[AZA 7]
C 56/01 Ge

IV. Kammer

Präsident Borella, Bundesrichterin Leuzinger und nebenamtlicher
Richter Maeschi; Gerichtsschreiberin Berger

Urteil vom 17. Dezember 2001

in Sachen
S._____, Beschwerdeführer,

gegen
Amt für Wirtschaft und Arbeit, Abteilung Arbeitslosenkasse, Zürcherstrasse 285, 8500 Frauenfeld, Beschwerdegegner,

und
Rekurskommission des Kantons Thurgau für die Arbeitslosenversicherung, Eschlikon

A.- S._____, geboren 1970, arbeitete ab 1. Juni 1996 als Bauführer/Polier in der Einzelfirma seines Vaters.
Gemäss Kündigungsschreiben vom 21. Mai 1998 sah sich der Arbeitgeber wegen der unsicheren finanziellen Lage der Firma gezwungen, das Arbeitsverhältnis per Ende August 1998 aufzulösen. Mit Beschluss der Rekurskommission des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 13. September 1999 wurde über die Firma der Konkurs eröffnet. Am 18. Dezember 1999 gelangte S._____ an die Arbeitslosenkasse des Kantons Thurgau mit dem Begehren um Insolvenzentschädigung für Lohnforderungen aus der Zeit von März bis August 1998 im Betrag von Fr. 38'057. 85 zuzüglich Zinsen ab 1. September 1998. Am 7. Januar 2000 reichte er das Formular "Antrag auf Insolvenzentschädigung" nach, worin er die Lohnforderung auf brutto Fr. 35'206. 25 bezifferte. Mit Verfügung vom 8. Februar 2000 lehnte die Arbeitslosenkasse das Gesuch ab, weil der Versicherte in der Zeit bis zur Publikation der Konkurseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) am 10. Dezember 1999 keine rechtlichen Schritte zur Geltendmachung und Realisierung der Lohnforderungen unternommen habe.

B.- Die dagegen erhobene Beschwerde, mit welcher S._____ im Wesentlichen geltend machte, er sei von der Verwaltung mangelhaft über seine Obliegenheiten informiert worden, wurde von der Rekurskommission des Kantons Thurgau für die Arbeitslosenversicherung abgewiesen (Entscheid vom 4. Dezember 2000).

C.- S._____ führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und der Verwaltungsverfügung sei ihm die beantragte Insolvenzentschädigung zuzusprechen; ferner sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
Die Rekurskommission und die Arbeitslosenkasse schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.
Das Staatssekretariat für Wirtschaft lässt sich nicht vernehmen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- In formellrechtlicher Hinsicht rügt der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz die der Arbeitslosenkasse gesetzte Vernehmlassungsfrist erstreckt und ihm die Vernehmlassung erst mit dem Entscheid vom 4. Dezember 2000 und damit ohne Gelegenheit zur vorgängigen Stellungnahme zugestellt hat.

a) Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Er-

lass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 56 Erw. 2b, 126 V 130 Erw. 2a; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 126 I 16 Erw. 2a/aa, 124 V 181 Erw. 1a, 375 Erw. 3b, je mit Hinweisen).
Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör beinhaltet das Recht, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis und zu diesen Stellung nehmen zu können. Unerheblich ist, ob die Vernehmlassung lediglich bereits in der angefochtenen Verfügung genannte Tatsachen und Begründungen enthält oder neue Entscheidgründe anführt. Es ist Sache der beteiligten Parteien und nicht des Gerichts, ob sie zu einer Eingabe Bemerkungen anbringen oder darauf verzichten (SZIER 2000 S. 553 mit Hinweis auf VPB 61 [1997]Nr. 108 S. 955).
Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines - allfälligen - Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE 126 I 72, 126 V 132 Erw. 2b, je mit Hinweisen).

b) Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz unbestrittenermassen entschieden, ohne dem Beschwerdeführer vorgängig die Vernehmlassung der Arbeitslosenkasse vom 14. Juni 2000 zuzustellen. Damit hat das kantonale Gericht den Anspruch des Versicherten auf rechtliches Gehör verletzt.
Allerdings wiegt dieser Mangel nicht derart schwer, dass eine Heilung im letztinstanzlichen Verfahren nicht mehr möglich wäre. Nachdem Versicherungsleistungen streitig sind und dem Eidgenössischen Versicherungsgericht deshalb sowohl in tatbeständlicher als auch in rechtlicher Hinsicht uneingeschränkte Überprüfungsbefugnis zusteht (Art. 132 OG), kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz als geheilt gelten, zumal sich der Beschwerdeführer in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur vorinstanzlich von der Verwaltung eingereichten Vernehmlassung äussern konnte und keine Rückweisung der Sache beantragt.

c) Da dem Beschwerdeführer auch aus der Erstreckung der Vernehmlassungsfrist der Arbeitslosenkasse kein Rechtsnachteil erwachsen ist, besteht für eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids aus formellen Gründen kein Anlass.

2.- a) Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzentschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen. Die Insolvenzentschädigung deckt nach Art. 52 Abs. 1 AVIG (in der vom 1. Januar 1996 bis 31. August 1999 gültig gewesenen, vorliegend anwendbaren Fassung) Lohnforderungen für die letzten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 1; als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen.
Wird über den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet, so muss der Arbeitnehmer gemäss Art. 53 AVIG seinen Entschädigungsanspruch spätestens 60 Tage nach der Veröffentlichung des Konkurses im Schweizerischen Handelsamtsblatt bei der öffentlichen Kasse stellen, die am Ort des Betreibungs- und Konkursamtes zuständig ist (Abs. 1). Bei Pfändung des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer seinen Entschädigungsanspruch innert 60 Tagen nach dem Pfändungsvollzug geltend machen (Abs. 2). Mit dem Ablauf dieser Fristen erlischt der Anspruch auf Insolvenzentschädigung (Abs. 3).
Nach Art. 55 Abs. 1 AVIG muss der Arbeitnehmer 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.

b) Der früheren Rechtsprechung zufolge bestand in denjenigen Fällen, in welchen die Konkurseröffnung oder die Einreichung des Pfändungsbegehrens nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt, Anspruch auf Insolvenzentschädigung unter der kumulativen Voraussetzung, dass die Insolvenz des Arbeitgebers im Zeitpunkt

der Auflösung des Arbeitsverhältnisses schon bestanden hat und sich die Konkurseröffnung bzw. die Einreichung des Pfändungsbegehrens aus Gründen verzögert hat, auf die die versicherte Person keinen Einfluss nehmen konnte (BGE 114 V 59 Erw. 3d). Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht in dem in SZS 2001 S. 92 ff. zusammengefassten Urteil B. vom 18. Februar 2000, C 362/98, entschieden hat, wird daran insofern nicht festgehalten, als ein Anspruch auf Insolvenzentschädigung auch dann gegeben sein kann, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses eintritt. Unverändert gilt die bisherige zweite Voraussetzung, wonach sich die Konkurseröffnung bzw. die Einreichung des Pfändungsbegehrens aus Gründen verzögert haben muss, auf die die versicherte Person keinen Einfluss nehmen konnte. Im Rahmen dieses Erfordernisses ist praxisgemäss Art. 55 Abs. 1 AVIG zu beachten, nach dessen
erstem Satz - als Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht - der Arbeitnehmer im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen muss, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren. Ein Anspruch auf Insolvenzentschädigung entfällt daher, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Lohnansprüche nicht innert nützlicher Frist geltend macht (BGE 114 V 60 Erw. 4). In dem in ARV 1999 Nr. 24 S. 140 ff.
veröffentlichten Urteil C. vom 25. Juni 1998, C 183/97, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht festgestellt, dass ein Versicherter, dessen Arbeitsverhältnis lange vor dem Konkurs des Arbeitgebers beendigt worden ist und der mehr als ein Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuwartet, um ausstehende Löhne geltend zu machen, den Anspruch auf Insolvenzentschädigung verliert.

c) Der Beschwerdeführer hat den Anspruch auf Insolvenzentschädigung am 18. Dezember 1999 und 7. Januar 2000 und damit innert der Frist von 60 Tagen seit der am 10. Dezember 1999 erfolgten Publikation der Konkurseröffnung im SHAB angemeldet. Er ist indessen der Pflicht zur Geltendmachung der Lohnansprüche in der Zeit bis zur Konkurseröffnung nicht nachgekommen. Seinen Angaben zufolge hat er letztmals im März 1998 vom Arbeitgeber Lohn erhalten. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte am 21. Mai 1998 mit Wirkung auf den 31. August 1998. Am 31. Januar 1999 liess er sich vom Arbeitgeber für ein Lohnguthaben bis 31. August 1998 in der Höhe von Fr. 38'057. 85 wohl eine Schuldanerkennung ausstellen. Dagegen hat er in der Zeit von Ende August 1998 bis zur Publikation der Konkurseröffnung am 10. Dezember 1999 keine rechtlichen Schritte zur Geltendmachung und Realisierung der Lohnforderung unternommen.
Gegenüber der Arbeitslosenkasse begründete er dies damit, beim ehemaligen Arbeitgeber und Lohnschuldner handle es sich um seinen Vater, weshalb er auf Betreibungsmassnahmen verzichtet habe. Da ihm die Verhältnisse bekannt gewesen seien und er zusammen mit seinem Bruder und andern Familienmitgliedern eine eigene Firma gegründet habe, sei für ihn eine Lösung ohne Konkurs erstrebenswert gewesen.
Zudem sei ihm bekannt gewesen, dass andere Arbeitnehmer Lohnforderungen auf dem Betreibungsweg geltend gemacht hätten, ohne zu einem Erfolg zu kommen. Die vorgebrachten Gründe sind zumindest teilweise nachvollziehbar. Sie vermögen den Verzicht auf Vorkehren zur Geltendmachung der Lohnansprüche unter den massgebenden arbeitslosenversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten jedoch nicht zu rechtfertigen.
Denn es kann nicht Zweck der Insolvenzentschädigung sein, Lohnansprüche zu ersetzen, auf deren Geltendmachung die Arbeitnehmenden überwiegend aus persönlichen Gründen verzichtet haben. Im Übrigen hätte der Beschwerdeführer den Arbeitgeber nicht notwendigerweise in den Konkurs treiben müssen. Praxisgemäss genügt es, wenn die Arbeitnehmenden unmissverständliche Zeichen setzen (zum Beispiel durch Erwirkung eines Zahlungsbefehls), aus denen die Ernsthaftigkeit ihrer Lohnforderungen zu erkennen ist (vgl. Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. III, N 8 zu Art. 52). Indem der Beschwerdeführer mehr als ein Jahr nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses und bis zur Konkurseröffnung nichts unternommen hat, um die Lohnansprüche zu realisieren, ist er der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen. Da die Arbeitgeberfirma anfangs 1999 noch über erhebliche Guthaben verfügte, ist nicht anzunehmen, dass entsprechende Bemühungen von vornherein aussichtslos gewesen wären. Es muss daher bei der Feststellung bleiben, dass die Arbeitslosenkasse den Anspruch auf Insolvenzentschädigung grundsätzlich zu Recht verneint hat.

3.- Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer auf Grund des Gebots von Treu und Glauben Anspruch auf Insolvenzentschädigung hat.

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe sich im März 1999 wiederholt beim Amt für Wirtschaft und

Arbeit des Kantons Thurgau und bei der Arbeitslosenkasse bezüglich des Anspruchs auf Insolvenzentschädigung erkundigt. Dabei sei er nie auf das Erfordernis betreibungsrechtlicher Schritte zur Geltendmachung und Realisierung der Lohnansprüche aufmerksam gemacht worden, weshalb für ihn kein Handlungsbedarf bestanden habe. Auch aus den ihm von der Verwaltung zugestellten Unterlagen ergebe sich kein Hinweis auf diese Voraussetzung. Angesichts der Bedeutung derselben für den Leistungsanspruch wäre es Sache der Verwaltung gewesen, von sich aus darauf aufmerksam zu machen.
Die Arbeitslosenkasse hat die vom Beschwerdeführer namentlich genannten Auskunftspersonen zur Sache befragt und mit der Vernehmlassung zur erstinstanzlichen Beschwerde Stellungnahmen dieser Personen eingereicht. Danach vermag sich die Gruppenleiterin Arbeitslosenentschädigung an den Inhalt der telefonischen Auskunft nicht zu erinnern. Sie könne sich jedoch nicht vorstellen, dem Beschwerdeführer Auskünfte zum Anspruch auf Insolvenzentschädigung gegeben zu haben, da es sich nicht um ihr Fachgebiet handle. Für entsprechende Fragen werden ihren Angaben zufolge anrufende Personen stets mit dem Ressort Insolvenzentschädigung verbunden.
Die für den Bereich Insolvenzentschädigung zuständige Mitarbeiterin kann sich an den Inhalt der telefonischen Auskunft vom März 1999 ebenfalls nicht erinnern. Sie führt indessen aus, bei allgemeinen Anfragen zum Anspruch auf Insolvenzentschädigung gebe sie stets die Auskunft, dass zunächst ein Konkurs vorliegen müsse. Wenn eine Person konkret sage, dass ihr schon seit längerer Zeit kein Lohn mehr ausbezahlt worden sei, weise sie sie mit Sicherheit darauf hin, dass sie zunächst selber etwas zu unternehmen habe (Mahnung, Betreibung), damit die Insolvenzentschädigung ausbezahlt werden könne.

b) Der Beschwerdeführer behauptet nicht, die Verwaltung habe ihm eine unzutreffende Auskunft in dem Sinne erteilt, dass er ohne weiteres bis zur allfälligen Konkurseröffnung zuwarten könne, um einen Anspruch auf Insolvenzentschädigung geltend zu machen. Es liegt daher kein Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben vor, wie er nach der Rechtsprechung bei falschen Auskünften von Verwaltungsbehörden Geltung hat (BGE 124 V 220 Erw. 2b/aa und bb, 121 V 66 Erw. 2a, je mit Hinweisen; vgl. zur Anwendbarkeit unter der Herrschaft von Art. 9 BV: RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223 und Nr. KV 133 S. 291 Erw. 2a). Der Beschwerdeführer bringt indessen vor, die Verwaltung wäre nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, ihn von sich aus über die Pflicht zur Vornahme eigener Schritte zur Wahrung der Lohnansprüche zu orientieren. Er beruft sich damit auf den Grundsatz von Treu und Glauben im Zusammenhang mit behördlichen Aufklärungspflichten (BGE 121 V 30 Erw. 1b mit Hinweisen; RKUV 2000 Nr. U 387 S. 272). Nach der Rechtsprechung ist eine Berufung auf den Vertrauensschutz bei fehlender Auskunfterteilung möglich, wenn und soweit den Versicherungsorganen im konkreten Fall eine Informationspflicht obliegt (BGE 113 V 70 Erw. 2, 112 V 120 Erw. 3b; RKUV 2000 Nr. U 387 S. 274 Erw. 3b). Anders als in den genannten, vom Eidgenössischen Versicherungsgericht beurteilten Fällen fehlt es hier an einer sich aus Gesetz oder Verordnung ergebenden besonderen Informationspflicht. Fraglich kann daher lediglich sein, ob die Arbeitslosenkasse ihrer Informationspflicht im Zusammenhang mit den Auskunftsbegehren vom März 1999 nachgekommen ist. Dazu ist festzustellen, dass entgegen den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht ausgewiesen ist, dass der Beschwerdeführer die Verwaltung unter Darlegung des konkreten Sachverhaltes, insbesondere der Tatsache, dass er im Zeitpunkt der Anfrage bereits seit längerer Zeit keinen Lohn mehr bezogen hatte, um Auskunft ersucht hat. Nach den gesamten Umständen ist vielmehr anzunehmen, dass es bei der Anfrage um eine allgemeine Information über den Anspruch auf Insolvenzentschädigung ging. Abgesehen davon, dass die fragliche Auskunft offenbar nicht vom Beschwerdeführer selbst, sondern von dessen Vater und Arbeitgeber eingeholt worden ist, spricht dafür nicht nur der Umstand, dass ein allfälliger Konkurs noch völlig ungewiss war, sondern auch die Tatsache, dass das Auskunftsbegehren zur kommentarlosen Zustellung allgemeinen Informationsmaterials
führte. Zumindest aus einer der zugestellten Unterlagen geht hervor, dass ein Anspruch auf Insolvenzentschädigung nur gegeben ist, wenn die versicherte Person "erfolglos versucht hat, bei seinem zahlungsunfähigen (Konkurs, Pfändungsbegehren) Arbeitgeber für bereits geleistete Arbeit Lohnforderungen durchzusetzen".
Auf Grund der erhaltenen Information wäre dem Beschwerdeführer bei hinreichender Aufmerksamkeit folglich klar gewesen, dass der Anspruch auf Insolvenzentschädigung Massnahmen zur Geltendmachung und Realisierung der Lohnansprüche voraussetzt. Dazu kommt, dass der Beschwerdeführer die unterlassenen Betreibungshandlungen auf Anfrage der Arbeitslosenkasse zunächst nicht mit einer mangelhaften Information, sondern damit begründet hat, dass er im Hinblick auf die besonderen Umstände (Vater als Arbeitgeber, angestrebte freiwillige Liquidation etc.) von solchen Massnahmen abgesehen habe. Demzufolge räumt er selber ein, dass

die behauptete mangelhafte Information nicht ausschlaggebend war für die unterlassenen Massnahmen zur Geltendmachung der Lohnansprüche. Ohne dass es weiterer Abklärungen bedürfte, erweist sich die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz deshalb als unbegründet, was zur Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde führt.

4.- Das Begehren um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der Befreiung von den Gerichtskosten ist gegenstandslos, da in der vorliegenden Streitsache für das letztinstanzliche Verfahren auf Grund von Art. 134 OG keine Verfahrenskosten erhoben werden.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Dieses Urteil wird den Parteien, der Rekurskommission des Kantons Thurgau für die Arbeitslosenversicherung, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Abteilung Rechtsdienst

und Entscheide, Frauenfeld, und dem Staatssekretariat
für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 17. Dezember 2001

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin: