



**Fall-Nr.:** AVI 2009/33  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 04.03.2020  
**Entscheiddatum:** 19.11.2009

### **Entscheid Versicherungsgericht, 19.11.2009**

**Art. 55 Abs. 1 AVIG. Kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung wegen Verletzung der Schadenminderungspflicht während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, wenn der Beschwerdeführer trotz Lohnausständen während fast zwei Jahren bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses keine rechtlichen Schritte gegen den Arbeitgeber einleitet (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. November 2009, AVI 2009/33).**

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterin Marie Löhner, Versicherungsrichter Franz Schlauri; Gerichtsschreiberin Andrea Keller

#### **Entscheid vom 19. November 2009**

in Sachen

**M.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Daniel Küng, Rosenbergstrasse 51, Postfach 1121, 9001 St. Gallen,

gegen

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

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend



### Insolvenzentschädigung (Schadenminderungspflicht)

#### Sachverhalt:

A.

A.a M. \_\_\_ arbeitete vom 3. Oktober 1997 bis zum 31. August 2007 als Chauffeur und Hilfsmetzger bei der Metzgerei A. \_\_\_ in Z. \_\_\_. Am 25. Januar 2008 forderte der Versicherte, vertreten durch lic. iur. Daniel Küng, Fürsprecher, St. Gallen, seinen ehemaligen Arbeitgeber auf, die noch offenen Lohnforderungen zu begleichen (act. G 5.1/13b). Mit Schreiben vom 6. Februar 2008 an Fürsprecher Küng machte der ehemalige Arbeitgeber geltend, die noch offenen Lohnforderungen des Versicherten beliefen sich auf Fr. 9'000.-. Dem stünden jedoch Gegenforderungen in Höhe von Fr. 10'833.- gegenüber, weshalb er der Auffassung sei, dass aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten keine Forderungen mehr bestünden (act. G 5.1/13d). Mit Schreiben vom 2. Mai 2008 an den Arbeitgeber machte Fürsprecher Küng geltend, die Lohnforderungen seien weitaus höher als Fr. 9'000.-. Zudem bestritt er die vom Arbeitgeber geltend gemachten Gegenforderungen mit Ausnahme von vier Radarbussen von insgesamt Fr. 240.- (act. G 5.1/13c).

A.b Am 28. August 2008 wurde der Konkurs über den Inhaber des Einzelunternehmens Metzgerei A. \_\_\_ eröffnet. Die Konkursöffnung wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert. Am 20. Oktober 2008 gab der Versicherte, vertreten durch Fürsprecher Küng, im Konkurs Lohnforderungen im Betrag von Fr. 20'020.60 ein (act. G 5.1/13e und 13f). Am 30. Oktober 2008 stellte der Versicherte, vertreten durch Fürsprecher Küng, bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen Antrag auf Insolvenzentschädigung für ausstehende Lohnforderungen für die Monate Mai bis August 2007 im Umfang von ebenfalls insgesamt Fr. 20'020.60 (act. G 5.1/12 und 13).

A.c Mit Verfügung vom 5. Januar 2009 lehnte die Kantonale Arbeitslosenkasse den Antrag auf Insolvenzentschädigung ab mit der Begründung, der Versicherte habe seine Schadenminderungspflicht verletzt, indem er seinen Arbeitgeber bis zum 25. Januar 2008 nie schriftlich aufgefordert habe, die ausstehenden Löhne zu bezahlen (act. G 5.1/6).



B.

Die gegen diese Verfügung erhobene Einsprache wies die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 10. März 2009 ab. In der Begründung argumentierte die Arbeitslosenkasse neu, der Versicherte hätte schon während der Dauer des Arbeitsverhältnisses rechtliche Schritte zur Realisierung seiner Lohnforderungen einleiten müssen. Da er dies nicht getan habe, sei er seiner Schadenminderungspflicht nicht in ausreichendem Mass nachgekommen (act. G 5.1/1).

C.

C.a Mit Eingabe vom 24. April 2009 und Ergänzung vom 18. Mai 2009 hat der Versicherte, vertreten durch Fürsprecher Küng, Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 10. März 2009 an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen erhoben. Er stellt folgende Anträge: 1. Der angefochtene Einspracheentscheid der Kantonalen Arbeitslosenkasse vom 10. März 2009 und die ihm zugrunde liegende Verfügung vom 5. Januar 2009 seien vollumfänglich aufzuheben. 2. Es sei dem Beschwerdeführer eine Insolvenzenschädigung in der Höhe von Fr. 20'020.60 zuzusprechen und zu entrichten. 3. Allenfalls sei die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers auf eine Insolvenzenschädigung zu bejahen und es sei die Angelegenheit zwecks Berechnung der Höhe der Insolvenzenschädigung und anschliessender Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin (act. G 1). Der Anwalt bestreitet, dass dem Beschwerdeführer eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorgeworfen werden könne. Insbesondere hätte ihm nicht zugemutet werden können, noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses rechtliche Schritte gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber einzuleiten. Zwar sei es während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bei den Lohnzahlungen zeitweise zu Verzögerungen gekommen. Der Beschwerdeführer hätte jedoch zu keinem Zeitpunkt annehmen können, dass der Arbeitgeber seinen finanziellen Verpflichtungen ihm gegenüber nicht nachkommen würde. Zudem seien immer wieder (auch im Jahr 2007) Teilzahlungen erfolgt (act. G 3).



C.b Mit Beschwerdeantwort vom 17. Juni 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin unter Verweisung auf den Einspracheentscheid vom 10. März 2009 und die Verfügung vom 5. Januar 2009 die Abweisung der Beschwerde (act. G 5). Der Beschwerdeführer hat auf die Einsichtnahme in die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Akten und auf eine Stellungnahme verzichtet (act. G 7).

### Erwägungen:

1.

1.1 Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) 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. Die Insolvenzenschädigung deckt die Lohnforderung 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 AVIG (Art. 52 Abs. 1 AVIG). Mit den letzten vier Monaten des Arbeitsverhältnisses vor der Konkurseröffnung sind nicht Kalender-, sondern Lohnmonate gemeint. Endigt das Arbeitsverhältnis bereits vor Eintritt des Insolvenztatbestands, sind die massgeblichen Monate für den Leistungsbezug die letzten vier des Arbeitsverhältnisses. Eine zeitliche Begrenzung ergibt sich einzig aus der Verjährung der Lohnforderungen nach Art. 128 Ziff. 3 OR (Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung, 2004, S. 124).

1.2 Nach Art. 55 Abs. 1 AVIG müssen Arbeitnehmende 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. Danach müssen sie die Kasse bei der Verfolgung ihres Anspruchs in jeder zweckdienlichen Weise unterstützen. Diese Bestimmung bezieht sich dem Wortlaut nach auf das Konkurs- und Pfändungsverfahren. Sie bildet jedoch Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht, welche auch dann Platz greift,



wenn das Arbeitsverhältnis vor der Konkurseröffnung aufgelöst wird (Urteil des Bundesgerichts vom 31. Juli 2008, 8C\_329/08, E. 2.2 mit Hinweisen). Sie obliegt der versicherten Person in reduziertem Umfang bereits vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber der Lohnzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und mit einem Lohnverlust zu rechnen ist (ARV 2002 Nr. 30 S. 190). Die Schadenminderungspflicht setzt nicht notwendigerweise voraus, dass die Lohnforderung auf dem Betreibungs- oder Klageweg geltend gemacht wird. Praxisgemäss genügt es, wenn die Arbeitnehmenden unmissverständliche Zeichen setzen, aus denen die Ernsthaftigkeit ihrer Lohnforderungen zu erkennen ist (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 15. Oktober 2001, C 194/01, E. 2b). 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 des EVG vom 6. Februar 2006, C 270/05, E. 3.1 mit Hinweisen).

2.

2.1 Aus den in den Akten liegenden Bankauszügen ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer vom Arbeitgeber schon seit Oktober 2005 monatlich nur jeweils Fr. 3'000.- überwiesen wurden. In einzelnen Monaten (Oktober und November 2006; Januar bis März 2007; Mai 2007) erfolgten gemäss den Bankauszügen gar keine Lohnzahlungen (act. G 5.1/13i). Aus den in den Akten liegenden Lohnlisten ergibt sich, dass beim im Stundenlohn angestellten Beschwerdeführer zwar unregelmässige, jedoch im Durchschnitt höhere AHV-pflichtige Löhne ausgewiesen werden (act. G 5.1/13g). Somit wurde dem Beschwerdeführer offenbar schon während fast zwei Jahren vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 31. August 2007 zu wenig Lohn ausbezahlt. Im Jahr 2007 wurden in den ersten drei Monaten sogar überhaupt keine Lohnzahlungen erbracht. Der Beschwerdeführer hat nach eigener Darstellung bis zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses am 31. August 2007 ausser mündlichen Mahnungen oder Erkundigungen nichts unternommen, um seinen Forderungen



Nachdruck zu verleihen. Er macht geltend, das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Metzgerei A.\_\_\_\_ habe beinahe zehn Jahre gedauert, und diese sei in Z.\_\_\_\_ ein eingesessenes und angesehenes Unternehmen gewesen. Er habe deshalb zu keinem Zeitpunkt Veranlassung zur Annahme gehabt, dass der Arbeitgeber seinen finanziellen Verpflichtungen ihm gegenüber nicht nachkommen werde, zumal immer wieder (auch im Jahr 2007) Teilzahlungen erfolgt seien (vgl. act. G 3). Der vom Beschwerdeführer gewählte Weg, ausstehenden Lohn in persönlichen Gesprächen geltend zu machen, ist zwar – zumindest in einer ersten Phase – an und für sich geeignet, der Schadenminderungspflicht gemäss Art. 55 Abs. 1 AVIG nachzukommen. Mündliche Zahlungsaufforderungen können schadenmindernd wirken, allerdings nur, wenn die Bemühungen nach einer gewissen Zeit auch den angestrebten Erfolg, nämlich Lohnzahlungen, zeitigen. Ein derartiger Erfolg ist aber vorliegend nicht eingetreten. Nachdem offenbar seit Oktober 2005 zu wenig Lohn ausbezahlt wurde, musste dem Beschwerdeführer klar sein, dass seine Lohnforderungen trotz der mündlichen Zahlungsaufforderungen erheblich gefährdet waren. Zudem sind die Lohnausstände nach Angaben des Beschwerdeführers bis zur beträchtlichen Summe von Fr. 20'092.- angewachsen. Im Rahmen der Schadenminderungspflicht wäre er mindestens gehalten gewesen, dem Arbeitgeber unmissverständlich die Lohnforderungen kund zu tun und die weiteren zur Realisierung der Lohnansprüche erforderlichen rechtlichen Schritte (schriftliche Mahnung mit Fristansetzung, Betreibung oder Klage) in die Wege zu leiten. In diesem Zusammenhang ist auf die offenkundige Tatsache hinzuweisen, dass Schuldner oftmals erst unter dem Druck einer schriftlichen Aufforderung ihren Zahlungspflichten nachkommen (Urteil des EVG vom 20. Juli 2004, C 264/04, E. 2.3). Dass das Arbeitsverhältnis schon viele Jahre andauert und es sich beim Betrieb des Arbeitgebers um ein angesehenes Unternehmen handelt, ändert daran angesichts der erheblichen und lang andauernden Lohnausstände nichts.

2.2 Indem der Beschwerdeführerin fast zwei Jahre lang zu tiefe Lohnzahlungen akzeptierte und es bis zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses trotz drohenden Lohnverlusts bei blossen mündlichen Mahnungen sowie Erkundigungen belies, hat er nach dem Gesagten die Ernsthaftigkeit seiner Durchsetzungsbemühungen nicht in genügendem Mass dargetan (vgl. Urteil des EVG vom 30. März 2006 i.S. M., C 271/05, E. 4.2). Die Ablehnung eines Anspruchs auf Insolvenzenschädigung durch die Beschwerdegegnerin erfolgte somit zu Recht.



3.

Bei diesem Prozessergebnis kann offen bleiben, ob bzw. in welchem Umfang die dem Antrag auf Insolvenzenschädigung zugrunde liegende Lohnforderung überhaupt besteht bzw. wenigstens glaubhaft gemacht worden ist (vgl. Art. 74 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

4.

Aus den vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

### **entschieden:**

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