



Fall-Nr.:	AVI 2010/94
Stelle:	Versicherungsgericht
Rubrik:	AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum:	30.08.2019
Entscheiddatum:	30.10.2011

Entscheid Versicherungsgericht, 30.10.2011

Art. 51 Abs. 2 AVIG. Insolvenzenschädigung. Auf Grund der Neuregelung des GmbH-Rechts haben die Geschäftsführenden einer GmbH - wie die Verwaltungsräte einer AG - ex lege eine arbeitgeberähnliche Stellung. Es braucht somit nicht im Einzelfall geprüft zu werden, ob dies zutrifft. Vorliegend besteht zudem auch für die Zeit nach der Übertragung der GmbH und der Geschäftsführung auf einen Dritten kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung, da die Insolvenz der Gesellschaft bereits zum Zeitpunkt bestanden hat, als der Beschwerdeführer noch Geschäftsführer war (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 31. Oktober 2011, AVI 2010/94) Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Miriam Lendfers, a.o. Versicherungsrichter Christian Zingg; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach Entscheid vom 31. Oktober 2011 in Sachen A.___, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Urs Schuppisser, Aschwanden Peter & Partner, Limmatquai 1, Postfach 160, 8024 Zürich, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Insolvenzenschädigung (Schadenminderungspflicht, arbeitgeberähnliche Stellung) Sachverhalt:

A.

A.a A.___ meldete sich am 14. April 2010 bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen zum Bezug von Insolvenzenschädigung an. Er führte aus, letzter Arbeitstag sei der 30. Juni 2009 gewesen. Er habe den Lohn für seine Tätigkeit als Geschäftsführer der B.___ GmbH bis 31. März 2009 erhalten. Für die Monate April bis Juni 2009 machte er einen ahv-pflichtigen Lohn von Fr. 10'500.-- zuzüglich einen Anteil am 13. Monatslohn von Fr. 874.65 sowie pauschale Repräsentationsspesen von Fr. 800.-- (jeweils pro Monat), total somit Fr. 36'523.95, geltend (act. G 5.1/1).



St.Galler Gerichte

Am 27. April 2010 forderte die Arbeitslosenkasse den Versicherten auf, seine Bemühungen, die ausstehenden Lohnforderungen erhältlich zu machen, zu dokumentieren sowie eine Arbeitgeberbestätigung über die Tätigkeit ab dem 1. April 2009 einzureichen (act. G 5.1/4). Mit Schreiben vom 10. Mai 2010 erklärte der Versicherte, seine Arbeitgeberin habe im Frühjahr 2009 versucht, eine neue Betriebsstätte zu finden. Da kein Mietvertrag zu Stande gekommen sei, habe die Firma die operative Tätigkeit nicht wieder aufgenommen. Er habe bis Ende Mai 2009 keinen Zahlungseingang feststellen können. Im gegenseitigen Einvernehmen mit dem Gesellschafter der GmbH sei daraufhin die Kündigung per 30. Juni 2009 vereinbart worden. Der Gesellschafter habe ihm versprochen, ihn wieder einzustellen, sobald das Projekt realisiert werden könne. Um ihm eine Sicherheit zu geben, habe ihm der Gesellschafter eine Schuldanerkennung ausgestellt. Diese habe ihm ausstehende Saläre für die Monate April bis Juni 2009 in Höhe von Fr. 34'440.74 zugesichert. In der Folge habe er noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter gearbeitet. Da Einigkeit darüber bestanden habe, dass ihm die B.____GmbH das Geld schulde, habe er keinen Grund gesehen, die Arbeit sofort niederzulegen (act. G 5.1/5).

Mit Schreiben vom 25. Mai 2010 forderte die Arbeitslosenkasse den Versicherten nochmals auf darzulegen, inwiefern er versucht habe, die offenen Lohnforderungen mit tauglichen Mitteln durchzusetzen (act. G 5.1/6).

A.b Mit Verfügung vom 9. Juni 2010 wies die Arbeitslosenkasse den Antrag auf Insolvenzenschädigung ab, da der Versicherte nicht innert nützlicher Frist versucht habe, seine Lohnausstände erhältlich zu machen. Er hätte in eindeutiger und unmissverständlicher Weise seine Lohnforderung gegenüber der Arbeitgeberin kund tun müssen (act. G 5.1/7). Die gegen diese Verfügung erhobene Einsprache vom 12. Juni 2010 wurde mit Entscheid vom 3. September 2010 abgewiesen. Die versicherte Person komme ihren Pflichten nicht nach, wenn sie drei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihre Lohnforderung immer noch nicht geltend gemacht habe und auf die Konkursöffnung warten wolle. Der Versicherte habe zwar eine Schuldanerkennung erhalten, danach aber ab Ende Mai 2009 bis zur Konkursöffnung am 26. Februar 2010 gut neun Monate nichts mehr unternommen, um die Lohnausstände auf rechtllichem Weg geltend zu machen. Da der Versicherte nach eigenen Angaben über die finanzielle Lage der Firma Bescheid gewusst habe und



daher die Ausstände nicht mit weiteren Schritten habe einfordern wollen, sei davon auszugehen, dass er auf die Konkursöffnung gewartet habe, um dann seine Forderungen geltend zu machen (act. G 5.1/11).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 6. Oktober 2010 mit den Anträgen, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei eine Insolvenzenschädigung im angeforderten Umfang zuzusprechen. Art. 55 AVIG schreibe vor, der Arbeitnehmer müsse im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihm mitteile, dass sie an seiner Stelle in das Verfahren eingetreten sei. Vorliegend habe sich die Arbeitgeberin des Beschwerdeführers in einem finanziellen Engpass befunden und habe ein von ihr betriebenes Lokal aufgeben müssen. Dadurch habe keine Möglichkeit mehr bestanden, den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen. Andererseits sei es auch nicht möglich gewesen, dessen Lohn zu erwirtschaften. Da die Gesellschaft in jenem Zeitpunkt auch kaum mehr über Aktiven verfüge, sei auch ohne Weiteres ersichtlich gewesen, dass im Fall eines Konkurses ein Totalverlust resultieren würde. Es sei aber auch erkennbar gewesen, dass die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Gesundung der Arbeitgeberin bestanden habe. In diesem Fall hätte Bedarf nach einem kompetenten Arbeitnehmer bestanden. Zudem wäre es der Arbeitgeberin möglich gewesen, wieder genügend Mittel zu erwirtschaften, um den offenen Lohn des Beschwerdeführers doch noch zu begleichen.

Die Wahrung der Ansprüche gemäss Art. 55 AVIG bedeute nicht, einen nutzlosen Konkurs zu forcieren. Vielmehr seien Nutzen und Schaden gegeneinander abzuwägen, die Forderung im Rahmen der Möglichkeiten zu sichern und alles zu vermeiden, was die eigenen Ansprüche gefährden oder schmälern könnte. Vorliegend habe kein Anlass bestanden, auf dem Prozessweg gegen die Arbeitgeberin vorzugehen, da die Ansprüche des Beschwerdeführers ja unbestritten gewesen seien. Ein Konkurs hätte sodann nur Kosten verursacht, ohne dass Aussicht auf eine Dividende bestanden habe. Vielmehr hätte das Verfahren mangels Aktiven wieder eingestellt werden müssen. Zudem wäre die letzte Chance des Beschwerdeführers, doch noch zu seinem Lohn zu



St.Galler Gerichte

kommen, definitiv zunichte gemacht worden, da dies den Untergang der Arbeitgeberin bedeutet hätte.

Es könne nicht ernsthaft behauptet werden, dass der Beschwerdeführer mit einem solchen Vorgehen etwas zur Wahrung seiner Ansprüche erreicht hätte. Vielmehr habe er das einzig Richtige getan. Er habe jede Unsicherheit über den Bestand seiner Forderung beseitigt, indem er sich deren Höhe und Bestand habe bestätigen lassen. Zudem habe er es vermieden, den wirtschaftlichen Untergang seiner Arbeitgeberin zu forcieren (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 19. November 2010 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Es hätte dem Versicherten zugemutet werden können, die Ausstände auf Grund der vorliegenden Schuldanererkennung auf dem betriebsrechtlichen Weg einzufordern und nicht bis zur Konkursöffnung zuzuwarten. Mit dieser Vorgehensweise habe der Beschwerdeführer zu Gunsten der Arbeitgeberin und zu Lasten der Arbeitslosenversicherung gehandelt. Der Konkurs über die B.____GmbH sei per 26. Februar 2010 eröffnet worden. Der Versicherte habe somit während neun Monaten schlicht nichts gegen die Lohnausstände unternommen (act. G 5).

Erwägungen:

1.

1.1 Beitragspflichtige Arbeitnehmende von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer 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 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Gemäss ständiger Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes (EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) erstreckt sich der Schutzzweck der Insolvenzenschädigung auf die tatsächlich geleistete, aber nicht entlohnte Arbeit (BGE 125 V 494 E. 3b), wobei dem Tatbestand der Lohnansprüche für



geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG diejenigen Fälle gleichgestellt sind, in denen der Arbeitnehmer nur wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR keine Arbeit mehr leisten konnte (siehe etwa Urteil des EVG vom 15. April 2005 i/S. S. [C 218/04] E. 3 mit Hinweisen). Ist der Arbeitnehmer jedoch während der Kündigungsfrist freigestellt und kann sich somit der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen und die Kontrollvorschriften erfüllen - d.h. ist er vermittlungsfähig -, so fällt aus Sicht der Arbeitslosenversicherung als Leistungsbereich die Arbeitslosenentschädigung und nicht die Insolvenzenschädigung in Betracht (vgl. BGE 132 V 85 E. 3.2 mit Hinweisen).

1.2 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). Laut Botschaft des Bundesrates 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 Geschäftsgang und Firmenpolitik sowie Einsicht in die Bücher haben und daher von akuter Insolvenz des Arbeitgebers nicht überrascht werden, weshalb sie keines besonderen Schutzes bedürfen (BBI 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 das Eidgenössische Versicherungsgericht einzig die mitarbeitenden Verwaltungsräte, da diese unmittelbar von Gesetzes wegen über eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verfügen (BGE 123 V 238 E. 7a; BGE 122 V 272 E. 3 mit Hinweisen). Gleich zu behandeln sind die Geschäftsführenden einer GmbH, wurde doch die Regelung der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft (Art. 716a OR) in der per 1. Januar 2008 in Kraft getretenen - und grundsätzlich sofort auf bestehende



Gesellschaften anwendbaren (Art. 1 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen der Änderung vom 16. Dezember 2005 [vgl. P. Gauch/H. Stöckli, ZGB/OR, 48. Aufl., S. 444]) - Revision des GmbH-Rechts praktisch wörtlich für die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben der Geschäftsführung einer GmbH übernommen (Art. 810 OR).

Arbeitnehmende, die über eine massgebliche Entscheidungsbefugnis verfügen, können unter anderem auch dann keine Insolvenzenschädigung beanspruchen, wenn die fehlerhaften Tatbestände, welche die Insolvenz der Gesellschaft herbeiführten, während der Zeit gesetzt wurden, als sie ihre arbeitgeberähnliche Stellung noch tatsächlich innehatten (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 6. August 2001 [C 41/00], E. 1 in fine; BGE 126 V 136 E. 5; SVR 1998 ALV Nr. 2 S. 5 E. 2).

2.

2.1 Die Beschwerdegegnerin begründet ihre ablehnende Haltung damit, dass der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht nicht genügend nachgekommen sei. So hätte er sich nicht mit der Ausstellung einer Schuldanerkennung begnügen und auf die Durchführung des Konkursverfahrens warten dürfen. Vielmehr hätte er schon früher gegenüber der Arbeitgeberin in eindeutiger und unmissverständlicher Weise seine Lohnforderung mitteilen müssen. Wieweit der Beschwerdeführer seine Schadenminderungspflicht verletzt hat, kann vorliegend offen bleiben, da der Beschwerdeführer aus einem anderen Grund keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung hat, wie nachstehend zu zeigen sein wird.

2.2 Der Beschwerdeführer war vom 5. Mai 2006 bis zum 23. April 2009 als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der B.____GmbH im Handelsregister eingetragen (vgl. Online-Handelsregisterauszüge). Damit kam ihm (bis Dezember 2007 als geschäftsführendem Gesellschafter praxisgemäss, ab Januar 2008) von Gesetzes wegen eine arbeitgeberähnliche Stellung zu, ohne dass diese im Einzelfall zu prüfen wäre (vgl. E. 1.2). Nachdem der Beschwerdeführer die Stammanteile an der GmbH und die Geschäftsführung am 23. April 2009 auf C.____ übertragen hat (vgl. Online-



Handelsregisterauszug), ist er bis zu diesem Datum von vornherein vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen.

Für die Zeit vom 24. April 2009 bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 30. Juni 2009 sind auf Grund der (dünnen) Aktenlage - es fehlen etwa die von der Beschwerdegegnerin einverlangte Arbeitgeberbestätigung ab 1. April 2009 oder die Vertragsänderung, woraus sich ein höherer als der ursprünglich vereinbarte Lohn von Fr. 9'000.-- ergibt (vgl. act. G 5.1/3 und 5.1/4) - verschiedene Varianten denkbar, die jedoch allesamt zum gleichen Ergebnis, nämlich einer Verneinung des Anspruchs auf Insolvenzenschädigung, führen. Weitere Sachverhaltsabklärungen können daher unterbleiben. Hätte der Beschwerdeführer bis zum Vertragsende weiterhin als Geschäftsführer gearbeitet, würde weiterhin der Ausschlussgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung bestehen, da sich die Regelung der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben eines Geschäftsführers gemäss neuem GmbH-Recht auch auf Geschäftsführende bezieht, die nicht gleichzeitig Gesellschafter sind (gewählte Geschäftsführer; Art. 810 OR).

Wahrscheinlicher erscheint jedoch, dass der Beschwerdeführer nach Übertragung der Firma nicht mehr als Geschäftsführer tätig war, da ab dem 23. April 2009 C.____ als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen war. Es stellt sich somit die Frage, was für eine Tätigkeit der Beschwerdeführer nach der Geschäftsübertragung (überhaupt noch) ausgeführt hat. Entweder er hat nicht mehr für die B.____ GmbH gearbeitet, dann fällt der Anspruch auf Insolvenzenschädigung aus eben diesem Grund dahin, deckt doch die Insolvenzenschädigung nur Lohnausstände für bereits geleistete Arbeit, nicht aber für jegliche noch offenen Lohnansprüche (vgl. E. 1.1). Oder er hat nur noch untergeordnete Tätigkeiten ausgeübt, wie er dies in seiner Stellungnahme vom 10. Mai 2010 angetönt hat. Darin führte er aus, er habe noch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist gearbeitet und die ihm zugewiesenen Aufgaben prompt erledigt (act. G 5.1/5). Diesfalls hätte er unter dem Gesichtspunkt des Insolvenzenschädigungsrechts bestenfalls - soweit nicht gesagt werden müsste, er habe in voller Kenntnis der Uneinbringlichkeit der Forderung weitergearbeitet - Anspruch auf Entschädigung des Lohns, der dieser Tätigkeit entspricht. Indessen ist davon auszugehen, dass die zur Insolvenz der GmbH führenden Umstände bereits unter seiner Ägide als Geschäftsführer eingetreten sind, was wiederum einen



Ausschlussgrund darstellt (vgl. E. 1.2, Abschnitt 3). So beschreibt er in seiner Stellungnahme vom 10. Mai 2010, er habe im Frühjahr 2009 noch versucht, für die B.____GmbH eine neue Betriebsstätte zu finden. Auf Grund der schlechten Bonität des Unternehmens sei dies jedoch nicht gelungen. Es habe somit keine Möglichkeit mehr bestanden, dass die Firma operativ tätig sei. Ab April 2009 habe er dann keinen Lohn mehr erhalten (act. G 5.1/5). Auf Grund dieser Schilderung ist anzunehmen, dass die Firma bereits im April 2009 - mithin zu einem Zeitpunkt, als der Beschwerdeführer noch Geschäftsführer war - zahlungsunfähig war. Dass es auch dem Nachfolger des Beschwerdeführers offenbar nicht gelungen ist, ein neues Lokal zu finden und damit die operative Tätigkeit wieder aufzunehmen, vermag daran nichts zu ändern. Der Beschwerdeführer ist somit unter jedem Titel vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es nicht angeht, eine Gesellschaft kurz vor dem Konkurs auf einen Dritten zu übertragen, sich von diesem eine Schuldanerkennung ausstellen zu lassen, sodann den Konkurs abzuwarten, um sich schliesslich bei der Arbeitslosenversicherung schadlos zu.

3.

3.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.