

Eidgenössisches Justiz-  
und Polizeidepartement EJPD  
Bundesamt für Justiz BJ  
Direktionsbereich Privatrecht  
3003 Bern

Per E-Mail an:  
[michael.schoell@bj.admin.ch](mailto:michael.schoell@bj.admin.ch)  
[david.rueetschi@bj.admin.ch](mailto:david.rueetschi@bj.admin.ch)  
[nicholas.turin@bj.admin.ch](mailto:nicholas.turin@bj.admin.ch)  
[samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch](mailto:samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch)  
[caroline.widmer@bj.admin.ch](mailto:caroline.widmer@bj.admin.ch)  
[sibyll.walter@bj.admin.ch](mailto:sibyll.walter@bj.admin.ch)

BAHNHOFPLATZ 9  
POSTFACH 1175  
CH-8021 ZÜRICH 1

3. April 2020 DH//sv

## Vernehmlassung im Rahmen der öffentlichen Konsultation des Bundesamts für Justiz vom 1. April 2020

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne erstatten wir in der eingangs genannten Angelegenheit fristgerecht unsere Vernehmlassung wie folgt:

### Zusammenfassung:

1. Es soll erwogen werden, den allgemeinen Rechtsstillstand gem. Art. 62 SchKG zu verlängern, solange die Massnahmen gemäss Kapitel 3 der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 fort dauern (A. hiernach).
2. Die vorgeschlagenen Massnahmen im Bereich der Bilanzdeponierungspflicht erscheinen uns sinnvoll (B. hiernach).
3. Die Schaffung einer Neuregelung für eine COVID-19-Stundung lehnen wir ab. Stattdessen ist u.E. die Schaffung eines zeitlich befristeten KMU-Rechtsstillstands zu prüfen, der bei gegebenen Voraussetzungen individuell KMU's bewilligt werden könnte (C. hiernach)
4. Die vorgeschlagenen partiellen Änderungen des geltenden Nachlassvertragsrechts finden wir weitgehend sinnvoll, wobei wir aber anregen, die Prüfung der Sanierungsaussichten durch das Nachlassgericht beizubehalten, und in Frage stellen, ob eine Modifikation von Art. 296b Buchstabe a. SchKG erfolgen muss (D. hiernach).

DR. IUR. ROLAND HÜRLIMANN  
Rechtsanwalt, LL.M. (Berkeley)

DR. IUR. ERICH RÜEGG  
Rechtsanwalt und Notar  
LL.M., M.B.A. (Chicago)

LIC. IUR. MARTIN IMTHURN  
Rechtsanwalt (2)

DR. IUR. DANIEL HUNKELER  
Rechtsanwalt, LL.M.

DR. IUR. THOMAS ENDER  
Rechtsanwalt und Notar (1, 3)

DR. IUR. MICHAEL MERKER  
Rechtsanwalt

LIC. IUR. SALVATORE PETRALIA  
Rechtsanwalt

DR. IUR. OLIVER BUCHER  
Rechtsanwalt, LL.M. (Sydney) (3)

LIC. IUR. SERAINA BAZZANI-TESTA  
Rechtsanwältin (3)

LIC. IUR. GEORG J. WOHL  
Rechtsanwalt, LL.M. (Budapest)

LIC. IUR. GEORG KLINGLER  
Rechtsanwalt und Notar (1)

DR. IUR. ANDREA DOMANIG  
Rechtsanwältin

MLAW CAROLE SCHENKEL  
Rechtsanwältin

LIC. IUR. ZENO SCHÖNMANN  
Rechtsanwalt

DR. IUR. DANIEL WUFFLI  
Rechtsanwalt

LIC. IUR. CHRISTINE ZANETTI  
Rechtsanwältin

MLAW MATTHIAS BRUNNER  
Rechtsanwalt

MLAW BEAT BIRCHMEIER  
Rechtsanwalt

MLAW LEA STURM  
Rechtsanwältin

MLAW KATJA KÄUFELER  
Rechtsanwältin

Eingetragen im Anwaltsregister

Konsulent:

PROF. DR. IUR. LUKAS HANDSCHIN  
Rechtsanwalt (4)

- 1 Urkundsperson des Kantons Aargau
- 2 Fachanwalt SAV Erbrecht
- 3 Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
- 4 Nicht im Anwaltsregister eingetragen

BAUR HÜRLIMANN AG  
CHE-115.606.778 MWST

Bahnhofplatz 9  
Postfach 1175  
CH-8021 Zürich 1  
Tel + 41 - 44 218 77 77  
Fax + 41 - 44 218 77 70  
UID: CHE-115.606.778

Oberstadtstrasse 7  
Postfach 2060  
CH-5402 Baden  
Tel + 41 - 56 200 07 07  
Fax + 41 - 56 200 07 00  
UID: CHE-481.481.510

www.bhlaw.ch

5. Wir teilen die Auffassung, dass die Notstundung veraltet ist und nicht zur Anwendung gelangen sollte (E. hiernach).

### **Im Einzelnen:**

#### **A. Zur Verlängerung des allgemeinen Rechtsstillstands gem. Art. 62 SchKG**

Das BJ scheint der Auffassung zu sein, dass der bis zum 19. April 2020 befristete Rechtsstillstand nicht zu verlängern sei. **Wir regen dringend an, diese Auffassung zu überdenken**, soweit es die allgemeine Situation am 19. April 2020 nicht erlauben sollte, die Massnahmen gemäss Kapitel 3 der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 zumindest teilweise aufzuheben. Der Bundesrat hat im Rahmen von Notrecht bisher nur *gute zwei Wochen* an Rechtsstillstand gem. Art. 62 SchKG bewilligt. Der aktuelle, noch bis zum 19. April 2020 befristete Rechtsstillstand gilt infolge der Oster-Betriebungsferien ohnehin, d.h. er hat nichts mit Notrecht zu tun.

U.E. sollte die Aufhebung des allgemeinen Rechtsstillstands gem. Art. 62 SchKG einerseits sowie der Massnahmen gemäss Kapitel 3 der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 andererseits wenn möglich aufeinander abgestimmt werden. In diesem Sinne ist nach unserem Dafürhalten der Rechtsstillstand erforderlichenfalls über den 19. April 2020 hinaus um einige Wochen zu verlängern. Daran ändert auch nichts, dass zu Beginn des ersten Weltkrieges ein Rechtsstillstand gem. Art. 62 SchKG (erst) nach rund zwei Monaten als wirtschaftsschädigend wieder aufgehoben werden musste. Eine Verlängerung des Rechtsstillstands um ein paar Wochen dürfte (noch) nicht irreversibel wirtschaftsschädigend sein. Sie bringt umgekehrt eine allgemeine Beruhigung der Lage und Rechtssicherheit im ganzen Land, was zurzeit dringend erforderlich erscheint. Sie würde zudem dem BJ auch mehr Zeit in der Abklärung und ggf. Realisierung von weiterem Notrecht geben. Auch Betriebs- und Konkursämter würden weiter entlastet, zumal gemäss unseren Informationen verschiedenste Ämter zurzeit ohnehin langsamer als vor der Krise arbeiten. Auch mit Blick auf eine allfällige Verlängerung des Fristenstillstands des Bundes über den 19. April 2020 hinaus erscheint eine Verlängerung des Rechtsstillstands gem. Art. 62 SchKG als möglicherweise angezeigt und zu koordinieren.

#### **B. Zur vorgeschlagenen Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR**

Wir unterstützen diesen Vorschlag.

Der Linksunterzeichnete (Dr. Daniel Hunkeler) hatte eine solche Ergänzung des Notrechts des Bundes bereits in der NZZ vom 19. März, S. 19 (Hansueli Schöchli) angeregt - vgl. am Schluss des über den nachstehenden Link abrufbaren NZZ-Artikels:

<https://bhlaw.ch/wp-content/uploads/2020/03/NZZ-Bundesrat-verf%C3%BCgt-Betriebsstopp.pdf>

Auch in einem online-Seminar (Webinar) von Weblaw vom 25. März 2020 hatte der Linksunterzeichnete (Dr. Daniel Hunkeler) diesen Vorschlag wiederum aufgenommen; - vgl. dazu den rund 15-minütigen Videovortrag zum Notrecht des Bundes im SchKG vom 25. März 2020 unter

<https://drive.google.com/file/d/1zpCW3-KA59lKgwP9OOZrZP2Z6rpYowAz/view>

Im Entwurf des Verordnungstexts müsste in Abs. 1 auf das 3. Kapitel anstatt den 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 verwiesen werden.

**C. Zur vorgeschlagenen Einführung der «COVID-19-Stundung» gemäss Gutachten Prof. Franco Lorandi vom 31. März 2020 («Gutachten Lorandi»)**

Auch wenn der vorliegende Entwurf und die grundsätzliche Idee dahinter sehr durchdacht sind, finden wir es problematisch, zum jetzigen Zeitpunkt ein neues Stundungsverfahren einzuführen. Die fehlende Praxis für alle Beteiligten, mögliche Auslegungsschwierigkeiten und damit einhergehend die Gefährdung der Rechtssicherheit stellen Risiken dar, welche u.E. die Vorteile der vorgesehenen Regelung überwiegen.

Wir regen stattdessen an, dass in Anlehnung des Rechtsstillstands für kranke Schuldner (Art. 61 SchKG) einerseits ein **neuer, zeitlich befristeter Tatbestand eines KMU-Rechtsstillstands geschaffen** und andererseits das herkömmliche Stundungsverfahren punktuell (und weitgehend im Sinn der Vorschläge im Gutachten Lorandi) ergänzt wird (vgl. zu letzterem Punkt unter D).<sup>1</sup>

Die Beantragung des KMU-Rechtsstillstands könnte entweder beim Betreibungsamt oder beim Nachlassgericht erfolgen unter der Voraussetzung, dass per 31. Dezember 2019 keine Überschuldung bestand. Eine Zuständigkeit des Betreibungsamtes zur Beurteilung der vorbestandenen Überschuldung bzw. Bewilligung des Rechtsstillstands würde zur Entlastung der Nachlassgerichte führen. Andererseits dürften Nachlassgerichte fachlich regelmässig besser geeignet sein. Insbesondere sprechen auch Rechtsmittel- und Haftungsfragen eher für eine Zuständigkeit der Nachlassgerichte (Beschwerde gem. ZPO gegen die Verweigerung eines Rechtsstillstands durch Entscheid

---

<sup>1</sup> Die Verfasser danken für einen Gedankenaustausch (in alphabetischer Reihenfolge): Frau lic. iur. *Gabriela Elgass*, Gerichtspräsidentin II am Kantonsgericht Nidwalden, Herr *Benno Krüsi*, Leiter Betreibungs- und Konkursamt Schaffhausen sowie lic. iur. *Philip Talbot*, langjähriger Konkurs- und Nachlassrichter am Bezirksgericht Zürich.

der Nachlassgerichte versus blosser Aufsichtsbeschwerde gegen Entscheide der Betreibungsämter). Letztlich wird das BJ zu entscheiden haben. Wir tendieren dazu, die Bewilligung des neu zu schaffenden KMU-Rechtsstillstands in die Kompetenz der Nachlassgerichte zu legen.

Im Sinn einer möglichst einfachen und rechtsgleichen Regelung könnte geprüft werden, ob der Rechtsstillstand auch von gewissen natürlichen Personen beantragt werden kann (d.h. auch Personen, die eigentlich nicht der Konkursbetreuung unterliegen, und auch Gesellschaften im Sinn von Ziff. 2.1 Abs. 4 [recte: 3] der Anpassungen im SchKG), zumal Selbständigerwerbende mitunter nicht im Handelsregister eingetragen sind. Diese müssten analog den Bestimmungen im Sozialversicherungsrecht mittels Rechnungen oder Jahresrechnungen ihren Status als Selbständigerwerbende glaubhaft machen.

Der zu gewährende KMU-Rechtsstillstand mit den Wirkungen von Art. 56 i.V.m. Art. 63 SchKG könnte (von den Nachlassgerichten bzw. ev. von den Betreibungsämtern; vgl. soeben) einstweilen bis längstens zu den nächsten Betreibungsferien ab 15. Juli 2020 gewährt werden, sodass der individuelle Rechtsstillstand effektiv bis 31. Juli 2020 gilt. Danach bzw. bis dahin wäre die Situation neu zu beurteilen. Eine öffentliche Bekanntmachung eines bewilligten KMU-Rechtsstillstands würde nicht erfolgen, was das Ansehen des Schuldners zumindest teilweise schützen würde.

Auf die Inkraftsetzung der Ziff. 2.2-2.9 und 2.12 der Anpassungen im SchKG würden wir verzichten. Allein mit einem Antrag auf einen KMU-Rechtsstillstand kommt der Verwaltungsrat also mit dem von uns vorgeschlagenen Institut seinen Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR nicht nach, was er aber basierend auf der temporären Aussetzung der Bestimmung bei COVID 19 bedingter Überschuldung auch nicht muss (Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR; vgl. B. hiervor). Für alle anderen Fälle der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung gelten die bereits heute gültigen Bestimmungen.

Die übrigen Ziffern der Ergänzungen zum SchKG im Zusammenhang mit der COVID-19-Stundung würden wir soweit erforderlich sinngemäss übernehmen.

Der Rechtsstillstand ist in der Praxis bekannt und erprobt. Unseres Erachtens können mit ihm die mit der COVID-19-Stundung verfolgten Ziele (nämlich in erster Linie: Schutz vor Betreibungshandlungen und Konkursöffnung) weitgehend und in einfacher Form erreicht werden. Soweit das nicht ausreicht, z.B. wenn effektive Sanierungs- und Restrukturierungshandlungen vorgesehen bzw. erforderlich sind, soll das Nachlassverfahren in Anspruch genommen werden, das einen weitergehenden Schutz sowohl für den Schuldner als auch für die Gläubiger vorsieht und in der Praxis bestens erprobt ist (vgl. dazu unter D).

Dem Argument, dass normale Nachlassverfahren teure (Sachwalter-)Kosten mit sich bringen, kann entgegnet werden, dass generell und insbesondere in der aktuellen Situation bereits nach geltendem Recht während der provisorischen (öffentlich bekannt zu machenden) Stundung auf die Einsetzung eines Sachwalters verzichtet werden kann (vgl. Art. 293b SchKG i.V.m. Art. 293c Abs. 2 Bestimmung d. SchKG). Soweit in einfachen Verhältnissen (KMU) ein Sachwalter eingesetzt würde, müsste dieser wohl regelmässig weniger Aufwand betreiben, zumal es sich oftmals um grds. wirtschaftlich gesunde Schuldnerinnen handeln dürfte, die durch die Pandemie in die Krise geraten sind. Das Gericht kann in Fällen, in welchen keine Sachwalter eingesetzt werden, bereits nach geltendem Recht Schutzmassnahmen verfügen (vgl. Art. 293a Abs. 1 SchKG).

Abschliessende Bemerkungen für den Fall der Beibehaltung der COVID-19-Stundung:

- Das in Rz. 86 des Gutachtens Lorandi erwähnte Erfordernis der vorbestehenden Rentabilität würde sich negativ auswirken auf Schuldner, die sich im Aufbau befinden (Startups) und naturgemäss (noch) Verluste schreiben. Wenn diese eine gesunde Finanzierungsstruktur bzw. Aussicht auf weitere Finanzierungsrunden haben, sollte ihnen eine Stundung nicht per se verwehrt sein. Im Gesetzesentwurf ist zwar unter Ziff. 2.1 der Anpassungen im SchKG nur die Rede davon, dass per 31. Dezember 2019 keine Überschuldung bestanden haben darf. Allerdings könnte bei der Auslegung der Bestimmung dann auf das Gutachten Lorandi zurückgegriffen werden und im besagten Sinn vorbestehende Rentabilität verlangt werden.
- Die vorgesehene Verlängerungsmöglichkeit der COVID-19-Stundung würde zu erheblicher Mehrarbeit für die Gerichte führen. Soll nicht auch die Möglichkeit vorgesehen werden, dass auf Anhieb vier bis sechs Monate bewilligt werden können?
- Wie sieht es aus mit einer möglichen Staatshaftung bzw. der Haftung eines Sachwalters infolge staatlichen Rückgriffs, wenn Massverbindlichkeiten bzw. mit Zustimmung des Sachwalters entstandene Verbindlichkeiten nach dem (automatischen) Ende der COVID-19-Stundung nicht bezahlt werden? Müsste der Sachwalter sicherstellen, dass solche Verbindlichkeiten jeweils sofort bezahlt werden bzw. dass für Verbindlichkeiten, die bis 30. Mai 2020 mit seiner Zustimmung entstehen (und nicht bezahlt werden dürfen), Rückstellungen gemacht werden? Vermutlich ist eher die Meinung, dass letztere nicht zu Massverbindlichkeiten werden sollen, andernfalls ein Sachwalter aus Vorsichtsgründen den operativen Betrieb reduzieren oder schliessen lassen müsste, um keine Gläubiger zu schädigen. Zwecks Vermeidung von Missverständnissen könnte das ggf. in Ziff. 2.12 der Anpassungen im SchKG noch klargestellt werden.
- In Ziff. 2.1 der Anpassungen im SchKG könnte in Abs. 2 des vorgesehenen Entwurfs für die COVID-19-Stundung noch präzisiert werden, dass der Nachweis über die Vermögenslage per 31. Dezember 2019 (z.B. mittels Einreichung des Jahresabschlusses)

erbracht werden muss. In der besagten Ziff. 2.1 ist der dritte Absatz sodann irrtümlich als Abs. 4 bezeichnet.

- Betreffend Rechtsmittel will sich der Entwurf gemäss Kommentar zu Ziff. 2.10 der Anpassungen im SchKG eigentlich auf das Gutachten Lorandi abstützen. In diesem wird aber gerade nicht die sinngemässe Anwendung von Art. 295c SchKG empfohlen, sondern jene von Art. 293d SchKG (keine Rechtsmittelmöglichkeit gegen die Bewilligung der Stundung und die allf. Einsetzung des Sachwalters).
- Soll nicht der 31. anstatt der 30. Mai 2020 ggfalls als Stichdatum dienen?

#### **D. Zu den vorgeschlagenen punktuellen Änderungen des geltenden Nachlassvertragsrechts gemäss Gutachten Lorandi**

Die vorgeschlagenen Anpassungen des Nachlassvertragsrechts betreffend die Verlängerung der Dauer der provisorischen Nachlassstundung sowie Auflösung von Dauerschuldverhältnissen unterstützen wir. Weiter wäre u.E. eine Ergänzung von Art. 310 Abs. 1 SchKG zu prüfen, wonach Masseverbindlichkeiten ausschliesslich mittels ausdrücklicher Zustimmung des Sachwalters entstehen können. Die heutige Bestimmung ist mit zahlreichen Unsicherheiten bei der Fortführung eines Betriebs während der Stundung verbunden, was sanierungsfeindlich ist.

Die Prüfung der Sanierungsfähigkeit durch das Nachlassgericht bei der Gesuchsbewilligung würden wir indessen beibehalten. Die Anforderungen für die Bewilligung einer provisorischen Nachlassstundung sind bereits heute sehr tief. Mithin muss das Gericht nicht die Sanierungsfähigkeit prüfen, sondern einzig im Sinne eines Missbrauchstatbestands Fälle abweisen, welche offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder auf einen Nachlassvertrag haben (vgl. Art. 293a Abs. 3 SchKG). In aller Regel wird es unter Hinweis auf die Liquiditätsschwierigkeiten zufolge der Corona-Krise gelingen, gewisse Sanierungsaussichten darzutun bzw. es braucht viel, bis offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags anzunehmen ist. In so einem Fall ist es dann auch gerechtfertigt, dass das Unternehmen rechtzeitig aus dem Verkehr gezogen wird, ohne dass das Verfahren zunächst eröffnet wird, damit hernach der Sachwalter die offensichtliche Sanierungsunfähigkeit feststellt.

Der Wegfall der Prüfung führte sodann dazu, dass bei der vorgesehenen COVID-19-Stundung die Bewilligungsvoraussetzungen höher wären als bei der normalen Nachlassstundung, weil bei ersterer immerhin dargetan werden muss, dass per 31. Dezember 2019 keine Überschuldung vorlag. Schliesslich wäre auch nicht ersichtlich, weshalb überhaupt Unterlagen einzureichen wären (gemäss Ziff. 1.1 der Anpassungen im SchKG), wenn die Sanierungsfähigkeit durch das Nachlassgericht gar nicht geprüft wird.

Auch auf die Modifikation der Bestimmung von Art. 296b Buchstabe a. (in Ziff. 1.3 der Anpassungen im SchKG ist irrtümlich lit. b erwähnt) könnte unseres Erachtens verzichtet werden. Solange der allenfalls anfänglich entstehende Substanzverlust durch den in der Nachlassstundung insgesamt voraussichtlich erzielbaren Mehrwert noch abgedeckt werden kann, ist u.E. keine Konkursöffnung von Amtes wegen erforderlich (vgl. SK SchKG-Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 296b N 5).

**E. Zur Notstundung (Art. 337 ff. SchKG)**

Dass die Notstundung gem. Art. 337 ff. SchKG ein veraltetes Institut ist, das gegenüber dem Nachlassverfahren zahlreiche Nachteile aufweist, insbesondere auch, dass es für Schuldner in eine gefährliche Sackgasse führen kann, und dass es deshalb nicht aktiviert werden sollte, hatte der Linksunterzeichnete schon in der NZZ vom 12. März 2020, S. 21 (Hansueli Schöchli) betont; vgl.

<https://bhlaw.ch/wp-content/uploads/2020/03/NZZ-Nothilfe-für-die-Wirtschaft.pdf>

Freundliche Grüsse



Dr. Daniel Hunkeler



Georg J. Wohl



Zeno Schönmann