

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2017/41 vom 19. November 2018**

Sg Versicherungsgericht, 2018-11-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2017\\_41](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2017_41)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2017/41 du 19 novembre 2018

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2017/41 del 19 novembre 2018

## **Regeste**

Art. 51 AVIG, Art. 55 AVIG. Beschwerdeführer ist seiner Schadenminderungspflicht rechtsgenügend nachgekommen. Anspruch auf Insolvenzenschädigung gegeben (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. November 2018, AVI 2017/41).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Vorliegend wird dem Beschwerdeführer eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorgeworfen, weil er sich nicht in ausreichendem Masse um die Einforderung seiner Lohnansprüche bemüht habe. Es ist daher zu prüfen, ob dieser Vorwurf zu Recht erfolgte oder ob ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung gegeben ist. 1.2 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 die Lohnforderungen für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkurseröffnung sowie allenfalls Lohnforderungen für Arbeitsleistungen nach der Konkurseröffnung, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 AVIG). 1.3 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. 192 E. 1b). 1.4 Die Bestimmung von Art. 55 Abs. 1 AVIG bezieht sich gemäss Wortlaut 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 (ARV 2010 Nr. 1 S. 48 E. 3.2; ARV 2007 Nr. 3 S. 50 E. 2.1). Eine Ablehnung der Insolvenzenschädigung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht im Sinne von Art. 55 Abs. 1 AVIG setzt voraus, dass der

versicherten Person ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden kann (Urteil des Bundesgerichts vom 20. Oktober 2010, 8C\_534/2010, E. 3.1; Urteil des EVG vom 19. Oktober 2006, C 144/06, E. 3.1 mit Hinweisen). Das Ausmass der vorausgesetzten Schadenminderungspflicht richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (ARV 2007 Nr. 3 S. 51 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts vom 20. Oktober 2010, 8C\_534/2010, E. 3.1). Es hat eine Gesamtbetrachtung der Bemühungen des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin Platz zu greifen (URS BURGHER, Die Insolvenzenschädigung, Diss. Zürich 2004, S. 166). Dabei ist es ausreichend, wenn die arbeitnehmende Person zunächst unmissverständliche Zeichen (Mahnung, Einleiten der Betreuung usw.) setzt, aus denen die Ernsthaftigkeit ihrer Lohnforderung zu erkennen ist. Sie darf allerdings nicht untätig bleiben und zuwarten, bis der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin in Konkurs fällt (Urteil des EVG vom 15. Oktober 2001, C 194/01, E. 2b mit Hinweisen; BURGHER, a.a.O., S. 166). 1.5 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 Schriften aus objektiver Sicht verständlich erscheinen lassen (Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2011, 8C\_61/2011 E. 4.2 und vom 23. Oktober 2009, 8C\_682/2009, E. 4, veröffentlicht in ARV 2010 S. 46).

## **E. 2**

2.1 Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, dass er vom 1. Mai bis 15. Juli 2014 immer nur mündlich auf seine Lohnausstände aufmerksam gemacht habe. Danach habe er am 21. August 2014 zwar zeitnah die Betreuung eingeleitet, nach der Erhebung des Rechtsvorschlages durch die Arbeitgeberin am 25. August 2014 habe er aber vier Monate zugewartet, um diesen beseitigen zu lassen. Damit sei der Beschwerdeführer der Schadenminderungspflicht nicht hinreichend nachgekommen, was zur Ablehnung des Anspruchs auf Insolvenzenschädigung geführt habe (act. G 5.1/59). 2.2 Der Beschwerdeführer nahm das Arbeitsverhältnis bei der B. \_\_\_ GmbH am 1. Mai 2014 auf. Er wurde als Hilfsarbeiter bei einem monatlichen Bruttogehalt von Fr. 3'950.-- eingestellt (act. G 5.1/87). Bereits im ersten Monat seiner Anstellung erhielt der Beschwerdeführer keinen Lohn ausbezahlt. Auch im folgenden Monat erhielt er keine Lohnzahlung. Gemäss eigenen Angaben habe er die Arbeitgeberin in dieser Zeit mehrmals mündlich zur Zahlung der ausstehenden Löhne aufgefordert. Gestützt auf die Versprechen der Arbeitgeberin habe er trotzdem weitergearbeitet. Zudem habe die damalige Arbeitgeberin meistens die Auslagen für das Mittagessen und auch für die stattgefundenen Pausen übernommen, wobei die Mittagsentschädigung gestützt auf den Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) ein Teil des Arbeitsvertrages und somit geschuldet gewesen sei. Ausserdem habe er den Worten des Geschäftsführers Glauben geschenkt, da er diesen gekannt habe und weil beide aus der gleichen Gegend stammen würden (vgl. act. G 1, S. 6 f.). Erst am 15. Juli 2014 forderte der Beschwerdeführer seine Arbeitgeberin schriftlich auf, die ausstehenden Löhne innert zehn Tagen zu überweisen, und verweigerte bis auf weiteres die Arbeit (act. G 5.1/94). 2.3 Vorliegend hat der Beschwerdeführer nach den angeblichen

mündlichen Mahnungen rund eineinhalb Monate nach der ersten ausgebliebenen Lohnzahlung auch schriftlich reagiert, die ausstehenden Zahlungen eingefordert und bis auf weiteres die Arbeit verweigert. Somit kann vorliegend noch nicht von einer lang andauernden Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen durch die Arbeitgeberin gesprochen werden, weshalb allein aus diesem Verhalten noch keine Verletzung der Schadenminderungspflicht des Beschwerdeführers gesehen werden kann. Auch die Einleitung der Betreibung am 21. August 2014 erfolgte – wie auch die Beschwerdegegnerin festhielt – zeitnah. Dieses Vorgehen war zielgerichtet und genügt in diesem Sinne der Schadenminderungspflicht.

2.4 Die Beschwerdegegnerin wirft dem Beschwerdeführer jedoch vor, dass er, nachdem die Arbeitgeberin am 25. August 2014 Rechtsvorschlag erhoben hatte, vier Monate zugewartet habe, um diesen beseitigen zu lassen und erst mit Schreiben vom 23. Dezember 2014 ein Vermittlungsbegehren an die Schlichtungsbehörde richtete (vgl. act. G 5.1/59). Auch nach dem Erhalt der Klagebewilligung habe er drei Monate verstreichen lassen, ohne den Rechtsweg konsequent voranzutreiben (vgl. act. G 5.1/81).

2.5 Der Beschwerdeführer leitete am 21. August 2014 die Betreibung gegen die B.\_\_\_\_ GmbH ein, worauf diese am 25. August 2014 Rechtsvorschlag erhob (vgl. act. G 5.1/95). Der Beschwerdeführer verwies in der Stellungnahme vom 15. Dezember 2016 darauf, dass ihm mit Schreiben vom 18. August 2014 die Zustellung einer abschliessenden Lohnabrechnung in den nächsten Tagen von der Arbeitgeberin in Aussicht gestellt wurde (vgl. act. G 5.1/66 f.). Zudem seien umfangreiche Bemühungen nötig gewesen, um die Forderung aus Arbeitsrecht gegenüber der Arbeitgeberin beziffern zu können. Dies auch weil zuerst die Unterstellung unter den LMV habe geprüft werden müssen, der festgelegte Lohn zu tief angesetzt worden sei und weil er viel Überzeit geleistet habe, so dass zuerst die Sollzeit, normale Zeit, vorgeholte Zeit und Kompensationszeit habe festgestellt werden müssen (act. G 5.1/73). Am 23. Dezember 2014 reichte er schliesslich ein Vermittlungsbegehren bei der zuständigen Schlichtungsbehörde ein (act. G 5.1/68). Nachdem der Schlichtungsversuch am 3. März 2015 erfolglos durchgeführt wurde, wurde dem Beschwerdeführer die Klagebewilligung erteilt (vgl. act. G 5.1/64 f.). Gestützt darauf erhob er schliesslich am 3. Juni 2015 Klage beim Kreisgericht C.\_\_\_\_ gegen seine ehemalige Arbeitgeberin (vgl. act. G 5.1/97 ff.).

2.6 Der Beschwerdeführer wartete fast vier Monate ab Erhebung bzw. "Kenntnis" des Rechtsvorschlags bis zur Einreichung des Vermittlungsbegehrens. Wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht, erscheint es plausibel, dass noch diverse Abklärungen getätigt werden mussten, um insbesondere den geforderten Betrag im Vermittlungsbegehren festzustellen. Solche Abklärungen nehmen neben der ebenfalls nötigen Instruktion des Rechtsvertreters eine gewisse Zeit in Anspruch. Weiter ist auch die Tatsache, dass der Beschwerdeführer nach der Erteilung der Klagebewilligung die Frist von drei Monaten bis zur Klageeinreichung ausschöpfte, nachvollziehbar, da auch hier die detaillierte Ausarbeitung der Klageschrift eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Des Weiteren musste der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt auch nicht mit der Uneinbringlichkeit der Lohnforderungen rechnen.

2.7 Der Beschwerdeführer ist somit seiner Schadenminderungspflicht rechtsgenügend nachgekommen, weshalb der Anspruch auf Insolvenzenschädigung im angefochtenen Einspracheentscheid zu Unrecht verneint worden ist. Die Beschwerdegegnerin, an welche die Sache zurückzuweisen ist, wird nun nach den Vorgaben des Urteils des Kreisgerichtes C.\_\_\_\_ vom 10. Mai 2016 bezüglich Lohnansprüche in den einzelnen Monaten den Umfang der Insolvenzenschädigung zu prüfen und diese betraglich festzusetzen haben.

3.1 Zu prüfen bleibt die Frage der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Verwaltungs- bzw. im Einspracheverfahren. 3.2 Gemäss Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV; SR 101) hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Falls es zu Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung. 3.3 Der gesuchstellenden Person wird im Sozialversicherungsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt, wo die Verhältnisse es erfordern (Art. 37 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Rechtsprechungsgemäss besteht im Einspracheverfahren, welches Elemente eines streitigen Verfahrens aufweist, ein Anspruch auf unentgeltliche Verteidigung, soweit die Voraussetzungen der Bedürftigkeit der Partei, der fehlenden Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren und die sachliche Gebotenheit im konkreten Fall erfüllt sind. Hinsichtlich der sachlichen Gebotenheit der unentgeltlichen anwaltlichen Verteidigung im Einspracheverfahren sind die Umstände des Einzelfalls, die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens zu berücksichtigen. Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden. Falls ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Bedürftigen droht, ist die Verteidigung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist, und wenn auch eine Verteidigung durch Verbandsvertreter, Fürsorger oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen nicht in Betracht fällt. Die sachliche Notwendigkeit wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der Officialmaxime oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, die Behörde also gehalten ist, an der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts mitzuwirken. Die Officialmaxime rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine anwaltliche Verteidigung sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 2015, 8C\_48/2015, E. 2.2 mit Hinweisen). 3.4 Im vorliegenden Fall handelte es sich bezüglich des Gesuchs um Insolvenzschiädigung um einen klaren, im Wesentlichen unbestrittenen Sachverhalt, welcher überdies auch im Entscheid des Kreisgerichts C. \_\_\_ vom 10. Mai 2016 zu einem grossen Teil festgehalten wurde (vgl. act. G 5.1/97 ff.). Es wäre dem Beschwerdeführer ohne weiteres zumutbar gewesen, den Sachverhalt ohne die Unterstützung seines Rechtsvertreters anzugeben und die entsprechenden Unterlagen dazu einzureichen. Weiter sind auch weder eine besondere Komplexität der Rechtsfragen oder besondere Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften zu erkennen, die eine Rechtsverteidigung bereits im Verwaltungs- bzw. im Einspracheverfahren notwendig gemacht hätten. Somit mangelt es insgesamt an der sachlichen Gebotenheit der unentgeltlichen anwaltlichen Verteidigung, an welche in diesem Verfahrensstadium rechtsprechungsgemäss strenge Anforderungen zu stellen sind. Demnach ist die Abweisung des entsprechenden Gesuchs durch die Beschwerdegegnerin nicht zu beanstanden.

#### **E. 4**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

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