



Fall-Nr.: AVI 2016/51
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 20.08.2019
Entscheiddatum: 10.10.2017

Entscheid Versicherungsgericht, 10.10.2017

Art. 52 Abs. 1 AVIG. Insolvenzenschädigung. Dauer des Anspruchs bei Nichteinhaltung der Kündigungsfrist bzw. Freistellung des Arbeitnehmers. Abgrenzung des Anspruchs zwischen Insolvenzenschädigung und Arbeitslosenentschädigung. Eine Qualifizierung der Zulagen kann offen bleiben, da ein Anspruch darauf auf Grund ihrer Regelmässigkeit zu bejahen ist (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 10. Oktober 2017, AVI 2016/51).

Entscheid vom 10. Oktober 2017

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Miriam Lendfers

und Michaela Machleidt Lehmann; Gerichtsschreiberin Jeannine Bodmer

Geschäftsnr.

AVI 2016/51

Parteien

A.____,

Beschwerdeführer,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt Samuel Horner, M.A. HSG, Streiff von Kaenel AG,
Bahnhofstrasse 67, Postfach 183, 8622 Wetzikon ZH,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Insolvenzentschädigung

Sachverhalt

A.

A.a A.____ stellte am 11. Februar 2016 bei der kantonalen Arbeitslosenkasse Antrag auf Insolvenzenschädigung (act. G 3.1/177), nachdem am 11. Januar 2016 über seine Arbeitgeberin, die B.____ AG, der Konkurs eröffnet worden war (act. G 3.1/204ff.). Die Arbeitgeberin hatte ihm das Arbeitsverhältnis am 29. Januar 2014 per 31. März 2014 „aus wirtschaftlichen Gründen“ gekündigt (act. G 3.1/172). Mit Schreiben vom 10. März 2014 hatte ihr der Versicherte mitgeteilt, dass - worauf er sie bereits am 4. Februar 2014 aufmerksam gemacht habe - die Kündigungsfrist drei Monate betrage und somit bis zum 30. April 2014 fort dauere. Er hatte ihr daher seine Arbeitsleistung für die Zeit ab dem 1. April 2014 angeboten und bis zum 19. März 2014 eine schriftliche Antwort erwartet, ob sein Arbeitsangebot angenommen oder auf seine Arbeitsleistung verzichtet werde (act. G 3.1/173).

A.b Mit Antwortbrief vom 11. März 2014 hatte die Arbeitgeberin dem Versicherten mitgeteilt, dass gemäss ihren Erkenntnissen eine zweimonatige Kündigungsfrist gelte. Sie hatte an der Kündigung per 31. März 2014 festgehalten (act. G 3.1/174).

A.c Mit Schreiben vom 27. März 2014 hatte der Versicherte weiterhin insistiert, dass sein Arbeitsverhältnis noch bis zum 30. April 2014 andauere. Er hatte der Arbeitgeberin



St.Galler Gerichte

erneut seine Arbeitsleistung offeriert und angekündigt, bei einer Nichtannahme seines Arbeitsangebots bis zum 31. März 2014 davon auszugehen, dass er im April 2014 freigestellt sei (act. G 3.1/175).

A.d In einer Stellungnahme vom 15. März 2016 zuhanden der Arbeitslosenkasse führte der Versicherte aus, welche Schritte er gegen die Lohnausstände seit 2014 unternommen hatte (act. G 3.1/124).

A.e Mit Schreiben vom 13. Juni 2016 teilte die Arbeitslosenkasse dem Versicherten mit, dass er die offenen Lohnforderungen, welche er jetzt von der Insolvenzversicherung fordere, vor der Konkurseröffnung nicht rechtzeitig geltend gemacht habe. Der ausstehende 13. Monatslohn des Jahres 2009 sei vom 1. Januar 2010 bis 14. Januar 2014 nie bei der Arbeitgeberin eingefordert worden (act. G 3.1/179).

A.f Mit Schreiben vom 22. Juni 2016 nahm Rechtsanwalt S. Horner, Wetzikon, im Namen des Versicherten zu diesem Vorwurf der Arbeitslosenkasse Stellung. Er argumentierte einerseits, dass ein allfälliger Anspruch auf einen 13. Monatslohn im Jahr 2009 nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei, und führte andererseits detailliert aus, inwiefern die Massnahmen des Versicherten zur Einforderung der Lohnausstände genügend gewesen seien (act. G 3.1/180ff.).

A.g Am 1. Juli 2016 zahlte die Arbeitslosenkasse dem Versicherten für die Zeit vom 1. bis 20. März 2014 von einer Lohnsumme von Fr. 2'249.55 eine Teilzahlung von 70% bzw. insgesamt Fr. 1'574.70 aus (act. G 3.1/187).

A.h Mit Schreiben vom 7. Juli 2016 verlangte der Rechtsvertreter des Versicherten eine begründete Verfügung unter Berücksichtigung seiner bereits in der vorangegangenen Stellungnahme vorgebrachten Argumente (act. G 3.1/188).

A.i Mit Verfügung vom 12. Juli 2016 legte die Arbeitslosenkasse die Insolvenzenschädigung auf Fr. 2'249.55 fest. Sie ging bei ihrer Berechnung davon aus, dass gemäss den eingereichten Wochenrapporten der letzte Arbeitstag des Beschwerdeführers am 20. März 2014 gewesen und die Arbeitsangebote bis 30. April 2014 von der Arbeitgeberin nicht angenommen worden seien. Insolvenzenschädigung



St.Galler Gerichte

werde grundsätzlich nur für effektiv geleistete Arbeit ausgerichtet. Zudem sei der 13. Monatslohn gemäss den Lohnblättern der Jahre 2010 und 2011 im Monatslohn enthalten gewesen. Ein weitergehender Anspruch sei weder durch die Arbeitgeberin noch durch ein Gerichtsurteil ausdrücklich belegt. Weitere Zahlungen seien freiwillige Gratifikationen, welche durch die Insolvenzenschädigung nicht gedeckt seien. Schliesslich bestehe auch kein Anspruch auf Ferien, da keine von der Arbeitgeberin beglaubigte Bestätigung bei ihnen eingetroffen sei, die nicht bezogene Ferien der Jahre 2014 und 2013 angebe. Ausgehend von einem Monatslohn im März 2014 von Fr. 10'000.-- ergebe sich für den Zeitraum vom 1. bis 20. März 2014 ein Betrag von Fr. 6'451.60. Unter Abzug des bezahlten Lohnes von Fr. 4'202.05 resultiere eine Insolvenzenschädigung von Fr. 2'249.55 (act. G 3.1/200ff.).

B.

B.a Dagegen liess der Versicherte durch seinen Rechtsvertreter am 3. August 2016 Einsprache erheben und für die Dauer vom 1. Januar bis 30. April 2014 eine ungekürzte Insolvenzenschädigung in Höhe von Fr. 19'117.95 beantragen (act. G 3.1/153ff.).

B.b Mit Schreiben vom 9. August 2016 forderte die Arbeitslosenkasse den Versicherten auf, ihr weitere Angaben betreffend seiner Kompetenzen, Pflichten oder Entscheidungsbefugnisse bei der Arbeitgeberin zu machen. Da die Lohnhöhe sowie die seit dem Jahr 2010 erhaltenen Bonuszahlungen (im speziellen im Jahr 2011 in Höhe von Fr. 38'415.10) für einen Plattenleger überdurchschnittlich hoch seien, müsse nun geprüft werden, ob er eine arbeitgeberähnliche Stellung inne gehabt habe. Diesfalls würde die bereits geleistete Teilzahlung der Insolvenzenschädigung zurückgefordert werden (act. G 3.1/276).

B.c Ebenfalls mit Schreiben vom 9. August 2016 ersuchte die Arbeitslosenkasse einen ehemaligen Mitarbeiter des Versicherten um Auskunft, ob er vom 21. bis 31. März 2014 mit jenem auf einer Baustelle zusammengearbeitet habe (act. G 3.1/275). Der Mitarbeiter antwortete schriftlich, er könne lediglich bezeugen, dass der Versicherte in der angegebenen Zeit bei der Arbeitgeberin gearbeitet habe. Er könne sich jedoch nicht daran erinnern, auf welcher Baustelle er tätig gewesen sei (act. G 3.1/76).



St.Galler Gerichte

B.d Im Schreiben vom 19. August 2016 führte der Rechtsvertreter des Versicherten aus, dass jener den hohen Lohn seiner exakten Arbeitsweise und Effizienz zu verdanken habe und die hohe Bonuszahlung im Jahr 2011 auf Grund der Vermittlung eines Grossauftrags erfolgt sei. Demgegenüber habe der Versicherte weder eine leitende arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt noch über eine finanzielle Beteiligung an der Arbeitgeberin verfügt (act. G 3.1/5ff.).

B.e Mit Einspracheentscheid vom 8. September 2016 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache des Versicherten ab. Sie hielt dabei an ihrer Begründung gemäss der angefochtenen Verfügung fest. Da auch der vom Versicherten genannte Zeuge nicht habe angeben können, auf welcher Baustelle der Versicherte vom 21. bis 31. März 2014 gearbeitet habe, sei die Insolvenzenschädigung lediglich bis zum 20. März 2014 geschuldet (act. G 3.1/77ff.).

C.

C.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 23. September 2016 mit dem Antrag auf dessen Aufhebung und auf Zusprache einer ungekürzten Insolvenzenschädigung für die Dauer vom 1. Januar 2014 bis 30. April 2014 in der Höhe von gesamthaft Fr. 19'117.95; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung bringt der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers im Wesentlichen vor, dass das Arbeitsverhältnis gemäss Gesetz bis Ende April 2014 gedauert habe, weshalb für März und April 2014 grundsätzlich der volle Lohn geschuldet gewesen sei. Auf Grund des Annahmeverzugs der Arbeitgeberin habe der Beschwerdeführer als nicht vermittlungsfähig gegolten, weshalb ein Anspruch für die ganze Dauer der Kündigungsfrist gegeben sei. Hinsichtlich des Anspruchs auf einen 13. Monatslohn gehe aus den Lohnblättern seit 2012 hervor, dass ein solcher jeweils in der Zeile mit der Nummerierung „13“ zu finden sei. Dies deute klar darauf, dass die Arbeitgeberin diese Zahlung als 13. Monatslohn verstanden habe. Schliesslich spreche die Tatsache, dass der GAV für das Plattenlegergewerbe für einen Grossteil der deutschsprachigen Kantone - seit 1. Januar 2014 auch für den Kanton St. Gallen - zwingend einen 13. Monatslohn in der Höhe von 8.3% des Jahresbruttolohnes vorsehe, ebenfalls stark für eine Qualifikation der Zahlungen als Lohnbestandteil. Da



St.Galler Gerichte

die zusätzlichen Zahlungen somit Lohncharakter hätten, bestehe auch ein entsprechender Rechtsanspruch darauf (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 5. Oktober 2016 beantragte die Beschwerdegegnerin unter Verweis auf den angefochtenen Einspracheentscheid die Beschwerdeabweisung. Sie hielt daran fest, dass nicht nur auf den „letzten“ Arbeitstag, sondern auf den letzten „geleisteten“ Arbeitstag abzustellen sei (act. G 3).

C.c Der Beschwerdeführer hat auf die Einreichung einer Replik verzichtet (act. G 5).

Erwägungen

1.

Streitig und zu prüfen ist einerseits, ob der Beschwerdeführer auch für die Zeit vom 21. März bis 30. April 2014 Anspruch auf Insolvenzenschädigung hat, und andererseits, ob ein pro rata-Anspruch auf einen 13. Monatslohn besteht.

1.1 Die Insolvenzenschädigung ist eine Lohnausfallversicherung bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Sie setzt eine Lohnforderung der versicherten Person gegenüber dem insolventen Arbeitgeber voraus. Gemäss Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) deckt die Insolvenzenschädigung für das gleiche Arbeitsverhältnis Lohnforderungen für höchstens die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen (Abs. 1). Unter Lohnforderung im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AVIG ist grundsätzlich der massgebende Lohn gemäss Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) zu verstehen, einschliesslich der geschuldeten Zulagen. Als zweiseitiger Vertrag verpflichtet der Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit und den Arbeitgeber zur Entrichtung eines Lohnes. Die Rechtsfolge besteht aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht darin, dass die Lohnforderung grundsätzlich an die Leistung von Arbeit gebunden ist. Der Schutzzweck der Insolvenzenschädigung erstreckt sich daher nur auf tatsächlich geleistete, aber nicht entlohnte Arbeit; sie erfasst nicht Lohnforderungen wegen (ungerechtfertigter) vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses und für noch nicht



bezogene Ferien. Diese Praxis stützt sich auf den Gesetzeswortlaut und den klaren Willen des Gesetzgebers (BGE 125 V 494 E. 3b mit Hinweisen). Dem Tatbestand der geleisteten Arbeit hat die Rechtsprechung diejenigen Fälle gleichgestellt, in denen der Arbeitnehmer nur wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 des Obligationenrechts (OR; SR 220) keine Arbeit leisten konnte. Solange der Arbeitnehmer in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht, hat er einen Lohnanspruch, der gegebenenfalls einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung rechtfertigen kann (BGE 132 V 84 E. 3.1, BGE 125 V 495 E. 3b mit Hinweisen).

1.2 Ob Ansprüche für geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG in Frage stehen, beurteilt sich also nicht danach, ob qualitativ oder quantitativ vertragsmässig gearbeitet wurde. Ebenso wenig ist der rechtliche Bestand eines Arbeitsverhältnisses allein ein taugliches Kriterium, weil eine faktische Betrachtungsweise Platz zu greifen hat (BGE 121 V 381 E. 3c, BGE 119 V 157 E. 2a; vgl. auch BGE 125 V 495 E. 3b). Es geht vielmehr um Lohnansprüche für effektive Arbeitszeit, während welcher die versicherte Person der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stehen kann, weil sie in dieser Zeit dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen muss (URS BURGHER, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Zürich 2004, S. 90). Massgebend für die Bestimmung, ob Anspruch auf Insolvenzenschädigung besteht, mithin geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG vorliegt, ist somit die Abgrenzung gegenüber der Arbeitslosenversicherung und damit, ob die versicherte Person in der fraglichen Zeit vermittlungsfähig war (Art. 15 Abs. 1 AVIG) und die Kontrollvorschriften (Art. 17 AVIG) erfüllen konnte. Ist dies zu bejahen, so besteht kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung (BGE 121 V 379 E. 2b). Bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung kann der Arbeitnehmer der Vermittlung grundsätzlich wie jede andere arbeitslose Person zur Verfügung stehen. Er ist daher dem vermittlungsfähigen Arbeitnehmer gleichzustellen, der nach Eröffnung des Konkurses Anspruch auf Kündigungslohn hat. Bestehen über die Erfüllung der Ansprüche aus ungerechtfertigter Entlassung begründete Zweifel, ist die Ausrichtung einer Arbeitslosenentschädigung nach Art. 29 Abs. 1 AVIG möglich, nicht hingegen die Gewährung einer Insolvenzenschädigung (BGE 111 V 270 E. 1b). Um zu bestimmen, ob Arbeitslosen- oder Insolvenzenschädigung in Frage kommt, ist somit darauf abzustellen, ob die versicherte Person in der fraglichen Periode vermittlungsfähig war und die Kontrollvorschriften befolgen konnte (BGE 121 V 379 E. 2b; ARV 2003 S. 256



E. 2.4.1 [Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 10. Januar 2003, C 109/02]). Diese Grundsätze gelten auch bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c OR) und wenn das Arbeitsverhältnis zur Unzeit aufgelöst wird (Art. 336c OR). In diesen Fällen weist die versicherte Person eine genügend grosse Verfügbarkeit auf, um eine zumutbare Arbeit anzunehmen und sich den Kontrollvorschriften zu unterziehen (BGE 125 V 495 E. 3b, BGE 121 V 380 E. 3). Keine andere Betrachtungsweise hat bei der Freistellung während der Kündigungsfrist Platz zu greifen (BGE 132 V 85 E. 3.2 mit Hinweisen auf: ARV 2003 S. 257 E. 2.4.3 [Urteil vom 10. Januar 2003, C 109/02]; Urteile vom 15. April 2005, C 214/04, und vom 28. Januar 2002, C 164/01).

2.

2.1 Vorliegend befristete die Beschwerdegegnerin den Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung per 20. März 2014. Dies erfolgte gestützt auf die vorhandenen Arbeitsrapporte des Beschwerdeführers, welche mit dem Wochenblatt der Woche Nr. 12 (17. bis 23. März 2014) endeten und als letzten Eintrag für einen Arbeitseinsatz den Donnerstag 20. März 2014 aufwiesen (vgl. act. G 3.1/261). Demgegenüber macht der Beschwerdeführer geltend, bis zum 31. März 2014 Arbeiten für die Arbeitgeberin ausgeführt zu haben. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer per 31. März 2014 (act. G 3.1/172). Auch im Schreiben vom 11. März 2014 hielt die Arbeitgeberin daran fest, dass das Arbeitsverhältnis an diesem Tag ende. Weiter führte sie aus, dass eine Beschäftigung im April keinen Sinn mache, da auch die Auftragslage stark rückläufig sei. Gestützt auf diese Begründungen werde sein letzter Arbeitstag der 31. März 2014 sein. Natürlich werde eine saubere Übergabe des Firmenfahrzeugs, Firmenwerkzeugs, der Firmenschlüssel und der Tankkarte erwartet (act. G 3.1/174). Mit Schreiben vom 27. März 2014 offerierte der Beschwerdeführer der Arbeitgeberin „letztmals“ seine Arbeitsleistung für den Monat April 2014. Er setzte ihr dabei eine Frist bis zum 31. März 2014, 12.00 Uhr (Datum Zugang), um dieses Angebot anzunehmen. Ansonsten werde er davon ausgehen, dass er im April 2014 freigestellt sei (act. G 3.1/175). Der vom Beschwerdeführer genannte Zeuge, welcher gemäss den Angaben des Beschwerdeführers in dessen letzter Arbeitswoche Ende März 2014 gemeinsam mit ihm auf derselben Baustelle gearbeitet habe, konnte sich über zwei Jahre später nicht mehr an den konkreten Baustelleneinsatz erinnern. Er gab gegenüber der



Beschwerdegegnerin allerdings an, dass der Beschwerdeführer vom 21. bis 31. März 2014 bei der Arbeitgeberin gearbeitet habe (vgl. act. G 3.1/76).

2.2 Gestützt auf diese Aktenlage ist erstellt, dass der Arbeitgeber den Beschwerdeführer grundsätzlich bis Ende März 2014 beschäftigen und ihm Arbeit zuweisen wollte. Er sah als letzten Arbeitstag den 31. März 2014 vor und verlangte per dann die Rückgabe von sämtlichem Firmeneigentum. Auch der befragte Mitarbeiter des Beschwerdeführers gab an, dass jener nach seiner Erinnerung vom 21. bis 31. März 2014 für die Arbeitgeberin gearbeitet habe. Einzig die Tatsache, dass hinsichtlich dieser letzten zehn Tage kein Arbeitsrapport vorliegt, lässt nicht überzeugend darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer die letzten Arbeiten für die Arbeitgeberin am 20. März 2014 ausgeführt haben soll. Selbst wenn er jedoch - wovon auf Grund der Akten nicht auszugehen ist - von der Arbeitgeberin zwischen dem 21. und 31. März 2014 keine Arbeit mehr zugewiesen erhalten hätte, wäre noch nicht von einer Freistellung auszugehen. Erst wenn der Annahmeverzug der Arbeitgeberin andauert und der Arbeitnehmer in guten Treuen nicht mehr mit einer Arbeitszuweisung rechnen kann, ist das Geltendmachen von Insolvenzenschädigung ab jenem Zeitpunkt als unzulässig zu betrachten, weil faktisch ein Fall von Arbeitslosigkeit vorliegt (vgl. BGE 111 V 270f. E. 3). Für die Zeit bis zum 31. März 2014 ist demgegenüber nicht von einer unzulässigen Geltendmachung von Insolvenzenschädigung auszugehen und ein solcher Anspruch daher zu bejahen.

2.3 Anders ist dagegen die Frage eines Anspruchs für die Zeit vom 1. bis 30. April 2014 zu beantworten. Hier ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer keinerlei Arbeiten mehr für die Arbeitgeberin leistete. Zudem gingen sowohl er als auch die Arbeitgeberin bereits Ende März 2014 davon aus, dass der Beschwerdeführer seine Arbeit nicht mehr anbieten und die Arbeitgeberin auch keine Arbeit annehmen würde. Während letztere zwar von einer rechtlich korrekten Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausging, hatte ihr der Beschwerdeführer deutlich gemacht, dass er an einer dreimonatigen Kündigungsfrist festhalte und er die Verweigerung der Arbeitsannahme als Freistellung betrachten werde (vgl. act. G 3.1/175). Damit wäre der Beschwerdeführer ab 1. April 2014 der Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestanden und vermittlungsfähig gewesen, wenn er sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung angemeldet und die



Kontrollvorschriften erfüllt hätte. Ab diesem Zeitpunkt wäre folglich ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, insbesondere auch gestützt auf Art. 29 AVIG, möglich gewesen und ist deshalb ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen.

3.

3.1 Weiter ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer im Rahmen der Insolvenzenschädigung Anspruch auf einen anteilmässigen 13. Monatslohn hat. Grundsätzlich 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 eines zahlungsfähigen Arbeitgebers berechnete Aussichten auf dessen Auszahlung haben konnte. Dazu gehört ein anteilmässiger 13. Monatslohn, weil dieser pro rata temporis in Geld erworben wird und die Arbeitnehmenden mit diesem normalerweise gegen Ende des Kalenderjahrs ausbezahlten Lohnanteil bereits anfangs Jahr rechnen können (BGE 137 V 96 E. 6.3).

3.2 Bei einer Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt es sich um eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird. Sie hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar (BGE 109 II 448 E. 5c mit weiteren Hinweisen). Umgekehrt darf aber nicht geschlossen werden, dass jede variable Vergütung eine Gratifikation wäre. Je nach dem, was die Parteien konkret vereinbart haben, handelt es sich vielmehr entweder um einen Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR, der gemäss Art. 322a OR variabel ausgestaltet sein kann, oder um eine Gratifikation (BGE 129 III 278 E. 2 mit weiteren Hinweisen). Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab. Die Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages (BGE 129 III 278 E. 2, Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 2002, 4C.263/2001, E. 4b).



Lehre und Rechtsprechung nehmen an, dass eine Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet worden ist (BGE 131 III 620 E. 5.2, BGE 129 III 278 E. 2).

3.3 Der Beschwerdeführer verfügte nicht über einen schriftlichen Arbeitsvertrag. Auf seinem Lohnblatt aus dem Jahr 2010 wurden auf der Zeile „Jahressalär inkl. 13“ der Betrag Fr. 114'000.--, die einzelnen Brutto-Monatslöhne von je Fr. 9'500.--, ein Bonus von Fr. 9'238.12 (brutto) und ein Total von Fr. 123'238.12 (brutto) aufgeführt (act. G 3.1/274). Das Lohnblatt des Jahres 2011 zeigte auf der Zeile „Jahressalär inkl. 13“ den Betrag Fr. 120'000.--, monatliche Bruttolöhne von Fr. 10'000.--, einen Bonus von Fr. 38'415.10 (brutto) und ein Total von Fr. 158'415.10 (brutto; act. G 3.1/273). Sodann war das Lohnblatt aus dem Jahr 2012 neu mit 14 Zeilen für 14 „Perioden“ versehen, wobei die Perioden 1 bis 12 je einen Grundlohn von Fr. 10'000.-- (brutto) und die Zeile 13 einen Betrag von Fr. 9'536.88 (brutto) aufführten (act. G 3.1/272). Das Lohnblatt 2013 enthielt schliesslich lediglich noch auf 12 Zeilen folgende Lohnzahlungen: von Januar bis Mai 2013 und von Juli bis November 2013 je einen Grundlohn von Fr. 10'000.-- (brutto), im Juni 2013 einen solchen von Fr. 4'000.-- (brutto) und im Dezember 2013 einen Grundlohn von Fr. 9'245.55 (brutto; act. G 3.1/271). In seinem Schreiben an die Arbeitgeberin vom 14. Januar 2014 führte der Beschwerdeführer aus, dass er mittlerweile zehn Jahre für die B.____ AG arbeite und der mündliche Arbeitsvertrag zwischen ihm und Herrn C.____ unverändert weitergeführt worden sei, nachdem der jetzige Geschäftsführer das Geschäft übernommen habe und Nachfolger von Herrn C.____ geworden sei. Der 13. Monatslohn, den der aktuelle Geschäftsführer oftmals auch als Bonus bezeichnet habe, sei mit einer Ausnahme stets vorbehaltlos ausbezahlt worden. Einzig im Jahr 2009 hätten die Angestellten auf Grund der vom Inhaber geschilderten schlechten Geschäftslage eine massive Lohnreduktion akzeptiert und vorläufig auf den 13. Monatslohn verzichtet. Dabei hätten sie auf die Aussage des Geschäftsinhabers vertraut, dass der 13. Monatslohn für das Jahr 2009 sobald als möglich nachbezahlt werde. Eine entsprechende Teil- oder Auszahlung sei jedoch nie erfolgt. Zudem sei vereinbart worden, dass jeweils vom Beschwerdeführer zuviel bezogene Ferientage in Anrechnung der Überstunden vom Betrag des „13. Monatslohns/Bonus“ abgezogen würden. Im Jahr 2013 habe die Arbeitgeberin ihm jedoch bereits im Sommer (ohne Vorankündigung) den Betrag vom normalen Lohn



abgezogen. Dass auch im Dezember ein Abzug vom Dezemberlohn vorgenommen und der 13. Monatslohn zurückbehalten worden sei, sei massiv enttäuschend gewesen. Der Beschwerdeführer forderte daher von der Arbeitgeberin die ausstehenden Zahlungen aus dem Jahr 2009 sowie den 13. Monatslohn für das Jahr 2013 (act. G 3.1/259). Auch im Schlichtungsverfahren und vor dem Arbeitsgericht hielt der Beschwerdeführer an dieser Forderung fest (act. G 3.1/242ff. und 226ff.). So machte er in der Klage aus Arbeitsvertrag vom 21. Oktober 2014 wiederum geltend, dass ihm bei seiner Anstellung mündlich ein Anspruch auf den 13. Monatslohn zugesichert worden sei. Mit Ausnahme der Jahre 2009 und 2013 sei ihm der 13. Monatslohn stets ausbezahlt worden. Er erklärte die leicht schwankende Höhe wiederum damit, dass einzelne Ferientage, die er in Absprache mit der Arbeitgeberin zuviel bezogen hatte, mit dem Anspruch auf den 13. Monatslohn verrechnet worden seien (3.1/228). Die Arbeitgeberin anerkannte im arbeitsgerichtlichen Verfahren vergleichsweise sodann einen Betrag von Fr. 20'000.-- netto (zuzüglich Fr. 2'000.-- Anteil Gerichtskosten, vgl. act. G 3.1/225), wobei glaubhaft erscheint, dass damit in erster Linie die Monate März und April 2014 sowie Anteile 13. Monatslohn entschädigt werden sollten und grossmehrheitlich auf eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung verzichtet wurde.

3.4 Gestützt auf diese Aktenlage kann offen bleiben, ob es sich bei den Zahlungen von 2010, 2011 und 2012 von Fr. 9'238.12 (brutto), Fr. 38'415.10 (brutto) und Fr. 9'536.88 (brutto) um 13. Monatslohn oder eine Gratifikation/Bonus handelte. Da sich die hohe Zahlung im Jahr 2011 von Fr. 38'415.10 dadurch begründete, dass die Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer auf Grund seiner Vermittlung eines Grossauftrags eine Sonderprämie in Höhe von Fr. 30'000.-- leistete (vgl. act. G 3.1/9 sowie die Bestätigung des Kunden: act. G 3.1/74f.), weshalb sich die Zahlung von Fr. 38'415.10 aus der Sonderprämie von Fr. 30'000.-- und dem 13. Monatslohn bzw. einer Gratifikation von Fr. 8'415.10 zusammensetzte, ist von einer regelmässigen vorbehaltlosen Zahlung und damit auch einem Anspruch darauf auszugehen (vgl. Erwägung 3.2).

3.5 Schliesslich kann auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf den GAV für das Plattenlegergewerbe, worin ein Anspruch auf einen 13. Monatslohn in der Höhe von 8.3% des Jahresbruttolohnes festgehalten wird (vgl. Art. 7.3 des GAV), als weiteres



Indiz für das Vorliegen einer vereinbarten jährlichen Zusatzleistung von Fr. 10'000.-- betrachtet werden.

4.

Gestützt auf diese Ausführungen ist ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung für die Zeit vom 1. bis 31. März 2014 sowie für eine anteilmässige Gratifikation für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses (Fr. 10'000.-- / 12 x 4) zu bejahen. Für die Berechnung der Höhe der Insolvenzenschädigung ist von einem Monatslohn in der Höhe von Fr. 10'000.-- und einem 13. Monatslohn bzw. einer regelmässigen Zahlung in gleicher Höhe auszugehen und die durch die Arbeitgeberin geleistete Lohnzahlung von Fr. 4'202.05 abzuziehen.

5.

5.1 Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 8. September 2016 ist aufzuheben, und die Sache ist zur Berechnung der Insolvenzenschädigung im Sinne der Erwägungen und zur neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

5.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Hingegen hat die teilweise obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung 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 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Bei vollständigem Obsiegen wäre dem Beschwerdeführer mit Blick auf die Bedeutung der Streitsache und den Aufwand eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zugesprochen worden. Wegen des nur teilweisen Obsiegens erscheint eine



Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Entscheid

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 8. September 2016 aufgehoben, und die Sache wird zur Berechnung der Insolvenzenschädigung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

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