



Fall-Nr.: AVI 2017/62
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 18.01.2019
Entscheiddatum: 18.01.2019

Entscheid Versicherungsgericht, 18.01.2019

Art. 51 f. AVIG, Art. 2 ZGB, Art. 74 AVIV; Befindet sich eine Arbeitgeberin im Annahmeverzug, bietet ihr der Versicherte aber weiterhin seine Arbeitsleistung an, so ist er nicht vermittlungsfähig und hat grundsätzlich Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Darf der Versicherte in guten Treuen nicht mehr mit einer Arbeitszuweisung rechnen, ist die Geltendmachung von Insolvenzenschädigung jedoch als rechtsmissbräuchlich zu betrachten. Fordert der Versicherte Insolvenzenschädigung für Überstunden, so sind diese glaubhaft zu machen. Eine eigenhändige Stundenerfassung ohne Visum der Arbeitgeberin allein genügt den Anforderungen der Glaubhaftmachung nicht (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. Januar 2019, AVI 2017/62).

Entscheid vom 18. Januar 2019

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz),

Marie Löhner und Michaela Machleidt Lehmann; Gerichtsschreiberin

Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2017/62



Parteien

A.___,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Timm Zahl, Rathausstrasse 37, 8570 Weinfelden,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilen-strasse 16/18, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Insolvenzentschädigung

Sachverhalt

A.

A.a A.____ arbeitete seit 11. Juli 2016 als Gipser / Trockenbauer bei der B.____ AG (nachfolgend: Arbeitgeberin; act. G3.1/S. 205 ff.). Mit Schreiben vom 3. September 2016 mahnte der Versicherte die Arbeitgeberin, Lohnabrechnung und Lohnzahlung für Juli und August 2016 seien ausstehend (act. G3.1/163). Mit Nachtrag vom 4.



St.Galler Gerichte

September 2016 hielt der Versicherte ausserdem gegenüber der Arbeitgeberin fest, es sei am 5. Juni 2016 besprochen worden, dass das Firmenfahrzeug sowie neues Trockenbauwerkzeug kostenlos zur Verfügung gestellt würden, die Arbeitgeberin den Antrag auf B-Genehmigung sofort unterschreibe und der Versicherte am Montag erst gegen Mittag mit der Arbeit beginne und je nach Bedarf am Freitag gegen Mittag aufhöre. Löhne seien mit Zinsen zu vergüten. Weitere Forderungen behalte er sich vor (act. G3.1/S. 204). Am 11. September 2016 schrieb der Versicherte der Arbeitgeberin, er habe bis heute weder Lohn noch Lohnabrechnungen erhalten. Auch sei er nicht für einen weiteren Arbeitseinsatz aufgeboten worden. Schliesslich seien die € 300.--, für die er Material und Werkzeug gekauft habe, noch nicht vergütet worden (act. G3.1/S. 65).

A.b Mit Schreiben vom 13. September und 7. Oktober 2016 forderte der Rechtsvertreter des Versicherten von der Arbeitgeberin den Lohn und die Spesen für den Zeitraum vom 11. Juli 2016 bis 31. August 2016 bzw. für den Monat September 2016 samt den entsprechenden Lohnabrechnungen, die Rückerstattung der für Werkzeuge und Material vorgeschossenen € 300.-- und die Rückgabe von diversem, zur Nutzung überlassenen Werkzeug und setzte hierfür eine Frist bis 19. September bzw. bis 14. Oktober 2016. Für den Fall der Nichtbeachtung stellte er die Einleitung des Betreibungs- bzw. Klageverfahrens in Aussicht (act. G3.1/S. 169 f. und S. 160).

A.c Am 21. September 2016 bzw. am 3. November 2016 stellte der Versicherte je ein Betreibungsbegehren gegen die Arbeitgeberin für Lohnforderungen samt Spesen betreffend die Monate Juli und August bzw. September und Oktober 2016 (act. G3.1/S. 203 und S. 44). Gegen die Zahlungsbefehle vom 23. September 2016 und 4. November 2016, welche beide am 15. November 2016 zugestellt wurden, erhob die Arbeitgeberin am 16. November 2016 Rechtsvorschlag (act. G3.1/S. 189 ff.).

A.d Am 7. Dezember 2016 wurde über die Arbeitgeberin der Konkurs eröffnet (act. G3.1/S. 150).

A.e Am 22. Dezember 2016 stellte der Versicherte bei der kantonalen Arbeitslosenkasse das Begehren um Insolvenzenschädigung. Er machte Lohn und Spesenpauschalen für den Zeitraum vom 11. Juli 2016 bis 30. November 2016 geltend



St.Galler Gerichte

(act. G3.1/S. 195 f.). Bereits am 3. November 2016 hatte der Versicherte Insolvenzenschädigung beantragt, weil mangels Reaktion auf seine Mahnungen von offensichtlicher Zahlungsunfähigkeit auszugehen sei (act. G3.1/S. 200 und S. 202).

A.f Mit Abrechnung vom 26./27. Januar 2017 zahlte die Arbeitslosenkasse dem Versicherten Fr. 5'378.75 als Teilzahlung 60% der von ihr errechneten Insolvenzenschädigung für die Zeit vom 11. Juli bis 2. September 2016 aus (act. G3.1/S. 157).

B.

B.a Mit Schreiben vom 1. Februar 2017 erklärte sich der Rechtsvertreter des Versicherten mit der Abrechnung der Insolvenzenschädigung nicht einverstanden und verlangte eine anfechtbare Verfügung. Er machte geltend, der Versicherte sei von der Arbeitgeberin ausdrücklich gebeten worden, nach dem 9. September 2016 zu Hause zu bleiben, weil kein Baumaterial vorhanden sei. Er habe weiterhin keinen Lohn erhalten. Die Arbeitgeberin habe immer wieder baldige Zahlungen angekündigt, so zum Beispiel mit WhatsApp-Nachricht vom 6. September 2016. Gleichentags habe der Versicherte der Arbeitgeberin via WhatsApp geschrieben, dass man noch die Baustelle fertig machen müsse, dann komme wieder Geld rein. Am 11. September 2016 habe der Versicherte die Arbeitgeberin schriftlich gemahnt. Am 14. September 2016 habe die Arbeitgeberin dem Versicherten per Email Pläne für Bauvorhaben gesendet. Der Versicherte habe die Arbeitgeberin in Annahmeverzug gesetzt, indem er immer wieder seine Arbeitsleistung angeboten habe. Im Rahmen seiner vertraglichen Pflichten habe er permanent damit gerechnet, wieder eingesetzt zu werden. Im Zeitraum zwischen September und November 2016 sei er daher nicht vermittelbar gewesen. Der Versicherte habe somit Anspruch auf Insolvenzenschädigung für den Zeitraum vom 11. Juli bis 10. November 2016. Bei der Lohnhöhe sei einzubeziehen, dass der Versicherte nach dem GAV Maler- und Gipsergewerbe Anspruch habe auf einen 13. Monatslohn, Ferienentschädigung, Spesen von monatlich Fr. 262.-- gemäss Arbeitsvertrag, bezahlte Reisezeit ab 30 Minuten Fahrtzeit und 25% Überstundenentschädigung. Für alles stehe C. ___ als Zeuge zur Verfügung, welcher



St.Galler Gerichte

von der Arbeitgeberin zusammen mit dem Versicherten als Zweierteam eingesetzt worden sei (act. G3.1/S. 59 ff.).

B.b Mit Verfügung vom 19. Mai 2017 teilte die Arbeitslosenkasse mit, aufgrund der Einwendungen vom 1. Februar 2017 habe sie den Anspruch neu vom 11. Juli bis 9. September 2016 berechnet. Sie habe den Grundlohn, den 13. Monatslohn und den Ferienanspruch im gleichen Zeitraum eingesetzt, sodass sich eine Insolvenzenschädigung von total Fr. 11'710.30 ergebe. Spesen sowie Kosten für Material und Werkzeuge seien nicht durch die Insolvenzenschädigung gedeckt. Die geltend gemachten Überstunden seien nicht mit einer von der Arbeitgeberin anerkannten Zeiterfassung belegt. Da die Reisezeit von D.____ nach E.____ unter einer Fahrzeit von 30 Minuten liege, erfolge keine Entschädigung. Weil der Versicherte seit Beginn seines Arbeitsverhältnisses keine Lohnzahlungen erhalten habe, habe er spätestens ab dem 9. September 2016 davon ausgehen müssen, dass seine Lohnzahlungen gefährdet seien und hätte sich somit der Vermittlung zur Verfügung stellen müssen. Der Versicherte habe nie eine ernsthafte Garantie für die ausstehenden Löhne verlangt oder erhalten (act. G3.1/S. 47 ff.).

C.

C.a Gegen diese Verfügung liess der Versicherte am 31. Mai 2017 Einsprache erheben. Der Arbeitsvertrag habe bis mindestens 7. Dezember 2016 bestanden. Der Versicherte habe nur wegen Annahmeverzugs der Arbeitgeberin keine Arbeit mehr geleistet und sei daher gleich zu behandeln wie ein Arbeitnehmer, der faktisch noch gearbeitet habe. Noch am 14. September 2016 habe die Arbeitgeberin per Mail Pläne für Bauvorhaben gesendet, aus denen sich die zu leistenden Arbeiten ergeben sollten. Der Versicherte habe also davon ausgehen können, dass er wieder von seiner Arbeitgeberin eingesetzt werden würde. Er habe zeitnah und fortlaufend alle in Frage kommenden Massnahmen zur Sicherung und Durchsetzung seiner Lohnansprüche unternommen. Für die Insolvenzenschädigung sei die Summe massgebend, auf die der Betroffene bei regelmässiger Zahlung durch seinen Arbeitgeber habe vertrauen dürfen. Der Versicherte habe gemäss GAV Anspruch auf mindestens 27 Ferientage im Jahr. Er



St.Galler Gerichte

habe keine Ferien bezogen. Er habe mindestens 86.5 Überstunden / Überzeit geleistet. Die Stundenrapporte habe er immer der Arbeitgeberin zukommen lassen. Diese habe der Leistung von Überstunden nie widersprochen. Die Reisezeit sei gemäss GAV zu berücksichtigen, vorliegend im Umfang von 54 Stunden (act. G3.1/S. 8 ff.).

C.b Mit Entscheid vom 15. September 2017 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Da bereits vor dem 9. September 2016 mehrfach keine finanziellen Mittel zur Materialbeschaffung vorhanden gewesen seien, habe dem Versicherten klar sein müssen, dass mit einem Lohnverlust gerechnet werden müsse. Die am 14. September 2016 per Mail erfolgte Zusendung eines Grundrisses für eine Baustelle sei als Hinhalten, nicht als Zusicherung für eine Weiterbeschäftigung zu betrachten. Dafür, dass der Versicherte durch die Arbeitgeberin ausdrücklich gebeten worden sei, zu Hause zu bleiben, weil kein Baumaterial vorhanden gewesen sei, liege kein Beleg vor, ebenso wenig dafür, dass der Versicherte der Arbeitgeberin immer wieder seine Arbeitskraft angeboten habe. Es sei unerklärlich, weshalb der vom Versicherten angegebene Zeuge, mit dem er nach eigenen Angaben im Zweierteam gearbeitet habe, anders als der Versicherte bis 31. Oktober 2016 genügend Material für Arbeitsleistungen gehabt haben soll. Der Zeuge habe sich für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet und ab dem 1. November 2016 auch bekommen. Dem Versicherten sei spätestens ab dem 9. September 2016 bewusst gewesen, dass die Arbeitgeberin in argen finanziellen Schwierigkeiten sei und er mit einem Totalverlust seiner Lohnforderung rechnen müsse. Da der Versicherte und der Zeuge sich immer wieder gegenseitig als Zeugen angeben würden, sei davon auszugehen, dass sie auch in regelmässigem Kontakt stehen und über den gleichen Wissensstand verfügen würden. Ferien und 13. Monatslohn seien für den Zeitraum bis 9. September 2017 (recte: 2016) gutgeheissen worden. Spesen seien nicht AHV-pflichtig und durch die Insolvenzenschädigung nicht gedeckt. Überstunden, die nur vom Arbeitnehmer erfasst und nicht vom Arbeitgeber bestätigt worden seien, seien nicht durch die Insolvenzenschädigung gedeckt. Der Arbeitsweg betrage weniger als 30 Minuten und sei somit keine nach GAV zu entschädigende Arbeitszeit (act. G3.1/S. 3 ff.).

D.



D.a Gegen den Einspracheentscheid vom 15. September 2017 liess der Versicherte am 5. Oktober 2017 Beschwerde erheben und folgende Begehren stellen: Der Einspracheentscheid sei insoweit aufzuheben, als eine Fr. 11'710.30 übersteigende Insolvenzenschädigung nicht zugesprochen worden sei. Dem Beschwerdeführer sei eine weitere Insolvenzenschädigung in Höhe von Fr. 19'119.10 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5% seit 22. Dezember 2016 zuzusprechen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung lässt der Beschwerdeführer ausführen, das Arbeitsverhältnis sei bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens am 7. Dezember 2016 von keiner Seite gekündigt worden. Es seien keine anderen Gründe für das Entfallen der Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin ersichtlich. Es sei nicht entscheidend, ob nach dem 9. September 2016 faktisch Arbeit geleistet worden sei. Ein Arbeitnehmer, der nur wegen Annahmeverzugs des Arbeitsgebers keine Arbeit mehr leiste, sei zu behandeln, wie wenn er faktisch gearbeitet habe. Der Beschwerdeführer habe nicht mit dem Verlust seines Lohnanspruches rechnen müssen. Er sei in gutem Glauben bezüglich einer Weiterbeschäftigung und auch Lohnzahlung gewesen. Er habe weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gehandelt und seine Schadenminderungspflicht nicht verletzt. Er habe sich sehr zeitnah um die Durchsetzung seiner Forderungen gekümmert. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Zeugen und der Arbeitgeberin Ende Oktober 2016 habe die Einschätzung des Beschwerdeführers über die Situation verändert. Bis zum 10. November 2016 als dem Ende der maximal viermonatigen Bezugsdauer betreffend Insolvenzenschädigung seien es dann aber nur noch zehn Tage gewesen. Die Arbeitgeberin habe keine Zeiterfassung zur Verfügung gestellt. Der Beschwerdeführer habe die Mehr-Stunden aber geleistet und gegenüber der Arbeitgeberin angegeben. Die Beschwerdegegnerin habe auch nicht ansatzweise inhaltliche Zweifel an der Ableistung der Überstunden angemeldet. Es dürfe dem Beschwerdeführer nicht zum Nachteil gereichen, dass die Arbeitgeberin auf eine ordentliche Zeiterfassung verzichtet habe. Bei der massgeblichen Reisezeit sei die Hin- und Rückfahrt zu berücksichtigen. Es handle sich um täglich mehr als 30 Minuten. Es müsse auf die tatsächliche Reisezeit abgestellt werden. Im Weiteren lässt der Beschwerdeführer auf frühere Eingaben und die Akten verweisen (act. G1).

D.b Mit Beschwerdeantwort vom 16. November 2017 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde und verweist betreffend



Sachverhalt und Begründung auf die Verfügung vom 19. Mai 2017 und den Einspracheentscheid vom 15. September 2017.

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 zustehen (Art. 51 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Die Insolvenzenschädigung deckt die 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). Die Insolvenzenschädigung deckt Lohnforderungen für bereits geleistete Arbeit. Ob Ansprüche für geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG bestehen, beurteilt sich nicht danach, ob qualitativ und quantitativ vertragsmässig gearbeitet wurde. Es geht vielmehr um Lohnansprüche für effektive Arbeitszeit, während der der Versicherte der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stehen kann, weil er in dieser Zeit dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen muss (URS BURGHER, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Zürich / Basel / Genf 2004, S. 89 f.). Deshalb hat die Rechtsprechung dem Tatbestand der Lohnansprüche für geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG diejenigen Fälle gleichgestellt, in denen der Arbeitnehmer nur wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR, SR 220]) keine Arbeit mehr leisten konnte (BGE 111 V 269; Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2005, C 218/04, E. 3.2). Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen Betriebsstörungen technischer, wirtschaftlicher oder behördlicher Art nicht beschäftigen kann. Denn in einem solchen Fall steht der Arbeitnehmer



weiterhin in einem Arbeitsverhältnis, ist damit nicht arbeitslos und hat demzufolge auch keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, sondern kann Insolvenzenschädigung beantragen (vgl. BGE 132 V 82 E. 3.1 f. mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts vom 15. April 2005, C 214/04, C 215/04, C 217/04 und C 2018/04, je E. 3.3).

1.2 Um zu verhindern, dass der Arbeitnehmer beliebig lange ohne Lohn beim bisherigen Arbeitgeber bleibt, hat der Gesetzgeber in Art. 52 Abs. 1 AVIG eine zeitliche Limite für die Bezugsdauer der Insolvenzenschädigung gesetzt. Spätestens nach vier Monaten ohne Lohn ist es dem Arbeitnehmer demnach aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nicht mehr zumutbar, beim insolventen Arbeitgeber zu verbleiben (Urteil des Bundesgerichts vom 16. August 2005, C 49/05, E. 4.3). Schon vor Ablauf der maximalen Bezugsdauer kann die Geltendmachung von Insolvenzenschädigung rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) sein. Dauert der Annahmeverzug an und kann der Arbeitnehmer in guten Treuen nicht mehr mit einer Arbeitszuweisung rechnen, liegt faktisch ein Fall von Arbeitslosigkeit vor (URS BURGHER, a.a.O., S. 93 f.). Ab welchem Zeitpunkt die Geltendmachung einer Insolvenzenschädigung missbräuchlich ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Kündigt ein Arbeitgeber allen oder zumindest den meisten Arbeitnehmern, so kann daraus geschlossen werden, dass die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers hoffnungslos ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 15. April 2005, C 214/04, C 215/04, C 217/04 und C 218/04, je E. 5.4).

2.

2.1 Vorliegend sind die Voraussetzungen für eine Insolvenzenschädigung grundsätzlich gegeben. Die Beschwerdegegnerin hat denn auch eine entsprechende Berechnung gemacht und eine Teilzahlung an den Beschwerdeführer veranlasst. Fraglich ist indes, für welchen Zeitraum der Beschwerdeführer Anspruch auf Insolvenzenschädigung hat. Diesbezüglich will der Beschwerdeführer für die maximal mögliche Dauer von vier Monaten entschädigt werden, während die Beschwerdegegnerin ihm lediglich eine Entschädigung vom 11. Juli bis 9. September 2016 zugesteht.



2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Arbeitgeberin habe sich ab 10. September 2016 in Verzug befunden. Er habe seine Arbeitsleistung immer wieder angeboten, sei aber von der Arbeitgeberin nicht mehr eingesetzt worden. Weil er sich der Arbeitgeberin zur Verfügung habe halten müssen, sei er auch nach dem 9. September 2016 nicht vermittlungsfähig gewesen.

2.3 Dem Beschwerdeführer ist insofern Recht zu geben, als das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin mangels Kündigung über den 9. September 2016 hinaus fortbestand. Unstreitig haben weder Arbeitgeberin noch Beschwerdeführer gekündigt. Der Zeuge C.____, der von der Arbeitgeberin gleichzeitig mit dem Beschwerdeführer angestellt wurde, hat noch bis 31. Oktober 2016 Arbeiten verrichtet. Da der Beschwerdeführer mit dem Zeugen offenbar in regelmässigem Austausch stand, durfte er bis zu jenem Zeitpunkt auch davon ausgehen, selbst ebenfalls wieder beschäftigt zu werden. Auch hegte er die Hoffnung, durch Fertigstellung einer Baustelle würden finanzielle Mittel an die Arbeitgeberin fliessen, sodass diese wiederum ihren Verpflichtungen nachkommen könnte (vgl. act. G3.1/S. 64). Damit beurteilte der Beschwerdeführer die Situation der Arbeitgeberin Mitte September 2016 noch nicht als hoffnungslos. Er war deshalb bis zu jenem Zeitpunkt auch nicht im Rahmen der Schadenminderungspflicht angehalten, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen, hätte dies aus seiner Sicht doch Nachteile für ihn bewirken können (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2005, C 2014/04, E. 5.3).

2.4 Der vom Beschwerdeführer erwähnte Zeuge C.____ kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin per 31. Oktober 2016 fristlos, weil auch er bis zu diesem Zeitpunkt keinen Lohn erhalten hatte. Ab diesem Zeitpunkt musste der Beschwerdeführer die finanzielle Situation der Arbeitgeberin als hoffnungslos erkennen, zumal auch er bis dahin keine Lohnzahlungen erhalten hatte. Mit Schreiben und Formular vom 3. November 2016 beantragte der Beschwerdeführer zudem erstmals Insolvenzenschädigung. Somit war ihm zu diesem Zeitpunkt klar, dass er von der Arbeitgeberin kein Geld mehr erhalten würde. Nachdem C.____ rund eineinhalb Monate länger gearbeitet und dennoch ebenfalls nie Lohn erhalten hatte, durfte der Beschwerdeführer nicht mehr hoffen, weitere Arbeitseinsätze zu erhalten. Selbst wenn er wieder zur Arbeit aufgeboten worden wäre, wäre damit die Lohnzahlung in keiner Weise sichergestellt gewesen. Durfte der Beschwerdeführer ab November 2016 in



guten Treuen nicht mehr mit einer Arbeitszuweisung rechnen, ist die Geltendmachung von Insolvenzenschädigung ab jenem Zeitpunkt als rechtsmissbräuchlich zu betrachten (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

2.5 Folglich hat der Beschwerdeführer ab 1. November 2016 als vermittlungsfähig zu gelten. Ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung steht ihm nicht mehr zu.

3.

Als Lohn im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AVIG ist der massgebende Lohn aus unselbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne der AHV-Gesetzgebung zu verstehen. Leistungen ausserhalb des massgebenden Lohnes, für die kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung besteht, sind namentlich Unkostenentschädigungen (Spesen, insbesondere Reisespesen, Verpflegungszuschläge, Auslagen für Arbeitsmaterial; AVIG-Praxis Insolvenzenschädigung [IE], Rz B11 f.). Die Kasse darf eine Insolvenzenschädigung nur ausrichten, wenn der Arbeitnehmer seine Lohnforderung glaubhaft macht (Art. 74 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

4.

4.1 Der Beschwerdeführer legt betreffend Überstunden Arbeitsrapporte ins Recht (act. G3.1/S. 173 ff.). Diese Arbeitsrapporte sind von der Arbeitgeberin nicht visiert. Weitere Beweismittel liegen nicht vor, zumal die Arbeitgeberin gemäss den Angaben des Beschwerdeführers keine eigene Zeiterfassung geführt hat.

4.2 Die vorhandenen Lohnabrechnungen datieren vom 31. Juli und 31. August 2016. Sie wurden aber wohl erst viel später erstellt. Jedenfalls hatte der Beschwerdeführer mit Brief vom 7. Oktober 2016 die Arbeitgeberin diesbezüglich noch in Verzug gesetzt (act. G3.1/S. 160). Auf diesen Lohnabrechnungen werden (anders als auf den Lohnabrechnungen von C.____) keine Überstunden oder Überzeit aufgeführt, während die Ferien vermerkt sind (vgl. act. G3.1/S. 193 f.). Weiter liegen keine Unterlagen im Recht, aus denen die tatsächliche Leistung oder die Anerkennung der Überstunden durch die Arbeitgeberin hervorgehen würde. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers liegt darin, dass die (konkursite) Arbeitgeberin gegen die vom



Beschwerdeführer erst im April 2017 in Betreuung gesetzten weiteren Lohnansprüche keinen Rechtsvorschlag mehr erhoben hat (vgl. act. G1.10), keine Schuldanerkennung.

4.3 Es leuchtet sodann nicht ein, dass der Beschwerdeführer auch im August und sogar September 2016 noch Überstunden geleistet haben soll, nachdem die Arbeitgeberin ihm weder Lohn bezahlt noch eine verlässliche Sicherheit geleistet hatte. In seinen diversen Schreiben an die Arbeitgeberin vom September 2016 erwähnt der Beschwerdeführer nie die Kompensation von Überstunden. Gemäss Art. 8.4.1 Satz 1 des Gesamtarbeitsvertrags 2016-2019 für das Maler- und Gipsergewerbe (GAV) sind angeordnete Überstunden und die Überstundenzuschläge grundsätzlich mit Freizeit auszugleichen. Selbst wenn der Beschwerdeführer also Überstunden gemacht hätte, wären diese grundsätzlich mit Freizeit zu kompensieren und nicht auszuzahlen gewesen. Nachdem der Beschwerdeführer nach dem 9. September 2016 nicht mehr gearbeitet hat, hätten allfällige Überstunden durch Freizeit ausgeglichen werden können (vgl. BGE 137 V 102 E. 6.3.2). Die geltend gemachten Überstunden erscheinen nicht mit dem notwendigen Beweisgrad der Glaubhaftmachung als geleistet, sondern es bestehen erhebliche Zweifel. Die Beschwerdegegnerin hat eine Insolvenzenschädigung für die geltend gemachten Überstunden demnach zu Recht abgelehnt.

4.4 Gemäss Art. 8.2 in Verbindung mit Art. 8.8 GAV ist diejenige Reisezeit als Arbeitszeit zu vergüten, die 30 Minuten Weg von der Werkstatt zur Baustelle und zurück täglich übersteigt. Damit definiert der GAV die Reisezeit unter 30 Minuten als (nicht zu entschädigenden) Arbeitsweg, jene über 30 Minuten als Arbeitszeit und grenzt sie klar von den Wegspesen (Kilometerkosten etc.) ab. Der Beschwerdeführer macht geltend, für die Reisezeit stehe ihm eine Entschädigung von zusätzlich 54 Stunden zu. Wie er diese Anzahl Stunden genau berechnet hat, ist nicht ersichtlich. Da es sich aber bei der 30 Minuten übersteigenden Reisezeit um Arbeitszeit handelt, ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer sie in seine Arbeitsrapporte inkludiert hat oder das jedenfalls hätte tun sollen. Wie bereits in den vorangegangenen Erwägungen dargelegt, erfüllen die Arbeitsrapporte alleine das Beweismass der Glaubhaftmachung nicht, weshalb darauf auch nicht zugunsten des Beschwerdeführers abgestellt werden kann. Wiederum wird auf den Lohnabrechnungen keine eigene Position für die Reisezeit aufgeführt und wiederum hat der Beschwerdeführer die Reisezeiten in seiner



Korrespondenz mit der Arbeitgeberin vom September 2016 nicht erwähnt. Das Vorliegen von entschädigungspflichtigen Reisezeiten ist damit nicht glaubhaft gemacht.

4.5 Unklar bleibt, wie sich die von der Beschwerdegegnerin zugebilligte Ferienentschädigung zur Rechtsprechung des Bundesgerichts verhält. Namentlich in BGE 137 V 96 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Insolvenzenschädigung Ansprüche infolge nicht bezogener Ferien nicht deckt, wenn die arbeitnehmende Person während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Ferienlohnzuschläge erhalten hat, wobei diese Rechtsprechung in der Lehre kritisiert wird (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 8C_749/2016 vom 22. November 2017 mit Hinweis auf THOMAS GÄCHTER, Keine Insolvenzenschädigung für nicht bezogene Ferien und geleistete Überstunden?: Gedanken an einer Schnittstelle von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich 2014, S. 211 bzw. S. 223 ff.). Nachdem die Angelegenheit ohnehin zur Neuberechnung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird, muss darauf jedoch vorliegend nicht weiter eingegangen werden.

5.

Der Beschwerdeführer beantragt, es seien ihm auf der nachzuzahlenden Insolvenzenschädigung Verzugszinsen von 5% zuzusprechen. Vorliegend konnte der Anspruch auf Insolvenzenschädigung frühestens mit der Konkurseröffnung vom 7. Dezember 2016 entstehen. Sofern die versicherte Person ihrer Mitwirkungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist, werden die Sozialversicherungen für ihre Leistungen nach Ablauf von 24 Monaten nach der Entstehung des Anspruchs, frühestens aber 12 Monate nach dessen Geltendmachung, verzugszinspflichtig (Art. 26 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Im Zeitpunkt des angefochtenen Einspracheentscheids, dessen Erlass zeitliche Überprüfungsgrenze im gerichtlichen Verfahren bildet, bestand somit keine Verzugszinspflicht. Soweit Verzugszinsen im Zeitpunkt der Auszahlung von Insolvenzenschädigung geschuldet sind, hat sich der Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin zu wenden.

6.



St.Galler Gerichte

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Nachdem der Beschwerdeführer teilweise obsiegt, schuldet die Beschwerdegegnerin ihm eine Parteientschädigung. Diese wird 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). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75) pauschal Fr. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Im vorliegenden Fall wäre bei vollständigem Obsiegen eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen. Auf Grund des lediglich teilweisen Obsiegens rechtfertigt sich eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer).

Entscheid

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 15. September 2017 aufgehoben und dem Beschwerdeführer wird eine Insolvenzenschädigung für den Zeitraum vom 11. Juli bis 31. Oktober 2016 zugesprochen. Die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit diese die Insolvenzenschädigung im Sinne der Erwägungen neu festsetze. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.