

§ 1 Die Weiterführung des Unternehmens nach bzw. trotz Konkursöffnung

1.1. Formen der Weiterführung von Unternehmen

Für die Weiterführung des Unternehmens nach Konkursöffnung lassen sich im Wesentlichen drei Formen unterscheiden:

- Übernahme und Weiterführung des Betriebes durch eine Auffanggesellschaft *vor Konkursöffnung* mit nachfolgendem Konkurs der insolventen Muttergesellschaft;
- Verkauf des Betriebes an eine Auffanggesellschaft oder bereits bestehende Drittfirma *nach Konkursöffnung* eventuell mit kurzfristiger Weiterführung des Betriebes durch die Konkursorgane;
- Weiterführung des Unternehmens nach Konkursöffnung durch die Konkursorgane als Massnahme zur Erhaltung oder Vermehrung der Konkursaktiven mit nachfolgender Liquidation (Sicherungsweiterführung).

1.2. Anwendungsbeispiel

Personentransport Müller & Co.
Kontaktnahme eines Kollektivgesellschafters mit dem Konkursamt.
Konkursöffnung
Weiterführung des Betriebes unter Aufsicht des Konkursamtes (Überlassung eines Fahrzeuges an einen Gesellschafter zur Ausführung von Aufträgen etc.)
Abschluss eines Vertrages zur Übertragung des Betriebes an die Auffanggesellschaft unter Vorbehalt der Genehmigung durch Gläubigerversammlung und von höheren Angeboten.
Konkurspublikation
Hinweis in der Konkurspublikation auf Verkauf und Möglichkeit zu Widerspruch und höherem Angebot.
Gläubigerversammlung.

1. Schritt: Kontaktaufnahme vor der Konkursöffnung

Die Kollektivgesellschaft Personentransport Müller & Co. war vor allem wegen Zerstrittenheit und persönlichen Problemen der Kollektivgesellschaftler in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Als der Konkurs infolge der Betreuung durch die Hausbank kurz bevorstand, kontaktierte ein Gesellschafter das Konkursamt im Hinblick auf eine mögliche Weiterführung nach Konkursöffnung.

2. Schritt: Weiterführung des Betriebes nach Konkursöffnung unter der Aufsicht des Konkursamtes

Dem Konkursamt wurde vom Inspektorat ein „Fliegender Notar“ mit Erfahrung in Weiterführung von Unternehmen als a.o. Stellvertreter zugeteilt.

Kurz nach Konkurseröffnung im Januar hat das Konkursamt einem Kollektivgesellschafter ein Fahrzeug zum Gebrauch überlassen. Damit sollte sichergestellt werden, dass bestehende Aufträge ausgeführt werden und die Kundschaft im Hinblick auf einen späteren Verkauf des Unternehmens erhalten bleibt. Von den ehemals drei Angestellten wurde eine Person weiterbeschäftigt.

Die Vereinbarung wurde auch von der Hauptgläubigerin, der Hausbank, unterzeichnet.

3. Schritt: Verkauf des gesamten Betriebes an die Auffanggesellschaft

Bereits im März wurde mit der Auffanggesellschaft – eine Kollektivgesellschaft, an der im Wesentlichen die alten Gesellschafter beteiligt waren – ein Vertrag betreffend den Verkauf des gesamten Betriebes abgeschlossen. Die Auffanggesellschaft wurde ermächtigt, unmittelbar nach Unterzeichnung des Vertrages den Betrieb weiterzuführen. Der Vertrag wurde unter dem Vorbehalt abgeschlossen, dass er in einer nachfolgenden Gläubigerversammlung (im summarischen Verfahren) genehmigt wird und kein Gläubiger ein höheres Angebot unterbreitet.

In der Konkurspublikation wurde alsdann auf den Verkauf hingewiesen. Wie nicht anders zu erwarten, wurde kein höheres Angebot gemacht und die Gläubigerversammlung war nicht beschlussfähig.

Später konnte der Konkurs infolge eines Forderungsverzichtes der alten und neuen Hausbank sogar widerrufen werden.

1.3. Rechtsgrundlagen für die Weiterführung im SchKG

Art. 236 Abs. 1 SchKG:

b. Beschlüsse über dringliche Fragen

¹ *Die Gläubigerversammlung kann über Fragen, deren Erledigung keinen Aufschub duldet, Beschlüsse fassen, insbesondere über die Fortsetzung des Gewerbes oder Handels des Gemeinschuldners, über die Frage, ob Werkstätten, Magazine oder Wirtschaftsräume des Gemeinschuldners offen bleiben sollen, über die Fortsetzung schwebender Prozesse, über die Vornahme von freihändigen Verkäufen¹.*

Art. 211 Abs. 2 SchKG:

D. Umwandlung von Forderungen

¹ *Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstande haben, werden in Geldforderungen von entsprechendem Werte umgewandelt.*

² *Die Konkursverwaltung hat indessen das Recht, zweiseitige Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht oder nur teilweise erfüllt sind, anstelle des Schuldners zu erfüllen. Der Vertragspartner kann verlangen, dass ihm die Erfüllung sichergestellt werde.¹*

1.4. Grundsatzfrage: Interesse an der Weiterführung eines Betriebes versus Interesse der Gläubiger an einer möglichst hohen Konkursdividende

Konkursverwaltung und Konkursamt haben vor allem die Interessen der Gläubiger und des Schuldners zu wahren. Unter den Interessen der Gläubiger sind dabei nicht die Individualinteressen der einzelnen Gläubiger, sondern ausschliesslich das Interesse der Gläubigergesamtheit auf möglichst hohe Deckung ihrer Forderungen zu verstehen. Nachfolgend ist zu prüfen, ob und allenfalls inwiefern die

Konkursorgane auch die Interessen der Arbeitnehmer und der Öffentlichkeit an der Weiterführung des Betriebes einbeziehen können und dürfen.

Diese Problematik wird etwa an folgenden Beispielen deutlich:

- Die Konkursverwaltung hat für die Übernahme des Betriebes zwei Angebote erhalten. Ein Angebot für Fr. 500'000.- stammt von Personen aus dem Umfeld der früheren Inhaber der Firma. Alle verfügbaren Informationen sprechen dafür, dass diese Personen den Betrieb langfristig weiterführen wollen. Das andere Angebot lautet auf Fr. 600'000.-. Hinter dem Angebot steht ein Konkurrenzunternehmen der Konkursitin. Es muss angenommen werden, dass der Betrieb nach kürzerer Frist stillgelegt und allein die bekannte Marke X weiterbestehen wird.
- Die Konkursverwaltung hat für die Gesamtübernahme der Betriebsmittel der Konkursitin zwei Angebote: Die Person, die das höhere Angebot macht, will lediglich die „nackten“ Vermögenswerte übernehmen. Die andere Person plant die Weiterführung des Betriebes mit einem Teil der früheren Belegschaft und hat hierfür bereits einen Vorvertrag betreffend die Geschäftsliegenschaft abgeschlossen.

Nach geltendem Recht ist die Konkursverwaltung grundsätzlich verpflichtet, dasjenige Angebot anzunehmen, das „unter dem Strich“ die höhere Konkursdividende verspricht. Im erstgenannten Sachverhalt, in dem beide Anbieter das Unternehmen angeblich weiterführen wollen, wird dies grundsätzlich das höhere Angebot der Konkurrentin sein. Im zweiten Fall kann allenfalls das niedrigere Angebot das „bessere“ sein, da durch die Weiterführung des Betriebes möglicherweise Schadenersatzansprüche aus Nichterfüllung von Verträgen und Lohnforderungen der Arbeitnehmer vermieden werden.

Die Interessen der Arbeitnehmer und der Öffentlichkeit müssen gegenüber den Interessen der Gläubiger an einer möglichst hohen Konkursdividende stets zurückstehen. Hierfür sprechen insbesondere folgende Argumente:

- Das Gesetz gibt den Gläubigern beim Freihandverkauf die Möglichkeit, selber ein höheres Angebot zu machen (SchKG 256 III). Dies kann nur bedeuten, dass die Konkursverwaltung auch verpflichtet ist, unabhängig von der Person des Gläubigers und seinen Plänen über die Verwendung der Vermögenswerte, das höhere Angebot anzunehmen.
- Eine Optimierung des Erlöses unbeachtet anderer Interessen kann auch aus SchKG 240 herausgelesen werden. Danach sind die Aufgaben der Konkursverwaltung die Erhaltung und Verwertung der Masse. Von anderen Zielsetzungen ist nicht die Rede.

Zwischenergebnis: Die Weiterführung des Betriebes bzw. die Sicherstellung einer nachhaltigen Weiterführung ist grundsätzlich nur möglich, wenn und soweit dies im konkreten Fall die beste Verwertungsform zur Erlangung einer möglichst hohen Konkursdividende ist. Stehen bessere Alternativen zur Verfügung, müssen diese gewählt werden.

Eine Höherwertung der Interessen an Sanierung und Weiterführung gegenüber dem Interesse der Gläubiger an optimaler Verwertung findet sich im SchKG allein in beschränktem Rahmen im Nachlassverfahren. So wird etwa beim Nachlassvertrag – anders als beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung – nicht verlangt, dass die Gläubiger dadurch besser gestellt werden, als im Konkursfall (vgl. SchKG 306 II Ziff. 1bis).

Man kann sich fragen, ob eine „mutige“ Konkursverwaltung in den genannten Beispielen einfach das niedrigere Angebot annehmen und die Gläubiger, die damit nicht einverstanden sind, auf den Beschwerdeweg verweisen könnte? Eine solche Vorgehensweise mag faktisch zum Ziel führen. Bei Verfügungen, die offensichtlich mit dem Gesetz nicht vereinbar sind, besteht jedoch die Gefahr, dass diese unheilbar nichtig sind (vgl. SchKG 22 I).

1.5. Weitere Probleme der Betriebsweiterführung

1.5.1. Rechtliche Beurteilung des Vertrages betreffend Weiterführung des Betriebes (Betriebsfortführungsvertrag)

In rechtlicher Hinsicht bildet der Betriebsfortführungsvertrag, den das Konkursamt mit der Auffanggesellschaft oder den diese beherrschenden Personen abschliesst, das Kernstück des konkursrechtlichen Sanierungsverfahrens. In der Lehre ist dieser Vertrag bis jetzt allerdings weder beschrieben noch näher untersucht worden. Nachfolgend sollen erste Antworten auf die damit verbundenen Fragen gegeben werden.

1.5.1.1. Typischer Inhalt des Betriebsfortführungsvertrages

Der Betriebsfortführungsvertrag wird typischerweise unmittelbar nach Konkurseröffnung mit dem Konkursamt und der Auffanggesellschaft abgeschlossen. Falls die Auffanggesellschaft noch nicht gebildet ist, kommen als Vertragspartner auch die zukünftigen Eigner der Auffanggesellschaft in Frage (siehe den Fall Personentransport Müller & Co).

Der typische Inhalt des Betriebsfortführungsvertrages besteht in Folgendem:

- Der Auffanggesellschaft werden die für die Weiterführung des Betriebes unerlässlichen Mobilien (Warenlager, Halbfabrikate, Maschinen, Fahrzeuge etc.), Rechte (Patente, Marken etc.), Geschäftsunterlagen und Datensammlungen gegen Entgelt überlassen. Denkbar ist dabei ein Verkauf mit oder ohne Vorbehalt oder auch nur eine Vermietung bzw. Überlassung zum Gebrauch.
- Die Auffanggesellschaft erklärt sich bereit oder erhält die Befugnis, alle oder einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. In der Regel werden von der Auffanggesellschaft neue Arbeitsverträge abgeschlossen.
- Die Auffanggesellschaft erklärt sich bereit, alle oder einzelne Mietverträge unter Vorbehalt der Zustimmung der Vermieterschaft zu übernehmen. Denkbar ist auch, dass die Auffanggesellschaft bereits „bilateral“ mit der Vermieterschaft neue Verträge abgeschlossen hat.
- Die Auffanggesellschaft erhält das Recht, in Verträge mit Dritten (Leasingverträge, Werkverträge, Kaufverträge etc.) einzutreten oder mit diesen neue Verträge abzuschliessen.
- Vorstellbar ist sodann, dass der Auffanggesellschaft eine Art „Vorzugsrecht“ oder „Optionsrecht“ auf die definitive Übertragung der Betriebsmittel eingeräumt wird.
- Als Gegenleistung der Auffanggesellschaft für die gewährten Rechte und Befugnisse können die Bezahlung eines Pauschalbetrages oder monatliche Zahlungen mit Sicherstellung vorgesehen werden.
- Schliesslich werden als wesentliche Bestandteile des Vertrages umfangreichere Vorkehrungen dafür getroffen, dass die Überlassung des Betriebes rückgängig gemacht werden kann, falls dieser später durch Rechte der Gläubiger und Dritter (Recht der Gläubiger auf höheres Angebot, Zustimmungsrecht der Pfandgläubiger, Zustimmung der Gläubiger im Sinne von SchKG 231 III Ziff. 1 etc.) in Frage gestellt werden sollte. Solche Vorkehrungen können insbesondere sein:
 - Die Vermögenswerte werden nur vermietet bzw. zum Gebrauch überlassen und nicht verkauft;
 - Falls sie verkauft werden, werden sie nur unter Vorbehalt veräussert;
 - Im Hinblick auf den Geldersatz für verbrauchte Sachen, wird die Auffanggesellschaft verpflichtet, eine Sicherheit zu leisten, etc.

1.5.1.2. Rechtsnatur des Betriebsfortführungsvertrages zwischen Konkursamt und Auffanggesellschaft

Die Rechtsnatur des Betriebsfortführungsvertrages ist bisher in der Lehre nicht untersucht worden. M.E. ist diese wie folgt zu bestimmen:

Lehre und Praxis unterteilen die von den Konkursorganen abgeschlossenen Verträge in zwei Typen: den (öffentlich-rechtlichen) Verträgen betreffend Verwertung von Vermögenswerten und den (privatrechtlichen) Verträgen, welche die Sicherung und Verwaltung der Aktiven betreffen. Zum erstgenannten Typus gehört insbesondere der Freihandverkauf. Zur zweiten Art sind etwa zu zählen: Vertrag betreffend Hinterlegung einer wertvollen Sache; Werkvertrag betreffend Reparatur des Daches einer Liegenschaft, die vom Konkursamt verwaltet wird¹.

Der Betriebsfortführungsvertrag hat Elemente beider Vertragstypen. Trotzdem ist er m.E. insgesamt wegen seiner Tragweite als öffentlich-rechtlicher Vertrag einzustufen.

1.5.1.3. Anfechtbarkeit

Als öffentlich-rechtlicher Vertrag unterliegt der Betriebsfortführungsvertrag grundsätzlich der Anfechtung durch die Beschwerde nach SchKG 17 ff. Nach der kantonalen Rechtsprechung soll allerdings mit der Beschwerde nicht gerügt werden können, das Konkursamt habe mit dem Betriebsfortführungsvertrag nicht die optimale Lösung gewählt².

1.5.2. Sicherung der Sachkunde der Konkursorgane

Die Weiterführung eines Betriebes nach Konkurseröffnung verlangt grosse Sachkunde der Konkursorgane. Wie kann diese sichergestellt werden?

1.5.2.1. Einsetzung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung?

In einzelnen Kantonen kommt es offenbar auch heute noch vor, dass das Konkursgericht im – hier regelmässig anwendbaren – summarischen Verfahren direkt eine ausseramtliche Konkursverwaltung einsetzt. Dies ermöglicht es dem Konkursgericht, eine Person mit der notwendigen Erfahrung und Sachkunde einzusetzen. Diese Praxis widerspricht allerdings klar der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 121 III 142 ff.).

1.5.2.2. Bildung einer konkursamtlichen „Task-Force“ für Sanierungsfälle?

In grösseren Kantonen käme die Bildung einer von Fall zu Fall einsetzbaren Gruppe von Konkursbeamtinnen und -beamten in Frage, die über Kenntnisse und Erfahrung in der Weiterführung von Betrieben verfügen.

Im Kanton Zürich ist etwa vom Inspektorat letzthin im Hinblick auf ein grosses Verfahren eine solche Task-Force vorbereitet worden. In einzelnen Fällen ist auch schon vom Inspektorat ein Beamter, der über die notwendigen Kenntnisse verfügt, als Stellvertreter des ordentlichen Konkursbeamten bestellt worden.

1.5.2.3. Beizug von Hilfspersonen aller Art

Selbstverständlich kann und muss das Konkursamt fehlende eigene Kenntnisse betreffend die Weiterführung immer wieder durch den Beizug von Dritten wettmachen. Dies gilt etwa für Schätzungen, Verwertungen oder auch für die kurzfristige Weiterführung des Betriebes.

¹ LORANDI, Freihandverkauf, S. 44 f.

² BISchK 1962 S. 91 ff., Obergericht Zürich; vgl. auch BISchK 1995 S. 22 ff., Aufsichtsbehörde Basel-Stadt.

Da das Konkursamt letztlich für das Verfahren verantwortlich bleibt, kann jedoch der Beizug von Dritten nicht entbehrlich machen, dass der Beamte selber über betriebswirtschaftliche Grundkenntnisse und unternehmerisches Denken verfügt.

1.5.3. Entscheidung über die Weiterführung durch die Konkursorgane

Der Entscheid über die Weiterführung eines Betriebes liegt in erster Linie beim Konkursamt. Selbst in den Ausnahmefällen, in denen (noch) ein ordentliches Verfahren stattfindet, kommt der Beschluss der ersten Gläubigerversammlung, die hierfür an sich zuständig ist (SchKG 237 III Ziff. 3), zu spät.

Beim Entscheid über die Weiterführung des Betriebes handelt es sich stets um einen äusserst risikoreichen Ermessensentscheid, der zudem fast immer unter hohem Zeitdruck zu fällen ist. Regelmässig ist dabei nicht nur über die Weiterführung des Betriebes, sondern zugleich auch über die (mindestens faktische) Veräusserung der wesentlichen Aktiven an einen Dritten zu entscheiden.

Hier soll lediglich kurz auf einige unternehmerische Fragen hingewiesen werden, die das Konkursamt bei der Entscheidungsfindung zu beantworten hat:

- Sind die vorhandenen oder von einem Dritten eingeschossenen Mittel für eine Weiterführung ausreichend?
- Wie gross ist der Schaden für die Gläubiger, wenn der Betrieb weitergeführt wird und der Verkauf des Unternehmens jedoch später scheitert?
- Verdienen die Personen, die den Betrieb weiterzuführen versprechen, Vertrauen?
- Sind die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für eine Weiterführung des Betriebes bereit?
- Wie stellen sich der oder die Hauptgläubiger zu einem solchen Vorhaben?

1.5.4. Problem des faktischen Diktierens des Preises durch den Hauptinteressenten

Eines der schwierigsten Probleme der Veräusserung des Betriebes nach Konkurseröffnung ist ohne Zweifel, dass der Kaufpreis vom Hauptinteressenten faktisch diktiert werden kann.

In der Praxis wird etwa versucht dieses Problem wie folgt zu lösen. Das Konkursamt verweigert den Notverkauf, falls nicht ein bestimmter Mindestkaufpreis geboten wird. D.h.: Das Konkursamt „spielt“ seinerseits mit dem Zeitfaktor. Auch der Interessent wird sich meist angesichts bereits getätigter Investitionen unter Zugzwang befinden.

Das Problem der Einsetzung solcher „Druckmittel“ ist allerdings, dass die Gläubiger unter Umständen bei einem Scheitern der Auffanglösung noch schlechter fahren können, als beim (bescheidenen) Angebot des Hauptinteressenten.

M.E. ist es trotzdem gerechtfertigt, dass das Konkursamt auf die Bezahlung eines fairen Preises besteht.

1.5.5. Anfechtungsklagen

Die Hauptproblematik der Sanierung über eine Auffanggesellschaft besteht darin, dass unter Umständen Vermögenswerte der Muttergesellschaft bzw. die Aktien der Auffanggesellschaft zu einem Preis verkauft werden, der unter ihrem eigentlichen Wert liegt. Dies wirft die Frage nach Anfechtungsansprüchen nach SchKG 285 ff. auf.

1.5.5.1. Erwerb von Aktiven der Muttergesellschaft durch die Auffanggesellschaft unter ihrem Wert

Anfechtbar ist auf jeden Fall der Erwerb von Aktiven der Muttergesellschaft durch die Auffanggesellschaft vor Konkurseröffnung unter ihrem Wert³ (vgl. SchKG 286 II Ziff. 1 und/oder SchKG 288). Das Problem besteht jedoch darin, den „wahren“ Wert der fraglichen Vermögenswerte zu bestimmen. Beispiele: Die Auffanggesellschaft übernimmt vor Konkurseröffnung den Grossteil der Betriebsmittel der Muttergesellschaft: Ist für die einzelnen Vermögenswerte der Liquidationswert oder der Fortführungswert massgebend? Ist der Wert der Vermögenswerte bei Einzelverwertung oder bei Verwertung als Gesamtheit in Rechnung zu stellen?

Besondere Probleme stellen sich, wenn die Auffanggesellschaft vor Konkurseröffnung nur einzelne wichtige Teile einer Maschine zu einem Preis, der sich lediglich am Wert des Einzelteils orientiert, übernimmt. Ohne diese Teile ist die Maschine jedoch weitgehend wertlos. M.E. ist auch ein solcher Kauf grundsätzlich anfechtbar.

1.5.5.2. Bestellung eines Pfandrechtes an den Aktien der Auffanggesellschaft zur Sicherstellung des Betriebskredites

Anfechtbar ist schliesslich (wohl) auch die Bestellung eines Pfandrechtes an den Aktien der Auffanggesellschaft zur Sicherstellung des Betriebskredites. Die Muttergesellschaft bestellt damit an einem ihr zustehenden Vermögenswert ein Pfandrecht, ohne dass sie selber eine Gegenleistung erhält.

1.5.6. Beizug von Arbeitnehmern und Hilfskräften

Entschliesst sich das Konkursamt für die Weiterführung des Betriebes zur Sicherung der Konkursmasse, ist zunächst die Frage zu beantworten, mit welchen Arbeitskräften dies geschehen soll. Als Lösungen bieten sich an:

- Beizug von Dritten im Arbeitsverhältnis oder von Drittpersonen im Rahmen eines Werkvertrages oder Auftrages. In der Praxis werden etwa für Liquidationen immer häufiger spezialisierte Firmen eingesetzt.
- Beizug von ehemaligen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Rahmen eines Arbeitsvertrages, Werkvertrages oder Auftrages.

Am wenigsten Probleme stellt ohne Zweifel der Beizug von Dritten dar. Bei der Beschäftigung von ehemaligen Arbeitnehmern besteht stets das Problem des Vertragseintrittes nach SchKG 211.

1.5.7. Weiterbenützung von Räumlichkeiten für die Weiterführung

Bei einer auch nur kurzfristigen Weiterbenützung von Räumlichkeiten für die Weiterführung des Betriebes besteht die Gefahr, dass dies als umfassender Eintritt in den Miet- oder Pachtvertrag mit Übernahme aller aufgelaufenen Verbindlichkeiten gewertet wird (SchKG 211 II). Dies kann nur mit einer entsprechenden, neuen Vereinbarung mit dem Vermieter oder Verpächter verhindert werden.

1.6. Schlussbemerkung

Das geltende Konkursrecht gestattet die Sanierung eines Betriebes durch Übertragung des gesunden Betriebsteils auf eine Auffanggesellschaft und Liquidierung der überschuldeten Muttergesellschaft. Die verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Hindernisse können mit pragmatischen Lösungen weitgehend überwunden werden. Handlungsbedarf besteht für Bund und Kantone vor allem darin, dass sie bei den Konkursämtern für ausreichende Sachkunde für die Weiterführung von Betrieben besorgt sein müssen.

³ WÜTHRICH, S. 39 ff.

Dieses Ergebnis darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass das schweizerische Recht dringend ein effektives Sanierungsverfahren benötigt, das eine „direkte“ Sanierung eines Unternehmens unter Beibehaltung der bisherigen Rechtspersönlichkeit ermöglicht. Eine Sanierung über eine Auffanggesellschaft ist stets eine Notlösung⁴.

⁴ MEIER/PEYER/RUTSCHMANN, S. 15.