

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00379**

## **vom 8. September 2022**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-09-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2021.00379](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2021.00379)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00379 du 8 septembre 2022

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2021.00379 del 8 settembre 2022

### **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 vorzuschiessen, oder c)

sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben

oder bei Bewilligung der Nachlassstundung oder richterlichem Konkursaufschub (Art. 58 AVIG). Die richterlich angeordnete, nach den Bestimmungen des Konkursverfahrens durchzuführende Auflösung einer Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR wird im Rahmen von Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG der Konkursöffnung gleichgestellt (BGE 141 V 372 E. 5.2).

Die Aufzählung der Insolvenztatbestände in Art. 51 Abs. 1 und Art. 58 AVIG ist abschliessend (BGE 141 V 372 E. 5.1, 131 V 196 E. 4.1.2).

#### **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).

#### **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 mitarbeitenden Ehegatten (Art. 51 Abs. 2 AVIG). Die zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ergangene Rechtsprechung bezüglich derjenigen Personen, welche als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums oder Ehegatten eines solchen Mitglieds vom Kurzarbeitsentschädigungsanspruch ausgeschlossen sind, ist im Rahmen von Art. 51 Abs. 2 AVIG gleichermassen anwendbar (Urteil des

Bundesgerichts 8C\_34/2021 vom 8. Juli 2021 E. 3.2 mit Hinweisen).

Gemäss der zu Art. 31 Abs.

#### **E. 1.4**

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 diesen vorbehaltenen Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.

Ob eine versicherte Person für die Gründe, die schliesslich zum Konkurs führten, verantwortlich oder mitverantwortlich ist, ist für den Ausschluss auf Insolvenzschiädigung aufgrund einer arbeitgeberähnlichen Stellung irrelevant (Urteil des Bundesgerichts 8C\_705/2007 vom 6. Mai 2006 E. 3.2) . 2.

#### **E. 2**

2. Dezember 2021 Beschwerde und beantragte, es sei der Entscheidung aufgehoben und ein Anspruch auf Insolvenzschiädigung für die Löhne Juli, August, September und Oktober 2019 sowie für den anteiligen 1/3 Monatslohn gemäss dem Antrag vom 31. Januar 2021 zuzu sprechen

(Urk. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin schloss mit Beschwerdeantwort vom 21. Januar 2022 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 5). Die Eingabe des Beschwerdeführers vom 9. Februar 2022 (Urk. 9) wurde der Beschwerdegegnerin am 16. Februar 2022 zur Kenntnis gebracht (Urk. 10). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin stellte im angefochtenen Entscheid fest, dass der Beschwerdeführer im in Frage stehenden Leistungszeitraum vom 1. Juli bis 31. Oktober 2019 Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums der Arbeitgeberin gewesen sei. Sie begründete dies damit, dass der Beschwerdeführer gemäss Arbeitsvertrag vom 25. April 2017 als Geschäftsführer der Arbeitgeberin angestellt gewesen sei, und verwies insbesondere auf den Funktionsbeschreibung und

die darin aufgeführten Kompetenzen (Urk. 2 S. 3) sowie auf die Stellungnahme des damaligen Verwaltungsrates A.\_\_\_\_ vom 28. März 2021 (Urk. 6/93). Es sei den Akten zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer um die finanzielle Lage der Arbeitgeberin gewusst habe und auch die Entscheidungen in Bezug auf die Angelegenheiten der Arbeitgeberin massgeblich beeinflussen können; und dies, auch wenn die Endentscheidungen vielleicht schlussendlich von den beiden Verwaltungsräten getroffen bzw. beaufsichtigt worden

seien. Daran ändere auch ein anderslautendes Arbeitszeugnis nichts. Aufgrund der Stellung des Beschwerdeführers sei von einem Missbrauchsrisiko auszugehen, welches nach der Rechtsprechung zu einem absoluten Ausschluss von der Leistungsberechtigung führe.

Die Möglichkeit zur Einflussnahme müsse dabei im Leistungszeitraum ( 1. Juli bis

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer stelle sich demgegenüber auf den Standpunkt ( Urk. 1 S.

### **E. 3**

1. Oktober 2019)

bestehen. Es sei daher unerheblich, dass der Konkurs über die Arbeitgeberin weit nach seinem Ausscheiden eröffnet worden sei.

### **E. 3.2**

Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer auch nach seiner Ernennung zum Geschäftsführer ab 1. April 2017 die Entscheidungen der Arbeitgeberin nicht massgeblich hat beeinflussen können. Er ist klarerweise nicht als dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium zugehörig zu betrachten, womit er vom in Art. 51 Abs. 2 AVIG vorgesehenen Ausschluss vom Anspruch auf Insolvenzschiaden nicht erfasst ist. Da der Beschwerdeführer seinen Schadenminderungspflichten gemäss Art. 55 Abs. 1 AVIG (Urteil 8C\_408/2020 des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2020 E. 3 )

zweifelsfrei nachgekommen ist (E . 1. 1 ) , ist in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Einspracheentscheid

der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 19. November 2021 mit der Feststellung aufzuheben, dass der Beschwerdeführer Anspruch auf Insolvenzschiaden hat. 4.

Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht ( GSVGer ) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen ( § 34 Abs. 3 GSVGer ). Der

obsiegende anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat Anspruch auf eine von der Beschwerdegegnerin auszurichtende Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'600.

### **E. 4**

), die Insolvenzschiaden könne von Vor herein nicht aufgrund von Art. 51 Abs. 2 AVIG verweigert werden, weil im Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft noch nicht bestanden habe. Der Zeitraum , in dem er ange blich massgebend Einfluss bei der Arbeitgeberin gehabt habe , betreffe den 1. April 2017 bis 31. Oktober 2019 , als er gemäss Arbeitsvertrag als Geschäftsführer angestellt gewesen sei . Danach habe er keinen Einfluss mehr auf das Unternehmen ausüben können und der Konkurs sei erst 15 Monate nach seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen eröffnet worden. Es sei somit irrelevant, ob er während seines Arbeitsverhältnisses mass gebend Einfluss auf das Unternehmen haben können oder nicht, denn zu diesem Zeitpunkt habe noch keine Zahlungsunfähigkeit bestanden (S. 6). Im Arbeitsvertrag sei er zwar als Geschäftsführer bezeichnet worden, habe aber nie die Kompetenzen eines Geschäftsführers erhalten und sei insbesondere auch nie im

Handelsregister eingetragen worden und habe daher über keine Zeichnungsberechtigung für die Arbeitgeberin verfügt. Auch sein Arbeitszeugnis widerspiegeln seine effektiven Aufgaben; dabei handle es sich nicht um Aufgaben, mit denen er viel Einfluss gehabt habe (S. 7). In seinem E-Mail vom 24. März 2021 habe er die Arbeitslosenkasse explizit darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsrat die Abmachungen und Kompetenzen in seinem Arbeitsvertrag nie eingehalten habe.

Aus seinen Ausführungen, dass sich die finanzielle Lage während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer stabilisiert habe, könne nicht abgeleitet werden, dass er auch massgebenden Einfluss auf den Geschäftsgang gehabt habe. Der Stellungnahme des Verwaltungsrates (vgl. Urk. 6/91-92) könne aufgrund der Interessenkollision kaum Beweiswert zukommen (S. 8). Da er im Zeitpunkt, als die Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin eingetreten sei, weder Einsicht in noch Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft haben können, sei auch nicht ersichtlich, wie in dieser Konstellation die Möglichkeit eines Rechtsmissbrauchs bestanden haben soll (S. 9).

Umstritten ist, ob dem Beschwerdeführer arbeitgeberähnliche Stellung zukommt. Aus dem «Arbeitsvertrag Geschäftsführung» (Urk. 6/172-175) geht hervor, dass der Beschwerdeführer ab 1. April 2017 als Geschäftsführer der Y.\_\_\_\_ GmbH amtierte, welche im Mai 2017

## **E. 8**

00.--. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid

der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 21. November 2021 mit der Feststellung aufgehoben, dass der Beschwerdeführer Anspruch auf Insolvenzenschädigung hat. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Matthias Forster - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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 dem 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 GräubNef

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