



**Fall-Nr.:** AVI 2019/44  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 21.04.2021  
**Entscheiddatum:** 31.08.2020

### **Entscheid Versicherungsgericht, 31.08.2020**

**Art. 11 Abs. 4, 51 und 52 AVIG, Art. 74 AVIV, Art. 7 AHVV. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für Ferienentschädigung keine Insolvenzenschädigung zuzusprechen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 31. August 2020, AVI 2019/44).**

#### **Entscheid vom 31. August 2020**

Besetzung

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

Geschäftsnr.

AVI 2019/44

Parteien

**A.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

gegen

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

**Beschwerdegegnerin,**



Gegenstand

### Insolvenzentschädigung (Ferienentschädigung)

#### Sachverhalt

##### A.

**A.a.** A.\_\_\_\_ war vom 16. April 2015 bis 31. August 2018 bei der B.\_\_\_\_ angestellt (act. G5.1/144 i.V.m act. G5.1/127 f.). Die Arbeitgeberin teilte dem Versicherten mit Schreiben vom 25. September 2018 mit, sie könne ihm die Löhne für den Juli und August 2018 sowie die Überstunden und das Ferienguthaben nicht auszahlen, da sie sich in einer sehr schlechten finanziellen Situation befinde (act. G5.1/134). Nachdem die Arbeitgeberin ihren Sitz an die C.\_\_\_\_ in D.\_\_\_\_ verlegt hatte, wurde hier am 12. Februar 2019 der Konkurs über sie eröffnet (vgl. act. G5.1/135).

**A.b.** Mit Schreiben vom 19. März 2019 beantragte A.\_\_\_\_, vertreten durch TCL Treuhand & Versicherungen AG, Zürich, bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen (nachfolgend: Kasse) Insolvenzenschädigung für die offen gebliebenen Monatslöhne Juli und August 2018 von je Fr. 4'430-- brutto, zuzüglich Anteil 13. Monatslohn, sowie für Forderungen betreffend Ferienentschädigung und Überstundenvergütung Mai bis August 2018 (act. G5.1/148 f. und act. G5.1/129 f.).

**A.c.** Am 22. März 2019 forderte die Kasse den Versicherten auf, weitere Unterlagen einzureichen (act. G5.1/150). Am 1. April 2019 gab sie ihm unter Androhung der Säumnisfolgen Gelegenheit, die ausstehenden Akten bis 15. April 2019 nachzureichen (act. G5.1/125).

**A.d.** Mit Verfügung vom 26. April 2019 lehnte die Kasse den Antrag auf Insolvenzenschädigung vom 19. März 2019 ab, da der Versicherte trotz mehrfacher Aufforderung Unterlagen, welche zur Überprüfung des Lohnflusses erforderlich gewesen wären, nicht eingereicht habe (act. G5.1/74 ff.).

**A.e.** Gegen diese Verfügung erhob der Versicherte am 21. Mai 2019 Einsprache (act. G5.1/69). Mit Schreiben vom 21. Juni 2019 forderte die Kasse den Versicherten



## St.Galler Gerichte

zur abschliessenden Beurteilung seiner Einsprache noch einmal auf, die fehlenden Belege einzureichen (act. G5.1/73).

**A.f.** Mit Entscheid vom 18. Juli 2019 hiess die Kasse die Einsprache teilweise gut und leistete für Juli und August 2018 Insolvenzenschädigung von netto Fr. 1'845.-- pro Monat inkl. Anteil 13. Monatslohn. Im Übrigen wies sie die Einsprache ab, da ein weitergehender Lohnfluss nicht belegt worden sei (act. G5.1/51 ff.).

### **B.**

**B.a.** Gegen diesen Entscheid erhob A.\_\_\_\_ am 6. August 2019 (Postaufgabe) Beschwerde. Er beantragt, der Einspracheentscheid vom 18. Juli 2019 sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass die Kasse ihm für die Monate Juli und August 2018 einen Bruttomonatslohn von Fr. 4'430.-- (zuzüglich Anteil 13. Monatslohn von Fr. 369.--), und für die Monate Mai bis August 2018 ein Ferienguthaben von total Fr. 1'228.60 zu leisten habe. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Kasse. Gemäss den eingereichten Bankbelegen habe ihm seine ehemalige Arbeitgeberin monatlich einen Nettolohn von Fr. 1'845.-- entrichtet. Vom übrigen Lohn habe sie ihm monatlich die Wohnungsmiete von Fr. 821.-- bezahlt und den Restbetrag infolge seiner Lohnpfändung an das Betreibungsamt E.\_\_\_\_ geleistet. Des Weiteren sei ihm sein Ferienguthaben für die Monate Mai bis August 2018 von total Fr. 1'228.60 nicht ausbezahlt worden (act. G1).

**B.b.** Mit Beschwerdeantwort vom 25. September 2019 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abschreibung der Beschwerde. Da die zur Berechnung der Insolvenzenschädigung benötigten Unterlagen mit der Beschwerde an das Versicherungsgericht eingereicht worden seien, habe sie den Anspruch gewähren und die Insolvenzenschädigung neu berechnen können. Es werde darum ersucht, die verspätete Einreichung der Unterlagen bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen (act. G5).

**B.c.** Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin am 20. September 2019 eine neue Verfügung erlassen hat, mit der sie dem Beschwerdeführer eine Insolvenzenschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen à Fr. 4'430.-- brutto (zuzüglich Anteil 13. Monatslohn von je Fr. 369.--) zugesprochen hat, während sie eine



Insolvenzenschädigung für Ferienentschädigung unter Berufung auf die Bundesgerichtspraxis gemäss BGE 137 V 96 ablehnte (act. G5.1/41 ff.). In Ergänzung zur Beschwerdeantwort übermittelte die Beschwerdegegnerin dem Gericht am 7. Oktober 2019 die Abrechnung über die Schlusszahlung an den Beschwerdeführer und über die Zahlung an das Betreibungsamt Zürich (act. G6).

**B.d.** Mit Schreiben vom 24. Oktober 2019 teilte die Verfahrensleitung dem Beschwerdeführer mit, hinsichtlich der Insolvenzenschädigung für die Monatslöhne Juli und August 2018 könne die Beschwerde zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben werden, während bezüglich der abgelehnten Insolvenzenschädigung für das geltend gemachte Ferienguthaben die Beschwerde zu beurteilen sei. Der Beschwerdeführer erhalte Gelegenheit, sich zur streitigen Frage der Insolvenzenschädigung für Ferienentschädigung zu äussern. Der Beschwerdeführer liess sich in der Folge nicht vernehmen (act. G7 und G8).

### Erwägungen

#### 1.

**1.1.** Beitragspflichtige Arbeitnehmende von Arbeitgeberinnen, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmende beschäftigen, haben Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihre Arbeitgeberin 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).

**1.2.** Vorliegend sind die Voraussetzungen für eine Insolvenzenschädigung grundsätzlich gegeben. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer denn auch im Laufe des vorliegenden Beschwerdeverfahrens eine Insolvenzenschädigung für die Monatslöhne Juli und August 2018 (zuzüglich anteilmässiger 13. Monatslohn) in der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Höhe zugesprochen (vgl. hierzu act. G5 bis G7). Insoweit ist das Beschwerdeverfahren gegenstandslos geworden und kann abgeschrieben werden.



**1.3.** Hingegen hat die Beschwerdegegnerin den Antrag auf Insolvenzenschädigung für die nicht ausbezahlte Ferienentschädigung betreffend die Monate Mai bis August 2018 abgelehnt. Es ist daher zu prüfen, ob der Beschwerdeführer für nicht bezogene Ferien Deckung über die Insolvenzenschädigung beanspruchen kann.

## 2.

**2.1.** Arbeitnehmende haben Anspruch auf mindestens vier Wochen Ferien pro Jahr. Für ein unvollständiges Dienstjahr sind Ferien entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses im betreffenden Dienstjahr zu gewähren (Art. 329a Abs. 1 und Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220]). Während dieser arbeitsfreien Zeit haben die Arbeitnehmenden Anspruch auf den gesamten auf diese Ferienzeit entfallenden Lohn sowie eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn (Art. 329d Abs. 1 OR). Damit der Erholungszweck der Ferien erreicht werden kann, dürfen die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden (vgl. Art. 329d Abs. 2 OR). Das Abgeltungsverbot gehört zu den absolut zwingenden, die Bestimmungen über den Ferienlohn zu den relativ zwingenden Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361 und 362 OR). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Ferienlohn bei unregelmässigem Beschäftigungsgrad oder unregelmässiger Entlohnung laufend mit dem Lohn ausgerichtet werden, wenn in den jeweiligen schriftlichen Lohnabrechnungen der für die Ferien bestimmte Lohnanteil festgehalten wird (BGE 129 III 493 E. 3.3 S. 496; BGE 137 V 96 E. 6.3.1 S. 101 f.).

**2.2.** Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind nicht bezogene Ferien auszuzahlen. Ein Entschädigungsanspruch für nicht bezogene Ferien kann damit erst entstehen, wenn diese nicht mehr in natura gewährt werden können. Erst in diesem Zeitpunkt steht fest, ob der arbeitnehmenden Person überhaupt ein Abgeltungsanspruch zusteht, und wird die Ferienforderung aufgrund ihres Entgeltcharakters durch eine reine Geldforderung ersetzt (BGE 131 III 451 E. 2.2 S. 454; vgl. auch Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/ Genf 2012, Art. 329d N 8). Sozialversicherungsrechtlich wird die Abgeltung des Ferienanspruchs als massgebender Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung behandelt. Damit unterliegt die Abgeltung der entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht wie eine gewöhnliche Lohnzahlung (vgl. Art. 7 lit. o der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101]).



### 3.

**3.1.** Das Bundesgericht hat in BGE 137 V 96 E. 6.4 S. 102 festgehalten, Ferienentschädigungen von im Monatslohn angestellten Personen, welche keine Ferienlohnzuschläge erhalten hätten, seien nicht von der Insolvenzenschädigung gedeckt. Gemäss dieser Entscheidung ist ein Lohnbestandteil von der Insolvenzenschädigung nur gedeckt, wenn die versicherte Person für den von Art. 52 Abs. 1 AVIG vorgeschriebenen Zeitraum unter Annahme eines fortbestehenden Arbeitsverhältnisses und einer zahlungsfähigen Arbeitgeberin berechnete Aussichten auf dessen Auszahlung hätte haben können. Im Monatslohn angestellte Personen könnten bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis keine Abgeltung der Ferien durch Geldleistung erwarten. Personen, welche während bestehendem Arbeitsverhältnis mit ihrem Lohn zusätzlich eine Ferienabgeltung beziehen würden, hätten demgegenüber mit den monatlich ausgerichteten Zuschlägen gerechnet. Nachdem das Bundesgericht in BGE 137 V 96 darauf hinwies, die frühere Rechtsprechung sei teilweise widersprüchlich und habe sich nicht vertieft mit der Problematik auseinandergesetzt, bezweckte es offensichtlich eine Klärung und Vereinheitlichung der Rechtsanwendung. Gleichzeitig hielt es fest, auf die Verwaltungsweisungen, namentlich auf die AVIG-Praxis IE, könne nicht abgestellt werden, soweit sich daraus etwas Abweichendes ergebe (vgl. zum Ganzen BGE 137 V 96 E. 6.2 ff. S. 100 ff.).

**3.2.** In der Lehre wurde Kritik an dieser Grundsatzentscheidung geäussert, welche wiederum in der Rechtsprechung Erwähnung fand (siehe 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 ff.; vgl. Entscheid des Bundesgerichts 8C\_749/2016 vom 22. November 2017 E. 3.2). So wurde ausgeführt, das vom Bundesgericht in BGE 137 V 96 neu geschaffene Eingrenzungskriterium der Lohnsumme, mit der die versicherte Person in den letzten vier Monaten des Arbeitsverhältnisses vor Eröffnung des Konkurses rechnen können, ergebe sich weder aus den Gesetzesmaterialien noch aus der bisherigen Praxis. Eine an den Erwartungen der versicherten Person ausgerichtete Betrachtungsweise scheine atypisch. Auch arbeitsrechtlich fänden sich keine Anhaltspunkte für die vom Bundesgericht getroffenen Unterscheidungen: Sowohl Pro-rata-Anteile des 13. Monatslohns wie auch Pro-rata-Ferienansprüche seien geldwert und bereits erworben. (Gächter, a.a.O., S. 227 f.). Das Bundesgericht behandle im Zusammenhang mit der Insolvenzenschädigung die Vergütung von nicht bezogenen Mehrstunden, die Ferienentschädigung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses und



mit dem Lohn ausbezahlte Ferienentschädigungen ungleich, obschon das Gesetz diese drei Ansprüche im Zusammenhang mit dem anrechenbaren Arbeitsausfall gemäss Art. 11 Abs. 4 AVIG) explizit gleich behandle. Für die Argumentation des Bundesgerichts spreche aber immerhin die Einfachheit und Praktikabilität dieser Lösung (Gächter, a.a.O., S. 229 ff.).

**3.3.** Nussbaumer und Kupfer Bucher stellen ohne weitere Kommentierung auf BGE 137 V 96 ab (vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in SBVR, Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2452 f. Rz 620, mit Verweis auf Fn. 1389; Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 324).

**3.4.** Demgegenüber wird in der aktuellen AVIG-Praxis zur Insolvenzenschädigung (IE) weiterhin ohne Differenzierung in Entlohnung mit Ferienzuschlag oder pauschale Abgeltung der Arbeit mit Monatslohn von einer Entschädigung auch für nicht bezogene Ferien ausgegangen, wobei geltend gemachte Lohnansprüche aus nicht bezogenen Ferien grundsätzlich mit einer Zeiterfassung zu belegen seien (AVIG-Praxis IE/B15 f. und C1).

**3.5.** Hinzu kommt, dass gemäss dem vom Bundesgericht im Entscheid 8C\_749/2016 vom 22. November 2017 E. 3.4 und E. 3.5.1 zitierten Übereinkommen der internationalen Arbeitsorganisation Nr. 173 über den Schutz der Forderungen der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers, für die Schweiz in Kraft seit 16. Juni 1996 (SR 0.822.727.3), Forderungen hinsichtlich bezahlten Urlaubs zu den durch eine Garantieeinrichtung (in der Schweiz die Insolvenzenschädigung) geschützten Forderungen gehören (Art. 12 lit. b des Abkommens; vgl. dazu auch Botschaft des Bundesrates vom 11. Mai 1994 betreffend Bundesbeschluss zum genannten Übereinkommen, BBl 1994 III 481, 484). Wie sich die fehlende Deckung des Anspruchs auf eine Entschädigung für nicht bezogene Ferien bei im Monatslohn Beschäftigten zum genannten Abkommen verhält, ist vom Bundesgericht in BGE 137 V 96 nicht geprüft worden.

#### 4.

Trotz der vorerwähnten Punkte ist festzuhalten, dass das Bundesgericht mit BGE 137 V 96 einen Grundsatzentscheid fällen und die uneinheitliche Praxis harmonisieren wollte. Auch das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen hat in verschiedenen Entscheiden auf die Rechtsprechung gemäss BGE 137 V 96 abgestellt (vgl. etwa AVI 2016/37 E. 2.2; AVI 2016/51 E.1.1 und AVI 2014/41 E. 4.2). Vorliegend besteht keine hinreichende Veranlassung, von der vom Bundesgericht in BGE 137 V 96 eingeführten Rechtsprechung abzuweichen. Der Beschwerdeführer hat sich zu seinem Antrag auf



## St.Galler Gerichte

Insolvenzenschädigung für nicht bezogene Ferien im Beschwerdeverfahren – trotz ausdrücklich eingeräumter Frist zur Stellungnahme (vgl. act. G 7) – nicht weiter vernehmen lassen. Es ist im vorliegenden Fall keine Insolvenzenschädigung für Ferienentschädigung zuzusprechen, und der angefochtene Einspracheentscheid ist zu bestätigen.

**4.1.** Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit sie nicht zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist.

**4.2.** Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Auf die beantragte Zusprache einer Parteientschädigung im Sinne einer Umtriebsentschädigung an den nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ist zu verzichten. So übersteigen die Bemühungen des Beschwerdeführers jedenfalls nicht das von einer Partei zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten selber zu tragende Mass an Aufwendungen (BGE 110 V 132 E. 4.d S. 134 f.; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Auflage 2020, Art. 61 N 217). Zudem konnte die Beschwerdegegnerin die Insolvenzenschädigung für die Monatslöhne Juli und August 2018 erst berechnen, nachdem der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde weitere Unterlagen eingereicht und Angaben gemacht hatte. Insofern hat die mangelnde Mitwirkung des Beschwerdeführers im Verwaltungsverfahren zum Beschwerdeverfahren geführt. Da der Beschwerdeführer somit die entsprechenden Kosten selber verursacht hat, sind sie von ihm selbst zu übernehmen (vgl. Art. 98<sup>ter</sup> des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP; sGS 951.1] i.V.m. Art. 106 und 108 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Für den Teil der Beschwerde, der nicht gegenstandslos geworden ist (Insolvenzenschädigung für Ferienentschädigung), ist der Beschwerdeführer unterlegen und hat aufgrund des Prozessausgangs keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 98<sup>bis</sup> VRP).

## Entscheid

### 1.

Soweit der Beschwerdeführer eine Insolvenzenschädigung für die Monatslöhne Juli und August 2018 (inkl. Anteil 13. Monatslohn) beantragt, wird die Beschwerde zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

### 2.

Soweit der Beschwerdeführer eine Insolvenzenschädigung für Ferienentschädigung verlangt, wird die Beschwerde abgewiesen.



**3.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.