



Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung

FRANCO LORANDI*

In jedem Verfahren der Generalabrechnung (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) entstehen sog. Masseverbindlichkeiten. Diese geniessen ein «Superprivileg», indem sie vorab aus dem Verwertungserlös befriedigt werden, bevor privilegierte Gläubigerforderungen zum Zug kommen. Das Gesetz regelt nur in wenigen Ausnahmefällen, wann Ansprüche als Masseverbindlichkeiten gelten und wann nicht. Im Übrigen obliegt es der Praxis, im Einzelfall herauszuarbeiten, wann eine bloss Insolvenzforderung und wann eine Masseverbindlichkeit vorliegt. Dieser Beitrag stellt systematisch dar, wann – je nach Art des Vollstreckungsverfahrens – eine Masseverbindlichkeit vorliegt.

Chaque procédure d'exécution générale (faillite, concordat par abandon d'actifs) donne lieu à des dettes de la masse. Celles-ci bénéficient d'un «superprivilege», en ce sens qu'elles sont remboursées préalablement sur le produit de réalisation, avant même les créances privilégiées. La loi ne définit que dans quelques cas exceptionnels les prétentions qui sont ou non considérées comme des dettes de la masse. Pour le reste, il appartient à la pratique de clarifier au cas par cas s'il s'agit d'une simple créance à produire en cas d'insolvabilité ou d'une dette de la masse. Cette contribution présente de manière systématique ce qui constitue une dette de la masse, en fonction du type de procédure d'exécution.

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
 - A. Begriffe
 - B. «Eigenleben»
 - C. Gegenstand
 - D. Verzichtbarkeit
- II. Relevanz von Masseverbindlichkeiten
 - A. Verfahren, in welchen Masseverbindlichkeiten relevant sind
 - B. Insolvenzverfahren bzw. insolvenznahe Verfahren ohne Masseverbindlichkeiten
- III. Entstehung von Masseverbindlichkeiten
 - A. Allgemeines
 - B. In der Generalabrechnung (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung)
 1. Massekosten
 2. Masseschulden
 - C. Während der Nachlassstundung
 1. Kosten aus der Eröffnung und Durchführung des Nachlassverfahrens
 2. Während des Nachlassverfahrens entstandene Schulden
 - D. Nach Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages
 - E. Nach Aufhebung der Nachlassstundung zufolge Sanierung
 - F. Während des Konkursaufschubs (Art. 725a OR) und bei einer aussergerichtlichen Sanierung
 - G. Während einer amtlichen Erbschaftsliquidation
 - H. In der Spezialabrechnung und bei Kostenersparnis zufolge sinnverwandter Inventare
 - I. Spezialregelungen
- IV. Entscheidungsbefugnis
- V. Rangfolge

I. Allgemeines

A. Begriffe

Masseverbindlichkeiten sind ein Sammelbegriff für die sog. Massekosten und die sog. Masseschulden (vgl. Art. 262 Abs. 1 SchKG). *Massekosten* sind die aus der Eröffnung und Durchführung eines Insolvenzverfahrens entstehenden Verfahrenskosten, wie Auslagen und Gebühren des Amtes.¹ *Masseschulden* sind die während eines Insolvenzverfahrens zulasten der Masse eingegangenen Verbindlichkeiten.² Für das Nachlassverfahren zählen dazu namentlich auch Verbindlichkeiten, welche während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters entstanden sind³ oder die entstanden sind, wenn der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters Leistungen aus einem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat (Art. 310 Abs. 2 SchKG).

¹ WALTER BÖNI, Die Masseverbindlichkeit im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Freiburg 1959, 15 f.; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 48 N 3; FRANCO LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, AJP 2004, 1209 ff., 1216 (zit. AJP 2004).

² BÖNI (FN 1), 15 f.; WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2. A., Bern 2010, § 10 N 71 f.; LORANDI (FN 1), AJP 2004, 1216.

³ PETER LUDWIG, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, 95; BSK SchKG II-HARDMEIER, Art. 310 N 19, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER).

* FRANCO LORANDI, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich.

B. «Eigenleben»

Konkursforderungen sind die Verbindlichkeiten, welche vor Konkurseröffnung entstanden sind. Schuldner ist und bleibt der Gemeinschuldner; ihn trifft die Haftung. Die Konkursforderungen werden aus den Aktiven der Konkursmasse befriedigt.

Anders verhält es sich bei den *Masseverbindlichkeiten*. Diese gehen (in aller Regel) auf Handlungen oder Ereignisse während der Dauer der Insolvenz zurück. Hier haftet (auf jeden Fall in erster Linie⁴) die Insolvenzmasse mit dem *Massevermögen*⁵ im Sinne eines Sondervermögens.⁶ Die Masse kann deshalb für Masseverbindlichkeiten betrieben werden (Art. 319 Abs. 2 Satz 2 SchKG),⁷ und zwar auf Pfändung,⁸ nicht aber auf Konkurs.⁹ Dabei kann in das gesamte Massevermögen vollstreckt werden.¹⁰ Aufgrund dieser Haftung des Massevermögens «stehen und fallen die Masseschulden mit dem Konkurs selbst», um es mit den Worten von BLUMENSTEIN zu sagen.¹¹ Deshalb werden für ungedeckte Masseverpflichtungen auch keine Verlustscheine ausgestellt.¹²

Die gesetzlichen Restriktionen, welche für Insolvenzforderungen gelten, finden auf die Masseverbindlichkeiten keine Anwendung. Dies gilt namentlich für den Ausschluss der Betreibung (Art. 206, Art. 297 Abs. 1

und 3, Art. 319 Abs. 2 Satz 2 SchKG),¹³ die Einstellung von Zivil- und Verwaltungsverfahren (Art. 207, Art. 297 Abs. 5 SchKG), den Stopp von Verjährungs- und Verwirkungsfristen Art. 207 Abs. 3, Art. 297 Abs. 6 SchKG), die Fälligkeit (Art. 208 SchKG),¹⁴ den Zinsenlauf (Art. 209, Art. 297 Abs. 7 SchKG), die Umwandlung von Nicht-Geldforderungen in Geldforderungen¹⁵ und den Vertragseintritt (Art. 211 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 297 Abs. 9 SchKG), die Privilegienordnung (Art. 219 Abs. 4 SchKG¹⁶)¹⁷ sowie für das Ausstellen von Konkursverlustscheinen (Art. 265 SchKG).¹⁸

Dagegen gelten die Einschränkungen bei der *Verrechnung* (Art. 213 f., Art. 297 Abs. 8 SchKG) auch in Bezug auf Masseverbindlichkeiten (namentlich Masseschulden), indem die Gegenpartei der Insolvenzmasse Masseverbindlichkeiten nur mit Masseforderungen¹⁹ verrechnen kann.²⁰ Da sich die Einschränkungen der Verrechnung nicht an die Masse (sondern nur an den Verrechnungsgegner) richten, kann die Masse Masseschulden entweder mit

⁴ BISchK 1981, 49.

⁵ BÖNI (FN 1), 17, 53; LUDWIG (FN 3), 101; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1230; BGE 78 III 172 E. 2.

⁶ BÖNI (FN 1), 53; BGE 132 III 432 E. 2.3, 127 III 273 E. 4b; BGER, 2C_303/2010, 24.10.2011, E. 2.4.2.

⁷ CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 3. A., Zürich 1911, Art. 262 SchKG N 3; BÖNI (FN 1), 38.

⁸ BÖNI (FN 1), 92; LUDWIG (FN 3), 100; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 N 21; AMONN/WALTHER (FN 1), § 41 N 26; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1^{er} janvier 1997, Articles 271–352, Lausanne 2003, Art. 262 SchKG N 19; LORANDI (FN 1), AJP 2004, 1217 m.w.H.; STOFFEL/CHABLOZ (FN 2), § 10 N 78; BGE 126 III 294 E. 1b.

⁹ BÖNI (FN 1), 92; GILLIÉRON (FN 8), Art. 310 SchKG N 32; LORANDI (FN 1), AJP 2004, 1217; CR LP-JEANDIN/CASONATO, Art. 262 N 10, in: LOUIS DALLÈVES/BÉNÉDICT FOËX/NICOLAS JEANDIN (éds.), Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Basel 2005 (zit. CR LP-Bearbeiter).

¹⁰ LORANDI (FN 1), AJP 2004, 1217.

¹¹ ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, 675.

¹² BLUMENSTEIN (FN 11), 675; JAEGER (FN 7), Art. 262 SchKG N 3; BÖNI (FN 1), 74; LUDWIG (FN 3), 95; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 31.

¹³ JAEGER (FN 7), Art. 206 SchKG N 4, Art. 262 SchKG N 2 und N 3; BÖNI (FN 1), 38; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER (FN 3), Art. 206 N 24; BSK SchKG II-HARDMEIER (FN 3), Art. 310 N 19; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 SchKG N 21; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 262 N 17, in: DANIEL HUNKELER (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO-Bearbeiter); KUKO SchKG-HUNKELER (FN 13), Art. 310 N 20; OLIVIER HARI, Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 293 ss LP), Diss. Neuenburg, Genf/Zürich/Basel 2010, N 289; BGE 126 III 294 E. 1b, 100 III 30 E. 1. Die Masse kann nur auf Pfändung, nicht aber auf Konkurs betrieben werden (JAEGER [FN 7], Art. 206 SchKG N 4; BÖNI [FN 1], 92; LUDWIG [FN 3], 100; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH [FN 3], Art. 319 N 21; AMONN/WALTHER [FN 1], § 41 N 26; GILLIÉRON [FN 8], Art. 262 SchKG N 19, Art. 310 SchKG N 32; CR LP-JEANDIN/CASONATO [FN 9], Art. 262 N 10; LORANDI [FN 1], AJP 2004, 1217 m.w.H.; STOFFEL/CHABLOZ [FN 2], § 10 N 78; BGE 126 III 294 E. 1b).

¹⁴ BÖNI (FN 1), 38; vgl. auch BGE 48 III 46, 46/47, wonach die Entschädigungsansprüche der Konkursverwaltung und der Mitglieder des Gläubigerausschusses erst mit Festsetzung durch die Aufsichtsbehörde fällig werden.

¹⁵ A.M. BÖNI (FN 1), 22.

¹⁶ Zur analogen Anwendung von Art. 220 SchKG auf die drei Kategorien der Masseverbindlichkeiten vgl. FN 180.

¹⁷ Zur Prioritätenordnung für Masseverbindlichkeiten vgl. V.

¹⁸ BLUMENSTEIN (FN 11), 675; JAEGER (FN 7), Art. 262 SchKG N 3, Art. 265 SchKG N 3; BÖNI (FN 1), 74; LUDWIG (FN 3), 95; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 31; CR-JEANDIN/CASONATO, Art. 262 SchKG N 10; BGE 85 I 140 E. 3.

¹⁹ Masseforderungen sind Aktivforderungen der Insolvenzmasse, welche während der Dauer der Generalexekution entstehen.

²⁰ AMONN/WALTHER (FN 1), § 41 N 59; BSK SchKG II-STÄUBLI (FN 3), Art. 213 N 32; MILAN KRYKA, Die Verrechnung in Konkurs, Nachlassverfahren und Konkursaufschub, SSHW, Bd. 302, Zürich/St. Gallen 2011, 151 ff.; BGE 137 II 136 E. 6.5, 134 III 643 E. 5.5.2, 83 III 67 E. 1, 76 III 13 E. 1.

Masseforderungen oder mit Insolvenzforderungen des Verrechnungsgegners verrechnen.²¹

C. Gegenstand

Masseverbindlichkeiten sind häufig Verpflichtungen zur Leistung in Geld, weshalb eine Befriedigung auch grundsätzlich aus dem Verwertungserlös (und damit in CHF) erfolgt (Art. 262 Abs. 2 SchKG). Je nach dem Entstehungsgrund²² und dem Rechtsgrund der Forderung kann eine Masseverbindlichkeit jedoch *auch einen anderen Leistungsgegenstand haben als die Zahlung in Geld*.²³ So findet Art. 211 Abs. 1 SchKG, wonach alle anderen Leistungspflichten in der Generalexekution in Geldforderungen umgewandelt werden, auf Masseverbindlichkeiten keine Anwendung.²⁴

D. Verzichtbarkeit

Die Qualifikation als Masseverbindlichkeit ist eine gesetzliche. Zudem sind Masseverbindlichkeit vom verfahrensleitenden Organ von Amtes wegen als solche zu behandeln.²⁵ Aufgrund dieser Umstände kann nicht leichthin angenommen werden, ein Gläubiger einer Masseverbindlichkeit verzichte auf diese Qualifikation (indem er seine Forderung etwa zur Kollokation anmeldet²⁶). Dessen ungeachtet kann ein Gläubiger (gleich wie in Bezug auf die Konkursprivilegien gemäss Art. 219 Abs. 4 Erste und Zweite Klasse SchKG²⁷) aufgrund der Vertragsfreiheit auf die Qualifikation als bzw. die bevorzugte Behandlung zufolge einer Masseverbindlichkeit rechtsgeschäftlich verzichten.²⁸

II. Relevanz von Masseverbindlichkeiten

A. Verfahren, in welchen Masseverbindlichkeiten relevant sind

Die Relevanz der Masseverbindlichkeiten im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zeigt sich vor allem *bei der Verteilung*. So werden Masseverbindlichkeiten bei der Verteilung «vorab» befriedigt (Art. 262 Abs. 1 SchKG). Erst der Nettoerlös wird entsprechend der Privilegienordnung gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG an die Insolvenzgläubiger auf deren Insolvenzforderungen ausgerichtet.²⁹ Der wesentlichste Aspekt der Masseverbindlichkeiten besteht damit im *Superprivileg der prioritären Bezahlung*.³⁰ Je nach Insolvenzverfahren können Masseverbindlichkeiten auch in anderer Hinsicht von Relevanz sein.³¹

Masseverbindlichkeiten sind vorab ein Phänomen der *Generalexekution*. Sie sind deshalb nur in solchen Insolvenzverfahren im Rahmen der Verteilung von Bedeutung. Dies gilt für das *Konkursverfahren*³² und bei einer Nachlassliquidation zufolge eines *Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung*. Masseverbindlichkeiten sind auch bei der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG) beachtlich.³³

Masseverbindlichkeiten sind auch bei einem *Hilfsinsolvenzverfahren* nach Anerkennung eines ausländischen Insolvenzentscheids in der Schweiz von Bedeutung (Art. 166 ff. IPRG; vgl. Art. 170 Abs. 1 IPRG).

Das Konkursamt bzw. der Liquidator müssen Masseverbindlichkeiten, welche ihnen zur Kenntnis gelangen, von Amtes wegen berücksichtigen.³⁴ Bei vollständiger Abwicklung eines Verfahrens der Generalexekution (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) sind die Masseverbindlichkeiten in die Schlussrechnung (nicht

²¹ BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 30; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 17; BGE 83 III 67 E. 1, 76 III 13 E. 1, 56 III 147 E. 2, 56 III 174, 177.

²² Vgl. dazu III.

²³ BÖNI (FN 1), 22; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 SchKG N 16 mit Verweis auf BGE 100 III 30 welcher dazu allerdings nichts sagt.

²⁴ Vgl. dazu I.B.

²⁵ Vgl. dazu II.A.

²⁶ BGE 106 III 118 E. 7 (= Pra 1981, Nr. 143).

²⁷ Vgl. dazu BSK SchKG II-LORANDI (FN 3), Art. 219 N 68 ff.

²⁸ Implizit BGE 106 III 118 E. 7 (= Pra 1981, Nr. 143).

²⁹ Vorliegend wird *nicht* darauf eingegangen, welche Masseverbindlichkeiten im Rahmen der Verteilung zulasten des Erlöses von Pfandobjekten gehen (Art. 262 Abs. 2 SchKG); vgl. dazu BÖNI (FN 1), 62 ff.

³⁰ BGE 106 III 118 E. 3 (= Pra 1981, Nr. 143).

³¹ Vgl. sogleich unten im Text.

³² Auch bei der Auflösung und Liquidation einer Gesellschaft zufolge eines *Organisationsmangels* erfolgt die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs (Art. 731b Abs. 1 lit. c, Art. 819, Art. 908 OR). Es findet ein normales Konkursverfahren statt.

³³ CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 11; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 SchKG N 2; FRANCO LORANDI, Die überschuldete Insolvenzmasse, AJP 2015, 923 ff., 929 ff. (zit. LORANDI, Insolvenzmasse); BISCH 2004, 30.

³⁴ BLUMENSTEIN (FN 11), 673; BÖNI (FN 1), 80; MANUEL ARROYO, Zu Sinn und Tragweite von Art. 310 Abs. 2 SchKG im Nachlassverfahren – Verbindlichkeiten der Masse, BJM 2003, 233 ff., 272.

aber in den Kollokationsplan oder die Verteilungsliste³⁵) aufzunehmen.³⁶ Besteht für das Konkursamt bzw. den Liquidator Unsicherheit über Bestand und Umfang einer (allfälligen) Masseverbindlichkeit, so haben sie sich beim betreffenden Gläubiger zu erkundigen bzw. bei diesem zurückzufragen.³⁷ Die (fälschlicherweise erfolgte) Aufnahme einer Masseverbindlichkeit im Kollokationsplan (oder im Lastenverzeichnis) wird nicht rechtskräftig und entfaltet keine Wirkung,³⁸ der Gläubiger kann sich auch dann auf die Qualifikation als Masseverbindlichkeit berufen, wenn er die Forderung als Insolvenzforderung angemeldet hat.³⁹

In Bezug auf Konkurskosten darf das Konkursamt bei *Einstellung des Konkurses mangels Aktiven* dem Herausgabeanspruch des Gemeinschuldners⁴⁰ die eigene Forderung auf Deckung der Kosten entgegenhalten und diese zur Verrechnung bringen.⁴¹

Während der *Nachlassstundung* findet keine Verteilung statt, so dass die Superprivilegierung von Masseverbindlichen (noch) nicht von Bedeutung ist. Masseverbindlichkeiten sind jedoch insofern relevant, als diese bezahlt bzw. sichergestellt werden können müssen,⁴² damit überhaupt eine Nachlassstundung bewilligt bzw. aufrechterhalten und damit ein Nachlassvertrag bestätigt werden kann (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

B. Insolvenzverfahren bzw. insolvenznahe Verfahren ohne Masseverbindlichkeiten

In der *Spezialexécution* (Betreibung auf Pfändung, Pfandverwertung, Retentionsbetreibung) gibt keine Masse und

entsprechend gibt es auch keine Masseverbindlichkeiten.⁴³ Hier spricht man von Kosten der Verwaltung, Verwertung und Verteilung (Art. 144 Abs. 3, Art. 157 Abs. 1 SchKG). Diese Kosten sind den Masseverbindlichkeiten insofern – für die jeweilige Spezialexécution – ähnlich, als dass sie aus dem Verwertungserlös vorab zu bezahlen sind, bevor Zahlungen an die Gläubiger vorgenommen werden können (Art. 144 Abs. 3, Art. 157 Abs. 1 SchKG). In einer nachfolgenden Generalexécution (Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) werden solche (unbezahlte) Kosten der Spezialexécution jedoch nicht (mehr) vorab bezahlt; es handelt sich nicht um Masseverbindlichkeiten.

III. Entstehung von Masseverbindlichkeiten

A. Allgemeines

Das Gesetz sagt nicht im Einzelnen, welche Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten sind;⁴⁴ insofern ist die gesetzliche Regelung nicht klar und unzweideutig.⁴⁵ Nachfolgend soll untersucht werden, in welchen Fällen bzw. in welchen Insolvenzverfahren Masseverbindlichkeiten begründet werden. Unzutreffend ist, dass die gesetzlichen Normen, die bestimmen, was als Masseverbindlichkeit zu gelten hat, einschränkend zu interpretieren seien. Dies ist weder aus Rücksicht auf die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger geboten,⁴⁶ noch gibt es eine allgemeine Auslegungsregel, wonach Ausnahmebestimmungen anders, namentlich restriktiv(er) auszulegen wären als andere Gesetzesnormen.⁴⁷

Masseverbindlichkeiten können nur im Zusammenhang mit bestimmten Insolvenzverfahren entstehen. Im Zusammenhang mit anderen Verfahren können keine Masseverbindlichkeiten resultieren.

In aller Regel setzt das Entstehen einer Masseverbindlichkeit voraus, dass ein Vollstreckungsorgan handelt, sei es anstelle des Insolvenzschuldners oder zusammen mit ihm. Es muss sich um ein Handeln nach Eröffnung der Insolvenz handeln. Handelt nur der Insolvenzschuldner allein, ohne dass die Masse involviert ist, so liegt keine Masseschuld vor.⁴⁸ So verhält es sich namentlich bei natürlichen Personen, welche ein Privatleben führen, das die

³⁵ In den Kollokationsplan und die Verteilungsliste gehören (bei vollständiger Abwicklung eines Insolvenzverfahrens) nur die Insolvenzforderungen (d.h. Konkurs- oder Nachlassforderungen). BGE 106 III 118 E. 3 (= Pra 1981, Nr. 143). A.M. LUDWIG (FN 3), 99; BGE 63 III 57 E. 1, wonach Masseverbindlichkeiten in die Verteilungsliste aufzunehmen sind.

³⁶ JAEGER (FN 7), Art. 262 SchKG N 2; BÖNI (FN 1), 82, 84; LUDWIG (FN 3), 93, 99; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 261 N 5, Art. 262 SchKG N 29; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 N 19; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 319 N 28; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 17; BGE 120 III 153 E. 2c (= Pra 1996, Nr. 84, S. 246), BGE 75 III 57, 59; BGer, 2C_798/2011, 24.8.2012, E. 2.2; BGer, 5A_642/2009, 11.11.2009, E. 3.4; BGer, 7B.41/2001, 12.3.2001, E. 3b; vgl. dazu auch Sachverhalt im BGer, 5A_659/2009, 12.10.2009.

³⁷ BÖNI (FN 1), 80.

³⁸ BGE 106 III 118 E. 3, 75 III 57 E. 1, 39 I 498.

³⁹ BGE 106 III 118 E. 7 (= Pra 1981, Nr. 143).

⁴⁰ Vgl. dazu III.C.1.

⁴¹ BISchK 2004, 33.

⁴² KUKO SchKG-HUNKELER (FN 13), Art. 310 N 18.

⁴³ BGer, 2P.348/2005, 26.5.2006, E. 2.3.

⁴⁴ BGE 106 III 118 E. 4 (= Pra 1981, Nr. 143).

⁴⁵ Insofern zutreffend BGE 52 III 110.

⁴⁶ So aber BGE 80 III 82 E. 2.

⁴⁷ BGE 128 III 265 E. 3a.; 120 II 112 E. 3b.aa.

⁴⁸ BGer, 4D_28/2011, 4.3.2013; BGer, 4A_746/2012, 14.2.2014.

Masse nicht berührt (z.B. Miete einer neuen Wohnung, Abschluss eines neuen Versicherungsvertrages etc.).

Daneben können Masseverbindlichkeiten aber (ausnahmsweise) auch aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen entstehen, ohne dass ein bestimmtes (kausales) Handeln eines Vollstreckungsorgans vorliegt.⁴⁹ Ob Masseverbindlichkeiten vorliegen, hängt einerseits von der Art des Insolvenzverfahrens ab und andererseits davon, ob ein genügender Bezug zwischen der Tätigkeit des Insolvenzorgans und der Entstehung der Forderung besteht.⁵⁰ Dies sind zuweilen Wertungsfragen. Sofern aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen Masseverbindlichkeiten entstehen, so kann dies immer nur für die Zeit *nach* Eröffnung der Insolvenz gelten.⁵¹

Aufgrund des Gesagten ist es schwierig, für sämtliche Insolvenzverfahren allgemein gültige Regeln auszustellen, die erfüllt sein müssen, mit Masseverbindlichkeiten vorliegen. Es drängt sich auf, primär danach zu unterscheiden, in welchen Insolvenzverfahren (und damit auch in welchen Konstellationen) Masseverbindlichkeiten entstehen können:

B. In der Generalexekution (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung)

Im Konkurs ist die Konkursverwaltung das verfahrensleitende Organ (Art. 240 SchKG; sei es das Konkursamt oder sei es eine ausseramtliche Konkursverwaltung). Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist dies der Liquidator (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Die konkursrechtlichen Regeln betreffend Masseverbindlichkeiten gelten beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung sinngemäss.⁵² Wenn nach Anerkennung eines ausländischen Insolvenzentscheids, welcher eine Generalexekution zum Gegenstand hat, ein inländisches Hilfsverfahren durchgeführt wird, dann gelten dafür die konkursrecht-

lichen Regeln (Art. 170 Abs. 1 IPRG), so dass Art. 262 SchKG sinngemäss gilt.

1. Massekosten

Im Rahmen einer Generalexekution entstehen namentlich folgende *Massekosten aus der Eröffnung und Durchführung des Insolvenzverfahrens*:

(1) *Kosten des Konkursdekrets*⁵³ und weiterer Entscheidungen des Konkursgerichts⁵⁴ (bzw. des Nachlassgerichts; Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b, Art. 298 Abs. 4 SchKG) sowie der damit zusammenhängenden Mitteilungen und Publikationen.⁵⁵

Anders verhält es sich, wenn ein Entscheid um Konkurseröffnung noch weitere Anordnungen trifft, welche mit der Konkurseröffnung nichts zu tun haben (wie etwa, wenn die FINMA Verstösse gegen finanzmarktrechtliche Bestimmungen feststellt, die Liquidation verfügt und diese – zufolge Illiquidität oder Überschuldung der Gesellschaft – auf Weg des Konkurses erfolgt); diesfalls sind die (gesamten) Verfahrenskosten des Entscheids nicht als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren; so würde es sich nur verhalten, wenn die entscheidende Behörde für die Konkurseröffnung gesondert eine (sehr moderate) Entscheidunggebühr für das Konkurserkennnis festsetzt (und für den anderen Teil des Entscheids eine gesonderte Gebühr).

(2) Wenn bei einer Gesellschaft ein *Organisationsmangel* besteht, kann das Zivilgericht die Gesellschaft in *Auflösung und Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs* versetzen (Art. 731b Abs. 1 lit. c, Art. 819, Art. 908 OR). Der richterliche Entscheid ist zwar formell keine Konkurseröffnung. Der Auflösungsentscheid entspricht jedoch funktional einer Konkurseröffnung, da die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs erfolgt und ein normales Konkursverfahren durchgeführt wird.⁵⁶ Insofern stellen die Kosten des richterlichen Auflösungsentscheids (wie die Kosten des Konkursentscheids) Massekosten dar.

⁴⁹ BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 13; vgl. dazu vor FN 93 und vor FN 142.

⁵⁰ Vgl. dazu III.B.2. sowie III.C.2.

⁵¹ BGE 134 III 643 E. 5.4, 106 III 118 E. 4 (= Pra 1981, Nr. 143), BGE 105 III 20 E. 2, 75 III 19 E. 3; BGer, 5A_651/2015, 25.1.2016, E. 4.1.2, BGer, 4C_252/2005, 6.2.2006, E. 5.3.

⁵² BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 3; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 20; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 319 N 27; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 2; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 13), Art. 319 N 12; BGE 113 III 148 E. 2; BGE 102 III 33 E. 3b; BGer, 2C_792/2008 vom 19. Februar 2009, E. 2; BGer, 7B.41/2001, 12.3.2001, E. 3b.; OGer ZH, PS130029, 29.7.2013, E. III.5.

⁵³ JAEGER (FN 7), Art. 262 SchKG N 1; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 5; GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 11; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 13; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 4.

⁵⁴ CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 19.

⁵⁵ JAEGER (FN 7), Art. 262 SchKG N 1; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 6; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 1 und N 4.

⁵⁶ FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1379 ff., 1390; BGE 141 III 43 E. 2.3.1; BGer, 5A_137/2013, 12.9.2013, E. 1.2.2.

(3) *Gebühren*,⁵⁷ *Auslagen und Entschädigungen des verfahrensleitenden Organs* (Konkursverwaltung, Liquidator⁵⁸) für die Verwaltung, Verwertung, Verteilung, Aufbewahrung der Konkursakten (Art. 15a KOV)⁵⁹ und den Abschluss des Konkursverfahrens⁶⁰ sowie die Entschädigung des Gläubigerausschusses.⁶¹

(4) Es ist umstritten, ob die *Parteientschädigung des antragstellenden Gläubigers* im gerichtlichen Verfahren um Konkurseröffnung eine Masseverbindlichkeit ist;⁶² im Sinne der Kohärenz (die Gerichtskosten im Verfahren um Konkurseröffnung sind Massekosten)⁶³ drängt es sich auf, die Parteientschädigung als Masseschuld zu qualifizieren; das Argument, mit einer Parteientschädigung würden Aufwendungen vor dem Konkurs abgegolten,⁶⁴ scheint mir künstlich, da Gleiches auch für die Aufwendungen des Gerichts gilt, dessen Gerichtsgebühr als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren sind; das Argument, dass auf solche «Ausnahmefälle» keine Rücksicht genommen werden könnte,⁶⁵ erscheint nicht sehr überzeugend.

2. Masseschulden

Im Rahmen einer Generalexekution entstehen namentlich folgende Masseschulden:

(1) *Verfahrenskosten, Parteientschädigungen⁶⁶ und Kosten der eigenen Vertretung⁶⁷* in Bezug auf Gerichts-, Schiedsgerichts- oder Verwaltungsverfahren, welche während der Generalexekution für oder gegen die Insolvenzmasse eingeleitet worden sind.⁶⁸

(2) *Verfahrenskosten, Parteientschädigungen und Kosten der eigenen Vertretung* in Bezug auf Gerichts-, Schiedsgerichts- oder Verwaltungsverfahren, welche vor Eröffnung der Generalexekution eingeleitet worden sind, zunächst sistiert wurden (Art. 207, Art. 297 Abs. 5 SchKG) und später *von der Insolvenzmasse weitergeführt werden*;⁶⁹ dies gilt auch, wenn der Prozess von einem Gläubiger finanziert, aber von der Masse geführt wurde.⁷⁰

Keine Masseschuld: Verfahrenskosten und Parteientschädigungen in Bezug auf Gerichts-, Schiedsgerichts- oder Verwaltungsverfahren, welche vor Eröffnung der Generalexekution eingeleitet worden sind, zunächst sistiert wurden (Art. 207, Art. 297 Abs. 5 SchKG), jedoch später von der Insolvenzmasse *nicht* weitergeführt werden⁷¹.

(3) *Verbindlichkeiten aus neuen Verträgen*, welche während der Generalexekution durch das verfahrensleitende Organ (Konkursverwaltung, Liquidator) neu abgeschlossen werden,⁷² wie etwa Versicherungsprämien⁷³ oder

⁵⁷ DOMINIK MILANI/MARC WOHLGEMUTH, in: Dominik Milani/Marc Wohlgemuth (Hrsg.), *Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV)*, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 55 KOV N 90 (zit. KOV-Bearbeiter).

⁵⁸ LUDWIG (FN 3), 94; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 319 N 21; BGer, 7B.41/2001, 12.3.2001, E. 3b.

⁵⁹ KOV-PENON/WOHLGEMUTH (FN 57), Art. 15a N 3; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 328 SchKG N 17.

⁶⁰ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 SchKG N 12; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 7; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 13), Art. 319 N 12; AMONN/WALTHER (FN 1), § 48 N 3.

⁶¹ LUDWIG (FN 3), 94; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 SchKG N 12; GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 12; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 319 N 21; GVP 205, 202, 204.

⁶² Für *Konkursforderung*: KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 4; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 13; GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 11; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band II, Art. 159–292, 4. A., Zürich 1997/1999, Art. 262 SchKG N 2; BGE 80 III 82 E. 2, 52 III 108 E. 2; für *Kosten der Konkurseröffnung*: BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 6.

⁶³ So auch BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 6.

⁶⁴ BGE 52 III 108 E. 2; vollends sachfremd ist, wenn das Bundesgericht diese Regel auch für die Parteientschädigung im Rechtsmittelverfahren über die Konkurseröffnung und damit für Aufwendungen *nach* Konkurseröffnung zur Anwendung bringen will (BGE 80 III 82 E. 2).

⁶⁵ BGE 80 III 82 E. 2.

⁶⁶ A.M. BGE 40 III 32 E. 1 in Bezug auf die Parteientschädigung für einen Aussonderungsprozess.

⁶⁷ BGE 58 III 38 E. 2.

⁶⁸ BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 512; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 20; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 10; BGE 85 I 140 E. 3, 63 III 57 E. 1, 62 III 33, 35, 61 III 170 E. 1, 58 III 38 E. 2.

⁶⁹ BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 12; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 20; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 10.

⁷⁰ CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 21; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 10; vgl. dazu auch BGE 110 III 93 E. 2.

⁷¹ BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 12; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 20; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 SchKG N 10; BGer, 4P.11/2006, 27.2.2007; BGer, 4C.193/2006, 7.4.2008; ZR 1959, 220.

⁷² JAEGER (FN 7), Art. 262 SchKG N 2; BÖNI (FN 1), 17, 26; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 11b; GILLIÉRON (FN 8), Art. 319 SchKG N 13; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 23; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 12; BGE 106 III 118 E. 4 (= Pra 1981, Nr. 143); BGE 75 III 19 E. 3.

⁷³ BGE 51 III 210 E. 2.

bei Aufnahme eines Massekredits;⁷⁴ dies gilt auch dann, wenn der Vertrag durch die Masse auf Veranlassung eines Gläubigers abgeschlossen worden ist.⁷⁵

(4) *Verbindlichkeiten beim Eintritt gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG in vor der Eröffnung der Generalexekution abgeschlossene Verträge*⁷⁶; bei Dauerschuldverhältnisse entstehenden die Forderungen laufend neu; aufgrund dessen sind nur jene Forderungen des Vertragspartners als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren, welche nach der Eröffnung der Generalexekution bzw. nach dem Vertragseintritt entstanden sind;⁷⁷ erklärt die Masse den Eintritt, ist auch die Sicherheit, welche der Vertragspartner fordern kann (Art. 211 Abs. 1 Satz 1 SchKG), eine Masseverbindlichkeit;⁷⁸ die Einforderung einer Debitorenforderung (*in casu* Restforderung aus Werkvertrag) stellt keinen Eintritt i.S.v. Art. 211 Abs. 2 SchKG in den zugrundeliegenden Vertrag dar, so dass die Pflicht zur Behebung von Mängeln nur eine Insolvenzforderung ist.⁷⁹

Keine Masseschuld: Forderungen zufolge (ordentlicher) Kündigung von Dauerschuld- oder Zielschuldverhältnissen.⁸⁰

(5) *Verbindlichkeiten aus vor der Eröffnung der Generalexekution abgeschlossenen Dauerschuldverträgen*, soweit die Konkursmasse Leistungen nach der Eröffnung der Generalexekution⁸¹ in Anspruch genommen hat (Art. 211a Abs. 2 SchKG);⁸² Masseverbindlichkeiten lie-

gen erst ab Inanspruchnahme, nicht schon ab Eröffnung der Generalexekution vor.⁸³

Keine Masseschuld: die Leistungen werden nicht von der Masse, sondern vom *Gemeinschuldner* (als natürliche Person) *persönlich* in Anspruch genommen (Art. 211a Abs. 3 SchKG); dies ist etwa der Fall, wenn der Gemeinschuldner als natürliche Person die Privatwohnung nach Eröffnung der Generalexekution weiterbenützt.

(6) *Verbindlichkeiten aus der Weiterführung des Geschäftsbetriebs* nach Eröffnung der Generalexekution durch die Masse (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2, Art. 253 Abs. 2 SchKG).⁸⁴

Keine Masseschuld: Leistungen, die nicht von der Masse, sondern vom *Gemeinschuldner* (als natürliche Person) *persönlich* in Anspruch genommen werden (Art. 211a Abs. 3 SchKG); dies ist etwa der Fall, wenn der Gemeinschuldner als natürliche Person die Geschäftsräume ohne Zustimmung des verfahrensleitenden Organs nach Eröffnung der Generalexekution weiterbenützt (z.B. sein Gewerbe weiterbetreibt).

(7) *Kosten aus dem Unterhalt für den Schuldner* (Art. 229 Abs. 2 SchKG).⁸⁵

Keine Masseschuld: die Beerdigungskosten des nach Konkursöffnung verstorbenen Gemeinschuldners.⁸⁶

(8) *Rückerstattung von Vorschusszahlungen an den Gläubiger*, welcher die Konkursöffnung verlangt hat (Art. 169 Abs. 2 SchKG; Art. 35 Abs. 1 KOV).⁸⁷

(9) *Erstattungsanspruch des paulianisch Beklagten auf Rückerstattung seiner Leistung nach erfolgter Rückleistung an die Insolvenzmasse* (Art. 291 Abs. 1 SchKG);⁸⁸ gleiches gilt für eine Wertvermehrung, welche die Masse aufgrund einer anfechtbaren Handlung erfahren hat.⁸⁹

⁷⁴ FRANCO LORANDI, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, BLSchK 2009, 215 Fn 13; THOMAS GÄTTLEN, Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz, Zürich 2010, 98.

⁷⁵ BGE 82 III 155 E. 4.

⁷⁶ JAEGER (FN 7), Art. 262 SchKG N 2; LUDWIG (FN 3), 94; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 11; GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 20; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 24; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 13; STOFFEL/CHABLOZ (FN 2), § 10 N 74; BGE 106 III 118 E. 4 (= Pra 1981, Nr. 143), BGE 75 III 19 E. 3.

⁷⁷ BGer, 4C.252/2005, 6.2.2006; in der Literatur ist diese Frage umstritten.

⁷⁸ BLUMENSTEIN (FN 11), 656; JAEGER (FN 7), Art. 211 SchKG N 5b und N 5c; BÖNI (FN 1), 30.

⁷⁹ BGE 107 III 106 E. 3c/d (= Pra 1981, Nr. 253).

⁸⁰ LORANDI (FN 1), AJP 2004, 297, 299.

⁸¹ Art. 211a SchKG gilt analog auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (LORANDI [FN 1], AJP 2004, 300).

⁸² DANIEL STAEHELIN, in: Thomas Sprecher/Brigitte Umbach-Spahn/Dominik Vock (Hrsg.), Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Zürich 2014, 105 ff., 108; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 13), Art. 211a N 25; dies gilt etwa in der Generalexekution über den Vermieter für die Pflicht der Insolvenzmasse, dem Mieter den Gebrauch an der Mietsache zu belassen (BGE 127 III 273 E. 4b).

⁸³ LORANDI (FN 1), AJP 2004, 298; STAEHELIN (FN 82), 108; ungenau: Expertenbericht II, 19; BBI 2010 6473.

⁸⁴ LUDWIG (FN 3), 94; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 12; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 23; GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 20; AMONN/WALTHER (FN 1), § 48 N 5; STOFFEL/CHABLOZ (FN 2), § 10 N 74; BGE 75 III 19 E. 3.

⁸⁵ JAEGER (FN 7), Art. 262 SchKG N 2; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 17; GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 12; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 7; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 18; BGE 26 I 507 E. 2.

⁸⁶ BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 17; ZBJV 1927, 280; a.M. JAEGER (FN 7), Art. 193 SchKG N 3 für die konkursamtliche Erbschaftsliquidation.

⁸⁷ CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 14.

⁸⁸ BÖNI (FN 1), 32; AMONN/WALTHER (FN 1), § 52 N 53; GÄTTLEN (FN 74), 23 f.; BGE 135 III 534; BGer, 5C.148/2005, 5.1.2006, E. 2.5.

⁸⁹ BÖNI (FN 1), 32.

(10) Pflicht zur Bezahlung des *Insolvenzbetreffnisses* (Dividende) an die Insolvenzgläubiger.⁹⁰

(11) *Schadenersatzforderungen* Dritter wegen Verletzung der Bestimmungen über die Aus- bzw. (im Bankenkonzurs) Absonderung.⁹¹

(12) *Ansprüche Dritter aus ungerechtfertigter Bereicherung* (Art. 62 ff. OR), soweit der Insolvenzmasse (nach Eröffnung der Generalexekution) ohne Rechtsgrund Zahlungen bzw. Zuwendungen zugegangen sind.⁹²

(13) *Schadenersatzforderungen Dritter aufgrund von gesetzlichen Haftungstatbeständen*, sofern sich das haftungsauslösende Ereignis nach Eröffnung der Generalexekution ereignet hat und eine Zurechnung der Masse gerechtfertigt ist (z.B. Motorfahrzeughalterhaftung [Art. 58 SVG], Tierhalterhaftung [Art. 56 OR], Werkeigentümerhaftung [Art. 58 OR], unerlaubte Handlung [Art. 41 OR] etc.);⁹³ ob eine Zurechnung der Masse gerechtfertigt ist, hängt m.E. davon ab, ob ein blosser Zustand haftungsbe gründend ist (z.B. Werkeigentümerhaftung) oder ob ein bestimmtes Verhalten erforderlich ist (so ist m.E. keine Motorfahrzeughalterhaftung gerechtfertigt, wenn das verfahrensleitende Organ die Autoschlüssel eingezogen hat und keine Bewegungen der Fahrzeuge mehr erfolgen soll, weisungswidrig jedoch dennoch solche erfolgen und dabei Schaden gestiftet wird).

(14) bei Stockwerkeigentum die *Beitragspflicht des Stockwerkeigentümers* (Schuldners) gemäss Art. 712h ZGB und Beitragspflicht an den *Erneuerungsfonds* i.S.v. Art. 712m ZGB.⁹⁴

(15) *Gewinnsteuern* für die Dauer der Generalexekution.⁹⁵

Keine Masseschuld: Kapitalsteuern während der Dauer der Generalexekution;⁹⁶ der Bezug zwischen der Abwicklung der Generalexekution und der Entstehung der Steuerforderung sind zu gering.⁹⁷

(16) *Einkommenssteuern* natürlicher Personen nur dann, wenn die Masse das Geschäft nach Konkurs weiterführt.⁹⁸

Keine Masseschuld: Einkommen- und Vermögensteuern natürlicher Personen für die Zeit nach Konkurseröffnung (ohne, dass eine Betriebsfortführung durch die Konkursmasse erfolgt); in Bezug auf das Einkommen ergibt sich dies schon daraus, dass solches Einkommen dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung steht (Art. 197 Abs. 2 SchKG),⁹⁹ der Schuldner wird dafür persönlich veranlagt,¹⁰⁰ so dass es sich um (neue) Verbindlichkeiten des Schuldner persönlich handelt, welche nicht der Masse zugerechnet werden können; hinsichtlich der Vermögensteuern ist der Bezug zwischen der Konkursmasse und der Entstehung der Steuerforderung zu gering; solche Steuern treffen den Gemeinschuldner persönlich.

(17) *Steuern zufolge Verwertungen im Rahmen der Generalexekution* (Grundstückgewinnsteuer,¹⁰¹ Handänderungssteuer,¹⁰² Mehrwertsteuer,¹⁰³ Liquidationsgewinnsteuer¹⁰⁴).¹⁰⁵

⁹⁰ KRYKA (FN 20), 152; BGE 56 III 147 E. 2.

⁹¹ JAEGER (FN 7), Art. 262 SchKG N 2; BLUMENSTEIN (FN 11), 674; RENATE SCHWOB/THOMAS S. MÜLLER, in: Dieter Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Stand: 23. Nachlieferung 2015, Zürich 2014, Art. 37d BankG N 16.

⁹² JAEGER (FN 7), Art. 262 SchKG N 2; BÖNI (FN 1), 31; LUDWIG (FN 3), 94; BGE 70 III 81, 84, 108 II 118 E. 2; BGer, 7B.146/2002, 5.9.2002, E. 2.2.

⁹³ BLUMENSTEIN (FN 11), 673; BÖNI (FN 1), 32 f.; LUDWIG (FN 3), 94; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 18; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 26; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 14.

⁹⁴ BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 19; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 27; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 15; BGE 106 III 118 E. 5 (= Pra 1981, Nr. 143).

⁹⁵ CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 14; unklar BGE 63 I 291 E. 2, wo es um die kantonale Einkommenssteuer für eine Kollektivgesellschaft für das gesamte Jahr ging, in welchem der Konkurs eröffnet worden war.

⁹⁶ BGer, 2C_792/2008, 19.2.2009, E. 3.2 und E. 3.3; BVR 1977, 433; LGVE 2004 II Nr. 26, 283 ff.

⁹⁷ BGer, 2C_792/2008, 19.2.2009, E. 3.3.

⁹⁸ BGE 52 I 205 E. 3.

⁹⁹ KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 16; BGer, 5A_651/2015, 25.1.2016, E. 4.1.2; vgl. dazu auch BGE 134 III 37 E. 4.1, wonach Einkommensteuern keine Verwertungskosten i.S.v. Art. 144 Abs. 3 SchKG sind.

¹⁰⁰ ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. A., Zürich 2016, 622.

¹⁰¹ KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 16; BGE 122 III 246 E. 5b, 120 III 153 E. 2b; BGer, 2C_798/2011, 24.8.2012, E. 2.2; BGer, 2C_792/2008, 19.2.2009, E. 3.2.

¹⁰² BGer, 2C_798/2011, 24.8.2012, E. 2.2; BGer, 2C_792/2008, 19.2.2009, E. 3.2; BGE 51 III 210 E. 2.

¹⁰³ KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 16; BGE 129 III 200 E. 2, 126 III 294 E. 1b; BGer, 2C_798/2011, 24.8.2012, E. 2.2; BGer, 2C_792/2008, 19.2.2009, E. 3.2; BGer, 7B.73/2005, 12.8.2005, E. 2.

¹⁰⁴ BGE 122 II 221 E. 3; BGer, 2C_798/2011, 24.8.2012, E. 2.2; BGer, 2C_792/2008, 19.2.2009, E. 3.2.

¹⁰⁵ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 N 12, N 14; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 29; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 319 N 22;

(18) *Objektsteuern*;¹⁰⁶ sie belasten jedoch die allgemeine Masse (Art. 262 Abs. 2 SchKG) und nicht die Pfandsache (Art. 262 Abs. 2 SchKG).¹⁰⁷

(19) *Gebühren* und andere *öffentlichrechtliche Beitragspflichten* (wie etwa Sozialversicherungsabgaben¹⁰⁸) nach Eröffnung der Generalexekution.¹⁰⁹

C. Während der Nachlassstundung¹¹⁰

Die Nachlassstundung ist kein Verfahren der General-
exekution. Sie ist eine Art Übergangsphase. Sie endet
entweder in der Aufhebung der Nachlassstundung zu-
folge Sanierung (Art. 296a SchKG), in der Bestätigung
eines Nachlassvertrages (Art. 305 f. SchKG) oder in der
Konkurseröffnung von Amtes wegen (Art. 293a Abs. 3,
Art. 294 Abs. 3, Art. 296b, Art. 298 Abs. 4 SchKG). Auf-
grund dessen sind Masseverbindlichkeiten in dieser Über-
gangsphase nur beschränkt von Bedeutung.¹¹¹ Zudem
können Masseverbindlichkeiten auch nur entstehen, wo
die gesetzliche Ordnung dies ausdrücklich oder sinngemäss
vorsieht.

Nach Anerkennung eines ausländischen Insolvenzent-
scheids, welcher eine Sanierung¹¹² oder Nachlassstundung
zum Gegenstand hat,¹¹³ kann¹¹⁴ ein inländisches Hilfs-

verfahren durchgeführt werden.¹¹⁵ Es ist allerdings weit-
gehend unklar, welche Regeln diesfalls zur Anwendung
gelangen,¹¹⁶ da der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet
hat, eine Norm aufzustellen.¹¹⁷ Sofern ein schweizerischer
(Co-)Sachwalter eingesetzt wird, kommen m.E. die Be-
stimmungen von Art. 293 ff. SchKG sinngemäss (Art. 175
IPRG) zur Anwendung, was auch für Art. 310 SchKG der
Fall ist.

1. Kosten aus der Eröffnung und Durch- führung des Nachlassverfahrens

(1) Ergeben sich aus der Abwicklung des Nachlassver-
fahrens *ungedekte Kosten des Nachlassgerichts*, so stel-
len diese m.E. in einer nachfolgenden Generalexekution
Masseverbindlichkeiten dar.¹¹⁸ Mit Ausnahme der Be-
willigung der provisorischen Nachlassstundung gehen
nachfolgende Entscheide entweder auf Anträge des Sach-
walters zurück (Art. 295b Abs. 1 SchKG) oder er wirkt
bei solchen Entscheiden mit, indem er zuhanden des Ge-
richts Bericht erstatten muss. Damit gehen die Kosten des
Nachlassgerichts auf Handlungen des Sachwalters oder
auf solche des Nachlassschuldners zurück, bei welchen
der Sachwalter mitgewirkt hat, womit Masseverbind-
lichkeiten vorliegen (Art. 310 Abs. 2 SchKG). Letztlich
erfordert auch die Kohärenz mit Kosten aus anderen Ge-
richtsverfahren, welche der Nachlassschuldner während
der Nachlassstundung einleitet und welche Kosten Mas-
severbindlichkeit sind,¹¹⁹ eine solche Qualifikation.

(2) Wenn eine Nachlassstundung anders als zufolge Sa-
nierung (Art. 296a SchKG) endet, ein Nachlassvertrag
nicht genehmigt wird oder es die Umstände ansonsten er-
fordern, eröffnet das Nachlassgericht über den Nachlass-
schuldner den *Konkurs* (Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3,
Art. 296b, Art. 298 Abs. 4 SchKG). Die entsprechenden
Gerichtskosten sind (im Konkursverfahren¹²⁰) Massever-
bindlichkeiten (Art. 262 Abs. 1 SchKG).

(3) Ob während der Nachlassstundung *ungedekt geblie-
bene Sachwalterkosten* in einer nachfolgenden General-

KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 13), Art. 319
N 12.

¹⁰⁶ BGE 75 III 19 E. 3, 62 III 128, 130, 51 III 210 E. 2; BÖNI (FN 1),
35. *Objektsteuern* belasten ein einzelnes Steuerobjekt, ohne auf die
wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuersubjekt abzustellen.

¹⁰⁷ BGE 62 III 128, 130.

¹⁰⁸ SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 319 SchKG
N 15; BGE 100 III 30 E. 1; BGer, 9C_953/2010, 10.6.2011,
E. 6.2.2.

¹⁰⁹ CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 319 N 24; BGE 107
Ib 303 E. 2 (= Pra 1982, Nr. 129), BGE 100 III 30 E. 1; 75 III 19
E. 3.

¹¹⁰ Wo nachfolgend das Vorliegen von Masseverbindlichkeiten ver-
neint wird, liegen in aller Regel Nachlassforderungen vor.

¹¹¹ Vgl. dazu II.A.

¹¹² BGE 140 III 379 E. 4.2.1 (= Pra 2015, Nr. 49).

¹¹³ BBI 1983 I 455; LUKAS BOPP, Sanierung im Internationalen Insol-
venzrecht der Schweiz, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2004,
184; PAUL VOLKEN, in: Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), Zürcher
Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, Art. 175 IPRG N 2,
N 12; ISAAC MEIER/CAMILLA GIUDICI, Neue EU-Insolvenzver-
ordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Kon-
kursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als
wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz, EUZ 1/2016, 21; Erläuter-
nder Bericht des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes
über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag),
12 f.; a.M. SJZ 1991, 359, wonach eine ausländische Nachlassstun-
dung nicht anerkennungsfähig sei.

¹¹⁴ Es soll aber auch möglich sein, dem ausländischen Insolvenzver-
walter Befugnisse in Bezug auf das in der Schweiz belegene Ver-
mögen einzuräumen (BGE 149 III 279 E. 4.2.1).

¹¹⁵ BBI 1983 I 455; ANDREA BRACONI, in: Andreas Bucher (Hrsg.),
Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Com-
mentaire Romand, Bâle 2011, Art. 175 IPRG N 26; BGE 140 III
379 E. 4.2.1 (= Pra 2015, Nr. 49).

¹¹⁶ BOPP (FN 113), 231 f.; MEIER/GIUDICI (FN 113), 21.

¹¹⁷ Der Gesetzgeber hielt dafür, es dränge sich nicht auf, eine Norm
aufzustellen, und eine solche wäre auch nur schwer realisierbar
(BBI 1983 I 455); während weitgehend Letzteres zutrifft, ist Erste-
res in Frage zu stellen.

¹¹⁸ BÖNI (FN 1), 20, in Bezug auf die Gebühren für den Stundungsbe-
willigungsentscheid.

¹¹⁹ Vgl. dazu III.B.1.

¹²⁰ Vgl. dazu III.B.1.

exekution Masseverbindlichkeiten darstellen, ist *umstritten*.¹²¹ Die Botschaft des Bundesrates von 1991 liess diese Frage offen.¹²² Die überwiegende Lehre bejaht die Frage.¹²³ Dies tut auch das Bundesgericht,¹²⁴ nachdem es die Qualifikation als Masseverbindlichkeit zunächst verneinte¹²⁵ und danach die Frage offenliess.¹²⁶ Dies ist m.E. zutreffend. Auch wenn die Begründung, der Sachwalter habe diesen Kosten i.S.v. Art. 310 Abs. 2 SchKG zugestimmt, etwas tautologisch anmutet (bzw. Züge eines In-sich-Geschäfts aufweist), so ist diese Qualifizierung dennoch sachgerecht und zwar unbeschaden dessen, dass der Sachwalter auch hätte Vorschüsse verlangen können (was für Gerichtskosten auch gilt und auch dort nichts an der Qualifikation ändert).¹²⁷

2. Während des Nachlassverfahrens entstandene Schulden

(1) Die während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten sind Masseverbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 Satz 1 SchKG). Dies gilt generell. Die Rechtsprechung, welche eine Masseverbindlichkeit nur annahm, wenn bereits im Gesuch um Nachlassstundung ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ins Auge gefasst und in der Publikation der Stundung darauf hingewiesen wurde,¹²⁸ stützte sich auf Art. 316c Abs. 2 aSchKG (welche Norm sich systematisch unter den Bestimmungen zum Nachlassvertrag

mit Vermögensabtretung befand), ist veraltet.¹²⁹ Art. 310 SchKG befindet sich systematisch unter den allgemeinen Bestimmungen über den Nachlassvertrag¹³⁰ und gilt damit für sämtliche Nachlassverträge.¹³¹

Keine Masseschuld: vor der Nachlassstundung entstandene Verbindlichkeiten (auch öffentlichrechtliche Abgaben).¹³²

(2) Gemäss Art. 310 Abs. 2 SchKG sind grundsätzlich sämtliche *Verbindlichkeiten aus der Betriebsfortführung* (was während der Nachlassstundung dem Regelfall entspricht) Masseverbindlichkeiten, sofern der Sachwalter der Betriebsfortführung zustimmt hat bzw. der Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters Leistungen von Gegenparteien entgegengenommen hat.¹³³

Unmassgeblich ist, ob das Nachlassgericht oder der Gläubigerausschuss (Art. 295a SchKG) ein Rechtsgeschäft des Nachlassschuldners i.S.v. Art. 298 Abs. 2 SchKG genehmigt haben. Mit der Genehmigung entfällt zwar die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft paulianisch anzufechten (Art. 285 Abs. 3 SchKG). Masseverbindlichkeiten entstehen deswegen jedoch nicht,¹³⁴ weil weder das Nachlassgericht noch der Gläubigerausschuss solche begründen können¹³⁵. In aller Regel wird das Nachlassgericht bzw. der Gläubigerausschuss ein Rechtsgeschäft auch nur genehmigen, wenn der Sachwalter seine Zustimmung gegeben hat, so dass diese bereits (und abschliessend) bewirkt, dass eine Masseverbindlichkeit vorliegt.

(3) Entzieht das Nachlassgericht dem Schuldner die *Verfügungsbefugnis* und überträgt er diese auf den Sachwalter, dann gelten (in analoger Anwendung von Art. 310 Abs. 2 SchKG) *sämtliche* neuen Verbindlichkeiten, die der Sachwalter namens des Nachlassschuldners eingeht, als Masseverbindlichkeiten¹³⁶.

(4) *Verbindlichkeiten aus neuen Verträgen*, welche der Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters abgeschlossen hat, sind Masseverbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 SchKG)¹³⁷. Dies gilt auch in Bezug auf die wäh-

¹²¹ BGE 113 III 148 E. 1.

¹²² BBI 1991 III 189.

¹²³ Für *Masseverbindlichkeit*: BÖNI (FN 1), 20 f., 50 f.; LUDWIG (FN 3), 98; BSK SchKG II-HARDMEIER (FN 3), Art. 310 N 2; Ergänzungsband BSK SchKG II-BAUER (FN 3), Art. 262 N 6; AMONN/WALTHER (FN 1), § 48 N 26, N 46; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 54; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 319 N 21; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 13), Art. 295 N 19, Art. 310 N 21; OGer ZH, PS130029, 29.7.2013, E. III.5; für *Nachlass- bzw. Konkursforderung*: HARI (FN 13), N 132; BGE 105 III 20 E. 4c; *Frage offengelassen bzw. ohne eigene Stellungnahme*: BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 SchKG N 13.

¹²⁴ BGE 134 III 615 E. 4.3 (= Pra 2009, Nr. 44).

¹²⁵ BGE 105 III 20 E. 4c.

¹²⁶ BGE 113 III 148 E. 2 (erging im Beschwerdeverfahren nach Art. 19 SchKG, so dass das Bundesgericht die Qualifikationsfrage nicht entscheiden konnte); hingegen lautet die Regeste wie folgt: «Soweit das Sachwalterhonorar überhaupt als Masseverbindlichkeit zu betrachten ist.»

¹²⁷ BÖNI (FN 1), 51; LUDWIG (FN 3), 98; a.M. BGE 105 III 20 E. 4c, wonach der Umstand, dass der Sachwalter hätte Vorschüsse verlangen können, für die Qualifikation als Insolvenzforderung spricht.

¹²⁸ BGE 106 III 118 E. 4 (= Pra 1981, Nr. 143), BGE 105 III 20 E. 4c; 85 III 203 E. 1; 56 III 91 E. 5; vgl. dazu auch BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 17; HARI (FN 13), N 285, N 292.

¹²⁹ BBI 1991 III 188 f.

¹³⁰ Marginale zu Art. 305 ff. SchKG.

¹³¹ GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 21.

¹³² BGE 107 Ib 303 E. 2 (= Pra 1982, Nr. 129) *in casu* Warenumsatzsteuer, BGE 107 III 106 E. 3c/d (= Pra 1981, Nr. 253) betreffend Pflicht zur Mängelbehebung für vor der Nachlassstundung ausgeführte Arbeiten.

¹³³ CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 53; BGE 100 III 30 E. 1.

¹³⁴ A.M. GILLIÉRON (FN 8), Art. 319 SchKG N 13; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 51.

¹³⁵ BÖNI (FN 1), 45.

¹³⁶ Vgl. dazu STAEHELIN (FN 82), 113

¹³⁷ BÖNI (FN 1), 26.

rend der Nachlassstundung neu abgeschlossenen Dauerschuldverhältnissen.

(5) Gegenforderungen von Vertragspartnern aus einem (vorbestehenden) *Dauerschuldverhältnis* sind Masseverbindlichkeiten soweit (zeitlich und sachlich) der Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters Leistungen aus dem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat (Art. 310 Abs. 2 Satz 2 SchKG).

Kündigt der Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters Dauerschuldverhältnisse vorzeitig (Art. 297a SchKG), dann stellen allfällige Forderungen der Gegenpartei, welche von der Kündigung herrühren, nur Insolvenzforderungen und keine Masseverbindlichkeiten dar (Art. 297a Satz 1 zweiter Halbsatz SchKG)¹³⁸, ungeachtet, ob sich die Kündigung als zulässig erweist oder nicht.

Abgesehen von Art. 310 Abs. 2 SchKG gibt es während der Nachlassstundung keinen Vertragseintritt i.S.v. Art. 211 Abs. 2 SchKG, mit welchem der Sachwalter Masseverbindlichkeiten kreieren könnte.

(6) Anders als im Konkurs (Art. 229 Abs. 2 SchKG) hat eine *natürliche Person* als Nachlassschuldnerin *keinen Anspruch auf Unterhalt* (zulasten der Gläubiger), so dass auch keine entsprechenden Masseverbindlichkeiten entstehen können.

(7) *Verfahrenskosten, Parteientschädigungen und Kosten der eigenen Vertretung* in Bezug auf Gerichts-, Schiedsgerichts- oder Verwaltungsverfahren, welche während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters (Art. 310 Abs. 2 SchKG) für oder gegen den Nachlassschuldner eingeleitet oder fortgesetzt worden sind, sind Masseverbindlichkeiten.

(8) In der Generalexekution stellen *Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung* (Art. 62 ff. OR) Masseverbindlichkeiten dar, wenn die massgebliche Vermögensverschiebung während der Generalexekution eingetreten ist¹³⁹. Dies rechtfertigt sich m.E. (im Sinne eines Wertungsentscheids) auch dann, wenn die Vermögensverschiebung während der Nachlassstundung eingetreten ist¹⁴⁰; Voraussetzung ist jedoch, dass (während der provisorischen¹⁴¹) Nachlassstundung ein Sachwalter eingesetzt worden ist (ansonsten Art. 310 Abs. 2 SchKG nicht zum Tragen kommt).

(9) *Schadenersatzforderungen aufgrund von gesetzlichen Haftungstatbeständen* sind m.E. Masseverbindlichkeiten,

sofern sich das haftungsauslösende Ereignis während der Nachlassstundung ereignet hat und eine Zurechnung zu den Verhaltensweisen des Sachwalters gerechtfertigt ist (z.B. Motorfahrzeughalterhaftung [Art. 58 SVG], Tierhalterhaftung [Art. 56 OR], Werkeigentümerhaftung [Art. 58 OR], unerlaubte Handlung [Art. 41 OR]¹⁴² etc.). Ob eine Zurechnung zu den Verhaltensweisen des Sachwalters gerechtfertigt ist, hängt m.E. davon ab, ob ein blosser Zustand haftungsbegründend ist (z.B. Werkeigentümerhaftung) oder ob ein bestimmtes Verhalten erforderlich ist. Im ersten Fall liegt eine Masseverbindlichkeit vor, da die Haftung (sozusagen) durch die Fortführung der Geschäftstätigkeit «in Kauf genommen» worden ist. Wo ein Verhalten erforderlich ist (z.B. bei Motorfahrzeughalterhaftung), liegt keine Masseverbindlichkeit vor, wenn der Sachwalter solches Verhalten untersagt hat (z.B. wenn er die Autoschlüssel eingezogen und keine Bewegungen der Fahrzeuge angeordnet hat).

(10) Ist der Nachlassschuldner *Stockwerkeigentümer*, so sind *Beitragspflichten* gemäss Art. 712h ZGB sowie Beitragspflichten an den Erneuerungsfonds i.S.v. Art. 712m ZGB, welche während der Nachlassstundung entstehen, m.E. Masseverbindlichkeiten.¹⁴³

(11) *Gewinnsteuern* für die Dauer der Nachlassstundung sind Masseverbindlichkeiten, sofern der Sachwalter der Betriebsfortführung zugestimmt hat.¹⁴⁴

Dagegen stellen *Kapitalsteuern* während der Dauer der Nachlassstundung keine Masseverbindlichkeiten dar.¹⁴⁵ Der Bezug zwischen der Betriebsfortführung (mit der Zustimmung des Sachwalters) und der Entstehung der Steuerforderung ist zu gering.¹⁴⁶

(12) *Steuern zufolge Veräusserungen von Vermögenswerten* während der Nachlassstundung (Grundstückgewinnsteuer,¹⁴⁷ Handänderungssteuer, Mehrwertsteuer¹⁴⁸) stellen Masseverbindlichkeiten dar, sofern der Sachwalter der Veräusserung zugestimmt hat.¹⁴⁹

¹³⁸ LORANDI (FN 1), AJP 2004, 296; STAEHELIN (FN 82), 117.

¹³⁹ Vgl. dazu III.B.2.

¹⁴⁰ A.M. BÖNI (FN 1), 31.

¹⁴¹ In der definitiven Nachlassstundung muss immer ein Sachwalter bestellt werden.

¹⁴² Ablehnend BÖNI (FN 1), 33.

¹⁴³ Für die Generalexekution vgl. dazu im Text vor Fussnotenzeichen 96.

¹⁴⁴ Häufig wird jedoch die Möglichkeit bestehen, Gewinne während der Nachlassstundung mit vorbestehenden Verlustvorträgen zu verrechnen, so dass keine Gewinnsteuern resultieren.

¹⁴⁵ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 N 16a; BGer, 2C_792/2008, 19.2.2009, E. 3.2. und E. 3.3.

¹⁴⁶ BGer, 2C_792/2008, 19.2.2009, E. 3.3.

¹⁴⁷ BSK SchKG II-HARDMEIER (FN 3), Art. 310 N 20c.

¹⁴⁸ BSK SchKG II-HARDMEIER (FN 3), Art. 310 N 20c; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 13), Art. 319 N 12; BGE 126 III 294 E. 1b.

¹⁴⁹ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 N 16a.

(13) *Objektsteuern* stellen während der Dauer der Nachlassstundung ebenfalls Masseverbindlichkeiten dar.

(14) *Gebühren und andere öffentlichrechtliche Beitragspflichten* (wie etwa Sozialversicherungsabgaben), welche während der Nachlassstundung entstehen, sind Masseverbindlichkeiten, sofern diese mit der Fortführung des Geschäftsbetriebs zusammenhängen und der Sachwalter die diesbezügliche Betriebsfortführung genehmigt hat.

D. Nach Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages

Nach Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages können keine Masseverbindlichkeiten (mehr) entstehen.¹⁵⁰ Dies gilt m.E. selbst dann, wenn das Nachlassgericht den (ehemaligen) Sachwalter oder einen Dritten mit der Überwachung des Vollzugs des Nachlassvertrages beauftragt (Art. 314 Abs. 2 SchKG).

E. Nach Aufhebung der Nachlassstundung zufolge Sanierung

Nach Aufhebung der Nachlassstundung zufolge Sanierung (Art. 296a SchKG) ist der Nachlassschuldner wieder aufrecht stehend. Dem Sachwalter kommt keine Funktion mehr zur. Es können deshalb auch keine Masseverbindlichkeiten (mehr) entstehen.¹⁵¹

F. Während des Konkursaufschubs (Art. 725a OR) und bei einer aussergerichtlichen Sanierung

Der *Konkursaufschub* ist im Obligationenrecht geregelt (Art. 725a OR). Sein Wesen liegt darin, dass trotz erfolgter Überschuldungsanzeige der Gesellschaft an den Konkursrichter (Art. 725 Abs. 1 OR), der Konkurs (noch) nicht eröffnet wird, wenn hinreichend Aussicht auf Sanierung besteht, welche während des Konkursaufschubs erreicht werden soll (Art. 725a Abs. 1 OR). Ziel des Verfahrens ist es deshalb, eine aussergerichtliche Sanierung der Gesellschaft zu ermöglichen. Es handelt sich insoweit um ein Nicht-Insolvenzverfahren. Im Zusammenhang

mit einem Konkursaufschub gibt es daher (noch) keine Konkursmasse¹⁵² und es können mangels gesetzlicher Regelung auch (noch) *keine* Masseverbindlichkeiten entstehen.¹⁵³ Eine analoge Anwendung von Art. 310 Abs. 2 SchKG ist nicht möglich.

Wenn eine *aussergerichtliche Sanierung* erfolgt, wenn namentlich aussergerichtliche (Nachlass-)Verträge abgeschlossen werden, können keine Masseverbindlichkeiten entstehen. Diese würden voraussetzen, dass einerseits ein Insolvenzverfahren durchgeführt wird und dass andererseits eine gesetzliche Norm besteht, welche Schulden als Masseverbindlichkeit (in einem nachfolgenden Insolvenzverfahren) qualifiziert. Bei einer aussergerichtlichen Sanierung fehlt es an beidem.

G. Während einer amtlichen Erbschaftsliquidation

Anders als bei einer konkursamtlichen Liquidation einer überschuldeten Erbschaft, welche nach den Regeln des Konkursrechts erfolgt (Art. 597 ZGB), können bei einer amtlichen (ordentlichen¹⁵⁴) Liquidation der Erbschaft (gemäss Art. 593 ZGB ff.) keine Masseverbindlichkeiten entstehen¹⁵⁵.

¹⁵⁰ FRANCO LORANDI, Die Wirkungen des Konkursaufschubes (Art. 725a OR), Ausgewählte Fragen aus vollstreckungsrechtlicher Sicht – Ein Vergleich zum Konkurs- und Nachlassverfahren – mit Vorschlägen de lege ferenda, in: Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gehri (Hrsg.), Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, 207 ff., 217 (zit. Konkursaufschub); LORANDI (FN 1), AJP 2004, 300.

¹⁵¹ LORANDI (FN 1), AJP 2004, 300.

¹⁵² ROGER GIROUD, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Zürich 1981, 142; LORANDI, Konkursaufschub (FN 150), 216; BSK OR II-WÜSTINGER, Art. 725a N 10, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–61 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter).

¹⁵³ LORANDI, Konkursaufschub (FN 150), 217 f.; AMONN/WALTHER (FN 1), § 57 N 1; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung, unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 844; BSK OR II-WÜSTINGER (FN 152), Art. 725a N 10 (a.M. in Bezug auf Sachwalterkosten: N 13; so auch WOLFHART F. BÜRGI, in: Eric Homberger/Hans Ulrich Hardmeier (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, 2. A., Zürich 1997, Art. 725 OR N 23; JÜRIG ROTH, Die Behandlung von Krisendarlehen im Konkurs, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Europa Institut Zürich, Zürich 2011, 41 ff., 56; OGer ZH, PS130029, 29.7.2013, E. III.4./E. III.5.; a.M. jeweils unter Verweis auf die Verwandtschaft von Konkursaufschub und Nachlassstundung: BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 N 18 (sofern der Konkursaufschubentscheid dies vorsehe, diese Klausel publiziert werde und ein Sachwalter bestellt worden sei); CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 319 N 25.

¹⁵⁴ So der Randtitel zu Art. 596 ZGB.

¹⁵⁵ A.M. BGE 48 III 1 E. 3.

H. In der Spezialexécution und bei Kostenersparnis zufolge sinnverwandter Inventare

Im Zusammenhang mit Spezialexécutionen können grundsätzlich *keine* Masseverbindlichkeiten entstehen. So stellen etwa die Verfahrenskosten (Art. 144 Abs. 3, Art. 157 Abs. 1 SchKG), welche in der Spezialexécution ungedeckt geblieben sind, im nachfolgenden Konkurs keine Masseverbindlichkeiten dar¹⁵⁶.

Anders verhält es sich nur, wo die gesetzliche Ordnung dies vorsieht. Dies gilt etwa für die *Kosten der Aufnahme eines Güterverzeichnis* (Art. 262 Abs. 1 SchKG) sowie von anderen vorausgegangenen öffentlichen Inventaren (Art. 85 KOV drittes Lemma), soweit dadurch das (nachfolgende) Konkursverfahren verbilligt wird.¹⁵⁷ Solche Kostenersparnisse gelten im anschliessenden Verfahren der Generalexécution als Masseverbindlichkeit.¹⁵⁸ Dies gilt etwa für die Kosten eines *Inventars gemäss Art. 581 ZGB*,¹⁵⁹ nicht aber für das vormundschaftliche Inventar.¹⁶⁰

I. Spezialregelungen

In Bezug auf Banken und Sparkassen stellt das Bankengesetz¹⁶¹ Spezialbestimmungen über die Insolvenzverfahren auf. Die FINMA kann in Bezug auf ihr die unterstellten Institute Schutzmassnahmen verhängen (Art. 26 BankG). Scheitern solche *Schutzmassnahmen* und kommt es nachfolgend zum Konkurs,¹⁶² so stellen *Verbindlichkeiten*, welche während der Dauer bestimmter Schutzmassnahmen eingegangen wurden, Masseverbindlichkeiten dar, indem sie vorab befriedigt werden (Art. 37 BankG). Entsprechende Bestimmungen bestehen im Konkurs über Versicherungsgesellschaften (Art. 34 VKV-FINMA¹⁶³) und im Konkurs von Trägern

von kollektiven Anlagen (Art. 2 und Art. 39 KAKV-FINMA¹⁶⁴).

Wird über eine *Verwahrungsstelle* von Bucheffekten (Art. 3 BEG¹⁶⁵) ein inländisches Zwangsliquidationsverfahren zum Zweck der Generalexécution durchgeführt, dann müssen die *Verbindlichkeiten* der Verwahrungsstelle *gegenüber Drittverwahrungsstellen*, welche aus der Drittverwahrung oder aus der Vorleistung für den Erwerb von Bucheffekten entstanden sind, erfüllt werden (Art. 17 Abs. 3 BEG). Damit handelt es sich um Masseverbindlichkeiten.¹⁶⁶

IV. Entscheidungsbefugnis¹⁶⁷

Über die Frage, ob eine Masseverbindlichkeit vorliegt, oder über den Bestand und Umfang der Forderung hat *im Streitfall* grundsätzlich der *Richter* bzw., in Bezug auf öffentlich-rechtliche Forderungen, die *zuständige Verwaltungsbehörde zu entscheiden*. Die Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen (Art. 13 f. SchKG) sind dazu grundsätzlich nicht zuständig.¹⁶⁸

Zögert ein Gläubiger, der eine Masseverbindlichkeit behauptet, mit deren Geltendmachung, so kann die Kon-

sicherungskonkursverordnung-FINMA, VKV-FINMA; SR 961.015.2).

¹⁶⁴ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 6. Dezember 2012 über den Konkurs von kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA, KAKV-FINMA; SR 951.315.2).

¹⁶⁵ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG; SR 957.1).

¹⁶⁶ BBl 2006, 9362; BSK Wertpapierrecht-BOPP/STAEHELIN, Art. 17 BEG N 22, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Wertpapierrecht, Art. 965–1186 OR, Bucheffektengesetz, Haager Wertpapier-Übereinkommen, Art. 108a–108d IPRG, Basler Kommentar, Basel 2012; SCHWOB/MÜLLER (FN 91), Art. 37d BankG N 10.

¹⁶⁷ Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen praktisch unverändert der Darstellung in LORANDI, Insolvenzmasse (FN 33), 924 f.

¹⁶⁸ BÖNI (FN 1), 86; LUDWIG (FN 3), 100; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Konkursrecht, Arrest, Miete und Pacht, Paulianische Anfechtung, Nachlassvertrag und Notstundung, Besondere Ordnungen, 3. A., Zürich 1993, § 52 N 20; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 261 N 12; GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 22; AMONN/WALTHER (FN 1), § 42 N 8, § 48 N 8; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 261 N 6, Art. 262 N 18; BGE 125 III 293 E. 2, 120 III 157 E. 2 (= Pra 1996, Nr. 84, S. 245), BGE 113 III 148 E. 1, 111 Ia 86 E. 2a, 107 Ib 303 E. 2 (= Pra 1982, Nr. 129), BGE 106 III 118 E. 1 (= Pra 1981, Nr. 143), BGE 78 III 172 E. 2, 75 III 57 E. 1; BGer, 5A_105/2013, 12.6.2013, E. 3.5; BGer, 5A_329/2012, 5.9.2012, E. 4.4.; BGer, 7B.209/2004, 30.11.2004, E. 1; BGer, 7B.41/2001, 12.3.2001, E. 3b.

¹⁵⁶ Vgl. dazu RTiD 2005 II 774.

¹⁵⁷ BÖNI (FN 1), 20; BGE 44 III 30 E. 2; BLSchK 1953, 54.

¹⁵⁸ JAEGER (FN 7), Art. 193 SchKG N 3, Art. 262 SchKG N 1; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 6; CP LP-JEANDIN/CASONATO, Art. 262 SchKG N 15.

¹⁵⁹ BÖNI (FN 1), 20; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 7; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 6; BGE 44 III 30 E. 2, 43 III 252 E. 1.

¹⁶⁰ BÖNI (FN 1), 20; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 262 N 7; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 262 N 6; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 16; BGE 44 III 30 E. 2.

¹⁶¹ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0).

¹⁶² Zur Regelung der Masseverbindlichkeiten im Bankenkurs vgl. Art. 35 BIV-FINMA (SR 952.05).

¹⁶³ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 17. Oktober 2012 über den Konkurs von Versicherungsunternehmen (Ver-

kursverwaltung bzw. der Liquidator ihm anzeigen, dass sie bzw. er (ohne Berücksichtigung bzw. Sicherstellung der Forderung) zur Verteilung schreiten werde, falls der Gläubiger nicht innert Frist Klage einleitet.¹⁶⁹ Die Masse kann auch selbst aktiv werden und eine negative Feststellungsklage einleiten.¹⁷⁰ Der Umstand, dass das Insolvenzverfahren ohne Klärung der geltend gemachten Masseverbindlichkeit nicht abgeschlossen werden kann, begründet m.E. ein hinreichendes Feststellungsinteresse (Art. 88 ZPO).

Sind dagegen Bestand, Umfang und die Qualifikation der Forderung als Masseverbindlichkeit *unstrittig*, so können die *Konkursverwaltung* bzw. der *Liquidator* und auf Beschwerde die Aufsichtsbehörden über die verfahrensmässige Berücksichtigung der Masseverbindlichkeit entscheiden.¹⁷¹ Als Ausnahme zu dieser Regel gilt Folgendes: Sofern noch kein Entscheid des zuständigen Richters bzw., in Bezug auf öffentlich-rechtliche Forderungen, der zuständigen Verwaltungsbehörde vorliegt, welcher die Eigenschaft als Masseverbindlichkeit verneint, ist das Konkursamt bzw. der Liquidator befugt, bei Auflage der Schlussrechnung über die Berücksichtigung der Masseverbindlichkeit zu befinden.¹⁷² Die Aufsichtsbehörden können diesen Entscheid hinsichtlich der Berücksichtigung der Forderung als Masseverbindlichkeit konsequenterweise im Beschwerdeverfahren überprüfen.¹⁷³

V. Rangfolge¹⁷⁴

Die Masseverbindlichkeiten werden zwar «vorab» befriedigt (Art. 262 Abs. 2 SchKG). Die Frage der Rangfolge von Masseverbindlichkeiten stellt sich auch, wenn nicht genügend Substrat vorhanden ist, um alle Masseverbindlichkeiten vollständig decken zu können. Die gesetzliche Regelung über die Rangfolge der Insolvenzforderungen

(Art. 219 Abs. 4 SchKG) gilt für Masseverbindlichkeiten nicht.¹⁷⁵

Die Rangfolge ist eine *vollstreckungsrechtliche Frage*. Sie richtet sich in der Generalexekution nach dem SchKG. Art. 262 Abs. 1 SchKG sieht keine Privilegierung einzelner Ansprüche vor. Das Gesetz geht vielmehr von einer *Gleichbehandlung aller Gläubiger von Masseverbindlichkeiten* aus.¹⁷⁶ Diese bundesrechtliche Regelung ist abschliessend und lässt keinen Raum für kantonales Recht. Es ist den Kantonen deshalb verwehrt, für ihre (staatlichen) Forderungen eine Vorzugsstellung zu begründen.¹⁷⁷

Ungeachtet der undifferenzierten Regel von Art. 262 SchKG hat die Rechtsprechung aus Opportunitätsgründen¹⁷⁸ eine *Rangordnung* entwickelt, für den Fall, dass das vorhandene Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Masseverbindlichkeiten zu decken: Zunächst werden die Auslagen des verfahrensleitenden Organs beglichen, hernach die übrigen Masseverbindlichkeiten (d.h. die Masseschulden) und schliesslich die Gebühren des Amtes bzw. die Forderungen des verfahrensleitenden Organs¹⁷⁹ (dazu gehören auch die Honorarforderungen des Sachwalters¹⁸⁰). Innerhalb jeder der drei Kategorien gilt ein Anspruch auf gleichmässige (d.h. anteilige) Befriedigung (Art. 220 SchKG analog).¹⁸¹

Über die Rangordnung hat das *Konkursamt* bzw. der *Liquidator* bei Aufstellen der Kostenrechnung bzw. der Verteilungsliste¹⁸² zu entscheiden. Dieser Entscheid kann mit Beschwerde an die SchKG-Aufsichtsbehörden (Art. 17 ff. SchKG) weitergezogen werden.¹⁸³

¹⁶⁹ ANTOINE FAVRE, Schuldbeitrags- und Konkursrecht, Freiburg 1956, 317; LUDWIG (FN 3), 100; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 3), Art. 261 N 5; GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 23; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 261 N 6; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 13), Art. 328 N 6; BGE 125 III 293 E. 2, 78 III 172 E. 2, 75 III 61, 61.

¹⁷⁰ KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 13), Art. 328 N 6.

¹⁷¹ BÖNI (FN 1), 88; GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 22; BGE 56 III 181 E. 2.

¹⁷² BGE 120 III 153 Regeste (= Pra 1996, Nr. 84, S. 245). *In casu* ging es um die Qualifikation der Grundstückgewinnsteuer (bei Verwertung eines Grundstücks im Konkurs) als Masseverbindlichkeit, wobei bereits in den Steigerungsbedingungen auf diese Qualifikation hingewiesen worden war.

¹⁷³ BGE 120 III 153 E. 2 (= Pra 1996, Nr. 84, S. 245).

¹⁷⁴ Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen praktisch unverändert der Darstellung in LORANDI, Insolvenzmasse (FN 33), 925.

¹⁷⁵ Vgl. dazu I.B.

¹⁷⁶ BGE 111 Ia 86 E. 2d, BGE 113 III 148 E. 2; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 3), Art. 319 N 20; ARROYO (FN 34), 271 ff.

¹⁷⁷ BGE 113 III 148 E. 3 mit Verweis auf BGE 111 Ia 86 E. 2d.

¹⁷⁸ CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 9.

¹⁷⁹ BÖNI (FN 1), 72, 74; LUDWIG (FN 3), 95; ARROYO (FN 34), 271 f.; GILLIÉRON (FN 8), Art. 262 SchKG N 15; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 8; BGE 113 III 148 E. 3a, BGE 59 III 167, 171, 58 III 38 E. 2, BGE 56 III 181 E. 2, 50 III 73, 73/74.

¹⁸⁰ Vgl. III.C.1.; BGE 113 III 148 E. 2.

¹⁸¹ In Bezug auf Masseschulden: BÖNI (FN 1), 72, 74; BGE 58 III 38 E. 2, 50 III 73 Erwägungen.

¹⁸² Vgl. dazu II.B.

¹⁸³ BGE 113 III 148 E. 1, 59 III 167 Erwägungen, BGE 58 III 38 E. 2, 56 III 181 E. 2, 50 III 73 Erwägungen, BGE 50 III 167, 167.