

**Sonderdruck aus**

**Innovatives Recht**

*Festschrift für Ivo Schwander*

Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin

---

Franco Lorandi

# **Konkursprivilegien – wehret dem grassierenden Wildwuchs**

**Eine kritische Durchsicht der geltenden  
Privilegienordnung**



---

# Konkursprivilegien – wehret dem grassierenden Wildwuchs

## Eine kritische Durchsicht der geltenden Privilegienordnung

FRANCO LORANDI

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	1060
II.	Entwicklung der Privilegien seit der Gesamtrevision 1997 im Überblick	1060
	A. Gesamtrevision 1997	1060
	B. Rückkehr des Privilegs für öffentlichrechtliche Forderungen (2001)	1061
	C. Modifikation des Arbeitnehmerprivilegs (2005)	1061
	D. Neues Privileg für Unterhaltsbeiträge nach Partnerschaftsgesetz (2007)	1062
	E. Neues Privileg für MWST-Forderungen (2010)	1062
	F. Höchstbetrag für Erstklassforderungen von Arbeitnehmern (2010)	1062
III.	Privilegien gemäss heutiger Gesetzgebung auf dem Prüfstand	1063
	A. Bedeutung der Privilegien in der Insolvenz	1063
	B. Rechtstatsächliches	1064
	C. Rechtsvergleichender Seitenblick	1065
	D. Relevante Fragen rund um die Konkursprivilegien	1065
	E. Vorgaben und Kriterien für die Gewährung von Privilegien	1066
	1. Internationale Abkommen	1066
	2. Kriterien für Privilegien aus schweizerischer Optik	1066
	a) Kriterien	1067
	b) Wertungen des Gesetzgebers	1068
	c) Folgerungen für das Vollstreckungsrecht: Kernbereich von Privilegien	1069
	F. Kritische Durchsicht der heutigen Privilegien	1069
	1. Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis	1069
	b) Privilegierter Betrag	1070
	c) Sachliche Koordination mit der Insolvenzenschädigung	1071
	d) Zeitliche Koordination mit der Insolvenzenschädigung	1071
	e) Zwischenfazit	1072
	2. Ansprüche nach UVG	1072
	3. Ansprüche aus der nicht obligatorischen beruflichen Vorsorge	1072
	4. Ansprüche der Personalvorsorgeeinrichtungen	1074
	5. Unterhalts- und Unterstützungsansprüche	1075
	6. Ansprüche aus elterlichen Gewalt	1076
	7. Sozialversicherungsbeiträge (AHV, IV, UVG, EO, IVG) / Prämien- und Kostenforderungen der sozialen Krankenversicherung / Beiträge an die Familienausgleichskassen	1077
		1059

8. MWST-Forderungen	1078
G. Anzahl Klassen	1081
IV. Fazit	1081

## I. Einleitung

Der Jubilar zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass er fachübergreifend denkt, argumentiert und publiziert. Dabei trägt er immer auch den tatsächlichen Umständen und Auswirkungen einer Fragestellung in der Praxis Rechnung. Eine solche rechtsgebietsüberschreitende Frage ist auch, wie eine angemessene Privilegienordnung auszusehen hätte. Diese Fragestellung soll nachfolgend behandelt werden. Der Autor widmet diesen Beitrag dem Jubilar in freundschaftlicher Verbundenheit.

Vor mehr als 20 Jahren hat Kurt Amonn den «Wildwuchs der Konkursprivilegien» beklagt<sup>1</sup>. Im Rahmen der Gesamtrevision 1997 hat der Gesetzgeber über weite Strecken Remedur geschaffen. Seither wurde die Privilegienordnung schon fünfmal revidiert und dabei ganz wesentlich wieder ausgedehnt. Im Rahmen der Verbesserung des Sanierungsrechts hat es der Bundesrat abgelehnt, die politisch heisse Kartoffel Privilegienordnung umfassend anzupacken. Nachfolgend soll die heute geltende Privilegienordnung einer kritischen Durchsicht unterzogen werden.

## II. Entwicklung der Privilegien seit der Gesamtrevision 1997 im Überblick

### A. Gesamtrevision 1997

Bei der Gesamtrevision des SchKG per 1. Januar 1997 war die *Straffung der Privilegienordnung* erklärtermassen eines der Reformziele<sup>2</sup>. Die Konkursprivilegien sollten im Sinne der Gläubigergleichbehandlung auf das wirklich Notwendige beschränkt

---

<sup>1</sup> KURT AMONN, Vom Wildwuchs der Konkursprivilegien, in: FS 100 Jahre SchKG, Louis Dallèves/Beat Kleiner/Lutz Krauskopf/Rolf Raschein/Henri Schüpbach/Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Zürich 1989, S. 343 ff.

<sup>2</sup> BBl 1991 III, S. 127.

werden<sup>3</sup>. Nur bei spezifischen individuellen Schutzbedürfnissen des Forderungstitulars sollte eine Forderung (weiterhin) privilegiert sein<sup>4</sup>.

Die Straffung fand einerseits durch *Kürzung von fünf auf drei Klassen* statt. Die Privilegien für öffentlichrechtliche Forderungen<sup>5</sup> wurden (fast) ersatzlos gestrichen: Materiell nicht (mehr) gerechtfertigte oder anderweitig sichergestellte Privilegierungen für zivilrechtliche Forderungen fanden keine Aufnahme mehr im revidierten Gesetz<sup>6</sup>.

Gleichzeitig wurde aber auch ein neues Privileg eingeführt, nämlich jenes für Ansprüche der Versicherten aus der nicht obligatorischen beruflichen Vorsorge<sup>7</sup>. Zudem erfuhren sowohl das Privileg für Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung gegenüber den angeschlossenen Arbeitgebern als auch dasjenige für die Ansprüche der Versicherten nach UVG ein «Upgrade» in die erste Klasse<sup>8</sup>.

## **B. Rückkehr des Privilegs für öffentlichrechtliche Forderungen (2001)**

Schon kurze Zeit später verliess den Gesetzgeber der eigene Mut wieder, den er 1997 mit der Abschaffung der Privilegien für öffentlichrechtliche Forderungen gezeigt hatte. Nach nur gerade vier Jahren wurden die per 1997 abgeschafften *Privilegien für öffentlichrechtliche Forderungen* auf den 1. Januar 2001 weitgehend *wieder eingeführt*: Beitragsforderungen gemäss AHVG, IVG, UVG, EOG und AVIG, Prämien- und Kostenbeteiligungsforderungen der sozialen Krankenkassen und Beitragsforderungen der Familienausgleichskassen wurden (erneut) in der zweiten Klasse privilegiert<sup>9</sup>.

## **C. Modifikation des Arbeitnehmerprivilegs (2005)**

Auf den 1. Januar 2005<sup>10</sup> wurde das Arbeitnehmerprivileg insofern geändert, als dass für die Berechnung der Rückwärtsfrist von sechs Monaten *alternativ* (nebst dem Entstehungszeitpunkt) an den *Fälligkeitszeitpunkt* der Forderung angeknüpft wird<sup>11</sup>.

---

<sup>3</sup> BBl 1991 III, S. 15, 127.

<sup>4</sup> BBl 1991 III, S. 129.

<sup>5</sup> Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse Bst. b bis Bst. m aSchKG.

<sup>6</sup> Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. c, Zweite Klasse Bst. a, Dritte und Vierte Klasse aSchKG.

<sup>7</sup> Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. b SchKG.

<sup>8</sup> Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. b SchKG.

<sup>9</sup> Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse Bst. b bis Bst. d SchKG.

<sup>10</sup> AS 2004, S. 4032.

## **D. Neues Privileg für Unterhaltsbeiträge nach Partnerschaftsgesetz (2007)**

Mit Inkraftsetzung des Partnerschaftsgesetzes (PartG) per 1. Januar 2007<sup>12</sup> wurden gleichgeschlechtliche Partner einer eingetragenen Partnerschaft in verschiedener Hinsicht Ehegatten gleichgestellt. Dies umfasste auch, dass Unterhaltsbeiträge nach PartG in der ersten Klasse privilegiert wurden<sup>13</sup>.

## **E. Neues Privileg für MWST-Forderungen (2010)**

Per 1. Januar 2010 trat das revidierte MWSTG in Kraft<sup>14</sup>. Selbst vom Parlament weitgehend unbemerkt wurden (sozusagen durch die Hintertür) MWST-Forderungen neu in der zweiten Klasse privilegiert<sup>15</sup>. Trotz der offiziellen Begründung, das Privileg sei gerechtfertigt, da der Steuerpflichtige eine treuhänderische Stellung einnehme<sup>16</sup>, waren letztendlich offenkundig fiskalische Interessen entscheidend; der Bund musste im Jahr 2007 Fr. 212 Mio. zufolge Insolvenz von Steuerpflichtigen abschreiben<sup>17</sup>.

## **F. Höchstbetrag für Erstklassforderungen von Arbeitnehmern (2010)**

Per 1. Dezember 2010 wurde das Arbeitnehmerprivileg erneut geändert. Neu gibt es drei Kategorien von Forderungen: Rückforderung von Kauttionen, Forderungen aus Sozialplänen und sonstige Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis. Letzte unterliegen in Bezug auf die Privilegierung neu einer betragsmässigen Begrenzung (von zurzeit Fr. 126'000)<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. a SchKG.

<sup>12</sup> AS 2005, S. 5696.

<sup>13</sup> Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. c SchKG.

<sup>14</sup> BBl 2009, S. 4461.

<sup>15</sup> Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse Bst. e SchKG; BBl 2009, S. 4459.

<sup>16</sup> BBl 2008, S. 7025 f.

<sup>17</sup> BBl 2008, S. 7026.

<sup>18</sup> Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. a SchKG.

### III. Privilegien gemäss heutiger Gesetzgebung auf dem Prüfstand

#### A. Bedeutung der Privilegien in der Insolvenz

In ihrer Studie zur Zwangsvollstreckung in verschiedenen Ländern der Welt hält die Weltbank fest: «An important aspect of debt enforcement is violation of absolute priority.»<sup>19</sup> Und genau darum geht es bei den Privilegien; um die Durchbrechung der Gleichbehandlung der Gläubiger. Es ist evident, dass Privilegien zu einer Umverteilung unter den Gläubigern führen: Was zugunsten der privilegierten Gläubiger geht, geht zulasten der anderen (nicht privilegierten) Gläubiger.

Die Frage der Privilegierung von Forderungen spielt im Rahmen einer Insolvenz im Wesentlichen in folgender Hinsicht eine Rolle:

In der *Generalexekution* (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) sind die Privilegien bei der *Kollokation* der Insolvenzforderungen von Bedeutung<sup>20</sup>. Auch in der *Betreibung auf Pfändung* ist – unter Beachtung der Privilegien – ein Kollokationsplan aufzustellen, sofern nicht alle pfändenden Gläubiger voll gedeckt werden können<sup>21</sup>.

In der *Betreibung auf Pfändung* kann das Betreibungsamt für Forderungen der ersten Klasse die *Verwertung um höchstens sechs Monate aufschieben*<sup>22</sup>.

Während der *Nachlassstundung* gilt zwar grundsätzlich ein Betreibungsverbot<sup>23</sup>. Davon ausgenommen sind Forderungen der ersten Klasse; für diese kann gleichsam *betrieben* werden<sup>24</sup>.

Damit ein *Nachlassvertrag* zustande kommt, müssen die Gläubiger mit einem qualifizierten Quorum zustimmen<sup>25</sup>. Diesbezüglich werden die privilegierten Gläubiger weder nach ihrer Person noch für ihre Forderung mitgerechnet<sup>26</sup>. Zudem muss die

---

<sup>19</sup> SIMEON DJANKOV et. al, Debt Enforcement around the World, Journal of Political Economy, 2008, Band 116, Nr. 6, S. 1132.

<sup>20</sup> Art. 247 Abs. 1, Art. 321 SchKG.

<sup>21</sup> Art. 146 SchKG.

<sup>22</sup> Art. 123 Abs. 2 SchKG.

<sup>23</sup> Art. 297 Abs. 1 Satz 1 SchKG.

<sup>24</sup> Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG.

<sup>25</sup> Art. 305 Abs. 1 SchKG.

<sup>26</sup> Art. 305 Abs. 2 SchKG.

vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Forderungen hinlänglich sichergestellt sein<sup>27</sup>. Dies gilt auch beim *Nachlassvertrag im Konkurs*<sup>28</sup>.

Während der Dauer einer *Notstundung* gilt grundsätzlich ein Betreibungsverbot<sup>29</sup>. Als Ausnahme bedarf die Zahlung von Schulden, die vor der Notstundung entstanden sind, keiner Zustimmung des Sachwalters, wenn es sich um Forderungen der zweiten Klasse handelt<sup>30</sup>. Forderungen der ersten Klasse sind von der Notstundung nicht betroffen<sup>31</sup>.

Die Privilegierung spielt auch in einem *Anschlusskonkurs gemäss Art. 166 ff. IPRG* eine Rolle<sup>32</sup>, d.h. wenn ein ausländisches Konkursdekret in der Schweiz anerkannt worden ist.

## B. Rechtstatsächliches

Wenn man von Privilegien spricht, dann kommt man nicht umhin, auch die rechtstatsächlichen Umstände mit einzubeziehen. Diese sehen wie folgt aus<sup>33</sup>:

In den letzten Jahren wurden zwischen 40% und 50% der Konkurse sofort mangels Aktiven wieder eingestellt<sup>34</sup>. Noch beunruhigender ist, dass gemäss einer Schätzung der Creditreform die Drittklassgläubiger in 95% aller Konkursverfahren überhaupt keine Dividende erhalten<sup>35</sup>!

---

<sup>27</sup> Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; daran wird auch im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts festgehalten (BBl 2010, S. 6490).

<sup>28</sup> Art. 332 SchKG.

<sup>29</sup> Art. 343 Abs. 1 SchKG.

<sup>30</sup> Art. 345 Abs. 1 SchKG.

<sup>31</sup> Art. 346 Abs. 1 SchKG.

<sup>32</sup> Art. 172 Abs. 1 Bst. b IPRG.

<sup>33</sup> Statistische Erhebungen zu den Verlusten bzw. Deckungsquoten in Insolvenzverfahren fehlen in der Schweiz leider weitgehend.

<sup>34</sup> 2000: 41.1% (3'563 von 8'665), 2001: 39.7% (3'553 von 8'945), 2002: 40.0% (3'748 von 9'376), 2003: 43.6% (4'269 von 9'798), 2004: 46.5% (4'896 von 10'524), 2008: 41.4% (OLIVIER DUNANT et. al, Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, Seco 2010, S. 51); seit 2005 werden vom Bundesamt für Statistik die Einstellungen mangels Aktiven nicht mehr erfasst! Die Zahlen derjenigen Kantone, welche die Einstellungen mangels Aktiven in ihren Rechenschaftsberichten auch ab 2005 ausweisen, lassen darauf schliessen, dass sich seit 2005 keine wesentliche Veränderung ergeben hat.

<sup>35</sup> OLIVIER DUNANT et. al (Fn. 34), S. 51.



### C. Rechtsvergleichender Seitenblick

Die internationale Entwicklung moderner Insolvenzordnungen geht dahin, konsequent auf jegliche Privilegien zu verzichten bzw. diese nur äusserst restriktiv zuzulassen. Eine *Studie der Weltbank* hat ergeben, dass das schweizerische Insolvenzrecht international schlecht abschneidet<sup>36</sup>. Insgesamt halten 45% aller Rechtsordnungen (weltweit) und 67% aller Rechtsordnungen der Länder mit hohem Einkommen an der absoluten Gleichbehandlung der Gläubiger (d.h. ohne Privilegien) fest<sup>37</sup>.

Aufgrund des im internationalen Vergleich schlechten Abschneidens der Schweiz gab das *Bundesamt für Justiz* und das *SECO* eine *Studie in Auftrag*, um das schweizerische Konkursrecht mit den Rechtsordnungen jener fünf Ländern zu vergleichen, welche gemäss der Weltbankstudie am besten abgeschnitten hatten. Dies waren Belgien, Norwegen, Österreich, Singapur und die USA<sup>38</sup>. Belgien und Norwegen kennen (ausser für Masseverbindlichkeiten und Pfandgläubiger) gar keine Privilegien. In den USA geniessen die Arbeitnehmer eine gewisse vorzugsweise Befriedigung. In Österreich kommen neben den Arbeitnehmern auch Vermietern gewisse Vorrechte zu. In allen genannten Ländern sind damit die Privilegien signifikant weniger ausgeprägt als in der Schweiz<sup>39</sup>. Auch das deutsche Recht kennt keinerlei Privilegien mehr für einzelne Insolvenzforderungen (§ 38 InsO)<sup>40</sup>.

Als *Zwischenergebnis* ist festzuhalten, dass nach schweizerischem Recht viele Forderungen privilegiert sind, welche in anderen Ländern (mit «besseren» Insolvenzordnungen) keine Vorzugsrechte geniessen<sup>41</sup>.

### D. Relevante Fragen rund um die Konkursprivilegien

Wenn es um Konkursprivilegien geht, stellen sich im Wesentlichen drei Fragen: (i) Jene nach der Anzahl der Klassen, (ii) jene nach dem Verhältnis der Klassen zueinander und (iii) jene, welche Forderungen in welche Klasse einzureihen sind, namentlich, welche Forderungen privilegiert sind.

---

<sup>36</sup> SIMEON DJANKOV et. al (Fn. 19), S. 1105 ff.

<sup>37</sup> SIMEON DJANKOV et. al (Fn. 19), S. 1132.

<sup>38</sup> OLIVER DUNANT et. al (Fn. 34), S. 18; Zusammenfassung der Ergebnisse der Weltbankstudie bei DUNANT et. al (Fn 34), S. 18.

<sup>39</sup> OLIVER DUNANT et. al (Fn. 34), S. 39; BBl 2010, S. 6468.

<sup>40</sup> BBl 1999, S. 9548; vorbehalten bleiben natürlich die Vorrechte dinglich Berechtigter (§ 47 ff. InsO) und von Gläubigern von Masseverbindlichkeiten (§ 53 ff. InsO).

<sup>41</sup> BBl 2010, S. 6468, 6474.

Das Verhältnis der Klassen zueinander ist durch Art. 220 SchKG geregelt; nur was nach Deckung der vorgehenden Klasse übrig bleibt, kann unter die Gläubiger der nächsten Klasse verteilt werden. Daran kann unverändert festgehalten werden, sofern man überhaupt Privilegien zulassen will. Näherer Klärung bedürfen die beiden anderen aufgeworfenen Fragen.

## **E. Vorgaben und Kriterien für die Gewährung von Privilegien**

### **1. Internationale Abkommen**

Die Schweiz ist dem *Übereinkommen Nr. 173 vom 25. Juni 1992 über den Schutz der Forderungen der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers* beigetreten<sup>42</sup>. Das Abkommen ist nicht self-executing, d.h., die Verpflichtungen des Abkommens müssen vom nationalen Gesetzgeber ins nationale Recht überführt werden. Das Abkommen sieht zwei Teile vor. Die Schweiz hat beide Teile angenommen.

Teil II des Abkommens verlangt, dass die Forderungen der Arbeitnehmer durch ein *Vorrecht* zu schützen sind (Art. 5). Das Vorrecht muss sich mindestens erstrecken auf (Art. 6): Forderungen der letzten drei Monate vor der Insolvenz (lit. a), Forderungen aus Urlaub des letzten Jahres vor der Insolvenz (lit. b), Beiträge für Arbeitsabwesenheiten der letzten drei Monate vor der Insolvenz (lit. c) und Abfindungen (lit. d). Das Vorrecht kann auf einen vorgeschriebenen Betrag begrenzt werden (Art. 7). Die Forderungen der Arbeitnehmer müssen einem besseren Rang zugeordnet werden als die meisten anderen bevorzugten Forderungen, insbesondere als die Forderungen des Staates und der Systeme der sozialen Sicherheit (Art. 8).

Teil III des Abkommens sieht vor, dass Forderungen der Arbeitnehmer durch eine *Garantieeinrichtung* zu gewährleisten sind (Art. 9). Die auf diese Weise geschützten Forderungen müssen mindestens umfassen (Art. 12): Forderungen der letzten acht Wochen vor der Insolvenz (lit. a), Forderungen aus Urlaub der letzten sechs Monate vor der Insolvenz (lit. b), Beiträge für Arbeitsabwesenheiten der letzten acht Wochen vor der Insolvenz (lit. c) und Abfindungen (lit. d). Die auf diese Weise geschützten Forderungen können auf einen vorgeschriebenen Betrag begrenzt werden (Art. 13).

### **2. Kriterien für Privilegien aus schweizerischer Optik**

Die Privilegierung ist eine Frage des Vollstreckungsrechts, nicht des materiellen Rechts. Das SchKG stipuliert den *Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung*. Eine

---

<sup>42</sup> SR 0.822.727.3; die Ratifikation erfolgte am 16. Juni 1995. Es ist für die Schweiz am 16. Juni 1996 in Kraft getreten.

bevorzugte Behandlung einzelner Forderungen bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Für die Frage, welche Forderungen in welchem Umfang und in welcher Klasse privilegiert sind, sind vorab *politische Motive* ausschlaggebend. Welche Forderungen privilegiert sein sollen, ist eine *Wertungsfrage*<sup>43</sup>. Um dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung gebührend Rechnung zu tragen, sind an die Privilegierung von Forderungen *strenge Voraussetzungen* zu knüpfen<sup>44</sup>. Die Vorrechte sind *auf das wirklich Notwendige zu beschränken*<sup>45</sup>.

### 3. Kriterien

Privilegien haben einen sozialpolitischen Charakter<sup>46</sup>. Sie rechtfertigen sich daher nur aus *sozialen Gründen*<sup>47</sup>. Es lassen sich drei Kriterien ableiten, die erfüllt sein müssen. Diese Wertung teilt auch der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des Sanierungsrechts<sup>48</sup>:

- i) Privilegiert sollten nur *Forderungen natürlicher Personen* sein.
- ii) Diese Gläubiger müssen zum Schuldner in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis stehen und auf die privilegierte Befriedigung besonders angewiesen sein<sup>49</sup>.
- iii) Privilegiert sollen nur Forderungen wegen eines spezifischen Schutzbedürfnisses des Titulars sein<sup>50</sup>.

Diese Kriterien muss der Gesetzgeber *im Gesetzgebungsverfahren* berücksichtigen; der Richter kann diese Kriterien bei der Rechtsanwendung im Einzelfall dagegen weder prüfen noch berücksichtigen<sup>51</sup>.

---

<sup>43</sup> FELIX SCHMID, Möglichkeiten zur Sicherung des Lohnausfallsrisikos im Konkurs, in: SJZ 1978, S. 355; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, Entwicklung der Konkursprivilegien gemäss Art. 219 SchKG, in: SZW 2000, S. 12.

<sup>44</sup> Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtüberprüfung des SchKG vom Dezember 1981, S. 65.

<sup>45</sup> Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtüberprüfung des SchKG vom Dezember 1981, S. 67; BBl 1991 III, S. 128.

<sup>46</sup> BGE 36 II 134.

<sup>47</sup> FELIX SCHMID (Fn. 43), S. 355.

<sup>48</sup> BBl 2010, S. 6475.

<sup>49</sup> BBl 1991 III, S. 128 f.; FRANZ K. BRÖNNIMANN, Der Arbeitgeber im Konkurs, Diss. Basel 1982, S. 61, 64; GUGLIELMO BRUNI, Die Stellung des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, BJM 1982, S. 293 f.; CAROLINE JENNI-ARNOLD, Lieber Arbeitnehmer als Chef: Kollokationsprobleme bei Arbeitnehmerforderungen im Konkurs, in: IWIR 1998, S. 94; BGE 118 III 49, 51; 52 III 147; 36 II 134; BGer. 16.03.2005, 5C.266/2004, E. 1.1; SJZ 1978, S. 363; relativierend BGer. 04.05.2001, 2A.408/2000, E. 3c/bb.

<sup>50</sup> BBl 1991 III, S. 129.

<sup>51</sup> ZR 1978, S. 234; ZR 1961, S. 237.

**a) Wertungen des Gesetzgebers**

Die Wertung, welche Forderungen aus sozialpolitischen Gründen in der Insolvenz privilegiert sein sollen, ist m.E. *im Einklang mit der gesamten Rechtsordnung* zu treffen. Durch die Privilegierung soll (in der Insolvenz des Schuldners) die bestmögliche Befriedigung gewisser Forderungen (zulasten der Gläubiger anderer Forderungen) sichergestellt werden. Eine ähnlich gelagerte ratio legis liegt auch anderen gesetzlichen Bestimmungen zugrunde. Zum einen trifft dies für die zivilrechtlichen Bestimmungen über *Verrechnungsverbote* zu. Diese wollen bewirken, dass (durch Ausschluss der Verrechnung) Ansprüche von bestimmten Gläubigern effektiv durch Zahlung (und damit im Vergleich zur verrechnungsweisen Tilgung vorzugsweise) befriedigt werden<sup>52</sup>:

- i) Gemäss *Art. 125 Ziff. 2 OR* können gegen den Willen des Gläubigers Verpflichtungen, deren besondere Natur die *tatsächliche Erfüllung* an den Gläubiger verlangt, nicht durch Verrechnung getilgt werden. Dazu gehören namentlich Unterhaltsansprüche und Lohnguthaben, soweit sie zum *Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie* unbedingt erforderlich sind. Damit werden Unterhaltsansprüche im weitesten Sinne erfasst.
- ii) Der Arbeitgeber darf Lohnforderungen nur so weit verrechnen, als diese pfändbar sind (*Art. 323b Abs. 2 OR*), d.h. soweit diese das Existenzminimum des Arbeitnehmers und seiner Familie übersteigen (*Art. 93 Abs. 1 SchKG*)<sup>53</sup>. Damit werden *Lohnforderungen zur Bestreitung des Familienunterhalts* erfasst.
- iii) Die Forderung des versicherten Arbeitnehmers auf künftige Vorsorgeleistungen kann vor Fälligkeit weder abgetreten noch verpfändet werden (*Art. 331b OR*). Die Rechtsprechung hat daraus auch ein Verrechnungsverbot abgeleitet<sup>54</sup>. Ratio legis ist die *Erhaltung des Vorsorgeschutzes*<sup>55</sup>.

Zum andern gibt auch der gesetzliche Katalog Hinweise, welche *Aktiven eines Schuldners unpfändbar* (*Art. 92 SchKG*) oder nur beschränkt pfändbar sind (*Art. 93 SchKG*). Hier geht es zwar um den Schutz des Schuldners und nicht des Gläubigers. Es handelt sich dabei jedoch gewissermassen um die andere Seite derselben Medaille. Insofern kann daraus eine gewisse Wertung abgeleitet werden: Wenn gewisse

---

<sup>52</sup> WOLFGANG PETER in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), BSK OR I, 4. Aufl. Basel 2007, Art. 125 OR N 1.

<sup>53</sup> Ausgenommen sind Schadenersatzforderungen des Arbeitgebers wegen absichtlich zugefügtem Schaden; solche Forderungen dürfen unbeschränkt verrechnet werden (*Art. 323b Abs. 2 OR*).

<sup>54</sup> BGE 126 V 314 ff.; BGE 114 V 41 f.; BGE 111 II 169 f.; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zürich 2006, Art. 331b OR N 5. Zudem sieht Art. 39 Abs. 2 BVG ein (beschränktes) Verrechnungsverbot im obligatorischen Vorsorgebereich vor, sofern der Arbeitgeber der Vorsorgeeinrichtung Forderungen gegenüber dem versicherten Arbeitgeber abgetreten hat.

<sup>55</sup> BGE 114 V 41 f.; BGE 111 II 169 f.

Aktiven eines Schuldners unpfändbar oder nur beschränkt pfändbar sind, dann bedeutet dies, dass der Gesetzgeber diesbezüglich den Schutz des Schuldners höher wertet als den Schutz der Gläubiger (insgesamt), vollstrecken zu können. Der Gesetzgeber schützt einerseits Unterhaltsansprüche bzw. Lebensführungsbedürfnisse (Art. 92 Ziff. 4, Ziff. 5, Ziff. 8, Art. 93 Abs. 1 SchKG) und andererseits Vorsorgeansprüche (Art. 92 Ziff. 10, Art. 93 Abs. 1 SchKG).

#### **b) Folgerungen für das Vollstreckungsrecht: Kernbereich von Privilegien**

Einerseits können unter Berücksichtigung dieser Wertungen des Gesetzgebers Unterhaltsansprüche, Lohnansprüche zur Bestreitung des Familienunterhalts sowie Ansprüche auf künftige Vorsorgeleistungen in einem gewissen Sinn dem «*Kernbereich*» von geschützten Forderungen zugeordnet werden. Andererseits zeigt diese Wertung des Gesetzgebers eine *restriktive Sichtweise*.

Insolvenzrechtlich sollte nicht ohne Not darüber hinausgegangen werden und zwar aus folgender Überlegung: Bei der Verrechnung stehen sich nur die Interessen zweier Parteien (wechselseitig Gläubiger und Schuldner) gegenüber. Der Gesetzgeber sieht diesbezüglich schon einen restriktiven Schutz vor. In der Insolvenz (namentlich in der Generalexekution) geht es um den *Verteilungskampf* zwischen allen Gläubigern. Dies legt es nahe, allenfalls noch restriktiver, auf keinen Fall aber mit dem Schutz bzw. der Besserstellung einzelner Gläubiger zulasten aller anderen «*grosszügiger*» zu verfahren.

## **F. Kritische Durchsicht der heutigen Privilegien**

### **1. Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis**

Per 1. Dezember 2010 wurde das Arbeitnehmerprivileg neu geordnet<sup>56</sup>. Privilegiert sind

- i) Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, welche nicht früher als sechs Monate vor der Insolvenz entstanden oder fällig geworden sind, höchstens jedoch bis zum Betrag des gemäss obligatorischer Unfallversicherung maximal versicherten Jahresverdienstes<sup>57</sup>; dies sind zurzeit CHF 126'000<sup>58</sup>; soweit die Forderungen den Maximalbetrag übersteigen, sind sie grundsätzlich nur in der dritten Klasse zuzulassen<sup>59</sup>;

---

<sup>56</sup> BBl 2010, S. 4258.

<sup>57</sup> Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. a SchKG.

<sup>58</sup> Art. 22 Abs. 1 UVV.

<sup>59</sup> BBl 2009, S. 7982, 7990.

- ii) Rückforderungen von Kautionen<sup>60</sup> und
- iii) Forderungen aus Sozialplänen, die nicht früher als sechs Monate vor der Insolvenz entstanden oder fällig geworden sind<sup>61</sup>.

Das Arbeitnehmerprivileg erscheint im Grundsatz gerechtfertigt, zumal der Arbeitnehmer aus dem Arbeitserwerb in aller Regel den Unterhalt für sich und seine Familie bestreitet. Es scheint jedoch angezeigt, *zusätzliche Schranken* vorzusehen bzw. eine *Koordination mit anderen Rechtsgebieten* herzustellen.

#### a) **Privilegierter Betrag**

Das Arbeitseinkommen (wie auch Unterhaltsbeiträge) gehört nur insofern zum Kernbereich des Privilegs, als das Einkommen zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich ist (vgl. S. 9 f.). Dieses Erfordernis setzt auch der neue Maximalbetrag nur ungenügend um und zwar in zweifacher Hinsicht: Zum einen unterstehen Forderungen aus Sozialplänen nicht dem Höchstbetrag<sup>62</sup>. Zum anderen ist m.E. kein Maximum für den Gesamtbetrag (und damit für die gesamte Dauer), sondern ein *monatlicher Maximalbetrag* festzulegen. Nur so kann halbwegs vernünftig eruiert werden, was (pro Monat) für den Unterhalt unbedingt erforderlich ist. Diese Sichtweise entspricht auch der Regelung in der Arbeitslosenversicherung<sup>63</sup>. Wie hoch dieser monatliche Maximalbetrag im Einzelnen festzusetzen ist, ist eine Ermessens- und weniger eine Grundsatzfrage; sie erscheint deshalb eher sekundär. Hier sollen nur einige Hinweise auf die «Preisklasse» gemacht werden:

Ausgangspunkt ist, dass der heute gültige maximale Betrag (von zurzeit CHF 126'000) für den regulären worst case von sechs Monaten einem monatlichen Betrag von CHF 21'000 entspricht. Dies geht massiv darüber hinaus, was zum Unterhalt unbedingt erforderlich ist. Für die Insolvenzenschädigung beträgt der Höchstbetrag pro Monat zurzeit CHF 10'500<sup>64</sup>. Der effektive monatliche Bruttolohn (Zentralwert/Median<sup>65</sup>) in der Schweiz beträgt CHF 6'046 (für das Jahr 2008)<sup>66</sup>. Vor diesem Hintergrund ist auch der Betrag von CHF 10'500 pro Monat klar zu hoch ge-

---

<sup>60</sup> Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. a<sup>bis</sup> SchKG.

<sup>61</sup> Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. a<sup>ter</sup> SchKG.

<sup>62</sup> Zum Problem beim Zusammentreffen von Forderungen aus Arbeitsvertrag und Sozialplanforderungen vgl. FRANCO LORANDI in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), BSK SchKG II, 2. Aufl. Basel 2010, Art. 219 SchKG N 216.

<sup>63</sup> Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 AVIG.

<sup>64</sup> Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 AVIG.

<sup>65</sup> Zentralwert/Median bedeutet, dass für die eine Hälfte der Arbeitsstellen der Lohn über und für die andere Hälfte unter dem Wert liegt.

<sup>66</sup> Vgl. Statistisches Lexikon der Schweiz ([www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/data/01/06\\_01.html#5](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/data/01/06_01.html#5); letztmals besucht am 18. Januar 2011).

griffen, wenn es darum geht, den Betrag zu privilegieren, der zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich ist.

Diesbezüglich scheint eine *Analogie zur standesgemässen Lebensführung* und damit zur Praxis des sog. neuen Vermögens bei einer Betreibung aufgrund eines Konkursverlustscheins (Art. 265 SchKG)<sup>67</sup> sinnvoll. Auch wenn es dabei um die Schuldner und nicht wie beim Privileg um die Gläubigeroptik geht, so ist doch beiden Sichtweisen gemeinsam, dass es darum geht, festzustellen, was eine Partei zur standesgemässen Lebensführung bzw. zum Unterhalt der Familie unbedingt benötigt.

#### **b) Sachliche Koordination mit der Insolvenzenschädigung**

Zudem muss in sachlicher Hinsicht eine Koordination mit der Insolvenzenschädigung getroffen werden (vgl. S. 13)<sup>68</sup>. Diese deckt den Lohnausfall für die vier Monate vor der Insolvenz sowie allfällige Lohnforderungen für Arbeitsleistungen während des Insolvenzverfahrens ab<sup>69</sup>. Mit Ausrichtung der Insolvenzenschädigung geht die Lohnforderung (samt Privileg) auf die Kasse über<sup>70</sup>.

Faktisch (und dies bestätigt auch die Praxis) wirkt das Arbeitnehmerprivileg für die Kasse und damit für die öffentliche Hand. Ob eine Privilegierung der öffentlichen Hand gerechtfertigt ist, scheint höchst fraglich. Das Privileg bezweckt die Deckung des unmittelbaren Lebensbedarfs. Dieser Zweck ist erfüllt, wenn die Kasse an den Arbeitnehmer Leistungen erbringt. Der Staat ist auf das Privileg nicht angewiesen. Dass der Staat bei Zulassung des Privilegs in der Insolvenz des Arbeitgebers eine höhere Dividende erhält, ist irrelevant. De lege ferenda sollte deshalb der Kasse kein Privileg mehr zukommen.

#### **c) Zeitliche Koordination mit der Insolvenzenschädigung**

Es fragt sich schliesslich, ob das Arbeitnehmerprivileg nicht auch in zeitlicher Hinsicht mit der Insolvenzenschädigung abgestimmt werden sollte, indem nur noch die *letzten vier Monate* vor der Insolvenz geschützt werden sollten. Auch diese Dauer geht noch darüber hinaus, wozu sich die Schweiz international verpflichtet hat (vgl. S. 7).

---

<sup>67</sup> Vgl. UELI HUBER in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), BSK SchKG II, 2. Aufl. Basel 2010, Art.265 SchKG N 15 und N 21 f.

<sup>68</sup> Es verhält sich hier ganz ähnlich wie in Bezug auf die fehlende Koordination zwischen dem Sicherungsfonds BVG und dem Konkursprivileg.

<sup>69</sup> Art. 52 Abs. 1 AVIG.

<sup>70</sup> Art. 54 Abs. 1 AVIG.

#### d) Zwischenfazit

Mit den aufgezeigten Schranken würde (in m.E. vertretbarem Umfang<sup>71</sup>) dem heutigen Zustand entgegengewirkt, wonach sehr häufig die beschränkte Konkursmasse an die Arbeitnehmer bzw. an den Staat geht und die Drittklassgläubiger leer ausgehen (vgl. S. 5 f.).

### 2. Ansprüche nach UVG

Privilegiert sind sämtliche Ansprüche gemäss UVG<sup>72</sup>. Das Privileg gilt nur für *Ansprüche gegenüber dem Versicherer*; es kann deshalb nur in dessen Insolvenz geltend gemacht werden<sup>73</sup>. Insolvenzen von Versicherungsinstituten waren bisher selten. Dieses Privileg lässt sich nach den massgeblichen sozialpolitischen Kriterien rechtfertigen. Es ist deshalb als Erstklassprivileg gerechtfertigt, zumal gewisse privilegierte Renten (z.B. Invaliden- oder Hinterlassenenrente) dazu dienen, den unmittelbaren Lebensunterhalt zu bestreiten, was zum Kernbereich der Privilegierung gehört (vgl. S. 9 f.).

### 3. Ansprüche aus der nicht obligatorischen beruflichen Vorsorge

Das Privileg wurde mit der SchKG-Revision von 1997 neu eingeführt. Grund war, dass der Gesetzgeber dieses zusammen mit dem Privileg der Vorsorgeeinrichtung gegen den angeschlossenen Arbeitgeber als Bestandteil des arbeitsvertraglichen Privilegs betrachtete<sup>74</sup>.

Privilegiert sind Ansprüche von *Selbständigerwerbenden*, welche nicht unter Art. 3 BVG fallen<sup>75</sup> und *Arbeitnehmer*, welche nicht unter Art. 2 BVG fallen<sup>76</sup>. Das Privileg gilt *in der Insolvenz der Vorsorgeeinrichtung*<sup>77</sup>; in der Insolvenz des Arbeitgebers ist es ohne Bedeutung<sup>78</sup>.

---

<sup>71</sup> Was vertretbar ist, ist naturgemäss eine Ermessensfrage.

<sup>72</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 219; DERS., Konkursprivilegien und Sozialversicherungsrecht, in: AJP 2002, S. 268.

<sup>73</sup> KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl. Bern 2008, § 42 N 74; WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2. Aufl. Bern 2010, § 10 N 147; LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 220.

<sup>74</sup> BBl 1991 III, S. 129.

<sup>75</sup> Art. 44 f. BVG.

<sup>76</sup> Art. 46 f. BVG.

<sup>77</sup> AMONN/WALTHER, (Fn. 73), § 42 N 75; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2001, Art. 219 SchKG N 82; VINCENT JEANNERET in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg), Commentaire Romand, Poursuite et failli-



Der Schutz der Altersvorsorge gehört zum «Kernbereich» der Privilegierung (vgl. S. 9 f.). Das Privileg ist deshalb grundsätzlich gerechtfertigt. Die «Fortschreibung» des Arbeitnehmerprivilegs gegenüber der Vorsorgeeinrichtung (in deren Insolvenz) macht Sinn.

Eine *Einschränkung* scheint jedoch geboten: Dem *Sicherheitsfonds BVG* kommt unter anderem die Aufgabe zu, die gesetzlichen Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen Vorsorgeeinrichtungen sicherzustellen<sup>79</sup>. Seit 1. Januar 1997 sind auch Teile der überobligatorischen Leistungen durch den Sicherheitsfonds sichergestellt<sup>80</sup>. Das Konkursprivileg und die Deckung durch den BVG-Sicherheitsfonds überschneiden sich dadurch teilweise. Diese *Überschneidung* erfolgte ungewollt; sie beruht auf einer *unkoordinierten Gesetzgebung*<sup>81</sup>. Sie macht keinen Sinn.

Die Expertengruppe Nachlassverfahren schlug deshalb vor, diesen Mangel zu beheben und das Konkursprivileg auf jene Forderungen der Versicherten zu beschränken, welche nicht vom Sicherheitsfonds BVG gedeckt werden<sup>82</sup>. Das Bundesamt für Justiz hat in seinem Begleitbericht vom Dezember 2008 aufgrund der grossen politischen Brisanz und nachdem die Privilegienordnung in den letzten Jahren mehrmals geändert worden ist, darauf verzichtet, erneut Änderungen vorzuschlagen<sup>83</sup>. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zum Sanierungsrecht die Frage leider nicht mehr aufgegriffen. Der Expertengruppe Nachlassverfahren folgend ist der *gesetzgeberische Lapsus de lege ferenda* dahingehend zu korrigieren, indem das Konkursprivileg auf jene Forderungen der Versicherten zu beschränken ist, welche nicht bereits vom Sicherheitsfonds BVG garantiert werden<sup>84</sup>.

---

te, Basel 2005, Art. 219 N 20; MARKUS MOSER, «Two bits» aus dem Recht der beruflichen Vorsorge: Die Stellung der Vorsorgeeinrichtung im Konkurs des Arbeitgebers gemäss revidiertem Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. b SchKG; Vorsorgerechtliche Implikationen der Verordnung über die Förderung des Vorruhestandes (nach Art. 65a AVIG), in: SJZ 1998, S. 353; FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 225.

<sup>78</sup> MARKUS MOSER (Fn. 77), S. 353.

<sup>79</sup> Art. 56 Abs. 1 Bst. b BVG; KRISTIN M. LÜÖND, Der Sicherheitsfonds BVG, Diss. Zürich 2004, S. 82; BGE 132 V 133.

<sup>80</sup> Art. 56 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BVG.

<sup>81</sup> BGer. 04.05.2001, 2A.409/2000, E. 2.b und E. 3.c.

<sup>82</sup> Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren vom April 2005, S. 40; Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008, S. 25; Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. b Ziff. 2 VE-SchKG.

<sup>83</sup> Begleitbericht des Bundesamtes für Justiz vom Dezember 2008, S. 23 f.

<sup>84</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 228.

#### 4. Ansprüche der Personalvorsorgeeinrichtungen

Privilegiert in der ersten Klasse sind die Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen gegen den angeschlossenen Arbeitgeber<sup>85</sup>. Dieses Privileg ist in gewisser Hinsicht die Fortschreibung des Arbeitnehmerprivilegs gemäss erster Klasse lit. a<sup>86</sup>. Nur aus dieser Sicht lässt sich das Privileg (für gewisse Forderungen) rechtfertigen, denn unmittelbar geschützt wird die Vorsorgeeinrichtung und nicht der Versicherte (Arbeitnehmer) als natürliche Person<sup>87</sup>.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden keine Forderungen aus einem bestimmten Entstehungsgrund ausgeschlossen. Privilegiert sind «*alle Forderungen*» von Personalvorsorgeeinrichtungen. Gemäss Bundesgericht kann sogar eine ursprüngliche Drittklassforderung (in casu eine kotierte Anlehensobligation) allein qua rechtsgeschäftlichem Erwerb durch die Vorsorgeeinrichtung (des Schuldners) zur Erstklassforderung mutieren<sup>88</sup>.

Das Bundesgericht begründet die umfassende Privilegierung aller Forderungen damit, dass der Arbeitgeber auf die Anlagepolitik der Vorsorgeeinrichtung Einfluss nehmen könne und damit deren Mittel zweckentfremden bzw. gefährden könnte<sup>89</sup>. Der Umstand, dass der Arbeitgeber bzw. dessen Vertreter (wie nota bene auch die Arbeitnehmervertreter) auf die Anlagepolitik Einfluss nehmen kann, hat als Korrelat (bzw. als Sanktion) die Haftung der Stiftungsräte<sup>90</sup>. Eine vollstreckungsrechtliche Privilegierung, zumal ohne dass eine schadensstiftende Pflichtwidrigkeit dargetan wäre, ist keine passende Folge bzw. adäquate «Sanktion»<sup>91</sup>. Wenn der Stiftungsrat (sei es durch die Arbeitgeber- oder die Arbeitnehmervertreter) bei der Vermögensanlage pflichtwidrig gehandelt hat, dann trifft die Stiftungsräte (Arbeitgeber- oder

---

<sup>85</sup> Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. b SchKG.

<sup>86</sup> BBl 1991 III, S. 129.

<sup>87</sup> ANDRÉ NUSSBAUMER, Die ungerechtfertigte Zunahme privilegierter Forderungen im Konkurs, in: IWIR 2003, S. 106.

<sup>88</sup> BGE 135 III 171; zur Kritik: FRANCO LORANDI, Konkursprivileg für Forderungen einer Personalvorsorgeeinrichtung gegenüber einem angeschlossenen Arbeitgeber aus Anlehensobligationen, in: ARV 2010, S. 91 f.; DERS. (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 59, N 233.

<sup>89</sup> BGE 129 III 477 sowie BGer. 06.06.2003 5C.269/2002, E. 3.3 (in BGE 129 III 476 nicht publizierte Erwägung); BGE 97 III 85 f.

<sup>90</sup> Art. 52 BVG; CHRISTOF HELBLING/CARMELA WYLER-SCHMELZER, Zur Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, in: ST 2002, S. 12 ff.; LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 234.

<sup>91</sup> Diese Erkenntnis galt schon bei der Revision 1997 in Bezug auf die Aufhebung des Privilegs für Forderungen des Vormundschaftsrechts: «Die Haftungsbestimmungen des Vormundschaftsrechts (Art. 426 ff. ZGB) garantieren dem Mündel in jedem Fall Deckung seiner ganzen Forderung gegen Vormund und Mitglieder der Vormundschaftsbehörde. Deshalb ist es nicht nötig, diese Forderungen im Konkurs der betreffenden Personen zusätzlich zu privilegieren.» (BBl 1991 III, S. 130).

Arbeitnehmersvertreter) eine persönliche Haftung (Art. 52 BVG). Dies ist die gesetzlich vorgesehene und in der Sache angemessene Sanktion.

Die Bestimmung ist deshalb schon *de lege lata* im Sinne einer *teleologischen Reduktion auf sozialversicherungsrechtliche Beitragsforderungen zu beschränkten*<sup>92</sup>. Die Privilegierung von anderen Forderungen als Beitragsforderungen ist *systemwidrig*<sup>93</sup>. Die Expertengruppe Nachlassverfahren hat deshalb vorgeschlagen, das Privileg der Vorsorgeeinrichtungen auf Beitragsforderungen zu beschränken. Sämtliche sonstigen Forderungen wie Schadenersatz- oder Darlehensforderungen sollten nicht mehr privilegiert sein<sup>94</sup>. Das Bundesamt für Justiz hat jedoch in seinem Begleitbericht vom Dezember 2008 aufgrund der grossen politischen Brisanz und nachdem die Privilegienordnung in den letzten Jahren mehrmals geändert worden ist auch diesbezüglich (vgl. schon S. 13) darauf verzichtet, erneut Änderungen vorzuschlagen<sup>95</sup>.

Dass es in der Sache verfehlt ist, jegliche Forderungen von Vorsorgeeinrichtungen *tel quel* zu privilegieren, hat der Bundesgerichtsentscheid betreffend (kotierten!) Anleihenobligationen<sup>96</sup> in aller Deutlichkeit gezeigt. Ein solch unsinniges Ergebnis<sup>97</sup> war nie die Absicht des Gesetzgebers, an welche sich das Bundesgericht gebunden fühlt. Auch im Einklang mit den übrigen sozialversicherungsrechtlichen Privilegien (soweit diese überhaupt noch gerechtfertigt sind) drängt sich eine *Beschränkung auf Beitragsforderungen* sachlich zwingend auf.

## 5. Unterhalts- und Unterstützungsansprüche

Unter das Privileg fallen Unterhalts- und Unterstützungsansprüche eines Ehegatten, soweit sie (von Anfang an) auf Geldzahlung gehen<sup>98</sup>, Unterhalts- und Unterstüt-

---

<sup>92</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 72), S. 263 ff.; DERS. (Fn. 88), Konkursprivileg, S. 92; DERS. (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 234; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. Zürich 1997/99, Art. 219 SchKG N 27; ZR 2001, S. 113 ff. m.w.H. auf die Literatur.

<sup>93</sup> WALTER A. STOFFEL/BABELLE CHABLOZ (Fn. 73), § 10 N 138; GILLIÉRON (Fn. 77), Art. 219 SchKG N 83; BGE 129 III 471.

<sup>94</sup> Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren vom April 2005, S. 40; Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008, S. 25; Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. b<sup>bis</sup> VE-SchKG.

<sup>95</sup> Begleitbericht des Bundesamtes für Justiz vom Dezember 2008, S. 23 f.

<sup>96</sup> BGE 135 III 171.

<sup>97</sup> Alle sonstigen Obligationäre haben nur Drittklassforderungen, während einzig die Vorsorgeeinrichtung, obwohl sie absolut identische (fungible) Wertpapiere hält, eine Erstklassforderung geltend machen kann! Die Übertragung von Wertpapieren zwischen (sonstigen) Obligationären und der Vorsorgeeinrichtung lässt Erstklassforderungen aus dem Nichts entstehen (beim Erwerb durch die Vorsorgeeinrichtung) und lässt sie wieder verschwinden (bei der Veräusserung durch die Vorsorgeeinrichtung).

<sup>98</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 241 ff.

zungsansprüche von Kindern<sup>99</sup>, Unterhaltsansprüche der Kindsmutter<sup>100</sup>, Unterstützungsansprüche von Verwandten und von Findelkindern<sup>101</sup>, Erben, die zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Haushaltung ihren Unterhalt erhalten haben<sup>102</sup>, sowie Unterhaltsansprüche von Partnern einer eingetragenen Partnerschaft<sup>103</sup>. Privilegiert sind nur Forderungen, welche in den letzten sechs Monaten vor der Insolvenz entstanden<sup>104</sup> sind<sup>105</sup>.

Die Privilegierung von Unterhalts- und Unterstützungsansprüchen ist gerechtfertigt<sup>106</sup>; diese Ansprüche gehören zum Kernbereich der Privilegien (vgl. S. 7 ff. insb. S. 9 f.). Auch im internationalen Vergleich sind Privilegien von solchen Ansprüchen nicht selten. In quantitativer Hinsicht drängt sich jedoch gleich wie in Bezug auf das Privileg für Lohnforderungen eine Beschränkung auf, indem nur der Betrag pro Monat privilegiert sein sollte, der zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich ist (vgl. S. 10). Damit würde auch im Quantitativ eine Koordination unter den einzelnen Privilegien herbeigeführt.

## 6. Ansprüche aus elterlichen Gewalt

In der zweiten Klasse privilegiert sind Forderungen von Personen, deren Vermögen kraft elterlicher Gewalt<sup>107</sup> dem Schuldner anvertraut worden war, für alles, was derselbe ihnen in dieser Eigenschaft schuldig geworden ist<sup>108</sup>. Privilegiert sind Forderungen auf *Rückerstattung* des anvertrauten Kindesvermögens<sup>109</sup> sowie *Haftungsansprüche*<sup>110</sup>. Eine betragsmässige Begrenzung des Privilegs besteht nicht.

---

<sup>99</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 244.

<sup>100</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 245.

<sup>101</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 246.

<sup>102</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 248.

<sup>103</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 249.

<sup>104</sup> Anders als beim Arbeitnehmerprivileg spielt die *Fälligkeit* in zeitlicher Hinsicht *keine Rolle* (LORANDI [Fn. 62], Art. 219 SchKG N 254). Die Unterhalts- und Unterstützungsansprüche werden jedoch in aller Regel zeitnah zur Entstehung (in jedem Zeitpunkt neu, d.h. permanent) auch fällig.

<sup>105</sup> Anders als (nach der Revision per 1. Dezember 2010) beim Arbeitnehmerprivileg handelt es sich hier um eine Rückwärts- und nicht um eine Vorwärtsfrist («in den letzten sechs Monaten vor [der Insolvenz] entstanden»).

<sup>106</sup> KARL SPÜHLER, Braucht es neue Konkursprivilegien? Wenn scheinbar Soziales die Mehrheit benachteiligt, in: BISchK 1999, S. 121.

<sup>107</sup> Gemeint ist die elterliche Sorge gemäss Art. 296 ff. ZGB.

<sup>108</sup> Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse Bst. a SchKG.

<sup>109</sup> Art. 326 ZGB.

<sup>110</sup> Art. 327 ZGB; Carl JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN (Fn. 92), Art. 219 N 33; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2009, § 43 N 37; FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 257.

Die Kinder stehen zum Inhaber der elterlichen Sorge zweifellos in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis. Fraglich ist jedoch, ob sie per se auf die privilegierte Befriedigung besonders angewiesen sind bzw. ob ein spezifisches Schutzbedürfnis des Titulars vorliegt. An sich gilt m.E. ähnlich wie für die ehemals privilegierten Forderungen aus dem Vormundschaftsrecht, dass eine Privilegierung nicht per se gerechtfertigt ist<sup>111</sup>. Soweit ersichtlich ist ein solches Privileg auch rechtsvergleichend eher singulär. In der praktischen Realität kommt dem Privileg an sich eine nur sehr geringe Bedeutung zu. Gleichsam wäre eine Abschaffung des Privilegs systemgerecht. Wenn man das Privileg nicht grundsätzlich abschaffen will, dann müsste es m.E. betragsmässig beschränkt werden.

## **7. Sozialversicherungsbeiträge (AHV, IV, UVG, EO, IVG) / Prämien- und Kostenforderungen der sozialen Krankenversicherung / Beiträge an die Familienausgleichskassen**

Privilegiert sind *Prämienforderungen* gemäss AHVG, IVG, UVG, EOG und dem AVIG. In Bezug auf die Krankenkassen fallen die *Prämien- und Kostenbeteiligungsforderungen* der sozialen Krankenversicherung unter das Privileg. Sonstige Forderungen sind nicht privilegiert<sup>112</sup>. Das Privileg kann nur von den sozialen Krankenversicherern in Anspruch genommen werden. Sonstige Versicherer, welche ebenfalls Versicherungen nach dem VVG durchführen können, kommen dagegen nicht in den Genuss des Privilegs<sup>113</sup>. Privilegiert sind sodann die Beiträge an die Familienausgleichskassen. Solche Beiträge bestehen aufgrund des Bundesrechts<sup>114</sup> oder aufgrund des kantonalen Rechts<sup>115</sup>.

Für alle diese Forderungen rechtfertigt sich ein Privileg nicht. Diese Erkenntnis herrschte schon bei der Revision von 1997 vor<sup>116</sup>. Sie ist auch heute noch unverändert gültig<sup>117</sup>. Privilegiert werden sollen nur Forderungen von natürlichen Personen (vgl. S. 8). Aus dieser Optik sind Privilegien für die sozialen Werke schon per se sys-

---

<sup>111</sup> A.M. BBl 1991 III, S. 130 (in Bezug auf die SchKG-Revision von 1997): «Demgegenüber rechtfertigt sich nach wie vor ein Vorrecht für Forderungen von Personen, deren Vermögen kraft elterlicher Gewalt dem Gemeinschuldner anvertraut war. Denn hier springt bei einem Ausfall niemand ein.»

<sup>112</sup> BBl 1999, S. 9548.

<sup>113</sup> BBl 1999, S. 9549.

<sup>114</sup> Vgl. Art. 116 BV; Art. 18 des BG vom 20.6.1952 über die Familienzulagen in der Landwirtschaft (FLG, SR 836.1); Art. 11 f. des BG vom 24.3.2006 über die Familienzulagen (Familienzulagengesetz, FamZG, SR 836.2).

<sup>115</sup> Vgl. Art. 24 FLG; Art. 20 Abs. 2 FamZG.

<sup>116</sup> Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtüberprüfung des SchKG vom Dezember 1981, S. 69 f.; BBl 1991 III, S. 131 f.

<sup>117</sup> ANDRÉ NUSSBAUMER (Fn. 87), S. 106; SPÜHLER (Fn. 106), S. 123 f.; GRAHAM-SIEGENTHALER (Fn. 43), S. 13 ff.; FRANCO LORANDI (Fn. 72), S. 263 ff.

temfremd und damit deplatziert. Es fehlt inhärent an der besonderen Schutzbedürftigkeit des Titulars (d.h. der öffentlichen Hand bzw. der Sozialwerke). Daran ändert die notorische Geldknappheit dieser Institute natürlich nichts.

Offizieller Grund für die Wiedereinführung des Privilegs per 1. Januar 2001 war, dass die Sozialversicherungsträger kaum die Möglichkeit hätten, Geschäftsbeziehungen abzulehnen<sup>118</sup>. In Tat und Wahrheit war ausschlaggebend, dass der Bund seit Abschaffung des Privilegs 1997 signifikante Einnahmeausfälle verzeichnete und sich durch die Wiedereinführung des Privilegs Mehreinnahmen für die Bundeskasse erhoffte<sup>119</sup>. Es handelt sich somit um ein klassisch fiskalisches Privileg. Solche sind per se abzulehnen.

Die *Expertengruppe Nachlassverfahren* schlug deshalb vor, sämtliche sozialversicherungsrechtlichen Privilegien der zweiten Klasse zu streichen. Angestrebt wurde, durch Reduktion der privilegierten Forderungen die Sanierungsaussichten zu verbessern<sup>120</sup>. Das Bundesamt für Justiz hat jedoch aufgrund der grossen politischen Brisanz und nachdem die Privilegienordnung in den letzten Jahren mehrmals geändert worden ist, auch in dieser Hinsicht (vgl. schon S. 13 und S. 15) darauf verzichtet, erneut Änderungen vorzuschlagen<sup>121</sup>. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zum Sanierungsrecht die Frage nicht mehr aufgegriffen.

## 8. MWST-Forderungen

Das Privileg gilt für alle Steuerforderungen, welche unter dem neuen MWSTG entstanden sind<sup>122</sup>.

In der *Botschaft zum MWSTG* wird gesagt, Privilegien, insbesondere für Steuerforderungen, sollten nur dann eingeräumt werden, wenn sie durch zwingende Gründe gerechtfertigt seien. Dies sei in Bezug auf MWST-Forderungen der Fall, da der steuerpflichtige Schuldner – anders als bei allen anderen Steuerarten – die MWST als Inkassostelle vom Konsumenten eingezogen habe und der Steuerpflichtige diesbezüglich nur eine treuhänderische Funktion einnehme. Die vereinnahmte MWST sei kein Aktivum des insolventen Steuerpflichtigen, weshalb sie von vornherein nicht dazu bestimmt sei, unter seine Gläubiger verteilt zu werden<sup>123</sup>. Es wäre deshalb

---

<sup>118</sup> BBl 1999, S. 9129.

<sup>119</sup> BBl 1999, S. 9132; BBl 1999, S. 9547 ff.

<sup>120</sup> Bericht Expertengruppe Nachlassverfahren vom April 2005, S. 8, 40 f.; Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008, S. 23, 25 f.; Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse Bst. b VESchKG.

<sup>121</sup> Begleitbericht des Bundesamtes für Justiz vom Dezember 2008, S. 23 f.

<sup>122</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 281 f.

<sup>123</sup> BBl 2010, S. 6475 f.

sachgerecht, die MWST als Sondervermögen auszugestalten. Dies wäre jedoch sehr komplex und eine befriedigende Lösung wäre nur schwierig zu erreichen. Deshalb sei ein Privileg einzuräumen<sup>124</sup>. Letztendlich waren es aber wiederum (vgl. schon S. 17) fiskalische Überlegungen, welche entscheidend waren; der Bund hat im Jahr 2007 CHF 212 Mio. zufolge Insolvenz der MWST-Steuerpflichtigen abschreiben müssen<sup>125</sup>.

Für Steuerforderungen rechtfertigt sich ein Privileg nie, unabhängig davon, ob es sich um direkte oder indirekte Steuern handelt. Aufgrund dessen wurde 1997 auch das Privileg für Verrechnungssteuerforderungen abgeschafft – nota bene aufgrund der Erkenntnis, dass für Steuerforderungen ein Privileg unangebracht sei<sup>126</sup>. Diese Erkenntnis hat auch für die MWST uneingeschränkte Geltung.

Dass bei der MWST der steuerpflichtige Unternehmer nicht mit dem steuerbelasteten Konsumenten identisch ist, bedeutet nicht, dass dem Steuerpflichtigen eine im rechtlichen Sinn treuhänderische Funktion zukommt; er ist ja gerade der Steuerpflicht unterworfen. Selbst wenn eine treuhänderische Funktion vorliegen würde, würde dies noch kein Privileg rechtfertigen. Es kann in Bezug auf die vom Steuerpflichtigen vereinnahmte MWST auch nicht von einem Sondervermögen im eigentlichen Sinn gesprochen werden. Sowenig jeder Treugeber das Treugut in der Insolvenz über den Treuhänder aussondern kann (dies ist einzig im [engen] Anwendungsbe- reich von Art. 401 OR möglich), sowenig rechtfertigt es sich, den Fiskus für fiktives «Sondervermögen» qua Privileg besserzustellen.

Fiskalische Gründe rechtfertigen ein Privileg nie. Es gibt keinen Grund, öffentlich-rechtliche Forderungen gegenüber privatrechtlichen zu bevorzugen. Es gibt auch keinen Grund, den Bund vor den Kantonen und Gemeinden zu bevorzugen. Schliesslich gibt es keinen Grund, indirekte vor direkten Steuern zu bevorzugen. Das Gemeinwesen (auf welcher Stufe auch immer [Bund, Kantone oder Gemeinden]) gehört nie zu den besonders schützenswerten Titularen. Auch für sie gilt dies unbesehen der notorischen Geldknappheit (gewisser) Gemeinwesen (vgl. schon S. 17).

Das Privileg für MWST-Forderungen verschiebt die Ökonomie in vielen Insolvenzverfahren massiv. Bei jährlichen MWST-Aufkommen von rund CHF 20 Mia.<sup>127</sup> führte dies (ohne Privileg) zu Ausfällen der Bundeskasse von über CHF 200 Mio.<sup>128</sup> Mit der

---

<sup>124</sup> BBI 2008, S. 7025 f.; vgl. auch BBI 2010, S. 6475 f.

<sup>125</sup> BBI 2008, S. 7026.

<sup>126</sup> Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtüberprüfung des SchKG vom Dezember 1981, S. 70; BBI 1991 III, S. 132 f.

<sup>127</sup> Im Jahr 2007 waren es Forderungen in Höhe von insgesamt CHF 19.68 Mia. (BBI 2008, S. 7026).

<sup>128</sup> 2007 musste der Bund zufolge Insolvenzen CHF 212 Mio. für MWST-Forderungen abschreiben (BBI 2008, S. 7026).

Privilegierung der MWST-Forderungen findet eine massive Verschiebung von Forderungen der dritten in die zweite Klasse statt<sup>129</sup>. Dies verhindert weitgehend, dass ein Nachlassvertrag abgeschlossen werden kann; dies sieht auch der Bundesrat so<sup>130</sup>. Hierfür ist erforderlich, dass sämtliche privilegierten Forderungen vollständig gedeckt sind<sup>131</sup>. Schon bisher schmälerten die bestehenden Privilegien des Fiskus (wozu indirekt auch die Privilegien für Forderungen der AHV etc. gehören) die Sanierungschancen beträchtlich<sup>132</sup>. In einer Grosszahl von Fällen werden die Aktiven aufgrund dessen nicht mehr ausreichen, um sämtliche privilegierten Forderungen zu decken; davon geht auch die Botschaft des Bundesrates zum MWSTG aus, da selbst mit der Privilegierung die Verluste für MWST-Forderungen nur zu einem namhaften Teil (von rund CHF 50 Mio.<sup>133</sup>), aber nicht ganz vermieden werden können<sup>134</sup>. De facto schöpft damit der Fiskus in vielen Fällen die letzten Aktiven zulasten der Drittklassgläubiger ab<sup>135</sup>.

Dieser Effekt verstärkt sich noch durch MWST-rechtliche Mechanismen<sup>136</sup>: Da der steuerpflichtige Schuldner seine Kreditoren nicht mehr voll bezahlt hat, lässt die ESTV dem Schuldner die Vorsteuern (auf diesen nicht [mehr] bezahlten Kreditoren) nicht mehr zum Abzug zu<sup>137</sup>. Damit erhöht sich die Steuerschuld und zwar in der Regel massiv. Zudem wird auch das Quantitativ der MWST-Forderung unklar bzw. strittig, da die Vorsteuer im Umfang der Bezahlung der Kreditoren wieder zu gewähren ist. Dies erfordert eine Zirkelrechnung<sup>138</sup>, was wiederum zu grosser Rechtsunsicherheit führt. Diese wiederum reduziert die Chancen auf einen Nachlassvertrag nochmals signifikant<sup>139</sup>. Mit dem Privileg für MWST-Forderungen wird der geplanten Verbesserung des Sanierungsrechts weitgehend der Boden entzogen<sup>140</sup>.

Schliesslich geht das Privileg für MWST-Forderungen in jenen Verfahren, da nicht alle privilegierten Forderungen vollständig gedeckt werden können, (auch) zulasten der (ebenfalls in der zweiten Klasse privilegierten) Sozialversicherungsforderungen (AHV etc.). Damit kannibalisiert sich der Staat selber.

---

<sup>129</sup> BBl 2010, S. 6475 f.

<sup>130</sup> Schriftliche Antwort vom 30. November 2009 auf die Fragen von Pirmin Bischof; BBl 2010, S. 6466, 6475.

<sup>131</sup> Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

<sup>132</sup> Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008, S. 25.

<sup>133</sup> BBl 2010, S. 6502.

<sup>134</sup> BBl 2008, S. 7026; BBl 2010, S. 6502.

<sup>135</sup> BBl 2010, S. 6475.

<sup>136</sup> Gestützt auf Art. 41 Abs. 1 MWSTG.

<sup>137</sup> BGer. 12.11.2010, 2C\_517/2009, E. 4 (zur amtlichen Publikation bestimmt).

<sup>138</sup> BGer. 12.11.2010, 2C\_517/2009, E. 5.7 (zur amtlichen Publikation bestimmt).

<sup>139</sup> PABLO DUC, Die laufende Revision des Unternehmenssanierungsrechts aus praktischer Sicht, in: Die Volkswirtschaft 2010, S. 32; BBl 2010, S. 6575.

<sup>140</sup> BBl 2010, S. 6466, 6476.



Von diesen Überlegungen hat sich auch der Bundesrat leiten lassen. Er schlägt deshalb im Rahmen der laufenden Revision des Sanierungsrechts vor, das Privileg für MWST-Forderungen wieder abzuschaffen<sup>141</sup>. Diesem Ansinnen ist vorbehaltlos zuzustimmen<sup>142</sup>.

## **G. Anzahl Klassen**

Die Anzahl der Klassen hängt direkt mit der Anzahl der privilegierten Forderungen zusammen. Bis 1997 waren über 20 verschiedene Forderungen privilegiert. Diese waren in vier verschiedenen privilegierten Klassen eingeteilt. Nach geltendem Recht sind noch zehn Forderungen (bzw. Gruppen von Forderungen) privilegiert; diese sind in zwei privilegierte Klassen eingeteilt.

Nach der hier vertretenen Sichtweise rechtfertigt sich das Privileg (zumindest teilweise) noch für *fünf Forderungen*. De facto sind es (für die «Regelinsolvenz») gar nur *drei Forderungen*; zwei Forderungen beschlagen nämlich Sondersituationen: Ansprüche nach UVG sind nur in der Insolvenz des Versicherungsinstituts gegeben (vgl. S. 12). Ansprüche aus der nicht obligatorischen beruflichen Vorsorge spielen nur in der Insolvenz der Vorsorgeeinrichtung eine Rolle (vgl. S. 13).

Eine Unterteilung dieser wenigen Forderungen in zwei verschiedene privilegierte Klassen rechtfertigt sich m.E. nicht (mehr). Dies ergibt sich schon daraus, dass alle noch verbleibenden Forderungen schon nach geltendem Recht in einer Klasse eingereiht sind (nämlich in der ersten). Damit wären alle noch verbleibenden Privilegien *einer Klasse* zuzuordnen. Die Kurrentforderungen würden damit in die zweite Klasse fallen.

## **IV. Fazit**

Der «Wildwuchs» der Konkursprivilegien grassiert weiter. Zuweilen wird er durch die Hintertür eingeführt. Dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung ist wieder verstärkt – und zwar konsequent – zum Durchbruch zu verhelfen. Dies entspricht einer modernen Tendenz im internationalen Vergleich. Privilegien sind an strenge Voraussetzungen zu knüpfen und die Vorrechte sind auf das wirklich Notwendige zu beschränken.

---

<sup>141</sup> Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse Bst. e E-SchKG; BBl 2010, S. 6466, 6476.

<sup>142</sup> FRANCO LORANDI (Fn. 62), Art. 219 SchKG N 286 ff.

Nach diesem Massstab ist eine Vielzahl von Privilegien nicht (mehr) gerechtfertigt. Die gilt für die meisten Forderungen aus öffentlichem Recht (Beitragsforderungen für AHV, IV, UVG, EO, IVG, Prämien- und Kostenforderungen der sozialen Krankenversicherung, Beiträge an die Familienausgleichskassen und MWST-Forderungen). Auch die Forderungen der Kinder gegen den Inhaber der elterlichen Sorge sollten nicht mehr privilegiert werden.

Ansprüche aus der nicht obligatorischen beruflichen Vorsorge sind dergestalt zu beschränken, dass ein Privileg nur so weit gilt, als keine Deckung durch den BVG-Sicherungsfonds besteht.

Forderungen von Vorsorgeeinrichtungen gegen den angeschlossenen Arbeitgeber sind auf Beitragsforderungen zu beschränken. Arbeitnehmerforderungen sind betragsmässig stärker zu beschränken und zwar mit einem Höchstbetrag pro Monat. Das Privileg sollte darauf beschränkt werden, was zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich ist. In diesem Sinne sind auch Unterhalts- und Unterstützungsansprüche betragsmässig zu begrenzen.

Unverändert zu privilegieren sind einzig Ansprüche aus UVG (in der Insolvenz des Versicherungsinstituts). Die wenigen noch verbleibenden Privilegien sollten in einer Klasse zusammengefasst werden. Kurrentforderungen sind in der zweiten Klasse einzureihen.