

Urs Stöckli

Die Sicherungsweiterführung eines Betriebes im Konkurs aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Einleitung

Durch die gerichtliche Eröffnung des Konkurses wird der Weg zur Durchführung der Generalexekution im Konkursverfahren frei gegeben. Aufgabe dieses Verfahrens ist es, die Aktiven des Schuldners in einem Inventar und die Passiven im Kollokationsplan zu erfassen. Die Aktiven werden daraufhin verwertet und der Erlös unter den Gläubigern entsprechend den Regeln im Kollokationsplan verteilt. Aufgabe der Konkursverwaltung ist es, den Gläubigerinteressen maximale Beachtung zu schenken. Andere Interessen, z.B. volkswirtschaftlicher Art oder Interessen der Arbeitnehmer bleiben dabei sekundär.

Bei der Liquidation der Aktiven wird das Unternehmen nicht mehr als Einheit behandelt. Die inventarisierten Vermögenswerte werden vielmehr einzeln zum sog. Liquidationswert veräussert. In aller Regel liegt der Erlös aus dieser unter einem gewissen zeitlichen Druck erfolgten Veräusserung mehr oder weniger deutlich unter dem Buchwert (bzw. Fortführungswert) der einzelnen Aktiven, was dazu führt, dass die Forderungen der Gläubiger selten zu hundert Prozent befriedigt werden können. Zudem lassen sich auch die immateriellen Werte, wie der Goodwill, auf diese Weise nur in Ausnahmefällen verwerten.

Oftmals sind im Konkursfall auch erhebliche Mengen an Rohmaterialien und Halbfabrikaten am Lager, deren Liquidationswert in keinem Verhältnis zum Erlös für die Fertigfabrikate steht.

Aus Sicht der Gläubiger kann somit die Frage gestellt werden, ob eine – zeitlich limitierte – Weiterführung der Unternehmung gegenüber der Veräusserung der Einzelteile nicht gewichtige Vorteile hätte.

Die Frage der temporären Betriebsweiterführung durch die Konkursverwaltung könnte schliesslich auch im Hinblick auf den kürzlichen Bundesgerichtsentscheid zu Art. 333 OR neue Aktualität gewinnen. In seinem Entscheid hat das Bundesgericht unmissverständlich festgehalten, dass bei Betriebsübernahmen aus der Konkursmasse keine zusätzliche Solidarhaftung des neuen Arbeitgebers für bereits bestehende Forderungen der Arbeitnehmer existiere.¹

Grundsätzlich lassen sich drei Formen der Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung unterscheiden:²

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

Nachfolgend wird nur auf diese dritte Möglichkeit detaillierter eingegangen.

Voraussetzungen für die Weiterführung

Nach übereinstimmender Auffassung von Lehre und Praxis liegt der Entscheid über die Betriebsfortführung beim Konkursamt, da der Beschluss der ersten Gläubigerversammlung, die hierfür an sich zuständig ist³, in aller Regel zu spät kommt.⁴



Urs Stöckli
dipl. Wirtschaftsprüfer,
Partner Transliq AG

¹ STÖCKLI KURT: Neues vom Bundesgericht zum Art. 333 OR in Der Schweizer Treuhänder 9/2003 S. 761

² MEIER ISAAK Prof. Dr.: Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung in Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, Heft 1 – 2003, S. 4

³ BGE 95 III 25

⁴ MEIER, S. 12

Tabelle 1 – Entscheid zur Weiterführung

- ✓ Kann ein positiver Cashflow erarbeitet werden oder liegt eine Defizitgarantie vor?
- ✓ Sind die Risiken der Betriebsweiterführung bekannt und tragbar?
- ✓ Kann die Liquidität für die Weiterführung sichergestellt werden?
- ✓ Gibt es vertrauenswürdige leitende Mitarbeiter, die für die Weiterführung vor Ort in Frage kommen?
- ✓ Stehen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für die Weiterführung zur Verfügung?
- ✓ Stehen die Hauptgläubiger einem solchen Vorhaben positiv gegenüber?
- ✓ Können die betriebsnotwendigen Verträge (Miet-, Leasingverträge) weitergeführt werden?

Beim Entscheid für oder gegen die Weiterführung des Betriebes handelt es sich stets um einen äusserst risikoreichen Ermessensentscheid, der zudem fast immer unter hohem Zeitdruck zu fällen ist.

Das Konkursamt hat sich – wie oben bereits erwähnt – bei seinem Entscheid in erster Linie an den Gläubigerinteressen zu orientieren. Als Grundvoraussetzung für eine Betriebsweiterführung müssen gewisse betriebswirtschaftliche Kriterien erfüllt sein. Als eine Art Checklist bei der Entscheidungsfindung können die in Tabelle 1 zusammengestellten Fragen dienen. Nur wenn alle Fragen mit «ja» beantwortet werden können, sollte unseres Erachtens die Weiterführung in Betracht gezogen werden.

Auf einige der in Tabelle 1 aufgeführten Fragen soll nachstehend näher eingegangen werden:

- Gewinnarbeit oder Defizitgarantie
Die Betriebsweiterführung darf die Gläubiger nicht schlechter stellen als bei einer sofortigen Liquidation. Das bedingt, dass entweder ein interessierter Gläubiger eine Defizitgarantie abgibt oder dass mit grosser Wahrscheinlichkeit ein positiver Cashflow erwirtschaftet werden kann.

Eine Defizitgarantie ist in der Praxis oft im Hotelbereich anzutreffen, indem in der Regel der Hypothekargläubiger ein

Interesse an der Weiterführung des Hotelbetriebes hat, da dadurch der Wert seines Pfandes höher einzustufen ist als bei der Schliessung des Betriebes.

In den anderen Fällen muss eine mehr oder weniger detaillierte Budgetierung einen Überschuss aus der Betriebstätigkeit aufzeigen. Dabei stehen die Ausgaben und Einnahmen, also die Geldflüsse im Vordergrund. Abschreibungen und Rückstellungen spielen in dieser – zeitlich limitierten – Phase eine untergeordnete Rolle.

Bei Produktionsbetrieben ist auch Kontakt mit den wichtigsten Abnehmern aufzunehmen, um sicherzustellen, dass die noch zu verarbeitenden Halbfabrikate tatsächlich zu kostendeckenden Preisen verkauft werden können. Dabei ist zu beachten, dass mit dem Konkurs auch die Kalkulation der Produkte auf eine neue Basis gestellt werden kann. Im Gegensatz zum ordentlichen Betriebsgeschehen, das in seiner Kalkulation grundsätzlich das Vollkostenprinzip zu berücksichtigen hat, kann in dieser Phase auf das Grenzkostenprinzip gewechselt werden. D.h. es müssen nur noch die variablen, in der Zeit nach Konkurseröffnung anfallenden Kosten gedeckt werden. Der Konkurs bietet zudem die im normalen Betriebsablauf äusserst seltene Möglichkeit zur Variabilisierung vieler fixer Kosten, da z.B. die Möglichkeit besteht,

nach der Konkurseröffnung nur noch diejenigen Verträge neu auszuhandeln, die für die Weiterproduktion unmittelbar benötigt werden. Damit kann durchaus erreicht werden, dass ein bisher unrentables Produkt nun doch noch mit einer Gewinnmarge abgesetzt werden kann.

– Liquidität

Dies dürfte in der Praxis eines der wichtigsten Kriterien für oder gegen die Weiterführung sein, da oftmals gerade die mangelnde Liquidität einer der Hauptgründe für die Konkurseröffnung ist. Das Problem wird noch zusätzlich verschärft durch die Tatsache, dass Lieferanten in einer solchen Phase zu Vorauszahlungen tendieren, obwohl ihre Forderungen in diesem Fall eine Massenschuld darstellen und somit privilegiert behandelt würden. Mögliche Lösungen wären z.B.:

- mit den Abnehmern werden Vorauszahlungen oder Direktzahlungen bei Lieferung vereinbart
- Roh- und Verbrauchsmaterialeinkäufe erfolgen durch den Kunden
- Factoring (Bevorschussung der Debitorenforderungen, Übernahme des Delkredere-Risikos etc.)
- Massakredit durch eine Bank

– Mitarbeiter

Ohne die Bereitschaft der MitarbeiterInnen und einzelner Führungskräfte kann in aller Regel ein Betrieb nicht weitergeführt werden, auch nicht auf stark reduzierter Basis. Für die Konkursverwaltung und die beigezogenen Hilfspersonen reicht die vorhandene Zeit nicht aus, sich die notwendigen Branchenkenntnisse anzueignen und die unternehmungstypischen Abläufe kennen zu lernen. Es ist deshalb eine unbedingte Voraussetzung für die Betriebsweiterführung, dass eine minimale Crew an bisherigen MitarbeiterInnen des Betriebes weiterhin beschäftigt werden können.

Tabelle 2 – betriebswirtschaftliche Aspekte

- √ Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses
 - Kündigung der alten Verträge
 - Abschluss neuer Verträge mit angepasstem Beschäftigungsgrad und neuer Kündigungsfrist
- √ Pensionskassenlösung
- √ Miet- und Leasingverträge
 - Nichteintritt erklären
 - Abschluss neuer Verträge in angepasstem Umfang
- √ Reduktion betrieblicher Risiken durch vertragliche Abmachungen, Versicherungen oder innerbetriebliche Massnahmen
 - Forderungsverrechnung
 - Garantieansprüche
 - Delkredere-Risiken
- √ Abschluss/Anpassung der Sachversicherungen
 - zeitlicher Umfang regeln
 - Bemessungsgrundlagen für Prämienberechnung anpassen
- √ Rechnungswesen
 - Salärbuchhaltung
 - «Kassenbuch»
 - Fakturierung
 - Budget und Kalkulation

Betriebswirtschaftliche Probleme der Betriebsweiterführung im Konkurs

Entscheidet sich die Konkursverwaltung für die Betriebsweiterführung, stellen sich ihr neben den konkursrechtlichen Problemen, mit denen sie gut vertraut ist, eine Reihe betriebswirtschaftlicher Fragen, die es zu lösen gilt. Auf einige dieser Aspekte soll nachstehend eingegangen werden, wobei die entstehenden Probleme aus Platzgründen nur angesprochen, jedoch nicht umfassend abgehandelt werden können (siehe Tabelle 2).

3.1. Arbeitsvertragliche Aspekte

Meist handelt es sich bei der Sicherungsführung nur um eine relativ kurze Betriebsfortführung um vorhandene Halbfabrikate fertig zu stellen oder einen Käufer für den gesamten Betrieb zu finden. Zudem muss die Konkursverwaltung die

Möglichkeit haben, auf Probleme, die zu Schäden für die Gläubiger führen, flexibel reagieren zu können. Aus dieser Sicht drängt es sich auf, die *Arbeitsverhältnisse auf Stundenbasis* und mit sehr kurzen Kündigungsfristen auszugestalten.

Ein Arbeitsvertrag wird durch die Konkursöffnung über den Arbeitgeber nicht automatisch aufgehoben.⁵ Es ist also eine Kündigung durch den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer oder durch die Konkursverwaltung notwendig. Bei der Betriebsweiterführung hat die Konkursverwaltung die Möglichkeit nach Art. 211 Abs. 2 SchKG in den bestehenden Vertrag einzutreten oder nach der Kündigung mit dem Arbeitnehmer einen neuen Vertrag abzuschliessen. Umstritten bleibt die Frage, wie weit bei den beiden Varianten die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis vor dem Konkurs mit der Weiterbeschäftigung zu Massforderungen werden (siehe dazu die Ausführungen von

ISAAC MEIER)⁶ MEIER kommt zum Schluss, dass auch nur die kurzfristige Weiterführung eines Arbeitsverhältnisses so oder so heikel ist. Er empfiehlt deshalb, zumindest in schriftlicher Form klarzustellen, ob ein Vertragseintritt nach Art. 211 SchKG erfolgen oder nicht erfolgen soll. In betriebswirtschaftlicher Hinsicht dürfte es in der Regel – wie oben erwähnt – sinnvoll sein, einen neuen Vertrag abzuschliessen, weil damit der Beschäftigungsgrad und die Kündigungsfrist besser den neuen Kapazitätsverhältnissen angepasst werden kann.

Mit der Konkursöffnung und der Kündigung der Arbeitnehmer endet grundsätzlich auch das Verhältnis mit der *Pensionskasse*. Für die Zeit der Betriebsweiterführung gilt es somit, die ArbeitnehmerInnen neu zu versichern, was im Hinblick auf die zeitlich limitierte Anstellung wohl nur über die Stiftung Auffangeinrichtung BVG möglich ist.

3.2. Mietverträge / Leasingverträge

Falls der Betrieb in gemieteten Räumen weitergeführt werden soll, stellt sich die Frage des Eintritts in den Mietvertrag. Wie kann die Konkursverwaltung verhindern, dass der Vermieter einen Eintritt in den Mietvertrag nach Art. 211 SchKG annehmen kann, wenn die Räumlichkeiten lediglich zur Betriebsweiterführung für eine beschränkte Zeit genutzt werden sollen. Vorsichtigerweise sollte dem Vermieter auf jeden Fall nach Konkursöffnung unverzüglich mitgeteilt werden, dass kein Vertragseintritt erfolge. Anschliessend ist – im Hinblick auf die Betriebsweiterführung – ein neuer kurzfristiger Mietvertrag auszuhandeln.

Ähnlich ist mit den geleasteten Maschinen und Fahrzeugen zu verfahren. Im Hinblick auf die Weiterführung ist genau zu klären, in welchem (reduzierten) Umfang gemietete oder geleaste Aktiven überhaupt noch benötigt werden.

⁵ MEIER, S. 19

⁶ MEIER, S. 20

3.3. Reduktion betrieblicher Risiken

Jede betriebliche Tätigkeit beinhaltet auch ein gewisses Mass an Risiken. Für die Kunden des konkursiten Betriebes besteht bei der Betriebsweiterführung die Gefahr, dass Lieferzeitpunkt, Qualität oder Quantität nicht den abgemachten Konditionen entsprechen. Aus Sicht der Konkursverwaltung können diese Mängel zur Aussetzung der Zahlung führen. Zudem besteht die Gefahr, dass der Kunde die Bezahlung der Lieferung mit eigenen früheren Ansprüchen verrechnet.

Diese Risiken gilt es soweit als möglich auszuschliessen, da sie bei Eintreten die Gläubigerinteressen stark tangieren. Neben vertraglichen Abmachungen oder dem Abschluss von entsprechenden Versicherungen, stehen auch innerbetriebliche Massnahmen (z.B. im Bereich der Qualitätssicherung) im Vordergrund. Wie weit sich die Konkursverwaltung vertraglich absichern kann, hängt vor allem davon ab, wie stark die Kunden auf das spezifische Produkt angewiesen sind. Können die Produkte am Markt zu gleichen Konditionen beschafft werden, wird ein Kunde kaum bereit sein, die Geltendmachung von Garantie- und Verrechnungsansprüchen vertraglich auszuschliessen. Grössere Chancen bestehen dort, wo die Herstellung der Produkte nach den Anweisungen und sogar mit den Werkzeugen des Kunden erfolgt.

Die Konkursverwaltung hat folgende potentielle Risiken zu beachten und wenn immer möglich auszuschliessen:

- Forderungsverrechnungen
- Geltendmachung von Garantieansprüchen
- Delkredere-Risiko

Versicherungsfragen

Eine sorgfältig handelnde Konkursverwaltung wird den Betrieb während der Weiterführung – auch wenn es sich um eine kurze Zeit handelt – gegen die Risiken

Feuer, Wasser, Haftpflicht und allenfalls Betriebsunterbruch versichern lassen.

Der einfachste Weg wäre der, dass die bisherigen Versicherungsgesellschaften eine Deckungszusage für die Zeit der Betriebsweiterführung abgeben. Dies wird aber nicht immer möglich sein und neue Versicherungen für nur eine kurze Zeit abzuschliessen, kann sich als extrem schwierig und zeitraubend herausstellen. Selbst wenn die bisherigen Verträge weitergeführt werden können, dürften sich die Grundlagen für die Prämienberechnung verändert haben:

- Sachversicherungen: Warenlager und Maschinenpark dürften in der Regel deutlich tiefere Werte aufweisen als während des ordentlichen Betriebes
- Betriebsunterbruch: Bruttogewinn wird kaum der Grösse vor dem Konkurs entsprechen
- Haftpflicht: AHV-pflichtige Saläre und Umsätze werden sich – je nach Art und Umfang der Weiterführung – mehr oder weniger deutlich von den Werten vor der Konkursöffnung unterscheiden

3.5. Rechnungswesen

Zur Buchführung während der Phase nach Konkursöffnung äussert sich Art. 36 KOV. Allein aus ökonomischen Gründen wird die Konkursverwaltung darauf achten, die Buchhaltung möglichst einfach zu führen. Grundsätzlich würde ein Kassenbuch genügen. Aber allein schon aus MWST-Überlegungen ist es notwendig, dass die Rechnungen korrekt erstellt werden und später die Abrechnung mit den Steuerbehörden möglich ist. Die Konkursverwaltung hat das Rechnungswesen so zu dimensionieren, dass folgende Aufgaben erfüllt werden können:

- Bereitstellung von Unterlagen, die eine einfache Kalkulationen der Produkte zur Definition des Mindestpreises sowie ein grobes Budget für den Zeitraum der Betriebsweiterführung ermöglichen

- Fakturierung, die die Vorschriften der Mehrwertsteuer berücksichtigt
- Lückenlose Aufzeichnung der Einnahmen und Ausgaben
- Salärbuchhaltung, die Abrechnungen für die Mitarbeiter und die Sozialwerke ermöglicht.

Fazit

Aus Sicht der Gläubiger kann die zeitlich limitierte Weiterführung des Betriebes nach der Konkursöffnung unter Umständen interessant sein, da mit einem höheren Liquidationserlös gerechnet werden kann, sei es, weil angefangene Arbeiten fertig gestellt und mit einer Gewinnmarge verkauft werden können oder der laufende Betrieb als Ganzes veräussert werden kann.

Meist ist es jedoch aufwendiger, komplizierter und teurer, einen insolventen Betrieb nach der Konkursöffnung weiterzuführen, als ihn im ordentlichen Konkursverfahren zu schliessen und die noch vorhandenen Vermögenswerte einzeln zu versilbern. Die Stilllegung erfolgt in der Praxis deshalb oft auch aus unsachgemässen Gründen, etwa weil sie eben die Durchführung des Konkursverfahrens stark vereinfacht.⁷ Diese Einstellung trägt allerdings den Gläubigerinteressen zu wenig Rechnung.

Die seriöse Arbeit der Konkursverwaltung hat daher auch die detaillierte Prüfung der Vor- und Nachteile einer Betriebsweiterführung zu umfassen. Erhärten die rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Abklärungen die Aussicht auf einen höheren Liquidationserlös durch die temporäre Betriebsweiterführung, muss im Interesse der Gläubiger dieser Weg gewählt werden.

⁷ BAUMGARTNER, ANDREAS: Fortführung eines Unternehmens nach Konkursöffnung, Freiburg 1987, S. 78