

C/M/S' von Erlach Henrici



Verhalten der Verantwortungsträger in Krisenzeiten

Neue Gesetze und Regelwerke, der Einfluss ausländischer Regulierungen sowie eine erhöhte Sensibilität in Öffentlichkeit und Medien stellen immer neue Anforderungen an die Verantwortlichen im Unternehmen, vor allem in Krisenzeiten. Der vorliegende Beitrag zeigt die rechtlichen Rahmenbedingungen auf und macht konkrete Handlungsvorschläge.

Verantwortlichkeit der Organe in der Krise

Die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen sind für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.¹ Diese Verantwortlichkeit akzentuiert sich naturgemäss in Krisenzeiten: Wie ist zu handeln, wenn kurzfristige Verbindlichkeiten nicht mehr bedient werden können, oder wenn Anlass zur Sorge besteht, dass die Passiven des Unternehmens insgesamt nicht mehr durch seine Aktiven gedeckt sind? Wann setzen die entsprechenden Handlungspflichten ein? Dies sind Fragen, die den CEO genauso betreffen wie das Verwaltungsratsmitglied, das seinen Posten nur "ehrenamtlich" oder als Konzernvertreter innehat, denn ihnen allen ist eines gemeinsam: Sie sind Exekutivorgane des Unternehmens und tragen damit unbeschränkte persönliche Haftung im Fall der schuldhaften Pflichtverletzung.

Umgekehrt darf aber auch nie vergessen werden, dass – anders als man basierend auf gewissen Medienberichten glauben könnte – das blosse Innehaben einer Organstellung noch keine Kausalhaftung für sämtliche Probleme des Unternehmens begründet, selbst wenn das Unternehmen im Extremfall Konkurs geht und sich bestimmte unternehmerische Entscheide in der Rückschau objektiv als falsch erweisen. Vielmehr wird nur die *schuldhafte* Pflichtverletzung geahndet. Die beste Versicherung gegen diese Haftung ist die Beherzigung der folgenden *Kernpunkte*²:

- Informationen beschaffen
- Handeln
- Führen

Chronologischer Ablauf im klassischen Sanierungsfall

Lageanalyse

In einem *ersten Schritt* ist die ökonomische Lage der Gesellschaft richtig zu beurteilen. Diese Lageanalyse ist ausschlaggebend für den Entscheid, ob eine Sanierung überhaupt noch möglich oder sinnvoll ist.

Evaluation Rettungsversuch

In einem *zweiten Schritt* ist sodann zu prüfen, ob ein Rettungsversuch – allenfalls unter massgeblichem Miteinbezug der Aktionäre – erfolgreich durchgeführt werden kann.

Handlungspflichten

Ist die Sanierung nicht möglich, stellt sich als *dritter Schritt* sodann die Frage nach den Handlungspflichten: Die Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung, ein Gesuch um Nachlassstundung, eine Insolvenzerklärung oder allenfalls ein Antrag auf Konkursaufschub.

Lageanalyse

Bereits der erste Punkt – die Analyse des ökonomischen Ist-Zustandes – kann sich in der Praxis als sehr schwierig erweisen.

Kadenz der Informationsbeschaffung

Das Gesetz geht davon aus, dass der Verwaltungsrat jederzeit über die finanzielle Situation der Gesellschaft in wesentlichen Zügen im Bild ist. Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft laufend zu verfolgen und muss das für deren Verständnis notwendige Fachwissen haben.³

Wann aber muss der Verwaltungsrat spätestens den Ist-Zustand erkennen und gestützt darauf handeln, um einer Haftung zu entgehen? In welcher Kadenz hat die Informationsbeschaffung zu erfolgen? Hierzu gibt es weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung klare Regeln. Anerkannt ist sicherlich, dass in komplizierten Verhältnissen länger mit einem Entscheid der Verwaltung zugewartet werden kann, da die Erarbeitung der Entscheidungsgrundlagen hier längere Zeit in Anspruch nimmt. Ebenso anerkannt ist es aber umgekehrt, dass ungenügend ist, wenn sich der Verwaltungsrat nur gerade einmal pro Jahr über die finanzielle Verfassung der Gesellschaft informieren lässt.⁴

Finanzinformation umfasst Bilanz und Mittelfluss

Zur finanziellen Verfassung der Gesellschaft gehören nicht nur *Bilanz* und *Erfolgsrechnung*, sondern auch die *Liquiditätslage*. Man stelle sich zum Beispiel eine Gesellschaft vor, die über teure technische Anlagen verfügt, deren Geschäft aber nicht so recht laufen will. Während das Anlagevermögen nun sowohl Fremd- als auch Eigenkapital zu decken vermag, hat die Gesellschaft trotzdem leere Kassen und kann weder ihre Mitarbeiter noch die Miete bezahlen.

In einer solchen Situation greifen nicht primär die Regeln über den Kapitalverlust und die Überschuldung. Vielmehr kann eine *Insolvenzerklärung* nach den Regeln des Schuld- betreibungs- und Konkursgesetzes aktuell werden, da die Gesellschaft zahlungsunfähig geworden ist.⁵

Die mangelnde Liquidität hat aber umgekehrt auch Auswirkungen auf die Bewertung der Aktiven, weil die Fortführung des Geschäfts gefährdet ist, wenn die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann. Ist dies der Fall, so müssen die Aktiven zum Liquidationswert bewertet werden. Denn: Zu Fortführungswerten darf die Gesellschaft nur so lange bilanzieren, wie die Fortführung des Betriebs als ernsthafte Möglichkeit erscheint.⁶

Dies bringt mich zur Frage der richtigen Bewertungsmethode:

Bewertungsmethode und Prüfung der Bewertung

Zum einen stellt sich in der finanziellen Krise die Frage nach der richtigen Bilanzierungsart – soll zu Fortführungs- oder zu Liquidationswerten bilanziert werden?

Dem Verwaltungsrat ist unbedingt zu empfehlen, sich in dieser Situation regelmässig Bilanzen zu Fortführungs- wie auch zu Veräusserungswerten vorlegen zu lassen. Auf diese Weise kann er sich vor Überraschungen schützen.

Der Verwaltungsrat wird aber auch nicht umhin kommen, die Bewertung der wichtigen Bilanzposten einer selbstständigen kritischen Prüfung zu unterziehen. In den weitaus meisten von Gerichten entschiedenen Verantwortlichkeitsfällen war es nämlich eine zu rosige Bewertung der finanziellen Lage, welche dem Verwaltungsrat zum Verhängnis wurde.

Ausblick

Im Sinne eines Ausblicks ist noch auf die *absehbare Rechtsentwicklung* hinzuweisen. Die zurzeit als Vorentwurf vorliegenden neuen Bestimmungen des Obligationenrechts zur Rechnungslegung zeigen klare Leitlinien zur Frage auf, wann nach Fortführungs- und wann nach Liquidationswerten zu bilanzieren ist.

So bestimmt der Vorentwurf unter der Marginale "Annahme der Fortführung" (nArt. 958a VE-OR) was folgt:

Rettungsversuche – Sanierungspflicht

1. *Die Rechnungslegung beruht auf der Annahme, dass das Unternehmen auf voraussehbare Zeit fortgeführt wird.*
2. *Ist die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon beabsichtigt oder in den nächsten zwölf Monaten voraussichtlich nicht abwendbar, so sind der Rechnungslegung Veräußerungswerte zugrunde zu legen. [...]*

Damit stellt der Vorentwurf recht klare Voraussetzungen für die Bilanzierung nach Fortführungswerten auf, nämlich das voraussichtliche Überleben der Gesellschaft für die nächsten zwölf Monate.⁷

Gerät ein Unternehmen in die ökonomische Krise, so genügt es nicht, wenn sich der Verwaltungsrat auf die Beachtung der Einberufungs- und Hinterlegungspflichten von Artikel 725 OR beschränkt, auf deren Details ich gleich näher eingehen werde. Die primäre Pflicht des Verwaltungsrats ist auch im Krisenfall jene, die Oberleitung der Gesellschaft wahrzunehmen⁸ und sich, wo möglich, um eine Sanierung zu bemühen.

Einzuleitende Massnahmen bei Kapitalverlust und Überschuldung

Welche Massnahmen hat der Verwaltungsrat nun bei einer Gesellschaft anzugehen, wenn feststeht, dass die vorhandenen Aktiven die Passiven nicht mehr zu decken vermögen? Artikel 725 Obligationenrecht enthält die massgeblichen Regeln:

Kapitalverlust

Das erste Warnsignal in der Bilanz ist der sogenannte "*Kapitalverlust*": Ein solcher liegt vor, wenn die Aktiven zwar noch ausreichen, die Schulden der Gesellschaft zu decken, aber der Bilanzverlust bereits die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven erreicht hat oder übersteigt.

Der Verwaltungsrat muss in einem solchen Fall unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen.

In diesem Zusammenhang stellen sich die folgenden Fragen:

Welches ist die massgebliche Bilanz?

Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für diese Verwaltungsratspflicht ist grundsätzlich die *letzte Jahresbilanz*.

Über den Wortlaut des Gesetzes hinaus ist der Verwaltungsrat aber angesichts seiner Finanzverantwortung gehalten, auch *während des Geschäftsjahres* die Kapitalentwicklung zu verfolgen. Zeichnet sich ein Kapitalverlust ab, so ist eine Zwischenbilanz zu erstellen und – falls nötig – "unverzüglich" eine Generalversammlung einzuberufen, um ihr Sanierungsmassnahmen vorzuschlagen.⁹

Wie unverzüglich hat die "unverzügliche" Einberufung zu erfolgen?

Da die Ausarbeitung der Anträge des Verwaltungsrats an die Generalversammlung in der Regel einige Zeit beansprucht, ist das gesetzliche Erfordernis der unverzüglichen Einberufung *nicht allzu streng anzuwenden*.¹⁰ Verzögert der Verwaltungsrat jedoch die Einberufung, so kann er für den dadurch entstehenden Schaden zur Verantwortung gezogen werden. Unzweifelhaft ist es aber legitim, zunächst Sanierungsmassnahmen zu prüfen, welche ohne Einbezug der Generalversammlung ergriffen werden können. Hier kommt zum Beispiel die Auflösung von stillen Reserven in Frage, entweder durch die buchmässige Aufwertung von Liegenschaften und Beteiligungen¹¹ oder durch die Veräusserung von nicht betriebsnotwendigen Aktiven, welche in den Büchern unterbewertet sind. Solche Schritte können unter Umständen sehr kurzfristig an die Hand genommen werden. Werden stille

Reserven erfolgreich aufgelöst und der Kapitalverlust dadurch beseitigt, so ist das Einberufen einer Sanierungsversammlung überflüssig.¹²

Sieht der Verwaltungsrat jedoch voraus, dass aufgrund eines unaufhaltbaren *Cash Drains* innert Kürze die Schwelle zum Kapitalverlust wieder erreicht werden wird, so ist er dennoch gehalten, die Aktionäre zu benachrichtigen.

Die Benachrichtigung des Richters im Überschuldungsfall

Die zweite massgebliche Schwelle in der Bilanz ist die *Überschuldung*: Diese ist überschritten, wenn die Gesellschaft ein negatives Eigenkapital ausweist, ihre Aktiven also nicht mehr ausreichen, um alle Verbindlichkeiten zu decken.

Das Gesetz sieht in diesem Fall folgenden Ablauf vor:

Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung, so muss umgehend eine *geprüfte Zwischenbilanz* erstellt werden.

Dabei ist die Zwischenbilanz grundsätzlich zu *Fortführungswerten* zu erstellen, es sei denn, es stehe schon fest, dass die Gesellschaft nicht fortgeführt werden kann.

Weist die Bilanz zu Fortführungswerten eine Überschuldung auf, so ist zusätzlich eine *Bilanz zu Liquidationswerten* zu erstellen.¹³

Ist die Überschuldung sowohl zu Fortführungs- wie auch zu Veräusserungswerten festgestellt, dann ist der *Richter zu benachrichtigen* oder – wie man auch sagt – "die Bilanz zu deponieren", sofern nicht umgehend durch geeignete Mittel Abhilfe geschaffen werden kann. So ist auch in einer Überschuldungssituation sofort zu prüfen, ob allenfalls Aufwertungen zulässig sind,¹⁴ welche die Überschuldung wieder wettmachen.

Ist dies nicht der Fall, so ist der Verwaltungsrat vom Gang zum Richter nur noch dann dispensiert, wenn Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter allen anderen Gläubigern zurücktreten. Durch einen solchen *Rangrücktritt* – auch Subordinationserklärung genannt – verzichtet der Gläubiger nicht auf seine Forderung, sondern erklärt sich bereit, seine Forderung zu stunden und im Fall des Konkurses Befriedigung erst und nur dann zu verlangen, wenn sämtliche übrigen Gläubiger voll befriedigt worden sind.¹⁵

Selbstverständlich kommen neben Rangrücktritten auch Forderungsverzichte oder *A-fonds-perdu*-Zuschüsse in Frage. Der Gang zum Richter im Überschuldungsfall erfolgt gestützt auf einen Verwaltungsratsbeschluss; der Einbezug der Generalversammlung ist nicht erforderlich. Einzureichen ist die geprüfte Zwischenbilanz zusammen mit dem entsprechenden Beschluss des Verwaltungsrats. Die Prozedur zur Erstellung der für den Gang zum Richter notwendigen Unterlagen kann unter Umständen viel Zeit beanspruchen: Man erinnere sich, es sind zwei Bilanzen zu unterschiedlichen Bewertungen zu erstellen und diese jeweils von der Revisionsgesellschaft prüfen zu lassen. Angesichts dieser zeitraubenden Prozedur können dem Richter auch erst provisorische Bilanzen vorgelegt und die definitiven nachgereicht werden.¹⁶

Zumindest am Bezirksgericht Zürich besteht der Konkursrichter auf der Prüfung der Bilanz durch die Revisionsstelle, bevor er den Konkurs eröffnet. Ist eine solche Prüfung nicht mehr möglich, z.B. weil die Revisoren Vorkasse verlangen und die dafür nötigen flüssigen Mittel fehlen, so bleibt dem Verwaltungsrat immer noch die Insolvenzerklärung, auf welche ich gleich näher eingehen werde.

Die Benachrichtigung des Richters ist verbunden mit dem *Antrag des Verwaltungsrats*, wie mit der Gesellschaft umgegangen werden soll: Neben dem Antrag auf Konkurs ist denkbar, dass ein Gesuch um Bewilligung der Nachlassstundung oder des Konkursaufschubs gestellt wird. Letzteres ist insbesondere dann eine Option, wenn eine Sanierung zwar noch möglich ist, jedoch nicht mehr aus eigener Kraft erfolgen kann.¹⁷ Das entsprechende Gesuch muss von einem Sanierungsplan begleitet sein.

Abgrenzung: Sanierungsversuch – Bilanzdeponierung

Welches Verhalten ist dem Verwaltungsrat zu empfehlen, dessen Gesellschaft zwar überschuldet ist, bei der aber dennoch Aussicht auf Sanierung besteht? Dies ist eine der ganz heiklen und schwierigen Entscheidungen des Verwaltungsrats, denn der Gang zum Richter birgt auch Risiken, insbesondere da er die Fortführung der Gesellschaft aufs Spiel setzt.

Das Bundesgericht¹⁸ hat diesbezüglich eine wohlthuende *Abwägung zugunsten des Sanierungsversuchs vorgenommen*: Der Verwaltungsrat handelt danach nicht pflichtwidrig, wenn er trotz erstellter Überschuldung den Richter angesichts konkreter Besserungsaussichten nicht benachrichtigt.

Der bereits erwähnte Vorentwurf zu den neuen Rechnungslegungsvorschriften im Obligationenrecht fügt nun allerdings der Pflicht des Verwaltungsrats zur Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung (und neu auch bei Zahlungsunfähigkeit) das Wörtchen *„unverzüglich“* hinzu, und zumindest der Begleitbericht des Bundesrats zum Vorentwurf¹⁹ bringt klar zum Ausdruck, dass dies wörtlich gemeint ist: Es liege *„in der Natur der Dinge, dass [der Verwaltungsrat] oft geneigt ist, die Zukunftschancen des Unternehmens zu positiv zu bewerten“*. Deshalb soll der Verwaltungsrat trotz berechtigter Sanierungshoffnungen nicht mehr mit der Bilanzdeponierung zuwarten dürfen, sondern solle stattdessen versuchen, *„das Gericht von gegebenen Sanierungsmöglichkeiten zu überzeugen“*. Der – inzwischen verworfene – Entwurf für ein integrales Rechnungslegungsgesetz aus dem Jahr 1998 hatte noch vorgesehen, dass dem Verwaltungsrat der Gang zum Richter erspart bleibt, wenn konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit innerhalb von 60 Tagen behoben werden kann. Es ist davon auszugehen, dass die neue harte Linie weniger gesetzgeberischer Weitsicht entspringt, sondern vielmehr eine etwas kurzsichtige Reaktion auf in- und ausländische grosse Unternehmenspleiten jüngerer Datums ist. Es bleibt zu hoffen, dass zumindest das Parlament sich bei der Beratung der neuen Gesetzesbestimmungen darauf besinnt, dass Unternehmen primär immer noch von den zuständigen Organen, und nicht von den Gerichten geführt werden sollten und deshalb – im Rahmen des Vernünftigen – dem Verwaltungsrat hier die nötige Flexibilität eingeräumt wird.

Insolvenzerklärung

Von Kapitalverlust und Überschuldung zu unterscheiden ist die *Zahlungsunfähigkeit* einer Gesellschaft. Insolvenz *kann* die Folge einer Überschuldung sein. Sie kann aber auch bloss das Resultat einer vorübergehenden Illiquidität der Gesellschaft sein, ohne dass Aktiven und Passiven als solche in einem ungünstigen Verhältnis stehen. Ist ein Schuldner zahlungsunfähig, so hat er das Recht, selbst die Konkursöffnung zu beantragen.²⁰

Im Gegensatz zur Überschuldungsanzeige ist bei der Insolvenzerklärung die Mitwirkung der Generalversammlung notwendig. *Nicht* nötig ist hingegen das Einreichen einer geprüften Zwischenbilanz.

Nach heutigem Recht hat also der Verwaltungsrat – bei gegebenen Voraussetzungen – die Wahl zwischen der Überschuldungsanzeige nach Artikel 725 Abs. 2 OR und der Insolvenzerklärung nach Artikel 191 SchKG.

Mit Inkrafttreten der *neuen Rechnungslegungsregeln*²¹ wird dies voraussichtlich ändern. Der Vorentwurf zu den neuen Bestimmungen im Obligationenrecht behandelt die Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit nämlich in einem einheitlichen Artikel (nArt. 725 VE-OR). Der relevante Teil lautet wie folgt:

Besteht die begründete Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind oder dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich Zwischenbilanzen zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen.

Übrige Pflichten des Verwaltungsrats in der ökonomischen Krise der Gesellschaft

Prioritäten im Finanzhaushalt

Weist die Gesellschaft einen Liquiditätsmangel auf, so ist der Verwaltungsrat gut beraten, seine Aufsicht über den Finanzhaushalt der Gesellschaft sehr ernst zu nehmen. In einer Phase mangelnder Liquidität müssen die vorhandenen Mittel nach einer klaren Prioritätenliste verwendet werden. Es ist insbesondere an den Umstand zu erinnern, dass der Verwaltungsrat *persönlich* für Ausstände bei den *Sozialversicherungsbeiträgen* und gewissen *Steuern* einzustehen hat.

Massenentlassung

Zur Vermeidung von Verantwortlichkeitsfolgen wird der Verwaltungsrat bei der Umsetzung von Sanierungsmassnahmen auch die Arbeitnehmer im Auge behalten müssen. Hier ist insbesondere auf die Vorschriften über die Massenentlassung hinzuweisen, welche Anwendung finden, wenn der Arbeitgeber die Entlassung einer Vielzahl von Mitarbeitern beabsichtigt.^{22, 23}

Abschliessende Bemerkungen

Rücktritt als (meist) untaugliches Mittel zur Haftungsbeschränkung

Die Versuchung einzelner Verwaltungsratsmitglieder, im Krisenfall zurückzutreten, ist gross. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Rücktritt zur Unzeit, der das Unternehmen führungslos oder führungsgeschwächt zurücklässt, in der Lehre als pflichtwidrig beurteilt wird.²⁴

Der Rücktritt aus dem Verwaltungsrat befreit also nicht von der Verantwortlichkeitshaftung. Unter Umständen ist das Gegenteil der Fall: Ein Rücktritt in schwierigen Zeiten kann Verantwortlichkeit gerade begründen. Der Nachfolgeregelung ist deshalb in einem solchen Fall besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

Untätigkeit als haftungserhöhender Faktor

Sodann ist daran zu erinnern, dass in der Vielzahl der bis vor Bundesgericht geführten Verantwortlichkeitsprozesse *nicht Fehlentscheidungen* des Verwaltungsrats die adäquat kausale Schadensursache waren, *sondern schlicht dessen Untätigkeit* in den entscheidenden Phasen.²⁵

Daraus wird ersichtlich, dass kein unternehmerisches Handeln so falsch sein kann wie die Untätigkeit.

Zur Bedeutung des Verwaltungsratsprotokolls in Krisenzeiten

Schliesslich ist aus Sicht des Praktikers daran zu erinnern, dass im Krisenfall auf die einwandfreie Protokollierung der Verwaltungsratsbeschlüsse Wert gelegt werden soll. Es ist mit der Möglichkeit zu rechnen, dass der Verwaltungsrat im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses über seine Entscheidung und die Chronologie derselben Rechenschaft ablegen muss. Hierzu ist er regelmässig auf die Protokollierung seiner Beratungen und Beschlüsse angewiesen.

Dem Verwaltungsrat steht auch in Krisenzeiten ein relativ grosser unternehmerischer Handlungsspielraum zur Verfügung. Dieser Handlungsspielraum soll und muss vom sorgfältigen Verwaltungsrat genutzt werden.

Dies führt zurück zu den eingangs aufgezählten Kernpunkten:

- Informationen beschaffen
- Handeln
- Führen

Fussnoten

- 1 Art. 754 Abs. 1 OR.
2 Vgl. dazu ausführlich Handschin, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, ZBJV 136 (2000) 434 ff.
3 Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, § 13 N 568.
4 Handschin, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, ZBJV 136 (2000) 436.
5 Art. 191 SchKG.
6 Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, § 8 N 135.
7 Materialien auf der Website des Bundesamtes für Justiz (<http://www.ofj.admin.ch>).
8 Artikel 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.
9 Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, § 13 N 722.
10 Homburger, Zürcher Kommentar zu Artikel 725 OR, Zürich 1997, N 1225. 24
11 Artikel 670 OR. 25
12 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht § 50 N 200.
13 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 205 ff.
14 Artikel 670 OR.
15 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 214 f.
16 Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, § 13 N 819; Wüstiner, Basler Kommentar zu OR 725, N 39.
17 Handschin, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, ZBJV 136 (2000) 446.
18 BGE 116 II 533 ff., 541.
19 Verfügbar auf der Website des Eidgenössischen Bundesamtes für Justiz (<http://www.ofj.admin.ch>).
20 Art. 191 SchKG.
21 Das schweizerische Rechnungslegungsrecht ist zurzeit in integraler Überarbeitung. Die Bestimmungen des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung und die Rechnungslegung sollen umfassend revidiert werden. Gleichzeitig soll die Transparenz der Rechnungslegung verbessert werden (*true and fair view*).
22 BGE 123 III 178 f.
23 Die Bestimmungen über die Massenentlassungen sehen vor, dass solche Entlassungen missbräuchlich sind, wenn die Arbeitnehmer beziehungsweise deren Vertreter nicht konsultiert worden sind. Die Bestimmungen über die Massenentlassung gelten nicht für Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen (Artikel 335e Abs. 2 OR). Es stellt sich deshalb die Frage, ob das für Massenentlassungen vorgesehene Verfahren auch dann eingehalten werden muss, wenn der Betrieb im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassverfahrens eingestellt wird. Ob die Vorschriften über die Massenentlassung (Artikel 335d ff.) auf den Fall der Konkursöffnung und Nachlassstundung daher überhaupt Anwendung finden, ist umstritten. Die Lehre geht davon aus, dass die Vorschriften über die Massenentlassung im Falle des Konkurses des Arbeitgebers nicht anwendbar sind, demgegenüber aber beim Nachlassverfahren Anwendung finden (vgl. BGE 123 III 178 mit Hinweisen auf die Lehre). Zur Begründung wird angeführt, dass im Konkursfall die Arbeitnehmer als Gläubiger über Einflussmöglichkeiten verfügen, welche über ihre Mitwirkungs-

rechte nach Artikel 335d ff. OR hinausgehen. Aus diesem Grund sei es nicht sinnvoll, parallel zum Konkursverfahren noch ein besonderes Konsultationsverfahren durchzuführen. Das Bundesgericht beurteilt die Frage aber nicht abschliessend. Der einzige Schluss, den es zieht, ist folgender: Für Massenentlassungen, welche der Arbeitgeber in der Zeit vor dem Bewilligungsentscheid konkret beabsichtigt, bleibt Artikel 335d ff. OR in jedem Fall anwendbar. Mit der Einleitung der Konsultation darf daher nicht zugewartet werden, bis die Massenentlassung beschlossen ist, denn die Arbeitnehmer sollen die Möglichkeit haben, den Arbeitgeber zu veranlassen, von ihnen vorgeschlagene Alternativen zu prüfen, bevor er sich endgültig zu einer Massenentlassung entschliesst. Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, § 13 N 56. Vgl. z.B. BGE 122 III 195 ff.

Kontakt

Oliver Blum, M.A.E.S., LL.M.
Attorney at Law
oliver.blum@cms-veh.com

