Allgemeines

Allgemeines (Art. 219 Abs. 4 SchKG)

Art. 219 SchKG H. Rangordnung der Gläubiger

[Abs. 1 bis 3 betreffen die pfandgesicherten Forderungen]

[4]*Die nicht pfandgesicherten Forderungen sowie der ungedeckte Betrag der pfandgesicherten Forderungen werden in folgender Rangordnung aus dem Erlös der ganzen übrigen Konkursmasse gedeckt:* Druckversion**Inhaltsübersicht**

- Geltungsbereich
  - Verfahrensmässiger Geltungsbereich
  - Sachlicher Geltungsbereich
- Generelle Aspekte aller Privilegien
  - Grundlage
  - Terminologie
  - Zitierung des Gesetzestextes
  - Rechtfertigung der Privilegierung
  - Privilegierung der Forderung – nicht des Gläubigers
  - Massgeblicher Zeitpunkt
  - Beweislast
  - Privileg als Nebenrecht der Forderung
  - Übergang des Privilegs
  - Untergang des Privilegs
  - Relevanz der Ausstellung eines Verlustscheins
- Umgehung der Privilegienordnung durch vertragliche Abreden
- Privilegierung als gesetzlich vorgesehene Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz

- Abschliessende gesetzliche Regelung
- Forderungen aus öffentlichem Recht
- Gesetzesänderungen/Übergangsrecht
    - Revision per 1. Januar 1997
    - Revision per 1. Januar 2001
    - Revision per 1. Januar 2005
    - Revision per 1. Januar 2007
    - Revision per 1. Januar 2010
    - Revision per 1. Dezember 2010
    - Revision per 1. September 2011
    - Revision per 1. Januar 2014
- Relevanz der Privilegien ausserhalb des SchKG
    - Beginn der Verjährungsfrist nach Art. 52 AHVG
    - Insolvenzentschädigung (Art. 51 ff. AVIG)
- Abgrenzung zu anderen Privilegien
    - Materiellrechtliche Privilegien
    - Verfahrensrechtliche Privilegien
- Irrelevanz der Privilegien beim Aktivenüberschuss
    - Aktivenüberschuss
    - Wegfall der Unverzinslichkeit
    - Materiellrechtliche Fragen
    - Verfahrensrechtliche Fragen

Geltungsbereich

Verfahrensmässiger Geltungsbereich

Im Einleitungsverfahren: Bei Ausstellung des Zahlungsbefehls prüft das Betreibungsamt einzig, ob ein formgültiges Betreibungsbegehren vorliegt und ob auch die übrigen formellen Voraussetzungen für eine Betreibung erfüllt sind. Es stellt keine (mit Beschwerde überprüfbare) Rechtsverletzung dar, wenn das Betreibungsamt entsprechend den Angaben des Gläubigers Mahnspesen als Prämien ausgewiesen werden (um dafür das Zweitklassprivileg geltend zu machen). ZWR 2018 187 E. 2

Betreibung auf Pfändung (Art. 146 Abs. 2 SchKG): Können in der Betreibung auf Pfändung nicht sämtliche Gläubiger befriedigt

werden, so erstellt das Betreibungsamt einen Plan über die Rangfolge der Gläubiger (Kollokationsplan) und die Verteilungsliste (Art. 146 Abs. 1 SchKG). Soweit Art. 219 SchKG auf die Konkurseröffnung Bezug nimmt, ist an deren Stelle der Zeitpunkt des Fortsetzungsbegehrens massgebend (Art. 146 Abs. 2 SchKG). AB GE DCSO/472/2007 E. 3.a. – (Einzig) in Bezug auf den *Rang* [gemeint ist die Klasse – Hinweis des Verfassers; vgl. unten] der in Betreibung gesetzten unversicherten Forderungen steht dem Betreibungsamt bei der Erstellung des Kollokationsplans (Art. 146 SchKG) *materielle Entscheidungsbefugnis* zu. BGE 127 III 470 E. 3.a. (mit Verweis auf BGE 51 III 31 E. 1)

Einschränkungen: Das Rangprivileg gemäss Art. 219 Abs. 4 (lit. c) SchKG greift nur innerhalb der Pfändungsgruppe und nur falls aus der Pfändung ein Erlös resultiert. Das Rangprivileg gibt dem Gläubiger kein Vorzugsrecht gegenüber Gläubigern, die allein durch die Tatsache Deckung erhalten, dass ihre Forderung in der Existenzminimumberechnung (des Schuldners) berücksichtigt ist. OGer SO SCBES.2023.52 E. 2.2

Betreibung auf Pfandverwertung: In der Betreibung auf Pfandverwertung spielen die Konkursklassen keine Rolle (Art. 156 Abs. 1, Art. 157 Abs. 3 und 4 SchKG e contrario).

Im Konkursverfahren (Art. 219 Abs. 4 SchKG): Die Konkursklassen sind in verschiedener Hinsicht von Bedeutung: (i) In Bezug auf die *Kollokation* der Forderungen (Art. 247 Abs. 1 SchKG). (ii) Das Konkursamt hat am Ende des aufzulegenden Kollokationsplans *die zu erwartende Höchstdividende für jede einzelne Klasse aufzuführen*. BGE 138 III 675 E. 3.2. OGer ZH PS160036 E. 3.2. (mit Verweis auf BGE 65 III 28 E. 3) OGer ZH PP140004 E. II.5.b. (iii) Wenn im *Kollokationsprozess* das *Privileg strittig* ist, dann entspricht der *Streitwert* (für die Fragen der Zuständigkeit, der Zulässigkeit eines Rechtsmittels sowie für die Kosten- und Entschädigungsfolgen) der Differenz zwischen der (mutmasslichen) Dividende gemäss dem angefochtenen

Kollokationsplan und jener die dem (Rechtsmittel-)Kläger zukäme, wenn seine Forderung in der von ihm verlangten Klasse kolloziert würde. BGer 5C.83/2005 E. 1.2. (mit Verweis auf BGE 79 III 172 und BGE 33 II 698 E. 3) (iv) Wenn sich *mehrere Gläubiger einen Anspruch gemäss Art. 260 abtreten lassen* und obsiegen, dann dient ihnen das Ergebnis nach Abzug der Kosten zur Deckung ihrer Forderungen nach dem ihnen zustehenden Rang (Art. 260 Abs. 2 Satz 1 SchKG). vgl. AB GE DCSO/436/2009 E. 3.a.

Während der Nachlassstundung/Betreibung: Während der Nachlassstundung kann gegen den Schuldner eine Betreibung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden (Art. 297 Abs. 1 SchKG). Von dieser Einschränkung ausgenommen sind gemäss Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG Betreibungen auf Pfändung für Forderungen der ersten Klasse i.S.v. Art. 219 Abs. 4 SchKG. BGer 5A_461/2009 E. 2.1. Die Gläubiger von privilegierten Forderungen können trotz Bestätigung des Nachlassvertrages die Betreibung weiterführen, soweit sie nicht aus der Sicherstellung gedeckt werden können. BGE 129 V 387 E. 4.2.

Bestätigung des Nachlassvertrages/Sicherstellung: Die Bestätigung des Nachlassvertrags ist u.a. an die Voraussetzung geknüpft, dass die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger hinlänglich sichergestellt ist (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). BGE 141 V 487 E. 4.3.2. BGer 5A_517/2007 E. 4. BGer H 113/04 E. 2.2. BGer H 86/02 E. 3. KGer GR SKG 03 28 E. 5

Verbindlichkeit des Nachlassvertrages: Der bestätigte Nachlassvertrag ist für sämtliche Gläubiger verbindlich, deren Forderungen entweder vor der Nachlassstundung oder seither ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind (Art. 310 Abs. 1 SchKG). Die Verbindlichkeit erstreckt sich jedoch nicht auf jene Gläubiger, die von vornherein nicht dem Nachlassvertrag unterstehen und nicht als Nachlassgläubiger betrachtet werden. Dies gilt (neben den Pfandgläubigern bis zur Höhe des durch das Pfand gedeckten Anspruchs auch) für die privilegierten

Gläubiger, die ihren Anspruch eingegeben und auf die *Sicherstellung nicht verzichtet haben*. BGE 130 V 526 E. 2 (Pra 2006 Nr. 11) BGE 129 V 389 E. 4.2. BGer H 96/05 E. 4.2. – Demgegenüber kann der Nachlassvertrag denjenigen privilegierten Gläubigern entgegengehalten werden, welche ihre Forderungen nicht angemeldet haben. BGE 142 III 705 E. 4.2. BGE 130 V 526 E. 2., E. 4.4 und E. 4.5. (Pra 2006 Nr. 11) BGE 129 V 389 E. 4.2. Das gleiche gilt für eingegebene privilegierte Forderungen, die vom Sachwalter unrichtig behandelten werden und wogegen sich der betroffene Gläubiger im nachlassrechtlichen und nachlassgerichtlichen Verfahren nicht zur Wehr setzt. BGE 142 III 705 E. 4.2.

Beim ordentlichen Nachlassvertrag: Aus den Bestimmungen von Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 220 Abs. 2, Art. 305 Abs. 2 und der Vorschrift der vorgängigen Sicherstellung des Vollzugs gemäss Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist zu schliessen, dass die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Forderungen (**in casu** aus Arbeitsvertrag) eine *materielle Bedingung für die Bestätigung des Nachlassvertrages* darstellt. Für das Zustandekommen des Nachlassvertrages ist folglich vorauszusetzen, dass die rechtzeitig angemeldeten, unbestritten gebliebenen sowie die rechtzeitig angemeldeten, nach Bestreitung gerichtlich festgestellten privilegierten Gläubigerforderungen voll befriedigt werden (mit Verweis auf BGE 125 III 154 E. 3b, BGE 76 I 282 E. 2). PKG 2003 Nr. 14 E. 2; für einen *Anwendungsfall* vgl. EGV SZ 2008 Nr. 6.1 E. 4 – Der *Nachlassrichter* hat die (materiellrechtlichen) Privilegien nicht von Amtes wegen zu wahren. Im Gegenteil, es findet sich in Art. 305 Abs. 3 SchKG eine Norm, welche dies geradezu verbietet. Der Nachlassrichter *kann* nicht, gleichsam einem Sachrichter, Natur, Bestand, Umfang und/oder *Rang* dieser Ansprüche gleich selbst – definitiv oder provisorisch – *feststellen*. PKG 2003 Nr. 14 E. 3.a/b – Bei Bestreitung des Privilegs durch den Nachlassschuldner hat der Gläubiger *Klage* auf Anerkennung *im ordentlichen Verfahren* gegen den Schuldner zu erheben. Gegenstand dieser Klage, die eine Leistungsklage

ist, ist die bestrittene Forderung als solche und/oder das beanspruchte und bestrittene *Privileg*. PKG 2003 Nr. 14 E. 3.d

Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung: Die Bestimmung von Art. 219 SchKG ist über Art. 321 Abs. 2 SchKG auch im Nachlassverfahren anwendbar, in dem ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zustande kommt. KGer ZG A2 2016 23 E. 2

Während des altrechtlichen Konkursaufschubs (Art. 725a aOR): Die Regelung von Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, welche während der Nachlassstundung die Betreibung für Erstklassforderungen zulässt, findet beim Konkursaufschub nicht *analog Anwendung*, so dass auch für solche Forderungen während der Dauer des Konkursaufschubs keine Betreibung geführt werden kann. AB GE DCSO/230/2012 E. 2.2.

Kommentar 29: Per 1. Januar 2023 wurde Art. 725a OR, welcher den Konkursaufschub vorsah, aufgehoben.

Im Bankeninsolvenzverfahren (Art. 37a Abs. 1 BankG): Bei der *Kollokation* im *Konkursverfahren* gilt die Regelung von Art. 219 Abs. 4 SchKG, welche in der Zweiten Klasse lit. f auf das Privileg für Bankeinlagen (Art. 37a Abs. 1 BankG) verweist. – Bei begründeter Aussicht auf Sanierung der Bank oder auf Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen kann die FINMA ein *Sanierungsverfahren* einleiten (Art. 28 BankG). Die FINMA genehmigt einen *Sanierungsplan*, wenn dieser (u.a.) die Rangfolge der Gläubiger berücksichtigt (Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG). Kann eine Bank nicht auf andere Weise saniert werden, so kann der Sanierungsplan (u.a.) die *Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital* vorsehen (Art. 31 Abs. 3 BankG). *Ausgenommen* von der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital sind (u.a.) *privilegierte Forderungen Erster und Zweiter Klasse* nach Art. 219 Abs. 4 SchKG und Art. 37a BankG im Umfang der Privilegierung (Art. 49 lit. a BIV-FINMA).

Im internationalen Konkursrecht (Art. 166 ff. IPRG): Auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens kann (nach erfolgter

Anerkennung des ausländischen Insolvenzentscheids) nur verzichtet werden, wenn keine privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz vorhanden sind (Art. 174a Abs. 1 i.V.m. Art. 172 Abs. 1 IPRG). – Bei *Durchführung eines inländischen Hilfskonkursverfahrens* werden in den Kollokationsplan u.a. die nicht pfandgesicherten, aber privilegierten Forderungen von Gläubigern mit *Wohnsitz in der Schweiz* aufgenommen (Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG). Damit sollen insbesondere die Rechte dieser Gläubiger gewahrt und vorab befriedigt werden. OGer ZH RV160001 E. II.3.1. Die Bestimmungen von Art. 166 ff. IPRG sind Ausfluss des Territorialitätsprinzips und wurden zum Schutz der privilegierten inländischen Gläubiger erlassen. Daran hat die kürzlich erfolgte Gesetzesrevision (gemeint ist Art. 174a IPRG – Hinweis des Verfassers) nichts geändert. OGer ZH PS170265 E. III.3.5. – Mit den privilegierten Gläubigern sind diejenigen Erst- und Zweitklassgläubiger i.S.v. Art. 219 Abs. 4 SchKG gemeint. BGer 5A_83/2010 E. 5.3. (mit Verweis auf BBl 1983 454) vgl. auch BGer 2C_303/2010 E. 2.4.1. BGer 5A_267/2007 E. 5.3. AppGer TI 14.2008.116 E. 7.2.b

In internationalen Konkursrecht über Banken (Art. 37g Abs. 2 BankG): Die FINMA kann das in der Schweiz belegene Vermögen ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung stellten, wenn im ausländischen Insolvenzverfahren (u.a.) die nach Art. 219 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gleichwertig behandelt werden (Art. 37g Abs. 2 BankG) BVGE B-6065/2015 E. 1.2.11 und E. 3 BVGE B-5964 E. 4.6., E. 4.10.

Bedeutung bei der paulianischen Anfechtung: Die ratio legis von Art. 288 SchKG ist die Gleichbehandlung der Gläubiger. Diese bemisst sich nach Art. 219 Abs. 4 SchKG. BGE 134 III 615 E. 4.3. (Pra 2009 Nr. 44) – Die Darlehensrückzahlung an Gläubiger, denen weder ein Konkursprivileg noch ein dingliches Vorrecht zusteht, schädigt die übrigen Gläubiger, indem sie

das Vollstreckungsergebnis oder ihren Anteil daran vermindert, und begünstigt die befriedigten gegenüber den verbleibenden Gläubigern. OGer ZH LB150024 E. III.3.2. – Insofern ist der *Schuldner* zur Vermeidung der Anfechtung im Allgemeinen *verpflichtet, seine Gläubiger*, sofern ihnen nicht ein Konkursprivileg oder ein dingliches Vorrecht zusteht, *gleichmässig zu befriedigen*. OGer ZH HG110132 E. 4.6.1. OGer ZH LN100062 E. II.2.2.a. ZR 2005 Nr. 78 E. 3.3.2. – Einzig eine gemäss Art. 219 SchKG privilegierte Forderung darf vollumfänglich bezahlt werden, da die Privilegierung vor den übrigen Gläubigern auch im Rahmen eines Konkursverfahrens zu dulden ist. ZR 2005 Nr. 78 E. 3.3.2. Erlaubt ist die vollumfängliche Bezahlung einer gemäss Art. 219 SchKG in der 1. Klasse privilegierten Lohnforderung, da die Gläubiger der 3. Klasse die Privilegierung der Lohngläubiger auch im Konkurs des Schuldners dulden müssen. OGer ZH LN100062 E. II.2.2.a.

Sanierungsdarlehen/keine paulianische Anfechtung der Rückzahlung?: Damit ein besonderer Behandlung würdiges Sanierungsdarlehen angenommen werden kann, müssen berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen gegeben sein. Ist diese Voraussetzung erfüllt, liegt die Abwicklung des ganzen Geschäfts, umfassend Gewährung und Rückzahlung des Darlehens, nicht nur im Interesse des Darlehensgebers, sondern im Interesse auch aller anderen Gläubiger des Schuldners. In einem solchen Fall darf deshalb (in Bezug auf die Absichtsanfechtung i.S.v. Art. 288 SchKG) die Frage nach einer Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit nicht isoliert, bezogen bloss auf die Rückzahlung gestellt werden. *Aufnahme und Rückzahlung des Darlehens sind vielmehr als Einheit* zu würdigen. Nur auf diese Weise kann die Schutzwürdigkeit der Interessen des Darlehensgebers und der übrigen Gläubiger in ein richtiges Verhältnis gebracht werden. BGE 134 III 452 E. 5.3. Zur „Einheitsbetrachtung“ beim Sanierungsdarlehen vgl. auch BGE 137 III 268 E. 4.2.3. **In casu** wurde ein

Sanierungsdarlehen verneint und deshalb die Darlehensrückzahlung für paulianisch anfechtbar erklärt. BGE 134 III 452 – Zum sog. Sanierungsdarlehen vgl. auch BGer 5A_116/2009 E. 6.1., E. 7.3. BGer 5A_386/2008 E. 4.1. BGer 5A_358/2008 E. 2.2.1.

Kommentar 1: Das Sanierungsdarlehen ist eine „*Wundertüte*“. Die Umschreibung der Umstände, wann ein Darlehen das richterliche Platzet als Sanierungsdarlehen erhalten soll, ist völlig *konturlos*, hat man es doch mit einer *Aneinanderreihung von unbestimmten (Rechts-)Begriffen* zu tun (so müssen berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen gegeben sein; vgl. auch BBl 2017 634).

Für eine generelle Privilegierung bei der paulianischen Anfechtung, indem trotz Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes keine Anfechtung Platz greifen soll, fehlt es an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Sodann *stehen solche Darlehen*, zumindest wenn sie von nahestehenden Personen (oder gar Aktionären) in Insolvenznähe gewährt werden, *dem Konstrukt des präsumtiven Rangrücktritts nahe*, in welchem Fall eine Rückstufung und nicht eine Privilegierung Platz greift. Dieser Wertungswiderspruch wäre kaum lösbar. Das Konstrukt des Sanierungsdarlehens ist – im Kontext der paulianischen Anfechtung – abzulehnen. ***Verweis***: vgl. dazu nachrangige Forderungen

Sachlicher Geltungsbereich

Hauptforderung: **Kommentar 2**: Privilegiert ist die Hauptforderung, so wie sie im Gesetz jeweils umschrieben wird. *Betreibungskosten*: Diese sind privilegiert wie die Hauptforderung. BGE 127 III 470 E. 3.a. (mit Verweis auf BGE 90 III 36 E. 1)

Verzugszinsen: **Kommentar 3**: Verzugszinsen sind – soweit schweizerisches materielles Recht anwendbar ist – akzessorisch

zur Hauptforderung. BGE 118 II 363 Soweit die Hauptforderung privilegiert ist, sind es auch die Verzugszinsen.
Durch das Pfandobjekt ungedeckte Zinsen ab Insolvenzeröffnung: Der ungedeckte Betrag der pfandgesicherten Forderungen wird in eine der drei Klassen eingeteilt (Art. 219 Abs. 4 Ingress SchKG). Gemäss Art. 209 Abs. 2 SchKG läuft der Zins für pfandgesicherte Forderungen bis zur Verwertung weiter, soweit der Pfanderlös den Betrag der Forderung und des bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinses übersteigt. – Der Wille des Gesetzgebers war es, dass im Fall der ungenügenden Deckung der Verwertungserlös, in *Abweichung von Art. 85 OR*, dazu dienen soll, in erster Linie die Forderung und die bei Konkurseröffnung fälligen Zinsen zu decken, und dass der Pfandgläubiger für den durch diesen Betrag nicht gedeckten Teil in der ihm entsprechenden Klasse kolloziert wird, nicht aber für den ungedeckten Betrag, der sich auf die zwischen der Konkurseröffnung und der Pfandverwertung aufgelaufenen Zinsen bezieht. Mit Art. 209 Abs. 2 SchKG ist der Gesetzgeber bewusst von der Regel von *Art. 85 OR* abgewichen. BGE 137 III 133 E. 2.1. (Pra 2011 Nr. 97)

Mahn- und Bearbeitungskosten: Forderungen für Mahn- und Bearbeitungskosten sind vom Wortlaut des Gesetzes nicht erfasst. Triftige Gründe, um vom klaren Gesetzeswortlaut abzuweichen, gibt es nicht. BGE 127 III 470 E. 3.a. (in Bezug auf Prämien- und Kostenbeteiligungsforderungen der sozialen Krankenkassen mit Verweis auf BGE 125 III 401 E. 2.a.)

Kommentar 4: Mahnkosten (soweit diese überhaupt geschuldet sind) und Bearbeitungskosten sind – soweit schweizerisches materielles Recht anwenbar ist – nicht *akzessorisch* zur Hauptforderung. Es handelt sich deshalb auch dann um Drittklassforderungen, wenn sie geschuldet sind und die Hauptforderung privilegiert ist.

Generelle Aspekte aller Privilegien

Grundlage

Vollstreckungsrecht: Während das Privileg der Pfandgläubiger

auf Zivilrecht beruht (vgl. dazu unten), basiert dasjenige der verschiedenen Forderungsklassen nach Art. 219 Abs. 4 SchKG auf Konkursrecht. OGer ZH NF070004 E. III.5.a. (vorinstanzlicher Entscheid zu BGE 135 III 171)

Kommentar 5: In praktischer Hinsicht bedeutet dies, dass sich in Bezug auf ein schweizerisches Insolvenzverfahren die Frage einer Privilegierung i.S.v. Art. 219 Abs. 4 SchKG immer nach der *lex concurus* richtet und nicht nach der lex causae. ***Verweis***: zur Anknüpfung der Frage des konkludenten Rangrücktritts an das Gesellschaftsstatut vgl. zu nachrangige Forderungen

Terminologie

Uneinheitliche Terminologie: Die von den Gerichten verwendete Terminologie ist uneinheitlich. Während in der überwiegenden Zahl der Entscheide richtigerweise von Klassen bzw. Konkursklassen die Rede ist, sprechen einzelne Entscheid vom Rang. vgl. etwa BGE 131 III 451 Regeste und E. 3. BGE 129 III 468 E. 3.1. BGE 127 III 470 E. 3.a. BGer 5A_802/2008 E. 1.1.

Kommentar 6: Diese „Unschärfe“ hat ihre Grundlage teilweise schon im Gesetz. Der Randtitel von Art. 219 spricht von der „Rangordnung der Gläubiger“ und Abs. 4 von der „Rangordnung“. Deren Absätze 1 bis 3 behandeln die pfandgesicherten Forderungen. Bei Grundpfandgesicherten Forderungen spricht man zurecht von Rängen (Art. 219 Abs. 3 SchKG; Art. 813 ff. ZGB). Auch Art. 260 Abs. 2 SchKG, welcher die Verteilung des Ergebnisses unter mehrere Abtretungsgläubiger regelt, spricht davon, dass die Verteilung „nach dem unter ihnen bestehenden Range“ erfolgt. Auch im Aktienrecht spricht das Gesetz davon, dass ein Gläubiger «im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten» (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR; vgl. auch Art. 725 Abs. 2 aOR; sog. Rangrücktritt; vgl. dazu nachrangige Forderungen).

Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte man in Bezug auf die Privilegien gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG konsequent nur von *Klassen* sprechen (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse, Zweite Klasse,

Dritte Klasse). Insofern geht es beim Rangrücktritt (i.S.v. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR) genau genommen um einen Rücktritt hinsichtlich der Konkursklasse. ***Verweis***: vgl. nachrangige Forderungen

Zitierung des Gesetzestextes

Unvollständige Zitate der Gesetzesbestimmungen: Bei Art. 219 Abs. 4 SchKG gehört die Unterteilung nach *Erste Klasse, Zweite Klasse und Dritte Klasse* zur *gesetzlichen Nomenklatur*. Sie ist deshalb immer mitzuzitieren. Andernfalls sind Verweise wie z.B. auf Art. 219 Abs. 4 lit. a, b oder c unklar, da nicht nach der Klasse unterschieden wird. Vgl. etwa BGE 130 III 380 E. 3.1. BGer 5A_356/2008 BGer 2A.408/2000 E. 3.b CdJ GE ACJC/342/2017 E. 2.3. AB TI 15.2016.60 AB GE DCSO/230/2012 Sachverhalt C.a. AB GE DCSO/521/2007 E. 2.a AB GE DCSO/419/2005 E. 3.d. PKG 2003 Nr. 14 E. 2 SozVGer ZH AL.2002.01183 E. 3.4.

Rechtfertigung der Privilegierung

Befriedigungsbedürftigkeit aus sozialen Gründen: Mit den privilegierten Forderungsklassen wird auf die unterschiedliche *Befriedigungsbedürftigkeit* einzelner Gläubiger Rücksicht genommen. Es wird *aus sozialen Gründen* eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichberechtigung der Gläubiger (vgl. dazu unten) geschaffen. Privilegiert sind dementsprechend gewisse Forderungen *natürlicher Personen*, die zum Schuldner in einem *besonderen Abhängigkeitsverhältnis* stehen und auf die Befriedigung besonders angewiesen sind. OGer ZH NF070004 E. III.5.a. (vorinstanzlicher Entscheid zu BGE 135 III 171) Die ratio legis der Privilegierung von bestimmten Forderungen im Konkurs liegt in der sozialpolitischen Notwendigkeit begründet, Forderungen von *Personen in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis* zu bevorzugen. OGer ZH NF070004 E. III.5.c. (vorinstanzlicher Entscheid zu BGE 135 III 171) – Der Gesetzgeber hat mit (den dinglichen Vorrechten und) den Konkursprivilegien in Art. 219 f. SchKG eine *rechtsethische*

Gewichtung der Gläubigerinteressen vorgenommen. ZR 2005 Nr. 78 E. 3.3.4.

Kommentar 7: Von diesen (hehren) Grundsätzen im Rahmen der „grossen“ SchKG-Reform von 1997 ist der Gesetzgeber schon nach kurzer Zeit wieder abgerückt und zwar gleich mehrfach. Wo es um den Staat oder öffentlich-rechtliche Behörden geht, scheint zuweilen die Sicherung von Geldzuflüssen aus Insolvenzverfahren im Vordergrund zu stehen. Damit wird der *„Kernbereich“ der Privilegierung*, welcher an sich *einzig natürlichen Personen mit besonderer Schutzbedürftigkeit* zu Teil werden sollte (vgl. oben im Text), verdrängt. Der aktuellen Privilegienordnung haftet etwas Arbiträres an. Sie erscheint als ein *Patchwork eines wankelmütigen und konzeptlosen Gesetzgebers*. Die Vielzahl der Privilegien bzw. die hohen Beträge der privilegierten Forderungen sind denn auch die Hauptgründe dafür, dass die Drittklassgläubiger in der weit überwiegenden Zahl der Fälle fast oder ganz leer ausgehen (vgl. dazu Dividende, was *rechts- und wirtschaftspolitisch sehr bedenklich* und *besorgniserregend* ist.

Privilegierung der Forderung – nicht des Gläubigers

Privileg haftet an der Forderung: Die Forderung und nicht der Gläubiger ist privilegiert. BGE 135 III 171 E. 4.3. OGer ZH NF070004 E. III.5.a. (vorinstanzlicher Entscheid zu BGE 135 III 171) BGer ZH (ER) FO170001 E. 3.3 (ZR 2018 Nr. 19) ***Verweis***: dazu, dass das Privileg nicht von der Person des Gläubigers abhängig ist, vgl. unten

Kommentar 8: Diese Grundsätze gelten m.E. *generell für sämtliche Privilegien*. ***Verweis***: zur abweichenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Privileg der Vorsorgeeinrichtung gegenüber dem angeschlossenen Arbeitgeber vgl. Erste Klasse

Massgeblicher Zeitpunkt: [soweit ersichtlich befassen sich seit 2000 keine Entscheide mit dieser Frage]

Kommentar 9: Dafür, ob eine Forderung privilegiert ist, kommt es auf deren Natur im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung an. ***Verweis***: zur ähnlich gelagerten Frage, welche Zeit

massgeblich ist in Bezug auf die Subordination des Abeitnehmers unter den Arbeitgeber in Bezug auf das Arbeitnehmerprivileg vgl. zu Erste Klasse
Aus diesem Grund ist denn das Privileg auch akzessorisch zur Forderung ***Verweis***: vgl. zugleich unten, so dass das Privileg bei Übertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger übergeht. ***Verweis***: vgl. gleich unten

Beweislast

In der Kollokationszulassungsklage (Art. 250 Abs. 1 SchKG): In der Kollokationszulassungsklage gegen die Masse obliegt es dem Kläger, das Privileg zu beweisen. BGer 5A_94/2014 E. 4.1.3. BGer 5A_93/2014 E. 4.1.3.

Kommentar 10: Da die Privilegierung eine Rechtsfrage ist, beschlägt die Beweislast selbstverständlich einzig den für die Subsumption notwendigen *Lebenssachverhalt*. Im Antrag muss jedoch ausdrücklich gesagt werden, in welcher Klasse der Kläger die Forderung kolloziert haben will.
In der *Wegweisungsklage* (Art. 250 Abs. 2 SchKG): Die Beweislast für das Privileg (bzw. für den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt) trägt der Beklagte. OGer ZH PP210038 D. 2.5

Privileg als Vorzugsrecht der Forderung

Keine Abhängigkeit von der Person des Gläubigers: Beim Privileg handelt es sich um ein *Vorzugsrecht* i.S.v. Art. 170 Abs. 1 OR, welches nicht untrennbar mit der Person des Gläubigers verbunden ist. BGE 145 III 317 E. 3.1.

Kommentar 11: Art. 170 Abs. 1 OR unterscheidet Vorzugs- und Nebenrechte. In der Literatur ist strittig, ob es sich bei den Konkursprivilegien um Vorzugs- oder Nebenrechte handelt. Weder in BGE 138 III 145 E. 3.4.3. noch in den früheren Entscheiden BGE 67 II 195, BGE 57 II 10 und BGE 49 II 201 sagt das Bundesgericht, ob es von einem Vorzugs- oder Nebenrecht ausgeht. Nachdem unstrittig ist, dass das Privileg nicht untrennbar mit der Person des Gläubigers verbunden ist, bestehen aus praktischer Sicht keine relevanten Unterschiede

der beiden Sichtweisen (Vor- oder Nebenrecht). ***Verweis***: zum Übergang des Privilegs mit Übertragung der Forderung vgl. sogleich unten

Übergang des Privilegs

Zufolge Zession: Bei der Abtretung der Forderung geht das Privileg auf den Zessionar über. OGer ZH NF070004 E. III.5.a. (vorinstanzlicher Entscheid zu BGE 135 III 171) – Beim Kauf einer Forderung, welcher kein Privileg anhaftet, werden die rechtlichen Eigenschaften (wie die Privilegierung bzw. Nichtprivilegierung) nicht verändert. OGer ZH NF070004 E. III.4. (vorinstanzlicher Entscheid zu BGE 135 III 171) vgl. auch BGer 5P.434/2005 E. 2.2.

Zufolge Subrogation nach Zivilrecht: Das Privileg gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG wird von einer Subrogation (**in casu** gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB) erfasst. BGE 145 III 317 E. 3.1. BGE 138 III 145 E. 3.4.3. (mit Verweis auf BGE 57 II 10 E. 3) OGer ZH PS180042 E. 3.4. (mit Verweis auf BGE 138 III 145 E. 3.4.3., BGE 57 II 10)

Subrogation gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG: Mit der Zahlung gehen gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung alle Ansprüche des Versicherten samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse über (Art. 29 Abs. 2 AVIG). BVGer A-2718/2016 E. 9.1.4. BVGer A-6738/2011 E. 8 vgl. auch BGer 4A_192/2009 E. 5.3.1. BGer 8C_226/2007 E. 4.2. SozVerGer BS SVG.2023.52 E. 4.4.2 OGer AR AB 17 12 E. 2.4. OGer ZH LS120006 E. III.3. KGer VS TCVS C1 12 11 E. 6.b/aa EGV SZ 2005 Nr. B 3.2 E. 1.1. GVP ZG 2001 139 ff. E. 3

Untergang des Privilegs

Wenn ein privilegierter Gläubiger am Nachlassverfahren nicht teilnimmt (und das Verfahren abgeschlossen wird), geht das Privileg unter. SozVerGer ZH AB.2021.00087 E. 4.1

Relevanz der Ausstellung eines Verlustscheins

Privileg bleibt erhalten: Der Pfändungs- oder Konkursverlustschein stellt nichts anderes dar als eine *amtliche Bestätigung*, dass in einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner *keine oder nur eine ungenügende Deckung* der Forderung erzielt werden konnte. Der Verlustschein hat weder eine Neuerung der Schuld i.S.v. Art. 116 OR zur Folge noch ergibt sich daraus ein neues Rechtsverhältnis, das zum bestehenden hinzutritt und als selbständiges Klagefundament dienen kann. BGer 5A_150/2015 E. 4. BGer 5P.434/2005 E. 2.2. (mit Verweis auf BGE 116 III 66 E. 4.a.) Der Betreibende kann sich damit auf den Rechtsgrund der ursprünglichen Forderung stützen, einschliesslich des Privilegs bei der Kollokation, welches der Forderung folgt. BGer 5P.434/2005 E. 2.2. (mit Verweis auf BGE 80 III 20 E. 2.a.; wobei es sich dabei um ein Fehlzitat handelt – Hinweis des Verfassers)

Umgehung der Privilegienordnung durch vertragliche Abreden

Umgehung: Abreden, welche Bestand und Umfang von Vertragsleistungen regeln, können indirekt die Privilegienordnung nach Art. 219 SchKG verletzen. Dies ist dem Grundsatz nach dann der Fall, wenn Forderungen begründet werden, welche ohne Insolvenz entweder gar nicht oder nicht in diesem Umfang bestehen würden. In diesen Fällen liegt eine Umgehung von Art. 219 SchKG vor. Klauseln über Mehrleistungen an die solvente Partei sind unzulässig. Der Umstand, dass eine Klausel nicht nur die Insolvenz, sondern auch andere Fälle, z.B. Verzug oder Schlechterfüllung, erfasst, bedeutet nicht, dass die Klausel zulässig ist. OGer ZH NE160005 E. V.B.5.d/aa OGer ZH NE110009 E.V.B.3.e/cc – *Beispiele* für unzulässige Klauseln: OGer ZH NE160005 E. V.B.5.d/bb OGer ZH NE110009 E. IV.B.3.e/dd – *Zulässig* sind dagegen Klauseln, welche keine Gesetzesumgehung darstellen. OGer ZH NE160005 E. V.B.5.d/aa OGer ZH NE110009 E. IV.B.3.e/cc

Folge der Umgehung: vollstreckungsrechtliche Unbeachtlichkeit: Abreden, welche Art. 219 f. SchKG verletzen bzw. eine Gesetzesumgehung darstellen, sind vollstreckungsrechtlich

unbeachtlich. OGer ZH NE160005 E. V.B.5.d/aa OGer ZH NE110009 E. V.B.3.e/cc – Dies gilt nicht nur für den Konkurs, sondern auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. OGer ZH NE160005 E. V.5.d/aa OGer ZH NE110009 E. IV.B.3.e/cc

Privilegierung als gesetzlich vorgesehene Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz

Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger: Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger im Konkurs bedeutet, dass jeder Gläubiger *Anspruch auf gleichzeitige und gleichmässige Befriedigung aus dem schuldnerischen Vermögen* bzw. aus dem Verwertungsergebnis hat, soweit keine gesetzlichen Vorzugsrechte bestehen. BGer 5P.164/2003 E. 4.6. BGer 5C.206/2002 E. 3. Das Ziel der gleichmässigen Befriedigung aller Gläubiger zieht sich wie ein *roter Faden* durch das Konkursrecht. ZR 2005 Nr. 78 E. 3.3.4.

Abweichen vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger: Das Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger wird somit *einzig* durch die *im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen* durchbrochen, sei es, dass die Wirkungen eines gültig bestellten Pfandrechts anerkannt werden, oder sei es, dass einer Forderung ein Privileg zuerkannt wird. BGer 5P.164/2003 E. 4.6. (mit Verweis auf BGE 105 III 92 E. 2.a.) BGer 5C.206/2002 E. 3. (mit Verweis auf BGE 105 III 92 E. 2.a., BGE 111 III 86 E. 2.b., BGE 123 III 60 E. 5.c.) Der Gesetzgeber hat eine gewichtige Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung sämtlicher Gläubiger vorgesehen: Er hat mit den dinglichen Vorrechten und den Konkursprivilegien in Art. 219 f. SchKG eine rechtsethische Gewichtung der Gläubigerinteressen vorgenommen. ZR 2005 Nr. 78 E. 3.3.4. Die Gleichbehandlung der Gläubiger wird dadurch unterbrochen, dass einzelne Gläubigeransprüche auf den Erlös in zwei sich nachgeordneten Klassen privilegiert werden (Art. 219 Abs. 4 SchKG). BGE 129 III 335 E. 5.6. BGer 5P.164/2003 E. 4.6. OGer ZH NF070004 E. III.5.a. – Art. 219 SchKG legt die Reihenfolge fest, in der die Gläubiger aus dem Erlös der Konkursmasse

befriedigt werden sollen (Gesetzesmarginalie „Rangordnung der Gläubiger“). Nach Bezahlung der pfandgesicherten Forderungen (Abs. 1-3 i.V.m. Art. 198 SchKG) werden die nicht pfandgesicherten Forderungen sowie der ungedeckte Betrag der pfandgesicherten Forderungen gedeckt, und zwar nach Klassen, so dass die vorhergehenden Klassen voll gedeckt sind (Abs. 4 und Art. 220 SchKG). BGE 129 III 468 E. 1.2. Seit der Revision von 2000/2001 bestehen drei Klasse und vereinzelt Sonderklassen (z.B. in Falle einer Bankeninsolvenz). BGE 129 III 468 E. 1.2.

Kommentar 12: Seit der Revision des Bankengesetzes gibt es in der Bankeninsolvenz keine Sonderklassen mehr. Dagegen sind in verschiedenen Spezialgesetzen Sonderregelungen vorgesehen.
Gleichbehandlung im Rahmen des Gesetzes: Die Regeln über Umfang und Rang der Kollokation gewährleisten die Gleichbehandlung der Gläubiger im Rahmen des Gesetzes. Jede Abweichung von jenen Regeln bedeutet einen Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. BGer 5C.206/2002 E. 3. (mit Verweis auf BGE 123 III 60 E. 5.c., BGE 111 III 86 E. 2.b., BGE 105 III 92 E. 2.a.)

Abschliessende gesetzliche Regelung

Abschliessender Katalog: Das Gesetz regelt die vollstreckungsrechtliche Privilegierung von Forderungen abschliessend. Der Grossteil der Privilegien ist in Art. 219 Abs. 4 SchKG geregelt. Daneben bestehen einige Sonderregelungen in anderen Gesetzen. Weitere Ausnahmen kennt das Gesetz nicht und sie können auch nicht auf dem Weg der Rechtsprechung eingeführt werden. OGer SO ZKBES.2023.129 E. 5

Keine Ausdehnung durch Richterrecht: Der Gesetzgeber hat mit den dinglichen Vorrechten und den Konkursprivilegien in Art. 219 f. SchKG Ausnahmen vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung geschaffen. *Weitere Ausnahmen vom Grundsatz der gleichmässigen Gläubigerbefriedigung kennt das Gesetz* nicht und ergeben sich auch nicht aus der bewährten

Lehre und Rechtsprechung zum Konkursrecht im Allgemeinen und zur paulianischen Anfechtungsklage im Besonderen. ZR 2005 Nr. 78 E. 3.3.4. *Andere Ausnahmen* von der Gleichbehandlung der Gläubiger (als die Konkursprivilegien gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG) *existieren* nicht und sind auch nicht auf dem Wege der Rechtsprechung einzuführen. ZR 2005 Nr. 78 E. 3.3.4.

Kommentar 13: Dies ist im Grundsatz zutreffend. Dem steht jedoch nicht entgegen, im Interesse der Gläubiger, deren Forderungen der grösste Teil der Forderung ausmacht, *aus ökonomischen Gründen*, die Gläubiger von kleinen Forderungen vorab und vollständig zu bezahlen, wenn dadurch die *Kosten für Kollokation und Verteilung beträchtlich gesenkt werden können* (**in casu** ging es um ein Nachlassverfahren über eine Bank). BGE 111 III 86 E. 2.b. (Pra 1986 Nr. 90)

Forderungen aus öffentlichem Recht

Grundsatz/Gleichbehandlung mit zivilrechtlichen Forderungen: Öffentlichrechtliche Forderungen sind gegenüber privatrechtlichen in der Vollstreckung grundsätzlich gleichgestellt. BGE 135 I 221 E. 5.2.1. BGE 134 III 37 E. 4.1. BGer 5A_153/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_137/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_149/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_141/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_143/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_41/2018 E. 3.2.2. BGer 5A_45/2018 E. 3.2.2. BGer 1B_338/2016 E. 3.3. BGer 5A_150/2015 E. 5.2.1. (je mit Verweis auf BGE 120 III 20 E. 2) BGer 2C_792/2008 E. 3.3. BVGer A-3942/2013 E. 3.3. BVGer A-3663/2007 E. 4.3. OGer ZH PS160187 E. II.6.4. RBOG TG 2005 Nr. 21 E. 4.b. AB TI 15.2002.00071 E. 1.2. Grundsätzlich sieht das SchKG, welches das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung anerkennt, kein Privileg für Forderungen aus öffentlichem Recht vor. BGer 5A_150/2015 E. 5.2.1. OGer ZH PS160187 E. II.6.4.

Ausnahme I/Verwertung beschlagnahmter Gegenstände: Art. 44 SchKG schränkt diesen Grundsatz durch einen Vorbehalt ein. OGer ZH PS160187 E. II.6.4. Dies gilt namentlich für das Sicherstellungsprivileg ***Verweis***: vgl. dazu oben

Ausnahme II/gesetzliche Privilegien: ***Verweis:*** Zur Privilegierung von bestimmten öffentlichrechtlichen Forderungen gemäss Art. 219 Abs. 4 Erste vgl. Erste Klasse bzw. Zweite Klasse vgl. Zweite Klasse

Ausnahme III/Beseitigung des Rechtsvorschlags durch Verwaltungsverfügung: ***Verweis:*** vgl. dazu oben

Gesetzesänderungen/Übergangsrecht

Kommentar 14: Die Privilegienordnung ist seit rund 20 Jahren eine „*Dauerbaustelle*“. Während die Privilegien im Rahmen der „grossen“ SchKG-Revision von 1997 reduziert und die Klassen von fünf auf drei gekürzt wurden, haben die Privilegien seither wieder Erweiterungen erfahren – meist für öffentlichrechtliche Forderungen. Dabei wurden in unregelmässigen Abständen „einzelsprungweise“ verschiedene Retuschen vorgenommen. Darauf wird bei der jeweiligen Gesetzbestimmung Bezug genommen.
Revision per 1. Januar 1997

Inkrafttreten: 1. Januar 1997 AS 1995 1307

Übergangsrecht: Die im bisherigen Recht enthaltenen Privilegien (Art. 146 und 219) gelten weiter, wenn vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes der Konkurs eröffnet oder die Pfändung vollzogen worden ist. BBl 1991 III 283

Gegenstand/Ziel: Die *Straffung der Privilegienordnung* bildete einen der *Kernpunkte der Revision* des SchKG, wie es am 1. Januar 1997 in Kraft trat. Die Vorrechte sollten *auf das wirklich Notwendige beschränkt* werden, da sie sich *nur aus sozialen Gründen* rechtfertigen (BBl 1991 III 128 f.). BGE 127 III 470 E. 3.b. BGer 2A.408/2000 E. 3.c/aa – ***contra***: Es ist zu bemerken, dass die Konkursprivilegien durch den Gesetzgeber nicht derart rigoros, wie es den Anschein haben mag, auf das unabweisliche Schutzbedürfnis bei fehlender anderweitiger Deckung beschränkten worden sind. So blieben etwa Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis unbesehen darum in der ersten Klasse privilegiert, dass diese Forderungen

(teilweise) durch Insolvenzentschädigungen nach dem AVIG abgedeckt sind. Wiewohl der SchKG-Reformgesetzgeber sich von der Idee leiten liess, nur Forderungen zu privilegieren, wenn ein individuelles Schutzbedürfnis besteht, ging er doch nicht so weit, eine solche Privilegierung in jedem Fall schon deshalb auszuschliessen, weil das Schutzbedürfnis anderweitig befriedigt wird. BGer 2A.408/2000 E. 3.c/bb

Revision per 1. Januar 2001

Inkrafttreten: 1. Januar 2001 AS 2000 2531

Übergangsrecht: Die im bisherigen Recht enthaltenen Privilegien (Art. 146 und 219) gelten weiter, wenn vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes der Konkurs eröffnet, die Pfändung vollzogen oder die Nachlassstundung bewilligt worden ist. AS 2000 2532 BGE 131 III 451 E. 2.1. BGer 5C.239/2004 E. 2.1.

Gegenstand/Ziel: Die per 1. Januar 1997 abgeschafften Privilegien für öffentlichrechtliche Forderungen wurden weitgehend wieder eingeführt (Zweite Klasse lit. b bis d) BBl 1999 9126 BBl 1999 9134 BBl 1999 9547 – Die (Wieder-)Einführung des Privilegs in der Krankenversicherung bezweckt einem besonderen Schutzbedürfnis der Sozialversicherung gerecht zu werden und die Absicherung vor Verlusten von Beiträgen zu fördern (BBl 1999 9547 f.; AB 1999 N 2432). BGE 127 III 470 E. 3.b. BGer 2A.408/2000 E. 3.c/cc AB GE DCSO/419/2005 E. 3.d. Mit der Wiedereinführung des Konkursprivilegs zweiter Klasse für Beiträge der Sozialversicherungen ist der Gesetzgeber *von der Leitidee*, dass ausschliesslich individuelle Schutzbedürfnisse in ausgeprägten Abhängigkeitsverhältnissen privilegiert sind, wieder *abgerückt*. BGer 2A.408/2000 E. 3.c/cc

Revision per 1. Januar 2005

Inkrafttreten: 1. Januar 2005 AS 2004 4031

Übergangsrecht: Die Privilegien des bisherigen Rechts gelten weiter, wenn vor dem Inkrafttreten dieser Änderung der Konkurs eröffnet, die Pfändung vollzogen oder die Nachlassstundung bewilligt worden ist. AS 2004 4031

Gegenstand/Ziel: Die Revision betraf einzig das Arbeitnehmerprivileg. AS 2004 4031 BBl 2003 6375 BBl 2003 6377

Revision per 1. Januar 2007

Inkrafttreten: 1. Januar 2007 AS 2005 5696

Übergangsrecht: Es fehlen in Bezug auf die Änderungen des SchKG übergangsrechtliche Bestimmungen.

Kommentar 15: Es gilt auch diesbezüglich, was die Privilegien angeht, die „übliche“ und sachlogisch angezeigte Regel, dass die Privilegien des bisherigen Rechts weiter gelten, wenn vor dem Inkrafttreten dieser Änderung der Konkurs eröffnet, die Pfändung vollzogen oder die Nachlassstundung bewilligt worden ist.
Gegenstand/Ziel: Die Revision betraf einzig die Einführung des Erstklassprivilegs für Unterhaltsbeiträge gemäss Partnerschaftsgesetz (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. c SchKG). AS 2005 5710 BBl 2003 1288

Revision per 1. Januar 2010

Inkrafttreten: 1. Januar 2010 AS 2009 5257

Übergangsrecht: Es fehlen in Bezug auf die Änderungen des SchKG übergangsrechtliche Bestimmungen.

Kommentar 16: Es gilt auch diesbezüglich, was die Privilegien angeht, die „übliche“ und sachlogisch angezeigte Regel, dass die Privilegien des bisherigen Rechts weiter gelten, wenn vor dem Inkrafttreten dieser Änderung der Konkurs eröffnet, die Pfändung vollzogen oder die Nachlassstundung bewilligt worden ist.
Gegenstand/Ziel: Die Revision betraf die Einführung des Zweiklassprivilegs für MWST-Forderungen nach dem

Mehrwertsteuergesetz. AS 2009 5255 BBl 2008 6885

Revision per 1. Dezember 2010

Inkrafttreten: 1. Dezember 2010 AS 2010 4922

Übergangsrecht: Die Privilegien des bisherigen Rechts gelten weiter, wenn vor dem Inkrafttreten dieser Änderung der Konkurs eröffnet, die Pfändung vollzogen oder die Nachlassstundung bewilligt worden ist. AS 2010 4922

Gegenstand/Ziel: Die Revision betraf das Erstklassprivileg der Arbeitnehmer. Deren Forderungen wurden in drei Buchstaben aufgeteilt (lit. a, a^{bis} und a^{ter}). Zudem wurden die Forderungen gemäss lit. a betragsmässig begrenzt. AS 2010 4921 BBl 2009 7979 BBl 2009 7987 BBl 2009 7989

Revision per 1. September 2011

Inkrafttreten: 1. September 2011 AS 2011 3925

Übergangsrecht: Es fehlen in Bezug auf die Änderungen des SchKG übergangsrechtliche Bestimmungen.

Kommentar 17: Es gilt auch diesbezüglich, was die Privilegien angeht, die „übliche“ und sachlogisch angezeigte Regel, dass die Privilegien des bisherigen Rechts weiter gelten, wenn vor dem Inkrafttreten dieser Änderung der Konkurs eröffnet, die Pfändung vollzogen oder die Nachlassstundung bewilligt worden ist.
Gegenstand/Ziel: Die Revision betraf die Erhöhung der in der zweiten Klasse privilegierten Einlagen im Bankenkonkurs auf CHF 100‘000 (Art. 37a BankG; AS 2011 3921 f.). Gleichzeitig wurde ein Verweis ins SchKG aufgenommen (Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. f SchKG; AS 2011 3926 f. BBl 2010 3993)

Revision per 1. Januar 2014

Inkrafttreten: 1. Januar 2014 AS 2013 4123

Übergangsrecht: Die Übergangsbestimmung lautet: „Wurde das

Gesuch um Nachlassstundung vor dem Inkrafttreten der Änderungen vom 21. Juni 2013 eingereicht, so gilt für das Nachlassverfahren das bisherige Recht“ (AS 2013 4122). – Demnach ist in der Frage, welche Privilegienordnung im Nachlassverfahren in zeitlicher Hinsicht anwendbar ist, das Datum des Gesuchs um Nachlassstundung entscheidend; der Zeitpunkt der Kollokation hat keine Bedeutung. KGer ZG A2 2016 23 E. 4-6 (GVP ZG 2017 Nr. III.1.1.) – Zur Auslegung der Übergangsbestimmungen vgl. KGer ZG A2 2016 23 E. 5 (GVP ZG 2017 Nr. III.1.1.) Für andere Verfahren als das Nachlassverfahren bleibt es bei der allgemeinen Regel, dass die Bestimmungen über die Privilegien des bisherigen Rechts weitergelten, wenn vor dem Inkrafttreten dieser Änderung der Konkurs eröffnet, die Pfändung vollzogen oder die Nachlassstundung bewilligt worden ist. – Für das Konkursverfahren fehlt eine ausdrückliche Übergangsbestimmung. BGer 5A_85/2019 E. 3.3.3. BGer 5A_86/2019 E. 3.3.3. Es liegt eine Gesetzeslücke vor. BGer 5A_85/2019 E. 3.3.4. BGer 5A_86/2019 E. 3.3.4. Das bisherige Recht gilt weiter, wenn vor dem 1. Januar 2014 der Konkurs eröffnet, die Pfändung vollzogen oder die Nachlassstundung bewilligt worden ist. BGer 5A_85/2019 E. 3.6. BGer 5A_86/2019 E. 3.6.

Gegenstand/Ziel: Hauptgegenstand der Revision war das Nachlassrecht. In Bezug auf die Privilegienordnung wurde zum einen das Zweitklassprivileg für MWST-Forderungen wieder abgeschafft (Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e SchKG). Zum anderen wurde Abs. 5 betreffend den Lauf der Fristen für die Erste und Zweite Klasse neu gefasst. AS 2013 4113 BBl 2010 6455 BBl 2010 6507

Relevanz der Privilegien ausserhalb des SchKG

Beginn der Verjährungsfrist nach Art. 52 AHVG

Regelung von Art. 52 AHVG: Art. 52 AHVG sieht eine Haftung des Arbeitgebers bzw. dessen Organe vor bei grobfahrlässiger

Missachtung der Vorschriften, soweit dadurch ein Schaden entsteht (Abs. 1 und 2). Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre nachdem die zuständige Ausgleichskasse *vom Schaden Kenntnis erhalten* hat, spätestens aber fünf Jahre nach Eintritt des Schadens.

Bei Ausstellen eines Pfändungsverlustscheins: Die Verjährungsfrist zufolge zumutbarer Schadenskenntnis beginnt auch dann (schon) zu laufen, wenn die Ausgleichskasse in der Betreibung auf Pfändung einen definitiven Verlustschein erhält. BGer 9C_131/2008 E. 3.3.1. (mit Verweis auf BGE 113 V 257 f.)

Im Konkurs: Im Falle eines Konkurses besteht in der Regel erst *mit Auflage von Kollokationsplan* und Inventar ausreichende Schadenskenntnis i.S.v. Art. 52 Abs. 3 AHVG BGE 129 V 193 E. 2.3. BGer 9C_647/2009 E. 3.1. SVGer BS AH.2018.4. E. 4.5. da der Kollokationsplan über die voraussichtliche Höhe der Dividende Auskunft gibt. BGer 9C_131/2008 E. 3.3.1. ***Verweis***: vgl. oben – Ausnahmsweise kann vor diesem Zeitpunkt zumutbare Schadenskenntnis bestehen BGE 126 V 443 E. 4.b. SVGer BS AH.2018.4. E. 4.5. , wenn *besondere Umstände vorliegen*. BGer 9C_131/2008 E. 3.3.1. (mit Verweis auf BGer H 65/95 E. 3, BGE 118 V 195 E. 3) So kann *anlässlich von Gläubigerversammlungen* bereits feststehen, dass die Schadenersatzforderung ungedeckt bleibt. BGE 134 V 353 E. 1.2. BGer 9C_131/2008 E. 3.3.1. BGer H 387/01 E. 4.b. SVGer BS AH.2018.4. E. 4.5.

In Konkursverfahren für die Zeit, als die AHV-Forderungen nicht (mehr) privilegiert waren: vgl. BGer H 294/02 E. 2.4.

Bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven: Wird der Konkurs weder im ordentliche noch im summarischen Verfahren durchgeführt, fällt die zumutbare Kenntnis des Schadens und der Eintritt desselben in der Regel mit der *Einstellung des Konkurses mangels Aktiven* zusammen, wobei der *Publikationszeitpunkt im SHAB* massgeblich ist. Angesichts des Privilegs der AHV-Beitragsforderung braucht es für ein

Abweichen vom Regelzeitpunkt qualifizierte Umstände. BGer H 307/99 E. 4.b.

Bei Verweigerung oder Widerruf der Nachlassstundung oder Nichtgenehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung: Die Verweigerung oder der Widerruf der Nachlassstundung oder die Nichtgenehmigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung stellen ein gewichtiges Indiz dar, dass auch Zweitklassgläubiger ernstlich damit rechnen müssen, im nachfolgenden Konkurs grösstenteils oder sogar gänzlich *zu Verlust zu kommen*. SVGer BS AH.2018.4. E. 4.5.

Bei Annahme eines Nachlassvertrages: Wenn an einer (**in casu** der ersten) Gläubigerversammlung im Konkurs einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zugestimmt wurde, dann hatte die Kasse noch *keine hinreichende Kenntnis des Schadens*. Das Gesetz verlangt für die Bestätigung des Nachlassvertrages u.a. die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). BGE 131 V 454 E. 6.3. BGer H 87/00 E. 1. Da die Ausgleichskasse für ausstehenden Beitragsforderungen ein Konkursprivileg zweiter Klasse besitzt und dem Nachlassvertrag zugestimmt wurde, musste sie nicht mit einem Verlust rechnen. BGer H 64/05 E. 5.3.2. BGer H 87/00 E. 1. – Eine Haftung gemäss Art. 52 AHVG kommt damit grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Nachlassstundung widerrufen oder dem Nachlassvertrag die Genehmigung verweigert wird. BGer H 284/03 E. 6.5. BGer H 77/03 E. 3.2. BGer H 86/02 E. 3. BGer H 162/01 E. 5.1.

Insolvenzentschädigung (Art. 51 ff. AVIG)

Verhältnis zum Konkursprivileg der Arbeitnehmer: Die Bestimmungen der Art. 51 ff. AVIG haben eine Verlustabsicherung [der Arbeitnehmer – Hinweis des Verfassers] eingeführt im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers mit dem Zweck, eine Lücke im System des Sozialschutzes zu schliessen. Für den Gesetzgeber gewährte das Privileg des SchKG für

Lohnforderungen (Art. 219 SchKG) keine genügende Garantie für den Arbeitnehmer, weshalb es notwendig war, ihm einen Schutz von Seiten des öffentlichen Rechts zu gewähren, wenn auch nur für eine zeitlich beschränkte Dauer. BGer 8C_749/2016 E. 3.1. BGer C 367/01 E. 1.a. BGer C 364/01 E. 1.a. BGer C 326/01 E. 2.a. BGer C 319/01 E. 2.a. BGer C 164/01 E. 2.a. BGer C 143/01 E. 3.a. (alle mit Verweis auf BBl 1980 III 523 ff.)

Abgrenzung zu anderen Privilegien

Vielzahl von anderen Privilegien: Es gibt eine Vielzahl von anderen Normen, welche dem Gläubiger für seine Forderung eine Art von Privilegierung einräumen. Diese Fälle könnten grundsätzlich in Privilegien des materiellen und solche des Verfahrensrechts unterteilt werden, wobei in Einzelfällen die Einteilung nicht offensichtlich bzw. nicht eindeutig ist. Die nachstehende Einteilung hat primär klassifikatorische und keine praktische Bedeutung.

Materiellrechtliche Privilegien

Pfandrechte: Pfandrechte begründen eine Privilegierung, indem sich der Pfandgläubiger vorab aus dem Verwertungserlös bezahlt machen kann (Art. 816, Art. 891 ZGB; Art. 157, Art. 219 Abs. 1 bis 3, Art. 323 f. SchKG). CdJ GE DCSO/450/2023 E. 2.2 KGer GR SKA 06 30 E. 2.a.

Privileg der Bauhandwerker: Durch das gesetzliche Vorrecht der Bauhandwerker (Art. 841 ZGB) geniessen die entsprechenden Gläubiger ein Privileg. ZWR 2009 267 ff.

Miet- und Pachterträgnisse als Pfandhaft des Pfandgläubigers: Der Pfandgläubiger, welcher gemäss Art. 806 ZGB die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachterträgnisse verlangt, geniesst ein diesbezügliches Privileg. BGer 7B.221/2002 E. 1. PKG 2010 Nr. 10 E. 2 vgl. auch BGE 132 III 437 E. 5, E. 5.3.

Privileg bei Versicherungsleistungen in Bezug auf eine verpfändete Sache: Ist eine verpfändete Sache versichert, so

erstreckt sich das Pfandrecht des Gläubigers sowohl auf den Versicherungsanspruch des Verpfänders als auch auf die aus der Entschädigung angeschafften Ersatzstücke (Art. 57 Abs. 1 VVG). Dies stellt ein Privileg des Pfandgläubigers dar. BGer 5C.43/2001 E. 5.a. KGer VS TCVS C1 12 104 E. 9.2.

Verrechnungsrecht: Der Fall eines bestehenden Verrechnungsrechts kann jenem der Privilegierung mit Erstklass- und pfandgesicherten Forderungen gleich gesetzt werden, weil sich auch hier der Gläubiger nicht bloss mit der Konkursdividende zufrieden geben muss, sondern kraft Verrechnung volle Deckung erhält. OGer ZH LN100062 E. II.2.2.a. (in Bezug auf die paulianische Anfechtung)

Drittschuldneranweisung: Das Zivilrecht sieht in den Art. 132 Abs. 1, Art. 177 und Art. 291 ZGB die Möglichkeit vor, dass der Richter (unter bestimmten Voraussetzungen) in Bezug auf Unterhaltszahlungen Drittschuldner des Unterhaltspflichtigen anweist, direkt an den Unterhaltsberechtigten zu leisten. – Es handelt sich um eine privilegierte Form OGer ZH RV110005 E. II.2.a. der Zwangsvollstreckung BGer 5A_221/2001 E. 4.3. (nicht publiziert in BGE 138 III 11), welche die *Eintreibung von Unterhaltsbeiträgen* erleichtert. Es liegt eine *privilegierte Zwangsvollstreckungsmassnahme sui generis* vor BGE 137 III 193 E. 1.1. BGE 134 III 667 E. 1.1. BGer 5A_841/2018 E. 2.1 BGer 5A_627/2014 E. 1.1. BGer 5A_587/2014 E. 2.4.2. BGer 5A_223/2014 E. 1 BGer 5A_249/2013 E. 1.1. OGer SO SCBES.2021.5 E. II.1. KGer BL 400 20 128 E. 1 KGer GR ZK1 18 144 E. 1.1, E. 9.3. KGer VD 2019/122 E. 9.2. OGer BE ZK 2017 449 E. 10, E. 13 OGer LU 3B 11 43 (LGVE 2011 I Nr. 37) OGer ZH RT150087 E. IV.1.2. OGer ZH LD120001 E. 5.a. AGVE 2014 Nr. 66 E. 4.3., welche in unmittelbarem Zusammenhang mit den Zivilrecht steht. BGE 134 III 667 E. 1.1. BGer 5A_627/2014 E. 1.1. vgl. auch OGer ZH PS180042 E. 3.3.1. OGer ZH LM100009 E. III.2. Die Drittschuldneranweisung ist für laufende und zukünftige Ansprüche möglich, BGE 145 III 255 E. 3.2. jedoch für verfallene Ansprüche ausgeschlossen. KGer VD 2019/122 E.

9.2. KGer VD HC/2018/222 E. 6.2. KGer VD HC/2018/1215 E. 5.2. KGer VD HC/2017/690 E. 6.2. – Die *Privilegierung* besteht darin, dass keine Zustellung eines Zahlungsbefehl notwendig ist, die Fristen für den Vollzug der Pfändung nicht einzuhalten sind, keine Kontrolle der Pfändung durch die SchKG-Aufsichtsbehörden und keine Konkurrenz der Pfändungsgläubiger besteht. Zudem ist die Massnahme auch für nicht fällige Forderungen gegeben BGer 5A_221/2001 E. 4.3. (nicht publiziert in BGE 138 III 11) BGer 5C.105/2000 E. 2.a. (beide mit Verweis auf BGE 110 II 9 E. 1) Die Schuldneranweisung tritt anstelle einer definitiven Rechtsöffnung mit nachfolgender Pfändung. BGE 137 III 193 E. 1.2. AGVE 2014 Nr. 66 E. 4.3. OGer ZH LM100009 E. III.2. Der Anweisungsentscheid stellt aber keinen Rechtsöffnungstitel gegenüber dem Drittschuldner dar. AGVE 2014 Nr. 66 E. 4.3. – Dieses Privileg geht auf das bevorschussende Gemeinwesen (qua Subrogation) über. BGE 145 III 317 E. 3.7.1. BGE 138 III 145 E. 3.3.1./E. 3.2.2. BGE 137 III 193 E. 3.4. OGer ZH PS180042 E. 3.4. OGer ZH RT150043 E. V.1.2.

Privileg der Gesellschaftsgläubiger einer Kollektiv-/Kommanditgesellschaft: Gemäss Art. 570 Abs. 1 OR haben die Gesellschaftsgläubiger (einer Kollektivgesellschaft) Anspruch darauf, aus dem Gesellschaftsvermögen unter Ausschluss der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter befriedigt zu werden. Beim Gesellschaftsvermögen handelt es sich um Vermögenswerte, welche primär für die Begleichung der Gesellschaftsschulden reserviert sind. Die Gesellschaft selbst ist Schuldnerin gegenüber den *Gesellschaftsgläubigern*. Diese geniessen gegenüber den Privatgläubigern der Gesellschafter ein *Privileg in Bezug auf die Aktiven der Gesellschaft* (Art. 570 Abs. 1 OR). BGE 134 III 643 E. 5.2.1. KGer VD Jug/2011/188 E. VII.a.

Kaution beim Personalverleih: Der Personalverleiher muss (zur Betreibung seines Geschäfts) eine Kaution leisten (Art. 14 Abs. 1 AVG). Im Konkurs des Verleihers bleibt die Kaution zur

Befriedigung der Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmer vorbehalten (Art. 39 Abs. 1 AVV). Personen, welche die Entscheidungen des Arbeitgebers in einem Personalverleihungsunternehmen (i.S.v. Art. 51 Abs. 2 AVIG) bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sind keine „Arbeitnehmer“ i.S.v. Art. 39 Abs. 1 AVV, so dass sie sich nicht aus der Kaution bezahlt machen können. GVP ZG 2014 Nr. 6.1.

Verfahrensrechtliche Privilegien

Privileg der Betreibung auf Pfändung (Art. 43 SchKG): Es stellt ein Privileg dar, dass die in Art. 43 SchKG genannten Gläubiger für die dort erwähnten Forderungen auch dann auf Pfändung betreiben können, wenn der Schuldner in einer in Art. 39 SchKG aufgeführten Funktion im Handelsregister eingetragen (und damit an sich auf Konkurs zu betreiben) ist. Vgl. BGer 6B_728/2010 E. 4.4. OGer SH OGE 93/2016/21 E. 3.2.2. AB VS TCVS LP 06 13 E. 4.a. RBOG TG 2002 Nr. 18 E. 1.b

Privileg des Arrestgläubigers: Der Arrest verleiht dem Arrestgläubiger kein Privileg in Bezug auf die verarrestierten Objekte. Diese können auch von anderen Gläubiger gepfändet oder mit Arrest belegt werden (Art. 281 Abs. 1 und Abs. 3 SchKG). BGer 5A_928/2018 E. 4.2.2. BGer 5A_630/2018 E. 3.1. BGer 5A_144/2008 E. 3.3. BGer 7B.2/2005 – Dagegen steht ihm das Privileg des provisorischen Pfändungsanschlusses zu (Art. 281 Abs. 1 SchKG). KGer VD Plainte/2013/41 E. II.c/aa

Verwertung von beschlagnahmten Vermögenswerten (Art. 44 SchKG)/Sicherstellungsprivileg: Abweichend vom Grundsatz, dass Forderungen aus öffentlichem Recht mit jenen aus Zivilrecht gleichgestellt sind (vgl. dazu unten), richtet sich die *fiskalische Beschlagnahme* ausschliesslich nach der *Spezialgesetzgebung des Bundes und der Kantone* (Art. 44 SchKG). BGer 5A_153/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_137/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_149/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_141/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_143/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_41/2018 E. 3.2.2. BGer

5A_45/2018 E. 3.2.2. BGer 1B_338/2016 E. 3.3. BGer 5A_150/2015 E. 5.2.1. – Dem Staat kommt im Steuerrecht ein *Privileg* gegenüber anderen Gläubigern zu, indem er für die direkten Bundessteuer und die kantonalen Steuern jederzeit (ohne ein Gericht anrufen zu müssen) selbst eine *Sicherstellungsverfügung* erlassen kann, die *als Arrestbefehl* nach Art. 274 SchKG gilt (Art. 170 Abs. 1 DBG, Art. 78 StHG i.V.m. der jeweiligen kantonalen Gesetzgebung), und welche vom Betreibungsamt zu vollziehen ist. BGer 5A_153/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_137/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_149/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_141/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_143/2018 E. 3.1.1. BGer 5A_41/2018 E. 3.2.2. BGer 5A_45/2018 E. 3.2.2. KGer GR KSK 23 99 E. 3.3 OGer ZH SB130233 E. VIII.9.1. – Art. 44 SchKG findet auch im Strafprozessrecht Anwendung, jedoch nur für Gegenstände, an oder mit denen strafbare Handlungen *unmittelbar* begangen worden sind, oder welche die zuständige Behörde aufgrund strafprozessualer Bestimmungen zur Deckung von Prozesskosten, Bussen und Strafvollzugskosten mit Beschlag belegt hat. BGer 1B_338/2016 E. 3.3. (mit Verweis auf BGE 115 III 1 3.a.) BGer 5A_150/2015 E. 5.2.2. Das Vollstreckungsprivileg bezieht sich insbesondere auf die Einziehung von Vermögenswerten nach Art. 70 Abs. 1 StGB, d.h. auf die Einziehung von *direkt* aus der Straftat stammenden *Originalwerten* oder deren *Surrogat*, sofern sie noch vorhanden sind. BGE 126 I 97 E. 3d/dd BGer 5A_893/2010 E. 2.2. OGer ZH S160187 E. II.6.4. – Insofern sind gewisse Forderungen des öffentlichen Rechts in dem Sinn privilegiert, als deren *Vollstreckung ausserhalb des Systems des SchKG erfolgt*. BGer 1B_338/2016 E. 3.3. BGer 5A_150/2015 E. 5.2.2. AppGer TI 60.2015.286 E. 4.3. Folge davon ist, dass die *Regeln der Zwangsverwertung nach SchKG zurückzutreten haben*. BGE 139 III 44 E. 3.2.1. (mit Verweis auf BGE 93 III 89 E. 3) Dem Staat steht als Konsequenz ein *Aussonderungsanspruch* BGer 5A_893/2010 E. 2.2. AB TI 15.2014.138 E. 5 bzw. ein „*Super-Privileg*“ zu. KGer VD Jug/2010/5 E. II.b. ZWR 2017 319 E. 4.1. – ***Verweis***: zu den *Ersatzforderungen*, welche gewöhnliche Drittklassforderungen sind, vgl. Dritte Klasse

Privileg des Gläubigers mit einem provisorischen Rechtsöffnungstitel: Erhält der *Gläubiger* die provisorische Rechtsöffnung, so wird er insofern *privilegiert*, als er sich [für einen nachfolgenden Aberkennungsprozess – Anmerkung des Verfassers] auf die Beklagtenrolle zurückziehen kann. Dies ist vom Gesetzgeber so gewollt. Der Gesetzgeber privilegiert im Gerichtsverfahren bewusst diejenigen Gläubiger, deren Forderung auf einer öffentlichen Urkunde oder durch Unterschrift bekräftigen Schuldanerkennung beruht (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Sofern es dem *Schuldner* nicht gelingt, die Schuldanerkennung im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung umgehend zu entkräften (Art. 82 Abs. 2 SchKG), wird er *in die Klägerrolle gedrängt* und hat die *mit diesem Prozess* [gemeint ist der Aberkennungsprozess – Anmerkung des Verfassers] *verbundenen prozessualen Nachteile zu tragen*. GVP SG 2015 Nr. 76 E. 2.c Dies gilt namentlich auch insofern, als von ihm gemäss Art. 98 ZPO ein *Gerichtskostenvorschuss* verlangt werden kann. GVP SG 2015 Nr. 76 E. 3

Privileg der Beseitigung des Rechtsvorschlags qua Verwaltungsverfügung: Der Gesetzgeber hat bei der SchKG-Revision von 1997 durch Anpassung von Art. 79 SchKG ausdrücklich den Verwaltungsbehörden das Privileg eingeräumt, in einer Betreibung für öffentlichrechtliche Forderungen, den vom Schuldner erhobenen Rechtsvorschlag selbst durch Verfügung zu beseitigen. Das Bundesgericht hat von diesem gesetzgeberischen Willen Kenntnis genommen. BGE 134 III 115 E. 3.2. BGer 5A_316/2007 E. 3. BGer 5A_315/2007 E. 3. (je mit Verweis auf BGE 130 III 524 E. 1.2.3., BGE 128 III 39 E. 2., BGE 119 V 329 E. 2.b., BGE 107 II 60 E. 3). ***Verweis***: Dazu, dass ansonsten öffentlichrechtliche Forderungen mit solchen aus Zivilrecht gleichgestellt sind, vgl. unten

Eingriffsprivileg: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Eingriff ins Existenzminimums bei der Pfändung für *Unterhaltsforderungen* nur für gewisse rückständige Forderungen zulässig (sog. Eingriffsprivileg). Dies gilt für

Unterhaltsforderungen *aus dem letzten Jahr* vor der Zustellung des Zahlungsbefehls bzw. des Arrestbefehls. BGer 7B.135/2005 E. 2.2. (mit Verweis auf BGE 116 III 10 E. 2 und BGE 111 III 13 E. 5) vgl. auch BGer 6S.113/2007 E. 3.3. (mit Verweis auf BGE 121 IV 272 E. 3.c, BGE 123 III 332 E. 2) CdJ GE AARP/38/2018 E. 3.2.7. Da es **in casu** um Unterhaltsforderungen ging, welche fast zwei Jahre vor der Zustellung des Arrestbefehls in Betreibung gesetzt wurden, wurde der Eingriff ins Existenzminimum nicht zugelassen. BGer 7B.135/2005 E. 2.2. – ***contra*** Das Eingriffsprivileg von Unterhaltsgläubigern ist zeitlich beschränkt. Während nach bisheriger älterer Rechtsprechung des Bundesgerichts das Eingriffsprivileg für die im letzten Jahr vor der Zustellung des Zahlungsbefehls entstandenen Unterhaltsforderung in Anspruch genommen werden konnte, spricht sich die heutige Lehre mehrheitlich für eine Angleichung des Eingriffsprivilegs an die zeitlichen Bestimmungen der Rangfolge der Gläubiger gemäss Art. 219 Abs. 4 i.V.m. Art 146 Abs. 2 SchKG aus. Dies bedeutet, dass ein Eingriff in das Existenzminimum nur für die in den letzten sechs Monaten vor dem Fortsetzungsbegehren entstandenen Unterhaltsforderungen zulässig ist. KGer GR KSK 20 94 E. 2.3. Es wurde zurecht eingewendet, dass kein Grund dafür bestehe, hier nicht die Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. c i.V.m. Art. 146 Abs. 2 SchKG zur Anwendung zu bringen, die das Vorrecht auf die in den *letzten sechs Monaten* vor dem Fortsetzungsbegehren entstandenen Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge begrenzen. BlSchK 2002 Nr. 29 E. 2 ***offengelassen*** ob das Eingriffsprivileg analog Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. c (i.V.m. Art. 146 Abs. 2) SchKG auf die in den *letzten sechs Monaten* vor dem Fortsetzungsbegehren entstandene Unterhalt- und Unterstützungsbeiträge zu beschränken ist. BGer 7B.135/2005 E. 2.2. – Das Eingriffsprivileg geht nicht auf das bevorschussende Gemeinwesen über. BGE 145 III 317 E. 3.7.3. BGE 138 III 145 E. 3.4.3. OGer ZH PS180042 E. 3.4. (mit Verweis auf BGE 116 III 10)

Vorfahrprivileg: Beim „Vorfahrprivileg“ („saisie prioritaire“) handelt es sich nicht um ein vom Gesetzgeber geschaffenes Instrument, sondern um ein *von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickeltes Vorrecht*. Es *dient der erleichterten Vollstreckung von Unterhaltsbeiträgen*. Es handelt sich um ein echtes Privileg in der Pfändung, welches von Art. 219 SchKG zu unterscheiden ist. BGE 145 III 317 E. 3.2. – In der kantonalen Praxis scheint die *Einräumung* des Vorfahrprivilegs *an das Gemeinwesen* bisher keine grosse Bedeutung erhalten zu haben. BGE 145 III 317 E. 3.4. – Wurden Unterhaltsbeiträge in Betreibung gesetzt und verlang der Unterhaltsgläubiger daraufhin eine Einkommenspfändung gegenüber dem Unterhaltsschuldner, so muss er sich eine vorgehende Einkommenspfändung, die (von dritter Seite) gegen den Schuldner vollzogen wurde, zwar grundsätzlich entgegen halten lassen. Eine *Ausnahme* gilt für die *im letzten Jahr* vor Einleitung der Betreibung verfallene *Unterhaltsbeiträge*, wenn diese *in der vorgehenden Einkommenspfändung* nicht (als Teil des Existenzminimums) *berücksichtigt wurden*. Das Betreibungsamt muss in diesem Fall für die neue Betreibung den Betrag pfänden, auf den es diese Beitragspflicht bei Festsetzung der pfändbaren Einkommensquote in der ersten Betreibung geschätzt hatte. Die in Betreibung gesetzte Unterhaltsschuld wirkt in diesem Sinn *unmittelbar notbedarfserhöhend* (sog. Vorfahrprivileg). BGE 145 III 317 E. 3.2. OGer ZH PS180042 E. 3.3.2. (dies war der vorinstanzliche Entscheid zum vorstehenden BGE; mit Verweis auf BGE 89 III 65 E. 1, BGE 80 III 65 E. 2) – Das Vorfahrprivileg geht nicht auf das bevorschussende Gemeinwesen über. OGer ZH PS180042 E. 3.6./E. 3.7./E. 3.8.

Gläubiger von Forderungen, welche bei der Berechnung des Existenzminimums des Schuldners berücksichtigt werden: Gläubiger, z.B. Vermieter, Krankenkassen, deren Forderungen Ausgabeposten betreffen, welche beim Schuldner im Rahmen der Pfändung in sein Existenzminimum einzurechnen sind, *können tatsächlich davon profitieren*, dass dem Schuldner Mittel

belassen werden, um ihre Leistungen zu begleichen, während andere Gläubiger, die Leistungen ausserhalb des Notbedarfs erbringen, sich aus der pfändbaren Quote bezahlt machen müssen. Dass die „Anbieter“ von Notbedarfsposten gegebenenfalls *indirekt profitieren* können, ist allerdings nicht der entscheidende Punkt, sondern die Frage, ob es sich um Grundbedürfnisse des Schuldners handelt, die ihm ungeschmälert zur Verfügung stehen müssen. OGer ZHPS130180 E. 3.3.

Kommentar 18: Letztlich geht es um die zwei Seiten derselben Medaille. Auch wenn der Schuldner geschützt werden soll und auch geschützt wird, so profitieren – als logische Konsequenz bzw. Folge – gleichsam diejenigen Gläubiger, welches solche „Notbedarfsleistungen“ erbringen.
Keine Berücksichtigung von laufenden Steuerschulden bei der Berechnung des Existenzminiums: Das Bundesgericht hat es immer abgelehnt, Steuerschulden bei der Berechnung des Existenzminimums zu berücksichtigen, um zu vermeiden, dem Staat ein Privileg zu verleihen und damit gegen das Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger des Privat- und des öffentlichen Rechts zu verstossen. BGE 135 I 221 E. 5.2.1. BGE 134 III 37 E. 4.3. (mit Verweis auf BGE 95 III 39 E. 3) BGer 7B.221/2003 E. 2. BGer 7B.77/2002 E. 5.

Kommentar 19: Hier gelangt die Logik an ihre Grenzen bzw. es treffen zwei tektonische Schichten aufeinander. Zum einen handelt es sich bei (laufenden) Steuerschulden nicht um „Notbedarfsleistungen“ im eigentlichen Sinn, denn man kann auch leben, wenn man keine Steuern zahlt. Zum anderen verwehrt man dem Schuldner, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen. In der Sache können die laufenden Steuern durchaus als „Notbedarfsleistungen“ im weiteren Sinn verstanden werden, auch wenn die Begünstigung des Staates (bei Einberechnung dieser Steuerschulden ins Existenzminimum) aus Optik der pfändenden (anderen) Gläubiger stossend ist. Auf jeden Fall ist das System in dieser Hinsicht nicht konsistent.
Hinweis: dazu ist ein parlamentarischer Vorstoss hängig.
„Privileg des Erstpfändenden“: In der Betreibung auf Pfändung

profitieren nur jene Gläubiger von der Pfändung, welche diese verlangt haben. Mit dem Ziel die unbilligen Konsequenzen dieses „Privilegs des Erstpfänders“ zu vermeiden, hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass diejenigen Gläubiger, welche innerhalb von 30 Tagen die Pfändung verlangen, an dieser Pfändung teilnehmen und eine Pfändungsgruppe bilden (Art. 110 Abs. 1 SchKG). Damit werden diese Gläubiger der (ersten) Pfändungsgruppe gleichbehandelt. BGE 133 III 580 E. 2.2. BGer 5C.83/2003 E. 3.3.1.

Kommentar 20: Die Aussage, die Gläubiger einer Pfändungsgruppe würden gleichbehandelt, stimmt nur bedingt. Die Gleichbehandlung gilt nach Massgabe des Gesetzes. Wenn der Erlös nicht für alle Gläubiger dergleichen Pfändungsgruppe ausreicht, dann wir ein Kollokationsplan erstellt und die Forderung werden pro Pfändungsgruppe nach Klassen berücksichtigt (Art. 146 Abs. 2 SchKG).
Anschlussprivileg: Den in Art. 111 SchKG genannten Personen steht in der Betreibung auf Pfändung das Recht auf einen privilegierten Pfändungsanschluss zu. Es handelt sich um ein Anschlussprivileg. Dieses gehört zur Kategorie der Vorzugs- und Nebenrechte, die gemäss Art. 170 Abs. 1 OR mit der Forderung übergehen, ausser sie seien untrennbar mit der Person des abtretenden verknüpft. OGer ZH PS110070 E. II. – Das Anschlussprivileg *geht* auf das zahlende Gemeinwesen *über*. BGE 145 III 317 E. 3.7.2. BGE 138 III 145 E. 3.4.1./E. 3.4.2. OGer ZH RT150043 E. V.1.2.

Einleitung einer neuen Betreibung aufgrund eines Pfandausfallscheins (Art. 158 Abs. 2 SchKG): Die einem Pfandgläubiger mit Art. 158 Abs. 2 SchKG gewährte Privilegierung zur erleichterten Eintreibung seiner Schuld (indem innert Monatsfrist kein neuer Zahlungsbefehl erforderlich ist) basiert auf dem Umstand, dass die Kurrentgläubiger während der ganzen Zeit, in der sich der Pfandgläubiger vergeblich bemüht hat, Deckung für seine Forderung zu erlangen, den Schuldner auf Pfändung betreiben und durch Bildung von Pfändungsgruppen die übrigen

Vermögensstücke des Schuldners mit Beschlag belegen konnten. Art. 158 Abs. 2 SchKG will deshalb dem Pfandgläubiger ermöglichen, seine verlorene Zeit einzuholen und sich unmittelbar nach Verwertung des Pfandes einer dieser Pfändungsgruppen anzuschliessen. OGer LU SK 09 109 E. 4.4. (LGVE 2010 I Nr. 37)

Masseverbindlichkeiten: Masseverbindlichkeiten sind Schulden, welche nach Konkurseröffnung bzw. nach Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung BGer 2C_792/2008 E. 2. (mit Verweis auf BGE 113 III 148 E. 2) BGer 7B.41/2001 E. 3.b. entstehen und welche aus der Masse zu bezahlen sind (Art. 262 SchKG). Masseverbindlichkeiten werden privilegiert bezahlt. GVP ZG 2015 Nr. 3.3. E. 4.1.2. GVP ZG 2005 212 ff. E. 2.2. GVP ZG 2002 187 ff. E. 3.b. Verbindlichkeiten, welche während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangen werden sowie Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen, soweit der Schuldner die Leistung der Gegenpartei mit Zustimmung des Sachwalters in Anspruch genommen haben, gelten ebenfalls als Masseverbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 Satz 1 SchKG). Solche werden aus dem Verwertungserlös „vorab gedeckt“ (Art. 262 Abs. SchKG). Diese Vorabdeckung stellt ein „*Super-Privileg*“ dar. AB TI 14.2014.115 E. 4

Privilegierte Befriedigung eines obsiegenden Kollokationsklägers im Wegweisungsprozess (Art. 250 Abs. 2 SchKG): Ein Privileg gegenüber den übrigen Gläubigern seiner Klasse hat der Kollokationskläger, welcher die Zulassung eines anderen Gläubigers mit Erfolg angefochten hat. Der Betrag, um den der Anteil des Kollokationsbeklagten herabgesetzt wird, dient dem Kollokationskläger bis zur vollen Deckung seiner Forderung einschliesslich der Prozesskosten (Art. 250 Abs. 2 SchKG). OGer ZH PS160205 E. 4.5.

Privilegierte Befriedigung des Abtretungsgläubigers (Art. 260 SchKG): Mit dem durch Art. 260 SchKG verliehenen Prozessführungsrecht ist das Privileg verbunden, sich vor

allen anderen Konkursgläubigern aus den allfällig erstrittenen Prozessergebnis im Umfang der eigenen Konkursforderung zu befriedigen. Das Prozessmandat erscheint demnach als ein Mittel zur Herbeiführung einer *Vorzugsdeckung der eigenen Konkursforderung*. RBOG TG 2012 Nr. 18 E. 2.b. (mit Verweis auf BGE 113 III 137, BGE 109 II 29)

Irrelevanz der Privilegien beim Aktivenüberschuss

Aktivenüberschuss

Begriff: Ein Aktivenüberschuss liegt vor, wenn (nach Deckung aller Verfahrenskosten; Art. 262 SchKG BGer 5A_324/2015 E. 4.2.2.) sämtliche Insolvenzforderungen vollständig gedeckt bzw. bezahlt sind. BGE 129 III 559 Sachverhalt B und E. 3.3. BGer 5A_324/2015 E. 4.2.2.

Kommentar 21: Diesbezüglich kann man von einen *„Aktivenüberschuss 1“* sprechen. Wenn nachfolgend, nach Bedienung der Zinsforderungen seit Insolvenzeröffnung (vgl. sogleich unten), immer noch etwas übrigbleibt – sozusagen der *„Aktivenüberschuss 2“* – so ist dieser dem Schuldner herauszugeben (vgl. unten).

Wegfall der Unverzinslichkeit

Verzinslichkeit der Insolvenzforderungen beim Aktivenüberschuss: Aufgrund der gesetzlichen Regelung (Art. 21 Abs. 2 VNB bzw. Art. 297 Abs. 3 SchKG – vgl. auch Art. 209 SchKG) spricht zwar eine Vermutung gegen die Verzinslichkeit der nicht pfandgesicherten Forderungen nach Bewilligung der Nachlassstundung. BGE 129 III 559 E. 3.2. Diese Vermutung gilt jedoch als widerlegt, wenn sich aus der Liquidation ein Aktivenüberschuss ergibt. Wenn die Verwertung (**in casu** bei einem Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung) einen Aktivenüberschuss ergibt, hat dieser zur *Deckung der Zinsen zu dienen* OGer ZH NE160005 E. V.4.e/dd, welche die Gläubiger ohne die Insolvenz (**in casu** den Nachlassvertrag) für die auf die nach Insolvenzeröffnung folgende Zeit hätten verlangen können. BGE 129 III 559 E. 3.3. (mit Verweis auf BGE 102 III 40 E. 3)

Dass die Liquidation mit einem Aktienüberschuss abschliesst, ist die Ausnahme und lässt die in Art. 297 Abs. 3 SchKG bwz. Art. 209 Abs. 1 SchKG BGer 5A_324/2015 E. 4.2.2. enthaltene Vermutung gegen die Verzinslichkeit hinfällig werden. BGE 129 III 559 E. 3.3. – Die Zinsen laufen *bis zur vollständigen Bezahlung der Insolvenzforderung*. BGer 5A_324/2015 E. 4.2.2. – Diese Regelung gilt nicht nur beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, sondern *auch im Konkurs*. OGer SO ZKAPP.2003.45 E. 14

Kommentar 22: Da sich der Zinsenstopp zufolge Insolvenz (gemäss Art. 209 und Art. 297 Abs. 3 SchKG) nach dem *Konkursstatut* richtet, gilt dasselbe auch für den Wegfall des Zinsenstopps.

Materiellrechtliche Fragen

Kein Erlöschen der Zinsforderungen ex lege: Ein Erlöschen der Zinsforderung kraft Gesetzes folgt weder aus Art. 21 Abs. 2 VNB noch aus Art. 297 Abs. 3 SchKG, zumal diese Bestimmungen lediglich bezwecken, das Verfahren technisch zu vereinfachen. BGE 129 III 559 E. 3.2., E. 3.3. – Auch beim Nachlassvertag mit (**in casu** teilweiser) Vermögensabtretung entfällt die Verzinslichkeit der Forderungen für den Fall des Aktivenüberschusses nur, wenn dies im Nachlassvertrag ausdrücklich so geregelt ist. BGE 129 III 559 E. 3.3.

Bestand und Umfang der Zinsforderungen: Nach materiellem Recht beurteilt sich, welche kollozierten Forderungen in welchem Umfang zinsberechtigt sind. Darüber kann im SchKG-Beschwerdeverfahren nicht (auch nicht vorfrageweise) entschieden werden. BGE 129 III 559 E. 5.2.

Kommentar 23: Bestand und Umfang der Zinsforderungen richtet sich nach der auf die Forderung anwendbaren *lex causae*. Dies ist (wie schon Bestand und Umfang der Zinsforderungen bis zum Insolvenzzeitpunkt) keine Frage, welche nach der lex concursus zu beurteilen ist.

Kommentar 24: Da Bestand und Umfang der Zinsforderungen materiellrechtliche Fragen sind, muss über diese Frage (vorfrageweise) in einem *Nachtrag zum Kollokationsplan*

entschieden werden und es kann– auch nicht aus Praktikabilitätsgründen bzw. „zur Vereinfachung“ – nicht nur im Rahmen einer *Verteilungsliste* darüber entschieden werden.
Verweis: vgl. unten

Verfahrensrechtliche Fragen

Fortgang der Verwertung: Solange die Zinsforderungen für die Zeit nach Insolvenzeröffnung nicht gedeckt sind, geht die Verwertung weiter. BGer 5A_324/2015 E. 4.2.2. Damit besteht auch kein Anlass eine ausgestellte Abtretungsverfügung gemäss Art. 260 SchKG zu widerrufen, wenn eine Verteilungsliste, welche keine Zinsforderungen seit Insolvenzeröffnung enthält, einen Aktivenüberschuss aufzeigt. BGer 5A_324/2015 E. 4.2.2.
contra: Liegt eine Aktivenüberschuss vor und sind noch nicht alle Aktiven verwertet, so ist die Verwertung einzustellen; der Zweck des Vollstreckungsverfahrens ist erreicht: Sämtliche Forderungen der Gläubiger sind gedeckt. BGer 5A_159/2018 E. 3.5.3.

Kommentar 25: Der scheinbare Widerspruch ist m.E. wie folgt zu lösen: Liegt ein „Aktivenüberschuss 1“ vor, d.h. sind die Verfahrenskosten und alle Insolvenzforderungen, aber noch nicht die Zinsforderungen seit Insolvenzeröffnung gedeckt (vgl. oben), so geht die Verwertung weiter. Liegt dagegen ein „Aktivenüberschuss 2“ vor bzw. ist von einem solchen auszugehen, d.h. dass auch die Zinsforderungen seit Insolvenzeröffnung gedeckt sind (vgl. oben), so ist die Verwertung einzustellen.
Recht zum höheren Angebot der Aktionäre/Gesellschafter beim Freihandverkauf: Wenn bei einem Freihandverkauf ein Angebot vorliegt, welches Aussicht auf einen Aktivenüberschuss gibt, ist den Aktionären bzw. Gesellschaftern einer schuldnerischen juristischen Person das Recht zum höheren Angebot (Art. 256 Abs. 3 SchKG) einzuräumen. BGer 5A_893/2017 E. 3.4.2.

Keine Anmeldung der Zinsforderungen notwendig: Es verletzt kein Bundesrecht, wenn das verfahrensleitende Organ keine zusätzliche Zinsanmeldung verlangt und die Zinsansprüche auf die kollozierten Forderungen von Amtes wegen berücksichtigt

hat; sie können als mit der Hauptforderung angemeldet gelten. BGE 129 III 559 E. 5.3.

Kommentar 26: Zinsen sind (soweit schweizerisches Recht anwendbar ist) zur Hauptforderung akzessorisch. Aufgrund dessen muss ein Gläubiger, welche für die Zeit bis zur Insolvenz Zins angemeldete hat, keinen Zins mehr anmelden; dieser kann für den Fall des Aktivenüberschusses als implizit angemeldet gelten. – Anders verhält es sich m.E. für Gläubiger, welche gar keinen Zins geltend gemacht haben. Eine Berücksichtigung (d.h. Zusprechung) von Zins ist m.E. nicht angängig.
Umsetzung nur *in der Verteilungsliste?:* Nach der Rechtsprechung darf in der Verteilung aus ganz bestimmten Gründen auf einen rechtkräftigen Kollokationsplan zurückgekommen werden. Beim Nachlassvertrag ist die *nachträgliche Ergänzung des rechtskräftigen Kollokationsplans* zulässig, um gewisse Zinsforderungen als grundsätzlich zulässig zu betrachten. BGE 129 III 559 E. 5.1. (mit Verweis auf BGE 120 III 163 E. 3, BGE 105 III 88 E. 2) – Zinsansprüche auf kollozierten Forderungen werden im Fall eines Aktivenüberschusses sinnvollerweise *in der Verteilungsliste berücksichtigt*, ohne dass der Kollokationsplan förmlich ergänzt und neu aufgelegt werden müsste. BGE 129 III 559 E. 5.1. – **In casu** ging es um einen Aktivenüberschuss von rund CHF 7 Mio., welcher vollumfänglich von den Zinsforderungen ab Insolvenzeröffnung von rund CHF 9.5 Mio. übertroffen wurde BGE 129 III 559 Sachverhalt B., so dass die Gläubiger auf ihren Zinsen einen Ausfall erlitten.

Kommentar 27: Dem Bundesgericht ist in fast allen Belangen zuzustimmen.

(i) Über die Frage ob, die *Rechtskraft des Kollokationsplans* der Zulassung Zinsen für die Zeit nach Insolvenzeröffnung entgegensteht, kann SchKG-Beschwerde geführt werden.

(ii) Diese Frage stellt sich m.E. jedoch nur, sofern der Gläubiger ursprünglich Zinsen auch für die Zeit nach der

Insolvenzeröffnung angemeldete hatte und solche im Kollokationsplan effektiv abgewiesen worden sind. Für diesen Fall treffen die Ausführungen des Bundesgerichts zu. Es kann trotz Rechtskraft des Kollokationsplans aufgrund des neuen Umstandes, nämlich des Aktivenüberschusses, auf diese Kollokation zurückgekommen werden. – Wenn hingegen (was dem Regelfall entspricht) bei der ursprünglichen Forderungsanmeldung gar kein Zins geltend gemacht wurde oder nur Zins bis zur Insolvenzeröffnung, dann fand in Bezug auf Zinsen nach Insolvenzeröffnung noch kein Kollokationsentscheid statt, so dass sich m.E. die Frage der Abänderung eines formell rechtskräftigen Kollokationsplans gar nicht stellt.

(iii) Zuzustimmen ist dem Bundesgericht (BGE 129 III 559 E. 5.3.), dass Zinsforderungen auch für die Zeit nach Konkurseröffnung (für den Fall des Aktivenüberschusses) als **mitangemeldet** gelten können, sofern überhaupt Zinsen angemeldet wurden. – Anders verhält es sich, wenn der Gläubiger keinen Zins angemeldet hat. Für diesen Fall kann m.E. keine Kollokation von Amtes wegen erfolgen. Solche Gläubiger können (und sollten – da sich das gesetzliche Regime von Art. 209 bzw. Art. 297 Abs. 3 SchKG geändert hat) *durch Zirkular oder Publikation* darauf aufmerksam gemacht werden, dass neu auch Zinsforderungen für die Zeit nach der Insolvenz angemeldet werden können.

(iv) Bestand und Umfang der Zinsforderungen sind *Fragen des materiellen Rechts* (vgl. oben) und richten sich nach dem auf die Forderung anwendbaren Recht und nicht nach dem SchKG.

(v) Zu widersprechen ist der Ansicht, dass über die materiellrechtlichen Frage der Verzinslichkeit in der *Verteilungsliste* entschieden werden können soll, ohne den Kollokationsplan formell zu ergänzen. Wie das Bundesgericht selbst festhält, geht es in der Sache darum, einen (nach Ansicht des Bundesgerichts rechtskräftigen) Kollokationsplan zu ergänzen BGE 129 III 559 E. 1.2., E. 5.1., nämlich was den Zins nach der Insolvenzeröffnung angeht. Bestand und Umfang

der Forderungen (vorliegend Zinsforderungen nach Insolvenzeröffnung) sind klarerweise materiellrechtliche Fragen (vgl. oben). Darüber ist (vorfrageweise) im *Kollokationsverfahren* zu entscheiden (wie dies auch für den Zins bis zur Insolvenzeröffnung der Fall war), indem ein *Nachtrag zum Kollokationsplan* zu erstellen ist. Damit ist sichergestellt, dass die Gläubiger auch bezüglich der „neuen" Zinsforderungen *Kollokationsklage* (sei es eine Anerkennungs- oder eine Wegweisungsklage; Art. 250 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG) führen können.

Schluss des Konkursverfahrens (Art. 268 Abs. 2 SchKG): Ein Konkursschluss erfolgt auch dann, wenn alle Gläubiger befriedigt werden können. Er beendet das Konkursverfahren sowie die Zuständigkeit des Konkursamtes, über Objekte der Konkursmasse zu verfügen BGer 5A_50/2015 E. 3.2.3. bzw. diese zu verwerten. BGer 5A_159/2018 E. 3.5.3. (mit Verweis auf BGE 120 III 36 E. 3) Sind die Voraussetzungen für den Konkursschluss gegeben, so muss der Konkursrichter diesen (trotz Aktivenüberschuss) verfügen. BGer 5A_159/2018 E. 3.5.4.

Konkurswiderruf (Art. 195 SchKG): Der Widerrufsgrund der Tilgung sämtlicher Forderungen (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) ist auch im Falle der Tilgung durch Aktivenüberschuss erfüllt. Dem *Schuldner* steht das *Antragsrecht* zu. Es besteht keine *Pflicht des Konkursamtes*, den Gemeinschuldner auf die Möglichkeit eines Konkurswiderrufs hinzuweisen. BGer 5A_159/2018 E. 3.5.4. Auch der Konkursrichter muss den Konkursschluss nicht verzögern, um dem Verwaltungsrat und den Aktionären der konkursiten Gesellschaft einen Konkurswiderruf zu ermöglichen. BGer 5A_159/2018 E. 3.5.4. – Wenn dem Konkursverfahren ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR zugrunde liegt, dann kann selbst im Fall eines Aktivenüberschusses kein Konkurswiderrufs erfolgen. BGE 143 I 328 E. 3.6. BGE 141 III 43 E. 2.5.

Anspruch des Schuldners auf den (Netto-)Aktivenüberschuss: Dem Schuldner steht ein Anspruch zu, dass ihm der Aktienüberschuss

ausgehändigt wird. BGE 129 III 559 E. 1.2. BGer 5A_50/2015 E. 3.4.3. BGer 2C_798/2011 E. 2.2. vgl. auch OGer ZH PS120194 E. 5.1. Dies umfasst auch die noch nicht verwerteten Aktiven. BGer 5A_159/2018 E. 3.5.3. – Wenn sich das Liquidationsorgan weigert, den aufgrund der definitiven Verteilungsliste und der Schlussrechnung ausgewiesenen Liquidationsüberschuss auszubezahlen, so kann der Schuldner *auf dem Beschwerdeweg* eine entsprechende *Anweisung* erwirken. BGE 129 III 559 E. 1.3.

Rechtstellung des Schuldners: Da der *Schuldner* am Aktivenüberschuss berechtigt ist, steht ihm ausnahmsweise das *Recht* zu, gegen *die provisorische Verteilungsliste* (betreffend der auszurichtenden Zinse an die Gläubiger) *Beschwerde zu führen*. Es steht ihm aber nicht die Befugnis zu, Bestand und Umfang der in die Verteilungsliste aufgenommenen Forderungen anzufechten. Er kann lediglich geltend machen, dass der Verteilungsplan nicht dem Kollokationsplan entspricht und dass die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind, den rechtskräftigen Kollokationsplan nachträglich abzuändern. BGE 129 III 559 E. 1.2., E. 5.1. (mit Verweis auf BGE 102 III 155 E. 2 und E. 3) OGer ZH PS120194 E. 5.1. – Der Umstand, dass dem Schuldner (bzw. den Organen einer juristischen Person) ein Anspruch auf Herausgabe des Überschusses zusteht, kann ein rechtliches Interesse auf *Wiedereintragung der bereits im Handelsregister gelöschten schuldnerischen Gesellschaft* begründen. BGer 5A_50/2015 E. 3.4.3.

Kommentar 28: Der grundlegende Ausschluss des Schuldners, Kollokationsklage zu führen, rührt daher, dass er sich nicht in den internen Verteilkampf der Gläubiger einmischen können soll. Im Normalfall des Passivenüberschusses ist dies richtig. Beim *Aktivenüberschuss* fragt es sich, ob es nicht sachgerechter wäre, dem Schuldner, dem materiell der *Nettoüberschuss 2* zusteht, ausnahmsweise die *Möglichkeit einzuräumen*, *Kollokationsklage zu führen*, um Bestand und Umfang der Zinsforderungen zu bestreiten., womit sich der ihm zustehende Aktivenüberschuss vergrössern würde.