

**L'art. 51 al. 2 LACI limite le droit à l'indemnité pour cause d'insolvabilité des personnes jouissant d'une position dirigeante de fait ou de droit dans une entreprise.** On applique les mêmes principes et la même jurisprudence qu'en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (art. 31 al. 3 let. c LACI).

Si la personne concernée a une position dirigeante de par la loi (par ex. : associée d'une Sàrl, membre du conseil d'administration d'une SA), elle fait d'emblée partie des personnes qui sont exclues du cercle des ayants droit aux indemnités susmentionnées. Lorsque la personne concernée ne jouit pas d'une telle position, il faut prendre en compte la structure interne de l'entreprise. Ainsi, ce n'est pas parce que l'employé ne dispose d'aucune signature qu'il ne dispose pas d'un certain pouvoir décisionnel et influent.

En l'espèce, le TF renverse un arrêt cantonal zurichois, car **l'employé était gérant, certes sans pouvoir de signature. Il avait toutefois une influence effective et importante** sur la marche de l'entreprise. Dans ces conditions, le droit à une indemnité pour insolvabilité n'est pas ouvert.

**Auteur : Benoît Sansonnens, avocat à Fribourg**

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2022 (AL.2021.00379).

### Sachverhalt:

#### A.

Der 1975 geborene A. war seit 1. April 2017 als Geschäftsführer bei der Firma B. GmbH tätig (ab Mai 2018 Firma B. AG). Am 19. August 2019 kündigte er das Arbeitsverhältnis auf den 30. November 2019. Wegen offener Darlehen und ausstehender Löhne teilte er am 30. Oktober 2019 der Gesellschaft mit, er kündige das Arbeitsverhältnis fristlos, nachdem er zuvor am 28. Oktober 2019 die Betreuung gegen diese eingeleitet hatte. Am 13. März 2020 unterzeichneten die Parteien eine Vergleichsvereinbarung. Mit Zahlungsbefehl vom 3. August 2020 betrieb A. die Firma B. AG erneut. Mit Urteil vom 20. Januar 2021 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts C. den Konkurs über die Gesellschaft. Am 31. Januar 2021 beantragte A. bei der Arbeitslosenversicherung Insolvenzenschädigung für nicht erhaltenen Lohn von insgesamt Fr. 35'000.-. Mit Verfügung vom 1. April 2021 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Anspruch auf eine Insolvenzenschädigung wegen arbeitgeberähnlicher Stellung von A. im Betrieb der Firma B. AG. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 19. November 2021 fest.

#### B.

Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich gut und stellte fest, dass A. Anspruch auf Insolvenzenschädigung habe (Urteil vom 28. September 2022).

## **C.**

Die Arbeitslosenkasse reicht dagegen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein und beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils.

A. schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1.** Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 141 V 234 E. 1 mit Hinweisen).

**1.2.** Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

#### **2.**

**2.1.** Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung des Beschwerdegegners bejahte.

**2.2.** Im angefochtenen Urteil werden die Bestimmungen und Grundsätze zum Anspruch auf Insolvenzenschädigung (Art. 51 Abs. 1 AVIG; vgl. auch BGE 134 V 88) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

**2.3.** Hervorzuheben ist, dass 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 haben (Art. 51 Abs. 2 AVIG). Mit Art. 51 Abs. 2 AVIG wollte der Gesetzgeber diejenigen Personen von einem besonderen Schutz ausschliessen, die aufgrund 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 der Unternehmung ausschlaggebenden strategischen Entscheidungen verfügen (ARV 2016 S. 239, 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). Die zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ergangene Rechtsprechung bezüglich derjenigen Personen, die als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums oder Ehegatten eines solchen Mitglieds vom Kurzarbeitsentschädigungsanspruch ausgeschlossen sind (BGE 126 V 134; vgl. auch BGE 123 V 234 E. 7a; 122 V 270 E. 3), ist im Rahmen von Art. 51 Abs. 2 AVIG gleichermaßen anwendbar (ARV 2018 S. 101, 8C\_412/2017 E. 3.2; Urteil 8C\_34/2021 vom 8. Juli 2021 E. 3.2).

**2.4.** Die Frage, ob Arbeitnehmende einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, ist aufgrund 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. 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 eine Prüfung der konkreten Gegebenheiten stattzufinden.

### **3.**

**3.1.** Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdegegner habe als Geschäftsführer der Firma B. AG keinen massgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft gehabt. Mangels Eintragung als Geschäftsführer im Handelsregister mit Kollektivunterschrift zu zweien, wie im Arbeitsvertrag unter Ziffer 9 vorgesehen gewesen wäre, habe er die Gesellschaft nach aussen nicht vertreten und für sie keine Verbindlichkeiten eingehen können. Die fehlende Zeichnungsberechtigung sei im vorliegenden Fall ein gewichtiges Indiz für den fehlenden massgeblichen Einfluss des Beschwerdegegners auf die Willensbildung der Unternehmung. Ferner seien im Funktionsbeschrieb (gültig ab 1. November 2017) zwar sehr weitreichende Kompetenzen umschrieben worden, es gebe aber keine Hinweise darauf, dass der Beschwerdegegner im Innenverhältnis die Geschicke der AG je relevant gelenkt habe. Dass die gelebten Verhältnisse nicht den ursprünglich im Arbeitsvertrag und Funktionsbeschrieb vorgesehenen Kompetenzen entsprochen hätten, zeige auch das Arbeitszeugnis, wonach die effektiv ausgeführten Arbeiten eher technischer Natur sowie untergeordnete Managementaufgaben gewesen seien. Soweit der Verwaltungsrat der Gesellschaft den Beschwerdegegner vom 1. April 2017 bis Ende November 2019 als verantwortlichen Geschäftsführer mit sämtlichen Pflichten und Kompetenzen für die eigenständige Führung des Unternehmens bezeichnet habe, finde dies in den Akten keine Stütze. Da er klarerweise nicht zum obersten betrieblichen Entscheidungsgremium gehört habe, sei er vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung nicht auszunehmen.

**3.2.** Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, der Präsident des Verwaltungsrats, D., habe in seiner Stellungnahme (mit Eingang am 30. März 2021) ausdrücklich bestätigt, dass der Beschwerdegegner als Geschäftsführer mit sämtlichen Pflichten und Kompetenzen für die eigenständige Führung des Unternehmens verantwortlich gewesen sei. Somit habe der Beschwerdegegner grosse Freiheiten und ein Mitspracherecht in allen Belangen gehabt. Er habe über alle finanziellen Angelegenheiten Bescheid gewusst und sei mit den Banken und dem Treuhandbüro in Kontakt gestanden. Gemäss D. habe er die finanzielle Schieflage der Gesellschaft als Geschäftsführer verantwortet und bis zu seinem Austritt auch immer ein Mitspracherecht bezüglich der Führung/Weiterführung der Gesellschaft innegehabt. Das im Rahmen der Vergleichsverhandlungen verfasste Arbeitszeugnis enthalte zum einen nicht die vollständige Auflistung der Tätigkeiten und

Aufgaben des Beschwerdegegners, wie aus der dabei verwendeten Abkürzung "u.a." ersichtlich sei. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz seien im Arbeitszeugnis zum andern nicht nur technische Aufgaben oder untere Managementfunktionen aufgeführt, indem der Beschwerdegegner beispielsweise auch Personalentscheide habe treffen können. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz dem Arbeitszeugnis mehr Beweiskraft beigemessen habe als den Ausführungen des Verwaltungsratspräsidenten, zumal diese mit der arbeitsvertraglichen Regelung und dem Funktionsbeschrieb übereinstimmten. Dass der Beschwerdegegner auch Einblick in die finanziellen Gegebenheiten gehabt habe und diese im Rahmen seiner Leitungsfunktion als Geschäftsführer habe beeinflussen können, zeige auch eine von der Vorinstanz ausser Acht gelassene E-Mail vom 24. März 2021, woraus ersichtlich sei, dass der Beschwerdegegner als Ersatz des ausgeschiedenen Geschäftsführers die Gesellschaft geleitet habe. Entgegen der Vorinstanz erlaube die Lohnhöhe von jährlich Fr. 92'300.- brutto bzw. ab Januar 2018 Fr. 97'500.- brutto im vorliegenden Kontext keine Rückschlüsse auf den tatsächlichen Einfluss auf die Gesellschaft.

#### **4.**

**4.1.** Die offenen Lohnforderungen betreffen die Monate Juli bis Oktober 2019. Entscheidend ist demnach, ob der Beschwerdegegner in diesem Leistungszeitraum die Möglichkeit zur massgeblichen Einflussnahme auf die Geschicke der Unternehmung besass (ARV 2020 S. 166, 8C\_433/2019 E. 5.1 mit Hinweis auf THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Auflage 2016, S. 2445 Rz. 594).

#### **4.2.**

**4.2.1.** Mit Blick auf das entscheidende Mass der Entscheidungsbefugnis im Betrieb steht fest, dass dem Beschwerdegegner - gemäss dem arbeitsvertraglich umschriebenen Aufgaben- und Kompetenzbereich (Arbeitsvertrag vom 24. April 2017) und dem Funktionsbeschrieb des Geschäftsführers (Version: 1/2017) - über das operative Tagesgeschäft hinausgehende, sehr weitreichende Kompetenzen zustanden, wie die Vorinstanz einräumte. So trug der Geschäftsführer der GmbH laut Funktionsbeschrieb die Gesamtverantwortung für die selbstständige und eigenverantwortliche Führung des Unternehmens. Er legte die Finanz-, Personal-, Lohn-, Einkaufs-, Logistik- und Verkaufspolitik fest und war als "oberster Chef" verantwortlich für die Qualität der Produkte und Dienstleistungen sowie generell für die Kundenzufriedenheit. Er verantwortete persönlich alle operativen und strategischen Bereiche und Resultate des Unternehmens. Der Arbeitsvertrag vom 24. April 2017 sah vor, dass der Beschwerdegegner vor der Umwandlung der Firma B. GmbH in die Firma B. AG dem Inhaber/Gesellschafter unterstellt und Mitglied der Geschäftsführung war. Nach Umwandlung in die Aktiengesellschaft wurde der Geschäftsführer dem Verwaltungsrat unterstellt. Als primäre Zielsetzung für das Geschäftsjahr 2017 wurde die Liquiditätserhaltung der GmbH bezeichnet und die Sicherung des Fortbestands der Unternehmung.

**4.2.2.** Aus einer fehlenden Zeichnungsbefugnis lässt sich sodann nichts Zwingendes hinsichtlich Stellung und Einflussmöglichkeit in der Unternehmung ableiten, beschlagen die Prokura oder andere Handlungsvollmachten doch nur das Aussenverhältnis. Auch wenn damit in aller Regel vergleichbare Kompetenzen im Innenverhältnis einhergehen, kann gestützt allein hierauf, ohne Bezugnahme auf den gegebenen statutarischen oder vertraglichen Rahmen und die gelebten Verhältnisse, keine massgebliche Beeinflussung der Willensbildung des Betriebes verneint werden. In Anwendung eines materiellen Organbegriffs können daher wegen ihres massgeblichen Einflusses auf die Unternehmensentscheidungen auch solche Angestellte vom Leistungsanspruch ausgeschlossen

werden, die formell nicht zeichnungsberechtigt und nicht im Handelsregister eingetragen sind. Gerade beim vorliegenden Kleinbetrieb mit wenig ausgeprägten Organisationsstrukturen kann aus dem Umstand, dass die arbeitsvertraglich vorgesehene Eintragung des Geschäftsführers mit Kollektivunterschrift zu zweien nie vorgenommen wurde, nicht ohne Einbezug der vertraglichen Aspekte und der tatsächlichen Gegebenheiten auf einen fehlenden massgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der Unternehmung geschlossen werden (vgl. Urteil C 261/01 vom 17. Mai 2002 E. 4b; SVR 1997 ALV Nr. 101 S. 309, C 102/96 E. 5c).

**4.2.3.** Aus dem Arbeitszeugnis vom 30. Oktober 2019 lässt sich entnehmen, dass dem Beschwerdegegner als Geschäftsführer ab 1. April 2017 u.a. die Aufgaben zukamen, das Team mit neuen Mitarbeitenden zu ergänzen und zu etablieren sowie ein Netzwerk von Kunden, Lichtplanern und Elektroinstallateuren neu aufzubauen und zu pflegen. Überdies hatte er Projekte zu akquirieren (auch mit mehrjährigem Planungshorizont), das Auftragsvolumen gegenüber 2015 zu verdoppeln, die Definition und Anpassung des CI/CD vorzunehmen, die Einkaufskonditionen bei Lieferanten zu optimieren, das Lager- und Transportsystem zu optimieren für die Bürostehleuchte E. sowie sich mit lokalen und regionalen Interessensgruppen zu vernetzen. Dass es sich hierbei, wie die Vorinstanz feststellte, primär um technische Aufgaben und lediglich untergeordnete Managementaufgaben gehandelt habe, ist nicht nachvollziehbar und offensichtlich unzutreffend.

**4.2.4.** Der Verwaltungsratspräsident D. führte sodann in seiner Stellungnahme zu Handen der Arbeitslosenkasse (mit Eingang am 30. März 2021) aus, der Beschwerdegegner sei bis zu seinem Austritt Ende Oktober 2019 verantwortlicher Geschäftsführer mit sämtlichen Pflichten und Kompetenzen für die eigenständige Führung des Unternehmens gewesen. D. gab die Aufgaben gemäss Funktionsbeschreibung wieder und erklärte bezüglich der konkreten Situation überdies, der Beschwerdegegner habe als Geschäftsführer eines Mikrounternehmens sehr grosse Freiheit und ein Mitspracherecht in allen Belangen gehabt. Er habe Bescheid gewusst über alle finanziellen Angelegenheiten und sei in Kontakt gestanden mit der Bank und dem Treuhandbüro. Als Geschäftsführer habe er die finanzielle Schieflage verantwortet. Bezüglich der Führung bzw. Weiterführung der Unternehmung habe er bis zu seinem Austritt immer ein Mitspracherecht gehabt. Auch habe er der Gesellschaft ein zu verzinsendes Darlehen von Fr. 60'000.- gegeben.

Mit diesen Ausführungen des Verwaltungsratspräsidenten setzte sich die Vorinstanz nicht näher auseinander. Sie begründete namentlich nicht nachvollziehbar, weshalb diese mit der Funktionsbeschreibung, dem Arbeitsvertrag und, wie soeben aufgezeigt, auch mit den im Arbeitszeugnis aufgeführten Aufgaben im Einklang stehende Stellungnahme nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprochen haben soll. Im angefochtenen Urteil wird dazu einzig festgehalten, die Verlautbarungen des Verwaltungsratspräsidenten fänden in den Akten keine Stütze. Die Vorinstanz berief sich - nebst der fehlenden Zeichnungsbefugnis - insbesondere auf das Arbeitszeugnis, um einen massgebenden, faktischen Einfluss auf die Unternehmungsentscheidungen zu verneinen, was nicht stand hält. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, es seien keinerlei konkreten Hinweise aktenkundig, dass der Beschwerdegegner im Innenverhältnis zum Beispiel durch Mitwirkung an Personalentscheidungen oder durch Einflussnahme im Hinblick auf grössere Investitionen die Geschicke der AG relevant beeinflusst hätte, ist daher nicht haltbar und verletzt Bundesrecht, wie die Beschwerdeführerin zutreffend einwendet.

**4.2.5.** Ebenso wenig kann der Vorinstanz insofern gefolgt werden, als auch die Lohnhöhe des Beschwerdegegners von Fr. 97'500.- brutto jährlich (ab Januar 2018) belegen soll, dass diesem keine arbeitgeberähnliche Stellung zukomme. Selbst wenn damit sein monatliches Gehalt nicht über dem Durchschnitt eines "normalen Angestellten" liegen sollte, gilt es mit Blick auf die finanzielle Lage der

Unternehmung vor Augen zu halten, dass als primäre Zielsetzung für das Geschäftsjahr 2017 die Liquiditätserhaltung der GmbH und die Sicherung des Fortbestands der Unternehmung genannt wurden. Aus der festgesetzten Lohnhöhe kann daher im vorliegenden Kontext nicht abgeleitet werden, dass der Beschwerdegegner für den Kleinstbetrieb keine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne der Rechtsprechung besitzt.

**4.3.** Zusammenfassend erweist sich die vorinstanzliche Betrachtungsweise, wonach der Beschwerdegegner keine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe, als bundesrechtswidrig. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und der Einspracheentscheid der Beschwerdeführerin zu bestätigen.

**5.**

Der unterliegende Beschwerdegegner trägt die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2022 wird aufgehoben und der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 1. April 2021 bestätigt.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) schriftlich mitgeteilt.