

**Corona-Krise – Teilsuspendierung von
Art. 725 OR (Konkursanmeldungspflicht),
COVID-19-Stundung und weitere Mass-
nahmen zur Vermeidung von Konkursen**

Stand 16. April 2020

Walder Wyss

2020

Prof. Dr. iur. Urs Schenker
unter Mitwirkung von Caroline Grand

Seefeldstrasse 123
8034 Zürich

Tel. +41 58 658 55 31
urs.schenker@walderwyss.com

INHALT

1.	Sistierung der Pflicht zur Konkursanmeldung bei überschuldeten Gesellschaften	3
1.1	Pflicht zur Konkursanmeldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR.....	3
1.2	Sistierung der Konkursanmeldungspflicht	5
1.3	Auswirkungen der partiellen Sistierung von Art. 725 Abs. 2 OR.....	8
1.4	Verbleibende Pflichten des Verwaltungsrats.....	8
1.5	Gesonderte Behandlung der COVID-19-Kredite im Rahmen von Art. 725 OR..	9
1.6	Keine Pflicht der Revisionsstelle zur Konkursanmeldung	9
1.7	Anwendung auf Genossenschaften, GmbHs und Stiftungen.....	10
2.	Die COVID-19-Stundung.....	10
2.1	Welche Unternehmen können die COVID-19-Stundung beanspruchen?	10
2.2	Keine Überschuldung per 31.12.2019	11
2.3	Keine weiteren Voraussetzungen die Sanierungsfähigkeit muss nicht dargelegt werden.....	11
2.4	Wie ist das Stundungsgesuch zu gestalten?.....	12
2.5	Wie lange dauert die Stundung?	12
2.6	Wirkung der Stundung.....	13
2.7	Finanzierung der Geschäftstätigkeit während der Stundungszeit/Aufnahme von Massschulden	15
2.8	Ende der Stundung.....	16
2.9	Schlussfolgerung.....	16
3.	Änderungen des Nachlassrechts	17
3.2	Verlängerung der Dauer der provisorischen Nachlassstundung.....	17
3.3	Übergang zum Konkurs nach Ablauf einer Karenzfrist	17
3.4	Fazit	17

Die Corona-Pandemie hat zu einschneidenden Massnahmen des Bundes geführt, welche die Verbreitung der Infektion verhindern sollen. Diese Massnahmen greifen stark in die Wirtschaft des Landes ein, da viele Tätigkeiten nur noch eingeschränkt möglich sind oder sogar gänzlich untersagt wurden. Die letzten vier Wochen haben gezeigt, dass die Corona-Pandemie sowie die beschlossenen Massnahmen zu ihrer Bekämpfung bei vielen Unternehmen und selbständig Erwerbenden zu existenziellen Problemen führen oder sie sogar in den Konkurs treiben.

Der Bund hat in den letzten drei Wochen deshalb verschiedene flankierende wirtschaftspolitische Massnahmen zur Unterstützung von schweizerischen Unternehmen entwickelt, die aufgrund der Anordnungen zur Bekämpfung des Coronavirus in existenzielle Not geraten sind. Dazu gehören insbesondere der erleichterte Zugang zu Kurzarbeitsentschädigung, die Entschädigung von selbständig Erwerbenden, die weitgehende Stundung von Steuern und öffentlichen Abgaben sowie auch die Gewährung von COVID-19-Krediten¹.

Um Konkurse von Unternehmen zu vermeiden, die aufgrund der Corona-Pandemie bloss vorübergehend in finanzielle Schwierigkeiten geraten sind, hat der Bundesrat am 16. April 2020 die Verordnung über insolvenzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise (im Folgenden die «Verordnung») erlassen. Dabei geht es einerseits um die teilweise Aufhebung der Konkursanmeldungspflicht nach Art. 725 Abs. 2 OR und andererseits um die Einführung einer speziellen COVID-19-Stundung für KMU, die diese vor Gläubigern schützen soll.

1. Sistierung der Pflicht zur Konkursanmeldung bei überschuldeten Gesellschaften

Im Rahmen der Massnahmen zur Dämpfung der wirtschaftlichen Probleme, die durch COVID-19 entstanden sind, hat der Bundesrat die Konkursanmeldungspflicht gemäss Art. 725 OR suspendiert. Diese Einschränkung von Art. 725 OR gilt für alle Unternehmen, unabhängig von ihrer Grösse.

1.1 Pflicht zur Konkursanmeldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR

Hat der Verwaltungsrat Grund zur Besorgnis, dass die Gesellschaft überschuldet ist, d.h. dass die Aktiven der Gesellschaft das Eigenkapital nicht mehr decken, so muss er gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine Zwischenbilanz erstellen und von der Revisionsstelle prüfen lassen. Diese Zwischenbilanz wird grundsätzlich zu Fortführungswerten errichtet, d.h. zu den Werten, die den Aktiven und Passiven bei der Fortführung eines Unternehmens zukommen.

¹ Dazu Walder Wyss Broschüre «Kredite mit Bundesgarantie zur Erhaltung der Liquidität schweizerischer Unternehmen in der Corona-Krise»

Zeigt diese Bilanz eine Überschuldung, so muss eine Bilanz zu Liquidationswerten erstellt werden, d.h. die Aktiven sind zu den bei einem Verkauf unter Zeitdruck realisierbaren Werten aufzuführen und es sind zusätzliche Verbindlichkeiten zu verbuchen, die bei Einstellung der Betriebstätigkeit entstehen². Zeigen beide Zwischenbilanzen eine Überschuldung, so muss der Verwaltungsrat diese Zwischenbilanzen durch die Revisionsstelle bzw. einen zugelassenen Revisor prüfen lassen und darauf unverzüglich den Konkurs des Unternehmens beim zuständigen Gericht beantragen³.

Ist die Finanzierung der Geschäftstätigkeit bis zur nächsten Generalversammlung nicht gesichert und muss der Verwaltungsrat daher mit der Einstellung der Tätigkeit rechnen, so kann er bei der Beurteilung der Überschuldung nicht auf die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten abstellen, da die Fortführung ohne gesicherte Finanzierung nicht möglich ist. Er muss in diesen Fällen die Überschuldung allein aufgrund der Zwischenbilanz zu Liquidationswerten beurteilen und bei einer Überschuldung entsprechend Konkurs einleiten. Bei der überwiegenden Mehrzahl der Unternehmen führt die Umstellung auf die Bilanzierung zu Liquidationswerten zu einer starken Überschuldung, da der Liquidationswert der meisten betrieblichen Aktiven sehr tief ist und bei der Betriebseinstellung meist hohe Verbindlichkeiten entstehen, die in der Zwischenbilanz zu Liquidationswerten berücksichtigt werden müssen, wie insbesondere Lohnzahlungspflichten während der Kündigungsfrist sowie Schadenersatzansprüchen von Lieferanten und Kunden.

Die Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung der COVID-19 Pandemie, haben bei vielen Unternehmen zu Umsatz- und Ertragseinbussen geführt. Daher besteht bei einer grossen Zahl von Unternehmen die Gefahr einer Überschuldung. Die Unsicherheit über die weitere Geschäftsentwicklung führt zudem bei vielen Gesellschaften auch dazu, dass die langfristige Finanzierung, selbst unter Berücksichtigung der vom Bund garantierten COVID-19-Kredite, nicht gesichert ist, da diese Unternehmern ihren Kreditgebern keine langfristigen Perspektiven aufzeigen können. Damit müssten eigentlich viele Unternehmen heute die Bilanzierung zu Liquidationswerten in Betracht ziehen. Dies erhöht die Gefahr, dass die strikte Anwendung von Art. 725 Abs. 2 OR zu einer Konkurswelle führt – dies kann für die Volkswirtschaft stark negative Folgen haben, da der Konkurs eines Unternehmens negative Auswirkungen auf Lieferanten und Gläubiger hat, welche die betreffenden Forderungen abschreiben müssen und so ebenfalls in Existenznot geraten.

Die oben beschriebene Konkursanmeldungspflicht und die damit verbundenen Gefahren gelten aber nicht nur für Aktiengesellschaften, sondern auch für

² Schadenersatzansprüche von Kunden und Lieferanten, deren Verträge wegen der Einstellung des Betriebes nicht erfüllt werden, Forderungen von Arbeitnehmern während der Kündigungsfrist etc.

³ Anstelle der Einleitung des Konkurses kann der Verwaltungsrat seiner Pflicht aber auch dadurch nachkommen, dass er durch Antrag auf Nachlassstundung ein Nachlassverfahren einleitet oder die hinten dargestellte COVID-19-Stundung beantragt.

GmbHs, Genossenschaften und Stiftungen, da die gesetzliche Regelung dieser Gesellschaften direkt auf Art. 725 OR verweist.

1.2 Sistierung der Konkursanmeldungspflicht

1.2.1 Voraussetzungen für die Sistierung der Konkursanmeldungspflicht

Gemäss Art. 1 der Verordnung kann der Verwaltungsrat trotz Überschuldung die Konkursanmeldung unterlassen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Keine Überschuldung per 31.12.2019:
Erste Voraussetzung für die Sistierung der Konkursanmeldungspflicht ist, dass die Gesellschaft per 31.12.2019 nicht überschuldet war. Dies kann mit dem Jahresabschluss nachgewiesen werden, der im heutigen Zeitpunkt bei meisten Gesellschaften in definitiver Form vorliegt oder sogar bereits geprüft worden ist. Wenn der geprüfte Jahresabschluss keine Überschuldung zeigt, so ist diese Voraussetzung erfüllt. Die betroffene Gesellschaft muss dagegen nicht nachweisen, dass die Überschuldung eine Folge der Corona-Krise bzw. der entsprechenden Massnahmen ist.

Gemäss den Erläuterungen des Bundesamts für Justiz vom 16. April 2020 zur Verordnung⁴ werden bei der Beurteilung der Überschuldung Rangrücktritte nicht berücksichtigt – war eine Gesellschaft daher am 31.12.2019 überschuldet, musste aber wegen genügend hoher Rangrücktritte ihrer Gläubiger keinen Konkurs anmelden, so kann sie sich nicht auf die Suspendierung der Konkursanmeldungspflicht gemäss Art. 1 der Verordnung berufen⁵.

- Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung bis 31. Dezember 2020:
Auf die Konkursanmeldung kann aber nur verzichtet werden, wenn Aussicht besteht, dass eine Überschuldung bis zum 31.12.2020 beseitigt werden kann. Diese Aussicht kann sich in den meisten Fällen allein schon aus der Annahme ergeben, dass die Gesellschaft nach Aufhebung der Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung der COVID-19 Pandemie⁶ ihre Tätigkeit fortsetzen kann und in den ersten sechs Monaten nach Betriebsaufnahme wieder Gewinn erwirtschaftet, der es ihr erlaubt, die Überschuldung zu beseitigen. Die Aussicht auf die Beseitigung der Überschuldung besteht allerdings auch dann, wenn das Unternehmen Grund zur Annahme hat, dass es in dieser Zeit durch Zuschüsse

⁴ Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz vom 16. April 2020 S. 2.

⁵ Diese Einschränkung leuchtet entgegen der Erläuterung des Bundesamtes für Justiz vom 16. April 2020 S. 2 nicht ein, da subordiniertes Fremdkapital wirtschaftlich wie auch rechtlich die Funktion von Eigenkapital hat. Hier werden überlebensfähige und vernünftig finanzierte Gesellschaften plötzlich in den Konkurs getrieben.

⁶ Der Verwaltungsrat kann sich dabei auf den am 16. April 2020 vom Bundesrat mitgeteilten Fahrplan zur Aufhebung dieser Massnahmen abstützen.

von Eigenkapital durch Aktionäre oder Dritte saniert werden kann – der Verwaltungsrat kann in den meisten Fällen davon ausgehen, dass heutige Aktionäre oder neue Investoren eine Kapitalerhöhung finanzieren, wenn die Gesellschaft nach Aufhebung der COVID-19-Massnahmen wieder einen positiven Cash-Flow erwirtschaftet. Sofern sich die Überschuldung nur daraus ergibt, dass mangels langfristiger Finanzierung nicht zu Fortführungswerten bilanziert werden kann, sondern die Zwischenbilanz allein zu Liquidationswerten erstellt werden muss, so genügt es sogar, wenn der Verwaltungsrat annehmen kann, dass er bis Ende 2020 wieder eine langfristige Finanzierung sichern kann, weil er den Banken einen positiven Cash-Flow darstellen kann.

An die Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung können keine übermässig hohen Anforderungen gestellt⁷. Der Verwaltungsrat kann auf die Konkursanmeldung verzichten, wenn er der Überzeugung ist, dass die Überschuldung mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50% beseitigt werden kann, da dann tatsächlich eine «Aussicht» auf Sanierung besteht – eine «Sicherheit» oder nur schon einen höheren Grad der Wahrscheinlichkeit gibt es realistischerweise in der heutigen Zeit wirtschaftlicher Turbulenzen nicht.

1.2.2 Beurteilung der Voraussetzungen durch den Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat muss die oben erwähnten Kriterien für die Sistierung der Konkursanmeldung in eigener Kompetenz beurteilen:

- Beurteilung der Überschuldung per 31.12.2019:
Bei der Beurteilung der Frage, ob gemäss den obenstehenden Kriterien das Unternehmen per 31.12.2019 überschuldet war, steht dem Verwaltungsrat kein Ermessensspielraum zu. Dies ergibt sich vielmehr aus der Buchhaltung bzw. aus dem Jahresabschluss⁸. Soweit sich beim Jahresabschluss die Unsicherheit besteht, ob die Bilanzierung zu Fortführungs- oder Liquidationswerten zu erfolgen hat, weil die weitere Finanzierung ab Mitte März aufgrund der Corona-Krise unsicher ist, kann der Verwaltungsrat allerdings m.E. auf Fortführungswerte abstellen, weil die Verordnung ja gerade vermeiden will, dass Gesellschaften wegen dieses Bilanzierungsproblems in Konkurs kommen.
- Beurteilung der Sanierungsaussicht:
Bei der Frage, ob Aussicht auf Sanierung bis zum 31.12.2020 besteht bzw. die Wahrscheinlichkeit der Sanierung über 50% liegt, trifft der

⁷ In den Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz vom 16. April 2020 S. 2 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass, im Gegensatz zum Entwurf der Verordnung, das Wort «begründete» gestrichen worden ist; der Vorentwurf verlangte noch eine «begründete Aussicht» auf Sanierung.

⁸ Die Erläuterungen des Bundesrates für Justiz vom 16. April 2020 S. 2 weisen darauf hin, dass dieser Nachweis ohne definitive Bilanz per 31.12.2019 nicht möglich ist.

Verwaltungsrat hingegen einen geschäftlichen Ermessensentscheid. Er kann sich daher bei seinem Entscheid auf die «Business Judgement Rule» berufen, die das Bundesgericht für die Beurteilung von geschäftlichen Entscheiden des Verwaltungsrates entwickelt hat. In diesem Sinne wird sich ein Gericht bei der nachträglichen Beurteilung des Entscheids des Verwaltungsrates Zurückhaltung auferlegen, sofern der Verwaltungsrat keinem Interessenkonflikt unterlag und alle verfügbaren Informationen vor seinem Entscheid studiert und beim Entscheid berücksichtigt hat. Dementsprechend ist der Verwaltungsrat auch vor Vorwürfen geschützt, wenn sich später zeigt, dass die Überschuldung entgegen seiner Prognose per 31.12.2020 nicht beseitigt werden kann, sofern er die Situation seriös analysiert hat und seine Prognose auf vertretbare Argumente stützte. Die Anwendung der Business Judgement Rule entspricht auch dem Ziel von Art. 1 der Verordnung – die Sistierung der Konkursanmeldungspflicht darf nicht durch überzogene Forderungen an die Prognosefähigkeiten des Verwaltungsrats verunmöglicht werden, da ansonsten der Zweck verfehlt würde, Konkurse zu vermeiden.

1.2.3 Dokumentationspflicht des Verwaltungsrates

Der Verwaltungsrat muss die Gründe für den Verzicht auf die Konkursanmeldung im Sinne von Art. 1 der Verordnung in einer Verwaltungsratssitzung besprechen und ein Protokoll erstellen, in dem die Überlegungen, die zu seinem Beschluss geführt haben wiedergegeben werden. Die Verordnung verlangt in Art. 1 Abs. 2 sogar ausdrücklich, dass der Verwaltungsrat «seinen Entscheid schriftlich begründen und dokumentieren» muss. Dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung sollten deshalb Dokumente zur Begründung des Entscheides des Verwaltungsrates, wie insbesondere eine zeitnahe Zwischenbilanz zu Liquidations- und Fortführungswerten⁹, das Budget für 2020 sowie die Liquiditätsplanung der Gesellschaft beigelegt werden. Auf Basis dieser Dokumente und weiterer, unternehmensspezifischer Unterlagen über die Entwicklung der Gesellschaft¹⁰ und auch aufgrund von Absichtserklärungen von Aktionären und Drittinvestoren über eine mögliche Sanierung, kann der Verwaltungsrat seine Ansicht schlüssig begründen.

Mit einer derartigen Begründung dokumentiert der Verwaltungsrat seine Sorgfalt und kann, im Rahmen der oben erwähnten Business Judgement Rule, auch dann nicht zur Haftung gemäss Art. 754 OR gezogen werden, wenn es später entgegen seiner Prognose doch zu einem Konkurs kommt, bei dem die Verluste der Gläubiger grösser sind als bei einer sofortigen Konkursanmeldung.

⁹ Vgl. die Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz vom 16. April 2020 S. 2.

¹⁰ Mittelfrist-Plan, Auftragsentwicklung, wirtschaftliche Prognosen über die Absatzmärkte etc.

1.3 Auswirkungen der partiellen Sistierung von Art. 725 Abs. 2 OR

Gemäss Art. 1 der Verordnung wird der Verwaltungsrat von folgenden Pflichten befreit:

- Der Verwaltungsrat muss die Zwischenbilanz, die er bei Überschuldungsgefahr erstellt, nicht von einem Revisor prüfen lassen.
- Auch wenn die vom Verwaltungsrat erstellte Zwischenbilanz eine Überschuldung zeigt, ist er nicht verpflichtet, den Konkurs einzuleiten.

1.4 Verbleibende Pflichten des Verwaltungsrats

Art. 1 der Verordnung hebt aber nicht alle Pflichten des Verwaltungsrats bei Überschuldung bzw. Überschuldungsgefahr auf. Mit der Ausnahme der Pflicht zur Prüfung durch einen Revisor und zur Konkursanmeldung bleiben sämtliche andere Pflichten aus Art. 725 OR bestehen. Daher hat der Verwaltungsrat insbesondere folgende Verpflichtungen:

- Einberufung einer Generalversammlung bei Unterbilanz: Stellt der Verwaltungsrat fest, dass die Gesellschaft eine 50%-ige Unterbilanz aufweist, d.h. die Aktiven weniger als das Fremdkapital plus 50% des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven decken, so muss er gemäss Art. 725 Abs. 1 OR eine Generalversammlung einberufen. Der Verwaltungsrat muss den Aktionären in dieser Generalversammlung die Unterbilanz erklären und Vorschläge zur Sanierung der Gesellschaft unterbreiten, d.h. gegebenenfalls eine Erhöhung des Aktienkapitals bzw. eine «Harmonika», d.h. die Kombination von Herabsetzung und Wiedererhöhung des Kapitals, vorschlagen. Diese Pflicht wird durch Art. 1 der Verordnung nicht aufgehoben. Sie gilt natürlich auch, wenn der Verwaltungsrat feststellt, dass die Gesellschaft überschuldet ist, aber in Anwendung von Art. 1 der Verordnung nicht den Konkurs einleitet¹¹.
- Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz: Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ist, wie oben dargestellt, bei Überschuldungsgefahr eine Zwischenbilanz zu erstellen. Diese Pflicht besteht weiterhin, die Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten muss erstellt werden, sie muss nur nicht von einem Revisor geprüft werden. Die Erstellung der Zwischenbilanz ist auch materiell sinnvoll, da der Verwaltungsrat nur aufgrund einer Zwischenbilanz beurteilen kann, ob die entstandene Überschuldung innert der sechsmonatigen Frist nach Aufhebung der

¹¹ Normalerweise wird in der Überschuldungssituation keine Generalversammlung mehr einberufen, da der Verwaltungsrat gemäss Art. 725a Abs. 2 OR unverzüglich Konkurs anmelden muss. Bei der Sistierung der Konkursanmeldungspflicht muss es aber zur Einberufung der Generalversammlung kommen, da in dieser Situation ja nicht nur eine Überschuldung, sondern auch eine Unterbilanz vorliegt. Diese Pflicht ist sinnvoll, da die Aktionäre ja motiviert werden sollen, bei der Sanierung mitzuwirken.

COVID-19-Massnahmen beseitigt werden kann – er muss ja für diese Prognose das Ausmass der Überschuldung kennen. Die Zwischenbilanz ist daher eines der Dokumente, das dem Verwaltungsratsbeschluss beigelegt werden muss (dazu Ziff. 1.2.3 oben).

1.5 Gesonderte Behandlung der COVID-19-Kredite im Rahmen von Art. 725 OR

Gemäss Art. 24 der Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus, müssen Kredite von bis zu CHF 500'000.-, die gemäss Art. 3 dieser COVID-19-Kredit-Verordnung gewährt werden, bei Anwendung von Art. 725 Abs. 1 und 2 OR nicht als Fremdkapital berücksichtigt werden.

Diese Kredite werden somit weder bei der Prüfung, ob eine 50%-ige Unterbilanz i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR vorliegt, noch bei der Frage, ob eine Überschuldung i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR gegeben ist, als Fremdkapital berücksichtigt. Diese Regelung gilt bis zum 31.3.2022. Nach diesem Datum sind COVID-19-Kredite bei den Berechnungen gemäss Art. 725 Abs. 1 und 2 OR aber wieder normal als Fremdkapital zu berücksichtigen. Dies erleichtert die Situation des Verwaltungsrates erheblich. Die Liquidität, die durch diese Kredite zugeführt wird, belastet die Bilanz nicht.

Wenn sich die Überschuldung auf einen Betrag beläuft, der geringer ist als der maximal mögliche Kredit, den das Unternehmen als COVID-19-Kredit aufnehmen kann, kann der Verwaltungsrat sogar die Überschuldung durch die Übernahme eines derartigen Kredites beseitigen – die zugeführte Liquidität wird nämlich als Aktivum bei der Berechnung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR berücksichtigt, während die Verpflichtung aus dem Kredit nicht als Passivum betrachtet wird.

Die oben dargestellte Regelung beschränkt sich aber allein auf die COVID-19-Kredite bis zu CHF 500'000. Die COVID-19-Kredite-Plus die über diesen Betrag hinausgehen, gelten in diesem Umfang als gewöhnliches Fremdkapital.

1.6 Keine Pflicht der Revisionsstelle zur Konkursanmeldung

Gemäss Art. 728c Abs. 3 OR und Art. 729c OR ist die Revisionsstelle verpflichtet, selbst beim zuständigen Gericht den Konkurs der Gesellschaft zu beantragen, falls die Überschuldung offensichtlich ist und der Verwaltungsrat weder eine Sanierung durchführt noch den Konkurs oder die Nachlassstundung beantragt. Diese Pflicht wird in Art. 1 Abs. 4 der Verordnung aufgehoben, sofern der Verwaltungsrat tatsächlich gemäss Art. 1 Abs. 1 der Verordnung von der Konkursanmeldung absehen kann, d.h. die oben dargestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Dies bedingt, dass die Revisionsstelle bei einer offensichtlichen Überschuldung selbst überprüft, ob die Voraussetzungen für die Suspendierung der

Konkursanmeldungspflicht tatsächlich gegeben sind, d.h. sich davon überzeugt, dass die Gesellschaft am 31.12.2019 nicht überschuldet war und vom Verwaltungsrat auch die schriftliche Begründung erhält, die zum Entscheid, auf eine Konkursanmeldung zu verzichten, geführt hatten. M.E. muss sie diese Voraussetzungen aber nicht durch Prüfungshandlungen genauer abklären, da die Verordnung ja schon auf die Prüfung der Zwischenbilanz durch den Revisor verzichtet – vor diesem Hintergrund kann die Revisionsstelle nicht verpflichtet sein, die Überlegungen des Verwaltungsrates und seine Prognosen zu prüfen.

1.7 Anwendung auf Genossenschaften, GmbHs und Stiftungen

Gemäss Art. 2 der Verordnung gilt die Suspendierung von Art. 725 Abs. 2 OR sinngemäss auch für GmbH, Genossenschaft und Stiftung, da die Regelungen dieser juristischen Personen auf Art. 725 OR verweisen.

2. Die COVID-19-Stundung

Mit der Verordnung über insolvenzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise hat der Bundesrat für finanziell bedrängte Schuldner im Bereich der KMU auch noch ein einfaches Verfahren geschaffen, mit dem diese eine zeitlich befristete Stundung herbeiführen können, die sie vor Betreibungs- und anderen Durchsetzungshandlungen ihrer Gläubiger schützt. Dies soll es den betreffenden Unternehmen ermöglichen, die Bilanz zu sanieren, Kosten zu senken und gegebenenfalls neues Fremd- und Eigenkapital zu finden um nach Ablauf der Stundung wieder als normales Unternehmen zu arbeiten. Die Stundung ist für KMUs geeignet, die trotz Inanspruchnahme der COVID-19-Kredite ihre fälligen Schulden nicht begleichen können und daher mit Betreibungsmassnahmen der Gläubiger rechnen müssen.

Das Verfahren ist einfach gestaltet. Einzige materielle Voraussetzung für diese Stundung ist, dass der Schuldner nachweist, dass er Ende 2019 nicht überschuldet war.

Obwohl es einfach ist, eine COVID-19-Stundung zu erreichen, sollten sich Schuldner nicht dazu verführen lassen, allzu leichtsinnig zu dieser Stundung zu greifen. Die Stundung führt nämlich im Allgemeinen dazu, dass sich Lieferanten von Unternehmen abwenden bzw. nur noch gegen Vorauszahlung liefern; die Stundung und die Finanzierung des Unternehmens während der Stundungszeit müssen daher gut geplant sein, da sonst durch die Stundung mehr Schaden als Nutzen entsteht (Ziff. 2.6.5 hinten).

2.1 Welche Unternehmen können die COVID-19-Stundung beanspruchen?

Gemäss Art. 6 der Verordnung kann jedes Einzelunternehmen, jede Personengesellschaft und jede juristische Person eine COVID-19-Stundung beantragen. Die COVID-19-Stundung ist dementsprechend vom Handelsregistereintrag

unabhängig und kann deshalb auch von den kleinsten Einzelunternehmen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, in Anspruch genommen werden. Die COVID-19-Stundung ist aber für Privatpersonen ausgeschlossen; es ist mindestens eine selbständig erwerbende geschäftliche Tätigkeit notwendig.

Ausgenommen von der COVID-19-Stundung sind auch Publikums- und Grossgesellschaften. Gesellschaften, deren Aktien oder Obligationen kotiert sind, sowie Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in den zwei der Gestellung vorangehenden Geschäftsjahren überschreiten, können die Stundung nicht beantragen:

- Bilanzsumme von CHF 20 Mio.,
- Umsatzerlös von CHF 40 Mio.,
- 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt

Diese Grössenkriterien sind grosszügig gewählt und entsprechen den Kriterien für die ordentliche Revision nach Art. 727 OR. Aufgrund dieser Kriterien können wahrscheinlich über 95% aller in der Schweiz tätigen Unternehmungen die COVID-19-Stundung beantragen. Grossunternehmen, die davon ausgeschlossen sind, müssen die normale provisorische Nachlassstundung beantragen, wenn sie sich vor Ansprüche von Gläubigern schützen wollen.

2.2 Keine Überschuldung per 31.12.2019

Damit ein Unternehmen eine COVID-19-Stundung beantragen kann, muss es gemäss Art. 1 der Verordnung nachweisen, dass es am 31.12.2019 nicht überschuldet war. Dieser Nachweis muss mit einer Bilanz erbracht werden, die auf diesen Stichtag abgeschlossen wurde. Bei den meisten Unternehmen kann dieser Nachweis mit der am 31.12.2019 abgeschlossenen Jahresrechnung erbracht werden. Unternehmen, welche das Geschäftsjahr vor oder nach diesem Termin abschliessen, müssen aber eine Zwischenbilanz per 31.03.2020 erstellen.

Bei der Beurteilung der Überschuldung werden gemäss Art. 6 Abs. 1 der Verordnung Rangrücktritte berücksichtigt; d.h. ein Unternehmen gilt nicht als überschuldet, wenn es per 31.12.2019 genügend hohe Rangrücktritte hatte, um die Überschuldung abzudecken¹².

2.3 Keine weiteren Voraussetzungen die Sanierungsfähigkeit muss nicht dargelegt werden

Neben dem Nachweis, dass das Unternehmen per 31.12.2019 noch nicht überschuldet war, müssen keine weiteren Voraussetzungen für die Stundung erfüllt

¹² Dies ist ein vom Bundesrat gewollter Unterschied zu den Voraussetzungen für die Suspendierung der Konkursanmeldungspflicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR, die vorne in Ziff. 1 behandelt wird.

werden. Insbesondere muss nicht glaubhaft gemacht werden, dass das Unternehmen saniert werden kann bzw. dass die Geschäftstätigkeit des Unternehmens während der Stundung finanziert ist. Der Bundesrat hat auf derartige Voraussetzungen bewusst verzichtet, um das Verfahren möglichst einfach zu gestalten und dem Richter zu erlauben, schnell über ein Gesuch zu entscheiden.

2.4 Wie ist das Stundungsgesuch zu gestalten?

Das Stundungsgesuch ist schriftlich beim zuständigen Nachlassgericht am Sitz des Unternehmens einzureichen. Der Schuldner muss im Rahmen des Gesuches nur folgende Punkte nachweisen:

- Der Schuldner ist keine Privatperson, d.h. eine natürliche Person muss nachweisen, dass sie eine geschäftliche Tätigkeit ausübt.
- Das Unternehmen war am 31.12.2019 nicht überschuldet.
- Das Unternehmen ist weder kotiert noch überschreitet es die in Ziff. 3.1 oben dargestellten Grössen bezüglich Bilanzsumme, Umsatzerlös oder Vollzeitstellen.

Zum Nachweis dieser Punkte genügt im Allgemeinen die Einreichung der Jahresrechnung vom 31.12.2019, da mit dieser nachgewiesen werden kann, dass das Unternehmen im Jahr 2019 tatsächlich geschäftlich tätig war und dass am 31.12.2019 keine Überschuldung vorlag und dass die Gesellschaft die Kriterien für ein Grossunternehmen nicht erreicht. Kleinunternehmen müssen die Unterlagen gemäss Art. 957 Abs. 2 OR vorlegen.

Zusätzlich muss der Schuldner gemäss Art. 6 Abs. 2 der Verordnung auch noch seine Vermögenslage im Zeitpunkt der Gesuchstellung glaubhaft darlegen und so gut wie möglich belegen, d.h. einen Zwischenabschluss oder sonstige sachdienliche Unterlagen einreichen.

Das Gesuch um COVID-19-Stundung kann deshalb sehr rasch und mit relativ kleinem Aufwand verfasst werden, was es einem KMU erleichtert, diesen Weg zu beschreiten.

2.5 Wie lange dauert die Stundung?

Gemäss Art. 6 Verordnung kann eine Stundung von drei Monaten verfügt werden. Diese kann gemäss Art. 7 Verordnung noch einmal um drei Monate verlängert werden, falls dies notwendig ist, um dem Unternehmen die notwendige Zeit für eine Sanierung einzuräumen.

2.6 Wirkung der Stundung

2.6.1 Wirkungen auf die Gläubiger

Die COVID-19-Stundung erfasst sämtliche Forderungen gegen den Schuldner, die vor der Stundung entstanden, aber im Zeitpunkt der Stundung noch nicht beglichen worden sind. Ausgenommen von der Stundung sind allein die Erstklass-Forderungen gemäss Art. 219 SchKG. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Forderungen der Arbeitnehmer¹³ und familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsansprüche¹⁴.

Gemäss Art. 12 der Verordnung können Gläubiger für Schulden, welche von der Stundung erfasst werden, während der Stundung keine Beteiligungen mehr einleiten und bereits eingeleitete Beteiligungen auch nicht fortsetzen. Ausgenommen sind nur Beteiligungen auf Pfandverwertung für Grundpfandgesicherte Forderungen, wobei das Grundpfand während der Stundung aber auch nicht verwertet werden kann. Bei den von der Stundung erfassten Forderungen ist auch nicht möglich, einen Arrest oder andere Sicherungsmassnahmen zu erwirken. Gleichzeitig werden auch Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren über gestundete Forderungen sistiert.

Bei den Forderungen, die nicht von der Stundung erfasst werden, können die betreffenden Gläubiger auch während der Stundung Beteiligung auf Pfändung und, falls ihnen früher ein Pfandrecht eingeräumt wurde, auf Pfandverwertung einleiten und fortsetzen – eine Beteiligung auf Konkurs ist in jedem Fall ausgeschlossen.

Während der Stundung ist es dem Schuldner gemäss Art. 11 Abs. 3 der Verordnung aber auch untersagt, irgendwelche Forderungen, welche der Stundung unterliegen, zu bezahlen – auf diese Weise wird die Gleichbehandlung der Gläubiger sichergestellt. Hält sich ein Schuldner nicht an dieses Verbot, so kann das Nachlassgericht von Amtes wegen Konkurs eröffnen.

Da die Gläubiger während der Stundung nicht gegen den Schuldner vorgehen können, stehen bei den der Stundung unterworfenen Forderungen auch alle Verwirkungs- und Verjährungsfristen still.

2.6.2 Erfüllung der Pflichten nach Art. 725 OR

Handelt es sich beim Schuldner um eine Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Genossenschaft, so kommt der Verwaltungsrat mit dem Antrag auf COVID-19-Stundung gemäss Art. 8 der Verordnung auch

¹³ Forderungen der Arbeitnehmer die in den letzten sechs Monaten vor dem Stundungsantrag fällig geworden sind, höchstens jedoch bis zum Betrag des gemäss obligatorischer Unfallversicherung maximal versicherten Jahresverdienstes.

¹⁴ Sämtliche derartigen Ansprüche die in den letzten sechs Monaten vor der Stundung entstanden sind; diese Schuldenkategorie ist nur bei Einzelunternehmen relevant.

seinen Pflichten nach Art. 725 OR nach. Bei einer Überschuldung ist demnach die COVID-19-Stundung ein Mittel, um eine Haftung des Verwaltungsrates wegen Konkursverschleppung zu vermeiden.

2.6.3 Fortführung des Geschäftes, Einschränkung der Verfügungsfähigkeit des Schuldners

Gemäss Art. 13 der Verordnung kann der Schuldner seine Geschäftstätigkeit nach der Stundung selbst fortsetzen, d.h. bei einer Aktiengesellschaft führen weiterhin Verwaltungsrat und Geschäftsleitung die Gesellschaft, während bei einer GmbH die Geschäftsführer weiterführen. Der Schuldner bzw. seine Organe dürfen aber während der Dauer der Stundung gemäss Art. 13 Abs. 1 der Verordnung keine Rechtshandlungen vornehmen, durch die die Interessen der Gläubiger beeinträchtigt oder einzelne Gläubiger zu Nachteil anderer begünstigt werden.

In der Geschäftsführung ist der Schuldner insoweit eingeschränkt, als er gemäss Art. 13 Abs. 3 der Verordnung die Aktiven des Anlagevermögens nur noch mit Ermächtigung des Nachlassgerichtes veräussern oder belasten darf. Wenn das Nachlassgericht der Veräusserung zustimmt, so kann diese allerdings in einem späteren Konkurs- oder Nachlassverfahren auch nicht mehr angefochten werden.

Bei der COVID-19-Stundung muss gemäss Art. 9 der Verordnung kein Sachwalter bestellt werden, was das Verfahren stark vereinfacht und beschleunigt. Das Gericht kann aber auf eigene Initiative hin oder auf Antrag des Schuldners einen Sachwalter bestimmen und kann auch festhalten, dass dessen Zustimmung für bestimmte Handlungen notwendig ist. Es ist anzunehmen, dass Gerichte bei grossen KMUs und komplexen Verhältnissen einen Sachwalter einsetzen werden. Es ist aber auch anzunehmen, dass gewisse Schuldner die Einsetzung eines Sachwalters beantragen werden, da es ein Sachwalter ermöglicht, Massschulden aufzunehmen (dazu unten Ziff. 2.7).

2.6.4 Bekanntmachung der Stundung

Gemäss Art. 10 der Verordnung werden Bewilligung und Verlängerung der COVID-19-Stundung vom Nachlassgericht durch Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt und anderen offiziellen Publikationsorganen öffentlich bekannt gemacht und auch Betreibungs-, Handelsregister- und Grundbuchamt unverzüglich mitgeteilt. Gemäss Art. 10 Abs. 2 der Verordnung ist der Schuldner auch verpflichtet, unverzüglich sämtlichen bekannten Gläubigerinnen und Gläubiger über die Bewilligung oder Verlängerung der Stundung schriftlich oder per E-Mail zu informieren.

Die Stundung kann damit nicht geheim bleiben¹⁵, sondern ist unmittelbar nach dem Entscheid des Nachlassgerichtes allen Geschäftspartnern des Unternehmens bekannt zu geben.

2.6.5 Wirtschaftliche Auswirkungen: Zurückhaltung der Vertragspartner

Die Erfahrung bei Nachlassstundungen zeigt, dass die Publikation der Nachlassstundung dazu führt, dass sich die Geschäftspartner zurückziehen und Lieferanten sowie Dienstleister ihre Leistungen nur noch gegen Vorauszahlung erbringen. Dies gefährdet die Geschäftstätigkeit des Unternehmens während der Stundung bzw. kann sie sogar verunmöglichen. In diesem Sinne kann die Publikation der Stundung einem Unternehmen sogar den «Todesstoss» geben.

Dies führt dazu, dass Unternehmen die COVID-19-Stundung tatsächlich nur beanspruchen sollten, wenn es ihnen nicht gelingt, durch private Refinanzierungsmaßnahmen oder individuelle bzw. private Stundungsvereinbarungen mit Gläubigern, den Konkurs abzuwenden¹⁶. Eine COVID-19-Stundung ist aber in jedem Fall nur sinnvoll, wenn die Geschäftstätigkeit tatsächlich während der Zeit der Stundung finanziert werden kann.

2.7 Finanzierung der Geschäftstätigkeit während der Stundungszeit/Aufnahme von Massschulden

Die Geschäftstätigkeit während der Dauer der Stundung kann primär durch die Liquidität finanziert werden, welche der Schuldner im Zeitpunkt hat, in dem er das Stundungsgesuch stellte. Zu diesem Zweck kann der Schuldner auch einen COVID-19-Kredit aufnehmen, bevor er eine Stundung beantragt. Zusätzlich zur vorhandenen Liquidität kann der Schuldner aber natürlich auch den Cash Flow, den das Unternehmen durch Verkäufe, Produkt- und Dienstleistungen während der Dauer der Stundung abwirft, zur Finanzierung seiner Tätigkeit verwenden. Ein Nachlass ist dementsprechend finanzierbar, wenn die vorhandene Liquidität und Cash Flow zwar ausreichen, um die zukünftigen Ausgaben zu zahlen, aber nicht ausreichen, um die bereits aufgelaufenen Schulden zu bezahlen.

Bei der Planung des Nachlasses muss der Schuldner allerdings die Tatsache berücksichtigen, dass Lieferanten und Dienstleister nach der Publikation der Stundung typischerweise Vorkasse verlangen, da sie bei einer Lieferung gegen Rechnung Gefahr laufen, in einem nachfolgenden Nachlass- oder Konkursverfahren einen grossen Teil ihrer Forderung zu verlieren. Wenn die im Zeitpunkt der Antragsstellung vorhandene Liquidität und die während der Stundung erarbeiteten Cash Flow nicht reichen, um die während der Stundungszeit anfallenden

¹⁵ Im Gegensatz zur normalen Nachlassstundung ist die «stille Stundung» nicht möglich.

¹⁶ Zu diesen Massnahmen im Einzelnen Urs Schenker, Restrukturierung und Sanierung von Aktiengesellschaften – rechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen, Walder Wyss AG.

Ausgaben zu finanzieren, muss der Schuldner nach der Stundung einen weiteren Kredit aufnehmen¹⁷. Einen derartigen Kredit wird er nur erhalten, wenn er ihn als Massakredit i.S.v. Art. 16 der Verordnung ausgestalten kann, da ein derartiger Kredit in einem nachfolgenden Nachlass- oder Konkursverfahren vor allen anderen Schulden, d.h. auch Schulden der ersten und zweiten Konkursklasse, bezahlt wird. Der Massakredit setzt aber gemäss Art. 16 der Verordnung voraus, dass der Sachwalter dem betreffenden Kredit zustimmt, was die Wahl eines Sachwalters notwendig macht. Hängt die Finanzierung der Tätigkeit während der Stundungszeit von einem Massakredit ab, so muss der Schuldner daher zwingend mit dem Stundungsgesuch die Bestellung eines Sachwalters verlangen.

2.8 Ende der Stundung

Nach Ablauf der Stundung können Gläubiger den Schuldner wieder betreiben, was zur Pfändung bzw. bei Schuldnern, die der Konkursbetreibung unterliegen, zum Konkurs führt. Bei einer Aktiengesellschaft muss der Verwaltungsrat in diesem Zeitpunkt gemäss Art. 725 Abs. 2 OR selbständig Konkurs beantragen, wenn die Gesellschaft immer noch überschuldet ist¹⁸.

Die Gefahr von neuerlichen Betreibungen bzw. eines Konkurses, hat zur Folge, dass der Schuldner sein Unternehmen bis zum Ablauf der Stundung sanieren muss so dass er wieder in der Lage ist, alle seine Schulden, einschliesslich der von der Stundung erfassten Schulden zu bezahlen. Ein Schritt zu diesem Ziel ist, dass der Schuldner während der Stundungszeit wieder einen normalen Cashflow erarbeitet, Zusätzlich ist es meist aber auch notwendig, in dieser Zeit mit Gläubigern Vereinbarungen über Stundung oder Teilverzicht zu treffen und gleichzeitig neues Eigenkapital zuzuführen, um das Unternehmen auf die Zeit nach der Stundung vorzubereiten¹⁹. Gelingt es dem Schuldner nicht, die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens am Ende der Stundungszeit wiederherzustellen, so muss er in diesem Zeitpunkt ins Nachlass- oder Konkursverfahren übergehen.

2.9 Schlussfolgerung

Mit der COVID-19-Stundung wird ein einfaches Instrument geschaffen, um KMUs während einer bestimmten Zeit vor Gläubigern zu schützen. KMUs müssen sich aber gut überlegen, ob dieses Vorgehen tatsächlich eine Lösung ist, da die Stundung, wie oben dargestellt, auch Gefahren birgt. Die COVID-19-Stundung sollte daher nur gewählt werden, wenn es nicht gelingt, mit privatrechtlichen Mitteln, eine Schuldensanierung und Refinanzierung herbeizuführen.

¹⁷ In der Praxis werden solche Massakredite zum Teil von Banken aufgenommen, zum Teil aber auch von Lieferanten, welche an einer weiteren Belieferung interessiert sind; mit der Zustimmung des Sachwalters können auch Kreditoren als Massaverbindlichkeiten ausgestaltet werden.

¹⁸ Das Gleiche gilt bei GmbH, Genossenschaft und Stiftung.

¹⁹ Zu diesen Massnahmen im Einzelnen Urs Schenker, Restrukturierung und Sanierung von Aktiengesellschaften – rechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen, Walder Wyss AG.

3. Änderungen des Nachlassrechts

Durch die Stundungsverordnung wird auch das Nachlassrecht, das für alle Unternehmen, d.h. auch Grossunternehmen, die keine COVID-19-Stundung beantragen können, in gewissen Bereichen geändert.

3.1.1 Verzicht auf Prüfung der Sanierungsfähigkeit durch das Nachlassgericht

Gemäss Art. 293 Abs. 3 SchKG hat der Gläubiger beim Begehren um provisorische Nachlassstundung nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen, dass sein Unternehmen sanierungsfähig ist und muss zu diesem Zweck einen Sanierungsplan einreichen. Diese Bestimmung wird gemäss Art. 3 der Verordnung suspendiert, um das Nachlassverfahren zu vereinfachen – in Anbetracht der Unsicherheiten, die durch die Corona-Krise ausgelöst worden sind, ist es heute auch kaum je möglich, diesen Nachweis zu erbringen. Der Sachverhalt muss aber die Sanierungsfähigkeit gemäss Art. 293b Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 5 der Verordnung ab 31. Mai 2020 die Sanierungsfähigkeit überprüfen und beim Fehlen der Sanierungsfähigkeit dem Gericht Mitteilung machen, damit es einen Konkurs einleiten kann.

3.2 Verlängerung der Dauer der provisorischen Nachlassstundung

Die provisorische Nachlassstundung hat gemäss Art 263a Abs. 2 SchKG eine Dauer von max. vier Monaten. Diese wird durch Art. 4 der Verordnung auf sechs Monate verlängert. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Corona-Pandemie die Sanierung von Unternehmen im Rahmen des Nachlassverfahrens stark verzögert.

3.3 Übergang zum Konkurs nach Ablauf einer Karenzfrist

Der Sachverwalter ist verpflichtet, die Sanierungsaussichten laufen zu überprüfen und für den Fall, dass eine Sanierung nicht mehr möglich ist, dies dem Nachlassgericht mitzuteilen, damit dieses gestützt auf Art. 296b lit. a und b SchKG den Konkurs eröffnen kann. Im heutigen Umfeld würde die strikte Durchsetzung dieser Pflicht dazu führen, dass praktisch jede Sanierung als aussichtslos abgebrochen würde. Sofern der Schuldner am 31. Dezember 2019 noch nicht überschuldet war (dies untere Berücksichtigung von Rangrücktritten), ist diese Bestimmung bis zum 31. Mai 2020 nicht anwendbar.

3.4 Fazit

Die Änderungen im Nachlassrecht sind relativ geringfügig. Die Nachlassstundung und das Nachlassverfahren sind aber bei Grossgesellschaften, die nicht de COVID-19-Stundung unterliegen, das beste Mittel, um sich vor Gläubigern zu

schützen und eine Sanierung vorzubereiten, wenn dies auf privatrechtlicher Basis nicht möglich ist²⁰.

²⁰ Vgl. dazu im Einzelnen Urs Schenker, Restrukturierung und Sanierung von Aktiengesellschaften – rechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen, Walder Wyss AG.