

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00281

vom 24. August 2020

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-08-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2019.00281

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00281 du 24 août 2020

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00281 del 24 agosto 2020

Erwägungen

E. 1

und Art. 58 AVIG ist abschliessend (BGE 131 V 196).

E. 1.1

Gemäss Art. 51 Abs. 1 des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosen versicherung 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.

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.

E. 1.3

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 mit arbeitenden Ehegatten (Art. 51 Abs. 2 AVIG; BGE 126 V 134; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 8C_196/2011 vom 1. Juni 2011).

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).

Nach der Rechtsprechung stimmt der Personenkreis nach den gleichlautenden Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG und Art. 51 Abs. 2 AVIG überein, weshalb die zur ersten Bestimmung entwickelte Rechtsprechung auch auf Art. 51 Abs. 2 AVIG anwendbar ist. In SVR 1997 ALV 101 S. 310 E. 5c hat das Eidgenössische Versicherungsgericht dargelegt, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vor allem an der faktischen Möglichkeit zur Einflussnahme anknüpft. Diese wird zwar bei einem Verwaltungsrat begriffsnotwendig vorausgesetzt (BGE 122 V 273), bei leitenden Angestellten auf tieferen Ebenen der Organisation jedoch häufig durch entsprechende Umschreibung des Aufgaben- und Kompetenzbereichs eingeschränkt. Wo dabei im Einzelfall die Grenze zwischen dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium und den unteren Führungsebenen verläuft, lässt sich anhand formaler Kriterien allein nicht beurteilen. Das Mass der Entscheidungsbefugnis ist vielmehr anhand der konkreten Gegebenheiten zu ermitteln (Urteil des Bundesgerichts C 261/01 vom 17. Mai 2002 E. 4b).

Die Einflussmöglichkeit muss sich entweder auf Gesetz, Vertrag oder Statuten abstützen. Je weniger Vorgesetzte der leitende Angestellte hat, desto eher spricht dies für die (widerlegbare) Vermutung, er habe eine massgebliche Einflussmöglichkeit auf die Entscheidungen seines Arbeitgebers. Weitere Indizien sind etwa die Höhe des Einkommens, der Handelsregisterbeitrag, das Mass der Vertretungsbefugnis oder die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Bücher des Betriebes. Einen erheblichen Einfluss auf die Willensbildung einer Unternehmung kann auch das Fachwissen (Know-how) besonders qualifizierter leitender Angestellter haben, welche im Betrieb nicht leicht zu ersetzen sind und deshalb faktisch den Kurs der Firma bestimmen können (Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung, Diss. Zürich 2004, S. 43 ff., vgl. auch AVIG-Praxis ALE, Rz B19). 2.

2.1

Die Beschwerdegegnerin wies den Anspruch auf Insolvenzenschädigung unter Hinweis auf eine arbeitgeberähnliche Stellung, welcher der Beschwerdeführer als CEO der Z.____

wahrgenommen habe, ab. So gehe aus den Schilderungen des Verwaltungsratspräsidenten hervor, dass der Beschwerdeführer das Tagesgeschäft als CEO selbständig geführt und die Gesellschaft gegen aussen auch vertreten habe. Zudem habe er die Rechnungen zusammengetragen und dokumentiert. Alsdann habe

er in regelmässiger Kontakt zur Buchhaltung gestanden. Sodann habe er sich die (einzustellenden) Mitarbeiter aussuchen können. An seiner arbeitgeberähnlichen Stellung ändere auch nicht, dass er keine Zahlungen habe auslösen und die Arbeitsverträge nicht selbst habe unterzeichnen können (Urk. 2). 2.2

Der Beschwerdeführer

machte demgegenüber geltend, sein rechtliches Gehör sei verletzt worden. So habe die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid auf ein (nachträglich) eingeholtes Dokument abgestellt, ohne ihm zuvor Einsicht darin zu gewähren. Da eine Heilung ausgeschlossen sei, sei die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

Unabhängig davon sei zu berücksichtigen, dass er nicht Mitglied des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums gewesen sei. Er habe die Entscheidungen weder bestimmen noch massgeblich beeinflussen können. So sei er zwar CEO gewesen und formell mit der Führung des Tagesgeschäfts

sowie d e r Einarbeitung neuer Mitarbeiter beauftragt gewesen (Urk. 1 S. 5). Klassische Kompetenzen eines CEO wie beispielsweise die Vertretung der Gesellschaft gegenüber Dritten, die Finanz planung und das Cash-Managem ent seien ihm hingegen vollständig verwehrt gewesen (Urk. 1 S. 5) . Überhaupt habe er keinerlei Entscheidungsbefugnisse gehabt und entsprechend keinen Einfluss auf den Geschäftsgang nehmen können. Viel mehr sei er den Aktionären und Mitgliedern des Verwaltungsrates , zu welchen er nicht gehört habe, unterstellt gewesen (Urk. 1

S. 14). Insbesondere habe er auch keine Zahlungen auslösen können (Urk. 1 S. 12) und keinen Zugriff auf die Konten gehabt (Urk. 1 S. 11). Sodann habe ihm auch keine Zeichnungsberec htigung zugestanden (Urk. 1 S. 6). Auch sei ihm verwehrt gewesen, Arbeitsverträge selbständig zu verhandeln und zu unterzeichnen (Urk. 1 S. 6) . Ein Missbrauchsrisiko könne deshalb ausgeschlossen werden, weshalb

er

Anspruch auf eine Insol venzentschädigung habe .

E. 3

2

Anlässlich der Einvernahme durch das Konkursamt vom 25. April

2019

(Urk. 7/86-100) teilte Z.____ , Verwaltungsratspräsident der Z.____ , mit, der Beschwerdeführer sei «Geschäftsführer Tagesgeschäft (CEO)» gewesen. Als «Manager Director » hätten zwei Verwaltungsräte fungiert (Urk. 7/93).

In einem separaten Schreiben vom 25. April 2019 (Urk. 7/101-103) erklärte der Verwaltungsratspräsident sodann , die Gesellschaft hätte von Beginn an Verluste geschrieben, was insbesondere auf einen zu geringen Umsatz und zu hohe Kosten (insbesondere Miete und Löhne) zurückzuführen gewesen sei. Im Quervergleich zur Reis ebranche seien auch hohe Löhne b ezahlt worden (Urk. 7/101). Die drei (im Ausland wohnhaften) Verwaltungsräte hätten die alleinige Zahlungsbe rech tigung für die Konten der Gesellschaft gehabt. Auch seien zwei von ihnen für die Lohnzahlungen verantwortlich gewesen (Urk. 7/102).

In seinem Schreiben an die Beschwerdegegnerin vom 5. Juni 2019 (Urk. 7/71-74) hielt der Verwaltungsratspräsident sodann (auf Nachfrage hin) fest, der Be schwer deführer sei als Geschäftsführer der Z.____ und selbstverant wortlicher Leiter des Tagesgeschäfts angestellt gewesen . Er habe das Mitarbeiter team aufgebaut. Dabei habe er als ehemaliger Abteilungsleiter bei A.____

auf fachlich versierte Mitarbeiter zurückgreifen können. Diese Sachbearbeiter seien auf seine Empfehlung hin angestellt worden. Die Arbeitsverträge habe indes nicht der Beschwerdeführer unterzeichnet . So sei dem Beschwerdeführer auch keine im Handelsregister publizierte Unterschriftsberechtigung zugekommen. Indes habe man ihm eine Handlungsvollmacht ausgestellt. Auch habe der Be schwer deführer an Veranstaltungen und Messen der Reisebranche teilgenommen sowie seine Arbeitgeberin da vertreten (Urk. 7/71 -72). Mehrfach habe der Be schwerdeführer auch Reisegruppen aus dem Ausland empfangen und diese in der Schweiz oder auf Kreuzfahrten begleitet , beziehungsweise betreut. Betreffend die Bereiche Tagesgeschäft (Reisen, Touren und neue

Absatzmärkte), Umsatzsteigerung, Mitarbeiterbelange, Teamführung, Marketing, « Incentives für die Mitarbeiter » und Organisation von Anlässen sei ihm zudem ein Mitspracherecht zugekommen. Auch sei er für die Umsatzzahlen verantwortlich gewesen (Urk. 7/73).

Sodann habe er mit Kreditoren in Kontakt gestanden und deren Rechnungen entgegengenommen. Im Weiteren habe er die Zahlungen vorbereitet/vorerfasst und diese freigegeben. Auch sei der Beschwerdeführer für die Fakturierung zuständig gewesen. Sodann habe die Buchhaltung in Rücksprache mit dem Beschwerdeführer die Verbuchung der Debitoren vorgenommen. Infolge dessen sei der Beschwerdeführer über die Einkünfte und die Ausgaben seiner Arbeitgeberin im Bild gewesen. Dabei habe er auch Einblick in die Bankkonten, die Buchhaltung und

die Reisebuchungssysteme (Travelport)

erlangt. Dies gehe auch daraus hervor, dass ihn der Beschwerdeführer über die schlechte Situation im Tagesgeschäft informiert habe, insbesondere, dass die Mitarbeiterlöhne nicht mehr hätten bezahlt werden können. In Absprache mit ihm habe der Beschwerdeführer die notwendigen Massnahmen am Schluss vor dem Konkurs der Gesellschaft ergriffen, nach dem die Aktionäre die dringend benötigten und versprochenen Darlehen nicht mehr bedient hätten (Urk. 7/73-74).

E. 3.1

Aus dem Handelsregisterauszug der Z. ____

(in Liquidation) geht hervor, dass der Beschwerdeführer weder über eine Zeichnungsberechtigung verfügte noch Mitglied des Verwaltungsrates war (Urk. 7/31-32). Gemäss Arbeitsvertrag vom 10. April 2015 wurde er als CEO angestellt, wobei eine einjährige Kündigungsfrist vereinbart wurde. Der Beschwerdeführer wurde sodann für die Führung des operativen Geschäfts verantwortlich erklärt. Auch wurde ihm die Führung und Unterweisung der Mitarbeiter übertragen sowie die Kompetenz zu teil, in Absprache mit dem Verwaltungsrat und unter vorgängiger Bekanntgabe Verträge und Dokumente zu unterzeichnen, die das Tages-, Kunden- und Airline-Geschäft betreffen würden. Als Entschädigung wurde ein monatliches Nettogehalt von Fr. 10'000.-- (x 13) sowie monatliche Pauschalspesen von Fr. 500.-- vereinbart. Sodann erklärte sich die Arbeitgeberin zur vollumfänglichen Übernahme der gesetzlich vorgeschriebenen Sozialversicherungsbeiträge bereit. Als dann wurde dem Beschwerdeführer ein Mobiltelefon sowie ein Laptop zur Verfügung gestellt (ebenfalls zur privaten Nutzung). Schliesslich erklärte sich die Arbeitgeberin bereit, jährlich einmal

die Kosten eines Businessclassfluges

für den Beschwerdeführer und seine Familie (Ehefrau und Kinder) zu übernehmen (Urk. 7/194-197).

Dem Arbeitszeugnis ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer als Geschäftsführer für fünf Mitarbeiter verantwortlich gewesen

war. Sodann habe er - in enger Abstimmung mit dem Verwaltungsrat - die Formulierung, Beschreibung und nachhaltige Massnahmenergreifung aller Unternehmensziele wahrgenommen. Ebenfalls sei er für die Planung und Durchführung von Gesprächen mit Kunden und Vertragspartnern

verantwortlich gewesen und habe an Kundenanlässen und internationalen Messen teilgenommen. Auch habe er für die Akquise neuer Kunden/Partner sowie die Marketingstrategie und Werbung verantwortlich gezeichnet. Seinem Bekanntheitsgrad im Tourismus sei auch geschuldet, dass seine Arbeitgeberin die IATA-Akkreditierung und die Mitgliedschaft der Reiseversicherung habe erlangen können (Urk. 7/173-174).

E. 4

Vorweg zu prüfen ist die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Verletzung seines rechtlichen Gehörs (Urk. 1 S. 15-17).

Das

angerufene Sozialversicherungsgericht verfügt über volle Kognition und überprüft den Sachverhalt und die Rechtslage frei (§ 18a des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht [GSVGer], vgl. auch Art. 61 lit. c und d des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG], BGE 132 V 387 E. 5.1). Dem Beschwerdeführer war es somit möglich, umfassend Stellung zu nehmen und sich zu allen Aspekten des Verfahrens zu äussern. Unter diesen Umständen ist von einer Heilung auszugehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts C

120/03 vom 13. November 2003 E.

3.2), sofern eine Gehörsverletzung überhaupt vorliegt. So können dem Protokoll, welches dem Beschwerdeführer vor Erlass des Einspracheentscheids nicht unterbreitet wurde (E. 2.2), hauptsächlich Auskünfte betreffend die Aktionäre und Verwaltungsräte entnommen werden. Zu diesen gehörte der Beschwerdeführer aber gerade nicht. Informationen zum Beschwerdeführer sowie der von ihm ausgeübten Funktion sind im Protokoll demgegenüber nur spärlich vorhanden (vgl. Urk. 7/86-103) und zudem auch in anderweitigen Dokumenten zu finden, welche dem Beschwerdeführer bekannt waren (vgl. Urk. 7/71-74).

E. 5

des Arbeitsvertrages [Urk. 7/194-197]). Dies, zumal sich diese nur auf die im Aussenverhältnis eingeräumten Kompetenzen beziehen.

Nachdem die Verwaltungsräte ihren Wohnsitz nicht an dem der Geschäftsstelle hatten (vgl. Urk. 7/31, 7/151), musste der Beschwerdeführer auch - entgegen der Behauptungen der Mitarbeitenden (Urk. 7/52-53) - als ranghöchster Mitarbeiter

vor Ort für die Personalführung verantwortlich gewesen sein. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe keine Mitarbeiter anstellen können, was daraus ersichtlich sei, dass die Arbeitsverträge nicht von ihm unterzeichnet worden seien (Urk. 7/55-70), vermag nicht zu einem anderen Schluss zu führen. Vielmehr ist die Aussage des Verwaltungsratspräsidenten, der Beschwerdeführer habe als ehemaliger Mitarbeiter eines anderen Reiseveranstalters bei der Suche nach Mitarbeitenden auf sein Netz zurückgreifen können und bei Personalbelangen ein Mitspracherecht gehabt (E. 3.2), zu berücksichtigen.

Dem stehen auch die Ausführungen des Beschwerdeführers nicht entgegen, stellte dieser lediglich in Abrede, dass er Mitarbeiter selbständig habe aussuchen und anstellen können (Urk. 1 S.

14 und 17).

Sodann vermögen auch die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach er nahezu keine Einsicht in die Bücher und Zahlen gehabt habe, nicht zu überzeugen. Zwangsläufig musste er nämlich

- nachdem ihm die fachkompetente Leitung eines Reisebüros anvertraut worden war - Einblick in die Bankkonten, die Buchhaltung und die Reisebuchungssysteme (E. 3.2) erlangt haben. So

hatte er sich auch mit den Debitoren und Kreditoren befasst (E. 3.2). Auch hatte er Rechnungen zu dokumentieren und diese zusammenzutragen, was eine Mitarbeitende bestätigte (Urk. 7/53).

Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Beschwerdeführer über ein besonderes Fachwissen in der Reisebranche verfügte (Urk. 7/71, 7/173), was ebenfalls Indiz für die Teilhabe des Beschwerdeführers im obersten betrieblichen Entscheidungsgremium ist (E. 1.3). Das besondere Fachwissen dürfte denn auch ausschlaggebend gewesen sein, dass der Beschwerdeführer als CEO

des Reiseunternehmens

angestellt wurde (vgl. Urk. 7/108-109).

Schliesslich gilt es

die (lange) Kündigungsfrist von einem Jahr (E. 3.1) und das als hoch zu bezeichnende Jahresgehalt von netto Fr. 130'000.-- (der mittlere Jahresbruttolohn in der Reisebranche im höchsten Kompetenzniveau beträgt Fr. 96'000.--

[vgl. Bundesamt für Statistik, Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2018, Monatlicher Bruttolohn nach Wirtschaftszweigen, Tabelle T1.1.10, Nominallohnindex, Männer 2011-2018, Ziff. 77, 79-82, Sonstige wirtschaftliche Dienstleistungen, Kompetenzniveau 4)

zu berücksichtigen. So sind diese wie auch die Zusatzleistungen, welche den übrigen Mitarbeitenden nicht zuteilwurden (Übernahme der gesamten Sozialversicherungsbeiträge sowie der Kosten eines Businessclassfluges [E. 3.1, Urk. 7/55-70]) ebenfalls klare Hinweise für die vom Beschwerdeführer wahrgenommene arbeitgeberähnliche Stellung (E. 1.3).

E. 6

Nach dem Gesagten steht fest, dass der Beschwerdeführer als CEO der Z. ___ Einfluss auf die Willensbildung seiner Arbeitgeberin nehmen konnte und Einblick in die Bücher hatte. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers bejaht hat. Von weiteren Sachverhaltsabklärungen (Urk. 1) kann abgesehen werden (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 124 V 94 E. 4b, 122 V 157 E. 1d).

In Anbetracht dessen, dass für den Ausschluss vom Anspruch auf Insolvenzent schädigung aufgrund einer arbeitgeberähnlichen Stellung nicht massgebend ist, ob eine versicherte Person für die Gründe, welche schliesslich zum Konkurs führten, verantwortlich oder mitverantwortlich ist oder ob ihr eine Missbrauchsabsicht vorgeworfen kann (vgl. Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und

Insolvenzenschädigung, 5. Auflage, S. 320 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 8C_705/2007 vom 6. Mai 2005 E. 3.2), erweist es sich deshalb als rechtens, dass die Beschwerdegegnerin einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung verneint hat. Die Beschwerde ist dementsprechend abzuweisen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Stephan Fischer - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 4.

Gegen diese Entscheidung 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 1. Juli bis und mit dem 5. August sowie vom 1. 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 Vogel Weber

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