

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2020/15 vom 27. Januar 2021**

Sg Versicherungsgericht, 2021-01-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2020\\_15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2020_15)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2020/15 du 27 janvier 2021

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2020/15 del 27 gennaio 2021

## **Regeste**

Art. 51 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 AVIG. Insolvenzenschädigung. Ausschluss von arbeitgeberähnlichen Personen. Der Beschwerdeführer und dessen Bruder fungierten als Stellvertreter des Firmeninhabers und einzigen Verwaltungsrats einer AG und waren mit Kollektivunterschrift zu zweien im Handelsregister eingetragen. Auf Grund der gesamten Umstände ist davon auszugehen, dass sie die Möglichkeit hatten, die Entscheidungen der Firma zu bestimmen oder massgebend zu beeinflussen (Erw. 3.4 ff.) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. Januar 2021, AVI 2020/15).

## **Volltext**

Entscheid vom 27. Januar 2021 Besetzung Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Karin Huber-Studerus und Miriam Lendfers; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach Geschäftsnr. AVI 2020/15 Parteien A.\_\_\_\_ Beschwerdeführer, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilenstrasse 16/18, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, Gegenstand Insolvenzenschädigung (Rückerstattung) Sachverhalt A.\_\_\_\_ stellte am 1. April 2019 Antrag auf Insolvenzenschädigung, da er infolge eines Pfändungsbegehrens noch offene Lohnforderungen gegenüber der B.\_\_\_\_ AG habe. Er machte Lohnforderungen für den Zeitraum Dezember 2018 bis März 2019 im Gesamtbetrag von Fr. 28'151.-- geltend. Dabei handelte es sich um einen Anteil am 13. Monatslohn und Ferienentschädigung 2018 (Fr. 6'041.--) sowie um die Monatslöhne Januar bis März 2019 (je Fr. 7'370.-- [inkl. Anteil 13. Monatslohn und Ferienentschädigung [act. G 9.1/115 f.]]). Die Konkurseröffnung war bereits am 21. März 2019 erfolgt (Online-Handelsregisterauszug). Auf entsprechende Aufforderung der kantonalen Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen vom 3. Mai 2019 reichte der Antragsteller am 8. Mai 2019 die Lohnabrechnungen sowie weitere Unterlagen ein, die seine Lohnforderungen belegen sollten (act. G 9.1/72 ff.). Gleichzeitig führte er auf entsprechenden Vorhalt aus, er sei bei der B.\_\_\_\_ AG nicht Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums gewesen. Der Betrieb habe seinem Vater gehört. Er sei zu keinem Zeitpunkt Inhaber oder Teilhaber, sondern lediglich Angestellter ohne Befugnisse gewesen. Er sei von Juni 2017 bis Februar 2019 mit Kollektivunterschrift zu zweien (Bruder) im Handelsregister eingetragen gewesen, und auch dies nur als Folge einer lebensbedrohlichen Situation (Darmverschluss) bei seinem Vater. Damit habe sichergestellt werden sollen, dass die Firma auch im Fall des Todes seines Vaters handlungsfähig bleibe. Zudem habe sich sein Vater im November 2018 einer weiteren Operation am Rücken unterziehen müssen, die ebenfalls eine kritische Situation seiner Gesundheit zur Folge gehabt habe. Auf den 13. Monatslohn habe auf Grund des GAV's Anspruch bestanden (act. G 9.1/66). Mit Schreiben vom 4. Juni 2019 (Gewährung des rechtlichen Gehörs) teilte die

Arbeitslosenkasse A.\_\_\_\_ mit, sie gehe davon aus, dass er während der krankheitsbedingten Abwesenheit des Vaters zusammen mit seinem Bruder die Firma geführt und deshalb keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung habe. Er sei vom 15. Juni 2017 bis zum 5. Februar 2019 mit Kollektivunterschrift zu zweien im Handelsregister eingetragen gewesen. Anlässlich der konkursamtlichen Einvernahme sei er als Mitglied des Verwaltungsrats befragt worden. In seiner konkursamtlichen Einvernahme gebe sodann auch der Vater an, dass der Antragsteller und dessen Bruder die Firma geführt hätten, als er operiert worden sei (act. G 9.1/68). Mit anwaltlicher Stellungnahme vom 18. Juni 2019 liess der Antragsteller ausführen, er sei weder Gesellschafter noch finanziell am Betrieb Beteiligter oder Mitglied eines obersten Organs der B.\_\_\_\_ AG gewesen. Er habe keinerlei Entscheidungen gefällt und habe die Geschäftsführung bzw. die Entscheidungen der Arbeitgeberin nicht massgeblich beeinflussen können. Er habe keine Werkverträge unterschrieben, keine Arbeitsverträge unterzeichnet oder gekündigt. Er habe auch keine Zeichnungsberechtigung bei irgendeiner Bank gehabt. Ihm sei die kollektive Zeichnungsberechtigung im Sinn eines Notfallszenarios erteilt worden, um eine allfällige Unerreichbarkeit oder Urteilsunfähigkeit des einzigen Verwaltungsrats zu überbrücken. Funktionen seien ihm keine erteilt worden. Sein Vater sei im März 2017 für ca. 3 Wochen im Spital gewesen und sei ab dem 5. November 2018 erneut im Spital und mit anschliessender Rehabilitation für rund 7 Wochen abwesend gewesen. Selbst in dieser Zeit hätten er und sein Bruder ihm allfällige Unterlagen zur Unterzeichnung ins Spital gebracht. Dass er vom Konkursamt als "Verwaltungsrat/Gesellschafter" befragt worden sei, sei nachgewiesenermassen falsch, sei er doch gerade nicht mit einer Funktion im Handelsregister eingetragen gewesen. Vielmehr habe sein Vater die Gesellschaft auch nach dem Oktober 2018 geführt und entsprechende Entscheidungen getroffen, was durch diverse Unterschriften belegt sei (act. G 9.1/28 ff.). In der Folge richtete die Arbeitslosenkasse mit Abrechnung vom 24. Juli 2019 eine Teilzahlung (70 %) in Höhe von Fr. 4'504.20 aus. Dabei berücksichtigte sie den Januar 2019-Lohn sowie die Anteile am 13. Monatslohn für 2018 (Oktober bis Dezember) und 2019 (Januar [act. G 9.1/24]). Am 4. Oktober 2019 (Datum Postaufgabe) zeigte sich A.\_\_\_\_ mit dieser Abrechnung nicht einverstanden und verlangte eine anfechtbare Verfügung. Zur Begründung fügte er an, es fehlten die 13. Gehälter sowie der Februar und März (2019), ebenso der Ausgleich der Kündigungsfrist (act. G 9.1/21 f.). Am 28. Oktober 2019 gelangte die Arbeitslosenkasse zwecks juristischer Abklärung des Sachverhalts ans Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (act. G 9.1/18). Dieses führte in seiner schriftlichen Antwort vom 14. November 2019 aus, die Merkmale des Falls zeigten, dass die Stellung des Antragstellers im Unternehmen nicht mit jener der restlichen Mitarbeitenden vergleichbar gewesen sei. Während der Abwesenheit ihres Vaters hätten der Antragsteller und dessen Bruder die Firma geführt und sie hätten sich ihrer Vormachtstellung bedient, indem sie sich bei der Lohnauszahlung vom Dezember 2018 bessergestellt hätten, ja überhaupt für die Lohnzahlungen zuständig gewesen seien. Schliesslich zeige auch die Unterschrift unter den vom Vater abgefassten Informationsbrief an die übrigen Mitarbeitenden, dass sie gegenüber den Arbeitnehmenden zumindest als arbeitgeberähnlich aufgetreten seien. Die beiden hätten während der längeren Abwesenheiten des Vaters faktisch das Tagesgeschäft geleitet. Ihre Befugnisse seien somit für einen Insolvenzenschädigungsanspruch als zu gross anzusehen. Da die Brüder ihre Stellung bereits bei der Lohnauszahlung zu ihren Gunsten ausgenützt hätten, sei zudem von einer Missbrauchsgefahr auszugehen (act. G 9.1/16 f.). Mit Verfügung vom 10. Dezember 2019 forderte die Arbeitslosenkasse die bereits ausgerichtete Insolvenzenschädigung im

Umfang von Fr. 4'504.20 zurück. Zur Begründung zitierte sie aus der Stellungnahme des SECO. Als Mitglied des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums habe der Antragsteller keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung (act. G 9.1/12 ff.). Mit Einsprache vom 24. Januar 2020 machte der Einsprecher geltend, er sei weder Gesellschafter noch finanziell am Betrieb beteiligt und sei nicht Mitglied eines betrieblichen Entscheidungsgremiums gewesen. Er habe auch die Entscheidungen des Vaters nicht beeinflussen können. Sämtliche Lohnzahlungen seien von der Sekretärin im Beisein des Vaters ausgeführt worden. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Kasse darauf komme, er hätte die Lohnzahlungen gemacht. Zudem seien er und sein Bruder betreffend die Lohnzahlungen (gegenüber den übrigen Mitarbeitenden) immer benachteiligt gewesen (act. G 9.1/10). Mit Entscheid vom 25. Februar 2020 wies die Kasse die Einsprache ab. Im Wesentlichen wiederholte sie die Begründung in der Verfügung vom 10. Dezember 2019 bzw. des SECO. Zudem fügte sie an, dass auf Grund der engen Zusammenarbeit des Einsprechers mit seinem Vater bei der Geschäftsführung davon auszugehen sei, dass er frühzeitig Einsicht in die finanzielle Schieflage des Betriebs gehabt habe (act. G 9.1/5 ff.). Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 25. März 2020 (Datum Postaufgabe) mit dem sinngemässen Antrag, es sei auf die Rückforderung zu verzichten. Zur Begründung führt der Beschwerdeführer erneut aus, er habe im Unternehmen keine besondere Stellung innegehabt. Der Eintrag im Handelsregister sei ohne Funktion erfolgt. Einzig sein Vater habe Entscheidungen für die Firma getroffen, sei es finanziell, strategisch oder personell, und alle Unterlagen seien von seinem Vater unterzeichnet worden. Er habe auch nicht die Lohnbuchhaltung gemacht. Diese - wie die gesamte Buchhaltung des Betriebs - sei von der Sekretärin in Zusammenarbeit mit dem einzigen Verwaltungsrat erledigt worden (act. G 1). Auf die weiteren Vorbringen wird in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen sein. Mit Beschwerdeantwort vom 26. Mai 2020 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist sie auf die Verfügung vom 10. Dezember 2019 sowie auf den angefochtenen Einspracheentscheid vom 25. Februar 2020 (act. G 9). Erwägungen 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). Gemäss Art. 51 Abs. 2 AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Zu den Mitgliedern oberster betrieblicher Entscheidungsgremien gehören die formellen und materiellen (faktischen) Organe des Unternehmens, also die leitenden Angestellten im engeren Sinne. Die Frage, ob Arbeitnehmende einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, ist auf Grund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten (Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung, 2004,

S. 42 ff.). Nach der Rechtsprechung ist Art. 51 Abs. 2 AVIG gleich auszulegen wie der wörtlich und inhaltlich übereinstimmende Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Der Leistungsausschluss, welcher der Verhütung von Missbräuchen dient, ist absolut zu verstehen, ohne dass die Möglichkeit besteht, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (BGE 142 V 263 E. 4.1; 123 V 234 E. 7b/bb, je mit Hinweisen; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in SBVR, Bd. XIV, 3. Aufl., Rz 464 sowie Fussnote 1336). Das Vorliegen einer arbeitgeberähnlichen Funktion führt nur zum Leistungsausschluss, wenn die Arbeitnehmende Person die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann. Dabei kommt es einzig auf die Einflussmöglichkeit und nicht auf die tatsächlich ausgeübte Einflussnahme an. Die massgebliche Entscheidungsbefugnis ergibt sich teilweise bereits aus dem Gesetz selbst. Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. des Bundesgesetzes betreffend Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220]) sowie die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG (vgl. Art 716 ff. OR; BGE 145 V 200 E. 4.2 mit Hinweisen). Je weniger Vorgesetzte der leitende Angestellte hat, desto eher kommen ihm vermutungsweise massgebliche Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidungen seines Arbeitgebers zu. Weitere Indizien sind etwa die Höhe des Einkommens, der Handelsregistereintrag, das Mass der Vertretungsbefugnis oder die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Bücher des Betriebes (Burgherr, a.a.O., S. 43 ff.). Laut Botschaft des Bundesrats zur zweiten Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 29. November 1993 betrifft Art. 51 Abs. 2 AVIG Personen, die auf Grund ihrer Stellung innerhalb der Gesellschaft im Gegensatz zu gewöhnlichen Arbeitnehmenden Einfluss auf den Geschäftsgang und die Unternehmenspolitik sowie Einsicht in die Bücher haben und daher von akuter Insolvenz des Arbeitgebers nicht überrascht werden, weshalb sie keines besonderen Schutzes bedürfen (BBl 1994 I 361 f.). Zwar können Angestellte in leitenden Funktionen nicht allein deswegen als nicht anspruchsberechtigt qualifiziert werden, weil sie für einen Betrieb zeichnungsberechtigt und im Handelsregister eingetragen sind (BGE 122 V 272 f. E. 3 mit Hinweis auf BGE 120 V 526). Vielmehr muss jeweils geprüft werden, welche Entscheidungsbefugnisse ihnen auf Grund der internen betrieblichen Struktur zukommen. Hiervon ausgenommen hat die Rechtsprechung einzig die mitarbeitenden Verwaltungsräte, da diese unmittelbar von Gesetzes wegen über eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinn von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG bzw. dem gleichlautenden Art. 51 Abs. 2 AVIG verfügen (BGE 123 V 238 E. 7a und 122 V 272 E. 3 mit Hinweisen; Art. 716a OR). Gleich zu behandeln sind die Geschäftsführenden einer GmbH, besteht doch für diese eine praktisch identische Regelung der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben wie für die Verwaltungsräte einer Aktiengesellschaft (Art. 810 OR; Urteile des Versicherungsgerichts vom 31. Oktober 2011, AVI 2010/94, E. 1.2, und des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2010, 8C\_1000/2010). Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach Entrichtung der einzelnen Leistung (aArt. 25 Abs. 2 ATSG in der bis 31. Dezember 2020 gültigen und vorliegend anwendbaren Fassung). Die mit einer formell rechtskräftigen Verfügung ausgerichteten Leistungen sind nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zurückzuerstatten, wenn die für eine

Wiedererwägung oder eine prozessuale Revision erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind (BGE 129 V 110 E. 1.1 mit Hinweis). Diese Voraussetzungen sind in Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG umschrieben. Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Den formell rechtskräftigen Verfügungen gleichgestellt sind auch die im formlosen Verfahren ergangenen Entscheide, soweit sie eine mit dem Ablauf der Beschwerdefrist bei formellen Verfügungen vergleichbare Rechtsbeständigkeit erreicht haben (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Auflage, Art. 53 N 52). Leistungsabrechnungen der Arbeitslosenversicherung, die – wie im vorliegenden Fall – nicht in die Form einer formellen Verfügung gekleidet werden, weisen materiellen Verfügungscharakter auf (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit dem 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] C 7/02 vom 14. Juli 2003 E. 3; BGE 125 V 475 E. 1; BGE 122 V 367 E. 2 mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Versicherungsträger, der einen formlosen Entscheid erlassen hat, diesen (von sich aus) nur innerhalb einer Frist von 30 Tagen voraussetzungslos abändern. Ist diese Frist verstrichen, muss sich der Versicherungsträger auf einen Wiedererwägungs- oder Revisionsgrund nach Art. 53 ATSG berufen (BGE 129 V 110 E. 1.2). Die Beschwerdegegnerin forderte mit Verfügung vom 10. Dezember 2019 Leistungen zurück, die sie dem Beschwerdeführer mit Abrechnung vom 24. Juli 2019 bereits ausgerichtet hatte (act. G 9.1/12 und 24). Dabei ist davon auszugehen, dass die als "Teilzahlung 70.00 %" bezeichnete Auszahlung lediglich provisorischen Charakter aufweist und unter dem Vorbehalt steht, dass die versicherte Person innert 90 Tagen keine anfechtbare Verfügung verlangt. Der vorläufige Charakter der Auszahlungsabrechnung ergibt sich auch daraus, dass der gemäss Art. 52 Abs. 2 AVIG vorgeschriebene Abzug der Sozialversicherungsbeiträge noch nicht vorgenommen wurde. Eine solche "formlose Verfügung" oder "faktische Verfügung" wird - besondere Umstände vorbehalten - rechtsbeständig, wenn sie nicht innert 90 Tagen vom Adressaten gerügt wird (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Oktober 2015 [8C\_554/2015] E. 3.4 mit Hinweis auf SVR 2004 ALV Nr. 1 S. 1, C 7/02). Verlangt die versicherte Person jedoch (wie vorliegend geschehen) eine anfechtbare Verfügung, wird der Leistungsanspruch - auch ohne das Vorliegen eines prozessualen Revisions- oder Wiedererwägungsgrunds und unabhängig von der Tatsache, dass die Verwaltung diesen nach Ablauf der 30-tägigen Frist von sich aus nicht mehr voraussetzungslos abändern könnte - umfassend neu geprüft und (erstmal) verfügungsweise festgesetzt. Vorliegend hatte der Beschwerdeführer unzweifelhaft keine formelle Organstellung in der B.\_\_\_\_ AG inne (vgl. Online-Handelsregisterauszug). Ob er an der Gesellschaft finanziell beteiligt war, sei es als Aktionär oder anderweitig (etwa auf Grund eines Darlehens), wird von der Beschwerdegegnerin weder geltend gemacht noch ist solches konkret aus den Akten (oder - da Aktionäre nicht eingetragen werden - aus dem Handelsregister) ersichtlich. Der Beschwerdeführer ist sodann weder allein auf Grund seiner kollektiven Zeichnungsberechtigung noch allein auf Grund seiner verwandtschaftlichen Verhältnisse (Sohn des Firmeninhabers und einzigen Mitglieds des Verwaltungsrats) vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen. Streitig und zu prüfen ist indessen, ob dem Beschwerdeführer eine faktische Organstellung in der

Gesellschaft zukam bzw. ob er als Mitglied eines obersten Entscheidgremiums die Entscheidungen der Gesellschaft bestimmen oder massgebenden Einfluss darauf nehmen konnte. Der Beschwerdeführer macht dazu geltend, er werde von der Beschwerdegegnerin fälschlicherweise als Geschäftsleitungsmitglied oder als Mitarbeiter mit besonderer Stellung behandelt. Dies treffe nicht zu. Sein Eintrag im Handelsregister sei ohne Funktion erfolgt und er habe die Entscheidungen der Gesellschaft nicht beeinflussen können. Die einzige Person, die Entscheidungen für die Firma getroffen habe, sei sein Vater gewesen, sei es finanziell, strategisch oder personell. Zudem treffe nicht zu, dass er die Lohnbuchhaltung gemacht habe. Diese sei wie die gesamte Buchhaltung von der Sekretärin in Zusammenarbeit mit dem einzigen Verwaltungsrat erledigt worden. Schliesslich treffe nicht zu, dass er sich selber mit der Lohnzahlung vom Dezember 2018 begünstigt habe. Dieser Entscheid sei ebenfalls von seinem Vater ausgegangen. Er habe lediglich die Bankzahlung per E-Banking in Gegenwart seines Vaters getätigt. Er habe niemals ohne dessen Anwesenheit und Wissen Zahlungen vornehmen können (act. G 1). Zwar ist dem Beschwerdeführer darin Recht zu geben, dass sich anhand der Akten nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweisen lässt, dass er - wie ein faktisches Organ - konkrete Handlungen im Namen der Gesellschaft vorgenommen hat. So ist nicht ersichtlich, dass er etwa Arbeitsverträge abgeschlossen oder gekündigt oder mit Kunden, Lieferanten, Banken oder anderen Gläubigern verhandelt hätte. Gegenüber der Vermieterin der Geschäftsräumlichkeiten war er allerdings Ansprechpartner, wenn auch im Einverständnis des Vaters (vgl. act. G 9.1/63 f.). Ebenso wenig ist ersichtlich, dass er tatsächlich eigene Entscheidungen auf oberster betrieblicher Ebene gefällt oder zumindest massgeblich beeinflusst hätte. Eine tatsächliche Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft ist indessen auch nicht erforderlich. Es genügt, wenn die arbeitgeberähnliche Person die Möglichkeit hat, die Entscheidungen des Arbeitgebers zu bestimmen oder massgeblich zu beeinflussen (Erwägung 1.3). Der Beschwerdeführer ist der Sohn des Inhabers und einzigen Verwaltungsrats der B. \_\_\_ AG. Nach eigenen Angaben wurde ihm die Unterschriftsberechtigung zu zweit erteilt, weil sein Vater infolge einer lebensbedrohlichen Situation (Darmverschluss) habe operiert werden müssen. Zudem habe sich der Vater im November 2018 einer Rückenoperation unterziehen müssen, die ebenfalls eine kritische Gesundheitssituation zur Folge gehabt habe (act. G 9.1/66). Die Erteilung der Unterschriftsberechtigung erfolgte an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 19. Mai 2017, was nach Angabe des Beschwerdeführers geschah, damit die Firma im Fall des Todes des Vaters handlungsfähig bleibt (act. G 9.1/33 f. und 66). Wie letztlich auch der Beschwerdeführer einräumt, ist somit davon auszugehen, dass er und sein Bruder während der krankheitsbedingten Abwesenheiten des Vaters im Frühjahr/Sommer 2017 und im Herbst 2018 (und wohl auch für zukünftig zu erwartende Abwesenheiten) als dessen Stellvertreter fungiert haben oder zumindest als solche vorgesehen waren, sollte sich der Gesundheitszustand des Vaters erheblich verschlechtern. Selbst letzteres impliziert jedoch, dass sie zumindest teilweise in die geschäftlichen Belange eingeweiht waren. Daran ändert nichts, dass das einzige Mitglied des Verwaltungsrats auch nach dem Mai 2017 noch Dokumente unterzeichnet hat, wobei diese im Wesentlichen gerade nicht aus den Zeiten der krankheitsbedingten Abwesenheiten datieren (vgl. act. G 9.1/35 ff.). C. \_\_\_ erklärte denn auch in seiner konkursamtlichen Einvernahme vom 28. März 2019 zweimal, dass die beiden Söhne, allen voran der Beschwerdeführer, in der vorliegend massgebenden Zeit ab Oktober 2018 die Firma geführt hätten. Zudem sei der Beschwerdeführer im Besitz der Schlüssel zum Magazin (AVI 2020/18; act. G 7.1/68, 69 und 77). Anhand des

entsprechenden Einvernahmeprotokolls entsteht zudem nicht der Eindruck eines Patrons, der alle Fäden fest in der Hand hielt. Vielmehr war er häufig unsicher und verwies in seinen Antworten wiederholt auf die Söhne oder die Sekretärin. So gab er etwa an, er könne nicht genau sagen, ob allen Mitarbeitenden (nebst den beiden Söhnen deren fünf) mündlich gekündigt worden sei. Er sei lange nicht mehr im Büro gewesen (AVI 2020/18; act. G 7.1/69). Dass sich der Beschwerdeführer gegenüber den übrigen Mitarbeitenden selber auf der Arbeitgeberseite sah, belegt zudem das Schreiben vom Januar 2019 an die Belegschaft, dass er mitunterzeichnet hatte, wenn auch nur kollegial mit "A.\_\_\_\_" (act. G 9.1/27). Im Weiteren fällt auf, dass der Monatslohn des Beschwerdeführers ab April 2018 erhöht wurde, wenn auch nur minim von Fr. 6'300.-- auf Fr. 6'326.-- (act. G 9.1/87 f.). Ebenso wurde dem Beschwerdeführer im Dezember 2018 noch ein 13. Monatslohn zugesprochen und teilweise ausbezahlt, obwohl die Gesellschaft kurz vor dem Konkurs gestanden und er nach eigenen Angaben in den meisten Jahren davor keinen 13. Monatslohn erhalten hatte (act. G 9.1/26, 79 und 103; vgl. auch IK-Auszug, wonach offenbar 2011 letztmals ein 13. Monatslohn ausbezahlt wurde [Fr. 80'581.--] und seit 2012 gleichlautende Einträge von Fr. 75'600.-- [Fr. 6'300.-- x 12] bestehen [act. G 9.1/78]). Nach eigenen Angaben in der Forderungseingabe beim Konkursamt waren die 13. Gehälter ab 2014 offen (act. G 9.1/113). In der konkursamtlichen Einvernahme vom 17. April 2019 führte der Beschwerdeführer dazu aus, es seien sonst immer zuerst die übrigen Mitarbeitenden berücksichtigt worden. Im Gegensatz zu diesen hätten er und sein Bruder selten einen 13. Monatslohn erhalten. Sie hätten jetzt auch mal den Lohn pünktlich erhalten wollen (act. G 9.1/26). In der vorliegenden Beschwerde führt der Beschwerdeführer dazu aus, der Entscheid für die Lohnzahlung (vom Dezember 2018 [Teilzahlung Fr. 7'000.--; act. G 9.1/79 und 103]) sei von seinem Vater ausgegangen. Er habe lediglich die Bankzahlung per E-Banking in Gegenwart seines Vaters getätigt. Der Zugang zum Bankkonto sei nur mit SMS-Code auf dessen Handy möglich gewesen. Er habe niemals Zahlungen ohne die Anwesenheit seines Vaters vornehmen können (act. G 1). Gerade diese geschilderte Konstellation zeigt aber, dass der Beschwerdeführer gegenüber den übrigen Mitarbeitenden eine Vorzugsstellung genossen hatte, ist es doch schwer vorstellbar, dass auch letztere - wenn auch in dessen Anwesenheit und mit dessen Zustimmung - auf das E-Banking des Chefs zugreifen und sich den Lohn auszahlen konnten. Entgegen den Angaben im Einsprache- und im vorliegenden Beschwerdeverfahren, wonach er weder mit der Lohnbuchhaltung noch mit der übrigen Administration zu tun gehabt haben will, gab der Beschwerdeführer in seinem Antrag auf Insolvenzenschädigung schliesslich an, er sei unter anderem für die Baustellenaufsicht, den Materialeinkauf, AVOR, Offertwesen und das Rechnungswesen zuständig gewesen (act. G 9.1/115). Er hatte somit Einblick in die Finanzen der Gesellschaft und war vom Konkurs nicht überrascht, was gemäss der Intention des Gesetzgebers ebenfalls gegen einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung spricht (vgl. Erwägung 1.4). Insgesamt ist überwiegend wahrscheinlich davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Möglichkeit hatte, die Entscheidungen der Arbeitgeberin mitzubestimmen oder massgeblich zu beeinflussen, auch wenn er diese Möglichkeiten nicht voll ausgeschöpft haben mag. Dies genügt rechtsprechungsgemäss für die Qualifizierung des Beschwerdeführers als Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums. Gemäss Art. 51 Abs. 2 AVIG ist er damit vom Bezug von Insolvenzenschädigung ausgeschlossen. Für den Fall des Unterliegens beantragt der Beschwerdeführer schliesslich, es seien ihm die somit umsonst geleisteten Sozialversicherungsabgaben zurückzuerstatten. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Beiträge an die Arbeitslosenversicherung auf

dem massgebenden Lohn im Sinn der AHV-Gesetzgebung zu entrichten sind (Art. 3 Abs. 1 AVIG). Die Beiträge sind unabhängig davon, ob später ein entschädigungsberechtigter Schadenfall eintritt, von den Arbeitgebenden und den Arbeitnehmenden je hälftig zu bezahlen. Sind die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung bezüglich Insolvenzenschädigung nicht erfüllt, besteht - wie bei jeder Versicherung - kein Anspruch auf Rückerstattung der Beiträge. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (aArt. 61 lit. a ATSG in der bis 31. Dezember 2020 gültigen und vorliegend anwendbaren Fassung). Entscheid im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP Die Beschwerde wird abgewiesen. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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