

---

Dr. iur. Daniel Hunkeler

## **Wirkungen der Konkursöffnung auf zweiseitige Verträge, insbesondere auf Werkverträge (ausgewählte Einzelfragen)**

*Zweiseitige Verträge, die im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht oder nur teilweise erfüllt sind, werden mit Konkursöffnung nicht zwingend aufgehoben. Die Konkursverwaltung hat grundsätzlich das Recht, solche Verträge an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen, allenfalls gegen Sicherstellung des Vertragspartners (Art. 211 SchKG). Im nachfolgenden Artikel werden einige der sich in diesem Zusammenhang stellenden Rechtsfragen erörtert, mit besonderer Bezugnahme auf Werkverträge.*

### **I. Der Schuldner im Konkurs**

#### **1. Konkursöffnungsgründe**

[Rz 1] Damit ein Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt, muss er in einer bestimmten Eigenschaft im Handelsregister eingetragen sein, insbesondere als Kaufmann oder als Handelsgesellschaft (vgl. Art. 39 SchKG). Ist dies der Fall und hat ein Gläubiger ein Betreibungsverfahren erfolgreich durchlaufen, kann der Gläubiger die Konkursöffnung über den betriebenen Schuldner verlangen (vgl. Art. 67 SchKG i.V.m. Art. 159 ff. SchKG). Die Konkursöffnung über einen Schuldner ist in gewissen Fällen auch ohne vorgängiges Betreibungsverfahren (und allenfalls auch über einen der Betreibung auf Pfändung unterliegenden Schuldner) möglich, namentlich dann, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), er sich beim Konkursgericht zahlungsunfähig erklärt hat (sog. Insolvenzerklärung, Art. 191 SchKG) oder beim Vorliegen einer Überschuldung über Kapitalgesellschaften und Genossenschaften<sup>1</sup>.

#### **2. Bildung der Konkursmasse und grundsätzliche Betriebseinstellung**

[Rz 2] Mit der Konkursöffnung wird die sogenannte Konkursmasse gebildet, ein Sondervermögen, das aus sämtlichen pfändbaren Aktiven besteht, die dem Schuldner zum Zeitpunkt der Konkursöffnung gehören oder ihm bis zum Schluss des Konkursverfahrens anfallen (vgl. Art. 197 Abs. 1 SchKG). Die Konkursmasse wird von der Konkursverwaltung verwaltet, verwertet und unter alle bekannten Gläubiger gemäss ihrer gesetzlichen Rangfolge verteilt. Der Schuldner verliert mit der Konkursöffnung die Dispositionsbefugnis über sein Vermögen, soweit es zur Konkursmasse gehört, d.h. er kann nicht mehr rechtsgültig zum Nachteil seiner Gläubiger über dieses Vermögen verfügen (vgl. Art. 204 SchKG).

[Rz 3] Magazine, Warenlager und Werkstätten des Schuldners werden mit der Konkursöffnung vom Konkursamt grundsätzlich sofort geschlossen und unter Siegel gelegt. Konkursamtlich sichergestellt bzw. inventarisiert werden auch sämtliche übrigen zur Konkursmasse gehörenden Aktiven (vgl. Art. 221 und Art. 223 SchKG). Von Gesetzes wegen besteht zwar die Möglichkeit, dass der Betrieb des Schuldners auch nach Konkursöffnung unter Aufsicht der Konkursverwaltung einstweilen weitergeführt wird, beispielsweise um noch nicht erfüllte Verträge über Dienstleistungen oder Werkverträge zu erfüllen oder Halbfabrikate fertig zu stellen (vgl. Art. 238 SchKG sowie Art. 221 i.V.m. Art. 240 SchKG). In der Praxis ist jedoch kaum ein Fall bekannt, in dem von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht worden wäre.

#### **3. Abfindung der Gläubiger aus dem Massevermögen**

[Rz 4] Der Konkurs bezweckt die gleichmässige Befriedigung sämtlicher Gläubiger aus dem ganzen Massevermögen (sog. Generalliquidation). Da der Schuldner mit der Konkursöffnung

gemeinsamer Schuldner aller bekannter Gläubiger wird, wird er auch als „Gemeinschuldner“ bezeichnet. Nach Verwertung der schuldnerischen Aktiven wird der Verwertungserlös unter alle Gläubiger verteilt, die sich während des Konkursverfahrens bei der Konkursverwaltung gemeldet haben und deren Forderungen anerkannt wurden.

[Rz 5] An erster Stelle werden die sog. Masseverbindlichkeiten bezahlt. Masseverbindlichkeiten verpflichten nicht den Gemeinschuldner, sondern die Konkursmasse selbst, weshalb sie vorab aus der Konkursmasse in voller Höhe zu bezahlen sind. Zu ihnen gehören insbesondere sämtliche aus der Verfahrensdurchführung entstandenen Kosten sowie sämtliche Forderungen, die während des Konkursverfahrens entstanden sind und deren Entstehung die Konkursverwaltung zugestimmt hat (vgl. Art. 262 SchKG). Vorabbefriedigung erhalten auch die Pfandgläubiger aus dem Erlös ihrer Pfandgegenstände. Alle übrigen Gläubiger, die sogenannten Konkursgläubiger, haben (nur) sog. Konkursforderungen. Diese Forderungen werden gemäss einem speziellen Verteilungsplan, dem sog. Kollokationsplan, bezahlt, welcher die Konkursgläubiger in drei verschiedene Rangklassen einteilt. Die Gläubiger der dritten Rangklasse erhalten erst Befriedigung bzw. eine Konkursdividende, soweit die Gläubiger der ersten beiden Klassen voll abgefunden worden sind (vgl. Art. 219 i.V.m. Art. 247 SchKG).

#### 4. Rechtliche Möglichkeiten zur Konkursabwendung

[Rz 6] Rechtliche Möglichkeiten zur Abwendung eines drohenden Konkurses bestehen verschiedene. Zu nennen ist insbesondere die Möglichkeit eines gerichtlichen Nachlassverfahrens (Art. 293 ff. SchKG). Während eines solchen Verfahrens steht der Schuldner unter dem Schutz der sogenannten Nachlassstundung, welche ihn vor Zugriffen seiner Gläubiger weitgehend schützt und welche die Betriebsfortführung während des Verfahrens unter Aufsicht eines gerichtlich bestellten Sachwalters erlaubt (vgl. Art. 297 ff. SchKG). Die Schuldenbereinigung erfolgt durch einen sogenannten Nachlassvertrag, welcher vom Schuldner (oder in Ausnahmefällen vom Sachwalter) ausgearbeitet wird, und welchem Gläubiger und Nachlassrichter zustimmen müssen.

[Rz 7] Stimmt eine Mehrheit der Gläubiger dem Nachlassvertrag zu (wozu u.U. eine Kapitalmehrheit genügt), ist der vom Richter bestätigte Nachlassvertrag für sämtliche Gläubiger rechtsverbindlich, d.h. auch für die nicht zustimmenden. Der Nachlassvertrag kann insbesondere vorsehen, dass sämtlichen Gläubigern eine Nachlassdividende unter Erlass der Restschulden bezahlt wird oder dass ihnen das schuldnerische Vermögen zur eigenen Verwertung ganz oder teilweise abgetreten wird. Von entscheidender Bedeutung für den praktischen Erfolg eines Nachlassverfahrens ist, dass dieses frühzeitig eingeleitet wird und dass der Schuldner dessen Möglichkeiten richtig auszuschöpfen weiss<sup>2</sup>.

## II. Wirkungen der Konkursöffnung auf Realforderungen und auf zweiseitige Verträge im Allgemeinen

### 1. Wirkungen der Konkursöffnung auf Realforderungen

[Rz 8] Sog. Realforderungen sind vermögensrechtliche Ansprüche, die nicht auf eine Geldleistung gerichtet sind, insbesondere Ansprüche auf Sach- oder Dienstleistungen. Da der Schuldner mit der Konkursöffnung grundsätzlich die Dispositionsbefugnis über sein Vermögen verliert und sämtliche bekannten Gläubiger aus dem Massevermögen befriedigt werden sollen, schreibt Art. 211 Abs. 1 SchKG vor, dass Forderungen gegen den Gemeinschuldner, die nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben, mit der Konkursöffnung in Geldforderungen von entsprechendem Wert umgewandelt werden. Dank diesem gesetzlichen „Kunstgriff“ können alle Gläubiger aus dem vorhandenen Massevermögen befriedigt werden und wird der Grundsatz der Gleichbehandlung sämtlicher Gläubiger sichergestellt.

[Rz 9] Der Gläubiger rechnet seine Realforderung selber in eine Geldforderung um und gibt den

beanspruchten Betrag bei der Konkursverwaltung als Konkursforderung ein. Massgebend ist das Erfüllungsinteresse des Gläubigers, sein sogenanntes „positives Vertragsinteresse“. Mit diesem wird der Gläubiger vermögensmässig so gestellt, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre, weshalb der Gläubiger nebst einer Vermögensverminderung insbesondere auch einen entgangenen Gewinn geltend machen kann<sup>3</sup>.

## 2. Wirkungen der Konkursöffnung auf zweiseitige Verträge im Allgemeinen

### a. Allgemeines

[Rz 10] Zweiseitige Verträge, die im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllt worden sind, werden mit der Konkursöffnung aufgrund des Konkursrechts nicht aufgehoben oder modifiziert, sondern nur dann, wenn das materielle Recht dies vorsieht<sup>4</sup>. Von Gesetzes wegen ist eine Vertragsaufhebung beispielsweise vorgesehen beim Schenkungsversprechen im Konkurs des Schenkers (Art. 250 Abs. 2 OR) oder beim Auftrag im Konkurs des Auftraggebers oder Beauftragten, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wurde oder sich aus der Natur des Geschäfts ergibt (Art. 405 Abs. 1 OR).

### b. Eintrittsrecht der Konkursverwaltung bei ausstehender Leistung des Gemeinschuldners

[Rz 11] Soweit zweiseitige Verträge im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht vollständig erfüllt sind und nicht von Gesetzes wegen aufgehoben werden, hat die Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG das Recht, die ausstehende Leistung anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen. Dieses sog. Eintrittsrecht der Konkursverwaltung (auch Wahlrecht genannt) ist grundsätzlich<sup>5</sup> an die zusätzlichen Voraussetzungen geknüpft, dass der Vertragspartner des Gemeinschuldners kein Interesse an einer persönlichen Vertragserfüllung durch den Gemeinschuldner hat und dass vor Konkursöffnung keine anderslautende vertragliche Abrede getroffen wurde. Macht die Konkursverwaltung von ihrem Eintrittsrecht Gebrauch, kann der Vertragspartner gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG verlangen, dass ihm die Erfüllung von der Konkursverwaltung sichergestellt werde.

[Rz 12] Übt die Konkursverwaltung ihr Eintrittsrecht aus und leistet sie dem Gläubiger auf dessen Verlangen hin Sicherheit, wird die Realforderung des Gläubigers nicht in eine Geldforderung umgewandelt, sondern hat die Konkursverwaltung die vertragliche Verpflichtung des Gemeinschuldners realiter zu erfüllen. Der Anspruch des Vertragspartners des Gemeinschuldners auf Vertragserfüllung sowie seine sonstigen vertraglichen Ansprüche (beispielsweise Schadenersatzansprüche aus einer Schlechterfüllung des Vertrages) werden diesfalls zu Masseverbindlichkeiten. Umgekehrt ist der Gläubiger des Gemeinschuldners selbstverständlich ebenfalls zur Vertragserfüllung an die Konkursmasse verpflichtet, soweit er im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht geleistet hat<sup>6</sup>.

[Rz 13] Ob die Konkursverwaltung von ihrem Eintrittsrecht Gebrauch macht, wird sie in jedem Einzelfall separat prüfen. Wenn beispielsweise für eine vom konkursiten Schuldner noch nicht übergebene und vom Gläubiger noch nicht bezahlte Kaufsache ein deutlich über dem Marktwert liegender Kaufpreis vereinbart wurde, wird sich die Konkursverwaltung regelmässig zur Realerfüllung an den Gläubiger entschliessen. Dadurch wird der Gläubiger verpflichtet, der Konkursmasse den Kaufpreis zu bezahlen, womit für die Konkursmasse regelmässig ein Gewinn resultiert. Die Konkursverwaltung kann ihr Eintrittsrecht auch dann ausüben, wenn nicht eine Real-, sondern eine Geldleistung des Gemeinschuldners ausstehend ist. Im genannten Beispiel wird umgekehrt die Konkursverwaltung einen vom Gemeinschuldner geschuldeten Kaufpreis bezahlen, um einen Gegenstand zur Konkursmasse zu ziehen, für den ein günstiger Kaufpreis vereinbart wurde. Dies jedenfalls dann, wenn der Gegenstand leicht verwertbar ist und auch nach Abzug der mutmasslichen Verwertungskosten ein Gewinn für die Konkursmasse erwartet werden kann.

### c. Situation bei Nichtausübung des Eintrittsrechts durch die Konkursverwaltung

[Rz 14] Macht die Konkursverwaltung keinen Gebrauch von ihrem Eintrittsrecht, hängt das Schicksal des Vertrags davon ab, ob der Vertragspartner des Gemeinschuldners schon erfüllt hat oder nicht:

[Rz 15] Hat der Vertragspartner *noch nicht erfüllt* (oder zumindest noch *nicht vollständig*), kann er grundsätzlich gestützt auf Art. 83 Abs. 1 OR seine Leistung so lange zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird. Wird er innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren hin nicht sichergestellt (was jedenfalls dann feststeht, wenn die Konkursverwaltung nicht von ihrem Eintrittsrecht nach Art. 211 Abs. 2 SchKG Gebrauch macht), kann er gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG vom Vertrag zurücktreten.

[Rz 16] Nach traditioneller Auffassung hatte die zurücktretende Vertragspartei einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, weil der Vertrag durch den Rücktritt *ex tunc* dahinfalle, als hätte er nie bestanden. Nach neuerer (und richtiger) Ansicht hingegen, der sich das Bundesgericht angeschlossen hat, gilt die sog. *Umwandlungstheorie*. Danach wird der Vertrag mit dem Vertragsrücktritt zwar *ex tunc* aufgelöst und lässt der Vertragsrücktritt unerfüllte Leistungspflichten für die Zukunft untergehen. Doch beseitigt der Vertragsrücktritt den Vertrag nicht samt Forderungen und Schulden rückwirkend, als hätte er nie bestanden. Vielmehr erfolgt eine inhaltliche Umgestaltung des Vertragsverhältnisses, indem jede Partei vertraglich verpflichtet wird, das Erhaltene entweder *in natura* zurückzugeben oder wertmässig, wo eine Rückgabe *in natura* nicht mehr möglich ist<sup>7</sup>.

[Rz 17] Auf Schadenersatz hat der Vertragspartner des Gemeinschuldners (im Gegensatz zum Vertragsrücktritt ausser Konkurs gemäss Art. 109 Abs. 2 OR) grundsätzlich keinen Anspruch, weil Zahlungsunfähigkeit als ausserordentlicher Beendigungsgrund regelmässig keine Pflichtverletzung darstellt, nachdem niemand nach Gesetz oder Vertrag zahlungsfähig bleiben muss. Schadenersatz ist nur dann ausnahmsweise geschuldet, wenn die Zahlungsunfähigkeit vom Gemeinschuldner herbeigeführt wurde, um sich von der eingegangenen Verpflichtung zu befreien oder um den Vertragspartner zu schädigen<sup>8</sup>.

[Rz 18] Die vertraglichen Rückabwicklungspflichten haben ihren Rechtsgrund in einem vor Konkursöffnung begründeten Vertragsverhältnis und damit in Tatsachen, die vor Konkursöffnung entstanden sind. Lediglich die Art der Leistungspflicht ändert sich mit dem Vertragsrücktritt (und damit mit Tatsachen, die nach der Konkursöffnung eingetreten sind), indem an die Stelle der bisherigen vertraglichen Leistungspflicht eine vertragliche Rückerstattungspflicht tritt. Berechtigter und Verpflichteter rückzuabwickelnder Obligationen ist damit der Gemeinschuldner, vertreten durch die Konkursverwaltung, und nicht etwa die Konkursmasse selbst oder der Schuldner persönlich, der ausserhalb des Konkursverfahrens direkt für diese Obligationen belangt werden könnte<sup>9</sup>.

[Rz 19] Daher muss dem Vertragspartner des Gemeinschuldners das Recht zugestanden werden, allfällige gegenüber der Konkursmasse zu erfüllende Rückabwicklungspflichten mit Leistungen zu verrechnen, die vor der Konkursöffnung gegenüber dem Gemeinschuldner erbracht wurden, jedenfalls dann, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Verrechnung gemäss Art. 120 ff. OR erfüllt sind. Eine Verrechnung im Konkurs des Gemeinschuldners wäre gemäss Art. 213 Abs. 2 nur ausgeschlossen, wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners erst nach der Konkursöffnung Gläubiger desselben wird, er sei denn, er habe eine vorher eingegangene Verpflichtung erfüllt, oder wenn ein Gläubiger des Gemeinschuldners erst nach der Konkursöffnung Schuldner desselben oder der Konkursmasse wird<sup>10</sup>.

[Rz 20] Hat der Vertragspartner des konkursiten Schuldners im Zeitpunkt der Konkursöffnung demgegenüber bereits *vollständig erfüllt*, kann er nicht mehr nach Art. 83 OR vorgehen, da er keine Leistung mehr zurückhalten und damit gestützt auf diese Bestimmung auch nicht mehr vom Vertrag zurücktreten kann. Für seine Ansprüche kann er bei der Konkursverwaltung grundsätzlich nur noch eine gewöhnliche Konkursforderung anmelden, sofern die Konkursverwaltung bei ausstehender Leistung des Gemeinschuldners nicht (ausnahmsweise) in den Vertrag eintritt.

#### d. Situation bei ausstehender Leistung (nur) des Vertragspartners des Gemeinschuldners

[Rz 21] Wenn der Gemeinschuldner vor Konkureröffnung bereits geleistet hat, nicht aber sein Vertragspartner, liegt kein Anwendungsfall von Art. 211 SchKG vor. Vielmehr ist diesfalls die Konkursverwaltung in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreterin der Konkursmasse verpflichtet, gegenüber dem Vertragspartner auf Erbringung der Leistung zu beharren und diese nötigenfalls mit rechtlichen Mitteln einzufordern, ohne dass sie in den Vertrag eintreten müsste.

### **III. Wirkungen der Konkureröffnung auf Werkverträge im Besonderen**

[Rz 22] Die für Realobligationen und für zweiseitige Verträge gemachten Ausführungen gelten grundsätzlich auch für Werkverträge, allerdings mit den nachfolgenden Präzisierungen und Abweichungen:

#### **1. Aufhebung des Werkvertrages aufgrund des materiellen Rechts?**

##### a. Rechtslage im Konkurs des Unternehmers

[Rz 23] Mit der Konkureröffnung über den Unternehmer wird der Werkvertrag nicht von Gesetzes wegen aufgehoben, auch nicht auf Grund von Art. 379 OR, welcher etwas anderes nahezulegen scheint für Werkverträge, die mit Rücksicht auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers eingegangen wurden. Die Bestimmung schreibt folgendes vor: „Stirbt der Unternehmer oder wird er ohne seine Schuld zur Vollendung des Werkes unfähig, so erlischt der Werkvertrag, wenn er mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers eingegangen war.“ (Abs. 1). „Der Besteller ist verpflichtet, den bereits ausgeführten Teil des Werkes, soweit dieser für ihn brauchbar ist, anzunehmen und zu bezahlen.“ (Abs. 2).

[Rz 24] Die Konkureröffnung über den Unternehmer ist nicht gleichzusetzen mit dessen Tod oder dessen Unfähigkeit zur Vollendung des Werkes im Sinne von Art. 379 OR, selbst wenn der Konkurs über eine juristische Person<sup>11</sup> eröffnet wurde, die nach Abschluss des Konkursverfahrens im Handelsregister gelöscht wird<sup>12</sup>. Denn die Mittellosigkeit eines Schuldners und damit auch dessen Konkurs vermag keine objektive Leistungsunmöglichkeit im Rechtssinne zu begründen, die für die Anwendbarkeit von Art. 379 OR vorausgesetzt wird.

[Rz 25] Selbst wenn der Werkvertrag mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Schuldners eingegangen wurde, besteht von Gesetzes wegen die Möglichkeit, dass dem Gemeinschuldner die Betriebsfortführung nach Konkureröffnung bewilligt wird, und dass damit der Werkvertrag vom Gemeinschuldner persönlich erfüllt werden kann, auch wenn in der Praxis diese Möglichkeit kaum genützt wird<sup>13</sup>. Überdies kann der Werkvertrag allenfalls von einem Dritten erfüllt werden, beispielsweise von einer Auffanggesellschaft, die diejenigen Personen oder Personengruppen von der konkursiten Gesellschaft übernommen hat, die innerhalb der Organisation des Gemeinschuldners mit der „persönlichen Leitung“ der Werkausführung verpflichtet waren<sup>14</sup>.

##### b. Rechtslage im Konkurs des Bestellers

[Rz 26] Auch für den Fall, dass der Besteller in Konkurs gerät, sieht das Gesetz (zu Recht) keine Auflösungsbestimmung für den Werkvertrag vor. Insbesondere die Auflösung eines Werkvertrages mit der Begründung, er sei mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Bestellers eingegangen worden, wäre ungerechtfertigt. Die Hauptleistung des Bestellers besteht in der Bezahlung des Werkes und damit in einer Geldleistung, weshalb der Unternehmer grundsätzlich kein Interesse an einer persönlichen Vertragserfüllung durch den Besteller haben kann.

### c. Vorbehalt einer vertraglichen Auflösungsvereinbarung

[Rz 27] Vorbehalten sowohl im Konkurs des Unternehmers wie auch im Konkurs des Bestellers bleibt eine vor Konkureröffnung zwischen den Parteien getroffene vertragliche Vereinbarung, wonach der Werkvertrag mit Konkureröffnung aufgelöst wird. Jedenfalls ist eine derartige Vereinbarung dann gültig, wenn das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG als dispositives Recht betrachtet wird, was von der heute wohl vorherrschenden Lehre grundsätzlich bejaht wird. Diese geht davon aus, dass das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG eine reine Verfahrensvorschrift ohne materiell-rechtliche Wirkungen sei, weshalb vertraglich vereinbarte Auflösungsbestimmungen (sogenannte „close out-Bestimmungen“) nach Schweizerischem Recht grundsätzlich zulässig seien<sup>15</sup>. Zahlreiche sich in diesem Zusammenhang stellende Rechtsfragen sind jedoch noch nicht endgültig geklärt, insbesondere nicht höchstrichterlich.

[Rz 28] Soweit die Parteien auch die Auflösungsfolgen zum voraus vertraglich festgelegt haben, insbesondere die finanziellen Folgen einer Vertragsauflösung, kann die diesbezügliche Abrede im Konkurs jedoch unbeachtlich oder (infolge Gläubigerbenachteiligung) zumindest paulianisch anfechtbar sein (Art. 285 ff. SchKG). Dies insbesondere dann, wenn die Abrede ausschliesslich für den Fall einer Konkureröffnung getroffen wurde und sie von der gesetzlichen Liquidationsordnung abweicht. Die diesbezügliche Thematik ist komplex und noch wenig erforscht und kann an dieser Stelle nicht näher erörtert werden<sup>16</sup>.

## **2. Rechtslage beim Fortbestehen des Werkvertrages**

[Rz 29] Gerät der Unternehmer in Konkurs, bevor er das Werk vollendet und abgeliefert hat, ist die Situation verschieden, je nachdem, ob der Besteller bereits (vollständig) geleistet hat (b.) oder nicht (a.):

### a. Rechtslage im Konkurs des Unternehmers bei ausstehender Leistung des Bestellers

[Rz 30] Hat der Besteller im Zeitpunkt der Konkureröffnung über den Unternehmer noch nicht (oder erst teilweise) geleistet, kann er gemäss Art. 83 OR seine Leistung so lange zurückhalten, bis ihm die Leistung des konkursiten Unternehmers sichergestellt wird. Wird ihm von der Konkursverwaltung Sicherheit geleistet, steht gleichzeitig fest, dass diese von ihrem Eintrittsrecht Gebrauch macht. In diesem Fall hat die Konkursverwaltung den Werkvertrag anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen und gelten sämtliche Ansprüche des Bestellers als Masseverbindlichkeiten, auch allfällige Mängelrechte und daraus fließende Forderungen. Umgekehrt ist selbstverständlich auch der Besteller gegenüber der Konkursmasse zur Vertragserfüllung verpflichtet.

[Rz 31] Von ihrem Eintrittsrecht wird die Konkursverwaltung insbesondere dann Gebrauch machen, wenn eine Fertigstellung des Werkes innert vernünftiger Frist möglich erscheint und der noch ausstehende Werklohn nach Abzug der Kosten für die Vertragserfüllung einen angemessenen Gewinn für die Konkursmasse erwarten lässt. Hat der Besteller beispielsweise erhebliche Vorauszahlungen geleistet<sup>17</sup> und der Unternehmer im Zeitpunkt der Konkureröffnung noch nicht oder kaum mit den Werkarbeiten begonnen, wird die Konkursverwaltung kaum je in den Werkvertrag eintreten. Hingegen könnte sie dies sinnvollerweise dann tun, wenn der Besteller für vor Konkureröffnung ausgeführte Werkarbeiten noch keine oder nur wenige Abschlagszahlungen geleistet hat. In der Praxis erfolgt ein Vertragseintritt der Konkursverwaltung allerdings selten, zumal bei hohen Sicherheitsleistungen oftmals zu wenig liquide Mittel in der Konkursmasse sind und kein Gläubiger zur Sicherheitsleistung bereit ist.

[Rz 32] Tritt die Konkursverwaltung nicht in den Werkvertrag ein, kann der Besteller gemäss Art. 83 Abs. 2 OR vom Vertrag *zurücktreten*. Mit dem Vertragsrücktritt wird der Vertrag ex tunc aufgelöst und sind die auf die Zukunft anfallenden Leistungen nicht mehr zu erbringen. Bereits

erbrachte Leistungen sind entweder in natura oder wertmässig zurückzuerstatten, und Anspruch auf Schadenersatz besteht grundsätzlich<sup>18</sup> nicht (Umwandlungstheorie). Soweit der Besteller vor Konkurseröffnung überhaupt noch nicht geleistet hat, hat er bei einem Vertragsrücktritt von der Konkursmasse demnach grundsätzlich nichts zu fordern. Eine empfangene Gegenleistung, insbesondere ein sich in seinem Besitz befindliches Teilwerk, hat er grundsätzlich in natura zurückzuerstatten, soweit dies noch möglich ist, andernfalls wertmässig. Eine Naturalrestitution ist insbesondere dann nicht mehr möglich, wenn ein Werkteil durch Einbau auf dem Grundstück des Bestellers Bestandteil dieses Grundstücks geworden ist (vgl. Art. 727 Abs. 2 ZGB).

[Rz 33] Ob und in welchem Umfang der Besteller Wertersatz schuldet, ist (vorbehältlich einer anders lautenden vertraglichen Abrede) u.E. in analoger Anwendung von Art. 379 Abs. 2 OR zu bestimmen, somit danach, ob ein bereits ausgeführter Werkteil für ihn „brauchbar“ ist oder nicht (vgl. Ziff. 1a hievor). „Brauchbarkeit“ im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn der ausgeführte Werkteil für den Besteller nützlich ist, d.h. verwertbar und deshalb von Interesse. Die vom Besteller in analoger Anwendung von Art. 379 Abs. 2 OR geschuldete Bezahlung bemisst sich grundsätzlich nach den gleichen Kriterien wie bei der nachträglichen Unmöglichkeit der Werkherstellung aus Verhältnissen des Bestellers gemäss Art. 378 OR, d.h. es sind die geleistete Arbeit (inkl. allfällige Vorbereitungsarbeiten) und die im Preis nicht inbegriffenen Auslagen zu vergüten<sup>19</sup>.

[Rz 34] Würde in jedem Fall eine Rückabwicklung des Werkvertrages erfolgen, würde ein bereits ausgeführter Werkteil, der sich im Zeitpunkt der Konkurseröffnung im Eigentum des Unternehmers befindet, grundsätzlich immer der Konkursmasse gehören<sup>20</sup>. Vom Besteller wäre er grundsätzlich der Konkursmasse auszuhändigen bzw. könnte er nicht aus ihr ausgesondert werden (vgl. Art. 242 SchKG), und die Konkursmasse könnte den Besteller nicht verpflichten, einen Werkteil anzunehmen und zu bezahlen.

[Rz 35] Unabhängig von den Rechten gemäss Art. 83 OR kann der Besteller jedoch auch unter den Voraussetzungen und mit den Wirkungen des *Art. 366 OR*, *Art. 102 ff. OR* sowie des *Art. 377 OR* vorgehen. Gemäss Art. 366 OR steht dem Besteller vor Eintritt des Ablieferungstermins ein Recht zum Vertragsrücktritt (Abs. 1) und ein Recht auf Ersatzvornahme (Abs. 2) zu, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Werkes in Verzug gerät (Abs. 1) oder sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes bestimmt voraussehen lässt (Abs. 2). Gerät der Unternehmer nach Eintritt des Ablieferungstermins mit der Werkablieferung in Verzug, kann der Besteller nach den allgemeinen Verzugsregeln der Art. 102 ff. OR vorgehen, insbes. gemäss Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten. Art. 377 OR schliesslich gibt dem Besteller das Recht, vor Vollendung des Werkes gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers (bzw. der Konkursmasse) jederzeit vom Vertrag zurückzutreten<sup>21</sup>.

[Rz 36] Tritt der Besteller infolge Verzugs des Unternehmers nach Art. 107 Abs. 2 OR oder nach Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurück, hat er nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Recht, den Vertrag gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit *ex nunc aufzulösen* und das Werk, soweit es ausgeführt ist, für sich zu beanspruchen. Verlangt der Besteller eine solche Vertragsauflösung, wird der Unternehmer (wie bei einem Vertragsrücktritt *ex tunc*) von der Pflicht zur Vollendung des Werkes und der Besteller von der Vergütungspflicht für den noch nicht ausgeführten Teil des Werkes befreit, doch erfolgt (anders als bei einem Vertragsrücktritt *ex tunc*) keine Rückabwicklung des Vertrages. Ein Vertragsrücktritt *ex tunc* ist der Sache nach demnach eine Vertragskündigung<sup>22</sup>.

[Rz 37] Es erscheint folgerichtig, wenn auch im Fall eines Vertragsrücktritts des Bestellers aufgrund von Art. 83 Abs. 2 OR der Besteller ein ausgeführtes Werk, das sich in seinem Besitz befindet, gegen Vergütung für sich beanspruchen kann. Dies zumal im Konkurs des Unternehmers bei einem noch nicht fertiggestellten bzw. noch nicht abgelieferten Werk regelmässig ein Verzug des Unternehmers eintreten wird, wenn die Konkursverwaltung nicht in den Werkvertrag eintritt. Entscheidend muss sein, dass ein Vertragsrücktritt erfolgt, und nicht die Bestimmung, gestützt auf welche dies (formell) geschieht. Befindet sich das Teilwerk im

Zeitpunkt der Konkurseröffnung im Besitz des Bestellers, braucht der Besteller dieses daher nicht der Konkursmasse zurückzugeben, sondern er kann es gegen Vergütung behalten, wenn er gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR Vertragsauflösung ex nunc erklärt. Befindet sich das Teilwerk im Zeitpunkt der Konkurseröffnung beim Unternehmer, nützt dem Besteller ein Vertragsrücktritt ex nunc allerdings nichts, wenn die Konkursverwaltung den sich in der Konkursmasse befindlichen Werkteil nicht herausgeben will. Denn der Besteller hat nur einen obligatorischen Herausgabeanspruch gegenüber dem Gemeinschuldner, den zu erfüllen die Konkursverwaltung nicht verpflichtet ist.

[Rz 38] Umgekehrt scheint uns richtig, wenn in allen genannten Fällen eines Vertragsrücktritts dem Besteller grundsätzlich kein Rücktrittsrecht ex tunc zugestanden wird, wenn der ausgeführte Werkteil für ihn „brauchbar“ im Sinne von Art. 379 Abs. 2 OR ist<sup>23</sup>. Diesfalls ist der Besteller in Übereinstimmung mit einem Teil der Lehre<sup>24</sup> in analoger Anwendung von Art. 379 Abs. 2 OR zu verpflichten, den brauchbaren Werkteil anzunehmen und zu bezahlen.

[Rz 39] Seine gegenüber der Konkursmasse zu erfüllenden Leistungen (Wertersatz aus Rückerstattungspflicht bzw. Entschädigung für den beanspruchten Werkteil) kann der Besteller mit Anzahlungen *verrechnen*, die er dem Unternehmer vor Konkurseröffnung geleistet hat (vgl. II/2c hievor). Ein Verrechnungsrecht steht dem Besteller jedoch dann nicht zu, wenn er gegenüber der Konkursmasse eine Rückerstattung in natura vornimmt, nachdem es an dem für die Verrechnung allgemein vorausgesetzten Erfordernis der Gleichartigkeit der Forderungen fehlt (vgl. Art. 120 OR). Diesfalls sowie soweit der Besteller vor Konkurseröffnung mehr geleistet hat als er zurückerstatten muss, steht ihm für seinen Rückerstattungsanspruch nur eine (drittklassige) Konkursforderung zu.

[Rz 40] Geleistete *Anzahlungen* kann der Besteller grundsätzlich nicht aus der Konkursmasse aussondern, es sei denn, sie wären nicht in das Vermögen des Gemeinschuldners übergegangen. Letzteres ist dann der Fall, wenn die Anzahlungen auf ein „konkursfestes“ Konto geleistet wurden, beispielsweise auf ein auf den Namen des Bestellers errichtetes Konto, über das der Unternehmer vor Konkurseröffnung nur gemeinsam mit dem Besteller Verfügungsberechtigt war. Lautet das Konto demgegenüber auf den Namen des Gemeinschuldners, fällt es in die Konkursmasse, auch wenn der Unternehmer vor Konkurseröffnung nur zusammen mit dem Besteller darüber verfügen konnte.

#### b. Rechtslage im Konkurs des Unternehmers bei erbrachter Leistung des Bestellers

[Rz 41] Hat der Besteller seine Leistung vor Konkurseröffnung bereits vollumfänglich erbracht, kann er diese nicht mehr gestützt auf Art. 83 OR zurückhalten und von der Konkursmasse daher auch keine Sicherstellung mehr verlangen oder gemäss dieser Bestimmung vom Vertrag zurücktreten. Hat der Unternehmer überhaupt noch nicht geleistet, steht dem Besteller anstelle seines ursprünglichen Anspruchs auf Herstellung und Ablieferung des Werkes eine Geldforderung „von entsprechendem Wert“ im Sinne von Art. 211 Abs. 1 SchKG zu, d.h. er kann das positive Vertragsinteresse geltend machen.

[Rz 42] Hat der Unternehmer vor Konkurseröffnung einen Teil des Werkes bereits hergestellt und befindet sich dieser im Besitz des Bestellers, braucht ihn der Besteller grundsätzlich nicht zurückzugeben, nachdem der Vertrag mit der Konkurseröffnung nicht aufgehoben wird. Für den zurückbehaltenen Werkteil schuldet der Besteller zwar Vergütung, doch „bezahlt“ er diese dadurch, indem sich seine Umwandlungsforderung gegen die Konkursmasse (Art. 211 Abs. 1 SchKG) entsprechend reduziert.

[Rz 43] Befindet sich der brauchbare Werkteil beim Unternehmer, fällt er grundsätzlich in die Konkursmasse. Dem Besteller steht es bei gegebenen Voraussetzungen zwar auch hier wieder frei, nach den Bestimmungen der Art. 107 Abs. 2 OR und 366 Abs. 1 OR vom Vertrag ex nunc zurückzutreten und den Werkteil gegen Vergütung für sich zu beanspruchen. Falls jedoch der Werkteil mit der Konkurseröffnung in die Konkursmasse gefallen ist, hat der Besteller wiederum nur einen obligatorischen Herausgabeanspruch gegenüber der Konkursmasse, den zu erfüllen



diese nicht verpflichtet ist<sup>25</sup>. Möglich ist selbstverständlich eine konkursmässige Veräusserung des Werkteils aus der Konkursmasse, insbesondere durch Versteigerung oder durch Freihandverkauf. Wenn der Besteller den Werkteil aus der Konkursmasse erwirbt, kann er die der Konkursmasse daraus geschuldete Entschädigung nicht mit seiner vor Konkurseröffnung erbrachten Leistung verrechnen, da er erst nach der Konkurseröffnung Schuldner der Konkursmasse wurde und damit eine Verrechnung aufgrund von Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ausgeschlossen ist.

### c. Rechtslage im Konkurs des Bestellers

[Rz 44] Hat der Unternehmer vor Konkurseröffnung über den Besteller das Werk bereits vollendet und abgeliefert, steht ihm für seine offene Werklohnforderung grundsätzlich nur noch eine (drittklassige) Konkursforderung gegenüber der Konkursmasse zu. Allerdings kann er bei gegebenen Voraussetzungen seinen Anspruch durch Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück des Bestellers (bzw. der Konkursmasse) zu einem pfandgesicherten verstärken, sofern die Voraussetzungen der Art. 837 ff. ZGB erfüllt sind, insbesondere sofern die mit Werkvollendung beginnende Dreimonatsfrist für den Grundbucheintrag nach Art. 839 ZGB noch nicht abgelaufen ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies selbst dann, wenn im Zeitpunkt der Konkurseröffnung auch kein provisorisches Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen war<sup>26</sup>.

[Rz 45] Hat der Unternehmer vor Konkurseröffnung noch nicht (vollumfänglich) geleistet bzw. das Werk noch nicht vollendet und abgeliefert, kann er am Grundstück des Bestellers (bzw. der Konkursmasse) bei gegebenen Voraussetzungen wiederum ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen. Zudem kann er diesfalls von der Konkursverwaltung Sicherheit für die Fertigstellung des Werkes verlangen. Wird ihm diese geleistet, tritt damit die Konkursverwaltung in den Werkvertrag ein, weshalb beide Parteien den Werkvertrag vertragsgemäss zu erfüllen haben. Sämtliche Rechte aus dem Werkvertrag, beispielsweise auch allfällige Mängelrechte, werden für den konkursiten Besteller durch die Konkursverwaltung wahrgenommen. Ein Vertragseintritt durch die Konkursverwaltung macht insbesondere dann Sinn, wenn das Werk in absehbarer Zeit vollendet werden kann, der Besteller vor der Konkurseröffnung bereits erhebliche Abschlagszahlungen geleistet hat und das Werk (insbes. als Renditeobjekt) leicht und gewinnbringend zu verwerten ist<sup>27</sup>.

[Rz 46] Wird die Sicherheit nicht geleistet, kann der Unternehmer den Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 83 Abs. 2 OR erklären, die versprochene Gegenleistung verweigern und allfällig bereits Geleistetes zurückfordern. Ein bereits hergestellter Werkteil im Eigentum des Bestellers gehört der Konkursmasse und kann vom Unternehmer grundsätzlich nicht in natura zurückverlangt werden. Einen allfälligen Wertersatz schuldet der Besteller in sinngemässer Anwendung der Bestimmung von Art. 378 Abs. 1 OR über die Unmöglichkeit der Erfüllung aus Verhältnissen des Bestellers. Der Besteller (bzw. dessen Konkursmasse) hat dem Unternehmer daher im Umfang der vom Unternehmer geleisteten Arbeit und der im Preise nicht inbegriffenen Auslagen Vergütung zu leisten, wobei die Forderung des Unternehmers eine gewöhnliche Konkursforderung ist, soweit sie nicht pfandgesichert ist.

## **3. Rechtslage beim Erlöschen des Werkvertrages**

### **a. Rechtslage im Konkurs des Unternehmers**

[Rz 47] Beim Erlöschen des Werkvertrages im Konkurs des Unternehmers (aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung: Ziff. 1c hievore) hat die Konkursverwaltung kein Recht, von ihrem Eintrittsrecht gestützt auf Art. 211 Abs. 2 SchKG Gebrauch zu machen, um das Werk anstelle des konkursiten Unternehmers fertigzustellen. Die beidseitigen Ansprüche der Vertragsparteien (der Anspruch auf Herstellung und auf Vergütung) gehen mit dem Erlöschen des Vertrages hinsichtlich der noch nicht ausgeführten Werkarbeit unter. In Anwendung der allgemeinen Regel

des Artikels 119 OR über die objektive Leistungsunmöglichkeit haftet der aus dem Erlöschen des zweiseitigen Vertrages frei gewordene Schuldner „für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung“. Entgegen dem Gesetzeswortlaut besteht der Vertrag diesfalls jedoch auch nach Eintritt der Unmöglichkeit weiter und wird das Leistungsaustauschverhältnis in ein vertragliches Abwicklungsverhältnis umgewandelt<sup>28</sup>.

[Rz 48] Die vorne dargestellten Rechtsfolgen für den Fall eines Vertragsrücktritts gelten demnach grundsätzlich auch hier (vgl. Ziff. 2a hievor). Insbesondere ist der Besteller in sinngemässer Anwendung der für das Erlöschen von Werkverträgen vorgesehenen Bestimmung von Art. 379 Abs. 2 OR grundsätzlich verpflichtet, einen bereits ausgeführten Werkteil anzunehmen und zu bezahlen, soweit dieser für ihn „brauchbar“ ist.

#### b. Rechtslage im Konkurs des Bestellers

[Rz 49] Auch wenn der Werkvertrag im Konkurs des Bestellers erlischt (aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung: Ziff. 1c hievor), gehen die beidseitigen Ansprüche der Vertragsparteien (der Anspruch auf Herstellung und auf Vergütung) hinsichtlich der noch nicht ausgeführten Werkarbeit unter und ist ein Eintrittsrecht der Konkursverwaltung ausgeschlossen. Allfällig bereits empfangene Leistungen aus Vertrag sind wiederum zurückzugeben bzw. rückzuabwickeln, wobei auch diesbezüglich auf die vorne geschilderte Rechtslage verwiesen werden kann (vgl. 2c hievor).

### **4. Mängelrechte**

#### a. Allgemeines

[Rz 50] Seine Pflicht zur Herstellung und zur Ablieferung des Werkes hat der Unternehmer vollständig mit dem Zeitpunkt der Ablieferung des vollendeten Werkes erfüllt, selbst dann, wenn dieses mangelhaft sein sollte<sup>29</sup>. Mit der Ablieferung eines mangelhaften Werkes wird die Forderung des Bestellers auf Leistung (Herstellung und Ablieferung) eines mängelfreien Werkes umgewandelt in der Weise, dass an die Stelle dieser Forderung die Mängelrechte des Bestellers treten<sup>30</sup>. Die Umwandlung tritt insgesamt und unmittelbar mit der Ablieferung ein, und insbesondere die rechtzeitige Mängelrüge bildet keine Voraussetzung für die Entstehung der Mängelrechte. Folgerichtig beginnt mit der Ablieferung bzw. der Abnahme des Werkes auch die Verjährung der Mängelrechte bzw. die Verjährung der sich aus der Ausübung der Mängelrechte fliessenden Forderungen zu laufen<sup>31</sup>.

[Rz 51] Die gesetzlichen Mängelrechte des Bestellers bestehen nach Art. 368 OR in einem Recht auf Wandelung, Minderung oder Nachbesserung sowie (bei Verschulden des Unternehmers) auf Schadenersatz. Die Mängelrechte sind Gestaltungsrechte, d.h. Rechte, die dem Berechtigten die Befugnis einräumen, die Rechtsstellung des Vertragspartners durch blosser Willenserklärung (und damit einseitig) zu verändern. Gestaltungsrechte, die sich aus Rechten oder Pflichten des Gemeinschuldners ergeben, fallen in die Konkursmasse und können durch diese geltend gemacht werden, sofern ihnen kein höchstpersönlicher Charakter zukommt<sup>32</sup>.

#### b. Rechtslage im Konkurs des Bestellers

[Rz 52] Da den Mängelrechten regelmässig kein höchstpersönlicher Charakter zukommt, kann nach Ablieferung eines mangelhaften Werkes durch den Unternehmer im Konkurs des Bestellers die Konkursverwaltung als Vertreterin der Konkursmasse die Mängelrechte ausüben. Sie kann sich bei gegebenen Voraussetzungen für Wandelung, Minderung oder Nachbesserung entscheiden und gegebenenfalls Schadenersatz verlangen<sup>33</sup>.

#### c. Rechtslage im Konkurs des Unternehmers

[Rz 53] Soweit im Konkurs des Unternehmers die Konkursmasse nach der Konkursöffnung in

den Werkvertrag eingetreten ist, hat sie den Werkvertrag richtig zu erfüllen und kann der Besteller ihr gegenüber seine Mängelrechte und Forderungen im Sinne von Masseverbindlichkeiten geltend machen (vgl. Ziff. 2a hievor). Ist der Unternehmer nach Ablieferung eines mangelhaften Werkes in Konkurs gefallen und macht der Besteller Mängelrechte geltend, wird die Konkursverwaltung nur in Ausnahmefällen in den Werkvertrag eintreten. Macht sie von ihrem Eintrittsrecht keinen Gebrauch, hat der Besteller für seine Mängelrechte und die daraus fliessenden Forderungen lediglich eine (drittklassige) Konkursforderung. Wandelung heisst Vertragsrücktritt, weshalb auf die vorne beschriebene Rechtslage verwiesen werden kann (Ziff. 2 hievor). Minderung bedeutet, dass der Besteller einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug vom Werklohn machen kann, d.h. sich seine ursprünglich geschuldete Vergütung um diesen Betrag reduziert. Der Nachbesserungsanspruch des Bestellers schliesslich wird nach der für Realforderungen geltenden allgemeinen Regel des Art. 211 Abs. 1 SchKG in eine Geldforderung von entsprechendem Wert umgewandelt, mit der Folge, dass dieser Anspruch im Ergebnis zu einem Minderungsanspruch wird, soweit der Besteller noch nicht geleistet hat.

[Rz 54] Was für die Ansprüche eines zurücktretenden Vertragspartners im Konkurs der Gegenpartei gesagt wurde, gilt auch für die Mängelrechte des konkursiten Vertragspartners: Sie richten sich gegen den Gemeinschuldner bzw. dessen Konkursmasse und gelten daher als Konkursforderungen. Entsprechend kann der Besteller die aus den Mängelrechten fliessenden Forderungen mit Leistungen verrechnen, die er gegenüber dem Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung erbracht hatte<sup>34</sup>.

---

Dr. iur. Daniel Hunkeler, LL.M., ist Rechtsanwalt bei Schumacher Baur Hürlimann, Zürich und Baden.

Der Artikel ist erstmals erschienen in der Zeitschrift Baurecht 2/2002.

<sup>1</sup> Zur Überschuldung vgl. Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a OR und Art. 729b Abs. 2 OR (für die Aktiengesellschaft), i.V.m. Art. 764 Abs. 2 OR (für die Kommanditaktiengesellschaft), i.V.m. Art. 817 OR (für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung) sowie i.V.m. Art. 903 OR (für die Genossenschaft).

<sup>2</sup> Vgl. einlässlicher zum Nachlassverfahren (statt vieler): Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), Basel 1998 (diverse Autoren; im folgenden zitiert mit: *SchKG-[Autor]*), Art. 293-332 SchKG; Hunkeler Daniel, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG. Diss. Freiburg 1996, 2. A. 1999, S. 1 ff. Weitere rechtliche Möglichkeiten zur Konkursabwendung stellen beispielsweise der Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR dar sowie die Weiterziehung des Konkurseröffnungsentscheids gemäss Art. 174 SchKG.

<sup>3</sup> BGE 48 III 158 ff.; Amonn Kurt/Gasser Dominik, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, N 33 zu § 42; Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2001, N 15 zu Art. 211 SchKG; vgl. auch Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg/Rey Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. A., Zürich 1998, Bd II, Rz. 2703 ff.

<sup>4</sup> Vgl. SchKG-Schwob Renate, a.a.O., N 7 zu Art. 211 SchKG, m.w.H.; vgl. auch Art. 211 SchKG, insbesondere dessen Abs. 3, der die Anwendung besonderer Bestimmungen anderer Bundesgesetze über die Auflösung von Vertragsverhältnissen im Konkurs vorbehält.

<sup>5</sup> Zur Rechtslage beim Werkvertrag vgl. hinten, III/1a sowie III/1c.

<sup>6</sup> SchKG-Schwob, a.a.O., N 11 zu Art. 211 SchKG, m.w.H.

<sup>7</sup> Vgl. zum Ganzen (und statt vieler) Gauch/Schluep/Schmid/Rey, a.a.O., Bd I, Rz. 1567 ff.; für die bundesgerichtliche Rechtsprechung vgl. insbes. BGE 114 II 157 f.; pro Umwandlungstheorie bereits früher insbes.: Gauch Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 207 ff.; derselbe, recht 1989, S. 124 ff.

- <sup>8</sup> BGE 64 II 266 ff.; Kren Jolanta, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989, S. 90, m.w.H.; Gauch/Schluop/Schmid/Rey, a.a.O., Bd II, Rz 2249. Vorbehalten bleibt zudem der Fall, in welchem sich der Gemeinschuldner zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits im Schuldnerverzug befand; vgl. Gauch Peter, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996 (im folgenden: Gauch, WV), N 658 ff.
- <sup>9</sup> Vgl. dazu die Zitate unter Fn. 7 hievor. Die persönliche Belangbarkeit des Schuldners ist erst nach Abschluss des Konkursverfahrens aufgrund eines Konkursverlustscheins (vgl. Art. 265 SchKG) und damit nur noch (für den Ausfall) auf Geldzahlung möglich.
- <sup>10</sup> Vgl. SchKG-Stäubli Christoph/Dubacher Jean Claude, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 213 SchKG (insbes. N 19 und N 21); BGE 107 III 25 ff., 139 ff. Gegen die Zulässigkeit einer Verrechnung mit Geldforderungen, die gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG umgewandelt wurden: Aepli Viktor, Ausgewählte Fragen zur Verrechnung, in: BR 1990, S. 3 ff., 7 f.
- <sup>11</sup> Zur Anwendbarkeit von Art. 379 OR auf juristische Personen vgl. Gauch, WV, a.a.O., N 609 f., N 754, N 760 f.; Gautschi Georg, Der Werkvertrag, in: Berner Kommentar, Band VI, 2. Abteilung, 3. Teilband, Bern 1967, N 12 zu Art. 364 OR.
- <sup>12</sup> A.M.: Gautschi, a.a.O., N 18 zu Art. 378/379 für den Fall, dass ein Werkvertrag mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Schuldners eingegangen war und dass dem Gemeinschuldner die Betriebsfortführung nach Konkursöffnung nicht bewilligt wurde.
- <sup>13</sup> Eine Bewilligung der Betriebsweiterführung führt u. E. allerdings nicht zwingend zu einem Eintritt der Konkursverwaltung in den laufenden Werkvertrag gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG, es sei denn, die Gläubigerversammlung hätte dies so beschlossen. Denn es muss der Konkursverwaltung trotz Betriebsweiterführung erlaubt sein, bei jedem einzelnen noch nicht erfüllten Vertrag zu entscheiden, ob sie in den Vertrag eintreten will.
- <sup>14</sup> Vgl. auch Gauch, WV, a.a.O., N 752 ff., N 758 ff. Die Auffassung von Gauch, WV, a.a.O., N 760, und (diesem folgend) von Bühler Theodor, Der Werkvertrag, in: (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2d, 3. A., Zürich 1998, N 6 zu Art. 379 OR, wonach bei einem Werkvertrag, der mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Schuldners eingegangen war, ein Eintrittsrecht der Konkursverwaltung „von der Sache her ausgeschlossen“ sei, ist demnach insoweit zu präzisieren, als in Ausnahmefällen der Konkursverwaltung ein solches Recht zuzugestehen ist.
- <sup>15</sup> Vgl. dazu die Nachweise bei SchKG-Schwob, a.a.O., N 13 und N 27 zu Art. 211 SchKG. Vgl. ferner etwa Dubacher Jean-Claude, Close-out Bestimmungen und das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung, Diss. Zürich 1999, S. 43 ff.; Staehelin Matthias, Vertragsbeendigungsklauseln und das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung in beidseitig nicht erfüllte Derivatgeschäfte nach revidiertem SchKG, in: SZW 1996, S. 61 ff.; Stoffel Walter, Les innovations dans le droit de la faillite, in: La revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, 1995, S. 87. Für die Zulässigkeit einer werkvertraglichen Auflösungsvereinbarung vgl. Gauch, WV, a.a.O., N 759; Zindel Gaudenz G./Pulver Urs, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 529 OR (Honsell Heinrich/Vogt Peter Nedim/Wiegand Wolfgang (Hrsg.)), 2. A., Basel 1996, N 20 zu Art. 379 OR.
- <sup>16</sup> Vgl. die soeben erwähnten Autoren sowie beispielsweise SchKG-Hierholzer Dieter, a.a.O., N 32 zu Art. 247 SchKG; Zobl Dieter/Werlen Thomas, 1992 ISDA-Master Agreement, Zürich 1995, S. 122 ff. Aus der Rechtsprechung vgl. beispielsweise BGE 41 III 136 ff., 138 sowie BJM 1955, S. 22 f. = BISchK 1952, S. 88 ff.
- <sup>17</sup> Zum Begriff der Vorauszahlung vgl. (statt vieler) Gauch, WV, a.a.O., N 1163.
- <sup>18</sup> Vgl. allerdings II/2c hievor, insbes. auch Fn. 8.
- <sup>19</sup> Die Vollendbarkeit des begonnenen Werkes durch einen Dritten (oder durch den Besteller selber) spricht für die „Brauchbarkeit“ des Werkes, ist jedoch keine unabdingbare Voraussetzung für sie. Vgl. zum Ganzen: Gauch, WV, a.a.O., N 763 f.
- <sup>20</sup> Ein Aussonderungsrecht wäre dem Besteller u.a. dann zuzugestehen, wenn er den Werkstoff selber geliefert hat und grundsätzlich noch keine Verarbeitung stattgefunden hat; vgl. allerdings selbst für den Fall einer schon stattgefundenen Verarbeitung Art. 727 Abs. 2 ZGB.
- <sup>21</sup>

- Zu diesen Fällen vgl. (statt vieler) Gauch, WV, a.a.O., (zu Art. 366 OR) N 866 ff., (zu Art. 102 ff.) N 659 ff. sowie (zu Art. 377 OR) N 521 ff.
- <sup>22</sup> Vgl. BGE 116 II 450 ff., 452, unter Berufung auf Gauch, WV, a.a.O., (für die aktuelle Auflage) N 685 - 688; vgl. ferner Gauch, in: BR 1991, S. 96.
- <sup>23</sup> Für die Situation ausser Konkurs und unter der Prämisse, dass eine Vertragsaufhebung ex tunc den Unternehmer mit unverhältnismässigen Nachteilen belastet ebenso: Gauch, WV, a.a.O., N 688; derselbe, in: BR 1991, S. 96.
- <sup>24</sup> Vgl. insbes. Gautschi, a.a.O., N 18 zu Art. 378/379 OR; Bühler, a.a.O., N 6 zu Art. 379 OR; Gauch, WV, a.a.O., N 760; Zindel/Pulver, a.a.O., N 18 zu Art. 379 OR.
- <sup>25</sup> Da der Besteller schon vor Konkursöffnung vollumfänglich geleistet hat, wird die Masse kaum je in Anwendung von Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Vertrag eintreten bzw. eintreten dürfen, ohne sich gegenüber der Gläubigersamtheit verantwortlich zu machen.
- <sup>26</sup> BGE 95 II 31 ff. und 228 f.; vgl. Schumacher Rainer, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. A., Zürich 1982, N 439; Tuor Peter /Schnyder Bernhard/Schmid Jörg, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995, S. 854; SchKG-Handschin Lukas/Hunkeler Daniel, a.a.O., N 7 zu Art. 198 SchKG. Zu konkursrechtlichen Besonderheiten vgl. BGE 119 III 124 ff.
- <sup>27</sup> Vgl. Gautschi, a.a.O., N 13c zu Art. 378/379 OR.
- <sup>28</sup> Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, a.a.O., N 3278, m.w.H.
- <sup>29</sup> Vgl. Gauch, WV, a.a.O., N 1151 ff., N 1348 ff., N 602 ff.
- <sup>30</sup> Gauch, WV, a.a.O., N 1351, N 2368, m.w.H.
- <sup>31</sup> Gauch, WV, a.a.O., N 2203, N 2252 ff., N 2281.
- <sup>32</sup> SchKG-Handschin/Hunkeler, a.a.O., N 42 zu Art. 197 SchKG.
- <sup>33</sup> Zur Frage, inwieweit der Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes die dem Unternehmer geschuldete Vergütung zurückbehalten kann vgl. Gauch, WV, a.a.O., N 2366 ff.
- <sup>34</sup> Zur Zulässigkeit der Verrechnung vgl. vorne, II/2c und III/2a. Einer abweichenden Auffassung in der Literatur (Kolly Gilbert, Die Forderungen des Bestellers aus Wandelung und auf Nachbesserung bei Konkurs des Unternehmers, in: In Sachen Baurecht, zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Tercier Pierre/Hürlimann Roland (Hrsg.), Freiburg 1989, S. 79 ff.), die danach unterscheidet, ob die Wandelung (gemäss traditioneller Auffassung) die rückwirkende Aufhebung des Werkvertrages oder (gemäss neuerer Auffassung) die Umgestaltung des Vertrages bewirkt, sowie danach, ob das Nachbesserungsrecht eine Forderung oder ein Gestaltungsrecht ist, kann nicht vollumfänglich gefolgt werden. Diese Auffassung erkennt teilweise, dass grundsätzlich auch Gestaltungsrechte und insbesondere die aus Gestaltungsrechten fliessenden Forderungen im Konkurs geltend gemacht werden können (Ziff. 4a hievon), und sie geht teilweise von der unrichtigen Prämisse aus, dass bei vor Konkursöffnung erfolgter Werkablieferung die aus Gestaltungsrechten fliessenden Forderungen erst nach Konkursöffnung entstehen.

<b>Rechtsgebiet</b>	SchKG
<b>Erschienen in</b>	Jusletter 28. Oktober 2002
<b>Zitiervorschlag</b>	Daniel Hunkeler, Wirkungen der Konkursöffnung auf zweiseitige Verträge, insbesondere auf Werkverträge (ausgewählte Einzelfragen), in: Jusletter 28. Oktober 2002 [Rz]
<b>Internetadresse</b>	<a href="http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1986">http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1986</a>