



**Fall-Nr.:** AVI 2008/82  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 04.03.2020  
**Entscheiddatum:** 02.10.2009

### **Entscheid Versicherungsgericht, 02.10.2009**

**Art. 55 Abs. 1 AVIG, Insolvenzenschädigung, Schadenminderungspflicht vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Bei erheblichen Lohnausständen und konkret drohendem Lohnverlust genügen mündliche Mahnungen nicht (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 2. Oktober 2009, AVI 2008/82).**

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

#### **Entscheid vom 2. Oktober 2009**

in Sachen

H.\_\_\_\_,

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch lic. iur. Christian Lütolf, c/o Neff Rechtsanwälte, Poststrasse 17,  
Postfach 841, 9001 St. Gallen,

gegen

**Kantonale Arbeitslosenkasse,** Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend

**Insolvenzenschädigung (Schadenminderungspflicht)**



### Sachverhalt:

A.

A.a H.\_\_\_\_ war seit 1977 bei der A.\_\_\_\_ als Hochbauzeichnerin und Sekretariatsmitarbeiterin angestellt gewesen (act. G 1.2). Mit Schreiben vom 22. Januar 2008 kündigte sie dieses Arbeitsverhältnis per 30. April 2008 (act. G 1.4). Am 23. Mai 2008 eröffnete der Konkursrichter des Kreisgerichts B.\_\_\_\_ über die A.\_\_\_\_ den Konkurs und am 5. Juni 2008 verfügte er die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven.

A.b Am 22. Mai 2008 liess H.\_\_\_\_ durch ihren Rechtsvertreter Christian Lütolf, St. Gallen, einen Antrag auf Insolvenzenschädigung stellen und machte hierbei offene Lohnforderungen für die Monate Januar bis April 2008 von total Fr. 17'766.90 geltend. Bis 31. Dezember 2006 habe sie den Lohn erhalten. Ihr letzter Arbeitstag sei der 23. April 2008 gewesen (act. G 3.13). Mit Schreiben vom 6. Juni 2008 ersuchte die Kantonale Arbeitslosenkasse um Mitteilung, welche Massnahmen die Versicherte vor Konkurseröffnung gegen ihre Arbeitgeberin ergriffen habe, um die Lohnforderungen geltend zu machen (act. G 3.11). In seiner Stellungnahme vom 20. Juni 2008 führte der Vertreter der Versicherten aus, sie habe während des Arbeitsverhältnisses wiederholt gegen die Lohnteilzahlungen protestiert bzw. die längst fälligen Lohnforderungen eingefordert, dies zumeist vor Zeugen (act. G 3.8). Er reichte zudem ein Schreiben der Versicherten vom 1. Mai 2008 ein, in welchem diese die Arbeitgeberin auffordert, ihr einen konkreten Zahlungsvorschlag für die ihr zustehenden Lohnforderungen im Umfang von ca. Fr. 153'367.-- bis 16. Mai 2008 zu unterbreiten (act. G 3.9). Mit Schreiben vom 24. Juni 2008 teilte die Kantonale Arbeitslosenkasse dem Vertreter der Versicherten mit, der Antrag auf Insolvenzenschädigung werde voraussichtlich abgelehnt, da die Versicherte ihrer Schadenminderungspflicht nur ungenügend nachgekommen sei (act. G 3.6). In ihrer Stellungnahme vom 8. Juli 2008 liess hierauf die Versicherte geltend machen, eine allfällige Untätigkeit im Jahr 2007 wäre gar nicht kausal gewesen für die Entstehung des Insolvenzschatens in den Monaten Januar bis April 2008. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestehe zudem vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Obliegenheit, gegen den Arbeitgeber vorzugehen, nur in reduziertem Umfang und nur unter der Voraussetzung, dass konkret



mit einem Lohnverlust gerechnet werden müsse. Sie habe aufgrund ihrer Stellung im Betrieb - einer kleinen Familienunternehmung - Einblick in den Geschäftsgang gehabt. Angesichts des Geschäftsganges habe für sie bis zum 1. Mai 2008 überhaupt kein Anlass bestanden, konkret mit einem Lohnverlust zu rechnen. Als sie erste Anzeichen für einen drohenden Lohnverlust bemerkt habe, habe sie das Arbeitsverhältnis umgehend ordentlich gekündigt (act. G 3.5).

A.c Mit Verfügung vom 9. Juli 2008 lehnte die Kantonale Arbeitslosenkasse den Anspruch von H.\_\_\_\_ auf Insolvenzenschädigung ab. Die Versicherte habe ihre Schadenminderungspflicht verletzt, weil sie nicht alles unternommen habe, um die Lohnausstände rechtzeitig geltend zu machen (act. G 3.4).

A.d Eine gegen diese Verfügung am 10. September 2008 erhobene Einsprache wies die Kantonale Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 13. November 2008 ab. Der Lohnausstand der Versicherten sei erheblich und seit dem Jahr 2003 stetig angewachsen. Die Arbeitgeberin habe somit seit Jahren mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen gehabt. Es sei nicht anzunehmen, dass der Konkurs überraschend eröffnet worden sei. Aufgrund der langjährigen fehlenden Lohnzahlung habe die Versicherte mit einem Lohnverlust rechnen müssen. Indem sie dennoch weiter angestellt geblieben sei, habe sie auf eigenes Risiko gehandelt (act. G 3.1).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die Beschwerde des Vertreters der Versicherten vom 17. Dezember 2008 mit den Rechtsbegehren, der Einspracheentscheid sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei eine Insolvenzenschädigung von Fr. 17'766.90 zuzusprechen, eventualiter sei die Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin zu neuem Entscheid zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Für die Beschwerdeführerin habe es erstmals im Dezember 2007 Anzeichen dafür gegeben, dass die Arbeitgeberin nicht bereit sei, ihr die Lohnausstände zu zahlen. Sie habe ihre Arbeitsstelle daraufhin im Januar 2008 gekündigt und kurze Zeit später eine geeignete neue Anstellung gefunden. Zu präzisieren sei, dass die Beschwerdeführerin nicht den gesamten vertraglichen Lohn schon vorher wiederholt mündlich abgemahnt habe, sondern nur den auf besonderer



Vereinbarung beruhenden Restlohn. Die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin habe seit 1992 ein Leiterkopfsystem entwickelt. Für die entsprechenden Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen habe die Beschwerdeführerin der Arbeitgeberin ein Darlehen in der Höhe von Fr. 100'000.-- gewährt und zusätzlich freiwillig teilweise auf eine Lohnauszahlung verzichtet. Zu diesen finanziellen Zugeständnissen sei die Beschwerdeführerin bereit gewesen, weil sie - auch in ihrer Eigenschaft als Minderheitsaktionärin der Arbeitgeberin - vom Marktpotenzial dieses Leiterkopfsystems überzeugt gewesen sei. Auch wenn der vereinbarte Restlohn sporadisch nicht vollständig bezahlt worden sei, habe die Beschwerdeführerin nicht mit einem Lohnverlust rechnen müssen, da auch diese Mittel vollumfänglich in die Forschung und Entwicklung des Leiterkopfsystems geflossen seien. Als Minderheitsaktionärin hätte sie am künftigen Markterfolg dieses Leiterkopfsystems partizipiert. Die Forschungs- und Entwicklungsarbeiten seien planmässig verlaufen, weshalb sie davon ausgehen dürfen, dass ihr Lohnauszahlungsverzicht zu einem späteren Zeitpunkt mit ihrem Gewinnanteil aus der kommerziellen Verwertung des Leiterkopfsystems zumindest kompensiert würde. Im Dezember 2007 habe die Arbeitgeberin erstmals den Restlohn ohne Angaben von Gründen überhaupt nicht mehr ausbezahlt. Daraufhin habe die Beschwerdeführerin schnell reagiert und schon im Januar 2008 gekündigt und sich eine neue Stelle gesucht. Im März 2008 habe zudem der einzige Verwaltungsrat und Hauptaktionär ihrer Arbeitgeberin begonnen, die Aktiva der Unternehmung zu liquidieren. Zu diesem Zeitpunkt sei es der Beschwerdeführerin bewusst geworden, dass sie konkret mit Lohnverlusten rechnen müsse. Da der Verwaltungsrat sie durch dieses Verhalten willentlich und wissentlich um ihre künftigen Gewinnanteile und damit um die Kompensation der Lohnauszahlungsverzichte zu betrügen versucht habe, habe sie die Lohnauszahlungsverzichte mit ihrem Schreiben vom 1. Mai 2008 widerrufen. Ebenso habe sie ihr Darlehen gekündigt und in Betreuung gesetzt (act. G 1).

B.b In ihrer Beschwerdeantwort vom 12. Januar 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Nachdem die Beschwerdeführerin freiwillig seit Jahren auf ihren Lohn verzichtet habe, habe sie einen Lohnverlust ausdrücklich hingenommen (act. G 3).

B.c Mit Replik vom 23. Februar 2009 macht der Vertreter der Beschwerdeführerin geltend, die Beschwerdeführerin habe üblicherweise in den ersten Monaten des



Geschäftsjahres deutlich mehr Lohn ausbezahlt erhalten als gegen Jahresende. Sie habe daher nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass im ersten Quartal 2008 der Lohn tatsächlich ausbezahlt und zudem im Jahresvergleich überdurchschnittlich ausfallen würde. In der Buchhaltung sei systematisch viel zu wenig Aufwand für die Leiterkopfentwicklung erfasst worden mit der Begründung, die Hausbank würde einen solch grossen Aufwand nicht akzeptieren. Die Beschwerdeführerin habe aktiv und unter erheblichem persönlichem Einsatz an den Forschungs- und Entwicklungsarbeiten mitgewirkt. Es sei ihr deshalb auch jederzeit möglich gewesen zu beurteilen, ob die Aussichten intakt seien, dass ihr Lohnauszahlungsverzicht zu einem wirtschaftlichen Erfolg und damit zu Mittelrückflüssen an sie selbst führen würde. Sie hätte als eine der ersten bemerkt, wenn diese Aussichten nicht mehr intakt gewesen wären. Dies sei nicht vor Dezember 2007 der Fall gewesen. Im Übrigen sei nach wie vor ein künftiger Markterfolg des Leiterkopfsystems möglich und werde durch den aktuellen Patentinhaber auch weiterhin angestrebt (act. G 5).

### Erwägungen:

1.

Beitragspflichtige Arbeitnehmende von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmende beschäftigen, haben unter anderem Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen für geleistete, aber nicht bezahlte Arbeit zustehen (Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG). Die Insolvenzenschädigung deckt die Lohnforderungen für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkurseröffnung sowie allfällige Lohnforderungen für Arbeitsleistungen nach der Konkurseröffnung, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Die Arbeitnehmenden müssen im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen, um ihre Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihnen mitteilt, dass sie an ihrer Stelle in das Verfahren eingetreten ist (Art. 55 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Gemäss der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) müssen versicherte Personen



nicht nur im Konkurs- oder Pfändungsverfahren und nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Lohnansprüche innert nützlicher Frist geltend machen, sondern es obliegt ihnen bereits vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Schadenminderungspflicht, wenn die Arbeitgeberschaft der Lohnzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und die Arbeitnehmenden mit einem Verlust rechnen müssen (ARV 2002 Nr. 30, S. 190 f.). Die Schadenminderungspflicht der versicherten Person ist ein für das Arbeitslosenversicherungsrecht zentraler Grundsatz, welcher das Gesetz in verschiedenen Zusammenhängen ausdrücklich konkretisiert (vgl. neben Art. 55 Abs. 1 AVIG auch Art. 17 AVIG und Art. 41 AVIG). An die Schadenminderungspflicht der versicherten Person vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses sind allerdings nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie nach dessen Auflösung. Von der arbeitnehmenden Person wird in der Regel nicht verlangt, dass sie bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber Betreibung einleitet oder eine Klage einreicht. Sie hat jedoch ihre Lohnforderung gegenüber dem Arbeitgeber in eindeutiger und unmissverständlicher Weise geltend zu machen (vgl. ARV 2002 Nr. 30 S. 190 f.). Zu weitergehenden Schritten ist die versicherte Person dann gehalten, wenn es sich um erhebliche Lohnausstände handelt und sie konkret mit einem Lohnverlust rechnen muss (Urteil des EVG vom 14. Oktober 2004, C 114/04, E. 3.1; Urteil des EVG vom 4. Juli 2002, C 33/02, E. 1c). Inwieweit Massnahmen zur Realisierung der Lohnansprüche bereits vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses zumutbar sind, beurteilt sich nach den gesamten Umständen im Einzelfall (vgl. Urteil des EVG vom 5. Dezember 2006, C 231/06).

2.

2.1 Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Beschwerdeführerin seit Jahren den vertraglich vereinbarten Lohn nicht erhalten hat. Während sie im Verwaltungsverfahren noch geltend machen liess, sie habe gegen diese zu tiefen Lohnzahlungen wiederholt mündlich protestiert, soll sie gemäss Ausführungen im Beschwerdeverfahren den zu tiefen Lohnzahlungen jeweils konkret zugestimmt haben, dies im Hinblick auf eine allfällige Erfolgsbeteiligung. Auch im Kündigungsschreiben vom 22. Januar 2008 hält die Beschwerdeführerin fest, sie sei bereit, "gegen noch festzulegendes Entgelt" verschiedene Arbeiten, Einsätze und Unterstützungen zu leisten (vgl. act. G 1.4). Damit erscheint jedoch bereits fraglich, welcher Lohn der Beschwerdeführerin effektiv für die



letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses geschuldet war, erfolgte die Lohnzahlung doch seit Jahren individuell je nach Geschäftsgang.

2.2 Im Antrag auf Insolvenzenschädigung liess die Beschwerdeführerin ausführen, sie habe den Lohn bis Ende 2006 erhalten. Den Akten kann entnommen werden, dass die Lohnzahlungen effektiv im Jahr 2007 massiv eingebrochen sind. So weist die Beschwerdeführerin für das Jahr 2007 ein Bruttoeinkommen von Fr. 28'731.-- aus, noch im Vorjahr betragen die Lohnzahlungen immerhin Fr. 44'465.-- (vgl. act. G 3.19). In ihrem Schreiben vom 1. Mai 2008 an die Arbeitgeberin beziffert die Beschwerdeführerin allein den Lohnausstand für das Jahr 2007 mit Fr. 34'062.-- (vgl. act. G 1.22), was einem Lohnausstand von mehr als sechs Monaten entsprechen würde. Damit steht fest, dass der Lohnausstand per Ende Dezember 2007 jedenfalls erheblich war. Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin sich trotz des erheblichen Lohnausstands bis zum 1. Mai 2008 mit mündlichen Mahnungen begnügen durfte. Von Bedeutung ist dabei die Frage, ob sie konkret mit einem Lohnverlust rechnen musste.

2.3 Wie sich aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin ergibt, war sie aufgrund ihrer Stellung im Betrieb der Arbeitgeberin, als Minderheitsaktionärin und nicht zuletzt auch aufgrund des Umstands, dass sie dieser erhebliche Darlehen gewährte, bis Dezember 2007 davon überzeugt, in die Entscheidungen der Arbeitgeberin miteinbezogen zu werden und damit das Risiko abschätzen zu können, ob Verluste drohen. Ob damit der Beschwerdeführerin als am Betrieb finanziell Beteiligte eine arbeitgeberähnliche Position im Sinne von Art. 51 Abs. 2 AVIG zukam (was einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung ohnehin ausschliessen würde), kann letztlich offen bleiben. Spätestens Ende 2007 wurde jedenfalls der Beschwerdeführerin ohne Begründung der Lohn überhaupt nicht mehr ausbezahlt, was sie zum Anlass nahm, ihre Stelle im Januar 2008 per Ende April 2008 zu kündigen. Angesichts des bereits bestehenden erheblichen Lohnausstandes und der offenbar unbegründet weiterhin ausbleibenden Lohnzahlungen musste die Beschwerdeführerin ganz konkret damit rechnen, dass ihre ab Januar 2008 geleistete Arbeit nicht mehr bezahlt würde. Der konkret drohende Lohnverlust war denn auch offensichtlich massgebend dafür, dass die Beschwerdeführerin ihr langjähriges Arbeitsverhältnis kündigte.



2.4 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie habe bis April 2008 nicht mit einer Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin gerechnet, gilt festzuhalten, dass dies schwer nachvollziehbar ist: Zum einen befand sich die Arbeitgeberin seit Jahren in Liquiditätsschwierigkeiten, weshalb die Beschwerdeführerin wiederholt auf Lohnzahlungen verzichtete und zusätzlich in erheblichem Umfang persönliche Darlehen gewährte. Dass diese Liquiditätsschwierigkeiten nichts mit dem Kerngeschäft, sondern mit der Entwicklung eines Leiterkopfsystems zu tun hatten, ändert daran nichts. Wegen Liquiditätsschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Entwicklung dieses Leiterkopfsystems war bereits die Z.\_\_\_\_, bei der die Beschwerdeführerin ebenfalls finanziell beteiligt und zudem im Verwaltungsrat war, im Dezember 1998 Konkurs gegangen. Wenn die Beschwerdeführerin trotz des konkret drohenden Lohnverlustes keine rechtlichen Schritte gegenüber ihrer Arbeitgeberin unternahm, mag das in erster Linie mit ihrer starken persönlichen und auch finanziellen Beteiligung am Betrieb zusammenhängen. Die - allesamt ungesicherten - Forderungen, welche die Beschwerdeführerin nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegenüber ihrer ehemaligen Arbeitgeberin bzw. deren Verwaltungsrat stellte, sind jedenfalls beträchtlich (mindestens Fr. 540'000.--, vgl. act. G 1.23).

2.5 Unter den gegebenen Umständen wäre es der Beschwerdeführerin daher zumutbar gewesen, gegenüber der Arbeitgeberin auch während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses weitere rechtliche Schritte zu unternehmen, umso mehr als das Arbeitsverhältnis ohnehin bereits gekündigt war. So wäre es der Beschwerdeführerin z.B. möglich und zumutbar gewesen, ihre weitere Arbeitsleistung von der Bezahlung des Lohnrückstandes abhängig zu machen (vgl. zur zulässigen Arbeitsverweigerung bei Lohnrückstand: Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2006, Art. 323 N 3 mit Hinweisen). Indem sich die Beschwerdeführerin stattdessen mit mündlichen Mahnungen begnügt und wegen der Lohnausstände erstmals nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich bei der Arbeitgeberin interveniert hat, hat sie ihre Schadenminderungspflicht in schwerwiegender Weise verletzt, weshalb sie keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung hat.

3.



Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen.  
Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

### **entschieden:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.