Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 62/04

Urteil vom 26. April 2005
I. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichterin Leuzinger, Bundesrichter Meyer, Lustenberger und Kernen; Gerichtsschreiberin Berger Götz

Parteien
Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Stadt, Hochstrasse 37, 4053 Basel, Beschwerdeführerin,

gegen

K._____, 1977, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Advokat Ludwig Schmid, Falknerstrasse 26, 4001 Basel

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt, Basel

(Entscheid vom 17. März 2004)

Sachverhalt:

A.
Die 1977 geborene K._____ war seit 12. August 1999 als Büroangestellte in der Firma P._____ AG tätig gewesen. Mit Schreiben vom 20. Mai 2001 löste die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis unter Hinweis auf "difficultés économiques et financières" mit sofortiger Wirkung auf. Zunächst forderte K._____ die Firma P._____ AG mehrmals schriftlich zur Zahlung ausstehender Löhne auf. Schliesslich erhob sie Klage gegen die ehemalige Arbeitgeberin auf Bezahlung von Fr. 16'932.60, welche vom Gewerblichen Schiedsgericht Basel-Stadt mit Entscheid vom 6. Mai 2002 gutgeheissen wurde, und leitete für die offene Forderung Betreibung ein. Nachdem gegen den Zahlungsbefehl vom 28. Juni 2002 Rechtsvorschlag erhoben worden war, bewilligte das Zivilgericht Basel-Stadt mit Entscheid vom 19. August 2002 die definitive Rechtsöffnung. Mittlerweile waren das Domizil der Gesellschaft und der Eintrag über das letzte Mitglied des Verwaltungsrates im Handelsregister gelöscht worden. Der Aufforderung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom ....., innert 30 Tagen seit Erscheinen der Publikation dem zuständigen Handelsregisteramt ein allfälliges begründetes Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung der Firma P._____ AG - welche
angeblich über keine verwertbaren Aktiven mehr verfüge - im Handelsregister schriftlich mitzuteilen, kam K._____ mit Schreiben vom 5. September 2002 an das Handelsregisteramt des Kantons Basel-Stadt fristgemäss nach. Zu einer Löschung der Firma im Handelsregister kam es in der Folge nicht.

Am 1. Oktober 2002 stellte K._____ Antrag auf Insolvenzentschädigung bezüglich Lohnforderungen für die Zeit vom 1. April bis 20. Juli 2001 im Betrag von Fr. 13'125.-. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2002 lehnte die Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Stadt die Ausrichtung von Insolvenzentschädigung ab und gab zur

Begründung an, über die Firma P._____ AG sei noch kein Konkurs eröffnet worden und es liege auch keine offensichtliche Überschuldung der ehemaligen Arbeitgeberin vor, womit die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt seien.

B.
Dagegen liess K._____ Beschwerde erheben mit dem Antrag, in Aufhebung der Verfügung vom 21. Oktober 2002 sei ihr eine Insolvenzentschädigung von Fr. 16'932.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Mai 2001 zuzusprechen. Das Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt hiess die Beschwerde mit Entscheid vom 17. März 2004 gut.

C.
Vertreten durch das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Basel-Stadt, Kantonale Amtsstelle für Arbeitslosenversicherung, führt die Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Stadt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, der kantonale Gerichtsentscheid vom 17. März 2004 sei aufzuheben, eventuell sei der Entscheid bezüglich der Höhe der Insolvenzentschädigung zu korrigieren, weil die Freistellungszeit nicht zum "Leistungsumfang der Insolvenzentschädigung" gehöre und die Verzinsungspflicht erst mit dem Datum der Anmeldung beginne.

K._____ lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen; eventualiter sei ihr in teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine Insolvenzentschädigung von Fr. 9625.- zuzusprechen; subeventualiter sei die Sache mit der Anweisung, es sei abzuklären, wie sich der Betrag von Fr. 16'932.60 zusammensetze, und zur Neubeurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) beantragt, der Entscheid des kantonalen Gerichts vom 17. März 2004 sei aufzuheben.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Wie das kantonale Gericht richtig festgestellt hat, ist das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 nicht anwendbar, da nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 21. Oktober 2002) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen vom Sozialversicherungsgericht nicht berücksichtigt werden (BGE 129 V 4 Erw. 1.2, 169 Erw. 1, 356 Erw. 1, je mit Hinweisen).

2.
Beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, haben Anspruch auf Insolvenzentschädigung, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers eines der folgenden, im Gesetz genannten zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Rz 508 ff.) erreicht hat:

- Konkurseröffnung 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).

3.
3.1 Arbeitslosenkasse und seco verneinen den Anspruch auf Insolvenzentschädigung, weil die Zahlungsunfähigkeit der ehemaligen Arbeitgeberin zum Zeitpunkt der leistungsablehnenden Verfügung keines der in Art. 51 Abs. 1 lit. a und b AVIG vorausgesetzten Stadien erreicht habe.

3.2 Das kantonale Gericht und die Beschwerdegegnerin gelangen demgegenüber in einer weiten, nicht streng an das SchKG angelehnten Auslegung des Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG zur Auffassung, dass eine Insolvenzentschädigung auszurichten sei. Ausgehend von der Tatsache, dass die ehemalige Arbeitgeberin seit August 2002 ohne Domizil ist, führt die Vorinstanz an, es sei bekannt, dass das Betreibungsamt Basel-Stadt unter diesen Umständen kein Konkurseröffnungsbegehren zulasse. Bei fehlendem Domizil erweise sich somit jede Konkursandrohung als nutzlos und Überlegungen zur Leistung eines Kostenvorschusses erübrigten sich aus dem gleichen Grund. Den Gläubigern sei damit die Wahlmöglichkeit genommen, und die Durchsetzung einer Forderung auf dem Weg der Zwangsvollstreckung sei abgeschnitten. Ein solcher Tatbestand sei bei der Regelung von Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG zwar nicht explizit bedacht, aber auch nicht ausgeschlossen worden. Die zu beurteilende Situation komme der Nichteröffnung des Konkurses nach erfolgter Konkursandrohung in der Wirkung gleich. Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung entsprechend seien darum auch Sachverhalte unter Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG zu subsumieren, die aus formellen Gründen die Konkurseröffnung nicht zuliessen
und bei welchen demzufolge eine Konkursandrohung nicht sinnvoll erscheine. Da die Überschuldung der Firma P._____ AG offensichtlich sei, habe die Beschwerdegegnerin Anspruch auf Insolvenzentschädigung.

4.
4.1
4.1.1 Aus den Akten ergibt sich, dass über die Firma P._____ AG (bisher) kein Konkurs eröffnet worden ist. Unter den vorliegenden Umständen fällt als Grundlage für die von der Beschwerdegegnerin beantragte Insolvenzentschädigung 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 vorzuschiessen". Diese Bestimmung 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., 400). 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 vorzuschiessen; der Grund für diese mangelnde Bereitschaft wiederum 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 Burgherr, Die Insolvenzentschädigung, 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 Urs Burgherr, a.a.O., S. 73; nach Jean-Fritz 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 a.a.O., S. 400, davon ausgegangen, dass das gestellte Konkursbegehren eine der Voraussetzungen für den Bezug
von Insolvenzentschädigung bildet, wie sein Hinweis auf Art. 169 Abs. 2 aSchKG zeigt [BBl 1989 III 400]).
4.1.2 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, braucht im vorliegenden Fall nicht beantwortet zu werden, weil das Zwangsvollstreckungsverfahren zweifellos nicht einmal bis zur Konkursandrohung gediehen ist. Es ist aber durchaus sinnvoll, aus insolvenzentschädigungsrechtlichem Gesichtswinkel ein fortgeschrittenes Zwangsvollstreckungsverfahren vorauszusetzen, weil bekanntlich viele Schuldner erst unter dem Druck der unmittelbar bevorstehenden Konkurseröffnung ihren Zahlungspflichten nachkommen. Da die Regelung der Insolvenzentschädigung gemäss Art. 51 ff. AVIG nach den im SchKG definierten zwangsvollstreckungsrechtlichen Stadien ausgerichtet ist, muss sich auch die Auslegung der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen an die SchKG-rechtlich definierten Vorgaben halten. Es kann unter arbeitslosenversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht Sache der versicherten Person sein, darüber zu entscheiden, ob weitere Vorkehren

zur Realisierung der Lohnansprüche erfolgsversprechend sind oder nicht (Urteil H. vom 3. Dezember 2003, C 148/03). Die "grosszügigere" Auslegung des Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG durch das kantonale Gericht, wonach in bestimmten Fällen unabhängig vom Stand des zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahrens Anspruch auf Insolvenzentschädigung besteht, falls nur schon die Überschuldung des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin offensichtlich ist, kommt im Ergebnis einer Erweiterung der Insolvenztatbestände gleich. Der - mit Blick auf die abschliessende Nennung der zu einer Insolvenzentschädigung Anlass gebenden Tatbestände im Gesetz (Art. 51 Abs. 1 und Art. 58 AVIG; Gerhards, Grundriss des neuen Arbeitslosenversicherungsrechts, Bern 1996, S. 175 Rz 78; Nussbaumer, a.a.O., S. 191 N 508; Burgherr, a.a.O., S. 68) - unzulässigen Interpretation der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Selbst wenn ihr beigepflichtet werden könnte, wäre ihre Argumentation im vorliegenden Fall gar nicht relevant, weil - wie sich im Folgenden zeigt - für die Beschwerdegegnerin durchaus die Möglichkeit bestanden hat, das Konkursverfahren gegen ihre ehemalige Arbeitgeberin durchzuführen.

4.2

4.2.1 Schuldner unterliegen gemäss Art. 39 Abs. 1 SchKG unter anderem dann der ordentlichen Konkursbetreibung (Art. 159 bis 176 SchKG), wenn sie als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen sind. In zeitlicher Hinsicht wird darauf abgestellt, ob sie zur Zeit der Einreichung des Fortsetzungsbegehrens im Handelsregister eingetragen waren (Domenico Acocella, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, N 11 zu Art. 39). Die Personen, welche im Handelsregister eingetragen waren, unterliegen, nachdem die Streichung durch das Schweizerische Handelsamtsblatt (SHAB) bekannt gemacht worden ist, noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung (Art. 40 Abs. 1 SchKG). Diese Bestimmung ist auf juristische Personen, die erst durch die Eintragung im Handelsregister entstehen, wie dies für die Aktiengesellschaft, die Kommanditaktiengesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft zutrifft, nicht anwendbar. Mangels eines betreibungsfähigen Rechtssubjektes kann daher nach der Löschung des Eintrags die Anhebung oder die Fortsetzung der Betreibung einer solchen juristischen Person nicht mehr erfolgen (Domenico Acocella, a.a.O., N 4 zu Art. 40 SchKG, mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung).

4.2.2 Zum absolut notwendigen Statuteninhalt einer Aktiengesellschaft gehört nach Art. 626 OR unter anderem der Sitz der Gesellschaft. Eine Sitzverlegung ist somit nur mittels Statutenänderung möglich. Betreibungsort der Aktiengesellschaft ist gemäss Art. 46 Abs. 2 SchKG zwingend und ausschliesslich der im Handelsregister eingetragene Sitz. Am Betreibungsort ist auch der Konkurs zu eröffnen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 55 Rz 45 f.). Befindet sich eine Aktiengesellschaft in Liquidation, behält sie ihren Sitz bei (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 55 Rz 159). Hat die Gesellschaft am Ort des statutarischen Sitzes kein Geschäftslokal, muss ins Handelsregister eingetragen werden, bei wem sich am Ort des Sitzes das Domizil befindet (Art. 43 Abs. 1 HRegV).

4.2.3 Die Firma P._____ AG hat ihren Sitz in der Stadt B._____. Als Adresse der Firma war im Handelsregister zunächst "Strasse X._____, Stadt B._____", und seit 2001 "c/o Firma S._____, Strasse X._____, Stadt B._____" eingetragen gewesen. Am ..... wurden das Domizil der Gesellschaft und das letzte Mitglied des Verwaltungsrates, am ..... wurde die Revisionsstelle im Handelsregister gelöscht. Eine Sitzverlegung ist offensichtlich nicht vorgenommen worden. Auf die Aufforderung des Handelsregisteramtes im Sinne von Art. 89 Abs. 1 HRegV hin haben die Beschwerdegegnerin und allenfalls weitere Personen ihr begründetes Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung der Firma P._____ AG im Handelsregister rechtzeitig innert der 30-tägigen Frist seit Erscheinen der Publikation im SHAB angemeldet. Das begründete Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung der Gesellschaft im Sinne von Art. 89 Abs. 1 HRegV bestand für die Versicherte zweifellos in der Perpetuierung der Möglichkeit, das Zwangsvollstreckungsverfahren gegen die ehemalige Arbeitgeberin fortzuführen. Da die Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister erfolgreich verhindert wurde, hätte es der Versicherten entgegen der Ansicht des kantonalen Gerichts offen gestanden, beim Betreibungsamt das Fortsetzungsbegehren zu stellen. Dies wäre ihr mit Blick auf Art. 55 Abs. 1 AVIG, wonach der Arbeitnehmer im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen muss, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihm mitteilt, dass sie an seiner Stelle in das Verfahren eingetreten ist, auch zumutbar gewesen. Die Firma P._____ AG unterliegt als nach wie vor im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft gemäss Art. 39 Abs. 1 SchKG weiterhin der ordentlichen Konkursbetreibung (Erw. 4.2.1 hiervor). Daran ändert nichts, dass das Domizil der Gesellschaft am ..... im Handelsregister gelöscht worden ist. Hätte - nach der Argumentation des kantonalen

Gerichts - das fehlende Domizil einer Aktiengesellschaft zur Folge, dass das Zwangsvollstreckungsverfahren gegen sie nicht mehr angehoben oder weitergeführt werden könnte, so würde es ihr offen stehen, sich durch Löschung ihrer Adresse im Handelsregister ganz einfach einer drohenden Konkurseröffnung zu entziehen, was mit dem Gläubigerschutz nicht vereinbar wäre. Falls die Beschwerdegegnerin, wie sie im Verfahren vor dem kantonalen Gericht hat vorbringen lassen, vom Betreibungsamt Basel-Stadt
tatsächlich die Auskunft erhalten hat, die Betreibung könne mangels Domizils nicht mehr fortgesetzt werden, ist sie falsch beraten worden. Das Betreibungsamt hätte das Fortsetzungsbegehren der Versicherten, allenfalls nach vorgängig erfolgter Einrichtung eines Zustelldomizils bei der Vormundschaftsbehörde oder nach Errichtung einer Beistandschaft für die ehemalige Arbeitgeberin gemäss Art. 393 Ziff. 4 ZGB (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 20 Rz 43), entgegennehmen müssen.

5.
5.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass es der Beschwerdegegnerin möglich und zumutbar gewesen wäre, die Eröffnung des Konkurses über ihre ehemalige Arbeitgeberin zu erwirken. Mit der Konkurseröffnung hätten die Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug von Insolvenzentschädigung gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG vorgelegen. Sodann hätte die Versicherte auch Anrecht auf Insolvenzentschädigung gehabt, wenn der Konkurs nach der Konkursandrohung oder zumindest nach gestelltem Konkursbegehren (vgl. die Kontroverse um den massgebenden Zeitpunkt, auf welche in Erw. 4.1 hiervor hingewiesen wird) nur deshalb nicht eröffnet worden wäre, weil sich auf Grund offensichtlicher Überschuldung der Aktiengesellschaft kein Gläubiger bereit gefunden hätte, die Kosten vorzuschiessen (Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG).

5.2 Die Beschwerdegegnerin verfügte damit (und verfügt unter Umständen auch heute noch) über die Möglichkeit, die Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung von Insolvenzentschädigung gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIG zu erfüllen. Da sie davon bis zum massgebenden Zeitpunkt des Verfügungserlasses (21. Oktober 2002; BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweisen) nicht Gebrauch gemacht hat und niemand Vorteile aus seiner eigenen Rechtsunkenntnis ableiten kann (BGE 126 V 313 Erw. 2b mit Hinweisen) lässt sich die Verneinung des Insolvenzentschädigungsanspruchs durch die Arbeitslosenkasse nicht beanstanden. Ansprüche aus Treu und Glauben im Hinblick auf eine allfällige unzutreffende Auskunft des Betreibungsamtes Basel-Stadt im Zusammenhang mit der Weiterführung des Zwangsvollstreckungsverfahrens vermögen im vorliegenden Streit um Insolvenzentschädigung keine Auswirkungen zu zeitigen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts Basel-Stadt vom 17. März 2004 aufgehoben.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Basel-Stadt, Kantonale Amtsstelle für Arbeitslosenversicherung, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 26. April 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der I. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: