



**Fall-Nr.:** AVI 2010/15  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 10.09.2019  
**Entscheiddatum:** 22.09.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 22.09.2010**

**Art. 51 AVIG: Insolvenzenschädigung. Vorliegend hat der Beschwerdeführer mit der Durchsetzung seiner Lohnforderung zu lange zugewartet und ist damit seiner Schadenminderungspflicht nicht hinreichend nachgekommen. Deshalb besteht kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. September 2010, AVI 2010/15). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_916/2010.**

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

### **Entscheid vom 22. September 2010**

in Sachen

**R.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Federico A. Pedrazzini, Vadianstrasse 35,  
Postfach 115, 9001 St. Gallen,

gegen

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

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend



### Insolvenzentschädigung (Schadenminderungspflicht)

#### Sachverhalt:

A.

A.a R.\_\_\_\_ stellte am 20. April 2009 Antrag auf Insolvenzentschädigung, nachdem am gleichen Tag über die A.\_\_\_\_ der Konkurs eröffnet worden war. Dabei gab er an, das Arbeitsverhältnis habe vom 1. April 2007 bis zum 31. Mai 2009 gedauert. Der letzte Arbeitstag sei der 31. März 2009 gewesen, den Lohn habe er bis 30. November 2008 erhalten. Er macht für Dezember 2008 bis März 2009 Fr. 10'500.-- zuzüglich Fr. 875.-- (Anteil 13. Monatslohn) sowie Fr. 1'000.-- (Anteil Ferien ab 2009) offene Lohnforderungen geltend (act. G 3.1). Mit Verfügung vom 14. Oktober 2009 wies die Kantonale Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen den Antrag ab. Der Versicherte habe erst mit Schreiben vom 27. März 2009, also kurz vor Konkursöffnung, schriftlich beim Arbeitgeber betreffend Lohnausstände interveniert. Obwohl die Lohnausstände bis ins Jahr 2007 zurückreichten, habe der Versicherte den Arbeitgeber nach eigenen Angaben vor besagtem Schreiben nur mündlich gemahnt. Indem er auf bessere Zeiten gewartet habe, sei er seiner Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen. Er habe deshalb keinen Anspruch auf Insolvenzentschädigung (act. G 3.12).

A.b Mit Einsprache vom 16. November 2009 liess der Versicherte durch seinen Rechtsvertreter geltend machen, er sei auf seine mündlichen Interventionen hin vom Arbeitgeber jeweils mittels glaubhaften schriftlichen Belegen hinsichtlich bevorstehender Zahlungseingänge an die Gesellschaft hingehalten worden. Dies habe er bereits belegt. Die Kasse sei aber nicht darauf eingegangen. Gerade diese Dokumente (Bank-E-Mails an einen der beiden Gesellschafter der A.\_\_\_\_) zeigten jedoch, dass er sich gegen die ausstehenden Lohnzahlungen zur Wehr gesetzt habe und auf die Begleichung der Ausstände habe vertrauen dürfen. Im Übrigen sehe das Gesetz keine schriftliche Abmahnungspflicht vor, weshalb dem Einsprecher eine bloss mündliche Intervention beim Arbeitgeber nicht zum Nachteil gereichen könne (act. G 3.13).



## St.Galler Gerichte

A.c Mit Entscheid vom 4. Januar 2010 wies die Kasse die Einsprache ab. Die A.\_\_\_\_ habe offensichtlich seit Jahren unter finanziellen Schwierigkeiten zu leiden gehabt und sei nicht erst kurz vor Konkureröffnung in solche geraten. Aus dem Schreiben vom 27. März 2009 sei ersichtlich, dass der Versicherte seit Dezember 2007 ausstehende Lohnforderungen in Höhe von Fr. 122'030.-- geltend gemacht habe. Es handle sich dabei um einen erheblichen und stetig wachsenden Lohnausstand, der den Versicherten zur Einleitung rechtlicher Schritte hätte veranlassen müssen. Indem der Versicherte trotz mehrjähriger fehlender Lohnzahlung an seiner Arbeitsstelle verblieben sei, habe er mit einem Lohnverlust rechnen müssen. Indem er trotzdem keine ausreichenden Schritte eingeleitet habe, sei er seiner Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen (act. G 3.14).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 4. Februar 2010 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids vom 4. Januar 2010. Dem Beschwerdeführer sei sodann die beantragte Insolvenzentschädigung auszurichten. Zur Begründung wird wiederum im Wesentlichen geltend gemacht, der Beschwerdeführer habe den Gesellschafter B.\_\_\_\_ wiederholt mündlich auf die Lohnausstände aufmerksam gemacht und sei jeweils mit Belegen über angeblich bevorstehende Zahlungseingänge an die Gesellschaft glaubhaft vertröstet worden. Der Beschwerdeführer habe sich auch auf Grund der Geschäftszahlen, in die er als Verkaufsleiter Einblick gehabt habe, nicht veranlasst sehen müssen, weitere Schritte einzuleiten. Dies sei erst der Fall gewesen, als besagter Gesellschafter inhaftiert worden sei, und er (der Beschwerdeführer) die Ausstände am 27. März 2009 schriftlich angemahnt habe. Da zu diesem Zeitpunkt der Konkurs ohnehin absehbar gewesen sei, hätte eine Betreuung ausser weiteren Kosten nichts mehr gebracht. Im Übrigen könne ausgeschlossen werden, dass eine schriftliche Abmahnung in diesem Fall, in dem die Angestellten die Gesellschafter gut gekannt hätten, etwas geändert hätte (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 23. Februar 2010 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Die Lohnausstände gingen zurück auf das Jahr 2007. Dem Beschwerdeführer wäre es zuzumuten gewesen, die Ausstände in eindeutiger und



unmissverständlicher Form (schriftlich, eingeschrieben) einzufordern und nicht bis kurz vor Konkurseröffnung zu warten (act. G 3).

B.c Der Beschwerdeführer verzichtet auf eine Replik (act. G 5).

### Erwägungen:

1.

1.1 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).

1.2 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, welchen 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 Betreuung 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 Vorliegend waren zum Zeitpunkt der Konkursöffnung am 20. April 2009 bzw. zum Zeitpunkt der erstmaligen schriftlichen Intervention des Beschwerdeführers bei seiner Arbeitgeberin am 27. März 2009 nach dessen eigenen Angaben Lohnbetreffnisse in Höhe von Fr. 122'030.-- offen. Die Ausstände reichten - ebenfalls nach eigenen Angaben - bis ins Jahr 2007 zurück (13. Monatslohn). Ab Mai 2008 erfolgte nach der Aufstellung des Beschwerdeführers nur noch jede zweite Lohnzahlung, ab Dezember 2008 blieben die Lohnzahlungen völlig aus (mit Ausnahme einer aufgeführten Zahlung von Fr. 2'000.-- im März 2009; act. G 3.3). Mit der Lohnaufstellung vom 27. März 2009 stimmen im Wesentlichen die vom Beschwerdeführer eingereichten Kontoauszüge überein. Danach erhielt er im Januar, März, April, Mai, Juni, September und November 2008 jeweils Zahlungen in Höhe von Fr. 13'000.--. Im Dezember 2008 erhielt er noch eine Zahlung in Höhe von Fr. 8'000.-- (act. G 3.6), die mit seiner Aufstellung jedoch nicht übereinstimmt (Fr. 5'000.--). Mithin kann ohne Weiteres von erheblichen Lohnausständen während rund zehn Monaten (Mai 2008 bis März 2009) - und damit während längerer Zeit - ausgegangen werden. Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer sich trotz des erheblichen Lohnausstands bis zum 27. März 2009 mit mündlichen Mahnungen begnügen durfte. Von Bedeutung ist dabei die Frage, ob er konkret mit einem Lohnverlust rechnen musste.



2.2 Unbestrittenermassen machte der Beschwerdeführer seine Forderung gegenüber der Arbeitgeberin erstmals mit Schreiben vom 27. März 2009 geltend (act. G 3.3). Davor will er den Gesellschafter B.\_\_\_\_ schon mehrmals mündlich auf die Ausstände aufmerksam gemacht haben, worauf er jeweils mit Dokumenten vertröstet worden sei, die einen baldigen Zahlungseingang an die Gesellschaft und eine hinreichende Garantie für die baldige Begleichung der Lohnausstände belegt hätten. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass die genannten E-Mails der Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank vom 22. Januar 2009 und der Bank C.\_\_\_\_ vom 4. März 2009 erst zu einem Zeitpunkt versandt worden waren, in dem der Beschwerdeführer längst weitergehende Schritte hätte unternehmen müssen, ergibt sich vor allem aus letzterer Meldung gerade nicht, dass die Arbeitgeberin über einen grösseren Liquiditätsstand verfügen könne. Vielmehr wird darin unmissverständlich festgehalten, dass die Gesellschaft (oder der Gesellschafter B.\_\_\_\_) erst nach Prüfung durch den Rechtsdienst der Bank definitiv über den Betrag von Fr. 5'451'639.-- verfügen könne (act. G 1.4). Die Die Bank D.\_\_\_\_ bestätigte demgegenüber in ihrem Mail vom 22. Januar 2009 zwar, dass der Gesellschafter B.\_\_\_\_ per 19. Februar 2009 definitiv über das Guthaben von (ebenfalls) Fr. 5'451'639.-- verfügen könne (act. G 1.3). Indessen kann auch darin keine Garantie für die künftige Bezahlung der ausstehenden Lohnbetreffnisse gesehen werden. Vielmehr bleibt völlig offen, wofür der freigegebene Kredit hätte verwendet werden sollen. Tatsächlich wurden daraus mindestens bis zum 27. März 2009 nicht seine Lohnforderungen beglichen.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Beschwerdeführer während fast eines Jahres ohne hinreichende Garantien erhebliche Lohnausstände akzeptiert hat, und - ausser den "wiederholten" mündlichen Abmahnungen - vor dem 27. März 2009 keinerlei weitergehende Schritte (Betreibung, Klage) unternommen hat. Spätestens ab Juni 2008, als die Arbeitgeberin ohne nähere Begründung nur noch jeden zweiten Lohn bezahlte, und nach Angaben des Beschwerdeführers auch weitere Arbeitnehmende ihre Löhne nicht erhielten, musste der Beschwerdeführer konkret damit rechnen, dass die ab diesem Zeitpunkt geleistete Arbeit (teilweise) nicht mehr entlohnt wird und damit ein erhebliches Ausfallrisiko bestand. Nachdem seine diversen mündlichen Mahnungen offensichtlich nicht die gewünschte Wirkung zeitigten und er konkret mit einem Lohnverlust rechnen musste, wären ihm trotz fortdauerndem Arbeitsverhältnis weitergehende Schritte (Betreibung, Klage) zuzumuten gewesen. Auch hätte die



Möglichkeit bestanden, die 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 der Beschwerdeführer trotz erheblicher Lohnausstände während eines Dreivierteljahres keine solchen Schritte unternommen hat - und auch die schriftliche Mahnung vom 27. März 2009 erst sehr spät erfolgte -, ist der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht nicht genügend nachgekommen. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb zu Recht einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung verneint.

3.

Im Sinn der 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.