

# **BGer 8C\_832/2014 vom 28. Mai 2015**

Bundesgericht, 2015-05-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_832\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_832_2014)

FR: TF 8C\_832/2014 du 28 mai 2015

IT: TF 8C\_832/2014 del 28 maggio 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 und Art. 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit 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 (vgl. BGE 130 III 136 E. 1.4 S. 140). Gemäss Art. 42 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten ( Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG ). Das Bundesgericht prüft grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen; es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu prüfen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen wurden. Es kann die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ).

### **E. 1.2**

Nach Art. 105 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Abs. 1). Es kann diese Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Abs. 2). Die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsrüge nach Art. 97 Abs. 1 BGG und für eine Berichtigung des Sachverhalts von Amtes wegen nach Art. 105 Abs. 2 BGG stimmen im Wesentlichen überein. Soweit es um die Frage geht, ob der Sachverhalt willkürlich oder unter verfassungswidriger Verletzung einer kantonalen Verfahrensregel ermittelt worden ist, sind strenge Anforderungen an die Begründungspflicht der Beschwerde gerechtfertigt. Entsprechende Beanstandungen sind vergleichbar mit den in Art. 106 Abs. 2 BGG genannten Rügen. Demzufolge genügt es nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten. Vielmehr ist in der Beschwerdeschrift nach den erwähnten gesetzlichen Erfordernissen darzulegen, inwiefern diese Feststellungen willkürlich bzw. unter Verletzung einer verfahrensrechtlichen Verfassungsvorschrift zustande gekommen sind. Andernfalls können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der von den Feststellungen im angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden. Vorbehalten bleiben offensichtliche Sachverhaltsmängel im Sinne von Art. 105 Abs. 2 BGG , die dem Richter geradezu in die Augen springen ( BGE 133 IV 286 E. 6.2 S. 288; 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255).

### **E. 2.1**

Die Beschwerde an das Bundesgericht ist zulässig gegen Endentscheide, das heisst gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen ( Art. 90 BGG ), und gegen Teilentscheide, die nur einen Teil der gestellten Begehren behandeln, wenn diese unabhängig von den anderen beurteilt werden können, oder die das Verfahren nur für einen Teil der Streitgenossen und Streitgenossinnen abschliessen ( Art. 91 BGG ). Gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ist hingegen die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Zuständigkeit oder den Ausstand betreffen ( Art. 92 BGG ), einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde ( Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ). Rückweisungsentscheide, mit denen eine Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, sind Zwischenentscheide, die nur unter den genannten Voraussetzungen beim Bundesgericht angefochten werden können ( BGE 133 V 477 E. 4.2 S. 481). Anders verhält es sich nur dann, wenn der unteren Instanz, an welche zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr verbleibt und die Rückweisung nur noch der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient ( BGE 135 V 141 E. 1.1 S. 143; 134 II 124 E. 1.3 S. 127).

### **E. 2.2**

Mit dem vorinstanzlichen Entscheid wird die Arbeitslosenkasse gezwungen, die weiteren Voraussetzungen des Bezugs einer Insolvenzenschädigung zu prüfen; sie hat dabei den von ihr bestrittenen Insolvenztatbestand sowie die erfüllte Schadenminderungspflicht als gegeben hinzunehmen. Diesbezüglich steht ihr kein Entscheidungsspielraum mehr zu; die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ist erfüllt und es ist auf die Beschwerde der Arbeitslosenkasse einzutreten.

### **E. 3**

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über die Insolvenzenschädigung begründenden Tatbestände ( Art. 51 Abs. 1 AVIG ; BGE 131 V 196 ) sowie die Schadenminderungspflicht der Insolvenzenschädigung beantragenden Person ( Art. 55 AVIG ) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

### **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 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 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 des Bundesrates 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 ; Rolf Watter/Charlotte Pamer-Wieser, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N. 17 zu Art. 731b OR ; Marcel Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR , 2013, S. 187 ff.; Henry Peter/Francesca Cavadini, Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, N. 8 zu Art. 731b OR ; Stefan Bürge/Nicolas 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 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 Konkursöffnung 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 Insolvenztatbestandes 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 Einspracheentscheid vom 22. Juli 2013 und Rückweisung an die Arbeitslosenkasse zu neuer Verfügung nicht zu beanstanden.

### **E. 6**

Das Verfahren ist kostenpflichtig. Die unterliegende Arbeitslosenkasse hat die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Versicherte hat Anspruch auf eine Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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