgegangen, dass dies mit der Ausrichtung der Insolvenzenschädigung zusammenhänge, und da sie die Höhe der von der Kasse geleisteten Beträge nicht im Auge hatte, habe sie angenommen, es sei der Lohnausfall bezahlt worden. Sie habe ja im Frühjahr 2018 die Auskunft erhalten, alles Zumutbare unternommen zu haben und kein Konkursbegehren stellen zu müssen. Leider bestehe zu diesem Telefongespräch keine Notiz.
- Die Amtsbeiständin sei von keiner Kontaktperson darauf hingewiesen worden, dass ein separater Antrag für die Ausrichtung der Insolvenzenschädigung notwendig sei. Dass offene Lohnforderungen bestanden, habe die Kasse gewusst. Auch sei dieser bekannt gewesen, welche Schritte zur Lohnneinforderung unternommen worden seien. Es sei der Amtsbeiständin unklar, weshalb ihr niemand vor Februar 2019 einen Hinweis gegeben habe.
- Das Missverständnis sei verstärkt worden durch die Subrogationsanzeige der Arbeitslosenkasse vom 25. April 2018. Mit Ausrichtung der Insolvenzenschädigung gingen die Ansprüche auf die Kasse über. Aufgrund der Anzeige sei die Amtsbeiständin im Glauben bestärkt worden, dass die Insolvenzenschä-

digung geleistet worden sei und dass nun die Arbeitslosenkasse in das Verfahren eingetreten sei.

- Aufgrund der motivierten Stellensuche des Beschwerdeführers seien rasch wieder Lohnzahlungen eingegangen. Die ausstehenden drei Monatslöhne seien daher nicht aufgefallen, er sei nicht in eine existenziell bedrohliche Situation geraten. Dies bedeute indes keinesfalls, dass er sich mit den beträchtlichen Lohnausständen begnügt und er daher keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung mehr habe.
- Es seien alle von Art. 55 Abs. 1 AVIG geforderten Schritte erfüllt worden: Betreuung, Fortsetzungsbegehren. Dann sei seitens Arbeitslosenkasse die Mitteilung erfolgt, dass keine weiteren Schritte, auch kein Konkursantrag nötig seien und schliesslich sei die Subrogationsanzeige zugestellt worden.
- Die Amtsbeiständin sei von keiner Mitarbeiterin der Arbeitslosenkasse auf die Notwendigkeit eines Antrages auf Insolvenzenschädigung hingewiesen worden, obwohl sie in ständigem Kontakt gestanden seien.

**4.3.2** Dem angefochtenen Einspracheentscheid hält der Beschwerdeführer entgegen:

- Aufgrund des Schreibens der Amtsbeiständin vom 16. März 2018 könnten ihr keine Detailkenntnisse zum Ablauf des Antrages auf Insolvenzenschädigung attestiert werden. Sie habe am 16. März 2018 die Betreuung fortgesetzt und parallel dazu die Vorinstanz darüber informiert, da sie gewusst habe, dass vor Auszahlung einer Insolvenzenschädigung alles versucht werden müsse, um offene Löhne einzutreiben. Sie sei damals noch davon ausgegangen, dass andere Gläubiger das Konkursverfahren eröffnen würden, da die wirtschaftliche Situation der D. \_\_\_\_\_ GmbH für jedermann ersichtlich offenkundig desolat gewesen sei. Dass ein schriftlicher Antrag auf Insolvenzenschädigung notwendig sei, habe sie nicht gewusst. Hätte sie davon gewusst, hätte sie den Antrag korrekt gestellt. Das ganze Betreibungsverfahren habe einzig und allein der von den Mitarbeiterinnen der Vorinstanz in Aussicht gestellten Insolvenzenschädigung gedient. Es sei mit hohen Kosten verbunden gewesen, die man ohne Aussicht auf eine Entschädigung nicht in diesem Umfang ausgegeben hätte. Dass die offenen Löhne im Rahmen der Betreibungen erfolgreich eingefordert werden könnten, habe man für unmöglich gehalten.
- Zu Unrecht gehe die Vorinstanz davon aus, man habe den Konkurs nur für offene Löhne Dezember 2017 und Januar 2018 angedroht. Das Fortsetzungsbegehren sei für alle Löhne bis Februar 2018 gestellt worden. Da sich der Anspruch auf den Februarlohn erst später ergeben habe, seien zwei Betrei-

bungsverfahren durchgezogen worden (Löhne für Dezember 2017/Januar 2018 sowie Februar 2018).

Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Nichtgewährung der beantragten Insolvenzenschädigung bedeute für ihn eine grosse Härte und sei unverhältnismässig.

**5.1** Soweit der Beschwerdeführer auf telefonische Kontakte zwischen der Amtsbeiständin und der Vorinstanz verweist, steht der Inhalt der ausgetauschten Informationen nicht mit dem im Sozialversicherungsrecht geforderten Mass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 144 V 427 Erw. 3.2) fest. Es bestehen hierzu Aktennotizen weder seitens der Amtsbeistandschaft noch der Vorinstanz. Der Beschwerdeführer kann auch nur auf verschiedene Mitarbeiterinnen als mögliche Kontaktpersonen verweisen. Dass zu diesen Personen Kontakt bestand, wird seitens Vorinstanz nicht bestritten. Sie weist aber ihrerseits darauf hin, dass es dabei stets um Arbeitslosenentschädigung und nicht um Insolvenzenschädigung ging.

Insbesondere für die konkret geltend gemachte Darstellung, eine Sachbearbeiterin der Vorinstanz habe im Frühjahr 2018 auf die Nachfrage, was der nächste notwendige Schritt sei, informiert, es seien nun genug Bemühungen gemacht worden und es sei klar, dass die Arbeitgeberin nichts mehr bezahlen werde, bestehen keine Belege. Hingegen weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass - sollte eine Auskunft in dieser Richtung gegeben worden sein - die Information im Rahmen der Arbeitslosenentschädigung abgegeben wurde und nicht hinsichtlich eines Anspruches auf Insolvenzenschädigung. Denn nach Art. 29 Abs. 1 AVIG zahlt die Kasse Arbeitslosenentschädigung aus, wenn sie begründete Zweifel darüber hat, ob der Versicherte für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber Ansprüche hat oder ob sie erfüllt werden. Da der Beschwerdeführer Arbeitslosenentschädigung ab Februar 2018 forderte, die Kündigung korrekterweise aber erst per Ende Februar 2018 ausgesprochen werden konnte, durfte die Arbeitslosenkasse Arbeitslosenentschädigung für Februar 2018 nur bezahlen, wenn sie begründete Zweifel hatte, dass kein Februar-Lohn bezahlt werden wird. Davon zeigte sich die Sachbearbeiterin (gemäss dargestelltem Sachverhalt) überzeugt, was sie der Amtsbeiständin erklärte. Dafür, dass es sich so zugetragen hat, spricht auch, dass die Arbeitslosenkasse am 25. April 2018 die Subrogation anzeigte (Bf-act. 6). Darin wird ausdrücklich auf den Arbeitslosenentschädigungsanspruch für Februar 2018 und Art. 29 Abs. 1 AVIG Bezug genommen. Eine Auskunft oder gar Falschauskunft im Zusammenhang mit einem Anspruch auf Insolvenzenschädigung - der damals noch gar nicht beantragt war - kann daraus nicht abgeleitet werden.

**5.2** Nichts zu seinen Gunsten ableiten kann der Beschwerdeführer aus der Tatsache, die Arbeitslosenkasse stets über seine Bemühungen und Zwischenverdienste informiert zu haben. Es steht fest, dass er zusammen mit der Amtsbeiständin Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Februar 2018 stellte. Im Zusammenhang mit diesem Anspruch bestehen seitens des Versicherten verschiedene Meldepflichten (vgl. Art. 17 AVIG und Art. 23 AVIV), will er nicht sanktioniert werden (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. d und e AVIG). Da zudem auch für den Monat Februar 2018 Arbeitslosenentschädigung beantragt wurde, mussten bei der Arbeitslosenkasse auch begründete Zweifel erweckt werden, dass der Februar-Lohn ausbezahlt wird. Mithin war auch für die Arbeitslosenentschädigung aufzuzeigen, dass trotz entsprechender Bemühungen kein Februarlohn bezahlt wird. Schliesslich bestand zu diesem Zeitpunkt gar kein Verfahren betreffend Insolvenzenschädigung, weshalb die Meldungen nicht damit in Zusammenhang stehen konnten.

**5.3** Fest steht, dass die Arbeitslosenkasse bereits im Frühjahr 2018 Entschädigungen an den Beschwerdeführer leistete. Sowohl aus der Höhe der Zahlungen und deren Bezeichnung sowie ihrer Abrechnung musste bei Anwendung der zu erwartenden Sorgfalt erkennbar sein, dass es sich nicht um die Insolvenzenschädigung, sondern um Taggelder der Arbeitslosenkasse handeln musste. Dem Beschwerdeführer kann daher nicht gefolgt werden, wenn er geltend macht, er sei nach Zahlungseingang davon ausgegangen, es handle sich um Insolvenzenschädigung und damit bestehe für ihn diesbezüglich kein weiterer Handlungsbedarf. Wäre dem so, würde sich die Folgefrage stellen, warum er bei der Arbeitslosenkasse nicht die Leistung der dann noch ausstehenden Arbeitslosenentschädigung forderte.

Kommt hinzu, dass einerseits zu diesem Zeitpunkt überhaupt kein Antrag auf Insolvenzenschädigung gestellt war (sondern nur ein solcher auf Arbeitslosenentschädigung) und sich andererseits aus dem Schreiben der Amtsbeiständin vom 16. März 2018 an die Arbeitslosenkasse ergibt (Vi-act. 15), dass sie sich dessen zu diesem Zeitpunkt bewusst war. Denn die Geltendmachung einer eventuellen Insolvenzenschädigung behielt sie sich explizit vor. Konkret führte sie aus: "Bezüglich der Lohnzahlungen war ich gezwungen die D. \_\_\_\_\_ GmbH zu betreiben, da gesamthaft bereits seit Dezember 2017 keine Lohnauszahlung mehr erfolgt ist. Die GmbH ist scheinbar zahlungsunfähig und steht kurz vor dem Konkurs. Offen und betrieben sind inzwischen die Löhne für Dezember 2017, Januar und Februar 2018. Gemäss Auskunft des Beitreibungsamtes ist ein Konkurs der D. \_\_\_\_\_ GmbH nicht auszuschliessen. Eine eventuelle Insolvenzenschädigung werde ich bei der Arbeitslosenkasse geltend machen, sobald ich von der

Konkurseröffnung erfahre." Der Beschwerdeführer bzw. die Amtsbeiständin war sich somit bewusst, dass für den Erhalt einer Insolvenzenschädigung weitere Schritte notwendig waren und ohne diese keine Entschädigung geleistet wird.

**5.4.1** Schon aus diesem Grunde kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, wenn er nun vorträgt, das Antragsverfahren für Insolvenzenschädigung sei ihm nicht klar gewesen. Offensichtlich war bekannt, dass eine solche Entschädigung geltend gemacht werden muss und dass dazu eine Konkurseröffnung vorzuliegen hat.

Wenn nun in der Beschwerde ausgeführt wird, es sei nicht nachvollziehbar, dass man ihn damals (im Frühjahr 2018) nicht darauf aufmerksam gemacht habe, dass er einen Antrag stellen müsse, dann macht er sinngemäss eine Verletzung der Auskunftspflicht durch die Arbeitslosenkasse geltend.

**5.4.2** Gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) vom 6. Oktober 2000 sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten, wobei Art. 27 Abs. 1 ATSG eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane stipuliert, die nicht erst auf persönliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat (BGE 131 V 472 Erw. 4.1). Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Sie haben die Versicherten über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären. Es gilt dies auch im Bereich der Arbeitslosenversicherung, was für die Arbeitslosenentschädigung explizit wiederholt wird, (vgl. dazu Art. 19a AVIV i.V.m. Art. 76 Abs. 1 lit. a - d AVIG), aber auch in der Insolvenzenschädigung gilt.

**5.4.3** Art. 27 Abs. 2 ATSG beschlägt ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen (BGE 131 V 472 Erw. 4.1). Sinn und Zweck der Beratungspflicht ist, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des jeweiligen Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt (BGE 131 V 472 Erw. 4.3). Das Bundesgericht hat bisher offengelassen, wo die Grenzen der in Art. 27 Abs. 2 ATSG verankerten Beratungspflicht in generell-abstrakter Weise zu ziehen sind. Es hat jedoch entschieden, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehört, die

versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden (BGE 131 V 472 Erw. 4.3; vgl. zum Ganzen Urteil BGer 8C\_438/2018 vom 10.8.2018 Erw. 3 m.w.H.).

Die Beratungspflicht nach Art. 27 Abs. 2 ATSG besteht somit nicht voraussetzungslos. Es muss ein hinreichender Anlass zur Information gegeben sein, was etwa dann der Fall ist, wenn für den zuständigen Versicherungsträger bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit erkennbar ist, dass die versicherte Person durch ein bestimmtes Verhalten (Handeln oder Unterlassen) Leistungsansprüche zu gefährden vermag. Auch kann nicht erwartet werden, dass Informationen abgegeben werden, die als allgemein bekannt vorausgesetzt werden dürfen. Allgemein ist auch von den Versicherten ein Minimum an Aufmerksamkeit und Mitdenken im Sinne der Betätigung des gesunden Menschenverstandes zu verlangen, sei es in einem laufenden Verfahren, sei es zur Wahrung später entstehender Leistungsansprüche (VGE II 2015 32 vom 15.9.2015 Erw. 4.6.2). Im Übrigen gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass Rechtsunkenntnis "schadet" (*ignorantia iuris nocet*; vgl. BGE 127 III 357 Erw. 3.d; BGE 70 IV 97 Erw. 4).

**5.4.4** Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht nach Art. 27 Abs. 2 ATSG kommt gemäss konstanter und unter der Herrschaft des ATSG weitergeltender Rechtsprechung (BGE 131 V 472 Erw. 5) einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich. Dieser hat in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen, sofern sämtliche Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes erfüllt sind (BGE 143 V 341 Erw. 5.2.1; Urteil BGer 8C\_438/2018 vom 10.8.2018 Erw. 3.4).

**5.4.5** Soweit sich der Beschwerdeführer auf Unkenntnis bezüglich Antragstellung beruft, kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zudem widerspricht dieser Aussage die Ausführung im Schreiben vom 16. März 2018, worin er die Geltendmachung einer Entschädigung in Aussicht stellte.

Wohl war der Beschwerdeführer mit der Arbeitslosenkasse in Kontakt. Dies in erster Linie aufgrund seines Antrages auf Arbeitslosenentschädigung. Hieraus bestand keine Pflicht zur Aufklärung betreffend Insolvenzenschädigung. Es trifft wohl auch zu, dass die Arbeitslosenkasse um ausstehende Lohnforderungen wusste und ebenso darum, dass der Beschwerdeführer diese einzutreiben versuchte. Für die Vorinstanz bestanden indes keine Anzeichen, dass sein Anspruch auf Insolvenzenschädigung gefährdet sein könnte resp. ein entsprechendes Informationsbedürfnis bestand. Im Gegenteil; indem die Amtsbeiständin im Schreiben vom 16. März 2018 auf die Bemühungen zur Lohneintreibung hinwies, die Möglichkeit des Konkurses der Arbeitgeberin erwähnte und ausdrücklich

vermerkte, eine eventuelle Insolvenzenschädigung geltend zu machen, sobald sie von der Konkurseröffnung erfahre, durfte die Vorinstanz annehmen, dass dem Beschwerdeführer die Anspruchsvoraussetzungen bekannt waren und er die notwendigen Schritte einleiten wird. Dass der Beschwerdeführer durch ein Untätigbleiben seinen Anspruch gefährden könnte, war bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit nicht erkennbar. Dass dieses Untätigbleiben geradezu auf einer Falschauskunft der Vorinstanz beruht (weil alles Notwendige und Zumutbare bereits getan sei), kann - wie bereits ausgeführt (vgl. oben Erw. 5.1 und 5.3) - ausgeschlossen werden.

**5.5** Das Missverständnis bestärkt habe schliesslich die Subrogationsanzeige vom 25. April 2018. Darin habe die Vorinstanz ja ausdrücklich mitgeteilt, dass sie gemäss Art. 55 Abs. 1 AVIG in das Verfahren eingetreten sei. Damit aber sei der Beschwerdeführer zu keinen weiteren Handlungen mehr verpflichtet gewesen.

Gemäss Art. 55 Abs. 1 AVIG hat die versicherte Person ihrer Schadenminderungspflicht in der Tat nur solange nachzukommen, bis ihr die Kasse mitteilt, dass sie an ihrer Stelle in das Verfahren eingetreten sei. Eine entsprechende Mitteilung hat die Vorinstanz jedoch nie gemacht, auch nicht in der Subrogationsanzeige vom 25. April 2018. In diesem Schreiben ist gar nie die Rede von einer Insolvenzenschädigung. Vielmehr verweist die Arbeitslosenkasse explizit auf die beantragte Arbeitslosenentschädigung für den Monat Februar 2018. Bezug genommen wird einzig auf Art. 29 AVIG, nicht jedoch auf Art. 55 AVIG. Auch wird nicht erklärt, dass die Kasse an Stelle des Beschwerdeführers in ein Verfahren eintrete, gesprochen wird lediglich vom Übergang der Ansprüche. Schliesslich wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, die Kasse fortlaufend über die Abwicklung des Falles schriftlich zu informieren, was nicht notwendig wäre, wenn seinerseits keine Handlungen mehr erfolgen müssten. Mithin steht ausser Betracht, die Subrogationsanzeige vom 25. April 2018 als Bekanntgabe des Verfahrenseintrittes der Vorinstanz im Sinne von Art. 55 Abs. 1 AVIG zu lesen. Sollte dies nicht klar gewesen sein, wäre der Beschwerdeführer im Mindesten gehalten gewesen, bei der Vorinstanz Rücksprache zu nehmen, um die Unklarheiten zu beseitigen. Eine Rechtfertigung, selber nichts mehr für die Eintreibung der offenen Lohnforderungen zu unternehmen, stellt das Schreiben nicht dar.

Fehlt es an einer Mitteilung, dass die Kasse ins Verfahren eingetreten ist, hat die versicherte Person aber weiterhin alles vorzukehren, um die Lohnausstände zu beseitigen. Weder darf sie auf Massnahmen der Kasse hoffen, noch abwarten, dass Dritte das Konkursbegehren stellen. Arbeitnehmende sollen sich gegenüber dem Arbeitgeber so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzenschädigung gar nicht gäbe.

**5.6** Es mag zutreffen, dass der Verzicht auf weitere Bemühungen zur Lohn Eintreibung, insbesondere auf das Stellen des Konkursbegehrens, aus einem Missverständnis, einer Fehlinterpretation der Umstände durch die Amtsbeiständin resultierte, so wie sie selber dies in ihren verschiedenen Eingaben geltend macht. Indes ist dieses Missverständnis weder entschuldbar, noch durch falsche oder zu Unrecht unterbliebene Auskünfte der Vorinstanz verursacht. Dass es sich bei den durch die Arbeitslosenkasse geleisteten Zahlungen nur um Taggelder und nicht um Insolvenzenschädigung handeln konnte, wäre mit einem kurzen Blick auf die Abrechnung sichtbar gewesen (die Amtsbeiständin führt selbst aus, die Eingänge gar nicht geprüft zu haben). Dass gar nie ein Gesuch um Insolvenzenschädigung gestellt wurde, war klar; hingegen wurde ein solches in Aussicht gestellt, sobald der Konkurs eröffnet sei. Man war sich somit bewusst, dass eine Insolvenzenschädigung neben einem Antrag eine Konkurseröffnung voraussetzt (vgl. Vi-act. 15). Dass er weder Antrag stellte noch das Konkursbegehren gestellt hat, wusste er. Anzeichen, dass die Vorinstanz irgendwelche Zusagen gemacht hätte, bestehen keine. Insbesondere hat sie den Beschwerdeführer auch nicht davon entbunden, nötigenfalls das Konkursbegehren zu stellen. Und mit der Subrogationsanzeige vom 25. April 2018 wurde dem Beschwerdeführer auch nicht mitgeteilt, dass die Kasse an seiner Stelle in das Verfahren eintrete. Anzeichen, dass der Beschwerdeführer seinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung gefährden könnte, musste die Vorinstanz bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit keine erkennen. Das vom Beschwerdeführer resp. der Amtsbeiständin geltend gemachte Missverständnis ist insgesamt nicht entschuldbar, sondern wäre in Gesamtwürdigung der Umstände bei Anwendung der geforderten Sorgfalt leicht vermeidbar gewesen. Damit aber wurden grobfahrlässig während rund einem Jahr keinerlei Bemühungen zur Eintreibung des ausstehenden Lohnes vorgenommen; die eingeleiteten Schritte wurden nicht, wie von der Rechtsprechung gefordert, konsequent und kontinuierlich weiterverfolgt. Zu wiederholen ist, dass die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht rechtsprechungsgemäss hoch sind (vgl. Urteil BGer 8C\_748/2015 vom 9.2.2016 Erw. 3.2). Zusammenfassend ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den Anspruch auf Insolvenzenschädigung verweigerte, nachdem in nicht entschuldbarer Weise grobfahrlässig während rund einem Jahr nach der Konkursandrohung keine weiteren Schritte zur Eintreibung der offenen Löhne vorgenommen wurden, namentlich kein Konkursbegehren gestellt wurde. Keine Rolle spielt dabei, dass der Beschwerdeführer durch die Amtsbeiständin vertreten war. Ob und inwiefern sich die Amtsbeistandschaft die Vermeidbarkeit vorwerfen lassen muss und welche Folgen dies zeitigt, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens, sondern in erster Linie im Rahmen der Beistandschaft zu klären.

**6.** Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Es werden keine Kosten erhoben (Art. 61 lit. a ATSG).

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. 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 Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde\* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
4. Zustellung an:
  - die Vertreterin des Beschwerdeführers (2/R)
  - die Vorinstanz
  - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 14. Januar 2020

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der a.o. Gerichtsschreiber:

### **\*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: 24. Januar 2020