

Roger Abegg

Die Unternehmensfortführung im Konkurs

ISBN 978-3-03916-089-1

Editions Weblaw
Bern 2021

Zitiervorschlag:

Roger Abegg, Die Unternehmensfortführung im Konkurs,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2021

Universität Zürich
Rechtswissenschaftliche Fakultät

Die Unternehmensfortführung im Konkurs

Eine rechtsvergleichende Analyse der begünstigenden und erschwerenden Faktoren im
ordentlichen Schweizer Konkursverfahren sowie im deutschen Regelinsolvenzverfahren

Roger Abegg

roger.abegg2@uzh.ch

10. Semester

FS 2021

18 ECTS

Diese Arbeit wurde unter der Betreuung von Herrn Prof. Dr. iur. Ulrich Haas verfasst.

Die am 29. Mai 2021 eingereichte Masterarbeit wurde nach der Begutachtung und Benotung
von Herrn Prof. Dr. iur. Ulrich Haas vom 9. Juni 2021 für die hier vorliegende Fassung an
einigen wenigen Stellen ganz leicht angepasst.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	VIII
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Die Schweizer Problematik (gesamt-)wirtschaftlich nicht sinnvoller Konkursverfahren sowie die thematische Beschränkung dieser Arbeit	2
§ 3 Die Verfahrensziele des ordentlichen Schweizer Konkursverfahrens sowie des deutschen Regelinsolvenzverfahrens	4
1. Die Verfahrensziele im Schweizer Konkursverfahren	4
1.1 Zerschlagende Generalliquidation (Art. 252 ff. und Art. 261 ff. SchKG)	4
1.2 Liquidation durch Unternehmensverkauf	5
1.3 Nachlassvertrag im Konkurs (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG i.V.m. Art. 332 SchKG)	5
2. Die Verfahrensziele im deutschen Insolvenzrecht	5
2.1 Liquidation mit oder ohne Unternehmensfortführung (§ 1 S. 1 Hs. 2 InsO)	6
2.2 Liquidation durch übertragende Sanierung (§ 1 S. 1 Hs. 2 InsO)	6
2.3 Sanierung mittels Insolvenzplan (§ 1 S. 1 Hs. 2 und §§ 217 ff. InsO)	6
3. Rechtsvergleichende Betrachtung der Haftungsverwirklichung	7
§ 4 Die Organisationsverfassung von Gesellschaften im Konkurs und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung	7
1. Die Konkursverwaltung	7
1.1 Die Schweizer Konkursverwaltung	7
1.1 a) Rechtstellung und Aufgaben der Konkursverwaltung	7
1.1 b) Insb. provisorischer Entscheid über die Unternehmensfortführung und Vollzug der provisorischen und definitiven Fortführung	9
1.2 Der deutsche Insolvenzverwalter	10
1.2 a) Rechtstellung und Aufgaben des Insolvenzverwalters	10
1.2 b) Insb. vorläufige Unternehmensfortführung und Vollzug der vorläufigen und definitiven Betriebsfortführung	12
1.3 Rechtsvergleichende Betrachtung der Stellung der Konkursverwaltung und deren Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung	12
2. Die Organe der Gesellschaft	13
2.1 Verdrängung der Gesellschaftsorgane aufgrund der Beschränkung des Verfügungsrechts des Schuldners (Art. 204 ff. SchKG; Art. 740 Abs. 5 OR) sowie Auskunfts- und Mitwirkungspflichten (Art. 222 SchKG & Art. 228 f. SchKG)	13
2.2 Überlagerung der Befugnisse der Gesellschaftsorgane durch den Insolvenzverwalter (§ 80 InsO) sowie Auskunfts- und Mitwirkungspflichten (§ 97 InsO & § 101 InsO)	14
2.3 Rechtsvergleichende Betrachtung der Stellung der Organe der Gesellschaft und deren Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung	15
3. Die Organe zur Gläubigermithilfe	16
3.1 Die Gläubigerversammlung	16
3.1 a) 1. Gläubigerversammlung (Art. 235 ff. SchKG) und 2. Gläubigerversammlung (Art. 252 ff. SchKG)	16
3.1 b) Insb. Entscheidung über die Unternehmensfortführung (Art. 238 Abs. 1 SchKG)	17

3.1 c)	Gläubigerversammlungen (§§ 74 ff. InsO), insb. Berichtstermin (§§ 156 ff. InsO) und Prüfungstermin (§§ 176 ff. InsO)	18
3.1 d)	Insb. Entscheidung über die Unternehmensfortführung (§§ 157 ff. InsO)	19
3.2	Der fakultative Gläubigerausschuss	20
3.2 a)	Der fakultative Gläubigerausschuss (Art. 237 Abs. 3 SchKG)	20
3.2 b)	Der fakultative Gläubigerausschuss (§§ 67 ff. InsO)	21
3.3	Rechtsvergleichende Betrachtung der Gläubigermitwirkung und deren Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung	21
4.	Die gerichtlichen Organe	22
4.1	Das Schweizer Konkursgericht	22
4.2	Die Schweizer Aufsichtsbehörde (SchKG 13)	23
4.3	Das deutsche Insolvenzgericht	23
4.4	Rechtsvergleichende Betrachtung der gerichtlichen Organe	24
§ 5	Die Haftung der Vollstreckungsorgane im Konkurs gegenüber den Gläubigern und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung	25
1.	Das Beschwerderecht der Gläubiger (Art. 17 ff. SchKG)	25
2.	Die Haftung des Kantons für durch Behörden verursachte Schäden (Art. 5 SchKG)	27
3.	Die Aufsicht des Insolvenzgerichts über den Insolvenzverwalter (§§ 58 f. InsO), über den Gläubigerausschuss (§ 70 InsO) sowie über die Gläubigerversammlung (§ 78 InsO)	28
4.	Die Haftung des Insolvenzverwalters (§ 60 f. InsO) sowie des Gläubigerausschusses (§ 71 InsO)	29
5.	Rechtsvergleichende Betrachtung der Haftung der Vollstreckungsorgane und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung im Konkurs	31
§ 6	Rechtliche Rahmenbedingungen für eine Unternehmensfortführung im Konkurs	32
1.	Die Inventarisierung und Sicherung der Konkursmasse	32
1.1	Inventaraufnahme und Sicherung der Konkursmasse durch die Konkursverwaltung (Art. 221 ff. SchKG)	32
1.2	Inbesitznahme und Sicherung der Insolvenzmasse durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter (§§ 148 ff. InsO)	34
1.3	Rechtsvergleichende Betrachtung der Sicherungsmassnahmen und deren Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung	35
2.	Die Fortführung von Vertragsverhältnissen durch die Konkursverwaltung und die Qualifikation daraus entstehender Gläubigerforderungen	35
2.1	Konkursforderungen und Masseverbindlichkeiten	35
2.1 a)	Konkursforderungen und Masseverbindlichkeiten (u.a. Art. 206 SchKG)	35
2.1 b)	Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten (§ 35 InsO & § 53 ff. InsO)	37
2.2	Die Weiterführung nicht erfüllter Verträge durch die Konkursverwaltung	37
2.2 a)	Das Vertragseintrittsrecht der Konkursverwaltung (Art. 211 SchKG)	37
2.2 b)	Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters (§ 103 ff. InsO)	38
2.3	Die Weiterführung von Dauerschuldverhältnissen durch die Konkursverwaltung und die Qualifikation daraus entstehender Gläubigerforderungen	38
2.3 a)	Das Vertragseintrittsrecht der Konkursverwaltung bei Dauerschuldverhältnissen und die Qualifikation daraus entstehender Gläubigerforderungen (Art. 211a SchKG)	38
2.3 b)	Das Fortbestehen von Miet-, Pacht und Arbeitsverhältnissen mit besonderen Kündigungsvorschriften (§§ 108 ff. InsO)	40

2.4	Die Besonderheiten bei Forderungen aus Arbeitsverträgen.....	41
2.4 a)	Das Konkursprivileg für Lohnforderungen (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG).....	41
2.4 b)	Die Insolvenzenschädigung (Art. 51 ff. AVIG)	42
2.4 c)	Das Insolvenzgeld (§§ 165 ff. SGB III)	42
2.5	Die Besonderheiten bei Forderungen aus Mietverträgen	44
2.5 a)	Die Vermieterforderungen und das Retentionsrecht (Art. 268 ff. OR).....	44
2.5 b)	Das gesetzliche Pfandrecht der Vermieterschaft (§§ 562 ff. BGB i.V.m. § 50 Abs. 2 InsO)	45
2.6	Rechtsvergleichende Betrachtung der Dauerschuldverhältnisse und deren Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung	46
2.6 a)	Das Vertragseintrittsrecht der Konkursverwaltung	46
2.6 b)	Der Umgang mit Arbeits- und Mietverhältnissen	46
2.6 c)	Die Sozialversicherung zur Deckung des Lohnausfalls in der Insolvenz	47
2.6 d)	Das Retentionsrecht der Vermieterschaft.....	48
§ 7	Fazit und Vorschläge für zukünftige Änderungen des Konkursrechts	48
1.	Rechtsvergleichendes Fazit zur Unternehmensfortführung im Konkurs	48
2.	Rechtsvergleichende Vorschläge für zukünftige Änderungen des Schweizer Konkursrechts	49
2.1	Förderung der Unternehmensfortführung durch ein dem Konkurs sowie der Nachlassstundung vorgelagertes, einheitliches Eröffnungsverfahren	49
2.2	Förderung der Unternehmensfortführung im Konkurs durch gezielte Anpassungen im Schweizer Konkursrecht.....	50
2.2 a)	Einführung von zusätzlichen Abklärungspflichten der Konkursverwaltung sowie explizite gesetzliche Statuierung der Fortführungsmöglichkeit.....	50
2.2 b)	Lockerung und Neukonzeptionierung der Sicherungsmassnahmen (Art. 223 SchKG).....	51
2.2 c)	(Teilweise) Abschaffung des Retentionsrecht der Vermieterschaft (Art. 268 ff. OR)	51
3.	Schlusswort.....	52

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
ACJC	Arrêt de la Cour de justice de Genève
AG	Aktiengesellschaft
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg im Üechtland (Schweiz)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Zürich
AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982, SR 837.0
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BFS	Bundesamt für Statistik
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Urteil des Bundesgerichts
BGH	Urteil des Bundesgerichtshofs
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, Winterthur
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BSzR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel
bzw.	beziehungsweise
CJ	Cour de justice
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
EB	Ergänzungsband
f.	und folgender

ff.	und folgende
FN	Fussnote
FS	Frühlingssemester
GE	Genf
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.v.	im Sinne von
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994
KGer	Kantonsgericht
KO	Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (<i>nicht mehr in Kraft</i>)
KOV	Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911, SR 281.32
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht, Köln
KUKO	Kurzkommentar
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	litera
LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MüKo	Münchener Kommentar
N	Note(n), Randnote(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht, München
NotG	Notariatsgesetz des Kantons Zürich vom 9. Juni 1985, LS 242
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
Prof.	Professor
S.	Seite, <i>bei der Zitierung deutscher Rechtsnormen</i> : Satz
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SG	Sankt Gallen
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung vom 24. März 1997
SK	Schulthess Kommentar
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	<i>Schweiz</i> : Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0; <i>Deutschland</i> : Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich
u.a.	unter anderem
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982, SR 832.202
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Frankfurt am Main
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Köln
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, Zürich

Literaturverzeichnis

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

ANDRES DIRK/LEITHAUS ROLF/DAHL MICHAEL (Hrsg.), Insolvenzordnung, 4. Aufl., München 2018 (zit.: InsO ANDRES/LEITHAUS-BEARBEITER*IN).

BAUMGARTNER ANDRES, Fortführung eines Unternehmens nach Konkurseröffnung, in: AISUF Bd. 77, Diss. Freiburg 1987.

BECK SIEGFRIED/DEPRÉ PETER, Praxis der Insolvenz – Ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, 3. Aufl., München 2017 (zit.: BECK/DEPRÉ-BEARBEITER*IN).

BRAUN EBERHARD (Hrsg.), Insolvenzordnung, 8. Aufl., München 2020 (zit.: InsO BRAUN-BEARBEITER*IN).

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Betreibungs- und Konkursstatistik, verfügbar unter www.bfs.admin.ch → Statistiken finden → Industrie, Dienstleistungen → Unternehmen und Beschäftigte → Unternehmensdemografie → Betreibungen und Konkurse, zuletzt besucht am 28.05.2021 (zit.: BFS, Genauer Datensatz aus der Betreibungs- und Konkursstatistik).

EHRICKE ULRICH, Das Erlöschen des Vermieterpfandrechts bei Gewerberaummietverhältnissen im Eröffnungsverfahren, insbesondere durch einen Räumungsverkauf, in: KTS 2004, S. 321-338.

FARSACI ALESSANDRO, Entwicklung der Nachlassstundungen in der Schweiz, in: Jusletter 26. August 2019.

GOTTWALD PETER/HAAS ULRICH (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., München 2020 (zit.: GOTTWALD/HAAS-BEARBEITER*IN).

HIRTE HERIBERT/VALLENDER HEINZ, Uhlenbruck – Insolvenzordnung, 15. Aufl., München 2019 (zit.: InsO UHLENBRUCK-BEARBEITER*IN).

HUNKELER DANIEL (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: KUKO SchKG-BEARBEITER*IN).

KELLER ULRICH, Insolvenzrecht, 2. Aufl., München 2020.

KNICKREHM SABINE/DEINERT OLAF (Hrsg.), Gagel – SGB II/III – Grundsicherung und Arbeitsförderung, 80. Lfg., München 2020 (zit.: SGB GAGEL-BEARBEITER*IN).

KNUPP RALPH, Die Anordnung der Unternehmensweiterführung im Konkurs, Diss. Zürich 1988.

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018.

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/VOCK DOMINIK (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit.: SK SchKG-BEARBEITER*IN).

KÜBLER BRUNO M./PRÜTTING HANNS/BORK REINHARD (Hrsg.), InsO Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1, 86. Lfg. Köln 2020 (zit.: InsO KÜBLER/PRÜTTING/BORK-BEARBEITER*IN).

LORANDI FRANCO, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, in: AJP 2004, S. 1209-1224 (zit.: LORANDI, Nachlassverfahren).

LORANDI FRANCO, Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht, in: AJP 2014, S. 294-302 (zit.: LORANDI, Sanierungsrecht).

LORANDI FRANCO, Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz, in: AJP 2020, S. 784-802 (zit.: LORANDI, Insolvenz).

LORANDI FRANCO, Nachlassvertrag im Konkurs (Art. 332 SchKG), in: AJP 2009, S. 331-345 (zit.: LORANDI, Nachlassvertrag).

LORANDI FRANCO, Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht, in: BLSchK 2011, S. 95-108 (zit.: LORANDI, Vorschläge).

LÖTSCHER CORDULA, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, in: BSzR Reihe A Privatrecht Bd. 129, Diss. Basel 2016.

MEIER ISAAK, Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkursöffnung, in: BLSchK 2003, S. 1-29.

MILANI DOMINIK/SCHÜRCH PHILIPP, Das Schicksal von gesamthändischen Forderungen nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven bei einfachen Gesellschaften, in: ZBJV 149/2013, S. 297-330.

MILANI DOMINIK/WOHLGEMUTH MARC (Hrsg.), Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV), Zürich 2016 (zit. KOV-BEARBEITER*IN).

MÜLLER LUKAS/WOHL GEORG J., Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung, in: ZZZ 50/2020, S. 146-163.

STAEHELIN DANIEL, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, in: AJP 2004, S. 363-383.

STAEHELIN DANIEL/BAUER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Basel 2010 (zit.: BSK SchKG-BEARBEITER*IN).

STAEHELIN DANIEL/BAUER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs – Ergänzungsband, 2. Aufl., Basel 2016 (zit.: BSK SchKG-EB-BEARBEITER*IN).

STÜRNER ROLF/EIDENMÜLLER HORST/SCHOPPMAYER HEINRICH (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1: 4. Aufl., München 2019; Bd. 2: 4. Aufl., München 2019; Bd. 3: 4. Aufl., München 2020; Bd. 4: 3. Aufl., München 2016 (zit.: MüKo InsO-BEARBEITER*IN).

UHLENBRUCK-KOMMISSION, Empfehlungen der «Uhlenbruck-Kommission» zur Vorauswahl und Bestellung von InsolvenzverwalterInnen sowie Transparenz, Aufsicht und Kontrolle im Insolvenzverfahren, in: ZIP 2007, 1432-1436.

VISCHER MARKUS, Unternehmenserwerb aus dem Konkurs, in: SZW 2002, S. 151-160.

§ 1 Einleitung

Wirtschaftliche und finanzielle Unternehmenskrisen sind ein universales Phänomen und kommen in der Schweiz sowie in Deutschland gleichermassen vor. Sowohl im Schweizer als auch im deutschen Recht existiert deshalb nach Art. 197 ff. SchKG bzw. nach §§ 1 ff. InsO ein gesetzliches Verfahren, welches bei zahlungsunfähigen oder überschuldeten Unternehmen die gleichmässige Gläubigerbefriedigung mittels Generalabwicklung verwirklicht.¹ Dabei ähneln sich die beiden Rechtsordnungen nicht nur in diesem Grundgedanken, sondern auch in verschiedensten Fragen des formellen und materiellen Rechts.²

Ebenfalls universal sind die wirtschaftlichen Auswirkungen, welche eine Betriebsstillegung in der Insolvenz auf am Markt agierende Unternehmen entfaltet: Laufende Aufträge können nicht vollendet werden, Warenlager werden nahezu wertlos, Debitoren verweigern ihre Rechnungszahlungen und der im Unternehmen gebundene, aber nicht aktivierbare Goodwill (insb. der wirtschaftliche Wert von Kundenbeziehungen und Know-How)³ können nicht mehr zugunsten der Gläubiger verwertet werden.⁴ Gleichzeitig nehmen regelmässig die Passiven zu, da infolge der Betriebseinstellung häufig Verträge verletzt werden und Arbeitnehmer*innen, Vermieter*innen, Kund*innen und sonstige Geschäftspartner*innen Schadensersatzforderungen geltend machen.⁵ Dies bedeutet: Bei einer Betriebsstillegung findet in der Regel eine nicht wiedergutzumachende Vermögensentwertung am Unternehmen statt und unzählige Arbeitsplätze werden zerstört.⁶ Es kann in der Konsequenz bei einer Veräusserung nicht mehr der Fortführungswert, sondern nur noch der häufig weit darunter liegende Zerschlagungs- bzw. Liquidationswert erzielt werden.⁷ Eine Unternehmensstillegung führt deshalb oftmals zu einer schlechteren Gläubigerbefriedigung als eine (mindestens vorübergehende) Unternehmensfortführung.⁸

Aufgrund der enormen Auswirkungen für sämtliche Beteiligten ist es in der Insolvenz und im damit verbundenen Vollstreckungsverfahren somit von höchster Bedeutung, ob eine Unternehmensfortführung möglich ist und ob diese in der Rechtsordnung begünstigt oder erschwert wird. An diesem zentralen Punkt setzt die vorliegende Arbeit an: Es soll analysiert werden, welche gesetzlichen Konzeptionen und Rahmenbedingungen sich in der Schweiz sowie in Deutschland auf die Betriebsfortführung auswirken. Dazu sollen nachfolgend die begünstigenden und erschwerenden Faktoren für

¹ Vgl. BSK SchKG-HANDSCHIN/HUNKELER, Art. 197 N 1; vgl. MüKo InsO-GANTER/BRUNS, § 1 N 51 f.

² Vgl. insb. § 4 nachfolgend.

³ Vgl. BAUMGARTNER, 114 ff.

⁴ MÜLLER/WOHL, 157; vgl. BECK/DEPRÉ-BECK/PECHARTSCHECK, § 18 N 21 f.; vgl. KUKO SchKG-HUNKELER, Vor Art. 293-336 N 4.

⁵ MÜLLER/WOHL, 157; BAUMGARTNER, 78.

⁶ BAUMGARTNER, 78 m.w.H.; MÜLLER/WOHL, 157 m.w.H.; vgl. BECK/DEPRÉ-BECK/PECHARTSCHECK, § 18 N 1.

⁷ KNUPP, 8; BAUMGARTNER, 111 ff.; BECK/DEPRÉ-BECK/PECHARTSCHECK, § 18 N 2 & N 20.

⁸ Vgl. MÜLLER/WOHL, 153; vgl. KNUPP, 8 f.; vgl. BAUMGARTNER, 1.

die Unternehmensfortführung im ordentlichen Schweizer Konkursverfahren sowie im deutschen Regelinsolvenzverfahren in verschiedenen insolvenzrechtlichen Bereichen skizziert, herausgearbeitet und verglichen werden.

Nachfolgend wird in § 2 die grundsätzliche Problematik von gesamtwirtschaftlich schädlichen Konkursverfahren dargelegt und die thematische Einschränkung dieser Arbeit auf das ordentliche Schweizer Konkursverfahren i.S.v. Art. 197 ff. SchKG sowie auf das deutsche Regelinsolvenzverfahren i.S.v. §§ 11 ff. InsO erklärt. Anschliessend werden in § 3 die Ziele des Konkurs- sowie des Regelinsolvenzverfahrens und die damit verbundenen gesetzlichen Haftungsverwirklichungskonzeptionen skizziert und im Hinblick auf die Betriebsfortführung analysiert. Sodann stehen in § 4 die Organisationsverfassung und die damit zusammenhängende Frage, welche Aufgaben und Befugnisse die verschiedenen Organe von Gesellschaften im Konkurs haben und wie sich diese auf die Unternehmensfortführung auswirken, im Zentrum. Weiter werden in § 5 die Haftung der Vollstreckungsorgane gegenüber den Gläubigern und die damit zusammenhängenden Auswirkungen auf die Fortführung des schuldnerischen Betriebs beleuchtet. § 6 thematisiert sodann spezifische rechtliche Rahmenbedingungen wie die im Verfahren vorgesehenen Sicherungsmassnahmen sowie den Umgang mit Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen mit Fokus auf die Unternehmensfortführung. Zum Schluss folgt in § 7 ein Fazit, welches die Erkenntnisse dieser Arbeit zusammenfasst und rechtsvergleichend darlegt, welche Ideen zur Förderung der Unternehmensfortführung die Schweiz bei zukünftigen SchKG-Revisionen von Deutschland übernehmen könnte und sollte.

§ 2 Die Schweizer Problematik (gesamt-)wirtschaftlich nicht sinnvoller Konkursverfahren sowie die thematische Beschränkung dieser Arbeit

Für den Umgang mit insolventen Unternehmen existieren in der Schweiz mit dem Konkursaufschub (Art. 725a OR) sowie dem Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG) zwei Verfahren, welche eine Sanierung bezwecken.⁹ Daneben besteht mit dem Konkursverfahren (Art. 197 ff. SchKG) ein Instrument zur Generalliquidation der Vermögenswerte des insolventen Schuldners.¹⁰

In der Schweiz werden jährlich ungefähr 6'300 Konkursverfahren nach SchKG aufgrund von Insolvenz¹¹ und im gleichen Zeitraum schätzungsweise 130 Nachlassverfahren pro Jahr eröffnet.¹² Das Nachlassverfahren hat somit nur eine untergeordnete Bedeutung und findet in der Praxis (zu) wenig Verwendung.¹³

⁹ BSK SchKG-WÜSTINER, Art. 725a N 4; KUKO SchKG-HUNKELER, Vor Art. 293-335 N 1.

¹⁰ BSK SchKG-HANDSCHIN/HUNKELER, Art. 197 N 1.

¹¹ BFS, Eröffnungen von Konkursverfahren nach Grossregionen und Kantonen.

¹² FARSACI, N 1 & N 7.

¹³ Vgl. FARSACI, N 11.

Besteht im Verlaufe eines Konkursaufschiebs oder eines Nachlassverfahrens keine Aussicht mehr auf Sanierung, so wird gestützt auf Art. 725a OR bzw. gemäss Art. 293a Abs. 3 SchKG oder Art. 294 Abs. 3 SchKG in jedem Fall von Amtes wegen durch das Gericht der Konkurs eröffnet. Ein Wechsel von einem Sanierungs- in ein Konkursverfahren ist somit möglich und vorgesehen.

Umgekehrt ist ein Wechsel vom eröffneten Konkursverfahren in ein Sanierungsverfahren – insbesondere in ein Nachlassverfahren – gemäss der aktuellen Rechtsprechung nicht zulässig: Im Beschwerdeverfahren gegen die Konkurseröffnung wird ein Gesuch um Nachlassstundung aufgrund der Novenregelung in Art. 174 SchKG nur berücksichtigt, wenn dieses bereits gleichzeitig mit dem Konkursbegehren gestellt wurde;¹⁴ ansonsten ist ein Widerruf des rechtskräftig eröffneten Konkurses nur unter den sehr engen Voraussetzungen des Art. 195 SchKG möglich.¹⁵

Dies birgt die Gefahr, dass sanierungs- und damit fortführungsfähige Betriebe das wenig verbreitete Nachlassverfahren nicht nutzen und ein Konkursverfahren eröffnet wird, aus welchem nicht mehr in ein Sanierungsverfahren gewechselt werden kann. Im Konkurs wird das schuldnerische Unternehmen dann im Regelfall stillgelegt¹⁶ und dabei dessen Wert vermindert, die Arbeitsplätze vernichtet und die Gläubiger unter Umständen nicht bestmöglich befriedigt. Aus diesen Gründen beschränkt sich die vorliegende Arbeit für die Schweiz ausschliesslich auf die Frage, wie der Betrieb eines Schuldners im eröffneten ordentlichen Konkursverfahren gemäss Art. 197 ff. SchKG fortgeführt werden kann und welche rechtlichen Umstände diese Fortführung fördern oder erschweren.

Deutschland kennt in seiner Rechtsordnung – anders als die Schweiz – ein einheitliches gesetzliches Verfahren für insolvente Unternehmen: Das Insolvenzverfahren gemäss §§ 1 ff. InsO. Wird dieses vom Insolvenzgericht ohne spezielle Anordnungen eröffnet, spricht man vom sogenannten Regelinsolvenzverfahren i.S.v. §§ 11 ff. InsO.¹⁷ Auf Antrag kann das Gericht das abweichende Eigenverwaltungsverfahren gemäss §§ 270 ff. InsO anordnen oder den Gläubigern im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens nach §§ 217 ff. InsO die Möglichkeit geben, die Haftungsverwirklichung gemäss § 217 Abs. 1 S. 1 InsO abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen zu regeln. Da das Eigenverwaltungsverfahren grundsätzlich auf den Vorschriften des Regelinsolvenzverfahrens basiert¹⁸ und das nur in ca. 1% der Unternehmensinsolvenzen genutzte¹⁹ Insolvenzplanverfahren aufgrund der gläubigerautonomen Abweichungsmöglichkeit ebenfalls auf den allgemeinen

¹⁴ KGer SG vom 12. März 2020, BES.2020.14-EZS1, E. 5b; vgl. OGer ZH vom 3. Juli 2008, in: ZR 108/2009 48, E. 8; vgl. OGer ZH vom 22. September 2015, PS150150-O/U, E. 3.2; vgl. CJ GE vom 26. Februar 2004, ACJC/227/04, E. 2a; vgl. BSK SchKG-BRUNNER/BOLLER, Art. 192 N 16.

¹⁵ Vgl. BSK SchKG-BRUNNER/BOLLER, Art. 195 N 3 ff.

¹⁶ Vgl. § 3 Ziff. 1.1 b), § 4 Ziff. 1.1 b), § 4 Ziff. 3.1 b) sowie § 6 Ziff. 1.1 nachfolgend.

¹⁷ Vgl. GOTTWALD/HAAAS-HAAS, § 84 N 2; vgl. BECK/DEPRÉ-BECK, § 1 N 1.

¹⁸ InsO KÜBLER/PRÜTTING/BORK-PAPE, § 270 N 18.

¹⁹ BECK/DEPRÉ-EXNER/WITTMANN, § 43 N 8.

Bestimmungen aufbaut, wird im Rahmen dieser Arbeit in Deutschland ausschliesslich das i.S.v. § 27 InsO bereits eröffnete Regelinsolvenzverfahren betrachtet. Das in jedem Fall vorgelagerte Insolvenzeröffnungsverfahren gemäss §§ 11 ff. InsO soll dabei nur ausnahmsweise in Bezug auf wichtige Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung in die Überlegungen miteinbezogen werden.

§ 3 Die Verfahrensziele des ordentlichen Schweizer Konkursverfahrens sowie des deutschen Regelinsolvenzverfahrens

Sowohl das Schweizer Konkursrecht als auch das deutsche Insolvenzrecht sind primär Vollstreckungsinstrumente, welche dazu dienen, mittels Generalexekution sämtliche geldwerten Ansprüche gegen den Schuldner zu vollstrecken.²⁰ Dabei zeigen sich in den beiden Rechtsordnungen jedoch grundlegende Unterschiede in der gesetzlichen Konzeption, wie die Haftung verwirklicht werden soll. Diese ungleichen Leitideen und Verfahrensziele haben erhebliche Auswirkungen auf die Betriebsfortführung im Konkurs, weshalb sie nachfolgend erläutert und verglichen werden sollen.

1. Die Verfahrensziele im Schweizer Konkursverfahren

Das Konkursverfahren nach SchKG dient der Gesamtvollstreckung und damit der gemeinsamen und gleichmässigen Gläubigerbefriedigung.²¹

1.1 Zerschlagende Generalliquidation (Art. 252 ff. und Art. 261 ff. SchKG)

Im Konkurs bildet sämtliches pfändbares Vermögen, welches dem Schuldner zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung gehört, nach Art. 197 Abs. 1 SchKG die Konkursmasse. Die zur Masse gehörenden Vermögensgegenstände werden von der Konkursverwaltung nach Art. 256 Abs. 1 SchKG öffentlich versteigert oder freihändig verkauft. Der Erlös aus der Konkursmasse wird schliesslich gemäss Art. 261 ff. SchKG an die Gläubiger verteilt. Im Schweizer Konkursrecht steht demnach die Veräusserung der einzelnen schuldnerischen Vermögenswerte und somit das Versilberungsprinzip im Vordergrund.²² HANDSCHIN/HUNKELER beschreiben deshalb den Konkurs zutreffend nicht als blosser «Generalexekution», sondern als «Generalliquidation».²³

Faktisch ist das Konkursverfahren somit im Regelfall auf eine sofortige Stilllegung sowie Zerschlagung des konkursiten Unternehmens und seiner Vermögenswerte ausgerichtet²⁴ und nicht auf die Betriebsweiterführung mit späterem Betriebsverkauf.²⁵ Diese gesetzliche Konzeption der

²⁰ KREN KOSTKIEWICZ, N 1228; MüKo InsO-STÜRNER, Einleitung N 1.

²¹ AMONN/WALTHER, § 25 N 3; KREN KOSTKIEWICZ, N 1228.

²² KREN KOSTKIEWICZ, N 1474; AMONN/WALTHER, § 26 N 16 & § 47 N 14.

²³ BSK SchKG-HANDSCHIN/HUNKELER, Art. 197 N 1.

²⁴ KNUPP, 1 f.; BAUMGARTNER, 1 f.; BSK SchKG-BÜRGI, Art. 256 N 47; vgl. KUKO SchKG-HUNKELER, Vor Art. 293-336 N 4.

²⁵ BAUMGARTNER, 1 f.; BSK SchKG-BÜRGI, Art. 256 N 47.

Haftungsverwirklichung durch Zerschlagung und Liquidation als Regelfall wirkt grundsätzlich als erschwerender Faktor für die Unternehmensfortführung im Konkurs und wird sich nachfolgend an mehreren als Prinzip des Schweizer Konkursrechts offenbaren.

1.2 Liquidation durch Unternehmensverkauf

Das Schweizer Recht sieht in Art. 238 Abs. 1 SchKG immerhin als Ausnahme die Möglichkeit der Unternehmensfortführung im Konkurs vor.²⁶ Im Rahmen der Verwertung nach Art. 256 ff. SchKG kann jedoch aufgrund der Einzelwertvollstreckung nur über einzelne Vermögensgegenstände der Konkursmasse verfügt werden und ein Verkauf des Unternehmens an sich als Einheit ist nicht möglich.²⁷ Hier manifestiert sich die eben erwähnte Schweizer Gesetzeskonzeption der Haftungsverwirklichung durch Zerschlagung. Allerdings ist es zulässig, dass die Konkursverwaltung bei entsprechender Ermächtigung das vollständige Aktivvermögen des Unternehmens mittels Freihandverkauf gemäss Art. 256 Abs. 1 SchKG durch einen einzigen, sämtliche Vermögenswerte umfassenden Kaufvertrag veräussert.²⁸

Somit existiert im Schweizer Konkursverfahren mindestens theoretisch die Möglichkeit, das in der Insolvenz weitergeführte Unternehmen bzw. dessen gesamtes Aktivvermögen zu veräussern.²⁹ Eine Unternehmensfortführung im Konkurs mit anschliessender Veräusserung ist somit trotz der als Regelfall vorgesehenen Zerschlagung des Betriebs grundsätzlich denkbar.

1.3 Nachlassvertrag im Konkurs (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG i.V.m. Art. 332 SchKG)

Gemäss Art. 195 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG widerruft das Konkursgericht den Konkurs, wenn ein Nachlassvertrag i.S.v. Art. 332 SchKG zustande gekommen ist. Dies eröffnet im Konkurs trotz des Regelfalls der Liquidation die theoretische Möglichkeit, das Unternehmen weiterzuführen und zu sanieren. Da ein Nachlassverfahren normalerweise vor der Konkursöffnung und in den meisten Fällen genau mit dem Zweck eingeleitet wird, einen Konkurs zu vermeiden, wird in der Praxis nur höchst selten von diesem Instrument Gebrauch gemacht.³⁰

2. Die Verfahrensziele im deutschen Insolvenzrecht

Auch das deutsche Insolvenzverfahren ist ein Instrument der Generalexekution, welches der Verwirklichung der Vermögenshaftung und dabei der gleichmässigen Gläubigerbefriedigung dient.³¹ Gemäss § 1 InsO soll das Schuldnervermögen zur Gläubigerbefriedigung verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des

²⁶ Dazu ausführlich: § 4 Ziff. 3.1 b) nachfolgend.

²⁷ BAUMGARTNER, 168 f. m.w.H.

²⁸ BAUMGARTNER, 166 ff.; vgl. BSK SchKG-BÜRGI, Art. 256 N 47.

²⁹ Vgl. zum Ganzen: VISCHER, 151 ff.

³⁰ KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 332 N 1; BSK SchKG-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 332 N 1.

³¹ BECK/DEPRÉ-BECK, § 1 N 2 & N 4; MüKo InsO-STÜRNER, Einleitung N 1.

Unternehmens getroffen werden.

Durch diese Bestimmung kommt deutlich zum Ausdruck, dass im deutschen Insolvenzverfahren keine Zerschlagungsautomatik vorgesehen ist,³² sondern Liquidation und Sanierung gleichwertige Verfahrensziele zur Erreichung der bestmöglichen Haftungsverwirklichung darstellen.³³

2.1 Liquidation mit oder ohne Unternehmensfortführung (§ 1 S. 1 Hs. 2 InsO)

Die Liquidation ist einer von mehreren gleichwertigen sekundären Verfahrenszwecken zur Erreichung der Gläubigerbefriedigung.³⁴ Dabei werden das Unternehmen stillgelegt sowie zerschlagen und die einzelnen Vermögensgegenstände des Schuldners am Markt verkauft.³⁵

Allerdings ist aufgrund der offen gestalteten Haftungsverwirklichungsmöglichkeiten ohne Weiteres eine vorübergehende Betriebsfortführung, beispielsweise zur Ausproduktion und zur Abwicklung unerledigter Aufträge, möglich und oftmals sinnvoll.³⁶ Eine Liquidation bedeutet somit nicht die automatische Zerschlagung des Unternehmens, sondern kann auch mit einem kontrollierten Marktaustritt einhergehen.

2.2 Liquidation durch übertragende Sanierung (§ 1 S. 1 Hs. 2 InsO)

Die Liquidation des schuldnerischen Unternehmens ist auch durch Fortführung in der Insolvenz mit anschliessender übertragender Sanierung via asset deal möglich.³⁷ Die Veräusserung des Betriebs oder eines Betriebsteils ist dabei vom Gesetzgeber explizit in § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO sowie in §§ 162 f. InsO vorgesehen. Damit können die Zerschlagung des Unternehmens verhindert, Arbeitsplätze gesichert und allenfalls eine bessere Gläubigerbefriedigung erreicht werden als durch die Stilllegung.³⁸

2.3 Sanierung mittels Insolvenzplan (§ 1 S. 1 Hs. 2 und §§ 217 ff. InsO)

Zuletzt können sich die Gläubiger nach § 157 S. 2 InsO auch für eine Sanierung des insolventen Rechtsträgers mittels Insolvenzplan entscheiden und den Insolvenzverwalter mit der Ausarbeitung des Plans beauftragen.³⁹ Entscheiden sich die Gläubiger für eine Haftungsverwirklichung mittels Insolvenzplan, so nehmen sie dafür den verfahrensrechtlichen Rahmen des Insolvenzplanverfahrens gemäss §§ 217 ff. InsO in Anspruch.⁴⁰ Dabei handelt es sich um ein gerichtlich kontrolliertes Verfahren, in welchem die Beteiligten weitreichende Entscheidungen über die Befriedigung der

³² InsO UHLENBRUCK-PAPE, § 1 N 1.

³³ InsO KÜBLER/PRÜTTING/BORK-PRÜTTING, § 1 N 23; GOTTWALD/HAAAS-GOTTWALD, § 1 N 40; InsO UHLENBRUCK-PAPE, § 1 N 7.

³⁴ MüKo InsO-STÜRNER, Einleitung N 2; BECK/DEPRÉ-BECK, § 1 N 6.

³⁵ BECK/DEPRÉ-BECK, § 1 N 9 & N 11.

³⁶ BECK/DEPRÉ-BECK, § 1 N 12; dies wird durch die vorläufige Betriebsfortführung (vgl. § 4 Ziff. 1.2 b) nachfolgend) sowie durch den Fortbestand von Dauerschuldverhältnissen (vgl. § 6 Ziff. 2.3 b) nachfolgend) weiter begünstigt.

³⁷ InsO UHLENBRUCK-ZIPPERER, § 157 N 7 m.w.H.; BECK/DEPRÉ-BECK, § 1 N 14.

³⁸ BECK/DEPRÉ-BECK, § 1 N 13 f.

³⁹ Vgl. InsO BRAUN-HAFFA/LEICHTLE, § 157 N 6.

⁴⁰ BECK/DEPRÉ-BECK, § 1 N 17.

Gläubiger, die Verwertung und Verteilung des Schuldnervermögens sowie über die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens treffen können.⁴¹

3. Rechtsvergleichende Betrachtung der Haftungsverwirklichung

Der Regelfall zur Erreichung der Gläubigerbefriedigung im Schweizer Konkursverfahren ist die Generalliquidation nach dem Versilberungsprinzip und somit die sofortige Stilllegung sowie Zerschlagung des schuldnerischen Betriebs. Obwohl rechtlich auch eine Liquidation durch Unternehmensverkauf via asset deal oder ein Nachlassvertrag im Konkurs möglich wären, präjudiziert die gesetzliche Konzeption der Haftungsverwirklichung im Schweizer Konkursverfahren die Betriebsstilllegung und erschwert damit die Unternehmensfortführung.

Das deutsche Insolvenzrecht sieht hingegen in § 1 S. 1 InsO zur Erreichung des übergeordneten Ziels der bestmöglichen gleichmässigen Gläubigerbefriedigung die gleichwertigen Handlungsalternativen Liquidation und Sanierung vor. Eine Betriebsfortführung und -veräusserung ist dabei in jedem Fall möglich und vom Gesetzgeber explizit vorgesehen. Diese deutsche Leitidee der Haftungsverwirklichung fördert eine Unternehmensfortführung in der Insolvenz.

§ 4 Die Organisationsverfassung von Gesellschaften im Konkurs und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung

Die Organisation von Gesellschaften in Konkurs hat vielseitige Auswirkungen. Im Hinblick auf eine Unternehmensfortführung in der Insolvenz ist vor allem entscheidend, wer aufgrund welcher Rechtsstellung mit welchen Kompetenzen über die Stilllegung oder Fortführung des schuldnerischen Betriebs entscheidet oder diese vollzieht. Nachfolgend wird deshalb die Organisationsverfassung von konkursiten Unternehmen rechtsvergleichend skizziert und im Hinblick auf die Fortführung des vom Gemeinschuldner betriebenen Unternehmens gegenübergestellt.

1. Die Konkursverwaltung

1.1 Die Schweizer Konkursverwaltung

1.1 a) Rechtstellung und Aufgaben der Konkursverwaltung

Ab der Konkurseröffnung durch das Konkursgericht ist die Konkursverwaltung das ausführende Organ im Schweizer Konkursverfahren.⁴² Ihr obliegt die Durchführung des Konkurses und somit eine öffentlich-rechtliche Funktion.⁴³ Die Konkursverwaltung hat nach Art. 240 SchKG sämtliche zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen und vertritt die

⁴¹ InsO BRAUN-SPÄHLINGER, § 217 N 7.

⁴² KREN KOSTKIEWICZ, N 1428; vgl. AMONN/WALTHER, § 45 N 19.

⁴³ AMONN/WALTHER, § 45 N 19.

Konkursmasse vor Gericht. Der Schuldner selbst bleibt zwar auch im Konkurs Träger seiner Rechte und Pflichten,⁴⁴ verliert jedoch nach Art. 204 SchKG die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen. Die entsprechenden Kompetenzen gehen mit der Konkurseröffnung an die Konkursmasse über und werden durch die Konkursverwaltung ausgeübt.⁴⁵

Jeder Schweizer Kanton muss nach Art. 1 SchKG sein Kantonsgebiet in mindestens einen Konkurskreis einteilen, welcher nach Art. 2 Abs. 2 SchKG über ein Konkursamt verfügen muss. Dieses Konkursamt übernimmt im ordentlichen Verfahren grundsätzlich die Konkursverwaltung und die damit verbundenen Aufgaben bis zur ersten Gläubigerversammlung.⁴⁶ Die erste Gläubigerversammlung entscheidet sodann nach Art. 237 Abs. 2 SchKG, ob sie das Konkursamt oder eine ausseramtliche Konkursverwaltung i.S.v. Art. 241 SchKG für das Verfahren einsetzen möchte. Auch eine ausseramtliche Konkursverwaltung übt dabei eine öffentlich-rechtliche Funktion aus und es gelten für sie nach Art. 241 SchKG die gleichen Amtspflichten wie für das Konkursamt.⁴⁷

Im Kanton Zürich obliegen die Aufgaben des Konkursamts nach § 1 Abs. 1 lit. c NotG dem Notariat. Da dieses mindestens bis zur ersten Gläubigerversammlung – und in fast allen Fällen auch darüber hinaus – sämtliche im Konkurskreis angefallenen Konkursverfahren bearbeitet, handelt es sich um eine erfahrene, spezialisierte und professionelle Behörde.

Zu den gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben der Konkursverwaltung gehört unter anderem, die Aktiven des Schuldners mittels Inventar festzustellen (Art. 221 SchKG) sowie die gegen den Schuldner geltend gemachten Forderungen zu prüfen und zu kollozieren (Art. 244 ff. SchKG), die Aktiven zu verwerten (Art. 256 ff. SchKG) sowie den Erlös der Konkursmasse gemäss dem von ihr aufgestellten Kollokationsplan unter den Gläubigern zu verteilen (Art. 261 ff. SchKG).

Die Konkursverwaltung ist bei ihrer Tätigkeit den Interessen der Konkursmasse verpflichtet,⁴⁸ wobei die bestmögliche Gläubigerbefriedigung durch ein möglichst gutes Verwertungsergebnis der Konkursmasse erreicht werden soll.⁴⁹ Die Gläubiger haben dabei verschiedene Mitwirkungsmöglichkeiten⁵⁰ und die Konkursverwaltung muss sich zu einigen Verfahrenshandlungen (bspw. zu Freihandverkäufen i.S.v. Art. 256 Abs. 1 SchKG) von den Gläubigern ermächtigen lassen.

⁴⁴ BGer 4A_242/2015, E. 2.4.2; BGE 132 III 432, E. 2.4; BGer 6B_557/2010, E. 6.3.1.

⁴⁵ BGer 5A_302/2012, E. 2.2.1; BGE 121 III 28, E. 3; BGE 114 III 60, E. 2b.

⁴⁶ Das Gesetz spricht in den Bestimmungen zu den entsprechenden Verfahrensschritten explizit vom «Konkursamt», so bspw. in Art. 221 SchKG, Art. 223 SchKG oder Art. 232 SchKG.

⁴⁷ BGE 94 III 83, E. 6b; BGE 127 III 229, E. 8; BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 240 N 8; AMONN/WALTHER, § 45 N 20.

⁴⁸ BGer 5A_769/2013, E. 3.

⁴⁹ BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 240 N 7; SK SchKG-SCHOBER/AVDYLI-LUGINBÜHL, Art. 240 N 4.

⁵⁰ vgl. § 4 Ziff. 3 nachfolgend.

1.1 b) Insb. provisorischer Entscheid über die Unternehmensfortführung und Vollzug der provisorischen und definitiven Fortführung

Der Konkurs ist in jedem Fall eine «Extremsituation», welche von den Entscheidträger*innen ein hohes Mass an Fach-, Sach- und Sozialkompetenz erfordert.⁵¹ Bereits vor der ersten Gläubigerversammlung stellt sich für die Konkursverwaltung beispielsweise die bedeutsame Frage, ob sie gestützt auf Art. 223 SchKG die in ihrem Ermessen stehende⁵² vorläufige Unternehmensweiterführung anordnen und selbständig vollziehen soll.⁵³ Dafür muss das Konkursamt insbesondere abklären, ob der Betrieb rentabel geführt und ob durch die Weiterführung bis zur Veräusserung ein besseres Verwertungsergebnis erlangt werden kann.⁵⁴ Ein allfälliger Fortführungsentscheid der Konkursverwaltung ist nur provisorisch, da nach Art. 238 Abs. 1 SchKG nur die Gläubigerversammlung definitiv über die Unternehmensfortführung entscheiden darf.⁵⁵

Nach KNUPP gehört es sogar zur sorgfältigen Amtsführung, die Unternehmensfortführung anzuordnen, wenn der dadurch erzielbare Verwertungserlös mit grösster Wahrscheinlichkeit mindestens gleich hoch wie bei der Schliessung des Betriebs sein wird.⁵⁶ In der Praxis ist die provisorische Fortführung des Unternehmens im Konkurs durch das Konkursamt jedoch äusserst selten.⁵⁷

Dies liegt wohl einerseits daran, dass die in Art. 221 SchKG i.V.m. Art. 223 SchKG vorgesehenen Sicherungsmassnahmen des Konkursamts faktisch eine Betriebsfortführung verunmöglichen bzw. eine Stilllegung stark präjudizieren,⁵⁸ und andererseits daran, dass den Konkursämtern in besonders anspruchsvollen und umfangreichen Verfahren die personellen Ressourcen oder die fallspezifischen rechtlichen oder wirtschaftlichen Kenntnisse teilweise fehlen.⁵⁹ Da eine vorläufige Unternehmensfortführung zudem massive finanzielle Auswirkungen auf das Konkursverfahren hat, sind Konkursämter bei Fortführungsentscheiden (zu Recht) allgemein eher zurückhaltend.⁶⁰ Insbesondere beim Entscheid sowie beim Vollzug der Unternehmensfortführung im Konkurs sind von der Konkursverwaltung neben juristischen zusätzliche unternehmerische, buchhalterische und psychologische Fähigkeiten gefragt.⁶¹ In solchen Fällen bietet sich eine ausseramtliche Konkursverwaltung – in der Regel eine spezialisierte Anwaltskanzlei oder Treuhandgesellschaft – an, welche das

⁵¹ KOV-MILANI/WOHLGEMUTH, Vor KOV N 63.

⁵² KNUPP, 87; MEIER, 12; vgl. BAUMGARTNER, 86; vgl. KREN KOSTKIEWICZ, N 1394.

⁵³ BAUMGARTNER, 77; KNUPP, 17 FN 3; vgl. KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 1 & N 14.

⁵⁴ KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 1; vgl. KNUPP, 87.

⁵⁵ BAUMGARTNER, 86; vgl. § 4 Ziff. 3.1 b) nachfolgend; vgl. KREN KOSTKIEWICZ, N 1394; vgl. KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 238 N 3.

⁵⁶ KNUPP, 87.

⁵⁷ MEIER, 4.

⁵⁸ Vgl. § 6 Ziff. 1.1 nachfolgend; vgl. KREN KOSTKIEWICZ, N 1394; vgl. KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 17.

⁵⁹ BAUMGARTNER, 78 f.; MEIER, 11 f.

⁶⁰ BAUMGARTNER, 78 f.: Insbesondere werden oftmals hohe Konkurskosten, umfangreiche Masseverbindlichkeiten und im Falle einer Fehlentscheidung zudem eine Haftung nach Art. 5 SchKG (vgl. § 5 Ziff. 2 nachfolgend) ausgelöst.

⁶¹ KOV-MILANI/WOHLGEMUTH, Vor KOV N 63.

Verfahren ab der ersten Gläubigerversammlung i.S.v. Art. 237 Abs. 2 SchKG übernimmt und ihre besonderen Fähigkeiten ins Verfahren einbringt.⁶²

Allerdings kann auch eine ausseramtliche Konkursverwaltung für die entscheidende Phase der vorläufigen Unternehmensfortführung bis zur ersten Gläubigerversammlung nicht Abhilfe schaffen, da sie erst anlässlich ebendieser Versammlung eingesetzt werden kann.⁶³ Bis dahin kann und soll das Konkursamt eine allfällige Taskforce des Kantons (im Kanton Zürich die mobile Equipe des Notariatsinspektorats) oder Hilfspersonen aller Art beiziehen, um allfällige fehlende eigene Kenntnisse betreffend Weiterführung des Unternehmens wettzumachen.⁶⁴

Entscheidet sich die erste Gläubigerversammlung nach Art. 238 Abs. 1 SchKG für die Unternehmensfortführung, so ist gestützt auf Art. 240 SchKG die Konkursverwaltung für den Vollzug der Betriebsfortführung verantwortlich.⁶⁵

Die Konkursverwaltung ist im Hinblick auf die Unternehmensfortführung somit das wichtigste Organ im Konkursverfahren: Sie entscheidet i.S.v. Art. 223 SchKG provisorisch über die Betriebsfortführung und muss den schuldnerischen Betrieb im Falle eines entsprechenden Entscheids der Gläubigerversammlung im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit nach Art. 240 SchKG fortführen. Dazu sind oftmals zusätzliche juristische oder wirtschaftliche Kenntnisse sowie grosse personelle Kapazitäten notwendig. Fehlen den Konkursämtern in besonders komplexen Verfahren entsprechende Ressourcen und wird dies nicht durch den Beizug von Hilfspersonen oder einer kantonalen Taskforce kompensiert, so kann sich dies negativ auf die Unternehmensfortführung auswirken.

1.2 Der deutsche Insolvenzverwalter

1.2 a) Rechtstellung und Aufgaben des Insolvenzverwalters

Wie die Schweizer Konkursverwaltung ist auch der deutsche Insolvenzverwalter das ausführende Organ des Insolvenzverfahrens.⁶⁶ Er erhält nach § 80 InsO das Verwaltung- und Verfügungsrecht über das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen des Schuldners. Der Insolvenzverwalter hat Kraft Gesetz unter anderem die Aufgabe, das schuldnerische Vermögen bzw. die Insolvenzmasse in Besitz zu nehmen (§ 148 InsO), ein Gläubigerverzeichnis (§ 152 InsO), eine Vermögensübersicht (§ 153 InsO) sowie die Insolvenztabelle zu erstellen (§ 175 ff. InsO), die Insolvenzmasse zu verwerten (§ 159 ff. InsO) und den Erlös an die Insolvenzgläubiger zu verteilen (§ 187 ff. InsO).

Ziel des Insolvenzverfahrens ist gemäss § 1 InsO die bestmögliche gleichmässige

⁶² AMONN/WALTHER, § 45 N 19; vgl. BAUMGARTNER, 78 FN 26.

⁶³ BAUMGARTNER, 78 FN 26.

⁶⁴ MEIER, 11 f.

⁶⁵ BAUMGARTNER, 89; BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 240 N 14.

⁶⁶ GOTTWALD/HAAS-PECHARTSCHECK, § 22 N 1.

Gläubigerbefriedigung, welche mit verschiedenen gleichwertigen Mitteln erreicht werden darf.⁶⁷ Nach § 156 Abs. 1 InsO ist es der Insolvenzverwalter, welcher die wirtschaftliche Lage der Konkursitin abklären und gegenüber den Gläubigern am Berichtstermin darlegen muss, ob Aussichten auf eine Unternehmenserhaltung bestehen, ob ein Insolvenzplan möglich wäre und welche Auswirkungen das jeweilige Vorgehen auf die Gläubigerbefriedigung hätte. Der Verwalter kann dabei durch eine allfällige persönliche Empfehlung die Entscheidung der Gläubiger massgeblich beeinflussen.⁶⁸

Es ist nach diesen Überlegungen nicht verwunderlich, dass die Auswahl des Insolvenzverwalters nach einem in Deutschland bekannten Zitat als «Schicksalsfrage» des gesamten Verfahrens bezeichnet wird.⁶⁹ § 56 Abs. 1 InsO schreibt vor, dass das Insolvenzgericht eine für den Einzelfall geeignete, geschäftskundige und unabhängige Person als Insolvenzverwalter bestimmen muss. Aufgrund des Wortlauts muss es sich dabei zwingend um eine natürliche Person handeln,⁷⁰ welche jedoch ihre Mitarbeiter*innen sowie Dritte bei der Erfüllung ihrer Aufgaben beiziehen darf.⁷¹

Für das Regelinsolvenzverfahren hat das Gericht nach § 27 Abs. 1 S. 1 InsO im Eröffnungsbeschluss den «definitiven» Insolvenzverwalter zu bezeichnen, wobei die Gläubiger nach § 56a InsO sowie § 57 InsO ein Beteiligungs- bzw. Mitbestimmungsrecht haben.⁷²

Die Anforderungen an einen Insolvenzverwalter sind an den einzelnen Gerichten unterschiedlich,⁷³ es existieren jedoch zur Konkretisierung und Ergänzung der Vorschriften in § 56 Abs. 1 InsO in der Lehre und Rechtsprechung vielbeachtete Empfehlungen der Uhlenbruck-Kommission, welche insbesondere folgende Kriterien statuieren: Ausbildung, besondere theoretische Kenntnisse, praktische Erfahrungen, unternehmerische Fähigkeiten, spezielle Branchenkenntnisse, Mitarbeiter*innen, Ortsnähe sowie genügende Kapazität.⁷⁴

In der Praxis handelt es sich bei Insolvenzverwaltern deshalb fast immer um spezialisierte Rechtsanwälte*innen, welche berufsmässig Insolvenzverfahren bearbeiten und deshalb über ein umfassendes rechtliches, wirtschaftliches und branchenbezogenes Fachwissen verfügen.⁷⁵

⁶⁷ Vgl. § 3 Ziff. 2 hiavor; vgl. statt vieler: MüKo InsO-GANTER/BRUNS, § 1 N 20 und N 51 f.

⁶⁸ MüKo InsO-JANSSEN, § 156 N 37.

⁶⁹ Das Zitat stammt offenbar ursprünglich von JAEGER ERNST, Kommentar zur Konkursordnung, 6./7. Aufl. 1939, § 78 KO Anm. 7; InsO UHLENBRUCK-ZIPPERER, § 56 N 1 m.w.H.

⁷⁰ Vgl. InsO KÜBLER/PRÜTTING/BORK-LÜKE, §56 N 34.

⁷¹ MüKo InsO-GRAEBER, §56 N 150 ff.

⁷² Vgl. InsO BRAUN-BLÜMLE, § 56a N 14; vgl. InsO UHLENBRUCK-ZIPPERER, § 56a N 2.

⁷³ BECK DEPRÉ-HOLZER, § 3 N 28 ff.

⁷⁴ UHLENBRUCK-KOMMISSION, 1432 ff.; vgl. BECK/DEPRÉ-HOLZER, § 3 N 34 und N 42.

⁷⁵ MüKo InsO-GRAEBER, § 56 N 57.

1.2 b) *Insb. vorläufige Unternehmensfortführung und Vollzug der vorläufigen und definitiven Betriebsfortführung*

In Deutschland beginnt das eigentliche Insolvenzverfahren mit dem Eröffnungsbeschluss des Insolvenzgerichts nach § 27 InsO. Allerdings muss das Gericht im vorgelagerten, separaten Insolvenzeröffnungsverfahren nach §§ 11 ff. InsO prüfen, ob die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens überhaupt vorliegen.⁷⁶

Um in diesem Eröffnungsverfahren das Vermögen für die Haftungsverwirklichung zu erhalten und die Gläubiger zu schützen, kann das Insolvenzgericht nach § 21 Abs. 2 S. 1 InsO einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen und dem Schuldner weitere Beschränkungen auferlegen.⁷⁷ Gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO hat der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbezugnis das vom Schuldner betriebene Unternehmen grundsätzlich bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen.⁷⁸ Bereits bei der Unternehmensfortführung im Eröffnungsverfahren muss der vorläufige Insolvenzverwalter somit eine betriebswirtschaftliche Ertrags- und Liquiditätsplanung erstellen⁷⁹ und sich vertieft mit dem Unternehmen befassen.

Ist das Insolvenzverfahren eröffnet und der «definitive» Insolvenzverwalter i.S.v. § 27 Abs. 2 Nr. 2 InsO i.V.m. §§ 56 ff. InsO vom Gericht bestellt worden, so darf dieser den noch laufenden schuldnerischen Betrieb nach § 158 Abs. 1 InsO vor der ersten Gläubigerversammlung nur nach Zustimmung des Gläubigerausschusses stilllegen und muss das Unternehmen ansonsten vorläufig fortführen. Entscheiden sich die Gläubiger am Berichtstermin nach § 157 S. 2 InsO definitiv für die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens, so führt der Insolvenzverwalter den Betrieb weiter fort.⁸⁰

Im Hinblick auf die Unternehmensfortführung im Konkurs ist der Verwalter somit die wichtigste Figur: Er muss den schuldnerischen Betrieb im Regelfall bis zum Berichtstermin und bei entsprechendem Gläubigerbeschluss nach § 157 S. 1 InsO auch darüber hinaus fortführen. Dies erfordert vielseitige juristische sowie unternehmerische und wirtschaftliche Fähigkeiten, welche ein Insolvenzverwalter als Spezialist regelmässig mitbringt.

1.3 *Rechtsvergleichende Betrachtung der Stellung der Konkursverwaltung und deren Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung*

Rechtsvergleichend kann festgestellt werden, dass die Schweizer Konkursverwaltung sowie der deutsche Insolvenzverwalter sich in ihrer Grundkonzeption stark ähneln und im Konkurs Kraft

⁷⁶ GOTTWALD/HAAS-VUIA, § 4 N 1.

⁷⁷ InsO BRAUN-BÖHM, § 22 N 7; MüKo InsO-HAARMAYER/SCHILDT, § 22 N 89.

⁷⁸ Vgl. MüKo InsO-HAARMAYER/SCHILDT, § 22 N 88.

⁷⁹ InsO BRAUN-BÖHM, § 22 N 45.

⁸⁰ Vgl. InsO UHLENBRUCK-ZIPPERER, § 157 N 11; vgl. InsO BRAUN-HAFFA/LEICHTLE, § 157 N 4.

Gesetz für den Vollzug einer allfälligen Unternehmensfortführung zuständig sind.

In den beiden Rechtsordnungen unterschiedlich ist hingegen die Person des Konkursverwalters an sich: In der Schweiz werden Konkursverfahren durch Konkursämter und somit durch spezialisierte, professionelle Behörden geleitet, in Deutschland verlangt das Gesetz, dass Insolvenzverfahren durch eine qualifizierte natürliche Person – meist erfahrene Anwälte für Insolvenzrecht mit speziellen Branchenkenntnissen – durchgeführt werden.

In der Schweiz ist eine Unternehmensfortführung im Konkurs in Praxis äusserst selten.⁸¹ Deutsche Insolvenzverwalter müssen hingegen im Regelinsolvenzverfahren gestützt auf § 156 Abs. 1 InsO umfangreiche wirtschaftliche Abklärungen tätigen und den schuldnerischen Betrieb nach § 158 InsO grundsätzlich weiterführen. Der Verwalter hat deshalb in der Regel fundiertere (betriebs-)wirtschaftliche Kenntnisse sowie deutlich mehr Erfahrung mit Unternehmensfortführungen als die Schweizer Konkursverwaltung. Zudem hat der Insolvenzverwalter – verglichen beispielsweise mit Notariat, Grundbuch- und Konkursamt im Kanton Zürich – weniger zusätzliche Daueraufgaben und somit bei entsprechender Kanzleiorganisation mehr Kapazitäten für aufwändige Insolvenzverfahren.⁸²

Aufgrund seiner stärkeren Stellung, der grösseren Erfahrung sowie des wirtschaftlichen und unternehmerischen Denkens eignet sich der deutsche Insolvenzverwalter somit zusammenfassend besser für die Leitung der Unternehmensfortführung im Konkurs als ein Schweizer Konkursamt, was sich begünstigend auf die Unternehmensfortführung in der Insolvenz auswirkt.

2. Die Organe der Gesellschaft

Nachdem die Rolle der Konkursverwaltung sowie deren Befugnisse nach Schweizer sowie nach deutschem Recht gegenübergestellt und geklärt wurden, stellt sich die Frage, wie sich durch den Konkurs der schuldnerischen Gesellschaft die Rechtsstellung der Gesellschaftsorgane verändert und welche Bedeutung diesen im Hinblick auf eine allfällige Unternehmensfortführung zukommt.

2.1 Verdrängung der Gesellschaftsorgane aufgrund der Beschränkung des Verfügungsrechts des Schuldners (Art. 204 ff. SchKG; Art. 740 Abs. 5 OR) sowie Auskunfts- und Mitwirkungspflichten (Art. 222 SchKG & Art. 228 f. SchKG)

Die Stellung der Organe des Schuldners im Schweizer Konkursverfahren ergeben sich in erster Linie aus Art. 204 SchKG, wonach der Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen verliert. Bei Aktiengesellschaften und Genossenschaften verlieren die Gesellschaftsorgane zudem

⁸¹ Vgl. § 4 Ziff. 1.1 b) hiavor.

⁸² Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Zürcher Notariate nach § 1 NotG zusätzlich zu den Aufgaben als Konkursamt auch notarielle Aufgaben wie die Errichtung öffentlicher Urkunden oder das Vornehmen von Beglaubigungen sowie grundbuchamtliche Aufgaben wie die Führung des Grundbuchs wahrnehmen müssen.

nach Art. 740 Abs. 5 OR explizit die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft.⁸³ Die Handlungsfähigkeit des Verwaltungsrats einer konkursiten Aktiengesellschaft wird somit grundsätzlich zugunsten der Konkursmasse aufgehoben.⁸⁴ Die Gesellschaftsorgane werden zusammenfassend aufgrund der wirtschaftsrechtlichen sowie vollstreckungsrechtlichen Regelungen im Insolvenzbereich verdrängt und nach Art. 240 SchKG von der Konkursverwaltung ersetzt.⁸⁵

Trotz der beschriebenen Verdrängung der Gesellschaftsorgane verlieren diese durch die Konkurseröffnung nicht sämtliche Befugnisse, sondern gemäss Art. 204 Abs. 1 SchKG *e contrario* nur jene im Bezug auf die Konkursmasse.⁸⁶ Der Schuldner kann deshalb im insolvenzfremden Gesellschaftsbereich durch seine weiterhin bestehenden Organe über Vermögensstücke verfügen, welche nicht zur Masse gehören⁸⁷ sowie neue Verpflichtungen eingehen, welche allerdings nicht in die Konkursmasse liquidiert werden können.⁸⁸

Der Schuldner bzw. seine Organe haben zudem nach Art. 222 SchKG sowie Art. 229 SchKG eine unter Straffolge stehende Auskunft-, Mitwirkungs- und Herausgabepflicht und müssen weiter nach Art. 228 SchKG eine Erklärung zum Inventar sowie nach Art. 244 SchKG eine Erklärung über jede Konkurseingabe abgeben. Die zur Mitwirkung verpflichteten Personen können nach Art. 229 Abs. 1 SchKG nötigenfalls mit Polizeigewalt zur Stelle gebracht werden. Diese Pflichten sind im Hinblick auf eine mögliche Unternehmensfortführung essenziell – die Konkursverwaltung benötigt in diesem Fall besonders viel Know-How über die bisherigen Unternehmensabläufe, das wirtschaftliche Umfeld, die Geschäftspartner*innen sowie die Mitarbeiter*innen, um den Betrieb möglichst reibungslos übernehmen zu können. Dieses Wissen hat oft nur der Schuldner selbst,⁸⁹ weshalb bei konkursiten juristischen Personen die Gesellschaftsorgane zwingend die Auskunftspflicht wahrnehmen müssen.⁹⁰

2.2 Überlagerung der Befugnisse der Gesellschaftsorgane durch den Insolvenzverwalter (§ 80 InsO) sowie Auskunft- und Mitwirkungspflichten (§ 97 InsO & § 101 InsO)

In Deutschland ändert das Insolvenzverfahren grundsätzlich nichts an der gesellschaftsrechtlichen Organstellung beim Schuldner: Vorstände, Geschäftsführer oder Direktoren bleiben vertretungsberechtigte Organe.⁹¹ Auch die Rechtsträgerstellung verbleibt beim Schuldner – er ist weiterhin Inhaber der Rechte und Eigentümer der Sachen der Insolvenzmasse.⁹² Die Vertretungsberechtigung

⁸³ Vgl. BGE 90 II 247, E. 2.

⁸⁴ BSK OR-STÄUBLI, Art. 740/741 N 11.

⁸⁵ Vgl. § 4 Ziff. 1.1 a) hiavor.

⁸⁶ SK SchKG-SCHOBER, Art. 204 N 9.

⁸⁷ Vgl. AMONN/WALTHER, § 41 N 7.

⁸⁸ SK SchKG-SCHOBER, Art. 204 N 9; vgl. BSK SchKG-WOHLFART/MEYER, Art. 204 N 12.

⁸⁹ Vgl. BSK SchKG-LUSTENBERGER, Art. 229 N 3; vgl. SK SchKG-SCHOBER/AVDYLI-LUGINBÜHL, Art. 229 N 3.

⁹⁰ SK SchKG-SCHOBER/AVDYLI-LUGINBÜHL, Art. 229 N 1.

⁹¹ BECK/DEPRÉ-JENAL, § 31 N 87.

⁹² GOTTWALD/HAAAS-PECHARTSCHECK, § 18 N 3; InsO UHLENBRUCK-MOCK, § 80 N 11.

wird jedoch durch Besonderheiten des Insolvenzverfahrens überlagert.⁹³

Nach § 80 Abs. 1 InsO geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Schuldners über die Insolvenzmasse durch die Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens kraft Gesetz auf den Insolvenzverwalter über. Durch diese Ausschaltung aller Einwirkungsmöglichkeiten des Schuldners auf das vom Insolvenzbeschluss erfasste Vermögen soll die gemeinschaftliche Befriedigung aller Gläubiger ungestört erreicht werden.⁹⁴

Ausserhalb der Insolvenzmasse verbleibt jedoch insbesondere ein Kern von innergesellschaftlichen Rechten und Pflichten bei den Gesellschaftsorganen.⁹⁵ Beispielsweise können diese Gesellschafterversammlungen (§ 49 GmbHG; § 121 AktG) einberufen sowie den Gesellschaftsvertrag ändern und zugehörige registerrechtliche Anmeldungen durchführen.⁹⁶

Gemäss § 97 InsO hat der Schuldner im Insolvenzverfahren eine Auskunft- und Mitwirkungspflicht, gestützt auf welche er insbesondere dem Insolvenzverwalter über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft geben muss. Die Vorschrift dient der effektiven Durchführung des Insolvenzverfahrens, welche ohne Auskünfte und ohne Mitwirkung des Schuldners erschwert wäre.⁹⁷ Ergänzend statuiert § 101 InsO explizit die Auskunft- und Mitwirkungspflicht für (frühere und aktuelle) Vertretungs- und Aufsichtsorgane des Schuldners sowie für die (früheren und aktuellen) Angestellten des schuldnerischen Unternehmens.

Zur Durchsetzung der Auskunft- und Mitwirkungspflichten kann das Insolvenzgericht nach § 98 Abs. 1 InsO eine eidesstattliche Versicherung anordnen und den Schuldner sowie seine Organe damit bei Straffolge zur Aussage der Wahrheit verpflichten⁹⁸ oder die Zwangsmittel der Vorführung und Verhaftung gemäss § 98 Abs. 2 InsO nutzen.

Im Falle der Unternehmensfortführung in der Insolvenz sind die Auskunft- und Mitwirkungspflichten der schuldnerischen Organe gemäss § 97 InsO i.V.m. § 101 InsO besonders wichtig, da der Insolvenzverwalter oftmals nur auf diese Art und Weise an wichtige unternehmensinterne Informationen gelangen kann.⁹⁹

2.3 Rechtsvergleichende Betrachtung der Stellung der Organe der Gesellschaft und deren Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland bleibt der Schuldner im Konkurs Rechtsträger seines Vermögens und die Organe der schuldnerischen Gesellschaft existieren weiter. Zudem verlieren

⁹³ BECK/DEPRÉ-JENAL, § 31 N 87.

⁹⁴ InsO UHLENBRUCK-MOCK, § 80 N 4.

⁹⁵ BECK/DEPRÉ-JENAL, § 31 N 101.

⁹⁶ BECK/DEPRÉ-JENAL, § 31 N 101.

⁹⁷ MüKo InsO-STEPHAN, § 97 N 1.

⁹⁸ Vgl. InsO BRAUN-KROTH, § 98 N 3.

⁹⁹ InsO ANDRES/LEITHAUS-LEITHAUS, § 97 N 2; MüKo InsO-STEPHAN, § 97 N 1.

die Organe in beiden Rechtsordnungen die Verfügungsbefugnis über das schuldnerische Vermögen, welche Kraft Gesetz auf die Konkursverwaltung übergeht. Im die Konkursmasse nicht betreffenden insolvenzfreen Bereich dürfen sich die Organe des Schuldners nach Schweizer und nach deutschem Recht jedoch weiterhin betätigen.

Die Gesetzgeber beider verglichener Länder haben erkannt, dass der Schuldner und seine Organe oftmals als einzige Personen über unternehmensinterne Informationen verfügen, welche für das Konkursverfahren höchst relevant sind. Sowohl das SchKG als auch die InsO sehen deshalb umfangreiche Auskunft- und Mitwirkungspflichten vor.

Zusätzlich zu den allgemeinen und in beiden Rechtsordnungen sehr ähnlichen Regelungen sieht das Schweizer Recht in Art. 228 SchKG sowie in Art. 244 SchKG explizit vor, dass der Schuldner eine Erklärung zum Inventar sowie zu den Konkurseingaben abgeben muss. Das deutsche Recht kennt keine solche spezifische Verpflichtung für den Schuldner, dehnt jedoch dessen Auskunft- und Mitwirkungspflichten nach § 101 InsO auch auf frühere organschaftliche Vertreter sowie ehemalige Angestellte aus.

Das Recht der Schweizer Konkursverwaltung sowie des deutschen Insolvenzverwalters, über die Auskunft- und Mitwirkungspflichten betriebsrelevante Informationen vom Schuldner und seinen Organen einzufordern, ist zusammenfassend für eine Unternehmensfortführung förderlich.

3. Die Organe zur Gläubigermithwirkung

Im Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren werden die Gläubiger insbesondere durch ausgeprägte Partizipations- und Mitbestimmungsrechte geschützt, welche einen grossen Einfluss auf die Unternehmensfortführung haben. Die im Verfahren vorgesehenen Organe zur Gläubigermithwirkung sollen deshalb nachfolgend anhand der einschlägigen SchKG- sowie InsO-Bestimmungen dargelegt und verglichen werden.

3.1 Die Gläubigerversammlung

3.1 a) 1. Gläubigerversammlung (Art. 235 ff. SchKG) und 2. Gläubigerversammlung (Art. 252 ff. SchKG)

Die Gläubigerversammlung bildet im Schweizer Konkursverfahren das oberste Willensbildungsorgan der Gläubiger,¹⁰⁰ welches innerhalb der Schranken des Gesetzes und für die Konkursverwaltung bindend den Gang des Verfahrens bestimmt.¹⁰¹

Die erste Gläubigerversammlung im ordentlichen Konkursverfahren findet nach Art. 232 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG spätestens 20 Tage nach der Konkurspublikation statt. Sie wird nach

¹⁰⁰ KREN KOSTKIEWICZ, N 1413; BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 235 N 1.

¹⁰¹ BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 235 N 1.

Art. 235 Abs. 1 SchKG von einem Konkursbeamten geleitet, welcher die Gläubigerversammlung unabhängig von deren Beschlussfähigkeit nach Art. 236 SchKG oder Art. 237 Abs. 1 SchKG über den Bestand der Konkursmasse orientieren muss.

Bei Beschlussfähigkeit i.S.v. Art. 235 Abs. 3 SchKG hat die erste Gläubigerversammlung vielseitige Aufgaben und Befugnisse: Sie wählt nach Art. 237 Abs. 2 SchKG die Konkursverwaltung, kann nach Art. 237 Abs. 3 SchKG einen Gläubigerausschuss einsetzen und entscheidet nach Art. 238 Abs. 1 SchKG über die Fortsetzung schwebender Prozesse, über Freihandverkäufe sowie über die Unternehmensfortführung.

Die zweite Gläubigerversammlung im ordentlichen Konkursverfahren findet gemäss Art. 252 Abs. 1 SchKG nach der Auflage des Kollokationsplans statt und wird nach Art. 252 Abs. 3 SchKG von der Konkursverwaltung geleitet. Letztere erstattet der Gläubigerversammlung nach Art. 253 Abs. 1 SchKG einen umfassenden Bericht über den Gang der Verwaltung sowie über den Stand der Aktiven und Passiven.

Bei Beschlussfähigkeit i.S.v. Art. 254 SchKG *e contrario* i.V.m. Art. 235 Abs. 3 SchKG entscheidet die zweite Gläubigerversammlung nach Art. 253 Abs. 2 SchKG über die Bestätigung der Konkursverwaltung sowie über alle weiteren für die Durchführung des Konkurses notwendigen Fragen. Beispielsweise darf die Gläubigerversammlung nach Art. 256 Abs. 1 SchKG den freihändigen Verkauf der zur Konkursmasse gehörenden Vermögensgegenstände anordnen. Falls notwendig, können auf Verlangen der Gläubiger oder des Gläubigerausschusses sowie auf Anordnung der Konkursverwaltung gemäss Art. 255 SchKG weitere Gläubigerversammlungen stattfinden.

3.1 b) *Insb. Entscheidung über die Unternehmensfortführung (Art. 238 Abs. 1 SchKG)*

Für die Fortführung des schuldnerischen Betriebs im Konkurs besonders relevant ist die erste Gläubigerversammlung, welche nach Art. 238 Abs. 1 SchKG in freiem Ermessen definitiv über die Unternehmensfortführung im Konkurs entscheidet.¹⁰²

In der Regel wird es jedoch nur zur Fortführungsfrage kommen, wenn die Konkursverwaltung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung das konkursite Unternehmen provisorisch fortgeführt hat – der Entscheid der Gläubigerversammlung erfolgt sonst zu spät¹⁰³ und eine Wiederaufnahme der vorerst eingestellten Unternehmenstätigkeit ist im Normalfall ausgeschlossen.¹⁰⁴ In der Praxis ist eine provisorische Betriebsfortführung durch die Konkursverwaltung und somit auch ein dadurch beeinflusster positiver Fortführungsentscheid der Gläubigerversammlung äusserst selten.¹⁰⁵

¹⁰² KNUPP, 103 m.w.H.; BAUMGARTNER, 86; vgl. KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 238 N 3.

¹⁰³ MEIER, 12.

¹⁰⁴ BAUMGARTNER, 153 & 80 m.w.H.

¹⁰⁵ MEIER, 4.

Klare Voraussetzungen für eine mögliche Unternehmensfortführung sind gesetzlich nicht statuiert. Die Lehre hat jedoch folgende materiellen Voraussetzungen herausgearbeitet: i) Es muss ein Handel oder ein Gewerbe des Gemeinschuldners existieren, ii) es müssen positive wirtschaftliche Aussichten bestehen, iii) es sollen ausreichend freie Aktiven vorhanden sein, iv) die Konkursmasse muss mindestens erhalten und im Idealfall vermehrt werden, v) die Konkursverwaltung muss über ausreichende Qualifikationen zur Leitung der Unternehmensfortführung verfügen, und vi) die Mitarbeit der bisherigen Belegschaft und damit das Know-How über die bisherigen Unternehmensabläufe müssen gesichert sein.¹⁰⁶ Diese Voraussetzungen muss das Konkursamt bereits bei der provisorischen Entscheidung über die Betriebsfortführung prüfen,¹⁰⁷ was aufgrund des teilweise fehlenden Fachwissens des Konkursamtes in komplexen rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Fragen jedoch in der Praxis wohl oftmals nicht erfolgt.¹⁰⁸

Zusammenfassend liegt der Entscheid über die Unternehmensfortführung somit zwar nach Art. 238 Abs. 1 SchKG bei der ersten Gläubigerversammlung, wird jedoch durch die vorläufige Entscheidung der Konkursverwaltung in erheblichem Masse präjudiziert, da eine Fortführung des Betriebs nach Stilllegung durch das Konkursamt aufgrund des bereits eingetretenen Wertverlusts der Konkursmasse sowie der bereits zerstörten Arbeitsplätze in den meisten Fällen unmöglich ist.¹⁰⁹ Dies erschwert die Unternehmensfortführung im Konkurs.

3.1 c) Gläubigerversammlungen (§§ 74 ff. InsO), insb. Berichtstermin (§§ 156 ff. InsO) und Prüfungstermin (§§ 176 ff. InsO)

Die Gläubigerversammlung ist das wichtigste Organ des Insolvenzverfahrens und dient der insolvenzrechtlichen Selbstverwaltung.¹¹⁰ Die Versammlung findet im Allgemeinen (§ 74 InsO) oder besonders vorgesehen als Berichtstermin (§ 156 InsO), Prüfungstermin (§§ 176 ff. InsO) oder Schlusstermin (§ 197 InsO) statt.¹¹¹ Gläubigerversammlungen werden nach § 76 Abs. 1 InsO vom Insolvenzgericht geleitet.

Im Berichtstermin nach § 156 InsO hat der Insolvenzverwalter den Gläubigern über die wirtschaftliche Lage des Schuldners sowie über allfällige Sanierungs- und Erhaltungsmöglichkeiten zu berichten. Die Gläubiger entscheiden sodann nach § 157 InsO über die Unternehmensfortführung,¹¹² können nach § 68 InsO einen Gläubigerausschuss einsetzen oder bestätigen, dürfen falls gewünscht nach § 57 InsO einen anderen Insolvenzverwalter wählen und müssen ihre Zustimmung zu

¹⁰⁶ KNUPP, 58 ff.; vgl. BAUMGARTNER, 80 ff.

¹⁰⁷ Vgl. BAUMGARTNER, 80.

¹⁰⁸ Vgl. BAUMGARTNER, 78 f.; vgl. MEIER, 4 & 11 f.

¹⁰⁹ BAUMGARTNER, 78 ff.; vgl. KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 17; vgl. § 3 Ziff. 1.1 hiavor.

¹¹⁰ InsO UHLENBRUCK-KNOPF, § 74 N 1 ff.; InsO BRAUN-HERZIG, § 74 N 1.

¹¹¹ Vgl. BECK/DEPRÉ-HOLZER, § 3 N 179.

¹¹² Dazu sogleich unter § 4 Ziff. 3.1 d) nachfolgend.

besonders bedeutsamen Rechtsgeschäften nach §§ 160 ff. InsO erteilen. Nach dem Berichtstermin verwertet der Insolvenzverwalter gemäss § 159 InsO unverzüglich das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen oder vollzieht allfällige entgegenstehende Beschlüsse der Gläubiger.

Auf der Grundlage der vom Insolvenzverwalter erstellten Insolvenztabelle nach § 175 InsO findet am bereits im Eröffnungsbeschluss nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 InsO vom Insolvenzgericht festgelegten Tage der Prüfungstermin gemäss §§ 176 ff. InsO statt. In umfangreichen Verfahren, in welchen der Insolvenzverwalter nicht in der Lage ist, alle zur Tabelle angemeldeten Forderungen rechtzeitig bis zum Prüfungstermin abschliessend zu prüfen, kann das Gericht den Prüfungstermin vertagen.¹¹³

Am Termin selbst können zur Tabelle angemeldete Forderungen vom Insolvenzverwalter oder von einzelnen Insolvenzgläubigern nach § 178 Abs. 1 InsO bestritten und somit nicht zur Tabelle festgestellt werden. Der betroffene Gläubiger muss zur Beseitigung des Widerspruchs nach §§ 180 ff. InsO auf die gerichtliche Feststellung der Forderung klagen. Für sämtliche festgestellten Forderungen wirkt die Eintragung in die Tabelle nach § 178 Abs. 3 InsO wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber dem Insolvenzverwalter sowie gegenüber den Insolvenzgläubigern.

3.1 d) *Insb. Entscheidung über die Unternehmensfortführung (§§ 157 ff. InsO)*

Die Gläubiger entscheiden gemäss § 157 S. 1 InsO explizit darüber, ob der schuldnerische Betrieb stillgelegt oder (vorläufig) fortgeführt werden soll. Letzteres hält insbesondere die Möglichkeit einer übertragenden Sanierung und somit eines Verkaufs des gesamten Unternehmens offen.¹¹⁴ Eine vorläufige Weiterführung kann jedoch auch zum Zwecke einer Auslaufproduktion oder eines geordneten Abverkaufs erfolgen, was sich vor allem bei einem grossen Bestand an Halbfertig- oder Fertigprodukten und einem gleichzeitig hohen Auftragsbestand anbietet.¹¹⁵

Zudem können die Gläubiger den Insolvenzverwalter nach § 157 S. 2 InsO mit der Ausarbeitung eines Insolvenzplans beauftragen und sich somit für eine Sanierung i.e.S. aussprechen.

Es ist an dieser Stelle noch einmal hervorzuheben, dass der Entscheid der Gläubigerversammlung über die Fortführung des schuldnerischen Betriebs aufgrund der gesetzlichen Konzeption bis zum Berichtstermin kaum präjudiziert wird. Dies deshalb, weil der vorläufige Insolvenzverwalter nach § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO das Unternehmen grundsätzlich fortführen muss und es nur bei Zustimmung des Insolvenzgerichts stilllegen darf. Zudem benötigt auch der Insolvenzverwalter im eröffneten Regelin Insolvenzverfahren zur Stilllegung nach § 158 InsO die Zustimmung des Gläubigerausschusses und – wo kein solcher eingesetzt wurde – auf Antrag des Schuldners die Zustimmung des Insolvenzgerichts.

¹¹³ InsO BRAUN-SPECOVIUS, § 176 N 20 f.

¹¹⁴ InsO ANDRES/LEITHAUS-ANDRES, § 157 N 12.

¹¹⁵ BECK/DEPRÉ-BECK/PECHARTSCHECK, § 18 N 21.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Gläubiger am Berichtstermin nach § 157 InsO über das weitere Insolvenzverfahren und insbesondere über die Weiterführung oder Stilllegung des schuldnerischen Unternehmens entscheiden. Sie können dabei als Ausdruck der Gläubigerautonomie ohne vorgängige Präjudizierung gezielt zwischen verschiedenen Alternativen zur Haftungsverwirklichung wählen.

3.2 Der fakultative Gläubigerausschuss

3.2 a) Der fakultative Gläubigerausschuss (Art. 237 Abs. 3 SchKG)

Der Gläubigerausschuss nach Art. 237 Abs. 3 SchKG ist ein von der Gläubigerversammlung fakultativ eingesetztes Hilfs- und Kontrollorgan.¹¹⁶ Ohne anderslautenden Beschluss der Gläubigerversammlung nimmt der Ausschuss die in Art. 237 Abs. 3 SchKG, Art. 247 Abs. 3 SchKG und Art. 255 SchKG statuierten Aufgaben wahr.¹¹⁷

Zu den Obliegenheiten des Gläubigerausschusses gehören nach Art. 237 Abs. 3 SchKG unter anderem die Beaufsichtigung der Geschäftsführung der Konkursverwaltung sowie der Einspruch gegen jede den Interessen der Gläubiger zuwiderlaufende Massregel. Diese Aufgaben leiten sich direkt aus der Kompetenz der Gläubigerversammlung ab.¹¹⁸

Darüber hinaus hat der Gläubigerausschuss selbständige Kompetenzen, welche der Gläubigerversammlung nicht zustehen:¹¹⁹ Beispielsweise darf der Ausschuss gemäss Art. 237 Abs. 3 Ziff. 4 SchKG Widerspruch gegen von der Konkursverwaltung zugelassene Forderungen erheben oder muss nach Art. 247 Abs. 3 SchKG den Kollokationsplan genehmigen.

Im Hinblick auf die Unternehmensfortführung im Konkurs höchst relevant ist vor allem die abgeleitete Kompetenz des Gläubigerausschusses¹²⁰ nach Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG, anstelle der ersten Gläubigerversammlung über die Fortführung des schuldnerischen Betriebs zu entscheiden. Da der Gläubigerausschuss oftmals aus Personen mit rechtlichen, wirtschaftlichen sowie branchenspezifischen Kenntnissen besteht, ist es in Fällen mit komplizierten Verhältnissen angezeigt, den Ausschuss über die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens entscheiden zu lassen.¹²¹ Bei seiner Entscheidung hat der Gläubigerausschuss sich an den gleichen Ermessensrahmen zu halten wie die Konkursverwaltung und die Gläubigerversammlung.¹²²

¹¹⁶ AMONN/WALTHER, § 45 N 15.

¹¹⁷ Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, N 1425; vgl. AMONN/WALTHER, § 45 N 15.

¹¹⁸ AMONN/WALTHER, § 45 N 16.

¹¹⁹ KREN KOSTKIEWICZ, N 1426; AMONN/WALTHER, § 45 N 17.

¹²⁰ KREN KOSTKIEWICZ, N 1425; AMONN/WALTHER, § 45 N 16.

¹²¹ Vgl. BAUMGARTNER, 87.

¹²² KNUPP, 106.

3.2 b) Der fakultative Gläubigerausschuss (§§ 67 ff. InsO)

Der Gläubigerausschuss nach deutschem Recht ist ein unabhängiges und selbständiges Organ im Insolvenzverfahren, welches das Gesamtinteresse der Gläubigergemeinschaft wahrnimmt¹²³ und aufgrund der Gläubigerautonomie verschiedene Mitbestimmungsrechte ausüben darf.¹²⁴

Das Insolvenzgericht kann und muss unter den Voraussetzungen des § 22a InsO bereits im Eröffnungsverfahren einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen. Für das eröffnete Insolvenzverfahren kann das Gericht anschliessend nach § 67 InsO einen «definitiven» Gläubigerausschuss bestimmen. Die Insolvenzgerichte nutzen diese Möglichkeit in der Praxis zumeist nur in Verfahren mit grösseren Insolvenzmassen und einem aktiven Geschäftsbetrieb, um die effektive Befriedigungsquote nur geringfügig durch die Vergütungen der Ausschussmitglieder nach § 73 InsO zu belasten.¹²⁵ Ab der ersten Gläubigerversammlung steht der Entscheid darüber, ob ein Gläubigerausschuss bestehen soll, nach § 68 InsO nur noch den Gläubigern zu.

Hauptaufgabe des Gläubigerausschusses ist nach § 69 S. 1 InsO, den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen. Dazu müssen die Mitglieder des Ausschusses sich nach § 69 S. 2 InsO über den Gang der Geschäfte unterrichten sowie die Bücher und Geschäftspapiere einsehen. Der Ausschuss darf zudem gemäss § 75 Abs. 1 Nr. 2 InsO beim Insolvenzgericht die Einberufung von Gläubigerversammlungen beantragen.

Im Hinblick auf die Unternehmensfortführung hat der Gläubigerausschuss zusätzliche, einflussreiche Befugnisse: Er darf nach § 156 Abs. 2 S. 1 InsO am Berichtstermin zum Bericht des Verwalters über die wirtschaftliche Lage eine Stellungnahme abgeben, muss nach § 158 Abs. 1 InsO einer Stilllegung des Schuldnerunternehmens vor der ersten Gläubigerversammlung zustimmen oder allgemein bedeutsame Rechtshandlungen nach § 160 Abs. 1 InsO vorgängig genehmigen.

3.3 Rechtsvergleichende Betrachtung der Gläubigermitwirkung und deren Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung

Sowohl im Schweizer als auch im deutschen Recht ist die Gläubigerversammlung als oberstes willensbildendes Organ sowie der fakultative Gläubigerausschusses zur Überwachung und Unterstützung der Konkursverwaltung vorgesehen.

Die erste Gläubigerversammlung nach Art. 235 ff. SchKG sowie der Berichtstermin gemäss §§ 156 ff. InsO finden jeweils rasch nach der Eröffnung des Verfahrens statt und die Gläubiger können dabei in der Schweiz und in Deutschland über die Unternehmensfortführung entscheiden.

Allerdings werden die deutschen Gläubiger am Berichtstermin durch den Insolvenzverwalter

¹²³ BGH IX ZB 222/05 = NJW-RR 2008, 783 (784); InsO UHLENBRUCK-ZIPPERER, § 67 N 2.

¹²⁴ InsO ANDRES/LEITHAUS-ANDRES, § 67 N 1.

¹²⁵ BECK/DEPRÉ-GRAEBER, § 10 N 25.

aufgrund von § 156 InsO umfassender über die schuldnerischen Verhältnisse, eine allfällige Betriebsfortführung und deren Auswirkungen sowie über mögliche Sanierungschancen informiert und haben somit die deutlich besseren Grundlagen für ihren Fortführungsentscheid als die Schweizer Gläubiger, welche von der Konkursverwaltung nach Art. 236 f. SchKG nur über die Inventaraufnahme sowie den Bestand der Masse informiert werden.

Zudem ist in Deutschland die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter bis zum Berichtstermin gemäss § 158 InsO vorgeschrieben und üblich, weshalb sich die Gläubigerversammlung ohne Weiteres für eine Betriebsfortführung entscheiden kann. In der Schweiz kann sich die Gläubigerversammlung hingegen aufgrund der in der Regel bereits erfolgten Schliessung des Unternehmens durch das Konkursamt oftmals nur noch für eine Stilllegung aussprechen. Das deutsche Insolvenzrecht fördert somit die Unternehmensfortführung, währenddem das Schweizer Konkursrecht diese stark erschwert.

Im Hinblick auf die Unternehmensfortführung im Konkurs ist der Gläubigerausschuss in der Schweiz besonders relevant, da er ohne anderslautenden Gläubigerbeschluss gemäss Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG anstelle der ersten Gläubigerversammlung über die Unternehmensfortführung entscheiden darf. Da der Ausschuss häufig über rechtlich sowie (betriebs-)wirtschaftlich ausgebildete Mitglieder verfügt, eignet er sich besonders gut dazu, die Fortführungs- oder Stilllegungsentscheidung zu fällen, was für die Unternehmensfortführung grundsätzlich förderlich ist. Auch dieser Beschluss wird jedoch – wie bereits mehrfach erwähnt – stark durch den provisorischen Entscheid der Konkursverwaltung präjudiziert.

Der deutsche Gläubigerausschuss hat in Bezug auf die Betriebsfortführung in der Insolvenz ebenfalls eine wichtige Rolle. Er darf sich nach § 156 Abs. 2 S. 1 InsO am Berichtstermin über die wirtschaftliche Lage des Schuldners äussern und muss nach § 158 Abs. 1 InsO einer Stilllegung des Schuldnerunternehmens vor der ersten Gläubigerversammlung zustimmen. Diese Rechte fördern wohl in den meisten Fällen die Unternehmensfortführung in der Insolvenz.

4. Die gerichtlichen Organe

Neben der Konkursverwaltung, dem Schuldner sowie den Gläubigern sind auch gerichtliche Instanzen am Konkursverfahren in der Schweiz und in Deutschland beteiligt. Deren Stellung und Befugnisse sollen nachfolgend kurz dargelegt und rechtsvergleichend gegenübergestellt werden.

4.1 Das Schweizer Konkursgericht

Sofern ein Konkursbegehren nach Art. 166 ff. SchKG, ein Gläubigerantrag nach Art. 190 SchKG, ein Antrag des Schuldners nach Art. 191 SchKG, ein gesetzlicher Grund gemäss Art. 192 SchKG oder eine Mitteilung i.S.v. Art. 193 SchKG an das Konkursgericht gelangt und die jeweiligen

Voraussetzungen erfüllt sind, eröffnet das Gericht den Konkurs über den Schuldner.

Je nachdem, welches Ergebnis aus der konkursamtlichen Inventaraufnahme nach Art. 221 ff. SchKG resultiert, ist der weitere gerichtlich angeordnete Verfahrensablauf unterschiedlich.¹²⁶ Beantragt das Konkursamt kein summarisches Konkursverfahren und keine Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven, so wird der Konkurs im ordentlichen Verfahren durchgeführt (Art. 230 SchKG *e contrario* sowie Art. 231 SchKG *e contrario*).

Nach Abschluss des Konkursverfahrens erklärt das Konkursgericht dieses nach Vorlage des Schlussberichtes der Konkursverwaltung gemäss Art. 268 SchKG für geschlossen.

4.2 Die Schweizer Aufsichtsbehörde (SchKG 13)

Jeder Schweizer Kanton muss nach Art. 13 SchKG eine Aufsichtsbehörde zur Überwachung der Betreibungs- und Konkursämter schaffen. Den Kantonen steht es dabei frei, für einen oder mehrere Konkurskreise unterschiedliche Aufsichtsbehörden zu bestellen.¹²⁷ Als kantonale Aufsichtsbehörde darf sowohl ein Gericht als auch eine Verwaltungsbehörde eingesetzt werden.¹²⁸

Die Aufsichtsbehörden prüfen gemäss Art. 14 Abs. 1 SchKG mindestens einmal jährlich die Geschäftsführung jedes Konkursamtes im von ihnen zu überwachenden Konkurskreis und erlassen falls nötig nach Art. 14 Abs. 2 SchKG Disziplinar massnahmen. Zudem haben die Aufsichtsbehörden nach Art. 13 Abs. 1 SchKG die Aufgabe, die Ämter in Bezug auf gesetzmässige Verwaltung zu überwachen – insbesondere als Beschwerdeinstanz nach Art. 17 Abs. 1 SchKG.¹²⁹

4.3 Das deutsche Insolvenzgericht

Das Insolvenzgericht ist im Insolvenzverfahren als «Hüterin der Rechtmässigkeit» anzusehen.¹³⁰ Es ist aufgrund der weitgehenden Gläubigerautonomie jedoch nicht «Herr» des eröffneten Insolvenzverfahrens.¹³¹ Dennoch nimmt das Gericht vielseitige Aufgaben der Aufsicht, Sicherung und Prüfung wahr, wobei die Aufsichtspflicht vor allem als Rechtsaufsicht, jedoch nicht als Aufsicht über die Wirtschaftlichkeit oder die Zweckmässigkeit von Entscheidungen der Gläubigervertretungsorgane ausgestaltet ist.¹³²

Im Insolvenzeröffnungsverfahren erlässt das Insolvenzgericht nach §§ 20 ff. InsO einstweilige Sicherungsmassnahmen, bestellt einen vorläufigen Insolvenzverwalter, setzt allenfalls einen vorläufigen Gläubigerausschuss ein und lehnt den Eröffnungsantrag ab oder gibt diesem statt. Das Gericht setzt weiter gemäss § 29 InsO den Berichts- sowie den Prüfungstermin fest und hat nach

¹²⁶ Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, N 1395 ff.

¹²⁷ KREN KOSTKIEWICZ, N 90.

¹²⁸ BGer 5A_311/2013, E. 4.3.2.

¹²⁹ KREN KOSTKIEWICZ, N 92; vgl. § 5 Ziff. 1 nachfolgend.

¹³⁰ InsO UHLENBRUCK-KNOPF, § 76 N 1.

¹³¹ GOTTWALD/HAAS-PECHARTSCHECK, § 17 N 18.

¹³² BECK/DEPRÉ-HEILMAIER, § 8 N 6.

§§ 74 ff. InsO die Aufgabe, Gläubigerversammlungen einzuberufen, zu leiten sowie nicht im Interesse der Gläubiger stehende Beschlüsse der Versammlung auf Antrag aufzuheben.

Ausserdem obliegt dem Gericht die Aufsicht über den Insolvenzverwalter inkl. Entlassungsmöglichkeit i.S.v. §§ 58 f. InsO. Falls notwendig kann das Insolvenzgericht nach § 70 InsO auch Mitglieder des Gläubigerausschusses entlassen.

Zuletzt hebt das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren gemäss § 200 InsO nach der Schlussverteilung auf oder stellt dieses nach §§ 207 ff. InsO bei Masseunzulänglichkeit ein.

4.4 Rechtsvergleichende Betrachtung der gerichtlichen Organe

Sowohl das Schweizer Konkursgericht als auch das deutsche Insolvenzgericht ist für die äussere Leitung des Konkursverfahrens verantwortlich, indem es das Verfahren eröffnet und am Ende für geschlossen erklärt.

Das deutsche Insolvenzgericht ist jedoch zusätzlich im Eröffnungsverfahren, welches im Schweizer Recht nicht vorgesehen ist, stark eingebunden und hat insbesondere durch die Möglichkeit, vorläufige Massnahmen i.S.v. § 21 InsO zu treffen, einen grossen Einfluss auf das weitere Verfahren. Dem Gericht obliegen zudem auch im eröffneten Verfahren wichtige verfahrensleitende Aufgaben wie beispielsweise die Einberufung der Gläubigerversammlungen (§ 74 InsO). Das Insolvenzgericht nimmt zuletzt auch die Aufsicht über den Insolvenzverwalter wahr (§ 58 InsO).

Die Aufsicht über das Verfahren sowie über die Konkursverwaltung steht in der Schweiz hingegen der Aufsichtsbehörde zu, welche die Geschäftsführung der Konkursämter jährlich überprüft (Art. 14 Abs. 1 SchKG) und auch über allfällige Beschwerden gegen Verfügungen der Verfahrensbeteiligten entscheidet (Art. 17 SchKG; vgl. nachfolgend § 5 Ziff. 1). Die gesetzlichen Konzeptionen der gerichtlichen Organe des Konkursverfahrens unterscheiden sich somit in der Schweiz und in Deutschland in einigen Punkten deutlich.

Höchst relevant für die Unternehmensfortführung ist vor allem die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters durch das deutsche Insolvenzgericht nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO im Eröffnungsverfahren, welche gemäss § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO der Anordnung einer vorläufigen Unternehmensfortführung gleichkommt. Soll vor dem Berichtstermin der Betrieb stillgelegt oder veräussert werden, so muss gemäss § 158 InsO der Gläubigerausschuss oder auf Antrag des Schuldners das Insolvenzgericht zustimmen. Diese Mechanismen fördern die Unternehmensfortführung in der Insolvenz, da die Stilllegung des Betriebs nur als Ausnahmefall vorgesehen ist.

Das Schweizer Konkursgericht sowie die Schweizer Aufsichtsbehörde sind am eigentlichen Konkursverfahren hingegen in der Regel nicht beteiligt und deren Entscheidungen wirken sich kaum auf die Unternehmensfortführung im Konkurs aus.

§ 5 Die Haftung der Vollstreckungsorgane im Konkurs gegenüber den Gläubigern und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung

Die Entscheidungen der am Konkursverfahren beteiligten Organe können weitreichende finanzielle Auswirkungen haben, welche die Gläubigerbefriedigung beeinflussen. Die Gläubiger im Konkursverfahren bedürfen somit besonderen Schutzes, welcher auf zwei unterschiedliche Wege erreicht wird: Einerseits stehen den Gläubigern die bereits hiervor unter § 4 Ziff. 3 beschriebenen Partizipations- und Mitwirkungsrechte zu, und andererseits bestehen Haftungsinstrumente, mit welchen korrigierend in das Zwangsvollstreckungsverfahren eingegriffen und durch Verfahrensbeteiligte verursachte Schäden geltend gemacht werden können.

Die im Schweizer sowie im deutschen Recht vorgesehenen Haftungsinstrumente sowie ihre Unterschiede werden nachfolgend skizziert und rechtsvergleichend gegenübergestellt. Dabei wird der Fokus auf die Haftung der Konkursverwaltung gegenüber den Gläubigern sowie auf die Anfechtungsmöglichkeit im Falle einer (Nicht-)Fortführung des schuldnerischen Unternehmens durch Verfahrensbeteiligte gelegt.

1. Das Beschwerderecht der Gläubiger (Art. 17 ff. SchKG)

Bei der betreibungsrechtlichen Beschwerde an die Aufsichtsbehörde nach Art. 17 ff. SchKG handelt es sich nicht um eine gerichtliche Angelegenheit i.S.v. Art. 1 lit. c ZPO,¹³³ sondern um ein zwangsvollstreckungsrechtliches Institut, welches im Interesse der Verfahrensbeteiligten eine einheitliche und richtige Anwendung des Betreibungs- und Konkursrechts gewährleisten soll.¹³⁴ Die Beschwerde ist somit zwar kein eigentliches Haftungsinstrument, aber dennoch ein ordentliches, devolutives, vollkommenes, reformatorisches oder kassatorisches Rechtsmittel¹³⁵ mit grosser Bedeutung für die Unternehmensfortführung im Konkurs.

Die Gläubiger und ihre Stellung im Verfahren werden dadurch geschützt, dass sie eine rechtliche Möglichkeit erhalten, um korrigierend und verbindlich in das Verfahren einwirken zu können. Es stellt sich die Frage, ob dieses Instrument genutzt werden kann, um gegen Fortführungs- oder Stilllegungsentscheidungen der Konkursverwaltung oder der Gläubigerversammlung vorzugehen.

Anfechtbar ist nach Art. 17 Abs. 1 SchKG jede Verfügung eines Konkursamtes, wobei auch Handlungen von Hilfsorganen anfechtbar sind.¹³⁶ Weiter sind auch Verfügungen von atypischen Organen wie der ausseramtlichen Konkursverwaltung (Art. 237 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 241 SchKG),

¹³³ BGE 141 III 170, E. 3.

¹³⁴ KREN KOSTKIEWICZ, N 179, vgl. BSK SchKG-COMETTA/MÖCKLI, Art. 17 N 1.

¹³⁵ SK SchKG-MAIER/VAGNATO, Art. 17 N 1, vgl. AMONN/WALTHER, § 6 N 64 f.

¹³⁶ BGer 7B.72/2004 E. 2.2 m.w.H.; KUKO SchKG-DIETH/WOHL, Art. 17 N 3 f.; AMONN/WALTHER, § 6 N 9.

des Gläubigerausschusses (Art. 237 Abs. 3 SchKG)¹³⁷ sowie der Gläubigerversammlung (Art. 235 SchKG, Art. 252 SchKG i.V.m. Art. 253 Abs. 2 SchKG, Art. 255 SchKG) anfechtbar.

Als „Verfügung“ ist jeweils eine bestimmte behördliche Handlung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren zu verstehen, die in Ausübung amtlicher Funktionen auf Grund des Konkursrechts erlassen worden ist.¹³⁸ Die Verfügung muss dabei das Verfahren vorantreiben, die Rechtsstellung von Verfahrensbeteiligten beeinträchtigen und Aussenwirkungen zeigen.¹³⁹ Weder der Wortlaut noch das formale Erscheinungsbild entscheidet darüber, ob eine anfechtbare Verfügung vorliegt, sondern der tatsächliche und rechtliche Gehalt.¹⁴⁰

Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung eines Zwangsvollstreckungsorgans in seinen rechtlichen oder zumindest tatsächlichen Interessen betroffen und dadurch beschwert ist und wer deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung hat.¹⁴¹ Gläubiger haben generell ein solches schutzwürdiges Interesse und sind beschwerdelegitimiert.¹⁴² Gerügt werden können nach Art. 17 Abs. 1 und 3 SchKG Rechtsverweigerungen, Rechtsverletzungen sowie Unangemessenheit.

Im Hinblick auf die Unternehmensfortführung im Konkurs wurde bereits hiavor unter § 4 Ziff. 1.1 b) ausgeführt, dass das Konkursamt gestützt auf Art. 223 SchKG bereits vor der ersten Gläubigerversammlung in eigenem Ermessen die Unternehmensweiterführung anordnen und durchführen kann.¹⁴³ Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich beim vorläufigen Fortführungs- oder Stilllegungsentscheid klar um eine behördliche Handlung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren, die in Ausübung amtlicher Funktionen erfolgt, das Verfahren vorantreibt, die Rechtsstellung des Schuldners sowie der Gläubiger berührt und überdies Aussenwirkungen zeigt.

Deshalb handelt es sich nach der hier vertretenen Meinung beim vorläufigen Fortführungs- oder Stilllegungsentscheid der Konkursverwaltung um eine anfechtbare Verfügung i.S.v. Art. 17 SchKG.¹⁴⁴ Befürchten die Gläubiger, dass die Konkursverwaltung durch ihren provisorischen Entscheid ihrer Pflicht zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung gemäss Art. 240 SchKG nicht nachkommt, weil der Verwertungserlös und damit das Gläubigertreffnis durch die

¹³⁷ Ob direkt eine Beschwerde gegen Beschlüsse des Gläubigerausschusses möglich ist oder ob erst die anschliessende Vollzugshandlung anfechtbar ist, ist umstritten. Das direkte Beschwerderecht ist jedoch wohl h.L.; KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 239 N 4 m.w.H.; BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 239 N 8 ff. m.w.H.

¹³⁸ BGE 129 III 400, E. 1.1; BGE 128 III 156, E. 1c; vgl. BSK SchKG-COMETTA/MÖCKLI, Art. 17 N 18.

¹³⁹ BGE 116 III 91, E. 1; BGE 95 III 1, E. 1; SK SchKG-MAIER/VAGNATO, Art. 17 N 14; vgl. BSK SchKG-COMETTA/MÖCKLI, Art. 17 N 19.

¹⁴⁰ BGer 7B.75/2006, E. 2.2.2; BGer 7B.147/2004, E. 1.2; vgl. BSK SchKG-COMETTA/MÖCKLI, Art. 17 N 19.

¹⁴¹ BGE 129 III 595, E. 3; BGE 120 III 42, E. 3.

¹⁴² BGE 135 I 187, E. 1.3; BGE 129 III 595, E. 3.2.

¹⁴³ KNUPP, 87; MEIER, 12; vgl. BAUMGARTNER, 86.

¹⁴⁴ Zustimmend: KNUPP, 116; implizit wohl zustimmend: BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 239 N 11.

provisorische Unternehmensfortführung oder -stilllegung geschmälert werden, so können sie die Anordnung mittels Beschwerde einer Rechts- und Ermessenskontrolle durch die Aufsichtsbehörde unterziehen.

Entscheidet die erste Gläubigerversammlung nach Art. 238 Abs. 1 SchKG oder der Gläubigerausschuss gemäss Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG, dass der schuldnerische Betrieb fortgeführt werden soll, so ist auch dagegen eine Beschwerde nach Art. 239 SchKG i.V.m. Art. 17 SchKG möglich.

Selbstverständlich bilden auch spätere Vollzugshandlungen der Konkursverwaltung – insbesondere die Durchführung der Unternehmensfortsetzung gestützt auf Art. 240 SchKG, wiederum anfechtbare Verfügungen i.S.v. Art. 17 SchKG.

Im Konkursverfahren steht den Gläubigern somit ein starkes rechtliches Instrument zur Verfügung, um Fortführungs- oder Stilllegungsentscheide von der Aufsichtsbehörde überprüfen zu lassen.

2. Die Haftung des Kantons für durch Behörden verursachte Schäden (Art. 5 SchKG)

Zusätzlich zur betriebsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG statuiert Art. 5 SchKG eine Haftung des Kantons für Schäden, welche Beamte, ihre Hilfspersonen, ausseramtliche Konkursverwaltungen und weitere Behörden bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben widerrechtlich verursachen. Die Haftung ist öffentlich-rechtlicher Natur¹⁴⁵ und kommt somit nur bei der Ausübung von amtlichen bzw. hoheitlichen Verrichtungen zur Anwendung.¹⁴⁶ Es stellt sich somit im Zusammenhang mit der Unternehmensfortführung im Konkurs die Frage, ob der Kanton im Falle eines schädigenden Fortführungs- oder Stilllegungsentscheids durch die Konkursverwaltung schadenersatzpflichtig wird.

Erste Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 5 SchKG ist dabei ein Schaden, welcher nach den Grundsätzen des Privatrechts berechnet wird.¹⁴⁷ Wie im Privatrecht sind die Herabsetzungsgründe nach Art. 44 OR zu beachten¹⁴⁸ – insbesondere hat der Geschädigte eine Schadenminderungspflicht und muss gestützt darauf schädigende Verfügungen oder Entscheide mit sämtlichen zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln anfechten.¹⁴⁹

Der Schaden muss nach Art. 5 SchKG in Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben entstehen und widerrechtlich sein, also ein absolutes Rechtsgut oder eine Schutznorm verletzen.¹⁵⁰ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss für die Widerrechtlichkeit und somit für die Haftungsbegründung

¹⁴⁵ BGer 5A_54/2008, E. 1; BGE 126 III 431, E. 1b.

¹⁴⁶ SK SchKG-MÜGGLER, Art. 5 N 3.

¹⁴⁷ BGer 5A.14/2002, E. 3.1; BGE 80 III 41, E. 3; AMONN/WALTHER, § 5 N 8.

¹⁴⁸ BGE 80 III 41 E. 3.

¹⁴⁹ KUKO SchKG-LEVANTE, Art. 5 N 8; BSK SchKG-GASSER, Art. 5 N 13; AMONN/WALTHER, § 5 N 8.

¹⁵⁰ BGE 123 II 577, E. 4d; BGer 5A_229/2009, E. 5; KUKO SchKG-LEVANTE, Art. 5 N 5.

eine für die Ausübung der amtlichen Funktion wesentliche Pflicht betroffen sein.¹⁵¹

Zuletzt muss die schädigende Handlung natürlich und adäquat kausal für den Eintritt des Schadens sein.¹⁵² Sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen können hierbei zum Schaden führen.¹⁵³

Im Hinblick auf die Unternehmensfortführung hat die Konkursverwaltung nach Art. 240 SchKG die Pflicht, die Konkursmasse zu erhalten sowie ein möglichst gutes Verwertungsergebnis für die Gläubiger zu erzielen.¹⁵⁴ Verletzt die Konkursverwaltung durch eine allfällige Betriebsschliessung oder Betriebsfortführung diese Amtspflichten, so können die Gläubiger den Kanton gemäss den hiervor dargelegten weiteren Voraussetzungen für Schäden haftbar machen.¹⁵⁵

3. Die Aufsicht des Insolvenzgerichts über den Insolvenzverwalter (§§ 58 f. InsO), über den Gläubigerausschuss (§ 70 InsO) sowie über die Gläubigerversammlung (§ 78 InsO)

Nach § 58 Abs. 1 InsO übt das Insolvenzgericht die Aufsicht über den Insolvenzverwalter aus und kann jederzeit einzelne Auskünfte oder einen Bericht über den Sachstand und die Geschäftsführung von ihm verlangen. Stellt das Gericht im Rahmen seiner Überwachungs- und Einschreitenspflicht¹⁵⁶ eine Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters fest, so kann es ihn gemäss § 58 Abs. 2 InsO unter anderem mit einem Zwangsgeld von bis zu EUR 25'000 sanktionieren.

Für den Fall, dass die Sanktionen nach § 58 InsO nicht ausreichend erscheinen oder das Verhalten des Insolvenzverwalters derart unakzeptabel ist, dass er nicht in seiner Stellung belassen werden kann, sieht § 59 InsO für das Insolvenzgericht die Möglichkeit vor, den Verwalter zu entlassen.¹⁵⁷

Materiell ist für eine Entlassung des Verwalters nach § 59 Abs. 1 S. 1 InsO ein «wichtiger Grund» und somit eine erhebliche Pflichtverletzung notwendig.¹⁵⁸ Im Hinblick auf die Unternehmensfortführung kann das Insolvenzgericht den Insolvenzverwalter insbesondere entlassen, wenn dieser offensichtlich völlig unzweckmässige wirtschaftliche Entscheidungen trifft.¹⁵⁹

Das Insolvenzgericht kann jedoch nicht nur den Insolvenzverwalter, sondern gemäss § 70 InsO auch Mitglieder des Gläubigerausschusses aus wichtigem Grund entlassen. Eine Entlassung ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn schwerwiegende Pflichtverletzungen begangen wurden.¹⁶⁰ Da nicht

¹⁵¹ BGE 132 II 449, E. 3.3.

¹⁵² SK SchKG-MÜGGLER, Art. 5 N 17.

¹⁵³ BSK SchKG-GASSER, Art. 5 N 38; SK SchKG-MÜGGLER, Art. 5 N 17.

¹⁵⁴ BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 240 N 7 & N 9; vgl. BAUMGARTNER, 85.

¹⁵⁵ BAUMGARTNER, 79.

¹⁵⁶ Vgl. MüKo InsO-GRAEBER, § 58 N 1.

¹⁵⁷ MüKo InsO-GRAEBER, § 59 N 2.

¹⁵⁸ InsO UHLENBRUCK-VALLENDER/ZIPPERER, § 59 N 8 f. m.w.H.

¹⁵⁹ MüKo InsO-GRAEBER, § 59 N 30.

¹⁶⁰ InsO UHLENBRUCK-KNOFF, § 70 N 1.

einmal die Gläubigerversammlung einzelne Mitglieder des von ihr gewählten Ausschusses durch Beschluss abwählen darf,¹⁶¹ sind die Anforderungen daran besonders hoch.¹⁶²

Zuletzt sei noch erwähnt, dass das Insolvenzgericht im Rahmen seiner Aufsicht über das Verfahren gemäss § 78 InsO auch Beschlüsse der Gläubigerversammlung, welche dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger widersprechen, aufheben kann. Dies betrifft im Zusammenhang mit der Unternehmensfortführung insbesondere Fortführungs- oder Stilllegungsbeschlüsse der Gläubiger, welche vom Gericht aufgehoben werden können, wenn sie zu einer wirtschaftlichen Verschlechterung der Situation der Insolvenzgläubiger führen.¹⁶³

Das Insolvenzgericht übt somit die Aufsicht über das Insolvenzverfahren aus. Es kann dabei insbesondere den Verwalter bei Pflichtverletzungen sanktionieren oder entlassen und Beschlüsse der Gläubigerversammlung, welche dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger widersprechen, aufheben. Dadurch gewährleistet das Gericht ein rechtmässiges Vollstreckungsverfahren.

4. Die Haftung des Insolvenzverwalters (§ 60 f. InsO) sowie des Gläubigerausschusses (§ 71 InsO)

Nach § 60 InsO ist der Insolvenzverwalter allen Beteiligten des Insolvenzverfahrens zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft seine insolvenzspezifischen Pflichten im Verfahren verletzt. Der Verwalter haftet gegenüber Insolvenzgläubigern, Massegläubigern, Aussonderungsberechtigten, Absonderungsberechtigten sowie gegenüber dem Schuldner¹⁶⁴ persönlich.¹⁶⁵ Der Insolvenzverwalter haftet dabei gemäss § 278 BGB für eigenes Hilfspersonal,¹⁶⁶ aufgrund seiner Auswahl- und Überwachungspflichten für selbständige Dritte¹⁶⁷ sowie nach § 60 Abs. 2 InsO für Mitarbeiter*innen des Schuldners.

Voraussetzungen einer Haftung nach § 60 InsO sind neben einer insolvenzspezifischen Pflichtverletzung ein Schaden, die Kausalität der Handlung des Verwalters für den Schaden sowie ein Verschulden.¹⁶⁸ Zudem haftet der Insolvenzverwalter gemäss der Spezialregelung in § 61 InsO gegenüber den Massegläubigern, wenn eine vom Verwalter begründete Masseverbindlichkeit aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden kann.

¹⁶¹ BGH IX ZB 47/06 = ZIP 2007, 781 (783).

¹⁶² Vgl. MüKo InsO-SCHMID-BURCK, § 70 N 6; vgl. InsO ANDRES/LEITHAUS-ANDRES, § 70 N 2.

¹⁶³ MüKo InsO-EHRICKE/AHRENS, § 78 N 11 m.w.H.

¹⁶⁴ InsO UHLENBRUCK-SINZ, § 60 N 13 ff.

¹⁶⁵ BGH VI 261/80 = BGHZ 85, 75 = ZIP 1982, 1458 (1459).

¹⁶⁶ MüKo InsO-SCHOPPMAYER, § 60 N 93; BECK/DEPRÉ-ZIMMER, § 47 N 19.

¹⁶⁷ BECK/DEPRÉ-ZIMMER, § 47 N 23; vgl. MüKo InsO-SCHOPPMAYER, § 60 N 93 ff.

¹⁶⁸ Vgl. InsO ANDRES/LEITHAUS-ANDRES, § 60 N 29 ff. m.w.H.; vgl. InsO UHLENBRUCK-SINZ, § 60 N 88 ff. m.w.H.

Verletzt der Insolvenzverwalter bei der Unternehmensfortführung seine Pflicht zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, indem er beispielsweise unternehmerische Fehlentscheidungen trifft¹⁶⁹ oder den Betrieb trotz erheblicher Verminderung des Schuldnervermögens um jeden Preis fortführt,¹⁷⁰ so haftet er den Gläubigern somit nach § 60 InsO für daraus entstehende Schäden.

Allfällige Zustimmungen anderer Verfahrensbeteiligter zum Vorgehen des Verwalters können die Haftung jedoch unter Umständen entfallen lassen: Stimmt beispielsweise das Insolvenzgericht im Eröffnungsverfahren der Stilllegung des Betriebs nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht zu, so ist der Verwalter hieran gebunden¹⁷¹ und haftet gegenüber den Altgläubigern nicht, wenn er deren Befriedigungsaussichten durch die Betriebsfortführung verschlechtert.¹⁷² Allerdings muss der Insolvenzverwalter in einem solchen Fall zukünftige Massegläubiger darüber informieren, dass die Masse nach seiner Ansicht nicht zur Befriedigung ausreichen wird, um diesen gegenüber einer Haftung nach § 61 InsO zu entgehen,¹⁷³ was faktisch dennoch zu einer Stilllegung des Unternehmens führt.¹⁷⁴

Die Haftung des Insolvenzverwalters bzw. dessen Verschulden entfällt zudem nicht automatisch, wenn die Gläubigerversammlung oder der Gläubigerausschuss einer Verwaltungsmassnahme zustimmt.¹⁷⁵ Entscheidet sich die Gläubigerversammlung beispielsweise nach § 157 InsO für eine Unternehmensfortführung, obwohl diese Beschluss dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger widerspricht, so muss der Verwalter nach § 78 InsO beim Insolvenzgericht die Aufhebung des Beschlusses verlangen, um sich zu exkulpieren.¹⁷⁶

Zuletzt haften die Mitglieder des Gläubigerausschusses gemäss § 71 InsO gegenüber den absonderungsberechtigten Gläubigern sowie gegenüber den Insolvenzgläubigern für Schäden, welche sie durch schuldhaftes Verletzen ihrer insolvenzspezifischen Pflichten gemäss § 69 InsO verursachen.¹⁷⁷ Überwacht der Gläubigerausschuss beispielsweise den Insolvenzverwalter nicht ausreichend bei seiner Geschäftsführung im Rahmen der Unternehmensfortführung im Konkurs, so haften auch die Ausschussmitglieder nach § 71 InsO für den Gläubigern entstehende Schäden.

¹⁶⁹ MüKo InsO-SCHOPPMAYER, § 60 N 28a.

¹⁷⁰ MüKo InsO-SCHOPPMAYER, § 60 N 23 ff.

¹⁷¹ LG Freiburg 9 T 105/80 = ZIP 1981, 473 (478); MüKo InsO-SCHOPPMAYER, § 60 N 96.

¹⁷² MüKo InsO-SCHOPPMAYER, § 60 N 96.

¹⁷³ MüKo InsO-SCHOPPMAYER, § 60 N 96.

¹⁷⁴ InsO ANDRES/LEITHAUS-ANDRES, § 60 N 34.

¹⁷⁵ Vgl. BGH VI ZR 131/83 = ZIP 1985, 423 (425).

¹⁷⁶ MüKo InsO-SCHOPPMAYER, § 60 N 99 f.

¹⁷⁷ Vgl. OLG Koblenz 5 U 825/94 = ZIP 1995, 1101 (1102); vgl. MüKo InsO-SCHMID-BURGK, § 71 N 9.

5. Rechtsvergleichende Betrachtung der Haftung der Vollstreckungsorgane und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung im Konkurs

Die Haftung der Vollstreckungsorgane für deren Entscheidungen im Konkursverfahren unterscheidet sich in den beiden verglichenen Rechtsordnungen zusammenfassend äusserst stark.

In der Schweiz besteht für die Gläubiger mit der Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG primär ein starkes rechtliches Instrument, um bei falscher Rechtsanwendung (insb. bei Pflichtverletzungen der Konkursverwaltung) oder falscher Ermessensausübung jederzeit korrigierend ins Verfahren einzugreifen und die umstrittene Verfügung von der Aufsichtsbehörde aufheben oder abändern zu lassen. Entsteht durch die Tätigkeit der Konkursverwaltung ein Schaden, welcher sich auch mit einer Beschwerde nach Art. 17 SchKG nicht verhindern lässt, so steht den Gläubigern sekundär die Geltendmachung von Schadenersatz gegen den jeweiligen Kanton nach Art. 5 SchKG zu.

Im deutschen Insolvenzverfahren fehlt eine korrigierende Einflussmöglichkeit für die Gläubiger, mit der jede Verfügung angefochten werden kann. Stattdessen beaufsichtigt das Insolvenzgericht den Insolvenzverwalter nach §§ 58 f. InsO und kann diesen bei Pflichtverletzungen mit einem Zwangsgeld oder der Entlassung sanktionieren. Auch Mitglieder des Gläubigerausschusses können nach § 70 InsO vom Insolvenzgericht aus wichtigem Grund entlassen werden. Immerhin kann das Gericht auf Antrag eines Gläubigers oder des Insolvenzverwalters Beschlüsse der Gläubigerversammlung, welche dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger widersprechen, gemäss § 78 InsO aufheben. Zudem sind der Insolvenzverwalter sowie die Mitglieder des Gläubigerausschusses nach §§ 60 f. InsO bzw. nach § 71 InsO den Gläubigern bei der Verletzung von Verfahrenspflichten zum Schadenersatz verpflichtet.

Im Hinblick auf die Unternehmensfortführung ist vor allem entscheidend, wie gegen einen nicht im Interesse der Gläubiger liegenden Fortführungs- oder Stilllegungsentscheid vorgegangen werden kann. In der Schweiz ist bereits der provisorische Entscheid des Konkursamtes i.S.v. Art. 223 Abs. 1 SchKG mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG anfechtbar. Der definitive Entscheid über die Betriebsfortführung der ersten Gläubigerversammlung i.S.v. Art. 238 Abs. 1 SchKG kann gemäss Art. 239 SchKG i.V.m. Art. 17 SchKG ebenfalls mit Beschwerde von der Aufsichtsbehörde überprüft werden. Zuletzt sind in der Schweiz auch die Unternehmensfortführung betreffende Vollzugshandlungen der Konkursverwaltung nach Art. 17 SchKG mit Beschwerde anfechtbar.

In Deutschland kann zwar der im Berichtstermin gefällte Fortführungsentscheid i.S.v. § 157 S. 1 InsO auf Antrag nach § 78 InsO vom Insolvenzgericht aufgehoben werden. Gegen sämtliche weiteren die Unternehmensfortführung betreffenden Entscheide des Insolvenzverwalters existiert hingegen kein Rechtsmittel. Immerhin haftet der Verwalter nach § 60 InsO gegenüber den Gläubigern für durch Pflichtverletzungen entstandene Schäden und das Insolvenzgericht als

Aufsichtsbehörde kann den Verwalter nach §§ 58 f. InsO sanktionieren oder sogar entlassen.

Zusammenfassend ist der ausgeprägte Rechtsschutz der Gläubiger im Schweizer Konkursverfahren durch die Beschwerde nach Art. 17 SchKG für die Unternehmensfortführung förderlich, da die Gläubiger einen allfälligen nicht im Gläubigerinteresse liegenden Betriebsfortführungs- oder -stilllegungsentscheid oder darauf gestützte Vollzugshandlungen eines Verfahrensbeteiligten sofort bei der Aufsichtsbehörde anfechten können.

§ 6 Rechtliche Rahmenbedingungen für eine Unternehmensfortführung im Konkurs

Im SchKG sowie in der InsO regeln unzählige Bestimmungen die einzelnen Verfahrensschritte im Konkurs. Insbesondere jene Regelungen zur Sicherung der Konkursmasse sowie zum Umgang mit Dauerschuldverhältnissen in der Insolvenz unterscheiden sich in der Schweiz und in Deutschland erheblich. Dadurch entstehen in den beiden Rechtsordnungen verschiedene rechtliche Rahmenbedingungen für eine Unternehmensfortführung im Konkurs, welche nachfolgend herausgearbeitet und erläutert werden sollen.

1. Die Inventarisierung und Sicherung der Konkursmasse

1.1 Inventaraufnahme und Sicherung der Konkursmasse durch die Konkursverwaltung (Art. 221 ff. SchKG)

Gemäss Art. 221 Abs. 1 SchKG ist das Konkursamt von Amtes wegen dazu verpflichtet, sofort nach Konkurskenntnis ein Inventar aufzunehmen und die notwendigen Sicherungsmassnahmen für die Vermögenswerte der Konkursmasse zu treffen.¹⁷⁸ Das Inventar verschafft der Konkursverwaltung einen Überblick über das Vermögen des Schuldners und dient vor allem der Entscheid über das weitere Verfahren¹⁷⁹ – es handelt also um eine rein deklaratorische Verwaltungshandlung,¹⁸⁰ welche keinerlei Wirkungen gegenüber Dritten entfaltet.¹⁸¹ Die in Art. 221 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 223 SchKG vorgesehenen Massnahmen dienen der Erhaltung der Konkursmasse und somit der Sicherung des Vollstreckungssubstrats.¹⁸²

Art. 223 SchKG regelt die Sicherungsmassnahme der Siegelung, welche aufgrund der Strafandrohung von Art. 290 StGB (Siegelbruch) die Konkursmasse auch strafrechtlich schützt.¹⁸³ Gemäss Art. 223 Abs. 3 SchKG muss das Konkursamt grundsätzlich sämtliche Vermögensstücke der Masse unter Siegel legen, bis sie im Inventar verzeichnet sind – Warenlager, Einrichtungen,

¹⁷⁸ Vgl. BSK SchKG-LUSTENBERGER, Art. 221 N 1.

¹⁷⁹ AMONN/WALTHER, § 44 N 17 ff.; KREN KOSTKIEWICZ, N 1378; vgl. § 4 Ziff. 4.1 hiavor.

¹⁸⁰ KREN KOSTKIEWICZ, N 1378; BSK SchKG-LUSTENBERGER, Art. 221 N 6.

¹⁸¹ BGE 114 III 21 E. 5b; BGer 5A_469/2011, E. 4.2.2.

¹⁸² BSK SchKG-LUSTENBERGER, Art. 223 N 1; vgl. BGer 5A_264/2017, E. 3.1; vgl. BGE 120 III 28, E. 1b.

¹⁸³ Vgl. BSK SchKG-LUSTENBERGER, Art. 223 N 5.

Gerätschaften und Maschinen müssen somit ab Konkurseröffnung bis zum Abschluss der Inventaraufnahme mittels Siegelung gesichert werden.¹⁸⁴ Selbst wenn die Inventaraufnahme dadurch erleichtert wird, dass bereits ein vom Schuldner erstelltes Inventar besteht, muss das Konkursamt diese bestehende Liste überprüfen.¹⁸⁵ In der Praxis muss das schuldnerische Unternehmen deshalb für eine saubere Inventur nahezu immer geschlossen werden.¹⁸⁶

Unabhängig von der Inventaraufnahme sieht Art. 223 Abs. 1 SchKG vor, dass Magazine, Warenlager, Werkstätten, Wirtschaften und dergleichen grundsätzlich durch das Konkursamt geschlossen und unter Siegel gelegt werden müssen. Da die Siegelung durch die Konkursverwaltung oftmals durch das Anbringen von Auswechslungszylindern an den Zugangstüren vollzogen wird, ist eine Betriebsweiterführung danach faktisch kaum möglich.¹⁸⁷ Die Unternehmensstilllegung wird somit in Art. 223 Abs. 1 SchKG als Regel statuiert.¹⁸⁸

Die in derselben Rechtsnorm vorgesehene gesetzliche Ausnahme der Verwaltung unter genügender Aufsicht führt hingegen naturgemäss zur Weiterführung des Betriebes und steht somit in engem Zusammenhang mit der Frage, ob das Unternehmen im Konkurs rentabel geführt werden und ob durch eine Weiterführung bis zur Veräusserung ein besseres Verwertungsergebnis erlangt werden kann.¹⁸⁹ Für diesen provisorischen Weiterführungsentscheid¹⁹⁰ benötigt das Konkursamt jedoch Kenntnisse über die Aktiven und Passiven,¹⁹¹ welche es durch die Inventaraufnahme nach Art. 221 SchKG und durch die damit verbundenen Sicherungsmassnahmen nach Art. 223 SchKG erlangen soll.

Mit anderen Worten ist die Konkursverwaltung nach Art. 221 SchKG zur Inventaraufnahme verpflichtet und muss dafür in der Praxis den Betrieb vorübergehend schliessen.¹⁹² Werden dabei die Sicherungsmassnahmen nach Art. 223 Abs. 1 SchKG ergriffen, so führt dies faktisch zu einer definitiven Betriebsschliessung.¹⁹³ Immerhin sieht dieselbe Gesetzesbestimmung die Möglichkeit vor, dass das Konkursamt auf Sicherungsmassnahmen verzichten und das Unternehmen unter genügender Aufsicht vorübergehend selbst fortführen kann. Für diesen provisorischen Fortführungsentscheid benötigt die Konkursverwaltung jedoch Kenntnis über die Aktiven des Schuldners,¹⁹⁴ welche sie wiederum durch die Inventaraufnahme erlangen muss. Durch die Inventarisierung und die

¹⁸⁴ KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 16.

¹⁸⁵ KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 14 & N 17.

¹⁸⁶ KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 14.

¹⁸⁷ KREN KOSTKIEWICZ, N 1394; KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 2.

¹⁸⁸ BAUMGARTNER, 80.

¹⁸⁹ KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 1 & N 14; vgl. KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 238 N 5.

¹⁹⁰ Vgl. § 4 Ziff. 1.1 b) hiervor.

¹⁹¹ KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 2; vgl. BGer 5A_106/2010, E. 2.

¹⁹² KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 14.

¹⁹³ KREN KOSTKIEWICZ, N 1394; KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 2.

¹⁹⁴ BGer 5A_106/2010, E. 2; vgl. KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 2.

damit einhergehenden Sicherungsmassnahmen steht das konkursite Unternehmen jedoch bereits vorübergehend still und eine spätere Weiterführung des Betriebs ist aufgrund des damit verbundenen Wertverlusts kaum mehr rentabel.¹⁹⁵

Zusammenfassend wird die Unternehmensfortführung im Konkurs somit durch die gesetzlichen Inventarisierungs- und Sicherungsmassnahmen in der Schweiz faktisch verunmöglicht.

1.2 Inbesitznahme und Sicherung der Insolvenzmasse durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter (§§ 148 ff. InsO)

Gemäss § 148 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter sofort nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Unter Inbesitznahme ist dabei die Begründung des unmittelbaren Besitzes gemäss § 854 Abs. 1 BGB zu verstehen,¹⁹⁶ was der Verwalter durch die Schaffung seiner tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit erreicht.¹⁹⁷ Je grösser die Gefahr des Beiseiteschaffens von Vermögenswerten durch den Schuldner ist, desto stärker muss die faktische physische Zugriffsmöglichkeit des Verwalters sein.¹⁹⁸

Weiter muss der Insolvenzverwalter nach § 151 InsO die Insolvenzmasse inventarisieren. Dieses Inventar bildet die Grundlage für die gemäss § 153 InsO vom Verwalter ebenfalls anzufertigende Vermögensübersicht über die Aktiven und Passiven per Verfahrenseröffnung.¹⁹⁹

Nach § 150 S. 1 InsO kann der Insolvenzverwalter zur Sicherung der zur Insolvenzmasse gehörenden Sachen Siegel anbringen lassen. Gesiegelte Sachen sind durch die Strafvorschrift des § 136 Abs. 2 StGB (Siegelbruch) geschützt.²⁰⁰ Allerdings ist bereits vor einer Siegelung aufgrund von §§ 80 f. InsO eine Verstrickung und somit ein strafrechtlicher Schutz nach § 136 Abs. 1 StGB (Verstrickungsbruch) gegeben.²⁰¹ Das Siegelungsverfahren ist zudem umständlich:²⁰² Gemäss § 150 InsO muss der Gerichtsvollzieher beigezogen sowie ein Protokoll über die Siegelung erstellt und beim Gericht zur Einsicht aufgelegt werden. Aufgrund dieses schwerfälligen Verfahrens sowie des kaum stärkeren strafrechtlichen Schutzes wird in der Praxis zur Sicherung der Insolvenzmasse sehr selten auf eine Siegelung, sondern häufig auf eine schnellere und effektiver durchführbare Fremdverwahrung der Gegenstände oder auf einen privaten Wachdienst zurückgegriffen.²⁰³

¹⁹⁵ KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 223 N 17; vgl. BAUMGARTNER, 77 ff.

¹⁹⁶ MüKo InsO-JAFFÉ, § 148 N 24; vgl. InsO UHLENBRUCK-SINZ, § 148 N 11 m.w.H.; vgl. InsO KÜBLER/PRÜTTING/BORK-HOLZER, § 148 N 11 m.w.H.

¹⁹⁷ MüKo InsO-JAFFÉ, § 148 N 24.

¹⁹⁸ MüKo InsO-JAFFÉ, § 148 N 25.

¹⁹⁹ InsO BRAUN-HAFFA/LEICHTLE, § 151 N 1; vgl. InsO KÜBLER/PRÜTTING/BORK-WIPPERFÜRTH, § 153 N 1.

²⁰⁰ InsO UHLENBRUCK-SINZ, § 150 N 4; MüKo InsO-JAFFÉ, § 150 N 2.

²⁰¹ MüKo InsO-JAFFÉ, § 150 N 6 m.w.H.

²⁰² BECK/DEPRÉ-HOLZER, § 9 N 26.

²⁰³ BECK/DEPRÉ-HOLZER, § 9 N 28; InsO BRAUN-HAFFA/LEICHTLE, § 150 N 7

1.3 Rechtsvergleichende Betrachtung der Sicherungsmassnahmen und deren Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland muss die Konkursverwaltung zusammenfassend unmittelbar nach der Verfahrenseröffnung die Konkursmasse und somit das Haftungssubstrat des Schuldners sichern und inventarisieren.

In der Schweiz ist zur Sicherung der Konkursmasse im Regelfall nach Art. 223 Abs. 1 & 3 SchKG eine umfangreiche Siegelung der Magazine, Warenlager, Werkstätten oder Wirtschaften durch das Konkursamt vorgesehen, welche faktisch eine Stilllegung des Betriebs bewirkt. Die Siegelung durch die Konkursverwaltung ist somit eine rechtliche Rahmenbedingung, welche eine Unternehmensfortführung im Konkurs sehr stark erschwert bzw. verunmöglicht.

In Deutschland ist eine Siegelung hingegen nur im Ausnahmefall vorgesehen und in der Praxis unüblich, da sie den strafrechtlichen Schutz des Konkursbeschlags kaum stärkt und verfahrensrechtlich schwerfällig ist. Das Ziel, die Insolvenzmasse zu sichern, wird häufig mit anderen Mitteln wie beispielsweise einem Wachdienst oder der Fremdverwahrung wertvoller Gegenstände erreicht, was eine Betriebsfortführung begünstigt.

2. Die Fortführung von Vertragsverhältnissen durch die Konkursverwaltung und die Qualifikation daraus entstehender Gläubigerforderungen

Wird ein Unternehmen im Konkurs weiter fortgeführt, so müssen je nach Einzelfallkonstellation unter anderem Mitarbeiter*innen weiterbeschäftigt, Geschäftsräume gemietet, Rohmaterialien eingekauft, Maschinen betrieben und gewartet, Aufträge erfüllt und Waren verkauft werden.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist für die Unternehmensfortführung in der Insolvenz deshalb besonders relevant, wie die Konkursverwaltung sowie der Insolvenzverwalter bestehende Verträge weiterführen können und wie daraus entstehende Gläubigerforderungen zu befriedigen sind.

2.1 Konkursforderungen und Masseverbindlichkeiten

2.1 a) Konkursforderungen und Masseverbindlichkeiten (u.a. Art. 206 SchKG)

Nach Art. 197 SchKG bildet sämtliches pfändbares Vermögen, welches dem Schuldner zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung gehört, die Konkursmasse und somit das der Gläubigerbefriedigung dienende Vollstreckungssubstrat. Die Ansprüche, für welche die Gläubiger aus dem Konkurssubstrat Befriedigung verlangen können, lassen sich in Konkursforderungen und Masseverbindlichkeiten einteilen.²⁰⁴

Konkursforderungen sind sämtliche Gläubigeransprüche gegen den Schuldner, welche bereits zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestanden und somit i.S.v. Art. 206 Abs. 1 SchKG vor dem

²⁰⁴ KREN KOSTKIEWICZ, N 1272; AMONN/WALTHER, § 42 N 5 f.

Konkurs entstanden sind.²⁰⁵ Solche Forderungen werden nach Art. 208 Abs. 1 SchKG mit der Konkursöffnung fällig und im Falle von Realforderungen gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG automatisch in Geldforderungen umgewandelt. Konkursforderungen dürfen gemäss Art. 206 Abs. 1 SchKG nicht auf dem Betreibungsweg geltend gemacht werden und werden deshalb ausschliesslich im Konkursverfahren mittels Kollokation i.S.v. Art. 244 ff. SchKG und Verteilung des Erlöses der Konkursmasse nach Art. 261 ff. SchKG befriedigt.

Masseverbindlichkeiten hingegen sind jene Forderungen, welche im Verlaufe des Konkursverfahrens und somit nach Konkursöffnung zulasten der Konkursmasse begründet werden.²⁰⁶ Sie werden nicht in den Kollokationsplan aufgenommen und werden vor der Befriedigung der Konkursgläubiger vorab bezahlt.²⁰⁷ Nach Art. 206 Abs. 2 SchKG steht dem Gläubiger für Masseverbindlichkeiten auch im Konkurs der Betreibungsweg offen.

Die Unterteilung der Gläubigeransprüche in Konkursforderungen und Masseverbindlichkeiten hat weitgehende Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung im Konkurs: Sämtliche Forderungen von Arbeitnehmer*innen, Vermieter*innen oder Lieferant*innen, welche zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bestehen, stellen Konkursforderungen dar und werden nach Art. 206 Abs. 1 SchKG *e contrario* ausschliesslich durch das Konkursverfahren und in der Regel mit grossen Gläubigerverlusten²⁰⁸ befriedigt.

Schliesst die Konkursverwaltung für den Weiterbetrieb des schuldnerischen Unternehmens hingegen nach Konkursöffnung Verträge mit Arbeitnehmer*innen, Lieferant*innen, Kund*innen oder Vermieter*innen, so sind daraus entstehende Forderungen gemäss den obigen Ausführungen als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren.²⁰⁹ Die Konkursverwaltung hat diese Forderungen vorab zu begleichen. Den Massegläubigern steht für ihre Forderungen nach Art. 206 Abs. 2 SchKG auch im Konkurs der Betreibungsweg gegen den Schuldner offen. Die Vertragspartner*innen der Konkursverwaltung haben somit die Gewissheit, dass die Forderungen aus entsprechenden nach Konkursöffnung geschlossenen Vereinbarungen vorab aus der Konkursmasse bezahlt werden.²¹⁰

²⁰⁵ KREN KOSTKIEWICZ, N 1273; AMONN/WALTHER, § 42 N 5.

²⁰⁶ BGer 2C_792/2008, E. 3.2; KREN KOSTKIEWICZ, N 1274; AMONN/WALTHER, § 42 N 6

²⁰⁷ BGE 134 III 651; AMONN/WALTHER, § 48 N 2 ff.; KREN KOSTKIEWICZ, N 1274.

²⁰⁸ Vgl. BFS, Konkursverfahren und Betreibungshandlungen: Demnach erlitten Gläubiger in Konkursverfahren (inkl. Auflösungen i.S.v. Art. 731b OR) schweizweit 2018 total Verluste im Umfang von CHF 2'028'437, 2019 im Umfang von total CHF 2'304'117 und 2020 im Umfang von total CHF 8'191'994.

²⁰⁹ Zu den Besonderheiten bei Dauerschuldverhältnissen, insb. bei Arbeits- und Mietverträgen, sogleich mehr unter § 6 Ziff. 2.3 nachfolgend.

²¹⁰ Begründet die Konkursverwaltung Masseverbindlichkeiten, welche die Konkursmasse nicht bezahlen kann, so liegt nach der hier vertretenen Ansicht eine Pflichtverletzung der Konkursverwaltung vor, welche eine Haftung nach Art. 5 SchKG auslösen kann; vgl. zu ebendieser Haftung allgemein § 5 Ziff. 2 hiavor.

2.1 b) Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten (§ 35 InsO & § 53 ff. InsO)

Auch in Deutschland bildet sämtliches Vermögen, welches dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört, nach § 35 Abs. 1 InsO die Insolvenzmasse, welche nach § 38 InsO der Befriedigung der Insolvenzgläubiger dient.

Wie in der Schweiz unterscheidet auch das deutsche Recht zwischen Insolvenzforderungen sowie Masseverbindlichkeiten.²¹¹ Sämtliche Vermögensansprüche der in § 38 InsO definierten Insolvenzgläubiger gegen den Schuldner, welche zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits bestehen, stellen Insolvenzforderungen dar.²¹² Diese werden im Insolvenzverfahren nach §§ 174 ff. InsO zur Tabelle angemeldet und nach §§ 187 ff. InsO durch die Verteilung des Verwertungserlöses der Insolvenzmasse befriedigt.²¹³

Massegläubiger bzw. deren Masseverbindlichkeiten werden hingegen gemäss § 53 InsO vorweg und damit vor den Insolvenzgläubigern befriedigt.²¹⁴ Zu den Masseverbindlichkeiten gehören nach § 54 InsO sämtliche Gerichtskosten sowie die Vergütungen und Auslagen des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und des Gläubigerausschusses. Zudem sind insbesondere vom Insolvenzverwalter eingegangene Verbindlichkeiten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens i.S.v. § 55 Abs. 1 InsO als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren.

2.2 Die Weiterführung nicht erfüllter Verträge durch die Konkursverwaltung

2.2 a) Das Vertragseintrittsrecht der Konkursverwaltung (Art. 211 SchKG)

Das materielle Schweizer Recht sieht grundsätzlich keine automatische Vertragsauflösung im Konkurs vor,²¹⁵ weshalb in der Praxis oftmals zweiseitige, zum Zeitpunkt der Konkursöffnung jedoch nicht oder nur teilweise erfüllte Verträge bestehen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn vor Konkursöffnung durch den Schuldner Rohmaterialien bestellt, diese jedoch vom Vertragspartner noch nicht geliefert wurden oder wenn Aufträge mit Kunden abgeschlossen, aber vom Schuldner noch nicht erfüllt wurden. In solchen Konstellationen hat die Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG das gemeinhin als Vertragseintrittsrecht bezeichnete Wahlrecht, noch nicht oder erst teilweise erfüllte Verträge anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen.²¹⁶ Tritt die Konkursverwaltung nach Art. 211 Abs. 2 SchKG in einen Vertrag ein, so gilt dieser gemäss den vertraglichen und/oder gesetzlichen Bestimmungen unverändert weiter und die Konkursmasse hat die ursprünglich vom Gemeinschuldner geschuldete Leistung ab Konkursöffnung als

²¹¹ Vgl. InsO ANDRES/LEITHAUS-LEITHAUS, § 38 N 1.

²¹² MüKo InsO-EHRICKE/BEHNE, § 38 N 1; InsO ANDRES/LEITHAUS-LEITHAUS, § 38 N 1; vgl. KELLER, N 345.

²¹³ Vgl. MüKo InsO-EHRICKE/BEHNE, § 38 N 1 ff.

²¹⁴ InsO UHLENBRUCK-SINZ, § 53 N 3; BECK/DEPRÉ-RINGSTMEIER, § 12 N 7.

²¹⁵ BSK SchKG-BÜRGI, Art. 211 N 3.

²¹⁶ AMONN/WALTHER, § 42 N 35; BGE 107 III 106, E. 3c; KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211 N 2.

Masseverbindlichkeit zu erbringen.²¹⁷

In Bezug auf die Unternehmensfortführung im Konkurs ist das Vertragseintrittsrecht höchst relevant, da die Konkursverwaltung gestützt auf Art. 211 Abs. 2 SchKG in bestehende Verträge mit Lieferant*innen oder Kund*innen eintreten und solche Vertragsverhältnisse gezielt weiterführen darf, wodurch die für den Betrieb notwendigen Rohmaterialien und Warenvorräte bestellt, die schuldnerischen Aufträge erfüllt und erbrachte Leistungen verrechnet werden können.²¹⁸

2.2 b) Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters (§ 103 ff. InsO)

Auch im deutschen Recht hat die Insolvenzeröffnung grundsätzlich keine Auswirkungen auf das Bestehen von Vertragsverhältnissen.²¹⁹ Allerdings werden mit der Eröffnung des Verfahrens alle persönlichen Gläubiger des Schuldners nach § 38 InsO zu Insolvenzgläubigern und ihre Ansprüche somit zu Insolvenzforderungen.²²⁰ Der Insolvenzverwalter hat für gegenseitige, zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht (vollständig) erfüllte Verträge nach § 103 Abs. 1 InsO ein Wahlrecht, gestützt auf welches er umfassend in die Rechtsstellung des Schuldners eintreten kann.²²¹ Übt der Verwalter das Wahlrecht aus, so schulden sich die Vertragsparteien die gleichen vertraglichen Leistungen, wie sie vor der Insolvenz bestanden,²²² und die Ansprüche des Gläubigers sind nach § 53 Abs. 1 Nr. 2 InsO vorab zu befriedigende Masseverbindlichkeiten.²²³ Die Mechanik des deutschen Wahlrechts des Insolvenzverwalters entspricht somit im Wesentlichen jener des Schweizer Vertragseintrittsrechts der Konkursverwaltung.

2.3 Die Weiterführung von Dauerschuldverhältnissen durch die Konkursverwaltung und die Qualifikation daraus entstehender Gläubigerforderungen

2.3 a) Das Vertragseintrittsrecht der Konkursverwaltung bei Dauerschuldverhältnissen und die Qualifikation daraus entstehender Gläubigerforderungen (Art. 211a SchKG)

Bei der Weiterführung von Dauerschuldverhältnissen durch die Konkursverwaltung und bei der Qualifikation der daraus resultierenden Gläubigerforderungen enden die Parallelen zwischen dem Schweizer sowie dem deutschen Insolvenzrecht jedoch und es zeigen sich für die Unternehmensfortführung höchst relevante Unterschiede.

Sieht das materielle Recht i.S.v. Art. 211 Abs. 3 SchKG keine automatische Vertragsauflösung

²¹⁷ BSK SchKG-SCHWOB, Art. 211 N 11; KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211 N 6; AMONN/WALTHER, § 42 N 36.

²¹⁸ Vgl. KNUPP, 65; vgl. BAUMGARTNER, 130 f.; beide erwähnen diese Tätigkeiten sinngemäss im Zusammenhang mit den dadurch entstehenden Masseverbindlichkeiten und den dafür notwendigen Aktiven in der Konkursmasse.

²¹⁹ BGH IX ZR 313/99 = ZIP 2002, 1093 (1094); BECK/DEPRÉ-RINGSTMEIER, § 20 N 4 ff.; GOTTWALD/HAAS-HUBER, § 34 N 1 f.

²²⁰ GOTTWALD/HAAS-HUBER, § 34 N 2; BGH VI ZR 79/80 = BGHZ 89, 189 = NJW 1984, 1557 (1558).

²²¹ InsO ANDRES/LEITHAUS-ANDRES, § 103 N 28.

²²² Vgl. InsO KÜBLER/PRÜTTING/BORK-TITELNOT, § 103 N 266.

²²³ Vgl. InsO KÜBLER/PRÜTTING/BORK-TITELNOT, § 103 N 267.

oder ein Kündigungsrecht vor, so bestehen Dauerschuldverhältnisse wie beispielsweise der Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) oder der Mietvertrag (Art. 253 ff. OR)²²⁴ im Konkurs grundsätzlich fort.²²⁵ Der solvente Vertragspartner darf im Falle des Vertragseintritts der Konkursverwaltung nach Art. 83 OR zwar die Sicherstellung der Leistung verlangen und bei anhaltender Gefährdung vom Vertrag zurücktreten. Ansonsten sind ein Rücktritt gemäss Art. 107 Abs. 2 OR oder eine Kündigung aus wichtigem Grund durch die solvente Partei sowie eine ausserordentliche Kündigung des Dauerschuldverhältnisses durch die Konkursverwaltung ausgeschlossen.²²⁶

Weiter statuiert Art. 211a SchKG eine Sonderregelung: Die Konkursverwaltung kann gestützt auf Art. 211 SchKG auch in nicht beendete Dauerschuldverhältnisse eintreten,²²⁷ allerdings darf der Gläubiger in diesem Fall nach Art. 211a Abs. 2 SchKG nur jene Gegenforderungen, welche nach Konkurseröffnung und durch effektive Inanspruchnahme der vertraglichen Leistungen durch die Konkursverwaltung entstanden sind,²²⁸ als Masseverbindlichkeiten geltend machen.²²⁹

Nimmt die Konkursverwaltung ihr Eintrittsrecht nicht wahr, so darf der Gläubiger nach Art. 211a Abs. 1 SchKG seine Ansprüche aus dem Dauerschuldverhältnis bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin oder bis zum Ende der festen Vertragsdauer als Konkursforderungen geltend machen, wobei er sich jedoch nach dieser Rechtsnorm im Rahmen einer Schadenminderungspflicht auch allfällige in dieser Zeit anfallende Vorteile anrechnen lassen muss.²³⁰

Das Vertragseintrittsrecht der Konkursverwaltung bei Dauerschuldverhältnissen sowie die Qualifikation der aus entsprechenden Verträgen entstehenden Forderungen haben eine hohe Bedeutung für die Unternehmensfortführung im Konkurs: Tritt die Konkursverwaltung nicht in ein Dauerschuldverhältnis ein, so dürfen Vermieter*innen und Arbeitnehmer*innen ihre aus dem Vertrag entstehenden Forderungen bis zum nächsten Kündigungstermin bzw. bis zum Ablauf der Vertragsdauer geltend machen und es entstehen hohe Konkursforderungen.²³¹ Tritt die Verwaltung hingegen in den Vertrag ein, so kann sie die für die Unternehmensfortführung benötigten Arbeitskräfte und Geschäftsräumlichkeiten weiter nutzen, es entstehen jedoch im Umfang der in Anspruch genommenen Leistungen vorab zu befriedigende Masseverbindlichkeiten, für deren Bezahlung die

²²⁴ BSK SchKG EB-STAEHELIN, Art. 211a N 26 ff.; KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 5; vgl. MEIER, 20 f.

²²⁵ KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 8; Ausnahmen, in welchen ein Vertrag durch den Konkurs einer Partei aufgehoben wird, bestehen jedoch beispielsweise beim Pachtvertrag (Art. 297a Abs. 1 OR), beim Agenturvertrag (Art. 418s Abs. 1 OR) oder bei der einfachen Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

²²⁶ STAEHELIN, 365 m.w.H.; KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 22 & N 24; LORANDI, Sanierungsrecht, 295; in Bezug auf den Vertragsrücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR jedoch a.M.: LORANDI, Nachlassverfahren, 1214 m.w.H.

²²⁷ KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 15.

²²⁸ KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 25.

²²⁹ Vgl. zu Dauerschuldverhältnissen und daraus entstehenden Forderungen umfassend: LORANDI, Insolvenz, 785 ff.

²³⁰ BSK SchKG EB-STAEHELIN, Art. 211a N 20; vgl. KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 33; zur Vorteilsanrechnung ausführlich: LORANDI, Insolvenz, 791 f.

²³¹ Vgl. LORANDI, Vorschläge, 98.

Konkursmasse über entsprechende Liquidität verfügen muss.

2.3 b) Das Fortbestehen von Miet-, Pacht und Arbeitsverhältnissen mit besonderen Kündigungsvorschriften (§§ 108 ff. InsO)

Das deutsche Insolvenzrecht kennt für Miet- und Arbeitsverträge hingegen eine andere Regelung: Hier bestehen gewichtige und für die Unternehmensfortführung bedeutsame Ausnahmen vom Wahlrecht des Insolvenzverwalters. Gemäss § 108 Abs. 1 S. 1 InsO bestehen Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume sowie Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz mit Wirkung für die Masse fort. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens tritt der Verwalter somit automatisch anstelle des Schuldners als Vermieter, Mieter oder Arbeitgeber in vor Verfahrenseröffnung geschlossene Miet- und Arbeitsverträge ein.²³² Die nach Insolvenzeröffnung entstehenden Ansprüche des Vertragspartners sind bis zur wirksamen Beendigung des Vertrags Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs 1 Nr. 2 InsO. Selbst wenn der Insolvenzverwalter die Leistung des Gläubigers nach Verfahrenseröffnung gar nicht in Anspruch nimmt, werden die Forderungen des Vertragspartners zu Masseverbindlichkeiten.²³³ Immerhin sind die trotz Nichtinanspruchnahme der Leistungen entstandenen Masseverbindlichkeiten nach § 90 Abs. 1 InsO während sechs Monaten seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur sehr eingeschränkt gemäss den Ausnahmen in § 90 Abs. 2 InsO durch den Gläubiger vollstreckbar.

Für Miet- und Pachtverträge hat der Insolvenzverwalter nach § 109 ff. InsO zudem ein Sonderkündigungsrecht. Er kann beispielsweise Mietverträge über die gemieteten Geschäftsräume des Schuldners nach § 109 Abs. 1 S. 1 InsO ohne Rücksicht auf vertragliche Vereinbarungen mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende kündigen. Der Vermieter kann nach § 109 Abs. 2 S. 2 InsO den durch die vorzeitige Beendigung entstandenen Schaden als Insolvenzforderung geltend machen.

Auch für Arbeitsverträge hat der Verwalter gemäss § 113 InsO ein Sonderkündigungsrecht, gestützt auf welches er den Arbeitnehmer*innen unabhängig von vertraglichen Vereinbarungen mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende kündigen kann. Auch die Mitarbeiter*innen können nach § 113 S. 3 InsO den durch die vorzeitige Beendigung des Vertrags entstandenen Schaden als Insolvenzforderung geltend machen.

Der deutsche Insolvenzverwalter ist somit im Hinblick auf eine Unternehmensfortführung in einer komfortablen Situation: Aufgrund des in § 108 Abs. 1 S. 1 InsO gesetzlich normierten Fortbestehens von Arbeits- und Mietverträgen bleiben dem schuldnerischen Unternehmen in der Insolvenz

²³² InsO UHLENBRUCK-WEGENER, § 108 N 15; vgl. InsO UHLENBRUCK-RIES, § 108 N 46.

²³³ InsO UHLENBRUCK-WEGENER, § 108 N 16.

zwei zentrale Ressourcen – Arbeitskraft und Geschäftsräumlichkeiten – automatisch erhalten. Unabhängig davon, ob der Verwalter die Leistungen dieser Gläubiger bezieht oder nicht, werden die Gläubigerforderungen zu Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs 1 Nr. 2 InsO und müssen vorab befriedigt werden.²³⁴ Da in der Insolvenz die Arbeitnehmer*innen sowie die Vermieterschaft ohnehin weiterhin (vorab) entschädigt werden müssen, können deren Leistungen bei einer Betriebsfortführung ohne Nachteil für die Insolvenzgläubiger in Anspruch genommen werden, was die Unternehmensfortführung präjudiziert und fördert.

Dank der Sonderkündigungsrechte in § 109 InsO sowie § 113 InsO kann der Insolvenzverwalter weiterbestehende Dauerschuldverhältnisse zudem ungeachtet der vertraglichen Vereinbarungen kündigen und die Arbeitskraft sowie die Geschäftsräumlichkeiten für die Betriebsfortführung sehr gezielt weitenutzen. Für den aus der Sonderkündigung entstehenden Schaden haben die Gläubiger immerhin eine Insolvenzforderung.

2.4 Die Besonderheiten bei Forderungen aus Arbeitsverträgen

Nachdem nun das Vertragseintrittsrecht der Konkursverwaltung nach SchKG sowie nach InsO und insbesondere die Besonderheit des Fortbestandes von Miet- und Arbeitsverträgen in Deutschland in Bezug auf die Unternehmensfortführung analysiert wurden, soll das gezeichnete Bild dieser Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz nachfolgend noch vervollständigt werden. Dazu werden die Privilegierung von Arbeitnehmerforderungen in der Schweiz sowie die Absicherung von Lohnforderungen durch Sozialversicherungen dargelegt, wobei sich das deutsche Insolvenzrecht einmal mehr als für die Betriebsfortführung in der Insolvenz förderlicher herausstellen wird.

2.4 a) Das Konkursprivileg für Lohnforderungen (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG)

Art. 219 SchKG legt gesetzlich eine Rangordnung der Gläubiger und ihrer Forderungen für die Verteilung der Konkursmasse fest. Nach Art. 220 Abs. 2 SchKG kommt es in einer durch Art. 219 Abs. 4 SchKG geschaffenen Konkursklasse erst zu einer Verteilung, wenn die Gläubiger der vorhergehenden Klasse befriedigt sind. Dadurch werden der Grundsatz der gleichmässigen Gläubigerbefriedigung durchbrochen²³⁵ und sogenannte (Konkurs-)Privilegien geschaffen.²³⁶ Immerhin haben die Gläubiger derselben Klasse untereinander gemäss Art. 220 Abs. 1 SchKG gleiches Recht und somit Anspruch auf eine proportional gleich hohe Dividende,²³⁷ worin sich der Grundgedanke der Gläubigergleichbehandlung widerspiegelt.²³⁸

²³⁴ Verletzt der Verwalter diese insolvenzspezifische Befriedigungspflicht, so haftet er gegenüber geschädigten Massegläubigern nach § 60 InsO; vgl. KÜBLER/PRÜTTING/BORK-LÜKE, § 60 N 22 ff.; vgl. BECK/DEPRÉ-ZIMMER, § 47 N 129.

²³⁵ KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 219 N 1.

²³⁶ Vgl. BSK SchKG- LORANDI, Art. 219 N 2 ff.; vgl. SK SchKG-SCHOBER/AVDYLI-LUGINBÜHL, Art. 219 N 21 ff.; vgl. KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 219 N 2 ff.

²³⁷ BGE 132 III 432, E. 2.6.

²³⁸ Vgl. KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 210 N 1 f.

Insbesondere die Arbeitnehmer*innen profitieren von einem Konkursprivileg: Ihre Forderungen aus Arbeitsverhältnissen, die nicht früher als sechs Monate vor Konkurseröffnung entstanden sind, werden bis zum Betrag des gemäss obligatorischer Unfallversicherung maximal versicherten Jahresverdienstes²³⁹ nach Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* lit. a SchKG in der ersten Klasse kolloziert und somit vor sämtlichen weiteren ungesicherten Forderungen befriedigt.

Die Konkursverwaltung bzw. die Konkursmasse muss die Lohnforderungen der Arbeitnehmer*innen somit in jedem Fall vor anderen Gläubigern befriedigen: Im Falle einer Betriebsstillegung aufgrund des Konkursprivilegs als Konkursforderung und im Falle einer Unternehmensfortführung als Masseverbindlichkeit. Sofern genügend freie Aktiven verfügbar sind, um bei einer Betriebsweiterführung im Konkurs die anfallenden Masseverbindlichkeiten im vollen Umfang tilgen zu können, ist die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer*innen für die Gläubiger somit kostenneutral. Dies begünstigt tendenziell die Unternehmensfortführung.

2.4 b) Die Insolvenzenschädigung (Art. 51 ff. AVIG)

Dieses Konkursprivileg wird zudem durch sozialversicherungsrechtliche Massnahmen ergänzt: Gemäss Art. 51 ff. AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmer*innen eines konkursiten Unternehmens Anspruch auf Insolvenzenschädigung im Umfang der offenen Lohnforderungen der letzten vier Monate vor Konkurseröffnung. Damit werden das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers abgedeckt und eine zeitgerechte Auszahlung der Lohnforderungen sichergestellt.²⁴⁰ Mit der Ausrichtung der Entschädigung gehen die Lohnansprüche bis zur Konkurseröffnung samt Konkursprivileg nach Art. 54 Abs. 1 AVIG durch Subrogation bzw. Legalzession an die Arbeitslosenkasse über, welche die «vorgeschoffene» Forderung nun im Konkursverfahren anstelle der Arbeitnehmer*innen in der ersten Klasse geltend machen darf.²⁴¹

Für eine Unternehmensfortführung ist die Insolvenzenschädigung somit grundsätzlich förderlich, da die Arbeitnehmer*innen ihre offenen Lohnzahlungen nicht erst in der Verteilung am Ende des Konkursverfahrens, sondern schon vorab von der Arbeitslosenkasse erhalten und sie somit im Konkurs eher bereit sein werden, weiter im Betrieb zu arbeiten.

2.4 c) Das Insolvenzgeld (§§ 165 ff. SGB III)

In Deutschland ist gesetzlich kein Privileg für Lohnforderungen der Belegschaft vorgesehen. Allerdings haben Arbeitnehmer*innen nach § 165 Abs. 1 SGB III für die drei dem Insolvenzereignis vorausgehenden Monate Anspruch auf Insolvenzgeld. Auch im deutschen Recht existiert somit ein sozialversicherungsrechtliches Instrument, welches die bei Verfahrenseröffnung offenen

²³⁹ Der maximal versicherte Jahresverdienst beträgt nach Art. 22 Abs. 1 UVV CHF 148'200.

²⁴⁰ BSK SchKG-STÖCKLI/GÄCHTER, Vor Art. 51-58 AVIG N 1 f.

²⁴¹ Vgl. BSK SchKG-STÖCKLI/GÄCHTER, Art. 54 AVIG N 1.

Lohnansprüche der Angestellten sichert.²⁴² Wie hierzulande findet durch die Auszahlung des Insolvenzgelds auch in Deutschland nach § 169 S. 1 SGB III eine Legalzession der Gläubigeransprüche aus Arbeitsvertrag an die Sozialversicherung (die Bundesagentur für Arbeit) statt, welche die entsprechenden Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren geltend machen kann.

Bis dahin ähneln sich die Insolvenzenschädigung sowie das Insolvenzgeld stark. Deutschland kennt jedoch zwei erwähnenswerte Sonderregeln zum Insolvenzgeld. Die erste Besonderheit betrifft die Möglichkeit des Vorschusses: Unter den sehr engen Voraussetzungen²⁴³ des § 168 InsO kann die Agentur für Arbeit auf Antrag bereits im Eröffnungsverfahren das Insolvenzgeld vorschliessen und die offenen Lohnzahlungen zur Entlastung der Insolvenzmasse bereits vor dem eröffneten Verfahren übernehmen. Allerdings setzt der Vorschuss des Insolvenzgeldes nach § 168 S. 1 Nr. 2 SGB III voraus, dass das Arbeitsverhältnis bereits beendet ist. Deshalb greift das Instrument bei noch laufenden Arbeitsverträgen nicht und stellt im Vorfeld etwaiger Sanierungsbemühungen kein taugliches Instrument dar, um beispielsweise die Mitarbeiter*innen für die Weiterarbeit zu gewinnen.²⁴⁴

Eine zweite erwähnenswerte Besonderheit des Insolvenzgeldes ist jedoch für die Unternehmensfortführung äusserst förderlich: Die Möglichkeit der Vorfinanzierung. Nach § 170 Abs. 1 SGB III steht der Anspruch auf Insolvenzgeld Dritten zu, wenn Arbeitnehmer*innen diesen (bspw. durch Abtretung oder Verpfändung)²⁴⁵ ihre Ansprüche auf Arbeitsentgelt vor der Antragsstellung auf Insolvenzgeld übertragen haben. Der neue Gläubiger hat aufgrund von § 170 Abs. 4 SGB III für seine ihm abgetretenen oder verpfändeten Lohnansprüche Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn die Agentur für Arbeit der Vorfinanzierung zugestimmt hat. In der Praxis können Mitarbeitende des schuldenrischen Unternehmens somit bei rückständigen Lohnzahlungen ein Darlehen bei ihrer Hausbank aufnehmen und der Bank ihren Lohnanspruch bzw. den Anspruch auf Insolvenzgeld abtreten.²⁴⁶ Auch der (vorläufige) Insolvenzverwalter kann mit Zustimmung der Agentur für Arbeit sowie der Arbeitnehmer*innen deren Insolvenzgeld-Ansprüche an eine Bank abtreten und so eine Kreditfinanzierung für die ausstehenden Löhne erreichen.²⁴⁷

Im Insolvenzeröffnungsverfahren, in welchem die Lohnforderungen noch «normal» beglichen werden müssen, wird die Vorfinanzierung vielfach durch den vorläufigen Insolvenzverwalter genutzt, um mit Hilfe der Arbeitnehmer*innen, die ihre Lohnforderungen mit Zustimmung der Agentur für Arbeit an ein Kreditinstitut abtreten, dem Unternehmen die zur Betriebsfortführung regelmässig

²⁴² GOTTWALD/HAAS-BERTRAM/KÜNZL, § 108 N 3.

²⁴³ Vgl. BECK/DEPRÉ-BRAUN/MÜHLBAYER, § 29 N 89.

²⁴⁴ BECK/DEPRÉ-BRAUN/MÜHLBAYER, § 29 N 89; vgl. GOTTWALD/HAAS-BERTRAM/KÜNZL, § 108 N 31.

²⁴⁵ GOTTWALD/HAAS-BERTRAM/KÜNZL, § 108 N 32; BECK/DEPRÉ-BRAUN/MÜHLBAYER, § 29 N 93.

²⁴⁶ BECK/DEPRÉ-BRAUN/MÜHLBAYER, § 29 N 93; GOTTWALD/HAAS-BERTRAM/KÜNZL, § 108 N 32.

²⁴⁷ SGB GAGEL/PETERS-LANGE, § 170 N 5; GOTTWALD/HAAS-BERTRAM/KÜNZL, § 108 N 32.

dringend benötigte Liquidität zu verschaffen.²⁴⁸ Kann der vorläufige Insolvenzverwalter die rückständigen Löhne für «seine» Belegschaft durch eine solche Vorfinanzierung i.S.v. § 170 SGB III kurzfristig organisieren, baut er zudem das für die Betriebsfortführung notwendige Vertrauen zwischen den Arbeitnehmer*innen und ihm auf,²⁴⁹ was diese zur Weiterarbeit im Unternehmen motiviert. Die Vorfinanzierung begünstigt somit eine Betriebsweiterführung in der Insolvenz.

Ohne Vorschuss oder Vorfinanzierung werden die offenen Lohnforderungen der Arbeitnehmer*innen wie in der Schweiz etwas später – nämlich nach Eröffnung des Verfahrens – mittels Insolvenzgeld vorab durch die Agentur für Arbeit befriedigt. Auch dies kann die Bereitschaft der Mitarbeiter*innen erhöhen, trotz Insolvenz und früheren Lohnausfällen im schuldnerischen Betrieb weiterzuarbeiten.²⁵⁰

2.5 Die Besonderheiten bei Forderungen aus Mietverträgen

Die letzte Besonderheit bei Dauerschuldverhältnissen im Konkurs, bei welcher sich noch einmal die für Unternehmensfortführungen förderlichen Konzeptionen des deutschen Insolvenzrechts zeigen werden, betrifft die Forderungen von Vermieter*innen aus Mietverträgen mit dem Schuldner und das damit einhergehende gesetzliche Sicherungsrecht der Retention.

2.5 a) Die Vermieterforderungen und das Retentionsrecht (Art. 268 ff. OR)

Für die Forderungen von Vermieter*innen aus Mietverträgen und damit aus Dauerschuldverhältnissen gelten nach Art. 211 f. SchKG die gleichen Regeln für den Vertragseintritt sowie für Forderungen nach Konkurseröffnung wie für Arbeitsverträge: Die Konkursverwaltung darf nach Art. 211 Abs. 2 SchKG in einen Mietvertrag des konkursiten Unternehmens als Mieterin eintreten. In diesem Falle hat die Vermieterschaft nach Art. 211a Abs. 1 SchKG für allfällige offene Mietzinsforderungen bis zur Konkurseröffnung sowie nach Konkurseröffnung bis zum Vertragseintritt eine Konkursforderung,²⁵¹ für die nach Vertragseintritt durch Inanspruchnahme der Leistung durch die Konkursmasse anfallenden Mietzinsforderungen eine Masseverbindlichkeit²⁵² und für die Zeit nach der Inanspruchnahme der Leistung durch die Konkursmasse bis zum nächsten Kündigungstermin oder bis zum Ablauf der festen Vertragsdauer wiederum eine Konkursforderung.²⁵³

Allerdings haben die Vermieter*innen von Geschäftsräumen nach Art. 268 Abs. 1 OR für Mietzinsforderungen der vergangenen 12 Monate vor Konkurseröffnung sowie für die Mietzinsforderungen der sechs Monate nach Konkurseröffnung ein Retentions- und somit ein gesetzliches

²⁴⁸ SGB GAGEL/PETERS-LANGE, § 170 N 5; BECK/DEPRÉ-BRAUN/MÜHLBAYER, § 29 N 97.

²⁴⁹ BECK/DEPRÉ-PECHARTSCHECK/ZUPANCIC, § 19 N 18.

²⁵⁰ GOTTWALD/HAAS-BERTRAM/KÜNZL, § 103 N 3.

²⁵¹ Vgl. KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 27 f.

²⁵² Vgl. KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 25.

²⁵³ Vgl. KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 26.

Pfandrecht an sämtlichen sich in den vermieteten Räumen befindlichen Sachen.²⁵⁴ Gestützt darauf dürfen die Vermieter*innen diese Sachen zu ihrer direkten Befriedigung i.S.v. Art. 219 Abs. 1 SchKG verwerten lassen.²⁵⁵ Verwertet die Konkursverwaltung die sich in den Mieträumlichkeiten befindlichen, zur Konkursmasse gehörenden Sachen selbst, so steht der Vermieterschaft der entstandene Verwertungserlös zu.

Führt die Konkursverwaltung das Unternehmen im Konkurs fort und verkauft sie im Rahmen der Betriebsweiterführung sich in den gemieteten Geschäftsräumlichkeiten befindliche, fertig produzierte Ware oder Produkte, so steht der Vermieterschaft der anfallende Erlös bis zur Höhe der retentionsgesicherten Mietzinsforderungen zu.²⁵⁶ Auch im Falle, dass der Betrieb oder ein Betriebsteil inkl. Inventar verkauft werden soll, erhalten die Vermieter*innen aufgrund des Retentionsrechts den Verwertungserlös aus den retinierten Sachen.²⁵⁷ In der Praxis fliessen zusammenfassend viele durch die Unternehmensfortführung im Konkurs anfallende Erträge gar nicht an die Konkursmasse, sondern an die Vermieterschaft. Dies macht eine Unternehmensfortführung für die Konkursverwaltung sowie für die Gläubiger äusserst unattraktiv und ist somit für eine solche hinderlich.

2.5 b) Das gesetzliche Pfandrecht der Vermieterschaft (§§ 562 ff. BGB i.V.m. § 50 Abs. 2 InsO)

Auch in Deutschland existiert nach §§ 562 ff. BGB ein gesetzliches Pfandrecht der Vermieterschaft, welche dadurch gemäss § 50 Abs. 1 InsO zur abgesonderten Befriedigung aus den Pfandgegenständen berechtigt ist. Führt der Insolvenzverwalter den Betrieb in der Insolvenz fort, so sind die bei Verfahrenseröffnung offenen Vermieterforderungen somit aufgrund des gesetzlichen Pfandrechts vorab aus dem Erlös der in den Mieträumlichkeiten befindlichen Sachen zu befriedigen, was wie in der Schweiz grundsätzlich für eine Unternehmensfortführung hinderlich ist.

Allerdings wird das Vermieterpfandrecht in der Insolvenz durch § 50 Abs. 2 S. 1 InsO stark beschränkt: Demnach erstreckt sich das Pfandrecht der Vermieterschaft nur auf die letzten 12 Monate vor der Insolvenz und ist zudem für die durch die ausserordentliche Kündigung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 S. 1 InsO entstehende Entschädigungsforderung ausgeschlossen.

Zudem bezahlt der Insolvenzverwalter den Mietzins nach Insolvenzeröffnung aufgrund des Weiterbestehens des Schuldverhältnisses nach § 108 Abs. 1 S. 1 InsO als Masseverbindlichkeit weiter. In der Insolvenz entstehen deshalb in der Regel keine weiteren pfandgesicherten Vermieterforderungen.²⁵⁸

²⁵⁴ BSK SchKG-SCHNYDER/WIEDE, Art. 283 N 7 m.w.H.

²⁵⁵ AMONN/WALTHER, § 34 N 29; vgl. BSK SchKG-SCHNYDER/WIEDE, Art. 283 N 45 m.w.H.

²⁵⁶ Vgl. LORANDI, Vorschläge, 98.

²⁵⁷ Vgl. LORANDI, Vorschläge, 98.

²⁵⁸ Vgl. für ein Beispiel: BECK/DEPRÉ-RINGSTMEIER, § 15 N 42.

Da deutsche Pfandrecht der Vermieterschaft somit Mietzinsforderungen in geringerem Umfang absichert als das Schweizer Retentionsrecht, kommen die Erträge aus der Geschäftstätigkeit im Insolvenzverfahren vermehrt der Insolvenzmasse zugute, was weniger hinderlich für die Unternehmensfortführung ist.

2.6 Rechtsvergleichende Betrachtung der Dauerschuldverhältnisse und deren Auswirkungen auf die Unternehmensfortführung

2.6 a) Das Vertragseintrittsrecht der Konkursverwaltung

Die Schweizer und die deutsche Rechtsordnung unterscheiden im Konkurs beide zwischen Konkursforderungen und Masseverbindlichkeiten. Zudem kann die Konkursverwaltung in beiden Rechtsordnungen nach Art. 211 SchKG und nach § 103 InsO in laufende, (teilweise) noch nicht erfüllte Verträge eintreten und diese anstelle des Schuldners erfüllen. Dank diesem Vertragseintrittsrecht kann die Konkursverwaltung im Falle der Unternehmensfortführung Vertragsbeziehungen mit Kund*innen, Lieferant*innen oder weiteren Vertragspartner*innen weiterführen. Dies ermöglicht und begünstigt eine Unternehmensfortführung in der Schweiz und in Deutschland.

2.6 b) Der Umgang mit Arbeits- und Mietverhältnissen

In Deutschland bestehen Arbeits- und Mietverhältnisse gemäss § 108 Abs. 1 InsO für die Insolvenzmasse verbindlich und mit einem Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters nach § 109 InsO bzw. § 113 InsO fort. Damit entstehen umfangreiche Masseverbindlichkeiten. Im Gegenzug stehen dem Verwalter die zwei für eine Betriebsfortführung zentralen Ressourcen – Arbeitskräfte und Geschäftsräumlichkeiten – weiterhin zur Verfügung. Da die Belegschaft sowie die Vermieterschaft unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme der Leistungen bezahlt werden müssen, ist eine Unternehmensfortführung für die Gläubiger mit keinen zusätzlichen Lohn- oder Mietkosten verbunden. Dies fördert die Fortführung des Betriebs in der Insolvenz sehr stark.

In der Schweiz ist ein Vertragseintritt in Arbeits- oder Mietverhältnisse nach Art. 211 SchKG möglich. Nimmt die Konkursverwaltung Leistungen aus solchen Dauerschuldverhältnissen in Anspruch, so entstehen in diesem Umfang nach Art. 211a Abs. 2 SchKG Masseverbindlichkeiten. Die Forderungen von Mitarbeiter*innen aus Arbeitsverträgen sind in im Konkurs zudem gemäss Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* lit. a SchKG privilegiert und werden vor den anderen ungesicherten Forderungen befriedigt. Sind in der Schweiz genügend freie Aktiven vorhanden, um die aus dem Eintritt in Arbeitsverträge im Rahmen der Unternehmensfortführung entstehenden Masseverbindlichkeiten zu befriedigen, so ist die Weiterführung der Arbeitsverhältnisse aufgrund dieses Konkursprivilegs für die Konkursmasse kostenneutral, was eine Unternehmensfortführung im Konkurs begünstigt.

Es stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob die Schweiz die deutsche Regelung des automatischen Fortbestands von Arbeits- und Mietverträgen mit damit verbundenem Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters ins SchKG übernehmen soll, was nach der hier vertretenen Ansicht zu verneinen ist. Dies deshalb, weil die selbst ohne Inanspruchnahme der Leistungen bis zur Kündigung anfallenden Masseverbindlichkeiten i.S. der deutschen Regelung eine erhebliche Belastung für die Konkursmasse darstellen. Können diese Verbindlichkeiten nicht befriedigt werden, so müsste das Schweizer Konkursverfahren nach Art. 230 SchKG mangels Aktiven eingestellt werden und es könnte kein Gesamtvollstreckungsverfahren stattfinden, welches jedoch für eine gleichmässige und faire Befriedigung aller Gläubiger – insbesondere auch der Mitarbeiter*innen – erstrebenswert ist. Die Arbeitnehmer*innen in der Schweiz sind durch die Insolvenzenschädigung sowie durch die anschliessende Arbeitslosenentschädigung gemäss Art. 8 ff. AVIG bereits heute im Konkurs des Arbeitgebers gut abgesichert – die zusätzlichen Masseverbindlichkeiten bei Übernahme der deutschen Regelung würden die Arbeitnehmenden im Schweizer Konkursverfahren somit zu einem hohen Preis für alle Gläubiger nur leicht besserstellen. Nach der hier vertretenen Meinung überwiegen die aus der Übernahme der deutschen Regelung ins Schweizer Recht resultierenden Vorteile nicht die damit einhergehenden Nachteile, weshalb Art. 211 f. SchKG in der heutigen Form belassen werden sollten.

2.6 c) Die Sozialversicherung zur Deckung des Lohnausfalls in der Insolvenz

In beiden analysierten Rechtsordnungen existiert eine Sozialversicherung, welche die Lohnausfälle der Arbeitnehmer*innen aufgrund der Insolvenz des Arbeitgebers übernimmt. Die Leistungen der Insolvenzenschädigung gemäss Art. 51 ff. AVIG sind dabei zeitlich umfangreicher als das Insolvenzgeld nach §§ 165 ff. SGB III. Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland führt die Abdeckung des Lohnausfalls durch eine Sozialversicherung dazu, dass die Mitarbeiter*innen ihre offenen Lohnansprüche vorab bezahlt erhalten und somit für den Fall der Unternehmensfortführung zur Weiterarbeit im Betrieb motiviert werden.

Das deutsche Recht kennt mit der Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes i.S.v. § 170 Abs. 3 SGB III jedoch ein starkes rechtliches Instrument, mit welchem der vorläufige Insolvenzverwalter vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die ausstehenden Löhne schnell organisieren kann, was das Vertrauen zwischen dem Verwalter und der Belegschaft zusätzlich stärkt und im Eröffnungsverfahren die nötige Liquidität schafft. Dies begünstigt eine Unternehmensfortführung.

Das Instrument der Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes muss aufgrund seines Zwecks vor der Insolvenzeröffnung genutzt werden. Die Schweiz kennt jedoch kein dem deutschen Eröffnungsverfahren ähnliches Verfahren vor dem eigentlichen Konkursverfahren. Die Überlegung, ob die Vorfinanzierung auch für die Schweizer Insolvenzenschädigung gemäss Art. 51 ff. AVIG eingeführt

werden soll, erübrigt sich deshalb.

2.6 d) Das Retentionsrecht der Vermieterschaft

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland existiert nach Art. 268 ff. OR bzw. gemäss §§ 562 ff. BGB i.V.m. § 50 Abs. 2 InsO ein gesetzliches Pfandrecht der Vermieterschaft. Dieses wirkt sich in beiden Rechtsordnungen grundsätzlich negativ auf die Unternehmensfortführung aus. In Deutschland wird das Vermieterpfandrecht jedoch durch § 50 Abs. 2 InsO beschränkt und ist deshalb weniger umfangreich als das Schweizer Retentionsrecht, was für eine Unternehmensfortführung förderlicher ist. Eine mindestens teilweise Lockerung des Retentionsrechts nach Art. 268 ff. OR wäre deshalb nach der hier vertretenen Ansicht eine gute Möglichkeit, um Unternehmensfortführungen im Konkurs zu fördern und die Veräusserung von Betriebsteilen bzw. der entsprechenden Vermögenswerte der Konkursmasse zu erleichtern. Tatsächlich war in der Schweiz im Gesetzesvorschlag des Bundesrats zur Änderung des SchKG vom 8. September 2010 bereits einmal die Abschaffung des mietrechtlichen Retentionsrechts geplant²⁵⁹ – diese Diskussion sollte nach der hier vertretenen Ansicht vom Gesetzgeber erneut geführt werden.

§ 7 Fazit und Vorschläge für zukünftige Änderungen des Konkursrechts

1. Rechtsvergleichendes Fazit zur Unternehmensfortführung im Konkurs

In fast allen im Rahmen dieser Arbeit betrachteten Bereichen der Insolvenz fördert das deutsche Recht die Unternehmensfortführung: Die Haftungsverwirklichung kann durch die gleichwertigen Alternativen Liquidation und Sanierung erreicht werden, die Organisationsverfassung von Gesellschaften im Konkurs ist vollumfänglich auf eine mindestens vorübergehende Unternehmensfortführung ausgerichtet, die Inventarisierung und Sicherung der Insolvenzmasse sind ebenfalls auf laufende Betriebe zugeschnitten, das Sozialversicherungsrecht kennt mit der Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes ein Instrument, welches die im Eröffnungsverfahren notwendige Liquidität für eine Fortführung des Unternehmens schaffen kann, und Miet- sowie Arbeitsverträge werden Kraft Gesetz mit Wirkung für die Masse und mit Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters fortgeführt, wodurch die Arbeitskräfte sowie die Geschäftsräumlichkeiten in der Insolvenz für eine Betriebsfortführung zur Verfügung stehen. Dem Insolvenzverwalter stehen somit viele rechtliche Instrumente offen, um mögliche Fortführungs- und Sanierungschancen im Einzelfall zu nutzen und so die bestmögliche Gläubigerbefriedigung im Insolvenzverfahren zu erreichen.

Das Schweizer Recht bietet hingegen weniger Raum für eine Unternehmensfortführung im Konkurs und erschwert diese in einigen der betrachteten insolvenzrechtlichen Bereichen sogar: Die

²⁵⁹ BBl 2010 6476; vgl. LORANDI, Vorschläge, 101.

Haftungsverwirklichung erfolgt im Regelfall durch eine Generalliquidation und somit durch eine wirtschaftlich nicht in jedem Fall sinnvolle Zerschlagung, die Organisationsverfassung von konkursiten Gesellschaften ist ebenfalls in der Tendenz auf eine Liquidation ausgerichtet, die im Gesetz vorgesehenen Sicherungsmassnahmen der Konkursverwaltung führen im Regelfall zu einer sofortigen Stilllegung des Betriebs, und das Retentionsrecht der Vermieterschaft verunmöglicht in der Praxis den (gewinnbringenden) Verkauf von sich in den Geschäftsräumlichkeiten befindlichen Waren. Zudem ist ein Wechsel vom Konkurs- in ein Nachlassverfahren nach Konkursöffnung nur im äusserst seltenen und kaum verbreiteten Fall möglich, in welchem gleichzeitig mit dem Begehren um Eröffnung des Konkurses zusätzlich ein Gesuch um Nachlassstundung oder Konkursaufschub gestellt wurde.

Eine Unternehmensfortführung wäre gemäss dem geltenden Schweizer Konkursrecht grundsätzlich möglich, wird jedoch durch die verschiedenen in dieser Arbeit besprochenen Faktoren erschwert. Wird somit in der Schweiz über ein sanierungs- und fortführungsfähiges Unternehmen der Konkurs eröffnet, so wird dieses im Regelfall sofort stillgelegt und liquidiert, selbst wenn dieses Vorgehen aufgrund der eintretenden Vermögensentwertung sowie aufgrund der Vernichtung von Arbeitsplätzen gesamtwirtschaftlich und für die Gläubigerbefriedigung weniger sinnvoll ist als eine (vorübergehende) Unternehmensfortführung.

Um diese unbefriedigende Situation in der Schweiz etwas zu entschärfen sowie die rechtliche Möglichkeit der Unternehmensfortführung im Konkurs aufzuwerten und zu fördern, werden nachfolgend zwei Lösungsansätze präsentiert, welche sich aus den rechtsvergleichenden Feststellungen dieser Arbeit ergeben.

2. Rechtsvergleichende Vorschläge für zukünftige Änderungen des Schweizer Konkursrechts

2.1 Förderung der Unternehmensfortführung durch ein dem Konkurs sowie der Nachlassstundung vorgelagertes, einheitliches Eröffnungsverfahren

Das Schweizer Konkursverfahren ist gesetzlich als zerschlagende Liquidation konzipiert, was eine Unternehmensfortführung erschwert. In Deutschland sieht § 1 InsO hingegen vor, dass zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung die gleichwertigen Optionen Sanierung und Liquidation zur Verfügung stehen, was eine Fortführung begünstigt. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Schweiz deshalb die deutsche Konzeption falls möglich adaptieren.

Dazu würde es sich anbieten, nach deutschem Vorbild ein einheitliches, dem Konkurs sowie auch der Nachlassstundung vorgelagertes Eröffnungsverfahren für zahlungsunfähige und überschuldete Unternehmen einzuführen, in welchem ein Sachverständiger die Fortführungs- und Sanierungschancen abklärt und das Gericht gestützt darauf den Konkurs oder ein Nachlassverfahren

eröffnet.²⁶⁰ Das der Liquidation dienende Konkursverfahren wäre dabei subsidiär und nur in jenen Fällen anzuordnen, wenn die Voraussetzungen eines Sanierungsverfahrens nicht erfüllt wären. Dadurch könnten der Konkurs sowie die Nachlassstundung einzelfallgerechter angeordnet und die Liquidation fortführungsfähiger Betriebe im Vorhinein verhindert werden.

2.2 Förderung der Unternehmensfortführung im Konkurs durch gezielte Anpassungen im Schweizer Konkursrecht

Als Alternative zur Einführung eines einheitlichen Vorverfahrens für überschuldete oder zahlungsunfähige Unternehmen könnte die Schweiz die bereits heute mögliche Unternehmensfortführung innerhalb des Konkursverfahrens begünstigen und fördern, indem der Gesetzgeber die in dieser Arbeit aufgezeigten erschwerenden Faktoren durch gezielte Gesetzesanpassungen beseitigt. Drei konkrete Vorschläge für zukünftige SchKG-Änderungen sollen nachfolgend vorgebracht werden.

2.2 a) Einführung von zusätzlichen Abklärungspflichten der Konkursverwaltung sowie explizite gesetzliche Statuierung der Fortführungsmöglichkeit

Die Konkursverwaltung kann den schuldnerischen Betrieb i.S.v. Art. 221 Abs. 1 SchKG bis zum Entscheid der 1. Gläubigerversammlung nach Art. 238 Abs. 1 SchKG provisorisch fortführen. In der Praxis kommt eine provisorische Fortführung jedoch aus den in § 4 Ziff. 1.1 b) ausführlich dargelegten Gründen kaum vor. Steht der Betrieb erst einmal still, so präjudiziert dies den späteren Entscheid der Gläubigerversammlung über die Fortführung nach Art. 238 Abs. 1 SchKG stark, da eine Wiederaufnahme der Unternehmenstätigkeit aufgrund des bereits eingetretenen Wertverlusts im Normalfall ausgeschlossen ist.

Zur Förderung der Betriebsfortführung im Konkurs könnte die Schweiz bei einer zukünftigen SchKG-Revision die vorläufige Fortführung bis zur ersten Gläubigerversammlung neu als Regelfall vorsehen. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre dies jedoch nicht sinnvoll, da das Konkursverfahren nach wie vor primär eine Liquidation bezweckt und da mit der Nachlassstundung bereits ein gerichtliches Sanierungsverfahren im Schweizer Recht existiert, in welchem der Betrieb standardmässig fortgeführt wird.

Zielführend wäre nach der hier vertretenen Meinung deshalb, die Konkursverwaltung nach deutschem Vorbild beispielsweise in Art. 240 SchKG zur Abklärung der Sanierungschancen des schuldnerischen Unternehmens zu verpflichten und zudem die Möglichkeit der vorläufigen Betriebsfortführung im Konkurs zur Masseerhaltung explizit ins Gesetz aufzunehmen. Dadurch wäre die Konkursverwaltung gehalten, sich vertiefter mit dem schuldnerischen Unternehmen auseinanderzusetzen und eine vorläufige Betriebsfortführung vermehrt in Betracht ziehen. In der Praxis dürfte

²⁶⁰ Vgl. dazu auch BAUMGARTNER, 206 f., welcher die Grundidee eines „Zwischenverfahrens“ präsentiert.

anhand der noch vorhandenen Aktiven in weniger umfangreichen Konkursverfahren schnell und ohne grossen zusätzlichen Aufwand feststellbar sein, ob eine Unternehmensfortführung oder eine Sanierung überhaupt möglich sind. Die Abklärungspflichten des Konkursamts wären somit vor allem in grösseren Verfahren von Bedeutung, in welchen eine Betriebsfortführung potenziell auch mehr Erlöse generieren und mehr Arbeitsplätze erhalten könnte. Die vorgeschlagene Lösung würde nach der vorliegenden Einschätzung somit die Unternehmensfortführung im Konkurs gezielt fördern, ohne eine Fortführungspflicht zu statuieren oder damit das Konkurs- dem Nachlassverfahren anzunähern.

2.2 b) Lockerung und Neukonzeptionierung der Sicherungsmassnahmen (Art. 223 SchKG)

In beiden verglichenen Rechtsordnungen muss die Konkursverwaltung die Konkursmasse und somit das Haftungssubstrat des Schuldners sichern und inventarisieren. Die Schweizer Sicherungsmassnahmen und insbesondere die Siegelung nach Art. 223 Abs. 1 SchKG sind dabei so strikt, dass diese im Regelfall faktisch zur Stilllegung des Betriebs führen und somit eine Unternehmensfortführung im Konkurs sehr stark erschweren und oftmals verunmöglichen.

Der Schweizer Gesetzgeber sollte sich nach der hier vertretenen Ansicht überlegen, das deutsche Konzept der Inbesitznahme zu übernehmen und die Konkursmasse unabhängig von der Siegelung strafrechtlich zu schützen. Dadurch wäre die konkursamtliche Siegelung nur noch zum effektiven Schutz der Vermögenswerte notwendig, sofern dieser nicht anderweitig erreicht werden kann. Die im SchKG vorgesehenen Sicherungsmassnahmen könnten sodann durch eine Gesetzesanpassung gelockert und insbesondere die in Art. 223 Abs. 1 SchKG implizit statuierte Betriebsschliessung vom Regel- zum Ausnahmefall gemacht werden.

In der Praxis könnte das Konkursamt nach Konkurseröffnung somit die Konkursmasse in Besitz nehmen und den Zugriff darauf sicherstellen. Dabei kann sie zum Schutz der Vermögenswerte im Einzelfall gezielte Sicherungsmassnahmen ergreifen. Die anschliessende Inventarisierung der Konkursmasse dürfte ohne Unternehmensstilllegung im laufenden Betrieb vollzogen werden. Damit würden der vorläufige Fortführungsentscheid der Konkursverwaltung sowie der spätere Fortführungsentscheid der 1. Gläubigerversammlung nicht mehr präjudiziert.

2.2 c) (Teilweise) Abschaffung des Retentionsrecht der Vermieterschaft (Art. 268 ff. OR)

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland existiert ein gesetzliches Pfandrecht der Vermieterschaft an den beweglichen Sachen in den Mieträumen. Das Retentionsrecht nach Art. 268 Abs. 1 OR führt dazu, dass die Erlöse aus konkursamtlichen Verwertungen von in den Geschäftsräumlichkeiten befindlichen Waren und sonstigen beweglichen Sachen nicht der Konkursmasse zufließen, sondern i.S.v. Art. 219 Abs. 1 SchKG vorab zur Befriedigung der

Vermieterschaft verwendet werden. Das Retentionsrecht erschwert damit die Unternehmensfortführung. Nach der hier vertretenen Meinung sollte das Retentionsrecht der Vermieterschaft deshalb abgeschafft oder zumindest in dessen Umfang beschränkt werden.

3. Schlusswort

Wirtschaftliche und finanzielle Unternehmenskrisen sind ein universales Phänomen, für welches in verschiedenen Ländern unterschiedliche Lösungen existieren. Das Schweizer Konkursverfahren eignet in sich in vielen Fällen bestens zur Gesamtvollstreckung in das schuldnerische Vermögen. In Bezug auf die Möglichkeit der Unternehmensfortführung bestehen im Konkurs jedoch Defizite. Die vorgebrachten Vorschläge könnten die Fortführung des schuldnerischen Betriebs im ordentlichen Schweizer Konkursverfahren nach deutschem Vorbild fördern und somit in der Zukunft dazu beitragen, dass weniger Arbeitsplätze vernichtet und eine bessere Gläubigerbefriedigung erzielt werden.