



**Fall-Nr.:** AVI 2017/49  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 18.01.2019  
**Entscheiddatum:** 18.01.2019

### **Entscheid Versicherungsgericht, 18.01.2019**

**Art. 52 AVIG, Art. 74 AVIV; Auch wenn die Arbeitgeberin verpflichtet gewesen wäre, eine Arbeitszeiterfassung zu führen, kann bei deren Fehlen nicht unbesehen auf die vom Arbeitnehmer geltend gemachten Überstunden abgestellt werden. Vielmehr sind dessen Angaben im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu überprüfen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. Januar 2019, AVI 2017/49).**

Entscheid vom 18. Januar 2019

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz),

Marie Löhner und Michaela Machleidt Lehmann; Gerichtsschreiberin

Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2017/49

Parteien



St.Galler Gerichte

A.\_\_\_\_,

**Beschwerdeführer,**

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. 99 ff.). Mit Schreiben vom 1. Oktober 2016 und vom 18. Oktober 2016 forderte er von der Arbeitgeberin den ausstehenden Lohn seit Beginn des Arbeitsverhältnisses (act. G3.1/S. 104 und 98). Am 31. Oktober 2016 kündigte der Versicherte das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin wegen der ausstehenden Lohnzahlungen mit sofortiger Wirkung (act. G3.1/S. 71).

A.b Mit Antragsformular vom 15. November 2016 beantragte der Versicherte bei der kantonalen Arbeitslosenkasse Arbeitslosenentschädigung ab 1. November 2016 (act. G3.1/S. 47 ff.). Am 7. Dezember 2016 wurde über die Arbeitgeberin der Konkurs



## St.Galler Gerichte

eröffnet und am 9. Februar 2017 mangels Aktiven eingestellt (vgl. act. G3.1/S.20 und S. 14). Mit Schreiben vom 15. Dezember 2016 forderte der Versicherte von der Arbeitgeberin verschiedene Unterlagen, insbesondere Lohnabrechnungen (act. G3.1/S. 91).

A.c Der Versicherte stellte am 25. Dezember 2016 Antrag auf Insolvenzenschädigung bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse. Er machte Lohnansprüche für den Zeitraum vom 11. Juli 2016 bis 7. Dezember 2016 geltend (act. G3.1/S. 95 f. und S. 92).

A.d Die Arbeitslosenkasse stellte dem Versicherten am 31. Januar 2017 eine Auszahlungsabrechnung zu, auf welcher sie eine Teilzahlung der für den Zeitraum vom 11. Juli 2016 bis 31. Oktober 2016 errechneten Insolvenzenschädigung im Umfang von Fr. 13'469.85 (60% von Fr. 22'449.75) auswies, wovon Fr. 7'361.15 zugunsten der Gemeindekasse C.\_\_\_\_ abgezogen wurden (act. G3.1/S. 38).

B.

B.a Mit dieser Auszahlungsabrechnung war der Versicherte nicht einverstanden und verlangte mit Schreiben vom 10. April 2017 eine anfechtbare Verfügung. Er machte insbesondere geltend, er sei vom 31. Oktober 2016 bis zur Konkurseröffnung vom 7. Dezember 2016 nicht vermittelbar gewesen, da er der Arbeitgeberin auf Abruf zur Verfügung gestanden habe (act. G3.1/S. 17 ff.).

B.b Die Arbeitslosenkasse hielt an ihrer Abrechnung mit Verfügung vom 5. Mai 2017 fest. Zur Begründung führte sie aus, der Versicherte habe seinen letzten Arbeitstag am 31. Oktober 2016 geleistet. Ab 1. November 2016 beziehe er Arbeitslosentaggeld. Deshalb sei die Insolvenzenschädigung vom 11. Juli 2016 bis zum 31. Oktober 2016 geleistet worden. Die Überzeiten seien nicht zweifelsfrei belegt, es liege sogar ein Widerspruch zwischen den vom Versicherten verfassten Zeiterfassungen zu den beiden von ihm eingereichten Lohnabrechnungen für die Monate Juli und August 2016 vor. Spesen seien nicht AHV-pflichtig und deshalb nicht von der Insolvenzenschädigung gedeckt (act. G3.1/ S. 10 ff.).



## St.Galler Gerichte

C.

C.a Gegen diese Verfügung erhob der Versicherte am 26. Mai 2017 Einsprache. Er beantragte sinngemäss die Aufhebung der Verfügung und die Neuberechnung der Insolvenzenschädigung unter Berücksichtigung der von ihm geleisteten Überstunden. Diesbezüglich brachte er vor, er habe die Überstunden tatsächlich geleistet und diese seien in den Lohnabrechnungen Juli und August 2016 festgehalten worden. Als Zeuge benenne er seinen Mitarbeiter D.\_\_\_. Er habe die Überstunden auf dem Betreuungsweg geltend gemacht. Gegen den Zahlungsbefehl sei kein Einspruch erhoben worden, die Arbeitgeberin habe die Überzeit anerkannt. Die Arbeitgeberin habe keinerlei Abrechnungssystem. Auch die zur Verfügung gestellten Stundenzettel und Nachweise hätten nicht den Vorschriften entsprochen. Das sei aber nicht das Problem des Versicherten (act. G3.1/S. 4).

C.b Mit Entscheid vom 20. Juli 2017 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Lohnansprüche aus nicht bezogenen Überstunden seien grundsätzlich mit einer Zeiterfassung zu belegen. Die geltend gemachten Überzeiten seien nicht zweifelsfrei belegt, es würden sogar Widersprüche vorliegen. Der Zahlungsbefehl genüge nicht als Beleg für eine von der Insolvenzenschädigung zu deckende Lohnforderung. Somit könnten keine Überzeiten vergütet werden (act. G3.1/S. 2 f.).

D.

D.a Gegen den Einspracheentscheid erhob der Versicherte mit Schreiben vom 17. August 2017 (Entgegennahme am 18. August 2017 via Briefkasteneinwurf) Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Einspracheentscheids und die Zusprache von Insolvenzenschädigung für die geleisteten Überstunden. Die Lohnabrechnungen würden die Überstunden ausweisen und seien von der Beschwerdegegnerin nicht berücksichtigt worden. Der Zahlungsbefehl mit den Lohnforderungen für die geleisteten Überstunden sei rechtskräftig geworden. Die Arbeitgeberin habe kein vorschriftsgemässes Abrechnungssystem gehabt (act. G1).



D.b Mit Beschwerdeantwort vom 15. September 2017 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist sie auf die Verfügung vom 5. Mai 2017 sowie auf den Einspracheentscheid vom 20. Juli 2017. Sie ergänzt, die Überstundenmutation sei anhand der vom Beschwerdeführer eingereichten Arbeitsrapporte und Lohnabrechnungen nicht nachvollziehbar. Lohnansprüche aus nicht bezogenen Ferien oder Überstunden seien grundsätzlich mit einer Zeiterfassung zu belegen. Über die Arbeitgeberin sei bereits am 7. Dezember 2016 der Konkurs eröffnet worden. Der Zahlungsbefehl mit dem Vermerk „kein Rechtsvorschlag“ sei erst am 3. April 2017 zurückgekommen und könne schon deshalb nicht mehr als glaubhafte Anerkennung der Überstunden beigezogen werden. Aufgrund der widersprüchlichen Angaben in den Lohnabrechnungen und Stundenrapporten sei nicht glaubhaft gemacht, dass die Überstunden effektiv geleistet worden seien. Deshalb seien sie nicht vergütet worden (act. G3).

D.c Mit Replik vom 1. November 2017 verdeutlicht der Beschwerdeführer noch einmal seine Ausführungen und beantragt die Gutheissung seiner Beschwerde (act. G5).

D.d Am 12. Januar 2018 schrieb die Beschwerdegegnerin, am 8. Januar 2018 um 10:41 Uhr habe ein anonymes Anrufer mitgeteilt, dass der Beschwerdeführer von der Arbeitgeberin und der E.\_\_\_\_ GmbH während des Insolvenzverfahrens Geldzahlungen erhalten habe (act. G7).

D.e Mit Schreiben vom 31. Januar 2018 hält der Beschwerdeführer fest, das Insolvenzverfahren sei im Dezember 2016 eröffnet worden und während dieser Zeit habe er keinerlei Bargeld oder andere Geldleistungen von den genannten Firmen erhalten. Mit der Insolvenzenschädigung sei er ausser betreffend Abrechnung Überzeit einverstanden gewesen. Er habe die Überzeit geleistet und fordere die Zahlung (act. G9).

D.f Mit Schreiben vom 22. Februar 2018 reichte die Beschwerdegegnerin einen Ausdruck von Skype for Business ein, aus dem ersehen werden könne, dass der angenommene Anruf stattgefunden habe (act. G11).



### Erwägungen

1.

1.1 Als Lohn im Sinne von Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) ist der massgebende Lohn aus unselbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne der AHV-Gesetzgebung zu verstehen. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen. 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.).

1.2 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]). 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 (URS BURGHER, a.a.O., S. 113 ff.).

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. Bei Zweifeln prüft sie die Angaben des Versicherten im Rahmen des Möglichen. Erscheinen Lohnforderungen als unglaublich und können sie durch nichts gestützt werden, führt dies zur Ablehnung des Entschädigungsanspruchs (URS BURGHERR, a.a.O., S. 115 f.).

2.

2.1 Der Beschwerdeführer erwähnt die Überstunden in seinen ersten Schreiben vom 1. und 18. Oktober 2016 an die Arbeitgeberin nicht (vgl. act. G3.1/S. 104 und 98). Erst mit Schreiben vom 31. Oktober 2016 – mithin an seinem letzten Arbeitstag – gibt er unter anderem "über 100 ÜBERSTUNDEN" als Begründung für seine Kündigung an (act. G3.1/S. 71). Zwar sind angeordnete Überstunden und die Überstundenzuschläge während des laufenden Arbeitsverhältnisses grundsätzlich mit Freizeit auszugleichen (Art. 8.4.1 Satz 1 des Gesamtarbeitsvertrags 2016-2019 für das Maler- und Gipsergewerbe [GAV]), sodass eine Erwähnung im Zusammenhang mit Lohnforderungen sich unter Umständen nicht sofort aufdrängt. Es fällt aber auf, dass vorliegend für einen Zeitraum von sieben Wochen (11. Juli bis 28. August 2016) zusätzliche Arbeit im Umfang von über zweieinhalb Wochen geltend gemacht wird. Dass eine solch hohe Anzahl Überstunden angesichts der vollständig ausstehenden Lohnforderungen nicht bereits früher schriftlich erwähnt wurden, erscheint ungewöhnlich.

2.2 Bei den beiden Lohnabrechnungen für Juli und August 2016 handelt es sich nicht um rechtzeitig erstellte Dokumente. Der Beschwerdeführer hatte die Lohnabrechnungen mehrmals schriftlich angefordert, nämlich am 1. und 18. Oktober 2016 sowie am 15. Dezember 2016. Wiederum erwähnt er die Überstunden erst in dem nach Ende des Arbeitsverhältnisses verfassten Brief vom 15. Dezember 2016, indem er die Arbeitgeberin um "Abrechnungen laut Arbeitsvertrag sowie Nachweis Stundenabrechnung verbunden mit Überstunden" bittet (act. G3.1/S. 104, 98 und 91). Die Lohnabrechnungen wurden also erst nach dem 15. Dezember 2016 – und somit auch erst nach dem Konkurs der Arbeitgeberin – ausgestellt. Zu jenem Zeitpunkt hatte die Arbeitgeberin kaum noch Interesse an der Prüfung der geltend gemachten Überstunden, da bereits klar war, dass das Unternehmen liquidiert würde. Über eine



eigene Zeiterfassung zur Gegenkontrolle verfügte die Arbeitgeberin soweit ersichtlich nicht. Zwar ist die Arbeitgeberin gemäss Art. 8.9 des zitierten GAV gehalten, über die Arbeitsstunden im Betrieb mittels eines von der zuständigen Berufskommission zur Verfügung gestellten Formulars oder eines gleichwertigen Ersatzsystems genau Buch zu führen. Bei Verstössen gegen diese Pflicht kann die Arbeitgeberin im Rahmen des GAV mit einer Konventionalstrafe belegt werden. Eine fehlende oder ungenügende betriebliche Arbeitszeiterfassung kann andererseits nicht bedeuten, dass im Nachhinein unbesehen auf die vom Arbeitnehmer geltend gemachten Überstunden abzustellen ist. Vielmehr sind diese Angaben im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu überprüfen.

2.3 Der Beschwerdeführer legt einen Zahlungsbefehl vom 14. November 2016 gegen die Arbeitgeberin ins Recht. Da die Arbeitgeberin dagegen keinen Rechtsvorschlag erhoben habe, habe die Arbeitgeberin die Überzeit anerkannt und der Zahlungsbefehl sei rechtskräftig (act. G3.1/S. 4 und 5 f.). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Im Zahlungsbefehlsverfahren werden die geltend gemachten Forderungen inhaltlich nicht überprüft. Wird kein Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl erhoben, kann dies nicht als Anerkennung des Schuldners gewertet werden. Es ermöglicht dem Gläubiger lediglich, das Betreibungsverfahren mittels Fortsetzungsbegehren weiterzuführen und so das Inkasso seiner Forderung weiterzuverfolgen. Der vorliegende Zahlungsbefehl wurde zudem erst am 15. März 2017 zugestellt (act. G3.1/S. 6). Da der Konkurs zu jenem Zeitpunkt bereits über die Arbeitgeberin eröffnet und mangels Aktiven eingestellt worden war, hatte diese auch keine eigenen Interessen mehr, zu den Forderungen Stellung zu nehmen.

2.4 Der Beschwerdeführer legt Arbeitsrapporte für den Zeitraum vom 11. Juli bis 5. November 2016 vor. Diese Rapporte weisen für den Juli und August je 47.5, für den September 49.5 und für den Oktober 8 Überstunden aus (act. G3.1/S. 72 ff.). Diese Zahlen stimmen nicht überein mit den Angaben auf den Lohnabrechnungen (41.5 Überstunden für den Juli und 65.5 Überstunden für den August, act. G3.1/S. 93 f.). Die Rapporte sind nicht von der Arbeitgeberin gegengezeichnet. Es liegt auch kein Nachweis über die Zustellung an die Arbeitgeberin im Recht. Hinweise, dass die Arbeitgeberin über die Leistung von Überstunden informiert gewesen wäre oder diese sogar angeordnet hätte, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Einige Positionen werfen



ohnehin Fragen auf. Beispielsweise hat der Beschwerdeführer am 1. August 2016 den Feiertag notiert, keine ausgeführten Arbeiten beschrieben, dann aber 9 Stunden erfasst (statt der in Art. 8.2 GAV vorgesehenen täglichen Arbeitszeit von 8 Stunden; vgl. auch Art. 8.6 GAV). Im Zeitraum vom 15. bis 19 August 2016 gab der Beschwerdeführer teilweise Krankheit an, erfasste dann aber Arbeitszeiten von 8.5 statt 8 Stunden. Bei Krankheit kann die normale tägliche Arbeitszeit eingesetzt werden. Selbst wenn der Beschwerdeführer teilweise gearbeitet haben sollte, kann er keine Überstunden angeben, denn dann war er für den gearbeiteten Teil der Zeit arbeitsfähig und für den restlichen Teil bis maximal 8 Stunden arbeitsunfähig. Das gilt beispielsweise auch für den 24. August 2016, zu dem der Beschwerdeführer unter den aufgeführten Arbeiten "laut Auftrag" und "krank" angibt, um danach 13 Stunden Arbeitszeit einzusetzen. Für den Zeitraum vom 29. bis 31. August 2016 hat der Beschwerdeführer keine Arbeitszeit eingetragen. Es ist unklar, ob er während dieser Zeit Überstunden abbaute oder Ferien bezog. Für den 1. September 2016 hat der Beschwerdeführer dann 15.5 Stunden reine Arbeitszeit und eine Stunde Pause angegeben. Hätte er um 5:00 Uhr morgens mit der Arbeit begonnen, wäre er also um 21:30 Uhr mit der Arbeit fertig gewesen, wobei der Arbeitsweg noch nicht berücksichtigt wäre. Es erscheint daher nicht glaubhaft, dass eine ökonomisch denkende Arbeitgeberin die Arbeitsrapporte in dieser Form tatsächlich angenommen und die behaupteten Überstunden akzeptiert hätte.

2.5 Zusammengefasst bestehen erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Stundenerfassung. Echtzeitliche Unterlagen, die Aufschluss über die tatsächlich geleisteten Stunden geben könnten, sind nicht vorhanden. Es kann daher nicht festgestellt werden, ob der Beschwerdeführer tatsächlich Überstunden geleistet hat und wenn ja in welchem Umfang. Da die Überstundenforderung im vorliegenden Umfang unglaublich erscheint und durch keine weiteren Beweismittel als die Arbeitsrapporte gestützt wird, hat der Beschwerdeführer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen und der Entschädigungsanspruch ist in diesem Umfang abzulehnen. Die Beschwerde ist deshalb im Sinne der vorstehenden Erwägungen abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (vgl. Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).



### Entscheid

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.