



## Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht

FRANCO LORANDI

*Das neue Sanierungsrecht regelt erstmals ausdrücklich gewisse Aspekte von Dauerschuldverhältnissen in der Insolvenz. Der vorliegende Aufsatz behandelt im Wesentlichen die Kündigungsmöglichkeiten, namentlich die ausserordentliche Kündigung durch den Schuldner bzw. die Insolvenzmasse und den partiellen «Vertragseintritt» gemäss Art. 211 SchKG. Behandelt werden sowohl das Nachlassverfahren als auch der Konkurs.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausserordentliches Kündigungsrecht des Schuldners/seiner Masse
  - A. Im Konkurs
  - B. Im Nachlassverfahren
    1. Während der Nachlassstundung
    2. Nach Zustandekommen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung
    3. Nach Zustandekommen eines ordentlichen Nachlassvertrages
    4. Nach Aufhebung der Nachlassstundung
- III. Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen
  - A. Im Konkurs
    1. Ordentliche Kündigung
    2. Partiieller «Vertragseintritt» gemäss Art. 211a SchKG
    3. Weder Kündigung noch «Vertragseintritt» (Nichtstun)
  - B. Im Nachlassverfahren
    1. Während der Nachlassstundung
    2. Nach Zustandekommen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung
    3. Nach Zustandekommen eines ordentlichen Nachlassvertrages
    4. Nach Aufhebung der Nachlassstundung

### I. Einleitung

Dauerschuldverhältnisse unterscheiden sich von sog. Zielschuldverhältnissen, indem Erstere als Hauptleistungsschuld ein fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten des Schuldners verlangen, mit welchem dieser so lange fortzufahren hat, als die Schuld besteht

bzw. der Vertrag dauert<sup>1</sup>. Bei der Dauerschuld «richtet sich die Leistung nach der Dauer der Verbindlichkeit»<sup>2</sup>.

Zu den Dauerschuldverhältnissen gehören etwa<sup>3</sup> die Miete, die Pacht, das Arbeitsverhältnis, die Gebrauchsüberlassung, der Hinterlegungsvertrag, das Darlehen und oft (wenn auch nicht notwendigerweise) der Auftrag. Auch Innominatverträge können Dauerschuldverhältnisse sein, wie etwa der Leasingvertrag, der Lizenzvertrag, der Alleinvertriebsvertrag, der Beherbergungs- und Gastaufnahmevertrag, das Factoring, der Unterrichtsvertrag, der Pensionsvertrag, der Hauswartzvertrag oder der Sponsoringvertrag.

Aus insolvenzrechtlicher Sicht stellen sich im Zusammenhang mit Dauerschuldverhältnissen<sup>4</sup> im Wesentlichen drei Fragen<sup>5</sup>: (1) Kann der Schuldner bzw. kann seine Masse den Vertrag vorzeitig auflösen? (2) Für welche Periode kann die Gegenpartei in der Insolvenz Forderungen geltend machen? (3) Welche Forderungen der Gegenpar-

<sup>1</sup> BBI 2010 6472; PETER GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, 6 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht – allgemeiner Teil, 9. A., Zürich 2008, Band I, Rz 94 f.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, Rz 113; BGE 138 III 318; Entscheid 4A\_141/2007 vom 20. August 2007, E. 4.1.

<sup>2</sup> GAUCH (FN 1), 6; vgl. auch HANS MERZ, Die Leistung als Inhalt von Forderungen und Schuldverpflichtungen Leistung und Zuwendung, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. 6, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilb. 1, Basel 1984, 128.

<sup>3</sup> Vgl. GAUCH (FN 1), 9 ff.

<sup>4</sup> Arbeitsverträge bleiben nachfolgend ausgeklammert; hier stellt sich eine Vielzahl von Sonderfragen.

<sup>5</sup> Ausgeklammert bleibt vorliegend auch der Fall, dass das Dauerschuldverhältnis mit dem Gemein- oder Nachlassschuldner persönlich weitergeführt wird (vgl. Art. 211a Abs. 3 revSchKG).

tei gelten als Masseverbindlichkeit? Diese Fragen sind für die das jeweilige Insolvenzverfahren gesondert zu erörtern.

## II. Ausserordentliches<sup>6</sup> Kündigungsrecht des Schuldners/seiner Masse

Das Zivilrecht sieht keine generellen Regeln vor, wie Dauerschuldverhältnisse vorzeitig gekündigt werden können. Es bestehen vielmehr je nach Vertragsart unterschiedliche gesetzliche Regelungen<sup>7</sup>. Das bisherige Insolvenzrecht kannte ebenfalls keine solchen Kündigungsmöglichkeiten<sup>8</sup>. Das revidierte Recht sieht eine solche Möglichkeit in einem Fall vor.

### A. Im Konkurs

Ein Konkurs führt zu Liquidation und (nach Abschluss des Verfahrens) zum Untergang der schuldnerischen Gesellschaft. Es rechtfertigt sich daher im Sinne eines Wertungsentscheides nicht, dem Schuldner bzw. dessen Insolvenzmasse für den Liquidationsfall ein ausserordentliches (insolvenzrechtlich motiviertes) Kündigungsrecht einzuräumen. Die Expertengruppe hatte ein solches ausserordentliches Kündigungsrecht im Konkurs in ihrem ersten Bericht noch in Erwägung gezogen<sup>9</sup>. Sie kam in ihrem zweiten Bericht jedoch zu einem anderen Schluss und verwarf ein solches ausserordentliches Kündigungsrecht für die Generalexekution wieder<sup>10</sup>. Der Bundesrat und ihm folgend das Parlament verzichteten im Rahmen der Revision bewusst darauf, für den Konkurs ein ausserordentliches Kündigungsrecht einzuführen<sup>11</sup>. Für den Kon-

kurs<sup>12</sup> bleibt es damit abschliessend bei den im Privatrecht (je nach Vertragsart) vorgesehenen Möglichkeiten, ein Dauerschuldverhältnis vorzeitig zu beenden.

### B. Im Nachlassverfahren

In Bezug auf das ausserordentliche Kündigungsrecht im Nachlassverfahren ist zwischen der Dauer der Nachlassstundung und der Zeit nach Zustandekommen<sup>13</sup> eines Nachlassvertrages zu unterscheiden.

#### 1. Während der Nachlassstundung

##### a. Grundsatz

Dauerschuldverhältnisse verpflichten die Parteien über lange Zeit hinaus und binden somit Ressourcen, die eine Partei effizienter anders einsetzen könnte<sup>14</sup>. Aufgrund dessen und/oder der unvorteilhaften Bedingungen für den Schuldner können Dauerschuldverhältnisse eine Sanierung erheblich erschweren<sup>15</sup> oder gar verhindern<sup>16</sup>.

Das revidierte Nachlassrecht stipuliert deshalb ein *ausserordentliches Kündigungsrecht* (Art. 297a revSchKG). Dieses gilt bei allen Dauerschuldverhältnissen (mit Ausnahme von Arbeitsverträgen; Art. 297a Satz 2 revSchKG) und unbesehen davon, ob der Schuldner einer Zahlungspflicht unterliegt (wie etwa der Mieter der Leasingnehmer) oder die charakteristische Leistung erbringt (wie etwa der Vermieter oder Leasinggeber). Damit kann grundsätzlich auch ein Darlehen, das der Nachlassschuldner einem Dritten gewährt hat, während der Nachlassstundung vorzeitig gekündigt und damit fällig gestellt werden.

<sup>6</sup> Die Möglichkeit einer *ordentlichen* Kündigung besteht selbstverständlich auch (und zwar in allen Phasen) im Rahmen eines Nachlassverfahrens (vgl. III.B.1.a.) sowie auch im Konkurs (vgl. III.A.1.). Darauf soll vorliegend nicht weiter eingegangen werden.

<sup>7</sup> Vgl. für einen Überblick: FRANCO LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, AJP/PJA 2004 (zit. Dauerschuldverhältnisse), 1209 ff.

<sup>8</sup> Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Begleitbericht zum Vorentwurf, Bern 2008 (zit. Begleitbericht), 17; BBl 2010 6472; DAVID RÜETSCHI, Zur Revision des Sanierungsrechts, Die Volkswirtschaft 2010, 5.

<sup>9</sup> Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?, Thesen und Vorschläge aus Sicht der Unternehmenssanierung, Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern 2005 (zit. Expertenbericht I), 33 f.

<sup>10</sup> Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern 2008 (zit. Expertenbericht II), 5, 19.

<sup>11</sup> BBl 2010 6473.

<sup>12</sup> Gleiches gilt beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung; vgl. II.B.2.

<sup>13</sup> Kommt kein Nachlassvertrag zustande oder wird aus einem anderen Grund von Amtes wegen der *Konkurs* eröffnet (Art. 296b, Art. 309 revSchKG), so dass das Regime des Konkursverfahrens gilt (vgl. II.A.).

<sup>14</sup> BBl 2010 6488; PABLO DUC, Die laufende Revision des Unternehmenssanierungsrechts aus praktischer Sicht, Die Volkswirtschaft 2010, 32.

<sup>15</sup> Expertenbericht I (FN 9), 32; Expertenbericht II (FN 10), 18; Begleitbericht (FN 8), 18 f.; BBl 2010 6488; AB SR 2012, 354 (Bundesrätin *Simonetta Sommaruga*); AB NR 2013, 614 (*Susanne Leutenegger Oberholzer*); ÜRS FURRER, Sanierungen erleichtern, flexibles Arbeitsrecht bewahren, Die Volkswirtschaft 2010, 30; FRANCO LORANDI, Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht, BISchK 2011 (zit. Sanierungsrecht), 98; RALPH MALACRIDA, Neuer Wind im Restrukturierungsrecht, Kurswechsel beim Gläubigerschutz?, GesKR 2007, 241.

<sup>16</sup> Begleitbericht (FN 8), 20; AB SR 2013, 614 (Bundesrätin *Simonetta Sommaruga*).

Voraussetzung ist, dass dem Schuldner eine (provisorische oder definitive) Nachlassstundung bewilligt worden ist. Ist dies der Fall, so kann er mit Zustimmung des Sachwalters ein Dauerschuldverhältnis<sup>17</sup> grundsätzlich jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt ausserordentlich kündigen (Art. 297a revSchKG)<sup>18</sup>. Damit kann der Schuldner «Ballast» abwerfen und seine Sanierungschancen verbessern<sup>19</sup>.

Der Umstand, dass dieses Kündigungsrecht im SchKG geregelt ist, hat dreierlei Implikationen: Erstens ist das Kündigungsrecht als Teil des Vollstreckungsrechts *zwingendes Recht*, so dass die Parteien das Kündigungsrecht vertraglich nicht ausschliessen oder abändern können. Zweitens wird das Kündigungsrecht damit zu einer (insolvenzrechtlichen) *loi d'application immédiate*<sup>20</sup>, d.h. es gilt unabhängig davon, welches materielle Recht auf das Dauerschuldverhältnis Anwendung findet. Es genügt die schweizerische Insolvenz (im Sinne einer Nachlassstundung). Drittens richtet sich im internationalen Verhältnis nach schweizerischem Rechtsverständnis, ob ein Dauerschuldverhältnis vorliegt. Dies gilt auch dann, wenn auf den Vertrag ausländisches Recht zur Anwendung kommt.

### b. Zustimmung des Sachwalters

Der Schuldner bedarf für seine ausserordentliche Kündigung die Zustimmung des Sachwalters (Art. 297a revSchKG). Die Zustimmung des Sachwalters kann *formfrei* erfolgen, namentlich auch konkludent. Sie kann mündlich oder schriftlich (damit auch per Email) erteilt werden<sup>21</sup>. Zu Beweis Zwecken wird der Sachwalter sie in aller Regel schriftlich erteilen. Die Zustimmung ist eine an den Schuldner gerichtete empfangsbedürftige Erklärung. Sinnvollerweise wird sie aber auch dem Vertragspartner zur Kenntnis gebracht, da er nur so die Wirksam-

keit der Kündigung des Schuldners beurteilen kann<sup>22</sup>. Die Zustimmung kann *vorgängig, zeitgleich oder auch nachträglich* (im Sinne einer Genehmigung) zur Kündigung des Schuldners erfolgen.

Bei der Zustimmung des Sachwalters handelt es sich um eine mitwirkungsbedürftige Handlung. Fehlt die Zustimmung des Sachwalters, so kann das ausserordentliche Kündigungsrecht nicht ausgeübt werden. Die Kündigung des Schuldners alleine entfaltet unter Art. 297a revSchKG keine Wirkungen. Ob die Kündigung (im Sinne einer Konversion) als «normale» (ordentliche) zivilrechtliche Kündigung zu behandeln ist, richtet sich nach dem (anwendbaren) materiellen Recht<sup>23</sup>. Sofern schweizerisches (materielles) Recht zur Anwendung gelangt, sollte m.E. eine Konversion erfolgen<sup>24</sup>; dafür bedarf der Schuldner von Gesetzes wegen<sup>25</sup> keine Zustimmung des Sachwalters.

### c. Vereitelung des Sanierungszwecks ohne Kündigung

Der Gesetzestext verlangt für eine ausserordentliche Kündigung, dass andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde (Art. 297a revSchKG). Diese *Qualifizierung* wurde erst in den parlamentarischen Beratungen (und zwar vom Ständerat<sup>26</sup>) eingeführt<sup>27</sup>. Diese Voraussetzung ist wenig durchdacht<sup>28</sup>. Sie impliziert, dass eine Kündigung nur im Hinblick auf eine Sanierung möglich ist. Bekanntlich ist die Sanierung des Schuldners ein mögliches Ziel (oder Ergebnis) einer Nachlassstundung. Daneben kommt es aber (und zwar in der überwiegenden Anzahl der Fälle) viel häufiger zu einem Nachlassvertrag mit Vermögens-

<sup>17</sup> Ausgenommen sind Arbeitsverhältnisse (Art. 297a Satz 2 revSchKG).

<sup>18</sup> Vgl. im Einzelnen RAMON MABILLARD, Kündigung der Dauerschuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren, Prozessuale Kompensation des materiell-rechtlichen Eingriffs gemäss Art. 297a VE-SchKG, BISchK 2010, 189 ff.

<sup>19</sup> LORANDI, Sanierungsrecht (FN 15), 103; vgl. auch FRANCO LORANDI/DANIEL STAEHELIN/KARL WÜTHRICH, Beim Sanierungsrecht sind Verbesserungen nötig, NZZ vom 20. September 2011, 23; JOS VANDEBROEK, Firmensanierungen als politischer Zankapfel, NZZ vom 8. Mai 2012, 31; LUKAS MÜLLER, Das neue Sanierungsrecht aus empirischer Perspektive: was sind die kritischen Erfolgsfaktoren einer Sanierung?, AJP 2014, 196.

<sup>20</sup> LORANDI, Sanierungsrecht (FN 15), 103.

<sup>21</sup> So auch DANIEL STAEHELIN, Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz, Tagungsunterlagen zur Tagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen vom 4. Dezember 2013, 6.

<sup>22</sup> Vgl. auch STAEHELIN (FN 21), 6.

<sup>23</sup> STAEHELIN (FN 21), 7.

<sup>24</sup> A.M. BGE 135 III 441 E. 3 (=Pra 99 Nr. 30) in Bezug auf einen Mietvertrag; ebenso a.M. STAEHELIN (FN 21), 7. Für eine grundsätzliche Konvertierung: MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP/PJA 2010, 709 m.w.H. Vgl. auch Art. 145 Abs. 2 OR 2020 (vgl. www.or2020.ch), wonach eine ausserordentliche Kündigung eines Dauervertrags, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, in eine ordentliche Kündigung umgedeutet wird.

<sup>25</sup> Der Umstand, dass sich der Sachwalter in seinen Weisungen (Art. 298 Abs. 4 revSchKG) die Zustimmung zu Kündigungen vorbehalten hat, macht eine Kündigung des Schuldner ohne Zustimmung des Sachwalters zivilrechtlich nicht ungültig.

<sup>26</sup> Die Expertengruppe hatte ganz bewusst darauf verzichtet, sachliche Voraussetzungen für die Kündigung festzulegen (Expertenbericht II [FN 10], 20). Der Bundesrat übernahm diese Sichtweise in seiner Botschaft (BB1 2010 6489).

<sup>27</sup> AB SR 2012, 354.

<sup>28</sup> Vgl. auch OLIVIER HARI/HUBERT GMÜNDER, Das neue Sanierungsrecht, Hat der Berg eine Maus geboren?, GesKR 2013, 573 f.

abtretung. Wenn man auf den Gesetzeswortlaut abstellen wollte, dann wäre diesfalls eine ausserordentliche Kündigung nicht möglich. Es kommt hinzu, dass in den meisten Fällen im Zeitpunkt der Kündigung noch gar noch nicht abschätzbar geschweige denn klar ist, wie bzw. womit die Nachlassstundung endet.

Das Parlament liess sich vom Gedanken leiten, dass keine neuen *Missbrauchsmöglichkeiten* geschaffen bzw. Missbräuche *verhindert werden sollten*<sup>29</sup>. Gemeint war wohl, dass verhindert werden sollte, dass ein Schuldner einzig (oder vorrangig) deshalb eine Nachlassstundung beantragt, um sich unvorteilhaften Dauerschuldverhältnissen durch ausserordentliche Kündigung zu entledigen. Dafür hätte es keiner Ergänzung des Gesetzestextes bedurft; dieser (allgemeine) Vorbehalt ergibt sich schon aus Art. 2 ZGB, welche Bestimmung auch im Vollstreckungsrecht gilt. Insofern schiesst der Gesetzeswortlaut weit über die zugrunde liegende Zweckbestimmung hinaus. Aus diesem Grund muss m.E. eine *teleologische Reduktion* Platz greifen. Sofern man überhaupt eine weitergehende Einschränkung unterstellen will, welche über das Rechtsmissbrauchsverbot hinausgeht<sup>30</sup>, dann müsste m.E. folgendes gelten: Eine direkte Kausalität zwischen der ausserordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses und der Vereitelung des Sanierungszwecks (als *conditio sine qua non* im Sinne einer Monokausalität<sup>31</sup>) kann nicht verlangt werden<sup>32</sup>. Wie jede hypothetische Kausalität könnte sie auch nie strikt bewiesen werden. Es muss deshalb m.E. genügen, dass die Kündigung dem Sanierungszweck in einem gewissen (nicht gerade völlig untergeordneten) Masse förderlich ist<sup>33</sup>.

Das Gesetz sagt nicht, was die *Folgen* sind, wenn eine ausserordentliche Kündigung (mit Zustimmung des

Sachwalters) erfolgt, ohne dass die sachlichen Voraussetzungen dafür («sofern andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde»; Art. 297a revSchKG) gegeben sind. Diese Frage bemisst sich nach dem anwendbaren materiellen Recht. Sofern schweizerisches (materielles) Recht zur Anwendung gelangt, verhält es sich m.E. gleich wie im Zivilrecht, wenn eine ausserordentliche Kündigung erfolgt, aber dessen Voraussetzung (ein sog. wichtiger Grund) nicht gegeben ist. Die gesetzliche Regelung ist diesbezüglich verschieden. Für verschiedene Verträge sieht das Gesetz eine ausdrückliche Regelung für diesen Fall vor<sup>34</sup>. Soweit das Zivilrecht für eine bestimmte Vertragsart eine Regelung vorsieht, so gilt diese m.E. auch in Bezug auf Art. 297a SchKG (sofern der Vertrag schweizerischem Recht untersteht). Wenn das Zivilrecht nichts sagt (was für die Mehrheit der Verträge und per definitionem für sämtliche Innominatverträge zutrifft), so ist die Rechtslage zum Zivilrecht unklar; die Rechtsprechung erscheint uneinheitlich<sup>35</sup> und die Lehre ist gespalten<sup>36</sup>. Gerade im insolvenzrechtlichen Zusammenhang ist m.E. der Sichtweise der Vorzug zu geben, wonach die Kündigung (trotz fehlendem Kündigungsgrund) wirkt<sup>37</sup>, der Gegenpartei aber Schadenersatzansprüche zustehen. Diese Regelung macht gerade auch in Bezug auf Art. 297a revSchKG Sinn<sup>38</sup>. Die Entschädigungs- oder Schadenersatzforderungen sind auf jeden Fall nur Nachlassforderungen, nicht etwa Masseverbindlichkeiten (vgl. Art. 297a Satz 1 revSchKG).

#### d. Beurteilung der Zulässigkeit

Die ausserordentliche Kündigung muss vom Schuldner erklärt werden. Sie bedarf jedoch der Zustimmung des Sachwalters und es müssen sachliche Voraussetzungen

<sup>29</sup> AB SR 2012, 354 (*Pirmin Bischoff*); AB NR 2013, 616 (*Karl Volger*).

<sup>30</sup> Die (wenigen) Äusserungen im Rahmen der parlamentarischen Beratungen gehen einerseits in Richtung Kausalität (AB SR 2012, 354 [*Pirmin Bischoff*]; AB NR 2013, 614 [*Susanne Leutenegger Oberholzer*]). Andererseits darf dies vor dem Hintergrund der angestrebten Vermeidung von Missbräuchen (AB SR 2012, 354 [*Pirmin Bischoff*]) nicht allzu streng zu verstehen sein.

<sup>31</sup> D.h. ohne die ausserordentliche Kündigung *dieses* Vertrages scheidet die Sanierung.

<sup>32</sup> Eine Sanierung ist bekanntlich eine komplexe Angelegenheit. Wie die schlechte Situation des Schuldners in aller Regel auf einer Vielzahl von Faktoren beruht, so hängt auch die Sanierung praktisch nie nur von einem Umstand oder gar von einem Vertrag ab, sondern von einer Vielzahl von Faktoren, die insgesamt geändert werden müssen, um eine Sanierung erfolgreich zum Abschluss zu bringen.

<sup>33</sup> Gemäss MÜLLER (FN 19), 196, genügt es für eine ausserordentliche Kündigung, dass ein bestehendes Dauerschuldverhältnis den betrieblichen Cash Flow nachteilig beeinflusst oder betriebliche Prozesse durch die Kündigung verbessert werden können.

<sup>34</sup> Vgl. Art. 337b, Art. 337c, Art. 337d OR für den Arbeitsvertrag, Art. 404 für den Auftrag, Art. 418r OR für den Agenturvertrag, Art. 266o OR für das Miet- und Art. 271 ff. für das Pachtrecht.

<sup>35</sup> Sofortige Beendigung des Dauerschuldverhältnisses trotz ungerechtfertigter ausserordentlichen Kündigung (Urteil 4A\_229/2010 vom 7. Oktober 2010, E. 5; BGE 125 III 16, BGE 120 III 245); Unwirksamkeit einer fristlosen Kündigung eines Lizenzvertrags ohne wichtigen Grund (BGE 133 III 360 E. 8.1.2, 8.1.3 und 9.1 [=Pra 97 Nr. 6]).

<sup>36</sup> Zum Überblick über den Meinungsstand vgl. MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER (FN 24), 699, m.w.H.; MICHAEL KULL, Verbindlichkeit der fristlosen und ungerechtfertigten Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, SJZ 2011, 245 ff., m.w.H.

<sup>37</sup> A.M. STAHELIN (FN 21), 7.

<sup>38</sup> Schon die Expertengruppe hatte dafür gehalten, dass (i) die Kündigung (als Gestaltungsrecht) auch dann wirksam ist, wenn sachliche Voraussetzungen nicht erfüllt sind, (ii) die Gegenpartei die Kündigung nicht anfechten kann und (iii) es nur eine Frage der Entschädigung der Gegenpartei ist (Expertenbericht I [FN 9], 37); vgl. auch MABILARD (FN 18), 202.

erfüllt sein (Art. 297a revSchKG). Diese Regelung ist im Schnittbereich zwischen dem materiellen Recht und dem Vollstreckungsrecht. Als *loi d'application immédiate* des schweizerischen Vollstreckungsrechts<sup>39</sup> ist sie letztlich (und primär) eine Norm des materiellen Rechts. Dies hat Auswirkungen darauf, welche Behörden über die Zulässigkeit einer ausserordentlichen Kündigung entscheiden können.

Dieser Entscheid obliegt im Streitfall dem *Zivilrichter*. Dies gilt sowohl für die Frage, ob die Zustimmung des Sachwalters vorliegt, als auch dafür, ob der sachliche Grund für eine ausserordentliche Kündigung (d.h., dass andernfalls die Sanierung scheitern würde) gegeben ist. Letztlich geht es um die Frage, ob das Dauerschuldverhältnis noch fort dauert oder ob es zulässigerweise gekündigt worden ist. Die SchKG-Aufsichtsbehörden können darüber im Beschwerdeverfahren (Art. 17 ff. SchKG) nicht entscheiden; die Zustimmung des Sachwalters ist denn auch eine rechtsgeschäftliche Handlung, welche nicht als Verfügungen qualifizieren und deshalb nicht mit Beschwerde anfechtbar sind.

Anders verhält es sich m.E. einzig im Fall, dass der Sachwalter seine *Zustimmung* zur ausserordentlichen Kündigung *verweigert*. Diese Verweigerung kann grundsätzlich (als Verfügung) mit *SchKG-Beschwerde* bei den Aufsichtsbehörden (und zwar einzig wegen Unangemessenheit<sup>40</sup>) angefochten werden.

#### e. Entschädigungsanspruch des Vertragspartners

Der Gegenpartei steht zufolge der vorzeitigen Kündigung eine Entschädigung zu und zwar eine *volle*<sup>41</sup> Entschädigung<sup>42</sup>. Der Vertragspartner muss sich jedoch in analoger Anwendung der Regelung im Konkurs (Art. 211a Abs. 1 revSchKG)<sup>43</sup> allfällige *Vorteile anrechnen lassen*, die er während der Dauer, welche mit dem Entschädigungsanspruch abgegolten wird, erzielt hat oder hätte erzielen können. Damit wird (nebst der ausserordentlichen Kündigung) auch der Grundsatz der Vorteilsanrechnung zu einer (vollstreckungsrechtlichen) *loi d'application immédiate*.

Die Entschädigung gilt nur als *Nachlassforderung* (Art. 297a revSchKG) und unterliegt als solche dem Nachlassvertrag; es liegt somit keine Masseverbindlichkeit (i.S.v. Art. 310 Abs. 2 SchKG) vor<sup>44</sup>, obschon der Sachwalter seine Zustimmung zur vorzeitigen Kündigung erteilen musste<sup>45</sup>.

#### f. Wertung

Dogmatisch betrachtet stellt das ausserordentliche Kündigungsrecht einer Partei zufolge ihrer eigenen Insolvenz nicht nur eine *Kuriosität*, sondern auch einen *erheblichen Eingriff ins materielle Recht* (namentlich in den Grundsatz «*pacta sunt servanda*») dar<sup>46</sup>. Wirtschaftlich sieht es jedoch häufig anders aus: Es nützt dem Vertragspartner häufig nichts, wenn er zwar (formell) einen gültigen Vertrag hat, aber nicht mehr bezahlt wird<sup>47</sup> (weil z.B. der Schuldner dessen Leistung nicht mehr beansprucht; vgl. Art. 310 Abs. 2 Satz 2 revSchKG)<sup>48</sup>. Insofern führt die ausserordentliche Kündigung «nur» zur (formellen) zivilrechtlichen Liquidierung des Vertragsverhältnisses, welches realiter ohnehin nicht mehr erfüllt (und ansonsten «verhungern») würde. Die Gegenpartei wird im Verfahren mit ihrer Entschädigung als Nachlassforderung voll berücksichtigt (Art. 297a Abs. 1 zweiter Halbsatz revSchKG). Ohne Liquidierung des Vertragsverhältnisses wäre dies für Forderungen, welche erst nach Abschluss des Nachlassverfahrens entstehen, nicht der Fall, da solche grundsätzlich nicht als Insolvenzforderungen qualifizieren<sup>49</sup>.

## 2. Nach Zustandekommen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung

Nach Zustandekommen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung gilt die analoge Regelung wie im Konkurs<sup>50</sup>. Eines ausdrücklichen gesetzlichen Verweises bedarf es dazu nicht. Es ist eine ungeschriebene Regel des Nachlassvertragsrechts, dass (passende) Regeln des Konkursverfahrens auch auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (analog) Anwendung finden, sofern die Besonderheiten des Nachlassvertragsrechts dem

<sup>39</sup> Vgl. II.B.1.a.

<sup>40</sup> Die Verletzung von Art. 297a revSchKG durch den Sachwalter kann vor den Aufsichtsbehörden nicht als Gesetzesverletzung (Art. 17 Abs. 1 SchKG) gerügt werden.

<sup>41</sup> In ihrem ersten Bericht hatte die Expertengruppe noch nur eine *angemessene* Entschädigung vorgeschlagen (Expertenbericht I [FN 9], 34).

<sup>42</sup> Expertenbericht II (FN 10), 19 f.; Begleitbericht (FN 8), 19; BBl 2010 6488, AB NR 2013, 615 (*Susanne Leutenegger Oberholzer*); RÜETSCHI (FN 8), 5; LORANDI, Sanierungsrecht (FN 15), 103.

<sup>43</sup> Vgl. Begleitbericht (FN 8), 19; BBl 2010 6488; LORANDI, Sanierungsrecht (FN 15), 103.

<sup>44</sup> LORANDI, Sanierungsrecht (FN 15), 103.

<sup>45</sup> Womit man «in die Nähe» von Art. 310 SchKG 2 SchKG kommt.

<sup>46</sup> BBl 2010 6488.

<sup>47</sup> In der Regel wird der Sachwalter dem Schuldner sogar untersagen, solche Forderungen – mangels Qualifikation als Masseverbindlichkeit – zu zahlen.

<sup>48</sup> Vgl. auch DUC (FN 14), 32.

<sup>49</sup> Vgl. III.A.3.

<sup>50</sup> Vgl. Expertenbericht II (FN 10), 19; BBl 2010 6473; LORANDI, Sanierungsrecht (FN 15), 102.

nicht entgegenstehen<sup>51</sup>. Dies gilt anerkanntermassen für Art. 211 SchKG<sup>52</sup>, weshalb für Art. 211a revSchKG, welche Bestimmung eine *lex specialis* zu Art. 211 SchKG für Dauerschuldverhältnisse darstellt, das Gleiche gelten muss.

### 3. Nach Zustandekommen eines ordentlichen Nachlassvertrages

Mit Zustandekommen eines ordentlichen Nachlassvertrages (bzw. präziser mit Vollstreckbarkeit des Entscheides) endet die Nachlassstundung (Art. 308 Abs. 2 revSchKG). Damit entfällt ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf Art. 297a SchKG auszusprechen<sup>53</sup>. Es gilt wieder abschliessend das Regime des Zivilrechts.

### 4. Nach Aufhebung der Nachlassstundung

Gelingt die Sanierung vor Ablauf der Stundung, so hebt das Nachlassgericht die Nachlassstundung von Amtes wegen auf (Art. 296a Abs. 1 Satz 1 revSchKG). Mit Vollstreckbarkeit des Aufhebungsentscheides fallen die Wirkungen der Nachlassstundung dahin (Art. 308 Abs. revSchKG analog). Auch in diesem Fall entfällt ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf Art. 297a SchKG auszusprechen<sup>54</sup>, und es gilt wieder abschliessend das Regime des Zivilrechts.

## III. Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen

Ob eine Forderung eine Insolvenzforderung oder eine Masseverbindlichkeit ist<sup>55</sup>, ist von grosser praktischer Bedeutung: Insolvenzforderungen (d.h. Konkursforderungen im Konkurs und Nachlassforderungen im Nachlassverfahren) werden nach Massgabe der Konkursklassen (Art. 219 Abs. 4 SchKG) aus den liquidierten Aktiven befriedigt. Drittklassforderungen können häufig nur in einem sehr geringen Umfang oder gar nicht bedient werden. Masseverbindlichkeiten werden dagegen vorab aus der Insolvenzmasse bezahlt (Art. 262 Abs. 1 SchKG). Sie werden deshalb (von pathologischen Fällen abgesehen) immer vollständig bezahlt.

### A. Im Konkurs

Für den Konkurs<sup>56</sup> lassen sich grundsätzlich drei Szenarien unterscheiden, welche für die Frage, ob Konkursforderungen oder Masseverbindlichkeiten vorliegen, andere Ergebnisse zeitigen:

#### 1. Ordentliche Kündigung

Die Masse oder die Gegenparten können einen Vertrag nach den Regeln des Zivilrechts ordentlich kündigen<sup>57</sup>. Eine ordentliche Kündigung muss erklärt werden; es gilt keine Vermutung, dass Dauerschuldverhältnisse ordentlich gekündigt werden, wenn die Konkursverwaltung den Vertrag nicht weiterführt bzw. keinen «Vertragsesintritt» (i.S.v. Art. 211/211a SchKG) erklärt<sup>58</sup>. Die aus der Kündigung resultierenden Forderungen sind Konkursforderungen<sup>59</sup> und keine Masseverbindlichkeiten. Dies gilt auch dann, wenn die Kündigung nach dem Konkurs ausgesprochen wird. Dasselbe gilt für Forderungen zwischen der Konkursöffnung und der Kündigung (sofern die Masse nicht gemäss Art. 211 SchKG in den Vertrag «eingetreten» ist).

<sup>51</sup> Vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 55 Rz 31; GILDO PAPA, Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Bern 1941, 104 ff.; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS KULL/MARTIN KOTTMANN, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 2001, Art. 317 SchKG N 4; BGE 102 III 36, BGE 107 III 109, BGE 113 III 150.

<sup>52</sup> Vgl. Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, 2. A., Basel 2010 (nachfolgend zitiert BSK SchKG II-BEARBEITER), BSK SchKG II-THOMAS BAUER/OLIVIER HARI/VINCENT JEANNERET/KARL WÜTHRICH, Art. 319 N 10; BGE 107 III 109.

<sup>53</sup> Selbstverständlich wirkt jedoch eine (gültige) ausserordentliche Kündigung während der Nachlassstundung (als Gestaltungsrecht) über das Ende der Nachlassstundung hinaus und damit auch für die Zeit nach Genehmigung eines ordentlichen Nachlassvertrages.

<sup>54</sup> Auch in dieser Konstellation wirkt jedoch eine (gültige) ausserordentliche Kündigung während der Nachlassstundung (als Gestaltungsrecht) über das Ende der Nachlassstundung hinaus und damit auch für die Zeit nach Aufhebung der Nachlassstundung.

<sup>55</sup> Daneben gibt es auch Forderungen, welche sich gegen den Gemeinschuldner persönlich richten (vgl. FN 67).

<sup>56</sup> Gleiches gilt beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung; vgl. III.B.2.

<sup>57</sup> Expertenbericht II (FN 10), 19; Begleitbericht (FN 8), 18; BBI 2010 6474; AB NR 2013 603 (Karl Vogler); HARI/GMÜNDER (FN 28), 573 Fn 6.

<sup>58</sup> So aber SANDRA EBERLE/STEPHAN C. BRUNNER, Die wichtigsten im Jahr 2014 in Kraft tretenden Erlasse des Bundes – Ein Überblick, Anwalts Revue 2013, 463 (ohne Belegstelle).

<sup>59</sup> BBI 2010 6473; HARI/GMÜNDER (FN 28), 573 FN 6.

## 2. Partiieller «Vertragseintritt» gemäss Art. 211a SchKG

Die Masse kann (gemäss Art. 211 SchKG) *in ein vorbestehendes Dauerschuldverhältnis «eintreten»*. Nach der Praxis zum bisherigen Recht führte ein «Vertragseintritt» dazu, dass sämtliche Verbindlichkeiten aus dem Dauerschuldverhältnis, unabhängig davon, wann sie entstanden sind bzw. entstehen, als Masseverbindlichkeit galten<sup>60</sup>.

Neu wird klargestellt, dass in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse auch ein sog. *partieller Vertragseintritt* möglich ist<sup>61</sup>: Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen gelten nur für diejenige Dauer und in dem sachlichen Umfang als Masseverbindlichkeiten, für welche die Masse Leistungen aus dem Vertrag in Anspruch genommen hat (Art. 211a Abs. 2 revSchKG). Die Inanspruchnahme kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Wesensmässig ist der partielle Vertragseintritt (i.S.v. Art. 211a Abs. 2 revSchKG) nichts anderes als ein «Vertragseintritt» gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG<sup>62</sup>. Dies bedeutet namentlich, dass die Gegenpartei für ihre Forderungen von der Konkursverwaltung Sicherstellung verlangen kann (Art. 211 Abs. 2 Satz 2 SchKG)<sup>63</sup>.

Für den Beginn, ab wann eine Masseverbindlichkeit vorliegt, ist – wie der Gesetzestext klar sagt – der Beginn der Inanspruchnahme der Gegenleistung durch die Masse und nicht etwa das (frühere) Datum der Konkurseröffnung massgeblich (sofern die Inanspruchnahme nicht mit der Konkurseröffnung zusammenfällt). Die Materialien<sup>64</sup> sind diesbezüglich unzutreffend.

Dies sei an einem *Beispiel* veranschaulicht: Der Konkurs wird im Januar eröffnet. Von den vier geleasteten Fahrzeugen nimmt die Masse im März und April eines in Anspruch. Für ein Fahrzeug für zwei Monate (März und April) steht der Gegenpartei eine Masseverbindlichkeit zu. Für die Zeit davor und danach (längstens aber bis zum nächst möglichen Kündigungstermin oder bis zum festen Vertragsende; Art. 211a Abs. 1 revSchKG) und in Bezug auf die drei anderen Fahrzeuge (für die gesamte Dauer) liegt nur eine Konkursforderung vor<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Vgl. MARTIN PLENIO, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs, Diss. St. Gallen 2003, 194 m.w.H.; LORANDI, Sanierungsrecht (FN 15), 102.

<sup>61</sup> LORANDI, Sanierungsrecht (FN 15), 102; DANIEL STAEHELIN, Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, AJP/PJA 2013, 1739.

<sup>62</sup> BBI 2010 6473; STAEHELIN (FN 21), 2.

<sup>63</sup> STAEHELIN (FN 21), 3.

<sup>64</sup> Expertenbericht II (FN 10), 19; BBI 2010 6473, wo auf die Konkurseröffnung abgestellt wird.

<sup>65</sup> LORANDI, Sanierungsrecht (FN 15), 102.

## 3. Weder Kündigung noch «Vertragseintritt» (Nichtstun)

In der Praxis kommt es oft vor, dass weder eine Partei das Dauerschuldverhältnis kündigt noch ein Vertragseintritt erfolgt. Das Dauerschuldverhältnis «verhungert», ohne dass es zivilrechtlich beendet wird. Damit stellt sich die Frage, welche Forderungen (bzw. für welche Dauer Forderungen) im Konkurs als Konkursforderungen zu berücksichtigen sind. Das geltende Recht enthielt keine ausdrückliche Regelung. Die ungeschriebene Regel lautete, dass (vorbehältlich ausdrücklicher gesetzlicher Ausnahmen) nur Forderungen, die vor Konkurs entstanden waren, als Konkursforderung gelten<sup>66</sup>. Damit waren Forderungen aus ungekündigten Dauerschuldverhältnissen ab Konkurseröffnung keine Konkursforderungen<sup>67</sup>. In der Praxis bestand – mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung – ein grosse Uneinheitlichkeit, wie solche nach Konkurs entstandenen Forderungen zu behandeln sind<sup>68</sup>.

Mit der Revision wird klargestellt, dass ein Vertragspartner bei ungekündigten Dauerschuldverhältnissen Konkursforderungen für die Zeit ab Konkurseröffnung geltend machen kann und zwar entweder bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin (bei unbefristeten Verträgen) oder bis zum Ende der festen Vertragsdauer (bei befristeten Verträgen; Art. 211a Abs. 1 Satz 1 revSchKG). Für die Zeit danach kann er keine Ansprüche stellen. Solche wären bei der Kollokation abzuweisen. Damit wird für die Praxis Rechtssicherheit geschaffen<sup>69</sup>. Mit dieser neuen Regelung gilt das Dauerschuldverhältnis nicht etwa aus vollstreckungsrechtlichen Gründen (fiktiv) als aufgelöst<sup>70</sup>; es gilt auch keine Vermutung für eine ordentliche Kündigung<sup>71</sup>. Einzig für die Frage, für welche Dauer Konkursforderungen geltend gemacht werden können, wird der gleiche Zustand hergestellt, wie wenn das Dauerschuldverhältnis sofort nach Konkurseröffnung (hy-

<sup>66</sup> BGE 124 III 42, BGE 121 III 386, 93 III 57, BGE 79 III 128 ff.

<sup>67</sup> Sie sind auch keine Masseverbindlichkeiten. Sie richten sich vielmehr gegen den konkursiten Schuldner persönlich und sind im Konkursverfahren unbeachtlich. Da für Forderungen gegen den Gemeinschuldner persönlich nicht in die Konkursaktiven vollstreckt werden kann, landen diese Forderungen (wirtschaftlich) in einen «schwarzen Loch» (vgl. LORANDI, Dauerschuldverhältnisse [FN 7], 1217 m.w.H.).

<sup>68</sup> Expertenbericht II (FN 10), 19 f.; Begleitbericht (FN 8), 19; BBI 2010 6473; AB NR 2013 603 (Bundsrätin Simonetta Sommaruga); AB NR 2013 603 (Karl Vogler).

<sup>69</sup> AB NR 2013 603 (Bundsrätin Simonetta Sommaruga).

<sup>70</sup> Diesbezüglich unzutreffend: AB NR 2013 603 (Bundsrätin Simonetta Sommaruga).

<sup>71</sup> So aber EBERLE/BRUNNER (FN 58), 463.

pothetisch) auf den nächst möglichen Termin gekündigt worden wäre. Aus diesem Grund muss die Konkursverwaltung selbst nicht (ordentlich) kündigen, da sie dadurch die Forderung nicht reduzieren kann<sup>72</sup>.

Der Vertragspartner muss sich *allfällige Vorteile anrechnen lassen*, die er für die Dauer erlangt hat oder hätte erlangen können, für welche er Forderungen als Konkursforderungen geltend machen kann (Art. 211a Abs. 1 Satz 2 revSchKG). Dabei handelt es sich an sich um eine Regelung des materiellen Rechts.

Dass diese im SchKG verankert wurde, hat dreierlei Implikationen<sup>73</sup>: Erstens ist sie als Teil des Vollstreckungsrechts *zwingendes Recht*, so dass die Parteien vertraglich davon nicht abweichen können. Zweitens wird der allgemeine Grundsatz der Vorteilsanrechnung damit zu einer (insolvenzrechtlichen) *loi d'application immédiate*<sup>74</sup>, d.h. er gilt unabhängig davon, welches materielle Recht auf das Dauerschuldverhältnis Anwendung findet. Diese vollstreckungsrechtlichen Grundsätze können und müssen bei der Kollokation berücksichtigt werden und zwar selbst dann, wenn über Bestand und Umfang der Forderung ein rechtskräftiges (in- oder ausländisches) Urteil (aus der Zeit vor der Insolvenz) vorliegt<sup>75</sup>. Drittens richtet sich im internationalen Verhältnis nach schweizerischem Rechtsverständnis, ob ein Dauerschuldverhältnis vorliegt. Dies gilt auch dann, wenn auf den Vertrag ausländisches Recht zur Anwendung kommt.

Sofern auf das Dauerschuldverhältnis ausländisches (materielles) Recht Anwendung findet, könnten sich teilweise *schwierige Abgrenzungsfragen* zwischen dem Grundsatz der Vorteilsanrechnung (nach schweizerischem Insolvenzrecht) und der Regelung gemäss dem (anwendbaren) ausländischen materiellen Recht stellen. Grundsätzlich gehen die Regeln des SchKG vor.

Ob in Bezug auf die Erbringung der Gegenleistung der Vertragspartei die *Austausch- oder die Differenztheorie* zur Anwendung kommt, ist und bleibt eine Frage des materiellen Rechts, welche von den vollstreckungsrechtlichen Regeln nicht erfasst wird. Diese Frage wurde bewusst der Praxis überlassen<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> STAEHELIN (FN 21), 4.

<sup>73</sup> Vgl. auch II.B.1.a.

<sup>74</sup> Vgl. Expertenbericht II (FN 10), 20; Begleitbericht (FN 8), 19; BBl 2010 6474, wonach die Regelung eigentlich ins IPRG gehört hätte, im Sachzusammenhang des SchKG aber leichter auffindbar und besser verständlich ist.

<sup>75</sup> Es verhält sich insofern analog dem Fall, da Forderungen aus anererkennungsfähigen ausländischen Urteilen bei der Kollokation auf deren Einklang mit den Bestimmungen über die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG) überprüft werden können und müssen.

<sup>76</sup> Expertenbericht II (FN 10), 20; Begleitbericht (FN 8), 19.

## B. Im Nachlassverfahren

### 1. Während der Nachlassstundung

#### a. Bei Kündigung

Der Nachlassschuldner oder die Gegenparten können einen Vertrag auch während der Nachlassstundung nach den Regeln des Zivilrechts ordentlich kündigen<sup>77</sup>. Die aus der Kündigung resultierenden Forderungen der Gegenpartei sind Nachlassforderungen und keine Masseverbindlichkeiten. Dies gilt auch dann, wenn der Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters ausserordentlich gekündigt hat (Art. 297a revSchKG).

#### b. Partiieller Vertragseintritt

Das bisherige Recht sah als Regel nur vor, dass die während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten in einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder in einem nachfolgenden Konkurs die Masse verpflichten (Art. 310 Abs. 2 SchKG). Was dies in Bezug auf Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen bedeutete, war weitgehend unklar.

Im revidierten Nachlassvertragsrecht wird diese Regelung ergänzt um den Zusatz, dass Gleiches für die Gegenforderungen aus einem Dauerschuldverhältnis gilt, soweit der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters<sup>78</sup> Leistungen aus dem Vertrag in Anspruch genommen hat (Art. 310 Abs. 2 Satz 2 revSchKG). Die Bestimmung ist somit das Pendant zu Art. 211a Abs. 2 revSchKG, welcher im Konkurs gilt. Auch im vorliegenden Zusammenhang kann die Inanspruchnahme ausdrücklich oder konkludent erfolgen.

Massgebend ist auch<sup>79</sup> für die Nachlassstundung, in welchem sachlichen Umfang und für welche Dauer der Schuldner (mit Zustimmung des Sachwalters) die Gegenleistung in Anspruch nimmt. Nur für diese Dauer handelt es sich um Masseverbindlichkeiten. Für den Beginn, ab wann eine Masseverbindlichkeit vorliegt, ist – wie der Gesetzestext klar sagt – der Beginn der Inanspruchnahme der Gegenleistung durch den Nachlassschuldner und nicht etwa das (frühere) Datum der Bewilligung der Nachlassstundung massgeblich (sofern die Inanspruchnahme nicht mit diesem Datum zusammenfällt)<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Vgl. FN 6.

<sup>78</sup> Die Kautelen für die Zustimmung des Sachwalters sind dieselben wie für das ausserordentliche Kündigungsrecht eines Dauerschuldverhältnisses während der Nachlassstundung (Art. 297a Satz 1 revSchKG); vgl. II.B.1.b.

<sup>79</sup> Für den Konkurs vgl. III.A.2.

<sup>80</sup> Vgl. auch das Beispiel zum Konkurs: II.A.2.



## 2. Nach Zustandekommen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung

Nach Zustandekommen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung gilt für die Entstehung von (neuen) Masseverbindlichen die Regelung im Konkurs (Art. 211a Abs. 2 revSchKG) analog<sup>81</sup>.

## 3. Nach Zustandekommen eines ordentlichen Nachlassvertrages

Mit Bestätigung (bzw. präziser mit Vollstreckbarkeit des Bestätigungsentscheids) eines ordentlichen Nachlassvertrages fallen die Wirkungen der Nachlassstundung dahin (Art. 308 Abs. 2 revSchKG). Der Schuldner ist wieder aufrechtstehend. Nach Zustandekommen eines ordentlichen Nachlassvertrages können deshalb keine Masseverbindlichkeiten (mehr) entstehen<sup>82</sup>.

## 4. Nach Aufhebung der Nachlassstundung

Gelingt die Sanierung vor Ablauf der Stundung, so hebt das Nachlassgericht die Nachlassstundung von Amtes wegen auf (Art. 296a Abs. 1 Satz 1 revSchKG). Mit Vollstreckbarkeit des Aufhebungsentscheides fallen die Wirkungen der Nachlassstundung dahin (Art. 308 Abs. revSchKG analog). Auch in diesem Fall ist der Schuldner wieder aufrechtstehend, weshalb keine Masseverbindlichkeiten mehr entstehen können.

<sup>81</sup> Dies gilt namentlich in Bezug auf Art. 211 SchKG (BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 52), Art. 319 N 10; BGE 107 III 109), weshalb auch für Art. 211a SchKG nichts anderes gelten kann.

<sup>82</sup> FRANCO LORANDI, Die Wirkungen des Konkursaufschubs (Art. 725a OR): Ausgewählte Fragen aus vollstreckungsrechtlicher Sicht, in: FS Karl Spühler [Hrsg. Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam Gehri], Zürich 2005, 217.