



Fall-Nr.: AVI 2018/10
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 19.03.2019
Entscheiddatum: 19.03.2019

Entscheid Versicherungsgericht, 19.03.2019

Art. 51 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 AVIG; Personen, die in einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium die Entscheidungen des Arbeitgebers rechtlich oder faktisch bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, haben keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Das Bundesgericht will nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. März 2019, AVI 2018/10).

Entscheid vom 19. März 2019

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Michaela

Machleidt Lehmann und Marie-Theres Rüegg Haltinner;

Gerichtsschreiberin Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2018/10

Parteien



St.Galler Gerichte

A.____,

Beschwerdeführer,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilen-strasse 16/18, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Insolvenzenschädigung

Sachverhalt

A.

A.a A.____ stellte am 5. Dezember 2017 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Kasse) einen Antrag auf Insolvenzenschädigung, nachdem am 27. November 2017 über die B.____ GmbH der Konkurs eröffnet worden war (act. G5.1/89 f.). Er machte offene Lohnforderungen für die Zeit vom 1. Juli 2017 bis 30. November 2017 im Betrag von knapp Fr. 40'000.-- geltend. Auf Verlangen der Kasse (act. G5.1/124 f.; act. G5.1/77 ff.) machte der Versicherte mit Briefen vom 22. und 27. Dezember 2017 (Posteingang bei der Kasse jeweils am 29. Dezember 2017) weitere Angaben und reichte zusätzliche Dokumente ein (act. G5.1/63 ff.). Am 15. Januar 2018 mahnte die Kasse fehlende Unterlagen und Auskünfte ab (act. G5.1/60).



A.b Am 16. Januar 2018 informierte das Konkursamt die Kasse, dass der Versicherte im Konkursverfahren eine Forderung angemeldet habe. Gemäss der Inhaberin und einzigen Gesellschafterin der B.____ GmbH, C.____, seien nebst dem Versicherten zwei Mitarbeiter angestellt gewesen (act. G5.1/55). Im Konkursverfahren gab C.____ zu Protokoll, der Sitz der B.____ GmbH habe sich seit deren Gründung in D.____ befunden. Geschäftsräumlichkeiten gebe es keine. Der Versicherte habe von ihr eine Vollmacht, die Firma zu führen. Er hätte die Buchhaltung seit Übernahme der Firma durch sie führen sollen. Ob er dies gemacht habe, wisse sie nicht. Sie werde alles versuchen, vom Versicherten die Buchhaltung zu erhalten. Ihres Wissens hätten die Angestellten keinen Lohn mehr zugute. Seit wann die Firma rote Zahlen geschrieben habe, wisse sie nicht. Alle Betreibungen seien an den Versicherten gegangen (act. G5.1/51 ff.).

A.c Mit Verfügung vom 22. Januar 2018 wies die Kasse den Antrag auf Insolvenzenschädigung des Versicherten ab. Dieser sei bis zum 13. April 2016 im Handelsregister als Gesellschafter mit Einzelunterschrift der B.____ GmbH eingetragen und somit Mitglied des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums gewesen. Am 1. August 2016 habe er bzw. seine Firma E.____ GmbH mit C.____ einen Mandatsvertrag unterzeichnet, womit er wiederum eine arbeitgeberähnliche Stellung erlangt habe. Da er somit massgeblich auf die Arbeitgeberin habe Einfluss nehmen können, habe er keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung (act. G5.1/45 ff.).

A.d Mit Schreiben vom 23. Januar 2018 erhob der Versicherte Einsprache und reichte Unterlagen ein. Er habe zu keiner Zeit Organstatus oder eine geschäftsführende Stellung innegehabt. Er habe lediglich im Sommer 2017 eine Vollmacht der Geschäftsführerin gehabt, da diese längere Zeit in Urlaub gewesen sei (act. G5.1/34).

A.e Mit Entscheid vom 1. Februar 2018 wies die Kasse die Einsprache ab. Zur Begründung führte sie aus, der Versicherte bzw. seine E.____ GmbH habe die B.____ GmbH am 2. März 2016 ins Handelsregister eintragen lassen. Seine private Adresse habe zu jenem Zeitpunkt mit der Adresse der E.____ GmbH und der B.____ GmbH übereingestimmt. Nur einen Monat später, am 13. April 2016, habe er die B.____ GmbH an C.____ verkauft. Per 1. Juni 2016 habe er sich von der B.____ GmbH in einem 100%-Pensum als Mitarbeiter Administration und Kundenbetreuung anstellen lassen. Es sei nicht glaubhaft, dass der Versicherte einer Vollzeitbeschäftigung bei dieser



St.Galler Gerichte

nachgegangen und nebenbei in über 30 weiteren Firmen schweizweit als VR-Mitglied, Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift tätig gewesen sei. Gemäss Aussage von C.____ seien keine Löhne mehr ausstehend und habe der Versicherte seit ihrer Übernahme die Vollmacht gehabt, in der Funktion als Geschäftsführer / Prokurist die Firma sowie die Buchhaltung zu führen. Der Versicherte habe seinen Lohnfluss trotz Aufforderung nicht belegt. Auch habe er die Lohnausstände nie in eindeutiger und unmissverständlicher Weise abgemahnt. Die Kasse halte deshalb an der Verfügung vom 22. Januar 2018 fest (act. G5.1/40 ff.).

B.

B.a Gegen den Einspracheentscheid vom 1. Februar 2018 erhob A.____ am 8. Februar 2018 Beschwerde. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids und die Zusprache von Insolvenzenschädigung. Er habe im Frühjahr 2016 mehrere Firmen gegründet und weiterverkauft. Das habe in jener Zeit zu seiner täglichen Arbeit gehört. Die Stelle bei der B.____ GmbH sei ihm im Mai 2016 angeboten worden. Ab 1. Juni 2016 habe er tagtäglich seine Leistungen wie vertraglich geregelt erbracht. Dass er im Nebenerwerb anderen Aufgaben und Arbeiten nachgehe, sei sicherlich weder verboten noch verwerflich. Als C.____ im August und September 2016 einen längeren Auslandsaufenthalt gemacht habe, hätten sie die besagte Vollmacht für den Notfall unterschrieben. Diese sei per 30. September 2016 wieder aufgelöst worden. Er habe zu keiner Zeit Zugang oder eine Vollmacht dafür gehabt, finanzielle Angelegenheiten mit der Bank oder anderen Unternehmungen zu tätigen. Er habe alle Lohnabrechnungen, welche er unterschrieben habe, eingereicht. Wenn C.____ behauptete, es würden keine Löhne ausstehen, dann habe sie dies zu beweisen. Andernfalls müssten seine Angaben als wahr eingestuft werden. Er habe sicherlich keinen Organstatus gehabt, sondern sei lediglich ein normaler Arbeitnehmer wie jeder andere in der Firma gewesen (act. G1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 4. April 2018 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Gemäss C.____ bestünden keine offenen Lohnforderungen mehr. Diese Aussage werde dadurch bestärkt, dass die anderen Mitarbeiter der B.____ GmbH keinen Antrag auf Insolvenzenschädigung gestellt hätten. Es sei fragwürdig, ob



St.Galler Gerichte

ein echtes Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer bestanden habe. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit habe dieser keine offenen Lohnforderungen. C.____ sei als Zeugin einzuvernehmen (act. G5).

B.c Mit Replik vom 30. April 2018 hält der Beschwerdeführer an seinen Ausführungen gemäss Beschwerde fest und ergänzt im Wesentlichen, allen Mitarbeitern sei das Salär immer in bar ausbezahlt worden. Er habe im Rahmen der administrativen Tätigkeit nur Korrespondenzen erledigt. Er sei ausschliesslich bei der B.____ GmbH angestellt gewesen und habe in keinem anderen Kanton jemals eine Insolvenzenschädigung bezogen (act. G7).

B.d Mit Duplik vom 12. Juni 2018 beantragt die Beschwerdegegnerin, es seien bei der Arbeitslosenkasse Schwyz die von ihr bezeichneten Akten zu edieren. Aus diesen sei ersichtlich, dass der Beschwerdeführer entgegen seiner Aussage Insolvenzenschädigung bezogen habe (act. G10).

Erwägungen

1.

1.1 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]). Keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten (Art. 51 Abs. 2 AVIG). Dieser persönliche Leistungsausschluss kommt unabhängig von der Gesellschaftsform und vom AHV-Beitragsstatut der erwerbstätigen



Person zur Anwendung (vgl. Kreisschreiben des Seco, AVIG-Praxis IE B10 i.V.m. Kreisschreiben des Seco, AVIG-Praxis ALE B12 ff.).

1.2 Für die Beurteilung, ob eine versicherte Person nach Art. 51 Abs. 2 AVIG vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen ist, ist die zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ergangene Rechtsprechung gleichermassen anwendbar (KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Aufl., Zürich/ Basel/Genf 2013, S. 251 f.). Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c 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 Kurzarbeitsentschädigung. Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen (BGE 123 V 234). Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG kommt, obwohl dem Wortlaut nach nur auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten, auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG zur Anwendung. Die betreffende Bestimmung dient der Vermeidung von Missbräuchen (z.B. Selbstaussstellung von Gefälligkeitsbescheinigungen). Das Bundesgericht hielt fest, das Missbrauchsrisiko sei dasselbe, ob es nun um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenzenschädigung gehe. Daher rechtfertige sich keine unterschiedliche Behandlung arbeitgeberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungsarten (BGE 123 V 234 und BGE 142 V 263 E. 4.1 mit Hinweisen). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts will somit nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2016, 8C_529/2016, E. 5.2). Wie bei der Kurzarbeit steht auch bei der Insolvenzenschädigung die Frage nach der tatsächlichen Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Willensbildung des Betriebs und nach dem Mass der Entscheidungsbefugnis im Vordergrund. So ist denn auch die Grenze zwischen dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium und den unteren Führungsebenen nicht allein anhand von formellen Kriterien zu beurteilen. Für die Beurteilung, ob eine versicherte Person mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls tatsächlich einen massgeblichen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen hat, können



diverse Anhaltspunkte beigezogen werden. Unter anderem können die versicherte Person und der Arbeitgeber über die effektiven Aufgaben, die Kompetenz- und Entscheidungsbefugnisse, die finanzielle Beteiligung, die Handlungsvollmachten und die Zeichnungsbefugnisse befragt, Arbeitsverträge beigezogen oder Steuerveranlagungen eingefordert werden (KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 251 f.; AVIG-Praxis ALE B18 f.).

2.

2.1 Strittig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer bei der in Konkurs gefallenen B.____ GmbH Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums war und deren Entscheidungen bestimmen oder massgeblich beeinflussen konnte. Dabei sind neben der rechtlichen Situation insbesondere auch die tatsächlichen Verhältnisse massgebend.

2.2 Die B.____ GmbH wurde am 2. März 2016 ins Handelsregister eingetragen, wobei die E.____ GmbH einzige Gesellschafterin und der Beschwerdeführer als Geschäftsführer eingesetzt war (act. G5.1/80f.). Der Beschwerdeführer war damals auch einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der E.____ GmbH, sodass faktisch er die B.____ GmbH gründete. Das ist denn auch unstrittig. Ursprünglich hatte der Beschwerdeführer somit die alleinige Verfügungsgewalt über die B.____ GmbH. Zwar hat er die B.____ GmbH bereits kurze Zeit später, am 13. April 2016, verkauft. Er gibt an, die Gesellschaft als Mantel verkauft zu haben (vgl. act. G5.1/63). Dabei fällt indes auf, dass der Beschwerdeführer selbst den Zweck und Sitz des Unternehmens bestimmt sowie deren Statuten aufgestellt hat und C.____ daran auch nach dem Kauf keinerlei Änderungen vorgenommen hat (act. G5.1/80 f.). Das ist für einen Mantelkauf untypisch, passt der neue Inhaber das Unternehmen nach dem Kauf doch in der Regel seinen Bedürfnissen an. Dass der Beschwerdeführer die B.____ GmbH nach den Wünschen und Bedürfnissen von C.____ gegründet hat, wird nicht behauptet. Es entspräche auch nicht betriebsökonomischem Usus, denn in einem solchen Fall hätte C.____ die Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit selbst vorbereiten können und den Beschwerdeführer lediglich in der Gründungsphase als Hilfsperson beigezogen. Dass der Eintrag im Handelsregister mit bzw. nach dem Verkauf an C.____ keinerlei



Änderungen erfuhr, deutet deshalb darauf hin, dass der Beschwerdeführer nach wie vor Einfluss auf das Unternehmen hatte.

2.3 Insbesondere befand sich der Sitz der B.____ GmbH nach wie vor am Wohnsitz des Beschwerdeführers. Diese Tatsache ist von besonderer Bedeutung, da die B.____ GmbH soweit ersichtlich über keine (weiteren) Büroräumlichkeiten, Post- oder Internetadressen verfügte und das einzige auf sie lautende Bankkonto bei der Kantonalbank ebenfalls in D.____ bestand (vgl. act. G5.1/51 ff.). Der Beschwerdeführer war demnach auch nach dem Verkauf der B.____ GmbH die einzige öffentlich auffindbare Anlaufstelle für Behörden oder Dritte und erhielt die an die B.____ GmbH adressierte Post direkt nach Hause geschickt. So gab denn auch C.____ in der durch das Konkursamt unter Hinweis auf die Straffolgen erfolgten Einvernahme vom 16. Januar 2018 an, die Betreibungen seien an den Beschwerdeführer gegangen (act. G5.1/54). Der Beschwerdeführer behielt somit auch nach dem Verkauf faktisch die Kontrolle über das Unternehmen.

2.4 Bereits kurz nach dem Verkauf, am 25. Mai 2016, unterzeichnete der Beschwerdeführer mit der B.____ GmbH, C.____, einen Arbeitsvertrag (act. G5.1/85 ff.). Gemäss diesem Vertrag war er ab 1. Juni 2016 als Mitarbeiter Administration und Kundenbetreuung in einem 100%-Pensum angestellt. Dass in einem neu gegründeten Unternehmen, dessen Zweck gemäss Handelsregistereintrag "Bauleitung, Umbauten und Renovationen von Wohn- und Geschäftsbauten, Gartengestaltung sowie Hauswartungen" sein sollte und das nebst dem Beschwerdeführer lediglich zwei Mitarbeiter beschäftigte, eine Person in einem Vollzeitpensum für die Administration und die Kundenbetreuung angestellt wird, ist bemerkenswert. Die Aussage des Beschwerdeführers, er habe nur Korrespondenzen erledigt und zu keiner Zeit Zugang zu finanziellen Angelegenheiten gegenüber der Bank oder anderen Unternehmungen gehabt, wirkt in diesem Kontext wenig glaubhaft, zumal die Korrespondenz kaum ein Vollzeitpensum in Anspruch genommen haben dürfte und sich das Bankkonto der B.____ GmbH ebenfalls in D.____ befand. Zur Administration gehören jedenfalls regelmässig Aufgaben wie Organisation, Rechnungswesen, Lohnbuchhaltung, Korrespondenz mit Ämtern oder das Verfassen der Steuererklärung für das Unternehmen. Die Aufgabenbeschreibung im Arbeitsvertrag legt deshalb nahe, dass der Beschwerdeführer sowohl intern (z.B. Buchhaltung und Personalwesen) als auch



extern (z.B. Kundenbetreuung, Kontakt mit Ämtern, Postentgegennahme) faktisch über weitgehende Einsicht und Einflussmöglichkeiten verfügte.

2.5 Am Wohnsitz des Beschwerdeführers befand sich ausserdem auch der Sitz der E.____ GmbH, dessen einziger Gesellschafter und Geschäftsführer er damals war. Seit 11. Januar 2017 war einzige Gesellschafterin der E.____ GmbH neu die F.____ AG, bei welcher wiederum der Beschwerdeführer einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident ist. Die E.____ GmbH hat mit der B.____ GmbH am 1. August 2016 einen Mandatsvertrag geschlossen. Dass dieser Vertrag, wie der Beschwerdeführer behauptet, lediglich während eines Auslandsaufenthaltes von C.____ während August und September 2016 im Notfall ein allfälliges Handeln des Beschwerdeführers hätte abdecken sollen (in seiner Einsprache hatte der Beschwerdeführer im Übrigen noch von einer Vollmacht im Sommer 2017 gesprochen, vgl. act. G5.1/34), vermag nicht zu überzeugen. Einerseits wurde dieser Mandatsvertrag nicht zwischen der B.____ GmbH und dem Beschwerdeführer als Arbeitnehmer geschlossen, sondern zwischen der B.____ GmbH und der E.____ GmbH. Andererseits werden mit dem Mandatsvertrag keine Vollmachten für ein rasches Handeln in einem Notfall erteilt. Vielmehr wird der E.____ GmbH bzw. dem Beschwerdeführer die gesamte Finanzbuchhaltung übergeben. Die E.____ GmbH wird für die Buchführung und das Personalwesen für zuständig erklärt (vgl. Ziff. 1 und Ziff. 3 des Mandatsvertrags, act. G5.1/44), womit der Beschwerdeführer durch die E.____ GmbH auch für sein eigenes Arbeitsverhältnis mit der B.____ GmbH verantwortlich war. Das Bundesgericht hat entschieden, dass eine unter anderem auch für das gesamte operative Geschäft und das Rechnungswesen verantwortliche Person durch den Konkurs des Arbeitgebers nicht überrascht wird, sodass ihr anders als bei einem normalen Arbeitnehmer kein besonderer Schutz zukommt, mithin keine Insolvenzenschädigung zusteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Januar 2008, 8C_39/2007, E. 3.3).

2.6 Der Mandatsvertrag regelte lediglich das Verhältnis zwischen der B.____ GmbH und der E.____ GmbH. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Vertrag nicht von Anfang an befristet hätte abgeschlossen werden können, wenn er denn lediglich während einer zweimonatigen Auslandsabwesenheit von C.____ hätte gelten sollen. Die Finanzbuchhaltung für weniger als ein Jahr an ein anderes Unternehmen auszulagern,



macht zudem betriebsökonomisch wenig Sinn. Auch ein Handeln gegenüber Versicherungen und Sozialleistungsträgern (Ziff. 2 des Mandatsvertrags) für die Dauer von lediglich zwei Monaten ist wenig sinnvoll. Der Mandatsvertrag war somit offensichtlich auf längere Zeit angelegt. Der Vertrag wurde schliesslich auf dem Briefpapier der E.____ GmbH ausgestellt (act. G5.1/44), welches der Beschwerdeführer auch für seine private Korrespondenz verwendet (vgl. act. G1). Es ist daher anzunehmen, dass der Mandatsvertrag vom Beschwerdeführer initiiert oder doch zumindest der Vertragstext von ihm ausgearbeitet worden ist. Das deutet darauf hin, dass er bereits vor der Unterzeichnung des Mandatsvertrags erheblichen Einfluss auf die B.____ GmbH ausgeübt hat. Mit Unterzeichnung dieses Vertrags erhielt er auch rechtlich weitgehende Befugnisse und konnte somit die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder zumindest massgeblich beeinflussen.

2.7 Der Beschwerdeführer behauptet, der Mandatsvertrag sei per 30. September 2016 aufgelöst worden und legt diesbezüglich ein mit 26. September 2016 datiertes Aktenstück (act. G1.3b) ins Recht. Darauf findet sich ein handgeschriebener Satz: "Auflösung des Vertrages per Ende September 2016". Welcher Vertrag aufgelöst wird, wird nicht spezifiziert. Unterschrieben ist dieses Dokument nicht von der E.____ GmbH (Firmenstempel), sondern vom Beschwerdeführer als natürliche Person. Der Beschwerdeführer hat dieses Aktenstück erst im Beschwerdeverfahren eingereicht. Dass ein Mandatsvertrag von doch erheblicher Tragweite – immerhin betrifft er die Finanzbuchhaltung und das Personalwesen – durch eine einfache handschriftliche Notiz nach kürzester Zeit wieder aufgelöst worden sein soll, mutet im vorliegenden Kontext seltsam an. Insgesamt vermag dieses Aktenstück eine Auflösung des Mandatsvertrages nicht zu belegen.

2.8 Auffällig sind sodann die in den Akten vorhandenen Angaben zum Lohn. Im Arbeitsvertrag wird ein Monatslohn von Fr. 6'800.-- brutto sowie ein 13. Monatslohn vereinbart (act. G5.1/85 ff.), was einem Jahreslohn von Fr. 88'400.-- entspricht. Im Pensionskassenausweis wird der Jahreslohn dann aber auf Fr. 95'200.-- festgesetzt, was 14 Monatslöhnen à Fr. 6'800.-- entspricht (act. G5.1/64). Im Lohnausweis 2016 für den Zeitraum 1. Juni 2016 bis 31. Dezember 2016 ebenso wie auf dem Auszug aus dem individuellen Konto wird die Lohnsumme mit Fr. 47'600.-- ausgewiesen, was sieben Monatslöhnen à Fr. 6'800.-- entspricht. Ein Anteil pro rata temporis für den



vertraglich vereinbarten 13. Monatslohn fehlt (act. G5.1/75 und G1.2). In den Akten findet sich keine Erklärung für diese Diskrepanzen (Anspruch auf 12, 13 oder 14 Monatslöhne pro Jahr). Des Weiteren wurde der Lohn gemäss den Angaben des Beschwerdeführers allen drei Mitarbeitern jeweils in bar ausbezahlt (vgl. auch die Lohnabrechnungen, act. G5.1/111 ff.). Das ist angesichts der Lohnhöhe im heutigen Geschäftsalltag ungewöhnlich. Diese Behauptung ist daher fragwürdig, zumal der Beschwerdeführer durch den Mandatsvertrag via E.____ GmbH für das Personalwesen der B.____ GmbH zuständig war. Er hat sich somit seine Löhne selbst ausbezahlt. Sodann hat der Beschwerdeführer trotz Aufforderung weder dargetan noch belegt, dass er gegen die angeblichen Lohnausstände von mehr als vier Monaten je etwas unternommen hätte. Nachdem der Beschwerdeführer die B.____ GmbH gegründet hatte und ihr Geschäftsführer gewesen war, müsste besonders klar und leicht nachprüfbar sein, welche Aufgaben er als deren Angestellter ausführte, welche Kompetenzen er besass und welche Gegenleistung er dafür erhielt. Andernfalls lässt sich ein Missbrauchsrisiko, welchem durch die einschlägigen Gesetzesbestimmungen vorgebeugt werden soll, nicht ausschliessen.

2.9 Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass der Beschwerdeführer in über 30 im Handelsregister verzeichneten Unternehmen Gesellschafter, Geschäftsführer und Verwaltungsratsmitglied ist. Der Beschwerdeführer vertritt den Standpunkt, dass er im Nebenerwerb noch anderen Aufgaben und Arbeiten nachgehe, sei sicherlich weder verboten noch verwerflich. Vorliegend handelt es sich aber nicht bloss um eine vernachlässigbare Nebenbeschäftigung in kleinem Umfang bei einem einzelnen anderen Unternehmen. Vielmehr war der Beschwerdeführer auch in diversen anderen Unternehmen der Baubranche als Geschäftsführer oder Gesellschafter mit Einzelunterschrift registriert, etwa in der G.____ GmbH, der H.____ GmbH, der I.____ GmbH, der J.____ GmbH und zahlreichen weiteren Gesellschaften (vgl. act. G5.1/93 f.). Als Arbeitnehmer der B.____ GmbH hatte der Beschwerdeführer dieser gegenüber eine Treuepflicht. Er durfte diese nicht konkurrenzieren. Dass es dem Beschwerdeführer dennoch möglich war, in zahlreichen anderen Gesellschaften aktiv zu sein, ist demnach als weiterer Hinweis dafür zu werten, dass er bei der B.____ GmbH nicht in einem klassischen Subordinationsverhältnis stand, wie es für ein Arbeitsverhältnis üblich ist. Vielmehr erscheint überwiegend wahrscheinlich, dass er in seiner Tätigkeit und seinen



Entscheidungen sehr frei gewesen war und somit auf der Stufe eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums gestanden hat.

3.

3.1 Wie bereits erwähnt, dienen die genannten gesetzlichen Bestimmungen der Vermeidung von Missbräuchen, wobei der Missbrauch nicht ausgewiesen sein muss, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnet werden soll (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2016, 8C_529/2016, E. 5.2). Das Risiko eines solchen Missbrauchs war vorliegend nach dem Gesagten gegeben, wobei offenbleiben kann, ob es tatsächlich zu einem Missbrauch gekommen ist. Den von den Parteien gestellten Beweisanträgen braucht daher nicht gefolgt zu werden.

3.2 Die Beschwerdegegnerin hat somit einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzenschädigung aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung im Sinn von Art. 51 Abs. 2 AVIG zu Recht verneint, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.