Urteilskopf

112 V 55

11. Urteil vom 15. Januar 1986 i.S. Scheu gegen Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich und Kantonale Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung, Zürich
Regeste (de):
Art. 51 ff. AVIG, Art. 74 AVIV: Insolvenzentschädigung.

- Der AHV-rechtliche Begriff des massgebenden Lohnes gilt nicht nur für die Bemessung der Arbeitslosen-, Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung, sondern auch für die Insolvenzentschädigung (Erw. 2a).

- Die Verordnungsbestimmung, wonach die Kasse Insolvenzentschädigungen nur ausrichten darf, wenn diese betreibungsrechtlich privilegiert sind, ist gesetzwidrig (Erw. 2b-e).

- Frage offen gelassen, ob ein Verwaltungsratsmitglied für die Entschädigungen aus der spezifischen Verwaltungsratstätigkeit den Schutz des AVIG geniesst. In casu Anspruch auf Insolvenzentschädigung des Verwaltungsratspräsidenten bejaht, weil er - wie jeder andere Arbeitnehmer

- einen Lohn, aber keine spezifische Verwaltungsratsentschädigung erhalten hat (Erw. 3).

- Frage offen gelassen, ob der Anspruch auf Insolvenzentschädigung davon abhängig gemacht werden kann, dass der Leistungsansprecher den Kollokationsplan angefochten hat. Bevor ein schuldhaftes Verhalten im Sinne von grober Fahrlässigkeit oder Absicht zu einer Sanktion Anlass geben kann, muss ein Schaden eingetreten sein (Erw. 4).

Regeste (fr):
Art. 51 ss LACI, art. 74 OACI: Indemnité en cas d'insolvabilité.

- La notion de salaire déterminant selon le droit de l'AVS est non seulement applicable au calcul de l'indemnité de chômage et des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail et d'intempéries, mais également à celui de l'indemnité en cas d'insolvabilité (consid. 2a).

- La disposition réglementaire selon laquelle la caisse ne peut verser des indemnités en cas d'insolvabilité que pour des créances privilégiées par le droit des poursuites est contraire à la loi (consid. 2b-e).

- Le membre d'un conseil d'administration bénéficie-t-il de la protection de la LACI pour les indemnités qu'il reçoit en raison de son activité spécifique d'administrateur? Question non résolue. In casu, droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité reconnu au président d'un conseil d'administration parce qu'il a - au même titre qu'un autre travailleur - perçu un salaire mais non une rétribution spécifique d'administrateur (consid. 3).

- Le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité peut-il être subordonné à la condition que le requérant ait contesté l'état de collocation? Question laissée indécise. Avant qu'un comportement fautif - sous la forme d'une négligence grave ou d'une faute intentionnelle - ne puisse donner lieu à sanction, il est nécessaire qu'un dommage soit survenu (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 51 segg. LADI, art. 74 OADI: Indennità per insolvenza.

- La nozione giuridica di salario determinante secondo l'AVS non vale solo per il calcolo dell'indennità di disoccupazione, di quella per lavoro ridotto e per intemperie, ma anche per il calcolo dell'indennità per insol-

venza (consid. 2a).

- La disposizione regolamentare secondo cui la cassa versa indennità di insolvenza solo per crediti privilegiati dal profilo del diritto delle esecuzioni è contraria alla legge (consid. 2b-e).

- Indecisa la questione se un membro del consiglio di amministrazione beneficia, per quanto concerne le indennità, della tutela della LADI per quanto riferito alla sua specifica attività. In caso pretesa a indennità per insolvenza ammessa a favore del presidente del consiglio di amministrazione dal momento che egli riceveva - come ogni altro prestatore d'opera - un salario e nessuna specifica indennità quale consigliere d'amministrazione (consid. 3).

- Indecisa la questione se una pretesa a indennità per insolvenza dipenda dal fatto che l'istante abbia contestato la graduatoria. Perché un comportamento colpevole nella forma di grave negligenza o colpa intenzionale dia luogo a sanzione è necessaria l'insorgenza di un danno (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 56

A.- Roman Scheu war Verwaltungsratspräsident der Z. AG, über die am 12. Juli 1983 der Konkurs eröffnet wurde. Am 19. August 1983 reichte er der öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Antrag auf Insolvenzentschädigung im Sinne von Art. 51 AVIG ein; er gab an, in der konkursiten Firma als Verkäufer tätig gewesen zu sein, und bezifferte seinen Monatslohn auf Fr. ... Mit Schreiben vom 26. August 1983 meldete er die bei der Arbeitslosenkasse geltend gemachte Lohnforderung auch beim Konkursamt Zürich-Altstetten an.
Am 22. September 1983 verneinte die Arbeitslosenkasse verfügungsweise den Anspruch des Roman Scheu auf Insolvenzentschädigung mit der Begründung, gemäss Art. 3 Verordnung über die Insolvenzentschädigung vom 6. Dezember 1982 (VOI, A5 1982 2225) dürften Insolvenzentschädigungen nur für betreibungsrechtlich privilegierte Forderungen ausgerichtet werden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung seien Forderungen von Verwaltungsratspräsidenten

nicht privilegiert und würden deshalb in der 5. Klasse kolloziert. Das Konkursamt seinerseits teilte Roman Scheu mit Verfügung vom 3. November 1983 mit, dass lediglich die vom Arbeitgeber abhängigen und damit in einer sozial schwachen Stellung befindlichen Arbeitnehmer das Lohnprivileg der 1. Klasse beanspruchen könnten. Einem Angestellten, der einen bestimmenden Einfluss auf den Geschäftsgang des konkursiten Unternehmens habe ausüben können, wie z.B. ein Verwaltungsratsmitglied, stehe dieses Privileg nicht zu. Deshalb sei die Forderung in der Höhe von Fr. ... in der 5. Klasse kolloziert worden. Diese konkursamtliche Verfügung wurde unangefochten rechtskräftig.

B.- Gegen die Verfügung der Arbeitslosenkasse beschwerte sich Roman Scheu bei der Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich. Diese wies die Beschwerde aus den gleichen Überlegungen, von denen sich schon die Arbeitslosenkasse hatte leiten lassen, am 6. Januar 1984 ab.

C.- Roman Scheu führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag auf Gewährung der verlangten Insolvenzentschädigung. Die Arbeitslosenkasse und das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) verzichten mit Schreiben vom 1. März bzw. 22. März 1984 auf eine Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Am 20. September 1984 hat das BIGA zu verschiedenen ihm vom Eidg. Versicherungsgericht unterbreiteten Fragen Stellung genommen. Darauf wird in den rechtlichen Erwägungen zurückzukommen sein.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 51 AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzentschädigung, a) wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen oder
b) wenn sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben. Gemäss Art. 52 Abs. 1 AVIG deckt die Insolvenzentschädigung Lohnforderungen für die letzten drei Monate vor der Konkurseröffnung oder vor dem Pfändungsbegehren, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag für die Beitragsbemessung. Als

Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, im Konkurs- und Pfändungsverfahren alles zu unternehmen, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihm mitteilt, dass sie an seiner Stelle in das Verfahren eingetreten ist. Danach muss er die Kasse bei der Verfolgung ihres Anspruches in jeder zweckdienlichen Weise unterstützen (Art. 55 Abs. 1 AVIG). Unter dem Randtitel "Ausführungsbestimmungen" hat der Gesetzgeber in Art. 109 AVIG angeordnet, dass der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen zu erlassen hat. In diesem Sinne hat der Bundesrat - in Ausführung von Art. 51 AVIG - in Art. 3 VOI, die vom 1. Januar bis 31. Dezember 1983 in Kraft stand, vorgeschrieben: "Die Kasse darf eine Insolvenzentschädigung nur ausrichten, wenn der Arbeitnehmer seine Lohnforderung glaubhaft macht. Es muss sich dabei um eine betreibungsrechtlich privilegierte Forderung handeln." Diese Bestimmung wurde auf den 1. Januar 1984 durch den inhaltlich gleichlautenden Art. 74 AVIV ersetzt.

2. Verwaltung und Vorinstanz begründen ihren auf Art. 3 VOI sich stützenden anspruchsverneinenden Entscheid im wesentlichen damit, dass die vom Beschwerdeführer im Konkurs der Z. AG geltend gemachte Forderung wegen seiner Stellung als Verwaltungsratspräsident der konkursiten Firma betreibungsrechtlich nicht privilegiert gewesen sei. In diesem Zusammenhang stellt sich vorerst die Frage, ob Art. 3 VOI überhaupt gesetzeskonform war. Zwar führt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid aus: "Der Wortlaut von Art. 3 VOI ist klar und eindeutig. Eine Prüfung dieser Verordnungsbestimmung auf ihre Gesetzmässigkeit hin - wie der Rekurrent sinngemäss geltend macht - drängt sich nicht auf." Es liegt auf der Hand, dass die Eindeutigkeit einer Verordnungsbestimmung nicht ausschliesst, dass sie gesetzwidrig sein könnte. Denn allenfalls ist auch eine Vorschrift eindeutig, die ohne jeden Zweifel das Gegenteil dessen anordnet, was eine andere Bestimmung beinhaltet. Die Gesetzmässigkeit der oben zitierten Verordnungsbestimmung ist daher zu überprüfen. a) Art. 3 VOI stellt - wie gesagt - im Sinne von Art. 109 AVIG eine Ausführungsbestimmung zu Art. 51 AVIG dar. Solche Ausführungsbestimmungen dürfen nicht über den Rahmen des Gesetzes hinausgehen. Sie haben keine andere Funktion, als gewisse

Gesetzesbestimmungen zu präzisieren, gegebenenfalls echte Gesetzeslücken zu schliessen und, soweit nötig, das anwendbare Verfahren festzulegen. Wenn keine ausdrückliche Ermächtigung dazu vorliegt, dürfen sie keine neuen Regeln enthalten, welche die Rechte des Bürgers einschränken oder ihm neue Pflichten auferlegen, und zwar selbst dann nicht, wenn diese Regeln mit dem Zweck des Gesetzes im Einklang ständen (BGE 108 V 116 und BGE 103 IV 194). Nach Art. 51 AVIG besteht ein Anspruch auf Insolvenzentschädigung unter den in dieser Bestimmung näher umschriebenen Voraussetzungen für "Lohnforderungen". Auch in Art. 52 Abs. 1 AVIG betreffend den Umfang der Insolvenzentschädigung und in Art. 55 Abs. 2 AVIG über die Pflichten des Versicherten wird der gleiche Ausdruck verwendet, während in Art. 54 Abs. 1 AVIG, der den Übergang der Forderung an die Kasse regelt, von "Lohnansprüchen" die Rede ist. Indessen sind beide Ausdrücke ihrem Inhalt nach offensichtlich identisch.
Eine nähere Umschreibung der Ausdrücke Lohnforderungen bzw. Lohnansprüche enthält das AVIG im Zusammenhang mit den Regeln über die Insolvenzentschädigung nicht. Nach seinem Art. 1 Abs. 1 will das AVIG jedoch den Versicherten einen "angemessenen Ersatz garantieren für Erwerbsausfälle" wegen Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, schlechten Wetters und Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Gemäss Art. 3 Abs. 1 AVIG sind die Beiträge an die Versicherung "vom massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung zu entrichten". Das Taggeld beträgt bei Arbeitslosigkeit einen Prozentsatz des "versicherten Verdienstes" (Art. 22 Abs. 1 AVIG), worunter "der für die Beitragsbemessung massgebende Lohn (Art. 3)" zu verstehen ist, allerdings unter Vorbehalt gewisser namentlich aufgeführter Ausnahmen, wie beispielsweise Entschädigungen für arbeitsbedingte Inkonvenienzen, Verdienste, die eine Mindestgrenze nicht erreichen (Art. 23 Abs. 1 AVIG), und Nebenverdienste (Art. 23 Abs. 3 AVIG). Art. 34 AVIG bemisst die Kurzarbeitsentschädigung in Prozenten "des anrechenbaren Verdienstausfalls" (Abs. 1), wobei "massgebend ist, bis zum Höchstbetrag für die Beitragsbemessung (Art. 3), der vertraglich vereinbarte Lohn in der letzten Zahltagsperiode vor Beginn der Kurzarbeit". Auch sind hier wieder einzelne Ausnahmen vorgesehen (Abs. 2). Für die Bemessung der Schlechtwetterentschädigung wird auf die bei der Kurzarbeit geltende Regelung verwiesen (Art. 44 Abs. 1 AVIG).

Grundlage für die Bemessung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit oder schlechtem Wetter ist also der für die Beitragsbemessung massgebende Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung, wenn auch mit gewissen, einzeln geregelten Ausnahmen. Es stellt sich die Frage, ob hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bei der Insolvenzentschädigung nicht vom AHV-rechtlichen Begriff des massgebenden Lohnes auszugehen wäre, sondern von demjenigen der "betreibungsrechtlich privilegierten Forderung", wie das BIGA in seinem Schreiben an das Eidg. Versicherungsgericht vom 20. September 1984 meint. Dieser Begriff ist nicht nur enger als der AHV-rechtliche Begriff des massgebenden Lohnes; vielmehr wird damit eine zusätzliche Anspruchsvoraussetzung aufgestellt, welche die Anspruchsberechtigung des Versicherten einschränkt. b) Das BIGA begründet seine Auffassung, dass diese Einschränkung beabsichtigt war, anhand der Gesetzesmaterialien, der Gesetzessystematik und des Zwecks der Insolvenzentschädigung. Der Hinweis insbesondere auf die Gesetzesmaterialien ist indessen nicht stichhaltig: aa) In der Expertenkommission für eine Neukonzeption der Arbeitslosenversicherung wurde im Zusammenhang mit einem Antrag Schweingruber darüber diskutiert, ob die durch die Insolvenzentschädigung abzudeckenden Lohnforderungen denjenigen entsprechen sollten, die gemäss Art. 219 SchKG privilegiert sind (Protokoll Nr. 13 der Expertenkommission S. 22 ff.). Der betreffende Antrag Schweingruber wurde jedoch abgelehnt. Im Anschluss daran wurde die Frage aufgeworfen, "ob der Bundesrat - nachdem die Kongruenz mit dem SchKG fehlt" - nicht ermächtigt werden sollte, die massgebenden Nebenbezüge näher zu bezeichnen. Dabei wurde "die Angleichung des Begriffes Nebenbezüge an die bei der Kurzarbeit getroffene Regelung" angeregt, die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Verordnungskompetenz

dafür jedoch verneint (Protokoll S. 24 f.). Daraus lässt sich nichts herauslesen, was die Auffassung des BIGA bestätigen würde, man sei schon in der Expertenkommission allgemein davon ausgegangen, dass die Insolvenzentschädigung lediglich die konkursrechtlich privilegierten Arbeitnehmerforderungen abdecken solle. Wenn über die konkursrechtlich nicht privilegierten Forderungen in der Expertenkommission nicht gesprochen wurde, dann wohl deswegen, weil man sich über allfällige Unterschiede zwischen dem Begriff des massgebenden Lohnes gemäss AHV-Gesetzgebung und

den privilegierten Lohnforderungen gemäss Art. 219 SchKG keine Rechenschaft gab oder aber weil es als sinnlos erschienen wäre, für die Insolvenzentschädigung von einem andern Lohnbegriff auszugehen als bei der Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Schlechtwetterentschädigung. bb) Die Botschaft des Bundesrates vom 2. Juli 1980 zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung spricht von den Lohnforderungen der 5. Klasse nicht ausdrücklich, wohl aber von den privilegierten Lohnforderungen im Konkurs, indem ausgeführt wird (BBl 1980 III 534): "Die Insolvenzentschädigung stellt eine Neuerung in der Arbeitslosenversicherung dar. Schon seit Jahren wurden Begehren gestellt, angesichts der wirtschaftlichen Entwicklung im Rahmen der Sozialversicherung eine Regelung zum Schutze der Lohnguthaben der Arbeitnehmer zu treffen. ... Tatsächlich schützt auch die Privilegierung von Lohnforderungen im Konkurs (Einteilung in die erste Gläubigerklasse) nicht immer vor einem partiellen oder gar totalen Verlust dieser Forderungen. Der Verlust der Lohnforderung kann den einzelnen betroffenen Arbeitnehmer in seiner Existenz bedrohen, auch wenn es gesamthaft meist nicht um einen übermässig hohen Betrag geht. Um diese Lücke im sozialen Schutz zu schliessen, ... wurde nach einer Lösung im Rahmen des öffentlichen Arbeitnehmerschutzes gesucht..." Diesen Ausführungen kann bloss die Feststellung entnommen werden, dass die Einreihung in die erste Gläubigerklasse nicht vor Verlust schützt und der Verlust von Lohnforderungen eine Lücke im sozialen Schutz darstellt, die geschlossen werden muss. Nicht ausdrücklich erwähnt wurde in diesem Zusammenhang die Möglichkeit von Verlusten an Lohnforderungen gegenüber dem nicht der Konkursbetreibung unterliegenden Arbeitgeber, obwohl auch hier eine Lücke bestand, die durch das AVIG ebenfalls geschlossen wurde. Wenn aber ein derart wichtiger Punkt im zitierten Botschaftstext nicht erwähnt wurde, dann kann aus der Nichterwähnung der "Lohnforderungen 5. Klasse" nichts zu Gunsten der These des BIGA abgeleitet werden. Zu Art. 51 des Gesetzesentwurfes betreffend Umfang der Insolvenzentschädigung hält die Botschaft ferner fest (BBl 1980 III 606): "Die Insolvenzentschädigung deckt Lohnansprüche, die sich auf die letzten drei Monate vor der Konkurseröffnung oder vor dem Pfändungsbegehren beziehen. Die Lohnansprüche, die sich immer auf geleistete Arbeit beziehen, werden voll gedeckt. Ein Gleichziehen mit dem Konkursprivileg, welches unter anderem die Lohnforderungen für sechs

Monate und auch Entschädigungen für vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses umfasst, ist hier nicht angezeigt, da die Insolvenzentschädigung eigentlich dem System der Arbeitslosenversicherung fremd ist. Sie soll sich darauf beschränken, im Konkursfall des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer den Lebensunterhalt zu garantieren." Auch diese Ausführungen ergeben nichts zu Gunsten der Auffassung des BIGA. Insbesondere kann aus dem Umstand, dass mit Bezug auf bestimmte Punkte (zeitliche Dauer der durch die Insolvenzentschädigung gedeckten Lohnforderungen, Ausschluss der Deckung für Ansprüche wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses) ein "Gleichziehen mit dem Konkursprivileg" abgelehnt wurde, nicht der Umkehrschluss gezogen werden, in den übrigen Punkten sei ein Gleichziehen beabsichtigt gewesen. Dieser Gedanke hätte vielmehr klar

zum Ausdruck gebracht werden müssen, was wohl auch geschehen wäre, wenn eine solche Auffassung bestanden hätte. Es wäre unverständlich, wenn in einer bundesrätlichen Botschaft ein begrifflicher Unterschied zwischen dem Lohn als Bemessungsgrundlage für die Arbeitslosen-, Kurzarbeits- sowie Schlechtwetterentschädigung einerseits und den durch die Insolvenzentschädigung gedeckten Lohnforderungen anderseits als offenbar selbstverständlich stillschweigend vorausgesetzt würde, wie das BIGA sinngemäss geltend macht. Schliesslich ist festzuhalten, dass der Botschaft zu den übrigen Artikeln des Gesetzesentwurfes betreffend die Insolvenzentschädigung auch nicht andeutungsweise etwas zu Gunsten der vom BIGA vertretenen Auffassung zu entnehmen ist. cc) Nach der Meinung des BIGA ist man bei den Beratungen im Parlament "wiederum" und "ausschliesslich" von den privilegierten Forderungen ausgegangen. Dem Protokoll der ständerätlichen Kommission vom 11./12. November 1981 (S. 23 f.) lässt sich indessen bloss entnehmen, dass - wie in der Expertenkommission und in der Botschaft - über eine allfällige Verlängerung der Zeitspanne, für welche Lohnforderungen durch die Insolvenzentschädigung zu decken sind, diskutiert worden ist, wobei man zur Ablehnung einer Verlängerung auf sechs Monate gelangte. Richtig ist zwar, dass im Ständerat ein Vorschlag diskutiert wurde, Arbeitnehmer vom Anspruch auf Insolvenzentschädigung auszuschliessen, wenn sie die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers absichtlich oder grobfahrlässig verursacht hätten, und dass dieser Vorschlag im Differenzbereinigungsverfahren fallengelassen wurde mit dem Hinweis darauf, es beständen genügend andere rechtliche Mittel

und Sanktionen zur Erreichung dieses Zieles. Die Diskussion belegt indessen nicht, dass die Meinung bestanden hätte, die Insolvenzentschädigung solle lediglich konkursrechtlich privilegierte Forderungen decken. Es ist auch nicht einzusehen, inwiefern aus einem Verzicht auf eine spezielle Sanktion für zumindest grobfahrlässige Schadenzufügung der Wille abgeleitet werden könnte, dass auch diejenigen, die sich nichts zuschulden kommen liessen, vom Leistungsbezug ausgeschlossen werden sollten. Zudem trifft es nicht zu, dass lediglich leitende Arbeitnehmer (z.B. Geschäftsführer) die Zahlungsunfähigkeit einer Firma schuldhaft verursachen könnten, wie das BIGA anzunehmen scheint. Das gleiche Ergebnis kann auch durch ein fehlbares Verhalten eines untergeordneten Arbeitnehmers herbeigeführt werden (z.B. Unterschlagung durch einen Buchhalter, Brandstiftung durch einen Nachtwächter usw.), deren Lohnforderungen wohl auch nach der Meinung des BIGA gestützt auf Art. 219 SchKG grundsätzlich privilegiert sind. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Gesetzesmaterialien, auf welche sich das BIGA beruft, keinen Rückschluss auf eine gesetzgeberische Absicht zulassen, wonach lediglich privilegierte Lohnforderungen durch die Insolvenzentschädigung gedeckt sein sollen. c) Nach der Meinung des BIGA soll auch die Gesetzessystematik gegen die Ausrichtung von Insolvenzentschädigungen bei nicht privilegierten Forderungen sprechen, weil nach Art. 54 AVIG mit der Ausrichtung der Entschädigung die Lohnansprüche des Versicherten im Ausmass der bezahlten Entschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse übergehen. Art. 54 AVIG bedeutet indessen lediglich, dass die Arbeitslosenkasse im Umfang der von ihr ausgerichteten Insolvenzentschädigung voll in die Rechtsstellung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber eintritt. Es wäre nicht einzusehen, weshalb die Rechtsstellung der Arbeitslosenkasse schlechter sein sollte als diejenige des Arbeitnehmers, dessen Lohnforderungen sie anstelle des Arbeitgebers mit gesetzlichem Rückgriffsrecht auf den letzteren bzw. auf die Konkursmasse befriedigt. d) Schliesslich meint das BIGA, die Beschränkung der Insolvenzentschädigung auf betreibungsrechtlich privilegierte Lohnforderungen ergebe sich auch aus dem Zweck der Insolvenzentschädigung. aa) Namentlich vertritt das BIGA die Meinung, der Schutz des Arbeitnehmers für ausstehende Lohnforderungen bei Zahlungsunfähigkeit

des Arbeitgebers solle nur "typischen" Arbeitnehmern zustehen; dazu gehörten Versicherte mit Arbeitgeberfunktionen (z.B. leitende Angestellte, Direktoren usw.) nicht. Dass leitende Angestellte allenfalls aufgrund ihrer früheren Stellung nicht gewillt wären, ihre Lohnforderungen "gegenüber den Forderungen der übrigen Gläubiger in eine privilegierte Klasse zu kollozieren", ist kaum zutreffend. Aber selbst wenn in Einzelfällen die Behauptung des BIGA zuträfe, dann spräche dies nicht für den unterschiedslosen Ausschluss einer ganzen Kategorie von Arbeitnehmern vom sozialen Schutz durch die Insolvenzentschädigung. Vielmehr wäre das daraus entstehende Problem wie bei allen andern Arbeitnehmern im Rahmen von Art. 55 Abs. 2 AVIG zu lösen, wonach der Arbeitnehmer die Insolvenzentschädigung zurückerstatten muss, "soweit die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen oder aus Gründen nicht gedeckt wird, die der Arbeitnehmer absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat, ebenso soweit sie vom Arbeitgeber nachträglich erfüllt wird". bb) Das BIGA sieht sodann den "ausschliesslichen" Schutz der privilegierten Lohnforderungen auch durch die betreibungsrechtliche Praxis ergänzt, welche "das Konkursprivileg für die höchsten Angestellten eines Betriebes, insbesondere die Direktoren oder Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften" ablehne. Diese Praxis belegt das BIGA mit einem Urteil des Bezirksgerichts Laufenburg vom 23. Juni 1983 in Sachen Konkursmasse Firma H. AG, das seinerseits auf einige wenige ältere Gerichtsentscheide und auf Literatur verweist, die nicht den gegenwärtigen Stand der Doktrin wiedergibt. Demgegenüber ist auf BRUNI, Die Stellung des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers (in: Basler juristische Mitteilungen 1982, S. 281 ff.) zu verweisen, der die Schwierigkeiten erwähnt, die sich dann ergeben, wenn geltend gemachte Lohnansprüche von Verwaltungsräten und von Angestellten zu kollozieren sind, denen Organqualität zukommt. BRUNI gelangt zum Schluss, in der Regel sei nicht nur Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, sondern selbst Direktoren von fallierten Gesellschaften ein Konkursprivileg 1. Klasse zuzugestehen, da diese zumeist dem Weisungsrecht des Verwaltungsrates unterstehen. Eine zurückhaltende Beurteilung dränge sich bei Direktoren auf, die gleichzeitig dem Verwaltungsrat angehören, oder bei Verwaltungsräten selbst. Indessen sei "im Einzelfall die konkrete wirtschaftliche Stellung der betroffenen Person im Gesamtgefüge der

Gesellschaft zu überprüfen. Eindeutig kein Privileg kann ein Verwaltungsrat beanspruchen, der zugleich Mehrheitsaktionär der Gesellschaft ist, da hier kein Unterordnungsverhältnis vorliegt" (S. 296). Zu einem im wesentlichen gleichen Schluss gelangt auch BRÖNNIMANN, Der Arbeitgeber im Konkurs (Diss. Basel 1982, S. 79 ff.; vgl. auch das in dieser Diss. zitierte Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Dezember 1977, in: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung 77/1978, Nr. 25, S. 52), der ausführt: "Erledigt das Verwaltungsratsmitglied neben den eigentlichen statutarischen und gesetzlichen Aufgaben (Art. 721 ff. OR) untergeordnete Arbeiten, kann der Gegenwert für diese Tätigkeit, weil als Gegenleistung weisungsgebundener Arbeit geschuldet, privilegiert sein" (S. 82).
Die vom BIGA bestrittene Schutzbedürftigkeit leitender Angestellter beruht nach GROB-ANDERMACHER, Die Rechtslage des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Arbeitgebers (Diss. Zürich 1982), auf der Überlegung, dass der leitende Angestellte in gewissen Situationen sogar schutzbedürftiger sei als ein untergeordneter Arbeitnehmer. Bei einer Fusionierung, Rationalisierung oder einem Managementwechsel könne es nämlich gelegentlich vorkommen, dass nur die Kaderstellen neu besetzt oder wegrationalisiert werden, während untergeordnete Arbeitsplätze davon unberührt bleiben. Bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses hätten leitende Angestellte Mühe, innert der Kündigungsfrist eine gleichwertige Arbeit zu finden. Die Chancen würden mit steigendem Lebensalter geringer, vor allem je gehobener die Position gewesen sei, die sie innegehabt haben. Leitende Angestellte, die bei einer sich abzeichnenden Krise die entsprechenden Massnahmen wie Kündigung, Stellensuche und Sicherstellung der Lohnforderung vorzeitig treffen könnten, seien nicht selten stärker an das Unternehmen gebunden als die übrigen Arbeitnehmer. In der Praxis werde oft gerade mit leitenden Angestellten ein längerfristiger Arbeitsvertrag abgeschlossen, der nur mit Ablauf der Vertragszeit aufgelöst

werden könne und nicht durch Kündigung. Selbst im Falle eines kündbaren Vertrages würden bei Verneinung eines sozialen Schutzes gerade jene benachteiligt, die sich bis zuletzt trotz Kündigungsmöglichkeit für das Unternehmen eingesetzt und sich bemüht haben, einen Konkurs noch abzuwenden, was im Interesse nicht nur des Arbeitgebers, sondern auch der übrigen Arbeitnehmer liege (S. 57 f.).

BGE 112 V 55 S. 66

Diese Ausführungen, denen beizupflichten ist, sprechen deutlich gegen die Auffassung des BIGA, wonach "höchste Angestellte" - anscheinend wegen offensichtlichen Fehlens eines sozialen Schutzbedürfnisses - durch den Gesetzgeber vom Anspruch auf Insolvenzentschädigung ausgeschlossen worden wären. cc) Ferner glaubt das BIGA, Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG betreffend die Kurzarbeitsentschädigung unterstreiche, "dass der Gesetzgeber den Versicherungsschutz nur jenen Versicherten gewähren wollte, die in einem echten Arbeitsverhältnis stehen und Lohneinbussen erleiden müssen". Nach der zitierten Bestimmung haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung Personen, 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. In der bundesrätlichen Botschaft wird zu Art. 30 des Entwurfes ausgeführt (BBl 1980 III 591 f.): "In diesem Zusammenhang sei nochmals ausdrücklich betont, dass der Ausschluss vom Bezug sich nur auf Kurzarbeit bezieht und dass somit die betreffenden Arbeitnehmer bei Ganzarbeitslosigkeit aufgrund ihrer vorgängigen Leistungen gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein können." Dementsprechend besteht bezüglich der Arbeitslosenentschädigung keine Ausschlussklausel, die Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG entspräche (vgl. Art. 8 AVIG). Das neue Recht knüpft im wesentlichen an die Regelung an, die unter der Übergangsordnung gegolten hat. Gemäss Übergangsordnung stand den betreffenden Versicherten so lange kein Taggeldanspruch gegenüber der Arbeitslosenversicherung zu, als sie den Eintritt des Versicherungsfalles selbst massgebend beeinflussen konnten, was zwar bei Kurzarbeit leicht, bei Ganzarbeitslosigkeit aber nicht ohne weiteres möglich ist (vgl. BGE 105 V 101). Sie hat aber die unter dem alten Recht bestandene Möglichkeit, die fraglichen Personengruppen auch bei Ganzarbeitslosigkeit von der Anspruchsberechtigung auszuschliessen, anscheinend aufgegeben. Die Situation eines leitenden Arbeitnehmers im Konkurs eines Arbeitgebers entspricht mit Bezug auf seine Stellung bezüglich einer Auslösung des Insolvenzrisikos grundsätzlich eher derjenigen des Ganzarbeitslosen als derjenigen des Kurzarbeiters. Jedenfalls spricht der Umstand, dass laut Botschaft die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG erwähnten Personen ausdrücklich nur vom Bezug von

BGE 112 V 55 S. 67

Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen werden, gegen die bundesamtliche Auffassung. dd) Schliesslich soll sich die "Sonderstellung der Insolvenzentschädigung" laut bundesamtlicher Stellungnahme auch daraus ergeben, dass ihre verfassungsmässige Grundlage nicht - wie für die Arbeitslosenversicherung - Art. 34novies BV sei, sondern "auch Art. 34ter Absatz 1 Buchstaben a und e der Bundesverfassung". Zum vornherein nicht stichhaltig ist der Hinweis auf lit. e von Art. 34ter Abs. 1 BV, weil lit. e die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes betreffend die Arbeitsvermittlung beinhaltet. Damit hat die Frage der Insolvenzentschädigung nichts zu tun. Die lit. e ist insbesondere die verfassungsmässige Grundlage für die in Art. 74 AVIG vorgesehenen Beiträge an besondere Massnahmen auf dem Gebiete der Arbeitsvermittlung (vgl. BBl 1980 III 644). Inwiefern lit. a von Art. 34ter Abs. 1 BV, die den Bund als zum Erlass von Vorschriften über den Schutz der Arbeitnehmer zuständig erklärt, die Auffassung des BIGA zu untermauern vermag, wird von diesem nicht näher ausgeführt. Dass leitende Angestellte grundsätzlich nicht unter den Begriff Arbeitnehmer im Sinne von Art. 34ter Abs. 1 lit. a BV fallen würden, ist zu verneinen (vgl. HUG, Kommentar zum Arbeitsgesetz, N. 17 f. zu Art. 1 N. 1 und 12 zu Art. 3). e) Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Auffassung des BIGA, aus den Gesetzesmaterialien, der Gesetzessystematik und der Zweckbestimmung der Insolvenzentschädigung ergebe sich, dass die leiten-

den Angestellten vom Anspruch auf Insolvenzentschädigung grundsätzlich ausgeschlossen seien, nicht gefolgt werden kann. Vielmehr ergibt sich, dass Art. 3 VOI, der die Insolvenzentschädigung auf betreibungsrechtlich privilegierte Forderungen beschränkt, nicht gesetzeskonform ist. Dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Insolvenzentschädigung den im AVIG sonst grundsätzlich geltenden AHV-rechtlichen Lohnbegriff durch denjenigen des privilegierten Lohnes nach Art. 219 SchKG ersetzen wollte, ist nicht nur nicht belegt, sondern völlig unwahrscheinlich. Das geht schon aus dem Umstand hervor, dass nach der Meinung des BIGA die leitenden bzw. höchsten Angestellten eines Betriebes vom Privileg des Art. 219 SchKG ausgeschlossen sein sollen, was jedoch - wie bereits dargetan - weder dem Stand der Lehre noch der Rechtsprechung entspricht. Das Nebeneinander unterschiedlicher Lohnbegriffe im

gleichen Gesetz würde sodann zu einer Rechtszersplitterung führen, die erfahrungsgemäss der Rechtssicherheit abträglich wäre. Ausschlaggebend ist jedoch nicht allein, dass Art. 3 VOI nicht nur eine andere, engere Grundlage für die Bemessung der Insolvenzentschädigung stipuliert, sondern dass das Erfordernis der betreibungsrechtlich privilegierten Lohnforderung eine neue Anspruchsvoraussetzung aufstellt, für welche das Gesetz weder ausdrücklich noch sinngemäss eine Grundlage enthält, und dass sich auch keine entsprechende gesetzgeberische Absicht ermitteln lässt. Art. 3 VOI und somit auch der inhaltlich gleichlautende Art. 74 AVIV sind daher gesetzwidrig. Ist Art. 3 VOI aber nicht gesetzeskonform, so hätte der Anspruch des Beschwerdeführers auf Insolvenzentschädigung nicht aufgrund dieser Verordnungsbestimmung verneint werden dürfen.

3. Nach Art. 3 Abs. 1 AVIG sind die Beiträge an die Arbeitslosenversicherung "vom massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung" zu entrichten. Dazu gehören u.a. auch Tantièmen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder von Mitgliedern von Verwaltungsräten juristischer Personen (Art. 7 lit. h AHVV). Man kann sich fragen, ob ein Verwaltungsratsmitglied jedenfalls bezüglich der diesen Entschädigungen zugrundeliegenden Tätigkeiten den Schutz des AVIG geniesst. Indessen kann dies für heute offen bleiben, wie sich aus den folgenden Darlegungen ergibt. Der Beschwerdeführer war Verwaltungsratspräsident der konkursiten Firma, von der er eine einzige Aktie besass, während die übrigen 299 Aktien mit einem Nennwert von Fr. 1'000.– sich im Besitze des Verwaltungsrates X befanden. Zu seiner Stellung im konkursiten Betrieb hat der Beschwerdeführer gegenüber der Rekurskommission ausgeführt: Er sei nur deshalb im Verwaltungsrat gewesen, weil es an entsprechenden Personen gemangelt habe und er mit dem Geschäftsführer befreundet gewesen sei. In erster Linie sei er aber Angestellter der Firma gewesen und habe in den vergangenen zwei Jahren kein anderes Einkommen als monatlich Fr. ... bezogen. Für den Verwaltungsratstitel habe er nie einen Franken erhalten. Er fühle sich daher auch nicht anders gestellt als jeder andere Mitarbeiter. Im Gegenteil: um die Kosten tief zu halten, seien möglichst viele Mitarbeiter entlassen worden, und er selbst habe deren Arbeit übernommen. In den letzten sechs Monaten habe er den Verkauf in Zürich allein besorgt, während X den Laden in Schaffhausen betreut habe. Er, der Beschwerdeführer, habe sechs Tage pro Woche allein - ohne Aushilfe - im Laden

gestanden. Dazu bemerkte die Vorinstanz: Weil "sich Roman Scheu weitaus mehr als ein gewöhnlicher Angestellter im Interesse der Firma einsetzte ("in den letzten sechs Monaten allein, ohne Aushilfe, sechs Tage pro Woche, neuneinhalb Stunden täglich, an Donnerstagen jeweils zwölf Stunden im Verkaufsladen gestanden"), ist ... davon auszugehen, dass seine Stellung nach innen seiner äusseren und rechtlichen als Verwaltungsratspräsident mit den entsprechenden Pflichten und der erforderlichen Verantwortung entsprach". Aufgrund der glaub-

würdigen Schilderung der tatsächlichen Verhältnisse durch den Beschwerdeführer ist - abweichend von der Vorinstanz - indessen vielmehr davon auszugehen, dass dieser nicht in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratspräsident tätig war, sondern wie irgend ein anderer Arbeitnehmer der betreffenden Firma. Es erscheint auch als glaubhaft, dass der Monatslohn, den er in seinem Leistungsgesuch gegenüber der Arbeitslosenkasse auf Fr. ... beziffert, keine Entschädigung für seine Tätigkeit als Verwaltungsrat enthält. Folglich kann die grundsätzliche Frage nach dem Versicherungsschutz bezüglich der reinen Verwaltungsratstätigkeit - wie gesagt - offenbleiben.

4. Das BIGA weist schliesslich noch darauf hin, dass der Arbeitnehmer gemäss Art. 55 Abs. 1 AVIG im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen muss, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren. Insbesondere habe ein Arbeitnehmer, dessen Forderung in der 5. anstatt in der 1. Klasse kolloziert worden ist, den Kollokationsplan anzufechten, um die erwähnte Pflicht zu erfüllen. Ob und unter welchen Umständen ein Versicherter allenfalls gehalten ist, den Kollokationsplan anzufechten, um Art. 55 Abs. 1 AVIG zu genügen, kann ebenfalls offenbleiben. Art. 55 Abs. 2 AVIG sieht lediglich die Rückerstattung der Insolvenzentschädigung vor, "soweit die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen oder aus Gründen nicht gedeckt wird, die der Arbeitnehmer absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat...". Diese Bestimmung, die weder in den vorberatenden parlamentarischen Kommissionen noch im Plenum der Räte diskutiert wurde, ist jedenfalls insofern klar, als darin die Leistungsverweigerung im Hinblick auf einen vom Versicherten der Arbeitslosenkasse absichtlich oder grobfahrlässig verursachten Schaden nicht erwähnt wird. Das bedeutet bei wörtlicher Auslegung, dass zuerst ein allfälliger Schaden entstanden sein muss, bevor ein schuldhaftes

Verhalten des Versicherten zu einer Sanktion Anlass geben kann. Der Grund für eine derartige Lösung dürfte darin liegen, dass die Arbeitslosenkassen vorerst einmal die Insolvenzentschädigung auszuzahlen haben, um dem Versicherten die notwendigen Mittel für den Lebensunterhalt beim Verlust des Arbeitsplatzes zur Verfügung zu stellen (vgl. BBl 1980 III 606). Ein Schaden war im vorliegenden Fall im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung, der für die richterliche Beurteilung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde in der Regel massgebend ist (BGE 109 V 179, BGE 107 V 5, BGE 105 V 141 und 154, BGE 104 V 61 und 143), nicht gegeben. Demzufolge lässt sich auch aus Art. 55 Abs. 1 AVIG nichts ableiten, was zur Verneinung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf Insolvenzentschädigung führen müsste.

5. Zusammenfassend ist festzustellen, dass dem Beschwerdeführer grundsätzlich ein Anspruch auf Insolvenzentschädigung zusteht. Deren Umfang wird von der Arbeitslosenkasse in einer neuen beschwerdefähigen Verfügung festzusetzen sein.

Dispositiv

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden der Entscheid der Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich vom 6. Januar 1984 sowie die Kassenverfügung vom 22. September 1983 aufgehoben. Die Sache wird an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückgewiesen, damit diese über den Umfang der dem Beschwerdeführer zustehenden Insolvenzentschädigung in einer neuen Verfügung befinde.