

SUBROGATION

Art. 29, Art. 11 Abs. 3 AVIG

Allgemeines

- C198** Hat die Arbeitslosenkasse begründete Zweifel darüber, ob die versicherte Person für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber ihrem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG hat oder ob sie erfüllt werden, so zahlt sie Leistungen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a AVIG aus.
- C199** Zweck von Art. 29 AVIG ist es, der versicherten Person den für ihren Lebensunterhalt notwendigen Erwerb ersatz zu garantieren. Bei Vorliegen von begründeten Zweifeln ist die Arbeitslosenkasse verpflichtet, der versicherten Person Taggelder auszuzahlen. Im Gegenzug übernimmt die Arbeitslosenkasse mit Ausrichtung der Entschädigung die Pflicht, die Ansprüche der versicherten Person, soweit diese auf die Arbeitslosenkasse übergegangen sind, beim früheren Arbeitgeber durchzusetzen. Bei diesem Forderungsübergang handelt es sich um eine sogenannte Legalzession, auch Subrogation genannt.
- C200** Art. 29 AVIG ist eine Sonderregelung zu Art. 11 Abs. 3 AVIG. Danach ist ein Arbeitsausfall nicht anrechenbar und somit nicht entschädigungsberechtigt, für den der arbeitslosen Person Lohnansprüche oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche zustehen. Art. 11 Abs. 3 AVIG begründet die Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalls aber nur für den Fall, dass Lohn- oder Entschädigungsansprüche ausgewiesen und auch vollständig realisierbar sind.
- C201** Bei der Abklärung, ob Art. 29 AVIG angewendet werden muss, ist die Arbeitslosenkasse in einer ersten Phase auf die Angaben der versicherten Person angewiesen. Diese ist aufgrund ihrer Mitwirkungspflichten gehalten, die notwendigen Angaben beizubringen und die Arbeitslosenkasse bei der Durchsetzung der Forderung zu unterstützen.
- C202** Die Anwendung von Art. 29 AVIG setzt immer einen Arbeitsausfall, verbunden mit einem Verdienstaufschlag voraus. Demgegenüber ersetzt die Insolvenzenschädigung Ansprüche für geleistete Arbeit.
- ⇒ Rechtsprechung
- EVG C 109/02 vom 13.1.2000 (Um zu bestimmen, ob ALE oder IE in Frage kommt, ist darauf abzustellen, ob die versicherte Person in der fraglichen Periode vermittlungsfähig war und die Kontrollvorschriften befolgen konnte oder nicht)

C203 Art. 346 Abs. 2 Bst. c OR sieht die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung des Lehrverhältnisses vor, wenn die Ausbildung namentlich infolge Konkurses des Lehrbetriebes nicht zu Ende geführt werden kann. Diese - gerechtfertigte - fristlose Kündigung löst keine weiteren Entschädigungsansprüche aus, mit der Folge, dass Art. 29 AVIG nicht zur Anwendung kommt.

Hingegen hat bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung durch den Arbeitgeber die versicherte Person Anspruch auf Ersatz dessen, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR).

Art. 337c Abs. 1 OR ist auch auf Lehrverhältnisse anwendbar, wobei sich der Entschädigungsanspruch - vorbehaltlich Abs. 2 - bis zum Ende des befristeten Lehrvertrages erstreckt. Bestehen begründete Zweifel am Bestehen des Entschädigungsanspruchs oder an der Erfüllung desselben, kommt Art. 29 AVIG zur Anwendung.

Anspruchsvoraussetzungen

C204 Damit Leistungen nach Art. 29 AVIG ausbezahlt werden können, müssen alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein.

C205 Die Arbeitslosenkasse zahlt in 2 Fällen Taggelder aus:

1. wenn sie begründete Zweifel darüber hat, ob die arbeitslose Person für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber ihrem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche hat (Zweifel am Bestehen von Ansprüchen); oder
2. wenn sie begründete Zweifel darüber hat, ob eindeutig bestehende Lohn- oder Entschädigungsansprüche der versicherten Person gegenüber ihrem bisherigen Arbeitgeber von diesem auch erfüllt werden (Zweifel an der Realisierbarkeit bestehender Ansprüche).

In beiden Fällen muss es sich um Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG für die Zeit des Arbeitsausfalls handeln.

Lohnansprüche

C206 Lohnansprüche können bei Nichteinhaltung der Kündigungsfrist nach Art. 335c OR und bei Kündigung zur Unzeit nach Art. 336c OR entstehen.

C207 Eine Kündigung, welche die Kündigungsfrist missachtet, ist wirksam und bewirkt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf den nächsten vertraglichen oder gesetzlichen Termin. Die arbeitnehmende Person hat jedoch nur dann einen Lohnanspruch, wenn sie dem Arbeitgeber seine Dienste während der Zeit nach dem vorzeitigen Kündigungstermin unmissverständlich angeboten hat.

C208 Wird ein Arbeitsverhältnis z. B. wegen Krankheit während der Kündigungsfrist aufgrund der Sperrfristen nach Art. 336c Abs. 2 OR erstreckt, bestehen die vertraglichen und gesetzlichen Rechte und Pflichten der Parteien während der erstreckten Kündigungsfrist unverändert fort. Besagte Bestimmung regelt nur die Frage der Unterbrechung und der Fortsetzung des Kündigungsfristenlaufs, nicht jedoch die Frage der Lohnzahlungspflicht während des erstreckten Arbeitsverhältnisses. Die arbeitnehmende Person muss somit nach wiedererlangter Arbeitsfähigkeit dem Arbeitgeber seine Dienste während der Zeit des erstreckten Arbeitsverhältnisses anbieten, damit ein Lohnanspruch für diese Zeit entsteht.

In beiden Fällen ist für die Entstehung des Lohnanspruchs nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber das Angebot der arbeitnehmenden Person annimmt. Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden, oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass die arbeitnehmende Person zur Nachleistung verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 OR). Für diese Zeit entstehen Lohnansprüche der arbeitnehmenden Person.

C209 Die Durchführungsstellen müssen unverzüglich abklären, ob die gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsbestimmungen eingehalten wurden. Wurden diese Bestimmungen missachtet und ist z. B. eine aufgrund von Sperrfristen verlängerte Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen, ist die versicherte Person anzuweisen, ihre Arbeitskraft unverzüglich beim Arbeitgeber anzubieten. Befolgt die versicherte Person diese Anweisung ohne entschuldigen Grund nicht, ist eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit zu prüfen.

Entschädigungsansprüche

C210 Unter den Begriff Entschädigungsansprüche bei vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses fallen Ansprüche nach Art. 337b und 337c Abs. 1 OR, d. h. Ansprüche infolge fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Durch eine fristlose Kündigung, selbst wenn sie ungerechtfertigt erfolgt ist, wird das Arbeitsverhältnis rechtlich und faktisch sofort beendet. Es kommen daher nur noch Entschädigungsansprüche in Betracht, weil Lohnansprüche lediglich innerhalb eines Arbeitsverhältnisses entstehen können.

C211 In 2 Fällen können Entschädigungsansprüche zu Gunsten der versicherten Person entstehen: bei der gerechtfertigten fristlosen Auflösung durch die arbeitnehmende Person nach Art. 337b OR sowie bei der ungerechtfertigten fristlosen Auflösung durch den Arbeitgeber nach Art. 337c OR.

In beiden Fällen ist die arbeitnehmende Person so zu stellen, wie wenn das Arbeitsverhältnis durch Kündigung oder Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer ordnungsgemäss beendet worden wäre. Die arbeitnehmende Person hat somit grundsätzlich Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe des bis zum ordentlichen Endtermin geschuldeten Lohnes.

C212 Nicht unter den Begriff Entschädigungsansprüche fallen Entschädigungen bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Ebenso wenig fallen Ansprüche nach Art. 336a OR, also Entschädigungen für missbräuchliche Kündigungen, unter den Begriff Entschädigungsansprüche. Bei diesen beiden Entschädigungsarten handelt es sich um Strafzahlungen für das durch die missbräuchliche Kündigung oder die ungerechtfertigte fristlose Entlassung zugefügte Unrecht. Eine Anwendung von Art. 29 AVIG bezüglich solcher Entschädigungen ist deshalb ausgeschlossen.

⇒ Rechtsprechung

EVG C 72/04 vom 17.8.2004 (Eine missbräuchliche Kündigung hat keine vorzeitige Auflösung des Arbeitsvertrages zur Folge. Die Entschädigung nach Art. 336a OR dient der Strafe, Prävention und Genugtuung und kann folglich nicht Entschädigungsanspruch im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG sein)

Nichtentstehen / Untergang von Lohn- oder Entschädigungsansprüchen

- C213** Damit ein Lohnanspruch überhaupt entsteht, muss die arbeitnehmende Person in der Regel gewisse Bedingungen erfüllen wie z. B. Anbieten der Arbeitskraft im Falle einer verlängerten Kündigungsfrist. Andererseits kann ein entstandener Lohn- oder Entschädigungsanspruch durch Verzicht der arbeitnehmenden Person wieder untergehen.
- C214** Sind die Ansprüche der arbeitnehmenden Person erst gar nicht entstanden (Nichtanbieten der Arbeitskraft) oder untergegangen (Verzicht), ist eine Anwendung von Art. 29 AVIG ausgeschlossen. Da das Nichtentstehen bzw. der Untergang jedoch auf ein Verhalten des Versicherten zurückzuführen ist, muss eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung geprüft werden.
- C215** Bei der Verletzung der Kündigungsfrist sowie bei der Erstreckung des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Sperrfristen entsteht ein Lohnanspruch nur, wenn die arbeitnehmende Person dem Arbeitgeber seine Dienste während dieser Zeit unmissverständlich angeboten hat. Kommt die arbeitnehmende Person ihrer Arbeitspflicht nicht nach und liegen keine anerkannten Verhinderungsgründe vor, gerät sie wegen Nichterfüllung des Vertrages in Verzug (Art. 102 ff. OR). Für diese Zeit entstehen somit keine Lohnansprüche. Eine Einstellung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit ist zu prüfen.
- C216** Akzeptiert die versicherte Person ausdrücklich eine Kündigung, welche die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist missachtet (Aufhebungsvertrag), verzichtet sie auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses, womit keine Ansprüche mehr aus Arbeitsvertrag entstehen können. Ein solches Verhalten kann ebenfalls den Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit erfüllen.
- C217** Wird einer arbeitnehmenden Person ungerechtfertigt fristlos, z. B. aus wirtschaftlichen Gründen, gekündigt hat sie Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe des bis zum ordentlichen Endtermin geschuldeten Lohnes. Verzichtet die arbeitnehmende Person auf ihren Schadenersatz, ist zu prüfen, ob dieser Verzicht rechtsgültig ist. Ein Verzicht auf Lohn- oder Entschädigungsansprüche kann nämlich aus mehreren Gründen ungültig sein.

Die versicherte Person kann insoweit nicht rechtsgültig auf solche Ansprüche verzichten, als diese Ansprüche infolge Subrogation bereits auf die Arbeitslosenkasse übergegangen sind. Überdies ist nach Art. 341 OR ein während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung ausgesprochener Verzicht auf Forderungen, die sich aus zwingenden Vorschriften des OR oder aus zwingenden Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nichtig.

C218 Das OR kennt zwingende und nicht zwingende (= dispositiv) Bestimmungen. Dispositive Bestimmungen können durch die Vertragsparteien immer abgeändert werden. Demgegenüber dürfen zwingende Bestimmungen grundsätzlich nicht abgeändert werden. Als zwingende Bestimmungen im Sinne von Art. 341 OR gelten:

- Absolut zwingende Bestimmungen: Hierbei handelt es sich um Bestimmungen, die weder zu Ungunsten der arbeitnehmenden Person noch zu Ungunsten des Arbeitgebers abgeändert werden dürfen (z. B. das Recht, nach Art. 337 Abs. 1 OR das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit auflösen zu können).
- Relativ zwingende Bestimmungen: Das sind diejenigen Bestimmungen, die nur zu Gunsten der arbeitnehmenden Person abgeändert werden dürfen, z. B. der Anspruch der arbeitnehmenden Person auf 4 Wochen Ferien pro Dienstjahr nach Art. 329a Abs. 1 OR. Eine Abänderung zu Ungunsten des Arbeitgebers ist hier zulässig.

Ob eine Bestimmung zwingend ist, ergibt sich aus den Aufzählungen in Art. 361 und 362 OR. Zusätzlich kann sich der zwingende Charakter aber auch aus dem Wortlaut oder dem Sinn und Zweck einer Bestimmung ergeben.

Muss aufgrund dieser Kriterien von einem ungültigen Verzicht ausgegangen werden, ist Art. 29 AVIG bei Vorliegen von begründeten Zweifeln anzuwenden.

⇒ Beispiel

Einer versicherten Person wird per 13.2. fristlos gekündigt, da sich der Arbeitgeber ausser Stande sieht, den Lohn zu zahlen. Gleichtags unterschreibt die versicherte Person eine Saldoquittung für einen Betrag, der dem Lohn bis zum 13.2. entspricht. Diese fristlose Kündigung ist ungerechtfertigt (eine wirtschaftliche Notlage berechtigt nicht zur fristlosen Kündigung, Art. 337 OR), und die versicherte Person hat Anspruch auf Ersatz dessen, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Zweifelhaft ist vorliegend die Realisierbarkeit der Ansprüche, da aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt wurde. Gemäss Art. 362 OR darf von Art. 337c Abs. 1 OR nicht zu Ungunsten der arbeitnehmenden Person abgewichen werden, d. h. Art. 337c Abs. 1 OR ist zwingend im Sinne von Art. 341 OR. Somit sind die aus Art. 337c Abs. 1 OR fliessenden Rechte während der in Art. 341 OR genannten Fristen unverzichtbar. Die Saldoquittung entfaltet daher keine Wirkungen, d. h. auf die Entschädigungsansprüche kann nicht verzichtet werden. Bei Auszahlung von Taggeldern in Anwendung von Art. 29 AVIG gehen die Ansprüche im entsprechenden Umfang auf die Arbeitslosenkasse über.

C219 Muss hingegen von einem gültigen Verzicht ausgegangen werden, so ist eine Einstellung wegen Verzichts auf Lohn- oder Entschädigungsansprüche zu prüfen.

Begründete Zweifel

- C220** Über das Bestehen oder die Realisierbarkeit der Ansprüche müssen begründete Zweifel vorliegen. Wenn in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht klare Verhältnisse vorliegen und die Ansprüche ausgewiesen sind, ist der Arbeitsausfall nicht anrechenbar und es kommt Art. 11 Abs. 3 AVIG zur Anwendung. Die Frage, ob begründete Zweifel vorliegen, ist im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen.

Begründete Zweifel am Bestehen von Ansprüchen

- C221** Begründete Zweifel sind vor allem im Zusammenhang mit fristlosen Entlassungen, bei Nichteinhaltung von Kündigungsfristen und bei Verlängerungen der Kündigungsfristen wegen Sperrfristen gegeben. Zweifel sind immer dann begründet, wenn zu erwarten ist, dass die versicherte Person vom Arbeitgeber nicht innert nützlicher Frist von ein bis 2 Monaten ihr Geld erhält oder wenn bereits ein Gerichts- oder Betreibungsverfahren gegen den Arbeitgeber eingeleitet wurde.

Von der Prüfung der Frage, ob begründete Zweifel vorliegen, kann sich die Arbeitslosenkasse nicht mit dem Hinweis entbinden, es sei Sache der versicherten Person, die Ansprüche gerichtlich klären zu lassen. Ein Anspruch im Rahmen von Art. 29 AVIG setzt nicht voraus, dass die versicherte Person im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug oder bis zum Abschluss des Abklärungsverfahrens ihre Forderung auf gerichtlichem Weg bereits geltend gemacht hat.

- C222** Keine Zweifel liegen vor und Art. 29 AVIG gelangt nicht zur Anwendung, wenn ein Anspruch aus dem Arbeitsvertrag ausgeschlossen werden muss; z. B. wenn die versicherte Person auf die Einhaltung der Kündigungsfrist verzichtet hat.

⇒ Rechtsprechung

ARV 1999 S. 30 (Besteht kein Anspruch aus Arbeitsvertrag, kommt Art. 29 AVIG nicht zur Anwendung. Nicht vorausgesetzt ist, dass die versicherte Person ihre Forderung auf gerichtlichem Wege geltend macht)

Begründete Zweifel an der Realisierbarkeit bestehender Ansprüche

- C223** Die Arbeitslosenkasse zahlt auch Taggelder aus, wenn sie begründete Zweifel hat, dass bestehende Lohn- oder Entschädigungsansprüche der versicherten Person gegenüber ihrem Arbeitgeber von diesem auch erfüllt werden.

C224 Begründete Zweifel an der Realisierbarkeit dürften gegeben sein, wenn sich der frühere Arbeitgeber nachweislich in finanziellen Schwierigkeiten befindet. Dies kann sich folgendermassen äussern:

- Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen der schlechten finanziellen Lage des Arbeitgebers;
- Nachlassverhandlungen mit Gläubigern;
- Stundungsverhandlungen mit Banken oder Steuerbehörden;
- Absetzung ins Ausland;
- Keine Reaktion auf Zahlungsbefehle;
- Konkurseröffnung über das Unternehmen.

C225 Auch wenn sich der Arbeitgeber nicht in finanziellen Schwierigkeiten befindet, können begründete Zweifel an der Realisierbarkeit gegeben sein. Ein Zweifel ist nämlich schon dann begründet, wenn anzunehmen ist, dass es der versicherten Person nicht gelingen wird, innert angemessener Frist zu ihrem Geld zu kommen. Ein Zweifel ist deshalb schon dann begründet, wenn der übliche Zahlungstermin um mehr als ein Monat überschritten wurde, obwohl die versicherte Person ihre Ansprüche gehörig geltend gemacht hat. In der Regel genügt eine schriftliche Zahlungsaufforderung der versicherten Person an den Arbeitgeber.

Mitwirkungspflicht der versicherten Person

- C226** Zur Durchsetzung der subrogierten Forderung ist die Arbeitslosenkasse unter Umständen auf die Mitwirkung der versicherten Person angewiesen. Sie hat sich deshalb vor der Auszahlung von Taggeldern nach Art. 29 AVIG zu vergewissern, dass die versicherte Person bereit sein wird, ihrer Auskunftspflicht nachzukommen. Gemäss Art. 28 ATSG besteht eine entsprechende Pflicht, deren Verletzung in Art. 43 Abs. 3 ATSG geregelt ist. Kommt die versicherte Person ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, kann die Arbeitslosenkasse auf Grund der Akten verfügen oder die Abklärungen einstellen und Nichteintreten (kein Anspruch) beschliessen. Vor dem Nichteintretensbeschluss muss die versicherte Person unter Ansetzung einer Bedenkzeit schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen werden. Beschliesst die Arbeitslosenkasse Nichteintreten auf den Antrag auf ALE, besteht für die Zeit, während der Lohn- oder Entschädigungsansprüche umstritten sind, kein Anspruch.
- C227** Weigert sich die versicherte Person nach ursprünglicher Zusage erst in einem späteren Zeitpunkt, nach dem Taggelder gemäss Art. 29 AVIG bereits ausbezahlt worden sind, bei der Durchsetzung der subrogierten Forderungen mitzuwirken, ist eine Einstellung wegen Verletzung der Auskunftspflicht nach Art. 30 Abs. 1 Bst. e AVIG zu verfügen.

Rechtsfolgen

- C228** Sind begründete Zweifel gegeben, zahlt die Arbeitslosenkasse Taggelder, allenfalls Entschädigung für die Teilnahme an Massnahmen für Umschulung, Weiterbildung und Eingliederung aus.
- C229** Mit der Zahlung gehen alle Ansprüche der versicherten Person samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggelder auf die Arbeitslosenkasse über. Ein allfälliger Restanspruch verbleibt bei der versicherten Person. Ob sie diesen Restanspruch beim ehemaligen Arbeitgeber geltend machen will, ist ihr überlassen. Die Arbeitslosenkasse ist nicht befugt, die versicherte Person für ihren Anteil zu vertreten.
- C230** Die Arbeitslosenkasse hat in Anwendungsfällen von Art. 29 AVIG den Zuschlag zum Taggeld für Familienzulagen grundsätzlich auszubezahlen. Der Zuschlag wird nicht ausbezahlt, wenn für den Subrogationszeitraum ein vorrangiger Anspruch auf Familienzulagen nach dem FamZG besteht (Art. 22 Abs. 1 AVIG). ↓
- C230a** Der Anspruch auf Familienzulagen für Arbeitnehmende entsteht und erlischt mit dem Lohnanspruch und besteht nur während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (Art. 13 FamZG).

Wurde das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist bei Eröffnung des Konkurses oder der Genehmigung der Nachlassstundung gekündigt, wird der Lohnanspruch grundsätzlich als gegeben angenommen. Die versicherte Person muss ihren Anspruch auf Familienzulagen (wie bei der IE, vgl. AVIG-Praxis IE B18) für die Dauer der Kündigungsfrist bei der zuständigen Familienausgleichskasse des Arbeitgebers geltend machen. Diese richtet die Familienzulagen direkt an die versicherte Person aus, die die Anspruchsvoraussetzungen für die Familienzulagen gemäss dem FamZG erfüllt.

Ihren Anspruch auf den Zuschlag muss die versicherte Person parallel auch bei der Arbeitslosenkasse geltend machen und zwar vor Ablauf der 3-monatigen Verwirkungsfrist (Art. 20 Abs. 3 AVIG), damit die Arbeitslosenkasse diesen Zuschlag ausbezahlt, falls die Familienausgleichskasse den Anspruch auf Familienzulagen verneint. Die Arbeitslosenkasse informiert die versicherte Person entsprechend.

⇒ Beispiele:

Der Arbeitgeber kündigt den Arbeitsvertrag der versicherten Person infolge der Konkurseröffnung (oder der Genehmigung der Nachlassstundung) unter Einhaltung der Kündigungsfrist und entbindet die versicherte Person von ihrer Arbeitspflicht. Die versicherte Person meldet sich unverzüglich bei ihrer Arbeitslosenkasse an und macht bei dieser ihren Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geltend. Wenn Zweifel bestehen, ob der Lohn während der Kündigungsfrist tatsächlich bezahlt wird, so gehen die Ansprüche der versicherten Person auf die Kasse über (Subrogation) und diese richtet die Arbeitslosenentschädigung in Anwendung von Art. 29 AVIG aus. Da das Arbeitsverhältnis rechtlich weiterbesteht und die versicherte Person Anspruch auf ihren Lohn hat, bezahlt die Familienausgleichskasse die Familienzulagen gestützt auf das FamZG während der Kündigungsfrist direkt an die versicherte Person aus.

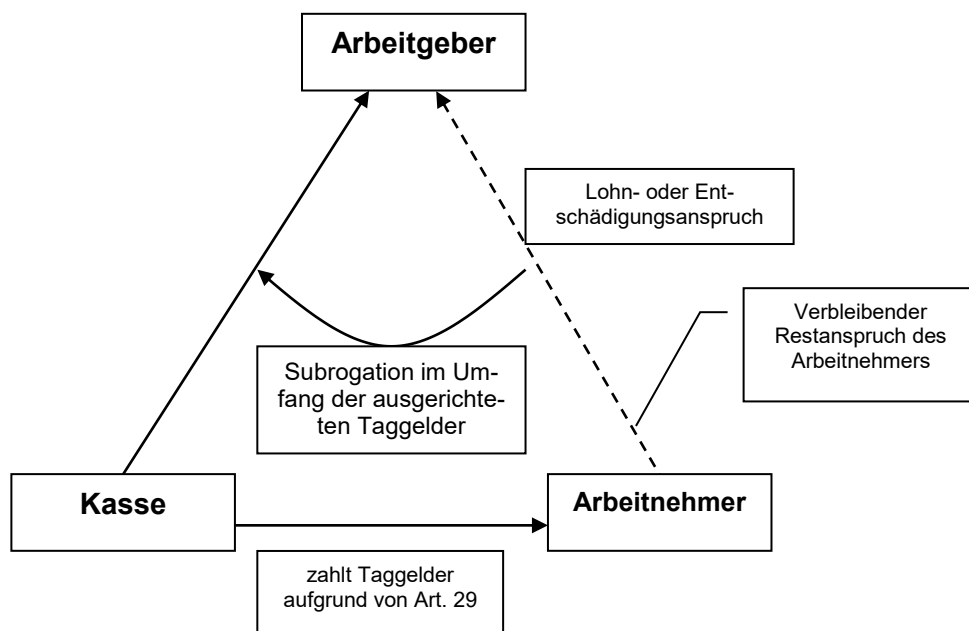
Der Arbeitgeber kündigt den Arbeitsvertrag der versicherten Person infolge der Konkurseröffnung (oder der Genehmigung der Nachlassstundung) fristlos. Die versicherte Person meldet sich unverzüglich bei ihrer Arbeitslosenkasse an und macht bei dieser ihren Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geltend. Wenn Zweifel bestehen, ob der Lohn während der Kündigungsfrist tatsächlich bezahlt wird, so gehen die Ansprüche der versicherten Person auf die

Kasse über (Subrogation) und diese richtet die Arbeitslosenentschädigung in Anwendung von Art. 29 AVIG aus. Da das Arbeitsverhältnis mit der fristlosen Kündigung rechtlich beendet wurde, muss die versicherte Person ihren Anspruch auf den Zuschlag nur bei der Arbeitslosenkasse geltend machen. ↓

C230b Von der Arbeitslosenkasse im Subrogationszeitraum ausgerichtete Zuschläge für Familienzulagen sind zusammen mit den anderen subrogierten Forderungen beim Arbeitgeber geltend zu machen. ↓

C231 Da die Auslagen für die Teilnahme an Massnahmen für Umschulung, Weiterbildung und Eingliederung nicht in Form von Taggeldern ausgerichtet wird, kann diesbezüglich keine Subrogation erfolgen.

C232 Bei der Subrogation handelt es sich um einen gesetzlichen Forderungsübergang im Sinne von Art. 166 OR, auch Legalzession genannt.



⇒ Beispiel

Die versicherte Person hat gegenüber ihrem Arbeitgeber einen Lohnanspruch infolge Nichteinhaltung der Kündigungsfrist in der Höhe eines Monatslohnes von CHF 5000. In der Folge zahlt die Arbeitslosenkasse für den betreffenden Monat Taggelder in Anwendung von Art. 29 AVIG im Umfang von CHF 3500 (Entschädigungssatz 70 %) aus. Gleichzeitig übernimmt sie Kurskosten für diesen Monat im Umfang von CHF 550. Folglich geht der Lohnanspruch der versicherten Person im Umfang von CHF 3500 auf die Arbeitslosenkasse über, welche diesen Betrag beim Arbeitgeber einfordern muss. Die Kurskosten können beim Arbeitgeber nicht geltend gemacht werden. Der verbleibende Anspruch der versicherten Person gegenüber ihrem Arbeitgeber beträgt CHF 1500. Die versicherte Person ist in ihrer Entscheidung, ob sie diesen Betrag gegenüber ihrem Arbeitgeber geltend machen will, frei.

C233 Die Subrogation erstreckt sich nur auf den Zeitraum, in welchem Taggelder ausgerichtet wurden. Lohn- oder Entschädigungsansprüche, die in zeitlicher Hinsicht nicht mit der Taggeldentschädigung zusammenfallen, können nicht subrogiert werden.

⇒ Beispiel

Einer versicherten Person wird am 13.2.2013 fristlos gekündigt. Ihre ordentliche Kündigungsfrist beträgt ein Monat. Sie meldet sich am 1.3.2013 als arbeitslos und beantragt ab diesem Datum die Ausrichtung von ALE. Die der fristlos gekündigten Person vom 14.2.2013

bis 28.2.2013 allenfalls zustehenden Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber können nicht auf die Arbeitslosenkasse übergehen, da sie für diesen Zeitraum die Kontrollvorschriften nicht erfüllt hat.

C234 Das Besondere an diesem Forderungsübergang ist, dass er im Unterschied zu einer herkömmlichen Abtretung ohne Willen der Parteien und ohne Beachtung einer besonderen Form wirksam wird.

C235 Der Arbeitgeber kann, solange ihm die Subrogation nicht angezeigt wurde, mit befreiender Wirkung an die versicherte Person leisten. Es ist daher unerlässlich, dass die Arbeitslosenkasse die Ausrichtung der Taggelder unverzüglich für jede Kontrollperiode mittels Subrogationsanzeige dem Arbeitgeber und der versicherten Person anzeigt. Die Arbeitslosenkasse legt der Subrogationsanzeige an den Arbeitgeber einen Einzahlungsschein bei und fordert den Arbeitgeber auf, den subrogierten Betrag innert 30 Tagen zu begleichen. In einem allfällig bereits hängigen Gerichtsverfahren der arbeitnehmenden Person gegen den Arbeitgeber setzt die Arbeitslosenkasse auch das Gericht von der Subrogation in Kenntnis.

C236 Der Übergang der Forderung erfolgt samt dem gesetzlichen Konkursprivileg. Dies ist Ausfluss der allgemeinen Regel von Art. 170 OR, wonach mit der Forderung die Vorzugs- und Nebenrechte übergehen. Nach Art. 219 Abs. 4 Bst. a SchKG werden die Forderungen von Arbeitnehmenden aus dem Arbeitsverhältnis, die in den letzten 6 Monaten vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind, sowie die Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers in der ersten Klasse kolloziert. In betreibungsrechtlichen Verfahren ist dem Betreibungs- oder Konkursamt die Subrogation anzuzeigen.

C237 Die von der Arbeitslosenkasse beim ehemaligen Arbeitgeber allenfalls im Konkurs realisierten Lohn- oder Entschädigungsforderungen müssen in Taggelder umgerechnet werden. Der realisierte Nettobetrag ist um die Arbeitnehmenden-Sozialversicherungsbeiträge aufzurechnen und durch das Brutto-Taggeld (100 %) zu dividieren. Die auf diese Weise ermittelte Anzahl Taggelder ist dem Taggeldanspruch der versicherten Person gutzuschreiben.

⇒ Beispiel

Versicherter Verdienst CHF 5000, Bruttotaggeld (100 %) CHF 230.40. Nach Art. 29 AVIG für 2 Monate im Konkurs teilweise realisierter Nettoanspruch CHF 6400.

Berechnung: Aufrechnung des realisierten Nettolohnes um die Arbeitnehmenden-Sozialversicherungsbeiträge ergibt beispielsweise CHF 7300.

CHF 7300: CHF 230.40 = 31,7 Taggelder.

Die 31,7 Taggelder sind dem Taggeldhöchstanspruch gutzuschreiben.

C238 Nach der Auszahlung von Taggeldern kann die RFL nicht mehr verschoben werden, auch wenn die Forderungen später teilweise oder vollständig vom Arbeitgeber oder im Konkursverfahren eingebracht werden können (BGE 8C_226/2007 vom 16.5.2008).

⇒ Rechtsprechung

BGE 126 V 368 (Wird ALE gestützt auf Art. 29 AVIG ausgerichtet, führt die spätere vollständige oder teilweise Erfüllung der Lohn- und Entschädigungsansprüche nicht zu einer Verschiebung des Beginns der Rahmenfrist)

Wurde jedoch aufgrund einer vorsorglichen Einstellung in der Anspruchsberechtigung, welche wieder aufgehoben werden konnte (C245), noch keine Zahlung geleistet, ist die Rahmenfrist um die Dauer der aufgehobenen Einstellung zu verschieben. Die vom ehe-

maligen Arbeitgeber für diese Zeit vergüteten Lohn- oder Entschädigungsansprüche stehen der versicherten Person zu.

⇒ Beispiel

Aufgrund einer fristlosen Kündigung, deren Rechtmässigkeit von der versicherten Person bestritten wird, verfügt die Arbeitslosenkasse eine vorsorgliche Einstellung in der Anspruchsberechtigung von 31 Tagen. Die ordentliche Kündigungsfrist hätte 4 Monate betragen. Da die Arbeitslosenkasse für die ersten 31 Tage keine Leistungen erbracht hat, gehen die Forderungen für die ordentliche Kündigungsfrist nur für die restlichen ca. 2,5 Monate der ordentlichen Kündigungsfrist auf die Arbeitslosenkasse über. Wird der versicherten Person vom Arbeitsgericht volle Entschädigung für die 4-monatige Kündigungsfrist zugesprochen, ist die vorsorgliche Einstellung aufzuheben und die Rahmenfrist um 31 Werktage auf den Zeitpunkt zu verschieben, an dem die Arbeitslosenkasse erstmals Zahlungen nach Art. 29 AVIG geleistet hat.

C239 Entsteht ein Subrogationsfall wegen Beendigung eines Zwischenverdienstes, erfolgt ein Forderungsübergang an die Arbeitslosenkasse nur im Umfang des der Arbeitslosenkasse entstandenen Schadens, d. h. für die Differenz zwischen der ALE-Zahlung und der Kompensationszahlung, die bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses zu entrichten gewesen wäre.

Eine Subrogation bei Beendigung eines Zwischenverdienstes ist nur möglich, wenn eine Mindestarbeitszeit vereinbart worden ist oder ein Arbeitsverhältnis auf Abruf über längere Zeit ohne erhebliche Schwankungen gedauert hat (B95 ff.).

⇒ Beispiel

Einer versicherten Person mit einem versicherten Verdienst von CHF 6000 und einem Entschädigungssatz von 70 % wird das Arbeitsverhältnis mit einem monatlichen Zwischenverdienst von CHF 4000 ohne Einhaltung der einmonatigen Kündigungsfrist gekündigt.

Die Arbeitslosenkasse zahlt in Anwendung von Art. 29 AVIG ALE aus und tritt in die Forderungen der versicherten Person im folgenden Umfang ein:

Taggeld ohne ZV	CHF 4200
Komp.zahlung	CHF 1400
Subrogation	CHF 2800

Verbot des Verzichts auf die Geltendmachung

C240 Der Arbeitslosenkasse ist es grundsätzlich verboten, auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche zu verzichten.

C240a Die Arbeitslosenkasse ist verpflichtet, das Konkursbegehren zu stellen, einen allfälligen Kostenvorschuss (bis ca. CHF 2000) zu leisten und das Verfahren allenfalls bis zur Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven voranzutreiben. Das SECO ist nicht befugt, die Arbeitslosenkasse zu ermächtigen, von der Leistung dieses Kostenvorschusses abzusehen.

C240b Eine Ausnahme vom Grundsatz wird gemacht, wenn das Konkursgericht das Konkursverfahren gegen den früheren Arbeitgeber der versicherten Person mangels Aktiven einstellt (Art. 230 SchKG).

C240c Das SECO kann überdies in folgenden Fällen die Arbeitslosenkasse schriftlich ermächtigen, auf die Geltendmachung zu verzichten:

- wenn der Arbeitgeber im Ausland zu belangen ist;
- wenn sich der Anspruch nachträglich als offensichtlich unberechtigt erweist;
- wenn sich nachträglich zeigt, dass er sich nur mit übermässigen Kosten durchsetzen lässt.

C241 Für den Abschluss von Vergleichen, welcher naturgemäss mit einem teilweisen Verzicht auf die Geltendmachung der ursprünglichen Forderungen verbunden ist, ist grundsätzlich eine Ermächtigung der Ausgleichsstelle erforderlich. Da die Gerichte immer weniger bereit sind, Vergleiche mit Genehmigungsvorbehalt abzuschliessen, kann in solchen Fällen auf eine Bewilligung verzichtet werden.

Unter den Begriff gerichtlicher Vergleich fallen sämtliche Vergleiche, welche vor den zuständigen staatlichen Instanzen verhandelt und abgeschlossen werden. Auch Vergleiche, welche vor den für die Einleitung des eigentlichen Klageverfahrens zuständigen staatlichen Vorinstanzen ausgehandelt werden, wie z. B. Aussöhnungsversuche, Sühneverhandlungen usw., gelten als gerichtliche Vergleiche.

Für die Beurteilung, ob und in welchem Umfang einem gerichtlichen Vergleich zuzustimmen ist, hat die Arbeitslosenkasse den zu erwartenden Kosten Rechnung zu tragen.

Beim Abschluss von gerichtlichen Vergleichen ist darauf zu achten, dass der Grundsatz der Opfersymmetrie gewahrt wird. Dies bedeutet, dass der prozentuale Verzicht seitens der Arbeitslosenkasse nicht grösser ausfallen darf als derjenige der versicherten Person.

Vergleiche sind wenn immer möglich unter Wettschlagung der Gerichts- und Parteikosten abzuschliessen, d. h. jede Partei hat die auf sie entfallenden Kosten zu tragen.

C242 Für den Abschluss aussergerichtlicher Vergleiche sowie für die übrigen Tatbestände eines möglichen Verzichts auf die weitere Geltendmachung von subrogierten Ansprüchen ist weiterhin eine Ermächtigung der Ausgleichsstelle erforderlich.

C243 Die Arbeitslosenkassen dürfen ihren Auftrag bezüglich Geltendmachung der auf sie übergegangenen Forderung nicht dadurch umgehen, indem sie ihre Forderung an die versicherte Person retrozedieren, damit die versicherte Person gerichtlich gegen ihren früheren Arbeitgeber vorgehe. Eine solche Retro- bzw. Rückzedierung ist ungültig.