



Fall-Nr.:	AVI 2021/30
Stelle:	Versicherungsgericht
Rubrik:	AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum:	16.12.2022
Entscheiddatum:	13.06.2022

Entscheid Versicherungsgericht, 13.06.2022

Art. 55 Abs. 1 AVIG. Schadenminderungspflicht. Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung obliegt den versicherten Personen bereits vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Schadenminderungspflicht, wenn der Arbeitgeber der Lohnzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin mit einem Verlust rechnen muss (E. 1.3). Vorliegend erfolgten die Lohnzahlungen der Arbeitgeberin seit Beginn des Arbeitsverhältnisses nur unzureichend und meistens nur mit Abschlagszahlungen. Indem der Beschwerdeführer bis kurz vor der Konkureröffnung, mithin während mehr als einem Jahr, trotz nun geltend gemachter hoher Ausstände keinerlei rechtliche Schritte zur Durchsetzung seiner Forderungen unternommen hat, ist er seiner Schadenminderungspflicht nicht genügend nachgekommen. Damit entfällt der Anspruch auf Insolvenzenschädigung (E. 2.3 f.).(Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. Juni 2022, AVI 2021/30).

Entscheid vom 13. Juni 2022

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Michaela Machleidt Lehmann und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Geschäftsnr.

AVI 2021/30

Parteien



St.Galler Gerichte

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG Céline Hofer, Bratschi AG, Vadianstrasse 44,
9001 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilenstrasse 16/18, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Insolvenzenschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung;
Schadenminderungspflicht)**

Sachverhalt

A.

A.a. A.____ stellte am 14. August 2020 einen Antrag auf Insolvenzenschädigung. Dabei gab er an, das Arbeitsverhältnis mit der B.____ AG habe vom 1. Juni 2019 bis zum 31. Oktober 2020 gedauert. Er machte offene Lohnforderungen samt Ferienanteil für die Monate März bis Juli 2020 im Umfang von insgesamt Fr. 15'357.70 geltend (act. G 3.1/82 f.). Im Begleitschreiben vom 14. August 2020 machte seine Rechtsvertreterin im Wesentlichen geltend, die Geschäfte des Unternehmens seien vollumfänglich vom Verwaltungsratspräsidenten und Mehrheitsaktionär geführt worden. Dieser habe massiv und mehrheitlich im Alleingang im operativen Geschäft gewirkt, während ihr Mandant trotz der im Handelsregister eingetragenen Kollektivunterschrift keinerlei Befugnisse gehabt habe, für die Arbeitgeberin zu unterzeichnen, auch nicht zusammen mit einer weiteren Person (act. G 3.1/97). Nach einer weiteren Stellungnahme vom 28. September 2020 wies die kantonale Arbeitslosenkasse den Antrag mit Verfügung vom 2. Oktober 2020 ab. Auf Grund der Unterlagen sei ersichtlich, dass der Versicherte in



seiner Funktion als Geschäftsführer/CEO massgeblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit haben können. Er sei zudem finanziell am Betrieb beteiligt gewesen, was jedoch vorliegend keinen Einfluss auf die Beurteilung des Anspruchs habe. Zudem sei er seit Beginn des Arbeitsverhältnisses nie in eindeutiger und unmissverständlicher Weise gegen die Lohnausstände vorgegangen (act. G 3.1/49 und 54 f.).

A.b. Die dagegen gerichtete Einsprache vom 26. Oktober 2020, mit welcher der Beschwerdeführer wiederum seine tatsächlichen Einflussmöglichkeiten auf die Arbeitgeberin bestritten hatte, wies die Kasse mit Entscheid vom 29. März 2021 (der Rechtsvertreterin mit Datum vom 6. April 2021 zugestellt) ab und begründete dies im Wesentlichen mit dem Eintrag auf der (inzwischen entfernten) Website der Arbeitgeberin, wonach der Beschwerdeführer als CEO und Member of the Executive Board der Unternehmung geführt werde und dessen Zielstrebigkeit und Ausdauer den Mehrwert der Geschäftsleitung abrunden würden. Es sei deshalb davon auszugehen, dass er als CEO mit Kollektivunterschrift zu zwei massgeblichen Entscheidungsbefugnissen bei der Arbeitgeberin gehabt habe (act. G 1.2, G 3.1/2 ff. und 42 ff.).

B.

B.a. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 6. Mai 2021 mit dem Antrag auf dessen Aufhebung. Dem Beschwerdeführer sei sodann eine Insolvenzenschädigung in Höhe von Fr. 15'537.70 (richtig wohl: Fr. 15'357.70) auszurichten. Bei der Arbeitgeberin handle es sich um eine Gesellschaft, welche die Beratung, Vermittlung und Verwaltung im Versicherungs-, Vorsorge- und Anlagebereich sowie den Verkauf korrespondierender Produkte bezwecke. Seit Inkrafttreten des revidierten Versicherungsaufsichtsgesetzes per 1. Januar 2006 bedürften Versicherungsvermittler, um ihre Tätigkeit ausüben zu dürfen, eines Eintrags in ein öffentliches Register, das von der FINMA geführt werde. In der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen seien neben der Eintragungspflicht auch die Anforderungen an die fachliche Qualifikation der Versicherungsvermittler geregelt. Insbesondere sei der erfolgreiche Abschluss einer Prüfung oder ein gleichwertiger anderer Ausweis gefordert. Nachdem im Sommer 2019 der bisherige Geschäftsführer aus gesundheitlichen Gründen zurückgetreten sei, habe



die B.____ AG eine Ersatzperson benötigt, welche über die notwendigen Qualifikationen verfügt habe, um die Geschäftstätigkeit aufrechterhalten zu können. Da der Beschwerdeführer berechtigt sei, den Titel "Versicherungsvermittler VBV" zu führen, sei er formell als Geschäftsführer der B.____ AG bestellt worden. In der Folge sei er - ebenfalls auf Grund der regulatorischen Anforderungen - auch entsprechend ins Handelsregister eingetragen worden. Anlässlich des Abschlusses des Arbeitsvertrags habe er überdies 5 % des Aktienkapitals seiner Arbeitgeberin erworben. Trotz seiner formellen Stellung als Geschäftsführer habe der Beschwerdeführer nicht das Tagesgeschäft geleitet und habe insbesondere keinen Einblick in die Buchhaltung erhalten. Das operative Geschäft habe der Verwaltungsratspräsident und Mehrheitsaktionär geführt. Dieser habe die massgeblichen Entscheide im Zusammenhang mit der Unternehmensführung im Alleingang getroffen. Dies ergebe sich daraus, dass der Beschwerdeführer lediglich zwecks Erfüllung der regulatorischen Anforderungen zum Geschäftsführer bestellt worden sei, bis der Sohn des Verwaltungsratspräsidenten und Mehrheitsaktionärs die notwendige Ausbildung abgeschlossen habe. Dieser hätte die Position als Geschäftsführer per 1. Oktober 2020 übernehmen sollen. Der Beschwerdeführer habe somit keineswegs die Möglichkeit gehabt, die Entscheidungen der Arbeitgeberin massgeblich zu beeinflussen. Da der Beschwerdeführer in der Praxis keine Leitungsfunktion innegehabt habe, habe er auch keine Einsicht in die Konten der Arbeitgeberin erhalten. Er habe erstmals anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 18. Juni 2020 von der tatsächlichen und offenkundig desolaten wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft erfahren. Anlässlich dieser ordentlichen Generalversammlung habe der Beschwerdeführer dank seiner Stellung als Minderheitsaktionär Einblick in die Bilanz und Erfolgsrechnung der Arbeitgeberin erhalten. Er habe der Jahresrechnung nicht zugestimmt und den Verwaltungsratsmitgliedern keine Décharge erteilt, sei jedoch vom Mehrheitsaktionär überstimmt worden. Darauf sei er mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer zurückgetreten und habe mit Schreiben vom 6. Juli 2020 umgehend seinen offenen Lohn eingefordert. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei es nicht zulässig, einem leitenden Arbeitnehmer allein auf Grund seiner Zeichnungsberechtigung bzw. seines Eintrags im Handelsregister den Anspruch auf Insolvenzenschädigung zu versagen. Vor diesem Hintergrund erscheine es geradezu willkürlich, wenn die Beschwerdegegnerin allein auf die im Aussenverhältnis



kommunizierte, jedoch intern nicht bestehende Zeichnungsbefugnis des Beschwerdeführers verweise und diese anhand eines nichtssagenden und ebenfalls alleine im Aussenauftritt verwendeten Wortlauts auf der ehemaligen Website der Arbeitgeberin bestätigt sehen wolle (act. G 1).

B.b. Mit Beschwerdeantwort vom 1. Juni 2021 beantragt die Verwaltung die Abweisung der Beschwerde. Gemäss Arbeitsvertrag vom 20. Mai 2019 sei der Beschwerdeführer als CEO der B.____ AG angestellt gewesen. Im Handelsregister sei er als Geschäftsführer mit Unterschriftsberechtigung zu zweien eingetragen gewesen. Die übrigen Mitglieder der Geschäftsleitung hätten keine Zeichnungsberechtigung gehabt. Auch auf der Unternehmenswebsite sei der Beschwerdeführer als CEO, Partner und Leiter der dreiköpfigen Geschäftsleitung eingetragen gewesen. Der im Arbeitsvertrag genannte Stellenbeschrieb sowie das Organisationsreglement bzw. Funktionendiagramm seien nie eingereicht worden. Auf Grund der im Arbeitsvertrag, im Handelsregister und auf der Website kommunizierten objektivierbaren Tatsachen gehe die Kasse davon aus, dass eine massgebende Einflussmöglichkeit im Sinn des Arbeitslosenversicherungsgesetzes mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bestanden habe. Daran änderten die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach die gegen aussen kommunizierten Befugnisse faktisch gar nicht bestanden hätten, nichts (act. G 3).

B.c. Mit Replik vom 24. Juni 2021 hält der Beschwerdeführer vollumfänglich an seinen Anträgen und Ausführungen fest. Die Beschwerdegegnerin behaupte, sie habe sich mit den in der Beschwerde vorgebrachten Ausführungen auseinandergesetzt, ohne sich jedoch mit den Tatsachen selbst auch nur ansatzweise auseinanderzusetzen. Sie verweise einzig auf die Zeichnungsberechtigung des Beschwerdeführers gemäss Auszug aus dem Handelsregister sowie die ehemalige Website der insolventen Arbeitgeberin. Dass sich die Beschwerdegegnerin nicht in gebotenem Umfang mit den diesbezüglichen Argumenten des Beschwerdeführers auseinandergesetzt habe, ergebe sich bereits aus ihrer Stellungnahme. Der Beschwerdeführer habe bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass er nicht über die von der Beschwerdegegnerin verlangten Unterlagen verfüge, da diese nicht erstellt worden seien und er zufolge fehlender Befugnis auch keine Zugriffsberechtigung auf ein Organisationsreglement bzw. Funktionendiagramm gehabt habe. Dieses Problem habe sich mit dem Konkurs der



ehemaligen Arbeitgeberin noch verschärft. Selbst in der dem Beschwerdeführer nicht vorgängig zur Stellungnahme übermittelten Korrespondenz zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Verwaltungsratspräsidenten der B.____ AG bestätige dieser, dass der Beschwerdeführer allein als "Lückenbüsser" eingestellt worden sei, da er über die notwendige Ausbildung zur Erlangung bzw. Beibehaltung des für die Geschäftstätigkeit zwingenden FINMA-Registereintrags verfügt habe. Es sei offenkundig, dass die Beschwerdegegnerin bei korrekter Berücksichtigung der Sachlage nicht willkürfrei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit habe davon ausgehen dürfen, dem Beschwerdeführer sei im Entscheidungsprozess betreffend wirtschaftlicher Ausrichtung bzw. Fortführung oder Beendigung der unternehmerischen Aktivitäten seiner ehemaligen Arbeitgeberin die dazu notwendige führende Rolle zugekommen bzw. er hätte den dazu notwendigen Einfluss auf diesen Entscheid gehabt (act. G 6). Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (act. G 8).

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 [SR 837.0; abgekürzt: AVIG]). Die Insolvenzenschädigung deckt die 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). Dabei darf die Kasse eine Insolvenzenschädigung nur ausrichten, wenn die versicherte Person ihre Lohnforderung glaubhaft macht (Art. 74 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

1.2. Die arbeitnehmende Person muss im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen, um ihre Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihr mitteilt, dass sie an ihrer Stelle in das Verfahren eingetreten ist (Art. 55 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Sie muss die Insolvenzenschädigung zurückerstatten, soweit die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen oder aus Gründen nicht



gedeckt wird, die sie absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat, ebenso soweit sie vom Arbeitgeber nachträglich erfüllt wird (Art. 55 Abs. 2 AVIG).

1.3. Zieht eine Pflichtverletzung unter gewissen Umständen die Rückforderung der Insolvenzenschädigung nach sich, muss a fortiori bereits deren Auszahlung verweigert werden können, wenn ein massgebliches Säumnis der versicherten Person vorliegt (Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 163). Die Bestimmung von Art. 55 Abs. 1 AVIG bezieht sich dem Wortlaut nach zwar auf das Konkurs- und Pfändungsverfahren. Sie bildet jedoch Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht, welche auch dann Platz greift, wenn das Arbeitsverhältnis vor der Konkurseröffnung aufgelöst wird. Versicherte Personen müssen deshalb gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur im Konkurs- und Pfändungsverfahren und nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses ihre Lohnansprüche innert nützlicher Frist geltend machen, sondern es obliegt ihnen bereits vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Schadenminderungspflicht, wenn der Arbeitgeber der Lohnzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und der Arbeitnehmende mit einem Verlust rechnen muss. Eine Ablehnung der Insolvenzenschädigung infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht im Sinne der zu Art. 55 Abs. 1 AVIG ergangenen Rechtsprechung setzt wie eine Rückerstattung bereits bezogener Insolvenzenschädigung nach Art. 55 Abs. 2 AVIG voraus, dass der versicherten Person ein schweres Verschulden, also vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln oder Unterlassen, vorgeworfen werden kann (Urteile des Bundesgerichts vom 29. April 2020, 8C_820/2019, E. 4.3.1, und vom 19. Juni 2019, 8C_85/2019, E. 4.1, je mit Hinweisen; ARV 2010 Nr. 1 S. 48 E. 3 mit Hinweisen). Grobfahrlässig handelt, wer unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser Acht lässt, was jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen tun oder unterlassen würde, um eine nach dem natürlichen Lauf der Dinge voraussehbare Schädigung der Versicherung zu vermeiden (BGE 121 V 45 E. 3b; BGE 114 V 190 E. 2a; Burgherr, a.a.O., S. 156).

1.4. Das Ausmass der vorausgesetzten Schadenminderungspflicht richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, wobei eine Gesamtbetrachtung der Bemühungen der versicherten Person Platz zu greifen hat. Von den Arbeitnehmenden wird zwar in der Regel nicht verlangt, dass sie bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber Betreibung einleiten oder eine Klage einreichen. Sie haben jedoch ihre Lohnforderung gegenüber dem Arbeitgeber in eindeutiger und unmissverständlicher Weise geltend zu machen, sodass die



Ernsthaftigkeit ihrer Lohnforderung klar erkennbar ist. Zu weitergehenden Schritten ist die versicherte Person dann gehalten, wenn es sich um erhebliche Lohnausstände handelt und sie konkret mit einem Lohnverlust rechnen muss. Sie darf nicht untätig zuwarten, bis der Arbeitgeber in Konkurs fällt. Denn es geht auch für die Zeit vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht an, dass die versicherte Person ohne hinreichenden Grund während längerer Zeit keine rechtlichen Schritte zur Realisierung erheblicher Lohnausstände unternimmt, obschon sie konkret mit dem Verlust der geschuldeten Gehälter rechnen muss. Insgesamt sollen sich Arbeitnehmende gegenüber dem Arbeitgeber so verhalten, als ob es das Institut der Insolvenzenschädigung nicht gäbe. Dieses Erfordernis lässt ein längeres Untätigsein nicht zu. Entsprechend vermag auch das Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes den Verzicht auf die Realisierung gefährdeter Lohnansprüche nicht zu rechtfertigen (Urteile des Bundesgerichts vom 29. April 2020, 8C_820/2019, E. 4.3.1, vom 21. Mai 2019, 8C_79/2019, E. 3.2, und vom 29. August 2011, 8C_66/2011, E. 2.2, je mit Hinweisen; Burgherr, a.a.O., S. 166 ff.).

1.5. Nach konstanter Rechtsprechung genügt es für die Erfüllung der Schadenminderungspflicht in der Regel nicht, wenn Lohnausstände lediglich mündlich gemahnt werden. Dies gilt beispielsweise, wenn es um eine lang andauernde, das heisst über zwei bis drei Monate hinaus andauernde Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtung des Arbeitgebers geht, wenn überhaupt keine, also auch keine Akonto- oder Teilzahlung erfolgt, wenn aus der Sicht der versicherten Person nicht mit guten Gründen damit gerechnet werden kann, dass sich bald eine Besserung der Situation ergibt, und wenn nicht andere, im Einzelfall verständliche Gründe vorliegen, die ein Zuwarten mit zielgerichteten Schritten aus objektiver Sicht verständlich erscheinen lassen (Urteile des Bundesgerichts vom 18. Oktober 2017, 8C_573/2017, E. 2, und vom 29. August 2011, 8C_66/2011, E. 4.2, je mit Hinweisen).

1.6. Gemäss Art. 51 Abs. 2 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 Insolvenzenschädigung. Nach der Rechtsprechung ist Art. 51 Abs. 2 AVIG gleich auszulegen wie der wörtlich und inhaltlich übereinstimmende Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Der Leistungsausschluss, welcher der Verhütung von Missbräuchen dient, ist absolut zu verstehen, ohne dass die Möglichkeit besteht, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (BGE 142 V 263 E. 4.1; 123 V 234 E. 7b/bb, je mit Hinweisen; Thomas



Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in SBVR, Bd. XIV, 3. Aufl., Rz 464 sowie Fussnote 1336; ARV 2018 S. 101, 8C_412/2017 E. 3.2). Mit Art. 51 Abs. 2 AVIG wollte der Gesetzgeber diejenigen Personen von einem besonderen Schutz ausschliessen, die auf Grund ihrer Stellung oder Funktion über die finanzielle Situation der Unternehmung informiert waren und deshalb vom Konkurs nicht überrascht wurden (BBI 1994 I 362). Damit ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung entfällt, müssen die Personen allerdings praxisgemäss auch über einen massgeblichen Einfluss auf die für das Überleben des Unternehmens ausschlaggebenden strategischen Entscheidungen verfügen (Urteile des Bundesgerichts vom 8. Juli 2021, 8C_34/2021, E. 3.2 und vom 6. September 2016, 8C_642/2015, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, N. 16 zu Art. 51 AVIG).

1.7. Die Frage, ob Arbeitnehmende einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, ist auf Grund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten (BGE 122 V 270 E. 3; ARV 2004 S. 196, C 113/03, E. 3.2). Keine Prüfung des Einzelfalls ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht [SR 220; abgekürzt: OR]]) sowie die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG, für welche 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 (BGE 145 V 200 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen). Beim Geschäftsführer einer AG hat demgegenüber (im Normalfall) eine Prüfung der konkreten Gegebenheiten stattzufinden (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts vom 8. Juli 2021, 8C_34/2021, E. 3.3).

2.

2.1. Der Beschwerdeführer war unbestrittenermassen als Geschäftsführer der B.____ AG mit Kollektivunterschrift zu zweien im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen (vgl. online-Handelsregisterauszug, abgerufen am 4. Februar 2022). Zwar ist mit ihm festzustellen, dass er als Geschäftsführer einer AG nicht automatisch unter den Ausschlussgrund von Art. 51 Abs. 2 AVIG fällt, da das Aktienrecht für einen Geschäftsführer - anders als für einen Verwaltungsrat - keine unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben vorschreibt, sondern dies einem Reglement überlässt (Art. 716b OR).



2.2. Immerhin bestehen in den Akten gewisse Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer durchaus an der Geschäftsführung zumindest mitbeteiligt war. So impliziert der vom Beschwerdeführer in seinem Schreiben vom 30. Juni 2020 an den Verwaltungsratspräsidenten gerichtete Vorwurf, mehrfach massiv auf das operative Geschäft eingewirkt zu haben, dass er dieses ansonsten selber geführt hat (act. G 1.1/45). Dasselbe ergibt sich aus der vom Verwaltungsratspräsidenten erstellten Auflistung der bestehenden Führungsmängel (nicht datiert und unterzeichnet; vom Beschwerdeführer nicht explizit beanstandet). Daraus geht im Wesentlichen hervor, dass sich der Verwaltungsratspräsident mehrfach gezwungen sah, auf Grund diverser Probleme in der Geschäftsführung (Untätigkeit des Beschwerdeführers namentlich in Personalbelangen) und Querelen zwischen dem Beschwerdeführer und einem anderen (nicht im Handelsregister eingetragenen) Geschäftsleitungsmitglied einzugreifen, um dadurch weiteren Schaden vom Unternehmen abzuwenden (Ziff. 3, 5, 6 und 9). Daraus geht weiter hervor, dass der Beschwerdeführer über die finanzielle Situation orientiert war oder es zumindest hätte sein können (Ziff. 6 und 11). Zudem ist daraus ersichtlich, dass sich der Beschwerdeführer offenbar (zumindest aus der Sicht des Verwaltungsratspräsidenten) selber durchaus nicht als "Lückenbüsser" sah, sondern als legitimer Geschäftsführer, der die Verantwortung zu 100 % übernehmen wollte (Ziff. 3 [in Businessnetzwerken wie LinkedIn und Xing weist der Beschwerdeführer noch heute auf seine ehemalige Funktion als CEO bzw. Area Manager der B.____ AG hin, abgerufen am 4. Februar 2022]). Letztlich sah der Verwaltungsratspräsident sogar die Ursache für den Konkurs der Arbeitgeberin in den von ihm aufgelisteten, unter anderem mit dem Beschwerdeführer zusammenhängenden Führungsproblemen (act. G 3.1/7 f.). Im Übrigen erscheint fraglich, dass der Beschwerdeführer lediglich zwecks Erfüllung von regulatorischen Anforderungen als Geschäftsführer in das Handelsregister eingetragen worden sein soll, ist doch bei juristischen Personen, die eine (ungebundene) Versicherungsvermittlungstätigkeit ausüben, lediglich verlangt, dass sie sich selbst in das FINMA-Register eintragen lassen und dass sie über "genügend" Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verfügen, welche die geforderten Qualifikationen besitzen und ihrerseits im Register eingetragen sind (Art. 187 Abs. 3 der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen [SR 961.011; abgekürzt: AVO]). Nicht erforderlich ist dagegen gemäss Verordnungstext, dass diese Personen Mitglieder der Geschäftsführung oder gar im Handelsregister eingetragen sein müssen. Schliesslich deutet auch die - nach eigenen Angaben (Beschwerde S. 5, Ziff. 13) - anlässlich des Abschlusses des Arbeitsvertrags erworbene Beteiligung von 5 % am Aktienkapital der Arbeitgeberin darauf hin, dass der Beschwerdeführer mehr als ein blosser "Strohmann" sein sollte. Diese Aktionärseigenschaft erklärt möglicherweise auch seine Untätigkeit gegenüber der Arbeitgeberin bei der



Einforderung der offenen Lohnforderungen, verhielt er sich doch diesbezüglich eher wie ein Unternehmer (vgl. nachstehende Erwägung 2.3).

2.3. Die Frage der massgebenden Einflussmöglichkeit braucht indessen nicht abschliessend geklärt zu werden, ist dem Beschwerdeführer doch jedenfalls eine Verletzung der Schadenminderungspflicht anzulasten. Zwar können praxisgemäss nur offene Lohnforderungen (AHV-pflichtiger Lohn ohne Spesen [vgl. Burgherr, a.a.O., S. 107 ff.]) für die letzten vier Monate, in denen die versicherte Person tatsächlich noch gearbeitet hat, geltend gemacht werden, vorliegend also für den Zeitraum vom 25. März 2020 bis zum 24. Juli 2020. Indessen ist aus den Akten ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bereits seit Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1. Juni 2019 seinen Lohn nur unregelmässig erhielt, wobei bereits die ersten beiden Monatsgehälter ausblieben. Wie sich aus der vom Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren eingereichten Aufstellung ergibt, wurde der vertraglich vereinbarte Bruttolohn von Fr. 5'000.-- (bzw. der diesem Bruttolohn entsprechende Nettobetrag) bis zum letzten geleisteten Arbeitstag am 24. Juli 2020 bzw. bis zur Konkurseröffnung am 27. Juli 2020 praktisch nie vollständig bezahlt. Die Löhne für die Monate Juni und Juli 2019, November und Dezember 2019 blieben gar gänzlich unbezahlt. In den restlichen Monaten blieben jeweils Beträge zwischen 548.26 und Fr. 1'799.88 (brutto, ohne Spesen) offen. Einzig im April 2020 betrug der Fehlbetrag beim Bruttolohn gemäss der vom Beschwerdeführer verfassten Aufstellung lediglich Fr. 27.15 (act. G 3.1/85). Dasselbe Bild ergibt sich beim Vergleich der eingereichten Lohnabrechnungen November 2019 sowie Januar bis Juni 2020 mit dem Kontoauszug des Beschwerdeführers mit den verbuchten (Netto-)Lohneingängen. Daraus ist ebenfalls ersichtlich, dass der Beschwerdeführer häufig nicht den Nettolohn gemäss Lohnabrechnung (exkl. die nicht versicherten Spesen, die [zumindest] im November 2019 sowie ab März 2020 ebenfalls nicht mehr der vertraglichen Abmachung und offenbar noch nie der vorgenannten Aufstellung entsprachen [lediglich rund Fr. 1'300.-- anstatt Fr. 1'500.-- [Fr. 300.-- + Fr. 800.-- + 4 % vom Bruttolohn inkl. Provisionen = ca. Fr. 200.--]]; vgl. act. G 3.1/30 f.), sondern in der Regel nur als "AKONTOZAHLUNG", "AKONTO" oder "LOHNANTEIL" bezeichnete Abschlagszahlungen überwiesen erhielt. Auch die Juli-2020-Zahlung, die noch vor Konkurseröffnung am 25. Juli 2020 fällig geworden war (vgl. act. G 3.1/26 Fussnote 1), erhielt er nicht mehr.

2.4. Der Beschwerdeführer gab sich somit seit des Bestehens des Arbeitsverhältnisses, mithin während mehr als einem Jahr (bis zur Konkurseröffnung am 27. Juli 2020), mit ungenügenden Lohnzahlungen zufrieden. Erstmalige schriftliche Bemühungen, die ausstehenden Lohnbetreffnisse doch noch erhältlich zu machen, erfolgten nach



eigenem Bekunden erst nach der Generalversammlung vom 18. Juni 2020, nämlich mit seinem Schreiben vom 6. Juli 2020 an den Verwaltungsratspräsidenten und Mehrheitsaktionär, mit welchem er die Arbeitgeberin aufforderte, ausstehende Lohnforderungen für den Zeitraum Juni bis Dezember 2019 sowie Januar bis Juni 2020 (mithin für die gesamte Zeit der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung) zu überweisen, wobei er von einem offenen Gesamtbetrag von Fr. 43'454.-- ausging (netto, wohl inkl. Spesen und Ferienguthaben). Im gleichen Schreiben drohte er der Arbeitgeberin die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Lohngefährdung an (Art. 337a OR [act. G 3.1/80]). Weitergehende Schritte und insbesondere ein früheres Aktivwerden werden weder geltend gemacht noch sind solche aus den Akten ersichtlich. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers bestanden bereits seit geraumer Zeit deutliche Anzeichen von möglichen Liquiditätsengpässen bei der Arbeitgeberin. Darauf deuteten - nebst den vom Verwaltungsratspräsidenten beschriebenen und intern diskutierten Problemen (vgl. act. G 3.1/7 ff.) - allein schon die erlittenen eigenen Lohnausstände hin. Bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt hätte somit durchaus Anlass für frühere Nachfragen beim Verwaltungsratspräsidenten bestanden. Indem der Beschwerdeführer während mehr als einem Jahr und bis kurz vor der Konkursöffnung über die Arbeitgeberin keinerlei Schritte zur Durchsetzung seiner Forderungen unternommen hatte, obwohl er angesichts der von ihm selbst geltend gemachten Höhe und der langen Dauer der aufgelaufenen Lohnausstände konkret mit einer Gefährdung seiner Ansprüche rechnen musste, ist er seiner Schadenminderungspflicht nicht im genügenden Umfang nachgekommen. Vielmehr wäre der Beschwerdeführer unter den gegebenen Umständen gehalten gewesen, die Ausstände wesentlich früher schriftlich anzumahnen und gegebenenfalls die Betreuung einzuleiten oder die Arbeit niederzulegen, um ein weiteres Auflaufen von Lohnausständen zu verhindern. Nachdem der Beschwerdeführer aus nicht näher belegten und eruierbaren Motiven - möglicherweise auf Grund seiner Aktionärsstellung - auf die rechtzeitige Einleitung von rechtlichen Schritten gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberin verzichtet hat, ist es nicht an der Arbeitslosenversicherung, für den daraus entstandenen Lohnausfall aufkommen zu müssen (vgl. vorstehende Erwägungen 1.4 f.).

3.

Nach dem Gesagten besteht kein Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Lohnausstände durch die Arbeitslosenversicherung. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben, nachdem das AVIG keine solchen vorsieht (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG).

Entscheid



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.