

SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2017/62 vom 18. Januar 2019

Sg Versicherungsgericht, 2019-01-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2017_62

FR: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2017/62 du 18 janvier 2019

IT: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2017/62 del 18 gennaio 2019

Regeste

Art. 51 f. AVIG, Art. 2 ZGB, Art. 74 AVIV; Befindet sich eine Arbeitgeberin im Annahmeverzug, bietet ihr der Versicherte aber weiterhin seine Arbeitsleistung an, so ist er nicht vermittlungsfähig und hat grundsätzlich Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Darf der Versicherte in guten Treuen nicht mehr mit einer Arbeitszuweisung rechnen, ist die Geltendmachung von Insolvenzenschädigung jedoch als rechtsmissbräuchlich zu betrachten. Fordert der Versicherte Insolvenzenschädigung für Überstunden, so sind diese glaubhaft zu machen. Eine eigenhändige Stundenerfassung ohne Visum der Arbeitgeberin allein genügt den Anforderungen der Glaubhaftmachung nicht (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. Januar 2019, AVI 2017/62).

Erwägungen

E. 1

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 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). Die Insolvenzenschädigung deckt Lohnforderungen für bereits geleistete Arbeit. Ob Ansprüche für geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG bestehen, beurteilt sich nicht danach, ob qualitativ und quantitativ vertragsmässig gearbeitet wurde. Es geht vielmehr um Lohnansprüche für effektive Arbeitszeit, während der der Versicherte der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stehen kann, weil er in dieser Zeit dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen muss (URS BURGHERR, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Zürich / Basel / Genf 2004, S. 89 f.). Deshalb hat die Rechtsprechung dem Tatbestand der Lohnansprüche für geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG diejenigen Fälle gleichgestellt, in denen der Arbeitnehmer nur wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR, SR 220]) keine Arbeit mehr leisten konnte (BGE 111 V 269; Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2005, C 218/04, E. 3.2). Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen Betriebsstörungen technischer, wirtschaftlicher oder behördlicher Art nicht beschäftigen kann. Denn in einem solchen Fall steht der Arbeitnehmer weiterhin in einem

Arbeitsverhältnis, ist damit nicht arbeitslos und hat demzufolge auch keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, sondern kann Insolvenzenschädigung beantragen (vgl. BGE 132 V 82 E. 3.1 f. mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts vom 15. April 2005, C 214/04, C 215/04, C 217/04 und C 218/04, je E. 3.3). 1.2 Um zu verhindern, dass der Arbeitnehmer beliebig lange ohne Lohn beim bisherigen Arbeitgeber bleibt, hat der Gesetzgeber in Art. 52 Abs. 1 AVIG eine zeitliche Limite für die Bezugsdauer der Insolvenzenschädigung gesetzt. Spätestens nach vier Monaten ohne Lohn ist es dem Arbeitnehmer demnach aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nicht mehr zumutbar, beim insolventen Arbeitgeber zu verbleiben (Urteil des Bundesgerichts vom 16. August 2005, C 49/05, E. 4.3). Schon vor Ablauf der maximalen Bezugsdauer kann die Geltendmachung von Insolvenzenschädigung rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) sein. Dauert der Annahmeverzug an und kann der Arbeitnehmer in guten Treuen nicht mehr mit einer Arbeitszuweisung rechnen, liegt faktisch ein Fall von Arbeitslosigkeit vor (URS BURGHERR, a.a.O., S. 93 f.). Ab welchem Zeitpunkt die Geltendmachung einer Insolvenzenschädigung missbräuchlich ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Kündigt ein Arbeitgeber allen oder zumindest den meisten Arbeitnehmern, so kann daraus geschlossen werden, dass die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers hoffnungslos ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 15. April 2005, C 214/04, C 215/04, C 217/04 und C 218/04, je E. 5.4).

E. 2

2.1 Vorliegend sind die Voraussetzungen für eine Insolvenzenschädigung grundsätzlich gegeben. Die Beschwerdegegnerin hat denn auch eine entsprechende Berechnung gemacht und eine Teilzahlung an den Beschwerdeführer veranlasst. Fraglich ist indes, für welchen Zeitraum der Beschwerdeführer Anspruch auf Insolvenzenschädigung hat. Diesbezüglich will der Beschwerdeführer für die maximal mögliche Dauer von vier Monaten entschädigt werden, während die Beschwerdegegnerin ihm lediglich eine Entschädigung vom 11. Juli bis 9. September 2016 zugesteht. 2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Arbeitgeberin habe sich ab 10. September 2016 in Verzug befunden. Er habe seine Arbeitsleistung immer wieder angeboten, sei aber von der Arbeitgeberin nicht mehr eingesetzt worden. Weil er sich der Arbeitgeberin zur Verfügung halten müssen, sei er auch nach dem 9. September 2016 nicht vermittlungsfähig gewesen. 2.3 Dem Beschwerdeführer ist insofern Recht zu geben, als das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin mangels Kündigung über den 9. September 2016 hinaus fortbestand. Unstreitig haben weder Arbeitgeberin noch Beschwerdeführer gekündigt. Der Zeuge C.____, der von der Arbeitgeberin gleichzeitig mit dem Beschwerdeführer angestellt wurde, hat noch bis 31. Oktober 2016 Arbeiten verrichtet. Da der Beschwerdeführer mit dem Zeugen offenbar in regelmässigem Austausch stand, durfte er bis zu jenem Zeitpunkt auch davon ausgehen, selbst ebenfalls wieder beschäftigt zu werden. Auch hegte er die Hoffnung, durch Fertigstellung einer Baustelle würden finanzielle Mittel an die Arbeitgeberin fliessen, sodass diese wiederum ihren Verpflichtungen nachkommen könnte (vgl. act. G3.1/S. 64). Damit beurteilte der Beschwerdeführer die Situation der Arbeitgeberin Mitte September 2016 noch nicht als hoffnungslos. Er war deshalb bis zu jenem Zeitpunkt auch nicht im Rahmen der Schadenminderungspflicht angehalten, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen, hätte dies aus seiner Sicht doch Nachteile für ihn bewirken können (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2005, C 2014/04, E. 5.3). 2.4 Der vom Beschwerdeführer erwähnte Zeuge C.____ kündigte das Arbeitsverhältnis mit der

Arbeitgeberin per 31. Oktober 2016 fristlos, weil auch er bis zu diesem Zeitpunkt keinen Lohn erhalten hatte. Ab diesem Zeitpunkt musste der Beschwerdeführer die finanzielle Situation der Arbeitgeberin als hoffnungslos erkennen, zumal auch er bis dahin keine Lohnzahlungen erhalten hatte. Mit Schreiben und Formular vom 3. November 2016 beantragte der Beschwerdeführer zudem erstmals Insolvenzenschädigung. Somit war ihm zu diesem Zeitpunkt klar, dass er von der Arbeitgeberin kein Geld mehr erhalten würde. Nachdem C.____ rund eineinhalb Monate länger gearbeitet und dennoch ebenfalls nie Lohn erhalten hatte, durfte der Beschwerdeführer nicht mehr hoffen, weitere Arbeitseinsätze zu erhalten. Selbst wenn er wieder zur Arbeit aufgeboten worden wäre, wäre damit die Lohnzahlung in keiner Weise sichergestellt gewesen. Durfte der Beschwerdeführer ab November 2016 in guten Treuen nicht mehr mit einer Arbeitszuweisung rechnen, ist die Geltendmachung von Insolvenzenschädigung ab jenem Zeitpunkt als rechtsmissbräuchlich zu betrachten (Art. 2 Abs. 2 ZGB). 2.5 Folglich hat der Beschwerdeführer ab 1. November 2016 als vermittlungsfähig zu gelten. Ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung steht ihm nicht mehr zu.

E. 3

Als Lohn im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AVIG ist der massgebende Lohn aus unselbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne der AHV-Gesetzgebung zu verstehen. 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.). 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]).

E. 4

4.1 Der Beschwerdeführer legt betreffend Überstunden Arbeitsrapporte ins Recht (act. G3.1/S. 173 ff.). Diese Arbeitsrapporte sind von der Arbeitgeberin nicht visiert. Weitere Beweismittel liegen nicht vor, zumal die Arbeitgeberin gemäss den Angaben des Beschwerdeführers keine eigene Zeiterfassung geführt hat. 4.2 Die vorhandenen Lohnabrechnungen datieren vom 31. Juli und 31. August 2016. Sie wurden aber wohl erst viel später erstellt. Jedenfalls hatte der Beschwerdeführer mit Brief vom 7. Oktober 2016 die Arbeitgeberin diesbezüglich noch in Verzug gesetzt (act. G3.1/S. 160). Auf diesen Lohnabrechnungen werden (anders als auf den Lohnabrechnungen von C.____) keine Überstunden oder Überzeit aufgeführt, während die Ferien vermerkt sind (vgl. act. G3.1/S. 193 f.). Weiter liegen keine Unterlagen im Recht, aus denen die tatsächliche Leistung oder die Anerkennung der Überstunden durch die Arbeitgeberin hervorgehen würde. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers liegt darin, dass die (konkursite) Arbeitgeberin gegen die vom Beschwerdeführer erst im April 2017 in Betreuung gesetzten weiteren Lohnansprüche keinen Rechtsvorschlag mehr erhoben hat (vgl. act. G1.10), keine Schuldanerkennung. 4.3 Es leuchtet sodann nicht ein, dass der Beschwerdeführer auch im August und sogar September 2016 noch Überstunden geleistet haben soll, nachdem die Arbeitgeberin ihm weder Lohn bezahlt noch eine verlässliche Sicherheit geleistet hatte. In seinen diversen Schreiben an die Arbeitgeberin vom September 2016 erwähnt der Beschwerdeführer nie die Kompensation von Überstunden. Gemäss Art. 8.4.1 Satz 1 des Gesamtarbeitsvertrags 2016-2019 für das Maler- und Gipsergewerbe (GAV) sind

angeordnete Überstunden und die Überstundenzuschläge grundsätzlich mit Freizeit auszugleichen. Selbst wenn der Beschwerdeführer also Überstunden gemacht hätte, wären diese grundsätzlich mit Freizeit zu kompensieren und nicht auszuzahlen gewesen. Nachdem der Beschwerdeführer nach dem 9. September 2016 nicht mehr gearbeitet hat, hätten allfällige Überstunden durch Freizeit ausgeglichen werden können (vgl. BGE 137 V 102 E. 6.3.2). Die geltend gemachten Überstunden erscheinen nicht mit dem notwendigen Beweisgrad der Glaubhaftmachung als geleistet, sondern es bestehen erhebliche Zweifel. Die Beschwerdegegnerin hat eine Insolvenzenschädigung für die geltend gemachten Überstunden demnach zu Recht abgelehnt. 4.4 Gemäss Art. 8.2 in Verbindung mit Art. 8.8 GAV ist diejenige Reisezeit als Arbeitszeit zu vergüten, die 30 Minuten Weg von der Werkstatt zur Baustelle und zurück täglich übersteigt. Damit definiert der GAV die Reisezeit unter 30 Minuten als (nicht zu entschädigenden) Arbeitsweg, jene über 30 Minuten als Arbeitszeit und grenzt sie klar von den Wegspesen (Kilometerkosten etc.) ab. Der Beschwerdeführer macht geltend, für die Reisezeit stehe ihm eine Entschädigung von zusätzlich 54 Stunden zu. Wie er diese Anzahl Stunden genau berechnet hat, ist nicht ersichtlich. Da es sich aber bei der 30 Minuten übersteigenden Reisezeit um Arbeitszeit handelt, ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer sie in seine Arbeitsrapporte inkludiert hat oder das jedenfalls hätte tun sollen. Wie bereits in den vorangegangenen Erwägungen dargelegt, erfüllen die Arbeitsrapporte alleine das Beweismass der Glaubhaftmachung nicht, weshalb darauf auch nicht zugunsten des Beschwerdeführers abgestellt werden kann. Wiederum wird auf den Lohnabrechnungen keine eigene Position für die Reisezeit aufgeführt und wiederum hat der Beschwerdeführer die Reisezeiten in seiner Korrespondenz mit der Arbeitgeberin vom September 2016 nicht erwähnt. Das Vorliegen von entschädigungspflichtigen Reisezeiten ist damit nicht glaubhaft gemacht. 4.5 Unklar bleibt, wie sich die von der Beschwerdegegnerin zugebilligte Ferienentschädigung zur Rechtsprechung des Bundesgerichts verhält. Namentlich in BGE 137 V 96 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Insolvenzenschädigung Ansprüche infolge nicht bezogener Ferien nicht deckt, wenn die arbeitnehmende Person während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Ferienlohnzuschläge erhalten hat, wobei diese Rechtsprechung in der Lehre kritisiert wird (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 8C_749/2016 vom 22. November 2017 mit Hinweis auf 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 bzw. S. 223 ff.). Nachdem die Angelegenheit ohnehin zur Neuberechnung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird, muss darauf jedoch vorliegend nicht weiter eingegangen werden.

E. 5

Der Beschwerdeführer beantragt, es seien ihm auf der nachzuzahlenden Insolvenzenschädigung Verzugszinsen von 5% zuzusprechen. Vorliegend konnte der Anspruch auf Insolvenzenschädigung frühestens mit der Konkursöffnung vom 7. Dezember 2016 entstehen. Sofern die versicherte Person ihrer Mitwirkungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist, werden die Sozialversicherungen für ihre Leistungen nach Ablauf von 24 Monaten nach der Entstehung des Anspruchs, frühestens aber 12 Monate nach dessen Geltendmachung, verzugszinspflichtig (Art. 26 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Im Zeitpunkt des angefochtenen Einspracheentscheids, dessen Erlass zeitliche

Überprüfungsgrenze im gerichtlichen Verfahren bildet, bestand somit keine Verzugszinspflicht. Soweit Verzugszinsen im Zeitpunkt der Auszahlung von Insolvenzenschädigung geschuldet sind, hat sich der Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin zu wenden.

E. 6

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Nachdem der Beschwerdeführer teilweise obsiegt, schuldet die Beschwerdegegnerin ihm eine Parteientschädigung. Diese 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 Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75) pauschal Fr. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Im vorliegenden Fall wäre bei vollständigem Obsiegen eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen. Auf Grund des lediglich teilweisen Obsiegens rechtfertigt sich eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer).

Entscheid 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 15. September 2017 aufgehoben und dem Beschwerdeführer wird eine Insolvenzenschädigung für den Zeitraum vom 11. Juli bis 31. Oktober 2016 zugesprochen. Die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit diese die Insolvenzenschädigung im Sinne der Erwägungen neu festsetze. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

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