

Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer

Dr. iur. Roland Müller, Rechtsanwalt (Staad/SG)*

I. Einleitung und Grundlagen

A. Aktuelle Problematik

Übermässig hohe Lohnforderungen von Managern beschäftigten in den vergangenen Jahren wiederholt die Medien.¹ Da erscheint es geradezu

vermessen, solchen leitenden Arbeitnehmern und vor allem Verwaltungsräten im Falle eines Konkurses für ihre arbeitsrechtlichen Forderungen auch noch eine privilegierte Stellung einräumen zu wollen. Und doch gibt es immer häufiger Situationen, in denen auch diese aus verständlichen Gründen ein Konkursprivileg für ihre Lohnforderungen beanspruchen.

Steht ein Verwaltungsrat nur in einem organschaftlichen Verhältnis zur Gesellschaft, so werden im Falle eines Konkurses der Gesellschaft keine Zweifel über die konkursrechtliche Behandlung von Forderungen dieses Organs aufkommen, da kein Arbeitsvertrag vorliegt.² Solche Forderungen sind in die letzte Klasse des Kollokationsplanes aufzunehmen. Hat der Verwaltungsrat jedoch eine Doppelstellung als Arbeitnehmer inne³ und wurde ihm der Lohn in den letzten Monaten vor Konkurseröffnung nicht vollständig ausbezahlt, so stellt sich die Frage, ob dieser Verwaltungsrat von einem gesetzlichen Konkursprivileg profitieren könne.

B. Entstehung der gesetzlichen Regelung

Bereits in der ursprünglichen Fassung des SchKG⁴ war in Art. 219 Abs. 4 ein Konkursprivileg erster Klasse für nicht pfandgesicherte Lohnforderungen von Dienstboten, Kommis⁵ und Büroangestellten sowie für Akkord- und Fabrikarbeiter enthalten. Es war unbestritten, dass zu den privilegierten Lohnbeträgen nicht nur der fixe Lohn oder

Der Autor analysiert, ob Lohnforderungen aller Arbeitnehmer einer konkursiten Gesellschaft ein Konkursprivileg erster Klasse zukommt oder ob leitende Arbeitnehmer von diesem Privileg ausgeschlossen sind. Die herrschende Lehre lehnt das Konkursprivileg erster Klasse für Führungskräfte einer Unternehmung mehrheitlich ab. In der Rechtsprechung wird zum einen davon ausgegangen, Art. 219 Abs. 4 SchKG gelte grundsätzlich nicht für Führungskräfte, zum anderen wird angenommen, Organe eines Unternehmens stünden in keinem Fall in einem Unterordnungsverhältnis. Der Autor kommt demgegenüber zum Schluss, dass unter bestimmten Voraussetzungen Führungskräfte vom Lohnprivileg profitieren, wenn die Konkursverwaltung nicht ihrerseits Ausschlussgründe vorbringt. Zi.

L'auteur analyse si les créances de salaire de tous les employés d'une société en faillite bénéficient du privilège de première classe ou si les employés qui occupent une place dirigeante en sont exclus. La doctrine dominante refuse le privilège dans la faillite aux forces dirigeantes d'une entreprise. La jurisprudence retient que l'art. 219 al. 4 LP ne s'applique en principe pas aux forces dirigeantes et considère en outre que les organes d'une entreprise ne se trouvent en aucun cas dans une relation de subordination. L'auteur parvient au contraire à la conclusion que les forces dirigeantes profitent à certaines conditions du privilège de la faillite, lorsque l'administration de la faillite ne fait pas valoir des motifs d'exclusion. P.P.

* Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Universität St. Gallen.

¹ Z.B. D. Affolter (NZZ v. 7. Juni 2001, 21), M. Corti (Finanz und Wirtschaft v. 16. Februar 2002, 31) und P. Barnevik bzw. G. Lindahl (NZZ v. 11. März 2002, 15). Eine Beschränkung des Lohnprivilegs für Arbeitnehmer im Konkurs fordert Krampf in der NZZ v. 9. Dezember 2003, 27.

² Das reine Verwaltungsratsmandat wird heute weder von der Lehre (vgl. A. Plüss: Die Rechtstellung des Verwaltungsratsmitgliedes (SSHW Bd. 130, Zürich 1990) 113 ff.; P. Nobel: Aktienrechtliche Entscheide (2. A., Bern 1991) 154; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel: Schweizerisches Aktienrecht (Bcrrn 1999) § 28 N 2-10; P. Böckli: Schweizer Aktienrecht (3. A., Zürich 1996) Rz. 1485b; Müller/Lipp/Plüss: Der Verwaltungsrat (2. A., Zürich 1999) 56 f., noch von der Rechtsprechung (zuletzt BGE 128 III 131 f. m.w.H.) als Arbeitsvertrag qualifiziert.

³ Eine solche Doppelstellung wird heute grundsätzlich als zulässig erachtet (vgl. R. Schiltknecht: Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften (ASR Heft 592, Bern 1997) 8; E. Homburger: Zürcher Kommentar (Zürich 1997) Rz. 748 ff.; Müller/Lipp/Plüss (Fn. 2) 39; G. Krneta: Praxiskommentar Verwaltungsrat (Bern 2001) Rz. 282 zu Art. 707 OR; M. Waldburger: Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates (SSPHW Bd. 66, Bern/Stuttgart/Wien 2002) 222 f.

⁴ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889; SR 281.1.

⁵ Franz. Commis: der Handlungsgehilfe.

das feste Gehalt gehören, sondern u.a. auch Gewinnanteile, Provisionen und Gratifikationen.⁶ Hingegen entstanden schon rasch unterschiedliche Auffassungen über den personellen Geltungsbereich dieser Gesetzesbestimmung. Ein Prokurist wurde noch übereinstimmend als privilegierter Angestellter qualifiziert. Doch bei einem Direktor wurde die Anwendung des Konkursprivilegs vorerst in der Rechtsprechung und dann auch in der Lehre verweigert⁷ mit der Begründung, ein Direktor sei dem Inhaber eines Privatgeschäftes gleichzustellen, weil er umfassendere Befugnisse als ein Kommis oder Angestellter habe⁸.

Im Zusammenhang mit der Änderung anderer Bundesgesetze wurde Art. 219 SchKG wiederholt revidiert.⁹ Die erste hier interessierende Änderung ergab sich jedoch erst mit dem Arbeitsgesetz vom 13. März 1964¹⁰. Das gesamte Lohnprivileg wurde damals unter einer einzigen Litera zusammengefasst und das Konkursprivileg der Arbeitnehmer wurde ausgedehnt.¹¹ Nach dem Wortlaut des Gesetzes steht das Konkursprivileg erster Klasse seit 1964 allen Arbeitnehmern ohne funktionale Einschränkung für alle arbeitsrechtlichen Forderungen aus den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung zu.

II. Bedeutung des Konkursprivilegs für Arbeitnehmer

A. Personeller Geltungsbereich

Nach dem klaren Gesetzestext kann sich jeder Arbeitnehmer bezüglich der gesetzlich bestimmten arbeitsrechtlichen Forderungen auf das Konkursprivileg berufen. Vom Konkursprivileg profitieren deshalb auch Ar-

beitnehmer in der Probezeit oder im gekündigten Arbeitsverhältnis. Es ist bedeutungslos, ob es sich um ein mündliches, schriftliches oder nur faktisches Arbeitsverhältnis handelt. Alle Arten von Arbeitsverträgen werden davon umfasst: Einzelarbeitsverträge, Handelsreisendenverträge, aber auch Gesamt- oder Normalarbeitsverträge.¹²

In Lehre und Rechtsprechung¹³ wird eingeschränkt, das Konkursprivileg für arbeitsrechtliche Forderungen gelte nicht für jene leitenden Arbeitnehmer, welche nicht in einem Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis zum Arbeitgeber stehen würden.¹⁴ Diese Ansicht ist in sich selbst widersprüchlich, weil das typische Element eines Arbeitsvertrages gerade die Unterordnung ist.¹⁵ Dem Begriffsmerkmal der Unterordnung wird deshalb heute in Lehre und Rechtsprechung am meisten Gewicht beigemessen.¹⁶

Grundsätzlich brauchen alle Personen, welche den Sozialschutz des Arbeitsrechts benötigen, auch den Sozialschutz des Lohnprivilegs.¹⁷ Es ist

daher zu prüfen, ob das Konkursprivileg doch unter gewissen Umständen für leitende Arbeitnehmer anwendbar ist.

2. Zeitlicher Geltungsbereich

a) Zeitraum vor der Konkurseröffnung

Privilegiert sind arbeitsrechtliche Forderungen, welche unter Berücksichtigung von Art. 219 Abs. 5 in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung entstanden sind. Mass-

¹⁰ ArG; SR 822.11.

¹¹ Damit wurde der berechtigten Forderung von namhaften Autoren in diesem Punkt Rechnung getragen, so insbesondere *W. Hug*: Die Einwirkung von Schuldbetreibung und Konkurs auf das Dienstverhältnis, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1944 (St. Gallen 1944) 99.

¹² *H. Peter*, in: *Staehelin/Bauer/Staehelin*, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Basel/Genf/München 1998) N 29 zu Art. 219 SchKG.

¹³ Vgl. ZBJV 127 (1991) 143.

¹⁴ Zusammenfassend auch *Peter* (Fn. 12) N 31 zu Art. 219 SchKG, m.w.H.

¹⁵ *F. Vischer*, in: *W. Wiegand*, Schweizerisches Privatrecht, OR – Besondere Vertragsverhältnisse (2. A., Basel und Frankfurt am Main 1994) 5; *M. Rehbinder*: Schweizerisches Arbeitsrecht (15. A., Bern 2002) 40, spricht vom «Abhängigkeitsverhältnis», das den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich der Direktionsgewalt des Arbeitgebers unterstellt.

¹⁶ Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 22. März 1988; *A. Staehelin*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Bd. V, Teilband V 2c, Zürich 1984) N 27 zu Art. 319; ebenso *J. Brühwiler*: Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag (2. A., Bern/Stuttgart/Wien 1996) N 5b zu Art. 319 OR, m.w.H. Das Bundesgericht spricht in BGE 125 III 81 von: «una della caratteristica essenziali e imprescindibili del rapporto di lavoro».

¹⁷ *K. Meier*: Lohnforderungen im Arbeitgeber-Konkurs (in: *plädoyer* 2/98) 41.

⁶ *A. Reichel*: Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (2. A., Zürich 1901) N 12 zu Art. 219 SchKG; *C. Jaeger*: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs (3. A., Zürich 1911) N 15 zu Art. 219 SchKG.

⁷ Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts Zürich vom 19. Juni 1906, in: ZR 9 (1919) 19, 31.

⁸ *A.M. E. Blumenstein*: Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (6. A., Bern 1997) 684. Doch schliesst auch er Mitglieder des Verwaltungsrates vom Konkursprivileg aus mit der Begründung, diese würden eben gerade nicht in einem Dienstverhältnis zur Gesellschaft stehen.

⁹ *Amonn/Gasser*: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (7. A., Bern 1997) 346 ff.

gebend ist dabei der genaue Tag der Konkurseröffnung. Das Gesetz verlangt nicht die Fälligkeit, sondern die Entstehung der Forderung, weshalb Provisionsansprüche aus Geschäften vor Konkurseröffnung auch dann noch privilegiert sind, wenn sie erst später fällig werden.¹⁸ Alle arbeitsrechtlichen Forderungen, welche mehr als sechs Monate vor Konkurseröffnung entstanden sind, müssen in der 3. Klasse kolloziert werden, auch wenn deren Fälligkeit erst innerhalb der privilegierten Frist eintritt.¹⁹

2. Zeitraum nach der Konkurs- eröffnung

In der Regel kündigt die Konkursverwaltung unmittelbar nach Konkurseröffnung vorsorglich die bestehenden Arbeitsverhältnisse. Eine solche Kündigung durch die Konkursverwaltung stellt eine vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers dar, weshalb auch die daraus resultierenden arbeitsrechtlichen Forderungen privilegiert sind.

Neue arbeitsrechtliche Forderungen nach Konkurseröffnung können nur entstehen, wenn der Arbeitnehmer vom Konkursamt trotz Konkurseröffnung weiterbeschäftigt wird.²⁰ Nach Art. 211 Abs. 2 SchKG kann die Konkursverwaltung in das bestehende Arbeitsverhältnis eintreten, wenn es nicht bereits vor der Konkurseröffnung aufgelöst wurde.²¹ Für diese neuen Forderungen ist das Konkursprivileg insofern bedeutungslos, als alle neu entstehenden Lohnforderungen vorweg aus dem Massevermögen zu bezahlen sind.²² Können die neuen arbeitsrechtlichen Forderungen wider Erwarten nicht aus dem Massevermögen gedeckt werden, so gibt es auch in der ersten Klasse nichts zu verteilen und für den Lohnausfall haftet die Konkursverwaltung bzw. der Staat.²³

C. Sachlicher Geltungsbereich

Entsprechend seiner Entstehungsgeschichte ist klar, dass Art. 219 Abs. 4 SchKG alle Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis während der gesetzlichen Frist privilegiert. Dazu gehören insbesondere:²⁴

- Lohnforderungen inkl. Naturalleistungen (z.B. Kost und Logis)
- 13. Monatslohn pro rata temporis²⁵, unabhängig vom üblichen Auszahlungszeitpunkt

- Gratifikation, sofern ein Rechtsanspruch besteht
- Entschädigung für Überstunden, sofern keine schriftliche Kompensationsverpflichtung durch Freizeit gleicher Dauer besteht
- Entschädigung für Ferien pro rata temporis, sofern diese wirklich nicht mehr in natura bezogen werden können.

Das Gesetz sieht keine Maximalsumme für die privilegierte Forderung vor. Hat ein Arbeitnehmer einen hohen Lohn und gleichzeitig einen Arbeitsvertrag mit einer langen Mindestdauer oder einer langen Kündigungsfrist, so ist die gesamte Lohnforderung privilegiert.

III. Konkursprivileg und Insolvenzentschädigung

A. Notwendigkeit von weiterem Sozialschutz

Das Konkursprivileg erster Klasse für die Arbeitnehmer nützt nur dann etwas, wenn es im Konkurs des Arbeitgebers auch noch etwas zu verteilen gibt.²⁶ In der Schweiz werden etwa 30% der Konkursverfahren mangels Aktiva eingestellt,²⁷ weshalb auch ein Konkursprivileg nach Art. 219 SchKG nichts mehr nützt. Aber auch dort, wo noch genügend Mittel zur Durchführung des Konkurses vorhanden sind, kann der Arbeitnehmer nicht mit Sicherheit damit rechnen, dass seine arbeitsrechtlichen Forderungen gedeckt werden. Oftmals sind Vermögenswerte bereits mit Drittrechten belegt oder rechtsgültig abgetreten worden. Auch die Verwertung von Grundstücken deckt meist nicht einmal die Grundpfandrechte. Schliesslich sind alle Gläubiger innerhalb der ersten Klasse gleichgestellt, sodass

¹⁸ Peter (Fn. 12) N 32 zu Art. 219 SchKG.

¹⁹ Peter (Fn. 12) N 32 zu Art. 219 SchKG.

²⁰ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (4. A., Zürich 1997/99) N 23 zu Art. 319 SchKG. Eine Weiterbeschäftigung muss bereits dann angenommen werden, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung geduldet wird; vgl. F. Lorandi: Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, in: SJZ 96 (2000) 152.

²¹ Der Arbeitnehmer hat dies zu akzeptieren, doch kann er nach Art. 211 Abs. 2 SchKG von der Konkursverwaltung Sicherstellung verlangen; vgl. Lorandi (Fn. 20) 153.

²² Amonn/Gasser (Fn. 9) 345; Meier (Fn. 17) 40; Lorandi (Fn. 20) 151 und 159; zu Unrecht a.M. Fritzsche/Walder: Schuldbetreibung und Konkurs (3. A., Zürich 1993) Rz. 10 zu § 43, und Bruni: Die Stellung des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, in: BJM (1982) 298, welche diese neu entstandenen Forderungen in der letzten Klasse kollozieren wollen.

²³ Meier (Fn. 17) 40.

²⁴ Peter (Fn. 12) N 34 zu Art. 219 SchKG.

²⁵ A.M. Fritzsche/Walder (Fn. 22) N 11 zu § 43, mit Verweis auf BJM (1979) 307.

²⁶ Meier (Fn. 17) 38.

²⁷ M. Ammann: Eine Insolvenzenschädigung für den Arbeitnehmer, in: SZS 24 (1980) 214.

die arbeitsrechtlichen Forderungen den versicherungsrechtlichen und familienrechtlichen Ansprüchen gemäss Gesetz gleichgestellt sind. Zudem dauern Konkursverfahren in der Regel länger als ein Jahr, sodass die betroffenen Arbeitnehmer ohne einen weiteren Sozialschutz häufig in einen verhängnisvollen Liquiditätsengpass geraten würden.

B. Subsidiäre Insolvenzenschädigung

1. Gesetzliche Regelung zur Insolvenzenschädigung

Art. 51 AVIG²⁸ regelt die Anspruchsvoraussetzungen für eine Insolvenzenschädigung. Danach haben beitragspflichtige Arbeitnehmer u.a. einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen.

Durch die zweite Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes wurde auf den 1. Januar 1996 auch Art. 51 AVIG neu geregelt. Art. 51 Abs. 2 AVIG verwehrt nun ausdrücklich jenen Personen den Anspruch auf Insolvenzenschädigung, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie der mitarbeitende Ehegatte.

Direktoren und Mitglieder des Verwaltungsrates sind zweifellos Personen, welche dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören. Allerdings heisst das noch nicht, dass sie in jedem Falle die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimm-

men oder massgeblich beeinflussen. Dies zeigt sich bei den Arbeitnehmervertretern in einem paritätisch zusammengesetzten Verwaltungsrat²⁹. Die von der Belegschaft in den Verwaltungsrat delegierten Arbeitnehmer haben weiterhin die Weisungen ihrer direkten Vorgesetzten zu befolgen und sind zudem nur beschränkt in der Lage, die Entscheidungen des Arbeitgebers im Sinne des Gesetzes zu bestimmen oder massgeblich zu beeinflussen. Ein Ausschluss dieser Arbeitnehmervertreter von einem Anspruch auf Insolvenzenschädigung würde sicher nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen. Auch ein Direktor kann unter Umständen bei einer kollektiven Zeichnungsberechtigung nur sehr beschränkte Entscheidungskompetenz haben. Es bleibt deshalb nichts anderes übrig, als jeden Fall individuell zu beurteilen.³⁰

2. Verhältnis zum Konkursprivileg

Der Arbeitnehmer hat gemäss Art. 55 AVIG im Konkursverfahren alles zu unternehmen, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihm mitteilt, dass sie an seiner Stelle in das Verfahren eintritt. Mit der Ausrichtung der Insolvenzenschädigung gehen die Lohnansprüche des Arbeitnehmers gestützt auf Art. 54 AVIG im Ausmass der bezahlten Entschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse über.

Die Insolvenzenschädigung deckt gemäss Art. 52 AVIG nur Lohnforderungen für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses³¹. Auf den ersten Blick scheint deshalb dieser Sozialschutz für den Arbeitnehmer schlechter zu sein, als das Konkurs-

privileg nach Art. 219 SchKG. Doch bei der Insolvenzenschädigung wird nicht auf das Datum der Konkursöffnung, sondern auf dasjenige der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgestellt. Verzögert sich die Konkursöffnung und ist der Arbeitnehmer mangels Lohnzahlung gezwungen, das Arbeitsverhältnis vorher aufzulösen, so entfällt unter Umständen die Möglichkeit zur Geltendmachung des Konkursprivilegs, nicht

²⁸ Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz) vom 25. Juni 1982; SR 837.0.

²⁹ Als bekanntes Beispiel dafür gilt der paritätisch zusammengesetzte Verwaltungsrat der Bürstenfabrik Trisa AG in Triengen/LU.

³⁰ BGE 104 V 201 ff., BGE 106 V 117, unveröffentlichter BGE C 278/99, BGE 123 V 237. Ebenso *H.U. Stauffer*: Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (2. A., Zürich 1998) 122 f., der zwar mit Verweis auf BGE 112 V 60 ff. feststellt, dass Mitglieder des Verwaltungsrates, die einen Lohn beziehen und bei denen davon auszugehen ist, dass dies nicht in ihrer spezifischen Eigenschaft als Verwaltungsrat geschieht, einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben, aber zu Art. 51 Abs. 2 AVIG u.H.a. ARV (1996/97) N 4, 227, trotzdem anführt, dass bei mitarbeitenden Verwaltungsräten auf eine individuelle Prüfung der Entscheidungsbefugnisse verzichtet werden könne, da diese schon von Gesetzes wegen vorhanden sei – womit grundsätzlich ein Ausschluss vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung gegeben wäre.

³¹ Allerdings gehen die Ansprüche in keinem Fall über das Datum der Konkursöffnung hinaus (vgl. Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts vom 8. Februar 2001, in: ARV (2001) 33, 238 f.).

aber diejenige der Insolvenzenschädigung.³²

³² *Fritzsche/Walder* (Fn. 22) Anm. 5 zu Rz. 2 bei § 43a. Gemäss BGE 114 V 56 und Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts vom 29. Januar 1993, publiziert in: *Praxis* 82 (1993) 499 ff., deckt die Insolvenzenschädigung jedoch nur den Lohn vor der Konkurseröffnung; zur Begründung wird angeführt, die Auslegung von Art 52 AVIG habe sich im Rahmen von Art. 51 AVIG zu halten (ebenso *G. Gerhards*, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz (Bd. III, Bern 1992) 1293 N 14).

³³ Verordnung über die Unfallversicherung vom 12. Dezember 1982; SR 832.202.

³⁴ *Peter* (Fn. 12) N 31 zu Art. 219; *Jaeger/Walder/Kull/Kottmann* (Fn. 20) N 24 zu Art. 219; *Fritzsche/Walder* (Fn. 22) Rz. 10 zu § 43; *Amonn/Gasser* (Fn. 9) § 42 Rz. 73; *Streiff/von Kaenel*: Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht (5. A., Zürich 1992) N 16 zu Art. 322. A.M. *E. Schweingruber*: Kommentar zum Arbeitsvertrag (2. A., Bern 1976) 42-44; *Hutterli*: der leitende Angestellte im Arbeitsrecht (SSR, Heft 17, 3. A., Bern 1984) 109, und *B. Grob-Andermacher*: Die Rechtslage des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Arbeitgebers (Zürich 1982) 60; *M. Krampf*, Lohnprivileg des Arbeitnehmers im Konkurs, in: NZZ Nr. 286/03 2003, 27, geht in seinem NZZ-Artikel entgegen der Lehre ohne Begründung davon aus, dass im Konkursfalle die Löhne aller Kadermitglieder privilegiert seien «bis zum vielleicht fürstlich bezahlten CEO».

³⁵ *Amonn/Gasser* (Fn. 9) § 42 Rz. 73, m.V.a. BGE 118 III 48 ff.; *Fritzsche/Walder* (Fn. 22) 190, und *Jaeger/Walder/Kull/Kottmann* (Fn. 20) N 24 zu Art. 219 SchKG.

³⁶ *Peter* (Fn. 12) N 31 zu Art. 219 SchKG.

³⁷ *Hutterli* (Fn. 34) 110.

³⁸ Diese Formulierung wurde in einem Entscheid des Kantonsgerichts Waadt vom 2. November 1993, publiziert in: SJZ 90 (1994) 389, als völlige Ablehnung des Konkursprivilegs für VR interpretiert: «Claus Hutterli nie que les administrateurs puissent se prévaloir du privilège de l'article 219 LP».

³⁹ *R. Müller*: Die arbeitsrechtliche Situation der VR-Delegierten in der Schweiz (in: AJP 12/2001) 1369 ff.

⁴⁰ *Grob-Andermacher* (Fn. 34) 56 f.

⁴¹ *Grob-Andermacher* (Fn. 34) 60.

⁴² *Meier* (Fn. 17) 41.

C. Begrenzung der Insolvenzenschädigung

Im Gegensatz zum Konkursprivileg für Lohnforderungen ist die Insolvenzenschädigung nicht nur zeitlich, sondern auch betragsmässig begrenzt. Gemäss Art. 52 i.V.m. Art. 3 AVIG werden Leistungen nur bis zu dem für die obligatorische Unfallversicherung massgebenden, auf den Monat umgerechneten Höchstbetrag des versicherten Verdienstes ausgerichtet. Nach Art. 22 UVV³³ beläuft sich der Höchstbetrag des versicherten Verdienstes derzeit auf 106 800 Franken im Jahr und 293 Franken im Tag. Selbst wenn Art. 51 Abs. 2 AVIG die Mitglieder des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums nicht vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausschliessen würde, so wäre mit der Maximierung auf 8900 Franken pro Monat auch bei hohen Salären eine übermässige Leistung des Sozialversicherers ausgeschlossen.

IV. Anspruch leitender Arbeitnehmer auf das Konkursprivileg

A. Ablehnung des Konkursprivilegs für Führungskräfte durch die Lehre

In der Lehre wird das Konkursprivileg der ersten Klasse für Löhne von Führungskräften einer AG mehrheitlich abgelehnt.³⁴ Zur Begründung wird angeführt, es widerspräche dem Schutzgedanken des Gesetzes, wenn sich ein Verwaltungsrat oder Direktor auf das Lohnprivileg als Arbeitnehmer zum Nachteil der Belegschaft berufen könnte.³⁵ Immerhin schränkt *Peter* ein, dass diese Auslegung nur solange vertretbar sei, als der Betroffene die Gesellschaft wesentlich beeinflusst und zu ihrem Konkurs beigetragen habe.³⁶

*Hutterli*³⁷ anerkennt, dass das Konkursprivileg der ersten Klasse auch Führungskräften zuteil werden könne, doch gelangt er schliesslich zum Ergebnis, «dass das Konkursprivileg in der Regel bei Mitgliedern des Verwaltungsrates zu verneinen, bei Direktoren zu bejahen ist.»³⁸ Angesichts der Tatsache, dass 73,2% aller VR-Delegierten in der Schweiz angeben, zusätzlich zum organschaftlichen Verhältnis in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zu stehen³⁹, sollte von einer allgemeinen Regel, wie sie *Hutterli* noch aufstellte, Abstand genommen werden.

Grob-Andermacher geht zwar davon aus, dass der Gesetzgeber die «leitenden Angestellten» vom Konkursprivileg der ersten Klasse ausschliessen wollte⁴⁰, doch anerkennt sie deren Bedürfnis nach sozialem Schutz und gelangt zum Ergebnis, auch diesen Arbeitnehmern sei ein Konkursprivileg einzuräumen.⁴¹

*Meier*⁴² anerkennt schliesslich die Anwendbarkeit des Konkursprivilegs erster Klasse auf Lohnforderungen von leitenden Arbeitnehmern. Dabei schränkt er zu Recht ein, dass ein Arbeitsverhältnis nur dann angenommen werden dürfe, wenn die Voraussetzung der Unterordnung erfüllt sei.

Um Klarheit über die grundsätzliche Anwendbarkeit des Konkursprivilegs erster Klasse auf die arbeitsrechtlichen Lohnforderungen von Verwaltungsräten zu erhalten, sind eine eingehende Prüfung der Rechtsprechung und eine umfassende Auslegung des Gesetzes notwendig.

B. Rechtsprechung zum Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer

Das Obergericht des Kantons Zürich hatte wiederholt der Frage nachzuge-

hen, ob sich ein leitender Arbeitnehmer bei der Geltendmachung seiner Lohnforderung gegenüber der konkursiten Gesellschaft auf das Konkursprivileg gemäss SchKG stützen könne.

– Am 3. September 1931⁴³ wurde das Konkursprivileg einem von drei Verwaltungsräten zugebilligt, weil er nur Minderheitsaktionär und zugleich einziger Angestellter der Gesellschaft mit Weisungsgebundenheit gegenüber dem Mehrheitsaktionär (gleichzeitig Verwaltungsrat und Direktor) war.

– Am 1. November 1977⁴⁴ machte das Obergericht geltend, nicht das Bestehen eines Arbeitsvertrages, sondern andere Kriterien seien für die Zusprechung des Konkursprivilegs für Lohnforderungen massgebend. Einem Verwaltungsrat, der Hauptverantwortlicher des konkursiten Unternehmens war und dessen halbes Aktienkapital besass, wurde eine Vorzugsstellung im Konkurs verweigert.

Der *Bernische Appellationshof* fällte am 15. März 1989 einen ausführlich begründeten Entscheid⁴⁵ im Zusammenhang mit einem leitenden Arbeitnehmer. Der betroffene Generaldirektor G. hatte zuerst als Verwaltungsrat in einem rein organschaftlichen Verhältnis zur Gesellschaft gestanden, bevor er nach drei Jahren zusätzlich noch einen Arbeitsvertrag mit derselben Gesellschaft abschloss. Ein Jahr später demissionierte G. als Verwaltungsrat mit der Begründung, es existiere ein Kompetenzkonflikt zwischen der Funktion als Direktor und jener als Verwaltungsrat. Als wenig später über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde, machte G. geltend, seine Lohnforderung sei in die erste Klasse aufzunehmen. Das Gericht folgte diesem Begehren nicht, obwohl es zwischen G. und der Gesell-

schaft einen rechtsgültigen Arbeitsvertrag anerkannte. Es verwies auf die herrschende Lehre und die Tatsache, dass G. in einem Zeitpunkt den Arbeitsvertrag abgeschlossen habe, als die Gesellschaft bereits notleidend gewesen sei. Diese Begründung überzeugt nicht, weil nämlich alle Arbeitnehmer unabhängig von der Funktionsstufe ihr Konkursprivileg verlieren würden, sofern sie im besagten Zeitpunkt oder später ihren Arbeitsvertrag abgeschlossen hätten.

Das *Bundesgericht* hatte ebenfalls mehrmals Gelegenheit, zum Konkursprivileg bezüglich Lohnforderungen von leitenden Arbeitnehmern Stellung zu nehmen:⁴⁶

– Am 15. Januar 1986⁴⁷ war die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eines VR-Präsidenten zu beurteilen, welcher in der konkursiten Gesellschaft gleichzeitig als Verkäufer tätig gewesen war und nun zwar kein Konkursprivileg, aber doch eine Insolvenzenschädigung verlangte. Das Bundesgericht verwarf die Begründung der Vorinstanz mit dem Hinweis, das die dort zitierte Judikatur und Literatur nicht den gegenwärtigen Stand der Doktrin wiedergeben würde. Stattdessen sei auf die neueren Meinungen von *Bruni* und *Brönnimann* abzustellen⁴⁸, welche unter bestimmten Ausführungen auch Direktoren und Verwaltungsräten ein Konkursprivileg für Lohnforderungen zugestehen.

– Am 4. Juni 1992⁴⁹ hatte das Bundesgericht die Berufung eines ehemaligen Geschäftsführers zu beurteilen, der gleichzeitig Mitglied eines dreiköpfigen Verwaltungsrates gewesen war. Das Bundesgericht wies das Begehren um Kollokation der Forderung in der ersten Klasse ab: «Das Kriterium der wirtschaftlich massgeblichen Beteiligung

würde eine Ausdehnung des Lohnprivilegs auf höchste Angestellte mit Organstellung erlauben, die zwar über keinen oder nur einen bescheidenen Aktienbesitz, wohl aber infolge ihrer Doppelfunktion zwangsläufig über eine grosse Unabhängigkeit verfügen, wirtschaftlichen Einfluss ausüben und entsprechende Verantwortung zu tragen haben.» Das Argument der Abhängigkeit und der damit verbundenen Unterordnung wurde mit der in sich selbst widersprüchlichen Begründung abgelehnt: «Der Kläger stand zwar in einem Arbeitsverhältnis, aber es fehlte wegen seiner Organstellung in tatsächlicher Hinsicht an einem Unterordnungsverhältnis.»

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die bisherige Rechtsprechung zu Art. 219 Abs. 4 erster Klasse lit. a. SchKG bezüglich der arbeitsrechtlichen Forderungen von leitenden Arbeitnehmern inkonsequent und in sich selbst widersprüchlich ist. Zum einen wird ohne schlüssige Begründung davon ausgegangen, dieser Artikel gelte nicht für Führungskräfte

⁴³ ZR 31 (1932) Nr. 185, 349 f.

⁴⁴ SJZ 74 (1978) 363.

⁴⁵ Publiziert in ZBJV 127 (1991) 142 ff. und bestätigt durch das BGer am 8. September 1989 (5C.94/1989). Dieses Urteil übersieht *Krampf* (Fn. 34) 27, wenn er behauptet, selbst der Generaldirektor einer AG komme stets in den Genuss des Lohnprivilegs, weil er sich den Weisungen des Verwaltungsrats unterziehen müsse.

⁴⁶ So schon in BGE 36 II 133 f. E. 3a, 43 III 256 E. 2 und 52 III 147 E. 3.

⁴⁷ BGE 112 V 55 ff.

⁴⁸ *Bruni* (Fn. 22) 281 ff., und *K. Brönnimann*: Der Arbeitgeber im Konkurs (Diss. Basel 1982) 79 ff.

⁴⁹ BGE 118 III 46 ff.

einer Gesellschaft und zum andern wird fälschlicherweise angeführt, Organe könnten nicht in einem Unterordnungsverhältnis stehen. Die bisherige Rechtsprechung ist demnach nicht geeignet, eine abschliessende Feststellung über die Anwendbarkeit des Konkursprivilegs auf arbeitsrechtliche Forderungen von leitenden Arbeitnehmern zu machen.

C. Auslegung des Gesetzes bezüglich Anwendbarkeit des Konkursprivilegs

a) Gesetzestext

In Art. 219 Abs. 4 wird unter der ersten Klasse lit. a. SchKG der Begriff «Arbeitnehmer» ohne Präzisierung oder Einschränkung verwendet. Gleiches gilt für den Gesetzestext in den anderen Landessprachen⁵⁰.

Auch im übrigen Text des SchKG wird der Begriff «Arbeitnehmer» nirgends präzisiert oder eingeschränkt. Da der Begriff «Arbeitnehmer» in erster Linie mit dem Arbeitsvertrag zusammenhängt, ist zur vollständigen Auslegung auch der Text des Obligationenrechtes heranzuziehen.

Im zehnten Titel des Obligationenrechtes wird heute ausschliesslich der Begriff «Arbeitnehmer» verwendet. Nach dem geltenden Arbeitsvertragsrecht umfasst der Begriff «Arbeitnehmer» auch die Führungskräfte einer Aktiengesellschaft, sofern sie in einem

arbeitsrechtlichen Verhältnis zu dieser stehen.

Auch das Arbeitsgesetz ist bei der Auslegung des Gesetzestextes zu berücksichtigen, da dieses zur entscheidenden Formulierung von Art. 219 Abs. 4 SchKG geführt hat. In Art. 3 lit. d) ArG wird festgelegt, dass unter Vorbehalt von Art. 3a ArG das Arbeitsgesetz nicht anwendbar ist auf Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben. Prima vista könnte angenommen werden, der Ausschluss von Arbeitnehmern mit einer höheren leitenden Tätigkeit gelte im Hinblick auf Art. 63 ArG auch für das Konkursprivileg. Beurteilt man jedoch den Art. 3 ArG als Ganzes, so muss man zwingend zur gegenteiligen Auffassung gelangen, wird doch eine Vielzahl von Arbeitnehmerkategorien von der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes ausgeschlossen, insbesondere gemäss lit. f. auch die Heimarbeiter. Genau diese Kategorie ist jedoch unter den Begriff «Arbeitnehmer» zu subsumieren und muss deshalb in der ersten Klasse auch nicht mehr gesondert aufgeführt werden.⁵¹ Der Wortlaut des Arbeitsgesetzes führt zur Schlussfolgerung, dass Art. 219 Abs. 4 SchKG auf Arbeitnehmer mit einer höheren leitenden Tätigkeit anwendbar ist, sofern tatsächlich die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses erfüllt sind.

Nach den massgebenden Gesetzestexten von SchKG, OR und ArG muss davon ausgegangen werden, dass die leitenden Arbeitnehmer einer Gesellschaft nicht vom Konkursprivileg gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG ausgeschlossen sind.

2. Systematik

a) Systematik innerhalb des SchKG

Das Marginale zu Art. 219 SchKG ist eindeutig; hier werden die Forderungen

gen aller Gläubiger behandelt. Dies ergibt sich auch aus der Tatsache, dass nach Art. 219 Abs. 4 SchKG «alle übrigen Forderungen» in der dritten Klasse kollektiviert werden.

b) Systematik ausserhalb des SchKG

Art. 63 ArG⁵² führte zur hier interessierenden Änderung des Konkursprivilegs erster Klasse. Gemäss Art. 3 lit. d. ArG sind Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausdrücklich ausgeschlossen. Gemäss Art. 9 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz übt eine höhere leitende Tätigkeit aus, «wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung [...] über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann». Damit gehören zweifellos Geschäftsführer, Direktoren und Verwaltungsräte zu leitenden Arbeitnehmern.⁵³

Bundesgesetze stehen in Bezug auf die Normenhierarchie auf gleicher Stufe. Art. 63 ArG führte deshalb zu einer selbstständigen Änderung des SchKG. Folglich können Bestimmungen des Arbeitsgesetzes für leitende Arbeitnehmer durchaus ausgeschlossen sein, während die Änderungen des SchKG für leitende Arbeitnehmer ausnahmslos Geltung haben können.

Zu prüfen ist, ob der Gesetzgeber an anderer Stelle ausserhalb des SchKG leitende Arbeitnehmer ausdrücklich von gewissen Privilegien ausgeschlossen hat. Wäre dies der Fall, so ist davon auszugehen, dass dies auch im SchKG gemacht worden wäre, wenn der Gesetzgeber dies gewollt hätte.

⁵⁰ Konkret «le travailleur» und «lavorati». Nach *Grob-Andermacher* (Fn. 34) 47, wird der Begriff «Arbeitnehmer» als bekannt vorausgesetzt, zumal auch im Arbeitsvertragsrecht eine Legaldefinition fehlt.

⁵¹ Botschaft über die Änderung des SchKG, BBl 1991 III 129.

⁵² Im Entwurf noch Art. 59 (vgl. BBl 1960 II 1050).

⁵³ Vgl. *R. A. Müller: Arbeitsgesetz* (6. A., Zürich 2001) N 1 zu Art. 3 Abs. 1 lit. d) ArG.

Tatsächlich sind in den Art. 31 und 51 AVIG Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, von der Anspruchsberechtigung ausgeschlossen.

Aus der Systematik ausserhalb des SchKG muss im Vergleich zum AVIG gefolgert werden, dass der Gesetzgeber die leitenden Arbeitnehmer nicht vom Konkursprivileg ausschliessen wollte.

3. *Historisches Element*

In der ursprünglichen Fassung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 wies Art. 219 Abs. 4 SchKG nur die folgenden Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis der ersten Klasse zu:

- Lohnbeiträge der Dienstboten
- Besoldungen der Kommiss und Büroangestellten
- Lohnbeiträge der auf Tag- oder Stücklohn gedungenen Arbeiter
- Lohnbeiträge der Fabrikarbeiter
- Lohnbeiträge anderer auf Tag- oder Wochenlohn gedungenen Personen

Mit dieser positiven und abschliessenden Aufzählung war klar, dass die Führungskräfte als «leitende Angestellte» vom Konkursprivileg erster Klasse ausgeschlossen sein sollten. Art. 219 SchKG wurde im Zusammenhang mit der Änderung anderer Bundesgesetze wiederholt revidiert. Stets blieb jedoch die Aufzählung der ersten Klasse in Abs. 4 positiv und abschliessend. Entscheidend ist demnach, wie es zur Zusammenfassung der Aufzählung unter dem Begriff «Arbeitnehmer» kam.

Durch Art. 63 ArG erfuhr Art. 219 Abs. 4 SchKG am 13. März 1964 die massgebende Änderung. In der entsprechenden Botschaft des Bundesrates vom 30. September 1960⁵⁴ wird

dazu vorab festgestellt, dass die bisherige Einteilung der Arbeitnehmer in drei Kategorien überholt sei und mit den aktuellen Verhältnissen nicht mehr im Einklang stehe. Daraus lässt sich die Vermutung ableiten, der Gesetzgeber habe alle Arbeitnehmer in einer einzigen Kategorie zusammenfassen wollen.⁵⁵

Gleiches verhält sich im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, wonach der Gesetzgeber unter dem Begriff «Arbeitnehmer» im SchKG spätestens ab Mai 1991 sämtliche Kategorien von Arbeitnehmern verstehen will. Botschaft zur Revision des SchKG vom 8. Mai 1991 BBl 1991 III 1 ff., 127 f.⁵⁶

Die historische Auslegung von Art. 219 Abs. 4 SchKG zeigt, dass die Führungskräfte einer Gesellschaft nicht vom Konkursprivileg erster Klasse ausgeschlossen sind.

4. *Teleologisches Element*

a) Vernehmlassung zum Vorentwurf
Bereits im Vernehmlassungsverfahren wurde die Frage nach der Privilegierung von leitenden Arbeitnehmern und solchen mit einer wirtschaftlich beherrschenden Stellung aufgeworfen. Von verschiedenen Seiten wurde dabei eine Einschränkung des Konkursprivilegs erster Klasse für Arbeitnehmer mit beherrschender oder leitender Stellung gefordert.⁵⁷

Aufgrund der Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren mussten sowohl die vorberatende Kommission, als auch der Bundesrat und das Parlament um die Problematik des Konkursprivilegs erster Klasse bezüglich leitender Arbeitnehmer gewusst haben.

b) Botschaft des Bundesrates

In der Botschaft des Bundesrates zur Revision des SchKG von 1991⁵⁸ wird

angeführt, dass das Recht auf vorrangige Befriedigung die Ausnahme bilden soll. Konsequenterweise wurden deshalb alle überflüssigen und nicht gerechtfertigten Privilegien gestrichen.

Damit ist klar, dass der Gesetzgeber die Konkursprivilegien bewusst gestraft und alle unbegründeten Privilegien abgeschafft hat. Dennoch wird zu Buchstabe a der ersten Klasse in der Botschaft konstatiert: «Das Arbeitnehmerprivileg bleibt unverändert». Hätte der Gesetzgeber tatsächlich eine Einschränkung des Begriffs «Arbeitnehmer» beabsichtigt, so wäre dies mit der Revision zweifellos erfolgt.

5. *Ergebnis der Gesetzesauslegung*

Die Prüfung aller relevanten Literatur- und Judikaturstellen zeigt, dass die grundsätzliche Verweigerung des Konkursprivilegs für Lohnforderungen von Verwaltungsräten mit einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft durch

⁵⁴ Botschaft zum Arbeitsgesetz vom 30. September 1960, BBl 1960 II 909 f.

⁵⁵ Dem entspricht die Tatsache, dass der ursprüngliche Art. 59 im Entwurf zu einem Arbeitsgesetz (definitiv dann Art. 63 ArG) weder in der Behandlung beim Nationalrat noch beim Ständerat zu Diskussionen Anlass gab (vgl. Sten.Bull. NR 1963, 348 und Sten.Bull. StR 1963, 56).

⁵⁶ Botschaft zur Revision des SchKG vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 1 ff., 127 f.

⁵⁷ Bsp. Kanton Luzern: «Das Erstklassprivileg für Arbeitnehmer kann sich nicht auf solche Arbeitnehmer beziehen, die zwar Angestellte einer Gesellschaft sind, diese in Wirklichkeit aber wirtschaftlich beherrschen.» (vgl. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Vorentwurf zu einer Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, Bern 1984, 562).

⁵⁸ BBl 1991 III 1 ff.

die Mehrheit von Lehre und Rechtsprechung nicht auf einer konsequenten Gesetzesauslegung, sondern vielmehr auf einer inkonsequenten historischen Schlussfolgerung basiert, geleitet vom Gedanken, dass die Verantwortlichen eines Konkurses in jeder Beziehung zur Verantwortung gezogen werden müssen.

Die detaillierte Analyse der heutigen Fassung des Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG und das Studium der entsprechenden Materialien führt zum zwingenden Schluss, dass nicht nur Direktoren, sondern auch Verwaltungsräte mit einem nachweisbaren und rechtsgültigen Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft vom Konkursprivileg der ersten

Klasse für ihre Lohnforderungen profitieren können.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Ein leitender Arbeitnehmer kann im Arbeitgeber-Konkurs gestützt auf Art. 219 Abs. 4 SchKG für seine noch offenen Lohnforderungen der letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung eine Kollozierung in der ersten Klasse erlangen, falls er nachweisen kann, dass folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- der Betroffene hat noch vor Konkurseröffnung einen Arbeitsvertrag mit der konkursiten Gesellschaft abgeschlossen,
- der Betroffene stand in einem tatsächlichen Unterordnungsverhältnis zum Gesamtverwaltungsrat oder zu anderen Personen, deren Weisungen er zu befolgen hatte,
- der Betroffene hat gegenüber der konkursiten Gesellschaft Forderungen, die in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung entstanden sind.

Die Konkursverwaltung hat diese arbeitsrechtlichen Forderungen entsprechend zu kollozieren, falls sie ihrerseits nicht einen der folgenden Ausschlussgründe einzuwenden vermag:

- Der Betroffene war kapital- oder stimmenmässig ein derart massgebender Gesellschafter des konkursiten Unternehmens oder er hatte indirekt über andere Beteiligungen eine derart beherrschende Stellung bei der konkursiten Gesellschaft inne, dass jegliches formelle Unterordnungsverhältnis von ihm materiell übergangen werden konnte,
- der Betroffene war bei der konkursiten Gesellschaft alleiniger Verwaltungsrat oder alleiniger Direktor ohne Weisungsgebundenheit oder

er hatte auf andere Weise derart massgebende Entscheidungskompetenzen bei der konkursiten Gesellschaft, dass ein Unterordnungsverhältnis bezüglich dieser Gesellschaft materiell nicht vorhanden war,

- der Betroffene konnte mittels vertraglicher oder familiärer Beziehungen einen derartigen Einfluss auf den Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung ausüben, dass er damit indirekt die Willensbildung der konkursiten Gesellschaft massgebend beeinflusste und ein Unterordnungsverhältnis bezüglich dieser Gesellschaft materiell ausgeschlossen war.

Sind die Voraussetzungen für das Konkursprivileg erster Klasse bei einem leitenden Arbeitnehmer erfüllt, so dürfte in der Regel subsidiär auch ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung gegeben sein. Der Ausschlussgrund von Art. 51 Abs. 2 AVIG erfordert einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidungen bei der konkursiten Gesellschaft; gerade dies dürfte jedoch meist nicht mehr der Fall sein, wenn ein eindeutiges Unterordnungsverhältnis gemäss den vorstehenden Überlegungen gegeben ist.

Unabhängig von dieser Auslegung wäre es de lege ferenda im Hinblick auf die vereinzelt übermässig hohen Managerlöhne angebracht,⁵⁹ auch beim Konkursprivileg für arbeitsrechtliche Forderungen eine Maximierung der privilegierten Forderungen analog zu Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 AVIG einzuführen.⁶⁰ Die erste Klasse von Art. 219 Abs. 4 SchKG könnte bezüglich lit. a dazu wie folgt ergänzt werden:

«Erste Klasse

- a. Die Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis, die in den

⁵⁹ In diesem Punkt ist *Krampf* (Fn. 34) 27, beizupflichten, der darauf hinweist, dass es wohl nicht die Absicht des Gesetzgebers war, Spitzenverdiener zu privilegieren.

⁶⁰ Dies entspricht den Forderungen des Kantons Genf und der SP im Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf [FN 84], 571 und 573. Noch weiter geht *M. Baddeley*: Le privilège du salarié dans l'exécution forcée de l'employeur, in: *Insolvenze, désendettement et redressement*, hrsg. von Foëx/Bénédict/Thévenoz Luc (Basel/Genf/München 2000) 34 ff., indem sie unter Bezugnahme auf den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 15. März 1989 Arbeitnehmern mit sehr hohen Einkommen generell das Konkursprivileg abspricht, da diese über die wirtschaftlichen Verhältnisse ihres Arbeitgebers besser Bescheid wüssten als die anderen Arbeitnehmer und das Konkursprivileg ohnehin nur sozial schwachen Arbeitnehmern zugestanden werden dürfe. *B. Roland*, ArbR 2001, 228, erachtet diese Argumentation als überlegenswert, selbst wenn sie keine Stütze im Gesetz findet. Doch auch bei der Variante von *Baddeley* müsste letztlich vom Gericht eine konkrete Lohnsumme als Definition des «sehr hohen Einkommens» festgelegt werden, weshalb es m.E. praktikabler und gerechter erscheint, auf die bereits festgelegten Maximalansätze im Sozialversicherungsrecht abzustellen.

letzten sechs Monaten vor der Konkursöffnung entstanden sind, die Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers und die Rückforderungen von Kautionen, aber je Arbeitnehmer höchstens bis zu dem für die obligatorische Unfallversicherung massgebenden, auf den Monat umgerechneten Höchstbetrag des versicherten Verdienstes.»

Am 26. Juni 2002 reichte SP-Nationalrat Roberto Zanetti zusammen mit zahlreichen Mitunterzeichnern eine parlamentarische Initiative⁶¹ ein, wel-

che die Begrenzung des Lohnprivilegs auf den doppelten Höchstbetrag des versicherten Verdienstes gemäss Unfallversicherungsgesetz und eine entsprechende Änderung des SchKG verlangt. Die Stossrichtung dieser Initiative stimmt mit den vorstehenden Überlegungen überein. Die Maximierung auf das Doppelte des versicherten Verdienstes ist m.E. jedoch abzulehnen. In der Gesetzgebung sollten unnötige Differenzen vermieden werden. Mit dem vorstehenden, konkret ausformulierten Vorschlag würde eine einheitliche Regelung der Maximie-

rung im Konkursrecht und im Sozialversicherungsrecht erreicht. Gleichzeitig würden die Chancen der Gläubiger steigen, auch noch in der zweiten und dritten Klasse eine Konkursdividende zu erhalten⁶².

⁶¹ Unter der Geschäftsnummer 02.440 zur Behandlung vorgeschlagen.

⁶² Aus diesem Grunde befürwortet auch *Krampf* (Fn. 34) 27, eine Maximierung auf den einfachen Höchstbetrag des versicherten Verdienstes gemäss Unfallgesetz.