

Rechtzeitige Massnahmen des Verwaltungsrates können Sanierungsfälle verhindern

DER KONJUNKTUREINBRUCH HAT AUCH DIE SCHWEIZER WIRTSCHAFT MIT GROSSER WUCHT ERFASST. DIE VERWALTUNGSRÄTE AUCH VON KLEINEREN UND MITTLEREN UNTERNEHMEN SEHEN SICH IN SCHWIERIGEM UMFELD MIT NEUEN HERAUSFORDERUNGEN KONFRONTIERT. WELCHE MASSNAHMEN SIND VORDRINGLICH ANHAND ZU NEHMEN, UM DIE EXISTENZ DES UNTERNEHMENS ZU SICHERN?



von Dr. Peter Lutz

Information

Von entscheidender Bedeutung ist in Krisenzeiten die exakte und zeitgerechte Information. Die Verwaltungsräte müssen in Krisenzeiten das operative Geschäft enger verfolgen und überwachen. Oft ist rasches Handeln nötig. Deshalb ist die Verfügbarkeit genauer Angaben eine unabdingbare Voraussetzung für die Einleitung von zielgerichteten und effizienten Massnahmen.

Monatsabschlüsse sollen innert weniger Tage nach Ende des Monats vorliegen. Relevante Betriebskennzahlen, insbesondere betreffend Liquidität, sind wöchentlich vorzulegen.

Der Informations- und Meinungs-austausch von Verwaltungsräten muss auch informell gepflegt werden. Auf die Einhaltung von zehn- oder zwanzigtägigen Einberufungsfristen darf nicht beharrt werden. Telefonkonferenzen, der Austausch von E-Mails und kurzfristige Besprechungen müssen möglich sein. Auch in hektischen Zeiten sind klare Verhältnisse zu schaffen, und es ist insbesondere festzuhalten, was beschlossen wurde. Der Präsident des Verwaltungsrates ist gehalten, gerade in solchen Phasen für eine einfache, aber eindeutige Protokollierung besorgt zu sein.

Auch mit der operativen Führungsebene muss der Informationsaustausch intensiviert werden. Die relevanten Informationen über die eigene Situation, die Verhältnisse auf dem Markt und das Verhalten der Mitbewerber können von der operativen Führung am besten festgestellt, aufbereitet und vermittelt werden.

Lagebeurteilung und Entschlussfassung

Der Verwaltungsrat hat sich aufgrund der geänderten Lage zu überlegen, ob eine Strategieänderung notwendig ist oder ob Anpassungen genügen. Dieser Entscheid hat aufgrund einer Analyse der Lage, insbesondere der geänderten Elemente, zu erfolgen. Auch nichts zu tun, kann ein Entschluss sein. Ein solcher Entscheid muss aber bewusst gefällt werden.

Auftragserteilung

Die Marschrichtung und die Zwischenziele müssen für die operative Leitung klar sein. Der Verwaltungsrat hat sich aber vor allzu starker Einmischung in die Führung des Unternehmens zu hüten und die grundsätzliche Trennung der Funktionen zu respektieren. Mikro-

Fortsetzung Seite 2

Inhalt

| | Seite |
|--|-------|
| Rechtzeitige Massnahmen zur Sicherung des Unternehmens | 1 |
| Pflichten des Verwaltungsrates in Krisensituationen | 3 |
| Nachlassvertragsrecht und Konkurs | 5 |
| Rechte des Vermieters im Konkurs des Mieters | 7 |
| Massenentlassung und Kurzarbeit | 8 |
| In eigener Sache | 10 |

Fortsetzung

management ist besonders in Krisensituationen nicht gefragt.

Eventualplanung

Der Verwaltungsrat hat in Szenarien zu denken. Er hat sich zum Beispiel zu überlegen, welche Auswirkungen ein Umsatzrückgang von 20 % in welchen Bereichen hat. Für diesen Fall sind Massnahmen festzulegen, wobei diese auf der Zeitachse zu fixieren sind.

Es ist besonders zu prüfen, ob allenfalls starke und überlebensfähige Betriebsteile in eigene Gesellschaften auszulagern sind, um sie von mit nicht mehr korrigierbaren Altlasten kontaminierten Unternehmensbereichen zu befreien.

Es ist die Frage zu stellen, ob ganze Betriebsbereiche zu schliessen oder mindestens vorübergehend auf ein Minimum herunterzufahren sind.

Umsetzungskontrolle

In hektischen Zeiten wird viel beschlossen, aber wenig kontrolliert. Es ist am

Verwaltungsrat zu kontrollieren, ob die Beschlüsse umgesetzt werden und Wirkung zeigen. Fehlt die Umsetzung, ist sie durchzusetzen. Sind die Massnahmen wirkungslos, sind Alternativen zu prüfen.

Einzelmassnahmen

Kapital: Das Aufsichtsgremium hat dafür zu sorgen, dass das Unternehmen mit genügend Kapital ausgestattet ist. In der Krise lässt sich kaum mehr Kapital beschaffen und wenn, nur zu sehr ungünstigen Konditionen. **Absatz:** Das Unternehmen hat sich auf die von der Krise weniger betroffenen Kunden und Marktsegmente zu konzentrieren. **Personal- und Gemeinkosten:** Der Abbau von Ferien- und Überstundenguthaben ist zu prüfen. Unbezahlter Urlaub kann forciert werden. Es sind sämtliche Aufwandsposten dahingehend zu prüfen, ob die damit beschafften Leistungen absolut notwendig sind. Es ist eine strikte Verzichtsplannung zu betreiben. **Debitoren:** Das Mahnwesen ist konsequent umzusetzen. Die Gegenpartei ist bei

Auftragsannahme hinsichtlich Krisenauswirkung und Liquidität genau einzuschätzen. Es ist mit Voraus- und Anzahlungen zu arbeiten. **Lager:** Das Lager ist abzubauen. **Anlagen:** Leasing statt kaufen, Investitionen sind vor Freigabe erneut zu prüfen. Desinvestitionen sind zu prüfen. **Kreditoren:** Zahlungsfristen sind wenn möglich neu zu verhandeln. Es ist rechtzeitig der Kontakt mit kreditgebenden Banken suchen und aufrecht zu erhalten.

Fazit

Mit rechtzeitig eingeleiteten Massnahmen, welche aufgrund zeitgerechter Information beschlossen wurden, kann der Verwaltungsrat für das Unternehmen heikle Situationen vermeiden. Damit wird die Befassung mit ungleich schwierigeren Fragen, insbesondere auch der persönlichen Haftung, in einer späteren Phase vermieden. ■

Pflichten des Verwaltungsrates in Krisensituationen

RASCH GELANGT IN DER UNTERNEHMENSKRISE DIE BESTIMMUNG VON ART. 725 OR INS ZENTRUM DER BETRACHTUNGEN. ES HANDELT SICH DABEI UM EINE ZWEISTUFIGE SICHERUNGSVORRICHTUNG, DEREN WIRKUNGSWEISE VOM VERHÄLTNISS ZWISCHEN WERT DER GESELLSCHAFTSAKTIVEN UND FREMDKAPITAL DETERMINIERT WIRD. NICHT SELTEN FEHLT DEM VERWALTUNGSRAT DIE NOTWENDIGE NÜCHTERNHEIT BEI DER EINSCHÄTZUNG DER FINANZIELLEN LAGE «SEINER» GESELLSCHAFT UND HANDELT NICHT SO, WIE ES DIE BESTIMMUNG VORSCHREIBT, SO DASS ER SICH IM KONKURS MIT VERANTWORTLICHKEITSANSPRÜCHEN VON GLÄUBIGERN KONFRONTIERT SIEHT.



von Dr. Christian Christen

Nach der gesetzlichen Ordnung muss der Verwaltungsrat (VR) unverzüglich eine Generalversammlung (GV) einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen, wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist (Art. 725 Abs. 1 OR). Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung muss eine Zwischenbilanz erstellt werden und es ist der Richter zu benachrichtigen, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind und nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung den Rangrücktritt erklären (Art. 725 Abs. 2 OR).

1. Frühzeitige Sanierungseinleitung

Entgegen dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 1 OR sind für die Beantragung von Sa-

nierungsmassnahmen nicht etwa (nur) die Zahlen der letzten Jahresbilanz massgebend, sondern gegebenenfalls auch die dem VR zugänglichen Zahlen, die diesem intern schon vor Beendigung der Abschlussprüfung vorliegen. Notfalls ist eine ausserordentliche GV einzuberufen, ausser deren Abhaltung brächte angesichts der ohnehin bevorstehenden ordentlichen GV lediglich zusätzliche Kosten. Massgebend sind die Zahlen zu Fortführungswerten. Die überwiegende Lehre bildet betreffend den Fall einer Unterbilanz bei laufenden Verlusten aufgrund der Finanzverantwortung des VR eine dahingehende Analogie zur Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR, dass im Falle einer «begründeten Besorgnis eines hälftigen Kapitalverlustes» der VR intern einen Zwischenabschluss erstellen und notwendigenfalls eine Sanierungs-GV einberufen muss. Gemäss Kommentar Böckli kann festgehalten werden, dass der Trend auf eine «Vorverlegung des Alarmpunktes hinaus(läuft), den der Gesetzgeber in Art. 725 OR nach dem Erkenntnisstand des 19. Jahrhunderts eingerichtet hatte».

Mit Art. 670 OR eröffnet sich dem VR die Möglichkeit, bei gegebenen Voraussetzungen gesetzlich statuierte Bilanzarithmetik vorzunehmen: Grundstücke

und Beteiligungen, deren wirklicher Wert über die Anschaffungskosten gestiegen ist, können bei einer Unterdeckung bis zu diesem Wert aufgewertet werden, um die Unterbilanz zu beseitigen. Im gegebenen Fall kann der VR dann von einer GV-Einberufung und der Beantragung von Sanierungsmassnahmen absehen.

2. Sanierung

Art. 725 Abs. 1 OR belegt den VR mit der Pflicht, Sanierungsmassnahmen vorzubereiten, eine Sanierungsversammlung einzuberufen, dieser die Sanierungsmassnahmen darzulegen und sich von dieser für diese ermächtigen zu lassen. Eine Sanierung zielt zwar vorab auf die Überwindung einer Unternehmenskrise, letztlich jedoch muss sie immer die längerfristige Erholung des Betriebs bezwecken. Erscheint eine solche als aussichtslos, kann es sich aufdrängen, dass der VR die Liquidation der Gesellschaft oder eine andere, zum Ende der Selbstständigkeit der Gesellschaft führende Massnahme vorschlägt.

Bei der sanierungsmässigen Verbesserung der Eigenkapitalsituation stehen u.a. die folgenden Massnahmen im Vordergrund: Kapitalschnitt (Kapitalherab-

Fortsetzung Seite 4

Fortsetzung

setzung mit sofortiger Wiedererhöhung), Kapitalerhöhung durch Verrechnungsliberierung (debt / equity swap), Neugeldzuführung oder Forderungsverzicht des Allein- oder Hauptaktionärs. Sanierungsmassnahmen, die eine tatsächliche Erholung der Gesellschaft bewirken sollen, laufen - neben den eigentlichen betrieblichen Massnahmen - darauf hinaus, dass jemand neues Geld in die Gesellschaft einwirft. Ist dies nicht der Fall, ist nicht auszuschliessen, dass im späteren Konkurs dem VR der - möglicherweise haftungsrelevante - Vorwurf gemacht wird, die ergriffenen Massnahmen hätten das Leiden des Patienten nur verlängert, obschon die Unabwendbarkeit des Endes schon erkennbar war.

3. Begründete Besorgnis einer Überschuldung

Läuft eine Gesellschaft nicht direkt in die Überschuldung, sondern durchlief sie zuerst das separate Prozedere beim hälftigen Kapitalverlust, ist der VR bereits zu erhöhter Wachsamkeit hinsichtlich des finanziellen Zustandes der Gesellschaft verpflichtet. Die Beobachtung nur der üblichen Bilanzpositionen ist für den VR selten ausreichend, um Art. 725 Abs. 2 OR gerecht zu werden, er muss vielmehr spezifisches Augenmerk etwa auf den Barmittelabfluss, Verschlechterungen in der Mittelflussrechnung, ungünstige Reaktionen der kreditgebenden Banken oder Aktualisierungen von solidarischen Haftungen und Eventualverpflichtungen richten. Je enger der Liquiditätseingpass wird, desto eher besteht Grund für die Besorgnis einer Überschuldung.

In dieser Situation ist der VR gehalten, eine Zwischenbilanz zu Fortfüh-

rungswerten zu erstellen, ebenso eine Zwischenerfolgsrechnung für das laufende Geschäftsjahr bis zum gewählten Stichtag. Ergibt sich eine Überschuldung, ist auf diesen Stichtag auch eine Bilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen. Aktiven sind darin zum geschätzten Verkehrswert einzusetzen und Passiven haben auch Rückstellungen für die Stilllegungskosten und die aufgrund der Verwertung anfallenden Kosten zu enthalten. Die Abschlüsse sind der Revisionsstelle zur Prüfung vorzulegen, dies aufgrund der Intention des Gesetzgebers, dass hier die Revisionsstelle in die möglicherweise zu optimistische Darstellung des VR eingreift. Enthält die Bilanz zu Fortführungswerten erhebliche stille Reserven, ist es möglich, dass gemäss der Liquidationsbilanz das Fremdkapital noch durch Gesellschaftsaktiven gedeckt ist. Fast immer sind in einer solchen Situation dennoch Sanierungsmassnahmen erforderlich.

4. Rangrücktritt

Möglicher letzter Ausweg bei nachgewiesener Überschuldung ist der Rangrücktritt: Für den Fall des Konkurses der Gesellschaft verspricht ein Gläubiger, erst dann für seine Forderung befriedigt werden zu wollen, wenn die Schulden gegenüber allen anderen Gläubigern getilgt sind, dies «im Ausmass der Unterdeckung». Welches letzteres annehmen soll, ist nicht eindeutig. Die Ansichten reichen vom Ausmass der Überschuldung, je nach Situation gemäss Liquidations- oder Fortführungsbilanz, bis zum Betrag, bei welchem 50% des Aktienkapitals wieder gedeckt sind. Eine Bandbreite zwischen 10% und 20% des Aktienkapitals erscheint angemessen.

Ohne Rangrücktritt soll dem VR nach der Rechtsprechung eine Gnadenfrist von einigen Wochen nach festgestellter Überschuldung zur Verfügung stehen, um vielleicht doch noch mit einer kurzfristigen, radikalen Problemlösung aufzuwarten. Dieses Vorgehen ist jedoch nicht ohne Risiko, zumindest dann, wenn nicht irgendwelche handfesten Anzeichen für eine Rettung bestehen, werden die Gläubiger sich doch meist auf den Standpunkt stellen, durch das Zuwarten habe die Überschuldung noch zugenommen, und der VR sei für diesen Verschleppungsschaden verantwortlich.

Als - wenn auch schwacher - Trost mag immerhin dienen, dass für eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Organe gemäss Art. 754 ff. OR eine Pflichtverletzung alleine nicht ausreichend ist. Vielmehr muss eine Pflichtverletzung nachweislich adäquat kausal zu einem genau bezifferbaren Schaden geführt haben. Bei Unterlassungen ist nachzuweisen, dass bei hypothetischer Pflichterfüllung ein genau bezifferbarer Schaden nicht eingetreten wäre. Die Überwindung der diesbezüglichen prozessualen Hürden erfordern in der Regel einen langen Atem des Klägers. ■

Nachlassvertragsrecht und Konkurs

DIE DERZEIT ANDAUERENDE WIRTSCHAFTSKRISE TRIFFT AUCH KLEINERE UND MITTLERE UNTERNEHMEN. AUFTRAGSEINBRÜCHE UND DAMIT VERBUNDENE UMSATZRÜCKGÄNGE FÜHREN DAZU, DASS UNTERNEHMEN IHREN VERBINDLICHKEITEN NICHT MEHR NACHKOMMEN KÖNNEN. ES DROHT DANN DER KONKURS UND SOMIT DER UTERGANG DES UNTERNEHMENS. DAS SCHWEIZERISCHE SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT KENNT ABER AUCH ALTERNATIVEN ZUM KONKURS, NAMENTLICH DIE NACHLASSSTUNDUNG UND DEN NACHLASSVERTRAG. DIESE ZWEI VOM GESETZGEBER GESCHAFFENEN INSTRUMENTE KÖNNEN UNTERNEHMEN IN SCHWIERIGEN FINANZIELLEN SITUATIONEN NUTZEN, UM EINEN KONKURS ZU VERMEIDEN. NEBST DIESEN INSTRUMENTEN GIBT ES AUCH NOCH PRIVATRECHTLICHE SANIERUNGSBEHELFE.

Gerät eine Unternehmung in finanzielle Schwierigkeiten und kann sie ihre Verbindlichkeiten nicht mehr tilgen, führt dies in der Regel zum Konkurs und somit zum Untergang des Unternehmens. Der Konkurs kann an sich durch einen einzigen Gläubiger herbeigeführt werden. Verfügt ein Gläubiger über eine Forderung gegen ein Unternehmen und kann das Unternehmen diese Forderung nicht tilgen, so kann der Gläubiger das Unternehmen betreiben. Erhebt das Unternehmen kein Rechtsvorschlag oder wird dieser durch das Gericht beseitigt, so kann der Gläubiger ein Konkurseröffnungsbegehren stellen.

1. Aussergerichtliche Sanierungsbemühungen

Um einen solchen Konkurs zu vermeiden, kann ein Unternehmen versuchen, mit dem betreffenden Gläubiger ein Stillhalteabkommen oder einen teilweisen Forderungsverzicht auszuhandeln. Um den Gläubiger zum Einlenken auf eine solche Lösung zu bewegen, hat das Unternehmen den Gläubiger in der Regel davon zu überzeugen, dass entweder Aussicht darauf besteht, dass bald neue finanzielle Mittel zur Verfügung stehen (bspw. weil ein grosser neuer Auftrag eingegangen ist und in absehbarer Zeit der Eingang einer Anzahlung

zu erwarten ist) oder aber, dass der Gläubiger im Konkursfall lediglich eine geringe Konkursdividende erhalten würde, der Gläubiger aber im Falle eines teilweisen Forderungsverzichts unter Vermeidung eines Konkurses besser gestellt wäre, mithin einen höheren Betrag als die zu erwartende Konkursdividende erhält.

Ist die Situation für ein Unternehmen einmal schwierig, so gibt es aber häufig nicht nur einen Gläubiger, der auf Zahlung drängt, sondern gleich verschiedene Gläubiger. Würde ein Unternehmen einen Gläubiger bevorzugt behandeln, so setzt sich das Unternehmen dem Vorwurf der Gläubigerbevorzugung aus. Andererseits ist ein Gläubiger oft nicht bereit ein Stillhalteabkommen abzuschliessen, wenn er annehmen muss, dass andere Gläubiger bereits Beteiligungen eingeleitet haben und mit einem Konkurs der Gesellschaft zu rechnen ist, bevor sich eine finanzielle Gesundung des Unternehmens abzeichnet.

Um eine nachhaltige Sanierungslösung zu ermöglichen, muss ein in Schwierigkeiten geratenes Unternehmen deshalb versuchen, mit seinen Gläubigern umfassende Vereinbarungen zu treffen. In der Praxis wird dies häufig getan, indem mit sämtlichen



von Rolf Kuhn

oder einer Vielzahl der Gläubiger gleichzeitig Stillhalteabkommen und/oder Forderungsverzichte abgeschlossen werden. Damit Gläubiger an solchen Massnahmen mitwirken, hat das Unternehmen die Gläubiger in der Regel davon zu überzeugen, dass ihre Forderungen in einem höheren Masse getilgt werden, als im Konkursfall.

2. Nachlassverfahren gemäss SchKG

Der Nachteil privatrechtlicher Sanierungsbemühungen besteht häufig darin, dass das Unternehmen «keine Ruhe» vor den Gläubigern hat. Solange Verhandlungen mit Gläubigern andauern, besteht stets die Gefahr, dass ein einzelner Gläubiger die Geduld verliert und einen Konkurs herbeiführt.

Fortsetzung Seite 6

*Fortsetzung***2.1 Nachlassstundung**

Das im Schweizerischen Schuldbetriebs- und Konkursrecht normierte Nachlassverfahren bietet dem Unternehmen eine Möglichkeit, diese Gefahr zu bannen: Ein Unternehmen, welches einen Nachlassvertrag mit seinen Gläubigern abschliessen will, kann um sog. Nachlassstundung ersuchen. Wird die Nachlassstundung genehmigt, so können – mit gewissen Ausnahmen – keine Betreibungshandlungen gegen das Unternehmen mehr vorgenommen werden. Dieser Schutz bietet dem Unternehmen die Möglichkeit, während dieser «Pause» Lösungen mit Gläubigern zu finden.

Voraussetzung der Gewährung einer Nachlassstundung ist es allerdings, dass bereits ein Entwurf eines Nachlassvertrages vorliegt und dass Aussicht darauf besteht, dass ein solcher Nachlassvertrag abgeschlossen werden kann. In praktischer Hinsicht muss ein Unternehmen deshalb mindestens mit einem Teil der Gläubiger bereits Gespräche geführt haben.

2.2 Nachlassvertrag

Während der Dauer der Nachlassstundung hat das Unternehmen dann unter Mitwirkung des Gerichts und unter Aufsicht eines Sachverwalters zu versuchen, mit den Gläubigern oder einer Mehrheit derselben einen Nachlassvertrag abzuschliessen.

Grundsätzlich sind zwei Formen eines solchen Nachlassvertrages denkbar. Einerseits kennt das Schweizerische Schuldbetriebs- und Konkursrecht den sog. ordentlichen Nachlassvertrag, andererseits sieht es die Form des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung vor.

Beim ordentlichen Nachlassvertrag steht die Sanierung des Unternehmens im Vordergrund. Ein solcher Nachlassvertrag sieht in der Regel vor, dass das Unternehmen einen Teil der Gläubigerforderungen im gleichen Verhältnis für alle Gläubiger tilgt, während die Gläubiger dem Unternehmen einen Teil ihrer Forderungen erlassen (sog. Prozent- oder Dividendenvergleich). Dieser Vertragstypus ähnelt deshalb einem privatrechtlichen Forderungsverzicht. Die Vorteile dieses gerichtlichen Nachlassvertrages liegen aber darin, dass die Gleichbehandlung der Gläubiger gewährleistet wird und dass Unternehmen während der Verhandlung mit den Gläu-

bigern davor geschützt wird, dass ein einzelner Gläubiger einen Konkurs herbeiführt. Der ordentliche Nachlassvertrag schützt somit das Unternehmen wie auch die Gläubiger besser.

Die andere Variante besteht im Abschluss eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung. Diese Form bezweckt an sich keine Sanierung des Unternehmens, sondern die wirtschaftliche Liquidation des Vermögens des Unternehmens. Dennoch stellt auch ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ein Sanierungsinstrument dar, indem es bspw. einer Auffanggesellschaft ermöglicht wird, den ganzen Betrieb oder Betriebsteile des Unternehmens zu übernehmen und weiterzuführen. Eine Zerschlagung des Unternehmens, die im Konkursfall mit der Versilberung der Vermögenswerte des konkursiten Unternehmens einhergehen würde, kann auf diesem Wege vermieden werden. Stattdessen kann eine Auffanggesellschaft bspw. einen Betriebsteil, Kundenbeziehungen und Arbeitnehmer übernehmen und den Betrieb weiterführen. Im Resultat kann ein solches Unterfangen auch für Gläubiger günstig sein, dies insbesondere dann, wenn Aussicht darauf besteht, dass die Auffanggesellschaft mittelfristig Erträge generieren kann. ■

Rechte des Vermieters im Konkurs des Mieters

DIE KONKURSERÖFFNUNG ÜBER DEN MIETER BEENDET DAS MIETVERHÄLTNIS NICHT OHNE WEITERES. WAS KANN DER VERMIETER TUN UND WAS MUSS ER BEACHTEN, WENN SEIN MIETER IN KONKURS FÄLLT? IST DER MIETER IM HANDELSREGISTER EINGETRAGEN, ERFOLGT DIE ZWANGSVOLLSTRECKUNG AUF DEM WEG DES KONKURSES (ART. 159 FF. SCHKG). FÜR DIE BEANTWORTUNG DER FRAGE, WELCHE RECHTSVORKEHREN DER VERMIETER IN EINEM SOLCHEN FALL ZU TREFFEN HAT, IST ZU UNTERSCHIEDEN, OB DER MIETER VOR ODER NACH ANTRITT DES MIETOBJEKTES ZAHLUNGSUNFÄHIG WIRD BZW. IN KONKURS FÄLLT.



von Irène Biber

Konkurs des Mieters vor Übergabe der Mietsache

Fällt der Mieter zwischen Vertragsabschluss und Antritt des Mietobjektes in Konkurs, so kann der Vermieter die Übergabe der Mietsache gemäss Art. 83 Abs. 1 OR so lange verweigern, bis ihm Sicherheit für die künftigen Mietzinse geleistet wird. Bei befristeten Verträgen kann Sicherheit verlangt werden für alle während der ganzen Mietdauer fällig werdenden Zinsen, bei unbefristeten Verträgen bis zum Zeitpunkt, auf den nach Vertrag oder Gesetz gekündigt werden könnte. Erhält der Vermieter die verlangte Sicherheit nicht innert angemessener Frist, so kann er gemäss Art. 83 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten.

Konkurs des Mieters nach Übergabe der Mietsache

Hat der Mieter bei der Konkurseröffnung das Mietobjekt bereits übernom-

men, so kann sich der Vermieter nicht auf das Rücktrittsrecht gemäss Art. 83 OR berufen. Er kann aber eine ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs in die Wege leiten, sein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen in Geschäftsräumen geltend machen oder die gestellte Sicherheit verwerten.

Ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs

Anderes als beim Pachtverhältnis, welches gemäss Art. 297a OR mit Konkurseröffnung endet, bewirkt der Konkurs des Mieters nicht automatisch die Beendigung des Mietverhältnisses. Der Vermieter ist jedoch berechtigt, innert angemessener Frist Sicherheit für die künftigen Mietzinse zu verlangen, ansonsten er den Vertrag bei unbenütztem Fristablauf vorzeitig auflösen kann.

Ist der Mieter bei Konkurseröffnung mit der Zahlung von Mietzinsen bereits im Rückstand, so empfiehlt es sich, dem Mieter (bei der Familienwohnung auch separat dem Ehepartner bzw. eingetragenen Partner) Frist sowohl gestützt auf Art. 257d OR zur Zahlung der rückständigen Mietzinse als auch gestützt auf Art. 266h OR für die Sicherstellung der zukünftigen Mietzinse anzusetzen mit der Androhung, dass der Vertrag ansonsten gekündigt werde. Das Recht, Sicherheit zu verlangen, besteht unabhängig davon, ob Mietzinse ausstehend sind

oder ausreichendes Retentionssubstrat besteht. Die Frist muss auch der Konkursverwaltung angesetzt werden, denn nach der Konkurseröffnung verliert der Schuldner die Verfügungsbefugnis über sämtliche Vermögensstücke (Art. 197 SchKG).

Leistet der Mieter keine Sicherheit für die künftigen Mietzinse, so kann der Vermieter fristlos kündigen; bleibt hingegen die Zahlung der rückständigen Mietzinse aus, so kann der Vermieter unter Einhaltung einer 30-tägigen Frist auf Ende eines Monats kündigen. Handelt es sich um eine Familienwohnung, ist die Kündigung wiederum auch dem Ehepartner bzw. dem eingetragenen Partner zuzustellen.

Retentionsrecht

Hat der Mieter fällige Mietzinsforderungen nicht bezahlt, so kann der Vermieter von Geschäftsräumen gemäss Art. 283 Abs. 1 SchKG die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses verlangen. Das Retentionsrecht steht dem Vermieter von Wohnräumen oder andern Immobilien nicht zu (Art. 268 OR). Das Retentionsrecht ist ein gesetzliches Pfandrecht. Nach der Konkurseröffnung über den Mieter ist die Prosequierung für Forderungen, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind, nicht mehr nötig bzw. nicht mehr möglich (Art. 206 Abs. 1

Fortsetzung Seite 8

SchKG). Als vor der Konkurseröffnung entstandene Mietzinsforderungen haben die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits verfallenen Mietzinse, mit denen der Mieter im Rückstand ist, zu gelten. Sie werden zu Konkursforderungen. Als nach der Konkurseröffnung entstandene Forderungen haben demgegenüber die künftigen Mietzinsforderungen zu gelten. Die künftigen Mietzinsforderungen für Geschäftsräume können entsprechend dem Umfang des Retentionsrechts bis zur Beendigung des Mietverhältnisses, aber längstens für die Dauer von sechs Monaten ab Konkurseröffnung, ebenfalls als Konkursforderungen eingegeben werden, und zwar unabhängig davon, ob der Geschäftsmieter eine juristische oder na-

türliche Person ist. Die Mietzinsforderungen werden im Umfang des gesetzlichen Retentionsrechts als Konkursforderungen behandelt. Wird über den Geschäftsmieter der Konkurs eröffnet, ist es daher erforderlich, aber auch ausreichend, wenn der Vermieter seine Forderungen und sein Retentionsrecht bei der Konkursverwaltung anmeldet. Dabei lässt die Praxis das Retentionsrecht auch für den laufenden Halbjahreszins zu.

Verwertung der gestellten Sicherheit

Umstritten ist, ob die vom Mieter vor der Konkurseröffnung geleistete Sicherheit in die Konkursmasse fällt oder das Pfandrecht vom Konkurs unberührt bleibt. Selbst wenn aber davon ausgegangen wird, dass die Sicherheit in die

Konkursmasse des Mieters fällt, hat der Vermieter ein Recht auf Vorausbefriedigung aus dem Erlös der Sicherheit (Art. 198 und 219 SchKG).

Fazit

Wie aufgezeigt hat die Konkurseröffnung einschneidende Wirkungen. Der Vermieter tut gut daran, im Mietvertrag eine Sicherheitsleistung zu verlangen und auf die Leistung derselben vor Mietantritt zu beharren. Ausserdem ist der Vermieter gut beraten, im Falle des Zahlungsrückstandes des Mieters rasch zu handeln und gemäss Art. 257d OR vorzugehen. Denn ein Zuwarten kann den Vermieter teuer zu stehen kommen. ■

Massenentlassung und Kurzarbeit

FEHLEN EINEM BETRIEB DIE AUFTRÄGE UND VERMAG EINE ARBEITGEBERIN IHRE ARBEITNEHMER NICHT MEHR VOLLUMFÄNGLICH ZU BESCHÄFTIGEN, WIRD SIE ZUR SICHERUNG DES WEITERBESTEHENS DES BETRIEBES KÜNDIGUNGEN IN BETRACHT ZIEHEN MÜSSEN. STEHT DIE ENTLASSUNG EINER VIELZAHL VON MITARBEITERN ZUR DISKUSSION, SO SIND DIE VORSCHRIFTEN ÜBER MASSENENTLASSUNGEN ZU BERÜCKSICHTIGEN. ENTLASSUNGEN KÖNNEN JEDOCH UNTER UMSTÄNDEN DURCH DIE EINFÜHRUNG VON KURZARBEIT ABGEWENDET WERDEN. ES EMPFIEHLT SICH DAHER IM KONKRETEN FALL ZU PRÜFEN, OB DIE VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE EINFÜHRUNG VON KURZARBEIT GEGEBEN SIND.



von Ivo Meyer

1. Massenentlassung

Um eine Massenentlassung handelt es sich dann, wenn eine Arbeitgeberin in einem Betrieb innert 30 Tagen Kündigungen ausspricht, welche in keinem Zusammenhang mit der Person der Arbeitnehmer stehen und von denen mindestens 10 Arbeitnehmer betroffen sind. Wegen ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung sieht das Gesetz für Massenentlassungen die Konsultation und Information der Arbeitnehmervertretung bzw. bei deren Fehlen der Arbeitnehmer-

schaft und ein entsprechendes Verfahren vor. Im Zusammenhang mit Massenentlassungen wird zudem oft ein Sozialplan vereinbart.

1.1 Konsultation und Information der Arbeitnehmer

Wenn eine Arbeitgeberin eine Massenentlassung beabsichtigt, so muss sie die Arbeitnehmer konsultieren. Dies bedeutet, dass die Arbeitnehmerschaft angehört wird, die Arbeitnehmerschaft der Arbeitgeberin Vorschläge unterbreiten

kann, sich die Arbeitgeberin mit diesen Vorschlägen ernsthaft auseinandersetzt sowie darüber mit der Arbeitnehmererschaft in einen Dialog tritt. Dazu stellt die Arbeitgeberin der Arbeitnehmererschaft die zweckdienlichen Informationen zur Verfügung. Diese umfassen die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer und den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen. Allgemeine Floskeln wie der Hinweis auf die allgemeine Wirtschaftslage vermögen der Pflicht, die Gründe der Massenentlassung anzugeben, nicht zu genügen. Das kantonale Arbeitsamt ist darüber zu informieren.

Die Konsultationspflicht entsteht in demjenigen Moment, in dem der Arbeitgeber «beabsichtigt», eine Massenentlassung vorzunehmen. Der Arbeitgeber kann somit nicht zuwarten, bis die Massenentlassung beschlossen ist. Eine Pflicht zur Einleitung der Konsultation besteht zwar nicht schon, wenn der Arbeitgeber entfernt mit der Möglichkeit rechnet, in der nächsten Zeit zu einer Massenentlassung schreiten zu müssen, wohl aber dann, wenn er sie konkret in Aussicht nimmt. Ebenso ist die Konsultationsfrist, welche der Arbeitnehmererschaft zur Verfügung steht, realistisch und nicht zu knapp anzusetzen. Die angemessene Dauer bestimmt sich je nach den konkreten Umständen. Sie wird sich im Regelfall zwischen drei bis vier Tagen und zwei Wochen bewegen.

Sinn und Zweck der Konsultation ist es, den Arbeitnehmern eine Einwirkung auf die Entscheidungsfindung der Arbeitgeberin zu ermöglichen und durch eine Einigung mit den Arbeitnehmern eine Kündigung zu vermeiden oder deren Folgen zu mildern. Kommt die Arbeitge-

berin den gesetzlichen Konsultations- und Informationspflichten nicht nach, so können die nachfolgenden Kündigungen missbräuchlich sein und Entschädigungspflichten auslösen.

1.2 Sozialplan

Das Erlassen eines Sozialplanes ist nicht zwingend vorgeschrieben, falls diesbezüglich kein anwendbarer Gesamtarbeitsvertrag (GAV) etwas anderes vorsieht. Er dient als Massnahme zum Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen. Die Auswirkungen von Massenentlassungen sollen abgefedert und den Betroffenen soll der Übergang zu einer neuen Stelle erleichtert werden. Der Sozialplan hilft, menschliche und wirtschaftliche Härten für die von Abbaumassnahmen betroffene Belegschaft zu vermeiden oder zumindest zu mildern. In einem Sozialplan können z.B. folgende Punkte geregelt werden: Zahlung von Abgangsentschädigungen, Durchhalteprämien, Erstreckung der Kündigungsfristen, Finanzierung von Stellenvermittlungen und Stelleninseraten, Outplacement, Umschulung oder Weiterbildung, Weiterzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Versicherungsprämien oder Ermöglichung vorzeitiger Pensionierung ohne Renteneinbusse.

Der Abschluss eines Sozialplanes kann durchaus auch im Interesse des Arbeitgebers liegen, sichert er ihm doch den Arbeitsfrieden, begrenzt seinen durch die Massenentlassung hervorgerufenen Reputationsschaden in der Öffentlichkeit und sichert ihm eher ein Reservoir an loyalen Arbeitskräften, wenn er wieder Personal aufbauen kann.

2. Kurzarbeit

Nicht in jedem Fall wirtschaftlicher Engpässe sind Entlassungen oder gar eine

Massenentlassung effektiv notwendig. Gerade wenn in absehbarer Zeit Aussicht auf eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage besteht, sollte die Einführung von Kurzarbeit geprüft werden. Unter Kurzarbeit versteht man die vorübergehende Reduktion der vereinbarten Arbeitszeit durch Wegfall einzelner Stunden oder Tage oder die vollständige Einstellung der Arbeit in einem Betrieb, wobei die arbeitsrechtliche Vertragsbeziehung mit den Arbeitnehmern aufrecht erhalten bleibt.

Durch die Einführung von Kurzarbeit können vorübergehende Engpässe durch Senkung der Personalkosten ausgeglichen und Arbeitsplätze erhalten werden, indem faktisch ein Teil des Lohnes des Arbeitnehmers von der Arbeitslosenversicherung geleistet wird. Die Arbeitslosenkasse übernimmt dabei 80 % des ausgefallenen Lohnes und richtet die Kurzarbeitsentschädigung innert zwei Jahren während höchstens 12 Abrechnungsperioden aus (als Abrechnungsperiode gilt in der Regel ein Kalendermonat). Da mit der Einführung von Kurzarbeit regelmässig Lohnkürzungen verbunden sind, kann Kurzarbeit vom Arbeitgeber nicht einseitig angeordnet werden, sondern bedarf der Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer.

2.1 Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung

Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn kumulativ:

- sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben;

Fortsetzung Seite 10

Fortsetzung von Seite 9

- der Arbeitsausfall anrechenbar ist;
- das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist;
- der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können.

Die Anspruchsvoraussetzungen werden beispielsweise dann nicht erfüllt, wenn bei Arbeitnehmern der Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist oder wenn es sich um Personen handelt, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können.

Ein anrechenbarer Arbeitsausfall liegt vor, wenn dieser auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und je Abrechnungsperiode mindestens 10 Prozent der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden. Die Ermittlung eines Arbeitsausfalles setzt voraus, dass eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle geführt wird, bzw. vorhanden ist.

2.2 Anmeldung der Kurzarbeit

Beabsichtigt ein Arbeitgeber, für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, so muss er dies der kantonalen Amtsstelle mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich melden. Der Arbeitgeber muss in der Voranmeldung die Zahl der im Betrieb beschäftigten und die Zahl der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer, das Ausmass und voraussichtliche Dauer

der Kurzarbeit und die Kasse, bei der er den Anspruch geltend machen will, angeben. Der Arbeitgeber muss in der Voranmeldung die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründen und aufzeigen, dass die Kurzarbeit durch den Eintritt eines nicht kalkulierbaren wirtschaftlichen Risikos notwendig wurde und nicht Teil des normalen Betriebsrisikos ist. Zudem muss er darlegen, weshalb die Kurzarbeit nur vorübergehenden Charakter hat und wie damit Arbeitsplätze erhalten werden können. Die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen sind durch Unterlagen glaubhaft zu machen. ■

In eigener Sache

Wir freuen uns, Ihnen mitzuteilen, dass wir Rechtsanwalt **Christopher Tillman** LL.M. (Exeter UK), Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, per 1. Januar 2009 als Partner in unsere Anwaltskanzlei aufgenommen haben. Mit Christopher Tillman wird unsere Kanzlei ihre Aktivitäten und Kompetenzen in den Bereichen des privaten und öffentlichen Bau- und Immobilienrechts sowie des Mietrechts im Wohnungs-, Industrie- und Anlagebau weiter ausbauen und verstärken. ■

Humor

Zwei Männer treffen sich auf der Strasse. «Heute morgen war es aber eisig kalt.» «Wie kalt war es denn?» «Ich weiss es nicht genau, aber ich habe einen Anwalt gesehen, der seine Hände in den eigenen Taschen hatte.»

Dr. Peter Lutz LL.M.

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan H. Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Lic.iur. Rolf Kuhn LL.M.

Lic.iur. Irène Biber

Lic.iur. Roger Meier

Lic.iur.
Christopher Tillman LL.M.
Fachanwalt SAV Bau- und ImmobilienrechtPD Dr. Sabine Kilgus LL.M.
Konsulentin

Dr. Christian Christen LL.M.

Lic.iur. Ivo Meyer LL.M.

Lic.iur. Giuseppe Mongiovi

Forchstrasse 2

Postfach 1467

8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@lawyerlutz.ch

Eingetragen
im AnwaltsregisterZertifiziert nach
EN ISO 9001 : 2000