



---

Geschäfts-Nr. NF070004/Uanonymisiert

**II. Zivilkammer**

Mitwirkend: Oberrichter Dr. O. Kramis, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur.  
A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie die juristische  
Sekretärin lic. iur. K. Ziltener

**Beschluss und Urteil vom 22. Januar 2008**

in Sachen

**Kaderversicherung der SAirGroup**, Postfach, 8058 Zürich-Flughafen,  
Klägerin und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Hans-Ulrich Stauffer, Rümelinsplatz 14,  
Postfach, 4001 Basel

gegen

**Nachlassmasse der SAirGroup in Nachlassliquidation**, Hirschengraben 84,  
8001 Zürich,  
Beklagte und Appellatin

vertreten durch den Liquidator:  
Rechtsanwalt lic. iur. Karl Wüthrich, Wenger Plattner, Goldbach-Center / Seestr.  
39, 8700 Küsnacht

betreffend **Kollokation (unges. Forderung in der Nachlassliquidation der  
SAirGroup)**

**Berufung gegen ein Urteil der Einzelrichterin im beschleunigten Verfahren  
des Bezirkes Zürich vom 5. April 2007; Proz. FB060122**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die anerkannte Forderung aus Kontokorrentzins von CHF 12'299.00 gemäss Ziffer 2 der Verfügung in der ersten Klasse zu kollozieren und diesbezüglich der Kollokationsplan anzupassen:
- 2.–5. ...
6. Es seien die anerkannten Forderungen aus verschiedenen Anleihen in der Höhe von total CHF 13'970'083.35 in der ersten Klasse zu kollozieren und diesbezüglich der Kollokationsplan anzupassen (CHF 5'139'756.95 aus der 4,75% Anleihe 1988-2013, Valor 120.756, inklusive Zins von CHF 139'756.95; CHF 2'006'076.40 aus der 5,125% Anleihe 1980-2005, Valoren 120.763/120.764, inklusive Zins von CHF 6'076.40; CHF 6'824'250.00 aus der 5,5% Anleihe 1993-2003, Valor 093.939, inklusive Zins von CHF 74'250.00);
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. April 2007:**

**Die Einzelrichterin verfügt:**

1. Der Prozess wird in Bezug auf die Rechtsbegehren Ziff. 2, 3, 4 und 5 als durch Rückzug der Klage erledigt abgeschrieben.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Beklagte in diesem Umfang auf eine Prozessentschädigung verzichtet hat.
- 3./4. Mitteilung / Rechtsmittel.

**und erkennt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage ist die von der Klägerin im Nachlassvertragsverfahren der Schuldnerin SAirGroup in Nachlassliquidation bei Liquidator Rechtsanwalt lic. iur. K. Wüthrich angemeldete und von diesem mit Verfügung Nr. SG10331 in der dritten Klasse kollozierte Forderung von Fr. 12'299.00 (Kontokorrentzins) im Kollokationsplan in der ersten Klasse zu kollozieren.

Im Umfang des Rechtsbegehrens Ziff. 6 wird die Klage abgewiesen.

Demzufolge ist die von der Klägerin im Nachlassvertragsverfahren der Schuldnerin SAirGroup in Nachlassliquidation bei Liquidator Rechtsanwalt lic. iur. K. Wüthrich angemeldete und von diesem mit Verfügung Nr. SG10331 in der dritten Klasse kollozierte Forderung von Fr. 13'970'083.35 (CHF 5'139'756.95 aus der 4,75% Anleihe 1988-2013, Valor 120.756, inklusive Zins von CHF 139'756.95; CHF 2'006'076.40 aus der 5,125% Anleihe 1980-2005, Valoren 120.763/120.764, inklusive Zins von CHF 6'076.40; CHF 6'824'250.00 aus der 5,5% Anleihe 1993-2003, Valor 093.939, inklusive Zins von CHF 74'250.00) im Kollokationsplan in dieser Höhe daselbst zu belassen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 72'540.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 120.00 Vorladungsgebühr

Fr. 273.00 Schreibgebühr

Fr. 57.00 Zustellungsgebühr

---

Fr. 72'990.00 Kosten total

---

3. Die Kosten werden der klagenden Partei auferlegt.

4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Prozessentschädigung von Fr. 78'400.00 zu bezahlen.

5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

### **Berufungsanträge:**

#### **Der Klägerin und Appellantin (act. 32 S. 2):**

„1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 5. April 2007 sei betreffend Abweisung des Rechtsbegehrens Ziffer 6, lautend:

*„Es seien die anerkannten Forderungen aus verschiedenen Anleihen in der Höhe von total CHF 13'970'083.35 in der ersten Klasse zu kollozieren und diesbezüglich der Kollokationsplan anzupassen (CHF 5'139'756.95 aus der 4.75% Anleihe 1988-2013, Valor 120.756, inklusive Zins von CHF 139'756.95; CHF 2'006'076.40 aus der 5.125% Anleihe 1980-2005, Valoren 120.763/120.764, inklusive Zins von CHF 6'076.40; CHF 6'824'250.00 aus der 5.5% Anleihe 1993-2003, Valor 093.939, inklusive Zins von CHF 74'250.00)“*

aufzuheben und die anerkannten Forderungen aus verschiedenen Anleihen in der Höhe von total CHF 13'970'083.35 seien in der ersten Klasse zu kollozieren und der Kollokationsplan sei diesbezüglich anzupassen (CHF 5'139'756.95 aus der 4.75% Anleihe 1988-2013, Valor 120.756, inklusive Zins von CHF 139'756.95; CHF 2'006'076.40 aus der 5.125% Anleihe 1980-2005, Valoren 120.763/120.764, inklusive Zins von CHF 6'076.40; CHF 6'824'250.00 aus der 5.5.% Anleihe 1993-2003, Valor 093.939, inklusive Zins von CHF 74'250.00).

2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. April 2007 betreffend die Gerichtsgebühr und die Prozessentschädigung aufzuheben und die dort festgelegte Gerichtesgebühr von CHF 72'990.– um mindestens 75% zu reduzieren, d.h. auf höchstens CHF 18'250.– festzulegen und die dort

festgelegte Prozessentschädigung der Berufungsbeklagten von CHF 78'400.– zu reduzieren, bis sie dem tatsächlichen Aufwand des Liquidators, Herrn Rechtsanwalt Karl Wüthrich, für das vorliegende Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich entspricht.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten.“

Der Beklagten und Appellatin (act. 38 S. 2):

- „1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Appellatin.“

### **Das Gericht zieht in Betracht:**

#### **I. Sachverhalt**

In den Jahren 1980, 1988 und 1993 gab die damalige Swissair, Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft Zürich, öffentlich aufgelegte Anleihen aus (act. 11/1-3). Die Klägerin zeichnete bei Ausgabe oder erwarb zu einem späteren Zeitpunkt Anteile dieser Anleihen im Nennwert von Fr. 13'750'000.-- (act. 11/5). Im Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung der späteren SAirGroup verfügte sie über 3 Anlehensobligationen im Gesamtbetrag von Fr. 13'970'083.35. Der Liquidator der Beklagten anerkannte im Nachlassverfahren die entsprechend angemeldeten Forderungen in Ziffer 2 und 13 der Verfügung Nr. SG10331 vom 10. Oktober 2006 ihrem Bestand und ihrer Höhe nach und kollozierte sie in der dritten Klasse (act. 2/1). Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage die Kollokation ihrer Forderungen in der ersten Klasse gemäss Art. 219 Abs. 4 lit. b SchKG.

#### **II. Prozessverlauf**

1. Die Vorinstanz hiess die Klage bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 1 gut und wies sie im Übrigen, d.h. betreffend Kollokation der drei Anlehensobligationen in

der ersten Klasse gemäss Art. 219 Abs. 4 lit. b SchKG (Rechtsbegehren Ziffer 6) ab, soweit die Klage als Folge eines aussergerichtlich geschlossenen Vergleichs nicht zurückgezogen worden war (act. 24 S. 12/13).

2. Gegen das die Klage abweisende Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin. Die Klägerin beanstandet weiter die Höhe der erstinstanzlich festgelegten Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung (act. 32 S. 2). Von der Beklagten nicht angefochten ist die von der Vorinstanz vorgenommene Rangierung der Forderung gemäss Rechtsbegehren 1 in der ersten Klasse nach Art. 219 Abs. 4 lit. b SchKG (act. 38 S. 2). Dies ist vorzumerken. Im Berufungsverfahren ist ein doppelter Schriftenwechsel geführt worden (act. 32 und 41 sowie act. 38 und 46). Das Verfahren ist spruchreif.

### **III. Rechtliches**

1. Die Vorinstanz hielt dafür, Konkursprivilegien rechtfertigten sich als Abweichung vom Prinzip der Gleichberechtigung resp. -behandlung der Gläubiger nur aus sozialen Gründen. Die Privilegierung stelle eine rechtliche Eigenschaft der Forderung dar und folge dieser. Sei die Forderung ohne Privileg entstanden, könne sie durch einen Gläubigerwechsel nicht entstehen. Die Emission der Anleiheobligationen sei durch ein Bankenkonsortium erfolgt. Weder seien die Banken Vorsorgeeinrichtungen noch stünde die Ausgabe von Obligationsanleihen in einem Zusammenhang mit einem Vorsorgeverhältnis, so dass mit der Forderung auch keine Privilegierung habe entstehen können. Durch den Kauf der Obligations durch die Klägerin seien die rechtlichen Eigenschaften der Forderung nicht verändert worden (act. 24 S. 7/8).

2. Die Klägerin stellt sich unter Hinweis auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 129 III 468 E. 3.5. auf den Standpunkt, das Konkursprivileg der ersten Klasse gelte für alle Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen gegenüber den angeschlossenen Arbeitgebern, unabhängig ihrer rechtlichen Grundlage, d.h. nicht nur für Beitragsforderungen sondern auch für Darlehensforderungen. Das Bundesgericht folge mit seiner Entscheidung der überwiegenden Lehrmeinung.

Dieser Auffassung hätten sich auch alle neuen Kommentatoren, die sich seitdem zu dieser Entscheid geäußert hätten, angeschlossen. Die Klägerin hält der Vorinstanz weiter entgegen, die Emittentin sei nie Schuldnerin der Anleihen gewesen; vielmehr sei die Beklagte immer Schuldnerin der Anleihen gewesen und die Klägerin habe durch Zeichnung von Anleihen auf dem direkt möglichsten Weg Forderungen erworben (act. 32 und act. 41).

3. Die Beklagte hält ihrerseits dafür, die vorliegend zu beurteilenden Forderungen seien ursprünglich nicht im Verhältnis der Vorsorgeeinrichtung gegenüber dem angeschlossenen Arbeitgeber begründet, sondern ursprünglich zwischen letzterem und einem Dritten, dem emittierenden Bankenkonsortium, entstanden, und nachträglich von der Vorsorgeeinrichtung erworben worden. Die von der Beklagten ausgegebenen Anlehensobligationen seien grundsätzlich keine privilegierten Forderungen. Durch den Erwerb von Anlehensobligationen durch die Vorsorgeeinrichtung habe daher keine Privilegierung übertragen werden bzw. entstehen können. Weiter ist die Beklagte der Auffassung, das Privileg von Art. 219 Abs. 4 lit. b SchKG umfasse nur jene Forderungen, die ihren Ursprung in einem Rechtsverhältnis zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem angeschlossenen Arbeitgeber hätten und nicht mit der normalen, vom angeschlossenen Arbeitgeber unabhängigen Anlagestrategie der Vorsorgeeinrichtung zusammenhängen. Eine über die Schutzbestimmungen der BVV 2 hinausgehende Privilegierung nach Art. 219 Abs. 4 lit. b SchKG führte zu einer zusätzlichen Bevorzugung der Vorsorgeeinrichtungen (act. 38 und 46).

4. Begrifflich lassen sich Anlehensobligationen definieren als ein in Teilbeträgen aufgeteiltes Grossdarlehen auf einheitlicher Rechtsgrundlage betreffend Zinssatz, Ausgabepreis, Laufzeit, Zeichnungsfrist und Liberierungsdatum. Dabei schliesst der Emittent bzw. Anlehensschuldner mit einer Vielzahl von Gläubigern (Investoren) selbständige Darlehensverträge ab, wobei die Forderungen üblicherweise in Wertpapieren verkündet werden. Anlehensobligationen sind Teilschuldverschreibungen, die regelmässig in Wertpapieren verbrieft, in Serie zu nämlichen Bedingungen ausgegeben werden und mit welchen der Anlehensnehmer dem Berechtigten Rückzahlung und Verzinsung einer bestimmten Geld-

summe zu den im Voraus festgelegten Bedingungen verspricht (BSK OR I-Watter, Art. 1156 N 2; BSK OR I-Steinmann, Vorbemerkungen zu Art. 1157-1186 N 1; Meier-Hayoz/von der Crone, Wertpapierrecht, 2. Auflage, Bern 2000, § 20 N 1-3). Anleiensobligationen entstehen durch Inverkehrsetzung der Urkunde im Rahmen eines Begebungsvertrages, dem deklarative Funktion zukommt. Die im Titel verbrieften Forderungsrechte, das Recht auf Rückzahlung der Kapitalsumme, das Recht auf Verzinsung und die Sicherungsrechte entstehen bereits mit der Liberierung; Anleiensobligationen werden als Massenspapiere ausgestellt; sie werden auf einen Zeitpunkt hin in Serie zu gleichen Bedingungen ausgegeben und verkünden inhaltlich gleiche Rechte (Meier-Hayoz/von der Crone, § 20 N 50 und 52). Wird eine Anleihe von einer Bank oder einer Bankengruppe fest übernommen, wird diese als erster Nehmer Eigentümer der ihnen zugeteilten Titel. Mit der Unterbringung der Anleiensobligation im Publikum erfolgt deren erste rechtsgeschäftliche Übertragung: zwischen Bank und dem Anleiensobligationär wird ein Kaufvertrag geschlossen (Meier-Hayoz/von der Crone, § 20 N 74 ff.). Unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen – öffentliche Auflage zur Zeichnung bei einheitlichen Anleiensbedingungen, Sitz des Anleiensschuldners in der Schweiz und Unterstellung des Anleiensschuldners unter das Privatrecht (Art. 11157 Abs. 1 und 3 OR) – bilden die Anleiensobligationäre von Gesetzes wegen eine Gläubigergemeinschaft. Diese bezweckt einerseits die gemeinsame Wahrung der Gläubigerinteressen und andererseits sollen dem Schuldner Sanierungsmassnahmen ermöglicht werden (Meier-Hayoz, § 20 N 98). Bei Eingriffen in die Gläubigerrechte hat die Gläubigergemeinschaft alle Gläubiger gleich zu behandeln (Art. 1174 OR). Anleiensobligationen dienen dem Ausgeber als zumeist langfristige Kapitalbeschaffung und institutionellen Anlegern oder privaten Sparerern als Kapitalanlage (Meier-Hayoz/von der Crone, § 20 N 94 f.).

Hier wurden die Anleiensobligationen je von einem Bankenconsortium fest übernommen und dem Publikum durch einen Prospekt öffentlich zur Zeichnung angeboten (act. 11/1-3). Weder die Emittentin (Swissair) noch die übernehmenden Banken waren oder sind Vorsorgeeinrichtungen. Die Ausgabe der Anleiensobligationen stand in keinem Zusammenhang mit einem Vorsorgeverhältnis; sie dienten der Kapitalbeschaffung für die Mitfinanzierung der Erneuerung und Er-

weiterung des Flugzeugparkes und der zugehörigen Investitionen (act. 11/1-3). Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die aus den Anleihenobligationen entstehenden Forderungen mit einem Privileg im Sinne von Art. 219 Abs. 4 lit. b SchKG ausgestattet sein könnten. Mit der Zeichnung und Liberierung oder dem späteren Erwerb hat die Klägerin von den betreffenden Bankenkonsortien Anleiheobligationen käuflich erworben, denen kein Konkursprivileg anhaftete, da durch den Verkauf resp. Zukauf die rechtlichen Eigenschaften einer Forderung nicht verändert werden.

5. a) Konkursprivilegien, mit denen bestimmte Gläubiger besser gestellt werden, können sowohl im Konkursrecht als auch im Zivilrecht begründet sein (BSK SchKG-Stähelin, Erg.bd Art. 219 ad N 1 ff; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, § 42 N 56). Während das Privileg der Pfandgläubiger auf Zivilrecht beruht, basiert dasjenige der verschiedenen Forderungsklassen nach Art. 219 Abs. 4 SchKG auf Konkursrecht (Amonn/Walther, a.a.O.). Mit letzteren wird auf die unterschiedliche Befriedigungsbedürftigkeit einzelner Gläubiger Rücksicht genommen (Walder/Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, § 43 N 1). Mit Konkursprivilegien wird aus sozialen Gründen eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichberechtigung der Gläubiger geschaffen. Privilegiert sind dementsprechend gewisse Forderungen natürlicher Personen, die zum Schuldner in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis stehen und die auf Befriedigung besonders angewiesen sind. Privilegiert ist indes nicht der Gläubiger persönlich, sondern die Forderung an sich; an ihr haftet das Privileg. Bei Abtretung der Forderung geht somit das Privileg auf den Zessionar über (Amonn/Walther, § 42 N 66/67).

b) Im Entwurf zur Revision des SchKG im Jahre 1994 war vorgesehen, Beitragsforderungen der Vorsorgeeinrichtungen gegen angeschlossene Arbeitgeber, soweit sie nicht durch den Sicherheitsfonds gedeckt sind, in der ersten Klasse einzureihen (Botschaft BBI 1991 III S. 129). Im erläuternden Bericht wurde dazu ausgeführt, aufgrund der Regelung im BVG würden Arbeitnehmer im Bereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge selbst bei Zahlungsunfähigkeit und damit auch im Konkurs der Vorsorgeeinrichtung keine Verluste erleiden. Aus diesen

Gründen verzichte der Revisionsentwurf grundsätzlich auf die Privilegierung der Forderungen von Vorsorgeeinrichtungen im SchKG. Im Interesse der Versicherten blieben hingegen die *Beitragsforderungen* der Pensionskasse gegen die angeschlossenen Arbeitgeber im nichtobligatorischen Bereich privilegiert (Art. 219 Abs. 4 Erste Säule, Bst. B) (BBI 1991 III S. 18). In seinen weiteren Erläuterungen zur Art. 219 SchKG hält die Botschaft fest, jedes verbliebene Privileg sei Ausdruck materieller Gerechtigkeit: Privilegiert bleiben nur Forderungen wegen eines spezifischen individuellen Schutzbedürfnisses des Titulars (Arbeitnehmer, Rentenbezüger, Invalide, Verunfallte, Alimentengläubiger, Kind), allesamt natürliche Personen, die in ausgeprägten Abhängigkeitsverhältnissen stehen. Hinsichtlich des Vorsorgeverhältnisses führte der Bericht aus, dieser sei derart eng mit dem Arbeitsverhältnis verbunden, dass es sich rechtfertige, den Vorsorgeschutz als Bestandteil des arbeitsvertraglichen Privilegs zu betrachten, zumal die Abgangsentschädigung ebenfalls in diesem Sinne privilegiert bleibe. Im nichtobligatorischen Bereich, wo der Sicherheitsfonds BVG nicht greife, sei daher das Privileg weiterhin gerechtfertigt (BBI 1991 (91.034), S. 129). Der Antrag der vorberatenden Kommission zu Art. 219 Abs. 4 lit. b SchKG sah demgegenüber vor, „...Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen gegenüber den angeschlossenen Arbeitgebern“ in der ersten Klasse zu privilegieren (vgl. Amtliches Bulletin Nationalrat 1993 I S. 36). Die vorberatende Kommission hat die ursprüngliche Regelung in zweierlei Hinsicht ausgedehnt: zum einen sollten generell Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen gegenüber den angeschlossenen Arbeitgebern privilegiert werden, d.h. nicht ausdrücklich nur Beitragsforderungen, und zum andern entfiel die Beschränkung auf die Forderungen, die nicht durch den Sicherheitsfonds gedeckt sind. In der nationalrätlichen Debatte führte Nationalrat Paul Rechsteiner u.a. aus, es sei positiv zu werten, dass es in der Kommission gelungen sei, die Ansprüche der Einrichtungen der beruflichen Vorsorge in Litera b der ersten Klasse einzufügen, weil es nicht angehen könne, über die Nichtprivilegierung der Forderungen der Personalvorsorgeeinrichtungen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Konkurs des Arbeitgebers auch noch bezüglich ihrer Pensionskassenansprüche zu Schaden kommen zu lassen (Amtliches Bulletin Nationalrat 1993 I S. 36). In der gleichen Debatte meinte Bundesrat Arnold Koller,

ein zentrales Anliegen der Gesetzesrevision bestehe darin, den Wildwuchs der Konkursprivilegien zu beseitigen. Dies sei mit dem Vorschlag von Bundesrat und Kommission gelungen. Wörtlich erklärte er „Wir möchten künftig eben Konkursprivilegien nur noch für natürliche Personen gewähren, die zum Schuldner in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis stehen, die sozialpolitisch gerechtfertigt sind. Hauptbeispiele: Arbeitnehmer, Alimentengläubiger; das sind Leute, die auf integrale Zahlung besonders angewiesen sind.“ Der Kommissionsantrag fand im Rat eine offensichtliche Mehrheit (Amtliches Bulletin Nationalrat 1993 I S. 37) und wurde danach auch vom Ständerat gutgeheissen. In der entsprechenden Debatte wiederholte Bundesrat Koller sinngemäss sein Votum vor dem Nationalrat und betonte, ein zentraler Punkt der Revisionsvorlage des SchKG bilde die Reduktion der Konkursprivilegien auf das sozialpolitisch unbedingt Notwendige; Privilegien seien solche von natürlichen Personen, die in einem klaren Abhängigkeitsverhältnis stünden (Amtliches Bulletin Ständerat 1993 S. 651/652). Weder im Nationalrat noch im Ständerat wurde die Frage nach der konkursrechtlichen Behandlung von Forderungen einer Vorsorgeeinrichtung gegen den Arbeitgeber, die in an der Börse gehandelten Wertpapieren verbrieft sind oder die von der Vorsorgeeinrichtung von Dritten erworben worden sind, aufgeworfen oder gar diskutiert. Aus den wenigen Voten in beiden Räten (Amtliches Bulletin Nationalrat 1993 I S. 8 linke Spalte Mitte; S. 36-37; Amtliches Bulletin Ständerat 1993 S. 651/652) lässt sich nicht entnehmen, dass mit der von der Kommission vorgeschlagenen und von beiden Parlamentskammern verabschiedeten Formulierung von Art. 219 Abs. 4 lit. b SchKG auch solche Forderungen gemeint gewesen sein sollen

In der Literatur blieben im folgenden die Meinungen zur Bedeutung resp. dem Umfang des Erstklassprivilegs für Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen umstritten (vgl. dazu: BGE 129 III 471). Im eben erwähnten Entscheid hielt das Bundesgericht fest, anhand der Entstehungsgeschichte werde deutlich, dass der Gesetzgeber das vormalige Privileg zweiter Klasse für die Forderungen von Wohlfahrtsfonds im bisherigen Umfang als Privileg erster Klasse für die Forderungen der Personalvorsorgeeinrichtungen habe weiter gelten lassen wollen und sich ausdrücklich gegen eine Einschränkung des Konkursprivilegs auf Beitragsforderungen entschieden habe (a.a.O.). Diesem Entscheid lag folgender Sach-

verhalt zugrunde: die Beitragsschulden einer Personalvorsorgeeinrichtung gegenüber einer später in Konkurs gefallenen AG waren kontokorrentmässig geführt worden, wobei regelmässig der Saldo gezogen und anerkannt worden ist. Dadurch ist die ursprüngliche gesetzliche Beitragsschuld der Personalvorsorgeeinrichtung gegenüber der AG untergegangen und eine neue Forderung mit neuem Rechtsgrund (privatrechtliches Darlehen) entstanden. Wirtschaftlich betrachtet, wenn auch nicht rechtlich, lagen diesen Darlehen demnach ausstehende Beitragsforderungen der Personalvorsorgeeinrichtung gegenüber der später in Konkurs gefallenen AG zugrunde. Das Obergericht des Kantons Thurgau erwog in seinem Urteil, der zum zitierten Bundesgerichtsentscheid führte, der Gesetzgeber habe mit dieser Regelung nicht nur die Beitragsforderungen der Vorsorgeeinrichtungen gegenüber den angeschlossenen Arbeitgebern, sondern ihre Forderungen überhaupt vom Konkursprivileg erster Klasse erfassen wollen. Auf diese Weise sollte der Arbeitnehmer indirekt geschützt werden, indem das Vermögen der Personalvorsorgestiftung möglichst erhalten bleibe und im Konkurs des Arbeitgebers nicht verloren gehe. Weil der Arbeitgeber in finanziellen Schwierigkeiten oft Vorsorgegelder in den eigenen Betrieb investiere, sollte das Privileg gerade nicht nur auf die Beitragsforderungen beschränkt werden (RBOG 2002 Nr. 21 Erw. 2 cc). Tatsächlich ist nicht von der Hand zu weisen, dass Arbeitgeber versucht sein könnten, ihre eigene schlechte finanzielle Lage durch Einräumung von Darlehen - sei dies für ausstehende Beitragsforderungen an die Vorsorgeeinrichtung oder für andere Zwecke - durch die eigene und mit ihnen gegebenenfalls verflochtene Vorsorgeeinrichtung zu verbessern, wodurch letztlich die Ansprüche der versicherten Arbeitnehmer gefährdet werden. Das Konkursprivileg von Art. 219 Abs. 4 lit. b SchKG entspricht in solchen Fällen durchaus der Stossrichtung des sozialen Schutzgedankens, wie er von Bundesrat Koller in der nationalrätlichen Debatte angesprochen worden war; ein finanziell angeschlagener Arbeitgeber soll sich nicht mit Vermögen der eigenen Personalvorsorgeeinrichtung und damit mit Geldern der Versicherten zu sanieren suchen. Dabei kann es keine Rolle spielen, wie die Forderungen der Vorsorgeeinrichtung gegenüber dem angeschlossenen Arbeitgeber rechtlich zu qualifizieren sind.

c) Hier liegt ein grundverschiedener Sachverhalt vor: die rechtlich als Darlehen zu qualifizierenden Anleiheobligationen hat die Beklagte im Rahmen ihrer Anlagestrategie erworben. Die Vorsorgeeinrichtungen sind gehalten, ihr Vermögen so zu verwalten, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet ist (Art. 71 Abs. 1 BVG [SR 831.40]). Die Anlage von Vorsorgekapitalien selbst unterliegt strengen gesetzlichen Bestimmungen (Art. 53 ff. BVV 2 [SR 831.441.1]). Prinzipiell ist die Vorsorgeeinrichtung gehalten, ihre Vermögensanlagen sorgfältig auszuwählen, zu bewirtschaften und zu überwachen. Bei der Anlage ihres Vermögens hat sie in erster Linie darauf zu achten, dass die Sicherheit der Erfüllung der Vorsorgezwecke gewährleistet ist. Einerseits werden prozentuale Begrenzungen für die einzelnen Anlagegruppen statuiert und zudem für verschiedene kumulierte Anlagegruppen prozentuale Gesamtbegrenzungen vorgeschrieben; zudem sind die Vorsorgeeinrichtungen zur Erzielung einer genügenden Rendite verpflichtet (Art. 53 und 54 BVV 2; Art. 71 Abs. 1 BVG; Riemer/Riemer, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Auflage, § 2 N 101). Im Rahmen dieser engen gesetzlichen Vorschriften ist es Vorsorgeeinrichtungen gestattet, auch beim Arbeitgeber Anlagen zu tätigen oder sich an diesen zu beteiligen (Art. 57 BVV 2). Dabei handelt es sich um aus vertraglichen Vereinbarungen zwischen Vorsorgeeinrichtung und Arbeitgeber entstehende zivilrechtliche Forderungen und nicht um Forderungen, welchen ein Rechtsverhältnis aufgrund der BVG-Gesetzgebung zugrunde liegt. Dies gilt auch für sämtliche anderen Anlagen, die eine Vorsorgeeinrichtung im Rahmen der Bewirtschaftung ihres Vermögens und unabhängig der Person des Schuldners tätigt.

Dass derartigen und in einem Wertpapier verbrieften Forderungen ein Konkursprivileg anhaften resp. zukommen soll, lässt sich den erwähnten Materialien und den Voten im Parlament nicht entnehmen. Die konkursrechtliche Privilegierung einer Anlage der Vorsorgeeinrichtung beim Arbeitgeber widerspräche auch ohne sachliche Begründung der Nichtprivilegierung sämtlicher übrigen Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen bei anderen Gesellschaften als dem Arbeitgeber. Inwiefern solche Vermögensanlagen einer Vorsorgeeinrichtung im Falle eines Konkurses eines beliebigen Schuldners weniger gefährdet sein sollten als solche

beim Arbeitgeber, ist nicht ersichtlich bzw. fraglich, da die Begrenzungswerte für Beteiligungen oder Wertschriften an Drittgesellschaften höher sind als bei Anlagen beim Arbeitgeber (Art. 54 BVV 2; Art. 57 BVV 2). Ebenso ist nicht erkennbar, dass die Ansprüche der versicherten Arbeitnehmer durch Vermögensanlagen der Vorsorgeeinrichtung bei beliebigen und die Voraussetzungen von Art. 50 ff. BVG erfüllenden Schuldern im Konkurs desselben gesicherter sein sollten als bei einer Anlage beim Arbeitgeber. Eine sachliche Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung von Vermögensanlagen einer Vorsorgestiftung im Konkurs je nach Person des Schuldners lässt sich sozialpolitisch, d.h. im Interesse und zum Schutz von Arbeitnehmern, nicht begründen. Die ratio legis der Privilegierung von bestimmten Forderungen im Konkurs liegt aber in der sozialpolitischen Notwendigkeit begründet, Forderungen von Personen in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zu bevorzugen. Hinsichtlich Vermögensanlagen, welche von Vorsorgeeinrichtungen getätigt werden, liegt das Interesse der versicherten Arbeitnehmer in erster Linie in der sorgfältigen Auswahl, Bewirtschaftung und Überwachung der vorgenommenen Anlagen resp. der Sicherheit und ausreichend erzielbaren Rendite der getätigten Anlagen bzw. der Bonität des jeweiligen Schuldners. Dem tragen die Normen des BVV 2 ausreichend Rechnung, namentlich auch die Bestimmungen betreffend Anlagen beim Arbeitgeber (Art. 57 BVV 2). Daneben ist auch nicht einzusehen, weshalb eine Vorsorgeeinrichtung als Anleihsobligationärin im Konkurs des Anleihserschuldners gegenüber den übrigen Anleihsobligationären bevorzugt behandelt werden sollte; solches widerspricht dem Gleichbehandlungsgrundsatz der Gläubigergemeinschaft bei Anleihsobligationen.

d) Zusammengefasst ist demnach festzuhalten, dass die Vorinstanz die Klage auf Kollokation der anerkannten Forderungen aus den drei Anleihsobligationen in der ersten Klasse zu Recht abgewiesen hat. Das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1.a) Die Klägerin beanstandet in der Berufung die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Gerichtsgebühr. Sie wirft der Vorinstanz vor, nicht berücksichtigt zu haben, dass die Beklagte die Forderung vollumfänglich anerkannt habe, dass einzig eine Rechtsfrage zu klären gewesen sei und kein Beweisverfahren habe durchgeführt werden müssen. Die zu behandelnde Frage sei in einem relativ kurzen Entscheid abgehandelt worden. Die festgesetzte Gebühr stehe in keinem Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand, zumal in zwei weiteren parallelen Verfahren die gleiche Begründung ergangen sei. Gestützt auf § 3 Abs. 2 aGebVO beantragt die Klägerin eine auf einen Viertel resp. auf höchstens Fr. 18'250.-- reduzierte Gerichtsgebühr (act. 32 S. 13/14). Zu diesem Antrag hat sich die Beklagte in der Berufungsantwort nicht geäußert (act. 38 S. 17/18).

b) Die Vorinstanz hat die Streitwertberechnung für die Rechtsbegehren Ziffer 1 und Ziffer 6 sowie Ziffer 2-5 gesondert vorgenommen (act. 24 S. 10 Ziff. 1). Diese Berechnungsweisen werden von der Klägerin zu Recht nicht angefochten (act. 32 S. 13/14). Nicht beanstandet wird von der Klägerin die von der Vorinstanz getrennt vorgenommene Berechnung der Gerichtsgebühr für die ohne bzw. mit Anspruchsprüfung erledigten Rechtsbegehren (act. 32 S. 13/14). Die – unter der Herrschaft der bis Ende 2007 geltenden Gerichtsgebührenverordnung – gemäss § 1 und § 3 Abs. 1 bei einem Streitwert von Fr. 12'234'585.-- (Rechtsbegehren Ziffer 1 und 6) 100% Gerichtsgebühr beträgt – wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat – Fr. 98'815.--. Die §§ 3 Abs. 2 und 5 aGebVO sahen zudem Erhöhungs- und Ermässigungsgründe vor, so z.B. die Ermässigung bei Erledigung eines Zivilprozesses ohne Anspruchsprüfung oder die Erhöhung in besonders umfangreichen Zivilprozessen (beispielsweise bei Durchführung eines ausgedehnten Beweisverfahrens). Mit der in § 3 Abs. 2 aGebVO vorgesehenen Unter- oder Überschreitung der ordentlichen Gerichtsgebühr kann den in § 1 erwähnten Umständen (zeitlicher Aufwand des Gerichtes, Schwierigkeit des Falles, Streitinteresse) Rechnung getragen werden.

Hier hatte die Vorinstanz das Hauptverfahren durchzuführen (Prot. VI S. 3 ff.). Ein Beweisverfahren war nicht erforderlich. Insoweit bewegte sich der Aufwand der Vorinstanz in einem eher unterdurchschnittlichen Rahmen. Zu beurteilen war im Wesentlichen eine Rechtsfrage, die allerdings eine vertiefte Auseinandersetzung mit den kontroversen Lehrmeinungen, den wenig klaren Gesetzesmaterialien und der Rechtsprechung erforderte; insoweit lässt sich von einem eher im oberen Bereich des Durchschnitts liegenden Aufwand ausgehen. Wenn die Vorinstanz die gesamthaft korrekt ermittelte Gerichtsgebühr in Anwendung von § 3 Abs. 2 aGebVO um einen Drittel gekürzt hat, hat sie – ohne dies explizit auszuführen – richtigerweise den Umstand berücksichtigt, dass sie in zwei weiteren gleichgelagerten Verfahren ohne identische Parteien (im Berufungsverfahren die sistierten Fälle NF070003 [Fonds zu Gunsten der Vorsorgeeinrichtung ca. Nachlassmasse SAirGroup in Liquidation] und NF070005 [Allgemeine Pensionskasse der SAir-Group ca. Nachlassmasse SAir Group in Liquidation]) die gleiche Rechtsfrage zu beurteilen hatte. Die Klägerin legt nicht dar, worin sie den in § 3 Abs. 2 aGebVO enthaltenen Ausnahmefall begründet sieht und ihren Antrag herleitet, die Gerichtsgebühr über den in § 3 Abs. 2 aGebVO vorgesehenen Drittel hinaus um insgesamt 75% zu reduzieren (act. 32 S. 13/14). Entgegen ihrer Meinung (act. 32 S. 13) handelt es sich bei der Höhe der Gerichtsgebühr nicht um eine „Strafe“ für das Prozessieren. Eben so wenig ist bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr zu berücksichtigen, ob die Klage aus mehr oder weniger berechtigten Gründen oder Interessen erhoben worden ist. Im Übrigen kennt die Gebührenverordnung keine Privilegierung bestimmter Prozessparteien.

Damit ist die von der Vorinstanz festgesetzte Gerichtsgebühr zu bestätigen.

2. Da die Klägerin im Berufungsverfahren unterliegt, sind ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Dabei ist zu bemerken, dass die neue Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt noch Fr. 12'223'823.--. Die 100% Gerichtsgebühr beläuft sich auf Fr. 131'869.-- und schliesst Schreib- und Zustellgebühren sowie die Gebühren für die Vorladungen und die Kosten für Telekommunikation mit ein (§ 2 Abs. 3 GebVO). Eine Differenzierung zwischen er-

stinstanzlichen und Rechtsmittelverfahren wird nicht mehr vorgenommen. § 4 Abs. 2 sieht analog § 3 Abs. 2 aGebVO eine Erhöhung oder Ermässigung um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen auch um mehr, vor. Die oben unter Ziffer 1 aufgeführten Kriterien zur Festlegung der Gerichtsgebühr – Streitwert resp. tatsächliches Streitinteresse, Zeitaufwand des Gerichtes, Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 GebVO) – gelten auch im Berufungsverfahren. In Anbetracht der beiden weiteren noch hängigen und die gleiche Rechtsfrage betreffenden Berufungsverfahren NF070003 und NF070005 rechtfertigt sich eine Reduktion der Gerichtsgebühr um einen Drittel; diese ist somit auf Fr. 87'000.-- festzusetzen.

3.a) Die Klägerin wendet sich gegen die Höhe der von der Vorderrichterin festgesetzten Prozessentschädigung für die Beklagte. Sie macht geltend, diese liege bei Weitem über dem vom Liquidator der Beklagten geleisteten Aufwand bzw. es bestehe ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem notwendigen Aufwand und dem Streitwert. Sie will daher die Prozessentschädigung im Umfang der wirklichen Bemühungen festgesetzt haben, ohne dies zahlenmässig festzulegen (act.32 S. 14). Die Beklagte widersetzt sich diesem Antrag und trägt vor, die Vorinstanz habe die Entschädigung gestützt auf § 3 Abs. 2 AnwGebVO im maximal zulässigen Umfang von einem Drittel gekürzt. Eine weitere Reduktion sei in Anbetracht des Streitwertes und der damit verbundenen erhöhten Verantwortung nicht angezeigt (act. 38 S. 17/18).

b) Vorab kann auf die allgemeinen und zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zur Festsetzung der Prozessentschädigung verwiesen werden (act. 24 S. 11; § 161 GVG). Ergänzend ist festzuhalten, dass die nach § 3 Abs. 1 AnwGebVO zu errechnende Grundgebühr grundsätzlich mit Erstattung der Klagebegründung oder Klageantwort verdient ist (§ 6 Abs. 1 AnwGebVO) und für jede weitere Rechtsschrift oder Vorbereitung des mündlichen Verfahrens ein Zuschlag berechnet wird (§ 6 Abs. 1 lit. c AnwGebVO). Dass das vorinstanzliche Verfahren mit Erstattung der schriftlichen Klageantwort durch den Liquidator der Beklagten (act. 9) und der mündlichen Duplik an der mündlichen Hauptverhandlung (Prot. VI S. 7/8) sein Bewenden hatte, ist für sich nicht Anlass für eine Reduktion der Grundgebühr. Die von der Vorinstanz vorgenommene Kürzung der Entschädi-

gung um einen Drittel trägt einerseits dem Umstand des verhältnismässig wohl eher bescheideneren zeitlichen Aufwandes und andererseits der hohen Verantwortung ausreichend Rechnung. Eine weitere Reduktion ist nicht angebracht.

4. Ausgangsgemäss hat die Klägerin die Beklagte auch für das Berufungsverfahren zu entschädigen. Der Streitwert beträgt wie erwähnt Fr. 12'223'823.--. Die 100% Prozessentschädigung beläuft sich somit auf Fr. 116'000.--. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 4 AnwGebVO ist die Entschädigung auf Fr. 40'000.-- festzusetzen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv Ziffer 1 Satz 1 des Urteils der Einzelrichterin im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 5. April 2007 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis;

#### **und erkennt:**

1. Die Klage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 6 wird abgewiesen.  
Demzufolge ist die von der Klägerin im Nachlassvertragsverfahren der Schuldnerin SAirGroup in Nachlassliquidation bei Liquidator Rechtsanwalt lic. iur. Karl Wüthrich angemeldete und von diesem mit Verfügung Nr. SG10331 in der dritten Klasse kollozierte Forderung von Fr. 13'970'083.35 (Fr. 5'139'756.95 aus der 4,75% Anleihe 1988-2013, Valor 120.756, inklusive Zins von Fr. 139'756,95; Fr. 2'006'076.40 aus der 5,125% Anleihe 1980-2005, Valoren 120.763/120.764, inklusive Zins von Fr. 6'076.40; Fr. 6'824'250.-- aus der 5,5% Anleihe 1993-2003, Valor 093.939, inklusive Zins von Fr. 74'250.--) im Kollokationsplan in dieser Höhe daselbst zu belassen.

3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 87'000.-- festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 40'000.-- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden.

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (Art. 100 Abs. 6 BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.  
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 12'223'823.--.  
Die Beschwerden an das Kassationsgericht und an das Bundesgericht haben keine aufschiebende Wirkung.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Präsident:

Die juristische Sekretärin:

versandt am: