

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00105

vom 11. Juli 2018

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-07-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2017.00105

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00105 du 11 juillet 2018

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00105 del 11 luglio 2018

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 51 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) haben beitragspflichtige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn: a)

gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen oder b)

der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offen sichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen, oder c)

sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben oder bei Bewilligung der Nachlassstundung oder richterlichem Konkursaufschub (Art. 58 AVIG).

Die Aufzählung der Insolvenztatbestände in Art. 51 Abs. 1 und Art. 58 AVIG ist abschliessend (BGE 131 V 196).

E. 1.2

Die Insolvenzenschädigung deckt für das gleiche Arbeitsverhältnis 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 ausnahmsweise Lohnforderungen nach der Konkurseröffnung, solange die versicherte Person in guten Treuen nicht wissen konnte, dass der Konkurs eröffnet worden war, und es sich dabei nicht um Masseschulden handelt. Die maximale Bezugsdauer nach Art. 52 Abs. 1 AVIG darf nicht überschritten werden (Art. 52 Abs. 1 bis AVIG).

Von der Insolvenzenschädigung müssen die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden. Die Kasse hat die vorgeschriebenen Beiträge mit den zuständigen Organen abzurechnen und den Arbeitnehmern die von ihnen geschuldeten Beitragsanteile abzuziehen (Art. 52 Abs. 2 AVIG).

E. 1.3

Die Insolvenzenschädigung ist eine Lohnausfallversicherung bei Zahlungs unfähigkeit des Arbeitgebers. Sie setzt eine Lohnforderung der versicherten Person gegenüber dem insolventen Arbeitgeber voraus. Unter Lohnforderung im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AVIG ist grundsätzlich der massgebende Lohn gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG zu verstehen, einschliesslich der geschuldeten Zulagen. Als zweiseitiger Vertrag verpflichtet der Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Leistung von Arbeit und den Arbeitgeber zur Entrichtung eines Lohnes. Die Rechtsfolge besteht aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht darin, dass die Lohnforderung grundsätzlich an die Leistung von Arbeit gebunden ist. Der Schutzzweck der Insolvenzenschädigung erstreckt sich daher nur auf tatsächlich geleistete, aber nicht entlohnte Arbeit; sie erfasst nicht Lohnforderungen wegen (ungerechtfertigter) vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses und für noch nicht bezogene Ferien. Diese Praxis stützt sich auf den Gesetzeswortlaut und den klaren Willen des Gesetzgebers. Dem Tatbestand der geleisteten Arbeit hat die Rechtsprechung diejenigen Fälle gleich gestellt, in denen der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nur wegen Annahme verzugs des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 des Obligationenrechts (OR) keine Arbeit leisten konnte. Solange der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht, hat er oder sie einen Lohnanspruch, der gegebenenfalls einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung rechtfertigen kann (BGE 132 V 82 E. 3.1 mit Hinweis).

E. 1.4

Keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung 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 (Art. 51 Abs. 2 AVIG; BGE 126 V 134; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 8C_196/2011 vom 1. Juni 2011). Gemäss der zu Art. 31 Abs.

E. 1.5

In aller Regel ist die Frage, ob eine arbeitnehmende Person einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen kann, auf Grund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten (BGE 122 V 270 E. 3). Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. In diesem Sinne ist ein mitarbeitender Verwaltungsrat einer AG, für welchen das Gesetz in der Eigenschaft als Verwaltungsrat in Art. 716-716b OR verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt, vom Leistungsanspruch generell ausgeschlossen (Urteil des Bundesgerichts 8C_196/2011 vom 1. Juni 2011 E. 2; BGE 123 V 234 E. 7a). Anderen Personen kommt faktische Organstellung zu, wenn sie tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie diese vorbehaltenen Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (BGE 132 III 523 E. 4.5; 114 V 213; vgl. auch BGE 129 V 11). 2.

E. 2

Gegen den Einspracheentscheid vom 7. April 2017 (Urk. 2) erhob der Versicherte am 9. Mai 2017 Beschwerde und beantragte dessen Aufhebung und die Zusprache von

Insolvenzentschädigung für die Zeit vom 1. Januar bis zum 16. März 2016 (dem Zeitpunkt seiner Freistellung von der Arbeitspflicht durch seine frühere Arbeitgeberin; Urk. 1 S. 2).

Mit Beschwerdeantwort vom 26. Mai 2017 beantragte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich die Abweisung der Beschwerde (Urk. 6), wovon dem Beschwerdeführer am 1. Juni 2017 Kenntnis gegeben wurde. Mit Eingabe vom 25. September 2017 (Urk. 10) reichte der Beschwerdeführer den von ihm mit der Y.____, in Liquidation, vor dem Arbeitsgericht Zürich geschlossenen Teilvergleich vom 20. September 2017 (Urk. 11) zu den Akten. Am 29. September 2017 verzichtete die Beschwerdegegnerin auf eine weitere Stellungnahme (Urk. 13), wovon dem Beschwerdeführer am 2. Oktober 2017 Kenntnis gegeben wurde (Urk. 14).

Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin ging im angefochtenen Einspracheentscheid vom 7. April 2017 (Urk. 2) davon aus, dass der Beschwerdeführer bei der Y.____ seit dem 1. Januar 2014 als CEO und damit als Geschäftsführer tätig gewesen sei. In dieser Funktion sei er für die Geschäftsstrategie verantwortlich gewesen, habe Kontakte zu Kunden gepflegt und sei für Offerten, Verträge und den Verkauf zuständig gewesen. Der Beschwerdeführer habe sodann gegenüber dem Verwaltungsrat der Gesellschaft Rechenschaft ablegen müssen. Damit habe er über eine grosse Unabhängigkeit und Selbständigkeit verfügt und habe den Geschäftsgang massgeblich beeinflusst, weshalb eine arbeitgeberähnliche Stellung zu bejahen sei (S. 4).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer brachte hiegegen vor, dass er den Titel des CEO nur pro forma getragen habe, und dass er tatsächlich nie die Funktion eines CEO ausgeübt habe. Er habe diesen Titel nur getragen, weil viele deutsche Kunden wichtige Vertragsverhandlungen nur mit einem CEO oder Geschäftsführer hätten führen wollen (Urk. 1 S. 9). Nach der Übernahme der Y.____ durch Z.____ am 25. November 2015 habe dieser alleine die operative Führung der Gesellschaft ausgeübt (Urk. 1 S. 12). Er sei lediglich für die Verhandlung der Verträge mit den Kunden zuständig gewesen, habe über keine Zeichnungsberechtigung verfügt und habe die Verträge nicht selbst abschliessen können (Urk. 1 S. 14). Er sei über die finanziellen Verhältnisse und die Liquidität der Gesellschaft nicht unterrichtet worden und habe diesbezüglich über keine Kompetenzen verfügt (Urk. 1 S. 17). Im Übrigen sei seine Lohnforderung im Konkurs der Y.____ praktisch im gesamten Umfang in der 1. Klasse kolloziert worden, weil das Gericht aufgrund des Arbeitsverhältnisses von seiner Schutzwürdigkeit ausgegangen sei. Andererseits werde diese Schutzwürdigkeit von der Beschwerdegegnerin verneint und der Anspruch auf Insolvenzentenschädigung abgelehnt. Genau diese Konstellation dürfe jedoch nicht eintreten. Aufgrund von Art. 51 Abs. 2 AVIG sei seit dem 1. Januar 1996 der Arbeitnehmerbegriff bei der Insolvenzentenschädigung und im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht weitgehend identisch (Urk. 1 S. 6).

E. 3

lit. c AVIG ergangen, im Rahmen von Art. 51 Abs. 2 AVIG gleicher massen anwendbaren (Urteil 8C_84/2008 vom 3. März 2009 E. 1) Recht sprechung bezüglich derjenigen Personen, welche als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums oder Ehegatten eines solchen Mitglieds vom Kurzarbeitsentschädigungsanspruch

ausgeschlossen sind (BGE 126 V 134)

ist der Ausschluss dieser Personen vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung

absolut zu verstehen (BGE 123 V 234 E. 7 S. 236; 122 V 270 E. 3 S. 272). Es ist somit nicht möglich, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (Urteil des Bundesgerichts 8C_1032/2010 vom 7. März 2011 E. 5.1).

E. 3.1

Bei den Akten befindet sich ein Protokoll der ordentlichen Generalversammlung der Y.____ Holding AG vom 25. Juni 2014 (Urk. 7/32/184-195). Darin wurde erwähnt, dass der Vorsitzende der Generalversammlung und Präsident des Verwaltungsrates der Gesellschaft dem Beschwerdeführer als CEO der Y.____-Gruppe das Wort erteile, und dass Letzterer die Berichterstattung durch den Verwaltungsrat und das Management-Team moderieren werde (Urk. 7/32/186).

Des Weiteren befindet sich ein Protokoll einer Sitzung des Verwaltungsrates der Y.____ Holding AG mit dem Management-Team vom 11. Februar 2015 (Urk. 7/33/103-106) bei den Akten, worin der Beschwerdeführer (bezeichnet mit: ChAr) als Teilnehmer aufgeführt ist (Urk. 7/33/103).

E. 3.2

Im Zwischenzeugnis vom 17. März 2015 (Urk. 7/11/414-415) stellte die Y.____ fest, dass der Beschwerdeführer per 1. Januar 2014 zum CEO befördert worden sei, und dass er in dieser Funktion für die folgenden Aufgaben verantwortlich gewesen sei : - Leitung sämtlicher operativer Aufgaben (Verkauf, Marketing, Projekt Management, Human Relations, Finanzen) im Unternehmen - strategische Ausrichtung des Unternehmens sowie seine Platzierung am Markt

gegenüber der Konkurrenz - Erreichung der Unternehmensziele - Definition der Werte und Standards des Unternehmens - Aufbau von strategischen Partnerschaften - Ansprechpartner für

den Verwaltungsrat

und die Kernaktionäre - Fund Raising im Zusammenarbeit mit dem Verwaltungsrat

Der Beschwerdeführer, welcher einen kooperativen Führungsstil gepflegt habe, habe anlässlich seiner Tätigkeit als CEO bei der Y.____ insbesondere die folgenden Entscheidungen vorangetrieben und zu deren Umsetzung massgebend mitgetragen: - Neuausrichtung des Kerngeschäfts: Ausstieg aus dem B2C Business und Fokussierung auf das B2B Business mit grossen Stadt-Carriers beziehungsweise Netzbetreibern in Deutschland - Einführung eines Fully Managed Service Business Modells (SaaS Modell) für unsere B2B Kunden - Kostenreduktion: unter anderem durch Schliessung des Rechenzentrums in Zürich, Outsourcen der Software Entwicklung und des 24x7 Supports nach Serbien beziehungsweise Spanien - Einführung von Prozessen und Projektmanagement-Standards (Agile Methoden, Serum) - Gewinnung von strategischen Partnern

E. 3.3

Mit Mail vom 19. September 2015 teilte der Beschwerdeführer einem Mitarbeiter der Y.____ mit, dass er einen Kandidaten, welcher sich für eine offene Stelle bei der Y.____ beworben hatte, treffen möchte und ersuchte um Zustellung der Bewerbungsunterlagen (Urk. 7/32/158).

In einem Mail vom 1. Februar 2016 mit einem Kunden und potentiellen Investor der Y.____ unterzeichnete der Beschwerdeführer mit „Chief Executive Officer“ der Y.____ Holding AG (Urk. 7/32/217).

E. 3.4

In einem Mail vom 6. November 2015 an das Management Team, in welchem auch der Beschwerdeführer namentlich als Empfänger aufgeführt ist, erwähnte A.____, der damalige Präsident des Verwaltungsrates der Y.____

Holding AG, dass die Mitarbeitenden (im Gegensatz zum Management) heute über den aktuellen Status der Gesellschaft informiert worden seien, dass die Y.____ ohne Rücknahme oder Aufweichung der von einem Grosskunden gesetzten Fristen keine wirtschaftliche Zukunft mehr habe, und dass auch der letzte Hoffnungsschimmer nicht wahrgenommen worden sei (Urk. 7/25/274).

In seinem Schreiben vom 1. März 2016 (Urk. 7/11/398) an die Y.____, in welchem er diese aufforderte, die ausstehenden Löhne zu bezahlen, erklärte der Beschwerdeführer, dass die Y.____ gegenwärtig offensichtlich zahlungsunfähig sei.

E. 3.5

In seiner Klageschrift zuhanden des Arbeitsgerichts Zürich vom 5. Juli 2016 (Urk. 7/32/196-212) führte der Beschwerdeführer zu seiner Tätigkeit bei der Y.____ das Folgende aus (Urk. 7/32/202):

Der Kläger wurde von der Beklagten per 1. September 2012 als Projektleiter „Grosskunden“ mit einem Arbeitspensum von 80 % eingestellt. Sein Bruttogehalt betrug bei einem Pensum von 80 % CHF 170'000 pro Jahr. Per 1.

Januar 2014 wurde der Kläger zum Chief Executive Officer der Beklagten befördert. Bei gleichbleibendem Arbeitspensum von 80 % einigten sich die Parteien auf ein neues Gehalt von CHF 174'000 brutto pro Jahr bzw. CHF

14'500 brutto pro Monat. Am 16. Januar 2014 haben die Parteien diese Vertragsänderung schriftlich festgehalten. Im Dezember 2015 kaufte der heutige Verwaltungsrat der Beklagten, Herr Z.____, sämtliche Aktien der Beklagten aus der Liquidation ihrer früheren Eigentümerin, der Y.____ Holding AG, und übernahm ab diesem Zeitpunkt sämtliche Führungsaufgaben bei der Beklagten. Dies ergibt sich aus dem Arbeitszeugnis, welches die Beklagte dem Kläger am 13. Juni 2016 ausgestellt hat. Der Kläger war ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als CEO für die Beklagte tätig, sondern als Senior Key Account Manager für die Grosskunden der Beklagten zuständig.

E. 3.6

Anlässlich der Einvernahme durch das Konkursamt vom 2. August 2016 (Urk. 7/31) sagte Z.____, einziges Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift der Y.____, aus, dass der Beschwerdeführer nicht als zeichnungsberechtigte Person im Handelsregister eingetragen gewesen sei, dass er jedoch als Geschäftsführer (CEO) im Geschäftsverkehr unterschriftsberechtigt gewesen sei, dass er insbesondere für die Geschäftsstrategie ver

antwortlich gewesen sei, dass er Kontakt zu den beiden Hauptkunden gepflegt und Offerten, Verträge und Verkaufsunterlagen ausgearbeitet habe. Nachdem der Beschwerdeführer vorerst bis Ende des Jahres 2015 alleine für die Geschäftsführung zuständig gewesen sei, habe er ab Januar 2016 gemeinsam mit Z.____ die Geschäftsführung der Gesellschaft ausgeübt (Urk. 7/31/233).

E. 3.7

Das Konkursamt ging in der Klageantwort zuhanden des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, vom 21. Dezember 2016 (Ur. 7/32/137-150) zur Frage, ob die Forderung des Beschwerdeführers als Forderung von Arbeitnehmern in der ersten Klasse gemäss Art. 219 Abs. 4 des Bundesgesetz es über Schuld betreibung und Konkurs (SchKG) zu kollozieren sei, davon aus, dass der Beschwerdeführer nicht als Arbeitnehmer der Y.____ im Sinne des SchKG zu qualifizieren sei. Dazu führte das Konkursamt das Folgende aus (Urk. 7/32/148):

(...)Als „Chief Executive Officer“ hat der Kläger über grosse Unabhängigkeit und Selbständigkeit bei der Beklagten verfügt. Mit der Verhandlung der Verträge B.____, C.____ und D.____ hat der Kläger den Geschäftsgang erheblich beeinflusst. Der Lohnforderung des Klägers kann somit das Privileg der 1. Klasse gänzlich nicht zuerkannt werden (vgl. BGE 118 III 46 ff.). Eine zeitliche Beschränkung dieser Funktion bis zum 30.11.2015 wird etwa durch ein vom Kläger am 01.02.2016 verfasstes Email widerlegt, welches nach wie vor die Signatur „X.____, Chief Executive Officer“ trägt.

Auch das mit E-Mail vom 07.03.2016 einverlangte Zwischenzeugnis lässt nicht automatisch den Schluss zu, dass just ab 01.12.2015 eine „Rückstufung“ der Funktion des Klägers vom „Chief Executive Officer“ zum „Senior Key Account Manager“ im Raum stand. Die Beklagte bestreitet einen solchen Funktionswechsel.

Im Übrigen muss auf Grund der tatsächlichen Stellung des Klägers innerhalb der Beklagten davon ausgegangen werden, dass kein Subordinationsverhältnis vorgelegen hat. Dabei kommt es nicht auf die Bezeichnung des Klägers als „Chief Executive Officer“ oder als „Senior Key Account Manager“ an. Gestützt auf die in der Klageschrift des Klägers vor Arbeitsgericht vom 05.07.2016 aufgeführten Aufgabenbereiche muss geschlossen werden, dass dem Kläger auch als „Senior Key Account Manager“ eine eigentliche Führungsposition mit hoher Entscheidungskompetenz zugekommen ist. Als faktisches Organ trug der Kläger für den Geschäftsgang die Verantwortung mit und unterstand für pflichtwidriges Handeln der Organhaftung nach Art. 754 Abs. 1 OR.

Insofern lässt sich kein erhöhtes Schutzbedürfnis erkennen, welches die Gewährung des Konkursprivilegs rechtfertigen würde. Weder war der Kläger als Arbeitnehmer in ausgeprägter Weise von der Beklagten abhängig, noch hätte der Kläger beim wirtschaftlichen Niedergang der Beklagten nicht rechtzeitig anders disponieren bzw. auf den Geschäftsgang und die Firmenpolitik entscheidenden Einfluss nehmen können.

Abschliessend gilt festzuhalten, dass Arbeitnehmer ohne Lohnprivileg, die langfristige Unternehmensentscheide treffen und diese in Zukunft zu verantworten hätten, sich nicht durch eine spätere „Abklassierung“ der Verantwortlichkeit als (faktisches) Organ entziehen können (...).

E. 3.8

Dem abgeänderten Kollokationsplan des Konkursamtes Unterstrass-Zürich vom 1. März 2017 (Urk. 3/42) ist hingegen zu entnehmen, dass das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, im Rahmen einer Instruktionsverhandlung vom 21. Februar 2017 im Hinblick auf ein allfällig zu fällendes Urteil folgende Rechtsauffassung habe durchblicken lassen: • gemäss einer nicht publizierten Bundesgerichtsentscheidung sei in casu für die Gewährung des Privilegs «in erster Linie» der Zeitraum ab dem 25. November 2015 relevant; • nach richterlicher Wertung der Prozessakten läge ab diesem Datum in tatsächlicher Hinsicht ein Subordinationsverhältnis vor; • sogar schon vor diesem Zeitpunkt würde das Gericht dem Kläger ein Privileg der 1. Klasse zuerkennen; • die Höhe des Lohnes sei nicht massgebend; • nicht entscheidend sei eine kausale Mitverantwortung des Klägers für die spätere Insolvenz der Beklagten; • zwischen diesem Kollokationsprozess und dem hängigen Verfahren vor Arbeitsgericht bestehe kein materieller Widerspruch; • die Frage nach der Fälligkeit von Lohnforderungen richte sich nach der «Üblichkeit», sei aber primär auf Fälle von bar ausgerichteten Löhnen anzuwenden.

Zusammenfassend habe das Gericht folgendes Fazit gezogen: Die Prozess-Chancen seien für den Kläger deutlich besser. Seiner Lohnforderung dürfte das Privileg der 1. Klasse zukommen.

Aufgrund der schlechten Prozessaussichten habe es die Konkursverwaltung als aussichtslos erachtet, den Prozess weiterzuführen und dafür zusätzliche Gelder der Konkursmasse einzusetzen. Vergleichsweise habe die Konkursverwaltung daher die auf Fr. 75'000.-- (brutto) reduzierte Forderung des Klägers als 1. Klasseforderung anerkannt.

E. 4.1

Die von Art. 51 Abs. 2 AVIG zum Ausschluss auf den Anspruch auf Insolvenzent-schädigung geforderte Möglichkeit, die Entscheidungen des Arbeitgebers massgeblich beeinflussen zu können, ergibt sich beim Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft nicht unmittelbar aus dem Gesetz. Sie ist vielmehr anhand der konkreten Gegebenheiten zu ermitteln.

Zwar ist den erwähnten Akten zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer, welcher ab 1. September 2012 bei der Gesellschaft vorerst als Projektleiter „Grosskunden“ beschäftigt war, per 1. Januar 2014 zum CEO der Y.____ befördert wurde. In dieser Funktion war der Beschwerdeführer gemäss dem am 17. März 2015 ausgestellten Zwischenzeugnis (vorstehend E. 3.2), insbesondere für die Leitung sämtlicher operativer Aufgaben (Verkauf, Marketing, Projekt Management, Human Relations, Finanzen), für die strategische Ausrichtung des Unternehmens sowie für dessen Platzierung am Markt gegenüber der Konkurrenz, für die Erreichung der Unternehmensziele, für die Definition der Werte und Standards des Unternehmens und für den Aufbau von strategischen Partnerschaften zuständig und zudem erster Ansprechpartner für den Verwaltungsrat und die Kernaktionäre. Jedoch fällt auf, dass der Beschwerdeführer gemäss Auszug aus dem Handelsregister (vgl. Urk. 7/33/68-69)

über keine Zeichnungsberechtigung bei der Y.____ verfügte. Zudem war der Beschwerdeführer nur bis am 25. November 2015 - über die Firma Y.____ Holding AG - mit lediglich 0,53 % an der Y.____ finanziell beteiligt (Urk. 7/13/467, Urk. 1 S. 7, Urk. 3/45).

Zwar machte Z.____, der einziges Mitglied des Verwaltungsrates der Y.____ mit Einzelunterschrift war, anlässlich der Einvernahme beim Konkursamt geltend, der Beschwerdeführer habe über eine Unterschriftsberechtigung im Geschäftsverkehr verfügt,

sei insbesondere für die Geschäftsstrategie verantwortlich gewesen, habe den Kontakt zu den beiden Hauptkunden gepflegt und Offerten, Verträge und Verkaufsunterlagen ausgearbeitet. Nachdem der Beschwerdeführer vorerst bis Ende des Jahres 2015 alleine für die Geschäftsführung zuständig gewesen sei, habe er ab Januar 2016 gemeinsam mit ihm, Z.____, die Geschäftsführung der Gesellschaft ausgeübt (Urk. 7/31/233).

Auf die Aussagen Z.____ kann jedoch nicht ohne Weiteres abgestellt werden, machte der Beschwerdeführer doch zu Recht geltend, dass Z.____ Glaubwürdigkeit stark reduziert sei, da

er ein persönliches finanzielles Interesse an einer Kollisionslösung der Forderung des Beschwerdeführers in der dritten Klasse gehabt habe (Urk. 1 S. 8, Urk. 3/43). Auch das am 13. Juni 2016 von Z.____ für den Beschwerdeführer verfasste Arbeitszeugnis (Urk. 3/46), das in der Folge mit einem vor dem Arbeitsgericht Zürich geschlossenen Teilvergleich vom 20. September 2017 (Urk. 11) zurückgezogen und durch eine Arbeitsbestätigung ersetzt wurde, sowie das damit zusammenhängende arbeitsrechtliche Verfahren lassen auf ein angespanntes Verhältnis schliessen (vgl. dazu auch Urk. 7/13/470 unten), weshalb die Aussagen Z.____ auch aus diesem Grund mit Zurückhaltung zu würdigen sind.

E. 4.2

Der Umstand, dass der Lohn des Beschwerdeführers als Folge seiner Beförderung vom Projektleiter Grosskunden zum CEO per 1. Januar 2014 lediglich um Fr. 4'000.-- pro Jahr (von Fr. 170'000.-- auf Fr. 174'000.-- = + 2.35 %) erhöht wurde, lässt es fraglich erscheinen, ob damit in der Tat eine Funktionsänderung mit grösseren Kompetenzen und Verantwortlichkeiten verbunden war, oder ob es sich nicht - wie der Beschwerdeführer geltend macht (Urk. 1 S. 8 f.) - lediglich um eine Proforma-Beförderung handelte, die möglicherweise in erster Linie den Gepflogenheiten des deutschen Marktes geschuldet war.

Auch mit Blick auf die übrigen Akten und Vorbringen kann nicht zweifelsfrei beurteilt werden, ob der Beschwerdeführer zumindest bis Ende November 2015 die eigentliche Geschäftsführung der Y.____ besorgte, oder aber (weiterhin) nur als Projektleiter Grosskunden fungierte.

E. 4.3

Zusammenfassend kann jedoch festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer gemäss Auszug aus dem Handelsregister (vgl. Urk. 7/33/68-69) über keine Zeichnungsberechtigung verfügte und auch nie massgeblich finanziell an der Y.____ beteiligt war. Ausserdem erscheint es aufgrund der Akten als überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer zumindest spätestens ab Dezember 2015, nachdem Z.____, seit Juli 2014 einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift (Urk. 7/21/318), sämtliche Anteilscheine an der Y.____ übernommen hatte (vgl. Urk. 7/21/351), neben diesem keinen massgeblichen Einfluss auf die Unternehmensführung mehr hatte (vgl. unter anderem Urk. 7/21/350 ff., Urk. 7/31/233 Ziff. 8.3, Urk. 3/46). Unter diesen Umständen ist nicht ausschlaggebend, dass der Beschwerdeführer formal den Titel eines CEO führte.

E. 4.4

Entscheidend ist schliesslich, dass das Konkursamt Unterstrass-Zürich die nur leicht reduzierte Lohnforderung des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 75'000.-- als 1.-Klassforderung anerkannte, dies gestützt auf eine unbestrittene Einschätzung des

Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG Klagen, wonach ab 25. November 2015 in tatsächlicher Hinsicht ein Subordinationsverhältnis vorgelegen habe, dem Beschwerdeführer aber sogar schon vor diesem Zeitpunkt ein Privileg der 1. Klasse zuzuerkennen wäre (Urk. 3/42).

Eine Voraussetzung für das Arbeitnehmerprivileg (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a ff. SchKG) ist gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung das Vorliegen eines tatsächlichen und rechtlichen Subordinationsverhältnisses (Art. 321d OR). Die Insolvenzenschädigung verfolgt ein ähnliches Ziel wie das Arbeitnehmerprivileg, weshalb sich deren analoge Anwendung auf das Arbeitnehmerprivileg aufdrängt (Sara Ianni, Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts, in: SSZR - Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Band/Nr. 19, 2014, S. 160 f.). Mit anderen Worten sind der Arbeitnehmerbegriff in der Insolvenzenschädigung und der Arbeitnehmerbegriff des SchKG weitgehend identisch, wie der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Literatur (Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, in: SzS Schriften zum Sozialversicherungsrecht, Band Nr. 11, 2004, S. 54 f.) zu Recht geltend macht (Urk. 1 S. 6). Sowohl Art. 52 Abs. 1 AVIG als auch Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG verfolgen den gleichen Grundgedanken: Der Anspruch auf Insolvenzenschädigung einerseits und auf Privilegierung in der Zwangsvollstreckung andererseits setzen jeweils eine gewisse Schutzwürdigkeit des Angestellten voraus (Burgherr, a.a.O., S. 55). Nachdem sowohl das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, als auch das Konkursamt Unterstrass-Zürich dem Beschwerdeführer im SchKG-Verfahren diese Schutzwürdigkeit zugestanden haben, sind keine triftigen Gründe oder besonderen Umstände ersichtlich, weshalb dem Beschwerdeführer diese Schutzwürdigkeit im Insolvenzenschädigungsverfahren aberkannt werden sollte. Im übrigen behalten in der ersten Klasse privilegierte Arbeitnehmerforderungen trotz Subrogation ihr Arbeitnehmerprivileg (Art. 54 Abs. 1 AVIG).

E. 4.5

Demnach steht fest, dass die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid vom 7. April 2017 (Urk. 2) zu Unrecht davon ausging, dass dem Beschwerdeführer innerhalb der Y.____

im hier relevanten Zeitraum eine arbeitgeberähnliche Stellung zukam, und deshalb einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung verneinte.

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

E. 5

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Der Gerichtsschreiber Mosimann Volz

E. 5.1

Ausgangsgemäss hat der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer gestützt auf § 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Diese ist unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses beim praxis gemässen Stundenansatz von Fr. 220.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) auf Fr. 2'300.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in Aufhebung des Einspracheentscheids der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 7. April 2017 gutgeheissen mit der Feststellung, dass dem Beschwerdeführer spätestens ab Dezember 2015 keine arbeitgeberähnliche Stellung in der Y.____ zukam und er Anspruch auf Insolvenzenschädigung hat, sofern auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 2'300.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Oliver Bermejo - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - Staatssekretariat für Wirtschaft SECO - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

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