



Beilage 1: Konzeptpapier

Datum:

1. April 2020

Aktenzeichen: 237.1-3233/7/2/2

Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens

1 Ausgangslage

Als Folge der Corona-Krise ist zu befürchten, dass zahlreiche Unternehmen in absehbarer Zeit in finanzielle Schwierigkeiten geraten werden. Der Bund ist daran, die Unternehmen mit einer Reihe von Massnahmen soweit möglich zu entlasten und diese davor zu schützen, unverschuldet in eine Konkursituation zu geraten. Auch wenn der Bund verschiedene Massnahmen zur Stützung der Liquidität insbesondere von KMU getroffen hat, stellt sich bei den als juristischen Personen konzipierten Unternehmen weiterhin das Problem, dass der Verwaltungsrat gemäss Artikel 725 Absatz 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) die Pflicht hat, in bestimmten Fällen das Gericht zu benachrichtigen, damit der Konkurs eröffnet werden kann. Angesichts der praktischen Auswirkungen dieses Mechanismus (vgl. dazu unten) stellt sich die Frage, ob auch auf Stufe des Gesellschaftsrecht Massnahmen zu treffen sind. Ausserdem sieht das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) in Artikel 62 einerseits vor, dass der Bundesrat im Fall einer Epidemie den sog. *Rechtsstillstand* anordnen kann. Andererseits enthält das SchKG in den Artikeln 337 ff. eine Regelung der sog. Notstundung. Seit Beginn der Krise steht die Frage im Raum, ob der Bund von diesen im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Kriseninstrumenten Gebrauch machen soll.

Der Bundesrat hat am 18. März 2020 gestützt auf Artikel 62 SchKG einen befristeten Rechtsstillstand bis zum 5. April 2020 angeordnet. Dieser wird unmittelbar abgelöst von den gesetzlichen Betreibungsferien, die an diesem Tag zu laufen beginnen und bis am 19. April 2020 dauern werden. Die Wirkungen des beantragten Rechtsstillstandes entsprechen denjenigen der regulären gesetzlichen Betreibungsferien. Im Ergebnis beginnen auf diese Weise die regulären Betreibungsferien einige Tage früher und werden von zwei auf etwas mehr als vier Wochen verlängert. Sämtliche natürlichen und juristischen Personen in der Schweiz sind damit bis zu diesem Datum vor Betreibungen und insbesondere auch vor einer Konkurseröffnung geschützt.



2 Kein längerfristiger Rechtsstillstand

Der Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 SchKG für den Fall von Epidemien ist eine umfassende und sehr weitreichende Massnahme. Der Bundesrat hatte im Anschluss an die allgemeine Mobilmachung nach dem Ausbruch des ersten Weltkriegs einen allgemeinen Rechtsstillstand angeordnet, der vom 5.–21. August 1914 dauerte und vom Bundesrat einmalig bis zum 30. September 1914 verlängert wurde. Die Erfahrung mit diesem Rechtsstillstand hat allerdings deutlich gemacht, dass diese Massnahme nicht geeignet ist, über längere Zeit hinweg in Kraft zu bleiben, da sie zu *schwerwiegenden Beeinträchtigungen des gesamten Wirtschaftslebens* führte. So haben viele Schuldner ihre Rechnungen nicht mehr bezahlt, und das ganze Wirtschaftssystem geriet ins Stocken. Der Bundesrat hat deshalb damals den Rechtsstillstand nicht weiter verlängert und andere Massnahmen angeordnet.

Die Erfahrungen von damals haben deutlich gemacht, dass der Rechtsstillstand nur bedingt geeignet ist, um in der gegenwärtigen Krise Abhilfe zu schaffen. Erforderlich sind vielmehr gezieltere Massnahmen: Statt allen Schuldnern eine umfassende Stundung zu gewähren, sollen bestimmten Schuldnern im Rahmen einer Einzelfallentscheidung bestimmte Erleichterungen gewährt werden.

Der Rechtsstillstand ist zudem auch deswegen kein geeignetes Instrument zur Beseitigung epidemiebedingter Probleme von Unternehmen, weil damit die bei einem Schuldner entstandenen Liquiditätsprobleme lediglich auf einen zufälligen Dritten, in diesem Fall den Gläubiger, überwält werden. Richtigerweise müsste es aber darum gehen, die Liquidität der betroffenen Unternehmen mit *direkten Massnahmen* zu verbessern, namentlich mit Kurzarbeit, mit dem COVID-Erwerbsersatz zur Deckung der Lohnkosten, den in der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung vorgesehenen Überbrückungsdarlehen, der Gewährung von Zahlungsaufschub bei Sozialversicherungsbeiträgen, Steuern und Abgaben sowie weiteren, vom Bundesrat angeordneten oder geprüften Entlastungsmassnahmen. Schliesslich lässt der Rechtsstillstand verschiedene Fragen ungeregelt, die längerfristig unbedingt regelungsbedürftig wären, sofern man mit der Massnahme die Sanierung der Unternehmen und nicht nur ein Hinausschieben des Insolvenzzeitpunkts bezweckt (dazu im Einzelnen unten).

Die Anordnung des Rechtsstillstands erscheint dagegen dann sinnvoll, wenn es gilt, kurzfristig Probleme zu überbrücken, sei dies auf Seiten der Betreibungsämter, die aufgrund äusserer Umstände ihren Aufgaben nicht mehr vollständig nachkommen können, sei dies für die betroffenen Schuldner, die eine Frist erhalten, um ihre Situation zu analysieren und die notwendigen Schritte in die Wege zu leiten, um sich der neuen Situation anzupassen, sei dies für die Politik, um ausreichend Zeit für die notwendigen Massnahmen zur Verfügung zu haben. So konnte das Institut in der Vergangenheit bei lokalen und zeitlich sehr beschränkten Krisensituationen (Hochwasser, grosse Neuschneemengen verbunden mit einer Lawinengefahr) mit Erfolg eingesetzt werden.

Auch mit dem vom Bundesrat am 18. März 2020 vorübergehend angeordnete Rechtsstillstand werden diese Ziele verfolgt: Angesichts der Komplexität der vorliegenden Situation sowie der Notwendigkeit, rasch Massnahmen zu treffen, hat der Bundesrat entschieden, *in einem ersten Schritt* und ausschliesslich im Sinne einer kurzen Atempause einen zeitlich beschränkten Rechtsstillstand anzuordnen, der es ermöglicht, in den nachfolgenden Wochen eine ausgereifte Lösung vorzubereiten.

Anders als dies bei der Anordnung eines längerfristigen Rechtsstillstands der Fall wäre, besteht das Ziel ausdrücklich nicht in einer Suspendierung des gesamten Vollstreckungssystems, sondern darin, die Rechtsdurchsetzung weiterhin im Grundsatz zu gewährleisten und

damit den Eintritt weiteren Schadens zu verhindern. Die Vollstreckung von geldwerten Ansprüchen gehört zu einer der fundamentalen Funktionen des Rechtsstaates und der Wirtschaftsordnung, die nicht einfach eingestellt werden darf.

3 System und Funktion der einzelnen Massnahmen

Das vorgeschlagene Modell beruht auf einem mehrstufigen Modell: Anstelle eines Rechtsstillstandes stellt das Bundesamt für Justiz heute ein dreistufiges Modell zur Diskussion, bei welchem die einzelnen Unternehmen grundsätzlich einer Einzelfallbetrachtung unterworfen werden:

- (1) Direkte Unterstützungsmassnahmen durch den Bund
- (2) Erleichterungen im Hinblick auf die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 OR
- (3) Verweis auf das geltende Nachlassverfahren gemäss SchKG sowie Einführung eines besonderen Stundungsverfahrens für kleinere Unternehmen (sog. COVID-19-Stundung)

3.1 Direkte Unterstützungsmassnahmen des Bundes

Ein Unternehmen, dass sich aufgrund der gegenwärtigen Situation in seiner Existenz bedroht sieht, hat demnach grundsätzlich die Möglichkeit, die direkten Unterstützungsmassnahmen des Bundes zu beantragen. Damit sollte in vielen Fällen zumindest vorübergehend die Lage entschärft werden können. Im Zentrum stehen dabei insbesondere die Überbrückungskredite gemäss der COVID-19-Solidarbürschaftsverordnung, mit denen den Unternehmen ausreichend Liquidität zur Verfügung gestellt werden soll, damit sie trotz Corona-bedingten Umsatzeinbussen ihre laufenden Fixkosten decken können. Die Liquidität wird wiederhergestellt, und aufgrund Artikel 24 der Verordnung wird gleichzeitig auch die Bilanz zumindest vorübergehend saniert. Hinzu kommen die Möglichkeit der Kurzarbeit sowie die weiteren vom Bundesrat beschlossenen Massnahmen.

3.2 Anpassung von Artikel 725 OR

Trotz dieser direkten Unterstützungsmassnahmen besteht in vielen Fällen weiterhin das Problem, dass nach geltendem Recht der Verwaltungsrat, wenn die begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, eine Zwischenbilanz sowohl zu Fortführungswerten als auch Veräusserungswerten erstellen muss, die in jedem Fall durch einen zugelassenen Revisor zu prüfen sind. Ergibt sich aus beiden Bilanzen eine Überschuldung, d.h. die Aktiven der Gesellschaft sind kleiner als das Fremdkapital (Schulden), muss der Verwaltungsrat oder im Unterlassungsfall die Revisionsstelle das Gericht benachrichtigen und Überschuldungsanzeige erstatten ("die Bilanz deponieren"). Für die Unterlassung dieser Pflichten haften die handlungspflichtigen Organe persönlich.

In der Praxis führt der Übergang von der Bilanzierung zu Fortführungswerten zur Bilanzierung zu (den in aller Regel viel tieferen) Liquidationswerten praktisch immer zum sofortigen Konkurs einer Gesellschaft. Unter normalen wirtschaftlichen Bedingungen stellt dieser Mechanismus sicher, dass die Gläubiger einer konkursreifen Firma möglichst wenig Schaden nehmen. Infolge pandemiebedingter Liquiditätsengpässe und Wertverminderungen der Aktiven dürften nun aber vermehrt Unternehmen, die unter normalen Bedingungen nicht überschuldet wären, aufgrund dieser Regelung gezwungen sein, ein Konkursverfahren einzuleiten. Ein gewissenhafter Verwaltungsrat muss deshalb unter Umständen sofort die Bilanz deponieren, will er nicht persönlich haftbar werden. Damit gehen Unternehmen zugrunde und Arbeitsplätze verloren, und es werden erhebliche volkswirtschaftliche Werte vernichtet.

Vor diesem Hintergrund hat der deutsche Gesetzgeber am 27. März 2020 ein umfassendes Gesetzespaket verabschiedet und in Kraft gesetzt (Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht). Danach werden Gesellschaften, die pandemiebedingt insolvent werden und Aussicht auf Wiedererlangung ihrer Zahlungsfähigkeit haben, bis zum 30. September 2020 von der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags befreit werden. Das Gesetzespaket schafft zudem Anreize, den betroffenen Unternehmen neue Liquidität zuzuführen und die Geschäftsbeziehungen zu diesen aufrecht zu erhalten. Die Eckpunkte des Pakets sollen bei Bedarf bis zum 31. März 2021 verlängert werden können.

Mit Artikel 24 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung vom 25. März 2020 hat der Bundesrat der dargestellten Problematik bereits teilweise Rechnung getragen. Die vom Bund garantierten Darlehen, obwohl sie in der Bilanz als Fremdkapital erfasst werden, dürfen bei der Prüfung einer Überschuldung nach Artikel 725 Absatz 2 OR ausgeklammert werden. Dadurch wird die Summe des Fremdkapitals, die den Aktiven gegenübergestellt wird, verkleinert. Diese Sichtweise kann dazu führen, dass eine Gesellschaft nicht mehr als überschuldet gilt, obwohl die Schulden effektiv grösser sind als die vorhandenen Aktiven. Für den Verwaltungsrat hat das zur Folge, dass die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben kann. Ergänzend dazu ist in einem nächsten Schritt auch ein Ausschluss der paulianischen Anfechtungsklagen für die kreditgebenden Banken bzw. den für die Kredite bürgenden Bund vorzusehen.

Es wird aber ohne Zweifel Fälle geben, bei denen die Bilanz auch nach Ausklammerung der vom Bund garantierten Darlehen noch eine Überschuldung aufweist. Gemäss dem Vorschlag soll der Verwaltungsrat vorübergehend von der Pflicht befreit werden, eine Zwischenbilanz durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen. Die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten soll dagegen weiterhin bestehen bleiben. Der Verwaltungsrat muss sich auf der Grundlage von umfassenden Informationen ein Bild von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft machen. Für den Verwaltungsrat entfällt zudem trotz festgestellter Überschuldung die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts, wenn längerfristig die Aussicht auf eine nachträgliche Beseitigung der Überschuldung besteht und die Gesellschaft Ende 2019 nicht bereits überschuldet war.

Die Aussetzung der gesetzlichen Pflichten des Verwaltungsrats ist keine Sanierungsmassnahme. Sie dient einzig dazu, dem Verwaltungsrat in zeitlicher Hinsicht etwas mehr Luft zu verschaffen, damit die Sanierung der Gesellschaft in die Wege geleitet werden kann.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass mit den Krediten gemäss der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung die Liquidität der Unternehmen wiederhergestellt werden und zumindest auch kurzfristig die Bilanz saniert werden kann, und mit der teilweisen Aussetzung der Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 OR jedenfalls in bestimmten Fällen die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts entfällt. Dort, wo diese Massnahmen nicht ausreichen, namentlich wenn keine nachvollziehbare Aussicht darauf besteht, eine Überschuldung innert sechs Monaten nach dem Dahinfallen der Massnahmen zu beheben, muss das Gericht benachrichtigt werden. Und auch dann, wenn die beanspruchten Kredite nicht ausreichen, um die Liquidität wiederherzustellen, bleibt es weiterhin möglich, dass die Gläubiger auf dem Weg der ordentlichen Betreibung den Konkurs des betroffenen Unternehmens herbeiführen.

4 Massnahmen im Vollstreckungsrecht

Um die gefährdeten Unternehmen zusätzlich vor einem Konkurs und einer damit einhergehenden Auflösung zu schützen und damit das Ziel, das sich der Bundesrat gesteckt hat – die Verhinderung von Insolvenzen aufgrund von Liquiditätsengpässen –, sind deshalb auch auf der Stufe des Vollstreckungsrechts Massnahmen zu treffen. Das geltende SchKG sieht in Artikel 337 ff. Bestimmungen über die sog. Notstundung vor. Diese kommen zur Anwendung

"in ausserordentlichen Verhältnissen, insbesondere im Falle einer andauernden wirtschaftlichen Krise". Die Notstundung muss allerdings von einer Kantonsregierung mit Zustimmung des Bundes zuerst für anwendbar erklärt werden, bevor sie von einem Unternehmen beantragt werden kann.

Eine eingehende Prüfung der Bestimmungen über die Notstundung durch einen externen Gutachter (nachfolgend: Gutachten Lorandi, Beilage 4) hat allerdings ergeben, dass das betreffende Institut nur beschränkt zum Schutz gefährdeten Unternehmen in der gegenwärtigen Krise geeignet erscheint. So ist für deren Gewährung vorausgesetzt, dass die Aussicht besteht, dass der Schuldner nach Ablauf der Stundung seine Gläubiger voll wird befriedigen können (Art. 338 Abs. 1 SchKG). Verjährungs- und Verwirkungsfristen stehen nicht still, laufende Prozesse werden nicht sistiert und Forderungen der ersten Klasse, namentlich Lohnforderungen und Unterhaltsansprüche, unterliegen der Stundung nicht (Art. 346 Abs. 1 SchKG); eine zentrale Neuerung der letzten Revision des Nachlassrechts, nämlich die Möglichkeit der Übertragung von Betrieben und Betriebsteilen nach Artikel 333b OR, kennt die Notstundung nicht. Als weiterer gewichtiger Nachteil wird Artikel 349 Absatz 2 SchKG angesehen, wonach während eines halben Jahres nach Ablauf einer Notstundung weder eine neue Notstundung noch eine Nachlassstundung beantragt werden kann. Weitere wichtige Fragen sind mangels Praxis zur Notstundung ungeklärt (im Einzelnen Gutachten Lorandi, Rz. 70–75).

Um diesen Defiziten Rechnung zu tragen, müssten die Bestimmungen über die Notstundung auf dem Weg einer Notverordnung stark angepasst werden und dabei wohl inhaltlich weitgehend den bestehenden Bestimmungen über das Nachlassverfahren gemäss Artikel 293 ff. SchKG angepasst werden. Unter diesen Umständen erscheint es naheliegend, stattdessen das bestehende Nachlassrecht gemäss 293 ff. SchKG mit geringfügigen Änderungen für die aktuellen Bedürfnisse zu verwenden. Der vorliegende Vorschlag enthält die entsprechenden Modifikationen.

Dabei bleibt aber zu bedenken, dass es sich beim Nachlassverfahren um ein relativ aufwendiges Verfahren handelt, das letztlich (wie im Übrigen auch die Notstundung) nicht dafür ausgelegt ist, als Massenverfahren zahlreichen Unternehmen den Weg zu einer Sanierung zu öffnen. Der mit der Eröffnung zahlreicher Nachlassverfahren verbundene Aufwand wäre angesichts der Zahl der möglichen Verfahren von den Gerichten in der notwendigen Zeit kaum zu bewältigen, und auch die entstehenden Kosten würden unter Umständen viele Unternehmen von der Einleitung eines solchen Verfahrens abhalten. Weder die Notstundung noch das geltende Nachlassverfahren kann damit den bestehenden Bedürfnissen umfassend gerecht werden.

Die Herausforderung für den Gesetzgeber besteht damit darin, dass eine Vielzahl von Unternehmen durch die gegenwärtige Krise in Schwierigkeiten geraten ist und es gilt, zahlreiche Konkurse zu verhindern. Gleichzeitig besteht die Hoffnung, dass nach Beendigung der Krise zumindest ein Teil dieser Unternehmen wieder in der Lage wäre, ihre Geschäftstätigkeit fortzusetzen. Ziel der gesetzgeberischen Massnahmen ist es damit, diese Unternehmen möglichst unbeschadet durch die Krise zu bringen. Dabei erscheint es aber kaum möglich, im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung *ex ante* festzustellen, welche Unternehmen unterstützungswürdig sind und welche nicht. Dies nicht nur aufgrund der Prognoseunsicherheiten, sondern auch wegen des damit zusammenhängenden Aufwands, der durch die grosse Zahl der Fälle entsteht.

Während für die grösseren Unternehmen die Einleitung eines Nachlassverfahrens nach wie vor sinnvoll sein kann, hat der Gesetzgeber für die kleineren Unternehmen, für welche dieses

zu aufwendig erscheint, zwei mögliche Optionen: Entweder nichts zu tun und die Unternehmen ihrem Schicksal zu überlassen, oder aber mit einer pauschalen (und damit wahrscheinlich überschüssenden) Massnahme einen grösseren Teil der Unternehmen zu schützen, im Bewusstsein, dass manche von ihnen trotz aller Bemühungen nach der Krise nicht mehr weiterbestehen werden.

Im Sinne des zweiten Konzepts, welches im Übrigen auch den direkten Unterstützungsmassnahmen des Bundes sowie den Massnahmen im Rahmen von Artikel 725 OR zugrunde liegt, wird vorgeschlagen, zusätzlich zum bestehenden und zu modifizierenden Nachlassverfahren ein *standardisiertes Massenverfahren* zu schaffen, mit welchem *kleinere* Unternehmen rasch und einfach zu einer Stundung kommen können (sog. COVID-19-Stundung). Mit der zeitlich beschränkten Stundung soll das Unternehmen die Möglichkeit erhalten, sich zu reorganisieren und sich auf die neue Situation einzustellen; der Abschluss eines Nachlassvertrages ist dabei nicht das Ziel der Stundung.

Inhaltlich ist das Verfahren aber stark dem Nachlassverfahren nachgebildet, wobei aber insbesondere *auf die Vorlage eines Sanierungsplans* verzichtet wird, im Übrigen aber in vielerlei Hinsicht die Wirkungen einer provisorischen Nachlassstundung entfaltet. Aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive sind die Wirkungen der COVID-19-Stundung damit insbesondere im Vergleich zu einem Rechtsstillstand eingeschränkt: So sind nur Verbindlichkeiten von Schuldern erfasst, welche um eine solche Stundung nachgesucht haben und welchen diese gewährt worden ist. Zudem sind auch für solche Schuldner nur jene Verbindlichkeiten erfasst, welche vor der COVID-19-Stundung entstanden sind, dies entsprechend der geltenden Regelung im Nachlassverfahren. Die gesamtwirtschaftlich negativen Auswirkungen auf die allgemeine Zahlungsmoral ist damit persönlich und sachlich auf das Unerlässliche beschränkt (Gutachten Lorandi, Rz. 100).