



Fall-Nr.: AVI 2019/36
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 18.06.2021
Entscheiddatum: 27.11.2020

Entscheid Versicherungsgericht, 27.11.2020

Fehlen sowohl in den Vorakten als auch in den Konkursakten der vormaligen Arbeitgeberin Indizien für einen Lohnfluss in Höhe von 9.5 Monatslöhnen und wusste die versicherte Person bereits Monate vor der Kündigung um die prekäre finanzielle Situation der Arbeitgeberin, so verletzt sie ihre Schadenminderungspflicht, wenn sie bis nach Beendigung des Arbeitsverhältnis zuwartet, bevor sie rechtliche Schritte gegen die Arbeitgeberin unternimmt (Entscheid des Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen vom 27. November 2020, AVI 2019/36).

Entscheid vom 27. November 2020

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz), Marie Löhner und Michaela Machleidt Lehmann; Gerichtsschreiberin Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2019/36

Parteien

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Goran Babic, Pat. Rechtsagent, Hauptstrasse 65, 9400 Rorschach,

gegen



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

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Insolvenzentschädigung (Schadenminderungspflicht)

Sachverhalt

A.

A.a. A.____ stellte am 24. September 2018 bei der kantonalen Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) einen Antrag auf Insolvenzentschädigung für Lohnausfall vom 1. April bis 31. Juli 2017 sowie Überstunden in Höhe von insgesamt Fr. 24'037.15 (act. G8.1/168 ff.). Er hatte seit 1. April 2015 für die Firma B.____ (nachfolgend: Arbeitgeberin) als Hilfsarbeiter in einem Vollzeitpensum gearbeitet (act. G8.1/173). Die Arbeitgeberin hatte ihm das Arbeitsverhältnis am 30. Mai 2017 per 30. Juni 2017 bzw. unter dem Titel "Verlängerung der Kündigungsfrist" am 26. Juni 2017 per 31. Juli 2017 aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt (act. G8.1/171 f., Konkursöffnung gemäss Handelsregistereintrag am 25. Januar 2019).

A.b. Nachdem die Kasse ihn aufgefordert hatte, weitere Unterlagen einzureichen (act. G8.1/177 und 160 f.), machte der Versicherte weitere Angaben und reichte Belege ein (act. G8.1/87).

A.c. Am 16. Januar 2019 teilte die Kasse dem Versicherten mit, er habe seine offenen Lohnforderungen nicht rechtzeitig geltend gemacht. Sie gab ihm Gelegenheit zur Stellungnahme (act. G8.1/86). Am 25. Januar 2019 führte der Versicherte aus, er habe klar beschrieben, was er alles gegen seine Arbeitgeberin unternommen habe (act. G8.1/81 f.). Mit Verfügung vom 31. Januar 2019 wies die Kasse den Antrag auf Insolvenzentschädigung ab (act. G8.1/83 ff.).

A.d. Dagegen erhob der Versicherte, nun vertreten durch Rechtsagent Goran Babic, am 4. März 2019 Einsprache. Er habe die Arbeitgeberin zuerst gemahnt, sei dann vor die Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse gezogen und habe gegen die



Arbeitgeberin anschliessend vor dem Arbeitsgericht Klage erhoben. Danach habe er das Konkursverfahren eingeleitet. Somit habe er alles unternommen, was von ihm als Bauarbeiter ohne jegliche juristischen Kenntnisse habe erwartet werden können. Die Arbeitgeberin habe beim Handelsregisteramt gemeldet, die Firma habe kein Domizil. So sei die Zustellung des Betreibungsbegehrens verunmöglicht worden, und es sei nachvollziehbar, wieso so viel Zeit verstrichen sei, bis die Arbeitgeberin rechtlich habe belangt werden können. Das Vorgehen der Kasse sei überspitzt formalistisch und verstosse gegen das Willkürverbot sowie das Gebot der Verhältnismässigkeit. Eine Leistungsverweigerung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht setze ein schweres Verschulden der versicherten Person voraus, das nicht vorliege (act. G8.1/64 ff.).

A.e. Mit Entscheid vom 2. Juli 2019 wies die Kasse die Einsprache ab. Aufgrund der eingereichten Unterlagen habe der Versicherte offene Lohnforderungen vom 1. April bis 31. Juli 2017 (im Antrag nur bis 30. Juni 2017 gefordert). Somit habe seine Schadenminderungspflicht mit der Überfälligkeit des April-Lohnes am 1. Mai 2017 begonnen. Der Versicherte habe bis zur Einreichung der Klage am 15. Dezember 2017 nichts in eindeutiger und unmissverständlicher Weise gegen die Lohnausstände unternommen. Danach sei er seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen, davor jedoch nicht. Dies, obschon ihm die schlechte finanzielle Lage des Betriebs bekannt gewesen sei und er konkret mit einem Lohnverlust habe rechnen müssen. Sein Einwand, die Zustellung des Betreibungsbegehrens sei unmöglich gewesen, könne nicht nachvollzogen werden, zumal auch die Kasse die Arbeitgeberin habe betreiben müssen und sämtliche Post zustellbar gewesen sei. Um gegen Lohnausstände vorzugehen, brauche es keine juristischen Kenntnisse. Indem der Versicherte vom 1. April 2017 bis 15. Dezember 2017 seine Lohnforderungen nicht mit dem nötigen Druck durchzusetzen versucht habe, habe er im Sinne der Rechtsprechung seine Schadenminderungspflicht verletzt, sodass der Anspruch auf eine Insolvenzenschädigung verneint werden müsse (act. G8.1/76 ff.).

B.

B.a. Gegen diesen Entscheid richtet sich die von A.____ am 18. Juli 2019 (Postaufgabe) erhobene Beschwerde. Er beantragt, ihm sei eine Insolvenzenschädigung in Höhe von



Fr. 24'037.15 zuzusprechen und die unentgeltliche Rechtspflege sowie Rechtsverteidigung zu gewähren. Es sei ein reformatorischer Entscheid zu treffen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Es treffe nicht zu, dass er im Antrag nur für den Zeitraum bis Juni 2017 Insolvenzschiaden gefordert habe. Im Antragsformular sei als letzter geleisteter Arbeitstag der 31. Juli 2017 angegeben. Dass die Daten für den Juli 2017 unter Ziffer 15 des Formulars fehlten, sei lediglich ein elektronischer Fehler. Die Beträge seien richtig beziffert. Die Schadenminderungspflicht verletze, wer nach der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses fünf Monate mit der Einreichung einer Klage zuwarte. Der Beschwerdeführer habe die Arbeitgeberin bereits 19 Tage nach Ende des Arbeitsverhältnisses schriftlich gemahnt und kontinuierlich und konsequent alles Zumutbare unternommen, um seiner Schadenminderungspflicht nachzukommen. Er verfüge lediglich über sehr geringe Kenntnisse der deutschen Sprache und sei mit der Arbeitslosenversicherung bisher nie in Berührung gekommen. Er sei mit den rechtlichen Aufgaben, komplexen Zusammenhängen und prozessrechtlichen Abläufen völlig überfordert. Zur Wahrung seiner Rechte sei er auf rechtliche Unterstützung durch eine Fachperson angewiesen und verfüge nicht über die nötigen finanziellen Mittel. Deshalb ersuche er um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung (act. G1).

B.b. Mit Beschwerdeantwort vom 26. September 2019 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Heute sei belegt, dass der Beschwerdeführer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2017 zeitnah alles zur Schadenminderung unternommen habe. Jedoch habe sich ergeben, dass er vor Beendigung seines Arbeitsverhältnisses bereits seit Oktober 2016 Lohnausstände gehabt haben müsse. Aus den eingereichten Unterlagen seien keinerlei Lohnzahlungen der Arbeitgeberin, weder als Banküberweisung noch als Barzahlung, ersichtlich. Auf eventuelle Lohnzahlungen würden einzig die Überweisungen der Firma C.____ im Zeitraum vom 12. September 2016 bis 21. März 2017 im Betrag von brutto Fr. 27'500.-- hindeuten. Die weiteren Einzahlungen hätten nicht zugeordnet werden können. Auf den Lohnabrechnungen sei aufgeführt worden: "Der Lohn wurde Ihnen überwiesen". Somit sollten Bank- oder Barzahlungsbelege vorhanden sein. Dennoch hätten der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter keinen einzigen Zahlungsbeleg eingereicht, der den Lohnfluss belegen könnte. Auch das Konkursamt habe keine



diesbezüglichen Angaben machen können, da die Arbeitgeberin keine Buchhaltungsabschlüsse zugestellt habe. Würden zugunsten des Beschwerdeführers seine eigenen Einzahlungen als Bar-Lohnzahlungen betrachtet und die Einzahlungen der Firma C.____ als Lohnüberweisungen, so ergebe sich ein Total offener Löhne in Höhe von Fr. 40'744.--. Das entspreche netto 9.5 offenen Monatslöhnen (Mitte Oktober 2016 bis 31. Juli 2017). Die Schadenminderungspflicht des Arbeitnehmers bestehe schon vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Indem der Beschwerdeführer erst am 19. August 2017 (Mahnung) bzw. 29. August 2017 (Einleitung Schlichtung) seine Lohnforderung mit hinreichendem Nachdruck geltend gemacht habe, sei er mehr als 10 Monate seiner Schadenminderungspflicht nur ungenügend nachgekommen (act. G8).

B.c. Mit Replik vom 11. November 2019 (Postaufgabe) macht der Beschwerdeführer geltend, die Erstreckung des Zeitraums bis ins Jahr 2016 sprengt den Rahmen der relevanten Kausalkette. Im Zivilprozess habe der Beschwerdeführer nur die Lohnausstände vom 1. April bis 31. Juli 2017 beantragt. Wären weitere Lohnzahlungen ausgeblieben, so hätte er auch diese vor Gericht herausverlangt. Es hätte keinen Sinn ergeben, auf solche zu verzichten. Das Gericht habe bei der Befragung des Beschwerdeführers festgestellt, dass die Arbeitgeberin die Löhne unregelmässig und zum grössten Teil in bar ausbezahlt habe. Dass darüber keine Belege vorhanden seien, liege auf der Hand. Er habe den Zahlungsempfang quittiert, die Quittung habe die Arbeitgeberin behalten. Die Beschaffung von Kopien habe sich als unmöglich herausgestellt, die Arbeitgeberin habe jeden Kontakt mit dem Beschwerdeführer verweigert (act. G10).

B.d. Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (act. G11 f.).

B.e. Zur Überprüfung der Betriebsverhältnisse der Arbeitgeberin wurden beim Konkursamt St. Gallen die Akten des Konkursverfahrens betreffend die Firma B.____ beigezogen (act. G14). Die Parteien liessen die Frist für eine Einsicht in die vom Konkursamt am 1. September 2020 gesandten Konkursakten (act. G15 und G16) unbenützt verstreichen.



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 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 (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 AVIG).

1.2. Um einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung zu haben, müssen dem Arbeitnehmenden im Zeitpunkt der Konkurseröffnung Lohnforderungen für geleistete Arbeit zustehen (Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 89; Kreisschreiben des Staatssekretariats für Wirtschaft Seco, AVIG-Praxis IE, Stand Januar 2020 [nachfolgend: AVIG-Praxis IE], B14). Dabei darf die Kasse eine Insolvenzenschädigung nur ausrichten, wenn die arbeitnehmende Person ihre Lohnforderung glaubhaft macht (Art. 74 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

1.3. Gegenüber dem im Sozialversicherungsrecht sonst üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt es für das Glaubhaftmachen bereits, wenn ein erheblicher Grad von Wahrscheinlichkeit für die Annahme eines rechtserheblichen Sachverhalts vorliegt, auch wenn durchaus noch mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, bei eingehender Abklärung werde sich der behauptete Sachverhalt nicht erstellen lassen. Die Verwaltung darf noch gewisse, wenn auch nicht erhebliche Zweifel hegen (Burgherr, a.a.O., S. 115 f. mit Hinweisen).

1.4. Das Arbeitslosenversicherungsrecht ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, gemildert durch die Mitwirkungspflicht der Parteien. Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Die Parteien tragen die Beweislast aber insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel gelangt allerdings erst dann zur Anwendung, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des



Untersuchungsgrundsatzes einen Sachverhalt zu ermitteln, der die (im Einzelfall) hinreichende Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen. Art. 74 AVIV stellt mithin eine Beweislastregel auf. Für die Lohnforderung bedeutet das, dass sowohl ihr Bestand als auch ihre Höhe glaubhaft sein müssen. Erscheinen Lohnforderungen als ungläubhaft und können sie durch nichts gestützt werden, führt dies zur Ablehnung des Entschädigungsanspruchs (Burgherr, a.a.O., S. 113 ff.).

1.5. Für die Glaubhaftmachung der Lohnforderung reichen im Einzelfall beispielsweise Verdienstangaben in schriftlichen Arbeitsverträgen, Lohnabrechnungen, Bank- oder Postauszüge, eine Schuldanerkennung des früheren Arbeitgebers, Bescheinigungen des Konkurs- oder Betreibungsamtes und unter Umständen Aussagen von ehemals vorgesetzten Personen oder Mitarbeitenden aus. Bei Zweifeln prüft die Verwaltung die Angaben des Versicherten im Rahmen des Möglichen (Burgherr, a.a.O., S. 115 f.; AVIG-Praxis IE, B16).

1.6. Im Einzelfall kann es notwendig werden, den tatsächlichen Lohnfluss zu überprüfen. Als Nachweis für den Lohnfluss nicht geeignet sind selbst unterzeichnete AHV-Lohnblätter sowie die Steuererklärung. Monatliche Lohnabrechnungen können im Einzelfall ausreichen, vermögen aber je nach Konstellation für sich alleine nicht immer zu belegen, dass die darin aufgeführten Nettolohnbeträge je wirklich ausbezahlt wurden. Hingegen kann mit Belegen für die Lohnüberweisung, beispielsweise mittels Post- oder Bankkontoauszügen der versicherten Person, Kopien der Quittungen für Lohnzahlungen, transparent geführten Geschäftsbüchern der Arbeitgeberin oder glaubwürdigen Zeugenaussagen allenfalls eine tatsächlich erfolgte Lohnauszahlung nachgewiesen werden (vgl. Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, S. 59 ff. zu Art. 13 AVIG).

2.

2.1. Der Arbeitnehmende 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 (Art. 55 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Er muss die Insolvenzenschädigung zurückerstatten, soweit die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen oder aus Gründen nicht gedeckt wird, die der Arbeitnehmende absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat, ebenso soweit sie vom Arbeitgeber nachträglich erfüllt wird (Art. 55 Abs. 2 AVIG).

2.2. Zieht eine Pflichtverletzung unter gewissen Umständen die Rückforderung der Insolvenzenschädigung nach sich, muss a fortiori bereits deren Auszahlung verweigert werden können, wenn ein massgebliches Säumnis der versicherten Person vorliegt



(Burgherr, a.a.O., S. 163). Die Bestimmung von Art. 55 Abs. 1 AVIG bezieht sich dem Wortlaut nach zwar 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. Versicherte Personen müssen deshalb gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur im Konkurs- und Pfändungsverfahren und nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses ihre Lohnansprüche innert nützlicher Frist geltend machen. Ihnen obliegt schon vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Schadenminderungspflicht, wenn der Arbeitgeber der Lohnfortzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und der Arbeitnehmende mit einem Verlust rechnen muss. Eine Ablehnung der Insolvenzenschädigung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht im Sinne der zu Art. 55 Abs. 1 AVIG ergangenen Rechtsprechung (sog. ursprüngliche Leistungsverweigerung, vgl. Burgherr, a.a.O., S. 149) setzt wie eine Rückerstattung bereits bezogener Insolvenzenschädigung nach Art. 55 Abs. 2 AVIG voraus, dass der versicherten Person ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden kann (Urteile des Bundesgerichts vom 29. April 2020, 8C_820/2019, E. 4.3.1, und vom 19. Juni 2019, 8C_85/2019, E. 4.1, je mit Hinweisen; ARV 2010 Nr. 1 S. 48 E. 3 mit Hinweisen).

2.3. Grobfahrlässig handelt, wer unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser Acht lässt, was jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte tun oder unterlassen müssen, um eine nach dem natürlichen Lauf der Dinge voraussehbare Schädigung der Versicherung zu vermeiden (BGE 138 V 522 E. 5.2.1 und 114 V 190 E. 2a; Burgherr, a.a.O., S. 156).

2.4. Das Ausmass der vorausgesetzten Schadenminderungspflicht richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, wobei eine Gesamtbetrachtung der Bemühungen des Arbeitnehmenden Platz zu greifen hat. Vom Arbeitnehmenden wird zwar in der Regel nicht verlangt, dass er bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber Betreibung einleitet oder eine Klage einreicht. Er hat jedoch seine Lohnforderung gegenüber dem Arbeitgeber in eindeutiger und unmissverständlicher Weise geltend zu machen, sodass die Ernsthaftigkeit seiner Lohnforderung klar erkennbar ist. Zu weitergehenden Schritten ist die versicherte Person dann gehalten, wenn es sich um erhebliche Lohnausstände handelt und sie konkret mit einem Lohnverlust rechnen muss. Sie darf nicht untätig zuwarten, bis der Arbeitgeber in Konkurs fällt. Insgesamt sollen sich Arbeitnehmende gegenüber dem Arbeitgeber so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzenschädigung nicht gäbe. Dieses Erfordernis lässt ein längeres Untätigsein nicht zu (Urteile des Bundesgerichts



vom 29. April 2020, 8C_820/2019, E. 4.3.1, vom 21. Mai 2019, 8C_79/2019, E. 3.2, und vom 29. August 2011, 8C_66/2011, E. 2.2, je mit Hinweisen; Kupfer Bucher, a.a.O., S. 328 ff.).

2.5. Nach konstanter Rechtsprechung genügt es für die Erfüllung der Schadenminderungspflicht in der Regel nicht, wenn Lohnausstände lediglich mündlich gemahnt werden. Dies gilt beispielsweise, wenn es um eine lang andauernde, das heisst über zwei bis drei Monate hinaus andauernde Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtung des Arbeitgebers geht, wenn überhaupt keine, also auch keine Akonto- oder Teilzahlung erfolgt, wenn aus der Sicht der versicherten Person nicht mit guten Gründen damit gerechnet werden kann, dass sich bald eine Besserung der Situation ergibt, und wenn nicht andere, im Einzelfall verständliche Gründe vorliegen, die ein Zuwarten mit zielgerichteten Schritten aus objektiver Sicht verständlich erscheinen lassen (Urteile des Bundesgerichts vom 18. Oktober 2017, 8C_573/2017, E. 2, und vom 29. August 2011, 8C_61/2011, E. 4.2, je mit Hinweisen). Ist davon auszugehen, dass sich die Arbeitgeberin allein durch Mahnung nicht zur Bezahlung des Lohnausstandes veranlasst sehen würde, sind von der versicherten Person härtere Massnahmen zur Durchsetzung ihrer Ansprüche gefordert (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 329).

3.

3.1. Die Beschwerdegegnerin hat zwar im Einspracheentscheid vom 2. Juli 2019 angemerkt, im Antrag sei nur Insolvenzenschädigung bis 30. Juni 2017 gefordert, sie hat aber den Anspruch bis 31. Juli 2017 geprüft und bestreitet auch im Beschwerdeverfahren nicht, dass dieser Zeitraum, mithin die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses, Beurteilungsgegenstand ist. Vorliegend ist deshalb unstrittig eine Insolvenzenschädigung für Lohnausfälle vom 1. April bis 31. Juli 2017 zu prüfen.

3.2. Der Beschwerdeführer forderte die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 19. August 2017 unter Ansetzung einer Nachfrist bis 26. August 2017 zur Zahlung der ausstehenden Löhne auf (act. G8.1/162). Als die Nachzahlung ausblieb, leitete er am 29. August 2017 ein Schlichtungsverfahren gegen die Arbeitgeberin ein. Die Verhandlung wurde auf den 5. Oktober 2017 angesetzt. Nachdem die Arbeitgeberin nicht zur Verhandlung erschienen war, erteilte die Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse D.____ dem Beschwerdeführer am 10. Oktober 2017 eine Klagebewilligung (vgl. act. G8.1/45 f.). Am 15. Dezember 2017 reichte der Beschwerdeführer gegen die Arbeitgeberin Klage beim Kreisgericht E.____ ein (act. G8.1/47). Nachdem die Arbeitgeberin auch am Gerichtsverfahren nicht aktiv teilnahm (siehe act. G8.1/52), hiess das Kreisgericht E.____ die Klage am 13. Juni 2018



gut (act. G8.1/49 ff.). Danach versuchte der Beschwerdeführer offenbar noch einmal, die Arbeitgeberin zur Zahlung der Lohnausstände zu bewegen. Als dies nicht gelang, stellte er beim Kreisgericht E.____ am 31. August 2018 einen Antrag auf Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung (act. G8.1/175 f.), sodass die Arbeitgeberin per 8. Oktober 2018 zur Einvernahme und Verhandlung vorgeladen wurde (act. G8.1/166). Auf Betreuung und Konkursandrohung durch eine andere Gläubigerin wurde die Arbeitgeberin mit Wirkung ab 25. Januar 2019 durch Konkurs aufgelöst. Das Konkursverfahren wurde mit Verfügung des Konkursrichters vom 14. März 2019 mangels Aktiven eingestellt (siehe Handelsregistereintrag, abrufbar unter www.zefix.ch).

3.3. Der Beschwerdeführer hat somit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2017 ab dem 19. August 2017 kontinuierlich rechtliche Schritte unternommen, um seine Lohnforderung für die Monate April bis Juli 2017 gegenüber der Arbeitgeberin geltend zu machen. Dass er zwischen Erhalt der Klagebewilligung und Anhebung der Klage einige Wochen Zeit verstreichen liess, ist nicht vorwerfbar. Er ist juristischer Laie und war im Schlichtungsverfahren noch nicht vertreten (vgl. Verhandlungsprotokoll / Klagebewilligung, act. G8.1/45 sowie Vollmacht vom 7. Dezember 2017, act. G1.1). Nach der Gutheissung der Klage musste der Beschwerdeführer die Rechtskraft des Entscheides abwarten, bevor er gestützt darauf weiter gegen die Arbeitgeberin vorgehen konnte. Der Antrag auf Konkursöffnung vom 31. August 2018 erfolgte unter den gegebenen Umständen hinreichend zeitnah. Somit ist der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht ab dem 19. August 2017 nachgekommen. Dies wird inzwischen von der Beschwerdegegnerin auch nicht mehr bestritten (siehe Beschwerdeantwort, act. G8).

4.

4.1. Klar ist, dass der Beschwerdeführer seine Arbeitgeberin vor dem 19. August 2017 weder schriftlich mahnte noch ein betreibungs- oder zivilrechtlichen Verfahren gegen sie einleitete. Streitig und zu prüfen ist, ob er seine Schadenminderungspflicht verletzte, indem er vor diesem Datum nichts gegen die Lohnausstände unternahm.

4.2. Die Beschwerdegegnerin macht in diesem Zusammenhang geltend, der Beschwerdeführer habe deutlich mehr Lohnausstände, als er offengelegt habe. Unter dieser Prämisse hätte er nicht bis August 2017 zuwarten dürfen, bevor er die Arbeitgeberin schriftlich mahnte.

4.3. Die Beschwerdegegnerin listete korrekt die folgenden Geldzuflüsse auf das Privatkonto des Beschwerdeführers bei der PostFinance auf:

Persönliche Einzahlungen (act. G8.1/110, 112 und 117):



St.Galler Gerichte

6. Februar 2016 Fr. 7'000.--

25. Mai 2016 Fr. 1'000.--

23. Juli 2016 Fr. 5'000.--

Überweisungen der Firma C.____ (act. G8.1/97 bis 107):

12. September 2016 Fr. 8'000.--

12. Oktober 2016 Fr. 4'500.--

16. Dezember 2016 Fr. 5'000.--

19. Januar 2017 Fr. 5'000.--

21. März 2017 Fr. 5'000.--

Weitere Zahlungseingänge sind auf dem Konto nicht verzeichnet (siehe act. G8.1/91 ff.) und ergeben sich auch aus den weiteren Akten nicht.

4.4. Tatsächlich kann der Lohnfluss weder anhand der Vorakten aus dem vorliegenden Verfahren noch unter Zuhilfenahme der Akten über den Konkurs der Arbeitgeberin nachvollzogen werden. Aus dem Kontoauszug des Beschwerdeführers ergibt sich keine einzige Direktzahlung der Arbeitgeberin an ihn. Dessen eigene Einzahlungen im ersten Halbjahr 2016 erfolgten unregelmässig, unterschieden sich in der Höhe beträchtlich und stimmten nicht mit der Lohnhöhe gemäss Arbeitsvertrag überein (siehe act. G8.1/91 ff.). Den beigezogenen Konkursakten ist zu entnehmen, dass die Arbeitgeberin lediglich über ein Konto verfügte (vgl. act. G15.1, Einvernahmeprotokoll der Geschäftsführerin vom 8. Februar 2019). Aus dem ebenfalls bei den Konkursakten befindlichen Auszug dieses Kontos sind unregelmässige und in der Höhe variierende Bezüge ersichtlich. Mit der Lohnforderung des Beschwerdeführers übereinstimmende Bezüge erfolgten keine. Auch die Daten grösserer Bezüge stimmen nicht mit den Einzahlungen des Beschwerdeführers auf sein eigenes Konto überein (vgl. act. G15.1, Kontoauszug 01.01.2016 - 07.02.2019). Die Zahlungen, welche seitens der Firma C.____



erfolgten, wurden von dieser nicht als Lohnzahlungen an den Beschwerdeführer deklariert. Vielmehr stellten sie offenbar Werklohn dar, den die Firma C.____ der Arbeitgeberin des Beschwerdeführers schuldete. Dieser war denn auch gar nicht bekannt, dass die von ihr bezahlten Gelder dem Beschwerdeführer als Lohn zufließen sollten (vgl. act. G8.1/7). Eine Buchhaltung führte die Arbeitgeberin nicht (act. G15.1 und act. G8.1/5), sodass aus den Konkursakten auch nicht ersehen werden kann, ob und in welchem Umfang Lohnzahlungen erfolgten. Von weiteren Abklärungen sind deshalb auch keine wesentlichen zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten.

4.5. Auch wenn der Beschwerdeführer vorbringt, die Arbeitgeberin habe den Lohn unregelmässig und meist in bar bezahlt (act. G10), bleibt ungewiss, ob überhaupt bzw. in welcher Höhe Lohnzahlungen erfolgten. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, im Zivilverfahren seien ihm die vier ausstehenden Monatslöhne April bis Juli 2017 zugesprochen worden und er hätte keinen Anlass gehabt, weitere (ausstehende) Löhne einzuklagen, kann er daraus hinsichtlich des Nachweises des Lohnflusses nichts ableiten. Die Arbeitgeberin nahm weder an der Schlichtungs- noch an der Gerichtsverhandlung teil und äusserte sich nicht zu den Forderungen des Beschwerdeführers (vgl. E 3.2 vorstehend). Offenkundig hatte sie am Zivilverfahren keinerlei Interesse. Im arbeitsrechtlichen Zivilprozess gilt der Dispositionsgrundsatz. Demnach darf das Gericht einer Partei nicht mehr zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (vgl. Art. 58 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Da die Arbeitgeberin sich im Zivilverfahren nicht äusserte, sprach das Zivilgericht dem Beschwerdeführer gestützt auf seine Vorbringen und die von ihm vorgelegten Beweismittel (u.a. schriftlicher Arbeitsvertrag, Lohnabrechnungen) Lohnbeträge für die Zeit April bis Juli 2017 von Fr. 17'104.-- sowie eine Überstundenvergütung für 323.5 Stunden zu (Monatslohn von Fr. 4'600.-- plus Anteil 13. Monatslohn von Fr. 383.20 plus Spesen pauschal von Fr. 300.-- abzüglich Sozialversicherungsbeiträge, Verbandsbeiträge und Quellensteuer von Fr. 1'007.20 = Fr. 4'276.-- pro Monat x 4 = Fr. 17'104.--). Das Zivilurteil hat unter diesen Umständen keine Aussagekraft bezüglich der Frage, welche Lohnzahlungen der Beschwerdeführer effektiv erhalten hatte.

4.6. Ebenso ergibt sich aus den Konkursakten der Arbeitgeberin nichts, was die Angaben des Beschwerdeführers stützen würde. Insbesondere hat er die Arbeitgeberin



St.Galler Gerichte

im Gegensatz zu zahlreichen anderen Gläubigern, darunter auch mehreren Privatpersonen, nicht betrieben (act. G15.1, Auflistung Betreibungen). Auch die Konkursöffnung wurde letztlich von einer anderen Gläubigerin erwirkt (Paritätische Berufskommission F.____ [act. G15.1]).

4.7. Selbst wenn zugunsten des Beschwerdeführers angenommen würde, dass seine Bareinzahlungen ebenso wie die Zahlungen der Firma C.____ vollumfänglich Lohnzahlungen darstellten, so könnte von einem Lohnfluss von höchstens Fr. 40'500.-- ausgegangen werden. Ein weitergehender Lohnfluss ist nicht glaubhaft gemacht.

5.

5.1. Das Arbeitsverhältnis dauerte zwar vom 1. April 2015 bis zum 31. Juli 2017, die Bankauszüge sowohl des Beschwerdeführers als auch der Arbeitgeberin liegen indes nur für den Zeitraum ab 1. Januar 2016 vor. Der Netto-Monatslohn des Beschwerdeführers betrug Fr. 4'276.-- (siehe Lohnabrechnungen, act. G8.1/178 ff.). Da der auch im Antrag auf Insolvenzenschädigung geltend gemachte Netto-Lohnanspruch des Beschwerdeführers von monatlich Fr. 4'276.-- für den Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis 31. Juli 2017 einen Betrag von Fr. 81'244.-- ergibt (Fr. 4'276.-- x 19 Monate), ist selbst bei Berücksichtigung der erwähnten Geldbezüge und Geldüberweisungen für einen Betrag von Fr. 40'744.-- (Fr. 81'244.-- - Fr. 40'500.--) keinerlei Lohnfluss aus den Akten ersichtlich. Diese Summe entspricht rund 9.5 Monatslöhnen.

5.2. Somit ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bereits vor April 2017 erhebliche Lohnausstände hatte. Dementsprechend hätte er im Rahmen seiner Schadenminderungspflicht auch bereits früher aktiv werden und seine Lohnforderungen entsprechend sicherstellen müssen. Ihm waren die Zahlungsschwierigkeiten der Arbeitgeberin aus den vergangenen Jahren bekannt. Spätestens ab dem Zeitpunkt, ab welchem die Arbeitgeberin ihm den Lohn teilweise nicht mehr direkt zahlte, sondern durch die Firma C.____ tilgen liess (12. September 2016), musste ihm der Ernst der Lage klar sein. Unter diesen Umständen handelte der Beschwerdeführer grobfahrlässig, indem er nicht innert nützlicher Frist seine Lohnforderungen sicherstellte.



5.3. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer zwischen der Überfälligkeit des April-Lohnes 2017 und der ersten schriftlichen Mahnung mehr als drei Monate verstreichen liess. Die Rechtsprechung verlangt in der Regel eine Reaktion innert zwei bis drei Monaten (siehe E 2.5 vorstehend). Der unter Hinweis auf BSK SchKG EB - Bauer, Art. 55 AVIG ad N 3 g erfolgenden sinngemässen Argumentation des Beschwerdeführers, wonach die Schadenminderungspflicht (erst) verletze, wer fünf Monate zuwarte, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr ergibt sich aus dieser Literaturstelle und dem ihr zugrundeliegenden Urteil des Bundesgerichts vom 18. November 2013, 8C_66/2013, E. 4.3, dass in jenem Fall unter Bezugnahme auf die konkreten Umstände nachvollziehbar aufgezeigt worden war, aus welchen Gründen das fünfmonatige Zuwarten nach der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses ein grosses Versäumnis darstellte. Zu beachten ist zudem, dass in jenem Fall der Lohn seit Januar 2009 ausstehend war und die versicherte Person erst Ende September 2009 eine Lohnklage anhub (Urteil des Bundesgerichts vom 18. November 2013, 8C_66/2013).

5.4. Unter den gegebenen Umständen hätte der Beschwerdeführer nicht erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aktiv werden dürfen. Zu jenem Zeitpunkt hatte die Arbeitgeberin kein Interesse mehr daran, die Lohnausstände des Beschwerdeführers zu tilgen. Dies hätte ihm bewusst sein müssen. Er kann sich auch nicht darauf berufen, als Hilfsarbeiter und Ausländer mit geringen Sprachkenntnissen, der zuvor noch nie mit der Schweizerischen Arbeitslosenversicherung in Berührung gekommen sei (gemäss IK-Auszug hat allerdings der Beschwerdeführer schon in den Jahren 2014 und 2015 Arbeitslosenentschädigung bezogen, vgl. act. G8.1/119), überfordert gewesen zu sein. Auch von einem Arbeitnehmenden mit fehlenden oder ungenügenden Deutschkenntnissen ist zu erwarten, dass er sich bei fortdauernden Lohnausständen – nötigenfalls mit Hilfe eines Verwandten oder Bekannten bzw. einer Beratungsstelle – innert nützlicher Frist über seine Rechte und Pflichten kundig macht. Wie das Bundesgericht erwogen hat, kann ein Arbeitnehmender, der Insolvenzenschädigung beanspruchen will, seine Passivität über längere Zeit nicht dadurch rechtfertigen oder entschuldigen, er sei rechtsunkundiger Ausländer und beherrsche die Schriftsprache kaum (Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 2001, C 49/01, mit Hinweis auf BGE 124 V 220 E. 2b/aa).



5.5. Der Beschwerdeführer macht auch eine Insolvenzenschädigung für 323.5 geleistete Überstunden im Gesamtbetrag von Fr. 5'733.15 geltend (act. G 8.1/168 f.; G 1 S. 6). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden Überstunden, die gemäss arbeitsvertraglicher Abmachung durch Freizeit hätten kompensiert werden müssen, nicht von der Insolvenzenschädigung gedeckt (BGE 137 V 96 E. 6.3.2). Gemäss dem GAV für das F.____ sind Überstunden grundsätzlich mit Freizeit auszugleichen. Eine Insolvenzenschädigung für die geltend gemachten Überstunden kann daher schon aus diesem Grund nicht zugesprochen werden. Ohnehin könnten höchstens die Überstunden berücksichtigt werden, welche der Beschwerdeführer in den letzten vier Monaten des Arbeitsverhältnisses geleistet hat. Er legt diesbezüglich Monatsrapporte ins Recht (act. G8.1/120 ff.). Diese Monatsrapporte sind jedoch nicht von der Arbeitgeberin visiert. Weitere Beweismittel, welche die behauptete Leistung von Überstunden oder eine Anerkennung derselben durch die Arbeitgeberin nachweisen würden, liegen nicht vor. Insbesondere werden auch auf den Lohnabrechnungen keine Überstundenguthaben aufgelistet (act. G8.1/178 ff.). Ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung für die geltend gemachten Überstunden ist nicht gegeben.

6.

6.1. Zusammenfassend ist, wie die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort zu Recht moniert, davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer während des Arbeitsverhältnisses mindestens ab Januar 2016 grössere Lohnausstände verzeichnet und bis zum Mahnschreiben vom 19. August 2017 bzw. bis zur Einleitung des Schlichtungsverfahrens am 29. August 2017 keinerlei Vorkehren getroffen hat, die ausstehenden Lohnzahlungen gegenüber seiner Arbeitgeberin einzufordern. Somit hat der Beschwerdeführer die Schadenminderungspflicht im Sinne von Art. 55 AVIG zumindest grobfahrlässig verletzt, indem er ausstehende Lohnforderungen nicht bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei der vormaligen Arbeitgeberin unter Zuhilfenahme der rechtlichen Möglichkeiten geltend machte. Die Beschwerdegegnerin hat das Gesuch um Insolvenzenschädigung damit zu Recht abgewiesen.

6.2. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Der Beschwerdeführer beantragt unentgeltliche Rechtsverteidigung. Jede Person, die nicht über die



erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint; soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 29 Abs. 3 BV). Eine Partei verfügt nicht über die erforderlichen Mittel, wenn sie die infrage stehenden Vertretungskosten aus ihrem realisierbaren Einkommen und Vermögen innert angemessener Frist effektiv nicht bezahlen kann (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Bern/St. Gallen/Zürich 2020, Art. 61 N 190). Vorliegend ist dem Beschwerdeführer auf der Seite seines monatlichen Bedarfs ein Grundbetrag von Fr. 1'230.-- sowie ein Zuschlag von 30%, mithin von Fr. 369.--, anzurechnen. Hinzu kommt die Miete inkl. Nebenkosten in Höhe von Fr. 845.-- und die Ausgaben für die obligatorische Krankenkassenprämie im Umfang von Fr. 301.--. Zusatzversicherungen werden bei der Abklärung der Prozessarmut nicht in den Bedarf eingerechnet (vgl. die online einsehbaren Richtlinien zur unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess und für die Privatklägerschaft im Strafprozess des Kantons St. Gallen, Stand 25. März 2019, S. 1). Sodann gibt der Beschwerdeführer Steuern von monatlich Fr. 350.-- an. Da der Beschwerdeführer indes quellenbesteuert wird, ist der Steuerbetrag bereits auf der Einkommenseite abgezogen, indem in den Lohnabrechnungen der Nettolohn nach Quellensteuerabzug erscheint. Weiter macht der Beschwerdeführer Fahrspesen von Fr. 250.-- und Kosten für die auswärtige Verpflegung in Höhe von Fr. 265.-- pro Monat geltend, ohne diesbezüglich Nachweise ins Recht zu legen. Werden diese Kostenpositionen berücksichtigt, ergibt sich ein Bedarf von Fr. 3'260.-- pro Monat. Der Beschwerdeführer gibt als Einkommen einen Nettolohn von Fr. 3'750.00 an, was in etwa dem Durchschnittswert der von ihm eingereichten Lohnabrechnungen entspricht. Hinzu kommt ein Anteil 13. Monatslohn (vgl. GAV F.____). Das vom Beschwerdeführer angegebene Einkommen beinhaltet keinen Anteil 13. Monatslohn, wie aus den eingereichten Lohnabrechnungen ersichtlich ist. Selbst wenn kein 13. Monatslohn miteinberechnet wird, resultiert beim Beschwerdeführer indes ein monatlicher Überschuss von Fr. 490.--. Damit ist der Beschwerdeführer jedenfalls in der Lage, die Vertretungskosten innerhalb eines Jahres zu begleichen. Er ist folglich nicht bedürftig im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 61 lit. f ATSG. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist somit abzuweisen.

Entscheid



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.