Hüst und hott bei den Konkursprivilegien

Franco Lorandi,
Prof. Dr. iur. und Rechtsanwalt, Zürich

In rund 95 Prozent aller Konkursverfahren gehen Drittklassgläubiger leer aus. HSG-Professor Franco Lorandi geht den Gründen nach. Die kürzlich eingeführte Privilegierung von Forderungen für Mehrwertsteuern hält er für verfehlt.

1. Einleitung

Früher stand das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (SchKG) für Konstanz und Verlässlichkeit. Es erwies sich weitgehend als revisionsresistent. Dies hat sich in letzter Zeit geändert. Immer häufiger haben Änderungen anderer Gesetze auch eine Anpassung des SchKG zur Folge. Zum Beispiel: Das im Rahmen der Revision der Mehrwertsteuer (MwSt.) eingeführte Privileg für MwSt.-Forderungen.

Der gesetzgeberische Aktivismus hat auch die Privilegienordnung erfasst:

- Diese wurde per 1. Januar 1997 grundlegend geändert.
- Die per 1. Januar 1997 abgeschafften Privilegien für öffentlich-rechtliche Forderungen (aus Alters- und Hinterlassenen-, Invaliden- sowie Unfallversicherung und andere) wurden per 1. Januar 2001 wieder eingeführt.
- Per 1. Januar 2005 wurde das Arbeitnehmerprivileg geändert, indem für die Sechsmonatsfrist alternativ zur Entstehung der Forderung auch an deren Fälligkeit angeknüpft wird («in den letzten sechs Monaten vor der Insolvenz entstanden oder fällig geworden»).
- Per 1. Januar 2007 sind auch Unterhaltsansprüche nach Partnerschaftsgesetz in der ersten Klasse privilegiert.
- Per 1. Januar 2010 sind die Forderungen der MwSt. in der zweiten Klasse privilegiert.
- Per 1. Dezember 2010 wird beim Arbeitnehmerprivileg eine betragliche Obergrenze eingeführt.

Im Rahmen der beabsichtigten Revision des Sanierungsrechts hat das Bundesamt für Justiz entschieden, die «heisse Kartoffel» Privilegien – vor allem solche für öffentlich-rechtliche Forderungen – mit einer Ausnahme nicht mehr anzufassen. Damit hat es dem Vorschlag der Expertengruppe «Nachlassrecht», nämlich sämtliche Privilegien für öffentlich-rechtliche Forderungen abzuschaffen, eine Abfuhr erteilt.

Die Aussage, die in der «Neuen Zürcher Zeitung» vom 12. November 2009 zu lesen war – wenn auch in anderem Zusammenhang –, gilt unverändert auch für die Privilegien nach SchKG:

«Privilegien sind oft wie Drogen: So schädlich sie auch sein mögen, man bringt sie fast nicht mehr weg – weil jeder Entzugsversuch zu einem Aufschrei der Betroffenen führt.»

Bevor auf die erwähnten Gesetzesänderungen eingegangen wird, nachfolgend ein paar grundlegende Aspekte zu den Privilegien.

2. Allgemeines

Privilegiert ist die Forderung – nicht der Gläubiger persönlich. Das hat verschiedene Ausprägungen und Auswirkungen: Das Privileg ist ein Vorzugs- beziehungsweise ein Nebenrecht der Hauptforderung im Sinne des Zivilrechts (Artikel 170 des schweizerischen Obligationenrechts [OR]). Dies heisst:

- So wie der Kaugummi am Schuh klebt, klebt das Privileg an der Forderung. Wechselt die Forderung den Gläubiger, wechselt das Privileg mit. Dies gilt bei der Abtretung der Forderung und bei der Subrogation (wie sie bei Leistung von Insolvenzentschädigung oder Arbeitslosenentgelt häufig ist).
- In zeitlicher Hinsicht kommt es auf den Zeitpunkt der Entstehung einer Forderung an, ob sie privilegiert ist oder nicht. Ist eine Forderung bei Entstehung privilegiert, so bleibt das Privileg bei Übertragung erhalten. Fehlt es einer Forderung bei Entstehung an der Privilegierung, so kann diese nicht nachträglich entstehen, also auch nicht durch Übertragung der Forderung. Dazu später mehr.
- Das Privileg kann nicht unabhängig von der Forderung übertragen werden. Wie gesagt: Der Kaugummi klebt am Schuh.

Wenn die Hauptforderung privilegiert ist, sind es auch die Nebenrechte als akzessorische Ansprüche. Dies gilt etwa für Zinsen und Betreibungskosten. Sonstige Ansprüche sind dagegen nicht privilegiert. Dies gilt etwa für Mahn-, Bearbeitungs- oder Verwaltungskosten – sofern sie überhaupt in der Insolvenz geltend gemacht werden können.

3. Privileg der BVG-Vorsorgeeinrichtung

Privilegiert in der ersten Klasse sind die Forderungen der Einrichtungen gemäss dem Bundesge-setz über die berufliche Vorsorge (BVG) gegenüber den angeschlossenen Arbeitgebern. Das Bundesgericht hat mehrfach entschieden, dass dies für alle Forderungen «unabhängig ihrer rechtlichen Grundlage» gelte. Dies ist dogmatisch falsch. Das Privileg muss auf Beitragsforderungen beschränkt sein. Diese Auffassung hat auch die Expertengruppe «Nachlassrecht» vertreten und vorgeschlagen, das Gesetz entsprechend zu ändern. Aufgrund der grossen Brisanz hat das Bundesamt für Justiz in seinem Begleitbericht vom Dezember 2008 jedoch darauf verzichtet, dem Parlament erneut Änderun-

gen vorzuschlagen. Wie unsinnig die Auffassung ist, dass alle Forderungen privilegiert sein sollen, zeigt ein neuerer Bundesgerichtsentscheid: Die spätere SAirGroup gab verschiedene Anleihensobligationen aus. Sie legte diese zur öffentlichen Zeichnung auf. Die Anleihensobligationen waren an der Börse kotiert. Die beteiligten Banken übernahmen diese fest und platzierten sie auf dem Markt. Die Kaderversicherung der SAirGroup erwarb von den Banken und später auf dem Markt solche Papiere im Wert von knapp 14 Millionen Franken und wollte dafür in der ersten Klasse kolloziert werden.

Der SAirGroup-Liquidator waltete seines Amtes und tat das Richtige: Er verwies diese Forderungen in die dritte Klasse. Daraufhin führte die Kaderversicherung Kollokationsklage und verlangte die Kollokation in der ersten Klasse. Die erste und zweite Instanz wiesen die Klage ab und verwiesen die Forderungen in die dritte Klasse. Das Bundesgericht hielt in der Folge eisern daran fest, dass alle Forderungen «unabhängig ihrer rechtlichen Grundlage» privilegiert seien. Es fühlte sich an den Willen des Gesetzgebers gebunden, dass sämtliche Forderungen von Vorsorgeeinrichtungen privilegiert seien. Also hiess es die Kollokation dieser Forderungen in der ersten Klasse gut.

Dieser Entscheid ist verfehlt. Eine kurze Analyse zeigt das Folgende: Wie bereits erwähnt, ist nicht der Gläubiger persönlich privilegiert, sondern die Forderung. Dies sollte auch beim Privileg der Vorsorgeeinrichtung gelten. Damit ist für die Privilegierung der Entstehungszeitpunkt der Forderung entscheidend. Die Forderungen aus Anleihensobligationen entstehen mit ihrer Ausgabe und damit mit der Festübernahme durch die Banken. Im damaligen Zeitpunkt waren diese klarerweise nicht privilegiert. Gemäss Bundesgericht soll das Privileg ex post – sozusagen aus dem Nichts heraus – entstanden sein. Und zwar in dem Moment, als die Kaderversicherung die Anleihensobligationen erworben hat. Dies ist insolvenzrechtlicher Hokuspokus und kann kaum der Ansicht des historischen Gesetzgebers entsprochen haben, an dessen Wille sich das Bundesgericht so sklavisch gebunden fühlte.

Noch offensichtlicher wird dies beim Versuch, das Kaninchen wieder wegzuzaubern: Lassen wir die Kaderversicherung einen Teil der Anleihensobligationen über die Börse beispielsweise an einen beliebigen Dritten veräussern. Jedes andere Privileg bleibt – wie bereits dargelegt – bei der Übertragung der Forderung erhalten, was als Nebenrecht evident ist. Nicht aber in diesem konstruierten Fall: Da der Dritte nicht als privilegierter Gläubiger gilt, verschwindet das Privileg bei der Übertragung der Forderung an diesen einfach wieder. So unerklärlich wie das Privileg beim Erwerb durch die Kaderversicherung entstanden ist, so unerklärlich verschwindet es wieder bei der Übertragung.

Das Bundesgericht schafft mit seiner Rechtsprechung eine völlig neue und einzigartige Kategorie von Privileg: eine Art transitorisches Privileg. Dies ist systemfremd und macht keinen Sinn. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass es sich bei kotierten Anleihensobligationen aus zivilrechtlicher Sicht um homogene Güter handelt. Diese Homogenität wird durch das transitorische Privileg gerade zerstört. Diese Rechtsprechung ist daher verfehlt. Sie lädt geradezu ein, mit Forderungen Handel zu treiben – selbst in der Insolvenz.

4. Privileg der Arbeitnehmer

Wie einleitend erwähnt wird seit Jahren am Arbeitnehmerprivileg herumgebastelt. Die nächste Gesetzesänderung steht per 1. Dezember 2010 bevor. Dazu nachfolgend drei Teilaspekte.

4.1 Zeitliche Aspekte

4.1.1 Entstanden oder fällig geworden

Früher waren Arbeitnehmerforderungen privilegiert, wenn sie innert sechs Monaten vor der Insolvenz entstanden waren. Mit der Gesetzesänderung vom 1. Januar 2005 hat sich dies geändert: Alternativ zur Entstehung der Forderung genügt es, dass die Forderung in den letzten sechs Monaten vor dem Konkurs fällig geworden ist. Dies führt zuweilen zu seltsamen Resultaten: Zivilrechtlich fällt die Entstehung und die Fälligkeit der Forderung häufig zusammen, da Forderungen in aller Regel sofort (das heisst mit Entstehung) auch gleich fällig werden. Daneben gibt es aber auch Ansprüche, welche pro rata temporis entstehen, aber erst viel später fällig werden. So verhält es sich etwa für den 13. Monatslohn, Gratifikationen oder Boni. Dies hatte bis Ende 2004 zur Folge, dass sie nur pro rata temporis privilegiert waren.

Dazu ein Beispiel zum 13. Monatslohn:

- Fälligkeit per 15. Dezember eines jeden Jahres.
- Konkurseröffnung Mitte Juni 2010.
- Vom 13. Monatslohn 2010 sind sechs Monate (Januar bis Juni 2010) privilegiert, da diese in den letzten sechs Monaten vor Konkurseröffnung (pro rata) entstanden sind.
- Der Anspruch auf den 13. Monatslohn 2009 ist vollständig privilegiert, da er in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung fällig geworden ist.
- Das Privileg erfasst damit annähernd 18 Monate.

Bei Gratifikationen und Boni kann es je nach vertraglicher Re-

gelung der Fälligkeit dazu führen, dass solche Ansprüche noch über mehrere Jahre zurück privilegiert sind. Zudem kann die Fälligkeit rechtsgeschäftlich vereinbart werden. Auf diesem Weg kann das Privileg signifikant ausgedehnt werden.

4.1.2 Von der Rückwärts- zur Vorwärtsfrist

4.1.2.1 Bis November 2010

Als privilegierte Forderungen galten in zeitlicher Hinsicht bisher jene Forderungen, die «in den letzten sechs Monaten vor Konkurs» entstanden oder fällig geworden sind. Nach heutigem Recht umstritten ist die Frage, wie Forderungen zu behandeln sind, welche nach der Insolvenz entstanden sind. Dabei handelt es sich einerseits um Forderungen aus ungekündigten, unbefristeten Arbeitsverhältnissen. Die Praxis zeigt, dass Arbeitsverhältnisse oftmals nicht gekündigt werden. Andererseits geht es um länger befristete Arbeitsverhältnisse, die erst einige Zeit nach der Insolvenz enden.

Es gibt im Wesentlichen drei Ansichten, wie solche neuen Forderungen bei der Kollokation zu behandeln sind:

- In der ersten Klasse zulassen.
- Zulassen, aber nur als Drittklassforderungen.
- Solche Forderungen ganz abweisen. Als Konkursforderungen gelten nur solche, welche vor dem Konkurs entstanden sind. Dies gilt generell, namentlich für alle Dauerschuldverhältnisse und damit auch für den Arbeitsvertrag. Um es mit den Worten des Bundesgerichts (BGE 48 II 162) auszudrücken: Es ist eine «abwegige Rechtsfigur», eine nach Konkurs entstandene Forderung zu privilegieren. Nur vor der Insolvenz entstandene Forderungen sind Insolvenzforderungen.

So weit die Rechtsunsicherheit unter geltendem Recht.

4.1.2.2 Ab 1. Dezember 2010

Wie wir sogleich noch erörtern werden, wird das Gesetz auf den 1. Dezember 2010 geändert: Gewisse Arbeitnehmerforderungen sind nur noch bis zu einem Höchstbetrag privilegiert. In diesem Zusammenhang wurde auch die Formulierung für die Sechsmonatsfrist geändert. Neu heisst

Anzeige

es nicht mehr «in den letzten sechs Monaten vor Konkurs», sondern: «nicht früher als sechs Monate vor Konkurs» entstanden oder fällig geworden. Gemäss der Botschaft des Bundesrates handelt es sich dabei um eine «redaktionelle Umformulierung». Materiell, heisst es, ändere sich dabei nichts. Dem ist aber nicht so:

Die neue Formulierung wurde vom Bundesrat vorgeschlagen. Dabei hat er den Vorschlag der Expertengruppe «Nachlassverfahren» übernommen. Diese wollte der Ungewissheit zum geltenden Recht – wie also Forderungen zu behandeln sind, die nach Konkurseröffnung entstehen – ein Ende setzen. Derartige Fälle sind wie dargelegt häufig. Ab dem 1. Dezember 2010 wird Klarheit herrschen: Forderungen, die nach Konkurseröffnung entstanden sind, gelten ebenfalls als Konkursforderungen. Im französischen und italienischen Wortlaut kommt dies noch deutlicher zum Ausdruck. Bei befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnissen mit langer Kündigungsfrist kann dies dazu führen, dass noch für eine lange Zeit nach Konkurseröffnung eine privilegierte Forderung besteht.

Damit findet – sozusagen durch die Hintertür – ein Konzeptwechsel statt. Anstatt einer Rückwärtsfrist gilt neu eine Vorwärtsfrist. Damit wird für Forderungen aus Arbeitsverträgen – im Vergleich zu Forderungen aus allen anderen Dauerschuldverhältnissen – ein Sonderrecht geschaffen. Eine Korrektur findet insofern statt, als neu auch eine betragsmässige Begrenzung für Erstklassforderungen gilt. Meines Erachtens drängt sich hier eine teleologische Reduktion der neuen Regelung auf. Denn wenn ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nicht durch Kündigung beendigt wird, entstehen zivilrechtlich Forderungen stetig weiter. Dies obwohl selbstverständlich eine Schadensminderungspflicht gilt. Es geht aber nicht an, Forderungen über längere Zeit zu privilegieren. Das Privileg sollte deshalb nur während der Kündigungsfrist gewährt werden, nicht darüber hinaus. Sollten die vertragliche und die gesetzliche Kündigungsfrist nicht gleich sein, ist die kürzere Frist anzuwenden.

4.2 Betragsmässige Begrenzung

4.2.1 Inkrafttreten

Per 1. Dezember 2010 tritt eine betragsmässige Begrenzung in Kraft. Übergangsrechtlich gilt das neue Recht, wenn es nach dem Inkrafttreten zum Konkurs kommt, das Fortsetzungsbegehren gestellt, die Nachlassstundung bewilligt oder eine Gesellschaft zufolge Organisationsmängel aufgelöst und nach dem Bestimmungen des Konkursrechts abgewickelt wird.

4.2.2 Kategorien von Forderungen

Die Einführung einer Höchstgrenze privilegierter Arbeitnehmerforderungen machte es notwendig, die Bestimmung über das Arbeitnehmerprivileg generell neu zu fassen. Es gibt neu drei Kategorien von Forderungen (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse SchKG):

- Rückforderungen von Kautionen (lit. a^{bis}): Da gibt es weder eine zeitliche noch eine betragsmässige Schranke.
- Forderungen aus Sozialplänen (lit. a^{ter}): Für sie gilt eine zeitliche Beschränkung (sechs Monate), aber keine betragsmässige Beschränkung.
- Alle sonstigen Forderungen (lit. a): Für sie gilt die zeitliche Beschränkung von sechs Monaten und eine betragsmässige Beschränkung.

4.2.3 Höchstgrenze

Gemäss der obligatorischen Unfallversicherung handelt es sich bei der Höchstgrenze um den maximal versicherten Jahresverdienst. Dies sind zurzeit 126 000 Franken. Der tatsächliche Verdienst oder der tatsächlich versicherte Lohn des betroffenen Arbeitnehmers spielen keine Rolle. Massgeblich sind die Bruttoforderungen (das heisst inklusive Sozialabzüge). Der Arbeitnehmer wird also nie den gesamten Betrag ausbezahlt erhalten.

Forderungen, die den Höchstbetrag übersteigen, fallen in die dritte Klasse. Damit sind Arbeitnehmer die einzige Kategorie von Gläubigern aus Dauerschuldverhältnissen, die im Konkurs in grossem Umfang Forderungen (die nach der Insolvenz entstanden sind) geltend machen können.

4.2.4 Konkurrenz

Wie verhält es sich aber, wenn dem Arbeitnehmer mehrere Forderungen aus den verschiedenen Kategorien zustehen? Zu denken ist etwa an «normale» Arbeitsvertragsforderungen, Kautionen und Sozialplanforderungen. Dazu ein Beispiel: Dem Arbeitnehmer stehen 80 000 Franken aus Arbeitsvertrag und 100 000 Franken aus dem Sozialplan zu. Es stellt sich die Frage, wie diese beiden Forderungen zu kollozieren sind.

- Nach dem Wortlaut des Gesetzes wären beide Forderungen im vollen Umfang in der ersten Klasse einzuordnen.
- Dies ist nicht gerechtfertigt: Der Arbeitnehmer muss sich meines Erachtens für den Höchstbetrag anrechnen lassen, was er an Sozialplanforderungen bekommt. Die 100 000 Franken aus dem Sozialplan sind voll in der ersten Klasse zuzulassen. Zufolge Anrechnung dieser 100 000 Franken sind von den «normalen» Lohnforderungen jedoch nur noch 26 000 Franken in der ersten und die restlichen 54 000 Franken in der dritten Klasse zu kollozieren.
- Das steht so nicht im Gesetz. Es ist aber sachlich gerechtfertigt.

5. Privileg der Mehrwertsteuer

5.1 Inkrafttreten

Seit 1. Januar 2010 ist das Zweitklassprivileg für MwSt.-Forderungen in Kraft. Es wurde ihm Rahmen der Revision des MwStG sozusagen durch die Hintertür eingeführt, nachdem offenbar einem Grossteil der Parlamentarier die Privilegierung gemäss SchKG nicht bewusst war. In der Botschaft des Bundesrates wird folgende Rechtfertigung für das Privileg angegeben: Der steuerpflichtige Schuldner sei nur treuhänderisch tätig. Sachlich wäre es gerechtfertigt, die MwSt. als Sondervermögen auszugestalten. Eine solche Regelung wäre jedoch zu komplex, weshalb ein Privileg einzuräumen sei.

Diese Argumentation überzeugt nicht. 1997 hatte der Gesetzgeber – sozusagen als kurzer Lichtblick – erkannt, dass Steuerforderungen grundsätzlich kein Privileg verdienen. Es wurde deshalb für die Verrechnungssteuer abgeschafft. Für die MwSt.-Forderung gilt nichts anderes. Dem Steuerpflichtigen kommt denn auch keine treuhänderische Funktion zu. Der effektive Grund für das Privileg war denn auch vielmehr, dass der Bund jährlich Ausfälle auf MwSt.-Forderungen (von rund 20 Milliarden Franken) in der Höhe von über 200 Millionen Franken erleidet. Dies sollte vermieden werden. Es handelt sich somit um ein klassisch fiskalisch motiviertes Privileg. Dass dies unhaltbar ist, muss nicht besonders herausgestrichen werden.

5.2 Auswirkungen

Damit lassen sich auch die praktischen Auswirkungen abschätzen: Es kommen neu jährlich die erwähnten gut 200 Millionen Franken als privilegierte Forderungen hinzu. Dies wird dazu führen, dass in noch mehr Konkursverfahren nicht einmal mehr die privilegierten Forderungen gedeckt werden können. Wie eine Studie des Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco) gezeigt hat, war dies schon vor Einführung dieses Privilegs in 95 Prozent aller Verfahren der Fall. Diese Quote wird sich noch erhöhen.

Auch der Bundesrat geht in seiner Botschaft vom September 2010 davon aus, dass das neue Privileg nur für rund 50 Millionen der 200 Millionen Franken MwSt.-Forderungen Deckung bringt. Damit werden die MwSt.-Forderungen in vielen Fällen die bisher schon kleine freie Masse wegfressen. Drittklassforderungen werden kaum mehr bedient werden können.

Für Sanierungen bedeutet dies wohl den Todesstoss. Bekanntlich müssen bei einem Nachlassvertrag sämtliche privilegierten Forderungen voll gedeckt sein. In vielen Fällen wird dies nicht mehr gegeben sein. In den anderen Fällen wird zu wenig übrig bleiben, um den Drittklassgläubigern noch eine vernünftige Dividende ausrichten zu können.

5.3 Umfang

Privilegiert sind sämtliche Steuerforderungen, die unter dem neuen Gesetz entstehen. Verzugszinsen sind akzessorisch zur Hauptforderung. Das Privileg der Zinsforderung richtet sich damit zwingend nach dem Privileg der Hauptforderung. Es gibt namentlich kein Privileg für Verzugszinsforderungen, wenn die Hauptforderung – etwa weil vor dem 1. Januar 2010 entstanden – nicht privilegiert ist. Bussen und Kosten fallen schon in sachlicher Hinsicht nicht unter das Privileg.

Nicht privilegiert sind Steuerforderungen aus Leistungen, welche von Gesetzes wegen oder aufgrund behördlicher Anordnungen erfolgten. Dabei handelt es sich weitgehend um unechte Ausnahmen. Erfasst sind insbesondere Steuerforderungen im Zusammenhang mit Zwangsverwertungen gemäss SchKG. Diese stellen jedoch praxisgemäss ohnehin Verwertungskosten beziehungsweise in der Generalexekution Massenverbindlichkeiten dar. Als solche werden sie vorab bezahlt, so dass sich die Frage der Privilegierung gar nicht stellt.

5.4 Abschaffung

Die Einführung eines Privilegs für MwSt.-Forderungen wurde in der Lehre weitgehend kritisiert. Die Expertengruppe «Nachlassrecht» hat sich in einem Brief an den Bundesrat geschlossen dagegen ausgesprochen. Sie wies vor allem darauf hin, dass ihr Vorschlag für ein neues Sanierungsrecht mit dem MwSt.-Privileg praktisch vorab zu Makulatur wird.

Für einmal wäre es angezeigt, erneut zu legiferieren. Wenn dem Gesetzgeber – mangels Bewusstsein vieler Parlamentarier – weitgehend ohne Regelungswillen ein Lapsus unterlaufen ist, dann stünde es ihm gut, diesen raschmöglichst zu beheben. Der Bundesrat hat deshalb die Frage des Privilegs im Rahmen der Botschaft zum Sanierungsrecht einer Prüfung unterzogen. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer rechtsvergleichenden Studie (Oliver Dunant / Christian Sauter / Sylvia Injian / Petra Beck / Curdin Derungs, Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, Seco 2010) kommt der Bundesrat dazu, dem Parlament vorzuschlagen, das Privileg wieder abzuschaffen. Dem Vernehmen nach soll das Sanierungsrecht (einschliesslich der Abschaffung des MwSt.-Privilegs) noch Ende diesen Jahres im Parlament behandelt werden. Die Abschaffung dieses unsäglichen Privilegs wäre qualifiziert vernünftig.