

# Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren



PD Dr. FRANCO LORANDI,  
LL.M., Lehrbeauftragter an  
der Universität St. Gallen  
(HSG), Rechtsanwalt, Zürich

- aa. Aus neuen (während der Nachlassstundung abgeschlossenen) Dauerschuldverhältnissen
- bb. Aus vor der Nachlassstundung abgeschlossenen Dauerschuldverhältnissen
- 3. Forderungen, die nach Bestätigung des Nachlassvertrages entstehen
  - a. Beim ordentlichen Nachlassvertrag
  - b. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung
    - aa. Masseschulden
    - bb. Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich
    - cc. Nachlassforderungen
- 4. Graphische Darstellung

## Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
  - A. Gegenstand der Abhandlung
  - B. Dauerschuldverhältnisse
- II. Auswirkungen der Nachlassstundung und der Bestätigung des Nachlassvertrages auf Dauerschuldverhältnisse im Überblick
  - A. Beschränkte vollstreckungsrechtliche Wirkungen der Bewilligung der Nachlassstundung und der Bestätigung des Nachlassvertrages
  - B. Grundsatz: keine Vertragsauflösung von Gesetzes wegen
  - C. Ausnahme: Vertragsauflösung von Gesetzes wegen
  - D. Rücktritts- oder Kündigungsrecht der nicht betroffenen Vertragspartei
    - 1. Gesetzliches Rücktritts- oder Kündigungsrecht
      - a. Noch nicht beidseitig vollständig erfüllte synallagmatische Verträge (Art. 83 OR)
        - aa. Leistung von Sicherheit
        - bb. Keine Leistung von Sicherheit
      - b. Gesetzliches Kündigungsrecht bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit
      - c. Rücktritt vom Vertrag bei Gläubigerverzug (Art. 107 OR)
      - d. Gesetzliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund
    - 2. Vertragliches Rücktritts- oder Kündigungsrecht
    - 3. Graphische Übersicht über die Beendigungsgründe
- III. Nachlassforderungen, Masseschulden und Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich
  - A. Die drei Forderungsarten im Überblick
    - 1. Nachlassforderungen
    - 2. Masseverbindlichkeiten
    - 3. Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich
      - a. Beim ordentlichen Nachlassvertrag
      - b. Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung
  - B. Qualifizierung von Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen
    - 1. Vor der Nachlassstundung entstandene Forderungen
      - a. Nachlassforderungen
      - b. Masseschulden
    - 2. Forderungen, die während der Nachlassstundung entstanden sind
      - a. Nachlassforderungen
      - b. Masseschulden

## I. Einleitung

### A. Gegenstand der Abhandlung

Wird über einen Schuldner der *Konkurs* eröffnet, so hat dies einschneidende Wirkungen; sowohl für den Schuldner selbst, für seine Gläubiger als auch für weitere Personen, wie Familienmitglieder und Geschäftspartner des Gemeinschuldners, wie zum Beispiel Arbeitnehmer, Mieter, Vermieter oder sonstige Vertragspartner.

Ein Nachlassverfahren hat weniger einschneidende Wirkungen als ein Konkurs. Es beginnt mit der *Nachlassstundung* (Art. 295 SchKG). Das Stundungsverfahren wird mit dem Entscheid des Nachlassrichters über die *Bewilligung des Nachlassvertrages* beendet (Art. 306 SchKG). Bewilligt der Richter einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, so kommt es zu einer Nachlassliquidation (Art. 317 ff. SchKG).

Gegenstand dieser Abhandlung sind die Auswirkungen der Nachlassstundung und der Bestätigung des Nachlassvertrages durch den Nachlassrichter auf Dauerschuldverhältnisse des Nachlassschuldners. Dabei stellt sich eine Vielzahl von Einzelfragen, welche zum Teil davon abhängen, um was für ein Dauerschuldverhältnis es sich handelt. Andere Fragen stellen sich weitgehend unabhängig vom Gegenstand des Vertrages. Eine umfassende Analyse würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen. Nachfolgend sollen deshalb nur ausgewählte Fragen behandelt werden. Das Hauptaugenmerk wird dabei auf die Schnittstellen zwischen dem materiellen Recht und dem Nachlassvertragsrecht gerichtet.

Folgende Fragen sollen im Vordergrund stehen: 1. Hat die Nachlassstundung bzw. die Bestätigung des Nachlassvertrages einen unmittelbaren Einfluss auf den Bestand eines Dauerschuldverhältnisses? 2. Kann ein Dauerschuldverhältnis wegen einer Nachlassstundung bzw. der Bestätigung eines Nachlassvertrages (vorzeitig) gekündigt werden? 3. Wie ist die Forderung des Vertragspartners zu qualifizieren? 4. Welche Sicherungsmöglichkeiten und Handlungsalternativen hat der Vertragspartner des Nachlassschuldners?

## B. Dauerschuldverhältnisse

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

Aufgrund dessen, dass es gerade das Wesen ist, dass sie auf Dauer ausgerichtet sind, kann ein Insolvenzereignis über eine Partei für die Gegenpartei von grosser Bedeutung sein. Hinzu kommt, dass juristische Personen mit Abschluss eines Nachlassverfahrens untergehen können. Dies trifft namentlich beim Abschluss eines Nachlassverfahrens mit (vollständiger<sup>4</sup>) Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG) zu<sup>5</sup>. Nach Beendigung eines Nachlassverfahrens mit einem Nachlassvertrag mit (vollständiger) Vermögensabtretung über eine juristische Person kann es somit schon zivilrechtlich keine (neuen) Forderungen mehr geben; der Dauervertrag fällt mit Untergang der Vertragspartei dahin.

Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist u.a. der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung massgebend, um zu entscheiden, um was für eine Forderung (Nachlassforderung, Masseschuld oder Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich) es sich handelt<sup>6</sup>. Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen *entstehen* – entgegen der allgemeinen Regel<sup>7</sup> (Art. 75 OR)<sup>8</sup> – nicht schon mit Abschluss des Vertrages, sondern *jeweils periodisch neu*<sup>9</sup>. Dies gilt insbesondere etwa für Lohn-<sup>10</sup>, Miet-<sup>11</sup>, Pacht- oder Leasingzinsforderungen, um nur einige zu nennen. Diese Forderungen entstehen insofern zivilrechtlich automatisch mit Zeitablauf.

## II. Auswirkungen der Nachlassstundung und der Bestätigung des Nachlassvertrages auf Dauerschuldverhältnisse im Überblick

### A. Beschränkte vollstreckungsrechtliche Wirkungen der Bewilligung der Nachlassstundung und der Bestätigung des Nachlassvertrages

Bekanntlich hat die *Nachlassstundung* nur beschränkte vollstreckungsrechtliche Wirkungen auf die Gläubiger<sup>12</sup>:

So können während der Stundung (mit Ausnahme für Erstklassforderungen und für grundpfandgesicherte Forderungen; Art. 297 Abs. 2 SchKG) keine Beteiligungen eingeleitet oder fortgesetzt werden. Der Zinsenlauf für nicht pfandgesicherte Forderungen hört mit der Stundung auf (Art. 297 Abs. 3 SchKG). Eine Verrechnung ist nur noch gemäss Art. 213–214a SchKG möglich (Art. 297 Abs. 4 SchKG).

Die Nachlassstundung bewirkt jedoch (anders als der Konkurs) keine Fälligkeit aller Schuldverpflichtungen des Schuldners (Art. 208 SchKG im Konkurs)<sup>13</sup> und es findet keine Umwandlung von Forderungen, welche nicht auf Geldzahlung gehen, in Geldforderungen statt (Art. 211 Abs. 1 SchKG im Konkurs)<sup>14</sup>. Auch Art. 211 Abs. 2 SchKG findet während der Dauer der Nachlassstundung keine Anwendung; der Sachwalter<sup>15</sup> kann also grundsätzlich<sup>16</sup> nicht in Verträge "eintreten"<sup>17</sup>; er hat keine umfassende verfahrensleitende Stellung, so dass ihm dies Kompetenz nicht zukommt. Der Verkäufer, welcher dem Schuldner eine verkaufte Sache schon übertragen hat, kann vom Vertrag zurücktreten, wenn er sich dies vorher vorbehalten hat (vgl. Art. 212 SchKG im Konkurs).

Auch die *Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages* hat nur beschränkte vollstreckungsrechtliche Wirkungen.

- 1 GAUCH, 6 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 94 f.; KOLLER, Rz 113.
- 2 GAUCH, 6; MERZ, 128.
- 3 Vgl. GAUCH, 9 ff.
- 4 Handelt es sich um einen Nachlassvertrag mit nur *teilweiser* Vermögensabtretung (Art. 317 Abs. 1 und Art. 318 Abs. 2 SchKG), so besteht die juristische Person weiter und sie wird im Handelsregister nicht gelöscht. Art. 66 Abs. 3 HRV ist in diesem Sinne teleologisch zu reduzieren.
- 5 Art. 66 Abs. 3 HRV.
- 6 Vgl. III.
- 7 VON TUHR/ESCHER, 44/45; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 275; KELLER/SCHÖBI, 60; FEO, Rz 45 und Rz 51.
- 8 Art. 75 OR handelt zwar von der Fälligkeit. Eine Forderung kann aber selbstverständlich nur und erst fällig sein, wenn sie schon entstanden ist.
- 9 STAEHELIN, 376; BGE 127 II 274, 115 III 67, 42 III 282, 41 III 230.
- 10 BGE 5C.155/2000 vom 31.8.2000, E. 4d) und e).
- 11 BGE 127 III 274, 124 III 41 ff., 115 III 67, 42 III 282, 41 III 230.
- 12 Zu den Wirkungen der Bewilligung der Nachlassstundung auf die Verfügungsbefugnis des Nachlassschuldners vgl. Art. 298 SchKG. Zu Art. 298 Abs. 2 SchKG vgl. LORANDI, *Geschäfte*, 73 ff.
- 13 AMONN/WALTHER, § 54 Rz 35; BASK-HARDMEIER, Art. 310 SchKG N 7.
- 14 BASK-HARDMEIER, Art. 305 SchKG N 23; Art. 310 SchKG N 7; STÖCKLI, 146; BGE 50 II 32 ff.
- 15 Anders der Liquidator nach Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (vgl. sogleich unten im Text).
- 16 Für die Ausnahme vgl. III.B.3.b.aa.
- 17 Deshalb bedurfte es auch der Regel von Art. 310 Abs. 2 SchKG.

kungen für die Gläubiger. Der Nachlassvertrag ist für alle Gläubiger (mit Ausnahme der Pfandgläubiger im Umfang der Pfandsicherheit) verbindlich (Art. 310 Abs. 1 SchKG). Die materiellrechtlichen Wirkungen richten sich nach dem Nachlassvertrag (Art. 314 Abs. 1 SchKG)<sup>18</sup>. Vor der Stundung eingeleitete Beteiligungen fallen dahin (Art. 311 SchKG). Beim ordentlichen Nachlassvertrag setzt der Nachlassrichter den Gläubigern von Forderungen, welche vom Nachlassschuldner bestritten worden sind, Frist zur Klage an (Art. 315 SchKG).

Anders verhält es sich dagegen bei der *Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung*. Die Bestätigung eines solchen Nachlassvertrages hat weitgehend dieselben Wirkungen wie die Konkursöffnung<sup>19</sup>, namentlich hinsichtlich der Auswirkungen auf den Schuldner (Art. 319 SchKG). Es finden denn auf den Liquidationsvergleich weitgehend auch die konkursrechtlichen Normen Anwendung (vgl. Art. 320 Abs. 4, Art. 321, Art. 322 f., Art. 325, Art. 331 SchKG). Sämtliche Nachlassforderungen (mit Ausnahme der Grundpfandgesicherten) werden fällig (Art. 208 SchKG analog)<sup>20</sup>. Nachlassforderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben, werden in eine Geldforderung umgewandelt (Art. 211 Abs. 1 SchKG)<sup>21</sup>. Der Liquidator kann gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG in bestehende Verträge "eintreten" (Art. 211 Abs. 2 SchKG)<sup>22</sup>.

## B. Grundsatz: keine Vertragsauflösung von Gesetzes wegen

Zunächst einmal gilt der Grundsatz, dass weder die Bewilligung einer Nachlassstundung<sup>23</sup> noch die Bestätigung des Nachlassvertrages in Bezug auf eine Vertragspartei eine Auflösung des Dauerschuldverhältnisses von Gesetzes wegen bewirkt<sup>24</sup>. Der Bestand des Dauerschuldverhältnisses wird somit in aller Regel nicht unmittelbar tangiert. Es bestehen insbesondere keine vollstreckungsrechtliche Regeln, welche eine Vertragsauflösung von Gesetzes wegen vorsehen würden.

## C. Ausnahme: Vertragsauflösung von Gesetzes wegen

Von dieser Regel gibt es indessen gewisse *Ausnahmen*, welche allesamt im materiellen Recht zu finden sind. Davon seien nachfolgend nur einige erwähnt. Das Gesetz sieht als Ausnahme für verschiedene Rechtsgeschäfte vor, dass diese mit *Konkursöffnung* über eine Partei automatisch aufgelöst werden<sup>25</sup>. Dies gilt namentlich auch für einige Dauerschuldverhältnisse: Pachtvertrag (Art. 297a OR), Auftrag (Art. 405 Abs. 1 OR), Agenturvertrag (Art. 418s Abs. 1 OR), Leibrente (Art. 518 Abs. 3 OR), einfache Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Damit stellt sich die Frage, inwiefern diese Normen auch auf das Nachlassvertragsrecht Anwendung finden<sup>26</sup>.

Aufgrund dessen, dass die Vertragsauflösung ex lege einen gravierenden Eingriff in das Vertragsverhältnis darstellt, finden diese Normen m.E. bei einer *Bewilligung der Nachlassstundung* für eine Vertragspartei *keine Anwen-*

*dung*<sup>27</sup>. Die Bewilligung der Nachlassstundung (Art. 297 f. SchKG) hat denn auch in keiner Weise solch einschneidende Wirkungen auf den Schuldner oder die Gläubiger (insbesondere die Vertragspartner) wie die Konkursöffnung (Art. 197 ff., Art. 208 ff. SchKG)<sup>28</sup>. Dies gilt m.E. unabhängig davon, ob der Nachlassrichter die Verfügungsbefugnis des Nachlassschuldners über das gesetzliche Mass (Art. 298 Abs. 2 SchKG) hinaus beschränkt (Art. 298 Abs. 1 und Abs. 3 SchKG) oder dem Nachlassschuldner gar die Verfügungs- und Geschäftsführungsbefugnis ganz entzieht und diese auf den Sachwalter überträgt. Keine Rolle spielt sodann, ob der Nachlassschuldner einen ordentlichen Nachlassvertrag oder einen solchen mit Vermögensabtretung in Aussicht nimmt. Diese Unterscheidung ist während der Dauer der Nachlassstundung<sup>29</sup> ohne Bedeutung<sup>30</sup>.

Das Gleiche muss für die *Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages* gelten. Auch diesbezüglich sind die Wirkungen auf die Rechtstellung des Schuldners und der Gläubiger in keiner Weise mit der Konkursöffnung zu vergleichen<sup>31</sup>. Eine analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmung über die Auflösung bestimmter Rechtsgeschäfte ex lege rechtfertigt sich deshalb nicht<sup>32</sup>.

Dagegen gelangen die genannten zivilrechtlichen Normen m.E. (analog) zur Anwendung, wenn ein *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* vom Nachlassrichter *bestätigt* wird. Dies hat ähnliche Auswirkungen auf den

18 AMONN/WALTHER, § 55 Rz 2 f.

19 AMONN/WALTHER, § 55 Rz 31; PAPA, 104 ff.; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 317 SchKG N 4; BGE 102 III 36, 107 III 109, 113 III 150.

20 AMONN/WALTHER, § 54 Rz 35, § 55 Rz 33.

21 AMONN/WALTHER, § 55 Rz 33.

22 Vgl. dazu III.B.1.b., III.B.3.b.aa.

23 STÖCKLI, 146 ff. in Bezug auf Miet- und Arbeitsverträge; RIEBEN/ASCHENBERGER, 108, in Bezug auf den Arbeitsvertrag; MOSER, 48, in Bezug auf Werkverträge.

24 Dasselbe gilt für die *Konkursöffnung*: GAUCH, 109; KREN, 9, 87; DALLÈVES, 14 und 16; GILLIÉRON, 456; GROB-ANDERMACHER, 35; BK-REHBINDER, Art. 337a OR N 17; ZK-STAEHELIN/VISCHER, Art. 337a OR N 11; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 11; BRUNI, 286; BasK-SCHWOB, Art. 211 SchKG N 9; LORANDI, Arbeitsverträge, 152; DERS., Mietverträge, 3 f.; STIEGER, 10; CHERPILLOD, 212 f.; VON BÜREN, 329 f.; HUNKELER, Konkursöffnung, 56; SPÜHLER, 674; STAHLIN, 364.

25 Vgl. etwa Art. 35 Abs. 2 OR (Vollmacht), Art. 250 Abs. 2 OR (Schenkung), Art. 471 Abs. 3 OR (Anweisung).

26 Der Lehre und Rechtsprechung ist dazu kaum eine Stellungnahme zu entnehmen.

27 So wohl auch ZK-HIGI, Art. 297a OR N 7 für den Pachtvertrag, obwohl er auch auf Art. 266h OR verweist.

28 Vgl. II.A.

29 Für die Bestätigung des Nachlassvertrages vgl. sogleich unten im Text.

30 Vgl. auch II.D.1.d.

31 Vgl. II.A.

32 BK-BECKER, Art. 545 OR N 12; BasK-STAEHELIN, Art. 545/546 OR N 16.



Schuldner (Art. 319 SchKG) und die Gläubiger (Art. 321, Art. 325, Art. 331 SchKG) wie die Konkursöffnung (Art. 197 ff., Art. 208 ff. SchKG). Auf den Liquidationsvergleich finden weitgehend die konkursrechtlichen Normen Anwendung<sup>33</sup>. Dies gilt dann uneingeschränkt, wenn der Nachlassschuldner seinen Gläubigern im Nachlassvertrag das Verfügungsrecht über sein *gesamtes* Vermögen eingeräumt hat.

Überträgt der Nachlassschuldner seinen Gläubigern dagegen *nur einen Teil seines Vermögens* (Art. 318 Abs. 2 SchKG), so ist m.E. zu unterscheiden<sup>34</sup>: Führt der Nachlassschuldner einen Teil des bisherigen Geschäfts weiter und betrifft das Rechtsgeschäft ausschliesslich diesen Teil des Geschäfts, so finden die gesetzlichen Bestimmungen, welche eine Auflösung des Rechtsgeschäfts vorsehen, aus teleologischer Sicht keine Anwendung. Ein Anhaltspunkt dafür ist, dass die Aktiven, welche der Nachlassschuldner für diesen Geschäftsteil benötigt, gemäss Nachlassvertrag nicht auf die Gläubiger übertragen werden (Art. 318 Abs. 2 SchKG).

Eine Abgrenzung von Rechtsgeschäften, welche vom Liquidationsvergleich erfasst sind, von denjenigen, welchen nicht erfasst sind, ist jedoch in der Praxis schwierig. Die Ausscheidung im Liquidationsvergleich findet denn auch nur nach Aktiven und nicht nach Vertragsverhältnissen statt, da diese nicht auf die Gläubigersamtheit "übertragen" werden können<sup>35</sup>. Der Grund für die Vertragsauflösung ex lege liegt denn auch weniger im Umstand, dass dem Nachlassschuldner gewisse Aktiven nicht mehr gehören, als vielmehr im Umstand, dass seine Verfügungsbefugnis weitgehend eingeschränkt ist (Art. 319 SchKG). Dies allein schafft schon Unsicherheit für die Gegenpartei des Rechtsgeschäfts. Gerade diese Unsicherheit spricht jedoch m.E. dagegen, im Zweifel eine Vertragsauflösung von Gesetzes wegen anzunehmen. Der Gegenpartei stehen denn auch genügend sonstige Rechtsbehelfe zu<sup>36</sup>, so dass er dieser Unsicherheit nicht einfach schutzlos ausgeliefert ist.

## D. Rücktritts- oder Kündigungsrecht der nicht betroffenen Vertragspartei

### 1. Gesetzliches Rücktritts- oder Kündigungsrecht

#### a. Noch nicht beidseitig vollständig erfüllte synallagmatische Verträge (Art. 83 OR)

Ist bei einem zweiseitigen Vertrag der eine Teil zahlungsunfähig geworden, wie namentlich, wenn er in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet ist, und wird durch diese Verschlechterung der Vermögenslage der Anspruch des anderen gefährdet, so kann dieser seine Leistung so lange zurückbehalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird (Art. 83 Abs. 1 OR). Wird er innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren nicht sichergestellt, so kann er vom Vertrag zurücktreten (Art. 83 Abs. 2 OR). Diese Bestimmung findet auf noch nicht beidseitig vollständig erfüllte synallagmatische Verträge Anwendung. Dies gilt

insbesondere für Dauerschuldverträge<sup>37</sup>. Hat der Vertragspartner seine Leistung dagegen schon vollständig erbracht oder ist er durch die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei gar nicht gefährdet (z.B. weil die zahlungsunfähige Partei ihre Leistung schon vollumfänglich erbracht hat), so kommt Art. 83 OR nicht zur Anwendung<sup>38</sup>.

*Zahlungsunfähigkeit* i.S.v. Art. 83 OR liegt namentlich dann vor, wenn der Schuldner ein Gesuch um *Bewilligung einer Nachlassstundung* stellt<sup>39</sup> oder der Nachlassrichter eine Nachlassstundung bewilligt. Dasselbe gilt auch, wenn ein Nachlassvertrag vom Nachlassrichter bestätigt wird.

#### aa. Leistung von Sicherheit

Analog Art. 266h OR (bei Insolvenz des Mieters)<sup>40</sup> und Art. 337a OR (bei Insolvenz des Arbeitgebers)<sup>41</sup> ist bei Dauerverträgen, welche auf bestimmte Zeit abgeschlossen sind, für die gesamte verbleibende Restdauer Sicherheit zu leisten. Bei Dauerverträgen, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sind, ist Sicherheit bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin zu leisten. Diese zivilrechtliche Regelung gilt unabhängig davon, wie die Forderungen vollstreckungsrechtlich zu qualifizieren sind (Nachlassforderungen, Masseschulden oder Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich<sup>42</sup>).

Im Konkurs muss die Fristansetzung auch an die Konkursverwaltung erfolgen, damit diese ihr Recht, gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Vertrag "einzutreten", ausüben kann<sup>43</sup>. Art. 211 Abs. 2 SchKG findet *während der Nachlassstundung* keine Anwendung<sup>44</sup>. Dem Sachwalter muss daher m. E. in der Regel keine Frist angesetzt werden; es genügt die Fristansetzung an den Schuldner<sup>45</sup>. Anders verhält es sich nur, wenn dem Nachlassschuldner

33 Vgl. II.A.

34 Vgl. auch Handkommentar OR-EGLI, Art. 574 OR N 5.

35 Allenfalls gehen Verträge von Gesetzes wegen auf den Erwerber über (Art. 261, Art. 290, Art. 333 OR [Die Anwendbarkeit von Art. 333 OR im Nachlassverfahren ist sehr umstritten; BGE 129 III 335 ff.; vgl. LORANDI, AJP/PJA 1093 ff.]).

36 II.D.

37 STAEHELIN, 364; BK-WEBER, Art. 83 OR N 21; ZK-SCHRANER, Art. 83 OR N 83; CHERPILLOD, 43. Zu den Besonderheiten bei der Anwendung von Art. 83 OR auf Dauerschuldverhältnisse vgl. GAUCH, 96 ff.

38 GAUCH, 96 f.; CHERPILLOD, 212 f.; STIEGER, 10.

39 ZK-SCHRANER, Art. 83 OR N 14; BasK-LEU, Art. 83 OR N 2.

40 Vgl. dazu LORANDI, Mietverträge, 11 ff.

41 Vgl. dazu LORANDI, Arbeitsverträge, 155 ff.

42 Vgl. dazu III.A.

43 KREN, 90; WEYDMANN, 32 Fn 40; LORANDI, Mietverträge, 11; BGE 73 III 170.

44 Vgl. II.A.

45 Der Vertragspartner muss sich aber bewusst sein, dass die Sicherstellung in der Regel unter Art. 298 Abs. 2 SchKG fällt, so dass der Vertragspartner *deshalb* auf die Zustimmung des Sachwalters und des Nachlassrichters bestehen wird (vgl. sogleich unten im Text).

die Verfügungs- und Geschäftsführungsbefugnis vom Nachlassrichter vollständig entzogen und diese auf den Sachwalter übertragen worden ist (Art. 298 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Diesfalls muss die Fristansetzung auch an den Sachwalter erfolgen, da dieser über die Sicherstellung entscheiden kann. Ist dem Schuldner die Verfügungs- und Geschäftsführungsbefugnis nur teilweise entzogen, ist – je nach Konstellation – ausnahmsweise sowohl dem Schuldner als auch dem Sachwalter Frist anzusetzen.

Nach Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung kann der Liquidator gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG in bestehende Verträge "eintreten"<sup>46</sup>. Deshalb muss bei einer Fristansetzung während der Liquidation ihm Frist zur Leistung einer Sicherheit angesetzt werden. Handelt es sich um einen Nachlassvertrag mit nur teilweiser Vermögensabtretung (Art. 318 Abs. 2 SchKG), ist m.E. sowohl dem Nachlassschuldner als auch dem Liquidator Frist anzusetzen.

Die Sicherstellung kann durch Pfandbestellung, Sicherheitsübereignung, Sicherungszession, Bürgschaft, Hinterlegung, Bankgarantie etc. erfolgen<sup>47</sup>.

Will der Schuldner – in Absprache mit dem Sachwalter – Sicherheit leisten, so wird in aller Regel die Zustimmung des Nachlassrichters notwendig sein (Art. 298 Abs. 2 SchKG); die meisten (aber nicht alle) Arten von Sicherheitsleistungen sind als Pfandbestellung i.S.v. Art. 298 Abs. 2 SchKG zu qualifizieren<sup>48</sup>. Dies gilt insbesondere für eine Pfandbestellung, eine Sicherheitsübereignung, eine Sicherungszession<sup>49</sup>, ein Mietzinsdepot gemäss Art. 257e OR 47<sup>50</sup> oder eine reguläre Sicherheitshinterlage, welche beiden letztgenannten Institute pfandrechtsähnliche Wirkung haben<sup>51</sup>. Unproblematisch sind Sicherheitsleistungen Dritter.

Die Leistung einer Sicherheit gemäss Art. 83 OR durch den Nachlassschuldner<sup>52</sup> während der Nachlassstundung bedarf auch der Zustimmung des Sachwalters (Art. 298 Abs. 3 SchKG). Stimmt er zu, dass Sicherheit geleistet wird, liegt diesbezüglich, d.h. in Bezug auf die Leistung der Sicherheit eine Masseschuld vor (Art. 310 Abs. 2 SchKG). Dies gilt jedoch nicht automatisch für die Forderungen des Vertragspartners, die sicherzustellen ist. Die Zustimmung des Sachwalters zur Leistung von Sicherheit bedeutet nicht automatisch, dass der Sachwalter der Entstehung der sicherzustellenden Forderung zustimmt.

#### bb. Keine Leistung von Sicherheit

Wird innert angemessener Frist gar keine oder sachlich bzw. quantitativ nur ungenügende Sicherheit geleistet, kann die Gegenpartei vom Vertrag zurücktreten (Art. 83 Abs. 2 OR). Wann eine Frist angemessen ist, hängt von den Umständen es Einzelfalles ab<sup>53</sup>. Die Umstände bewirken, dass die Frist im Nachlassverfahren länger sein muss als ausserhalb eines Nachlassvertrages, damit sie als angemessen gilt. Eine Sicherstellung ist in aller Regel als Bestellung eines Pfandes i.w.S. zu qualifizieren, so dass der Schuldner sowohl der Zustimmung des Sachwalters (Art. 298 Abs. 3 SchKG) als auch der Genehmigung des Nachlassrichters bedarf (Art. 298 Abs. 2 SchKG)<sup>54</sup>. Eine Fristansetzung

ist deshalb nur dann angemessen, wenn dem Schuldner genügend Zeit eingeräumt wird, die gemäss Nachlassrecht notwendige Zustimmung des Sachwalters und die Genehmigung des Nachlassrichters einzuholen. Die "normale" angemessene Frist (ausserhalb eines Nachlassverfahrens) verlängert sich daher m.E. während der Nachlassstundung um rund zwei bis drei Wochen, innert welcher Zeit in aller Regel die Zustimmung des Sachwalters und die Genehmigung des Nachlassrichters erhältlich sein sollten.

Übt die Gegenpartei ihr Rücktrittsrecht aus, so wirkt der Rücktritt bei Dauerschuldverhältnissen *ex nunc*<sup>55</sup>. Die Folgen des Rücktritts bemessen sich nach dem materiellen Recht, d.h. nach den Regeln des jeweiligen Vertragsverhältnisses. Art. 83 OR gewährt keinen Anspruch auf Schadenersatz, denn die Zahlungsunfähigkeit stellt keine Vertragsverletzung dar<sup>56</sup>.

Macht die Gegenpartei vom Rücktrittsrecht keinen Gebrauch, obwohl keine oder keine genügende Sicherheit geleistet worden ist, so muss sie ihre eigene Leistung oder deren Rest noch erbringen. Ihre eigene Forderung kann die Gegenpartei nur als *Nachlassforderung*<sup>57</sup> (für die Dauer der Nachlassstundung) bzw. als Forderung gegen den Nachlassschuldner persönlich (für die Zeit nach Bestätigung des Nachlassvertrages) geltend machen<sup>58</sup>.

#### b. Gesetzliches Kündigungsrecht bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit

Für einzelne Dauerschuldverhältnisse sieht das Gesetz besondere Regeln vor, welche es der Gegenpartei einer insolventen Vertragspartei (unter bestimmten Bedingungen) ermöglichen, den Vertrag vorzeitig zu beenden. Dies gilt namentlich, wenn der Mieter nach Übergabe der Mietsache<sup>59</sup>

46 II.A.

47 ZK-SCHRANER, Art. 83 OR N 29; WEYDMANN, 18 f.

48 LORANDI, Geschäfte, 85 f.

49 AMONN/WALTHER, § 54 Rz 40.

50 BasK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 257e OR N 4, ZK-HIGI, Art. 257e OR N 24 f.; SVIT-Kommentar, Art. 257e OR N 17.

51 BK-ZOBL, syst. Teil N 1214.

52 Die Sicherstellung Dritter bedarf keiner Zustimmung durch den Sachwalter oder den Nachlassrichter.

53 BK-WEBER, Art. 83 OR N 74; ZK-SCHRANER, Art. 83 OR N 46.

54 Vgl. II.D.1.a.aa.

55 BK-WEBER, Art. 83 OR N 71; ZK-SCHRANER, Art. 83 OR N 43; KELLER/SCHÖBI, 278, 311; GAUCH, 95; BUCHER, 384; STOFFEL, § 10 Rz 91.

56 KREN, 90; STAEHELIN, 374; HUNKELER, Konkursöffnung, 57; BGE 64 II 266 ff.

57 Vgl. KREN, 89 f., 107, für den Konkurs.

58 Vgl. III.

59 Vor Übergabe der Mietsache kommt Art. 83 OR zur Anwendung (für den Konkurs vgl.: KREN, 50; CALAMO, 281; SVIT-Kommentar, Art. 266h OR N 2 und 7 f.; ZIHLMANN, 99; BasK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 266h OR N 2; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 13 und N 23; LACHAT/STOLL, 325; LORANDI, Mietverträge, 5 f.

in Konkurs fällt (Art. 266h OR vgl. auch Art. 257d OR)<sup>60</sup>, oder der Arbeitgeber zahlungsunfähig wird (Art. 337a OR)<sup>61</sup>. Art. 266h OR spricht vom Konkurs und Art. 337a OR von Zahlungsunfähigkeit. Auch bei Art. 266h OR ist der Konkurs nur eine Ausprägung der Zahlungsunfähigkeit<sup>62</sup>. Die genannten Bestimmungen kommen grundsätzlich auch dann zur Anwendung, wenn es sich beim Insolvenzereignis um die Bewilligung einer Nachlassstundung<sup>63</sup> oder die Bestätigung eines Nachlassvertrages handelt<sup>64</sup>. Das zu Art. 83 OR Gesagte<sup>65</sup> gilt weitgehend analog<sup>66</sup>. Es bestehen jedoch Unterschiede in Bezug auf die beiden genannten Bestimmungen, so dass diese allgemeinen Ausführungen nur eine Tendenz angeben.

### c. Rücktritt vom Vertrag bei Gläubigerverzug (Art. 107 OR)

Ist eine Partei eines Dauerschuldverhältnisses von einem Nachlassverfahren betroffen, so wird diese Partei häufig mit gewissen Leistungen im Verzug sein. Demgemäss stehen der Gegenpartei die Wahlrechte gemäss Art. 107 OR zu<sup>67</sup>. Entscheidet sich die Gegenpartei zum Rücktritt vom Vertrag (Art. 107 Abs. 2 OR), so wird dieser bei Dauerschuldverhältnissen zu einer Kündigung mit Beendigungswirkung *ex nunc*, sofern mit der Leistungserbringung schon begonnen worden ist<sup>68</sup>.

Über das Verhältnis der Rechte der Gegenpartei bei Gläubigerverzug und des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund<sup>69</sup> besteht keine Einigkeit: Da die Kündigung aus wichtigem Grund *ultima ratio* ist, lassen das Bundesgericht<sup>70</sup> und ein Teil der Lehre<sup>71</sup> eine Kündigung aus wichtigem Grund nur zu, wenn ein Vorgehen gemäss Art. 107 OR nicht möglich ist. Dagegen vertreten manche Autoren die Ansicht, dass bei Dauerschuldverhältnissen die Kündigung aus wichtigem Grund an Stelle des Rücktritts nach Art. 107 OR treten sollte<sup>72</sup>. M.E. ist der erst genannten Lösung der Vorzug zu geben: Zum einen ist daran festzuhalten, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund nur *ultima ratio* ist und deshalb nur selten zur Anwendung gelangen sollte<sup>73</sup>. Zum anderen ist die Vorgehensweise gemäss Art. 107 OR für den Gläubiger sowohl in Bezug auf die Wahlmöglichkeiten als auch hinsichtlich der Voraussetzungen vorteilhafter, weshalb der Gläubiger nicht eingeschränkt werden sollte.

Da die Wahlrechte gemäss Art. 107 OR an den Verzug (und allenfalls an den unbenützten Fristablauf) und nicht an ein bestimmtes Insolvenzereignis anknüpfen, kann der Gläubiger seine Wahlrechte (wie schon vorher) auch während einer Nachlassstundung oder nach der Bestätigung eines Nachlassvertrages ausüben.

### d. Gesetzliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund

Aus dem Wesen des Dauerschuldverhältnisses folgt, dass dieses bei gravierenden Leistungsstörungen aus wichtigem Grund<sup>74</sup> gekündigt werden kann (vgl. Art. 337, Art. 418r Abs. 1, Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR)<sup>75</sup>. Die Kündigung wirkt *ex nunc*<sup>76</sup>.

Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn aufgrund der gesamten Umstände, die der Richter nach Recht und Billigkeit zu würdigen hat (Art. 4 ZGB), der kündigenden Partei die Fortsetzung des Vertrags bis zum Ablauf der festen Vertragsdauer bzw. bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht zugemutet werden kann<sup>77</sup>. Es kommt damit

- 
- 60 Im Konkurs des Mieters vgl. LORANDI, Mietverträge, 1 ff. m.w.H.  
 61 Im Konkurs des Arbeitgebers vgl. LORANDI, Arbeitsverträge, 150 ff. m.w.H.  
 62 GAUCH, 105, 108.  
 63 In Bezug auf Art. 337a OR: BK-REHBINDER, Art. 337a OR N 2; ZK-STAEHELIN/VISCHER, Art. 337a OR N 3; und in Bezug auf Art. 266h OR vgl. ZK-HIGI, Art. 266h OR N 10.  
 64 Wenn schon die Bewilligung einer Nachlassstundung genügt, muss dies für die Bestätigung eines Nachlassvertrages a fortiori gelten. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um einen ordentlichen Nachlassvertrag oder um einen solchen mit Vermögensabtretung handelt. Für die Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung: BGE 52 III 59, 107 III 27 f.  
 65 II.D.1.a.  
 66 Vgl. auch GAUCH, 105.  
 67 Vgl. GAUCH, 141 ff.; HUNKELER, Konkursöffnung, 60 und 61. A.M. in Bezug auf den Konkurs STAEHELIN, 365, wonach mit Konkursöffnung keine Verzugsfolgen mehr eintreten können, weshalb ein Vertragsrücktritt gemäss Art. 107 OR nicht (mehr) möglich sei.  
 68 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 3122, Rz 3090; BGE 114 II 157 f.  
 69 I.C.1.d.  
 70 BGE 92 II 301.  
 71 VON BÜREN, 333 f.  
 72 CHERPILLOD, 215 ff.; STIEGER, 12.  
 73 GAUCH, 196.  
 74 Zum wichtigen Grund eingehend: ROGGER, 1. ff.  
 75 Allgemein: GAUCH, 199; BUCHER, 384; SCHWENZER, Rz 3.27, Rz 35.03; HONSELL, 343; für den Arbeitsvertrag: Art. 337 OR; ZK-STAEHELIN/VISCHER, Art. 337 OR N 27; BK-REHBINDER, Art. 337 OR N 10, Art. 337a OR N 6; LORANDI, Arbeitsverträge, 154; a.M. BGE 53 III 208 f.; für den Mietvertrag: LORANDI, Mietverträge, 7 ff.; für den Lizenzvertrag: EUGEN BUCHER, 41; VON BÜREN, 319; CHERPILLOD, 212 f.; M. HILTY, 941; HUGUENIN, Rz 1242; HONSELL, Rz 428; BGE 92 II 300 f., 96 II 156 ff.; skeptisch: STIEGER, 10; für den Leasingvertrag: HUGUENIN, Rz 1186; für den Agenturvertrag: Art. 418r Abs. 1 OR; BasK-WETTENSCHWILER, Art. 418r OR N 4; BK-GAUTSCHI, Art. 418r OR N 2b; HONSELL, 343; für den Verlagsvertrag: BUCHER, BT, 211; für den Alleinvertriebsvertrag: HUGUENIN, Rz 1282; für den Franchisevertrag: HUGUENIN, Rz 1313, Rz 1315 f.; HONSELL, Rz 425; für den Factoringvertrag: HONSELL, Rz 417; HUGUENIN, Rz 1370; für den Beherbergungs- und Gastaufnahmevertrag: HUGUENIN, Rz 1396; für den Sponsoringvertrag: NETZLE, 144 f.; HUGUENIN, Rz 1484.  
 76 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 3090, Rz 3122; SCHWENZER, Rz 3.27, Rz 82.04.  
 77 Art. 337 Abs. 2 OR, welcher verallgemeinerungsfähig ist; BGE 89 II 36, 121 III 472.



auf die *Umstände des Einzelfalles* an<sup>78</sup>. Allgemein gültige Aussagen sind daher schwierig.

In aller Regel gilt die *Konkurseröffnung* über die Gegenpartei als wichtiger Grund<sup>79</sup>. Gleich muss es sich verhalten, wenn ein *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vom Nachlassrichter genehmigt* wird<sup>80</sup>, da dies weitgehend dieselben Wirkungen hat wie die *Konkurseröffnung*<sup>81</sup>. Bei einem Nachlassvertrag mit nur teilweiser Vermögensabtretung gelten die zur gesetzlichen Auflösung eines Vertragsverhältnisses entwickelten Grundsätze gleichermaßen<sup>82</sup>.

Die genannten Insolvenzergebnisse (*Konkurseröffnung* und *Bestätigung eines Liquidationsvergleiches*) stellen jedoch *nicht per se* einen wichtigen Grund dar<sup>83</sup>. Der wichtige Grund ist vielmehr die *Gefährdung der Gegenpartei*, wofür das Insolvenzergebnis ein starkes Indiz ist<sup>84</sup>. Wenn die Gegenpartei durch das Insolvenzergebnis jedoch (ausnahmsweise) nicht gefährdet ist, liegt kein wichtiger Grund vor<sup>85</sup>. Diesfalls ist es der Gegenpartei zumutbar, dass das Vertragsverhältnis bis zum ordentlichen Ablauf bzw. zur ordentlichen Beendigung fort dauert. Dies gilt namentlich wenn die vom Insolvenzergebnis betroffene Partei bereits vollständig erfüllt hat. Dasselbe gilt, auch wenn die betroffene Partei noch nicht [vollständig] erfüllt hat, wenn die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator hinreichend Sicherheit leistet und in den Vertrag "eintritt" (Art. 211 Abs. 2 SchKG), so dass Masseschulden vorliegen.

Die *Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages* hat dagegen nur sehr beschränkte Wirkungen auf die Rechtsstellung des Schuldners und der Gläubiger. Diese Wirkungen lassen sich nicht mit der *Konkurseröffnung* vergleichen<sup>86</sup>. Die *Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages* stellt daher – Ausnahmefälle vorbehalten – m.E. *keinen* wichtigen Grund zu sofortigen Kündigung des Vertragsverhältnisses dar.

Die *Bewilligung der Nachlassstundung* (Art. 297 f. SchKG) hat nur beschränkte Wirkungen auf die Rechtsstellung des Schuldners und der Gläubiger<sup>87</sup>. Zwar richten sich Forderungen, welche nach *Bestätigung des Nachlassvertrages* entstehen, gegen den Nachlassschuldner persönlich, was (namentlich wenn eine juristische Person einen Nachlassvertrag mit vollständiger Vermögensabtretung abschliesst) einen nicht unerheblichen Nachteil für den Vertragspartner darstellen kann<sup>88</sup>. Dies stellt jedoch m.E. erst dann einen wichtigen Grund dar, wenn sich diese Gefahr verdichtet, d.h. wenn der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt wird<sup>89</sup>. Im Zeitpunkt der *Bewilligung der Nachlassstundung* liegt (noch) kein wichtiger Grund zur sofortigen Vertragsauflösung vor. Dies gilt m.E. unabhängig davon, ob der Nachlassrichter die Verfügungsbefugnis des Nachlassschuldners über das gesetzliche Mass (Art. 298 Abs. 2 SchKG) hinaus beschränkt (Art. 298 Abs. 1 und Abs. 3 SchKG) oder dem Nachlassschuldner gar die Verfügungs- und Geschäftsführungsbefugnis ganz entzieht und diese auf den Sachwalter überträgt. Keine Rolle spielt sodann, ob der Nachlassschuldner einen ordentlichen Nachlassvertrag oder einen solchen mit Vermögensabtretung in Aussicht nimmt. Diese Unterscheidung ist während der Dauer der Nachlassstundung<sup>90</sup> ohne Bedeutung<sup>91</sup>.

## 2. Vertragliches Rücktritts- oder Kündigungsrecht

Den Parteien ist es aufgrund der Vertragsfreiheit unbenommen, im Vertrag vorzusehen, dass das Dauerschuldverhältnis bei Eintritt eines Insolvenzergebnisses (z. B. Gesuch um Nachlassstundung, Bewilligung der Nachlassstundung, Bestätigung des Nachlassvertrages) entweder automatisch aufgelöst wird<sup>92</sup> oder dass der vom Insolvenzergebnis nicht betroffenen Vertragspartei (oder beiden Parteien) ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht zusteht.

Solche vertraglichen Rücktritts- oder Kündigungsrechte sind selbst im Konkurs grundsätzlich rechtsbeständig<sup>93</sup>. Namentlich steht ihnen Art. 211 Abs. 2 SchKG, welcher der Konkursverwaltung das Recht einräumt, in noch nicht erfüllte Verträge einzutreten und diese zu erfüllen, nicht entgegen<sup>94</sup>. Solche Abreden sind daher auch im Nachlass-

78 ROGGWILLER, 36 ff.; GAUCH, 175; BGE 104 II 29, 108 II 302 f., 116 II 145.

79 Für den *Arbeitsvertrag*: Art. 337 OR; ZK-STAEHELIN/VISCHER, Art. 337 OR N 27; LORANDI, *Arbeitsverträge*, 154; BRUNI, 287; PLENIO, 187; a.M. in Bezug auf den *Arbeitsvertrag* KREN, 58 f.; BRAND, 5; Handkommentar OR-EGLI, Art. 337 OR N 8; BGE 53 III 208 f.; STAEHELIN, 365. Für den *Lizenzvertrag*: VON BÜREN, 319; CHERPILLOD, 212 f.; ganz generell a.M. STAEHELIN, 365. Zur Einschränkung dieses Grundsatzes vgl. sogleich unten im Text.

80 BGE 107 III 27 f. in Bezug auf Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR.

81 Vgl. II.A.

82 II.D.

83 Insoweit ist STAEHELIN, 365, zuzustimmen.

84 Vgl. auch GAUCH, 105, 108.

85 So auch PLENIO, 205, in Bezug auf den Konkurs des Arbeitnehmer; vorbehalten bleiben Konstellationen, da der Konkurs über den Arbeitnehmer das Vertrauensverhältnis zerstört: PLENIO, 206.

86 Vgl. II.A.

87 Vgl. II.A.

88 Vgl. III.A.3.

89 Vgl. oben im Text.

90 Für die *Bestätigung des Nachlassvertrages* vgl. oben im Text.

91 Vgl. auch II.C.

92 SPÜHLER, 682. Für den *Konkurs*: SPÜHLER, 679; differenzierend STAEHELIN, 366 ff.

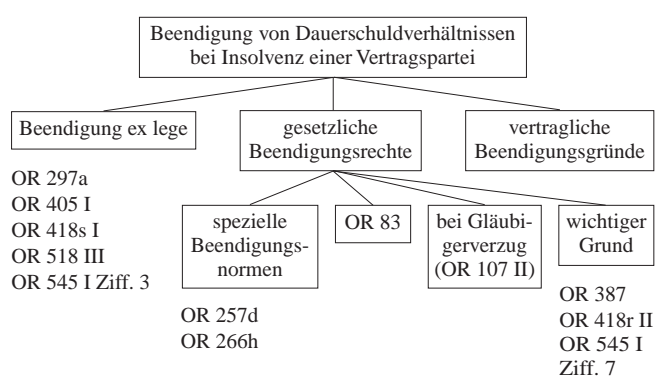
93 JAEGER, Art. 211 SchKG N 5; KREN, 94 f.; RAYROUX, 26; ZOBEL/WERLEN, 77 ff.; DIES., 1992 ISDA, 95 ff.; WEYDMANN, 35; TAILLENS, 59 ff.; PLENIO, 116 ff., 125; HUNKELER, *Konkurseröffnung*, 59; STAEHELIN, 364 ff. Gemäss STAEHELIN, 366, ist es unzulässig, zu vereinbaren, dass der *Arbeitsvertrag* mit *Konkurseröffnung* über eine Partei *eo ipso* ohne Kündigung beendet wird, sofern bei Vertragsschluss die *Konkurseröffnung* einer Partei nicht kurz bevorsteht. Gemäss SPÜHLER, 677, gilt eine vertraglich vereinbarte Beendigung für *Mietverträge* (sofern der Vermieter im Konkurs ist) aufgrund von Art. 261 OR nicht (unter Berufung auf BGE 127 III 277).

94 RAYROUX, 14; WEYDMANN, 26; BRAND, 7; HÄUSLER, 292; BERTSCHINGER, 126; GIRSBERGER, 320 ff.; BasK-SCHWOB, Art. 211 SchKG N 13; HUNKELER, *Konkurseröffnung*, 59; STAEHELIN, 366 ff.; BGE 104 III 90.

verfahren zulässig, zumal während der Dauer der Nachlassstundung Art. 211 Abs. 2 SchKG ohnehin nicht zur Anwendung gelangt<sup>95</sup>.

Separat zu prüfen ist jeweils, ob vertragliche Abreden, welche die (vor allen finanziellen) *Folgen* einer vorzeitigen Beendigung regeln, nicht zivilrechtlich ungültig oder vollstreckungsrechtlich anfechtbar (Art. 285 ff. SchKG) sind<sup>96</sup>.

### 3. Graphische Übersicht über die Beendigungsgründe:



## III. Nachlassforderungen, Masseschulden und Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich

Die Unterscheidung von Nachlassforderungen, Masseschulden und Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich ist für verschiedene Fragen von grosser Bedeutung. Es soll deshalb zunächst näher auf diese wichtige Unterscheidung eingegangen werden. Von dieser Unterscheidung hängt ganz wesentlich ab, ob der Gläubiger (für eine bestimmte Periode) überhaupt noch etwas erhält und in welche Aktiven er vollstrecken kann.

### A. Die drei Forderungsarten im Überblick

#### 1. Nachlassforderungen

Nachlassforderungen sind das Pendant zu den Konkursforderungen im Konkurs<sup>97</sup>. Nachlassforderungen fallen unter den Nachlassvertrag (Art. 310 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Beim Dividendenvergleich erhält der Gläubiger die Dividende gemäss Nachlassvertrag. Beim Liquidationsvergleich erhält der Gläubiger die Dividende, welche gemäss Kollokationsplan und Verteilungsliste auf seine Forderung entfällt. Nachlassforderungen dürfen während der Nachlassstundung grundsätzlich<sup>98</sup> nicht bezahlt werden; dies würde eine Gläubigerbevorzugung bedeuten.

Nicht unter den Nachlassvertrag fallen die pfandgesicherten Forderungen für den durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag (Art. 310 Abs. 1 Satz 2 SchKG)<sup>99</sup>.

## 2. Masseverbindlichkeiten

Masseverbindlichkeiten unterteilen sich in Massekosten und Masseschulden (vgl. Art. 262 SchKG). *Massekosten* sind die aus der Eröffnung und Durchführung eines Insolvenzverfahrens entstehenden Verfahrenskosten, wie Auslagen und Gebühren des verfahrensleitenden Organs (Konkursamt, Liquidator beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung)<sup>100</sup>.

In Bezug auf Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen stellt sich die Frage, ob es sich um Masseschulden handelt. *Masseschulden* sind die während des Insolvenzverfahrens zulasten der Masse eingegangenen Verbindlichkeiten<sup>101</sup>. Dazu gehören etwa Schulden aus der Fortführung des Geschäftsbetriebes durch die Masse, Steuern oder andere öffentlichrechtliche Abgaben, welche während des Insolvenzverfahrens entstanden sind, Anwalts- oder Expertenonorare oder Schulden aus Verträgen, in welche das verfahrensleitende Organ<sup>102</sup> "eingetreten" ist (Art. 211 Abs. 2 SchKG)<sup>103</sup>. Findet ein "Vertragseintritt" gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG statt, so führt dies dazu, dass sämtliche Verbindlichkeiten, d.h. alte, gegenwärtige und zukünftige, zu Masseschulden werden<sup>104</sup> (sofern sie aus diesem Vertragsverhältnis stammen oder damit im Zusammenhang stehen).

Wenn eine Hauptforderung als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren ist, so gilt dies ohne weiteres auch für die *akzessorischen Nebenrechte* wie Vertrag- oder Verzugszinsen sowie die Betreuungskosten (vgl. auch Art. 208 Abs. 1 Satz 2 SchKG).

95 Vgl. II.A.

96 Dazu eingehend STAEHELIN, 368 ff.; vgl. auch BasK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG N 32; ZOBL/WERLEN, 122 ff.; HUNKELER, Konkursöffnung, 59; BGE 41 III 138; BJM 1955, 22 f.

97 *Konkursforderungen* sind diejenigen Forderungen, welche im Zeitpunkt der Konkursöffnung schon bestehen und im Konkurs zu behandeln und zu liquidieren sind (STAEHELIN, 376; SPÜHLER II, 95; BGE 124 III 42, 121 III 386, 93 III 57, 79 III 128 ff.).

98 Eine Ausnahme gilt für privilegierte Forderungen, sofern das Privileg ohne jeden Zweifel besteht und gewährleistet ist, dass alle privilegierten Forderungen gedeckt werden können.

99 VOLLENWEIDER, 15/16.

100 AMONN/WALTHER, § 48 Rz 3; LUDWIG, 93 ff.; ARROYO, 243 f.

101 STOFFEL, § 10 Rz 68 f.

102 Dazu, inwiefern Art. 211 Abs. 2 SchKG im Nachlassverfahren zur Anwendung gelangt, vgl. sogleich unten.

103 AMONN/WALTHER, § 48 Rz 4 f.; SPÜHLER II, 95; HUNKELER Rz 65; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 262 SchKG N 4; ARROYO, 243 f.

104 BLUMENSTEIN, 674; FRITZSCHE/WALDER, § 42 Rz 18, 162; ZK-HIGL, Art. 266h OR N 39; ZK-STAEHELIN/VISCHER, Art. 337a OR N 11 f.; GEISER, 108; BRUNI, 288 f.; LORANDI, Arbeitsverträge, 153; PLENIO, 194; HUNKELER, Konkursöffnung, 59; a.M.: BK-REHBINDER, Art. 337a OR N 2; GILLIÉRON, 455 f.; BRAND, 16; DALLÈVES, 15; KREN, 59 f.



Masseschulden (und Massekosten) fallen nicht unter den Nachlassvertrag<sup>105</sup>. Sie werden nicht im Kollokationsplan aufgeführt<sup>106</sup>, sondern vorab aus dem Verwertungserlös bezahlt, bevor die Nachlassforderungen befriedigt werden (vgl. Art. 262 Abs. 1 SchKG für den Konkurs)<sup>107</sup>. Beim ordentlichen Nachlassvertrag<sup>108</sup> müssen die Masseschulden vollumfänglich sichergestellt werden, damit der Nachlassvertrag vom Nachlassrichter bestätigt werden kann (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Masseschulden dürfen auch schon während der Stundung bezahlt werden<sup>109</sup>, sofern letztlich alle Masseschulden bezahlt werden können und nicht einzelne ungedeckt bleiben.

Werden Masseschulden nicht bezahlt, können sie vor dem *Zivilrichter*<sup>110</sup> geltend gemacht werden. Dieser ist nicht nur zuständig, über Bestand und Höhe der Forderung zu entscheiden, sondern auch über die Qualifikation der Forderung<sup>111</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn Bestand und Umfang der Forderung unstrittig und nur deren Qualifikation strittig ist<sup>112</sup>. Damit die Qualifikation der Forderung auch von der Rechtskraft des Entscheids erfasst ist, ist dem Kläger anzuraten, (neben dem Leistungsbegehren) auch ein Feststellungsbegehren zu stellen, dass es sich bei der vom Leistungsbegehren erfassten Forderung um eine Masseverbindlichkeit handelt.

Die Qualifikation der Forderung kann vorfrageweise auch vom Rechtsöffnungsrichter entschieden werden, wenn die Masse betrieben wird<sup>113</sup>, und kein Urteil vorliegt, welches die Qualifikation ausdrücklich regelt. Ist dagegen die Behandlung einer solchen Forderung im verfahrensrechtlichen Ablauf strittig, ist entweder Beschwerde<sup>114</sup> oder Kollokationsklage<sup>115</sup> zu führen.

Die Masse kann für solche Schulden auch betrieben werden, aber nur auf Pfändung<sup>116</sup> oder Pfandverwertung (Art. 206 Abs. 2 SchKG analog), nicht aber auf Konkurs<sup>117</sup>. Dabei kann – da sich die Vollstreckung gegen die Masse richtet<sup>118</sup> – in das gesamte Massevermögen vollstreckt werden. Wenn ein Nachlassvertrag mit nur teilweiser Vermögensabtretung vorliegt, kann der Gläubiger m.E. für die Masseschulden sowohl gegen die Nachlassmasse vorgehen als auch gegen den Nachlassschuldner persönlich, da dem Gläubiger aus dem Umstand, dass der Schuldner nicht sein gesamtes Vermögen auf seine Gläubiger "übertragen" hat, kein Nachteil erwachsen soll. Allerdings wird man verlangen, dass sich der Gläubiger in erster Linie an die Nachlassmasse hält und nur bei einem Ausfall gegen den Nachlassschuldner vorgehen kann.

### 3. Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich

Schliesslich gibt es auch Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich<sup>119</sup>. Diese fallen nicht unter den Nachlassvertrag<sup>120</sup>. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich beim Nachlassschuldner um eine natürliche oder um eine juristische Person handelt<sup>121</sup>.

Diese Forderungen können nur gegen den Nachlassschuldner persönlich geltend gemacht werden. Über Bestand und Umfang sowie über die Qualifikation der Forderung

kann (gleich wie bei den Masseverbindlichkeiten<sup>122</sup>) nur der *Zivilrichter*<sup>123</sup> entscheiden.

105 AMONN/WALTHER, § 54 Rz 45; HUNKELER, 65, 205, 263; LUDWIG, 101; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 319 SchKG N 11; GILLIÉRON, Art. 310 SchKG N 32; BGE 126 III 296, 100 III 30.

106 LUDWIG, 99; STOFFEL, § 10 Rz 73; ARROYO, 246; BGE 125 III 293 f.

107 BasK-HARDMEIER, Art. 310 SchKG N 2 und N 19.

108 Der Stundungs- und der Dividendenvergleich gelten als ordentliche Nachlassverträge.

109 BBl 1991 III 187; BasK-HARDMEIER, Art. 306 SchKG N 21; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 310 SchKG N 35 f.; RIEBEN/ASCHENBERGER, 106 und 109; HUNKELER, Rz 205.

110 Soweit es sich um Forderungen aus dem öffentlichen Recht handelt, sind die jeweiligen Verwaltungsbehörden bzw. -gerichte zuständig (LUDWIG, 99 f.; ARROYO, 273).

111 AMONN/WALTHER, § 42 Rz 8, § 48 Rz 8; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 319 SchKG N 11; LUDWIG, 99 f.; ARROYO, 273; BGE 125 III 293 f., 113 III 149, 76 III 49 ff., 75 III 23, 59.

112 BGE 75 III 19 ff. (=Pra 38 Nr. 108).

113 LUDWIG, 100; ARROYO, 274; BGE 75 III 24.

114 BGE 129 III 200 (Aufnahme in der Verteilungsliste); Beschwerde ist m.E. auch zu führen, wenn sich die Masse gegen eine Betreuung für eine Nachlassforderung wehren will, weil diesbezüglich das betriebsrechtliche Betreibungsverbot verletzt ist.

115 Dies im unwahrscheinlichen (weil für den Gläubiger unvorteilhaften) Fall, wenn der Kläger will, dass seine Forderung (als Masseverbindlichkeit) in den Kollokationsplan aufzunehmen ist.

116 AMONN/WALTHER, § 41 Rz 25, § 42 Rz 7; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 319 SchKG N 10; STOFFEL, § 10 Rz 73, für den Konkurs.

117 LUDWIG, 100; GILLIÉRON, Art. 310 SchKG N 32;.

118 AMONN/WALTHER, § 41 Rz 25, § 42 Rz 6 für den Konkurs; HUNKELER, Rz 206.

119 Zum *Konkurs* vgl. AMONN/WALTHER, § 41 Rz 25, 42 Rz 7; FRITZSCHE/WALDER, § 42 Rz 18, S. 162; KREN, 53; LORANDI, Mietverträge, 3, 8, 10, 12, 14; DERS., Arbeitsverträge, 151; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 37; SPÜHLER II, 95; BGE 124 III 42. STAEHELIN, 376 f., vertritt die Auffassung, dass es sich auch bei Forderungen, die nach *Konkursoröffnung* entstehen, um Konkursforderungen handelt, da diese suspensiv-bedingt (wenn nicht sogar suspensiv-befristet) seien, so dass sie im Konkurs geltend gemacht werden können (Art. 210 Abs. 1 SchKG). Dem kann nicht gefolgt werden. Eine Bedingung ist definitionsgemäss ein unsicheres zukünftiges Ereignis. Forderungen aus einem Dauerschuldverhältnis entstehen automatisch mit Zeitablauf (vgl. I.B.). Der Ablauf der Zeit ist jedoch kein unsicheres zukünftiges Ereignis und demzufolge auch keine Bedingung. Ergo sind zukünftige Forderungen keine suspensiv-bedingten Forderungen.

120 STÖCKLI, 146 f.

121 BGE 124 III 42; LORANDI, AJP/PJA 1998, 739; a.M.: ZK-HIGI, Art. 266h OR N 37 f.; GULDENER, § 42 Fn 32, 161 f.

122 Vgl. III.A.2.

123 Bei öffentlich-rechtlichen Forderungen sind die Verwaltungsbehörden und -gerichte zuständig.

Möglich ist (wie für Masseschulden<sup>124</sup>) nur eine Betreuung auf Pfändung oder Pfandverwertung (Art. 206 Abs. 2 SchKG). Dabei kann nicht auf das Vermögen gegriffen werden, welches gemäss dem Liquidationsvergleich den Nachlassgläubigern "übertragen" worden ist<sup>125</sup>. Es kann nur auf das Vermögen des Nachlassschuldners gegriffen werden, welches (1) ihm gehört, (2) nicht vom Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung erfasst ist und (3) sofern der Schuldner eine natürliche Person ist, pfändbar ist (Art. 92 f. SchKG).

#### a. Beim ordentlichen Nachlassvertrag

Liegt ein ordentlicher Nachlassvertrag vor, so kann die Forderung unbeschränkt<sup>126</sup> gegen den Nachlassschuldner geltend gemacht werden. Da es keine Nachlassmasse gibt, kann der Gläubiger in sämtliches Vermögen des Schuldners vollstrecken. Dies gilt auch dann, wenn dieses Vermögen vom Nachlassschuldner dafür bestimmt ist, die Nachlassforderungen zu befriedigen.

#### b. Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Handelt es sich um einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, so können Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich nicht im Liquidationsverfahren geltend gemacht werden. Über solche Forderungen kann im Kollokationsplan nicht entschieden werden, da dort nur Nachlassforderungen aufzunehmen sind<sup>127</sup>. Wird eine Forderung gegen den Nachlassschuldner nicht im Kollokationsplan aufgenommen, liegt streng genommen keine Abweisung (nach materieller Prüfung), sondern ein "Nichteintreten" (ohne materielle Prüfung der Forderung) vor, da eine solche Forderung schon von ihrer Natur her nicht in den Kollokationsplan gehört. Da die Qualifikation der Forderung vom Kollokationsrichter jedoch vorfrageweise geprüft werden kann<sup>128</sup>, ist in diesen Fällen gleichsam Kollokationsklage führen (Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 250 SchKG).

### B. Qualifizierung von Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen

Wie eingangs erwähnt<sup>129</sup>, entstehen Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen jeweils periodisch neu. Sie entstehen nicht schon bei Abschluss des Vertrages (etwa als bedingte Forderungen).

#### 1. Vor der Nachlassstundung entstandene Forderungen

Vor der Nachlassstundung entstandene Forderungen sind in aller Regel Nachlassforderungen und in Ausnahmefällen Masseschulden. Es liegen nie Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich vor:

##### a. Nachlassforderungen

Vor der Nachlassstundung entstandene Forderungen sind grundsätzlich Nachlassforderungen (Art. 310 Abs. 1 Satz 1 SchKG)<sup>130</sup>. Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes ist nicht die Publikation, sondern die Rechtskraft des Bewilligungsentscheides des Nachlassrichters entscheidend<sup>131</sup>.

##### b. Masseschulden

Masseschulden sind in erster Linie die während des Nachlassverfahrens zulasten der Masse eingegangenen Verbindlichkeiten<sup>132</sup>. Aufgrund dessen kann es sich bei Forderungen, die vor der Nachlassstundung entstanden sind, nicht um Masseschulden handeln. Anders verhält es sich nur, wenn später durch den Liquidator ein "Vertragseintritt" gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG erfolgt, womit sämtliche Forderungen, auch die früher (und damit auch die vor der Nachlassstundung entstandenen Forderungen) zu Masseschulden werden<sup>133</sup>.

#### 2. Forderungen, die während der Nachlassstundung entstanden sind

Alle Forderungen, welche *nach* Publikation der *Nachlassstundung* entstehen, sind entweder Nachlassforderungen (wenn der Sachwalter nicht zugestimmt hat; Art. 310 Abs. 1 SchKG) oder Massekosten (wenn der Sachwalter zugestimmt hat [Art. 310 Abs. 2 SchKG] oder wenn ausnahmsweise ein "Vertragseintritt" gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG vorliegt). Damit gibt es m.E. auch während der Nachlassstundung keine Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich.

##### a. Nachlassforderungen

Als Nachlassforderungen gelten (neben den Forderungen, die vor der Nachlassstundung entstanden sind) auch Forderungen, welche nachher ohne Zustimmung des Sachwalters<sup>134</sup> entstanden sind (Art. 310 Abs. 1 Satz 1 SchKG)<sup>135</sup>. Das "nachher" umfasst die Zeitperiode zwischen dem Bewilligungs- (Art. 295 SchKG) und dem Bestätigungsentscheid (in Bezug auf den Nachlassvertrag; Art. 306 SchKG), d.h. die Dauer der Nachlassstundung.

124 III.A.2.

125 AMONN/WALTHER, § 41 Rz 25, § 42 Rz 7; BasK-WOHLFART, Art. 206 SchKG N 23; BGE 93 III 57, 121 III 383 jeweils für den *Konkurs*.

126 Ist der Schuldner eine natürliche Person, so sind natürlich die Schranken von Art. 92 f. SchKG zu beachten.

127 STOFFEL, § 10 Rz 72 in Bezug auf Masseverbindlichkeiten.

128 BRUNNER/REUTTER, 37.

129 I.B.

130 III.

131 BRÖNNIMANN, 18; AMONN/WALTHER, § 54 Rz 28; BGE 110 III 102, 41 III 401; a.M. BasK-HARDMEIER, Art. 310 SchKG N 7.

132 III.B.

133 III.B.

134 Unklar diesbezüglich STÖCKLI, 146 und 147, welcher auf das Erfordernis der Zustimmung des Sachwalters nicht eingeht. Zur Frage, wann eine Zustimmung vorliegt, vgl. III.B.2.b.

135 HUNKELER, Rz 57; ARROYO, 257; gemäss STÖCKLI, 146 f., der allerdings das Erfordernis der Zustimmung des Sachwalters nicht erwähnt, soll es sich um *Forderungen gegen den Nachlassschuldner* persönlich handeln.

**b. Masseschulden**

Während der Nachlassstundung gibt es (noch) gar keine Nachlassmasse<sup>136</sup>; dies gilt auch dann, wenn ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung in Aussicht genommen ist. Von einer Nachlassmasse kann man nur (und erst dann) sprechen, wenn (und nachdem) ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vom Nachlassrichter bestätigt worden ist. Masseschulden können jedoch gleichsam schon während der Nachlassstundung entstehen. Dies ist dann der Fall, wenn der Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters Verbindlichkeiten einget (Art. 310 Abs. 2 SchKG).

**aa. Aus neuen (während der Nachlassstundung abgeschlossenen) Dauerschuldverhältnissen**

Verbindlichkeiten sind m.E. dann *mit Zustimmung des Sachwalters entstanden*, wenn er dem Abschluss eines neuen Rechtsgeschäfts<sup>137</sup> zustimmt<sup>138</sup>. Die Zustimmung kann ausdrücklich oder auch stillschweigend erfolgen<sup>139</sup>. Was die Zustimmung des Sachwalters angeht, ist danach zu unterscheiden, ob und inwiefern der Nachlassrichter die Geschäftsführungsbefugnis vom Nachlassschuldner auf den Sachwalter übertragen hat (Art. 298 Abs. 1 SchKG):

**aaa. Bei Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf den Sachwalter**

Wurde dem Nachlassschuldner die Geschäftsführungsbefugnis umfassend entzogen und vollumfänglich auf den Sachwalter übertragen (Art. 298 Abs. 1 Satz 2 SchKG), so ist jedes Geschäft, das der Sachwalter namens des Schuldners abschliesst, mit seiner Zustimmung zustande gekommen, so dass die entsprechenden Schulden als Masseschulden gelten (Art. 310 Abs. 2 SchKG)<sup>140</sup>. Die Stellung des Sachwalters ist diesfalls mit jener des Liquidators oder der Konkursverwaltung vergleichbar<sup>141</sup>.

**bbb. Bei Mitwirkungspflicht des Sachwalters**

Gleiches gilt, wenn der Nachlassschuldner ein neues Geschäft abschliesst, welches der Zustimmung des Nachlassrichters (Art. 298 Abs. 2 SchKG)<sup>142</sup>, der Mitwirkung (Art. 298 Abs. 1 SchKG) oder aufgrund entsprechender Weisungen der Genehmigung des Sachwalters bedarf (Art. 298 Abs. 3 SchKG) und der Sachwalter seine Zustimmung erteilt hat.

**ccc. Bei Weisungen des Sachwalters**

Untersagt der Sachwalter dem Nachlassschuldner durch Weisung, ein bestimmtes Dauerschuldverhältnis abzuschliessen, oder unterstellt er solche Verträge durch Weisung einem Zustimmungsvorbehalt, so sind die Forderungen der Gegenpartei nur als Nachlassforderungen zu qualifizieren, wenn der Sachwalter nach Kenntnisnahme des (weisungswidrigen) Abschlusses des Vertrages diesen nachträglich genehmigt. Die Genehmigung hat in aller Regel ausdrücklich zu erfolgen. Eine konkludente Genehmigung ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen. Insbesondere kann aus dem Umstand, dass der Sachwalter darauf verzichtet, dem Nachlassrichter Anzeige zu machen bzw. Massnahmen gemäss

Art. 298 Abs. 3 SchKG zu beantragen, nicht eine konkludente Genehmigung abgeleitet werden.

**ddd. Ohne Weisungen des Sachwalters**

Schwieriger ist, in welchen Fällen ohne eine gegenteilige Weisung des Sachwalters sein Verhalten als konkludente Zustimmung zum Abschluss eines neuen Dauerschuldverhältnisses<sup>143</sup> qualifiziert werden kann, wenn er sich nicht ausdrücklich erklärt. M.E. können folgende *Regeln* aufgestellt werden; massgebend sind immer die Umstände des Einzelfalles: Eine konkludente Genehmigung kommt nur in Betracht, wenn der Sachwalter Kenntnis davon hat, dass ein (neuer) Dauervertrag vorliegt. Von einem Geschäftspartner, welcher nach Publikation der Nachlassstundung einen neuen Vertrag mit dem Nachlassschuldner abschliesst, darf erwartet werden, dass er den Sachwalter auffordert, sich darüber auszusprechen, ob er den Vertragsschluss genehmige. Gibt der Sachwalter seine Zustimmung zur Bezahlung der Schulden aus dem neuem Dauervertrag, ist dies in der Regel als konkludente Genehmigung des Vertrages zu werten, da Nachlassforderungen nicht bezahlt werden dürfen<sup>144</sup>.

Ist der neue Dauervertrag notwendig, um die Geschäftstätigkeit des Nachlassschuldners fortzuführen, so ist eine Zustimmung in der Regel dann anzunehmen, wenn der Sachwalter die Fortführung der Geschäftstätigkeit erlaubt und er vom Abschluss des neuen Dauervertrages Kenntnis erlangt hat, ohne zu remonstrieren. Liegt der neue Dauervertrag ausserhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit des Nachlassschuldners, kann das passive Verhalten des Sach-

136 BÖNI; AMONN/WALTHER, § 55 Rz 11; HUNKELER, Fn 35.

137 Es geht namentlich um vertragliche Verpflichtungen (BRÖNNIMANN, 19; BGE 100 III 31). Forderungen, welche nach der Nachlassstundung *von Gesetzes wegen*, sei es aufgrund des öffentlichen Rechts (vor allem Steuer- oder Abgabeforderungen) oder sei es aus Privatrecht (z.B. ungerechtfertigte Bereicherung; BRÖNNIMANN, 20; HUNKELER, Rz 206; a.M. BÖNI, 31), entstehen, gelten auch dann als Massverbindlichkeiten, wenn der Schuldner sich dazu nicht verpflichtet hat und der Sachwalter dem Entstehen der Forderung nicht zugestimmt hat (und auch nicht zustimmen konnte; FRITZSCHE/WALDER, 369; BRÖNNIMANN, 19; BGE 126 III 296, 120 III 128 ff., 153 ff., 100 III 30, 96 I 244). Dauerschuldverhältnisse fallen jedoch nicht darunter; solche entstehen nur aus Vertrag oder (ausnahmsweise) durch faktisches Verhalten (faktisches Vertragsverhältnis).

138 ARROYO, 258 f.

139 RIEBEN/ASCHENBERGER, 106; ARROYO, 254 f.

140 HUNKELER, Rz 207.

141 Aufgrund dessen ist in diesen Konstellationen in Bezug auf früher abgeschlossene Verträge schon während der Nachlassstundung ein "Vertrageseintritt" gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG möglich; vgl. III.B.2.b.bb.

142 Vgl. dazu im Einzelnen LORANDI, Rechtsgeschäfte, 1 ff.

143 Dieselbe Frage stellt sich natürlich auch für *Zielschuldverhältnisse*.

144 III.A.



walters m.E. in aller Regel nicht als konkludente Genehmigung interpretiert werden.

### eee. Folgen der Zustimmung des Sachwalters

Wenn der Nachlassschuldner während der Dauer der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters ein *neues* Dauerschuldverhältnis eingeht, sind m.E. *sämtliche* Forderungen des Vertragspartners aus diesem Dauervertrag als Masseschulden zu qualifizieren, auch wenn diese zivilrechtlich in jeder Periode (z.B. Monat für Monat) neu entstehen<sup>145</sup>. Der Sachwalter stimmt diesfalls eben dem Abschluss des Vertrages und nicht nur der Entstehung einer einzelnen Forderung zu. Der Sachwalter wird deshalb dem Abschluss neuer Dauerschuldverhältnisse nur dann zustimmen, wenn der Nachlassschuldner das Rechtsverhältnis relativ kurzfristig kündigen kann. Damit kann der Sachwalter das Quantitativ der Masseschulden in vertretbaren Grenzen halten.

### bb. Aus vor der Nachlassstundung abgeschlossenen Dauerschuldverhältnissen

#### aaa. Bei Zustimmung des Sachwalters (Art. 310 Abs. 2 SchKG)

Anders als bei Forderungen, die von Gesetzes wegen entstehen (z.B. Steuern und öffentlichenrechtlichen Abgaben oder Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung) und welche unbesehen der Zustimmung des Sachwalters als Masseschulden gelten<sup>146</sup>, trifft dies bei Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen m.E. nicht zu. Letzte gründen auf einem Vertrag und entstehen mit Zeitablauf, während Erstere ex lege entstehen und (in der Regel) eine Handlung des Nachlassschuldners voraussetzen. Damit Forderungen aus einem vor der Nachlassstundung abgeschlossenen Vertrag als Masseschulden gelten, braucht es eine (zumindest konkludente) *Zustimmung des Sachwalters* (Art. 310 Abs. 2 SchKG).

Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen, welche der Nachlassschuldner bereits *vor* Bewilligung der Nachlassstundung und damit ohne Mitwirkung des Sachwalters abgeschlossen hat, entstehen jeweils periodisch mit Zeitablauf neu<sup>147</sup>, ohne dass es zivilrechtlich einer Handlung des Schuldners bedürfte, zu welcher der Sachwalter während der Nachlassstundung (nachträglich) seine Genehmigung überhaupt erteilen könnte. Dies bedeutet m.E. jedoch nicht, dass (formal) argumentiert werden könnte, aufgrund dessen könne gar keine Masseschuld vorliegen. Vielmehr scheint es angezeigt, anstatt auf die (logisch unmögliche) Zustimmung zur Entstehung der Forderung auf die Zustimmung des Sachwalters zur Entgegennahme der Leistung des Vertragspartners durch den Nachlassschuldner abzustellen<sup>148</sup>.

Soweit und solange der Nachlassschuldner die Gegenleistung des Vertragspartners mit Zustimmung des Sachwalters entgegennimmt, ist dies als konkludente Zustimmung des Sachwalters zur Eingehung der Verbindlichkeit i.S.v. Art. 310 Abs. 2 SchKG zu qualifizieren. Insoweit liegt eine Masseschuld vor. Für die Frage, wann eine konkludente Zustimmung des Sachwalters zur Entgegennahme der Leistung des Vertragspartners durch den Nachlass-

schuldner vorliegt, können weitgehend die Regeln über den Abschluss neuer Dauerschuldverhältnisse<sup>149</sup> analog angewendet werden. Wenn der Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters Arbeitnehmer weiter beschäftigt (gleiches muss auch gelten, wenn der Arbeitnehmer Ferien bezieht oder Überstunden abbaut) oder Miet-, Pacht- oder Leasingobjekte tatsächlich nutzt, so liegen diesbezüglich m.E. Masseschulden vor<sup>150</sup>.

Anders als bei einem "Vertragseintritt" gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG, welcher zwingend dazu führt, dass sämtliche Verbindlichkeiten, d.h. alte, gegenwärtige und zukünftige, zu Masseschulden werden<sup>151</sup>, gilt dies m.E. bei Art. 310 Abs. 2 SchKG nicht. In aller Regel und vermutungsweise bei konkludentem Verhalten wird der Sachwalter seine Zustimmung zur Entgegennahme der Vertragsleistung der Gegenpartei durch den Nachlassschuldner nur "auf Zusehen hin" erteilen. Folglich liegt für die Zeit vor der Zustimmung des Sachwalter (insbesondere für die Zeit vor der Nachlassstundung) und ab dem Zeitpunkt, da der Nachlassschuldner (in der Regel auf Anweisung des Sachwalters hin) die Leistung des Vertragspartners nicht mehr mit Zustimmung des Sachwalters in Anspruch nimmt, keine Masseschuld (mehr) vor. Forderungen, welche in diesen Perioden entstanden sind bzw. entstehen, gelten – mangels Zustimmung des Sachwalter – m.E. nur als Nachlassforderungen (Art. 310 Abs. 1 Satz 1 SchKG).

Wird etwa eine Mietsache vom Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters nach der Nachlassstundung während drei Monaten zur Fortführung der Geschäftstätigkeit verwendet, und dann vorzeitig an den Vermieter zurückgegeben, so gilt (unbesehen der zivilrechtlichen Rechtslage) nur die Forderung, welche während den drei Monaten entstanden ist, als Masseschuld. Die früher und die später entstandenen Forderungen sind Nachlassforderungen. Dies gilt analog für die übrigen Dauerschuldverhältnisse.

#### bbb. Bei einem "Vertragseintritt" des Sachwalters (Art. 211 Abs. 2 SchKG)

Einen "Eintritt" in bestehende Verträge durch den Sachwalter *während der Nachlassstundung* gibt es in der Regel<sup>152</sup> nicht. Anders verhält es sich ausnahmsweise<sup>153</sup> nur, wenn der Nachlassrichter dem *Sachwalter* die *volle Geschäftsführungsbefugnis übertragen* hat (Art. 298 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Diesfalls kommt ihm (wie der Konkursverwal-

145 I.B.

146 Vgl. FN 137.

147 Vgl. I.B.

148 Vgl. auch ARROYO, 259.

149 III.B.2.b.aa.

150 Teilweise abweichend ARROYO, 259.

151 III.A.2.

152 Vgl. II.A.

153 Gemäss RIEBEN/ASCHENBERGER, 108, soll dies in jedem Fall und damit unabhängig von den Kompetenzen des Sachwalters gelten.

tung bzw. dem Liquidator) die vollumfängliche Verfahrensleitung zu. Dass seine Kompetenzen sachlich durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Nachlassstundung etwas eingeschränkter sind als jene der Konkursverwaltung im Konkurs oder des Liquidators beim Liquidationsvergleich, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Wenn dem Sachwalter umfassende Befugnisse zukommen, gilt m.E. Art. 211 Abs. 2 SchKG ausnahmsweise analog.

### 3. Forderungen, die nach Bestätigung des Nachlassvertrages entstehen

Für die Qualifizierung der Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen, die nach Bestätigung des Nachlassvertrages entstehen, kommt es darauf an, um was für einen Nachlassvertrag es sich handelt.

#### a. Beim ordentlichen Nachlassvertrag

Beim ordentlichen Nachlassvertrag kann es nach dessen Bestätigung weder Nachlassforderungen noch Masseschulden geben. Sämtliche Forderungen, die nach der Bestätigung entstehen, richten sich (in diesem Nachlassverfahren) gegen den Nachlassschuldner persönlich.

#### b. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Nach der Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung liegen entweder Masseschulden oder Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich vor. Nachlassforderungen kann es in diesem Verfahrensstadium nur noch in seltenen Ausnahmefällen geben.

##### aa. Masseschulden

Masseschulden entstehen in erster Linie durch *Handlungen des Liquidators* bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung im Liquidationsstadium. Dies gilt etwa für dann zumal eingegangene Verbindlichkeiten wie etwa Schulden aus der Fortführung des Geschäftsbetriebes, Steuern oder andere öffentlichrechtliche Abgaben, welche seither entstanden sind, oder Schulden aus Verträgen, welcher der Liquidator neu eingegangen ist oder in welche er namens der Masse "eingetreten" ist (Art. 211 Abs. 2 SchKG)<sup>154</sup>. Schliesst der Liquidator ein neues Dauerschuldverhältnis ab oder "tritt" er in ein vorbestehendes Dauerschuldverhältnis gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG ein, so gelten sämtliche Forderungen aus diesem Dauervertrag als Masseschulden<sup>155</sup>.

Masseschulden liegen (pro memoria<sup>156</sup>) auch dann vor, wenn der Sachwalter, dem die Geschäftsführungsbefugnis vollumfänglich übertragen worden ist (Art. 298 Abs. 1 Satz 2 SchKG), einen neuen Dauervertrag abschliesst. Diesfalls sind m.E. auch die nach der Bestätigung des Nachlassvertrages entstandenen Forderungen Masseschulden.

##### bb. Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich

Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich können *nach Bestätigung des Nachlassvertrages* (gleich wie im Konkurs<sup>157</sup>) vom Nachlassschuldner begründet werden oder entstehen. Dies gilt nicht nur für den ordentlichen

Nachlassvertrag, sondern auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, sofern die Forderung nicht vom Liquidator veranlasst worden ist (in welchem Fall eine Masseschuld vorliegen würde<sup>158</sup>).

Namentlich Forderungen, welche nach Bestätigung des Nachlassvertrages entstehen, und welche auf (vom Nachlassschuldner früher abgeschlossenen) *Dauerschuldverhältnissen* gründen, richten sich nur gegen den Nachlassschuldner persönlich. Daran ändert auch nichts, wenn der Sachwalter während der Stundung seine Zustimmung zum "Entstehen" der Forderung (für diese Periode bzw. auf Zusehen hin) erteilt hat (Art. 310 Abs. 2 SchKG)<sup>159</sup>. Auch diesfalls gelten die nach der Bestätigung des Nachlassvertrages entstandenen Forderungen nur als solche gegen den Nachlassschuldner persönlich. Masseschulden liegen nur für "[d]ie während der Stundung (...) eingegangenen Verbindlichkeiten" vor (Art. 310 Abs. 2 SchKG), nicht aber für die erst nach der Bestätigung des Nachlassvertrages entstandenen Forderungen.

#### cc. Nachlassforderungen

Nachlassforderungen kann es an sich nur bis zur Bestätigung des Nachlassvertrages geben<sup>160</sup>. In einigen Fällen sieht jedoch das positive Recht vor, dass Forderungen – obschon sie nach dem relevanten Stichtag entstanden sind – als privilegierte Forderungen bzw. als gesicherte Forderungen geltend gemacht werden können. Insoweit können sie – obwohl nach der Bestätigung des Liquidationsvergleiches entstanden – auch als Nachlassforderungen geltend gemacht werden.

##### aaa. Forderungen des Arbeitnehmers wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Neben den Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, welche in den letzten sechs Monaten entstanden sind, kann der Arbeitnehmer auch für zukünftige "*Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses* infolge Konkurses des Arbeitgebers" das Erstklassprivileg beanspruchen (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG). Soweit eine Privilegierung besteht, kann die Forderung in einem Insolvenzverfahren auch geltend gemacht werden<sup>161</sup>.

154 Vgl. AMONN/WALTHER, § 48 Rz 4 f.; SPÜHLER II, 95.

155 Vgl. III.A.2.

156 III.B.2.b.aa.aaa.

157 Im Konkurs liegen Forderungen gegen den Gemeinschaftschuldner persönlich vor, wenn sie nach der Konkursöffnung vom Gemeinschaftschuldner begründet oder nachher entstanden und nicht von der Konkursverwaltung veranlasst worden sind (AMONN/WALTHER, § 42 Rz 7; LORANDI, Arbeitsverträge, 151; BGE 124 III 42).

158 Vgl. III.B.3. b.aa

159 III.B.2.b.bb.

160 III.B.2.a.

161 Für den Konkurs: ZK-STAEHELIN/VISCHER, Art. 337a OR N 13; BK-REHBINDER, Art. 337a OR N 7; LORANDI, Arbeitsverträge, 159 f.; PLENIO, 198.

Dies gilt auch bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nach dessen Bestätigung. Massgebend für die Privilegierung der alten Forderungen ist (anstelle der Konkursöffnung) die Bewilligung der Nachlassstundung<sup>162</sup>. Nach der Nachlassstundung (bis zur Bestätigung des Nachlassvertrages) entstandene Forderungen sind jedoch ohnehin Nachlassforderungen, wenn der Sachwalter nicht zugestimmt hat<sup>163</sup>. Aufgrund dessen liegt es nahe, im vorliegenden Zusammenhang die Bestätigung des Liquidationsvergleiches der Konkursöffnung gleichzustellen. Entsprechend sind zukünftige Forderungen "wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge" (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG) *Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* (oder Bewilligung einer Nachlassstundung) des Arbeitgebers privilegiert. Als privilegierte Forderungen sind sie als Nachlassforderungen zu qualifizieren. Damit können ausnahmsweise auch Forderungen des Arbeitnehmers für die Zeit *nach* der Bestätigung des Nachlassvertrages als Nachlassforderungen gelten.

Findet dagegen (trotz Bestätigung des Liquidationsvergleiches) keine Kündigung des Arbeitsverhältnisses statt, sind die Forderungen, die nach der Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung entstehen, keine Nachlassforderungen; die Ausnahmebestimmung von Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG findet keine Anwendung<sup>164</sup>.

### bbb. Retentionsgesicherte Forderungen des Vermieters

Dem Vermieter von Geschäftsräumen steht nach Zivilrecht für einen verfallenen Jahreszins und für die *laufenden sechs Monate* ein Retentionsrecht zu (Art. 268 Abs. 1 OR). Im Konkurs ist die Konkursöffnung massgebend<sup>165</sup>. Soweit der Vermieter ein Retentionsrecht beanspruchen kann, kann er im Konkurs seine *nach* Konkursöffnung entstandene Forderung als Konkursforderung geltend machen (bis zum Ende des Mietvertrages, längstens aber für sechs Monate)<sup>166</sup>.

Im Konkurs findet m.E. Art. 209 Abs. 2 SchKG dergestalt analog Anwendung, dass retentionsgesicherte Forderungen des Vermieters nach der Konkursöffnung nur dann und insofern als Konkursforderungen geltend gemacht werden können, wenn und soweit der Erlös der Retentionsgegenstände die retentionsgesicherte Forderung bis zur Konkursöffnung (Art. 268 Abs. 1 OR) übersteigt<sup>167</sup>.

Diese Regeln für den Konkurs finden auf den Liquidationsvergleich analog Anwendung. Anstelle der Konkursöffnung ist m.E. auch diesbezüglich<sup>168</sup> die Bestätigung des Nachlassvertrages massgeblich, da die Mietzinsforderungen während der Nachlassstundung (ohne Zustimmung des Sachwalters) ohnehin als Nachlassforderungen gelten<sup>169</sup>. Somit können retentionsgesicherte Forderungen, welche nach der Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung entstanden sind, bis zum Ende des Mietvertrages, höchstens aber während sechs Monaten nach der Bestätigung des Nachlassvertrages als Nachlassforderungen geltend gemacht werden. M.E. gilt auch diesbezüglich die Einschränkung von Art. 209 Abs. 2 SchKG<sup>170</sup> analog.

### ccc. Forderung des Leibrentengläubigers und des Pfründers

Fällt der Leibrentenschuldner in Konkurs, so ist der *Leibrentengläubiger* berechtigt, seine zukünftigen Ansprüche in Form einer *Kapitalabfindung* geltend zu machen. Deren Wert bestimmt sich danach, durch welches Kapital die Leibrente zur Zeit der Konkursöffnung bei einer soliden Rentenanstalt bestellt werden könnte (Art. 518 Abs. 3 OR). Diese Bestimmung gilt auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

Entsprechend besteht im Konkurs des Pfrundgebers die Forderung des *Pfründers* in dem Betrag, mit welchem die Leistung des Pfrundgebers dem Werte nach bei einer soliden Rentenanstalt in Gestalt einer Leibrente erworben werden könnte (Art. 529 Abs. 2 OR). Auch diese Bestimmung gilt gleichermassen, wenn der Pfrundgeber einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bewilligt erhält.

In der Lehre wird argumentiert, diese Regelungen seien *verallgemeinerungsfähig*, zumindest wenn die zukünftigen periodischen Forderungen ihrer Höhe nach unabänderlich feststehen würden<sup>171</sup>. Dem kann m.E. aus verschiedenen Gründen nicht zugestimmt werden. Erstens handelt es sich bei Art. 518 Abs. 3 und Art. 529 Abs. 2 OR um gesetzliche Ausnahmebestimmungen, welche aus *sozialpolitischen Gründen* erlassen worden sind. Es soll damit der besonderen Lage des Leibrentengläubigers bzw. des Pfründers Rechnung getragen werden. Schliesslich dienen beide Rechtsgeschäfte dazu, den zukünftigen Lebensunterhalt des Berechtigten zu sichern. Dies soll durch die Insolvenz des Schuldners nicht vereitelt werden. Ein normales Dauer-schuldverhältnis weist jedoch keine so lebenswichtigen Aspekte auf. Zweitens können beiden Ausnahmen nur von natürlichen Personen in Anspruch genommen werden. Drittens sind sowohl der Leibrentenvertrag als auch die Pfrund aleatorischer Natur, da sie vom ungewissen zukünftigen Ereignis, nämlich von der Lebensdauer eines Vertragspartners abhängen<sup>172</sup>. Insofern handelt es sich um bedingte For-

162 BasK-HARDMEIER, Art. 305 SchKG N 25; BGE 125 III 156; BGE 5C.155/2000 vom 31.8.2000, E. 4.

163 III.B.2.a.

164 Für den *Konkurs*: LORANDI, Arbeitsverträge, 155, 158 mit Hinweisen auch auf abweichende Meinungen; a.M. PLENIO, 198.

165 BGE 124 III 42, 104 III 84.

166 LORANDI, Mietverträge, 8 f.; DERS., AJP/PJA 1998, 740; PLENIO, 154 f.; BGE 124 III 42, 104 III 84.

167 LORANDI, Mietverträge, 8 f., DERS., AJP/PJA 1998, 740; a.M. PLENIO, 155 Fn 328.

168 III. B.3. b. cc. aaa..

169 III.B.2.a.

170 Zum *Konkurs* vgl. LORANDI, Mietverträge, 8 f., DERS., AJP/PJA 1998, 740; a.M. PLENIO, 155 Fn 328.

171 JAEGER, Art. 210 SchKG N 4; AMONN/WALTHER, § 42 Rz 21; BasK-SCHWOB, Art. 210 SchKG N 5.

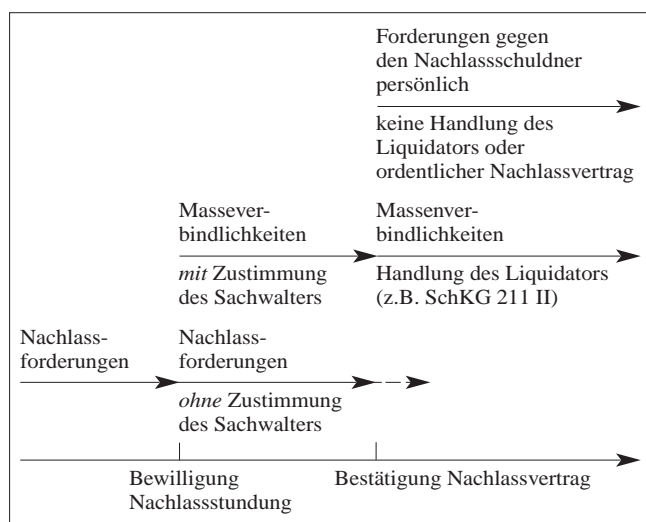
172 GUHL/SCHNYDER, § 58 Rz 1; HONSELL, 400 f.



derungen (vgl. auch Art. 210 Abs. 2 SchKG), weshalb es sich beim Leibrentenvertrag und der Pfrund nur um unechte Ausnahmen handelt, da bedingte Forderungen im Konkurs voll geltend gemacht werden können (Art. 210 Abs. 1 SchKG). Viertens werden sowohl der Leibrentenvertrag als auch die Pfrund mit Konkurseröffnung über den Schuldner von Gesetzes wegen aufgelöst<sup>173</sup>. Dies trifft auf "normale" Dauerschuldverhältnisse *nicht* zu. Aufgrund des Gesagten finden m.E. Art. 518 Abs. 3 und Art. 529 Abs. 2 OR auf die übrigen Dauerschuldverhältnisse keine – auch keine analoge – Anwendung.

#### 4. Graphische Darstellung

Die Ausführungen zur Qualifikation von Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen als Nachlassforderungen, Massekosten oder Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich können vereinfacht wie folgt graphisch dargestellt werden:



#### Literaturverzeichnis

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbreitungs- und Konkursrecht, 7. A., Bern 2003  
 ARROYO MANUEL, Zu Sinn und Tragweite von Art. 310 Abs. 2 SchKG im Nachlassverfahren – Verbindlichkeiten der Masse, BJM 2003, 234 ff.  
 BERTSCHINGER URS, Rechtsprobleme des Securities Lending and Borrowing, Bd. I: Grundlagen und Analyse der Geschäftsform, Zürich 1994, 124 ff.  
 BLUMENSTEIN ERNST, Handbuch des Schweizerischen Schuldbreitungsrecht, Bern 1911  
 BÖNI WALTER, Die Masseverbindlichkeiten im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Freiburg 1959  
 BRAND ERNST, SJK Nr. 1003a, Wirkung auf nicht erfüllte Verträge  
 BRÖNNIMANN JÜRGEN, Ausgewählte Probleme des Nachlassverfahrens, Unterlagen zur Tagung Aktuelle Fragen aus dem Schuldbreitungs- und Konkursrecht, Luzern 14. Oktober 2002  
 BRUNI GULIELMO, Die Stellung des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, BJM 1982, 281 ff.

BRUNNER ALEXANDER/REUTTER MARK A., Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. A., Bern 2002  
 BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988  
 BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1994  
 VON BÜREN ROLAND, Beendigung des Lizenzvertrages in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Bd. 1, Allgemeiner Teil, ROLAND VON BÜREN; LUCAS DAVID (Hrsg.), I/1, Basel 1995, 311 ff.  
 CALAMO CHRISTIAN, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, Bern/Stuttgart/Wien 1994  
 CHERPILLOD IVAN, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988  
 DALLÈVES LOUIS, Schuldbreitung und Konkurs, Die Wirkungen des Konkurses auf die Verträge, SJK Nr. 1003a  
 FEO RANIERO ADDORISIO, Die Fälligkeit von Vertragsforderungen, Diss. Freiburg 2001  
 FRITZSCHE HANS/WALDER HANS ULRICH, Schuldbreitung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Zürich 1993  
 GAUCH PETER, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968  
 GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003  
 GEISER THOMAS, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsmassnahmen, in: Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Kolloquium zu Ehren von Professor ADRIAN STAHELIN, FRANZ HASENBÖHLER/ANTON K. SCHNYDER (Hrsg.), Zürich 1997, 101 ff.  
 GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Les privilèges du travailleur dans l'exécution forcée., in: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, 453 ff.  
 GIRSBERGER DANIEL, Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing, Zürich 1997  
 GROB-ANDERMACHER BEATRICE, Die Rechtslage des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Arbeitgebers, Diss. Zürich 1982  
 GUHL THEO, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000  
 GULDNER MAX, § 42, in: FRITZSCHE/WALDER, Schuldbreitung und Konkurs nach schweiz. Recht, Band II, Zürich 1993  
 HÄUSLER TOM, Die vertraglichen Grundlagen im Bereich des Handels mit derivativen Finanzinstrumenten, Zürich 1996  
 HILTY RETO M., Lizenzvertragsrecht, Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001  
 HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. A., Bern 2001  
 HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2002  
 HUNKELER DANIEL, Wirkungen der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge, insbesondere auf Werkverträge, BR 2/2002, 55 ff. (zit. Konkurseröffnung).  
 HUNKELER DANIEL, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg 1996  
 JAEGER CARL, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbreitung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911

173 VON TUHR/ESCHER, 173; BasK-BAUER, Art. 519 OR N 4, Art. 528 OR N 2; a.M. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 519 OR N 5.

- JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, drei Bände, 4. A., Zürich 1997/2001
- KELLER MAX/SCHÖBI FELIX, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Band I, 3. A., Basel und Frankfurt am Main 1988
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996
- KREN JOLANTA, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989
- LACHAT DAVID/STOLL DANIEL, Das neue Mietrecht für die Praxis, Zürich 2002, 5. unveränderte Auflage basierend auf 4. A. Zürich 1999
- LORANDI FRANCO, Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG), ZZZ 2004, 73 ff. (zit. Geschäfte)
- DERS., Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, SJZ 2000, 150 ff. (zit. Arbeitsverträge)
- DERS., Mietverträge im Konkurs des Mieters, mp 1998, 1 ff. (zit. Mietverträge).
- DERS., Entscheidbesprechung von BGE 129 III 335 ff., AJP/PJA 2003, 1093 ff. (zit. AJP/PJA)
- LUDWIG PETER, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Bern 1970
- MERZ HANS, Die Leistung als Inhalt von Forderungen und Schuldverpflichtungen Leistung und Zuwendung, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. 6. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilb. 1, Basel 1984
- MOSER STEFANIE, Von den Tücken des Ganges zum Nachlassrichter, IWIR 2/1998, 48 ff.
- NETZLE STEPHAN, Sponsoring von Sportverbänden, Diss. Zürich 1987
- PAPA GILDO, Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Bern 1941
- PLENIO MARTIN, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs, Diss. St. Gallen 2003
- RAYROUX FRANÇOIS, Neuere Aspekte der Vertragsgestaltung bei derivativen Finanzinstrumenten, SZW 1996, 11 ff.
- RIEBEN JÜRIG/ASCHENBERGER RETO, Stellung der Arbeitnehmer im Nachlassverfahren, IWIR 3/2002, 105 ff.
- ROGGWILLER HANS, Der "wichtige Grund" und seine Anwendung in ZGB und OR, Diss. Zürich 1956
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 2000
- SPÜHLER KARL, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, Konkursrecht und Nachlassverfahren, 3. A., Zürich 2003 (zit. Spühler II)
- SPÜHLER KARL, Möglichkeiten eines Konkursverwalters bei zweiseitigen Verträgen, in: Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL (Hrsg.), Zürich 2003, 673 ff.
- STAEHELIN DANIEL, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP/PJA 2004, 363 ff.
- STIEGER WERNER, Zur Beendigung des Lizenzvertrages nach schweizerischem Recht, sic! 1999, 3 ff.
- STOFFEL WALTER A., Voies d'exécution, Bern 2002
- STÖCKLI KURT, Aktuelle Fragen aus dem Nachlassverfahren, IWIR 4/1999, 145 ff.
- TAILLENS EMILIE, Des effets de la faillite sur les contrats du débiteur, Diss. Lausanne 1950
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. A., Zürich 1974
- VOLLENWEIDER PETER, Pfandverwertung beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Zürich 1993
- WEYDMANN PHILIPP, Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, Diss. Zürich 1958
- ZIHLMANN PETER, Das neue Mietrecht, Zürich 1990
- ZOBL DIETER/WERLEN THOMAS, Rechtsprobleme des bilateralen Netting, Zürich 1994 (zit. Rechtsprobleme)
- DIES., 1992 ISDA-Master Agreement unter besonderer Berücksichtigung der Swapgeschäfte, Zürich 1995 (zit. ISDA)

La décision accordant un sursis concordataire et la confirmation d'un concordat n'ont qu'une influence limitée sur des contrats de durée. Pourtant, la confirmation d'un concordat avec abandon d'actif a plus ou moins les mêmes effets que l'ouverture d'une faillite. Par la loi, mais uniquement dans quelques cas isolés, l'ouverture d'une procédure concordataire entraîne la fin automatique des rapports contractuels. En règle générale, la partie solvable a droit à une résiliation extraordinaire. Les créances issues d'un rapport de durée naissent de manière périodique par échéance. Le moment de la procédure concordataire pendant lequel les créances naissent et/ou l'accord du commissaire déterminent si la créance doit être considérée comme créance contre le concordat, comme dette de la masse ou comme créance contre le débiteur concordataire. La poursuite de ces créances sera différente pour chacune des catégories.

(trad. Flurin von Planta)