



Artikel: Die Auffanggesellschaft

22. Juni 2020

Marc Schaffner, lic. iur, pat. Sachwalter

Zahlreiche Unternehmen werden in Folge der Corona-Krise in existenzielle Bedrängnis geraten. Vielen wird es gelingen, die Krise zu bewältigen. Für andere wird der Konkurs unabwendbar. Wie mittels Gründung einer Auffanggesellschaft die überlebensfähige Substanz des Unternehmens gerettet werden kann, erfahren Sie in diesem Artikel.

Im BDO Newsletter vom 27. Mai 2020 («Wie Sie den Konkurs abwenden können») haben wir die Möglichkeiten und Massnahmen zur Abwendung eines Konkurses dargestellt. Ist ein Konkurs oder eine Liquidation des Unternehmens im Rahmen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung unausweichlich, wird oftmals wertvolle und auch gesunde Unternehmenssubstanz zerschlagen. In manchen Fällen kann eine solche wenig ökonomische Zerschlagung mit einer sogenannten Auffanggesellschaft verhindert werden.

Das Gesetz verwendet den Begriff der Auffanggesellschaft (société reprenante, società subentrante) in Art. 314 Abs. 1bis und Art. 318 Abs. 1bis des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG). Allerdings ohne zu definieren, wie eine solche Gesellschaft auszugestalten ist (mehr dazu weiter unten).

Ausgangspunkt «begründete Besorgnis einer Überschuldung» (Art. 725 Abs. 2 OR)

Über die Pflichten des Verwaltungsrates bzw. der Geschäftsführung von Unternehmen in finanzieller Not haben wir im BDO Newsletter vom 16. März 2020 ausführlich berichtet («Kapitalverlust und Überschuldung - Pflichten des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung»). Der Verwaltungsrat hat unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen, wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sind (sog. hälftiger Kapitalverlust, Art. 725 Abs. 1 OR). Besteht gar begründete Besorgnis einer Überschuldung, ist eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten zu erstellen (Überschuldung, Art. 725 Abs. 2 OR). Grundsätzlich basiert die Bilanzierung auf der Grundlage von Fortführungswerten (sog. «going concern»). Die Bilanzierung zu Liquidationswerten ist angezeigt, wenn die Weiterführung des Unternehmens oder von Teilen davon nicht mehr mit Sicherheit vorausgesetzt werden kann (vgl. Art. 958a OR).

Problem: Die Bewertung

Die Bewertung zu Liquidationswerten kann insbesondere auf Liegenschaften stille Reserven offenbaren, führt jedoch bei Positionen wie Maschinen, Warenlager etc. in der Regel zu enormen Wertminderungen. Dies nicht nur, weil der Einzelgegenstand weniger Wert darstellt als im Gesamtrahmen des Unternehmens, sondern auch, weil die zu berücksichtigenden Verwertungskosten in einer Einzelliquidation erheblich ins Gewicht fallen. Verfügt der Verwaltungsrat nicht über das notwendige Fachwissen, empfiehlt es sich, bei der Ermittlung der Liquidationswerte Experten beizuziehen.

Liegt nur zu Fortführungswerten eine Überschuldung vor, sind offenbar stille Reserven vorhanden, welche die Deckung der Verbindlichkeiten ermöglichen würden, sodass auf die Konkurseröffnung verzichtet werden kann. Der Richter ist zu benachrichtigen, wenn nach beiden Bewertungsmethoden eine Überschuldung ausgewiesen wird (Art. 725 Abs. 2 OR).

Begriff der Auffanggesellschaft

Wenn auch eine Reorganisation im technischen, administrativen oder finanziellen Bereich keine Wiederherstellung einer gesunden wirtschaftlichen Basis in Aussicht stellt, so ist der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 Abs. 2 OR verpflichtet, den Richter zu benachrichtigen und den Konkurs eröffnen zu lassen (siehe auch BDO Newsletter vom 16. März 2020: («Kapitalverlust und Überschuldung - Pflichten des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung»). Um zu verhindern, dass der Konkurs zur Liquidation von an sich lebensfähiger und somit wertvoller Unternehmenssubstanz führt, bietet die Gründung einer Auffanggesellschaft die Möglichkeit, Betriebsteile und betriebswesentliche Aktiven, allenfalls auch ausgewählte Passiven, in eine neue Gesellschaft überzuführen und damit auf eine gesunde Basis zu stellen.

Arten von Auffanggesellschaften

Auffanggesellschaft im engeren Sinne

Als solche wird die unter Mitwirkung bzw. Zustimmung einer qualifizierten Gläubigermehrheit in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder in einem Konkursverfahren entstandene Auffanggesellschaft bezeichnet.

Auffanggesellschaft im weiteren Sinne

Darunter werden alle anderen Varianten von Auffanggesellschaften verstanden.

Eine Auffanggesellschaft entsteht grundsätzlich mit ihrer Gründung. Das kann ohne Weiteres bereits vor einer möglichen Konkursöffnung bzw. vor Bewilligung einer Nachlassstundung geschehen. Mit der Gründung einer Auffanggesellschaft wird lediglich ein potenzielles Auffanggefäss bereitgestellt.

Viel bedeutungsvoller ist die Unterscheidung, zu welchem Zeitpunkt die Übertragung von Aktiven stattfindet bzw. stattgefunden hat.

Die Auffanggesellschaft mit amtlicher Mitwirkung

Eine Weiterführung von gesunden Unternehmensteilen ist nur dann sinnvoll, wenn der Betrieb nahtlos übergeht, also keine wesentlichen Betriebsunterbrüche entstehen.

Zwar sieht das SchKG die Fortführung eines Betriebes im Konkurs vor, jedoch steht der Betrieb in der Regel mindestens bis zur ersten Gläubigerversammlung still. Damit gehen wertvolle Zeit und Auftragspotenzial verloren. Zudem wird die Entscheidungsfindung durch die Mitsprache der Konkursbehörden und Gläubiger ausserordentlich erschwert – eine erfolgreiche Weiterführung wird oftmals illusorisch.

Im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung ist die Übertragung von Aktiven, insbesondere nach der Revision des Sanierungsrechtes im SchKG per 1. April 2014, deutlich verbessert und vereinfacht. Art. 317 Abs. 1 SchKG sieht neben der Abtretung der Aktiven an die Gläubigergesamtheit auch die Abtretung an einen Dritten vor. Soll bereits während des Stundungsverfahrens eine solche Übertragung stattfinden, müssen Sachwalter und Gericht, allenfalls ein bereits eingesetzter Gläubigerausschuss, zustimmen. Soll die Übertragung im Rahmen des Nachlassvertrages erfolgen, müssen die Gläubiger ihre Zustimmung geben.

Ist also ein Nachlassgesuch bewilligt oder der Konkurs bereits eröffnet, ist eine Überführung von Aktiven der Schuldnerin in eine Auffanggesellschaft ohne amtliche Mitwirkung, sei es durch das Konkursamt, ein Gericht, einen Sachwalter, einen Gläubigerausschuss oder eine qualifizierte Gläubigermehrheit, nicht mehr möglich.

Immerhin haben die Verfahren mit amtlicher Mitwirkung den Vorteil, dass in der Regel die derart erfolgten Übertragungen von Vermögensteilen nicht oder nur sehr eingeschränkt anfechtbar sind (siehe weiter unten).

Die Auffanggesellschaft ohne amtliche Mitwirkung

Der Entscheid für eine Auffanggesellschaft wird oft unter enormem Zeitdruck gefällt, wenn der Betrieb ohne Unterbruch weitergeführt werden soll. Um den oben erwähnten Hindernissen auszuweichen, bietet sich eine Auffanggesellschaft im weiteren Sinne, also ohne amtliche Mitwirkung, an. In dieser Form ist eine den individuellen Bedürfnissen der weiterzuführenden Betriebsteile angepasste Lösung ohne gesetzliche Dispositionsbeschränkungen (Art. 204 SchKG im Konkurs; Art. 298 SchKG im Nachlassverfahren) und langwierige Entscheidungsprozesse und, nicht zu unterschätzen, ohne grosse Publizität möglich. Obwohl juristisch gesehen ein neues Unternehmen entsteht, darf in einem betriebswirtschaftlichen Sinne von «Sanierung» gesprochen werden.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf wesentliche Problemstellungen bei der Auffanggesellschaft ohne amtliche Mitwirkung.

Entscheid für eine Auffanggesellschaft

Ein entscheidendes Kriterium ist, ob der Verwaltungsrat bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit eine Überschuldung hätte feststellen und Massnahmen hätte ergreifen müssen. Die Gründung einer Auffanggesellschaft ist eine aufwändige und auch kostspielige Massnahme, um lebensfähige Unternehmensteile, Arbeitsplätze und Goodwill¹ vor der endgültigen Zerschlagung zu bewahren.

Dem Entscheid, eine Auffanggesellschaft zu gründen, geht demnach die Erkenntnis der Überschuldung und Unausweichlichkeit eines Konkurses voraus. Soll eine Auffanggesellschaft ohne amtliche Mitwirkung gegründet werden, müssen unverzüglich Massnahmen getroffen werden, denn die Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR kann nur kurze Zeit hinausgeschoben werden. Dies, weil sich sonst der Verwaltungsrat möglicherweise eine Konkursverschleppung vorwerfen lassen muss, mit entsprechenden Haftungsfolgen. Im Vordergrund steht dabei eine realistische Bewertung des Unternehmens bzw. der gesunden Teile und insbesondere eine kompetente Beurteilung der Sanierungsaussichten mittels einer Auffanggesellschaft.

Die Gründung einer Auffanggesellschaft als unabhängige Drittgesellschaft (also ausserhalb der Schuldnerin) und die Übertragung von Aktiven der Schuldnerin ist eine Gratwanderung - sowohl für den Verwaltungsrat (VR) der Schuldnerin wie auch für den VR der Auffanggesellschaft. Denn sie birgt in verschiedener Hinsicht die Gefahr der Schädigung der Interessen von Gläubigern und Aktionären in sich, wenn der überschuldeten Gesellschaft ohne oder ohne adäquate Gegenleistung Substrat entzogen wird. Durch den Verwaltungsrat genau abzuwägen und zu prüfen sind deshalb die Bedingungen und Werte, zu welchen Aktiven von der Schuldnerin in eine Auffanggesellschaft übertragen werden. Es drohen Verantwortlichkeitsklagen gegen den Verwaltungsrat wegen Verletzungen der Sorgfaltspflicht oder gar strafrechtliche Konsequenzen (vgl. Art. 163 und 164 StGB). Ansprüche aus Verantwortlichkeitsklagen verringern zwar nicht die Substanz, schaden aber unter Umständen dem Ansehen und der Glaubwürdigkeit. Mit sogenannten paulianischen Anfechtungsklagen (vgl. Art. 285 ff SchKG) können Gläubiger bei nicht verhältnismässiger Gegenleistung gegen die neue Gesellschaft vorgehen. Solche Klagen können der neuen Gesellschaft ausgesprochen gefährlich werden, da bei Obsiegen des Klägers der Auffanggesellschaft eingebrachte Substanz wiederum entzogen wird.

Dieser Konsequenz kann dadurch vorgebeugt werden, dass das überschuldete Unternehmen an der Auffanggesellschaft beteiligt ist, zum Beispiel indem sie selbst die werthaltigen Betriebsteile mittels Sacheinlagegründung in eine Tochtergesellschaft einbringt. Damit werden der Schuldnerin keine Werte entzogen, da die Beteiligung im Vermögen der Schuldnerin bleibt. Diese Beteiligung kann später an Stelle einer Dividende oder als Teil davon an die Gläubiger verteilt werden (vgl. Art. 314 Abs. 1bis und Art. 318 Abs. 1bis SchKG). Denkbar ist auch eine separate Auffanggesellschaft, die im Einvernehmen oder unter Beteiligung der Gläubiger und allenfalls der Aktionäre gegründet wird (vgl. dazu weiter unten).

Mitwirkung der Gläubiger

Grundsätzlich steht dem Gläubiger ausserhalb von Konkurs- und Nachlassverfahren kein Mitwirkungsrecht bei der Entscheidungsfindung über die Gründung einer Auffanggesellschaft zu.

Damit die Sanierung durch Gründung einer Auffanggesellschaft nicht im Vorhinein zum Scheitern verurteilt ist, wird es dennoch in den meisten Fällen angezeigt sein, zumindest die Hauptgläubiger mitwirken zu lassen. Als Hauptgläubiger sind Banken zu nennen, welche die Betriebskredite für die Auffanggesellschaft stellen sollen. Zudem Lieferanten von nicht substituierbaren, für die weitere Produktion notwendigen Materialien und Grundstoffen. Durch den Verwaltungsrat zu überprüfen ist die Mitwirkung allfälliger weiterer Gläubiger, deren Forderungen nicht sichergestellt sind und bei denen mit Verantwortlichkeitsklagen gegen den Verwaltungsrat oder mit paulianischen Anfechtungsklagen gerechnet werden muss.

Mitwirkung der Aktionäre

Verunmöglicht das Ausgliedern von Teilen des Unternehmens in eine Auffanggesellschaft den weiteren Betrieb des Unternehmens selbst, kommt dies möglicherweise einer Zweckänderung, allenfalls einem Auflösungsbeschluss gleich. Der Verwaltungsrat kann in diesem Fall nicht ohne Weiteres, gestützt auf die Vertretungsbefugnis aus Art. 718a Abs. 1 OR, die Auffanggesellschaft errichten, sondern es haben die Aktionäre gemäss Art. 698 OR über die Generalversammlung als oberstes Organ darüber zu bestimmen. Eine Generalversammlung muss der VR ohnehin gemäss Art. 725 Abs. 1 OR einberufen, um Sanierungsmassnahmen vorzuschlagen.

Diese zwingende Mitwirkung der Aktionäre wurde vom Bundesgericht in BGE 116 II 320 ff. insofern relativiert, als dass es eine entsprechende Kompetenzerweiterung des Verwaltungsrates unter besonderen Umständen zulässt bzw. die Mitwirkung der Aktionäre ausschliesst, wenn dringender Handlungsbedarf besteht, weil der Gesellschaftszweck ohnehin nicht mehr erreicht werden kann und ein Beschluss durch eine Generalversammlung nicht rechtzeitig gefasst werden kann. Kurz: Wenn es zu retten gilt, was noch zu retten ist.

Beteiligungsformen

Die Auffanggesellschaften unterscheiden sich lediglich in der Beteiligungsstruktur der überschuldeten Gesellschaft. Bei Ausgliederung als reines **Tochterunternehmen der Schuldnerin** ist der ausgegliederte Unternehmensteil vor der Zerschlagung im Konkurs der Muttergesellschaft geschützt. Es wird lediglich das Aktienpaket der Tochtergesellschaft bewertet und versilbert. In diesem Falle sind Verantwortlichkeitsklagen oder paulianische Anfechtungsklagen kaum zu erwarten.

Eine andere mögliche Lösung bietet die Variante einer **mehr oder weniger hohen Beteiligung der alten Gesellschaft und von Dritten**. Bei Drittbeteiligungen ist vorab an wichtige Lieferanten und grössere Gläubiger zu denken. Diese Variante birgt ein gewisses Risiko der einseitigen Gläubigerbevorzugung in sich, zudem die Gefahr von paulianischen Anfechtungen oder Verantwortlichkeitsklagen.

Denkbar ist auch die Gründung einer **völlig unabhängigen Auffanggesellschaft ohne Beteiligung der alten Gesellschaft und deren Gesellschaftern**. Die unabhängige Gesellschaft wird zunächst durch Bareinlagen gegründet und kauft die wesentlichen Aktiven der überschuldeten Gesellschaft im Sinne einer beabsichtigten Sachübernahme. Bei dieser Vorgehensweise setzt sich der Verwaltungsrat möglicherweise dem Vorwurf aus, die Aktiven zu billig veräussert zu haben.

Bevor also der Verwaltungsrat eine Auffanggesellschaft im weiteren Sinne gründet und Teile der Aktiven ohne Mitwirkung von Aktionären ausgliedert, muss mit aller Sorgfalt eine umfassende Abklärung der Sanierungsaussichten, des gesicherten Fortbestandes der Auffanggesellschaft und des Wertes der ausgegliederten Unternehmensteile erfolgen.

Das Dilemma bei Auffanggesellschaften

Es gibt zwei wichtige Parameter bei Auffanggesellschaften:

- Sicherheit und
- Geschwindigkeit

Sicherheit

Bei jedem Konkurs kommen Gläubiger, aber auch Arbeitnehmende und Kunden zu Schaden – sie verlieren Geld. Die Gründung einer Auffanggesellschaft und Übernahme von Aktiven **vor Konkurseröffnung** ist regelmässig die schnellste Variante, birgt aber erhebliche rechtliche Risiken. Die zu Grunde gelegten Übernahmewerte werden meist subjektiv und möglichst (zu) tief angesetzt. Oftmals werden sie von Behörden oder Geschädigten anders beurteilt. Damit steigt die Gefahr von Anfechtungsklagen. Demgegenüber bestehen bei der Übernahme von Aktiven nach der Konkurseröffnung, unter Mitwirkung des Konkursamtes, kaum Anfechtungsrisiken. Sie ist dafür aber umständlicher und wesentlich langwieriger.

Um möglichst alle Risiken auszuschliessen, ist es demnach empfehlenswert, dem Konkursamt ein Angebot für die lebensfähigen Teile einer konkursiten Firma zu unterbreiten und Aktiven, aber auch Mitarbeitende, allenfalls Mietverträge etc. nach der Konkurseröffnung mit Zustimmung des Konkursamtes zu übernehmen.

Geschwindigkeit

Je nach Ausgangslage und gewähltem Vorgehen (Einbezug von Behörden, Fristen in formellen Verfahren, Gläubigerversammlungen etc.) können Wochen bis Monate vergehen, bis eine tragfähige Vereinbarung mit dem Konkursamt zu Stande kommt. Solche Verzögerungen haben Folgen: Der Betrieb steht weitgehend still, Kunden können nicht zuwarten und suchen sich andere Lieferanten. Mitarbeitende, die eine neue Stelle finden können, orientieren sich anderweitig. Kurzum: Der Wert der an sich lebensfähigen Teile sinkt von Tag zu Tag. Eine Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit wird nach einiger Zeit ein Ding der Unmöglichkeit.

Es gilt, eine umfassende Risikoabwägung vorzunehmen vor dem Entscheid für eine schnelle oder sichere Variante.

Fazit

Ein mittels Auffanggesellschaft saniertes Unternehmen entspricht den Interessen aller Beteiligten sicherlich weit mehr als eine Liquidation im Konkursverfahren. Den Gläubigern bleiben Geschäftspartner, den Kunden Lieferanten und den Arbeitnehmenden Arbeitsplätze erhalten.

Festzuhalten bleibt, dass der Verwaltungsrat bei der Analyse der Sanierungsaussichten und der Ausgliederung von Aktiven in eine Auffanggesellschaft grösstmögliche Umsicht walten lassen muss. Zur eigenen Entlastung sollten die Bedingungen und das erfolgversprechendste Vorgehen möglichst frühzeitig durch unabhängige und erfahrene Experten beurteilt werden.

¹ Goodwill bezeichnet den sogenannten «Geschäftsmehrwert». Es ist ein kaum fassbarer Begriff, umfassend immaterielle Güter wie Ansehen, Ruf, Namen, Bekanntheit, usw.

DRUCKEN ODER TEILEN



Weitere Artikel und Publikationen finden Sie über das obenstehende Suchfeld oder im Menü unter «Themen».

Sichern Sie sich Ihren Wissensvorsprung und abonnieren Sie die BDO News und Einblicke.

Ansprechpartner



MARC SCHAFFNER ▶

lic. iur, pat. Sachwalter
Aarau