

BGE 141 V 372

Bundesgericht (BGE), 2015-05-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_141 V 372](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_141_V_372)

FR: ATF 141 V 372

IT: DTF 141 V 372

Regeste

Regeste Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG; Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR; Art. 171 ff. SchKG; Insolvenztatbestand. Die richterlich angeordnete, nach den Bestimmungen des Konkursverfahrens durchzuführende Auflösung einer Gesellschaft nach dem seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ist im Rahmen von Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG der Konkurseröffnung nach Art. 171 ff. SchKG gleichzustellen (E. 5.2).

Erwägungen

E. 4

Die Vorinstanz hat die Erfüllung der Schadenminderungspflicht durch die Versicherte sowie das Vorliegen eines Insolvenztatbestandes im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AVIG (SR 837.0) bejaht, da mit der vom Handelsgericht angeordneten Liquidation nach den Bestimmungen zum Konkurs ein Rechtszustand geschaffen wurde, welcher jenem bei Konkurs nach Art. 171 ff. SchKG gleichkomme. Die Arbeitslosenkasse rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen Tatbestand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AVIG angenommen, denn die Aufzählung in Art. 51 Abs. 1 AVIG sei abschliessend und die vom Handelsgericht angeordnete Liquidation der aufgelösten Gesellschaft nach den Bestimmungen des Konkursrechts stelle keinen Konkurs im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AVIG dar; zur Bejahung der erfüllten Schadenminderungspflicht äussert sich die Arbeitslosenkasse nicht.

E. 5.1

Nach konstanter Rechtsprechung ist die Aufzählung der Insolvenztatbestände nach Art. 51 Abs. 1 AVIG abschliessend (vgl. statt vieler BGE 131 V 196 mit Hinweisen). Demnach ist zu prüfen, ob BGE 141 V 372 S. 374 der vorliegende Sachverhalt auf einen der dort genannten Tatbestände zutrifft.

E. 5.2

Wird wegen einem Mangel in der Organisation einer GmbH ein Verfahren nach Art. 731b OR notwendig, entscheidet der Richter - unabhängig von den Parteianträgen - über die Anordnung der angemessenen Massnahmen; d.h. der Kläger nach Art. 731b OR hat es nicht in der Hand, ob etwa als Folge eines Organmangels nur dieses neu bestellt oder aber - als ultima ratio - die Gesellschaft aufgelöst wird (vgl. Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002 3148, 3232 Ziff. 2.2.3 Aktienrecht zu Art. 731b OR ; WATTER/PAMER-WIESER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2012, N. 17 zu Art. 731b OR ; MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR , 2013, S. 187 ff.; PETER/CAVADINI, Commentaire romand, Code des obligations, Bd. II, 2008, N. 8 zu Art. 731b OR ; BÜRGE/GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG

und der GmbH, SJZ 105/2009 S. 157, 159 f.; FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung - Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008 1378, 1384 f.; vgl. auch BGE 136 III 369 E. 11.4 S. 370). Zwar liegt bei der Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b OR keine Konkurseröffnung durch den Konkursrichter im Sinne der Art. 171 ff. SchKG vor, doch wird die Sache nach dem Auflösungsentscheid durch das Gericht an das örtlich zuständige Konkursamt überwiesen, damit es die Liquidation nach den Bestimmungen des Konkurses durchführt (vgl. Urteil 4A_706/2012 vom 29. Juli 2013 E. 3). In BGE 141 III 43 hält das Bundesgericht fest, ordne der Richter gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an, werde ein normales Konkursverfahren durchgeführt (so bereits Urteil 5A_137/2013 vom 12. September 2013 E. 1.2.2) und ein Widerruf nach Art. 195 SchKG sei als Folge des definitiven Auflösungsentscheids ausgeschlossen. Mit Urteil 5A_137/2013 vom 12. September 2013 entschied das Bundesgericht, die Rechtsprechung von Urteil 5A_386/2010 vom 12. April 2011, wonach bei Auflösung einer Gesellschaft infolge Konkurseröffnung nach SchKG keine Möglichkeit mehr bestehe, diese infolge Organmangels gemäss Art. 731b OR aufzulösen, gelte auch in der umgekehrten Konstellation; somit werde ein hängiges Konkursverfahren bei Auflösung der Gesellschaft durch BGE 141 V 372 S. 375 den Richter nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR gegenstandslos. Zwar wird in der Lehre z.T. die Ansicht vertreten, mit Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR sei kein neuer Konkursgrund geschaffen worden (vgl. BÜRGE/GUT, a.a.O., S. 160; LORANDI, a.a.O., S. 1382; WATTER/PAMER-WIESER, a.a.O., N. 24 zu Art. 731b OR), doch kommt der richterliche Auflösungsentscheid in seinen Rechtsfolgen einer Konkurseröffnung nach SchKG gleich, so dass dieser unter Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG zu subsumieren ist. Zudem ist eine Konkurseröffnung nach SchKG in diesen Fällen ausgeschlossen und die Erfordernisse von Art. 51 Abs. 1 AVIG können von der versicherten Person gar nicht mehr erfüllt werden. SCHÖNBÄCHLER kommt denn auch zum Schluss, der Auflösungsentscheid nach Art. 731b OR entspreche hinsichtlich der Anwendung sozialversicherungsrechtlicher Normen funktional einer Konkurseröffnung (a.a.O., S. 301; ebenso bereits LORANDI, a.a.O., S. 1393 f.). Unter diesen Umständen gibt es im Rahmen des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 8 Abs. 1 BV keinen sachlichen Grund, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines (ehemaligen) Arbeitgebers, welcher infolge eines Auflösungsentscheids nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR liquidiert wird, anders zu behandeln als jene, über deren (ehemaligen) Arbeitgeber der Konkurs nach Art. 171 ff. SchKG eröffnet wird.

E. 5.3

Dies gilt umso mehr im hier zu beurteilenden Fall, wo die Versicherte früh die Betreuung gegen ihre (ehemalige) Arbeitgeberin einleitete, eine ordentliche Betreuung auf Konkurs aber mangels rechtskonformer Bestellung der Organe nicht durchgeführt werden konnte, so dass ihr nur der Weg über eine Klage nach Art. 731b in Verbindung mit Art. 819 OR verblieb, welche mit dem richterlichen Auflösungsentscheid und damit der Unmöglichkeit einer Erwirkung einer Konkurseröffnung endete (vgl. dazu BGE 141 III 43 und Urteil 5A_137/2013 vom 12. September 2013).

E. 5.4

Die Vorinstanz hat somit zu Recht die Erfüllung des Insolvenzstatbestandes nach Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG bejaht. Nachdem die Arbeitslosenkasse vor Bundesgericht die Erfüllung der Schadenminderungspflicht nach Art. 55 AVIG nicht gerügt hat und diese angesichts der

unbestrittenen Gegebenheiten offensichtlich gegeben ist, ist die vorinstanzliche Aufhebung des Einspracheentscheids vom 22. Juli 2013 und Rückweisung an die Arbeitslosenkasse zu neuer Verfügung nicht zu beanstanden.

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