Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 28/05

Urteil vom 13. Dezember 2005
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichter Meyer und Ursprung; Gerichtsschreiber Fessler

Parteien
L._____, Beschwerdeführer,

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, Brunngasse 6, 8400 Winterthur, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 6. Dezember 2004)

Sachverhalt:
A.
Der 1969 geborene L._____ war ab 1. April 1999 als Fassadenisoleur in der Firma C._____ AG angestellt. Am 28. August 2002 wurde über die Firma der Konkurs eröffnet. Am 30. Oktober 2002 ersuchte L._____ die Arbeitslosenversicherung um Insolvenzentschädigung ab 28. April 2002. Die Abklärungen ergaben, dass der Versicherte seit 12. April 2002 infolge Krankheit zu 100 % arbeitsunfähig gewesen war. Ferner zeigte sich, dass die Police für die Krankentaggeldversicherung mangels Prämienzahlung der Firma vom 12. März bis 7. Juni 2002 im Deckungsunterbruch gestanden hatte, sodass er für diese Zeit keine Taggelder beziehen konnte.

Mit Einspracheentscheid vom 17. Dezember 2003 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich in Bestätigung ihrer Verfügung vom 17. Juli 2003 den Anspruch des L._____ auf Insolvenzentschädigung.
B.
In Gutheissung der Beschwerde des L._____ hob das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 6. Dezember 2004 den Einspracheentscheid vom 17. Dezember 2003 mit der Feststellung auf, dass er Anspruch auf Insolvenzentschädigung habe (Dispositiv-Ziffer 1). Zur Begründung verwies es auf die nach Vernehmlassung der Arbeitslosenkasse am 15. März 2004 publizierte Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco; AM/ALV-Praxis 2004/1 Blatt 12/1-2). Den Antrag des anwaltlich vertretenen Versicherten auf Prozessentschädigung wies das Gericht ab (Dispositiv-Ziffer 3); das Obsiegen beruhe einzig auf vom Gericht aufgeworfenen Gesichtspunkten; zum Erfolg habe lediglich das Erheben der Beschwerde geführt, in keiner Weise jedoch deren Begründung, weshalb kein namhafter, zur Entschädigung berechtigender Aufwand vorliege.
C.
L._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, es sei ihm eine Insolven-

zentschädigung in der Höhe von Fr. 5341.25 auszurichten und eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren zuzusprechen.

Kantonales Gericht und seco verzichten auf eine Vernehmlassung. Die Arbeitslosenkasse beantragt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.
Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Der Beschwerdeführer beantragt wie schon im kantonalen Verfahren die Zusprechung von Insolvenzentschädigung in der Höhe von Fr. 5341.25.

Das kantonale Gericht hat den Anspruch auf Insolvenzentschädigung bejaht, die Festsetzung der Höhe der Leistung aber der Arbeitslosenkasse übertragen (Dispositiv-Ziffer 1 und Erwägung 3 des angefochtenen Entscheides). Diese Erledigungsweise ist entgegen den Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht zu beanstanden. Der formell Anfechtungsgegenstand des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens bildende Einspracheentscheid vom 17. Dezember 2003 verneinte den Anspruch auf Insolvenzentschädigung. Materieller Streitgegenstand war somit die Anspruchsberechtigung als solche (BGE 125 V 413, insbesondere S. 416 Erw. 2c). Bei dieser verfahrensrechtlichen Konstellation hatte das kantonale Gericht die Wahl, entweder selber die Höhe der Leistung abschliessend festzusetzen oder die Sache zu diesem Zweck und zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen (vgl. BGE 122 V 163 oben und RKUV 1993 Nr. U 170 S. 136 Erw. 4a sowie BGE 122 V 36 Erw. 2a und Urteile Z. vom 14. Juni 2005 [I 10/05]Erw. 1.3 und T. vom 7. August 2000 [I 184/00]Erw. 2a in fine, je mit Hinweisen). Der Antrag auf gerichtliche Zusprechung von Insolvenzentschädigung in der Höhe von Fr. 5341.25 ist daher unbegründet.

Die Anspruchsberechtigung auf Insolvenzentschädigung als solche ist nicht mehr streitig. Insoweit ist der kantonale Entscheid nicht angefochten und somit in diesem Verfahren nicht zu überprüfen.
2.
2.1
2.1.1 Nach dem seit 1. Januar 2003 in Kraft stehenden Art. 61 ATSG bestimmt sich das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht unter Vorbehalt von Artikel 1 Absatz 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 nach kantonalem Recht. Es hat den in lit. a-i aufgezählten Anforderungen zu genügen. Art. 61 lit. g ATSG hält fest, dass die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten hat. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen.

Art. 61 lit. g ATSG gilt laut Art. 1 lit. b und Art. 2 ATSG sowie Art. 1 AVIG von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen auch im Bereich der Arbeitslosenversicherung.
2.1.2 Intertemporalrechtlich steht die grundsätzlich sofortige Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften nach Art. 61 lit. a-i ATSG unter dem Vorbehalt anders lautender Übergangsbestimmungen (BGE 130 V 220 Erw. 3.2). Nach Art. 82 Abs. 2 ATSG haben die Kantone ihre Bestimmungen über die Rechtspflege diesem Gesetz innerhalb von fünf Jahren nach seinem Inkrafttreten anzupassen; bis dahin gelten die bisherigen kantonalen Vorschriften.

Art. 82 Abs. 2 ATSG erlaubt es den Kantonen, bis längstens 31. Dezember 2007 an ihren allenfalls mit den Rechtspflegebestimmungen gemäss Art. 56-61 ATSG in Widerspruch stehenden verfahrensrechtlichen Vorschriften festzuhalten (in BGE 131 V noch nicht publiziertes Urteil M. vom 26. August 2005 [U 308/03]Erw. 4.2 sowie Urteil D. vom 26. November 2003 [I 371/03]Erw. 1.1 zu Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch BGE 130 V 324 Erw. 2.1; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Rz 14 zu Art. 82).
2.2
2.2.1 Vor In-Kraft-Treten des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts am 1. Januar 2003 war der Anspruch auf Parteientschädigung und deren Bemessung für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren in arbeitslosenversicherungsrechtlichen Streitigkeiten eine Frage des kantonalen Rechts (Art. 103 Abs. 6 AVIG, in Kraft gestanden bis 31. Dezember 2002; BGE 126 V 145 Erw. 1b). Es bestand von Bundesrechts wegen kein

Anspruch auf Ersatz der Parteikosten (SVR 2003 ALV Nr. 2 S. 5 Erw. 1d). In BGE 126 V 143 bejahte das Eidgenössische Versicherungsgericht die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Entscheide über die Parteientschädigung für das kantonale Verfahren unter dem Gesichtspunkt der bundessozialversicherungsrechtlichen Verfügungsgrundlage (vgl. auch SVR 2004 ALV Nr. 8 S. 21 Erw. 1.1). Auslegung und Anwendung des selbstständigen kantonalen Verfahrensrechts waren indessen nicht frei, sondern lediglich in engen Grenzen auf ihre Bundesrechtskonformität hin überprüfbar (Art. 104 lit. a OG; BGE 130 V 218 Erw. 1.3.1, 110 V 362 Erw. 1b). Gerügt werden konnte in erster Linie die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (vgl. BGE 125 III 211 Erw. 2, 122 V 93 Erw. 5a/aa, 120 V 416 Erw. 4a [Willkürverbot], 114 V 205 Erw. 1a).
2.2.2 Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes vom 7. März 1993 über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer; in der bis 31. Dezember 2004 gültig gewesenen, hier anwendbaren Fassung) des Kantons Zürich haben die Parteien auf Antrag nach Massgabe ihres Obsiegens Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten. Dieser wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. § 8 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 der Verordnung vom 6. Oktober 1994 über die sozialversicherungsrechtlichen Gebühren, Kosten und Entschädigungen (GebVSVGer), in Kraft gestanden bis 31. März 2005 (Änderung vom 26. Oktober 2004 [OS Band 60 S. 153]), wiederholen im Wesentlichen, was in § 34 Abs. 1 GSVGer zum Anspruch als solchem und zur Bemessung gesagt wird. § 9 Abs. 2 GebVSVGer bestimmt, dass ein unnötiger oder geringfügiger Aufwand nicht ersetzt wird. Nach § 8 Abs. 4 (seit 1. April 2005: § 7 Abs. 2) GebVSVGer kann eine Entschädigung verweigert werden, wenn die obsiegende Partei den Prozess schuldhaft selber veranlasst hat. Sodann kann nach der Praxis ein prozessual treuwidriges Verhalten zur Verneinung des Anspruchs auf Parteientschädigung überhaupt führen (Christian Zünd, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich vom 7. März 1993, Diss. Zürich 1998, Rz 9 in fine zu § 34, und Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 2. Aufl., Rz 33 zu § 17). Schliesslich entfällt der Entschädigungsanspruch, wenn der Beizug eines Rechtsbeistandes überhaupt nicht erforderlich war (Kölz/Bosshart/Röhl a.a.O. Rz 11 und 27 zu § 17).

Bei der Schaffung von § 34 GSVGer orientierte sich der zürcherische Gesetzgeber an Art. 67 Abs. 2 lit. g des Entwurfs zum ATSG gemäss Bericht der Kommission des Ständerates vom 27. September 1990 (BBl 1991 II 185 ff., 203; Zünd a.a.O. Rz 1 zu § 34). Diese Vorschrift stimmt von kleinen redaktionellen Änderungen abgesehen mit dem heutigen Art. 61 lit. g ATSG überein. Die im zweiten Satz dieser Bestimmung genannten Bemessungskriterien der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses waren im Übrigen auch bei der Festsetzung des Ersatzes der Kosten der Prozessführung und Vertretung im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren in AHV- und IV-Streitigkeiten gemäss dem bis 31. Dezember 2002 in Kraft gestandenen Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG zu beachten (vgl. BGE 114 V 87 Erw. 4b und SVR 2000 IV Nr. 11 S. 31 Erw. 2b).
3.
Der Beschwerdeführer hat im kantonalen Verfahren obsiegt. Die Vorinstanz hat den Anspruch auf Insolvenzentschädigung bejaht und den anders lautenden Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse vom 17. Dezember 2003 aufgehoben. Trotzdem hat das kantonale Gericht dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zugesprochen. Zur Begründung wird im angefochtenen Entscheid ausgeführt, das Obsiegen beruhe materiell einzig auf vom Gericht aufgeworfenen Gesichtspunkten. Lediglich das Erheben der Beschwerde, in keiner Weise jedoch deren Begründung, habe zum Erfolg geführt. Es könne somit nicht von einem namhaften, sondern bloss von einem geringfügigen Aufwand im Sinne von § 9 Abs. 2 GebVSVGer gesprochen werden. Es sei daher keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Mit den «vom Gericht aufgeworfenen Gesichtspunkten» ist die nach Vernehmlassung der Arbeitslosenkasse am 15. März 2004 in der AM/ALV-Praxis 2004/1 Blatt 12/1-2 publizierte Weisung des seco gemeint. Danach haben die zuständigen Kassen in Zukunft auch dann Insolvenzentschädigung auszubezahlen, wenn eine krankheitsbedingte arbeitsunfähige Person kein Krankentaggeld beziehen kann, weil es der Arbeitgeber entgegen der ihm gesamtarbeitsvertraglich obliegenden Verpflichtung unterliess, sie gegen dieses Risiko zu versichern. Zur Begründung führt die Aufsichtsbehörde Sinn und Zweck der Insolvenzentschädigung, das Gleichbehandlungsgebot sowie eine rechtsfolgeorientierte Betrachtungsweise an. Die als Praxisänderung bezeichnete Weisung steht im Gegensatz zu BGE 125 V 492, wo unter den nämlichen tatbeständlichen Voraussetzungen der Anspruch auf Insolvenzentschädigung verneint wurde.
4.

4.1 Die Bejahung des Anspruchs auf Insolvenzentschädigung durch die Vorinstanz ist als volles Obsiegen im Hauptpunkt zu werten. Daran ändert nichts, dass das Begehren in der Beschwerde auf Zusprechung einer bestimmten Summe lautete (vgl. Erw. 1). Der Prozessaufwand wurde dadurch auch nicht beeinflusst (BGE 117 V 407 Erw. 2c). Gründe für einen gänzlichen Ausschluss vom Anspruch auf Ersatz der Parteikosten im Sinne des Verursacherprinzips oder eines Verstosses gegen Treu und Glauben sind nicht gegeben. Dass eine rechtskundige Vertretung überhaupt nicht notwendig gewesen wäre - was im Übrigen nicht gleich bedeutend damit ist, die Vorinstanz hätte gleich entschieden, wenn die obsiegende Partei nicht anwaltlich vertreten gewesen wäre -, kann ebenfalls nicht gesagt werden. Der Anspruch auf angemessenen Ersatz aller für die Rechtsverfolgung notwendigen Parteikosten (Zünd a.a.O. Rz 10 in fine zu § 34 sowie Kölz/Bosshart/Röhl a.a.O. Rz 10 zu § 17) für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren ist somit im Grundsatz zu bejahen.
4.2 Nach dem klaren Wortlaut des § 34 Abs. 1 zweiter Satz GSVGer bemisst sich die Höhe der Parteientschädigung einzig nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses. Diese beiden Kriterien bestimmen auch massgeblich den notwendigen Zeitaufwand für die anwaltliche Vertretung (Kieser a.a.O. S. 631 oben; vgl. auch BGE 98 V 126 Erw. 4c). Insofern kommt § 9 Abs. 2 (seit 1. April 2005: § 8 Abs. 1) GebVSVGer, wonach ein unnötiger oder geringfügiger Aufwand nicht ersetzt wird, keine selbstständige Bedeutung zu. Ob sich diese Verordnungsbestimmung im gesetzlichen Rahmen hält, kann offen bleiben. Jedenfalls kann die Erhebung einer formgültigen, materiell nicht aussichtslosen Beschwerde nicht als geringfügiger Aufwand bezeichnet und gestützt darauf keine Prozessentschädigung zugesprochen werden. Aussichtslosigkeit ist im Übrigen nicht mit geringen Prozessaussichten bei Einreichung der Beschwerde gleich zu setzen. Der mutmassliche Verfahrensausgang ist für den Anspruch auf Parteientschädigung lediglich bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens von Bedeutung (BGE 125 V 374 Erw. 2a mit Hinweisen und SVR 2004 ALV Nr. 8 S. 22 Erw. 3.1).

Die Bedeutung der Streitsache (Anspruch auf Insolvenzentschädigung für nicht gedeckte Lohn- resp. Schadenersatzforderungen) steht ausser Frage. Das Merkmal der Schwierigkeit des Prozesses ist insofern zu bejahen, als es vor Vorinstanz darum ging, die bei Beschwerdeerhebung (und grundsätzlich immer noch) geltende Rechtsprechung gemäss BGE 125 V 492 umzustossen. Obsiegen war gleichbedeutend mit einer Praxisänderung. Eine solche ist im Allgemeinen nicht leicht zu erreichen (vgl. zu den Voraussetzungen BGE 130 V 495 Erw. 4.1 mit Hinweisen) und erfordert in der Regel eine einlässliche und kritische Auseinandersetzung mit der geltenden Rechtslage. In der Beschwerde legte die Rechtsvertreterin des Versicherten die Gründe dar, welche nach ihrer Auffassung und der ihres Mandanten gegen BGE 125 V 492 sprachen. Von einer nicht sachbezogenen Begründung (BGE 123 V 336 Erw. 1a) oder sogar von einem Prozessieren am Prozessthema vorbei kann somit nicht gesprochen werden, und zwar umso weniger, als das ins Feld geführte Gleichbehandlungsgebot auch für das seco ein entscheidendes Argument für seine Änderung der Verwaltungspraxis war (vgl. Erw. 3). Ob das kantonale Gericht auch ohne die fragliche Weisung entgegen der höchstrichterlichen
Rechtsprechung entschieden hätte, kann offen bleiben. Es änderte nichts an der Feststellung, dass die Verweigerung einer Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren gestützt auf § 9 Abs. 2 GebVSVGer (in der bis 31. März 2005 gültig gewesenen Fassung) als willkürliche Auslegung und Anwendung des einschlägigen kantonalen Rechts bezeichnet werden muss.
4.3 Die Vorinstanz wird unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen die Parteientschädigung für das kantonale Verfahren festzusetzen haben.
5.
Das Verfahren ist, soweit es die Frage der Parteientschädigung betrifft, kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Arbeitslosenkasse aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 135 OG).

Der Beschwerdeführer hat Anspruch auf eine u.a. nach dem anwaltlichen Vertretungsaufwand bemessene Parteientschädigung (Art. 159 OG in Verbindung mit Art. 135 OG, Art. 2 Abs. 1 des Tarifs über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht und Art. 160 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass Dispositiv-Ziffer 3 des

Entscheids vom 6. Dezember 2004 aufgehoben und die Sache an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich zurückgewiesen wird, damit es die Parteientschädigung für das kantonale Verfahren festsetze. Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich auferlegt.
3.
Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 500.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.
4.
Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung (einschliesslich Mehrwertsteuer) von Fr. 1200.- zu bezahlen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 13. Dezember 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: