



Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz

Was Art. 211a SchKG besagt und was nicht

FRANCO LORANDI*

Dauerschuldverhältnisse sind im Rechtsalltag häufig anzutreffen. Wenn über eine Partei eines Dauerschuldverhältnisses der Konkurs eröffnet wird, dann stellen sich für die Gegenpartei und die Konkursverwaltung verschiedene Fragen. Seit 1. Januar 2014 ist Art. 211a SchKG in Kraft, welcher solche Konstellation beschlägt. Nachfolgend wird untersucht, für welche der sich stellenden Fragen die neue Norm Lösungen vorsieht und wo dies nicht der Fall ist.

Les contrats de durée sont très courants dans le quotidien juridique. Lorsque la faillite est ouverte à l'encontre d'une partie à un contrat de durée, diverses questions se posent pour la partie adverse et l'administration de la faillite. L'art. 211a LP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014, concerne ces constellations. La contribution vise à élucider pour lesquelles des questions qui se posent la nouvelle norme prévoit des solutions ou non.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Allgemeines
 - A. Dauerschuldverhältnis
 - B. Die Insolvenz und seine Auswirkungen auf den Bestand des Dauerschuldverhältnisses
 1. Keine Beendigung ex lege zufolge Insolvenzeröffnung
 2. Kündigungs-/Rücktrittsrecht der Gegenpartei
 3. Kein insolvenzrechtliches ausserordentliches Kündigungsrecht der Insolvenzmasse
 - C. Das «verhungerte» Dauerschuldverhältnis als Regelfall
 - D. Verfahrensmässiger Geltungsbereich
 - E. Natürliche und juristische Personen als Insolvenzschuldner
 - F. Die drei Regelungsstränge von Art. 211a SchKG
 - G. Verhältnis der einzelnen Absätze zueinander und Einbettung im SchKG
- III. Umfang der Insolvenzforderungen aus Dauerschuldverhältnissen (Abs. 1)
 - A. Regelungsinhalt und Einbettung
 - B. Dauer
 1. Allgemeines
 2. Befristete Dauerschuldverhältnisse
 3. Unbefristete Dauerschuldverhältnisse
 - C. Umfang
 1. Vorteilsanrechnung
 2. Abdiskontierung
 - D. Geltendmachung und Kollokation
 - E. Folgen für Privatpersonen als Gemeinschuldner
 1. Das Problem des «Forderungsüberhangs»
 2. Lücke an der tektonischen Bruchstelle zwischen Zivil- und Vollstreckungsrecht
 3. Möglichkeiten des Gemeinschuldners
 4. Gleiche Situation für juristische Personen bei einem Nachlassvertrag mit nur teilweiser Vermögensabtretung
- IV. Partieller Vertragseintritt (Abs. 2)
 - A. Regelungsinhalt, Wesen und Einbettung
 - B. Ausschluss

- C. Partieller oder selektiver Eintritt
 1. Sachlich partieller Eintritt
 2. Zeitlich partieller Eintritt
- D. Eintrittserklärung/Inanspruchnahme
 1. Natur der Eintrittserklärung
 2. Form
 3. Zeitpunkt/Frist
 4. Sicherheitsleistung
- E. Folgen
 1. Beim partiellen Vertragseintritt
 2. Beim Nichteintritt
- V. Weiterführung von Dauerschuldverhältnissen durch den Schuldner «persönlich» (Abs. 3)
 - A. Regelungsinhalt und Einbettung
 - B. Ausschluss
 - C. Persönlicher Geltungsbereich
 - D. Weiterführung
 1. In Bezug auf Vertragsverhältnisse
 2. In Bezug auf Statusverhältnisse als Dauerschuldverhältnisse
 - E. Folgen

I. Einleitung

Dauerschuldverhältnisse sind eine häufige Erscheinungsform im Rechtsalltag. Es gibt wohl kaum ein Konkursverfahren, in welchem nicht solche Verträge bzw. Forderungen daraus zu beurteilen sind. Am 1. Januar 2014 ist Art. 211a SchKG in Kraft getreten,¹ welcher verschiedene Aspekte bei Dauerschuldverhältnissen im Konkurs regelt. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, was diese Gesetzesbestimmung bedeutet und was nicht.

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

¹ AS 2013 4123.

II. Allgemeines

A. Dauerschuldverhältnis

Dogmatisch ist das Dauerschuldverhältnis der «Gegenbegriff» zum sog. Ziel- oder Einzelschuldverhältnis.² Ersteres unterscheidet sich von letzterem dadurch, dass den Schuldner der Hauptleistungspflicht ein *fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten* trifft, mit welchem er so lange fortzufahren hat, solange die Schuld besteht bzw. der Vertrag dauert.³ Prägnant ausgedrückt: Bei der Dauerschuld «richtet sich die Leistung nach der Dauer der Verbindlichkeit».⁴ Somit entstehen Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen im Zeitablauf fortwährend.⁵

Zu den Dauerschuldverhältnissen gehören etwa⁶ die Miete, die Pacht, das Arbeitsverhältnis, die Gebrauchsüberlassung, der Hinterlegungsvertrag, das Darlehen⁷ und oft (wenn auch nicht notwendigerweise) der Auftrag. Auch Innominatverträge können Dauerschuldverhältnisse sein, wie etwa der Leasingvertrag, der Lizenzvertrag (etwa in Form des Software-Lizenzvertrages⁸), der Alleinvertriebsvertrag, der Beherbergungs- und Gastaufnahmevertrag, der Factoringvertrag, der Unterrichtsvertrag, der Pensionsvertrag, der Hauswartvertrag oder der Sponsoringvertrag.

B. Die Insolvenz und seine Auswirkungen auf den Bestand des Dauerschuldverhältnisses

Der Bestand und die Dauer bzw. die Beendigung von Verträgen ist eine Frage des Zivil- und nicht des Insolvenzrechts (Art. 211 Abs. 3 SchKG).⁹ Letzteres geht von der per Insolvenzeröffnung bestehenden zivilrechtlichen Rechtslage aus. Soweit auf den Vertrag ausländisches Recht zur Anwendung gelangt, ist dieses massgeblich. Die nachfolgenden Betrachtungen gehen vom schweizerischen Zivilrecht aus.

Im vorliegenden Zusammenhang wird der Begriff *Insolvenz* als Sammelbegriff für die Verfahren der Generalabtretung, d.h. für den Konkurs und den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG), verwendet und mit *Insolvenzeröffnung* ist die Konkursöffnung bzw. die Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung durch das Nachlassgericht (Art. 306 SchKG) gemeint.

1. Keine Beendigung ex lege zufolge Insolvenzeröffnung

Es gibt keine allgemeine zivilrechtliche Regel, wonach Verträge generell zufolge Insolvenz einer Vertragspartei von Gesetzes wegen als beendet gelten.¹⁰ Entsprechend gilt der *Grundsatz*, dass ohne besondere vertragliche Abrede oder Norm Dauerschuldverhältnisse zufolge Konkursöffnung nicht enden.¹¹ Dies gilt gleichermassen,

² BGer, 2C_814/2013, 3.3.2014, E. 2.4.7.

³ BBl 2010 6472; PETER GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, 6 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich 2014, N 94 f.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, N 113; BSK EB SchKG-STAEHELIN, Art. 211a N 8, in: Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. A., Basler Kommentar, Basel 2017 (zit. BSK EB SchKG-Verfasser); BGE 138 III 304 E. 6; BGer, 4A_141/2007, 20.8.2007, E. 4.1.

⁴ GAUCH (FN 3), 6; vgl. auch HANS MERZ, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 6, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilb. 1, Basel 1984, 128.

⁵ BGE 127 III 273 E. 2; 124 III 41 E. 2a/b; 121 III 382 E. 4; 117 III 63 E. 2b; 115 III 65 E. 3b; 42 III 279 E. 1; 27 II 40 E. 6.

⁶ Vgl. GAUCH (FN 3), 9 ff.; FRANCO LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht, AJP 2014, 292 ff., 292; KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 5, N 7 in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Verfasser).

⁷ BGE 128 III 428 E. 3a; BGer, 5A_750/2008, 24.2.2010, E. 4.4. Dazu, dass Art. 209 SchKG lex specialis zu Art. 211a Abs. 1 SchKG ist, vgl. III.B.3.

⁸ PHILIPP POSSA/MELANIE GASSER, Was geschieht mit Software im Konkurs des Entwicklers oder Anbieters?, Jusletter vom 24.6.2019, N 24.

⁹ DANIEL STAEHELIN, Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz, in: Thomas Sprecher/Brigitte Umbach-Spahn/Dominik Vock (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Das neue Schweizer Sanierungsrecht, Zürich 2014, 105 ff., 106; BGer, 5A_823/2015, 23.3.2017, E. 5.1.

¹⁰ BGE 27 II 40 E. 5; BGer, 5A_823/2015, 23.3.2017, E. 5.1; 5A_426/2015, 8.10.2015, E. 3.3; 4A_630/2010, 27.1.2011, E. 3.2.1; 4C.239/2006, 5.10.2006, E. 2.1; 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.1.

¹¹ PHILIPP WEYDMANN, Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, Diss. Zürich 1958, 9; JOLANTA KREN, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989, 9; DANIEL STAEHELIN, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 2004, 363 ff., 364; STAEHELIN (FN 9), 106; FRANCO LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, AJP 2004, 1209 ff., 1211, Fn 24 m.w.H.; ISAAK MEIER/CHRISTIAN EXNER, Laufende Verträge in Konkurs- und Nachlassverfahren, BISchK 2006, 85 ff., 107; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 6), Art. 211a N 8; ANDREAS F. VÖGELI, Eigentümer im Konkurs des Mieters, Mieter im Konkurs des Eigentümers, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII, Immobilien und Insolvenz, Zürich 2017, 89 ff., 90; SARA IANNI, Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts, Diss. Basel 2014, 17; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 8; BGE 124 III 42 E. 2a/b; BGer, 5C.97/2006,

wenn ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vom Richter genehmigt wird.

Vom genannten Grundsatz gibt es *gesetzliche Ausnahmen*,¹² welche eine Beendigung eines bestimmten Dauerschuldverhältnisses ex lege mit Konkurseröffnung vorsehen. Dies gilt etwa für den Pachtvertrag (Art. 297a OR), den Auftrag (Art. 405 Abs. 1 OR), den Agenturvertrag (Art. 418s Abs. 1 OR), die Leibrente (Art. 518 Abs. 3 OR), die einfache Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR)¹³ oder den Versicherungsvertrag (Art. 55 Abs. 1 VVG). Auch in dieser Hinsicht steht die Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung der Konkurseröffnung gleich.¹⁴

Die Parteien können selbstverständlich *vertraglich* eine automatische Vertragsauflösung bei Insolvenzeröffnung vorsehen. Auch diesbezüglich ist m.E. (im Sinne einer objektivierten Auslegung nach dem mutmasslichen Parteiinteresse) der (vertraglich erwähnten) Konkurseröffnung die (nicht erwähnte) Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gleichzustellen.

2. Kündigungs-/Rücktrittsrecht der Gegenpartei

a. Ordentliche Kündigung

Die Insolvenzmasse oder die Gegenpartei können einen Vertrag nach den Regeln des Zivilrechts nach Insolvenzeröffnung *ordentlich kündigen*.¹⁵ Eine Kündigung ist ein

Gestaltungsrecht. Es muss effektiv ausgeübt werden, damit eine Beendigung des Vertrages herbeigeführt wird. Steht ein Vertragsverhältnis in Frage, welches auch nach der Insolvenz durch den Schuldner persönlich weitergeführt werden könnte (namentlich wenn dieser eine natürliche Person ist),¹⁶ empfiehlt es sich für die Gegenpartei, ihre Kündigung sowohl an die Konkursmasse als auch an den Schuldner zu richten.¹⁷

Erfolgt eine ordentliche Kündigung, so sind die resultierenden Forderungen als Insolvenzforderungen¹⁸ und nicht als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren. Dies gilt auch dann, wenn die Kündigung *nach* Insolvenzeröffnung von der Konkursmasse ausgesprochen wird, und zwar auch für Forderungen, welche zwischen der Insolvenzeröffnung und der Kündigung entstanden sind (sofern die Masse nicht gemäss Art. 211a Abs. 2 SchKG in den Vertrag «eingetreten» ist¹⁹). Welche Ansprüche der aufrechtstehenden Partei zufolge ordentlicher Kündigung zustehen, richtet sich nach dem Zivilrecht (d.h. nach Vertrag und Gesetz).

b. Vorzeitige Kündigung

Das Gesetz sieht verschiedene Möglichkeiten vor, wann und wie eine Partei *zufolge Insolvenz* der Gegenpartei das Vertragsverhältnis *vorzeitig beenden* kann (vgl. Art. 83, Art. 107, Art. 257d, Art. 266h, Art. 337a OR).²⁰ Dazu gehört insbesondere auch das Recht, *aus wichtigem Grund zu kündigen* (vgl. Art. 337, Art. 418r Abs. 1, Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR).²¹

Das Recht bei Insolvenz der Gegenpartei zu kündigen, kann auch *vertraglich* eingeräumt werden. Auch in

30.6.2006, E. 2.2; 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.1; P 66/2002, 25.2.2003, E. 4.3, in Bezug auf den Mietvertrag.

¹² Zu anderen Ausnahmen, welche nicht Dauerschuldverhältnisse betreffen vgl. KREN (FN 11), 10 ff.; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Zürich 1993, § 42 N 18; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne/Basel 2001, Art. 211 N 42 ff.; MEIER/EXNER (FN 11), 99 ff.

¹³ KREN (FN 11), 10 ff.; LORANDI (FN 11), AJP 2004, 1211; ROLAND FISCHER, Lizenzverträge im Konkurs, Gesetzliche Regelung und vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, Diss. Zürich 2008, 227 f.; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 6), Art. 211a N 8; FABRICE ROBERT-TISSOT, Les effets du concordat sur les obligations, Analyse en particulier des effets du concordat sur les contrats, Diss. Freiburg 2010, N 1011 ff.; OLIVIER HARI, Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 293 ss LP), Diss. Neuenburg 2011, N 969 ff.

¹⁴ LORANDI (FN 11), AJP 2004, 1211; CR LP-JEANNERET, Art. 211 N 21, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire Romand, Basel 2005 (zit. CR LP-Verfasser); ROBERT-TISSOT (FN 13), N 818.

¹⁵ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern 2008 (zit. Expertenbericht II), 19; Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG):

Sanierungsverfahren, Begleitbericht zum Vorentwurf, Bern 2008 (zit. Begleitbericht), 18; BBI 2010 6474; Votum Vogler, AB 2013 N 603; OLIVIER HARI/HUBERT GMÜNDER, Das neue Sanierungsrecht, Hat der Berg eine Maus geboren?, GesKR 2013, 570 ff., 573, Fn 6; LORANDI (FN 6), AJP 2014, 297; BGer, 4A_630/2010, 27.1.2011, E. 3.2.1; 4A_99/2010, 4.4.2011, E. 5.1 (beide in Bezug auf den Mietvertrag).

¹⁶ Vgl. dazu V.

¹⁷ Vgl. STAEHELIN (FN 11), AJP 2004, 368, in Bezug auf ausserordentliche Kündigungen.

¹⁸ BBI 2010 6473; HARI/GMÜNDER (FN 15), GesKR 2013, 573 Fn 6; LORANDI (FN 6), AJP 2014, 297.

¹⁹ Vgl. dazu IV.

²⁰ Vgl. dazu näher WEYDMANN (FN 11), 17 ff.; KREN (FN 11), 42 ff.; LORANDI (FN 11), AJP 2004, 1212 ff.; STAEHELIN (FN 9), 107; FISCHER (FN 13), 225 ff., 229 ff.; MEIER/EXNER (FN 11), 100 ff.; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 1011 ff.; HARI (FN 13), N 336 ff.; IANNI (FN 11), 112 ff., 118 ff., in Bezug auf den Arbeitsvertrag.

²¹ Vgl. dazu näher LORANDI (FN 11), AJP 2004, 1214 f.; MEIER/EXNER (FN 11), 102; FISCHER (FN 13), 225 ff., CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 24; IANNI (FN 11), 114 ff., in Bezug auf den Arbeitsvertrag.

diesem Zusammenhang gilt, dass (im Sinne einer objektivierten Auslegung nach dem mutmasslichen Parteiinteresse) der (vertraglich erwähnten) Konkursöffnung die (nicht erwähnte) Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gleichzustellen ist. Sofern ein Vertragsverhältnis in Frage steht, welches auch nach der Insolvenz durch den Schuldner persönlich weitergeführt werden könnte (namentlich wenn dieser eine natürliche Person ist),²² empfiehlt es sich für die Gegenpartei, ihre Kündigung sowohl an die Konkursmasse als auch an den Schuldner zu richten.²³ Auch bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages richten sich Bestand und Umfang von Ansprüchen der aufrechtstehenden Partei nach dem Zivilrecht (d.h. nach Vertrag und Gesetz).²⁴

3. Kein insolvenzrechtliches ausserordentliches Kündigungsrecht der Insolvenzmasse

Das *Zivilrecht* gewährt der insolventen Partei kein ausserordentliches Kündigungsrecht zufolge ihrer eigenen Insolvenz.²⁵ Die Masse kann jedoch nach Massgabe des Zivilrechts ordentlich kündigen.²⁶

Anders als während der Nachlassstundung (Art. 297a SchKG)²⁷ enthält auch das *Insolvenzrecht* keine Bestimmung, wonach ein Dauerschuldverhältnis von der Masse vorzeitig beendet werden könnte.²⁸ Dies ist zum Schutz der übrigen Gläubiger auch nicht notwendig,²⁹ da der Vertragspartner in zeitlicher Hinsicht Insolvenzforderungen nur in dem Ausmass geltend machen kann, wie wenn (hypothetisch) auf den nächsten möglichen Termin gekündigt worden wäre.³⁰

C. Das «verhungerte» Dauerschuldverhältnis als Regelfall

In der Praxis zeigt sich, dass Rechtsverhältnisse im Allgemeinen und Dauerschuldverhältnisse im Besonderen in der Insolvenz zivilrechtlich nicht «sauber» beendet werden. Da Gläubiger in Insolvenzverfahren für Drittklassforderungen ohnehin mit keiner namhaften Dividende rechnen können, ist eine zivilrechtskonforme Beendigung des Vertrages auch ökonomisch nicht von Belang. Die Gegenpartei macht ihre Forderungen im Verfahren geltend und lässt es dabei bewenden. Die Insolvenzmasse hat keine Veranlassung, Verträge im Konkurs ordentlich zu kündigen.³¹

Insofern entspricht der nicht beendete, aber nicht mehr erfüllte Vertrag einer *praktischen Realität*; er «verhungert»³² zivilrechtlich gesprochen in der Insolvenz. Aus insolvenzrechtlicher Sicht ist dies kein Problem, solange klar ist, welche Forderungen die Gegenpartei für welche Dauer wem gegenüber geltend machen kann. Genau diese Lücke schliesst Art. 211a SchKG.

D. Verfahrensmässiger Geltungsbereich

Art. 211a SchKG steht systematisch im Konkursrecht und gilt damit für das *Konkursverfahren*. Wie Art. 211 SchKG³³ findet auch Art. 211a SchKG auf den *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* analog Anwendung,³⁴ nicht jedoch auf einen ordentlichen Nachlassvertrag.³⁵

Soweit nach Anerkennung eines ausländischen Konkurs- oder Insolvenzentscheides in der Schweiz (Art. 166 IPRG) ein *Anschlussinsolvenzverfahren* durchgeführt wird (Art. 170 ff. IPRG) und das in der Schweiz belegene

²² Vgl. dazu V.

²³ STAEHELIN (FN 11), AJP 2004, 368.

²⁴ Vgl. IANNI (FN 11), 127 ff., 131, in Bezug auf den Arbeitsvertrag.

²⁵ BGE 104 III 84 E. 3b; BGer, 4A_630/2010, 27.1.2011, E. 3.2.1; 4C.239/2006, 5.10.2006, E. 2.1; 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.1 (alle in Bezug auf den Mietvertrag).

²⁶ BBI 2010 6473; STAEHELIN (FN 9), 111.

²⁷ Vgl. dazu DANIEL OEHRI, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Diss. Freiburg 2018, N 340 ff.

²⁸ BGE 104 III 84 E. 3b; LORANDI (FN 6), AJP 2014, 293 (mit Hinweis zu den Überlegungen, im Gesetzgebungsverfahren ein solches Recht zu schaffen); BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 22.

²⁹ STAEHELIN (FN 9), 111.

³⁰ Vgl. III.B.3.

³¹ Vgl. III.B.3.

³² LORANDI (FN 6), AJP 2014, 298.

³³ Vgl. LORANDI (FN 11), AJP 2004, 1216; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 48 N 4 f.; DANIEL HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg 1996, N 65; MANUEL ARROYO, Zu Sinn und Tragweite von Art. 310 Abs. 2 SchKG im Nachlassverfahren – Verbindlichkeiten der Masse, BJM 2003, 234 ff., 243 f.; CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 34, N 56; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 320 N 10, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-Verfasser); ROBERT-TISSOT (FN 13), N 801 ff.; BGE 107 III 106 E. 3 m.w.H. auf die Literatur; OGer ZH, NE140005, 10.8.2017, E. V.4.e/dd; OGer GL, OG.2013.00061, 9.3.2017, E. IV.B.6.b.

³⁴ ROBERT-TISSOT (FN 13), N 874 f.; IANNI (FN 11), 28, 149; LORANDI (FN 6), AJP 2014, 300.

³⁵ FRANCO LORANDI, Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht, BLSchK 2011, 95 ff., 104; IANNI (FN 11), 32, 150.

Vermögen nicht einfach dem ausländischen Insolvenzverwalter überlassen wird (Art. 174a IPRG), findet die Norm ebenfalls Anwendung (Art. 170 Abs. 1 IPRG).

Das *Konkursverfahren über Banken, Effekthändler und Pfandbriefzentralen* richtet sich grundsätzlich nach der BIV-FINMA³⁶ (Art. 1 Abs. 1 BIV-FINMA). Da weder diese Verordnung noch das Bankengesetz abweichende Bestimmungen vorsehen, kommt Art. 211a SchKG auch im bankenrechtlichen Konkursverfahren zur Anwendung (Art. 34 Abs. 1 BankG besagt, dass die Anordnung der Konkursliquidation die Wirkungen einer Konkurseröffnung nach den Art. 197–220 SchKG hat).

E. Natürliche und juristische Personen als Insolvenzschuldner

Es macht einen grundlegenden Unterschied, ob eine juristische oder eine natürliche Person von einer General- exekution betroffen ist. *Juristische Personen* (als Schuldner) bestehen während des Konkursverfahrens einzig zu Liquidationszwecken fort und werden nach Abschluss des Konkurses im Handelsregister gelöscht (Art. 158 Abs. 5 lit. b HRegV), so dass sie untergehen. Für sie gibt es grundsätzlich *kein «Leben B»* nach Abschluss des Konkurses.

Anders verhält es sich für *natürliche Personen*. Sie leben ab Insolvenzeröffnung ihr *«Leben B»*, in welchem sie ihr Erwerbseinkommen vereinnahmen (Art. 197 Abs. 2 SchKG) und Vermögen bilden, aber auch sogleich neue Verbindlichkeiten begründen können. Diesem Umstand trägt Art. 211a SchKG Rechnung.³⁷

F. Die drei Regelungsstränge von Art. 211a SchKG

In der General- exekution unterscheidet man drei «Arten» von Forderungen der Gläubiger: Insolvenz- bzw. Konkursforderungen, Masseverbindlichkeiten und Forderungen gegen den Gemeinschuldner persönlich.³⁸ Art. 211a SchKG behandelt alle drei Forderungsarten: Abs. 1 regelt, welche Forderungen Insolvenzforderungen sind, Abs. 2 beschlägt die Masseverbindlichkeiten und Abs. 3 erfasst die Forderungen gegen den Gemeinschuldner persönlich. Dabei sind in zeitlicher Hinsicht in erster Linie die For-

derungen von Interesse, welche nach Insolvenzeröffnung entstehen.

G. Verhältnis der einzelnen Absätze zueinander und Einbettung im SchKG

Da Art. 211a SchKG drei unterschiedliche Konstellationen bzw. Aspekte behandelt, weist jeder Absatz andere Querbezüge zu sonstigen Gesetzesbestimmungen auf, so dass jeder Absatz unterschiedlich im System «eingebettet» ist. Das Verhältnis zu anderen SchKG-Normen ist deshalb für jeden Absatz von Art. 211a SchKG eigenständig zu bestimmen.³⁹

Was die Zeitperiode *nach* einer Insolvenzeröffnung angeht, *schliessen sich die drei Absätze* insofern aus, als für die *gleiche Periode* eine Forderung nur *entweder* eine Insolvenzforderung (Abs. 1) *oder* eine Masseverbindlichkeit (Abs. 2) *oder* eine Forderung gegenüber dem Schuldner persönlich (Abs. 3) sein kann. Für dieselbe Periode kann eine Forderung nicht in mehrere Kategorien fallen. Was die «Hierarchie» oder die *Konkurrenz* der drei Absätze angeht, schliesst eine Forderung dem Schuldner gegenüber die Anwendung von Abs. 1 sowie 2 aus und eine Masseverbindlichkeit schliesst eine Insolvenzforderung aus.

Demgegenüber können Forderungen aus dem gleichen Dauerschuldverhältnis in unterschiedlichen (aufeinander folgenden) Perioden in verschiedene Kategorien fallen (z.B. Mietzinsforderungen als Masseverbindlichkeit während der ersten beiden Monate nach Insolvenzeröffnung und anschliessend Insolvenzforderung).

III. Umfang der Insolvenzforderungen aus Dauerschuldverhältnissen (Abs. 1)

A. Regelungsinhalt und Einbettung

Abs. 1 regelt, für welche Dauer *nach* der Insolvenzeröffnung aus einem Dauerschuldverhältnis *Insolvenzforderungen* geltend gemacht werden können. Damit modifiziert die Bestimmung den (impliziten) Grundsatz (vgl. Art. 206 Abs. 1 und 2, Art. 208 Abs. 1 SchKG), wonach nur solche Forderungen Insolvenzforderungen sind, welche *vor* Insolvenzeröffnung entstanden sind. Es handelt sich um eine *insolvenzrechtliche Norm*. Die darzulegenden Regeln gelten sowohl für Drittklass- als auch für *privilegierte* Forderungen.

³⁶ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 30. August 2012 über die Insolvenz von Banken und Effekthändler (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA; SR 952.05).

³⁷ Vgl. V.

³⁸ Anstatt aller: AMONN/WALTHER (FN 33), § 41 N 24–26.

³⁹ Vgl. III.A., IV.A., V.A.

Ob die Gegenpartei ihre Leistung noch erbringen muss und ob die *Austausch- oder die Differenztheorie* zur Anwendung kommt, ist und bleibt eine Frage des materiellen Rechts. Das Vollstreckungsrecht sagt dazu nichts. Diese Fragen werden bewusst der Praxis überlassen.⁴⁰

B. Dauer

1. Allgemeines

In der Praxis ist es häufig der Fall, dass keine Partei das Dauerschuldverhältnis kündigt und auch kein Vertrags- eintritt erfolgt.⁴¹ Das Dauerschuldverhältnis «verhungert», ohne dass es zivilrechtlich beendet wird.⁴²

Das *frühere Recht* enthielt keine ausdrückliche Regelung. Die ungeschriebene Regel lautete, dass (vorbehältlich ausdrücklicher gesetzlicher Ausnahmen) nur Forderungen, welche vor Konkurs entstanden waren, als Konkursforderung galten.⁴³ Damit waren Forderungen aus ungekündigten Dauerschuldverhältnissen ab Konkursöffnung keine Konkursforderungen. In der Praxis bestand – mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung – eine grosse *Uneinheitlichkeit* und *Rechtsunsicherheit*, wie solche nach Konkurs entstandenen Forderungen zu behandeln sind.⁴⁴

Art. 211a Abs. 1 SchKG regelt nun, für welche Dauer während der Insolvenz entstandene Forderungen zu berücksichtigen sind, nämlich entweder bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin (bei unbefristeten Verträgen) oder bis zum Ende der festen Vertragsdauer (bei befristeten Verträgen). Damit wird für die Praxis Rechtssicherheit geschaffen.⁴⁵

⁴⁰ Expertenbericht II, 20; Begleitbericht, 19.

⁴¹ KUKO SchKG-BÜRGI (FN 6), Art. 211a N 30.

⁴² Vgl. II.B.4.

⁴³ BGE 124 III 41 E. 2a/b; 121 III 382 E. 4; 93 III 55 E. 1; 79 III 128 ff.; 72 III 83 E. 3.

⁴⁴ Expertenbericht II, 19 f.; Begleitbericht, 8, 19; BBl 2010 6473; Votum Bundesrätin Sommaruga, AB 2013 N 603; Votum Vogler, AB 2013 N 603; WEYDMANN (FN 11), 36 ff.; STAEHELIN (FN 11), AJP 2004, 376 f.; MARK A. REUTTER, Urheberrechte und Urheberrechtsverträge in der Zwangsvollstreckung, in: Magda Streuli-Youssef (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht*, Zürich 2006, 331 ff., 383 ff.; IANNI (FN 11), 23 f., 38 f.; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 19; PATRICK KEINERT, *Vertragsbeendigung in der Insolvenz*, Tübingen 2018 (zit. KEINERT, *Vertragsbeendigung*), 54; DERS., National Report for Switzerland, in: Jason Chuah/Eugenio Vaccari (Hrsg.), *Executory Contracts in Insolvency Law*, Cheltenham (England) 2019 (zit. KEINERT, Report), Ziff. 22.33.

⁴⁵ Votum Bundesrätin Sommaruga, AB 2013 N 603; THOMAS REBSAMEN, Immobilienmiete im revidierten SchKG, SJZ 2014, 149 ff., 151 f.; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 872; KEINERT, Report (FN 44), Ziff. 22.34; CJ GE, DCSO/117/17, 16.3.2017, E. 4.3.

Die Norm beschlägt nur die Konstellation des «*verhungerten*» Dauerschuldverhältnisses. Sie findet jedoch insofern analog Anwendung, als von einer der Parteien eine ordentliche Kündigung ausgesprochen wird sowie im Fall einer ausserordentlichen Kündigung in Bezug auf die bis zur Wirksamkeit der Kündigung entstandenen Forderungen.

2. Befristete Dauerschuldverhältnisse

Unproblematisch und klar ist die Rechtslage für befristete Verträge. Bei diesen kann von der Insolvenzeröffnung bis zum Ende der festen Vertragsdauer eine Forderung geltend gemacht werden.⁴⁶

Wenn die Gegenpartei *nach* Insolvenzeröffnung ein gesetzliches oder vertragliches ausserordentliches *Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht effektiv ausübt* (was Art. 211a Abs. 1 SchKG nicht untersagt), dann bemisst sich nach materiellem Recht, welche Ansprüche ihr zustehen; in der Regel wird ihr kein Schadenersatzanspruch zustehen.⁴⁷ Für die Zeit bis zur Wirksamkeit ihrer Kündigung kann sie Forderungen i.S.v. Abs. 1 geltend machen. In quantitativer Hinsicht können die zulässigen Insolvenzforderungen zufolge einer ausserordentlichen Kündigung nicht höher sein als für die Restdauer bis zum regulären Ende der festen Vertragszeit.

3. Unbefristete Dauerschuldverhältnisse

a. Zeitlicher Umfang

Weniger klar ist, was in Bezug auf unbefristete Verträge mit «bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin» gemeint ist. Massgeblich ist der *ordentliche* vertragliche Kündigungstermin⁴⁸ bzw., wenn vertraglich keine Abrede getroffen worden ist, der ordentliche gesetzliche Kündigungstermin.⁴⁹

Damit wird einzig in insolvenzrechtlicher Hinsicht die zeitliche Dauer bestimmt, für welche im Insolvenzverfahren Insolvenzforderungen geltend gemacht werden können. Es treten keine materiellrechtlichen Wirkungen ein. Das Dauerschuldverhältnis wird nicht etwa aus vollstre-

⁴⁶ Zu den Einschränkungen vgl. III.C.1., III.C.2.

⁴⁷ STAEHELIN (FN 9), 111; STAEHELIN (FN 11), AJP 2004, 374; FISCHER (FN 13), 222 f.; BGE 64 II 268.

⁴⁸ IANNI (FN 11), 27; AppGer BS, ZB.2018.39, 17.12.2019, E. 3.3; CJ GE, DCSO/117/17, 16.3.2017, E. 4.3.

⁴⁹ STAEHELIN (FN 9), 111; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 18; a.M. IANNI (FN 11), 137 f. für das Arbeitsverhältnis, wonach der frühere Termin massgeblich sein soll.

ckungsrechtlichen Gründen (fiktiv) aufgelöst.⁵⁰ Auch für den Fall, dass die Konkursverwaltung nicht in den Vertrag (gemäss Abs. 2) eintritt, wird nicht «vermutet», dass der Vertrag ordentlich aufgelöst wird.⁵¹ Einzig für die Frage, für welche Dauer Konkursforderungen geltend gemacht werden können, wird auf den Zeitpunkt abgestellt, *wie wenn* das Dauerschuldverhältnis sofort nach Insolvenzeröffnung (*hypothetisch*) und auf den nächsten möglichen Termin *ordentlich gekündigt* worden wäre.⁵² Aus diesem Grund muss die Konkursverwaltung selbst nicht (ordentlich) kündigen, da sie dadurch die Insolvenzforderung der Gegenpartei nicht reduzieren kann.⁵³

Die Dauer i.S.v. Art. 211a Abs. 1 SchKG bestimmt sich *abstrakt* per Insolvenzeröffnung und unabhängig davon, ob für eine bestimmte Zeit zunächst ein Vertragseintritt der Masse (i.S.v. Abs. 2) stattfindet. Wenn also etwa im Januar die Insolvenz eröffnet wird und der Vertrag eine dreimonatige Kündigungsfrist mit Kündigungsterminen per Ende März und Ende September vorsieht, so kann der Vermieter längstens bis im September Konkursforderungen stellen. Findet von Januar bis März ein Vertragseintritt der Masse statt, dann liegen für diese Zeit Masseverbindlichkeiten vor, so dass sich die Konkursforderungen auf die Zeit von April bis September reduzieren.⁵⁴

Da nur auf eine *hypothetische* Kündigungsmöglichkeit abgestellt wird, keine effektive Kündigung erfolgt und auch keine Kündigung der Masse fingiert wird, finden *gesetzliche Beschränkungen der Kündigung bzw. Kündigungsschutzbestimmungen* (wie sie etwa das Mietrecht in Art. 270e, Art. 271 ff., Art. 272 ff. OR oder das Arbeitsrecht in Art. 336 bis Art. 336d OR vorsieht) keine Anwendung.⁵⁵

Das materielle Recht gewährt der aufrechtstehenden Gegenpartei je nach Vertrag ein *ausserordentliches Kündigungs- oder Rücktrittsrecht* zufolge Insolvenz des

Vertragspartners.⁵⁶ Sodann kann vertraglich bei Insolvenzeröffnung ein ausserordentliches Kündigungsrecht vorgesehen werden. Dies hat m.E. *keine Auswirkungen* auf die Dauer, für welche die Gegenpartei Insolvenzforderungen geltend machen kann. Massgeblich ist einzig der nächste ordentliche Kündigungstermin.

Wenn dagegen die Gegenpartei nach Insolvenzeröffnung ein gesetzliches oder vertragliches ausserordentliches *Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht effektiv ausübt* (was Art. 211a Abs. 1 SchKG nicht untersagt), dann bemisst sich nach materiellem Recht, welche Ansprüche ihr zustehen; in der Regel wird ihr kein Schadenersatzanspruch zustehen.⁵⁷ Für die Zeit bis zur Wirksamkeit ihrer Kündigung kann sie Forderungen i.S.v. Abs. 1 geltend machen.

Für die *Zeit nach dem Endtermin* gemäss Art. 211a Abs. 1 SchKG können keinerlei Insolvenzforderungen geltend gemacht werden.⁵⁸ Solche wären bei der Kollokation abzuweisen. Eine *Ausnahme* gilt m.E. einzig für *Mietzinsforderungen* des Vermieters von Geschäftsräumen (im Konkurs des Mieters), sofern und soweit die *Deckung durch das Retentionsrecht* (Art. 268 Abs. 1 OR; sechs Monate in die Zukunft) zeitlich weiter reicht als der Termin gemäss Art. 211a Abs. 1 SchKG; in diesem Fall geht m.E. *Art. 268 OR* als *lex specialis* vor.⁵⁹

b. Keine Geltung für den Darlehenszins

Der Darlehensvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis,⁶⁰ das heisst, die Anwendung von Art. 211a Abs. 1 SchKG auf den Darlehensvertrag würde bedeuten, dass für eine gewisse Zeit nach Insolvenzeröffnung Darlehenszinsen als Insolvenzforderung geltend gemacht werden könnten.⁶¹ Dem ist jedoch nicht so. In welchem Umfang Zinsen in der Insolvenz geltend gemacht werden können, wird abschliessend von *Art. 209 SchKG* geregelt. Insofern geht

⁵⁰ BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 23; diesbezüglich unzutreffend: Votum Bundesrätin Sommaruga, AB 2013 N 603.

⁵¹ So aber SANDRA EBERLE/STEPHAN C. BRUNNER, Die wichtigsten im Jahr 2014 in Kraft tretenden Erlasse des Bundes: ein Überblick, Anwaltsrevue 2013, 463 ff., 463. Diese Ansicht basiert wohl auf einem Missverständnis in Bezug auf die Bedeutung von Art. 211a Abs. 1 und 2 SchKG.

⁵² CJ GE, DCSO/117/17, 16.3.2017, E. 4.3.

⁵³ LORANDI (FN 6), AJP 2014, 299; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 22.

⁵⁴ IANNI (FN 11), 35, 139; a.M. REBSAMEN (FN 45), 153, welcher die Konkursforderungen bis März des Folgejahres verlängern will.

⁵⁵ A.M. ROLAND BACHMANN, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2018, N 18.116.

⁵⁶ Vgl. II.B.2.b. Vgl. zu einer Vielzahl von Vertragsverhältnissen ROBERT-TISSOT (FN 13), N 1070 ff. m.w.H.

⁵⁷ STAEHELIN (FN 9), 111; STAEHELIN (FN 11), AJP 2004, 374, FISCHER (FN 13), 222 f.; BGE 64 II 268.

⁵⁸ CJ GE, DCSO/117/17, 16.3.2017, E. 4.3.

⁵⁹ Zur Ausdehnung der Insolvenzforderungen des Vermieters (bei Bestehen eines Retentionsrechts) im Konkurs des Vermieters nach früherem Recht (d.h. vor 1. Januar 2014) vgl. BGE 124 III 41 E. 2, 3; 104 III 84 E. 4; BGer, 5C.97/2006, 30.6.2006, E. 2.2.

⁶⁰ Vgl. II.A.

⁶¹ Vgl. DAVID BORER/THOMAS MÜLLER, Vertragsauflösung in der Insolvenz, Besprechung des Urteils Az. IX ZR 169/11 des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) vom 15. November 2012, GesKR 2014, 77 ff., 81, Fn 32.

diese Norm Art. 211a Abs. 1 SchKG in Bezug auf Zinsforderungen als *lex specialis* vor.⁶²

c. Geltung für privilegierte und Drittklassforderungen

Die dargelegten Grundsätze gelten nicht nur in Bezug auf Drittklass-, sondern auch in Bezug auf Erstklassforderungen der *Arbeitnehmer* (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a und lit. a^{bis} SchKG). Für das Privileg statuiert das Gesetz (ausgehend von einem Zeitpunkt vor Konkurseröffnung) Vorwärtsfristen, so dass auch Forderungen nach Konkurseröffnung privilegiert sind.⁶³

Anders verhält es sich dagegen für die *Unterhalts- und Unterstützungsansprüche* (gemäss Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. c SchKG) und zwar aus zwei Gründen. Zum einen statuiert das Gesetz eine von der Insolvenzeröffnung berechnete Rückwärtsfrist,⁶⁴ so dass sich das Privileg nur auf Forderungen bezieht, welche *bis* zur Insolvenzeröffnung entstanden sind. Zum anderen werden solche Statusverhältnisse ab Insolvenzeröffnung aufgrund deren Natur *von Gesetzes wegen* mit dem Schuldner persönlich fortgeführt (i.S.v. Art. 211a Abs. 3 SchKG), so dass sich Forderungen nach Insolvenzeröffnung einzig gegen den Schuldner richten und keine Insolvenzforderungen darstellen können.⁶⁵

C. Umfang

Quantitativ kann in zweierlei Hinsicht eine Forderungsreduktion erfolgen.

1. Vorteilsanrechnung

Die Vorteilsanrechnung ist ein *Prinzip des schweizerischen Privatrechts*^{66,67} bzw. ein anerkannter Grundsatz des schweizerischen Schadenersatzrechts.⁶⁸ Es besagt,

dass zur Vermeidung einer Bereicherung des Geschädigten eine Anrechnung von Vorteilen stattzufinden hat. Dafür wird einzig vorausgesetzt, dass ein Nachteil und ein Vorteil begründet wurden und dass diese in einem inneren Zusammenhang stehen.⁶⁹

Im Zusammenhang mit Ansprüchen aus Dauerschuldverhältnissen in der Insolvenz bedeutet dies, dass sich der Vertragspartner *allfällige Vorteile anrechnen lassen muss*, die er für die Dauer erlangt hat, für welche er Forderungen als Konkursforderungen geltend machen kann (Art. 211a Abs. 1 Satz 2 SchKG).

Art. 211a Abs. 1 Satz 2 SchKG ist funktional eine *Verweisungsnorm*. Damit wird das zivilrechtliche Prinzip, was die Höhe von Insolvenzforderungen angeht, *umfassend* ins Vollstreckungsrecht übertragen. Die *Beweislast* für Bestand und Umfang des Vorteils trifft den Schuldner,⁷⁰ d.h. im vorliegenden Zusammenhang die Insolvenzmasse. Die *Voraussetzungen* der Vorteilsanrechnung bemessen sich nach den Grundsätzen des materiellen Rechts. Auch im insolvenzrechtlichen Konnex genügt ein *innerer Zusammenhang* zwischen Nach- und Vorteil.⁷¹ Dies setzt – soweit *Leistungen Dritter* den Vorteil begründen – voraus, dass diese ereignisbezogen, sachlich, zeitlich und personell *kongruent* sind.⁷² Entsprechend dem zivil-(haftpflicht-)rechtlichen Konzept der Vorteilsanrechnung muss sich die Vertragspartei im Grundsatz auch anrechnen lassen, was sie trotz zumutbarer Umstände absichtlich zu erwerben unterlassen hat (hypothetischer Vorteil).⁷³

Der Umstand, dass das Prinzip der Vorteilsanrechnung ins SchKG transponiert wird, hat verschiedene Implikationen:⁷⁴ Soweit schweizerisches materielles Recht auf das Dauerschuldverhältnis anwendbar ist, ist die Vorteilsanrechnung *zwingendes Recht*, so dass die Parteien vertraglich davon nicht abweichen können. Zudem findet das Prinzip nicht nur wie im Haftpflichtrecht

⁶² BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 34; so wohl auch BORER/MÜLLER (FN 61), GesKR 2014, welche jedoch (wohl irrtümlich) auf Art. 208 anstatt Art. 209 SchKG verweisen.

⁶³ BSK SchKG II-LORANDI (FN 33), Art. 219 N 188.

⁶⁴ BSK SchKG II-LORANDI (FN 33), Art. 219 N 252.

⁶⁵ Vgl. V.D.2.

⁶⁶ BBI 2010 6474; LORANDI (FN 6), AJP 2014, 299.

⁶⁷ Es findet (teilweise bzw. unter gewissen Voraussetzungen; BGer, 5A_522/2014, 16.12.2015, E. 5.3; 9C_712/2007, 5.2.2008, E. 4.2; 1E.8/2007, 28.4.2008, E. 10; 4C.275/2002, 5.12.2002, E. 2.2) auch im *öffentlichen Recht* Anwendung (BGE 134 III 489 E. 4.2; 131 II 458 E. 6; 126 III 41 E. 2; BGer, 4A_481/2009, 26.1.2010, E. 4.2.5; 1E.22/2007, 28.4.2008, E. 9; C 27/99, 12.7.2001, E. 3b; 2A.80/1999, 5.1.2000, E. 4c).

⁶⁸ ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61

OR, 4. A., Bern 2013, Art. 42 OR N 27; REBSAMEN (FN 45), 151, 153; BGE 85 IV 101 E. 2b; 71 II 86, 89.

⁶⁹ BGE 136 III 113 E. 3.1.1; 134 III 489 E. 4.2; 132 III 321 E. 2.2.1; 131 III 360 E. 6.1; 131 III 12 E. 7.1; 112 Ib 322 E. 5; 85 IV 101 E. 2b; 71 II 86 E. 4; BGer, 4A_76/2018, 8.10.2018, E. 3.5; 4A_436/2016, 7.2.2017, E. 5.2.3; 4A_101/2015, 21.7.2015, E. 5.2; 4A_99/2015, 21.7.2015, E. 5.2; 4A_310/2014, 10.10.2014, E. 4.4.2; 4A_106/2011, 30.8.2011, E. 5.5; 4C.62/2005, 1.11.2005, E. 5.1; 4C.324/2005, 5.1.2006, E. 3.4.

⁷⁰ BGer, 4A_70/2008, 12.8.2009, E. 5.4.

⁷¹ Vgl. vor FN 69.

⁷² BGE 131 III 12 E. 7.1; 126 III 41 E. 2; BGer, 4C.62/2005, 1.11.2005, E. 5.1.

⁷³ IANNI (FN 11), 140 ff. m.w.H. in Bezug auf den *Arbeitsvertrag*.

⁷⁴ Vgl. LORANDI (FN 6), AJP 2014, 299; vgl. III.D.

üblich auf Schadenersatzforderungen, sondern auch bzw. gerade auf vertragliche *Erfüllungsansprüche* Anwendung.

Wenn ein internationaler Sachverhalt vorliegt, kommt die Vorteilsanrechnung in der schweizerischen Insolvenz auch dann zum Tragen, wenn auf das Dauerschuldverhältnis in der Sache ausländisches Recht anwendbar ist. Die Vorteilsanrechnung ist damit als eine insolvenzrechtliche *loi d'application immédiate* zu qualifizieren.⁷⁵ Die sich daraus ergebenden Regeln sind bei der Kollokation zu berücksichtigen. Dies gilt m.E. auch dann, wenn über Bestand und Umfang der Forderung ein rechtskräftiges (in- oder ausländisches) Urteil (aus der Zeit vor der Insolvenz) vorliegt.⁷⁶ Sodann richtet sich im internationalen Verhältnis (auch wenn der Vertrag ausländischem Recht unterliegt) nach schweizerischem Rechtsverständnis, ob es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt (sog. Qualifikationsfrage).

2. Abdiskontierung

Forderungen, die bei Konkurseröffnung (zwar entstanden, aber) noch nicht fällig waren, können im Konkurs geltend gemacht werden, sind aber mit 5% abzudiskontieren (Art. 208 Abs. 2 SchKG). Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen werden nicht nur erst später fällig, sie entstehen im Zeitablauf immer neu,⁷⁷ was auch für die Zeit nach der Insolvenzeröffnung gilt. Soweit nach der Insolvenz entstandene Forderungen (zufolge Art. 211a Abs. 1 SchKG) als Insolvenzforderungen gelten,⁷⁸ sind sie in analoger Anwendung von Art. 208 Abs. 2 SchKG entsprechend abzudiskontieren.

D. Geltendmachung und Kollokation

Die Insolvenzforderungen gemäss Art. 211a Abs. 1 SchKG sind wie alle anderen Forderungen im Insolvenz-

verfahren *zur Anmeldung zu bringen* (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2, Art. 300 SchKG),⁷⁹ was bis zum Schluss des Verfahrens erfolgen kann (Art. 251 Abs. 1, Art. 321 Abs. 2 SchKG). Die Ansprüche müssen somit im Verfahren nicht schon bis zu dem Zeitpunkt angemeldet werden, bis zu welchem Ansprüche gestellt werden können.⁸⁰

Wenn im Zeitpunkt der Kollokation die Dauer, für welche die Gegenpartei Insolvenzforderungen geltend machen kann (Art. 211a Abs. 1 SchKG), noch nicht abgelaufen ist, kann der (Netto-)Umfang der Forderung zufolge der Vorteilsanrechnung noch nicht abschliessend beurteilt werden. Insofern ist die Insolvenzforderung bei der Kollokation als aufschiebend bedingt (i.S.v. Art. 210 Abs. 1 SchKG) zu behandeln (wie dies auch für durch Debitorzession gesicherte Forderungen der Fall ist;⁸¹ vgl. auch Art. 61 KOV, der auf alle Fälle von Drittsicherheiten anwendbar ist⁸²).⁸³ Damit ist bei der Kollokation der *Vorbehalt* anzubringen, dass sich der Gläubiger die Vorteile anzurechnen und er darüber mit der Masse abzurechnen hat sowie dass er bei der Verteilung nur mit dem effektiven Ausfall⁸⁴ (d.h. nach Abzug aller Vorteile) berücksichtigt wird.⁸⁵

E. Folgen für Privatpersonen als Gemeinschaftschuldner

1. Das Problem des «Forderungsüberhangs»

Art. 211 sowie Art. 211a Abs. 1 und 2 SchKG regeln nur die Folgen für die Masse. Art. 211a Abs. 3 SchKG regelt für den Gemeinschaftschuldner selbst nur den Fall der gewollten Weiterführung des Dauerschuldverhältnisses. Gesetz-

⁷⁵ Vgl. Expertenbericht II, 20; Begleitbericht, 19; BBl 2010 6474, wonach die Regelung eigentlich ins IPRG gehört hätte, im Sachzusammenhang des SchKG aber leichter auffindbar und besser verständlich ist; IANNI (FN 11), 139; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 20.

⁷⁶ Es verhält sich insofern analog dem Fall, da Forderungen aus anerkennungsfähigen ausländischen Urteilen bei der Kollokation auf deren Einklang mit den Bestimmungen über die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG) oder auf andere schweizerische insolvenzrechtliche Restriktionen überprüft werden können und müssen (vgl. CR LDIP/CL-UCHER, Art. 22 CL N 95 m.w.H., in: Andreas Bucher [Hrsg.], *Loi fédérale sur le droit international privé [LDIP]/Convention de Lugano [CL]*, Commentaire Romand, Basel 2011).

⁷⁷ Vgl. II.A.

⁷⁸ Vgl. III.

⁷⁹ IANNI (FN 11), 137.

⁸⁰ IANNI (FN 11), 137.

⁸¹ BSK SchKG II-SCHWOB (FN 33), Art. 210 N 3; BSK SchKG II-HIERHOLZER (FN 33), Art. 247 N 84; THOMAS SPRECHER, *Bedingte Forderungen in der Zwangsvollstreckung*, ZZZ 2007, 23 ff., 35; BGE 59 III 87, 89 f.; 55 III 80 E. a; BJM 1971, 24 ff., 29; SJZ 1957, 104.

⁸² DOMINIK MILANI/MARC WOHLGEMUTH, *Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV)*, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 61 N 6.

⁸³ BGE 124 III 41 E. 2c; 104 III 84 E. 4; vgl. auch Gesellschaft der Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich (GNS) (Hrsg.), *Muster-Kollokationsplan, Darstellung für den Praktiker*, 3. A., Zürich 2007 (zit. GNS, *Muster-Kollokationsplan*), Ziff. 8.4.2.3.

⁸⁴ Vgl. auch BGE 39 I 662, 666 f., wonach Forderungsreduktionen nach Rechtskraft des Kollokationsplanes beim Aufstellen der Verteilungsliste zu berücksichtigen sind.

⁸⁵ BGE 55 III 80 E. a; GNS, *Muster-Kollokationsplan* (FN 83), Ziff. 8.11.7.1, Forderung Nr. 27/Kollokationsverfügung Nr. 14, Forderung Nr. 41/Kollokationsverfügung Nr. 20, Forderung Nr. 42/Kollokationsverfügung Nr. 21; Forderung Nr. 43/Kollokationsverfügung Nr. 22, Forderung Nr. 53/Kollokationsverfügung Nr. 27.

lich *nicht* geregelt ist, wie es sich verhält, wenn der Gemeinschuldner den Vertrag nicht (i.S.v. Art. 211a Abs. 3 SchKG) weiterführt, dem Gläubiger aber aus einem nicht beendeten Dauerschuldverhältnis mehr Ansprüche zustehen, als er in der Insolvenz (gemäss Art. 211a Abs. 1 SchKG) geltend machen kann («Forderungsüberhang»). Dies gilt namentlich für *unbefristete Verträge*, welche *weder von Gesetzes wegen noch von Seiten einer Partei beendet werden*.

Vorab ist festzuhalten, dass, soweit ein Gläubiger Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen in der Insolvenz (im Umfang von Art. 211a Abs. 1 SchKG) geltend machen kann, er den Gemeinschuldner selbst *nicht* (zusätzlich und separat) belangen kann. Dies gilt unabhängig davon, ob der Gläubiger Forderungen in der Insolvenz eingibt oder nicht und unabhängig davon, inwiefern er in der Insolvenz tatsächlich befriedigt wird; für den Ausfall erhält er einen Konkursverlustschein (Art. 265 SchKG). Soweit *Insolvenzforderungen* gegeben sind, sind diese abschliessend und *ausschliesslich im Insolvenzverfahren geltend zu machen*. Dies ergibt sich aus dem System des SchKG.

2. Lücke an der tektonischen Bruchstelle zwischen Zivil- und Vollstreckungsrecht

Ob der Schuldner für einen «Forderungsüberhang» haftet, ist vorab eine Frage des Zivilrechts. Sofern das Dauerschuldverhältnis nicht ex lege endet oder von einer Partei beendet wird, überdauert es zivilrechtlich die Insolvenz bzw. das Insolvenzverfahren. Wie gesehen impliziert bzw. präsumiert Art. 211a Abs. 1 SchKG keine Kündigung bzw. Beendigung des Vertrages.⁸⁶

Es entstehen damit auch weiterhin mit Zeitablauf neue Forderungen. Soweit diese Forderungen (zeitlich) über das hinausgehen, was gemäss Art. 211a Abs. 1 SchKG in der Insolvenz geltend gemacht werden kann (eben «Forderungsüberhänge» darstellen), könnten sie sich logisch nur gegen den Gemeinschuldner (und nicht gegen die Masse) richten.⁸⁷ Der (privatrechtliche) Grundsatz der Vorteilsanrechnung kommt zwar zur Anwendung.⁸⁸ Dessen ungeachtet kann es jedoch (bei «verhungerten» unbefristeten und ungekündigten Verträgen) vorkommen, dass dem Gläubiger «Forderungsüberhänge» zivilrechtlich zustehen.⁸⁹

Damit entsteht eine «tektonische» Bruchstelle an der Grenze zwischen Zivil- und Vollstreckungsrecht. Diese ist m.E. im folgenden Sinne zu lösen: Dem Konzept des Konkurses über natürliche Personen liegt die Überlegung zugrunde, dass ein Schuldner in Bezug auf sein Leben vor Konkurs («Leben A») insofern Tabula rasa machen können soll, als alles aus diesem «Leben A» in den Konkurs fällt, und er ab Konkurseröffnung ein «Leben B» beginnen kann, auch wenn er für die ungedeckten (Konkursverlustschein-)Forderungen aus dem Leben A weiterhin belangt werden kann (Art. 265/265a SchKG).

Dauerschuldverhältnisse, welche über die Insolvenzeröffnung hinaus weiterbestehen, indem immer neue Forderungen entstehen, gefährden nun dieses Konzept, wenn man «Forderungsüberhänge» aus dem Leben A ohne jede Einschränkung im Leben B zulassen würde. Aufgrund dessen scheint es systemkonform, an der Bruchstelle, dem insolvenzrechtlichen Konzept den Vorrang zu geben. Weil der Abschluss der Dauerschuldverträge im Leben A erfolgte, sollen Ansprüche daraus (wenn auch in einem beschränkten Umfang) abschliessend im Insolvenzverfahren behandelt werden.⁹⁰ Der *Gemeinschuldner selbst soll aber von Forderungsüberhängen verschon bleiben*. Insofern schliesst das Insolvenzrecht weitergehende Forderungen aus und wirkt somit auf das Zivilrecht zurück.

Dieses Ergebnis scheint auch *wertungsmässig vertretbar*. Der Gegenpartei war spätestens ab Insolvenzeröffnung klar, dass der Gemeinschuldner das Dauerschuldverhältnis nicht fortsetzen konnte und wollte. Die Gegenpartei konnte nach dem *Vertrauensprinzip* (Erklärungen des Gemeinschuldners gemäss Art. 211a Abs. 3 SchKG vorbehalten) schlicht nicht davon ausgehen, der Gemeinschuldner wolle und könne den Vertrag trotz bzw. nach Insolvenz aufrechterhalten bzw. erfüllen. Der Umstand, dass keine Partei eine Kündigung aussprach, ist mehr ein *formaljuristischer Schönheitsfehler*, aus welchem die Gegenpartei nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) keinen Vorteil schlagen können soll.

3. Möglichkeiten des Gemeinschuldners

Da die Rechtslage nicht hinreichend geklärt ist, empfiehlt es sich für den *Gemeinschuldner*, Dauerschuldverhältnisse vorsichtshalber (ordentlich oder ausserordentlich) zu kündigen. Spätestens ab dem Zeitpunkt, da die Masse in das Vertragsverhältnis (gemäss Art. 211a Abs. 2 SchKG)

⁸⁶ Vgl. II.C., III.B.3.a.

⁸⁷ STAEHELIN (FN 11), AJP 2004, 377.

⁸⁸ Vgl. III.C.1.

⁸⁹ Soweit ersichtlich scheint es in der Praxis jedoch äusserst selten bis nie vorzukommen, dass Vertragspartner aus Dauerschuldverhältnissen für «Forderungsüberhänge» den Gemeinschuldner privat belangen, welche Frage sich notabene schon (bzw. a fortiori) vor Erlass von Art. 211a SchKG stellte.

⁹⁰ So auch MEIER/EXNER (FN 11), 115.

nicht eintreten will, muss dem Gemeinschuldner trotz Insolvenz die Befugnis zustehen, das Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht selbst auszuüben.

4. Gleiche Situation für juristische Personen bei einem Nachlassvertrag mit nur teilweiser Vermögensabtretung

Das zu den Privatpersonen als Gemeinschuldner Gesagte gilt mutatis mutandis auch für *juristische Personen* für den Fall eines *Nachlassvertrages mit nur teilweiser Vermögensabtretung* (Art. 317 Abs. 1 SchKG). Auch in diesem Fall «überlebt» die schuldnerische Gesellschaft die Insolvenz und sieht sich mit der Weitergeltung von Dauerschuldverhältnissen konfrontiert.

Demgegenüber verhält es sich anders, wenn eine juristische Person mit ihren Gläubigern einen ordentlichen Nachlassvertrag abschliesst.

IV. Partieller Vertragseintritt (Abs. 2)

A. Regelungsinhalt, Wesen und Einbettung

Abs. 2 regelt den Vertragseintritt bei Dauerschuldverhältnissen. Er präzisiert damit für Dauerschuldverhältnisse die allgemeine Regel von Art. 211 Abs. 2 SchKG.⁹¹ Demgemäss ist der partielle Vertragseintritt (i.S.v. Art. 211a Abs. 2 SchKG) wesensmässig nichts anderes als ein «Vertragseintritt» gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG.⁹² Der Vertragseintritt ist ein einseitiges⁹³ (Wahl-)Recht,⁹⁴ welches nach Ermessen ausgeübt werden kann,⁹⁵ und keine Pflicht der Insolvenzmasse.⁹⁶ Der Umstand, dass der Eintritt gewisse Bedingungen erfüllen muss (wie etwa die Leistung einer Sicherheit, wenn die Gegenpartei eine solche verlangt), ändert daran nichts. Es handelt sich – wie in Bezug

auf Art. 211 Abs. 2 SchKG⁹⁷ – um eine Norm des Insolvenz- und nicht des materiellen Rechts.

Das Eintrittsrecht der Masse gilt unabhängig davon, ob die Verpflichtung des Gemeinschuldners eine Geldzahlungs- oder eine Realleistungspflicht zum Gegenstand hat.⁹⁸

B. Ausschluss

Das Eintrittsrecht (i.S.v. Art. 211 Abs. 2 SchKG) wird durch dessen Abs. 2^{bis} ausgeschlossen für die dort genannten Geschäfte, wozu auch Ansprüche aus *Swapgeschäften* gehören. Solche gelten als Dauerschuldverhältnisse,⁹⁹ weshalb in Bezug auf diese ein Eintritt gemäss Art. 211a Abs. 2 SchKG ausgeschlossen ist; solche Geschäfte werden von Gesetzes wegen liquidiert und saldiert. Ausgeschlossen ist ein Vertragseintritt auch, *wenn der Vertrag schon von Gesetzes wegen beendet wurde oder ausgelaufen ist*. Schliesslich scheidet ein Eintritt auch aus, wenn der *Gemeinschuldner persönlich erfüllen muss* (weil es auf seine Person ankommt; Art. 68 OR).¹⁰⁰ Dies ist namentlich bei Statusverhältnissen der Fall, welche ex lege ab Insolvenzeröffnung in der Person des Schuldners fortgesetzt werden müssen.¹⁰¹

⁹¹ BBI 2010 6473.

⁹² BBI 2010 6473; STAEHELIN (FN 9), 108; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 11; LORANDI (FN 6), AJP 2014, 298.

⁹³ WEYDMANN (FN 11), 39.

⁹⁴ A.M. BGE 115 III 65 E. 3a.

⁹⁵ BGE 105 III 11 E. 3.

⁹⁶ In Bezug auf Art. 211 Abs. 2 SchKG: ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechtes, Bern 1911, 655 ff.; EMILE TAILLENS, Des effets de la faillite sur les contrats du débiteur, Diss. Lausanne 1950, N 75 ff.; ROLF PETER, Zweiseitige Verträge im Konkurs, Diss. Zürich 1955, 20; WEYDMANN (FN 11), 38; KREN (FN 11), 96 f.; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 803; CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 16, N 30; IANNI (FN 11), 20; BGER, 4A_203/2018, 5.11.2018, E. 2.4.1; 5A_640/2015, 24.11.2005, E. 1.1; 4A_630/2010, 27.1.2011, E. 3.2.1; 4C.239/2006, 5.10.2006, E. 2.2; 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.2.

⁹⁷ WEYDMANN (FN 11), 26; KREN (FN 11), 106; MARTIN PLENIO, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs, Diss. St. Gallen 2003, 193 f.; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 808; REUTTER (FN 44), 355; FISCHER (FN 13), 155; IANNI (FN 11), 41; BORER/MÜLLER (FN 61), GesKR 2014, 80; KEINERT, Vertragsbeendigung (FN 44), 99; BGE 104 III 84 E. 3b; BGER, 5A_823/2015, 23.3.2017, E. 5.1; 5C.97/2006, 30.6.2006, E. 2.3.3.

⁹⁸ PETER (FN 96), 20; DANIEL HUNKELER, Wirkungen der Konkursöffnung auf zweiseitige Verträge, insbesondere auf Werkverträge (ausgewählte Einzelfragen), Jusletter vom 28. Oktober 2002 (zit. Wirkungen), Rz. 13; MEIER/EXNER (FN 11), 91; BGE 104 III 84 E. 3a; OGer ZH, NE140009, 7.9.2015, E. 3.6.1; OGer ZH, NE140005, 10.8.2017, E. V.4.e/dd.

⁹⁹ ALEXANDER WHERLOCK, Close-out-Netting in der Bankensanierung, Diss. Zürich 2019, 22; MICHAEL LORETAN, Der Swapvertrag, Phänomenologische und vertragsrechtliche Aspekte des Swapvertrages, Diss. Zürich 1996, 94; URS PULVER, Derivatgeschäfte als Rechtsgeschäfte (Unter Einschluss von E-Art. 211 Abs. 2^{bis} SchKG), in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1996, 63 ff., 75; DIETER ZOBL/THOMAS WERLEN, 1992 ISDA-Master Agreement, Unter besonderer Berücksichtigung der Swapgeschäfte, Zürich 1995, 52 f.

¹⁰⁰ BLUMENSTEIN (FN 96), 657; TAILLENS (FN 96), N 87 Ziff. 6; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. A., Basel 2012, N 1745.

¹⁰¹ Vgl. V.D.2.

C. Partieller oder selektiver Eintritt

Während in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse für die Nachlassstundung schon immer ein sog. partieller Vertragseintritt gemäss Art. 310 Abs. 2 SchKG zulässig war, war es im Konkurs umstritten, ob dies gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG ebenfalls möglich ist.¹⁰² Diese Kontroverse wurde mit Einführung von Art. 211a Abs. 2 SchKG dergestalt behoben, dass ein Eintritt auch im Konkurs nur teilweise möglich ist («soweit»)¹⁰³ Diese Bestimmung beschlägt *vorbestehende*¹⁰⁴ Dauerschuldverhältnisse.

Für einen Vertragseintritt gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG gilt, dass die Masse in den Vertrag nur so eintreten kann, wie dieser ist.¹⁰⁵ Anders verhält es sich in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse. Diesbezüglich ist gemäss Art. 211a Abs. 2 SchKG neu auch ein sog. *partieller Vertragseintritt* möglich:¹⁰⁶ Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen gelten nur für diejenige Dauer und in dem sachlichen Umfang als Masseverbindlichkeiten, für welche die Masse Leistungen aus dem Vertrag in Anspruch genommen hat.

1. Sachlich partieller Eintritt

Der Eintritt kann sachlich beschränkt erfolgen,¹⁰⁷ indem z.B. bei einem Mietvertrag über zwei Stockwerke nur eines weiterverwendet wird. Da der Vertragseintritt kein privatrechtliches Institut ist, kommt es m.E. nicht darauf an, ob das Objekt im eigentlichen (technischen) Sinn teilbar (i.S.v. Art. 70 OR) ist.¹⁰⁸

Dagegen wird bei einer (sachlich) bloss teilweisen Inanspruchnahme (analog der Schadensminderungspflicht gemäss Art. 211a Abs. 1 SchKG) vorausgesetzt werden

müssen, dass der von der Masse *nicht in Anspruch genommene Teil für die Gegenpartei kommerziell nutzbar ist* (was etwa für ein einzelnes, nicht separat zugängliches Zimmer nicht gegeben wäre). Massgebend sind die tatsächlichen *Verhältnisse im Einzelfall*. Fehlt es an der kommerziellen Nutzbarkeit für die Gegenpartei, fallen auch in Bezug auf den effektiv nicht in Anspruch genommen Teil Masseverbindlichkeiten an.¹⁰⁹

2. Zeitlich partieller Eintritt

Der Eintritt kann auch in zeitlicher Hinsicht beschränkt sein,¹¹⁰ so dass beispielsweise ein Leasingfahrzeug noch während zwei Monaten benützt und anschliessend zurückgegeben wird. Für den *Beginn*, ab wann ein Vertragseintritt (und damit auch eine Masseverbindlichkeit) vorliegt, ist die *effektive Inanspruchnahme* der Gegenleistung durch die Masse und nicht etwa die frühere Insolvenzeröffnung massgeblich (sofern die Inanspruchnahme nicht mit der Konkurseröffnung zusammenfällt).¹¹¹ Die Materialien, welche auf die Insolvenzeröffnung abstellen,¹¹² sind diesbezüglich unpräzise und damit unzutreffend.

Schliesslich kann die partielle Inanspruchnahme auch *gleichzeitig* zeitlich und sachlich beschränkt sein.

Nur die Inanspruchnahme kann (sachlich und/oder zeitlich) partiell sein. Die Masse kann jedoch aufgrund des Eintrittsrechts *nicht die Vertragskonditionen* (wie Preis, Fälligkeit, Beendigungsmöglichkeiten etc.) einseitig *anpassen*. Dazu ist eine Vertragsänderung mit Zustimmung der Gegenpartei notwendig.

D. Eintrittserklärung/Inanspruchnahme

1. Natur der Eintrittserklärung

Ein Vertragseintritt findet nicht automatisch per Insolvenzeröffnung statt. Wie in Bezug auf Art. 211 Abs. 2 SchKG¹¹³ hat die Konkursverwaltung die Wahl, ob sie einen Eintritt erklären will oder nicht. In der Sache bedeutet der Eintritt, dass die Masse den Vertrag erfüllen will.¹¹⁴ Es braucht – wiederum wie in Bezug auf Art. 211 Abs. 2

¹⁰² BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 19; für einen Überblick über die in der Lehre vertretenen Auffassungen vgl. ROBERT-TISSOT (FN 13), N 846 f., N 852 ff.; FISCHER (FN 13), 170 ff.

¹⁰³ BBl 2010 6473.

¹⁰⁴ Wenn die Insolvenzverwaltung *nach* Insolvenzeröffnung ein *neues* Dauerschuldverhältnis eingeht, dann kommt Art. 211a Abs. 2 SchKG nicht zu Anwendung. *Sämtliche* Forderungen aus einem solchen Vertragsverhältnis stellen *Masseverbindlichkeiten* dar unabhängig davon, ob die Masse Leistungen in Anspruch nimmt oder nicht.

¹⁰⁵ PETER (FN 96), 25; WEYDMANN (FN 11), 35; KREN (FN 11), 95; PLENIO (FN 97), 47; BSK SchKG II-SCHWOB (FN 33), Art. 211 N 11; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 6), Art. 211 N 6.

¹⁰⁶ LORANDI (FN 35), 102; DERS. (FN 6), AJP 2014, 298; DANIEL STAEHELIN, Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, AJP 2013, 1735 ff., 1739; IANNI (FN 11), 22, 33 ff., 38; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 6), Art. 211a N 25.

¹⁰⁷ IANNI (FN 11), 38; POSSA/GASSER (FN 8), N 26.

¹⁰⁸ A.M. STAEHELIN (FN 9), 108; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 10.

¹⁰⁹ Vgl. REBSAMEN (FN 45), 152.

¹¹⁰ STAEHELIN (FN 9), 108; IANNI (FN 11), 38.

¹¹¹ STAEHELIN (FN 9), 108; LORANDI (FN 6), AJP 2014, 298; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 9.

¹¹² Expertenbericht II, 19; BBl 2010 6473.

¹¹³ CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 16; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 6), Art. 211 N 3.

¹¹⁴ Vgl. WEYDMANN (FN 11), 22.

SchKG¹¹⁵ – eine Willenserklärung der Masse.¹¹⁶ Der Eintritt ist eine einseitige, empfangsbedürftige *Willenserklärung* der Masse,¹¹⁷ wonach sie die Leistungen der Gegenseite weiterhin in Anspruch nimmt (Art. 211a Abs. 2 SchKG). Auch wenn diese Willenserklärung primär von vollstreckungsrechtlicher und nicht von privatrechtlicher Bedeutung ist,¹¹⁸ scheint es angezeigt und sinnvoll, die Regeln über den Vertragsschluss (Art. 1 ff. OR) weitgehend¹¹⁹ analog anzuwenden.¹²⁰

Wie in Bezug auf Art. 211 Abs. 2 SchKG¹²¹ stellt der *Entscheid der Konkursverwaltung*, in ein Dauerschuldverhältnis einzutreten oder dies nicht zu tun, *keine betreibungsrechtliche Verfügung* dar (welche das Vollstreckungsverfahren fortführt),¹²² so dass gegen einen solchen *Entscheid keine SchKG-Beschwerde geführt werden kann*.

Wirtschaftlich kann man den *Entscheid der Konkursverwaltung*, einen Vertrag erfüllen (und deshalb in diesen eintreten) zu wollen, zwar durchaus als eine Art *Verwertung i.w.S.* auffassen.¹²³ Formell betrachtet sind

die *Verwertungsarten i.e.S.* in Bezug auf Aktiven, welche einseitig von der Insolvenzverwaltung veräussert werden können, jedoch im Gesetz abschliessend geregelt (Steigerung, Freihandverkauf und Abtretung gemäss Art. 260 SchKG). Sowenig der *Entscheid der Konkursverwaltung*, eine Forderung der Masse klageweise bei Gericht geltend zu machen, ein *Verwertungsakt* (und damit eine *Verfügung*) darstellt, so wenig gilt dies für den *Entscheid*, einen vorbestehenden Vertrag zu erfüllen oder nicht zu erfüllen.

Da es sich bei der Erklärung um eine einseitige Willenserklärung der Masse handelt, braucht es *keine Zustimmung der Gegenpartei*.¹²⁴ Diese kann einzig insofern «opponieren», als sie Sicherstellung verlangen kann. Verlangt entweder die Gegenpartei keine solche Sicherheiten oder werden diese gefordert und gestellt, kann sie sich der Erfüllung durch die Masse nicht widersetzen.

2. Form

Der Eintritt kann – wie in Bezug auf Art. 211 Abs. 2 SchKG¹²⁵ – formfrei und damit mündlich oder schriftlich¹²⁶ sowie *ausdrücklich oder stillschweigend* (Art. 1 Abs. 2 OR analog) und damit auch *konkudent* erfolgen.¹²⁷ Letzteres ist der Fall, wenn die Konkursmasse die Leistungen aus dem Dauerschuldverhältnis in Anspruch nimmt (Art. 211a Abs. 2 SchKG) oder wenn sie die von der Gegenpartei verlangte Sicherheitsleistung¹²⁸ erbringt.¹²⁹ In Abwesenheit einer ausdrücklichen Äusserung

¹¹⁵ CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, Art. 211 SchKG N 4; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 6), Art. 211 N 4; WEYDMANN (FN 11), 30, 32; BGE 64 II 220 E. 3c; a.M. BGE 115 III 65 E. 3a; BGer, 4A_630/2010, 27.1.2011, E. 3.2.2; 4C.239/2006, 5.10.2006, E. 2.2; 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.2, wonach die Fortführung des Vertragsverhältnisses keiner Erklärung («déclaration») der Konkursverwaltung i.S.v. Art. 211 Abs. 2 SchKG erfordere, sondern es könne auch konkudentes Handeln erfolgen. Damit werden aber m.E. zwei Dinge miteinander vermischt, nämlich, ob es einer Erklärung bedarf und welche Form diese haben kann.

¹¹⁶ FISCHER (FN 13), 155.

¹¹⁷ PLENIO (FN 97), 43 f.; IANNI (FN 11), 26.

¹¹⁸ Vgl. IV.A.

¹¹⁹ Allfällige Formvorschriften über den Abschluss von Verträgen finden dagegen keine analoge Anwendung.

¹²⁰ Die privatrechtlichen Bestimmungen über Willenserklärungen finden in verschiedener Hinsicht auch im SchKG Anwendung: in Bezug auf eine «Abtretung» gemäss Art. 230a Abs. 1 SchKG (BGer, 5A_282/2013, 30.9.2013, E. 3.2), Abschluss eines *Freihandverkaufs* (BGE 131 III 280 E. 3.1, in: Pra 2006, Nr. 8; 131 III 237 E. 2.2; BGer, 5A_282/2013, 30.9.2013, E. 3.2; 5A_318/2011, 16.11.2011, E. 3.3; 7B.24/2006, 19.6.2006, E. 3.3; 7B.66/2003, 11.6.2003, E. 2.2; BISchK 2013, 205 ff., E. 12) sowie die Willenserklärungen bei einer *Abtretung gemäss Art. 260 SchKG* (BGer, 5A_843/2015, 6.2.2017, E. 4.1 [nicht publiziert in BGE 143 III 167]; 4A_381/2012, 8.11.2012, E. 2.3; 4C.165/2000, 23.10.2000, E. 4b, E. 4c; HGer ZH, HG110215, 27.4.2015, E. 1.2; HGer ZH, HG130071, 8.6.2015, E. 1.2.2).

¹²¹ GILLIÉRON (FN 100), N 1739; CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 30; REUTTER (FN 44), 368; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 808, N 844; IANNI (FN 11), 21, 27; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 6), Art. 211 N 5; MEIER/EXNER (FN 11), 91 f.; BGE 110 III 84, 85 f.; BGer, 5A_640/2015, 24.11.2005, E. 1.1; OGer BE, ABS 17 12, 20.3.2017, E. 15; a.M. PLENIO (FN 97), 71 ff.; BSK SchKG II-SCHWOB (FN 33), Art. 211 N 11.

¹²² OGer GL, OG.2013.00061, 9.3.2017, E. IV.B.6.d.

¹²³ So PLENIO (FN 97), 25 f., 72.

¹²⁴ In Bezug auf Art. 211 Abs. 2 SchKG: GILLIÉRON (FN 100), N 1745; PLENIO (FN 97), 44. Gemäss BGE 110 III 84, 86, ist es «zweifelhaft», ob sich die Gegenpartei dem Eintritt widersetzen kann.

¹²⁵ JAEGER (FN 115), Art. 211 SchKG N 4; PETER (FN 96), 21; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 844; REUTTER (FN 44), 356; CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 18, N 28; FISCHER (FN 13), 211 f. m.w.H.; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 6), Art. 211 N 4; IANNI (FN 11), 19, 21, 26; BGE 115 III 65 E. 3a; 107 III 106 E. 3c; 64 II 220 E. 3c, E. 4c; 24 I 348, 349; BGer, 4A_630/2010, 27.1.2011, E. 3.2.2; 4C.239/2006, 5.10.2006, E. 2.2; 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.2; OGer ZH, NE140009, 7.9.2015, E. 3.6.2.

¹²⁶ Art. 34 Abs. 1 SchKG, wonach (neben Verfügungen und Entscheidungen) auch Mitteilungen durch eingeschriebene Postsendung erfolgen, findet m.E. keine Anwendung, da es sich bei der Willenserklärung i.S.v. Art. 211 Abs. 2 bzw. Art. 211a Abs. 2 SchKG nicht um eine Mitteilung i.S.v. Art. 34 SchKG handelt. Zudem stellt Art. 34 SchKG nur eine Ordnungsvorschrift dar, so dass auch bei Nichteinhaltung keine Unwirksamkeit eintritt (BSK SchKG I-NORDMANN, Art. 34 N 7 m.w.H., in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010).

¹²⁷ LORANDI (FN 6), AJP 2014, 298; STAEHELIN (FN 9), 108; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 13.

¹²⁸ Vgl. IV.D.4.

¹²⁹ In Bezug auf Art. 211 Abs. 2 SchKG: PLENIO (FN 97), 193 f.; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 844; IANNI (FN 11), 26, 127; VÖGELI (FN 11), 96 f.; REBSAMEN (FN 45), 151; KUKO SchKG-BÜRGI

der Masse bemisst sich nach dem *Vertrauensprinzip*, ob ein Eintritt vorliegt oder nicht.¹³⁰ Der Eintritt kann auch *konkludent abgelehnt* werden. Dies ist in etwa der Fall, wenn der Anspruch der Gegenpartei als Konkursforderung kolloziert wird.¹³¹

Soweit die Inanspruchnahme ein *aktives Handeln* erfordert, wie dies etwa für die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern in den Räumlichkeiten des Gemeinschuldners oder für die Benützung von Mobilien (einschliesslich Fahrzeugen), bei der Miete, beim Leasing oder bei einer Lizenz eines Immaterialgüterrechts¹³² gilt, so begründet der blosser Besitz der Masse für sich allein noch keinen Vertragseintritt.

Heikler ist die Abgrenzung, wenn die Leistung der Gegenpartei eine *blosse Gebrauchsüberlassung* zum Gegenstand hat (wie dies etwa bei der Miete oder der Pacht von Räumlichkeiten der Fall ist) und *sich die Masse ab Insolvenzeröffnung* faktisch automatisch *dem Status quo ante* (d.h. vor Insolvenzeröffnung) *ausgesetzt sieht*, der nach einer gewissen Zeit als Inanspruchnahme gilt.¹³³

Die *blosse «Papiererklärung» der Masse*, sie trete nicht in den Vertrag ein (wie sie in der Praxis häufig erfolgt), taugt dann nicht, den Eintritt zu vermeiden, wenn das faktische Verhalten das Gegenteil zum Ausdruck bringt. In diesem Fall ist die Papiererklärung nach dem Vertrauensprinzip¹³⁴ widersprüchlich und unbeachtlich.¹³⁵ Damit muss innert Frist die Inanspruchnahme der Vertragsleistung effektiv beendet werden. Dies bedeutet etwa, dass innert der Frist z.B. *Mieträumlichkeiten* geräumt oder die dort befindlichen Objekte derelinquiert sein müssen. In Bezug auf *bewegliche Sachen* genügt es dagegen, dem Vermieter bzw. Leasinggeber die Rückgabe bzw. Abholung zu offerieren.¹³⁶

3. Zeitpunkt/Frist

In Bezug auf den Entscheid zum Vertragseintritt gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG (betreffend Zielschuldverhältnisse) besteht keine bestimmte Frist, welche die Konkurs-

verwaltung für ihren Entscheid beachten müsste.¹³⁷ Die wohl vorherrschende Meinung hält dafür, die Gegenpartei könne (analog Art. 107 OR) der Konkursverwaltung eine *angemessene Frist* ansetzen, um sich über die Wahl auszusprechen.¹³⁸

Bei Dauerschuldverhältnissen ist dies m.E. in vielen Fällen naturgemäss anders, weil eine effektive Inanspruchnahme nach einer gewissen Dauer als konkludenter Eintritt gilt. Vor Inkrafttreten von Art. 211a SchKG ging die Rechtsprechung für den *Mietvertrag* von einem konkludenten Vertragseintritt aus, wenn Mieträumlichkeiten nach Insolvenzeröffnung dergestalt weiterbenützt wurden, als die Mobilien in den Räumlichkeiten belassen wurden. Nur bei sofortiger («immédiate») Räumung der Räumlichkeiten wurde ein Vertragseintritt verneint.¹³⁹

Wendet man die zivilrechtlichen Regeln über Willenserklärungen bzw. den Vertragsschluss an,¹⁴⁰ so ergibt sich Folgendes: Im Grundsatz bedeutet Stillschweigen keine Zustimmung (Art. 6 OR analog). Wenn jedoch die Inanspruchnahme schon dem Status quo ante entspricht, so kann man nach der «Natur des Geschäfts» respektive des Vertrages bzw. nach den Umständen von einem stillschweigenden Vertragseintritt ausgehen, wenn nicht «*binnen angemessener Frist*» (Art. 6 OR) ein Nichteintritt erklärt bzw. herbeigeführt wird. Art. 6 OR ist Ausfluss des Vertrauensprinzips,¹⁴¹ welches auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist.¹⁴²

Im eigentlichen Anwendungsbereich von Art. 6 OR indiziert die «angemessene Frist» eine *grosszügige Fristbemessung*.¹⁴³ Meines Erachtens kann im vorliegenden Zusammenhang die Frist erst zu laufen beginnen, wenn die Konkursverwaltung Kenntnis sowohl vom Dauerschuldverhältnis als auch von der Inanspruchnahme hat. Wie es diese Kenntnis erlangt hat (durch Mitteilung der Gegenpartei, Information durch den Schuldner [Art. 222, Art. 229 SchKG] oder sonst), ist unerheblich. Die Ent-

(FN 6), Art. 211 N 7h; BGE 107 III 106 E. 3c; BGer, 4A_630/2010, 27.1.2011, E. 3.2.2; 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.2.

¹³⁰ In Bezug auf Art. 211 Abs. 2 SchKG: BGer, 4C.239/2006, 5.10.2006, E. 5.2.

¹³¹ In Bezug auf Art. 211 Abs. 2 SchKG: JAEGER (FN 115), Art. 211 SchKG N 4; BLUMENSTEIN (FN 96), 655, Fn 13; PETER (FN 96), 21; PLENIO (FN 97), 44 f.; BGE 24 I 348, 349.

¹³² Vgl. STAEHELIN (FN 9), 109 f.; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 16.

¹³³ Vgl. IV.D.3.

¹³⁴ Vgl. BGer, 4C.239/2006, 5.10.2006, E. 5.2.

¹³⁵ Vgl. auch BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 14.

¹³⁶ BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 14.

¹³⁷ AMONN/WALTHER (FN 33), § 42 N 35; CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 31; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 842.

¹³⁸ WEYDMANN (FN 11), 32 f.; TAILLENS (FN 96), N 142; GILLIÉRON (FN 12), Art. 211 SchKG N 16; CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 31; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 842, 845; PLENIO (FN 97), 45; FISCHER (FN 13), 211; KEINERT, Report (FN 44), Ziff. 22.36.

¹³⁹ BGer, 4A_630/2010, 27.1.2011, E. 3.2.2; 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.2; 4C.236/1995, 4.12.1995, E. 2a, in: MP 1996, 207 ff.

¹⁴⁰ Vgl. IV.D.1.

¹⁴¹ BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 6 N 5, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT).

¹⁴² Vgl. nach FN 147.

¹⁴³ BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 141), Art. 6 N 8.

scheidung, wie lange die Frist ist, ist ein *Ermessensentscheid im Einzelfall*.¹⁴⁴ Dabei sind in erster Linie objektive Gründe auf Seiten der Partei, welche die Erklärung abzugeben hat, fristverlängernd zu berücksichtigen.¹⁴⁵ Im eigentlichen Anwendungsbereich von Art. 6 OR besteht eine grosse Bandbreite, indem die Frist im kaufmännischen Verkehr je nach den Umständen wenige Stunden bis mehrere Wochen betragen kann.¹⁴⁶

Bei der analogen Anwendung der Regeln des OR im vorliegenden Zusammenhang ist den *Besonderheiten des Vertragseintritts Rechnung zu tragen*. Es liegt kein eigentliches Geschäft des kaufmännischen Verkehrs vor. Die Masse hat das Dauerschuldverhältnis und die passive Nutzung (ohne eigenes Zutun) zufolge Insolvenzeröffnung «geerbt». Der Konkursverwaltung ist m.E. die Zeit zu gewähren, sich einen Überblick über die Gesamtsituation zu verschaffen, die Alternativen zu prüfen und – je nach Situation – die geeigneten Dispositionen zu treffen.¹⁴⁷ Nach dem Vertrauensprinzip muss ihr die Zeit gewährt werden, welche für den Entscheid und anschliessend (bei zügiger Umsetzung) für die Beseitigung derjenigen Umstände, welche die Inanspruchnahme begründen, normalerweise notwendig ist.

Demzufolge ist m.E. als *Faustregel* (welche immer der konkreten Situation im Einzelfall anzupassen ist) von *einigen Wochen* auszugehen. Wenn es sich um gewerbliche Mieträumlichkeiten handelt, scheint eine «Regelfrist» (welche wohl den Verhältnissen in 80% der Fälle gerecht werden dürfte) zwischen *drei bis sechs Wochen* angemessen.¹⁴⁸ Ein sofortiges Handeln¹⁴⁹ (innert wenigen Tagen) ist m.E. nicht angemessen, trägt den Sachumständen auf Seiten der Masse in keiner Weise Rechnung und ist deshalb abzulehnen.

Erfolgt innert der «angemessenen Frist» kein Eintritt bzw. wird die *Inanspruchnahme* bis dann *effektiv beendet*, findet m.E. – auch für das Interregnum – kein Eintritt statt. Dauert dagegen die Inanspruchnahme nach Ablauf der «angemessenen Frist» fort, so liegt m.E. *rückwirkend* ab Fristbeginn ein Vertragseintritt vor (Art. 10 Abs. 2 OR analog).

4. Sicherheitsleistung

Gemäss Art. 211 Abs. 2 Satz 2 SchKG kann die Gegenpartei im Fall, da die Masse in den Vertrag eintritt bzw. eintreten will, verlangen, dass diese die Erfüllung sicherstellt.¹⁵⁰ Dabei handelt es sich nicht um eine Verpflichtung der Masse, sondern – sofern die Gegenpartei überhaupt eine Sicherstellung¹⁵¹ verlangt – um eine *Obliegenheit*, um den Vertragseintritt bewerkstelligen zu können.¹⁵² Eine Verpflichtung, Sicherheit zu leisten (welche als Masseverbindlichkeit gilt), besteht nur und erst dann, wenn die Masse dem Begehren der Gegenpartei um Sicherstellung zustimmt.

Da Art. 211a Abs. 2 SchKG in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse *lex specialis* zu Art. 211 Abs. 2 SchKG ist¹⁵³ und somit im Grundsatz denselben Prinzipien folgt, gilt das zu Art. 211 Abs. 2 SchKG Gesagte auch in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse.¹⁵⁴ Die Frist der Gegenpartei an die Masse, um Sicherheit zu leisten, muss angemessen sein.¹⁵⁵ Erfolgt ein nur partieller Eintritt, ist auch nur diesbezüglich Sicherstellung zu leisten.¹⁵⁶

¹⁴⁴ CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK-MÜLLER), Art. 6 OR N 59 m.w.H. So auch PLENIO (FN 97), 45.

¹⁴⁵ BK-MÜLLER (FN 144), Art. 6 OR N 62 m.w.H.

¹⁴⁶ BK-MÜLLER (FN 144), Art. 6 OR N 59 i.V.m. Art. 5 OR N 36.

¹⁴⁷ Vgl. auch WEYDMANN (FN 11), 32.

¹⁴⁸ IANNI (FN 11), 145 f., spricht in Bezug auf das Arbeitsverhältnis von *zwei bis vier Wochen*, innert welcher die Konkursverwaltung sich äussern (bzw. die Verträge kündigen) soll, wenn sie nicht in diese eintreten will. KEINERT, Vertragsbeendigung (FN 44), 56, und KEINERT, Report (FN 44), Ziff. 22.36, spricht von *mindestens drei Monaten* und stützt sich dabei auf Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (30 Tage Schuldenruf) und Art. 247 Abs. 1 SchKG (Erstellen des Kollokationsplans innert 60 Tagen). Diese Ansicht scheint davon inspiriert zu sein, dass ein Nichteintritt auch konkludent aus der Zulassung der Forderung der Gegenpartei im Kollokationsplan geschlossen werden kann (vgl. vor FN 131).

¹⁴⁹ Vgl. vor FN 139.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 110 III 84, 86.

¹⁵¹ Zur Art der Sicherheitsleistung vgl. REUTTER (FN 44), 369.

¹⁵² JAEGER (FN 115), Art. 211 SchKG N 5; WEYDMANN (FN 11), 39; CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 29; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 857 ff.; GILLIÉRON (FN 12), Art. 211 SchKG N 16; FISCHER (FN 13), 173 ff.; IANNI (FN 11), 40 f.; BORER/MÜLLER (FN 61), GesKR 2014, 80; a.M. BLUMENSTEIN (FN 96), 655 f.; WALTER BÖNI, Die Masseverbindlichkeit im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Freiburg i.Ue 1959, 108; PLENIO (FN 97), 52 f.; BSK SchKG II-SCHWOB (FN 33), Art. 211 N 11; AMONN/WALTHER (FN 33), § 42 N 36; widersprüchlich KREN (FN 11), 63 f., 95.

¹⁵³ Vgl. IV.A.

¹⁵⁴ STAEHELIN (FN 9), 108; LORANDI (FN 6), AJP 2014, 298; IANNI (FN 11), 25, 39 f.

¹⁵⁵ Zur Länge der «angemessenen Frist» vgl. IANNI (FN 11), 122 ff. und die dort zitierten Meinungen.

¹⁵⁶ STAEHELIN (FN 9), 108.

E. Folgen

1. Beim partiellen Vertragseintritt

Folge eines (partiellen) Vertragseintrittes ist, dass «die entsprechenden Gegenforderungen, die nach Konkurs entstanden sind, als Masseverbindlichkeiten» gelten (Art. 262 Abs. 1 SchKG).¹⁵⁷ In zeitlicher Hinsicht sind zwei Dinge klarzustellen: Die Konkursmasse kann frühestens ab Insolvenzeröffnung in ein Dauerschuldverhältnis eintreten, nicht aber früher; ein Eintritt wirkt auch nicht auf die Zeit vor der Insolvenzeröffnung zurück. Damit können Forderungen, welche vor der Insolvenzeröffnung entstanden sind, per se nie Masseverbindlichkeiten sein.¹⁵⁸ Andererseits werden nur «die entsprechenden Gegenforderungen» zu Masseverbindlichkeiten. Damit werden nur die *nach dem Vertragseintritt* entstandenen Forderungen erfasst und nicht schon jene ab Insolvenzeröffnung.¹⁵⁹ Ab Beendigung der Inanspruchnahme der Gegenleistung fallen keine Masseverbindlichkeiten mehr an.¹⁶⁰

Erfolgt ein Eintritt, so findet (im Umfang des Eintritts) *keine* Umwandlung der Realansprüche der Gegenpartei in eine Geldforderung i.S.v. Art. 211 Abs. 1 SchKG statt.¹⁶¹

Wenn die von der Gegenpartei verlangte Sicherheit¹⁶² von der Masse geleistet wird (und damit ein Vertragseintritt erklärte wurde), so kann die Gegenpartei diesbezüglich keinen Rücktritt nach Art. 83 OR erklären.¹⁶³

Tritt die Insolvenzmasse in den Vertrag (partiell) ein, so schliesst dies *in diesem Umfang* aus, dass der Vertrag vom Gemeinschuldner selbst weitergeführt¹⁶⁴ werden kann.¹⁶⁵ Sofern und soweit kein (partieller) Eintritt erfolgt, kann der Gemeinschuldner den Vertrag dagegen selbst weiterführen.

2. Beim Nichteintritt

Dem Entscheid der Masse über den Vertragseintritt bzw. Nichteintritt kommt unmittelbar keine zivilrechtliche, sondern nur eine vollstreckungsrechtliche Bedeutung zu.¹⁶⁶ Der Nichteintritt bedeutet damit einzig, dass die Masse den Vertrag nicht erfüllen will. Er stellt keine Vertragsverletzung dar und er bewirkt keine Beendigung oder Kündigung des Vertrages.¹⁶⁷

Der Nichteintritt hat primär zur Folge, dass die Gegenpartei ihre Ansprüche gemäss Art. 211a Abs. 1 SchKG als Insolvenzforderung geltend machen kann.¹⁶⁸ Soweit der Anspruch der Gegenpartei einen anderen Gegenstand als eine Geldzahlung hatte und sie kein zivilrechtliches Beendigungsrecht ausübt, findet eine Umwandlung des Anspruchs in eine Geldforderung i.S.v. Art. 211 Abs. 1 SchKG statt.¹⁶⁹

Welche Forderungen der Gegenpartei in diesem Fall zustehen, richtet sich nach dem Zivilrecht.¹⁷⁰ Soweit kein Eintritt erklärt und keine Sicherheit geleistet wird, kann die Gegenpartei nach Massgabe des materiellen Rechts einen Vertragsrücktritt erklären.¹⁷¹ Die ausserordentlichen Kündigungsrechte, welche das Zivilrecht der Gegenpartei zur Verfügung stellt, erfahren jedoch insofern eine *Einschränkung durch das Vollstreckungsrecht*, als diese nur bzw. erst ausgeübt werden können, wenn bzw. soweit die Masse vom Eintrittsrecht keinen Gebrauch gemacht hat.

¹⁵⁷ In Bezug auf Art. 211 Abs. 2 SchKG: BGE 127 III 273 E. 4b; 115 III 65 E. 3c; 104 III 84 E. 3b; BGer, 4A_630/2010, 27.1.2011, E. 3.2.3; 4C.239/2006, 5.10.2006, E. 2.2; 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.3; OGer GL, OG.2013.00061, 9.3.2017, E. IV.B.6.b.

¹⁵⁸ BBI 2010 6473.

¹⁵⁹ Vgl. vor FN 111.

¹⁶⁰ LORANDI (FN 35), 102 ff.; IANNI (FN 11), 34, 38.

¹⁶¹ Vgl. CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 10; HUNKELER, Wirkungen (FN 98), Rz. 12; vgl. auch HGer ZH, HG140107, 12.4.2017, E. 4.5.3; vgl. auch AMONN/WALTHER (FN 33), § 42 N 34.

¹⁶² Vgl. IV.D.4.

¹⁶³ BSK SchKG II-SCHWOB (FN 33), Art. 211 N 11; REUTTER (FN 44), 367; STAEHELIN (FN 9), 108; CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 29; MEIER/EXNER (FN 11), 107; IANNI (FN 11), 40 f.; FISCHER (FN 13), 137 ff.; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 12.

¹⁶⁴ Vgl. dazu V.

¹⁶⁵ JAEGER (FN 115), Art. 211 SchKG N 4.

¹⁶⁶ Vgl. IV.A.

¹⁶⁷ WEYDMANN (FN 11), 41 f.; KREN (FN 11), 99 f., 105; FRANCO LORANDI, Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, SJZ 2000, 150 ff., 158; REUTTER (FN 44), 356; FISCHER (FN 13), 175 f.; IANNI (FN 11), 82 f.; ROBERT-TISSOT (FN 13), N 863; KEINERT, Report (FN 44), Ziff. 22.33; BGE 104 III 84 E. 3b; BGer, 5A_823/2015, 23.3.2017, E. 5.1 m.w.H.; 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.3; OGer BE, ZK 12 65, 17.12.2012, E. 53; OGer ZH, NE140005, 10.8.2017, E. V.4.e/dd; a.M. PLENIO (FN 97), 201 f.; ebenfalls a.M. OGer ZH, NE140009, 7.9.2015, E. 3.6.2, wonach beim Werkvertrag der Nichteintritt einen Verzicht auf die Beendigung des Werks und damit einen Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 377 OR bedeute.

¹⁶⁸ Vgl. BGer, 4C.239/2006, 5.10.2006, E. 2.2.

¹⁶⁹ CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 30; BGE 107 III 106 E. 6.

¹⁷⁰ Vgl. dazu im Einzelnen STAEHELIN (FN 11), AJP 2004, 376 ff.; LORANDI (FN 11), AJP 2004, 1212 ff.; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 17 ff.; FISCHER (FN 13), 179 ff., 212 ff. m.w.H.; REUTTER (FN 44), 370 ff.

¹⁷¹ REUTTER (FN 44), 370 f.; STAEHELIN (FN 9), 109; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 13.

V. Weiterführung von Dauerschuldverhältnissen durch den Schuldner «persönlich» (Abs. 3)

A. Regelungsinhalt und Einbettung

Abs. 3 behält die Weiterführung eines Vertragsverhältnisses durch den Schuldner persönlich vor. Damit wird die Konstellation von Art. 206 Abs. 2 SchKG aufgenommen, wonach für nach Konkurseröffnung entstandene Forderungen (trotz laufendem Konkursverfahren) gegen den Schuldner vollstreckt werden kann. Es wird eine Abgrenzung zwischen der Konkursmasse (Abs. 2) und dem Gemeinschuldner getroffen. Es handelt sich bei Abs. 3 wiederum um eine Norm des Insolvenz- und nicht des materiellen Rechts.

Bei der Weiterführung gemäss Abs. 3 geht es um Fälle, in denen der Gemeinschuldner einen bei Insolvenzeröffnung vorbestehenden Vertrag weiterführen möchte. Demgegenüber beschlägt die Frage, ob er auch für einen «Forderungsüberhang» des Gläubigers von diesem persönlich belangt werden kann,¹⁷² die Konstellation, in welcher gerade *keine* Weiterführung durch den Gemeinschuldner persönlich erfolgte, sondern der Vertrag «verhungerte».

B. Ausschluss

Soweit und solange die Masse in ein Dauerschuldverhältnis (gemäss Art. 211a Abs. 2 SchKG) eingetreten ist oder sich dazu (noch) nicht ausgesprochen hat, kann der Gemeinschuldner (zeitlich und sachlich) den Vertrag (noch) nicht selbst weiterführen.¹⁷³ Demgegenüber hindert der Nichteintritt der Masse den Gemeinschuldner nicht, den Vertrag «persönlich» weiterzuführen – vielmehr setzt Letzteres Ersteres voraus. Aus diesem Grund muss die Masse dem Gemeinschuldner auch nicht vor der Erklärung des Nichteintritts Gelegenheit geben, den Vertrag selbst weiterzuführen.¹⁷⁴ In der Praxis stellt sich die Konkurrenzfrage praktisch nie.

C. Persönlicher Geltungsbereich

Abs. 3 spricht vom Schuldner «persönlich» und meint damit (nur) Schuldner, welche *natürliche Personen* sind.¹⁷⁵

Juristische Personen als Schuldner werden nach Abschluss des Konkurses im Handelsregister gelöscht (Art. 158 Abs. 5 lit. b HRegV), so dass sie untergehen. Art. 211a SchKG findet auch auf einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung Anwendung.¹⁷⁶ Dort gilt bezüglich der Löschung im Handelsregister und des Untergangs grundsätzlich dasselbe (Art. 161 Abs. 4 HRegV). Insofern überleben juristische Personen die Insolvenz nicht. Art. 211a Abs. 3 SchKG findet auf diese deshalb im Grundsatz keine Anwendung.

Eine *Ausnahme* besteht einzig bei einem *Nachlassvertrag mit nur teilweiser Vermögensabtretung*. In diesem Fall besteht die juristische Person auch nach Abschluss des Nachlassverfahrens fort, so dass sie ebenfalls «weiterlebt». In dieser (sehr seltenen) Ausnahmesituation findet Abs. 3 auch auf eine juristische Person Anwendung.

Eine *unechte Ausnahme* besteht für *juristische Personen*, welche mit ihren Gläubigern einen *ordentlichen Nachlassvertrag* abschliessen (Art. 314 ff. SchKG). In diesen Fällen findet gerade keine Generalexécution statt. Art. 211a SchKG kommt nicht zur Anwendung. Die Dauerschuldverhältnisse bestehen weiter, soweit sie nicht von einer Partei beendet worden sind.

D. Weiterführung

Die Weiterführung eines Dauerschuldverhältnisses durch den Schuldner persönlich ist insofern mit dem Vertrags Eintritt der Masse gemäss Abs. 2 verwandt, als Ersteres das Vertragsverhältnis aus dem Konkursverfahren «herauslöst», während Letzteres den Vertrag zur Masse zieht. In der Sache liegen die Dinge bei der Weiterführung jedoch *anders* als beim Vertragseintritt. Die beiden Szenarien können sich (wenn auch eher in Ausnahmesituationen) auch zeitlich folgen.

Die Weiterführung ist kein neuer Vertragsschluss, sondern das Bestreben des Schuldners, das Dauerschuldverhältnis (weil von ihm «persönlich» weiterhin gewünscht) unbesehen und ausserhalb des Insolvenzverfahrens fortzuführen. Ein Parteiwechsel findet nicht statt, da der Schuldner schon von Anfang an Partei war und sich daran auch durch die Insolvenzeröffnung nichts geändert hat.

Die freiwillige Weiterführung des Vertrages¹⁷⁷ ist von der erzwungenen Fortführung von Dauerschuldverhältnissen¹⁷⁸ zu unterscheiden.

¹⁷² Vgl. III.E.

¹⁷³ Vgl. IV.E.1.

¹⁷⁴ A.M. MEIER/EXNER (FN 11), 115.

¹⁷⁵ BBI 2010 6474; STAEHELIN (FN 9), 111; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211 N 24; vgl. auch REUTTER (FN 44), 390; BGE 124 III 41 E. 2b.

¹⁷⁶ Vgl. II.D.

¹⁷⁷ Vgl. V.D.1.

¹⁷⁸ Vgl. V.D.2.

1. In Bezug auf Vertragsverhältnisse

a. Zustimmung der Gegenpartei

Eine Weiterführung setzt voraus, dass der Vertrag nicht von Gesetzes wegen¹⁷⁹ oder zufolge Erklärung der Gegenpartei beendet worden ist.¹⁸⁰ Auch wenn kein neuer Vertrag geschlossen wird, ist die *Zustimmung der Gegenpartei* erforderlich,¹⁸¹ welche auch konkludent (z.B. durch Erbringung der Leistung an den Schuldner «persönlich») erfolgen kann.¹⁸² Solange die Gegenpartei zivilrechtlich keine Kündigung bzw. keinen Vertragsrücktritt ausspricht, sondern die Leistungen (meist Zahlungen) des Schuldners vorbehaltlos entgegennimmt sowie die eigenen Leistungen dem Schuldner erbringt, nimmt das Dauerschuldverhältnis zwischen diesen Parteien seinen Fortgang. Dies ist etwa evident in Bezug auf das Arbeitsverhältnis im Konkurs des Arbeitnehmers oder das Mietverhältnis in Bezug auf die von Schuldner weiterhin benützte Mietwohnung.¹⁸³

Welche *Bedingungen* die Gegenpartei stellen kann, damit diese bereit ist, den Vertrag mit dem Schuldner «persönlich» weiterzuführen, richtet sich m.E. nach dem Privatrecht. Soweit schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt, kann die Gegenpartei Sicherstellung der zukünftigen Leistung verlangen (Art. 82 Abs. 2 OR; Art. 211 Abs. 2 Satz 2 SchKG analog).

b. Modalitäten

Eine Weiterführung erfolgt (sachlich und zeitlich [was die Zukunft betrifft]) in unveränderter Form. Eine bloss partielle oder selektive Weiterführung ist (abweichende vertragliche Abreden vorbehalten) nicht möglich bzw. muss sich die Gegenpartei nicht gefallen lassen.

Zeitlich kann eine Weiterführung frühestens ab Insolvenzeröffnung erfolgen. Zuweilen wird der Schuldner jedoch eine gewisse Zeit benötigen, um sich klar zu werden, ob er einen Vertrag weiterführen will und kann. Zudem muss er zunächst den Entscheid abwarten, ob die Masse gemäss Art. 211a Abs. 2 SchKG in den Vertrag eintreten will. Aufgrund dessen ist ihm für seine Erklärung auf Weiterführung des Vertrages eine angemessene Frist zuzugestehen (Art. 6 OR analog). Wenn er die Gegenleistung erst zu einem späteren Zeitpunkt als der Insolvenzer-

öffnung in Anspruch nimmt, dann findet die Weiterführung erst ab diesem Zeitpunkt statt.

c. Privat- oder Geschäftsleben des Schuldners

Eine Weiterführung durch den Schuldner «persönlich» ist zum einen möglich, wenn es um Verträge geht, welche sein «*Privatleben*» betreffen. Dies gilt etwa für die Wohnungsmiete,¹⁸⁴ Zeitungsabonnemente, die Krankenkasse,¹⁸⁵ das Autoleasing, den Arbeitsvertrag mit der Putzfrau in Bezug auf die Mietwohnung.

Die natürliche Person kann aber auch (und zwar unabhängig von einem Eintrag im Handelsregister) ihre geschäftliche Tätigkeit,¹⁸⁶ namentlich ihre selbständige Berufsausübung, fortsetzen, so dass ihr «*Geschäftsleben*» betroffen ist.¹⁸⁷ Die damit im Zusammenhang stehenden Verträge können ebenfalls weitergeführt werden. Folglich kann die Vertragsweiterführung auch in Bezug auf Arbeitsverträge (in Bezug auf welche der Schuldner der Arbeitgeber ist), Mietverträge (betreffend Büro- oder Gewerberäumlichkeiten), geschäftliche Leasingverträge etc. erfolgen.

Da die Weiterführung von vorbestehenden Dauerschuldverhältnissen somit das Privat- oder Geschäftsleben des Schuldners betreffen kann, tut die Konkursverwaltung gut daran, der Gegenpartei (schriftlich) zum Ausdruck zu bringen, dass die Masse nicht nur nicht in das Vertragsverhältnis eintritt, sondern dass eine allfällige Weiterführung von Verträgen durch den Schuldner «persönlich» nicht der Masse zuzurechnen ist.¹⁸⁸ Damit verhindert die Konkursverwaltung, dass ihr Passivbleiben bzw. das Verhalten des Schuldners als Eintritt der Masse missverstanden werden könnte.

2. In Bezug auf Statusverhältnisse als Dauerschuldverhältnisse

Nebst den Dauerschuldverträgen gibt es auch Dauerschuldverhältnisse, welche *Statusverhältnisse* betreffen. Dies trifft für *Unterhaltsbeiträge aus dem Kindesverhältnis* (Art. 133, Art. 276 ff., Art. 287, Art. 298a ZGB)¹⁸⁹ oder

¹⁷⁹ Vgl. II.B.1.

¹⁸⁰ Vgl. II.B.2.

¹⁸¹ STAEHELIN (FN 9), 112; MIGUEL SOGO, *Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis*, Zürich 2015, 437; BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 24; VÖGELI (FN 11), 98.

¹⁸² BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 24.

¹⁸³ Vgl. BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 26.

¹⁸⁴ PLENIO (FN 97), 157; STAEHELIN (FN 9), 109; STAEHELIN (FN 11), AJP 2004, 377.

¹⁸⁵ BBI 2010 6474.

¹⁸⁶ MEIER/EXNER (FN 11), 115.

¹⁸⁷ Vgl. MEIER/EXNER (FN 11), 115; BGE 104 III 84 E. 4.

¹⁸⁸ Gemäss REBSAMEN (FN 45), 151, soll die *Konkursverwaltung dem Schuldner eine Frist ansetzen*, um sich zu äussern, ob er das Vertragsverhältnis persönlich weiterführen will. Problematisch für die Masse ist aber der mögliche falsche Eindruck der Vertragspartei gegenüber; für eine Klärung gegenüber dem Schuldner besteht dagegen m.E. keine Notwendigkeit.

¹⁸⁹ BGE 143 III 177 E. 6.3.3.

aus dem *Eheverhältnis* (Art. 125 ff., Art. 143, Art. 163 f., Art. 173 ZGB) zu. Gleiches gilt für *verwandtschaftsrechtliche Unterstützungsansprüche* (Art. 328 ff. ZGB) sowie für solche *aus dem Partnerschaftsgesetz* (Art. 13, Art. 34 PartG).

Diesbezüglich kann und muss der Schuldner aufgrund der Natur des Rechts-(Status-)Verhältnisses persönlich, d.h. selbst erfüllen (vgl. Art. 68 OR). Das Statusverhältnis «klebt» (wie der Kaugummi am Schuh) an der Person des Pflichtigen. Daran vermag dessen Insolvenz nichts zu ändern. Es findet diesbezüglich zwingend ab Insolvenzeröffnung *ex lege* eine Weiterführung des Statusverhältnisses statt – ob es dem Schuldner gefällt oder nicht. Er kann und muss dazu nichts tun und er kann dagegen auch nichts machen.

Diejenigen Forderungen, welche bis zum Konkurs entstanden sind, sind im Insolvenzverfahren als Insolvenzforderung (in gewissem Umfang als privilegierte Forderungen; Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. c SchKG) geltend zu machen.¹⁹⁰ Für später entstandene Forderungen gilt die zwangsweise Weiterführung mit dem Schuldner persönlich. Einer irgendwie gearteten Weiterführungserklärung des Schuldners bedarf es so wenig wie einer Zustimmung der anderen Partei; die Weiterführung findet von Gesetzes wegen statt.

E. Folgen

Die Weiterführung eines Dauerschuldverhältnisses mit dem Schuldner persönlich zeitigt verschiedene Folgen. Zum einen gilt der Vertrag zwischen der Gegenpartei und dem Schuldner für die Zukunft grundsätzlich weiter. Es steht der Gegenpartei aber frei, den Vertrag nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen (ordentlich oder ausserordentlich) zu beenden. Solange sich die Masse zu einem Vertragseintritt nicht geäussert hat, hat die Gegenpartei ihre Erklärungen (wie Kündigungs- oder Rücktrittserklärungen) sowohl an die Konkursverwaltung als auch den Gemeinschuldner persönlich zu richten.

Für Forderungen, welche *vor* der Vertragsweiterführung entstanden sind, muss sich die Gegenpartei ausschliesslich an die Konkursmasse halten (vertragliche Absprachen mit dem Schuldner vorbehalten); der Schuldner kann dafür ausserhalb des Konkurses *nicht* belangt werden.¹⁹¹

Demgegenüber kann die Gegenpartei für Forderungen, welche *nach* Weiterführung des Vertrages entstan-

den sind, ausserhalb des Konkursverfahrens gegen den Schuldner vorgehen.¹⁹² Der Gläubiger kann *Betreibung* auf Pfändung oder Pfandverwertung *einleiten* (Art. 206 Abs. 2 SchKG), er kann aber nur in das konkursfreie Vermögen (wie etwa Lohnforderungen ab Konkurseröffnung; Art. 197 Abs. 2 SchKG e contrario) vollstrecken.¹⁹³

Entsprechend kann die Gegenpartei (als Folge der Weiterführung des Vertrages mit dem Gemeinschuldner persönlich) ab der Weiterführung im Insolvenzverfahren keine Insolvenzforderungen (oder Masseverbindlichkeiten gegen die Masse) mehr geltend machen.¹⁹⁴ Dies gilt auch dann, wenn der Gemeinschuldner seinen Verpflichtungen zufolge Vertragsweiterführung nicht (mehr) nachkommt. Es besteht keine Solidarhaftung des Schuldners und der Insolvenzmasse.

Die Gegenleistungen, welche dem Gemeinschuldner für die «persönliche» Erfüllung nach Weiterführung des Vertrages zukommen, fallen nicht in die Insolvenzmasse (diese sind ihm nicht «angefallen» i.S.v. Art. 197 Abs. 2 SchKG), sondern stehen ihm «persönlich» zu.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Vgl. III.E.1.

¹⁹¹ Vgl. auch REBSAMEN (FN 45), 151.

¹⁹² PETER (FN 96), 52 f., 56; STAEHELIN (FN 11), AJP 2004, 378.

¹⁹³ AMONNI/WALTHER (FN 33), § 41 N 25, § 42 N 7; FRITZSCHE/WALDER (FN 12), § 42 N 18 S. 162; BSK SchKG II-WOHLFAHRT/MEYER (FN 33), Art. 206 N 23; PLENIO (FN 97), 68; LORANDI (FN 11), AJP 2004, 1217 f.; CR LP-ROMY (FN 14), Art. 206 N 16; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 6), Art. 206 N 19; BGE 124 III 41 E. 2b; 121 III 382 E. 2, E. 4; 93 III 55 E. 1; 79 III 127, 128 f.; 72 III 83 E. 3, E. 4.

¹⁹⁴ Vgl. auch BSK EB SchKG-STAEHELIN (FN 3), Art. 211a N 15, N 24.

¹⁹⁵ TAILLENS (FN 96), N 188; CR LP-JEANNERET (FN 14), Art. 211 N 36; a.M. PLENIO (FN 97), 69.