

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/15 vom 22. September 2010**

Sg Versicherungsgericht, 2010-09-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2010\\_15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2010_15)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/15 du 22 septembre 2010

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/15 del 22 settembre 2010

## **Regeste**

Art. 51 AVIG: Insolvenzenschädigung. Vorliegend hat der Beschwerdeführer mit der Durchsetzung seiner Lohnforderung zu lange zugewartet und ist damit seiner Schadenminderungspflicht nicht hinreichend nachgekommen. Deshalb besteht kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. September 2010, AVI 2010/15). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_916/2010.

## **Erwägungen**

### **E. 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 für geleistete, aber nicht bezahlte Arbeit zustehen (Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG). Die Insolvenzenschädigung deckt die Lohnforderungen für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkurseröffnung sowie allfällige Lohnforderungen für Arbeitsleistungen nach der Konkurseröffnung, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 AVIG).

### **E. 1.2**

Die Arbeitnehmenden müssen im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen, um ihre Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihnen mitteilt, dass sie an ihrer Stelle in das Verfahren eingetreten ist (Art. 55 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Gemäss der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) müssen versicherte Personen nicht nur im Konkurs- oder Pfändungsverfahren und nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Lohnansprüche innert nützlicher Frist geltend machen, sondern es obliegt ihnen bereits vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Schadenminderungspflicht, wenn die Arbeitgeberschaft der Lohnzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und die Arbeitnehmenden mit einem Verlust rechnen müssen (ARV 2002 Nr. 30, S. 190 f.). Die Schadenminderungspflicht der versicherten Person ist ein für das Arbeitslosenversicherungsrecht zentraler Grundsatz, welchen das Gesetz in verschiedenen Zusammenhängen ausdrücklich konkretisiert (vgl. neben Art. 55 Abs. 1 AVIG auch Art. 17 AVIG und Art. 41 AVIG). An die Schadenminderungspflicht der versicherten Person vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses sind allerdings nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie nach dessen Auflösung. Von der arbeitnehmenden

Person wird in der Regel nicht verlangt, dass sie bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber Betreibung einleitet oder eine Klage einreicht. Sie hat jedoch ihre Lohnforderung gegenüber dem Arbeitgeber in eindeutiger und unmissverständlicher Weise geltend zu machen (vgl. ARV 2002 Nr. 30 S. 190 f.). Zu weitergehenden Schritten ist die versicherte Person dann gehalten, wenn es sich um erhebliche Lohnausstände handelt und sie konkret mit einem Lohnverlust rechnen muss (Urteil des EVG vom 14. Oktober 2004, C 114/04, E. 3.1; Urteil des EVG vom 4. Juli 2002, C 33/02, E. 1c). Inwieweit Massnahmen zur Realisierung der Lohnansprüche bereits vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses zumutbar sind, beurteilt sich nach den gesamten Umständen im Einzelfall (vgl. Urteil des EVG vom 5. Dezember 2006, C 231/06).

### **E. 2.1**

Vorliegend waren zum Zeitpunkt der Konkursöffnung am 20. April 2009 bzw. zum Zeitpunkt der erstmaligen schriftlichen Intervention des Beschwerdeführers bei seiner Arbeitgeberin am 27. März 2009 nach dessen eigenen Angaben Lohnbetreffnisse in Höhe von Fr. 122'030.-- offen. Die Ausstände reichten - ebenfalls nach eigenen Angaben - bis ins Jahr 2007 zurück (13. Monatslohn). Ab Mai 2008 erfolgte nach der Aufstellung des Beschwerdeführers nur noch jede zweite Lohnzahlung, ab Dezember 2008 blieben die Lohnzahlungen völlig aus (mit Ausnahme einer aufgeführten Zahlung von Fr. 2'000.-- im März 2009; act. G 3.3). Mit der Lohnaufstellung vom 27. März 2009 stimmen im Wesentlichen die vom Beschwerdeführer eingereichten Kontoauszüge überein. Danach erhielt er im Januar, März, April, Mai, Juni, September und November 2008 jeweils Zahlungen in Höhe von Fr. 13'000.--. Im Dezember 2008 erhielt er noch eine Zahlung in Höhe von Fr. 8'000.-- (act. G 3.6), die mit seiner Aufstellung jedoch nicht übereinstimmt (Fr. 5'000.--). Mithin kann ohne Weiteres von erheblichen Lohnausständen während rund zehn Monaten (Mai 2008 bis März 2009) - und damit während längerer Zeit - ausgegangen werden. Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer sich trotz des erheblichen Lohnausstands bis zum 27. März 2009 mit mündlichen Mahnungen begnügen durfte. Von Bedeutung ist dabei die Frage, ob er konkret mit einem Lohnverlust rechnen musste.

### **E. 2.2**

Unbestrittenermassen machte der Beschwerdeführer seine Forderung gegenüber der Arbeitgeberin erstmals mit Schreiben vom 27. März 2009 geltend (act. G 3.3). Davor will er den Gesellschafter B.\_\_\_\_ schon mehrmals mündlich auf die Ausstände aufmerksam gemacht haben, worauf er jeweils mit Dokumenten getröstet worden sei, die einen baldigen Zahlungseingang an die Gesellschaft und eine hinreichende Garantie für die baldige Begleichung der Lohnausstände belegt hätten. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass die genannten E-Mails der Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank vom 22. Januar 2009 und der Bank C.\_\_\_\_ vom 4. März 2009 erst zu einem Zeitpunkt versandt worden waren, in dem der Beschwerdeführer längst weitergehende Schritte hätte unternehmen müssen, ergibt sich vor allem aus letzterer Meldung gerade nicht, dass die Arbeitgeberin über einen grösseren Liquiditätsstand verfügen könne. Vielmehr wird darin unmissverständlich festgehalten, dass die Gesellschaft (oder der Gesellschafter B.\_\_\_\_) erst nach Prüfung durch den Rechtsdienst der Bank definitiv über den Betrag von Fr. 5'451'639.-- verfügen könne (act. G 1.4). Die Bank D.\_\_\_\_ bestätigte demgegenüber in ihrem Mail vom 22. Januar 2009 zwar, dass der Gesellschafter B.\_\_\_\_ per 19. Februar 2009 definitiv über das Guthaben von (ebenfalls) Fr. 5'451'639.-- verfügen könne (act. G 1.3). Indessen kann auch darin keine Garantie für die

künftige Bezahlung der ausstehenden Lohnbetreffnisse gesehen werden. Vielmehr bleibt völlig offen, wofür der freigegebene Kredit hätte verwendet werden sollen. Tatsächlich wurden daraus mindestens bis zum 27. März 2009 nicht seine Lohnforderungen beglichen. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Beschwerdeführer während fast eines Jahres ohne hinreichende Garantien erhebliche Lohnausstände akzeptiert hat, und - ausser den "wiederholten" mündlichen Abmahnungen - vor dem 27. März 2009 keinerlei weitergehende Schritte (Betreibung, Klage) unternommen hat. Spätestens ab Juni 2008, als die Arbeitgeberin ohne nähere Begründung nur noch jeden zweiten Lohn bezahlte, und nach Angaben des Beschwerdeführers auch weitere Arbeitnehmende ihre Löhne nicht erhielten, musste der Beschwerdeführer konkret damit rechnen, dass die ab diesem Zeitpunkt geleistete Arbeit (teilweise) nicht mehr entlohnt wird und damit ein erhebliches Ausfallrisiko bestand. Nachdem seine diversen mündlichen Mahnungen offensichtlich nicht die gewünschte Wirkung zeitigten und er konkret mit einem Lohnverlust rechnen musste, wären ihm trotz fortdauerndem Arbeitsverhältnis weitergehende Schritte (Betreibung, Klage) zuzumuten gewesen. Auch hätte die Möglichkeit bestanden, die weitere Arbeitsleistung von der Bezahlung des Lohnrückstandes abhängig zu machen (vgl. zur zulässigen Arbeitsverweigerung bei Lohnrückstand: Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2006, Art. 323 N 3 mit Hinweisen). Indem der Beschwerdeführer trotz erheblicher Lohnausstände während eines Dreivierteljahres keine solchen Schritte unternommen hat - und auch die schriftliche Mahnung vom 27. März 2009 erst sehr spät erfolgte -, ist der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht nicht genügend nachgekommen. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb zu Recht einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung verneint.

### **E. 3**

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.