

B

Anspruchsvoraussetzungen

(Erste Version des Kapitels B: März 2015)

Anspruchsvoraussetzungen

Art. 51 und 58 AVIG; Art. 73 und 74 AVIV

Umstände, die zum Leistungsanspruch führen

B1 Konkureröffnung

Ein Anspruch entsteht, wenn der Konkurs eröffnet worden ist und den arbeitnehmenden Personen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen gegenüber ihrem Arbeitgeber zustehen.

B2 Nichteröffnung des Konkurses infolge offensichtlicher Überschuldung

Ein Anspruch auf IE entsteht ebenfalls, wenn der Konkurs nach dem gestellten Konkursbegehren nur deswegen nicht eröffnet wird, weil wegen offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger oder keine Gläubigerin bereit war, die Kosten gemäss Art. 169 Abs. 2 SchKG vorzuschüssen. Dieses IE-Ereignis ist somit erst dann erfüllt, wenn nach dem gestellten Konkursbegehren das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht mehr weiter geführt wird. Dabei ist unerheblich, ob das Konkursbegehren von der versicherten Person oder von einem anderen Gläubiger oder von einer anderen Gläubigerin gestellt worden ist.

Ein blosser Auszug aus dem Betreibungsregister oder auch die Konkursandrohung vermögen noch keinen IE-Anspruch nach Art. 51 Abs. 1 Bst. b AVIG auszulösen.

B3 Ein Pfändungsbegehren für Lohnforderung wurde gestellt

Ein Anspruch auf IE entsteht auch, wenn die arbeitnehmenden Personen gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben.

Sollte sich der Arbeitgeber mit unbekanntem Aufenthaltsort ins Ausland begeben haben, kann die versicherte Person kein Pfändungsbegehren mehr stellen. Sie kann aber am letzten Wohnort des Arbeitgebers die Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung beantragen (EVG C 380/99 vom 23.8.2000, vgl. B4).

B4 Konkurs ohne vorgängige Betreuung

Art. 190 SchKG ermöglicht es ausnahmsweise dem Gläubiger oder der Gläubigerin, beim Konkursrichter oder bei der Konkursrichterin die Konkureröffnung über einen Schuldner oder eine Schuldnerin zu beantragen, ohne vorgängig eine Betreuung eingeleitet zu haben. Hat ein Gläubiger oder eine Gläubigerin bereits eine Betreuung eingeleitet, kann das Einleitungsverfahren abgebrochen und die sofortige Konkureröffnung beantragt werden, wenn:

- a. gegen alle Schuldner oder Schuldnerinnen, deren Aufenthaltsort unbekannt ist oder die die Flucht ergriffen haben, um sich ihren Verbindlichkeiten zu entziehen, oder die betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger oder Gläubigerinnen begangen oder zu begehen versucht oder bei einer Betreuung auf Pfändung Bestandteile ihres Vermögens verheimlicht haben;
- b. gegen die der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner oder Schuldnerinnen, die ihre Zahlungen eingestellt haben. Bezieht sich z. B. die Zahlungseinstellung auf die fälligen Löhne der arbeitnehmenden Personen des Unternehmens, so kann in der Regel die Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung beantragt werden;

c. *(gestrichen)*¹

d. *(gestrichen)*¹

Wenn das Konkursbegehren ohne vorgängige Betreuung gestellt worden ist und der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wurde, weil kein Gläubiger oder keine Gläubigerin bereit war, innert der gesetzten Frist den verlangten Kostenvorschuss nach Art. 169 SchKG zu leisten, besteht ein Anspruch auf IE.

B5 Der Anspruch auf IE setzt nicht die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers im Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses voraus (BGE 127 V 191).

Das Bundesgericht ist ausserdem gegen eine feste zeitliche Begrenzung für die Geltendmachung des Anspruchs auf IE, da sich diese als ungerecht erweisen kann, wenn sich die Konkursöffnung oder das Pfändungsbegehren aus den von den arbeitnehmenden Personen nicht zu vertretenden Gründen längerfristig verzögert. Der Anspruch auf IE verjährt mit derselben Frist wie die Forderung aus dem Arbeitsverhältnis nach Art. 128 Ziff. 3 OR (5 Jahre).

B6 Nachlassstundung und richterlicher Konkursaufschub

Mit der Bewilligung der Nachlassstundung entsteht ein Anspruch auf IE (BGE 123 V 106). Der richterliche Konkursaufschub ist ebenfalls ein IE-Ereignis.

B7 Die Aufzählung dieser IE-Ereignisse sind abschliessend (BGE 131 V 196).

Umstände, die zu keinem Leistungsanspruch führen

- B8**
- Die Überführung der provisorisch bewilligten Nachlassstundung in eine definitive Nachlassstundung;
 - Die Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister (BGE 8C_410/2012 vom 24.9.2012).

Anspruchsberechtigte Personen

B9 Anspruch auf IE haben beitragspflichtige arbeitnehmende Personen von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz arbeitnehmende Personen beschäftigen. Arbeitnehmende, die das Mindestalter für die AHV-Beitragspflicht noch nicht erreicht haben, werden den beitragspflichtigen Arbeitnehmenden gleichgestellt (Art. 73 AVIV). Das Höchstalter für die IE fällt mit dem Referenzalter (Art. 21 Abs. 1 AHVG) zusammen, da anschliessend die Beitragspflicht aufhört.

Der Anspruch auf IE unterliegt keinen weiteren Bedingungen als der Ausübung einer beitragspflichtigen unselbstständigen Erwerbstätigkeit. Daher können auch Grenzgänger und Grenzgängerinnen oder im Ausland wohnende Personen Anspruch auf IE erheben. Ebenfalls nicht entscheidend ist, ob die Sozialversicherungsbeiträge tatsächlich bezahlt worden sind, oder ob die arbeitnehmende Person über eine gültige Arbeitsbewilligung verfügt.

¹ B4c und B4d gestrichen im Dezember 2015

Die Durchführungsstellen sind gehalten, gestützt auf Art. 11 BGSA, Hinweise und Verdachtsmomente, welche auf Schwarzarbeit deuten können, den kantonalen Organen zur Bekämpfung von Schwarzarbeit zur Abklärung zu melden.²

- B10** Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter oder Gesellschafterin, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre im selben Betrieb mitarbeitenden Ehegatten/Ehegattinnen, haben keinen Anspruch auf IE.

Dieser persönliche Leistungsausschluss kommt unabhängig von der Gesellschaftsform und vom AHV-Beitragsstatut der erwerbstätigen Person zur Anwendung (vgl. Weisung AVIG ALE B12 ff.).

Begriff der Lohnforderung

- B11** Grundsätzlich deckt die IE nur Lohnforderungen für geleistete Arbeit vor dem entsprechenden Insolvenzereignis (vgl. A2 und B16).

Für den Begriff der Lohnforderung ist nicht der betriebsrechtlich privilegierte Lohn (Art. 219 Abs. 4 SchKG), sondern der Lohnbegriff der ALV bzw. der AHV massgebend. Unter Lohnforderung ist der massgebende Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG zu verstehen (vgl. Weisung AVIG ALE C2 ff.). Mit der Anknüpfung an das AHV-Beitragsstatut werden grundsätzlich sämtliche beitragspflichtigen unselbstständigen Erwerbstätigkeiten erfasst. Die IE deckt jedoch die Lohnforderungen nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG.

Wenn ein ausländischer Arbeitnehmer oder eine ausländische Arbeitnehmerin über keine Arbeitsbewilligung verfügt, ist nach der AHV und der ALV trotzdem eine Beitragspflicht zu bejahen. Der Arbeitsvertrag, der unter Nichteinhaltung der fremdenpolizeilichen Bestimmung abgeschlossen wurde, ist nicht nichtig. Diese «schwarzarbeitende» Person hat somit Lohnforderungen gegenüber ihrem Arbeitgeber und deshalb Anspruch auf IE.

- B12** Folgende vertragliche Lohnforderungen fallen nicht unter den Lohnbegriff und sind deswegen von der IE ausgeschlossen:

- Erhaltene gesetzliche oder vertragliche Lohnersatzleistungen (Taggelder) infolge unfall- oder krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung. Lediglich eine allfällige Differenz zwischen den Ersatzeinkünften und einem weitergehenden Lohnanspruch ist zu entschädigen;
- Familienzulagen (Art. 6 Abs. 2 Bst. f AHVV); oder
- Sämtliche Unkostenentschädigungen, die Spesencharakter haben und deshalb auch nicht AHV-beitragspflichtig sind, wie z. B. Reisespesen, Verpflegungszuschläge, Repräsentationskosten, Auslagen für Arbeitsmaterial und Berufskleider sind von der IE ausgeschlossen.

- B13** Stellt die für die Auszahlung der IE zuständige Kasse fest, dass durch die KAST für den gleichen Zeitraum bereits KAE/SWE bewilligt worden ist, gilt es Folgendes zu beachten: Im Rahmen der KAE oder SWE hat die versicherte Person mit der Annahme von Schwarzarbeit einer Lohnkürzung um 20 % zugestimmt. Die versicherte Person hat Anspruch auf

² B9 geändert im Juli 2018 und Januar 2024

IE im Umfang von 80 % (ARV 1998 S. 58) für den vom Arbeitgeber nicht ausgerichteten Lohn (trotz ausbezahlter KAE/SWE an den Arbeitgeber). Damit verbundene Doppelzahlungen durch die ALV sind hinzunehmen, da es nicht an den Arbeitnehmenden ist, für Versäumnisse ihrer Arbeitgeber zu haften. Im Konkursverfahren sind die erfolgten IE-Zahlungen sowie auch allfällige offene KAE/SWE-Rückforderungen durch die jeweils zuständige Kasse einzugeben.³

- B14** Um Anspruch auf IE zu haben, müssen der arbeitnehmenden Person im Zeitpunkt der Konkursöffnung Lohnforderungen zustehen. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn eine Drittperson der arbeitnehmenden Person den Lohn vor der Konkursöffnung vorgeschossen hat. Die vor der Konkursöffnung einer Drittperson zedierete Lohnforderung verleiht dieser kein Recht auf IE (ARV 2000 S.182).

Art. 333 und Art. 333b (in Kraft seit 1.1.2014) OR regeln den Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübernahmen. Wird ein insolventer Betrieb von einem anderen Betrieb übernommen, sind die Lohnforderungen über die IE zu entschädigen, sofern ein IE-Ereignis beim bisherigen Arbeitgeber vorliegt (BGE 127 V 183 Erw. 8; BGE 8C_801/2011 vom 11.6.2012).

Glaubhaftmachung der Lohnforderung

Art. 74 AVIV

- B15** Die Kasse darf IE nur ausrichten, wenn die arbeitnehmende Person ihre Lohnforderung glaubhaft macht. Eine blosser Geltendmachung bzw. ein lediglich behaupteter Lohn-, Überstunden- oder Ferienanspruch reicht nicht aus. Da ein vollständiger Beweis nicht immer zu Beginn des Verfahrens erbracht werden kann, bezeichnet der Begriff des Glaubhaftmachens eine Zwischenstufe zwischen blosser Behauptung und voller Beweisführung.

- B16** Für die Glaubhaftmachung der Forderung können im Einzelfall beispielsweise Verdienstangaben in einem schriftlichen Arbeitsvertrag, Lohnabrechnungen, Stundenrapporte, Bank- oder Postauszüge, eine Schuldanerkennung des früheren Arbeitgebers, Bescheinigungen des Betreibungs- und Konkursamtes und unter Umständen Aussagen von ehemals vorgesetzten Personen oder Mitarbeitenden herangezogen werden.

Auskünfte können der frühere Arbeitgeber oder das Betreibungs- und Konkursamt erteilen. Geltend gemachte Lohnansprüche aus nicht bezogenen Ferien, Überstunden oder bereits geleisteter Vorholzeit sind grundsätzlich mit einer Zeiterfassung zu belegen.

- B17** Die IE darf erst dann ausgerichtet werden, wenn die Kasse die Angaben und Belege der versicherten Person auf die notwendige Glaubwürdigkeit geprüft hat. Es darf jedoch nicht zugewartet werden, bis definitiv feststeht, ob und in welchem Umfang die Forderungen im Konkursverfahren aufgenommen wurden.

Ist das Konkurs- oder Pfändungsverfahren schon fortgeschritten, ist zusätzlich abzuklären, ob die versicherte Person bereits Zahlungen erhalten hat.

³ B13 geändert im Januar 2022

Umfang der Insolvenzenschädigung

Art. 52 AVIG; Art. 75a und 76 AVIV

B18 Die IE deckt für das gleiche Arbeitsverhältnis Lohnforderungen für höchstens die letzten 4 Monate des Arbeitsverhältnisses, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen.

Kantonale Familienzulagen sind nicht Teil des massgebenden Lohnes im Sinne des AHVG. Nicht ausgerichtete Familienzulagen sind deshalb von der betroffenen Person bei der Familienausgleichskasse des Arbeitgebers geltend zu machen (vgl. B12).

B19 Als gleiches Arbeitsverhältnis gilt auch ein Arbeitsverhältnis, das innerhalb eines Jahres:

- a. zwischen den gleichen Parteien wieder aufgenommen wird; oder
- b. nach einer Änderungskündigung fortgesetzt wird.

Der Ausdruck «zwischen den gleichen Parteien» ist wörtlich zu nehmen. Nachfolgefirmen, Neugründungen, Betriebsübernahmen usw. gelten nicht als gleiche Parteien.

Unabhängig von mehreren IE-Ereignissen sind somit für das gleiche Arbeitsverhältnis beim gleichen Arbeitgeber Lohnforderungen für höchstens 4 Monate gedeckt. Liegt jedoch das letzte IE-Ereignis beim gleichen Arbeitgeber mehr als 2 Jahre zurück, besteht erneut ein IE-Anspruch von maximal 4 Monaten. In Analogie zum System der 2-jährigen Rahmenfristen wird damit anerkannt, dass durch eine längere Periode der Lohnzahlung der Kausalzusammenhang zum letzten IE-Ereignis nicht mehr gegeben ist.

Nach der Konkurseröffnung entstandene Forderungen

B20 Die IE deckt jedoch ausnahmsweise nach der Konkurseröffnung entstandene Lohnforderungen, solange die versicherte Person in gutem Glauben nicht wissen konnte, dass der Konkurs eröffnet worden war, und es sich dabei nicht um Massschulden handelt. Wird ausnahmsweise IE über die Konkurseröffnung gedeckt, dann darf jedoch die maximale Bezugsdauer von 4 Monaten nicht überschritten werden (Art. 52 Abs. 1^{bis} AVIG).

Gutgläubigkeit liegt z. B. vor, wenn während der Ferienabwesenheit der arbeitnehmenden Person der Konkurs über den Betrieb eröffnet worden ist, ohne dass diese davon gewusst hat.

Gesetzliche Sozialversicherungsbeiträge

B21 Auf der IE müssen die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden. Die Kasse hat die vorgeschriebenen Beiträge mit den zuständigen Versicherungen abzurechnen und den Anteil der Arbeitnehmenden von der auszurichtenden IE abzuziehen.

B22 Die Kasse entrichtet auf der IE folgende Beiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmendenanteil) an:

- a. die AHV/IV/EO und die ALV an die AHV-Ausgleichskasse des Arbeitgebers;
- b. die obligatorische UV an den zuständigen Versicherungsträger;
- c. die obligatorische BV an die Vorsorgeeinrichtung des Arbeitgebers.

Die Höhe der Beiträge für die obligatorische BV ergibt sich aus dem Reglement der Vorsorgeeinrichtung. Die Kasse entrichtet nur die auf den koordinierten Lohn entfallenden Beiträge.

Geltendmachung des Anspruchs

Art. 53 AVIG; Art. 77 und 78 AVIV

Zuständige Durchführungsstelle

B23 Das Gesuch um Ausrichtung der IE ist bei der öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons einzureichen, die am Ort des Betriebs- und Konkursamtes zuständig ist.

Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit der öffentlichen Kasse ist nicht der Wohnsitz der versicherten Person, sondern der Wohnsitz oder der Sitz des Arbeitgebers bzw. des Betriebes (Art. 46 bis 55 SchKG). Sind im Konkurs eines Arbeitgebers Zweigniederlassungen oder Betriebsstätten in einem anderen Kanton betroffen, so können deren arbeitnehmende Personen ihren Anspruch über die öffentliche Kasse dieses Kantons geltend machen. Die öffentliche Kasse am Sitz der Zweigniederlassungen oder Betriebsstätten übermittelt die IE-Anträge mit den Beilagen der zuständigen Kasse am Wohnsitz oder dem Sitz des Arbeitgebers bzw. des Betriebes.

B24 Unterliegt der Arbeitgeber nicht der Zwangsvollstreckung in der Schweiz, so ist die öffentliche Kasse des Kantons zuständig, in dem der frühere Arbeitsort liegt. Bestanden Arbeitsorte in verschiedenen Kantonen, so bezeichnet die Ausgleichsstelle der ALV die zuständige Kasse.

Stand des Zwangsvollstreckungsverfahrens

B25 Damit die IE zur Auszahlung gelangen kann, muss die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers eines der folgenden zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien erreicht haben (vgl. B1 ff.):

- a. Konkureröffnung;
- b. Stellung des Pfändungsbegehrens;
- c. Nichteröffnung des Konkurses nach gestelltem Konkursbegehren, weil infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger oder keine Gläubigerin bereit war, die Kosten nach Art. 169 Abs. 2 SchKG vorzuschiessen;
- d. Bewilligung der Nachlassstundung; oder
- e. richterlicher Konkursaufschub.

Fristen

B26 Wird über den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet, so muss die arbeitnehmende Person ihren Entschädigungsanspruch spätestens 60 Tage nach der Veröffentlichung des Konkurses im SHAB bei der öffentlichen Kasse stellen, die am Ort des Betriebs- und Konkursamtes zuständig ist.

Publikationen unter den SHAB-Rubriken «Handelsregister» oder «vorläufige Konkursanzeige» lösen den Beginn des Fristenlaufes nicht aus, da sie gesetzlich nicht vorgeschrieben sind. Erst die öffentliche Bekanntmachung im Sinne von Art. 232 respektive 233 SchKG (Rubrik Konkurspublikation/Schuldenruf) ist entscheidend für den Beginn des Fristenlaufes (ARV 1989 S. 67).

Im Falle eines Konkursverfahrens, das mangels Aktiven eingestellt werden musste, ist für die Verwirkungsfrist von 60 Tagen die Publikation der Einstellung des Konkurses im SHAB nur dann massgebend (Art. 230 Abs. 2 SchKG), sofern nicht bereits eine Veröffentlichung der Konkursöffnung im SHAB stattgefunden hat (ARV 1989 S. 66; BGE 114 V 354).

Im Falle von Art. 51 Abs. 1 Bst. b AVIG hat die arbeitnehmende Person den Anspruch auf IE spätestens 60 Tage nach Kenntnisnahme des unbenützten Ablaufs der Frist für die Leistung des Kostenvorschusses nach Art. 169 Abs. 2 SchKG geltend zu machen, weil in solchen Fällen keine Publikation im SHAB erfolgt. Die Person, welche das Konkursbegehren gestellt hat, nimmt in jedem Fall Kenntnis vom unbenützten Ablauf der Frist für die Leistung des Kostenvorschusses nach Art. 169 Abs. 2 SchKG.

- B27** Bei Pfändung des Arbeitgebers muss die arbeitnehmende Person ihren Entschädigungsanspruch innert 60 Tagen nach dem Pfändungsvollzug geltend machen. Die 60-tägige Frist, in welcher die arbeitnehmende Person den Anspruch auf IE geltend machen kann, beginnt bereits ab dem auf den Pfändungsvollzug folgenden Tag zu laufen und nicht erst ab dem Datum, an welchem ihr die Pfändungsurkunde zugestellt worden ist. Erhält die arbeitnehmende Person die Urkunde aber mehr als 2 Monate nach dem Vollzug der Pfändung zugestellt, so ist die verspätete Geltendmachung des Anspruchs unverschuldet erfolgt. In diesem Falle ist die Frist von 60 Tagen wiederherzustellen (ARV 1996/1997 S. 69).
- B28** Beim richterlichen Konkursaufschub muss die arbeitnehmende Person den Entschädigungsanspruch innert 60 Tagen nach der Veröffentlichung des richterlichen Konkursaufschubes im SHAB geltend machen. Im Falle eines Konkursaufschubes erfolgt jedoch eine Veröffentlichung nur, wenn dies zum Schutz Dritter notwendig ist (Art. 725a Abs. 3 OR). Wenn keine Veröffentlichung stattfindet, ist für den Fristenbeginn grundsätzlich auf die Kenntnisnahme des Konkursaufschubes durch die arbeitnehmende Person abzustellen.
- B28a** Die Frist für die Anmeldung des IE-Anspruchs beginnt bereits im Zeitpunkt der Veröffentlichung der provisorischen Nachlassstundung im SHAB (BGE 131 V 454).⁴
- B29** Bei diesen Geltendmachungsfristen handelt es sich um Verwirkungsfristen, d. h. nach Ablauf dieser Fristen erlischt der Anspruch auf IE. Die Frist gilt als gewahrt, wenn der Antrag auf IE spätestens am letzten Tag der Frist der Post übergeben oder bei der Kasse eingereicht wird. Die Frist gilt auch dann als gewahrt, wenn die versicherte Person den Antrag auf IE rechtzeitig bei einer dafür nicht zuständigen Kasse oder einer anderen Behörde einreicht (Art. 39 ATSG).

Verwirkungsfristen sind einer Wiederherstellung zugänglich, jedoch nur dann, wenn die gesuchstellende Person oder ihr Vertreter oder ihre Vertreterin durch ein unverschuldetes Hindernis (z. B. plötzliche schwere Erkrankung oder Unfall) davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln. Aus der Rechtsunkenntnis kann jedoch niemand Vorteile ableiten (BGE C 20/07 vom 22.10.2007). Das Begehren um Wiederherstellung ist binnen 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses mit entsprechender Begründung zu stellen (Art. 41 ATSG) und das Gesuch um IE nachzuholen.

Der Stillstand der Fristen nach Art. 38 Abs. 4 ATSG gilt nicht für Art. 53 Abs. 1 AVIG (BGE 8C_541/2009 vom 19.11.2009; EVG C 108/06 vom 14.8.2006).

⁴ B28a eingefügt im Januar 2022

- B30** Unabhängig von der zeitlichen Abfolge von mehreren IE-Ereignissen (z. B. Nachlassstundung und in der Folge Konkureröffnung) können für das gleiche Arbeitsverhältnis insgesamt nicht mehr als 4 Lohnmonate über die IE entschädigt werden. Hat jedoch eine versicherte Person den Entschädigungsanspruch für z. B. 2 Lohnmonate vor einer Nachlassstundung nicht rechtzeitig geltend gemacht, so kann sie diese verwirkten Ansprüche im Rahmen eines zweiten IE-Ereignisses – z. B. Konkurs beim gleichen Arbeitgeber – nicht mehr kompensieren, auch wenn die offenen Lohnforderungen zwischen Nachlassstundung und Konkurs nur 2 Lohnmonate betragen.

Antragsstellung

Art. 77 AVIV

- B31** Die versicherte Person, die IE beantragt, muss der zuständigen Kasse Folgendes einreichen:
- der vollständig ausgefüllte Antrag auf Insolvenzenschädigung;
 - die AHV-Nummer (ersichtlich auf Versicherungsausweis der AHV oder der Krankenversicherungskarte);
 - mit einer ausländischen Staatsbürgerschaft den Ausländerausweis; sowie
 - die weiteren Informationen, welche die Kasse zur Beurteilung ihres Anspruchs verlangt.

Die Kasse setzt der versicherten Person nötigenfalls eine angemessene Frist für die Vervollständigung der Unterlagen und macht auf die Folgen der Unterlassung aufmerksam (vgl. auch Art. 43 Abs. 3 ATSG). Der Verlust des IE-Anspruchs tritt nur ein, wenn die Kasse die versicherte Person zuvor ausdrücklich und eindeutig auf die entsprechende Rechtsfolge bei Nichteinhalten der Mahnfrist aufmerksam gemacht hat (EVG C 312/01 vom 27.3.2002).

Die Rechtsprechung (ARV 1995 S. 122) schliesst nicht aus, dass zur Wahrung der 60-tägigen Verwirkungsfrist der Antrag auf IE zunächst formlos erfolgen kann. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der formularmässige Antrag und die massgebenden Unterlagen innert der von der Kasse gesetzten Frist nachgereicht werden.⁵

⁵ B31 geändert im Juli 2021

Übergang der Forderung auf die Kasse

Art. 54 AVIG; Art. 79 und 80 AVIV

B32 Mit der Ausrichtung der IE gehen die Lohnansprüche der versicherten Person im Umfang der bezahlten Entschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse über. Durch diese sogenannte gesetzliche Subrogation bzw. Abtretung tritt die Kasse in vollem Umfang der Entschädigungsleistung in die Rechtsstellung der arbeitnehmenden Person ein.

Hat die betroffene Person bereits einen Verlustschein erhalten, muss sie diesen der Kasse abtreten.

Wenn die Kasse der versicherten Person mitgeteilt hat, dass sie an ihrer Stelle in das Verfahren eingetreten ist, kann die versicherte Person nur noch für den von der IE ungedeckt gebliebenen Rest ihrer Forderung den Arbeitgeber im Zwangsvollstreckungsverfahren belangen.

B33 Die Kasse hat die Subrogationsforderung im Vollstreckungsverfahren durchzusetzen. Dies gilt auch dann, wenn wenig Aussicht auf die Realisierung besteht, da andernfalls die mit einem Verlustschein verbundenen Vorteile verloren gingen (Verlustschein verjährt nach 20 Jahren). Ein Verzicht auf die Geltendmachung der Subrogationsforderung ist nur dann zulässig, wenn das Konkursverfahren vom Konkursgericht mangels Aktiven eingestellt (Art. 230 SchKG) wird, oder wenn die Ausgleichsstelle der ALV die entsprechende Ermächtigung hierzu erteilt, weil z. B. der Arbeitgeber im Ausland belangt werden müsste (vgl. D9).

B34 Die grundlegenden SchKG-Verfahrensschritte müssen der Ausgleichsstelle der ALV nicht zur Genehmigung vorgelegt werden.

Wird die IE nach Art. 51 Abs. 1 Bst. b AVIG (vgl. B2) ausgerichtet, hat die Kasse als Subrogationsgläubigerin das Konkursbegehren zu stellen, den allfälligen Kostenvorschuss zu leisten und damit der Durchführung des Konkursverfahrens zum Durchbruch zu verhelfen. Tut sie dies innert 15 Monate seit der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 166 Abs. 2 SchKG), bedarf es keiner neuen Betreuung.

Verfahrensanträge und betreibungsrechtliche Klagen mit Kostenrisiko darf die Kasse nur mit Zustimmung der Ausgleichsstelle der ALV stellen. Dabei geht es vor allem um zivilrechtliche Anträge wie z. B. Anträge auf Zwangsverwaltung oder Verantwortlichkeitsklagen.

Pflichten der versicherten Person

Art. 55 AVIG

Schadenminderungspflicht

B35 Die arbeitnehmende Person muss im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen, um ihre Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihr mitteilt, dass sie an ihrer Stelle in das Verfahren eingetreten ist. Diese Vorgabe resultiert aus der allgemeinen Schadenminderungspflicht der versicherten Person.

Danach muss die versicherte Person die Kasse bei der Verfolgung ihres Anspruchs in jeder zweckdienlichen Weise unterstützen.

B36 Der Schadenminderungspflicht nachkommen bedeutet auch, dass sich die arbeitnehmende Person bereits während dem Arbeitsverhältnis für die Geltendmachung ausstehender Löhne ernsthaft beim Arbeitgeber bemühen muss (schriftliche Mahnung usw.). Von der arbeitnehmenden Person wird jedoch nicht verlangt, dass sie während dem bestehenden Arbeitsverhältnis gegen ihren Arbeitgeber eine Betreibung einleitet oder eine Klage einreicht. Hingegen wird von ihr verlangt, dass sie dem Arbeitgeber in eindeutiger und unmissverständlicher Weise ihre Lohnforderung mitteilt (BGE C 367/01 vom 12.4.2002).

B37 Nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses muss die versicherte Person sehr rasch und sehr konkret gegen ihren Arbeitgeber vorgehen, d. h. die offenen Lohnforderungen auf dem Vollstreckungsweg unmissverständlich einfordern. Tut sie dies nicht, verliert sie wegen der Verletzung der Schadenminderungspflicht ihren Anspruch auf IE.

B38 Inwieweit Massnahmen zur Realisierung der Lohnansprüche für die versicherte Person aufgrund ihrer Schadenminderungspflicht zumutbar sind, beurteilt die Kasse nach den gesamten Umständen des Einzelfalles.

Die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht sind somit vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses bedeutend weniger streng als nach erfolgter Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses muss demnach die Kasse die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht – insbesondere auch in Bezug auf das zeitliche Kriterium des Tätigwerdens – strenger beurteilen. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als es für die arbeitnehmende Person nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses keinen Grund mehr gibt, von einer gezielten Geltendmachung der Lohnausstände abzusehen.

⇒ Rechtsprechung

BGE 8C_682/2009 vom 23.10.2009 (Die arbeitnehmende Person hat während der letzten 6 Monate vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses ihren Lohn nur mündlich gefordert, da ihr Arbeitgeber gleichzeitig ihr Schwiegersohn war. Es handelt sich um eine grobfahrlässige Verletzung der Schadenminderungspflicht unabhängig der Verwandtschaft mit dem Arbeitgeber)

EVG C 231/06 vom 5.12.2006 (Es kann von der arbeitnehmenden Person nicht verlangt werden, dass sie unmittelbar nach Ablauf der Mahnfrist von 30 Tagen für die Auszahlung ihres Lohnes eine Betreibung einleitet)

EVG C 91/01 vom 4.9.2001 (es ist unzulässig, dass die versicherte Person während 3 Monaten nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses keine Massnahmen zur Einforderung ihres Lohnes ergriffen hat und einfach die Konkurseröffnung abwartet)

Die Arbeitslosenkasse kann hingegen nicht das Recht einer versicherten Person auf IE der Bedingung unterstellen, dass diese den Kollokationsplan anführt (BGE 123 V 75).

Rückerstattungspflicht

- B39** Die arbeitnehmende Person muss die IE in Abweichung von Art. 25 Abs. 1 ATSG zurück-erstaten, soweit die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen oder aus Gründen nicht gedeckt wird, welche die arbeitnehmende Person absichtlich oder grob-fahrlässig herbeigeführt hat, ebenso soweit die Lohnforderung vom Arbeitgeber nachträg-lich (ganz oder teilweise) erfüllt wird.

Die Rückerstattungspflicht ist unabhängig von der Rechtsnatur der Forderungen (BGE 8C_809/20093 vom 12.2009).

Auskunftspflicht

Art. 56 AVIG; Art. 28 und 32 ATSG

- B40** Der Arbeitgeber sowie das Betreibungs- und Konkursamt sind verpflichtet, der Kasse alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen, damit der Anspruch der versicherten Person beurteilt, d. h. die Höhe der IE korrekt festgelegt werden kann.
- B41** Das Betreibungs- und Konkursamt muss der versicherten Person insbesondere die Bestätigung für die Einreichung des Pfändungsbegehrens kostenlos ausstellen.