

Die Betriebsfortführung im Konkursverfahren

Wirtschaftliche und rechtliche Grundlagen sowie eine Checkliste für die Konkursverwaltung

Roger Abegg*

I. Überblick

Wird in der Schweiz über ein Unternehmen der Konkurs eröffnet, so wird der vom Unternehmen geführte Betrieb im Regelfall stillgelegt und liquidiert.

Dies im Gegensatz zum Nachlassverfahren gemäss Art. 297 ff. SchKG, in welchem der Betrieb in der Regel fortgeführt wird. Seit dem 1. Januar 2014 ist das revidierte Sanierungsrecht¹ inklusive des Sanierungsinstruments der Nachlassstundung in Kraft. Dennoch zeigt sich anhand der Fallzahlen, dass das Nachlassverfahren (mit Betriebsfortführung) in der Praxis kaum genutzt wird.²

Dies bedeutet wiederum, dass über Unternehmen mit fortführungsfähigen Betrieben der Konkurs eröffnet wird. In solchen Fällen wäre eine (teilweise) Betriebsfortführung im Konkursverfahren durch die Konkursverwaltung vorteilhafter für die Gläubigerbefriedigung als eine Betriebsstilllegung.

Diese Publikation soll deshalb an die Möglichkeit der Betriebsfortführung im Konkurs erinnern und möchte – insbesondere mit der enthaltenen Checkliste für die Konkursverwaltung – dazu anregen, die Möglichkeit einer Betriebsfortführung im Konkurs vermehrt zu prüfen.

* Roger Abegg, MLaw, Linde Law AG, Zürich. Für eine rechtsvergleichende Darstellung der Betriebsfortführung in der Insolvenz (CH-DE) verweist der Autor gerne auf seine Masterarbeit «Die Unternehmensfortführung im Konkurs», in: Editions Weblaw, Bern 2021. Der Autor dankt MLaw Dominique Diethelm, LL.M., wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich, sowie Rechtsanwalt MLaw Marc Wohlgenuth, Linde Law AG, Zürich, für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie die Inputs.

¹ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Änderung vom 21.06.2013, AS 2013 4111 ff.

² So wurden 2021 schätzungsweise 52 Nachlassstundungen eröffnet (*Farsaci Alessandro/Fritsche Tobias*, Pivot to Recovery – Das Schweizer Nachlassverfahren, Entwicklung der Verfahrenszahlen 2019 – 2021, November 2022, S. 3, verfügbar unter <https://www.alvarezandmarsal.com> → Insights → A&M News and Releases → November 7, 2022 (Swiss Debt Restructuring Moratorium gives financially troubled businesses a potential survival chance of 60%), zuletzt besucht am 07.05.2023). Die Zahl der Konkurseröffnungen nach SchKG lag demgegenüber 2021 bei 14081 (*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 07.05.2023).

II. Der Regelfall: Keine Betriebsführung im Konkursverfahren

A. Konzeption des Konkursverfahrens als zerschlagende Generalliquidation

Gemäss Art. 221 Abs. 1 SchKG muss die Konkursverwaltung für die Vermögenswerte der Konkursmasse ein Inventar aufnehmen und die notwendigen Sicherungsmassnahmen treffen.³ Zusätzlich muss die Konkursverwaltung nach Art. 223 Abs. 1 SchKG grundsätzlich Magazine, Warenlager, Werkstätten, Wirtschaften etc. bis zum Abschluss der Inventaraufnahme schliessen und versiegeln.

Die Vermögenswerte der Konkursmasse werden im Konkursverfahren später einzeln versilbert bzw. verwertet.⁴ *Hunkeler* betitelt deshalb den Konkurs zutreffend nicht als blosser «Generalexekution», sondern als «Generalliquidation».⁵

In der Praxis bedeutet dies, dass der schuldnerische Betrieb bereits für die Inventur geschlossen wird.⁶ Dies führt zu einer Betriebsstilllegung,⁷ einer Zerschlagung des Unternehmens⁸ sowie einem Wertverlust und verunmöglicht eine spätere Weiterführung des Betriebs.⁹

B. Die Auswirkungen einer Betriebsstilllegung aus ökonomischer Sicht

Bevor auf die Betriebsfortführung im Konkursverfahren eingegangen werden kann, muss die Frage geklärt werden, warum eine Fortführung des Betriebs für die Aktiven eines Unternehmens aus wirtschaftlicher Sicht vorteilhafter sein kann als eine Stilllegung.

Wird der Betrieb eines am Markt agierenden Unternehmens stillgelegt, so hat dies weitreichende Auswirkungen: Laufende Aufträge können nicht vollendet werden, Warenlager werden nahezu wertlos, Debitoren verweigern ihre Rechnungszahlungen, und der im Unternehmen gebundene, aber nicht aktivierbare Goodwill (insbesondere der wirtschaftliche

³ Vgl. *Stahelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco* (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 3. Aufl., Basel 2021 (zit.: BSK SchKG-Bearbeiter*in), BSK SchKG-Lustenberger/Schenker, Art. 221 N 1 f.

⁴ *Kren Kostkiewicz Jolanta*, *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht*, 3. Aufl., Zürich 2018, N 1474; *Amonn Kurt/Walther Fridolin*, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Aufl., Bern 2013, § 26 N 16 sowie § 47 N 14.

⁵ BSK SchKG-Hunkeler, Art. 197 N 1 f.

⁶ *Hunkeler Daniel* (Hrsg.), *Kurzkomentar SchKG*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: KUKO SchKG-Bearbeiter*in), KUKO SchKG-Schober, Art. 223 N 14.

⁷ *Kren Kostkiewicz*, N 1394; KUKO SchKG-Schober, Art. 223 N 2.

⁸ *Knapp Ralph*, *Die Anordnung der Unternehmensweiterführung im Konkurs unter besonderer Berücksichtigung der konkursamtlichen Kompetenzen, des Vorentwurfs für eine Teilrevision des SchKG sowie wirtschaftlicher Aspekte*, Diss., Zürich 1988, 1 f.; *Baumgartner Andres*, *Fortführung eines Unternehmens nach Konkurseröffnung im Hinblick auf den Widerruf des Konkurses, ohne Widerruf des Konkurses zu Veräusserungszwecken, de lege ferenda*, Diss., Zürich 1987, 1 f.; BSK SchKG-Bürgi, Art. 256 N 47; vgl. KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293–336 N 4.

⁹ KUKO SchKG-Schober, Art. 223 N 17; vgl. *Baumgartner*, 77 ff.

Wert von Kundenbeziehungen und Know-how)¹⁰ können nicht mehr zugunsten der Gläubiger verwertet werden.¹¹ 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.¹² Dies bedeutet: Bei einer Betriebsstilllegung findet in der Regel eine nicht wiedergutzumachende Vermögensentwertung am Unternehmen statt und unzählige Arbeitsplätze werden zerstört.¹³ 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.¹⁴

Eine Betriebsstilllegung führt damit aus den genannten Gründen oftmals zu einer schlechteren Gläubigerbefriedigung als eine zumindest vorübergehende Betriebsfortführung.¹⁵

III. Die rechtlichen Grundlagen der Betriebsfortführung im Konkurs

Das Konkursverfahren ist im Regelfall nicht auf eine Betriebsfortführung ausgerichtet.¹⁶ Im Hinblick auf eine möglichst vorteilhafte Verwertung der Konkursmasse (und dabei gleichzeitig eine geordnete Betriebsaufgabe), einen möglichen Konkurswiderruf oder eine erfolgreiche Beschwerde gegen die Konkurseröffnung, einen möglichen Nachlassvertrag im Konkurs oder auch eine Sanierung kann eine Betriebsfortführung während des laufenden Konkursverfahrens durch die Konkursverwaltung jedoch durchaus Sinn ergeben.¹⁷

Das SchKG regelt die Betriebsfortführung im Konkurs nicht einheitlich. Allerdings finden sich im Konkursrecht überall vereinzelte Bestimmungen dazu.

A. Entscheid über die Betriebsfortführung im Konkurs

Die wichtigste Weichenstellung betreffend Betriebsfortführung im Konkurs erfolgt mit dem Entscheid, ob der Betrieb stillgelegt oder fortgeführt werden soll.

¹⁰ Vgl. Baumgartner, 114 ff.

¹¹ Müller Lukas/Wohl Georg J., Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung, in: ZZZ 50/2020, 146 ff., 157; vgl. Beck Siegfried/Depré Peter (Hrsg.), Praxis der Insolvenz – ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, 3. Aufl., München 2017 (zit.: Beck/Depré-Bearbeiter*in), Beck/Depré-Beck/Pechartscheck, § 18 N 21 f.; vgl. KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293–336 N 4.

¹² Müller/Wohl, 157; Baumgartner, 78.

¹³ Baumgartner, 78 m.w.H.; Müller/Wohl, 157 m.w.H.; vgl. Beck/Depré-Beck/Pechartscheck, § 18 N 1.

¹⁴ Knupp, 8; Baumgartner, 111 ff.; Beck/Depré-Beck/Pechartscheck, § 18 N 2 & N 20.

¹⁵ Vgl. Müller/Wohl, 153; vgl. Knupp, 8 f.; vgl. Baumgartner, 1; vgl. unten Ziff. III.B.3.

¹⁶ Vgl. oben Ziff. II.A.; vgl. Baumgartner, 1 f.; vgl. BSK SchKG-Bürgi, Art. 256 N 47.

¹⁷ Baumgartner, 2 ff.; Knupp, 5 f.; Meier Isaak, Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung, in: BISchK 2003, 1 ff., 4 f.; vgl. unten Ziff. III.B.3.

1. Voraussetzungen für eine Betriebsfortführung im Konkurs

Damit eine Betriebsfortführung im Konkurs überhaupt infrage kommt, müssen gewisse wirtschaftliche Voraussetzungen gegeben sein. Klare Kriterien für eine mögliche Betriebsfortführung im Konkurs sind gesetzlich jedoch nicht statuiert. Der Entscheid steht deshalb grundsätzlich im freien Ermessen des zuständigen Organs.¹⁸

Nichtsdestotrotz hat die (spärliche) Lehre folgende materiellen Voraussetzungen für eine Betriebsfortführung herausgearbeitet, welche sich oftmals bereits aus wirtschaftlichen Überlegungen ergeben:¹⁹

- 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.

Diese Voraussetzungen müssen die zuständigen Organe bei ihrer Entscheidung über die Betriebsfortführung prüfen,²⁰ wobei regelmässig fallspezifische rechtliche und/oder wirtschaftliche Kenntnisse erforderlich sind.²¹ Eine Betriebsfortführung im Konkurs kommt insbesondere in jenen Fällen infrage, in welchen nicht beendete Aufträge bestehen oder mögliche Käufer an der Übernahme des Betriebs oder eines Betriebsteils interessiert sind.

2. Für den Entscheid über die Betriebsfortführung zuständiges Organ

Wie sogleich aufgezeigt wird, entscheidet faktisch in jedem Fall die Konkursverwaltung über eine allfällige Betriebsfortführung im Konkursverfahren.

a. Provisorischer Entscheid durch die Konkursverwaltung

Aus dem gesetzlich vorgeschriebenen Ablauf des Konkursverfahrens ergibt sich, dass zwischen der Konkurseröffnung und einer möglichen Konsultation der Gläubiger in der Regel einige Wochen oder gar Mona-

¹⁸ Knupp, 18, 87 sowie 103; vgl. Meier, 12.

¹⁹ Knupp, 58 ff.; vgl. Baumgartner, 80 ff.

²⁰ Vgl. Baumgartner, 80.

²¹ Baumgartner, 78 f.; Meier, 11 f.

te vergehen.²² Wird ein von einem konkursiten Unternehmen geführter Betrieb von der Konkursverwaltung im Rahmen der Sicherung und Inventarisierung stillgelegt,²³ so ist eine spätere Wiederaufnahme des vorerst stillgelegten Betriebs aufgrund des bereits eingetretenen Wertverlusts sowie aufgrund der bereits zerstörten Arbeitsplätze im Normalfall ausgeschlossen.²⁴ Der definitive Entscheid der Gläubiger oder der Konkursverwaltung (dazu sogleich) wird somit durch eine Betriebsstillegung zu Beginn des Konkursverfahrens präjudiziert und regelmässig zu spät erfolgen.²⁵

Damit stellt sich die Frage, ob die Konkursverwaltung ab Konkurseröffnung bis zu einem allfälligen Entscheid der Gläubigergesamtheit den Betrieb provisorisch fortführen kann bzw. soll.²⁶

Gemäss Art. 223 Abs. 1 SchKG sind Magazine, Warenlager, Werkstätten, Wirtschaften und dergleichen des Schuldners von der Konkursverwaltung nur zu schliessen und zu versiegeln, falls diese nicht bis zur ersten Gläubigerversammlung unter genügender Aufsicht verwaltet werden können. Eine genügende Aufsicht ist dann gewährleistet, wenn Missbräuche und andere Nachteile für die Konkursmasse ausgeschlossen sind²⁷ und das Vollstreckungssubstrat erhalten bleibt.²⁸ Dies ist naturgemäss bei der Weiterführung des Betriebs durch die Konkursverwaltung der Fall.²⁹ Damit impliziert der Gesetzestext die Zulässigkeit einer sofortigen, provisorischen Betriebsfortführung nach der Konkurseröffnung.

Die Möglichkeit einer provisorischen Betriebsfortführung durch die Konkursverwaltung ergibt sich weiter aus Art. 221 SchKG sowie Art. 240 SchKG i.V.m. Art. 197 SchKG:³⁰ Das Konkursverfahren dient

²² Damit sich die Konkursverwaltung für die Verfahrensart entscheiden kann, muss sie die Inventarisierung der Konkursmasse abgeschlossen haben, was einige Zeit in Anspruch nimmt (*Kren Kostkiewicz, Jolanta/Vock Dominik* (Hrsg.), *Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit.: *SK SchKG-Bearbeiter*in*), *SK SchKG-Schober/Avdyli-Luginbühl*, Art. 231 N 1; *BSK SchKG-Lustenberger/Schenker*, Art. 231 N 4). Sobald sich die Konkursverwaltung für die Durchführung des ordentlichen Verfahrens entschieden hat, macht sie dies nach Art. 232 Abs. 1 SchKG öffentlich bekannt und ruft die Gläubiger dazu auf, ihre Forderungen im Konkursverfahren anzumelden. Gleichzeitig mit diesem Schuldenruf muss die Konkursverwaltung nach Art. 232 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG zu einer ersten Gläubigerversammlung einladen, welche spätestens 20 Tage nach der Bekanntmachung stattfinden muss.

²³ Vgl. oben Ziff. II.A.

²⁴ Vgl. *Baumgartner*, 153 sowie 80 m.w.H.; vgl. *KUKO SchKG-Schober*, Art. 223 N 17; vgl. für das deutsche Recht aus denselben Überlegungen *Beck/Depré-Beck/Pechartscheck*, § 18 N 9; vgl. oben Ziff. II.B.

²⁵ *Meier*, 12.

²⁶ Vgl. *Baumgartner*, 77; vgl. *Knupp*, 17 Fn. 3.

²⁷ *Knupp*, 85.

²⁸ Vgl. *BSK SchKG-Lustenberger/Schenker*, Art. 223 N 1.

²⁹ *KUKO SchKG-Schober*, Art. 223 N 14; *BSK SchKG-Lustenberger/Schenker*, Art. 223 N 3; *Foëx Bénédic/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Chappuis Benoît* (Hrsg.), *Commentaire Romand, Poursuite et Faillite*, 2. Aufl., Basel 2023 (zit.: *CR LP-Bearbeiter*in*), *CR LP-Vouilloz*, Art. 223 N 2 f.; *Knupp*, 84 ff.; vgl. BGer vom 26. März 2010, 5A_106/2010, E. 2.

³⁰ AB GR, PKG 1988, 165, E. 1.

der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger aus der Konkursmasse.³¹ Die Konkursverwaltung hat sämtliche zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen, wobei oberste Richtlinie stets ein möglichst gutes Verwertungsergebnis für die Gläubiger ist.³² Zu Beginn des Konkursverfahrens darf bzw. muss die Konkursverwaltung nach Art. 221 Abs. 1 SchKG die zur Sicherung der Konkursmasse nötigen Massnahmen treffen. Eine sofortige Betriebsfortführung durch die Konkursverwaltung, welche die Masse erhält oder sogar vermehrt, ordnet sich somit vollständig dem Konkurszweck sowie den Interessen der Gläubigergesamtheit unter und liegt im gesetzlichen Rahmen.³³ Auch unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten ist eine provisorische Betriebsfortführung durch die Konkursverwaltung somit zulässig.

Zusammenfassend darf die Konkursverwaltung bis zu einem allfälligen Entscheid der Gläubigergesamtheit den Betrieb provisorisch fortführen.

b. Definitiver Entscheid durch die Gläubigerversammlung oder den Gläubigerausschuss im ordentlichen Konkursverfahren

Die Gläubigerversammlung bildet im (ordentlichen) Konkursverfahren das oberste Willensbildungsorgan der Gläubiger.³⁴ Sie bestimmt innerhalb der Schranken des Gesetzes und für die Konkursverwaltung bindend den Gang des Verfahrens.³⁵ Die Gläubigerversammlung kann zusätzlich und fakultativ nach Art. 237 Abs. 3 SchKG einen Gläubigerausschuss als Hilfs- und Kontrollorgan einsetzen.³⁶

Gemäss Art. 238 Abs. 1 SchKG entscheidet die erste Gläubigerversammlung in freiem Ermessen definitiv über die Betriebsfortführung im Konkurs.³⁷ Setzt die Gläubigerversammlung einen Gläubigerausschuss ein, so hat dieser ohne anderslautenden Beschluss der Gläubigerversammlung nach Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG die abgeleitete Kompetenz,³⁸ anstelle der ersten Gläubigerversammlung über die Fortführung des schuldnerischen Betriebs zu entscheiden.

Der definitive Entscheid über die Betriebsfortführung im Konkurs obliegt im ordentlichen Verfahren somit der Gläubigerversammlung oder dem von der Gläubigerversammlung eingesetzten Gläubigerausschuss. Legt die Konkursverwaltung den Betrieb zu Beginn des Konkursverfahrens still, so präjudiziert bzw. verunmöglicht dies jedoch einen späteren Fortführungsentscheid durch die Gläubiger.³⁹

³¹ Amonn/Walther, § 25 N 3; Kren Kostkiewicz, N 1228; vgl. BSK SchKG-Hunkeler, Art. 197 N 1 f.

³² BSK SchKG-Russenberger/Wohlgemuth, Art. 240 N 7.

³³ Knupp, 93 f.; vgl. AB GR, PKG 1988, 165, E. 1; vgl. Baumgartner, 86; vgl. BSK SchKG-Russenberger/Wohlgemuth, Art. 238 N 4; vgl. CR LP-Jeandin/Fischer, Art. 240 N 6.

³⁴ Kren Kostkiewicz, N 1413; BSK SchKG-Russenberger/Wohlgemuth, Art. 235 N 1.

³⁵ BSK SchKG-Russenberger/Wohlgemuth, Art. 235 N 1.

³⁶ Vgl. Amonn/Walther, § 45 N 15.

³⁷ Vgl. Knupp, 103 m.w.H.; vgl. Baumgartner, 86; vgl. KUKO SchKG-Bürgi, Art. 238 N 3.

³⁸ Kren Kostkiewicz, N 1425; Amonn/Walther, § 45 N 16.

³⁹ Meier, 12.

c. Definitiver Entscheid durch die Konkursverwaltung oder die Gläubiger im summarischen Konkursverfahren

In der Praxis werden die allermeisten Konkursverfahren in der Schweiz nicht im ordentlichen, sondern im summarischen Verfahren abgewickelt.⁴⁰

Im summarischen Konkursverfahren finden gemäss Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG in der Regel keine Gläubigerversammlungen statt. Deren Aufgaben werden in der Regel von der Konkursverwaltung übernommen,⁴¹ wobei diese gemäss Art. 240 SchKG alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen hat.⁴²

Damit ergibt sich aus der Gesetzessystematik: Im ordentlichen Verfahren darf die Gläubigerversammlung definitiv über die Betriebsfortführung entscheiden. Im summarischen Konkursverfahren übernimmt die Konkursverwaltung die Aufgaben der Gläubigerversammlung, und sie muss die Konkursmasse und damit auch allfällig zu einem Betrieb gehörendes Vermögen verwalten. Entsprechend obliegt es im summarischen Konkursverfahren grundsätzlich der Konkursverwaltung, über die Betriebsfortführung zu entscheiden.

Gemäss Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG kann die Konkursverwaltung auch im summarischen Verfahren eine Gläubigerversammlung durchführen oder einen Gläubigerbeschluss auf dem Zirkularweg herbeiführen, wenn aufgrund besonderer Umstände eine Anhörung der Gläubiger als wünschenswert erscheint. Dies gilt insbesondere bei für das Verfahren wichtigen Handlungen, bei Geschäften von grosser Tragweite oder bei Zweifel am zu wählenden Vorgehen seitens der Konkursverwaltung.⁴³ Im (unwahrscheinlichen) Fall, dass die Gläubiger bereits in einem frühen Verfahrenszeitpunkt bekannt sind, wird die Konkursverwaltung über die Betriebsfortführung im summarischen Verfahren einen (Zirkular-) Beschluss der Gläubigergesamtheit einholen. Ansonsten entscheidet die Konkursverwaltung selbstständig.

Der definitive Entscheid über die Betriebsfortführung im Konkurs obliegt im summarischen Verfahren zusammenfassend der Konkursverwaltung oder, falls diese in eigenem Ermessen einen entsprechenden Beschluss fassen lassen kann und will, der Gläubigergesamtheit.

B. Umsetzung der Betriebsfortführung im Konkurs

Wenn sich die Konkursverwaltung oder die Gläubigergesamtheit für die Fortführung des schuldnerischen Betriebs im Konkurs entscheiden,

⁴⁰ Bspw. *Obergericht Zürich*, Rechenschaftsbericht 2021, online verfügbar unter «www.gerichte-zh.ch» → Organisation → Obergericht → Rechenschaftsbericht, Ziff. IV.1.2.3.2, wonach im Kanton Zürich in den Jahren 2017–2021 im Durchschnitt jährlich 837 summarische und nur 3 ordentliche Konkursverfahren eröffnet bzw. durchgeführt werden.

⁴¹ BSK SchKG-*Lustenberger/Schenker*, Art. 231 N 28.

⁴² Vgl. unten Ziff. III.A.2.a.

⁴³ CR LP-*Vouilloz*, Art. 231 N 29; SK SchKG-*Schober/Avdyli-Luginbühl*, Art. 231 N 22; vgl. BSK SchKG-*Lustenberger/Schenker*, Art. 231 N 31.

so ist die Konkursverwaltung gestützt auf Art. 240 SchKG auch für den Vollzug der Betriebsfortführung verantwortlich.⁴⁴ Dabei stellen sich viele Umsetzungsfragen. Dazu sollen nachfolgend insbesondere die Sicherung und Inventarisierung, die Vertragsverhältnisse sowie die Verwertungsmodalitäten genauer beleuchtet werden.

1. Sicherung und Inventarisierung der Konkursmasse bei Betriebsfortführung

Auch im Falle einer Betriebsfortführung muss die Konkursverwaltung i.S.v. Art. 221 SchKG das Inventar im Konkursverfahren über den Gemeinschuldner aufnehmen – von dieser gesetzlichen Pflicht gibt es keine Ausnahme.⁴⁵

Für die Sicherungsmassnahmen existiert hingegen im Gesetz eine spezifische Ausnahmebestimmung für den Fall der Betriebsfortführung: Gemäss Art. 223 Abs. 1 SchKG müssen die Geschäftsräumlichkeiten des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung nicht versiegelt werden, wenn sie unter genügender Aufsicht bis zur ersten Gläubigerversammlung verwaltet werden können, was insbesondere bei einer Weiterführung des Betriebes durch die Konkursverwaltung der Fall ist.⁴⁶

Zur Gewährleistung einer genügenden Aufsicht kann je nach Verhältnissen beispielsweise das Konkursamt selbst oder eine dazu beigezogene Hilfsperson die Betriebsfortführung vor Ort vollziehen und überwachen.⁴⁷ Alternativ können dafür auch vertrauenswürdige ehemalige Arbeitnehmer des Gemeinschuldners⁴⁸ oder ein Wachdienst⁴⁹ eingesetzt werden.

In der Praxis sollte die Konkursverwaltung somit im Hinblick auf eine mögliche Betriebsfortführung möglichst sofort nach Konkurseröffnung das Inventar aufnehmen (lassen) und dabei zur Beschleunigung des Vorgangs falls möglich auf bestehende Inventarlisten abstellen.⁵⁰ Zudem muss die Konkursverwaltung beim Vollzug der Betriebsfortführung den schuldnerischen Betrieb und dessen Vollstreckungssubstrat vor Ort überwachen (lassen) – dies ist nicht nur im Sinne einer Sicherungsmassnahme nützlich, sondern auch für den Abschluss und die Weiterführung von Vertragsverhältnissen.

2. Weiterführen von Vertragsverhältnissen gemäss Art. 211 f. SchKG

Wird ein Betrieb im Konkurs durch die Konkursverwaltung fortgeführt, so müssen je nach Einzelfallkonstellation unter anderem Mitarbeiter*innen weiterbeschäftigt, Geschäftsräume gemietet, Roh-

⁴⁴ Baumgartner, 89; BSK SchKG-Russenberger/Wohlgemuth, Art. 240 N 14.

⁴⁵ Vgl. KUKO SchKG-Schober, Art. 223 N 14.

⁴⁶ KUKO SchKG-Schober, Art. 223 N 13.

⁴⁷ Knupp, 85; vgl. Meier, 12.

⁴⁸ Jaeger Carl, Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Zürich 1911, Art. 223 N 2; vgl. Beck/Depré-Holzer, § 9 N 28; vgl. Knupp, 85.

⁴⁹ Beck/Depré-Holzer, § 9 N 28.

⁵⁰ Vgl. KUKO SchKG-Schober, Art. 223 N 14.

materialien eingekauft, Maschinen betrieben und gewartet, Aufträge erfüllt und Waren verkauft werden. Entsprechend ist besonders relevant, wie die Konkursverwaltung bei einer Betriebsfortführung die bestehenden Verträge weiterführen kann und wie daraus entstehende Gläubigerforderungen zu befriedigen sind. Diese Möglichkeiten werden nachfolgend dargestellt.

Das materielle Schweizer Recht sieht grundsätzlich keine automatische Vertragsauflösung im Konkurs vor,⁵¹ weshalb im Konkurs oftmals zweiseitige, nur teilweise erfüllte Verträge bestehen. In solchen Konstellationen hat die Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG sowie Art. 211a Abs. 2 SchKG das gemeinhin als Vertragseintrittsrecht bezeichnete Wahlrecht, noch nicht oder erst teilweise erfüllte Verträge anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen.⁵² Tritt die Konkursverwaltung 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 Konkurseröffnung als Masseverbindlichkeit zu erbringen.⁵³

In Bezug auf die Betriebsfortführung im Konkurs ist das Vertragseintrittsrecht höchst relevant, da die Konkursverwaltung gestützt darauf in bestehende Verträge mit Arbeitnehmenden, Lieferant*innen oder Kund*innen eintreten und solche Vertragsverhältnisse gezielt weiterführen darf, wodurch die für den Betrieb notwendigen Arbeitnehmenden weiterbeschäftigt, die erforderlichen Rohmaterialien und Warenvorräte bestellt, die bestehenden schuldnerischen Aufträge erfüllt und die erbrachten Leistungen verrechnet werden können.⁵⁴

Für den Weiterbetrieb kann die Konkursverwaltung zusätzlich auch neue Verträge abschliessen, wobei die daraus entstehende Forderungen ebenfalls als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren sind.⁵⁵ Die Konkursverwaltung hat entsprechend auch diese Forderungen vorab zu begleichen. Damit die entstehenden Masseverbindlichkeiten zeitnah getilgt werden können, müssen in der Konkursmasse genügend freie Aktiven vorhanden sein.

Da den Massegläubigern für ihre Forderungen nach Art. 206 Abs. 2 SchKG auch im Konkurs der Betreuungsweg gegen den Schuldner offen steht, haben die Vertragspartner*innen der Konkursverwaltung jederzeit Gewissheit, dass die Forderungen aus nach Konkurseröffnung geschlossenen Vereinbarungen oder aus Verträgen, in welche die Konkursverwaltung eintritt, vorab aus der Konkursmasse bezahlt werden. Es ist deshalb

⁵¹ BSK SchKG-Fischer, Art. 211 N 11 m.w.H.

⁵² BGE 107 III 106, E. 3c; Amonn/Walther, § 42 N 35; KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211 N 2.

⁵³ KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211 N 6; Amonn/Walther, § 42 N 36.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Vgl. BGER vom 19. Februar 2009, 2C_792/2008, E. 3.2; Kren Kostkiewicz, N 1274; Amonn/Walther, § 42 N 6.

nicht zu erwarten, dass die Geschäftspartner*innen ihre Geschäftsbeziehungen zum konkursiten Unternehmen bei einer Betriebsfortführung im Konkurs aufgeben, sofern die Konkursverwaltung das Thema «Masseverbindlichkeiten» proaktiv und klar kommuniziert.

Zusammenfassend sind das Recht zum Vertragseintritt sowie das Recht zum Abschluss neuer Verträge für die Konkursverwaltung die wichtigsten Handlungsinstrumente, um eine Betriebsfortführung im Konkurs zu vollziehen. Aus der Fortführung entstehende Forderungen müssen von der Konkursverwaltung in jedem Fall vorab aus der Konkursmasse bezahlt werden, was ein gewisses Mass an freien Aktiven voraussetzt.

3. Beendigung der Betriebsfortführung

Wenn der Betrieb im Konkursverfahren fortgeführt wird, stellt sich die Frage, wie die Betriebsfortführung beendet werden soll.

a. Geordnete Betriebsstilllegung

Die Betriebsfortführung im Konkurs kann mit einer geordneten Betriebsstilllegung beendet werden. Die Betriebsfortführung dient in diesem Fall häufig dazu, eine langsamere und weniger zerschlagende Liquidation vorzunehmen.⁵⁶

Während der Betriebsfortführung mit dem Ziel einer geordneten Betriebsstilllegung können beispielsweise spezifische lohnenswerte Aufträge fertig ausgeführt oder (insbesondere verderbliche oder starkem Wertzerfall ausgesetzte) Waren- und Lagerbestände verkauft werden, wobei das entsprechende Entgelt in die Konkursmasse fließt.

Eine solche Betriebsführung kann beispielsweise im Hinblick auf einen höheren Verwertungserlös für die Aktiven, im Hinblick auf eine erfolgreiche Beschwerde gegen die Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner oder auch im Hinblick auf einen späteren Verkauf des Betriebs bzw. dessen Aktiven (dazu sogleich) lohnenswert sein.

Im Folgenden werden einzelne Beispiele skizziert, in welchen sich eine Fortführung des Betriebs im Hinblick auf dessen geordnete Stilllegung anbieten könnte:

- Konkurs einer Fensterfabrik: Der Gemeinschuldner verfügt über sämtliche Maschinen zur Fertigung von Fenstern, und es bestehen noch diverse Aufträge, für welche die Rohmaterialien bereits eingekauft wurden. Im Rahmen einer Betriebsfortführung werden die lohnenswerten Aufträge mit einer reduzierten Belegschaft produziert und gegen Vorkasse an die Kund*innen ausgeliefert, wobei der Erlös in die Konkursmasse fließt. Später wird der Betrieb stillgelegt, und es müssen nur noch wenige Rohmaterialien sowie die Maschinen durch die Konkursverwaltung verwertet werden.

⁵⁶ Knupp, 5 f., bezeichnet diese Vorgehensweise als «Sicherungsweiterführung», da die für die Gläubigerbefriedigung ungünstige Betriebszerschlagung damit aufgeschoben und der Liquidationswert vorübergehend gesichert wird.

- Konkurs eines Bekleidungsgeschäfts: Der Gemeinschuldner verfügt über mehrere Verkaufsgeschäfte und über diverse Waren, worunter sich viele Saisonartikel (z. B. Bade- oder Skimode) befinden. Im Rahmen einer Betriebsfortführung werden die an Lager befindlichen Waren in den Geschäften mit Rabatten an Endkund*innen verkauft, wobei der Erlös in die Konkursmasse fliesst. Später wird der Betrieb stillgelegt, und es müssen nur noch vereinzelte Waren durch die Konkursverwaltung verwertet werden.
- Konkurs einer Bauunternehmung: Der Gemeinschuldner verfügt über Maschinen, Material sowie über fortgeschrittene Werkverträge, für welche diverse Waren (z. B. Beton, Backsteine, Armierungen) und Dittleistungen (Akkordmaurer, Schalungen, Kran) bestellt und teilweise bereits bezahlt wurden. Im Rahmen einer Betriebsfortführung werden die rentablen Werkverträge gegen Vorkasse der Bauherrschaft fertig ausgeführt, wobei der Erlös in die Konkursmasse fliesst. Später wird der Betrieb stillgelegt, und die die Konkursverwaltung muss nur noch die Maschinen sowie vereinzeltes Material verwerten.
- Konkurs einer Bäckerei: Der Gemeinschuldner verfügt über eine zentrale Produktionsstätte für Backwaren mit einem grossen Lebensmittellager und zudem über eine Handvoll Filialen. Im Rahmen einer Betriebsfortführung werden mit einer reduzierten Belegschaft hauptsächlich unter Verwendung des bestehenden Materiallagers letzte Backwaren produziert und in den Filialen verkauft, wobei der Erlös in die Konkursmasse fliesst. So muss die Konkursverwaltung die verderblichen Lebensmittel nicht unter Druck verwerten und kann den Betrieb stilllegen.

b. Verkauf des Betriebs oder eines Betriebsteils

Die Betriebsfortführung im Konkurs kann mit einem Verkauf des gesunden Betriebs oder eines gesunden Betriebsteils abgeschlossen werden – ähnlich wie bei einem «prepack» in der Nachlassstundung.⁵⁷ Die Betriebsfortführung dient dabei primär dazu, den Betrieb bzw. dessen Aktiven und Passiven sowie dessen Know-how temporär zu sichern und zu erhalten, um den Betrieb oder einen Betriebsteil später als Einheit zu verkaufen.

Grundsätzlich müssen die Aktiven im Konkursverfahren durch die Konkursverwaltung zwar gemäss dem Versilberungsprinzip einzeln verkauft werden.⁵⁸ Allerdings ist es zulässig, dass die Konkursverwaltung das vollständige Aktivvermögen des Unternehmens mittels Freihand-

⁵⁷ *Knupp*, 8 f., bezeichnet diese Vorgehensweise als «kommerzielle Unternehmensweiterführung», da der nachhaltige Erhalt des Betriebs als Einheit und damit der Fortführungswert erhalten bleibt; vgl. zum «prepack» z. B.: *Vandebroek Jos/Hunkeler Daniel*, Übertragende Sanierung unter neuem Sanierungsrecht: Erste Erfahrungen mit «Prepacks», in: SJZ 113/2017, 389 ff.

⁵⁸ *Kren Kostkiewicz*, N 1474; *Amonn/Walther*, § 26 N 16 sowie § 47 N 14; vgl. *Baumgartner*, 168 f.

verkauf gemäss Art. 256 Abs. 1 SchKG durch einen einzigen, sämtliche Vermögenswerte umfassenden Kaufvertrag veräussert.⁵⁹

Gemäss der Praxis der Aufsichtsbehörden stellt ein solcher Betriebsverkauf im Konkurs zur Sicherung des Fortführungswerts aufgrund seiner Dringlichkeit häufig einen (wirtschaftlichen) Notverkauf i.S.v. Art. 243 Abs. 2 SchKG dar, welchen die Konkursverwaltung in eigener Kompetenz vornehmen kann. So hat beispielsweise die Aufsichtsbehörde Basel-Stadt entschieden, dass die Konkursverwaltung noch vor der ersten Gläubigerversammlung mittels Notverkauf ein Warenlager gesamthaft und freihändig an eine Auffanggesellschaft verkaufen darf, um eine nahtlose Betriebsfortführung zu ermöglichen, wenn in der ordentlichen Zwangsverwertung ein weit geringerer Nettoerlös erwartet wird.⁶⁰ Falls ein Käufer noch bestehende Geschäftsbeziehungen nutzen kann oder Warenlager samt Mieträumlichkeiten oder Arbeitsverhältnisse übernehmen will (wodurch gleichzeitig u.a. privilegierte Forderungen abgewendet werden können), so kann der Betrieb oder ein Betriebsteil im Konkurs mittels Notverkauf veräussert werden.⁶¹

Nach dem Gesagten besteht im Schweizer Konkursverfahren die Möglichkeit, einen im Konkurs fortgeführten Betrieb bzw. dessen gesamtes Aktivvermögen im Sinne eines Notverkaufs gemäss Art. 243 Abs. 2 SchKG ohne Verzug gesamthaft zu veräussern und damit einen Betriebsverkauf im Konkurs vorzunehmen. Ist der Betrieb des Gemeinschuldners oder ein Teil davon überlebensfähig und existieren bereits zu Beginn des Konkursverfahrens mögliche Käufer, so kann die Konkursverwaltung diesen vorübergehend fortführen und verkaufen. Damit kann der Weiterbestand des gesunden Betriebs(teils) gesichert und gleichzeitig die Betriebsfortführung im Konkursverfahren beendet werden.

IV. Schema für die Prüfung der Betriebsfortführung im Einzelfall

Die soeben gewonnenen Erkenntnisse werden im Folgenden in ein Schema verarbeitet. Dieses soll der Konkursverwaltung im konkreten Einzelfall eine Hilfestellung zur Prüfung der Betriebsfortführung sein.

Dabei werden die für eine Betriebsfortführung notwendigen Voraussetzungen jeweils als Frage formuliert und mit praxisnahen Hinweisen versehen. Nur wenn alle sechs Fragen mit «Ja» beantwortet werden, wird eine Betriebsfortführung im Konkurs empfohlen.

⁵⁹ Baumgartner, 166 ff.; vgl. Gaud Gérard/Oberson Anne, La faillite de la personne physique – Les abus de la procédure de faillite, in: JdT 2018 II, 30 ff., 35 m.w.H.; vgl. BSK SchKG-Bürgi, Art. 256 N 47; vgl. Vischer Markus, Unternehmenserwerb aus dem Konkurs, in: SZW 3/2002, 151 ff., 153 ff.

⁶⁰ AB BS vom 17. Juni 1994, in: BISchK 1995, 22 ff.

⁶¹ BGE 131 III 280, E. 2.1; BGer 5A_27/2013 vom 22. März 2013, E. 4; AB BS vom 17. Juni 1994, in: BISchK 1995, 22 ff.; AB SG vom 22. November 1999, in: BISchK 2000, 66 f.; BSK SchKG-Russenberger/Wohlgemuth, Art. 243 N 9 f. m.w.H.

1. Führt der Gemeinschuldner einen Betrieb?

Ein Unternehmen verfolgt mit einem **Betrieb** eine selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit.⁶²

Falls der Gemeinschuldner beispielsweise ein Restaurant, eine Bau-firma, eine Handelsunternehmung, ein Verkaufsgeschäft oder eine Pro-duktionsstätte von Gütern betreibt, so liegt unzweifelhaft ein Betrieb vor.

2. Bestehen positive wirtschaftliche Aussichten?

Die wichtigsten Indikatoren für positive wirtschaftliche Aussichten sind der **Auftrags-** und der **Waren- bzw. Lagerbestand**.⁶³

In der Praxis ist deshalb insbesondere die Abklärung über allfällig **noch nicht beendete Aufträge** zentral.⁶⁴ Nur wenn am Markt ein Pro-dukt verkauft oder eine Dienstleistung gegen Entgelt angeboten werden kann, kann überhaupt ein Erlös erzielt werden.

Führt die Konkursverwaltung i.S.v. Art. 211 f. SchKG Vertragsverhält-nisse betreffend noch nicht ausgeführte Aufträge (teilweise) weiter,⁶⁵ so sollten zur Minimierung des Inkassorisikos und zur Deckung der anfal-lenden Masseverbindlichkeiten falls immer möglich nur gegen **Vorkasse** Leistungen erbracht werden.

Positive wirtschaftliche Aussichten können zudem bestehen, wenn **mögliche Käufer** an der Übernahme des Betriebs oder eines Betriebs-teils interessiert sind.

3. Bestehen genügend freie Aktiven?

Führt die Konkursverwaltung den Betrieb des Gemeinschuldners fort, so müssen Mitarbeitende weiterbeschäftigt, Geschäftsräume gemietet, Rohmaterialien eingekauft, Maschinen betrieben und gewartet, Aufträ-ge erfüllt oder Waren verkauft werden.

Zudem müssen allenfalls Hilfspersonen oder Sachverständige beige-zogen werden oder – da viele Versicherungen mit der Konkurseröffnung erlöschen⁶⁶ – Versicherungen für den fortgeführten Betrieb abgeschlos-sen werden. Durch all diese Handlungen seitens der Konkursverwaltung entstehen **Masseverbindlichkeiten**.⁶⁷

Dazu ist in der Konkursmasse ein individueller, sich am Umfang der voraussichtlichen Masseverbindlichkeiten orientierender Bedarf an **so-fort verfügbaren finanziellen Mitteln** notwendig.

4. Wird die Konkursmasse vermehrt oder mindestens erhalten?

Die **bestmögliche Gläubigerbefriedigung** ist auch bei einer Betriebs-fortführung im Konkurs die oberste Leitlinie.⁶⁸

⁶² Statt vieler: Peter Jung, in: Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, § 4 N 3.

⁶³ Knupp, 62 f.

⁶⁴ Vgl. Gaud/Oberson, 35, welche zurecht die Abklärung über sämtliche laufenden Verträge ansprechen.

⁶⁵ Vgl. oben Ziff. III.B.2.

⁶⁶ KUKO SchKG-Schober, Art. 223 N 15.

⁶⁷ Vgl. oben Ziff. III.B.2.

⁶⁸ Vgl. oben Ziff. III.A.2.a.

Entsprechend folgt unter diesem Punkt die grosse und alles entscheidende **Kalkulation**: Wie ist der Stand der Konkursmasse zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung? Und wie hoch wäre ebendieser Stand nach einer Betriebsfortführung?

Bei dieser Einnahmen-Ausgaben-Rechnung müssen verschiedene Faktoren berechnet oder abgeschätzt werden: Der mögliche Erlös aus dem Verkauf von Waren oder dem Erbringen von Dienstleistungen, der dafür notwendige Waren- und Personalaufwand, der Aufwand für allfällige Mieträume, der Aufwand für betriebsnotwendige Dritteleistungen (Strom, Wasser, ICT, Mobiliar, Maschinen, Versicherungen) sowie die entstehenden Verfahrenskosten (Konkursverwaltung, Hilfsperson, Sachverständige).

Resultiert aus der Gegenüberstellung von geschätztem Ertrag und geschätztem Aufwand ein Überschuss zugunsten der Konkursmasse, so werden die Gläubiger mit der Betriebsfortführung mutmasslich besser gestellt als bei einer Betriebsstillegung.

5. Verfügt die Konkursverwaltung über die für eine Betriebsfortführung notwendigen Qualifikationen, oder kann sie diese sicherstellen?

Der Vollzug einer Betriebsfortführung im Konkurs erfordert gewisse **personelle Kapazitäten** sowie **rechtliche und wirtschaftliche Kenntnisse** seitens der Konkursverwaltung.⁶⁹

Diese Voraussetzungen sind abhängig von der Grösse des fortzuführenden Betriebs. In komplexen Fällen kann der Beizug einer spezialisierten Hilfsperson, eines Sachverständigen oder (später im Konkursverfahren) einer ausseramtlichen Konkursverwaltung Abhilfe schaffen und dennoch eine Betriebsfortführung ermöglichen.

6. Sind die Mitarbeit der bisherigen Belegschaft und das Know-how für eine Betriebsfortführung verfügbar?

Die Konkursverwaltung ist gerade zu Beginn einer Betriebsfortführung auf Informationen über die Unternehmung sowie über die Arbeits- und Produktionsabläufe angewiesen. Über diese Informationen verfügen oftmals nur der Gemeinschuldner⁷⁰ oder bisherige Angestellte.⁷¹

Die bisherigen Angestellten im schuldnerischen Betrieb werden ohne Eintritt durch die Konkursverwaltung in den Arbeitsvertrag i.S.v. Art. 211a SchKG häufig freigestellt und müssen sich im Hinblick auf den Erhalt von Arbeitslosentgeldern zeitnah um eine neue Stelle bewerben.⁷²

Entsprechend muss die Konkursverwaltung schnellstmöglich in Erfahrung bringen, welche **Schlüsselpersonen für eine Betriebsfortführung** und die Fertigstellung der bestehenden, noch nicht erfüllten Aufträge konkret benötigt werden (z.B. CFO, Verkaufs- oder Produk-

⁶⁹ Baumgartner, 78 f.; Meier, 11 f.

⁷⁰ Vgl. Gaud/Oberson, 35; vgl. BSK SchKG-Lustenberger/Schenker, Art. 229 N 3.

⁷¹ Knupp, 69 f.

⁷² Ianni Sara, Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts, Diss., Zürich/St. Gallen 2014, 19 m.w.H. sowie 54 ff.

tionsleitende, Verkäufer*in, Handwerker*in etc.). Zudem ist abzuklären, ob diese Personen für eine Weiterbeschäftigung mittels der Konkursmasse verfügbar sind.

Das eben dargelegte Schema erhebt keinesfalls Anspruch auf Vollständigkeit – der Entscheid über eine Betriebsfortführung ist immer eine wirtschaftliche und rechtliche Einzelfallentscheidung anhand sämtlicher konkreter Umstände. Immerhin: Werden die eben genannten sechs Fragen allesamt mit «Ja» beantwortet, so dürften in der Regel die Voraussetzungen für eine Betriebsfortführung vorliegen und die Fortführung darüber hinaus zu einer besseren Gläubigerbefriedigung führen als eine Betriebsstillegung.

V. Wichtigste Tipps beim Vollzug einer Betriebsfortführung

Obwohl die Konkursverwaltung bei einer Betriebsfortführung immer wieder auf die Spezialitäten des konkreten Einzelfalls eingehen muss, gibt es nach der Erfahrung des Autors dennoch bewährte generelle Erkenntnisse bzw. Tipps aus der Praxis, welche bei jeder Betriebsfortführung zu Anwendung kommen können.

- **Schnell entscheiden:** Über eine Betriebsfortführung und die darin auftretenden Fragen sollte möglichst rasch entschieden werden – nichts ist schlimmer für die Beteiligten (Gemeinschuldner, Gläubiger*innen, Mitarbeitende, Geschäftspartner*innen) als Unsicherheit über die nächsten Schritte. Entsprechend sollten auch die für die jeweiligen Entscheidungen notwendigen Informationen möglichst rasch beschafft werden (insbesondere Informationen über lohnenswerte Aufträge oder Anfrage der dafür benötigten früheren Mitarbeitenden).
- **Bildung eines Kern-Teams:** Beim Vollzug der Betriebsfortführung sollte möglichst rasch nach Konkurseröffnung ein «Kern-Team» aus Schlüsselpersonen, insbesondere bestehend aus Konkursverwaltung sowie wichtigen Personen im schuldnerischen Betrieb (z.B. CEO, CFO, Produktionsleitende), gebildet werden. Das Kern-Team kann von der Konkursverwaltung als Hilfsperson bei der Beschaffung von Informationen, bei der Anfrage von früheren Mitarbeitenden für Arbeitsaufträge, im Kundenkontakt sowie bei der Leitung des Tagesgeschäfts (z.B. der Produktion) eingesetzt werden. Die Mitglieder des Kern-Teams können dabei von der Konkursverwaltung auch bevollmächtigt und mit Entscheidkompetenzen ausgestattet werden. Wichtig ist, dass sich das Kern-Team insbesondere in der Anfangsphase der Betriebsfortführung täglich trifft und koordiniert.
- **Kommunikation:** Besonders wichtig bei einer Betriebsfortführung im Konkurs ist auch eine transparente und proaktive Kommunikation mit den verschiedenen Beteiligten (z.B. rund um die Themen «Vertragseintritt» und «Masseverbindlichkeiten»). Diese läuft idealerweise über Personen aus dem Kern-Team, welche die Mitarbeitenden und auch die Kund*innen sowie

Geschäftspartner*innen persönlich kennen. Für die Kommunikation mit den Medien und der Öffentlichkeit kann sich in grösseren Verfahren der Beizug eines/einer Mediensprecher*in oder eines/einer Kommunikationsberater*in empfehlen. Diese Person wäre ebenfalls in das Kern-Team aufzunehmen, damit sie über die nötigen Informationen verfügt.

VI. Fazit

Ein vom Gemeinschuldner geführter Betrieb wird im Konkursverfahren nach Schweizer Recht in der Regel stillgelegt. Dies führt wirtschaftlich zu einem Wertverlust und dazu, dass in der späteren Verwertung nicht mehr der Fortführungswert, sondern nur noch der häufig weit darunter liegende Zerschlagungs- bzw. Liquidationswert erzielt werden kann.

Aus dem SchKG ergibt sich jedoch, dass eine Betriebsfortführung im Konkurs und damit verbunden der Erhalt des Fortführungswerts möglich ist und sich die Konkursgläubiger bzw. die Konkursverwaltung zur Fortführung des schuldnerischen Betriebs entscheiden können.

Voraussetzungen für eine Betriebsfortführung im Konkurs sind insbesondere genügend freie Aktiven, positive wirtschaftliche Aussichten, die Erhaltung und im Idealfall die Vermehrung der Konkursmasse sowie die Verfügbarkeit bisheriger Arbeitskräfte und deren Know-how. Der Vollzug der Betriebsfortführung erfolgt gestützt auf Art. 240 SchKG durch die Konkursverwaltung.

Beim eigentlichen Vollzug der Betriebsfortführung ist seitens Konkursverwaltung das Inventar möglichst schnell und unkompliziert aufzunehmen und auf die Siegelung als Sicherungsmassnahme zu verzichten. Um den Betrieb aufrechtzuerhalten und die damit zusammenhängenden Geschäfte wie z.B. Wareneinkauf, Lohnzahlungen oder Verkäufe zu tätigen, muss die Konkursverwaltung regelmässig i.S.v. Art. 211 f. SchKG in nicht erfüllte Verträge eintreten und zudem neue Verträge abschliessen, wodurch vorab zu deckende Masseverbindlichkeiten entstehen. Weiter empfiehlt sich, dass die Konkursverwaltung sämtliche mit der Betriebsfortführung zusammenhängenden Entscheide zeitnah fällt und sich dabei mit den Beteiligten und insbesondere mit einem zu bildenden Kern-Team aus Schlüsselpersonen des schuldnerischen Betriebs koordiniert. Schliesslich ist auch auf eine proaktive Kommunikation mit den verschiedenen Verfahrensbeteiligten zu achten.

Erfolgt eine Betriebsfortführung im Konkurs, so kann die Konkursverwaltung dabei den Betrieb geordnet stilllegen oder den fortgeführten Betrieb bzw. dessen gesamtes Aktivvermögen im Sinne eines Betriebsverkaufs mittels Freihandverkauf und in vielen Fällen sogar mittels Notverkauf i.S.v. Art. 243 Abs. 2 SchKG veräussern.

Eine Betriebsfortführung im schweizerischen Konkursverfahren ist damit möglich. Das Konkursrecht stellt dazu verschiedene Instrumente zur Verfügung. Es kann sich im Lichte der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung – gerade in grösseren Konkursverfahren – für die Gläubiger

lohnern, eine Betriebsfortführung zu vollziehen. Entsprechend werden die Schweizer Konkursämter ermutigt, die Betriebsfortführung im Konkurs vermehrt zu prüfen. Der Autor hofft, dies mit dem erarbeiteten Schema in der Praxis zu erleichtern.