

BISchK

Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

**Bulletin des
poursuites et faillites**

Rivista di esecuzione e fallimento

Redaktion:

Cornelia Löhri, Betreibungsbeamtin, Zug

Avv. Flavio Cometta, notaio, già Presidente del Tribunale d'appello,
Lugano

Philipp Ganzoni, avocat au Barreau de Genève, Genève

Martin Gianutt, Betreibungsbeamter und Stadtmann von
Wallisellen und Dietlikon

Professor Dr. Hansjörg Peter, Lausanne

Einsendungen für die Redaktion sind erbeten an:

BISchK
c/o Betreibungsamt Zug
Gubelstrasse 22
6301 Zug

Mail Redaktion: info@blschk.ch

Erscheint 6-mal jährlich / Bezugspreis CHF 70.– pro Jahr

Verlag und Inserate:

Stutz Medien AG, 8820 Wädenswil, Telefon 044 783 99 11

info@stutz-medien.ch www.stutz-medien.ch

Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz
Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse
Conferenza degli ufficiali di esecuzione e fallimenti della Svizzera
Conferenza dals funzionaris da scussion e falliment de la Svizra



Die Behandlung von arbeitsrechtlichen Forderungen im Konkurs

MLaw Doriana Mazzei, Rechtsanwältin in Zürich

1. Einleitung

Das umfassende Thema der arbeitsrechtlichen Forderungen im Konkurs kann in der vorliegenden Abhandlung nur für bestimmte Bereiche dargestellt werden. Der Schwerpunkt liegt darauf, eine allgemeine Übersicht über die Anforderungen an das Arbeitnehmerprivileg (Ziff. 2), einen Überblick über die Behandlung der Ferienansprüche (Ziff. 3) und des Erwerbssersatzes (Ziff. 4) zu schaffen sowie anschliessend eine Darstellung der Sozialversicherungsabzüge wiederzugeben (Ziff. 5). Am Ende werden schliesslich die Auswirkungen von Insolvenz- und Arbeitslosenentschädigungen (Ziff. 6) illustriert¹.

Die nachfolgenden Ausführungen gelten auch in der Betreibung auf Pfändung, sofern nicht alle pfändenden Gläubiger voll gedeckt werden können und deshalb ein Kollokationsplan aufzustellen ist (Art. 146 Abs. 2 SchKG)².

2. Arbeitnehmerprivileg nach Art. 219 SchKG: ein kurzer Überblick

Art. 219 SchKG privilegiert Forderung von Arbeitnehmer in der Ersten Klasse. Dieses Arbeitnehmerprivileg hat drei Begrenzungen, solche in sachlicher, betragsmässiger und zeitlicher Hinsicht.

2.1 Die sachliche Begrenzung

Die sachliche Begrenzung lässt sich durch drei Merkmale eingrenzen, welche kumulativ erfüllt sein müssen. Erstens muss ein Arbeitsverhältnis vorliegen (Art. 319 ff. OR). Da ein Arbeitsverhältnis nur mit einer natürlichen Person bestehen kann, gehören nur natürliche Personen zum Kreis der privilegierten Gläubiger³. Zweitens muss ein tatsächliches Subordinationsverhältnis vorliegen⁴. Massgebend sind die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung⁵. Die formelle Bezeichnung und/oder Funktion des Arbeitnehmers sowie seine Zeichnungsberechtigung

Leicht überarbeitetes Referat, gehalten an der Weiterbildungsveranstaltung der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz am 21. März 2023 im Kultur- und Kongresszentrum TRAFÖ Baden.

¹ Bei Personenbezeichnungen wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit die männliche Form verwendet. Im Sinne der Gleichbehandlung gelten entsprechende Begriffe für alle Geschlechter.

² BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 75, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-Verfasser).

³ BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 150.

⁴ BBI 2009 7979, S. 7982 und S. 7985; BGE 118 III 46 E. 2.c.; BGer 5A_461/2009 vom 31. August 2009 E. 2.1; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 159–270, Lausanne 2001, Art. 219 N 79.

⁵ BGE 118 III 46 E. 3.a.

oder Ähnliches stellen nur Indizien dar, sind aber ohne weitere Anhaltspunkte nicht ausschlaggebend⁶. Dritte und letzte Voraussetzung ist, dass die Forderung aus dem Arbeitsverhältnis mit der Konkursitin stammen muss, unabhängig davon, ob es sich um eine Geldforderung (in Schweizer Franken oder in Fremdwährung) oder um eine Leistung *in natura* handelt⁷. Kinder- und Ausbildungszulagen stellen keine Konkursforderungen dar und sind direkt bei der Ausgleichskasse geltend zu machen⁸.

2.2 Die betragsmässige Obergrenze

Die betragsmässige Obergrenze (gemäss Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG) ist ein dynamischer Verweis auf die Normen der obligatorischen Unfallversicherung, welche gemäss Art. 22 Abs. 1 der Verordnung über die Unfallversicherung («UVV»)⁹ zurzeit CHF 148 200.– pro Jahr beträgt. Massgebend für den Höchstbetrag sind die Bruttoforderungen¹⁰. Da die Konkursverwaltung vor Auszahlung einer Konkursdividende die Sozialversicherungsbeiträge und die Quellensteuer abzuziehen hat, erhält ein Arbeitnehmer somit nie den Höchstbetrag ausbezahlt¹¹. Übersteigt die Summe der zu kollozierenden (Brutto-)Forderungen diesen Höchstbetrag, fällt der übersteigende Betrag in die Dritte Klasse¹².

Leistungen der Arbeitslosenkassen (direkte Zahlungen an den Arbeitnehmer aus Arbeitslosenentschädigung und/oder Insolvenzenschädigung) für dieselbe Periode wie die Konkursforderung sind dem privilegierten Höchstbetrag *anzurechnen*¹³. Die betragsmässige *Begrenzung* gilt nicht für Rückforderungen aus Kautionen (lit. abis) und Forderungen aus Sozialplänen (lit. ater). Bisher richterlich ungeklärt ist, wie es sich verhält, wenn einem Arbeitnehmer mehrere Forderungen (d. h. solche gemäss lit. a, abis und ater) zustehen. Die Mehrheit der Lehrmeinungen folgt der Ansicht, dass ein Arbeitnehmer sich Forderungen aus Sozialplänen (lit. ater) an die sonstigen «normalen» Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis gemäss lit. a anrechnen lassen muss¹⁴.

⁶ BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 157 (m.w.H.).

⁷ BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 166; Sara Ianni, Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts, Zürich/St.Gallen 2014, S. 163 f; CR LP-Jeanneret, Art. 219 LP N 12, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeanduin (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire Romand, Basel 2005.

⁸ Muster-Kollokationsplan 2007, Ziff. 8.12.1.2.2.3 (S. 203).

⁹ SR 832.202.

¹⁰ KGer SZ ZK 2008 11 vom 23. Juni 2009, in: EGV SZ 2009 Nr. A 6.6, E. 5.; BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 165a und N 217; Ianni, a.a.O., S. 174; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Auflage, Bern 2013, § 42 N 70; FHB Arbeitsrecht-Bachmann, N 18.123, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018 (zit. FHB Arbeitsrecht-Verfasser).

¹¹ KGer SZ ZK 2008 11 vom 23. Juni 2009, in: EGV SZ 2009 Nr. A 6.6, E. 5.; Muster-Kollokationsplan 2007, Ziff. 8.12.1.2.2 und 8.12.1.2.3 (S. 202 f.); BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 218.

¹² BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 218.

¹³ FHB Arbeitsrecht-Bachmann, N 18.123.

¹⁴ Franco Lorandi, Hüst und hott bei den Konkursprivilegien, Plädoyer 2010, S. 32–39, S. 37; BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 216; KUKO SchKG-Stöckli/Possa, Art. 219 N 27a, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Auflage, Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Verfasser); Ianni, a.a.O., S. 199 f.; a.M. FHB Arbeitsrecht-Bachmann, N 18.124.

2.3 Die zeitliche Begrenzung

Die zeitliche Begrenzung besagt, dass Forderungen privilegiert sind, die nicht früher als sechs Monate vor der Insolvenz entstanden oder fällig geworden sind (Beginn der relevanten Zeitdauer). Für die Fristberechnung ist das auslösende Ereignis, z. B. die Konkurseröffnung oder das Fortsetzungsbegehren, massgebend. Eine Verlängerung der Frist ist ausgeschlossen¹⁵, vorbehalten Abs. 5 (als *lex specialis*), gemäss welcher die Dauer eines vorausgehenden Nachlassverfahrens (Auswirkung auf alle Gläubiger) und die Dauer eines Prozesses über die Forderung (Auswirkung nur für den prozessführenden Gläubiger) nicht mitberechnet werden.

Da es sich um eine zeitliche Vorwärtsfrist handelt, sind sämtliche Forderungen privilegiert, welche nach dem zurückliegenden Stichtag – sechs Monate vor dem Insolvenzereignis – entstanden oder fällig geworden sind. Darunter fallen auch Forderungen, welche nach den Insolvenzereignis (etwa nach Konkurseröffnung) entstanden sind¹⁶.

Befristete Arbeitsverträge enden gemäss vereinbarter Vertragsdauer ohne Kündigung. Die daraus resultierenden Forderungen können gemäss Art. 211a Abs. 1 SchKG bis zum Ende der festen Vertragsdauer geltend gemacht werden¹⁷.

Bei *unbefristeten Arbeitsverträgen* findet in der Praxis häufig weder eine Kündigung noch ein ausdrücklicher Vertragseintritt durch die Konkursverwaltung statt. Bei Untätigkeit der Konkursverwaltung (häufig spricht man auch von «*verkümmerten*» oder «*verhungerten*» Dauerschuldverhältnissen¹⁸) gilt gemäss Botschaft, dass das Dauerschuldverhältnis so zu behandeln ist, «*wie wenn das Dauerschuldverhältnis (ordentlich) gekündigt worden wäre*»¹⁹. Mit anderen Worten: Für die Berechnung der hypothetischen Kündigungsfrist ist von einer fingierten ordentlichen Kündigung (ausgesprochen am Konkurseröffnungstag) auf den nächsten möglichen Zeitpunkt auszugehen.

Der *nächste Kündigungstermin* bestimmt sich nach dem anwendbaren Zivilrecht. Bei vertraglicher Abrede richtet sich die Kündigungsfrist nach Vertrag. Bei fehlender vertraglicher Regelung greifen die gesetzlichen Kündigungsfristen gemäss Art. 335b Abs. 1 und Art. 335c Abs. 1 OR²⁰. Unklar und in der Lehre umstritten ist, ob die Normen über den Kündigungsschutz Anwendung finden oder nicht. Gemäss *Lorandi* sind diese nicht anwendbar, weil die Kündigung fingiert und gerade keine

¹⁵ BSK SchKG II-*Lorandi*, Art. 219 N 83, N 184, N 252.

¹⁶ *Lorandi*, a. a. O., Plädoyer 2010, S. 32–39, S. 36 f.; BSK SchKG II-*Lorandi*, Art. 219 N 188; KUKO SchKG-*Stöckli/Possa*, Art. 219 N 20; *Ianni*, a. a. O., S. 164 und S. 167 f.; FHB Arbeitsrecht-*Bachmann*, N 18.113 ff.; *Amonn/Walther*, a. a. O., § 42 N 70.

¹⁷ KUKO SchKG-*Stöckli/Possa*, Art. 219 N 20a.

¹⁸ *Bastian Heinel*, Zwangsverwertung von Drittpfändern im Unternehmenskonkurs, Verfahren – Pfandobjekte – Rechtsbehelfe, Diss. Luzern, Zürich/Genf 2022, Rz. 516.

¹⁹ BBI 2010 6455, S. 6474.

²⁰ Zum Ganzen: BSK SchKG II-*Lorandi*, Art. 219 N 209c; BSK SchKG II-*Staelelin/Fischer*, Art. 211a N 18; FHB Arbeitsrecht-*Bachmann*, N 18.116; *Franco Lorandi*, Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz – was Art. 211a SchKG besagt und was nicht, AJP 2020, S. 784–802, S. 789; Appellationsgericht BS ZB.2018.39 vom 21. Oktober 2019 E. 3.3; a. M. *Ianni*, a. a. O., S. 137.

Kündigung ausgesprochen wird.²¹ Gemäss *Bachmann* sind Normen über den Kündigungsschutz hingegen anwendbar, weil der Gesetzgeber «*ansonsten im Gesetz eine andere Regelung [hätte] statuieren müssen*»²².

Ich schliesse mich *Baumann* an, weil die Botschaft ausdrücklich festhält, dass das Dauerschuldverhältnis so zu behandeln ist, wie wenn eine ordentliche Kündigung ausgesprochen worden wäre. Folglich fallen darunter auch die weiteren Normen über den Kündigungsschutz, insbesondere Art. 336c OR.

3. Die Behandlung von Ferienansprüchen

3.1 Allgemein

Ferienansprüche entstehen *pro rata temporis* entsprechend der Beschäftigungsdauer²³. Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses müssen Ferien gemäss Art. 329d Abs. 2 OR *in natura* bezogen werden. Eine Entschädigung für nicht bezogene Ferien darf nur erfolgen, wenn ein Bezug *in natura* nicht mehr möglich ist, was bei Insolvenz des Arbeitgebers oder mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Regel zutrifft²⁴. Erst zu diesem Zeitpunkt wird der Ferienanspruch fällig²⁵. Entsprechend wird der gesamte Ferienanspruch im Zeitpunkt des Insolvenzereignisses fällig und ist folglich vollumfänglich privilegiert²⁶.

Ein Arbeitnehmer kann bereits während dem laufendem Arbeitsverhältnis zum *Ferienbezug* verpflichtet werden. Der Arbeitgeber hat aber eine Ankündigungsfrist (in der Regel von drei Monaten) zu wahren²⁷. Gleiches gilt auch im gekündeten Arbeitsverhältnis, wobei die Ankündigungsfrist je nach Umständen auf zwei bis vier Wochen verkürzt werden kann, insbesondere wenn nur noch der Bezug während der Kündigungsfrist offensteht²⁸. Massgebend ist immer der Einzelfall²⁹.

Ist ein (gekündigter) Arbeitnehmer zusätzlich *freigestellt*, so muss der Ferienbezug nicht angeordnet werden. Der Arbeitnehmer hat nämlich während der Freistellung im Sinne seiner Treuepflicht die Interessen des Arbeitgebers zu wahren und Ferien, sofern zumutbar, ohne Anordnung zu bezie-

²¹ BSK SchKG II-*Lorandi*, Art. 219 N 209c.

²² FHB Arbeitsrecht-*Bachmann*, N 18.116.

²³ BGE 131 III 451 E. 2.2.; BSK SchKG II-*Lorandi*, Art. 219 N 203.

²⁴ BGE 131 III 451 E. 2.2.; BGE 128 III 271 E. 4.a.aa.; BGer 5A_802/2008 vom 6. März 2009 E. 3.3.

²⁵ BSK SchKG II-*Lorandi*, Art. 219 N 203.

²⁶ BGE 131 III 451 E. 2.2.

²⁷ *Ullin Streiff/Adrian Von Kaenell/Roger Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zürich/Basel/Genf 2012, 7. Auflage, Art. 329c OR N 11; *Rémy Wyler/Boris Heinzer*, Droit du travail, Bern 2019, 4. Auflage, S. 498.

²⁸ *Streiff/Von Kaenell/Rudolph*, a. a. O., Art. 329c OR N 11 (S. 675 und S. 678); Obergericht ZH 22. Februar 1994, E. 4, in: JAR 1995 S. 98 ff.; Bezirksgericht Höfe ZEV 2017 7 vom 2. Juni 2017 E. 7.2. f.

²⁹ Arbeitsgericht ZH AN070477 vom 15. August 2007, in: Entscheidungssammlung Arbeitsgericht 2007 Nr. 10.

hen³⁰. Ist ein Ferienbezug jedoch nicht möglich oder nicht zumutbar, besteht ein Abgeltungsanspruch. Massgebend sind immer die Gesamtumstände³¹.

Grundsätzlich gilt, je länger die Freistellungsdauer, umso mehr Ferien können als bezogen gelten. Das Arbeitsgericht Zürich geht als Faustregel davon aus, dass ein Drittel der Freistellung als Ferienbezug angerechnet werden kann³², mit Abweichungen im Einzelfall je nach den konkreten Umständen. Das Bundesgericht, welches eine strikte Verhältniszahl ablehnt, hat es beispielsweise als zulässig erachtet, 13 Ferientage während einer 35-tägigen Freistellung³³, 35,67 Ferientage während einer 79-tägigen Freistellung³⁴ oder auch 40 Ferientage während eines Zeitraums von vier Monaten³⁵ anzurechnen.

3.2 Ferienbezug und Kontrollvorschriften nach Arbeitsvermittlungsgesetz

Der vorerwähnte Ferienbezug ist auch möglich, wenn über den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet worden ist³⁶. Jedoch kann der Arbeitnehmer, welcher nach Konkurseröffnung des Arbeitgebers trotz formell noch bestehendem Arbeitsverhältnis keinen Lohn mehr erhält, Arbeitslosenentschädigung beantragen. Meldet sich der Arbeitnehmer bei der Arbeitslosenkasse an und bezieht er Arbeitslosenentschädigung, unterstellt sich der Arbeitnehmer den Kontrollvorschriften gemäss Arbeitslosenversicherungsgesetz («AVIG»)³⁷ bzw. Arbeitslosenversicherungsverordnung («AVIV»)³⁸.

Die *Rechtsprechung ist uneinheitlich*: Das Bundesgericht hat in einem Urteil den Ferienbezug bei gleichzeitigen Kontrolltagen verneint. Der Arbeitnehmer musste in diesem Fall zwei Mal wöchentlich beim Arbeitsamt erscheinen und hatte zudem den Beweis erbracht, dass der Ferienbezug tatsächlich nicht möglich war³⁹. Das gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt hat den Ferienbezug konkret wegen den Kontrollauflagen des Arbeitnehmers verneint⁴⁰. Das Appellationsgericht des Kantons Genf

³⁰ BGE 128 III 271 E. 4; Arbeitsgericht ZH AN020415 vom 24. Januar 2005, in: *Entscheidungssammlung Arbeitsgericht 2005* Nr. 13; *Streiff/Von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 329c OR N 11 (S. 676); *Wyler/Heinzer*, a.a.O., S. 499.

³¹ *Streiff/Von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 329c OR N 11; siehe auch *Wyler/Heinzer*, a.a.O., S. 499 f.

³² Obergericht ZH RA190006 vom 31. Juli 2019 E. 3.1.1.; Arbeitsgericht ZH AN130029 vom 20. Februar 2017, in: *Entscheidungssammlung Arbeitsgericht 2017* Nr. 7; Arbeitsgericht ZH AH160020 vom 6. Oktober 2016 (bestätigt Obergericht ZH LA160037 vom 21. November 2016), in: *Entscheidungssammlung Arbeitsgericht 2016* Nr. 14; Arbeitsgericht ZH AN070555 vom 14. Februar 2008, in: *Entscheidungssammlung Arbeitsgericht 2008* Nr. 14; Arbeitsgericht ZH AN020415 vom 24. Januar 2005, in: *Entscheidungssammlung Arbeitsgericht 2005* Nr. 13.

³³ BGer 4A_178/2017 vom 14. Juni 2018 E. 8.

³⁴ BGer 4A_381/2020 vom 22. Oktober 2020 E. 6.4.

³⁵ BGE 128 III 271 E. 4.b.

³⁶ Bezirksgericht Höfe ZEO 2021 77 vom 23. August 2023 E. 5.2.

³⁷ SR 837.0.

³⁸ SR 837.02.

³⁹ BGer vom 24. November 1992 E. 3.b., in: *JAR* 1994 S. 167 f.

⁴⁰ Gewerbliches Schiedsgericht BS vom 24. September 1987, in: *JAR* 1989 S. 188; vgl. auch *Streiff/Von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 329c N 11 S. 675.

hat den Ferienbezug, damals noch unter altrechtlicher täglicher Stempelkontrolle, hingegen bejaht⁴¹. Das Bezirksgericht Höfe hat in einem neuen Entscheid den Ferienbezug trotz Kontrollvorschrift des Arbeitnehmers ebenfalls bejaht⁴².

Die versicherte Person muss sich gemäss den *Kontrollvorschriften* gezielt um Arbeit bemühen (Art. 26 Abs. 1 AVIV). Die zuständige Amtsstelle überprüft die Arbeitsbemühungen der versicherten Person monatlich (Art. 26 Abs. 3 AVIV). *E contrario* bedeutet dies, dass die versicherte Person nicht täglich eine Stelle suchen und/oder Bewerbungen senden muss. Weiter muss sie nicht ständig erreichbar sein, sie muss (lediglich) sicherstellen, dass sie innerhalb eines Arbeitstages von der zuständigen Amtsstelle erreicht werden kann (Art. 21 Abs. 3 AVIV). Die unmittelbare Präsenz der versicherten Person an einem Ort wird weder kontrolliert noch ist sie für die Erfüllung der Kontrollvorschriften erforderlich. Die versicherte Person kann über ihre Zeit zum grössten Teil frei verfügen.

Zudem existiert keine Koordinationsnorm zwischen der zivilrechtlichen Ferienanrechnung und der sozialversicherungsrechtlichen Regelung der Kontrollvorschriften gemäss AVIG bzw. AVIV⁴³. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Rechte und Pflichten zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitslosenkasse über dem Arbeitsverhältnis stehen. Beide Rechtsverhältnisse (Arbeitnehmer vs. Arbeitslosenkasse und Arbeitnehmer vs. Arbeitgeber) sind selbstständig und voneinander unabhängig; sie sind auch einzeln zu behandeln⁴⁴.

Nach dem Gesagten ist meines Erachtens den Meinungen des Appellationsgericht des Kantons Genf und des Bezirksgerichts Höfe zu folgen: Der Ferienbezug ist grundsätzlich zumutbar, auch wenn der Arbeitnehmer den Kontrollvorschriften des AVIG bzw. AVIV unterliegt. Vorbehalten bleibt der Fall, wenn der Arbeitnehmer beweist, dass der Bezug effektiv nicht zumutbar bzw. unmöglich war.

4. Die Behandlung von Erwerbsersatz

Das Bundesgesetz über den Erwerbsersatz («EOG»)⁴⁵ regelt den Erwerbsausfall bei Mutterschafts-, Vaterschafts- (seit 1. Juli 2021), Adoptionsurlaub (seit 1. Januar 2023), Betreuung von gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern (seit 1. Juli 2021) und für Dienstleistende in Armee-, Zivil- und Schutzdienst. Zahlt der Arbeitgeber während dieser Zeit weiterhin Lohn, wird die Entschädigung dem Arbeitgeber ausbezahlt. Zahlt der Arbeitgeber keinen Lohn, wird die Erwerbsersatzentschädigung in der Regel direkt der versicherten Person ausbezahlt. Durch die direkte Zahlung wird sichergestellt, dass der Arbeitnehmer auch tat-

⁴¹ Appellationsgericht GE vom 2. Juli 1984 E. 2., in: JAR 1985 S. 163.

⁴² Bezirksgericht Höfe ZEO 2021 77 vom 23. August 2023 E. 5.2.

⁴³ Vgl. auch Bezirksgericht Höfe ZEO 2021 77 vom 23. August 2023 E. 5.2.

⁴⁴ Bezirksgericht Höfe ZEO 2021 77 vom 23. August 2023 E. 5.2.

⁴⁵ SR 834.1.

sächlich die volle Entschädigung erhält. Würde die Entschädigung im *Konkurs des Arbeitgebers* an den Arbeitgeber bezahlt, würde diese in die Konkursmasse fallen, und der Arbeitnehmer würde nur (falls überhaupt) eine allfällige Konkursdividende erhalten⁴⁶.

Anspruch auf Mutterschafts-, Vaterschafts-, Adoptionsurlaub oder Entschädigung für die Betreuung von gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern haben Eltern, die bei der Geburt, Adoption bzw. Betreuung des Kindes Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbende sind⁴⁷. Die Mutterschaftsentschädigung sowie die Entschädigung für die Betreuung von gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern beträgt maximal 96 Taggelder⁴⁸, die Vaterschafts- und Adoptionsentschädigung maximal 14 Taggelder⁴⁹. Der Erwerbssersatz beträgt 80 % des Erwerbseinkommens, höchstens jedoch CHF 220.–⁵⁰ pro Tag⁵¹. Dies entspricht einem Monatseinkommen von CHF 8 250.– bzw. einem Jahressalär von CHF 99 000.–, hiervon erhält die versicherte Person 80 %. Arbeitnehmer mit Jahressalären über CHF 99 000.– erhalten folglich nicht 80 % des effektiven Lohnes, sondern 80 % von CHF 99 000.–. Der Arbeitgeber hat auch keine gesetzliche Pflicht, den Lohn auf 80 % oder mehr zu ergänzen⁵². Vorbehalten bleibt eine anderslautende vertragliche Abrede⁵³.

Im Zusammenhang mit der Kollokation der arbeitnehmerrechtlichen Forderung führt dies zu zwei Möglichkeiten.

Bei der *Variante 1* zahlt die Ausgleichskasse Erwerbssersatz an den konkursiten Arbeitgeber, die Zahlung fällt folglich in die Konkursmasse. Bei fehlender vertraglicher Vereinbarung ist die Forderung des Arbeitnehmers für die Dauer der Taggelder in Höhe des Erwerbssersatzes zu kollozieren. Wurde vertraglich (z. B. durch GAV oder Einzelarbeitsvertrag) eine höhere oder für eine längere Zeitperiode Lohnentschädigung vereinbart, ist der gesamte Lohnanspruch gemäss vertraglicher Vereinbarung zu kollozieren⁵⁴.

Bei der *Variante 2* zahlt die Ausgleichskasse den Erwerbssersatz direkt an den versicherten Arbeitnehmer. Bei fehlender vertraglicher Vereinbarung ist die Lohnforderung, welche die gleiche Zeitperiode der direkt an den Arbeitnehmer bezahlten Entschädigung gemäss Erwerbssersatz betrifft, bei der Kollokation abzuweisen⁵⁵. Wurde vertraglich eine höhere

⁴⁶ Muster-Kollokationsplan 2007, Ziff. 8.12.1.2.2.1 (S. 202).

⁴⁷ Die weiteren Voraussetzungen werden, um den vorliegenden Rahmen der Abhandlung nicht zu sprengen, nicht erwähnt.

⁴⁸ Art. 16c Abs. 2 EOG bzw. Art. 16q Abs. 2 EOG.

⁴⁹ Art. 16k Abs. 2 EOG bzw. Art. 16v Abs. 2 EOG.

⁵⁰ Bis Ende 2022 waren es noch CHF 196.– pro Tag; vgl. *Wylter/Heinzer*, a. a. O., S. 284 f.

⁵¹ Art. 16f Abs. 1 EOG, Art. 16l Abs. 3 EOG, Art. 16r Abs. 3 EOG und Art. 16w Abs. 3 EOG.

⁵² Vgl. betreffend Mutterschaft *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a. a. O., Art 324a/b OR N 16 (S. 441); *Wylter/Heinzer*, a. a. O., S. 284 f.

⁵³ Zum Ganzen: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/eo-msv/grundlagen-und-gesetze.html> (besucht am 30. November 2023).

⁵⁴ Für die Zeitperiode vor oder nach Taggelder ist der vertraglich vereinbarte Lohn zu kollozieren.

⁵⁵ Muster-Kollokationsplan 2007, Ziff. 8.12.1.2.2.1 (S. 202).

oder für eine längere Zeitperiode Lohnentschädigung vereinbart, hat die Konkursverwaltung den Differenzbetrag (vertraglich vereinbarter Lohn abzüglich erhaltener Erwerbsersatz) im Kollokationsplan zuzulassen⁵⁶.

Für *Dienstleistende in Armee, Zivil- und Schutzdienst* liegt der massgebende Unterschied zum oben Gesagte darin, dass falls das Arbeitsverhältnis länger als drei Monate dauerte oder ein befristetes Arbeitsverhältnis für mehr als drei Monate eingegangen wurde und die Erwerbsausfallentschädigung weniger als 80 % des Erwerbseinkommen deckt, der Arbeitgeber von Gesetzes wegen gemäss Art. 324a Abs. 1 i. V. m. Art. 324b Abs. 2 OR für eine beschränkte Zeit die Differenz zwischen der Erwerbsausfallentschädigung und 80 % des Lohnes bezahlen muss⁵⁷. Im ersten Dienstjahr beträgt die beschränkte Zeit, während welcher der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen der Erwerbsausfallentschädigung und 80 % des Lohnes zu entrichten hat, drei Wochen. Ab dem zweiten Dienstjahr kommen die entsprechenden Skalen (Berner, Zürcher und Basler Skala) zur Anwendung⁵⁸. Ansonsten besteht kein Ergänzungsanspruch. Vorbehalten bleibt eine anderslautende vertragliche Abrede.

Im Zusammenhang mit der Kollokation der arbeitnehmerrechtlichen Forderung bestehen auch hier zwei Möglichkeiten.

Bei der *Variante 1* (die Ausgleichskasse bezahlt den Erwerbsersatz an den konkursante Arbeitgeber) muss bei fehlender vertraglicher Vereinbarung die Forderung des Arbeitnehmers (anders als beispielsweise bei Mutterschaft) für die beschränkte Zeit immer in Höhe von 80 % des Lohnes und nach Ablauf der beschränkten Zeit für die Dauer der Taggelder in Höhe des Erwerbsersatzes kolloziert werden. Wurde vertraglich eine höhere oder für eine längere Zeitperiode Lohnentschädigung vereinbart, ist der gesamte Lohnanspruch gemäss vertraglicher Vereinbarung zu kollozieren⁵⁹.

Bei der *Variante 2* (die Ausgleichskasse zahlt direkt an den versicherten Arbeitnehmer) muss bei fehlender vertraglicher Vereinbarung (anders als beispielsweise bei Mutterschaft) für die beschränkte Zeit der Differenzbetrag zwischen 80 % des Lohnes und der erhaltenen Erwerbsersatzentschädigung kolloziert werden. Wurde vertraglich eine höhere oder für eine längere Zeitperiode Lohnentschädigung vereinbart, so ist der Differenzbetrag (vertraglich vereinbarter Lohn abzüglich erhaltener Erwerbsersatz) im Kollokationsplan zuzulassen⁶⁰.

⁵⁶ Für die Zeitperiode vor oder nach Taggelder ist der vertraglich vereinbarte Lohn zu kollozieren.

⁵⁷ *Streiff/von Kaenell/Rudolph*, a.a.O., Art. 324a/b OR N 17; siehe auch Merkblatt über den Schutz des Arbeitsverhältnisses bei Militärdienst, Schutzdienst und Zivildienst vom März 2022, S. 7, abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Arbeit/Personenfreizuegigkeit/Arbeitsrecht/Merkblatt_schutz_arbeitsverhaeltnisses_militaer.pdf.download.pdf/merkblatt_arbeitsverhaeltnis_militaer_010100_de.pdf> (besucht am 30. November 2023; zit. Merkblatt Militärdienst, Schutzdienst und Zivildienst).

⁵⁸ *Streiff/von Kaenell/Rudolph*, a.a.O., Art. 324a/b OR N 7; Merkblatt Militärdienst, Schutzdienst und Zivildienst, S. 7; betreffend Skalen siehe *Wylter/Heinzer*, a.a.O., S. 311 f.

⁵⁹ Für die Zeitperiode vor oder nach Taggelder ist der vertraglich vereinbarte Lohn zu kollozieren.

⁶⁰ Für die Zeitperiode vor oder nach Taggelder ist der vertraglich vereinbarte Lohn zu kollozieren.

5. Sozialversicherungen und Abzüge

Lohnforderungen werden brutto kolloziert. Das gilt auch für den Fall, dass ein Arbeitnehmer seine Forderung netto anmeldet. Die Konkursverwaltung hat für die Kollokation eine Umrechnung auf den Bruttobetrag vorzunehmen⁶¹. Die Auszahlung erfolgt jedoch als Nettolohn, wobei die Konkursverwaltung (bei Vornahme der Verteilung) die Abrechnung mit den Sozialversicherungen vornimmt⁶².

Die Sozialversicherungsbeiträge sind nicht von Amtes wegen zu kollozieren⁶³. Das zuständige Institut muss die Beiträge anmelden⁶⁴. Eine Anmeldung durch den Arbeitnehmer ist abzuweisen. Meldet das Versicherungsinstitut die Forderung nicht an und hat der Arbeitnehmer in seiner Vorsorge entsprechend eine Lücke, muss der Arbeitnehmer den fehlenden Beitrag bei der zuständigen Vorsorgeeinrichtung geltend machen⁶⁵.

Dasselbe muss auch für die Verteilungsliste gelten. Die Konkursverwaltung nimmt im Rahmen der Verteilungsliste die Abzüge beim Arbeitnehmer vor, rechnet mit dem Sozialversicherungsträger ab und zahlt den Nettolohn an den Arbeitnehmer aus (keine Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge von Amtes wegen an die Ausgleichskasse). Der Sozialversicherungsträger hat die Möglichkeit, seine Forderung nachträglich anzumelden (Art. 251 Abs. 1 SchKG)⁶⁶.

5.1 AHV-, IV-, EO- und ALV-Beiträge

Die Beitragsforderungen der schweizerischen Sozialversicherungsträger gemäss AHVG⁶⁷, IVG⁶⁸, EOG und AVIG sind Forderungen der Zweiten Klasse (Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. b).

Über die Sozialversicherungsbeiträge kann die Konkursverwaltung nicht entscheiden. Nur der Vorsorgeeinrichtung steht diesbezüglich ein Verfügungsrecht zu, da es sich um eine öffentlich-rechtliche Forderung handelt⁶⁹.

Besondere Vorsicht ist bei den *Arbeitnehmerbeiträgen* geboten, diese sind nämlich bereits in der Bruttolohnforderung des Arbeitnehmers enthalten und gehören in diesem Umfang weiterhin in die Erste Klasse⁷⁰.

⁶¹ Muster-Kollokationsplan 2007, Ziff. 8.1.4.2. am Ende (S. 163).

⁶² Vgl. Kollokationsplan Verfügungsbeispiele Nr. 7, 8 und 9 im Muster-Kollokationsplan 2007, jeweils letzte Ziffer (S. 203–209).

⁶³ BSK SchKG II-*Lorandi*, Art. 219 N 268.

⁶⁴ Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV, und EO, Stand 1. Januar 2024, Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, N 6036; abrufbar unter <<https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/6923/download>> (besucht am 30. November 2023; zit. Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV, und EO).

⁶⁵ *Denise Kreuz*, Pensionskassen- und AHV-Beiträge im Konkurs des Arbeitgebers, in: Jusletter 23. Februar 2009, Rz. 4 ff.

⁶⁶ Vgl. Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV, und EO, N 6039.

⁶⁷ Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10.

⁶⁸ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, SR 831.20.

⁶⁹ *Kreuz*, a. a. O., Rz. 4 11; Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV, und EO, N 6040 f.

⁷⁰ *Kreuz*, a. a. O., Rz. 12.

Aus diesem Grund schlägt *Kreutz* vor, im Kollokationsplan in der Ersten Klasse eine Position zugunsten der Ausgleichskasse «pro memoria» und die angemeldete Forderung der Ausgleichskasse in der Zweiten Klasse zu kollozieren⁷¹. Spätestens im Rahmen der Erstellung der *Verteilungsliste* ist der Arbeitnehmerbeitrag von der zugelassenen Bruttolohnforderung des Arbeitnehmers (in der Ersten Klasse) in Abzug bringen und der zuständigen Ausgleichskasse (ebenfalls in der Ersten Klasse) zuzuweisen. Damit die Ausgleichskasse jedoch den Betrag nicht doppelt erhält, muss die Konkursverwaltung die Konkursdividende des Arbeitnehmerbeitrages (welcher in der Bruttolohnforderung des Arbeitnehmers neu der Ausgleichskasse in der Ersten Klasse zugewiesen wurde) von der zugelassenen Konkursforderung der Ausgleichskasse (in der Zweiten Klasse) in Abzug bringen^{72, 73}.

5.2 Berufliche Vorsorge

Beiträge der beruflichen Vorsorge (sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers) bilden Forderungen der Ersten Klasse (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. b SchKG). Die Höhe der BVG-Beiträge richtet sich nach der Versicherungspolice zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Arbeitgeber. Da der *Anspruch privatrechtlicher Natur* ist, kann die Konkursverwaltung über die Forderung entscheiden. Bei komplexen Fällen wird eine Prüfung jedoch nur durch einen Spezialisten erfolgen können⁷⁴.

Zu berücksichtigen ist, dass der Anteil des Arbeitgebers mindestens gleich hoch wie der Anteil des Arbeitnehmers sein muss und dass der Beitrag auch auf Lohnforderungen geschuldet ist, welche die Zeitperiode nach Konkurseröffnung betrifft⁷⁵.

Analog zu den AHV-, IV-, EO- und ALV-Beiträgen (Ziff. 5.1.) muss auch bei den Beiträgen der beruflichen Vorsorge zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeitrag unterschieden werden. Auch diesbezüglich schlägt *Kreutz* vor, im Kollokationsplan sowohl eine Position «pro memoria» als auch die angemeldete Forderung zu kollozieren (beide in der Ersten Klasse)⁷⁶. Bei Erstellung der Verteilungsliste muss gleich vorgegangen werden wie bei den AHV-, IV-, EO- und ALV-Beiträgen (siehe oben Ziff. 5.1.). Da die Beiträge der beruflichen Vorsorge⁷⁷ in der Ersten Klasse kolloziert werden, kommt es im Ergebnis auf dasselbe heraus (Nullsummenspiel)⁷⁸.

⁷¹ *Kreutz*, a. a. O., Rz. 12.

⁷² Zum Ganzen inkl. Rechenbeispiele: *Kreutz*, a. a. O., Rz. 13 ff.

⁷³ Gemäss Auskunft der Mobile Equipe Konkurs des Notariatsinspektorats Zürich sollte bei Benutzung der Softwarelösung «eXpert Konkurs» diese Triage durch die Software direkt erfolgen. Die Software bildet automatisch nur den Arbeitgeberbeitrag in der Zweiten Klasse ab, sodass bei Erstellung der Verteilungsliste kein Abzug vorzunehmen ist.

⁷⁴ Muster-Kollokationsplan 2007, Ziff. 8.14.2 (S. 212).

⁷⁵ *Kreutz*, a. a. O., Rz. 6.

⁷⁶ *Kreutz*, a. a. O., Rz. 12.

⁷⁷ Im Gegensatz zu den AHV-, IV-, EO- und ALV-Beiträgen.

⁷⁸ Bei Benutzung der Softwarelösung «eXpert Konkurs» sollte diese Triage durch die Software direkt erfolgen.

5.3 Unfalltaggeldversicherung

Die Beitragsforderungen gemäss Bundesgesetz über die Unfallversicherung («UVG»)⁷⁹ sind Forderungen der Zweiten Klasse (Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. b SchKG). Die Prämie bezahlt der Arbeitgeber. Er trägt auch die Last hierfür, und zwar sowohl für Berufsunfälle als auch für Berufskrankheiten. Die Prämie für die obligatorische Versicherung der Nichtberufsunfälle gehen gemäss Art. 91 Abs. 2 UVG zulasten des Arbeitnehmers, wobei der Arbeitgeber diese freiwillig übernehmen kann. Der Abzug richtet sich nach dem jeweiligen Prämientarif.

Im *Konkurs des Arbeitgebers* muss die Konkursverwaltung in einem ersten Schritt abklären, wer die Prämie der obligatorischen Versicherung der Nichtberufsunfälle bisher getragen hat. Wurde die Prämie vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer weiterbelastet, muss die Konkursverwaltung in einem zweiten Schritt abklären, wie hoch die zu belastende Prämie ist. In diesem Fall muss die Prämie von der zugelassenen Brutto-Lohnforderung für sämtlich kollozierte Lohnansprüche für die Zeitperiode vor Konkurseröffnung in Abzug gebracht werden⁸⁰. Für Lohnansprüche für die Zeitperiode nach Konkurseröffnung muss die Konkursverwaltung in einem dritten Schritt abklären, ob nach Konkurseröffnung eine Versicherungsdeckung bestand⁸¹. Ist dies der Fall, muss die Konkursverwaltung die anteilmässige Prämie von der kollozierten Lohnforderung für die Zeitperiode nach Konkurseröffnung beim jeweiligen Arbeitnehmer in Abzug bringen.

Bei der Erstellung der *Verteilungsliste* muss analog zu den AHV-, IV-, EO- und ALV-Beiträgen (Ziff. 5.1.) vorgegangen werden. Für die Gleichbehandlung spricht die Tatsache, dass es sich bei der Versicherung der Nichtberufsunfälle um eine obligatorische Versicherung handelt. Dem kann entgegengehalten werden, dass der Arbeitgeber entscheiden kann, ob er die Prämie dem Arbeitnehmer weiterbelasten möchte oder nicht. Tut er dies, führt dies *im Konkursfall des Arbeitgebers* zu einer Besserstellung der Versicherer, weil der Arbeitnehmerbeitrag diesfalls in die Erste Klasse fällt.

5.4 Krankentaggeldversicherung

Der Arbeitgeber hat (im Gegensatz zur Unfallversicherung) *keine Pflicht*, eine Taggeldversicherung für Krankheit abzuschliessen. Eine allfällige Abschlusspflicht wird entweder von einem GAV oder durch den Arbeitsvertrag vorgesehen. Der Arbeitgeber kann sich auch freiwillig

⁷⁹ SR 832.20.

⁸⁰ Der Arbeitnehmer soll im Konkursfall betreffend Lohnzahlung nicht bessergestellt werden als bei einer normalen Weiterbeschäftigung; *Kreutz*, a. a. O., Rz. 13.

⁸¹ Gemäss Art. 46a VVG (in Kraft seit 1. Januar 2022) bleibt der Versicherungsvertrag auch nach Konkurseröffnung über den Versicherungsnehmer (Arbeitgeber) bestehen, und die Konkursverwaltung ist zu dessen Erfüllung verpflichtet.

einer Versicherung anschliessen⁸². Hat der Arbeitgeber keine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, muss die Konkursverwaltung diesbezüglich nichts unternehmen. Besteht eine solche Versicherung, stellt sich einerseits die Frage, ob es sich bei der Prämienforderung der Versicherung um eine privilegierte Konkursforderung handelt, und andererseits, ob die Prämien von den zugelassenen Lohnforderungen der Arbeitnehmer in Abzug gebracht werden müssen.

Zur ersten Frage: Der Arbeitgeber kann eine Taggeldversicherung nach KVG (in der Praxis selten) oder nach VVG (in der Praxis häufiger) abschliessen⁸³. Im Konkurs des Arbeitgebers sind Forderungen aus Versicherungen, welche nach VVG abgeschlossen wurden, *nicht* privilegiert⁸⁴. Die Konkursverwaltung muss die Prämienrechnung einer Krankentaggeldversicherung nach VVG folglich der Dritten Klasse und eine nach KVG der Zweiten Klasse zuweisen.

Zur zweiten Frage: Möchte der Arbeitgeber die Prämie für die Krankentaggeldversicherung vom Lohn des Arbeitnehmers abziehen, muss er dies (sofern nicht im GAV geregelt) im Arbeitsvertrag vereinbaren⁸⁵. In der Praxis verbreitet ist eine hälftige Aufteilung. Ist dies der Fall, wird die Prämie von der zugelassenen Brutto-Lohnforderung für sämtliche kollozierten Lohnansprüche für die Zeitperiode vor Konkurseröffnung in Abzug gebracht⁸⁶. Für Lohnansprüche ab Konkurseröffnung muss die Konkursverwaltung (analog der Unfallversicherung; Ziff. 5.3.) in einem weiteren Schritt abklären, ob überhaupt eine Versicherungsdeckung nach Konkurseröffnung besteht. Ist dies zu bejahen, muss die Konkursverwaltung die anteilmässige Prämie auf die kollozierten Lohnforderungen für die Zeitperiode nach Konkurseröffnung ebenfalls bei den Forderungen der jeweiligen Arbeitnehmer in Abzug bringen.

Bei der Erstellung der *Verteilungsliste* muss analog zu den AHV-, IV-, EO- und ALV-Beiträgen (Ziff. 5.1.) vorgegangen werden. Im Unterschied zu den Sozialversicherungsbeiträgen fallen die Arbeitgeberbeiträge der Krankentaggeldversicherung jedoch entweder in die Zweite Klasse (bei Abschluss nach KVG) oder in die Dritte Klasse (bei Abschluss nach VVG). Gegen eine analoge Behandlung sprechen die Tatsachen, dass eine Krankentaggeldversicherung eine freiwillige Versicherung ist, welche nur bei vertraglicher Abrede dem Arbeitnehmer weiterbelastet

⁸² *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a. a. O., Art. 324a/b OR N 13 (S. 428); vgl. auch <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-versicherte-mit-wohnsitz-in-der-schweiz/freiwillige-taggeldversicherung.html> (besucht am 30. November 2023).

⁸³ *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a. a. O., Art. 324a/b OR N 13 (S. 428); vgl. auch <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-versicherte-mit-wohnsitz-in-der-schweiz/freiwillige-taggeldversicherung.html> (besucht am 30. November 2023).

⁸⁴ BSK SchKG II-*Lorandi*, Art. 219 N 275; BBl 1999 9547, S. 9549.

⁸⁵ *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a. a. O., Art. 324a/b OR N 13 (S. 433).

⁸⁶ Der Arbeitnehmer soll im Konkursfall betreffend Lohnzahlung nicht bessergestellt werden als bei einer normalen Weiterbeschäftigung; *Kreutz*, a. a. O., Rz. 13.

werden kann, und dass der Gesetzgeber insbesondere eine Versicherung nach VVG (anders als nach KVG) explizit nicht privilegieren wollte⁸⁷.

6. Insolvenz- und Arbeitslosenentschädigung

6.1 Abgrenzung und Definition

Die *Insolvenzentschädigung* ist eine Erwerbsausfallversicherung für den Fall, dass der Arbeitgeber zahlungsunfähig wird. Die Insolvenzentschädigung garantiert den Ersatz für Lohnausfälle für tatsächlich geleistete Arbeit⁸⁸. Wird der Arbeitnehmer hingegen arbeitslos, ersetzt die *Arbeitslosenentschädigung* seinen Erwerbsausfall⁸⁹. Entscheidend ist damit, ob der Arbeitnehmer in der fraglichen Zeit der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen konnte (Arbeitslosenentschädigung) oder nicht (Insolvenzentschädigung)⁹⁰.

6.1.1 Insolvenzentschädigung

Zuständig für die Auszahlung der Insolvenzentschädigung ist die Arbeitslosenkasse am Sitz des Arbeitgebers (Art. 53 Abs. 1 AVIG). Gemäss Art. 52 Abs. 1 AVIG deckt die Insolvenzentschädigung Lohnforderungen für geleistete Arbeit für höchstens die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor dem Insolvenzereignis. Anteilsmässig werden auch weitere Zulagen (beispielsweise 13. Monatslohn, Gratifikationen, Ferien- oder Feiertagsentschädigungen, Entschädigungen für Überstunden, Schicht-, Nacht- oder Sonntagsarbeit usw.) berücksichtigt. Ausgezahlt wird der Lohn zu 100 %, für jeden Monat, jedoch begrenzt bis zum Höchstbetrag⁹¹ des versicherten Verdienstes der obligatorischen Unfallversicherung, zurzeit CHF 12 350.–⁹² pro Monat⁹³.

Gemäss Art. 52 Abs. 2 AVIG und Art. 76 AVIV hat die zuständige Arbeitslosenkasse die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge von der Insolvenzentschädigung in Abzug zu bringen und sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber gegenüber den Sozialversicherungen abzurechnen und zu bezahlen⁹⁴.

⁸⁷ BBl 1999 9547, S 9549.

⁸⁸ Vgl. <<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/leistungen.html>> (besucht am 30. November 2023).

⁸⁹ Vgl. <<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/leistungen.html>> (besucht am 30. November 2023).

⁹⁰ Insolvenzentschädigung – ein Leitfaden für Versicherte, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Ausgabe 2021, S. 7, abrufbar unter <[https://www.arbeit.swiss/dam/secoalv/de/dokumente/publikationen/broschueren/stellensuchende/2021-SECO_716%20700_D_web.pdf](https://www.arbeit.swiss/dam/secoalv/de/dokumente/publikationen/broschueren/stellensuchende/2021-SECO_716%20700_D_web.pdf.download.pdf/2021-SECO_716%20700_D_web.pdf)> (besucht am 30. November 2023; zit. Insolvenzentschädigung – ein Leitfaden für Versicherte).

⁹¹ Art. 52 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 AVIG.

⁹² CHF 148 200.– pro Jahr; Art. 22 Abs. 1 UVV.

⁹³ Zum Ganzen: Insolvenzentschädigung – ein Leitfaden für Versicherte, S. 7; Muster-Kollokationsplan 2007, Ziff. 8.12.1.2.1.7 (S. 200 f.).

⁹⁴ Muster-Kollokationsplan 2007, Ziff. 8.12.1.2.1.7 (S. 200).

6.1.2 Arbeitslosenentschädigung

Der Arbeitnehmer kann die Arbeitslosenkasse frei wählen (Art. 20 Abs. 1 AVIG). Gemäss Art. 27 Abs. 2 AVIG deckt die Arbeitslosenentschädigung den Erwerbsausfall für eine maximale Höchstdauer von 520 Tagen (entspricht zwei Jahren). Als massgebender Lohn für die Berechnung gilt der gemäss AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, unter Berücksichtigung von vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen (z. B. 13. Monatslohn), der aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Die Höchstgrenze pro Monat ist gleich wie bei der Insolvenzenschädigung, zurzeit CHF 12 350.–⁹⁵ pro Monat. Anders als bei der Insolvenzenschädigung erhält die versicherte Person hiervon jedoch 80 % bzw. 70 %, wenn sie keine Unterhaltspflicht gegenüber Kindern unter 25 Jahren hat, wenn ein volles Taggeld von mehr als CHF 140.– pro Tag erreicht wird und wenn keine Invalidenrente bezogen wird, die einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 Prozent entspricht (Art. 22 AVIG)⁹⁶.

Die Arbeitslosenkasse hat die Sozialversicherungsbeiträge in Abzug zu bringen, namentlich für AHV, IV und EO⁹⁷ und die Prämie für die obligatorische Versicherung der Nichtberufsunfälle⁹⁸. Im Gegensatz zur Insolvenzenschädigung bezahlt die Arbeitslosenkasse der Ausgleichskasse aber weder den Arbeitnehmer- noch den Arbeitgeberbeitrag⁹⁹. Zieht die Arbeitslosenkasse hingegen die Risikoprämie (nicht aber den Sparanteil) der beruflichen Vorsorge¹⁰⁰ (Art. 22a Abs. 3 AVIG) ab, hat die Arbeitslosenkasse den abgezogenen Betrag zusammen mit dem von ihr zu übernehmenden Arbeitgeberanteil der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge zu entrichten¹⁰¹.

6.2 Auswirkungen im Konkursverfahren des Arbeitgebers

6.2.1 Insolvenzenschädigung

Bei der Insolvenzenschädigung gilt gemäss Art. 54 Abs. 1 AVIG, dass mit und im Ausmass der Ausrichtung der Entschädigung durch die Kasse die Lohnansprüche der versicherten Person im Ausmass der bezahlten Entschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse übergehen (*Subrogation*). Gleichzeitig hält Art. 55 Abs. 1 AVIG fest,

⁹⁵ CHF 148 200.– pro Jahr; Art. 22 Abs. 1 UVV.

⁹⁶ Zum Ganzen: Weisung AVIG ALE, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Stand: 1. Juli 2023, Rz. A10, abrufbar unter <https://www.arbeit.swiss/dam/secoalv/de/dokumente/publikationen/kreisschreiben/kreisschreiben2/Weisung%20AVIG%20ALE.pdf.download.pdf/Weisung%20AVIG%20ALE.pdf> (besucht am 30. November 2023; zit. AVIG-Praxis ALE).

⁹⁷ Art. 22a Abs. 2 AVIG i. V. m. Art. 35 AVIV.

⁹⁸ Art. 22a Abs. 4 AVIG i. V. m. Art. 36 AVIV.

⁹⁹ AVIG-Praxis ALE, Rz. A21.

¹⁰⁰ Verordnung über die obligatorische berufliche Vorsorge von arbeitslosen Personen, SR 837.174.

¹⁰¹ AVIG-Praxis ALE, Rz. A21.

dass der Arbeitnehmer alles unternehmen muss, um seine Ansprüche zu wahren, bis die Kasse ihm mitteilt, dass sie in das Verfahren eingetreten ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann aus Art. 55 AVIG somit unter anderem das Recht der Kasse abgeleitet werden, selber zu bestimmen, ab welchem Zeitpunkt sie als Partei am Konkursverfahren teilnehmen möchte¹⁰².

Trotz gesetzlicher Subrogation nach Art. 54 AVIG gehen die Verfahrensrechte folglich nicht infolge Zahlung von Gesetzes wegen und damit automatisch auf die Arbeitslosenkasse über. Die *Verfahrensrechte* bleiben unverändert *beim Arbeitnehmer*, bis die Arbeitslosenkasse eine an den Arbeitnehmer gerichtete Erklärung abgibt, dass sie in das Verfahren eintreten möchte¹⁰³. Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Arbeitnehmer im eigenen Namen seine Ansprüche gegen den Arbeitgeber durchzusetzen, wozu auch beispielsweise die Forderungsanmeldung im Konkurs (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) und die Teilnahme an einem Kollokationsprozess gehört (sowohl auf der Aktiv- als auch auf der Passivseite; Art. 250 SchKG)¹⁰⁴.

Für die *Konkursverwaltung* bedeutet dies, dass bis die Arbeitslosenkasse eine solche Erklärung an den Arbeitnehmer richtet, dieser als Gläubiger aufgeführt und behandelt werden muss (z. B. betreffend Stimmrechte bei einer Gläubigerversammlung [Art. 235 Abs. 3 SchKG] bzw. bei einem Zirkularbeschluss [Art. 255a SchKG] oder bei der Kollokation [Art. 247 ff. SchKG])¹⁰⁵. Erst bei der Erstellung der *Verteilungsliste* muss die Konkursverwaltung berücksichtigen, dass die Zahlung im Umfang der bezahlten Insolvenzenschädigung an die Arbeitslosenkasse zu erfolgen hat, auch dann, wenn kein Verfahrenseintritt vorliegt¹⁰⁶.

Erklärt die Arbeitslosenkasse gegenüber dem Arbeitnehmer schon früher den Verfahrenseintritt, so gehen die Verfahrensrechte in diesem Zeitpunkt über. Die Konkursverwaltung muss ab diesem Zeitpunkt die Arbeitslosenkasse als Gläubiger (mit den entsprechenden Rechten) berücksichtigen. Für die *Kollokation* bedeutet dies, dass die Konkursverwaltung die Brutto-Lohnforderung in der Ersten Klasse und die durch die Arbeitslosenkasse bezahlten Arbeitgeberbeiträge in der Ersten Klasse (BVG), in der Zweiten Klasse (AHV, IV, EO, ALV, KTG und UVG) bzw. in der Dritten Klasse kollozieren muss. Bei der *Verteilungsliste* hat die Konkursverwaltung auf die Brutto-Insolvenzenschädigung weder Sozialversicherungsbeiträge noch Quellensteuern abzuziehen¹⁰⁷.

¹⁰² BGE 123 V 75 (= Pra 1998 Nr. 13) E. 2.b.; BGE 120 II 365 (= Pra 1995 Nr. 209) E. 4; *Gillieron*, a. a. O., Art. 219 N 80.

¹⁰³ Obergericht BE ABS 17 418 vom 24. Januar 2018 E. III.4.3.

¹⁰⁴ Obergericht BE ABS 17 418 vom 24. Januar 2018 E. III.4.3.; BGE 123 V 75 (= Pra 1998 Nr. 13) E. 2.b.

¹⁰⁵ Im Ergebnis gleich: Verfügungsbeispiele Nr. 7, 8 und 9 im Muster-Kollokationsplan 2007 (S. 203–209): Kolloziert wird der Arbeitnehmer mit der Bemerkung, dass im Umfang der bezogenen Entschädigungen die Forderung auf die entsprechende Arbeitslosenkasse übergegangen sei.

¹⁰⁶ Vgl. Obergericht BE ABS 17 418 vom 24. Januar 2018 E. III.4.3.

¹⁰⁷ Zum Ganzen: Muster-Kollokationsplan 2007, Ziff. 8.12.1.2.1.7. (S. 200 f.).

6.2.2 Arbeitslosenentschädigung

Im Gegensatz zu den Normen der Insolvenzenschädigung¹⁰⁸ enthalten die Bestimmungen der Arbeitslosenentschädigung¹⁰⁹ weder Verfahrensvorschriften noch eine Antwort auf die Frage, ob (und somit wann) ein Parteiwechsel stattfindet¹¹⁰. Das Bundesgericht hält fest, dass nicht von einem Parteiwechsel «*ipso iure*» ausgegangen werden könne¹¹¹. Entsprechend drängt sich eine Lösung wie bei der Insolvenzenschädigung auf¹¹². Nach bundesrechtlicher Auffassung ist Art. 55 Abs. 1 AVIG sinngemäss auf Art. 29 Abs. 2 AVIG anzuwenden und die Arbeitslosenkasse hat – wie bei der Insolvenzenschädigung – eine Erklärung an den Arbeitnehmer zu richten, dass sie in die Verfahrensrechte eintrete. Demzufolge ist bei der Erstellung der *Verteilungsliste* zu berücksichtigen, dass die Zahlung (obwohl der Arbeitnehmer weiterhin als Gläubiger aufgeführt wird) im Umfang der bezahlten Arbeitslosenentschädigung an die Arbeitslosenkasse erfolgen muss.

Erklärt die Arbeitslosenkasse gegenüber dem Arbeitnehmer schon früher den Verfahrenseintritt, so gehen die Verfahrensrechte in diesem Zeitpunkt über. Die Konkursverwaltung muss neu die Arbeitslosenkasse als Gläubiger (mit den entsprechenden Rechten) berücksichtigen. Für die *Kollokation* bedeutet dies, dass die Konkursverwaltung die bezahlte (Netto-)Arbeitslosenentschädigung als Brutto-Lohnforderung zugunsten der Arbeitslosenkasse sowie den Arbeitgeberbeitrag als Eventualforderung zugunsten der jeweiligen Sozialversicherung in der entsprechenden Klasse kollozieren muss¹¹³. Zusätzlich hat die Konkursverwaltung auch mit den entsprechenden Sozialversicherungen abzurechnen (vgl. Ziff. 5)¹¹⁴.

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der nicht durch die Arbeitslosenentschädigung gedeckte Lohnausfall zwischen 20 % bis 30 % namens des Arbeitnehmers zu kollozieren ist, sofern eine Forderungsanmeldung durch den Arbeitnehmer vorliegt.

¹⁰⁸ Art. 55 Abs. 1 AVIG.

¹⁰⁹ Art. 29 Abs. 2 AVIG.

¹¹⁰ BGer 4A_192/2009 vom 14. Januar 2010 E. 5.3.3.

¹¹¹ BGer 4A_192/2009 vom 14. Januar 2010 E. 5.3.3.

¹¹² BGE 120 II 365 (= Pra 1995 Nr. 209) E. 4.; Obergericht BE ABS 17 418 vom 24. Januar 2018 E. III.4.3.

¹¹³ Erste Klasse (BVG), Zweite Klasse (AHV, IV, EO, ALV, KTG und UVG) bzw. Dritte Klasse die restlichen Arbeitgeberbeiträge.

¹¹⁴ Zum Ganzen: Muster-Kollokationsplan 2007, Ziff. 8.12.1.2.1.8. (S. 201).