Kantonsgericht Schwyz

kantonschwyz

Urteil vom 19. Februar 2008
ZK 2006 74

Mitwirkend

Kantonsgerichtsvizepräsidentin Dr. Alice Reichmuth Pfammatter,
Kantonsrichter Erich Gmür, Pius Betschart,
Walter Christen und Hannelore Räber,
Gerichtsschreiberin lic.iur. Cornelia Kessler.

In Sachen

A._____,
Kläger und Appellant,
vertreten durch Rechtsanwalt B._____,

gegen

C._____ AG,
Beklagte und Appellatin,
vertreten durch a.a. Konkursverwalterin D._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwältin E._____,

betreffend

Kollokation, Arbeitslohnforderung
(Berufung gegen das Urteil des Einzelrichters des Bezirkes Höfe vom 23. Oktober 2006, E2 2004 132);-

hat die Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Der Kläger unterzeichnete am 27. November 1992 einen Geschäftsleitungsvertrag mit der C._____ AG, wonach Ersterer spätestens mit Wirkung zum 1. Juni 1993 als Direktor angestellt wurde (vorinstanzl. BB 36, Art. 1.1). An der Sitzung vom 10. Dezember 1997 ernannte der Verwaltungsrat der C._____ AG den Kläger zum geschäftsführenden Direktor und erhöhte sein monatliches Salär ab 1. Januar 1998 auf Fr. 32'000.00.

Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis am 5. Dezember 1998 per 31. Dezember 1999. Von anfangs Januar bis Ende Dezember 1999 war er arbeitsunfähig (vorinstanzl. KB 1).

Mit Verfügung vom 15. Dezember 1998 entzog die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) der C._____ AG die Bewilligung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit als Bank (vorinstanzl. BB 6); die C._____ AG wurde aufgelöst und trat in Liquidation. Die D._____ AG wurde als Liquidatorin eingesetzt. Am 18. März 1999 wurde der Konkurs über die C._____ AG eröffnet.

Im Konkurs der C._____ AG in Liquidation betr. die Forderungseingabe Nr. 53 (Ord.-Nr. 39) von A._____ ging die ausseramtliche Konkursverwalterin mit Verfügung vom 2. September 2004 von einer Forderung von insgesamt Fr. 450'111.40 aus. Nach Abzug der bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 31. Dezember 1999 anderweitig erzielten Einkünfte von Fr. 387'906.00 sowie den Nettoeinkünften von Fr. 91'154.00 gemäss Kontoauszug der Ausgleichskasse Schwyz für die Zeit von Januar bis März 1999 kam die Konkursverwaltung auf eine Nettoforderung des Klägers von Fr. 0.00. Die Forderung verwies sie eventualiter insgesamt in die 3. Klasse (vorinstanzl. KB 1/BB 2).

B. Mit Klage vom 30. September 2004 beantragte der Kläger die Aufhebung der Verfügung der ausseramtlichen Konkursverwalterin vom 2. September 2004 im Konkurs der C._____ AG in Liquidation sowie die Aufnahme seiner Forderung im Umfang von Fr. 62'205.40 als Arbeitslohnforderung in die

1. Klasse, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der verfügenden ausserordentlichen Konkursverwaltung.

Am 14. Februar 2005 reichte die Beklagte die Klageantwort ein und trug auf Abweisung der Klage an, soweit und sofern darauf einzutreten sei.

Mit Replik vom 2. Juni 2005 und Duplik vom 26. Oktober 2005 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

Am 28. Juni 2006 edierte der Vorderrichter bei der Ausgleichskasse Schwyz die AHV-Meldungen der C._____ AG betreffend Lohnzahlungen an den Kläger für die Beitragsmonate Januar bis März 1999.

Mit Eingabe vom 21. September 2006 bzw. 3. Oktober 2006 nahmen die Parteien Stellung zum Beweisergebnis.

Mit Urteil vom 23. Oktober 2006 hat der Einzelrichter des Bezirkes Höfe die Klage abgewiesen, die Gerichtskosten von Fr. 1'554.25 dem Kläger auferlegt und diesen überdies verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.00 zu bezahlen.

C. Gegen dieses Urteil erklärte der Kläger mit Eingabe vom 14. November 2006 rechtzeitig Berufung mit den Rechtsbegehren, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und es sei im Sinne der Klagebegehren neu zu entscheiden, eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und zur neuen Entscheidung im Sinne der Begründungen an die Vorinstanz zurückzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Mit Berufungsergänzung vom 20. Februar 2007 hielt der Kläger an seinen Anträgen fest.

Am 14. Juni 2007 reichte die Beklagte die Berufungsantwort ein und trug auf Abweisung der Berufung an.

Mit Replik und Duplik vom 1. Oktober 2007 bzw. 6. Februar 2008 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest;-

in Erwägung:

1. a) Der Kläger macht geltend, die Löhne für die Monate Januar bis März 1999 im Umfang von insgesamt Fr. 91'154.00 netto nie erhalten zu haben. Die AHV-Abrechnung beruhe wohl auf falschen Angaben. Möglicherweise habe die Beklagte die Löhne sich selber ausbezahlt und somit die Kasse im Glauben gelassen, die Beträge seien an den Kläger ausgerichtet worden. Die Ausgleichskasse habe nie abgeklärt, ob der Betrag dem Kläger zugekommen sei. Hier müsse die Beklagte zumindest Unterlagen bzw. Quittungen vorlegen. Trotz entsprechender Beweisangebote im Vorverfahren habe sich die Vorinstanz nicht um diese eklatante Lücke gekümmert. Sie habe einfach die in nichts bewiesene Behauptung der Beklagten übernommen.

b) Die Beklagte bestreitet hingegen eine mangelhafte Beweisabnahme und bringt vor, dass die Vorinstanz gestützt auf den AHV-Auszug sowie den durch das Gericht eingeholten Bericht der Revisionsstelle der Ausgleichskasse zu Recht das Einkommen von Fr. 96'000.00 als erwiesen erachtet habe. Weitere Beweise müssten, wenn bereits rechtsgenüglicher Beweis vorliege, nicht abgenommen werden. Ausserdem habe die Vorinstanz in ihrem Entscheid richtig festgehalten, dass der Kläger die Feststellung des Einkommens in der Zeit von Januar bis März 1999 in seiner Anfechtung vom 30. September 2004 mit keinem Wort bestritten habe. Vielmehr habe er geltend gemacht, fälschlicherweise sei die Restforderung mit einer Forderung der Ausgleichskasse verrechnet worden. Die Einkünfte von Fr. 96'000.00 habe er nicht bestritten. Hätte er den Betrag nicht erhalten, hätte der Kläger die Verfügung in diesem Punkt sicherlich angefochten.

2. a) Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus

ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren. Was das Arbeitsverhältnis im Speziellen betrifft, so ist der Lohn im Gesetz als vertraglicher Leistungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber geregelt. Die Nichtbezahlung des Lohnes stellt somit die Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung dar. Aus den einleitend erörterten Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass der Kläger die vertragliche Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung des Lohnes beweisen muss. Demgegenüber trägt die Beklagte die Beweislast dafür, dass und wie viel Lohn während der massgebenden Zeit vom Kläger bezogen worden sind (vgl. BGE 128 III 271 E. 2a/aa S. 273).

Im Falle der Anfechtung der Kollokation der eigenen Forderung richtet sich die Klage gegen die Masse, wobei die Parteirollen der Beweislast entsprechen. Der Kläger hat Bestand und Höhe der Forderung sowie die geltend gemachte Klasse zu beweisen und die Masse als Beklagte den Untergang der klägerischen Ansprüche darzutun (Hierholzer, Basler Kommentar, 1998, N 23 und 61 zu Art. 250 SchKG). Auch unter diesem Titel liegt demnach die Beweislast in Bezug auf die Frage, ob die Beklagte die Monatslöhne von Januar bis März 1999 dem Kläger ausbezahlt hat, bei Ersterer.

b) Nach dem Gesagten hat vorliegend die Beklagte zu beweisen, dass der Kläger die drei Monatslöhne ausbezahlt erhalten hat. Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben

sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden (BGE 130 III 321 E. 3.4).

c) Als Beweise für die Auszahlung der drei Monatslöhne legt die Beklagte die Kopie des Kontoauszuges der Ausgleichskasse Schwyz (vorinstanzl. BB 3) ins Recht. Ausserdem hat der Vorderrichter einen Bericht der Revisionsstelle der Ausgleichskasse betreffend Lohnzahlungen an den Kläger für die Beitragsmonate Januar bis März 1999 eingeholt (vorinstanzl. D 2.1). Diesen Aktenstücken lässt sich unbestritten entnehmen, dass dem Kläger für den nämlichen Zeitraum netto Fr. 91'152.00 an Lohn ausbezahlt wurde. Des Weitern ist in diesem Zusammenhang augenscheinlich, dass der Kläger im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens seine Argumentation änderte. So hat er in seiner Klageschrift noch vorgebracht, die angefochtene Verfügung verkenne, dass es sich beim Betrag von Fr. 91'152.00 um eine Forderung gegenüber der Konkursitin handle, die auf ihn hätte abgewälzt werden sollen. Mit Urteil vom 19. Mai 2004 habe indes das Verwaltungsgericht rechtskräftig entschieden, dass für solche Forderungen gegenüber dem Anfechter keine Rechtsgrundlagen bestehen würden. Erst in seiner Replikschrift vom 2. Juni 2005 brachte der Kläger konkret vor, dass ihm der im Auszug der Ausgleichskasse aufgeführte Lohn für die Monate Januar bis März 1999 nie ausbezahlt worden sei. Er führte als Erklärung an, dass ein Teil des Lohnes 1998, welchen er zugute gehabt hätte, ihm nicht von der C._____ AG, sondern von der F._____ AG als Restlohnzahlung pro 1998 im Betrag von Fr. 86'000.00 ausbezahlt worden sei. Er selber habe diese Lohnzahlung der AHV gemeldet. Fälschlicherweise sei die auf den Lohn 1998 entfallende Restzahlung ebenso unzutreffend mit Fr. 96'000.00 anstatt mit Fr. 86'000.00 eingesetzt worden. Weshalb er von seiner Klagebegründung Abstand genommen hat, begründet der Kläger weder im vorderrichterlichen noch im Berufungsverfahren. Dies lässt doch erhebliche Zweifel an den Vorbringen des Klägers aufkommen, zumal die beiden Begründungsvarianten sich doch deutlich voneinander unterscheiden. Zunächst sieht er im Betrag von Fr. 91'152.00 scheinbar eine Schadenersatzforderung der Ausgleichskasse Schwyz gegenüber der Beklagten, welche nicht auf ihn abgewälzt werden könne. Er erwähnt indessen mit keinem Wort, dass ihm kein Lohn ausbezahlt wurde für die Monate Januar bis März 1999, obwohl dies auf der Hand lag, wäre

ihm besagte Summe tatsächlich nicht ausbezahlt worden. In der Verfügung der a.a. Konkursverwalterin vom 2. September 2004 wurde der Betrag von Fr. 91'152.00 denn auch als „Einkünfte" für die Zeit Januar bis März 1999 abgezogen. Dieser entspricht drei Nettomonatslöhnen. Als dann die Beklagte den Auszug der Ausgleichskasse, aus welchem ersichtlich war, dass dem Kläger für die besagten drei Monate Fr. 91'152.00 ausbezahlt worden waren, zu den Akten reichte, wich er von seiner damaligen Begründung ab. Unabhängig davon vermag seine neue Begründung ebenso wenig zu überzeugen, wobei in diesem Zusammenhang – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die Ausführungen des Vorderrichters verwiesen werden kann (vgl. angefochtenes Urteil, Seite 7 f.; § 136 GO). Bleibt anzufügen, dass der Kläger in seiner Berufungsschrift sodann lediglich vorbringt, der Betrag von Fr. 86'000.00 habe nichts mit der Restforderung in der Höhe von Fr. 63'000.00 zu tun. Seine frühere These, dass fälschlicherweise Fr. 96'000.00 anstelle von Fr. 86'000.00 eingetragen worden sei, erwähnt er mit keinem Wort mehr. Vielmehr hält er fest, dass die Beklagte sich die Löhne möglicherweise selber ausbezahlt und somit die Kasse im Glauben gelassen habe, die Beträge seien an den Kläger ausbezahlt worden. Es handelt sich hierbei um reine Spekulation. Im Übrigen hat der Kläger die Novenberechtigung und die Voraussetzungen des Novenrechts gemäss § 104 Ziff. 2–5 ZPO nicht dargetan (vgl. EGV-SZ 1977, S. 62 f.).

d) In Anbetracht der Gesamtumstände kann nach Gesagtem davon ausgegangen werden, dass dem Kläger die Summe von Fr. 91'152.00 ausbezahlt wurde, zumindest liegen keine ernsthaften Zweifel hierüber vor. So hat auch der Kläger keine Beweise geliefert, welche diese Annahme hätten umzustossen vermögen. Weiterer Beweisabnahmen bedarf es bei dieser Sachlage nicht.

3. Es stellt sich die Frage, ob der Kläger überhaupt Anspruch auf den Restbetrag von Fr. 62'205.40 hätte, wenn davon auszugehen wäre, dass ihm die besagten drei Monatslöhne nicht ausbezahlt wurden.

a) Der Kläger führt aus, dass ein Lohnguthaben von Fr. 450'000.00 anerkannt sei. Die Beklagte verneint dies und bringt diesbezüglich vor, in Art. 8 des Arbeitsvertrags sei festgehalten, dass im Falle unverschuldeter Krankheit die

Gehaltszahlung gemäss Kollektiv-Krankentaggeldversicherung erfolge, was in casu, wie der Kläger selbst ausführe, erfolgt sei. Auf weitere Zahlungen habe der Kläger keinen Anspruch. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 324a OR entfalle nämlich, wenn die Erwerbsausfallversicherung ausreichend/gleichwertig sei, die Lösung schriftlich vereinbart und die Versicherungsleistungen auch tatsächlich ausbezahlt worden seien. Dem Kläger seien vorliegend Versicherungsleistungen von Fr. 410'310.00 (zur Wertermittlung siehe vorinstanzl. act. A IV Ziff. 1.3 [Duplik]) ausbezahlt worden, die bei weitem gleichwertig seien. Andernfalls hätte der Kläger lediglich Anspruch auf Lohnfortzahlung für eine beschränkte Zeit (drei Monate) gemäss Art. 324a OR gehabt. Der ausbezahlte Betrag von Fr. 410'310.00 sei weit mehr als 80% von Fr. 415'929.40 (zur Wertermittlung siehe vorinstanzl. act. A IV Ziff. 1.3 [Duplik]). Der Kläger habe demnach keine Lohnansprüche mehr.

b) aa) In Art. 8 des Geschäftsleitungsvertrages ist unter anderem Folgendes festgehalten:

(1) Im Falle unverschuldeter Krankheit erfolgt die Gehaltszahlung gemäss Kollektiv-Krankentagegeldversicherung

(2) Der Angestellte versichert sich selbst, seine Ehegattin und seine unmündigen Kinder gegen Krankenpflegekosten. Die Prämien gehen ausschliesslich zu Lasten des Angestellten.

Der Kläger hat in der Zeit vom 1. Januar 1999 bis 31. Dezember 1999 Taggelder in der Höhe von Fr. 163'728.00 von der G._____ bezogen. Des Weitern zahlte ihm die H._____ Fr. 171'620.05 für den Zeitraum vom 6. Januar 1999 bis 31. Oktober 1999 und Fr. 31'324.50 für den Monat November 1999 sowie Fr. 21'233.45 für den Monat Dezember 1999 an Taggeld aus. Insgesamt belief sich die Summe der vom Kläger bezogenen Taggelder folglich auf Fr. 387'906.00 (vorinstanzl. BB 5 inkl. BB 5a-5d).

bb) Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu

entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist. Sind durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen (Art. 324a Abs. 1 und 2 OR). Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR).

Art. 324a Abs. 4 OR bezweckt, die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nur bei gleichwertigen Leistungen an den Arbeitnehmer entfallen zu lassen. Der Arbeitgeber wird deshalb nicht bereits mit der Zahlung seines Prämienanteils, sondern erst mit der tatsächlichen Leistung durch eine Versicherung von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreit. Der Arbeitgeber ist allerdings berechtigt, die dem Arbeitnehmer vergebens bezahlten Prämien von seinen Lohnzahlungen abzuziehen (Rehbinder, Berner Kommentar, 1985, N 35 zu Art. 324a OR).

Die als Abgeltung für die Lohnzahlungspflicht getroffenen Regelungen können den Abschluss von Individualversicherungen oder Kollektivversicherungen vorschreiben (Rehbinder, a.a.O., N 35 zu Art. 324a OR). Bei der Kollektivversicherung ist der Arbeitgeber Versicherungsnehmer und trägt allein die Verantwortung für Abschluss und Durchführung des Vertrags. Eventuelle Beiträge des Arbeitnehmers an die Versicherungsprämien werden vom Lohn abgezogen. Der Arbeitnehmer hat diesfalls gegenüber der Versicherung einen direkten Anspruch (Rehbinder, a.a.O., N 35 zu Art. 324a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N 58 zu Art. 324a OR). Insoweit dem Arbeitnehmer ein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer zusteht, ist der Arbeitgeber von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreit und kann vom Arbeitnehmer nicht mit einer Lohnforderung für die Dauer der Verhinderung belangt werden. Der Anspruch gegen die Versicherung tritt an Stelle der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht.

Der Arbeitgeber haftet nicht gleichsam als Garant der Versicherung (Staehelin, a.a.O., N 58 zu Art. 324a OR).

cc) Ob eine versicherungsrechtliche Abgeltung des Lohnfortzahlungsanspruchs gleichwertig ist, richtet sich nach der Dauer und der Höhe des Versicherungsanspruchs sowie nach der Beteiligung des Arbeitgebers an den Prämien (Rehbinder, a.a.O., N 36 zu Art. 324a OR). Dem Kläger wurden für die Dauer eines Jahres Taggelder ausbezahlt, welche sich auf einiges mehr als 80% seines Lohnes beliefen und zwar unabhängig davon, ob von Taggeldauszahlungen in der Höhe von Fr. 387'906.00 oder 410'310.00 ausgegangen wird und die Ferienansprüche zu reduzieren sind. Dem Geschäftsleitungsvertrag lässt sich nicht entnehmen, dass der Kläger Beiträge an die Versicherungsprämien leisten musste (vgl. Art. 8 Abs. 1), wobei das KADER-Merkblatt den Akten nicht beiliegt. Gemäss Lohnblatt November 1998 (vorinstanzl. BB 4) wurden dem Kläger denn auch keine Beiträge für die Krankentaggeldversicherung abgezogen. Bei dieser Ausgangslage ist die Gleichwertigkeit der Leistungen gegeben (vgl. Beispiele in Rehbinder, a.a.O., N 36 zu Art. 324a OR).

c) Es lässt sich damit festhalten, dass der Kläger selbst dann keinen Anspruch auf den Restbetrag von Fr. 62'205.40 hätte, wenn ihm die besagten drei Monatslöhne nicht ausbezahlt worden wären.

4. a) Der Kläger bringt weiter vor, dass nicht erfolgte Lohnzahlungen von vornherein in die erste Klasse aufzunehmen seien. Seiner Ansicht nach seien sie zu Unrecht nicht in der ersten Klasse des Kollokationsplanes aufgenommen worden. Er sei – trotz seiner formalen Funktion – an keinem einzigen Kreditgeschäft beteiligt gewesen. Der ganze Kreditbereich sei zudem nicht Bestandteil seines Aufgabenbereiches gewesen. Anordnungen habe er nur auf Geheiss oder nach Genehmigung des Verwaltungsrates bzw. Verwaltungsratsausschusses treffen können. Ausgeprägter als vorliegend könne ein Unterordnungs- oder Abhängigkeitsverhältnis kaum sein. Der Anspruch auf das Arbeitnehmerprivileg sei offensichtlich nicht ausgewiesen.

b) Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger in einem Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis zu ihr gestanden habe. Er habe keine Weisungen befolgen müssen. Vielmehr habe er weitreichende Entscheidungskompetenzen gehabt und damit ihre Geschäfte bestimmt bzw. massgeblich beeinflusst. Da der Kläger in leitender, selbständiger und eigenverantwortlicher Stellung für sie tätig gewesen sei, sei die Gewährung des Konkursprivilegs erster Klasse nicht zulässig.

c) Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend zu diesem Vorbringen des Klägers Stellung genommen, obwohl sich eine Klassenzuteilung der Forderung nach den bisherigen Ausführungen erübrigen würde.

aa) Der Kläger war unbestrittenermassen geschäftsführender Direktor der Bank. Mit Beschluss des Verwaltungsrates vom 2. Dezember 1992 wurde seiner Einstellung als Mitglied der Geschäftsleitung zugestimmt (vorinstanzl. BB 36). Ab 1. Januar 1998 war er sodann geschäftsführender Direktor (vorinstanzl. BB 38).

bb) Art. 219 Abs. 4 SchKG legt fest, in welcher Rangordnung namentlich nicht pfandgesicherte Forderungen aus dem Erlös der Konkursmasse gedeckt werden. Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis, die in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung entstanden sind, sowie die Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurs des Arbeitgebers und die Rückforderung von Kautionen, sind in der ersten Klasse konkursprivilegiert (Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG).

Das Gesetz will denjenigen schützen, der auf den Lohn für seine Arbeit angewiesen ist, dessen Einkommen vom Lohn abhängt. Arbeitsverhältnis ist gemäss deutschem und italienischem Gesetzestext grundsätzlich insbesondere der Einzelarbeitsvertrag (Peter, in Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, 1998, N 28 f. zu Art. 219 SchKG).

Die Rechtsprechung hält aber nicht jeden, der kraft eines Arbeitsvertrags Gegenpartei eines Arbeitgebers ist, für einen Arbeitnehmer im Sinne von Art. 219

Abs. 4 lit. a SchKG. Dieses Konkursprivileg ist lediglich bei Personen gerechtfertigt, die wegen ihrer schwachen sozialen Stellung und der wirtschaftlichen Abhängigkeit von ihrem Arbeitgeber nicht in der Lage sind, ihren Lohnanspruch rechtzeitig und ungehindert durchsetzen zu können. Nicht konkursprivilegiert sind all jene, die eine wirtschaftlich selbständige Tätigkeit ausüben, also etwa Mitglieder von Verwaltungsräten und Kontrollbehörden, aber auch Geschäftsführer, Direktoren und andere, die eine arbeitgeberähnliche Stellung ausüben, d.h. über mehr oder weniger grosse Unabhängigkeit verfügen, massgeblich an der Geschäftspolitik teilhaben, Einsicht in die Geschäftsunterlagen haben und nicht in einem Unterordnungsverhältnis stehen (BGE 118 III 46 E. 2a S. 48 mit Hinweis auf BGE 52 III 147 E. 3; vgl. auch Peter, a.a.O., N 31 zu Art. 219 SchKG). Diese Rechtsprechung gilt heute noch (BGE 118 III 46 E. 2b S. 49). Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG bezweckt nach wie vor, aus sozialpolitischen und humanitären Gründen die wirtschaftlich und persönlich vom Arbeitgeber abhängigen Arbeitnehmer wenigstens in einem zeitlich begrenzten Rahmen gegenüber andern Gläubigern zu bevorzugen. Für das Lohnprivileg ist das Bestehen eines rechtlichen und tatsächlichen Subordinationsverhältnisses wesentliche Voraussetzung (BGE 118 III 46 E. 3a S. 51). Ob der Arbeitnehmer in einem solchen Subordinationsverhältnis zum Arbeitgeber steht oder, im Gegenteil, über eine mehr oder weniger grosse Unabhängigkeit und Selbständigkeit im Betrieb verfügt, beurteilt sich nach der tatsächlichen Stellung des Arbeitnehmers innerhalb der Unternehmung. Nur demjenigen Arbeitnehmer soll ein Konkursprivileg zustehen, für welchen ein erhöhtes Schutzbedürfnis besteht, d.h. welcher in ausgeprägter Weise vom Arbeitgeber abhängig ist und mit Blick auf seine Unterordnung auch bei gefährdeter Finanzlage des Unternehmens notgedrungen nicht rechtzeitig anders disponieren, geschweige denn zur Behebung dieser Gefährdung auf Geschäftsgang und Firmenpolitik entscheidenden Einfluss nehmen kann (BGE 118 III 46 E. 3a S. 51; SJZ 74/1978 S. 363). Mangels Einsicht in die Bücher der Firma ist ihnen zudem die Gefährdung häufig bis kurz vor Konkurseröffnung nicht bekannt. Sie werden daher von akuter Insolvenz der Arbeitgeberin oft überrascht und wären ohne Lohnprivileg dauernd geschädigt (SJZ 74/1978 S. 363). Daher ist die Bezeichnung eines Arbeitnehmers – etwa als Direktor oder Prokurist – nicht massgebend. So wurde einem Generaldirektor einer Aktiengesellschaft das Konkursprivileg zuerkannt, weil er den

Weisungen des Verwaltungsrats unterstand (BGE 118 III 46 E. 2c S. 50). Ein solches Subordinationsverhältnis fehlt, wenn Arbeitnehmer, wie etwa Direktoren einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft, über eine mehr oder weniger grosse Unabhängigkeit und Selbständigkeit verfügen (BGE 118 III 46 E. 2c S. 49 f. mit Hinweisen, unter anderem auf BGE 52 III 147 E. 3). Einem Mitglied des Verwaltungsrats kommt in rechtlicher Hinsicht eine eigentliche Führungsposition mit hoher Entscheidkompetenz zu. Wenn ein Geschäftsführer und gleichzeitig einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber es ihm wegen seiner Organstellung in tatsächlicher Hinsicht an einem Unterordnungsverhältnis fehlt, so ist er nicht konkursprivilegiert. Daran vermag nichts zu ändern, dass das Verwaltungsratsmitglied die im Gesetz umschriebene Funktion nicht ausfüllte und untätig blieb bzw. als Strohmann bloss die Anordnungen anderer ausführte; denn für den Geschäftsgang trägt es – zusammen mit den andern Mitgliedern der Verwaltung – auch in solchen Fällen die Verantwortung und untersteht für pflichtwidriges Handeln der Organhaftung nach Art. 754 Abs. 1 OR (BGE 118 III 46 E. 3b S. 52).

cc) Die von der Beklagten eingereichten Belege zeigen auf, dass der Kläger in seiner Tätigkeit als geschäftsführender Direktor diverse Kreditverträge unterzeichnet hat. Er zeichnete kollektiv zu zweien und hatte ein beträchtliches Einkommen. Wer unterschreibt, trägt auch die Verantwortung. Dem Protokoll der Sitzung des Verwaltungsratsausschusses vom 26. August 1998 (vorinstanzl. BB 37) lässt sich weiter entnehmen, dass der Kläger einen Bericht zum Halbjahresabschluss 1998 vorgelegt hat. Gemäss Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 26. August 1998 (vorinstanzl. BB 37) hat der Kläger die Anwesenden sodann über die wesentlichen Geschäftvorgänge orientiert. Im Übrigen ist ohnehin nur konkursprivilegiert, wer insbesondere in einem tatsächlichen *und rechtlichen* Unterordnungsverhältnis zum Arbeitgeber steht. Letzteres ist zu verneinen.

Ist nach dem Gesagten ein Subordinationsverhältnis des Klägers zu seiner ehemaligen Arbeitgeberin zu verneinen, ist er nicht in der ersten Klasse konkursprivilegiert (Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG), sondern fällt in die dritte Klasse. Gegenteiliges vermag der Kläger nicht rechtsgenüglich darzulegen.

5. Zusammenfassend ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen. Ausgangsgemäss werden die Kosten des Verfahrens dem Kläger auferlegt. Ausserdem hat er die Beklagte ausserrechtlich mit Fr. 2'000.00 (inkl. Auslagen und 7.6% MWST) zu entschädigen;-

erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Einzelrichters des Bezirkes Höfe vom 23. Oktober 2006 bestätigt.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von pauschal Fr. 3'000.00 werden dem Kläger auferlegt und von dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

3. Der Kläger hat die Beklagte für das Berufungsverfahren ausserrechtlich mit Fr. 2'000.00 (inkl. Auslagen und 7.6% MWST) zu entschädigen.

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Massgabe von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes *Beschwerde in Zivilsachen* beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt mindestens Fr. 30'000.00 (mutmassliche Deckung für Forderungen der 1. Klasse).

5. Zufertigung an Rechtsanwalt B._____ (2/GU), Rechtsanwältin E._____ (2/R) sowie an den Einzelrichter des Bezirkes Höfe (2/R, unter Rückgabe der Akten).

Namens der Zivilkammer
Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Die Gerichtsschreiberin

Versand 24. April 2008 bag