

## Urteilsbesprechungen / Commentaires d'arrêts

### Konkursprivileg für Forderungen einer Personalvorsorgeeinrichtung gegenüber einem angeschlossenen Arbeitgeber aus Anleiheobligationen

Besprechung von BGE 135 III 171, II. zivilrechtlichen Abteilung, Urteil vom 23. Oktober 2008 (5A\_131/2008)

Prof. Dr. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, Zürich

#### I. Sachverhalt

Die Swissair gab zwischen 1980 und 1993 verschiedene Anleiheobligationen aus. Einzelne Tranchen reservierte sie sich für besondere Zwecke. Die übrigen legte sie zur öffentlichen Zeichnung auf, wobei diese von den beteiligten Banken fest übernommen wurden. Die Kaderversicherung der SAirGroup zeichnete bei der Ausgabe oder erwarb später Anteile dieser Anleihen zum Nennwert von rund CHF 13.75 Mio.

Der Liquidator der SAirGroup kollozierte im Nachlassverfahren (Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) die Forderung der Kaderversicherung aus Anleiheobligationen in Höhe von rund CHF 13.9 Mio. in der dritten Klasse. Dagegen führte die Kaderversicherung Kollokationsklage und verlangte, dass ihre Forderung in der ersten Klasse zu kollozieren sei. Die beiden unteren Instanzen wiesen die Kollokationsklage ab. Daraufhin gelangte die Kaderversicherung mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

#### II. Erwägungen und Bemerkungen

Gemäss Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. b SchKG sind Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen gegenüber dem angeschlossenen Arbeitgeber in der ersten Klasse zu kollozieren. Zu entscheiden war, ob die Kaderversicherung für die Anleiheobligationen das Erstklassprivileg beanspruchen konnte.

**a.** Das *Bundesgericht* bejahte dies. Es fühlte sich dabei an den Willen des historischen Gesetzgebers bei der Revision per 1994 gebunden, wonach sämtliche Forderungen der Vorsorgeeinrichtung im Kon-

kurs des Arbeitgebers privilegiert sein sollten (E. 4.1). Es verwies dabei auf sein Präjudiz in BGE 129 III 468 ff., wo es gleich entschieden hatte (E. 4.2). Das Bundesgericht verwarf die in der Lehre geforderte Beschränkung des Privilegs auf Beitragsforderungen, da dies dem Gesetz klar widerspreche (E. 4.3). Die rechtsanwendenden Instanzen hätten den gesetzgeberischen Entscheid selbst dann zu respektieren, wenn kein Schutzbedürfnis bestehe (E. 4.3 und E. 5).

Privilegiert sei die Forderung und nicht der Gläubiger. Damit könnten Missbräuche zwar nicht ausgeschlossen werden. Dies gelte aber für Anleiheobligationen nicht anders als für andere privilegierte Forderungen (E. 4.3).

Mit dem Erwerb der Anleiheobligationen vom Bankenkonsortium verfügte die Kaderversicherung über eine Forderung gegen den angeschlossenen Arbeitgeber. Damit sei der gesetzliche Tatbestand erfüllt und das Privileg gegeben. Dabei spiele es keine Rolle, ob der (privilegierte) Gläubiger selbst mit dem Schuldner kontrahiere (wie bei einer Selbstemission) oder (wie vorliegend) die Forderung im Rahmen einer Fremdemission von einem Bankenkonsortium übernehme (E. 5).

**b.** Der Entscheid überzeugt aus verschiedenen Gründen nicht:

**aa.** Es ist schon in der Sache angezeigt, das Privileg der Vorsorgeeinrichtung auf Beitragsforderungen zu beschränken. Man denke etwa an Forderungen aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR). Weshalb solche Forderungen – oder irgendwelche Forderungen, wel-

che nicht aus dem Vorsorgeverhältnis herrühren –, privilegiert sein sollen, ist schlicht nicht ersichtlich (BasK-Peter, Art. 219 SchKG N 46; Lorandi, Konkursprivilegien und Sozialversicherungsrecht, AJP 2002, 263 ff.; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 219 SchKG N 27; EinzelR ZH, ZR 2001, 113 ff. m.w.H. auf die Literatur).

**bb.** Vorliegend sind diese (zugegebenermassen sozialpolitischen) Überlegungen jedoch nicht entscheidend. Das Bundesgericht hat den entscheidenden Umstand selbst erwähnt (dann aber unbegreiflicherweise in der weiteren Entscheidungsfindung nicht mehr aufgenommen): *Privilegiert ist die Forderung und nicht der Gläubiger* (BGE 135 III 177). Das bedeutet zwingend, dass *das Privileg im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung gegeben sein muss*. Weder geht ein Privileg bei der Übertragung (Zession) der Forderung unter (was das Bundesgericht wieder zu Recht erwähnt: BGE 135 III 177) noch entsteht es dabei in der Person des Erwerbers neu.

Damit war klar, dass für jene Anleiheobligationen, welche zunächst vom Bankenkonsortium gezeichnet wurden, bei Entstehung der Forderungen kein Privileg bestand. Durch spätere Übertragung einer (vorgängig nicht privilegierten) Forderung an eine Person, deren sämtliche Forderungen (nach dem Willen des Gesetzgebers) privilegiert sein sollen, kann kein Privileg – sozusagen aus dem Nichts – entstehen. An diese Logik des Gesetzes ist auch der Gesetzgeber gebunden. Und die Gerichte sind gehalten, dieser Logik zum Durchbruch zu verhelfen. Beide kantonalen Instanzen hatten dies getan, bis sie vom Bundesgericht (jäh) gestoppt wurden.

**cc.** Nur ergänzend ist folgendes zu beachten: Wenn Anleiheobligationen (oder Aktien) emittiert werden, so müssen diese – nur schon weil sie in der Regel (wie in casu) an der Börse kotiert werden – identisch (fungibel) sein. D.h. jedem Anleger steht ein identischer Anspruch gegen den Emittenten bzw. den Schuldner zu. Wenn sich eine Personalvorsorgeeinrichtung auf dem Markt mit Titeln (Obligationen, Aktien und dergleichen) eindeckt und dabei Titel erwirbt, bei welchen der angeschlossene Arbeitgeber der Schuldner ist, so kann sie nicht erwarten (und schon gar nicht verlangen), ein Privileg zu genießen, während alle anderen (vertretbaren) Titel der anderen Gläubiger Drittklassforderungen sind. Aus diesem Grund ist das Privileg auch dann zu vernein-

nen, wenn eine Vorsorgeeinrichtung solche Titel (im Rahmen einer Selbstemission des Schuldners) originär zeichnet.

**dd.** Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht mit seiner Rechtsprechung *Sanierungen enorm erschwert* (wenn nicht verunmöglicht). Bekanntlich kann ein Nachlassvertrag nur angenommen werden, wenn sämtliche privilegierten Forderungen voll gedeckt sind (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Wenn sich nun herausstellt, dass Obligationen, welche von der Personalvorsorgeeinrichtung gehalten oder erworben werden, privilegiert wären, so würden Drittklassforderungen (des Veräusserers) durch Übertragung zu Erstklassforderungen (der Vorsorgeeinrichtung) mutieren. Damit wäre nicht mehr abschätzbar, ob das gesetzliche Erfordernis erfüllt ist. Diese Unsicherheit betrifft den Schuldner (welcher einen Nachlassvertrag vorschlägt; Art. 293 Abs. 1 SchKG), den Sachwalter (der zuhanden des Nachlassrichters einen Bericht verfassen und sich dazu äussern muss, ob der Nachlassvertrag bestätigt werden kann; Art. 304 Abs. 1 SchKG) und den Nachlassrichter (welcher über die Genehmigung des Nachlassvertrages entscheiden muss; Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

**ee.** Es ist evident, dass die vom Bundesgericht vertretene Rechtsansicht zu *Missbrauch* führen kann. Der Einwand des Bundesgerichts, dies gelte nicht nur für Forderungen aus Anleiheobligationen, sondern für sämtliche privilegierten Forderungen (E. 4.3), geht fehl. Erst mit der – dogmatisch unhaltbaren (vgl. oben b.bb.) – Sichtweise, dass bei Erwerb jedwelcher Drittklassforderungen durch eine Vorsorgeeinrichtung diese Forderungen ex lege in Erstklassforderungen mutieren, schafft das Bundesgericht ein (grosses) Einfallstor für Missbrauch. Dafür kann sich das Bundesgericht nicht auf den historischen Gesetzgeber berufen. Das hat mit Sicherheit niemand gewollt (und es macht den Anschein, dass auch dem Bundesgericht das Ergebnis nicht behagt, so dass der Entscheid *contre cœur* ergangen ist).

### III. Folgerungen für die Praxis

Die vom Bundesrat eingesetzte Expertengruppe Nachlassverfahren hatte vorgeschlagen, das Privileg der Vorsorgeeinrichtungen auf Beitragsforderungen zu beschränken (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. b<sup>bis</sup>

VE-SchKG; Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008, S. 25). Der Bundesrat hat in seinem Begleitbericht vom Dezember 2009 davon abgesehen, diesen Vorstoss aufzunehmen, da es sich dabei um einen Vorschlag «von grosser politischer Brisanz» handle (S. 23). Dies ist zu bedauern.

Das Bundesgericht meint, den Willen des historischen Gesetzgebers (ohne Wenn und Aber) respek-

tieren zu müssen. Der Bundesrat hat Respekt davor, dem Gesetzgeber (im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts) eine sinnvolle Änderung vorzuschlagen. Damit besteht die Gefahr, dass die unsinnige und unbegründete Privilegierung der Vorsorgeeinrichtungen für sämtliche Forderungen von Dauer sein könnte.