

NKF Client News

27. APRIL 2020

Insolvenzrechtliche Aspekte in Zeiten des COVID-19 (II)

1. Einleitung

Am 16. April 2020 hat der Bundesrat die Verordnung über insolvenzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise ("**COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht**") erlassen. Die COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht ist am 20. April 2020 um 00.00 Uhr in Kraft getreten. Mit ihr und mit gezielten Anpassungen des Schweizer Insolvenzrechts will der Bundesrat durch die COVID-19-Krise bedingte Konkurse und den damit verbundenen Verlust von Arbeitsplätzen reduzieren. Die COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht führt diverse vorübergehende Anpassungen und Neuerungen in das bestehende Schweizer Insolvenzrecht ein.

2. Keine Verlängerung der Betreibungsferien

Die im Rahmen der Corona-Krise verordneten Betreibungsferien, die am 19. April 2020 ausgelaufen sind, wurden nicht verlängert. Schuldner in der Schweiz können seit dem 20. April 2020 daher wieder normal betrieben werden, sofern sie sich nicht in einem Nachlassverfahren, einer COVID-19-Stundung oder im Konkurs befinden.

3. Anpassung der Anzeigepflicht bei Gericht im Falle einer Überschuldung gemäss Schweizer Gesellschaftsrecht

Wie in unserem [ersten Newsletter](#) vom März 2020 zu diesem Thema erläutert, haben die verantwortlichen Organe einer Schweizer Gesellschaft das Gericht zu benachrichtigen, sofern eine geprüfte Zwischenbilanz zeigt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind und somit erwiesen ist, dass die Gesellschaft überschuldet ist. Nur (i) beim Vorliegen eines Rangrücktritts für Forderungen in einem für die Deckung der Überschuldung ausreichenden Umfang oder (ii) falls begründete Aussicht auf finanzielle Sanierung der Gesellschaft innert angemessener kurzer Frist (grundsätzlich 4-6 Wochen) besteht, kann von der Benachrichtigung des Konkursgerichts vorerst abgesehen werden. Eine verspätete Benachrichtigung des Gerichts birgt Haftungsrisiken für die Organe. Um den Druck auf die Organe einer Schweizer Gesellschaft zu reduzieren, welche aufgrund der COVID-19-Krise in eine Überschuldungssituation geraten ist, hat der Bundesrat nun die Voraussetzungen für die insolvenzrechtliche Anzeigepflicht herabgesetzt.

Neuerung COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht (Art. 1 und 2):

Vorab sei betont, dass die Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Art. 725 Absatz 1 und Absatz 2 des Schweizer Obligationenrechts ("**OR**") grundsätzlich unverändert bestehen bleiben. Insbesondere bleiben die Pflichten gemäss Art. 725 Absatz 1 OR bei qualifiziertem Kapitalverlust unverändert. Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung besteht weiterhin die Pflicht, eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten zu erstellen. Dabei kann neu allerdings die Prüfung der Zwischenbilanz unterbleiben. Die zentrale Neuerung ist sodann, dass der Verwaltungsrat auf die Benachrichtigung des Gerichts im Falle einer Überschuldung verzichten kann, wenn kumulativ:

- a) die Gesellschaft am 31. Dezember 2019 noch nicht überschuldet war und
- b) Aussicht besteht, dass die danach eingetretene Überschuldung bis am 31. Dezember 2020 behoben werden kann.

Keine Überschuldung per 31. Dezember 2019:

Massgebend für die Voraussetzung unter a) ist die Bilanz per Ende Jahr 2019. Dabei kommt es einzig darauf an, ob die Gesellschaft per 31. Dezember 2019 überschuldet war. Anders verhält es sich hingegen, wenn die Gesellschaft nur dank ausreichender Rangrücktritte nicht verpflichtet war, das Gericht anzurufen und ihre Tätigkeit weiterführen durfte. In diesem Fall, gelten für den Verwaltungsrat die bisherigen Anzeigepflichten.

Diese Regelung wurde in der Vernehmlassung stark kritisiert. Der Bundesrat begründete sie mit dem Argument, dass nur Gesellschaften in den Genuss der Erleichterungen kommen sollen, die aufgrund der COVID-19-Krise in eine Überschuldungssituation geraten sind, und dass Rangrücktritte keine Sanierungsmassnahmen seien. Insbesondere Start-up-Unternehmen, bei welchen nicht selten mit dem Instrument von Rangrücktritten die Fortführung des Betriebs gewährleistet wird, dürften von dieser Restriktion speziell betroffen sein.

Wenn eine Gesellschaft aufgrund unterlassener Buchführung und Rechnungslegung nicht in der Lage ist, nachzuweisen, dass sie am 31. Dezember 2019 (ohne Berücksichtigung von Rangrücktritten) nicht überschuldet war, kann sie die Erleichterungen nicht in Anspruch nehmen.

Positive Prognose per 31. Dezember 2020:

Der Verwaltungsrat muss sich auf der Grundlage möglichst umfassender Informationen ein Bild von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft machen und eine "positive Prognose" im Interesse der Gesellschaft erstellen, wonach Aussicht besteht, dass die Überschuldung bis am 31. Dezember 2020 behoben werden kann. Diese Aussicht muss allerdings nicht mehr "begründet" sein.

Fasst der Verwaltungsrat den Beschluss, das Gericht trotz Überschuldung nicht zu benachrichtigen, muss er seinen Entscheid schriftlich begründen und dokumentieren. Dies erfolgt üblicherweise im Rahmen des Verwaltungsratsprotokolls. Als Beilagen für die Prognose, dass die Überschuldung bis Ende 2020 beseitigt werden kann, kommen z.B. die erstellte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten sowie Dokumente zur Finanz- und Liquiditätsplanung in Frage.

Wenn der Verwaltungsrat gestützt auf die COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht auf die Anzeige verzichten darf, ist auch die Revisionsstelle von ihrer Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts befreit.

Diese Änderungen gelten sinngemäss für alle Rechtsformen, die einer gesetzlichen Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und bei Überschuldung unterstehen (insbesondere auch die GmbH, Genossenschaft und die Stiftung). Nicht in den Genuss der Erleichterungen kommen hingegen Finanzdienstleister, die einem spezialgesetzlichen Insolvenzregime unterliegen (insbesondere im Bereich des Banken- oder Kollektivanlagerechts) und für die aufgrund der spezialgesetzlichen Bestimmungen die gesellschaftsrechtlichen Pflichten gemäss OR 725 (und analogen Bestimmungen für GmbHs, Genossenschaften und Stiftungen) nicht anwendbar sind.

4. Anpassungen des bestehenden Nachlassverfahrensrechts (SchKG)

Das Nachlassverfahren ist in den Art. 293 ff. SchKG geregelt und besteht primär in einer provisorischen (Art. 293a ff. SchKG) und einer definitiven Stundung (Art. 294 ff. SchKG). Diese beiden Nachlassstundungen sind trotz der Einführung einer neuen COVID-19-Stundung (siehe nachfolgend) nach wie vor relevant, weil die COVID-19-Stundung u.a. kotierten und/oder grossen Unternehmen nicht zugänglich ist. Zudem kann sich der Schuldner für eine der "normalen" Nachlassstundungen entscheiden, wenn bestimmte Rechtsfolgen herbeigeführt werden sollen, die einzig der "normalen" Nachlassstundung bekannt sind, z.B. wenn (i) auch die Forderungen der ersten

Klasse der Stundung unterstellt sein, (ii) Prozesse sistiert oder (iii) Dauerschuldverhältnisse aufgelöst werden sollen sowie (iv) immer dann, wenn der Abschluss eines Nachlassvertrags Ziel der Stundung bildet.

Neuerung COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht (Art. 3-5):

Die COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht erleichtert den Zugang zur provisorischen Stundung, indem dem Gesuch des Schuldners um Einleitung des Nachlassverfahrens kein provisorischer Sanierungsplan beiliegen muss. Damit entfällt auch die Prüfung der Sanierungsfähigkeit durch die Nachlassgerichte. Das macht die Nachlassstundung kostengünstiger und damit für kleine und mittlere Unternehmen leichter zugänglich. Ausserdem beschleunigt es voraussichtlich die Verfahren weiter. Entsprechend findet der Grundsatz, dass das Nachlassgericht von Amtes wegen den Konkurs eröffnet, wenn im Zeitpunkt der Beantragung einer Stundung offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht (Art. 293a SchKG), während der Dauer der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht keine Anwendung. Die provisorische Nachlassstundung darf neu bis zu sechs Monate (bisher vier Monate) betragen.

Bis zum 31. Mai 2020 nicht anwendbar sind sodann die Regeln gemäss Art. 296b lit. a und b SchKG, wonach vor Ablauf der Stundung von Amtes wegen der Konkurs eröffnet wird, wenn:

- a) dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist; oder
- b) offensichtlich keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht.

Dies allerdings nur, wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war oder Rangrücktritte im Sinne von Art. 725 Absatz 2 OR im vollem Umfang der Überschuldung vorlagen. Mit der Einführung einer Karenzfrist bis zum 31. Mai 2020 wird dem Schuldner Zeit eingeräumt, um die Sanierung vorzubereiten. Sonst müsste aufgrund der COVID-19-Krise vermutlich in vielen Fällen die Nachlassstundung sofort wieder abgebrochen und der Konkurs eröffnet werden. Der im "normalen" Nachlassverfahren in der Regel einzusetzende Sachwalter bleibt allerdings verpflichtet, die Sanierungsaussichten – nach Ablauf der Karenzfrist bis 31. Mai 2020 – zu überprüfen. Wenn eine Sanierung nicht mehr möglich erscheint, hat er dies dem Nachlassgericht mitzuteilen, damit es gestützt auf die vorgenannten Bestimmungen den Konkurs eröffnen kann, sofern die Sanierungsmassnahmen bis dahin nicht die gewünschten Wirkungen zeigen.

5. Neue COVID-19-Stundung (COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht)

Die COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht führt eine neue "COVID-19-Stundung" ein. Diese stellt finanziell bedrängten Schuldnern ein einfaches Verfahren zur Verfügung, mit welchem sie eine zeitlich befristete Stundung herbeiführen können, um sich zu reorganisieren und sich auf die Zeit nach der COVID-19-Krise vorzubereiten. Die neue "COVID-19-Stundung" gleicht einer provisorischen Nachlassstundung mit zusätzlichen Erleichterungen, die nahezu voraussetzungslos gewährt wird.

5.1 Einleitung der "COVID-19-Stundung"

Jeder Schuldner in der Rechtsform der Einzelunternehmung, der Personengesellschaft oder einer juristischen Person kann beim Nachlassgericht eine COVID-19-Stundung von höchstens drei Monaten beantragen, wenn er am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war oder Rangrücktritte im Sinne von Art. 725 Absatz 2 OR im vollem Umfang der Überschuldung vorlagen.

Die COVID-19-Stundung steht folgenden juristischen Personen nicht offen:

- Gesellschaften, die (a) Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert haben, (b) Anleiheobligationen ausstehend haben oder (c) mindestens 20 Prozent der Aktiven oder des Umsatzes zur Konzernrechnung einer Gesellschaft nach Buchstabe a oder b beitragen;

- Gesellschaften, die im Jahr 2019 zwei der folgenden Grössen überschritten haben: (a) Bilanzsumme von CHF 20 Millionen, (b) Umsatzerlös von CHF 40 Millionen oder (c) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

Der Schuldner hat mit dem Gesuch für eine COVID-19-Stundung seine Vermögenslage glaubhaft darzutun und so gut wie möglich zu belegen.

5.2 Verlängerung und Widerruf der "COVID-19-Stundung"

Die COVID-19-Stundung kann um höchstens drei Monate verlängert werden.

Hat der Schuldner gegenüber dem Nachlassgericht falsche Angaben gemacht, kann dieses die Stundung jederzeit von Amtes wegen widerrufen.

5.3 Sachwalter und Kompetenzen des Sachwalters

Bei der COVID-19-Stundung wird grundsätzlich auf die Bestellung eines Sachwalters verzichtet. Nur in qualifizierten Fällen, etwa bei grösseren Unternehmen oder bei komplizierten Verhältnissen, kann das Nachlassgericht auf Gesuch des Schuldners, eines Gläubigers oder von Amtes wegen unabhängig vom Verfahrensstand einen Sachwalter einsetzen.

5.4 Bekanntmachung und Notifizierung der "COVID-19-Stundung"

Die Bewilligung und die Verlängerung der COVID-19-Stundung werden durch das Nachlassgericht öffentlich bekannt gemacht und dem Betreibungs-, dem Handelsregister- und dem Grundbuchamt vom Nachlassgericht unverzüglich mitgeteilt. Der Schuldner muss sodann unverzüglich sämtliche bekannten Gläubiger über die Bewilligung und gegebenenfalls die Verlängerung der COVID-19-Stundung schriftlich oder per E-Mail informieren.

5.5 Wirkungen der "COVID-19-Stundung"

Der COVID-19-Stundung unterliegen sämtliche Forderungen gegen den Schuldner, die vor der Bewilligung der Stundung entstanden sind. Davon ausgenommen sind Forderungen der ersten Klasse gemäss Art. 219 SchKG (insbesondere Lohn- und Alimentenforderungen) sowie gewisse Forderungen im Zusammenhang mit Sozialversicherungen.

Der Schuldner darf die Forderungen, welche der COVID-19-Stundung unterliegen, nicht bezahlen. Andernfalls kann das Nachlassgericht von Amtes wegen über den Schuldner den Konkurs eröffnen. Dagegen darf der Schuldner nach der Bewilligung der COVID-19-Stundung neue Verbindlichkeiten eingehen und entsprechende Forderungen auch bezahlen. Damit soll dem Schuldner ermöglicht werden, seinen Betrieb weiterzuführen (vgl. auch Ziffer 5.6 nachfolgend).

Die Wirkungen der COVID-19-Stundung entsprechen weitgehend denjenigen der ordentlichen Nachlassstundung (Art. 297 und 298 SchKG). Namentlich:

- a) kann während der COVID-19-Stundung gegen den Schuldner für Forderungen, die von der COVID-19-Stundung erfasst sind, eine Betreibung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden – ausgenommen ist die Betreibung auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen; die Verwertung des Grundpfandes bleibt dagegen ausgeschlossen;
- b) gilt für gepfändete Vermögenswerte Art. 199 Absatz 2 SchKG sinngemäss;
- c) sind der Arrest und andere Sicherungsmassnahmen für Forderungen, welche der COVID-19-Stundung unterliegen, ausgeschlossen;
- d) entfaltet eine vor der Bewilligung der COVID-19-Stundung vereinbarte Abtretung über eine künftige Forderung, die erst nach der Bewilligung der COVID-19-Stundung entsteht, keine Wirkung;

- e) stehen Verjährungs- und Verwirkungsfristen still für Forderungen, die der COVID-19-Stundung unterliegen.
- f) gelten für die Verrechnung die Artikel 213 und 214 SchKG – an die Stelle der Konkursöffnung tritt die Bewilligung der COVID-19-Stundung;
- g) ist für Forderungen, die nicht der COVID-19-Stundung unterliegen, weil sie der ersten Klasse nach Art. 219 SchKG angehören, nur die Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung möglich.

Wie erwähnt entfaltet eine vor der Bewilligung der COVID-19-Stundung vereinbarte Abtretung über künftige Forderungen für diejenigen Forderungen keine Wirkung, die erst nach der Bewilligung der COVID-19-Stundung entstehen. Insbesondere diese Regelung kann in der Praxis gerade in der vorliegenden Krisensituation problematisch sein und einigen Aufwand verursachen. So funktioniert z.B. das Factoring – ein zentrales Mittel der Liquiditätsplanung vieler KMU – über Globalzessionen betreffend künftige Forderungen. Beantragt ein solches KMU COVID-19-Stundung, müssen Forderungen zwecks Erfüllung der Forderungskaufverträge einzeln an die Factoringgesellschaft zediert werden. Dafür ist in der Praxis mindestens eine schriftliche Zessionserklärung erforderlich. Dasselbe gilt, wenn die Sicherung von Bankkrediten über Globalzessionen erfolgt.

Im Unterschied zur ordentlichen Nachlassstundung:

- a) laufen in der COVID-19-Stundung die Zinsen für sämtliche Forderungen weiter;
- b) können Dauerschuldverhältnisse nicht ausserordentlich beendet werden; und
- c) werden Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren über gestundete Forderungen nicht sistiert.

5.6 Verfügungsbefugnis des Schuldners während der COVID-19-Stundung

Der Schuldner kann seine Geschäftstätigkeit fortsetzen, insbesondere neue Verbindlichkeiten eingehen und diese auch bezahlen. Dagegen darf der Schuldner während der Dauer der COVID-19-Stundung keine Rechtshandlungen vornehmen, durch welche die berechtigten Interessen der Gläubiger beeinträchtigt oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer begünstigt werden.

Ohne Ermächtigung des Nachlassgerichts kann der Schuldner sodann während der COVID-19-Stundung nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens (i) veräussern oder (ii) belasten oder (iii) darüber Pfänder bestellen. Hat das Nachlassgericht hingegen zugestimmt, ist die Rechtshandlung des Schuldners nicht mehr anfechtbar.

Hat das Nachlassgericht ausnahmsweise einen Sachwalter eingesetzt, kann es:

- a) anordnen, dass gewisse Handlungen des Schuldners rechtsgültig nur unter Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können; oder
- b) den Sachwalter ermächtigen, die Geschäftsführung anstelle des Schuldners zu übernehmen.

Rechte gutgläubiger Dritter bleiben stets vorbehalten.

Handelt der Schuldner diesen Bestimmungen oder den Weisungen eines Sachwalters zuwider, kann ihm das Nachlassgericht die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entziehen oder von Amtes wegen den Konkurs eröffnen. Es kann den Konkurs auch von Amtes wegen eröffnen, wenn dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist.

5.7 Wirkungen neu eingegangener Verbindlichkeiten in einem späteren Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Ist ein Sachwalter eingesetzt worden und geht der Schuldner während der COVID-19-Stundung mit seiner Zustimmung Verbindlichkeiten ein, verpflichten diese in einem späteren Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Masse. Dasselbe gilt für Gegenforderungen aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters daraus

Leistungen in Anspruch genommen hat. Entsprechend gilt, dass neue Verbindlichkeiten, die ohne Zustimmung eines Sachwalters eingegangen werden (was im Rahmen einer COVID-19-Stundung die Regel sein dürfte), in einem späteren Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht privilegiert sein werden.

5.8 Wechsel in "normales" Nachlassverfahren während der COVID-19-Stundung

Der Schuldner kann während der COVID-19-Stundung jederzeit ein Gesuch um provisorische Nachlassstundung stellen. Wird das Gesuch bewilligt, wechselt er in das "normale" Nachlassverfahren. Die maximale Dauer der provisorischen Nachlassstundung wird dabei um die Hälfte der bereits abgelaufenen Dauer der COVID-19-Stundung verkürzt.

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Bundesrat zur Verhinderung einer durch die COVID-19-Krise bedingten Konkurswelle und den entsprechenden volkswirtschaftlichen Auswirkungen:

- a) Gesellschaften bei COVID-19-bedingten Überschuldungen unter gewissen Voraussetzungen von der Anzeigepflicht bei Gericht entbindet;
- b) das bestehende Nachlassverfahren im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht mittels Aufhebung der Prüfung der Sanierungsfähigkeit durch die Nachlassgerichte und der damit verbundenen Erleichterung der Dokumentationspflicht kostengünstiger und damit für KMU leichter zugänglich macht;
- c) die Konkursöffnung von Amtes wegen aus dem laufenden Nachlassverfahren unter gewissen Voraussetzungen bis 31. Mai 2020 einschränkt (die Sanierungsfähigkeit wird vom Sachwalter nach Ablauf der Karenzfrist bis 31. Mai 2020 geprüft; bei schlechter Prognose oder sofern dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist, erfolgt die Konkursöffnung);
- d) mit der COVID-19-Stundung ein neues Verfahren zur Verfügung stellt, das auf kleine und mittlere Unternehmen ausgerichtet ist und eine dem Nachlassverfahren nachgebildete moderne und sanierungsfreundliche Version der Notstundung darstellen soll.

Sollten Sie zu diesem Thema weitere Fragen und Anregungen haben, wenden Sie sich gerne an Ihren regulären NKF-Kontakt oder an die Autoren. Wir unterstützen Sie gerne.

Autoren/Kontakt

Thomas Sprecher
Partner

thomas.sprecher@nkf.ch

Marco Häusermann
Partner

marco.haeusermann@nkf.ch

Roman Sturzenegger
Senior Associate

roman.sturzenegger@nkf.ch

Diese Publikation behandelt nicht zwingend jedes wichtige Thema und deckt nicht jeden Aspekt der Themen ab, mit denen sie sich beschäftigt. Sie dient nicht der rechtlichen oder sonstigen Beratung.

