

200 19 690 ALV  
KNB/BRM/ARJ

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 21. Januar 2020**

Verwaltungsrichter Knapp, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Schütz, Verwaltungsrichter Ackermann  
Gerichtsschreiber Braune

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

gegen

**Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern**  
Arbeitslosenkasse, Lagerhausweg 10, 3018 Bern  
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 18. Juli 2019



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der 1956 geborene A.\_\_\_\_\_ war seit dem 1. Juli 2000 bei der C.\_\_\_\_\_ AG angestellt, seit Januar 2013 als ... mit .... Infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten konnte die Arbeitgeberin ihren Lohnzahlungspflichten ab 2011 zum Teil nur noch verspätet oder gelegentlich gar nicht nachkommen. Bis Dezember 2016 hatten sich Lohnausstände von über Fr. 137'000.-- ergeben, hinsichtlich welcher dem Versicherte eine Schuldanerkennung samt Abzahlungsplan ausgestellt wurde (act. II 63 f.).

Nachdem sich die wirtschaftliche Lage der C.\_\_\_\_\_ AG ab 2017 und im ersten Halbjahr 2018 verbessert hatte, zahlte die Arbeitgeberin die Löhne bis Juni 2017 pünktlich bzw. nur leicht verzögert, diejenigen von Juli bis Oktober 2017 mit zweimonatiger Verzögerung aus; die Löhne für November und Dezember 2017 sowie den 13. Monatslohn 2017 konnte sie dagegen nicht ausrichten. Im Jahr 2018 erfolgten die Lohnzahlungen bis und mit April fristgerecht, für die Monate Mai und Juni mit gewissen Verzögerungen und ab Juli 2018 blieben diese aus. Als die Arbeitgeberin den Versicherten über eine weitere Verschlechterung der finanziellen Situation informiert und ihm eine Änderungskündigung samt Abzahlungsvorschlag (Reduktion Beschäftigungsgrad auf 20% ab 1. Dezember 2018 mit einem Lohn von Fr. 1'500.-- pro Monat; act. II 76 f.) unterbreitet hatte, stellte der Versicherte bei ausbleibender Sicherstellung der Lohnausstände die Arbeitsniederlegung in Aussicht (act. II 83), worauf die Arbeitgeberin den Vorschlag einer Änderungskündigung bestätigte (act. II 84). Daraufhin löste der Versicherte das Arbeitsverhältnis – nach vorgängiger Ankündigung vom 10. Oktober 2018 (act. II 85) – am 22. Oktober 2018 fristlos auf (act. II 86).

### **B.**

Mit Antrag vom 28. Februar 2019 (Eingang bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Bern: 4. März 2019) machte der Versicherte Insolvenzenschädigung für offene Lohnforderungen betreffend die Zeit vom 1. Juli 2018 bis

23. Oktober 2018 im Gesamtbetrag von Fr. 31'828.-- geltend (act. II 74 f.). Nach entsprechenden Abklärungen wies die Arbeitslosenkasse den Anspruch auf Insolvenzenschädigung mit Verfügung vom 30. April 2019 infolge Nichterfüllung der Schadenminderungspflicht ab (act. II 39 f.). Diese Verfügung wurde auf Einsprache vom 31. Mai 2019 hin (act. II 33-38) mit Entscheid vom 18. Juli 2019 bestätigt (act. II 20-24).

### **C.**

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, am 11. September 2019 Beschwerde mit dem Antrag, der Einspracheentscheid vom 18. Juli 2019 sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei eine Insolvenzenschädigung von Fr. 31'828.-- auszurichten. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beschwerdeführer entgegen der Annahme der Verwaltung im Hinblick auf die Durchsetzung seiner Lohnansprüche nicht untätig geblieben sei bzw. nicht zu lange zugewartet habe. Entscheidend sei, dass die C.\_\_\_\_\_ AG die Lohnzahlungen nie vollständig eingestellt habe, sondern diese seien zum Teil verspätet bzw. für gewisse Monate nicht erfolgt. Nachdem der Beschwerdeführer im August 2018 über die verschlechterte finanzielle Situation des Unternehmens in Kenntnis gesetzt worden sei, habe er seine Forderungen mit Schreiben vom 18. September 2018 geltend gemacht und kurze Zeit später die Arbeitsniederlegung angedroht – sowie nach vorgängiger Ankündigung – das Arbeitsverhältnis am 22. Oktober 2018 fristlos aufgelöst. Mit Bekanntwerden der gravierenden finanziellen Probleme des Unternehmens habe er sofort reagiert und seine Forderungen resolut und zielstrebig geltend gemacht. Unter diesen Umständen könne dem Beschwerdeführer kein grobes Selbstverschulden vorgeworfen werden.

In seiner Beschwerdeantwort vom 11. Oktober 2019 beantragt das Amt für Arbeitslosenversicherung, Arbeitslosenkasse, die Abweisung der Beschwerde.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 lit. d der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 18. Juli 2019 (act. II 20-24). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung für offene Lohnforderungen in der Zeit von Juli bis Oktober 2018 unter dem Aspekt der Erfüllung der Schadenminderungspflicht.

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

**1.4** Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

## **2.**

**2.1** Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen (lit. a) oder der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen (lit. b), oder sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben (lit. c). Keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten (Art. 51 Abs. 2 AVIG).

**2.2** Die Insolvenzenschädigung deckt für das gleiche Arbeitsverhältnis Lohnforderungen für höchstens die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen (Art. 52 Abs. 1 AVIG).

**2.3** Der Arbeitnehmer muss im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihm mitteilt, dass sie an seiner Stelle in das Verfahren eingetreten ist. Danach muss er die Kasse bei der Verfolgung ihres Anspruchs in jeder zweckdienlichen Weise unterstützen (Art. 55 Abs. 1 AVIG).

Hervorzuheben ist, dass Art. 55 Abs. 1 AVIG, wonach der Arbeitnehmer im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen muss, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, sich dem Wortlaut nach auf das Konkurs- und Pfändungsverfahren bezieht. Die Norm bildet jedoch Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht, welche auch dann Platz greift, wenn das Arbeitsverhältnis vor der Konkursöffnung aufgelöst wird (BGE 114 V 60 E. 4; ARV 1999 Nr. 24 S. 140 ff., bestätigt in Urteil

8C\_748/2015 vom 9. Februar 2016 E. 3.2). Sie obliegt der versicherten Person in reduziertem Umfang schon vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber der Lohnzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und mit einem Lohnverlust zu rechnen ist. Das Mass der vorausgesetzten Schadenminderungspflicht richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls. Vom Arbeitnehmer wird in der Regel nicht verlangt, dass er bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber Betreuung einleitet oder eine Klage einreicht. Er hat jedoch seine Lohnforderung gegenüber dem Arbeitgeber in eindeutiger und unmissverständlicher Weise geltend zu machen (ARV 2002 Nr. 30 S. 190, C 367/01). Zu weitergehenden Schritten ist die versicherte Person dann gehalten, wenn es sich um erhebliche Lohnausstände handelt und sie konkret mit einem Lohnverlust rechnen muss. Denn es geht auch für die Zeit vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht an, dass die versicherte Person ohne hinreichenden Grund während längerer Zeit keine rechtlichen Schritte zur Realisierung erheblicher Lohnausstände unternimmt, obschon sie konkret mit dem Verlust der geschuldeten Gehälter rechnen muss (Urteil 8C\_713/2011 vom 15. März 2012 E. 4.2.1).

### **3.**

**3.1** Aus den Akten geht hervor und ist unbestritten, dass die C.\_\_\_\_\_ AG ihren Lohnzahlungsverpflichtungen gegenüber dem Beschwerdeführer in den vergangenen Jahren wiederholt nicht fristgemäss und zum Teil gar nicht nachgekommen ist. Hinsichtlich der bis Ende 2016 aufgelaufenen Lohnausstände hatte die Arbeitgeberin ihrem Mitarbeiter im Dezember 2016 einen Abzahlungsplan unterbreitet; inwiefern dieser in der Folge umgesetzt wurde, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Offenbar wurden aber die Löhne der Monate Januar bis Juni 2017 fristgerecht oder nur leicht verzögert ausgerichtet, während diejenigen von Juli bis Oktober 2017 zwei Monate verspätet geleistet wurden. Nicht erhalten hat der Beschwerdeführer die für die Monate November und Dezember 2017 und den 13. Monatslohn 2017 geschuldeten Leistungen. Die Lohnzahlungen für die Monate Januar bis April 2018 erfolgten pünktlich, diejenigen für Mai und

Juni 2018 mit einiger Verspätung, namentlich wurde der Juni-Lohn erst am 15. August 2018 überwiesen. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte der Beschwerdeführer – wie in der Beschwerde zutreffend ausgeführt – erfahrungsgemäss damit rechnen, dass ein Grossteil der Lohnforderungen, wenn auch mit einer gewissen Verzögerung oder sogar gewissen Ausfällen, mit der Zeit beglichen würden. Im August 2018 wurde der Beschwerdeführer dann von seiner Arbeitgeberin über die drastisch verschlechterte finanzielle Situation des Unternehmens orientiert und ihm mit Schreiben vom 4. September 2018 (act. II 76 f.) eine Änderungskündigung mit Reduktion des Beschäftigungsgrades auf 20% ab 1. Dezember 2018 bei einem Monatslohn von Fr. 1'500.-- sowie ein Abzahlungsvorschlag betreffend die Lohnausstände bzw. deren je nach Auftragslage nur teilweise Tilgung unterbreitet. Spätestens in diesem Moment musste dem Beschwerdeführer konkret bewusst werden, dass er hinsichtlich seiner Lohnansprüche zu Verlust kommen könnte.

**3.2** Soweit der Beschwerdegegner für die Annahme einer Verletzung der Schadenminderungspflicht davon ausgeht, der Beschwerdeführer habe neun Monate und damit deutlich zu lange mit der Ergreifung von Massnahmen zur Durchsetzung seiner Lohnansprüche zugewartet, verkennt er, dass es vorliegend um die Lohnansprüche ab Juli 2018 geht, für die Insolvenzenschädigung beantragt wurde (E. 1.2 hiervor). Mit Blick auf die Geltendmachung dieser Lohnausstände ist – wie in der Beschwerde zutreffend ausgeführt – festzustellen, dass der Beschwerdeführer das von der Arbeitgeberin im September 2018 unterbreitete Angebot zu einer Anpassung des Arbeitsverhältnisses mit drastischer Reduktion von Beschäftigungsgrad und Lohn ablehnte und in dieser – sich nach der Einstellung der Lohnzahlungen im August 2018 als aussichtslos präsentierenden wirtschaftlichen Lage der C.\_\_\_\_\_ AG – zunächst Sicherstellung der ausstehenden Löhne unter Androhung der Arbeitsniederlegung im Unterlassungsfall verlangte. Als die Arbeitgeberin daraufhin die Änderungskündigung bestätigte, kündigte er das Arbeitsverhältnis nach vorgängiger Androhung mit Schreiben vom 22. Oktober 2018 fristlos. Damit hat er die Lohnansprüche gegenüber seiner Arbeitgeberin eindeutig und unmissverständlich geltend gemacht, sodass er hinsichtlich der am 28. Februar 2019 beantragten

Insolvenzenschädigung seiner Schadenminderungspflicht jedenfalls ohne einen ihm zum Nachteil gereichendem Verzug nachgekommen ist. Unter diesem Aspekt durfte der Beschwerdegegner den Anspruch auf Insolvenzenschädigung nicht ablehnen. Soweit die Verwaltung argumentiert, der Beschwerdeführer habe mit der Einforderung der aus dem Jahre 2017 aufgelaufenen Lohnausstände bis im August 2018, mithin zu lange, zugewartet und diese nicht bereits zuvor mit ernsthaften schriftlichen Mahnungen geltend gemacht, ist dem entgegenzuhalten, dass Gegenstand der vorliegend geltend gemachten Insolvenzenschädigung – wie oben ausgeführt – nicht diese länger zurückliegenden Forderungen für die Monate November und Dezember 2017 samt 13. Monatslohn 2017 bilden, sondern die nicht bezahlten Löhne für die Monate Juli bis Oktober 2018 (Zeitpunkt der fristlosen Kündigung).

**3.3** Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit dieser die übrigen Anspruchsvoraussetzungen prüfe sowie die dem Beschwerdeführer zustehende Insolvenzenschädigung berechne und ausrichte.

#### **4.**

**4.1** Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG keine zu erheben.

**4.2** Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. 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).

Die Kostennote von Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ vom 29. Oktober 2019 ist nicht zu beanstanden. Unter Berücksichtigung des geltend gemachten Aufwandes von 6.05 Stunden und der Auslagen von Fr. 53.60 zuzüglich Mehrwertsteuer hat der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer somit einen Parteikostenersatz von total Fr. 1'687.-- zu bezahlen.

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse, vom 18. Juli 2019 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückgewiesen, damit er – nach Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen – im Sinne der Erwägungen verfare.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegner hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 1'687.-- (inkl. Auslagen und MWSt.), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. des Beschwerdeführers
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern Arbeitslosenkasse
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
  - Staatssekretariat für Wirtschaft – seco

Der Kammerpräsident:

Der Gerichtsschreiber:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öf-

fentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.