

## **BGE 134 V 88**

Bundesgericht (BGE), 2008-01-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_134 V 88](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_134_V_88)

FR: ATF 134 V 88

IT: DTF 134 V 88

### **Regeste**

Regeste Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG; Insolvenzenschädigung. Der Anspruch auf Insolvenzenschädigung gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG entsteht in dem Zeitpunkt des Zwangsvollstreckungsverfahrens, in welchem die Gläubiger - auf die vom Konkursgericht nach gestelltem Konkursbegehren erlassene Kostenvorschussverfügung hin - von einer Bezahlung des Kostenvorschusses infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers absehen (E. 6).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006 S. 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach OG ( Art. 132 Abs. 1 BGG ; BGE 132 V 393 E. 1.2 S. 395).

#### **E. 2**

Beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, haben Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers eines der folgenden, im Gesetz genannten zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien erreicht hat: - Konkursöffnung über den Arbeitgeber ( Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG ), oder - Nichteröffnung des Konkurses, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschiessen ( Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG ), oder - Stellung des Pfändungsbegehrens durch den Arbeitnehmer für Lohnforderungen ( Art. 51 Abs. 1 lit. c AVIG ), oder - Bewilligung der Nachlassstundung ( Art. 58 AVIG ), oder - richterlicher Konkursaufschub ( Art. 58 AVIG ).

#### **E. 3.1**

Das kantonale Gericht geht davon aus, dass der Versicherte das Konkursbegehren nicht zurückgezogen habe, um die X. GmbH vor dem Konkurs zu bewahren, um ihr noch einmal eine Chance zu geben. Zur Konkursöffnung sei es nur deshalb nicht gekommen, weil der Beschwerdegegner befürchtet habe, für die BGE 134 V 88 S. 91 Verfahrenskosten aufkommen zu müssen. Das Stadium der Konkursandrohung sei überschritten worden, womit Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG erfüllt sei.

#### **E. 3.2**

Demgegenüber macht die Arbeitslosenkasse geltend, ein zurückgezogenes Konkursbegehren führe zum gleichen Resultat, wie wenn ein solches nie gestellt worden wäre. Damit Anspruch auf Insolvenzenschädigung bestehe, müsse mit Blick auf die

Weisung des SECO und aus Gründen der Rechtssicherheit, insbesondere der Beweisbarkeit, das Erreichen eines formellen Nichteintretensentscheides des Konkursgerichtes nach eingereichtem Konkursbegehren vorausgesetzt werden.

#### **E. 4**

Aus den Akten ergibt sich, dass über die X. GmbH (bisher) kein Konkurs eröffnet worden ist. Unter den vorliegenden Umständen fällt als Grundlage für die vom Beschwerdegegner beantragte Insolvenzenschädigung Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG in Betracht, wonach - in sachlicher Hinsicht - ein Anspruch zu bejahen ist, wenn "der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen". Den Unterlagen sind konkrete Anhaltspunkte zu entnehmen, welche für die offensichtliche Überschuldung der ehemaligen Arbeitgeberin sprechen.

#### **E. 5.1**

Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG ist auf den 1. Januar 1992 in Kraft getreten. Davor konnten Lohnausfälle nicht gedeckt werden, wenn weder die versicherte Person noch ein dritter Gläubiger bereit war, nach der erfolgten Konkursandrohung den Kostenvorschuss für das Konkursverfahren zu leisten, weil nicht voraussehbar war, dass diese Kosten wieder eingebracht werden konnten. Unter diesen Umständen wurde der Konkurs nicht eröffnet, womit auch der Insolvenztatbestand des Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG nicht erfüllt war. Da aus der Sicht der Arbeitslosenversicherung kein Anlass bestand, diesen Fall offensichtlicher Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers anders zu behandeln als den Fall, in welchem der Konkurs tatsächlich eröffnet werden konnte, wurde Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG geschaffen (Botschaft zu einer Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 23. August 1989, BBl 1989 III 377 ff., S. 400).

#### **E. 5.2**

Gemäss BGE 131 V 196 setzt Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG im Sinne einer doppelten Kausalität voraus, dass die Nichteröffnung des Konkurses einzig durch das Fehlen der Bereitschaft der Gläubiger BGE 134 V 88 S. 92 bedingt ist, die Kosten für das Konkursverfahren vorzuschüssen; der Grund für diese mangelnde Bereitschaft liegt in der offensichtlichen Überschuldung des Arbeitgebers (JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel 1998, N. 20 zu Art. 51 AVIG ; URS BURGHER, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Diss. Zürich 2004, S. 72). Gefordert ist dabei, dass das zwangsvollstreckungsrechtliche Verfahren jedenfalls das Stadium der Konkursandrohung überschritten hat (so BURGHER, a.a.O., S. 73; nach STÖCKLI, a.a.O., N. 20 zu Art. 51 AVIG , ist der Tag des formellen Nichteintretens auf das Konkursbegehren der massgebende Zeitpunkt; auch der Bundesrat ist in seiner Botschaft zu einer Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 23. August 1989 davon ausgegangen, dass das gestellte Konkursbegehren eine der Voraussetzungen für den Bezug von Insolvenzenschädigung bildet, wie sein Hinweis auf aArt. 169 Abs. 2 SchKG zeigt [BBl 1989 III 400]). Das (damals zuständige) Eidg. Versicherungsgericht hat im zitierten Urteil offengelassen, ob es genügt, dass die beteiligten Gläubiger im Anschluss an die Konkursandrohung wegen offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers darauf verzichten, ein Konkursbegehren zu stellen, oder ob Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG tatsächlich

ein gestelltes Konkursbegehren voraussetzt, weil das Zwangsvollstreckungsverfahren im zu beurteilenden Fall nicht einmal bis zur Konkursandrohung gediehen war ( BGE 131 V 196 E. 4.1.2 S. 198).

### **E. 5.3**

Die Arbeitslosenkasse beruft sich bei ihrer Argumentation auf eine vom SECO erlassene Weisung "Nichteröffnung des Konkurses wegen offensichtlicher Überschuldung" (AM/ALV-Praxis 2004/1 Blatt 14). Darin wird angegeben, dass Anspruch auf Insolvenzenschädigung auf der Grundlage von Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG erst nach dem gestellten Konkursbegehren bestehe, im Zeitpunkt, in welchem das eingeleitete Zwangsvollstreckungsverfahren ohne Kostenvorschüsse nicht mehr weiterlaufen würde. Anspruchs begründender Sachverhalt sei das formelle Nichteintreten des Konkursgerichtes auf das Konkursbegehren oder der Nichteröffnungsbeschluss des Konkurses, weil kein Gläubiger oder keine Gläubigerin bereit war, innert der gesetzten Frist den verlangten Kostenvorschuss nach Art. 169 SchKG zu leisten. Die Offensichtlichkeit der Überschuldung müsse sich demnach durch behördlichen Akt manifestieren. BGE 134 V 88 S. 93

### **E. 6.1**

Für den Erlass der Konkursandrohung ist das Betreibungsamt zuständig. Es wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag des Gläubigers tätig, wenn dieser das Fortsetzungsbegehren gestellt hat ( Art. 159 SchKG ). Das anschliessende Konkursbegehren wird demgegenüber beim Konkursgericht gestellt ( Art. 166 Abs. 1 SchKG ). Das Konkursgericht entscheidet darüber, ob ein Kostenvorschuss im Hinblick auf die Konkurseröffnung erhoben werden soll ( Art. 169 Abs. 2 SchKG ). In der Praxis wird ein Kostenvorschuss bereits dann verlangt, wenn dem Gericht bekannt ist, dass das ordentliche Verfahren möglicherweise nicht eingeschlagen werden kann (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. Aufl., Zürich 1997/ 1999, N. 5 zu Art. 169 SchKG ; BURGHERR, a.a.O., S. 73 Fn. 299).

### **E. 6.2**

Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG setzt unter anderem voraus, dass der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen. Damit sich ein Gläubiger in einem konkreten Fall entscheiden kann, ob er gewillt ist, einen Kostenvorschuss im Hinblick auf die Konkurseröffnung zu leisten, muss er überhaupt erst vor diese Wahl gestellt worden sein. Mit anderen Worten ergibt sich allein schon aus der Gesetzesbestimmung, dass das Konkursverfahren bis ins Stadium nach Erlass einer Kostenvorschussverfügung durch das Konkursgericht gediehen sein muss, um den Anspruch auf Insolvenzenschädigung entstehen zu lassen. Die Botschaft stellt auf nichts anderes ab, wenn darin ausgeführt wird, der Bezug von Insolvenzenschädigung solle möglich sein, wenn weder der Versicherte noch ein dritter Gläubiger bereit ist, den Kostenvorschuss zu leisten (BBl 1989 III 400). Dieser Zeitpunkt ist entgegen BURGHERR (a.a.O., S. 73) nicht schon dann erreicht, wenn die beteiligten Gläubiger im Anschluss an die Konkursandrohung auf ein Konkursbegehren verzichten. Wie bereits in BGE 131 V 196 angemerkt, ist es durchaus sinnvoll, aus insolvenzenschädigungsrechtlichem Gesichtswinkel ein fortgeschrittenes Zwangsvollstreckungsverfahren vorauszusetzen, weil bekanntlich viele Schuldner erst unter dem Druck der unmittelbar bevorstehenden

Konkurseröffnung ihren Zahlungspflichten nachkommen. Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG belässt es beim Erfordernis des nicht geleisteten Kostenvorschusses (aus Gründen der offensichtlichen Überschuldung des Arbeitgebers). Eine gerichtliche Nichteintretensverfügung auf das Konkursbegehren wird nicht verlangt. BGE 134 V 88 S. 94 Soweit die Weisung des SECO (AM/ALV-Praxis 2004/1 Blatt 14) "das formelle Nichteintreten des Konkursgerichtes auf das Konkursbegehren bzw. den Nichteröffnungsbeschluss des Konkurses" zum anspruchsbegründenden Erfordernis erklärt, steht sie demnach nicht im Einklang mit dem Gesetz. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass nach der Lehre die Nichtleistung des dem Gläubiger gemäss Art. 169 SchKG auferlegten Kostenvorschusses dem Rückzug des Konkursbegehrens gleichgestellt ist (PHILIPPE NORDMANN, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel 1998, N. 6 zu Art. 167 SchKG mit Hinweis). Ein gerichtliches Nichteintreten oder ein schriftlicher Nichteröffnungsbeschluss dürfen - ohne gesetzliche Notwendigkeit - bereits deshalb nicht Anspruchsvoraussetzung bilden, weil die Zusprechung von Insolvenzenschädigung nicht davon abhängen darf, ob, je nach Praxis des Konkursgerichts, einerseits bei Nichtleistung des Kostenvorschusses innert Frist und andererseits beim Rückzug des Konkursbegehrens im Einzelfall ein Nichteintreten auf das Konkursbegehren erfolgt, ob etwa ein förmlicher Abschreibungsbeschluss ergeht oder ob das Verfahren formlos erledigt wird. Einziges verlässliches Kriterium bildet die Nichtleistung der Konkurskaution nach Ergehen der gerichtlichen Kostenvorschussverfügung. Entgegen der Weisung des SECO ist mit einem Nichteintretensentscheid im Hinblick auf die Offensichtlichkeit der Überschuldung des Arbeitgebers nichts gewonnen. Der Arbeitslosenkasse kann ebenfalls nicht beigespflichtet werden, soweit sie davon ausgeht, dass sich die Rechtssicherheit (Beweisbarkeit) mit einem solchen Erfordernis erhöhe. Denn das Konkursgericht hat nicht zu untersuchen, weshalb der Gläubiger das Konkursbegehren zurückgezogen (NORDMANN, a.a.O., N. 6 zu Art. 167 SchKG ) oder den verfügbaren Kostenvorschuss nicht bezahlt hat. Der einzige (gerichtliche) Hinweis auf die offensichtliche Überschuldung des Arbeitgebers ergibt sich in diesem Verfahrensstadium aus dem Umstand, dass das Konkursgericht vor der Eröffnung des Konkurses eine Konkurskaution verlangt. Mit dem Abwarten oder Erzwingen eines Nichteintretens auf das Konkursbegehren oder eines Nichteröffnungsbeschlusses lassen sich keine neuen Erkenntnisse hinsichtlich des Anspruchs auf Insolvenzenschädigung gewinnen. Denn so oder anders muss bei der Prüfung dieses Anspruchs unabhängig von der Erledigungsweise im zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren geprüft werden, ob zwischen BGE 134 V 88 S. 95 der offensichtlichen Überschuldung des Arbeitgebers und der Nichtleistung des Kostenvorschusses ein direkter Zusammenhang anzunehmen ist.

### **E. 6.3**

Nach dem Gesagten entsteht der Anspruch auf Insolvenzenschädigung gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG in dem Zeitpunkt des Zwangsvollstreckungsverfahrens, in welchem die Gläubiger - auf die vom Konkursgericht nach gestelltem Konkursbegehren erlassene Kostenvorschussverfügung hin - infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers von einer Bezahlung des Kostenvorschusses, durch Rückzug des Konkursbegehrens oder durch Verstreichenlassen der Frist für die Leistung der Konkurskaution, absehen.

### **E. 7**

Im vorliegenden Fall wurde der Anspruch auf Insolvenzenschädigung mit Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse vom 20. April 2005 abgelehnt. Dieser

Einspracheentscheid ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Im Anschluss daran hat der Versicherte allerdings weitere Bemühungen im Zwangsvollstreckungsverfahren vorgenommen. Wie sich aus dem Schreiben des Zivilgerichts vom 9. August 2005 ergibt, liess er unter anderem am 28. April 2005 erneut ein Konkursbegehren stellen. Auf Grund der lückenhaften Aktenlage lässt sich allerdings nicht feststellen, ob das Konkursgericht auf dieses Konkursbegehren hin eine Kostenvorschussverfügung erlassen hat. Nicht klar ist auch, ob und allenfalls in welcher Form der Versicherte auf sein Konkursbegehren zurückgekommen ist und ob er das Konkursbegehren im weiteren Verlauf nochmals erneuert hat. Die Angelegenheit geht daher an die Arbeitslosenkasse zurück, damit sie abkläre, ob das Zwangsvollstreckungsverfahren nach dem 20. April 2005 zu irgendeinem Zeitpunkt das Stadium erreicht hat, in welchem der Versicherte oder andere Gläubiger auf die konkursrichterliche Kostenvorschussverfügung hin - durch Rückzug des Konkursbegehrens oder durch Verstreichenlassen der Frist für die Leistung der Konkurskaution - von einer Bezahlung des Kostenvorschusses für die Konkurseröffnung wegen der offensichtlichen Überschuldung der X. GmbH abgesehen haben. Sollte dies zutreffen, wird die Verwaltung die weiteren Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug von Insolvenzenschädigung abzuklären haben. Sie wird alsdann gestützt auf die gewonnenen Erkenntnisse eine neue Verfügung erlassen.

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