

Weiterführung des Betriebes nach bzw. trotz Konkurseröffnung

Konkursrecht

Prof. Isaak Meier

Formen der Betriebsweiterführung nach / trotz Konkurs

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

Anwendungsbeispiel

Personentransport Müller & Co.

Gründung einer neuen Gesellschaft als Auffanggesellschaft.
Kontaktnahme eines Kollektivgesellschafters mit dem
Konkursamt.

Konkurseröffnung

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.

Art. 236 Abs. 1 SchKG: *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 Verkäufen.*¹

Art. 211 Abs. 2 SchKG: *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 Konkursöffnung nicht oder nur teilweise erfüllt sind, anstelle des Schuldners zu erfüllen. Der Vertragspartner kann verlangen, dass ihm die Erfüllung sichergestellt werde.*¹

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

Problematik gezeigt an konkreten Beispielen:

- 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.

Welches Angebot soll/darf Konkursamt annehmen?

Problem 1: Betriebsfortführungsvertrag (Folie 1)

Typischer Inhalt:

- 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.

Betriebsfortführungsvertrag (Folie 2)

- Rechtsnatur: öffentlich-rechtlicher Vertrag wie der Freihandverkauf
- Anfechtung: Art. 17 ff. SchKG.

Problem 2: Sicherung der Sachkunde des Konkursamtes

- **Einsetzung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung?**

Obwohl die Einsetzung einer ausseramtlichen K'verwaltung an sich sinnvoll wäre ist dies nicht möglich (BGE 121 III 142 ff.).

- **Bildung einer konkursamtlichen „Task-Force“ für Sanierungsfälle?**

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.

- **Beizug von Hilfspersonen aller Art**

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

Problem 3: Weiterführungsentscheid durch das Konkursamt als superprovisorische Massnahme

- Beschluss der ersten Gläubigerversammlung kommt zu spät (vgl. 238 I).
- Alleinige Entscheidung durch Konkursamt

Zu beantwortende Fragen:

- 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?

Problem 4: Faktisches Diktieren des Preises durch dem Konkurschuldner nahestehende Personen

Meistens kommt nur ein Käufer in Frage, der zudem meist de facto mit dem Konkurschuldner weitgehend identisch ist.

Verlangen eines Mindestangebotes oder Verkauf unter dem «wahren» Wert?

Motion Hess 11.3925

- Verhinderung des Missbrauchs der Konkursöffnung
- Vom Parlament überwiesen;
Vernehmlassungsvorlage wird ausgearbeitet.

Problem 5: Anfechtungsklage

- Verkauf der Aktiven vor Konkurseröffnung an die Auffanggesellschaft unter ihrem Wert (vgl. 286 SchKG).
- Verhinderung der Anfechtung durch Einbringung der Aktien der Auffanggesellschaft in Konkursmasse.

Problem 6: Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern nach Konkursöffnung im Hinblick auf Betriebsübernahme oder Fertigstellung von Arbeit

- Eintritt in den Vertrag mit Übernahme aller offenen Verbindlichkeiten als Massaschuld (SchKG 211).

Problem 7: Weiterbenützung von Räumlichkeiten

- Geltenden Recht bis Ende 2013: Umfassender Eintritt in den Vertrag mit Übernahme aller offenen Verpflichtungen nach SchKG 211.
- Neues Recht ab 1.1.2014: Selektiver Vertragseintritt.

Praktische Bedeutung der Weiterführung im Konkurs

- Die Weiterführung eines Betriebes trotz Konkurs über eine Auffanggesellschaft hat im Bereich der KMU's eine wichtige Bedeutung. Wohl bedeutsamer als Nachlassverfahren nach SchKG 293 ff.
- Vorteil der Weiterführung im Konkurs:
 - Schuldenschnitt
 - Keine Anwendung von OR 333.

Bei Bernie's geht es weiter

Modekette wird übernommen – die Filialen öffnen wieder



Bernie's hat die Schweizer Modeszene über lange Jahre mitgeprägt.

(Bild: Keystone / Walter Bieri)

Eine Woche nach der Konkurs-Eröffnung hat das Modehaus Bernie's einen Käufer gefunden. Ein Ehepaar aus der Branche übernimmt das Modehaus und sämtliche Mitarbeiter. Bereits am Donnerstagabend sollte die Filiale in der Zürcher Bahnhofstrasse wieder öffnen.

(Tages –Anzeiger: Dezember 2011).

Konkurspublikation/Schuldenruf (SchKG 231, 232)

Publikationsdatum SHAB : 09.12.2011

1.Schuldnerin: **Bernie's AG**, Hagenholzstr. 71, **8050 Zürich**

2.Datum der Konkurseröffnung : 14.11.2011

3.Konkursverfahren: summarisch

4.Eingabefrist: 10.01.2012

5.Bemerkungen: Notverkauf (Art. 243 Abs. 2 SchKG):

Die Konkursverwaltung hat Aktiven und Passiven verschiedenster Art, darunter die gesamten beweglichen Sachen (Anlagevermögen und Handelsware), die sich in den Standorten/Filialen etc. der konkursiten Gesellschaft in der Schweiz befinden, am 23.11.2011 verkauft. Die Käuferin hat für 11 der bisherigen Standorte neue Mietverträge abgeschlossen und allen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung in ungekündigter Stellung stehenden Arbeitnehmern und Lehrlingen neue Arbeitsverträge angeboten. Dadurch fallen die pfandgesicherten und privilegierten Forderungen im Konkurs entsprechend tiefer aus und der Betrieb konnte durch die Käuferin weitergeführt werden. Der Verkauf erfolgte unter dem Vorbehalt, dass kein Gläubiger bis zum Ablauf der Eingabefrist ein höheres Angebot abgibt. Zudem wird der Kauf nach Ablauf der Eingabefrist der Gläubigergesamtheit zur Genehmigung unterbreitet.

Die Gläubiger, welche vom Recht des höheren Angebotes nach Art. 256 Abs. 3 SchKG Gebrauch machen wollen, laden wir ein, bis zum 10.01.2012 (bei uns eingehend) schriftlich höhere Kaufangebote einzureichen. Allfällige interessierte Gläubiger werden gebeten, sich innert dieser Frist mit der Konkursverwaltung in Verbindung zu setzen.

Eigentumsansprachen sind sofort bei uns schriftlich geltend zu machen.

Konkursamt Oerlikon-Zürich

8050 Zürich

New Bernie's Fashion AG, in Zürich, CH-020.3.037.244-9, Wolfbachstrasse 15, 8032 Zürich, Aktiengesellschaft (Neueintragung).

Statutendatum: 14.11.2011. Zweck: Zweck der Gesellschaft ist der Handel mit sowie die Vermittlung von modischer Bekleidung und Accessoires aller Art. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen. Die Gesellschaft kann Grundstücke erwerben, halten und veräussern. Die Gesellschaft kann alle kommerziellen, finanziellen und anderen Tätigkeiten ausüben, welche mit dem Zweck der Gesellschaft im Zusammenhang stehen.. Aktienkapital: CHF 100'000.00. Liberierung Aktienkapital: CHF 100'000.00. Aktien: 1'000 Namenaktien zu CHF 100.00. Publikationsorgan: SHAB. Mitteilungen an die Aktionäre erfolgen schriftlich oder durch E-Mail an die im Aktienbuch verzeichneten Adressen. Vinkulierung: Die Übertragbarkeit der Namenaktien ist nach Massgabe der Statuten beschränkt. Eingetragene Personen: Di Falco, Rinaldo, italienischer Staatsangehöriger, in Zürich, Präsident des Verwaltungsrates, mit Einzelunterschrift; Di Falco-Cipollini, Giuseppa, italienische Staatsangehörige, in Zürich, Mitglied des Verwaltungsrates, mit Einzelunterschrift; Trevin AG Audit (CH-020.3.922.026-7), in Zürich, Revisionsstelle.

Tagesregister-Nr. 40873 vom 15.11.2011 / CH-020.3.037.244-9 / 06422260

SHAB Nr 128 vom 05.07.2013

Schluss des Konkursverfahrens
SchKG 268

Publikationsdatum SHAB : 05.07.2013

Schuldnerin: **Bernie's AG**, Hagenholzstr. 71, **8050 Zürich**

Datum des Schlusses: 24.06.2013

Konkursamt Oerlikon-Zürich
8050 Zürich