

**VBE.2022.236 / If / ce**

Art. 16

**Urteil vom 30. Januar 2023**

Besetzung

Oberrichter Roth, Präsident  
Oberrichterin Merkofer  
Oberrichterin Fischer  
Gerichtsschreiberin Fricker

Beschwerde-  
führer

A. \_\_\_\_\_  
vertreten durch Michele Borrelli, p.a. Collecta AG, Baarerstrasse 141,  
Postfach, 6302 Zug

Beschwerde-  
gegnerin

**Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau,**  
Bahnhofstrasse 78, 5001 Aarau

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend AVIG  
(Einspracheentscheid vom 11. Mai 2022)

---

## **Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

Der 1991 geborene Beschwerdeführer war seit dem 17. Mai 2019 bei der B. GmbH, Q., als Pizzaiolo-Hilfskoch angestellt. Mit Schreiben vom 16. Juli 2021 kündigte der Beschwerdeführer das Arbeitsverhältnis fristlos. Am 6. Januar 2022 wurde der Konkurs über die B. GmbH eröffnet. Am 9. Februar 2022 beantragte der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin die Ausrichtung von Insolvenzenschädigung für offene Lohnforderungen für den Zeitraum vom 1. Juni bis am 16. Juli 2021. Mit Verfügung vom 7. April 2022 gewährte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer Insolvenzenschädigung für den Zeitraum vom 1. bis am 13. Juni 2021 (inkl. Anteil 13. Monatslohn und zusätzlich offener Ferienanteil von 6.87 Tagen), wobei sie darauf hinwies, dass der Beschwerdeführer ab dem 14. Juni 2021 freigestellt worden und somit vermittlungsfähig gewesen sei. Die vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Einsprache wies die Beschwerdegegnerin mit Einspracheentscheid vom 11. Mai 2022 ab.

### **2.**

#### **2.1.**

Gegen den Einspracheentscheid vom 11. Mai 2022 erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. Juni 2022 fristgerecht Beschwerde und stellte nachfolgende Rechtsbegehren:

"1. Es sei festzustellen, dass dem Beschwerdeführer eine Insolvenzenschädigung in Höhe von brutto CHF 7'596.60 zusteht – abzüglich der anteilmässigen Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von CHF 968.86 und der bisher geleisteten Akontozahlungen vom 28.03.2022 in Höhe von CHF 1'857.85 und vom 31.05.2022 in Höhe von CHF 528.10.

2. Entsprechend sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, ihre Schlussabrechnung vom 31.05.2022 zu revidieren und die Nettodifferenz in Höhe von CHF 4'241.79 dem Beschwerdeführer nachzuzahlen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

#### **2.2.**

Mit Vernehmlassung vom 29. Juni 2022 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde.

#### **2.3.**

Mit Replik vom 29. August 2022 hielt der Beschwerdeführer an den beschwerdeweise gestellten Anträgen fest.

---

## **Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Streitig und zu prüfen ist die Höhe des Anspruchs des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung.

### **2.**

#### **2.1.**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen.

#### **2.2.**

Die Insolvenzenschädigung deckt gemäss Art. 52 Abs. 1 AVIG die Lohnforderung für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen.

#### **2.3.**

Der Schutzzweck der Insolvenzenschädigung erstreckt sich nach gefestigter Rechtsprechung nur auf tatsächlich geleistete, aber nicht entlohnte Arbeit. Sie erfasst nicht Lohnforderungen wegen ungerechtfertigter vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses und für noch nicht bezogene Ferien. Dem Tatbestand der geleisteten Arbeit gleichgestellt werden nach der Rechtsprechung jene Fälle, in denen der Arbeitnehmer nur wegen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 OR keine Arbeit leisten konnte. Solange der Arbeitnehmer in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht, hat er einen Lohnanspruch, der gegebenenfalls einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung rechtfertigen kann (Urteil des Bundesgerichts 8C\_526/2017 vom 15. Mai 2018 E. 6.1.1 mit Hinweis auf BGE 132 V 82 E. 3.1 S. 84 f.).

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. Es geht vielmehr um Lohnansprüche für effektive Arbeitszeit, während der die versicherte Person der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stehen kann, weil sie in dieser Zeit dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen muss. Massgebend für die Beantwortung der Frage, 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. 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. Nicht anders ist die Freistellung während der Kündigungsfrist zu behandeln (Urteil des Bundesgerichts 8C\_526/2017 vom 15. Mai 2018 E. 6.1.2 mit Hinweis unter anderem auf BGE 125 V 492 E. 3.b S. 495 und auf BGE 132 V 82 E. 3.2 S. 85 f.).

### **3.**

#### **3.1.**

Die Beschwerdegegnerin verneinte einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung für die Zeit (auch) vom 14. Juni bis 16. Juli 2021 mit der Begründung, der Beschwerdeführer sei per 14. Juni 2021 freigestellt worden und habe ab diesem Zeitpunkt nicht mehr der Arbeitgeberin zur Verfügung stehen müssen, womit er vermittlungsfähig gewesen sei (Vernehmlassungsbeilage [VB] 75 f.). Der Beschwerdeführer bringt demgegenüber im Wesentlichen vor, dass er nicht freigestellt worden sei, sondern per 16. Juli 2021 fristlos gekündigt habe, weshalb für die Bemessung der Insolvenzenschädigung der Zeitraum bis 16. Juli 2021 massgebend sei (vgl. Beschwerde S. 8 ff.).

#### **3.2.**

Den Akten lässt sich insbesondere Nachfolgendes entnehmen:

##### **3.2.1.**

Am 28. Juni 2021 schrieb C., der Bruder von D., dem Geschäftsführer des Restaurants, in dem der Beschwerdeführer angestellt war, diesem in einer WhatsApp-Nachricht, er wolle ihm mitteilen, dass das Restaurant im Moment für weitere zwei Wochen geschlossen bleibe. Sobald sie jemanden fänden, der bereit sei, das Team zu leiten, würden sie gedenken, wieder zu eröffnen. Sollte der Beschwerdeführer in der Zwischenzeit eine neue Arbeitsstelle finden, sei er frei, diese anzunehmen (VB 89; Original italienisch, ins Deutsche übersetzt).

##### **3.2.2.**

Am 5. Juli 2021 schrieb der Beschwerdeführer C. per WhatsApp und erkundigte sich, wann der Lohn eintreffe. Es sei schon der 5. und es sei noch nichts eingetroffen. Er müsse die Rechnungen und die Miete bezahlen (VB 89; Original italienisch, ins Deutsche übersetzt).

### **3.2.3.**

Am 6. Juli 2021 nahm der Beschwerdeführer per WhatsApp Kontakt mit D. auf. Er schreibe ihm, um herauszufinden, was los sei, weil ihnen hier niemand etwas mitteile. Sie würden ihr Gehalt nicht erhalten und wüssten nicht, ob sie arbeiten würden oder nicht. Wenn sie schliessen wollten, solle man ihm das Kündigungsschreiben geben, sonst sei er gezwungen, seine Rechtsschutzversicherung einzuschalten. Es tue ihm leid, dass sich die Situation so entwickelt habe, aber er müsse Rechnungen bezahlen und habe kein Geld (VB 90; Original italienisch, ins Deutsche übersetzt).

### **3.2.4.**

In seinem Schreiben an die Arbeitgeberin vom 7. Juli 2021 führte der Beschwerdeführer aus, er habe den Lohn für den Monat Juli 2021 (gemeint: Juni 2021; vgl. VB 134) bis heute nicht erhalten. Er bitte Herrn D. darum, den Lohn unverzüglich auf sein Lohnkonto zu überweisen. Wenn der Lohn nicht innert drei Tagen auf seinem Konto eingehe, behalte er sich vor, seine Arbeit unter Lohnfortzahlung des Arbeitgebers niederzulegen. "Seit Mitte Juni 2021" sei das Restaurant von einem Tag zum anderen geschlossen worden und sie hätten ihre Arbeitsleistung nicht mehr erbringen können (VB 153). Dieses Einschreiben wurde nicht abgeholt und daher von der Post retourniert (VB 155).

### **3.2.5.**

In seinem Schreiben an die Arbeitgeberin vom 14. Juli 2021 hielt der Beschwerdeführer fest, er habe leider feststellen müssen, dass der Monatslohn Juli 2021 trotz Mahnung vom 7. Juli 2021 noch nicht überwiesen worden sei. Er fordere sie nachdrücklich auf, dies innert drei Tagen nachzuholen. Andernfalls bitte er sie, Sicherheit "für den ausstehenden sowie für zukünftige Löhne" zu leisten. Sollte dieser Pflicht nicht nachgekommen werden, sehe er sich gezwungen, rechtliche Schritte einzuleiten. Sollte er den Lohn innert drei Tagen nicht erhalten, sehe er sich gezwungen, seine Arbeit niederzulegen und fristlos zu kündigen (VB 156). Auch dieses Einschreiben wurde nicht abgeholt und daher retourniert (VB 158).

### **3.2.6.**

Mit Schreiben vom 16. Juli 2021 kündigte der Beschwerdeführer das Arbeitsverhältnis fristlos. Er hielt dazu fest, er habe – trotz mehrmaliger Mahnung und Bitten, seine Arbeitskraft anzunehmen – nichts gehört, weshalb er keinen anderen Ausweg gesehen habe, als sich von diesem Arbeitsverhältnis zu befreien (VB 147). Dieses Einschreiben wurde ebenfalls nicht abgeholt und daher retourniert (VB 158).

### **3.2.7.**

In seinem Schreiben an die Beschwerdegegnerin vom 23. Februar 2022 führte der Beschwerdeführer aus, er habe vom 14. bis am 27. Juni 2021 zwei Wochen Urlaub bezogen. In diesem Punkt würde er seine Ausführungen vom 9. Februar 2022 (VB 93; 134) korrigieren. Nach seiner Rückkehr aus dem Urlaub habe er ein geschlossenes Restaurant vorgefunden, angeblich wegen gesundheitlichen Problem von D. Er habe unzählige Male erfolglos versucht, mit D. in Kontakt zu treten. Selbstverständlich habe er sich nach der Rückkehr aus dem Urlaub zu dessen Verfügung gehalten, weil unklar gewesen sei, wann der Betrieb wiederaufgenommen würde (VB 120). Die Betriebsferien hätten vom 14. bis am 27. Juni 2021 gedauert (VB 121).

### **3.2.8.**

In der E-Mail-Nachricht vom 22. März 2022 führte der Geschäftsführer der B. GmbH bzw. der B. GmbH in Liquidation, D., aus, die Mitarbeiter seien mit der Schliessung des Restaurants Mitte Juni 2021 per sofort freigestellt worden, da der Betrieb aufgrund fehlender Liquidität nicht mehr habe aufrechterhalten werden können. Die Mitarbeiter seien mündlich durch seinen Bruder – da er in dieser Zeit aufgrund eines Burnouts in der Klinik E. gewesen sei – anfangs Mai 2021 informiert worden, dass es für den Betrieb schlecht aussehe. Die Mitarbeiter seien Mitte Mai freigestellt worden, damit sie eine neue Arbeit hätten aufnehmen können. Die B. GmbH habe keine Ferien, aber "stark reduzierte Zeiten" gehabt. Der Beschwerdeführer habe die ersten 14 Tage im Juni Ferien gehabt (VB 117).

### **3.2.9.**

In seiner E-Mail-Nachricht vom 24. März 2022 führte D. auf erneute Nachfrage der Beschwerdegegnerin aus, da er im Jahr 2021 fast das ganze Jahr wegen eines Burnouts nicht gearbeitet habe, habe er sich bezüglich der von der Beschwerdegegnerin gestellten Fragen mit seinem Bruder kurzgeschlossen, welcher in dieser Zeit die Verantwortung übernommen habe. Die B. GmbH habe den Betrieb per Sonntag, 13. Juni 2021, mit sofortiger Wirkung eingestellt aufgrund von Zahlungsunfähigkeit. Die Mitarbeiter seien darüber informiert worden. Es würden ja auch nicht alle Mitarbeiter den Antrag auf Insolvenzenschädigung stellen, da sich die anderen anders orientiert hätten. Eine Mitarbeiterin sei zu dieser Zeit noch krankgeschrieben gewesen. Ein Mitarbeiter habe selber gekündigt, da er schon etwas Neues gehabt habe. Betreffend die Ferien des Beschwerdeführers im Juni könne sich sein Bruder nicht mehr erinnern, ob der Beschwerdeführer da gewesen sei oder nicht. Fakt sei, dass der Beschwerdeführer das Maximum rauszuholen versuche. Der Beschwerdeführer habe, er sei sich nicht ganz sicher, ab wann, Arbeit gefunden "im F." in R. (VB 115).

### **3.2.10.**

Beschwerdeweise bringt der Beschwerdeführer vor, er habe vom 1. bis am 11. Juni 2021 Ferien gehabt. Als er sich am 14. Juni 2021 wieder zur Arbeit begeben habe, sei er auf ein geschlossenes Restaurant getroffen. Es habe geheissen, der Geschäftsführer sei erkrankt, das Personal müsse zu Hause bleiben und auf neue Weisungen warten (vgl. Beschwerde S. 3).

### **3.3.**

Aufgrund verschiedener Darstellungen ist nicht klar ersichtlich, wann der Beschwerdeführer im Juni 2021 Ferien bezogen hatte (vgl. E. 3.2.7. f. und 3.2.10. hiervor). Unabhängig davon ist jedoch überwiegend wahrscheinlich davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bis zu seiner fristlosen Kündigung vom 16. Juli 2021 (vgl. E. 3.2.6. hiervor) immer noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit der B. GmbH stand. Denn C. schrieb zwar ausweislich der WhatsApp-Nachricht vom 28. Juni 2021, dass der Beschwerdeführer frei sei, eine andere Arbeit anzunehmen. Gleichzeitig informierte er ihn aber, dass das Restaurant vorerst nur für weitere zwei Wochen geschlossen bleibe und sie gedenken würden, das Restaurant wieder zu eröffnen, sobald sie jemanden fänden, der das Team leiten könne (vgl. E. 3.2.1. hiervor). Am 6. Juli 2021 schrieb der Beschwerdeführer D., dass man ihm kündigen solle, wenn man das Restaurant schliessen wolle (vgl. E. 3.2.3. hiervor). In seinem Einschreiben vom 14. Juli 2021 drohte der Beschwerdeführer an, dass er fristlos kündigen werde, wenn die offenen Lohnforderungen nicht beglichen würden (vgl. E. 3.2.5. hiervor). Dies deutet darauf hin, dass der Beschwerdeführer nicht davon ausging, dass er bereits in einem gekündigten Arbeitsverhältnis stand. Zudem führte D. weder in seiner Stellungnahme vom 22. noch in derjenigen vom 24. März 2022 aus, dass dem Beschwerdeführer Mitte Juni 2021 mündlich oder schriftlich gekündigt worden wäre (vgl. E. 3.2.8. f. hiervor). Insgesamt handelt es sich damit im vorliegenden Fall nicht um eine Freistellung per 14. Juni 2021, womit es dem Beschwerdeführer nicht möglich oder zumutbar war, bereits ab diesem Zeitpunkt eine andere Arbeit anzunehmen. Ausweislich der Akten bot der Beschwerdeführer denn nach dem 13. Juni 2021 auch noch mehrfach seine Arbeit an (vgl. E. 3.2.3. ff. hiervor). Die B. GmbH befand sich damit bis zur fristlosen Kündigung des Beschwerdeführers am 16. Juli 2021 (vgl. E. 3.2.6. hiervor) im Annahmeverzug. Der Beschwerdeführer war entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin damit bis zum 16. Juli 2021 nicht vermittlungsfähig und konnte sich den Kontrollvorschriften noch nicht unterziehen (vgl. E. 2.3. hiervor). Der Beschwerdeführer hat damit bis zu seiner fristlosen Kündigung am 16. Juli 2021 Anspruch auf Insolvenzent-schädigung. Demnach ist die Sache zur Neuberechnung der Insolvenzent-schädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

Es bleibt darauf hinzuweisen und von der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen, dass nur diejenigen ausstehenden Forderungen zu decken sind,

auf dessen Auszahlung die versicherte Person bei Annahme eines fortbestehenden Arbeitsverhältnisses und eines zahlungsfähigen Arbeitgebers berechnete Aussichten hatte (vgl. E. 2.3. hiervor). 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. Wie der 13. Monatslohn bilden auch die Ferien- und Überstundenentschädigungen grundsätzlich einen Bestandteil des massgebenden Lohnes gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG i.V.m. Art. 7 AHVV. Allerdings sind Entschädigungen für noch nicht bezogene Ferien von ehemals im Monatslohn angestellt gewesenen Personen, welche keine Ferienlohnzuschläge beziehen dürfen und dementsprechend bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis auch keine Abgeltung der Ferien durch Geldleistungen erwarten können (Art. 329d Abs. 2 OR), nicht von der Insolvenzenschädigung gedeckt (BGE 137 V 96 E. 6.4 S. 102).

#### **4.**

##### **4.1.**

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde in dem Sinne gutzuheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 11. Mai 2022 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten sei, dem Beschwerdeführer Insolvenzenschädigung für den Zeitraum vom 1. Juni bis 16. Juli 2021 auszurichten. Die Sache ist zur Neuberechnung der Insolvenzenschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

##### **4.2.**

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG).

##### **4.3.**

Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz seiner richterlich festzusetzenden Parteikosten (Art. 61 lit. g ATSG).

---

### **Das Versicherungsgericht erkennt:**

#### **1.**

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 11. Mai 2022 aufgehoben und die Beschwerdegegnerin verpflichtet, dem Beschwerdeführer Insolvenzenschädigung für den Zeitraum vom 1. Juni bis 16. Juli 2021 auszurichten. Die Sache ist zur Neuberechnung der Insolvenzenschädigung und anschliessenden Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

#### **2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.



**3.**

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer die Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 750.00 zu bezahlen.

---

Zustellung an:  
den Beschwerdeführer (Vertreter; 2-fach)  
die Beschwerdegegnerin  
das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)  
das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco)

---

**Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten**

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen** seit der Zustellung beim **Bundesgericht Beschwerde** eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

---

Aarau, 30. Januar 2023

**Versicherungsgericht des Kantons Aargau**

4. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Roth

Fricker

