Unternehmenserwerb aus dem Konkurs

Von Dr. Markus Vischer, Rechtsanwalt, Zürich

Firms are frequently involved in insolvency proceedings commenced by their direct owner or by a debtor whose assets comprise a controlling equity stake. It is the task of the person or body administrating the reorganization or liquidation to decide about the fate of the firm. Should provisional measures be taken, especially regarding the temporary continuation of the firm's activities, the question of the firm's valuation arises.
In principle, the firm's assets (but not its liabilities), respectively the controlling stake are to be valued and subject to a public auction or a private sale – the latter being the rule. Even in ordinary bankruptcy procedures, such disposal generally occurs prior to the second creditors' meeting, as the conditions for an emergency sale are generally realized. The public auction or the private sale is normally organized by the agency or persons administrating the reorganization or liquidation (although this task is sometimes outsourced), whereas the private sale generally proceeds very much like a «normal» firm sale (identification of potential buyers, due diligence, negotiations). In both instances, the process ends with an administrative decision that is subject to the acquirer's acceptance. There is, however, much more flexibility regarding the content of the decision when there is a private sale, which explains why there is room for the above mentioned negotiations. Hence, contrary to quite widespread beliefs, it is possible to integrate many provisions that are typical of a «normal» firm acquisition contract into a decision regarding a private sale, e.g. provisions about suspension conditions, ex post ratification by competition authorities, termination conditions or rights, subsequent price adjustments, non-refundable payments, assurances, etc.
A legally binding administrative decision has the effect of providing the acquirer with original (as opposed to derived) and full rights regarding the firm, respectively its assets or a stake therein. On the other hand, such decision does not transfer contracts with employees or employer's rights, as they exist at that time. This means that Art. 333 Swiss Code of Obligations is not applicable to insolvency proceedings.

Inhaltsübersicht

I. Unternehmen im Konkurs
II. Verwertung des Unternehmens im Konkurs
A. Gegenstand der Verwertung
B. Art der Verwertung
C. Voraussetzungen der öffentlichen Versteigerung und des Freihandverkaufs
D. Zeitpunkt der Verwertung
E. Vorgehen bei der öffentlichen Versteigerung und beim Freihandverkauf
F. Rechtsnatur der öffentlichen Versteigerung und des Freihandverkaufs
G. Inhalt der öffentlichrechtlichen Verfügung
H. Anfechtbarkeit der öffentlichrechtlichen Verfügung
I. Wirkung der öffentlichrechtlichen Verfügung
III. Schlussfolgerungen

I. Unternehmen im Konkurs

Sobald das Konkursamt nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG die Mitteilung des Konkurserkenntnisses erhalten hat, muss es das Vermögen des Konkursiten mittels eines Inventars ermitteln[1]. Das Konkursamt mag dabei feststellen, dass der Konkursit als natürliche oder juristische Person Träger eines Unternehmens[2] ist, sei es unmittelbar oder mittelbar über (kontrollverschaffende) Anteile an einer juristischen Person.

Das Konkursamt wird im ersten Fall die Aktiven dieses Unternehmens und im zweiten Fall die Anteile ins Inventar aufnehmen, beide Male verbunden mit der Angabe eines Schätzungswertes jedes Vermögensgegenstandes[3].

Mit der Inventaraufnahme hat das Konkursamt die zur Erhaltung der Vermögenswerte gebotenen Sicherungsmassnahmen zu treffen[4].

Bei einem unmittelbar vom Konkursiten gehaltenen Unternehmen hat das Konkursamt dieses bzw. die entsprechenden Werkstätten, Magazine und Wirtschaftsräume sofort zu schliessen, es sei denn, die vollständige oder teilweise Fortführung des Unternehmens eröffne die Chance, dass das Unternehmen als Ganzes oder substantielle Teile davon besser verwertet werden können, oder gäbe die Möglichkeit,

[1] Art. 221 SchKG.

[2] Zum Begriff des Unternehmens im Allgemeinen z.B. ZK-*Higi*, Vorbemerkungen zum 8. Titel[bis] (Art. 275–304 OR) N 98; *Rolf Watter*, Unternehmensübernahmen, Zürich, 1990, N 127 ff.; siehe auch *Andres Baumgartner*, Das Unternehmen im Konkurs, SJZ 1988, 242 f.

[3] Art. 227 SchKG.

[4] Art. 221 SchKG.

dass z.B. durch die Erfüllung einzelner Kundenverträge der Konkursmasse Mittel zugeführt werden können[5]. In diesem Fall ist das Konkursamt berechtigt, im ordentlichen Konkursverfahren einstweilen und im summarischen Konkursverfahren endgültig über die vollständige oder teilweise Fortführung des Unternehmens und das Offenlassen der entsprechenden Werkstätten, Magazine und Wirtschaftsräume zu entscheiden[6]. Im ordentlichen Konkursverfahren entscheidet die erste Gläubigerversammlung endgültig über die Fortführung und das Offenlassen[7].

Bei einem mittelbar vom Konkursiten gehaltenen Unternehmen stellt sich die Frage der vollständigen oder teilweisen Fortführung des Unternehmens nicht direkt. Die Organe der betroffenen juristischen Person führen das Unternehmen fort. Nur in ausserordentlichen Fällen werden die zuständigen Konkursorgane sich entscheiden, die betroffene juristische Person zu liquidieren und damit das Unternehmen nicht fortzuführen.

Bei einem positiven Entscheid über die vollständige oder teilweise Fortführung des (unmittelbar vom Konkursiten gehaltenen) Unternehmens wird dieses vom Konkursamt bzw. der Konkursverwaltung geführt. Der Konkursit ist mit der Konkurseröffnung nicht mehr berechtigt, über das Unternehmen zu verfügen[8]. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse gehen auf die Konkursmasse über, welche diese Befugnisse durch das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung ausübt[9]. Vom Konkursamt bzw. von der Konkursverwaltung eingegangene Schulden, auch solche im Zusammenhang mit dem Eintritt in Verträge[10] und dem Abschluss neuer Verträge wie Kreditverträge[11], sind Masseverbindlichkeiten und als solche vor allen Konkursforderungen zu erfüllen[12].

Das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung kann die Führung des (unmittelbar vom Konkursiten gehaltenen) Unternehmens analog der Regelung bei der Verwertung[13] auch auf einen Privaten übertragen[14], was sich bei grösseren Unternehmen aufdrängen kann. Insbesondere kann sie unter Einhaltung geeigneter Überwachungsmassnahmen diese Führung ganz oder teilweise auch auf den Konkursiten oder dessen Organe übertragen[15].

Im Falle einer vollständigen oder teilweisen Fortführung des (unmittelbar vom Konkursiten gehaltenen) Unternehmens und des Offenlassens der entsprechenden Werkstätten, Magazine und Wirtschaftsräume ist auch zu entscheiden, in welche (zweiseitigen, noch nicht erfüllten) mit dem Unternehmen zusammenhängenden Verträge des Konkursiten die Konkursmasse nach Art. 211 Abs. 2 SchKG[16] eintritt[17]. In einer ersten Phase steht dabei der Eintritt in einzelne Arbeits-, Miet- und Kundenverträge im Vordergrund, wenn der Konkursit Arbeitgeber bzw. Mieter ist und die Arbeitnehmer und Mieträumlichkeiten für die vollständige oder teilweise Fortführung des Unternehmens und die Erfüllung einzelner Kundenverträge benötigt werden[18].

Tritt die Konkursmasse nicht in einzelne Verträge ein, sind diese vom Konkursamt bzw. der Konkursverwaltung so rasch als möglich zu beenden, da sie oft nicht eo ipso mit der Konkurseröffnung enden. Das gilt insbesondere für Arbeits- oder Mietverträge[19], welche in der Praxis nach der Konkurseröffnung meist vorsorglich gekündigt werden[20].

II. Verwertung des Unternehmens im Konkurs

A. Gegenstand der Verwertung

Gegenstand der Verwertung sind die Aktiven des Unternehmens bzw. die Anteile an einem solchen. Aktiven können Grundstücke, bewegliche Sachen, Forderungen, Wertpapiere und Wertrechte, Immateri-

5 Art. 223 Abs. 1 SchKG; SchKG-*Lustenberger,* Art. 223 N 3; SchKG-*Russenberger,* Art. 238 N 6; *Kurt Amonn/Dominik Gasser,* Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, § 44 N 16; *Baumgartner* (zit. Anm. 2), 244; *Andres Baumgartner,* Fortführung eines Unternehmens nach Konkurseröffnung, Diss. Freiburg, 1987, 106 ff. zur Fortführung des Unternehmens zu Veräusserungszwecken und 117 zur Fortführung des Unternehmens zwecks Masseanreicherung.

6 Art. 223 Abs. 1 SchKG, Art. 240 SchKG.

7 Art. 238 Abs. 1 SchKG; zum Ganzen z.B. SchKG-*Russenberger,* Art. 238 N 4, 8.

8 Im Allgemeinen BGE 114 III 61; *Amonn/Gasser* (zit. Anm. 5), § 35 N 14, § 41 N 6.

9 BGE 121 III 30; BGE 117 III 42; *Amonn/Gasser* (zit. Anm. 5), § 35 N 14, § 41 N 6.

10 Dazu nachstehend bei Anm. 17.

11 *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 89 f.

12 BGE 106 III 124; *Amonn/Gasser* (zit. Anm. 5), § 42 N 36; § 48 N 5.

13 Dazu nachstehend II.B.

14 Bezüglich Übertragung der Verwaltung und Bewirtschaftung eines Grundstücks an einen Privaten BGE 127 III 231.

15 *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 90 ff.

16 Dazu im Allgemeinen BGE 107 III 109.

17 *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 89.

18 *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 89.

19 Bezüglich Arbeitsverträgen z.B. OR-*Rehbinder,* Art. 337a N 1; bezüglich Mietverträgen z.B. SVIT-Kommentar Mietrecht II, Art. 266h N 6.

20 OR-*Rehbinder,* Art. 337a N 2 bezüglich Arbeitsverträgen bei Konkurs des Arbeitgebers.

algüter und Immaterialgüterrechte, Konzessionen und Bewilligungen und die dazugehörigen Dokumentationen sein[21].

Aktiven können auch Verträge, z.B. Mietverträge sein, insbesondere dann, wenn das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung nach Art. 211 Abs. 2 SchKG in solche eingetreten ist[22].

Das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung hat die Aktiven miteinander, d.h. paketweise, zu verwerten[23], wenn sich dadurch ein besserer Erlös erzielen lässt, und auch, wenn dies die zweite Gläubigerversammlung im ordentlichen Konkursverfahren beschliesst[24]. Dies wird bei den Aktiven eines (unmittelbar vom Konkursiten gehaltenen) Unternehmens in aller Regel der Fall sein[25].

Nicht Verwertungsgegenstand bilden grundsätzlich die zum Unternehmen gehörenden Passiven[26].

Denkbar ist, dass das Unternehmen (bzw. dessen Aktiven) in eine vom Konkursamt bzw. der Konkursverwaltung als 100%ige Tochter gegründete Auffanggesellschaft überführt wird und anschliessend die Anteile daran vom Konkursamt bzw. der Konkursverwaltung verwertet werden[27]. Dieses zweistufige Verfahren mag sich in gewissen Situationen aufdrängen[28]. Allerdings hat es gegenüber der direkten Verwertung einige gewichtige Nachteile. So ist dieses Verfahren sehr aufwändig (und damit zeitraubend), ist es doch ein Verfahren, in dem mehrere Schritte, nämlich einmal die Gründung der Auffanggesellschaft, die Überführung des Unternehmens (bzw. dessen Aktiven) in diese und die Verwertung der Anteile an dieser verfahrensrechtlich zu bewältigen sind[29]. Dazu kommt, dass bei der Gründung z.B. einer Aktiengesellschaft als Auffanggesellschaft die aufwändigen Sacheinlage- bzw. Sachübernahmevorschriften[30] zu beachten sind. Zudem sind bei der Überführung des Unternehmens (bzw. dessen Aktiven) in die Auffanggesellschaft m.E. die aufwändigen Vorschriften über die Singularsukzession einzuhalten, z.B. bei Grundstücken die öffentliche Beurkundung und die Eintragung im Grundbuch[31]. Dazu kommen weitere Nachteile, z.B. was die Anwendung von Art. 333 OR betrifft[32]. Diese Nachteile werden nur teilweise durch den Ersatz der Vollübernahme des Unternehmens (bzw. dessen Aktiven) durch eine treuhänderische Übernahme des Unternehmens (bzw. dessen Aktiven)[33] wettgemacht, wobei diese treuhänderische Übernahme ihrerseits wieder gewisse Nachteile aufweist.

B. Art der Verwertung

Im Konkurs stehen zwei Verwertungsarten im Vordergrund, nämlich die öffentliche Versteigerung[34] und der Freihandverkauf[35].

Die öffentliche Versteigerung mag in gewissen Einzelfällen durchaus für die Verwertung eines Unternehmens (bzw. dessen Aktiven) oder der Anteile an einem solchen geeignet sein. Unternehmen werden oft in sogenannten Auktionsverfahren[36] veräussert. Allerdings lässt sich die Zwangsverwertung mittels öffentlicher Versteigerung von den rechtlichen Implikationen her nicht mit solchen Auktionsverfahren vergleichen[37]. Angesichts der gezielteren Schaffung von Wettbewerb[38] und der flexibleren Handhabung[39], insbesondere auch bezüglich Preis[40], ist der Freihandverkauf jedoch für die Verwertung ei-

21 *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 173 ff.
22 Dazu vorstehend I. und bezüglich Zustimmung der Vertragspartei des Konkursiten nachstehend II.B.; auch *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 175.
23 Dazu im Allgemeinen *Franco Lorandi,* Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1994, 15.
24 *Lorandi* (zit. Anm. 23), 311, auch 138 betreffend Pflicht zur bestmöglichen Verwertung im Allgemeinen.
25 *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 106.
26 *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 108, 175 f.
27 SchKG-*Vollmar,* Art. 298 N 17.
28 Bezüglich Nachlassverfahren *Isaac Meier/Jürg Peyer/Felix Rutschmann,* Auffanggesellschaft als Lösung. Zur Restrukturierung der Swissair im Nachlassverfahren, NZZ Nr. 243 vom 19.10.2001, 15, und schon *Isaac Meier,* Konkursrecht: Revisionspunkte und aktuelle Fragen, in: ders. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, Basel/Frankfurt am Main, 1996, 110 f.
29 Zu den Vorschriften bezüglich Verwertung von Unternehmen nachstehend II.C.
30 Dazu im Allgemeinen z.B. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel,* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 15 N 9 ff.
31 Demgegenüber nachstehend II.I. bezüglich des einstufigen Verfahrens.
32 Bezüglich des einstufigen Verfahrens nachstehend II.I.
33 Dazu *Meier/Peyer/Rutschmann* (zit. Anm. 28), 15; *Meier* (zit. Anm. 28), 110; *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 184.
34 Art. 256 Abs. 1 SchKG bezüglich ordentlichem Konkursverfahren und Art. 231 Abs. 3 Ingress und Ziff. 2 i.V. mit Art. 256 Abs. 1 SchKG.
35 Art. 256 Abs. 2 SchKG bezüglich ordentlichem Konkursverfahren und Art. 231 Abs. 3 Ingress und Ziff. 2 i.V. mit Art. 256 Abs. 2 SchKG.
36 Dazu im Allgemeinen *Peter Kurer,* Auktionsverfahren beim Verkauf von Unternehmen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 159 ff.
37 *Kurer* (zit. Anm. 36), 161.
38 Dazu nachstehend II.E.
39 Dazu nachstehend II.E. und II.G.
40 Dazu nachstehend II.G.

nes Unternehmens (bzw. dessen Aktiven) oder der Anteile an einem solchen in der Regel besser geeignet[41].

Ausnahmsweise kann die Verwertung einem Privaten übertragen werden[42]. Bei der Verwertung von Unternehmen (bzw. dessen Aktiven) oder der Anteile an einem solchen kann sich die Übertragung dieser Verwertung auf einen spezialisierten Privaten wie z.B. eine Investmentbank aufdrängen. Nach Meinung des Bundesgerichts ist die Verwertung durch einen Privaten privatrechtlicher Natur und in der Regel als Kaufvertrag zu qualifizieren. Entsprechend soll sie nicht durch betreibungsrechtliche Beschwerde anfechtbar sein[43]. Diese Auffassung ist aber abzulehnen[44].

C. Voraussetzungen der öffentlichen Versteigerung und des Freihandverkaufs

Die öffentliche Versteigerung ist der Normalfall[45]. Ein Freihandverkauf ist im ordentlichen Konkursverfahren nur zulässig, wenn alle Gläubiger[46] und hinsichtlich Pfandgegenständen alle Pfandgläubiger zustimmen[47] und wenn hinsichtlich Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert und Grundstücken die Gläubiger[48] das Recht zum höheren Angebot hatten[49]. Bei Anwendung eines absoluten Massstabs dürfte ein bedeutender Wert ein solcher um rund CHF 100 000.– sein[50].

Ein Freihandverkauf ist im summarischen Konkursverfahren nur zulässig, wenn hinsichtlich Pfandgegenständen alle Pfandgläubiger zustimmen[51] und wenn hinsichtlich Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert und Grundstücken die Gläubiger[52] das Recht zum höheren Angebot hatten[53]. Trotz des etwas missverständlichen Wortlauts von Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG ist damit Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG auch im summarischen Konkursverfahren anwendbar[54]. Klarerweise nicht anwendbar ist dagegen Art. 256 Abs. 1 SchKG. Eine Zustimmung der Gläubiger zum Freihandverkauf ist damit im summarischen Verfahren nicht nötig[55]. Sie können jedoch angehört werden[56].

Eine Zustimmung der Gläubiger (im ordentlichen Konkursverfahren) bzw. der Pfandgläubiger (im ordentlichen und summarischen Konkursverfahren) ist nicht nötig, wenn alle Gläubiger bzw. Pfandgläubiger beim Freihandverkauf vollumfänglich befriedigt werden[57]. Dagegen ist das Recht zum höheren Angebot auch dann einzuräumen, wenn sämtliche Gläubiger befriedigt werden[58].

Das Recht zum höheren Angebot ist nicht als eine Art unlimitiertes Vorkaufsrecht[59] der Gläubiger (und allenfalls weiterer Personen) zu verstehen. Dies bedeutet, dass der Anbieter keinen durchsetzbaren Anspruch darauf hat, dass der Freihandverkauf an ihn erfolgt, und weiter, dass er nicht an die Bedingungen gebunden ist, die das Konkursamt mit dem Dritten ausgehandelt hat[60]. Das Recht zum höheren Angebot ist nur einmal zu gewähren, auch wenn in der Folge

41 Im Allgemeinen *Lorandi* (zit. Anm. 23), 13 ff.; *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 169 f.

42 BGE 115 III 52 ff.; BGE 105 III 70 f.; *Franco Lorandi*, Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch Privatpersonen, AJP 2000, 846 ff.; SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 13; *Amonn/Gasser* (zit. Anm. 5), § 26 N 15, 23, § 47 N 2; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 125 ff.

43 BGE 105 III 71; gl.M. *Lorandi* (zit. Anm. 42), 848 ff.

44 Siehe auch BGE 127 III 231 und SchKG-*Häusermann/Stöckli/Feuz*, Art. 133 N 18 bezüglich hoheitlicher Stellung eines beigezogenen Privaten.

45 Art. 256 Abs. 1 SchKG bezüglich ordentlichem Konkursverfahren und Art. 231 Abs. 3 Ingress i.V. Art. 256 Abs. 1 SchKG bezüglich summarischem Konkursverfahren; SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 13 bezüglich ordentlichem Konkursverfahren; a.M offenbar bezüglich summarischem Konkursverfahren SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 15.

46 In der Regel in der zweiten Gläubigerversammlung, nachstehend II.D.

47 Art. 256 Abs. 1 und 2 SchKG; BGE 115 III 125.

48 Und allenfalls weitere Personen, dazu *Lorandi* (zit. Anm. 23), 321.

49 Art. 256 Abs. 3 SchKG.

50 Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs (des Kantons St. Gallen), in: BlSchK 1999, 113; *Lorandi* (zit. Anm. 42), 854; eher höher: *Lorandi* (zit. Anm. 23), 321: «Wir bewegen uns sicher eher im Bereich von sechs- oder sieben- denn von fünfstelligen Frankenbeträgen.»; SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 26 und *Meier* (zit. Anm. 28), 106, die den Schwellenwert bei mindestens CHF 10 000.– sehen; *Barbara Graham-Siegenthaler*, Vorzeitige Verwertung und Freihandverkauf im Konkurs, BlSchK 2000, 84 f. mit Kritik am absoluten Massstab und Postulat eines relativen Massstabs.

51 Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 i.V. mit Art. 256 Abs. 2 SchKG.

52 Und allenfalls weitere Personen, dazu *Lorandi* (zit. Anm. 23), 321.

53 Art. 256 Abs. 3 SchKG bezüglich ordentlichem Konkursverfahren und Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 i.V. mit Art. 256 Abs. 3 SchKG bezüglich summarischem Konkursverfahren.

54 *Francois Vouilloz*, La liquidation sommaire de la faillite, AJP 2001, 972; *Meier* (zit. Anm. 28), 115; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 322; siehe auch Chambre des poursuites du Tribunal cantonal (des Kantons Freiburg), in: RFJ 2000, 295.

55 Gl.M. *Vouilloz* (zit. Anm. 54), 972; *Graham-Siegenthaler* (zit. Anm. 50), 86; leicht abweichend *Lorandi* (zit. Anm. 42), 853; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 315 f.

56 Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG; dazu z.B. *Vouilloz* (zit. Anm. 54), 972.

57 BGE 88 III 39 bezüglich Gläubiger und BGE 72 III 32 bezüglich Pfandgläubiger.

58 BGE 88 III 39 f.

59 Zum Begriff z.B. OR-*Hess*, Art. 216d N 8.

60 Justizkommission des Obergerichts als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (des Kantons Zug), in: BlSchK 1999, 109 f.; *Lorandi*, (zit. Anm. 23), 320, 336.

das ursprüngliche Angebot überboten wird[61]. Bei Unternehmen (bzw. dessen Aktiven daran) oder Anteilen an solchen wird es in der Regel um Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert gehen, mindestes dann, wenn man eine Gesamtbewertung aller Vermögensgegenstände zugrundelegt, was sich bei der paketweisen Verwertung aufdrängt[62].

Ohne Zustimmung der Gläubiger und hinsichtlich Pfandgegenständen ohne Zustimmung der Pfandgläubiger und hinsichtlich Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert und Grundstücken ohne Gewährung des Rechts zum höheren Angebot (und auch unbeachtlich des Abschlusses eines allfälligen Aussonderungsverfahrens[63]) ist der Freihandverkauf im ordentlichen und summarischen Konkursverfahren als Notverkauf[64] zulässig[65]. Ein Notverkauf ist nach Art. 243 Abs 2 Satz 1 SchKG möglich bei Gegenständen, die einer schnellen Wertminderung ausgesetzt sind, kostspieligen Unterhalt erfordern und die unverhältnismässig hohe Aufbewahrungskosten verursachen, also bei drei explizit genannten Fallkonstellationen von Dringlichkeit[66]. Die erste Fallkonstellation wird bei einem Unternehmen regelmässig gegeben sein, weil bei Unternehmen im Konkurs erfahrungsgemäss sehr rasch eine grosse Absetzbewegung seitens der Kunden, Gläubiger etc. stattfindet, die schnell zu einer Wertverminderung des Unternehmens führt[67]. Auch die zweite Fallkonstellation wird bei einem Unternehmen oft gegeben sein, weil es, nicht zuletzt auch wegen der genannten Absetzbewegung, an der nötigen Liquidität fehlt und neue zugeführt werden müsste, was durchaus als kostspieliger Unterhalt zu qualifizieren ist. Entsprechend können ein Unternehmen (bzw. dessen Aktiven) oder die Anteile an einem solchen in aller Regel mittels eines Notverkaufs verwertet werden, nachdem ein solcher wegen der möglichen nahtlosen Fortführung die Erzielung eines Erlöses erlaubt, der in der Regel höher ist als in einer späteren Verwertung[68].

Unter den gleichen Voraussetzungen wie der Freihandverkauf als Notverkauf[69] ist der Freihandverkauf im ordentlichen und summarischen Konkursverfahren auch zulässig bei Gegenständen, die einen Börsen- oder einen Marktpreis haben[70]. Ein Unternehmen (bzw. dessen Aktiven) hat gesamthaft keinen Börsen- oder Marktpreis. Einen solchen haben höchstens einzelne Aktiven. Ebenso haben Anteile an einem kotierten Unternehmen einen solchen.

D. Zeitpunkt der Verwertung

Vermögensgegenstände dürfen im ordentlichen Konkursverfahren grundsätzlich erst verwertet werden, nachdem die zweite Gläubigerversammlung stattgefunden hat[71]. Vorher dürfen Vermögensgegenstände im ordentlichen Konkursverfahren bei Vorliegen eines Notverkaufes und bei einem Börsen- oder einem Marktpreis[72] verwertet werden, sei es mittels öffentlicher Versteigerung oder sei es mittels Freihandverkauf[73]. Weiter dürfen vorher gemäss Art. 238 Abs. 1 SchKG Vermögensgegenstände im ordentlichen Konkursverfahren bei Dringlichkeit, die eine andere Fallkonstellation als die drei Fallkonstellationen gemäss Art. 243 Abs. 2 Satz 1 SchKG betrifft, mit Zustimmung der Gläubiger in der ersten Gläubigerversammlung mittels Freihandverkauf und mittels öffentlicher Versteigerung[74] verwertet werden. Art. 243 Abs. 2 Satz 1 SchKG ist damit lex specialis zu Art. 238 Abs. 1 SchKG[75].

Von diesen Grundsätzen ist das Bundesgericht allerdings in BGE 105 III 76 f. abgewichen, indem es die (freihändige) Verwertung von Fahrnis mit Zu-

61 Justizkommission des Obergerichts als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (des Kantons Zug), in: BlSchK 1999, 111; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 337.

62 Offenbar a.M. *Lorandi* (zit. Anm. 23), 320.

63 SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 5; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 339 f.

64 Art. 243 Abs. 2 Satz 1 SchKG bezüglich ordentlichem Konkursverfahren und Art. 231 Abs. 3 Ingress i.V. mit Art. 243 Abs. 2 Satz 1 SchKG.

65 A.M. *Lorandi* (zit. Anm. 23), 344 f., 349, 350, 353, nach dem die Zustimmung der Gläubiger und der Pfandgläubiger und die Gewährung des Rechts zum höheren Angebot nur bei höchster Dringlichkeit nicht nötig ist; a.M. bezüglich Recht zum höheren Angebot *Markus Häusermann*, Freihandverkauf von Immobilien im revidierten SchKG, Der Schweizer Treuhänder 1995, 515; *Meier* (zit. Anm. 28), 108.

66 Art. 243 Abs. 2 Satz 1 SchKG.

67 Siehe auch BGE 101 III 107.

68 Kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs (des Kantons St. Gallen), in: BlSchK 2000, 67 f.; Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt (des Kantons Basel-Stadt), in: BlSchK 1995, 22; Justizkommission als Aufsichtsbehörde SchK (des Kantons Zug), in: ZGGVP 1991, 174; im Allgemeinen *Graham-Siegenthaler* (zit. Anm. 50), 82; SchKG-*Russenberger*, N 10 zu Art. 243 SchKG; *Meier* (zit. Anm. 28), 108; *Georges Vonder Mühll*, Der wirtschaftlich begründete Dringlichkeitsverkauf von Mobilien im Konkurs, BlSchK 1995, 2, 5 f.

69 Dazu vorstehend bei Anm. 65.

70 Art. 243 Abs. 2 Satz 2 SchKG bezüglich ordentlichem Konkursverfahren und Art. 231 Abs. 3 Ingress i.V. mit Art. 243 Abs. 2 Satz 2 SchKG.

71 Art. 243 Abs. 3 SchKG.

72 Art. 243 Abs. 2 SchKG.

73 Zum Letzteren bereits vorstehend II.C.

74 *Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder-Bohner*, Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Zürich 1993, § 51 N 7.

75 *Lorandi* (zit. Anm. 23), 344.

stimmung der Gläubiger schon vor der zweiten Gläubigerversammlung zugelassen hat, obwohl die Voraussetzungen für eine frühere Verwertung nach Art. 238 und 243 Abs. 2 SchKG an sich nicht vorlagen[76].

Im summarischen Konkursverfahren bestehen grundsätzlich keine zeitlichen Restriktionen[77].

Die Verwertung von Grundstücken setzt zudem im ordentlichen, aber auch im summarischen Konkursverfahren voraus, dass die Lastenbereinigung abgeschlossen ist[78], es sei denn, es sei höchste Dringlichkeit, d.h. sogenannte Überdringlichkeit, gegeben, in welchem Fall die Aufsichtsbehörde die Verwertung ohne vorherige Lastenbereinigung bewilligen kann[79]. Art. 128 VZG schränkt damit Art. 243 Abs. 2 Satz 1 SchKG ein.

E. Vorgehen bei der öffentlichen Versteigerung und beim Freihandverkauf

Das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung[80] hat die öffentliche Versteigerung vorzubereiten, publik zu machen und durchzuführen[81]. Auch der Freihandverkauf ist durch das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung[82] vorzubereiten. Während aber im ersten Fall der Inhalt der öffentlichen Verfügung[83] weitgehend durch das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung vorbestimmt wird und sich der Erwerber im Wesentlichen nur zum Preis zu äussern hat[84], hat das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung im zweiten Fall mehr Flexibilität[85] und wird weitgehend wie ein «normaler» Verkäufer eines Unternehmens vorgehen.

Entsprechend geht es regelmässig in einer ersten Phase um das Aufspüren von Interessenten, wenn sich diese, was in der Praxis oft vorkommt, nicht von sich aus beim Konkursamt bzw. bei der Konkursverwaltung melden. Anschliessend wird meist eine Überprüfung des Unternehmens durch den oder die Interessenten, d.h. eine sogenannte due diligence, erfolgen, die allerdings in der Praxis infolge des Zeitdrucks bei Unternehmenskäufen im Konkurs in der Regel summarischer ist als bei «normalen» Unternehmenskäufen[86]. Diese due diligence wird durch Art. 8a SchKG ermöglicht, welche Bestimmung Einblick in die Konkursakten erlaubt. Nach der due diligence bzw. schon während der due diligence werden in der Regel eigentliche Verhandlungen über den Inhalt der Freihandverkaufsverfügung geführt, die sich von den Vertragsverhandlungen bei «normalen» Unternehmenskäufen kaum unterscheiden[87]. Wie bei jedem Unternehmenskauf stehen bei solchen Verhandlungen die Mechanik der Transaktion, insbesondere allfällige Bedingungen und die Vermeidung der Übernahme nicht gewollter Passiven, die Umschreibung des Erwerbsobjekts, der Preis und die Zahlungsbedingungen und Gewährleistungen im Vordergrund[88], wobei die konkursrechtlichen Besonderheiten natürlich zu berücksichtigen sind.

Bei mehreren Interessenten ist das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung nicht verpflichtet, eine Art Auktionsverfahren durchzuführen, und auch nicht, überbotenen Interessenten Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben[89]. Es bzw. sie wird dies aber oft tun, um der Pflicht zur bestmöglichen Verwertung[90] nachzukommen.

F. Rechtsnatur der öffentlichen Versteigerung und des Freihandverkaufs

Klar ist, dass der Zuschlag in der öffentlichen Versteigerung eine öffentlichrechtliche Verfügung ist[91]. Umstritten ist dagegen die Rechtsnatur des Freihandverkaufs. Auch er ist aber nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung trotz des etwas missverständlichen Wortlauts von Art. 229 Abs. 1 OR und trotz der Bezeichnung als «Verkauf»[92] eine öffent-

76 Zustimmend SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 8; ablehnend *Meier* (zit. Anm. 28), 108 f.; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 312 f.

77 A.M. bezüglich Kollokationsklagen (bezüglich Fahrnis) SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 11; gl.M. bezüglich Kollokationsklagen (bezüglich Fahrnis) *Lorandi* (zit. Anm. 23), 299, 340.

78 Art. 128 Abs. 1 VZG; z.B. BGE 119 III 87; BGE 111 III 78; BGE 107 III 90.

79 Art. 128 Abs. 2 VZG; zum Begriff der Überdringlichkeit z.B. *Lorandi* (zit. Anm. 23), 341; für zwei Beispiele BGE 119 III 85 ff. und BGE 111 III 77 ff.

80 Bzw. ausnahmsweise Private, dazu vorstehend II.B.

81 Art. 257–259 SchKG; SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 13.

82 Bzw. ausnahmsweise Private, dazu vorstehend II.B.

83 Dazu nachstehend II.G.

84 *Lorandi* (zit. Anm. 23), 58.

85 Z.B. SchKG-*Häusermann/Stöckli/Feuz*, Art. 143b N 4 bezüglich Freihandverkauf im Rahmen der Betreibung auf Pfändung bzw. Pfandverwertung.

86 Zur due diligence bei Unternehmenskäufen im Allgemeinen *Markus Vischer*, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, S. 229 ff.

87 Im Allgemeinen *Lorandi* (zit. Anm. 23), 55 ff.

88 Zum Inhalt der öffentlichen Verfügung bei der öffentlichen Versteigerung und beim Freihandverkauf nachstehend II.G.

89 *Lorandi* (zit. Anm. 23), 56 f.

90 Dazu schon Anm. 24.

91 OR-*Ruoss*, Vorbemerkungen zu Art. 229–236, N 10; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 22 mit weiteren Nachweisen.

92 Siehe Art. 238 Abs. 1 SchKG, Art. 256 Abs. 1 und 3 SchKG, auch Art. 130 SchKG, Art. 132a Abs. 1 SchKG, 143b SchKG; dito bezüglich Notverkauf: Art. 243 SchKG.

lichrechtliche Verfügung[93]. Beide (öffentlichrechtlichen) Verfügungen sind zustimmungsbedürftig und deshalb zustimmungsbedürftige (öffentlichrechtliche) Verfügungen[94].

G. Inhalt der öffentlichrechtlichen Verfügung

Die öffentlichrechtliche Verfügung kann Bedingungen enthalten, beispielsweise die aufschiebende Bedingung der Zustimmung bzw. Genehmigung von Personen oder Behörden, deren Einverständnis von Gesetzes wegen Zulässigkeitsvoraussetzung ist, so z.B. das Einverständnis der Pfandgläubiger nach Art. 256 Abs. 2 SchKG bei Freihandverkäufen, ja überhaupt der Zustimmung der Gläubiger, Lex Friedrich- oder kartellrechtliche Bewilligungen, das Einverständnis der Drittpartei bei der Verwertung von Verträgen, das Einverständnis der Gesellschaft bei vinkulierten Namenaktien, die Nichtausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts etc.[95]. Zulässig ist beim Freihandverkauf auch der Vorbehalt des Rechts zum höheren Angebot gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG[96]. Zulässig ist aber mindestens beim Freihandverkauf auch die aufschiebende oder sogar auflösende[97] Bedingung des Nichteintritts oder Rücktritts des Erwerbers innert kurzer Frist nach Erlass der öffentlichrechtlichen Verfügung, beispielsweise bei Entdecken eines gravierenden Mangels als eine Art Wandelung[98].

Inhalt der öffentlichrechtlichen Verfügung ist neben allfälligen Bedingungen die Beschreibung des Verwertungsgegenstandes[99], also bei der Verwertung von Unternehmen (bzw. dessen Aktiven) oder der Anteile an einem solchen die Beschreibung der Aktiven oder der Anteile.

Inhalt der öffentlichrechtlichen Verfügung ist natürlich auch die Angabe des Preises[100]. Dieser muss bestimmt oder bestimmbar sein[101]. Bei der öffentlichen Versteigerung wird Bestimmbarkeit nur in Ausnahmefällen in Frage kommen[102]. Bei Freihandverkäufen genügt Bestimmbarkeit, mindestens dann, wenn die Bestimmung innert kurzer Frist nach Erlass der öffentlichrechtlichen Verfügung erfolgen kann. Dadurch werden bei der Verwertung von Unternehmen (bzw. dessen Aktiven) oder Anteilen an solchen durch Freihandverkauf Bestimmungen über nachträgliche Preisanpassungen, d.h. sogenannte post closing price adjustment Bestimmungen, möglich[103]. Dadurch werden bei solchen Verwertungen auch Preisrückbehalte zur Absicherung gewisser Risiken, z.B. aus Gewährleistungen oder aus Art. 333 OR[104], möglich.

Inhalt der öffentlichrechtlichen Verfügung sind weiter die Zahlungsmodalitäten. Bei der öffentlichen Versteigerung ist Barzahlung unmittelbar nach dem Zuschlag (bzw., bei aufschiebenden Bedingungen, nach Eintritt dieser Bedingungen) die Regel, wobei aber eine Zahlungsfrist von 20 Tagen bzw. bei Grundstücken von 6 Monaten im ordentlichen Konkursverfahren und von 3 Monaten im summarischen Konkursverfahren gewährt werden kann[105]. Beim Freihandverkauf sind diese Bestimmungen nicht analog anwendbar[106], was mehr Flexibilität erlaubt, ge-

93 BGE 107 III 21; BGE 106 III 82 f.; z.B. *Franco Lorandi*, Betriebsübernahmen im Zusammenhang mit Sanierungen und Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, 103; *Karl Spühler/Dominik Infanger*, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung – Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und im Nachlassvertrag? in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, 229; SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 12, 16, 29, 51; *Amonn/Gasser* (zit. Anm. 5), § 47 N 1, § 26 N 22 ff.; OR-*Ruoss*, Vorbemerkungen zu Art. 229–236, N 11; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 17 ff.; *Baumgartner* (zit. Anm. 5), 168, 170; siehe aber auch Bundesgerichtsentscheid in: RVJ 1997 298 ff., in welchem der Freihandverkauf als verwaltungsrechtlicher Vertrag bezeichnet wird.

94 SchKG-*Häusermann/Stöckli/Feuz*, Art. 143b N 5 bezüglich Betreibung auf Pfändung bzw. Pfandverwertung; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 38 f. bezüglich Freihandverkauf.

95 *Bettina Deillon-Schegg*, Übergang des Grundeigentums und Untergang von Grundpfandrechten infolge Zwangsversteigerung, ZBGR 2000, 101; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 66 f., 87 f., 191; bezüglich Vorbehalt der Zustimmung der Gläubiger: Behörde des Kantons Neuenburg, in: BlSchK 1995, 31; bezüglich Vorbehalt der Zustimmung der Gläubiger; *Vonder Mühll* (zit. Anm. 68), 3.

96 *Graham-Siegenthaler* (zit. Anm. 50), 86; *Häusermann* (zit. Anm. 65), 515; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 318.

97 Siehe auch *Deillon-Schegg* (zit. Anm. 95), 100 f., 114 f. bezüglich resolutiver Bedingtheit jeder öffentlichrechtlichen Verfügung.

98 Dazu beim Unternehmenskauf im Allgemeinen *Markus Vischer*, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001, 361 f.; dazu auch nachstehend bei Anm. 114.

99 *Lorandi* (zit. Anm. 23), 79.

100 *Lorandi* (zit. Anm. 23), 79.

101 *Lorandi* (zit. Anm. 23), 79.

102 *Lorandi* (zit. Anm. 23), 79, 140 f.

103 Dazu im Allgemeinen beim Unternehmenskauf z.B. *Vischer* (zit. Anm. 98), 363 f.; *Watter* (zit. Anm. 2), N 261, 490 ff.

104 Dazu nachstehend II.I.

105 Art. 259 Abs. 1 SchKG i.V. mit Art. 129 Abs. 2 SchKG bzw. Art. 136 SchKG für das ordentliche Konkursverfahren und Art. 231 Abs. 3 Ingress i.V. mit Art. 259 Abs. 1 i.V. mit Art. 129 SchKG und Art. 96 lit. b Satz 2 KOV für das summarische Konkursverfahren.

106 A.M. *Lorandi* (zit. Anm. 23), 86.

rade auch im Hinblick auf ein post closing price adjustment. Ausnahmsweise kann der Preis nicht in bar, sondern ganz oder teilweise anderweitig bezahlt werden, z.B. durch Übernahme von Masseverbindlichkeiten oder durch Verrechnung[107].

Inhalt der öffentlichrechtlichen Verfügung sind weiter Gewährleistungen. Zwar ist bei der öffentlichen Versteigerung und beim Freihandverkauf abgesehen vom Fall der absichtlichen Täuschung die gesetzliche Gewährleistung nach Kaufrecht[108] ausgeschlossen, doch sind Zusicherungen zulässig[109]. Entsprechend verlangt Art. 45 Abs. 1 lit. g VZG bei Grundstücken nicht den Ausschluss jeder Gewährleistung, sondern lediglich den[110] Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistung, während Zusicherungen abgegeben werden dürfen[111]. Zusicherungen dürfen insbesondere dann abgegeben werden, wenn sich dadurch der erzielte Preis erhöhen lässt[112] und wenn sichergestellt wird, dass die Haftung aus Gewährleistung innert kurzer Frist nach Erlass der öffentlichrechtlichen Verfügung erledigt ist. Das bedingt einen genauen Beschrieb der Rechtsfolgen bei Verletzung einer gesetzlichen Gewährleistung bei absichtlicher Täuschung oder bei Verletzung von Zusicherungen[113]. Denkbar ist ein Rücktritt als eine Art Wandelung[114] oder eine Preisreduktion als eine Art Minderung[115], wobei Letzteres zu einer Art post closing price adjustment führt[116]. Sind die Rechtsfolgen nicht geregelt, ist die öffentlichrechtliche Verfügung im Fall einer gesetzlichen Gewährleistung bei absichtlicher Täuschung oder bei Verletzung von Zusicherungen mittels Beschwerde anfechtbar[117].

[107] Dazu BGE 111 III 60; BGE 79 III 23.

[108] Zur gesetzlichen Gewährleistung beim Unternehmenskauf im Allgemeinen *Peter Böckli*, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Merger & Acquisitions, Zürich 1998, 62 ff.

[109] Art. 234 Abs. 1 OR; BGE 120 III 136 ff.; widersprüchlich BGE 95 III 22 und 24; zu absolut SchKG-*Bürgi*, Art. 258 N 9; SchKG-*Häusermann/Stöckli/Feuz*, Art. 143b N 4 bezüglich Freihandverkauf im Rahmen der Betreibung auf Pfändung bzw. Pfandverwertung; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 87.

[110] Unter Vorbehalt der absichtlichen Täuschung stehenden.

[111] A.M. *Anton Pestalozzi*, Der Steigerungskauf, Kurzkommentar und Zitate zu Art. 229–236 OR, Zürich, 1997, Art. 234 N 1109 f., 1120; widersprüchlich BGE 95 III 22 und 24.

[112] Was bei der Verwertung von Unternehmen (bzw. deren Aktiven) oder Anteilen an solchen in der Regel der Fall ist.

[113] Dazu beim Unternehmenskauf im Allgemeinen *Vischer* (zit. Anm. 98), 361 ff.

[114] Dazu schon vorstehend bei Anm. 98.

[115] Dazu beim Unternehmenskauf im Allgemeinen *Vischer* (zit. Anm. 98), 362 ff.

[116] Siehe dazu schon bei Anm. 103.

[117] Zur Anfechtung bei Grundlagenirrtum und absichtlicher Täuschung nachstehend II.H.

Empfohlener Inhalt der öffentlichrechtlichen Verfügung sind weiter gewisse Aufklärungen[118], die im Hinblick auf die Gewährleistung und nach den Irrtumsregeln bedeutsam sind[119]. Die entsprechende Aufklärungspflicht des Konkursamtes bzw. der Konkursverwaltung bei der Verwertung von Unternehmen geht aber kaum so weit wie die Aufklärungspflicht des Verkäufers bei Unternehmensverkäufen im Allgemeinen[120].

H. Anfechtbarkeit der öffentlichrechtlichen Verfügung

Die öffentlichrechtliche Verfügung kann sowohl bei der öffentlichen Versteigerung als auch beim Freihandverkauf mit Beschwerde angefochten werden[121]. Die relative Frist beträgt 10 Tage seit Kenntnis der öffentlichen Verfügung und des Anfechtungsgrunds[122]. Die absolute (Verwirkungs-)Frist beträgt ein Jahr nach der öffentlichrechtlichen Verfügung[123].

Beschwerdelegimitiert sind alle, die in ihren gesetzlich geschützten Interessen verletzt sind[124], so Mitbieter z.B. bei Verfahrensverletzungen[125] oder der Erwerber z.B. bei Grundlagenirrtum oder bei absichtlicher Täuschung.

Die Beschwerde kann betreibungsrechtlich oder auch materiellrechtlich begründet werden[126].

Die öffentlichrechtliche Verfügung ist insbesondere anfechtbar bei Fehlen der gesetzlichen Voraussetzung für eine öffentliche Versteigerung oder einen Freihandverkauf, z.B. bei einem angeblichen Notverkauf bei Fehlen der entsprechenden Voraussetzungen oder bei einem Freihandverkauf bei Verweigerung des Rechts zum höheren Angebot, obwohl dieses hätte gewährt werden müssen[127].

[118] *Lorandi* (zit. Anm. 23), 88 f., 139; siehe BGE 95 III 24; BGE 79 III 118 f.; Aufsichtsbehörde Bern in: BlSchK 1960, 50 ff.

[119] Auch nachstehend II.H.

[120] Dazu *Vischer* (zit. Anm. 86), 231 ff.

[121] Art. 259 i.V. mit Art. 132a und 143a SchKG analog bezüglich ordentlichem Konkursverfahren und Art. 231 Abs. 3 Ingress i.V. mit Art. 259 i.V. Art. 132a und 143a SchKG analog bezüglich summarischem Konkursverfahren.

[122] Art. 132a Abs. 2 SchKG.

[123] Art. 132a Abs. 3 SchKG.

[124] BGE 119 III 83.

[125] BGE 121 III 199.

[126] *Amonn/Gasser* (zit. Anm. 5), § 26 N 24.

[127] BGE 107 III 22 ff. bezüglich Verwertung in Betreibung auf Pfändung; BGE 101 III 56 f.; Kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs (des Kantons St. Gallen), in: BlSchK 2000, 68; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 191; siehe zu den Voraussetzungen der öffentlichen Versteigerung und des Freihandverkaufs im Allgemeinen vorstehend II.C.

Die öffentlichrechtliche Verfügung ist weiter bei Grundlagenirrtum[128] und bei absichtlicher Täuschung des Erwerbers anfechtbar. Es ist aber zu beachten, dass wegen der[129] nicht stattfindenden gesetzlichen Gewährleistung[130] eine Berufung auf Grundlagenirrtum nur ausnahmsweise möglich ist[131]. Es ist m.E. zulässig, die Rechtsfolgen solcher Tatbestände gleich wie die Rechtsfolgen der Gewährleistung in der öffentlichrechtlichen Verfügung zu regeln und im Falle eines Grundlagenirrtums oder einer absichtlichen Täuschung[132] einen Rücktritt als eine Art Wandelung oder eine Preisreduktion als eine Art Minderung vorzusehen[133].

Der gute Glaube des Erwerbers steht einer Anfechtung in der Regel nicht entgegen, insbesondere dann nicht, wenn eine gesetzliche Voraussetzung der öffentlichen Versteigerung oder des Freihandverkaufs nicht gegeben ist[134].

Die öffentlichrechtliche Verfügung kann auch nichtig sein, wobei dies jedoch selten der Fall ist[135].

I. Wirkung der öffentlichrechtlichen Verfügung

Bei der öffentlichen Versteigerung erwirbt der Erwerber unmittelbar mit dem (rechtskräftigen) Zuschlag[136] originär die vollen Rechte am Vermögensgegenstand[137]. Die Vornahme der nach Zivilrecht nötigen Verfügungsgeschäfte, bei Fahrnis z.B. der traditio, bei Grundstücken der öffentlichen Beurkundung und des Eintrags im Grundbuch, bei Forderungen der Zession, etc., ist damit nicht mehr nötig. Die bei einem Aktivenkauf, d.h. einem sogenannten asset deal[138], ausserhalb eines Erwerbs im Konkurs einzuhaltenden Formalitäten der Übertragung der Aktiven mittels Singularsukzession entfallen[139]. Das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung hat aber den Zustand herzustellen, der dem materiellen Ergebnis der öffentlichen Versteigerung entspricht. So hat es bzw. sie z.B. bei Fahrnis die Übergabe vorzunehmen und bei Grundstücken und Immaterialgüterrechten für die nötigen Eintragungen und Löschungen zu sorgen[140].

Beim Freihandverkauf soll dies nach einem Teil der Lehre und Rechtsprechung nicht gelten. Vielmehr soll es hier zusätzlich zur öffentlichrechtlichen Verfügung noch der Vornahme des nach Zivilrecht nötigen Verfügungsgeschäfts bedürfen, z.B. bei Grundstücken der öffentlichen Beurkundung und des Eintrags im Grundbuch[141]. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Es ist nicht einzusehen, wieso es sich bei der öffentlichen Versteigerung anders als beim Freihandverkauf verhalten soll. Entsprechend erwirbt der Erwerber auch beim Freihandverkauf unmittelbar mit der (rechtskräftigen) öffentlichrechtlichen Verfügung originär die vollen Rechte am Vermögensgegenstand[142]. Erneut hat das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung den Zustand herzustellen, der dem materiellen Ergebnis des Freihandverkaufs entspricht.

Intensiv wird momentan diskutiert, ob die öffentlichrechtliche Verfügung unter den Voraussetzungen

128 BGE 79 III 117 f.; Obergericht, Aufsichtsbehörde SchK (des Kantons Solothurn), in: SOG 1999, 27 ff.; z.B. SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 29; OR-*Ruoss*, Art. 230 N 18; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 88 f., 201 f.

129 Ausser im Falle einer absichtlichen Täuschung.

130 Dazu vorstehend II.G.

131 BGE 95 III 23; siehe auch zur Berufungsmöglichkeit auf Grundlagenirrtum bei wegbedungener Gewährleistung bei Unternehmenskäufen im Allgemeinen *Vischer* (zit. Anm. 98), 366.

132 Dazu vorstehend II.G.

133 Dazu beim Unternehmenskauf im Allgemeinen *Vischer* (zit. Anm. 98), 367 f.

134 Kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs (des Kantons St. Gallen), in: BlSchK 2000, 68; SchKG-*Rutz*, Art. 132a N 13; a.M. *Fritzsche/Walder* (zit. Anm. 74) § 51 N 4; zum Ganzen ausführlicher *Lorandi* (zit. Anm. 23), 206.

135 Ausführlich dazu *Lorandi* (zit. Anm. 23), 189 ff.

136 Und eventuell nach Eintritt allfälliger aufschiebender Bedingungen, dazu vorstehend II.G.; auch *Deillon-Schegg* (zit. Anm. 95), 101, 114.

137 Art. 656 Abs. 2 ZGB und Art. 66 Abs. 1 VZG bezüglich Grundeigentum; BGE 117 III 42 f.; 106 III 85; z.B. *Deillon-Schegg* (zit. Anm. 95), 107; ZGB-*Laim*, Art. 656 N 44; SchKG-*Bürgi*, Art. 258 N 8; OR-*Ruoss*, Art. 229 N 2, 235 N 6; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 110 f.; siehe auch *Deillon-Schegg* (zit. Anm. 95), 100 f., 114 f. bezüglich resolutiv bedingtem Erwerb der vollen Rechte infolge der Resolutivbedingung der Gutheissung einer Beschwerde.

138 Dazu im Allgemeinen *Rudolf Tschäni*, Übernahme- und Zusammenschlussformen, in: ders. (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Zürich 1998, 3.

139 Zu diesen Formalitäten im Einzelnen z.B. *Raffael Büchi*, Spin-off, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, Bern 2001, 94 ff.; *Tschäni* (zit. Anm. 138), 5 ff.

140 Art. 264 Abs. 2 i.V. mit Art. 150 Abs. 3 SchKG betreffend ordentliches Konkursverfahren und Art. 96 Abs. 2 lit. c KOV i.V. mit Art. 150 Abs. 3 SchKG betreffend summarisches Konkursverfahren; z.B. *Deillon-Schegg* (zit. Anm. 95), 116; SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 8; *Amonn/Gasser* (zit. Anm. 5), § 28 N 63; siehe auch Art. 66 VZG betreffend Grundstücke.

141 Z.B. SchKG-*Bürgi*, Art. 256 N 16, 25; ZGB-*Laim*, Art. 656 N 44; siehe auch Chambre des poursuites du Tribunal cantonal (des Kantons Freiburg), in RFJ 2000, 296.

142 BGE 128 III 104 ff. (anders nach BGE 106 III 85); *Spühler/Infanger* (zit. Anm. 93), 229; SchKG-*Häusermann/Stöckli/Feuz*, Art. 143b N 57 ff. bezüglich Freihandverkauf im Rahmen der Betreibung auf Pfändung bzw. Pfandverwertung; *Amonn/Gasser* (zit. Anm. 5), § 28 N 75, 79; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 109 ff. mit ausführlicher Begründung.

von Art. 333 OR auch den Übergang der im Zeitpunkt (der Rechtskraft) der öffentlichrechtlichen Verfügung bestehenden Arbeitsverhältnisse und der in diesem Zeitpunkt bestehenden offenen Forderungen der Arbeitnehmer bewirke, und damit, ob Art. 333 OR im Konkurs anwendbar sei. Nach einem Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 22.10.2001[143], welches nach einer Anfrage der Swissair Task Force des Bundes und des seco erstellt wurde, ist dies nicht der Fall. Begründet wird diese m.E. zutreffende Meinung vom Bundesamt für Justiz damit, dass eine grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegung von Art. 333 OR nicht zu einer eindeutigen Antwort führe und damit Raum lasse für eine Nichtanwendung dieser Bestimmung im Konkurs (und in anderen insolvenzrechtlichen Verfahren, die unter behördlicher Aufsicht erfolgen wie das Nachlassverfahren)[144]. Dennoch sei wegen der Unsicherheiten über die Anwendbarkeit von Art. 333 OR einem Erwerber eines Unternehmens aus dem Konkurs empfohlen, einen Teil des Kaufpreises zurückzubehalten und nur unter der aufschiebenden Bedingung zu bezahlen, dass bis zu einem gewissen Zeitpunkt keine Forderungen aus Art. 333 OR gegen ihn gestellt würden[145].

Die Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenskäufen aus dem Konkurs ist ein Teil der umfassenderen Problematik der Pflichtensukzession bei solchen Käufen. Sie ist von Fall zu Fall aufgrund der verschiedenen Gesetzesbestimmungen zu lösen[146].

Nicht zu diesen gehört Art. 181 OR, welche Bestimmung im Konkurs keine Anwendung findet, nachdem Passiven im Konkurs grundsätzlich nicht Verwertungsgegenstand bilden[147].

III. Schlussfolgerungen

Der Unternehmenserwerb aus dem Konkurs ist kein «normaler» Unternehmenskauf. Er hat öffentlichrechtlichen Charakter und muss sich in vielen Punkten an das Korsett der SchKG-Normen halten. Es besteht aber in Bezug auf das Verfahren ein grösserer Spielraum, als gemeinhin angenommen wird, gerade was die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Freihandnotverkaufs betrifft. Das Gleiche gilt in Bezug auf die Ausgestaltung der Konditionen des Unternehmenserwerbs, insbesondere dann, wenn der Unternehmenserwerb im summarischen Konkursverfahren als Freihandnotverkauf abgewickelt wird, was die Regel ist[148]. Der Unternehmenserwerb aus dem Konkurs nähert sich dann weitgehend dem «normalen» Unternehmenskauf an, sowohl was den Ablauf als auch was die Bedingungen des Unternehmenserwerbs anbetrifft. Dennoch sollte sich der Erwerber der besonderen Natur des Unternehmenserwerbs aus dem Konkurs bewusst bleiben und sich insbesondere das Anfechtungsrisiko vor Augen halten. Dieses gilt es zu minimieren, z.B. beim Freihandnotverkauf (bis zur Klärung der Rechtslage) dadurch, dass den Gläubigern das Recht zum höheren Angebot eingeräumt wird.

143 VPB 2002 Nr. 8.

144 Gl.M. z.B. Kantonale Schiedskommission für Arbeitslosenversicherung, in: BJM 2000, 31 ff.; *Dominik Infanger,* Die Sanierung steht im Mittelpunkt, NZZ Nr. 267 vom 16.11.2001, 27; *Dominik Infanger,* Heikler Übergang von Swissair zu Crossair, NZZ Nr. 254 vom 1.11.2001, 27; *Michael Winkler,* Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001, 99; *Spühler/Infanger* (zit. Anm. 93), 227 ff.; *Barbara Graham-Siegenthaler,* Entwicklung der Konkursprivilegien gemäss Art. 219 SchKG, SZW 2000, 18 f.; *Ursula Fuchs,* Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten, Basel/Genf/München 1999, 94 ff.; SchKG-*Vollmar,* Art. 298 N 18; *Rico Camponovo,* Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, Der Schweizer Treuhänder 1998, 1421; a.M. z.B. *Edi Class,* Plädoyer für den Schutz alter Arbeitsverträge, NZZ Nr. 267 vom 16.11.2001, 27; *Lorandi* (zit. Anm. 23), 103 ff.; BK-*Staehelin/Vischer,* Art. 333 OR N 3; differenzierend *Hans Hofstetter,* Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, AJP 1998, 931; *Thomas Geiser,* Betriebsübernahmen und Massenentlassungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Franz Hasenböhler/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht, Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, Zürich, 1997, 106 ff; zum Fall eines Betriebsübergangs vor Eröffnung des Konkurses BGE 127 V 183.

145 *Hofstetter* (zit. Anm. 144), 930; zu Bedingungen in der öffentlichrechtlichen Verfügung im Allgemeinen vorstehend II.G.

146 Siehe z.B. bezüglich AHV-Beitragsschulden bei einer Geschäftsübernahme allerdings ausserhalb eines Konkurses BGE 119 V 399.

147 Vorne II.A.; gl.M. bez. Anwendbarkeit von Art. 181 OR im Konkurs *René Des Gouttes,* SJK 70 FN 16; a.M. ZK-*Spirig,* Art. 181 OR N 25.

148 Zur Tatsache, dass das summarische Konkursverfahren in der Praxis häufiger ist als das (sogenannte) ordentliche Konkursverfahren, z.B. *Vouilloz* (zit. Anm. 54), 968.