

AR GVP 33/2021 Nr. 3800

Arbeitslosenversicherung. Insolvenzenschädigung nach Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG. Diese Norm setzt voraus, dass der Konkurs nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen. Weil im vorliegenden Fall der direkte Zusammenhang zwischen der Überschuldung des Arbeitgebers und der Nichtleistung des Kostenvorschusses nicht nachgewiesen ist, besteht kein Anspruch auf eine Insolvenzenschädigung.

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 17.02.2021, ERV 20 56

Aus den Erwägungen:

2.1.3 Weil über die A. GmbH in Liquidation bisher kein Konkurs eröffnet worden ist, kommt als Grundlage für die Insolvenzenschädigung nur Art. 51 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (AVIG, SR 837.0) in Betracht. Diese Norm setzt im Sinne einer doppelten Kausalität voraus, dass die Nichteröffnung des Konkurses einzig durch das Fehlen der Bereitschaft der Gläubiger bedingt ist, die Kosten für das Konkursverfahren vorzuschüssen; der Grund für diese mangelnde Bereitschaft wiederum liegt in der offensichtlichen Überschuldung des Arbeitgebers (BGE 131 V 196 E. 4.1.1, mit Hinweisen). Die Überschuldung ist offensichtlich, wenn sie von jedem Gläubiger ohne weitere Schwierigkeiten erkennbar ist (STÖCKLI/GÄCHTER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 20 zu Art. 51 AVIG). Die „Handlung“ des Gläubigers kann nicht nur in der Nichtbezahlung des Kostenvorschusses liegen, sondern auch im Rückzug des Konkursbegehrens oder im Verstreichenlassen der Frist für die Leistung der Konkurskaution (BGE 134 V 88 E. 6.3). Liegt der Grund für die Verweigerung des Kostenvorschusses in der mangelnden Feststellbarkeit der Überschuldung, in Zahlungsschwierigkeiten der Gläubiger oder in der Befürchtung von Schwierigkeiten, ist die Voraussetzung von Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG nicht gegeben (STÖCKLI/GÄCHTER, a.a.O., N. 20 zu Art. 51 AVIG; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2448 Rz. 607). Die Überschuldung muss nicht bereits im Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben sein (STÖCKLI/GÄCHTER, a.a.O., N. 18 zu Art. 51 AVIG; BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 311). Erforderlich ist dagegen, dass das zwangsvollstreckungsrechtliche Verfahren das Stadium der Konkursandrohung überschritten hat (BGE 134 V 88 E. 6.2; THOMAS NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2447 Rz. 607 und Fn. 1357). Der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin hat den Anspruch auf Insolvenzenschädigung spätestens 60 Tage nach Kenntnisnahme des unbenützten Ablaufs der Frist für die Leistung des Kostenvorschusses geltend zu machen (Art. 77 Abs. 5 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIV, SR 837.02). Die Erfüllung einer Mindestbeitragszeit ist für die Insolvenzenschädigung - im Gegensatz zur Arbeitslosenentschädigung - nicht erforderlich; es genügt die ALV-Beitragspflicht (STÖCKLI/GÄCHTER, a.a.O., N. 9 zu Art. 51 AVIG). Keine Voraussetzung ist sodann das Andauern der Beitragspflicht im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs auf Insolvenzenschädigung (*dieselben*, a.a.O., N. 10 zu Art. 51 AVIG).

Im angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz auf das Fehlen von Anhaltspunkten für eine offensichtliche Überschuldung der ehemaligen Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin hingewiesen. Zwar sei die Firma aufgelöst worden, aber nicht wegen finanziellen Problemen, sondern wegen der Einbusse des Domizils. Die Gründe

für die Nichtbezahlung des Kostenvorschusses seien nicht belegt. Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, die offensichtliche Überschuldung ergebe sich aus dem Umstand, dass keine Bereitschaft der Gläubiger bestanden habe, den Kostenvorschuss zu leisten. Zudem sei die ehemalige Arbeitgeberin immer noch inaktiv und ohne Domiziladresse in Liquidation. Der Auszug aus dem Betreibungsregister weise mehrere Betreibungen und Verlustscheine aus.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die 60tägige Frist gemäss Art. 77 Abs. 5 AVIV eingehalten hat.

Sodann ist festzustellen, dass allein die gestützt auf Art. 153 der Handelsregisterverordnung (HRegV, SR 221.411) vom Handelsregisteramt erklärte *Auflösung* der A. GmbH den Tatbestand von Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG nicht erfüllt, weil daraus keine offensichtliche Überschuldung der Gesellschaft abgeleitet werden kann (Urteil des Bundesgerichts 5A_297/2012 vom E. 4.1.2 f.; für den Fall der *Löschung* nach aArt. 89 HRegV im Handelsregister: Urteil des Bundesgerichts 8C_410/2012 vom 24. September 2012 E. 4.2).

Gleiches gilt für den Nichteintretensentscheid des Konkursgerichts vom 14. Mai 2019 (act. 2.11). Dieser sagt weder etwas über die tatsächliche Überschuldung des Arbeitgebers noch über die Motive des oder der Gläubiger aus, von der Bevorschussung der Kosten für ein Konkursverfahren abzusehen (BGE 134 V 88 E. 6.2).

Mit der Replik hat die Beschwerdeführerin einen Betreibungsregisterauszug ins Verfahren eingeführt. Sie hat weder geltend gemacht noch nachgewiesen, ihr seien die entsprechenden Informationen bereits im März/April 2019 zur Verfügung gestanden. Der ins Recht gelegte Auszug (act. 12.14) wurde erst am 27. November 2020 und damit mehr als 1 ½ Jahre nach der gerichtlichen Kostenvorschussverfügung ausgestellt.

Es verbleibt der Umstand der fehlenden Lohnzahlung seitens der ehemaligen Arbeitgeberin. Daraus auf die vom Gesetz geforderte „offensichtliche Überschuldung“ zu schliessen, geht nicht an. Es sind andere Gründe für die Säumnis der Arbeitgeberin denkbar (im Verfahren vor dem Arbeitsgericht Wil machte die Arbeitgeberin etwa geltend, die Beschwerdeführerin habe Diebstähle begangen [act. 2.3 S. 8] und die Löhne seien vollständig ausbezahlt worden [act. 2.3 S. 10]). Jedenfalls kann nicht mit dem in Sozialversicherungsverfahren erforderlichen Beweisgrad der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ (BGE 144 V 427 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 8C_820/2019 vom 29. April 2020 E. 3, in: Pra 2020 Nr. 93; UELI KIESER, Kommentar ATSG, 4. Aufl. 2020, N. 53 ff. zu Art. 43 und N. 129 zu Art. 61 ATSG) angenommen werden, die A. GmbH in Liquidation sei im März/April 2019 überschuldet gewesen.

Wenn aber nicht nachgewiesen werden kann, dass die Beschwerdeführerin im März/April 2019 Kenntnis von der Überschuldung der A. GmbH in Liquidation gehabt hat, kann der vom Bundesgericht (BGE 134 V 88 E. 6.2 S. 95; vgl. auch BARBARA KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 314) geforderte direkte Zusammenhang zwischen der Überschuldung des Arbeitgebers und der Nichtleistung des Kostenvorschusses von vorneherein unmöglich erstellt werden. Es bleibt offen, aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin den vom Konkursrichter geforderten Vorschuss von Fr. 2'000.-- nicht bezahlt hat. Der Tatbestand von Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG ist nicht erfüllt. Es besteht kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Insolvenzenschädigung.