

# COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkongresse

DANIEL HUNKELER/GEORG J. WOHL/ZENO SCHÖNMANN\*

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einleitung</b> .....	<b>312</b>
<b>II. Regelung im Überblick</b> .....	<b>313</b>
1. Lockerung der Pflicht zur Benachrichtigung des Konkursrichters .....	313
2. Erleichterungen bei der provisorischen Nachlassstundung .....	313
3. Einführung einer COVID-19-Stundung .....	314
<b>III. Zusammenfassende Würdigung</b> .....	<b>315</b>
<b>IV. Lockerung der Pflicht zur Benachrichtigung des Konkursrichters</b> .....	<b>316</b>
1. Regelung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR.....	316
2. Regelung gemäss COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht.....	318
2.1 Grundsatz .....	318
2.2 Keine Überschuldung und keine Rangrücktritte per 31. Dezember 2019 .....	318
2.3 Beseitigung der Überschuldung bis 31. Dezember 2020 .....	319
2.4 Situation ab dem 21. September 2020.....	320
3. Würdigung .....	320
<b>V. Erleichterungen bei der provisorischen Nachlassstundung</b> .....	<b>322</b>
1. Ausgangslage .....	322
2. Die punktuellen Änderungen .....	323
2.1 Regelung gemäss Art. 293 ff. SchKG .....	323
2.2 Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung auch ohne Sanierungsplan .....	324
2.3 Verlängerung der provisorischen Nachlassstundung auf sechs Monate	324
2.4 Keine Konkursöffnungen bis 31. Mai 2020 .....	325
3. Würdigung .....	325

---

\* DANIEL HUNKELER, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner Baur Hürliemann Rechtsanwälte, Zürich und Baden. GEORG J. WOHL, lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner Baur Hürliemann Rechtsanwälte, Zürich und Baden. ZENO SCHÖNMANN, lic. iur., Rechtsanwalt, Senior Associate Baur Hürliemann Rechtsanwälte, Zürich und Baden.

<b>VI. Einführung einer COVID-19-Stundung.....</b>	<b>326</b>
1. Allgemeines.....	326
2. Aktivlegitimation und Bewilligungsvoraussetzungen.....	327
3. Wirkungen.....	327
3.1 Rechte der Gläubiger.....	327
3.2 Verfügungsbefugnis des Schuldners und Ausschluss paulianischer Anfechtbarkeit.....	329
3.3 Sistierung der Pflichten der Organe bei Überschuldung einer juristischen Person .....	329
3.4 Öffentliche Bekanntmachung und individuelle Orientierung der Gläubiger.....	329
3.5 Behandlung neu eingegangener Verbindlichkeiten in einem anschliessenden Insolvenzverfahren des Schuldners .....	330
3.6 Anpassung von Fristen und sinngemässe Geltung der Bestimmungen über die Insolvenzenschädigung .....	332
3.7 Dauer.....	332
3.8 Untersuchungsmaxime .....	332
3.9 Mögliche Einsetzung eines Sachwalters .....	332
3.10 Rechtsmittel .....	333
3.11 Gesuch um provisorische Nachlassstundung .....	333
3.12 Gebühren und Honorare der Organe .....	333
4. Würdigung .....	333

## I. Einleitung

Im Zuge der COVID-19-Pandemie, welche (bei uns) spätestens ab März 2020 grassierte,<sup>1</sup> verabschiedete der Bundesrat am 16. April 2020 gestützt auf Notrecht die sog. «COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht».<sup>2</sup> Mit ihr sollten durch temporäre und punktuelle Eingriffe in das Gesellschafts- und Insolvenzrecht Konkurse von schweizerischen Unternehmen nach Möglichkeit abgewendet werden, die aufgrund des mit der COVID-19-Pandemie einhergehenden Wirtschaftseinbruchs<sup>3</sup> in finanzielle Schieflage geraten sind. Am 1. April

---

<sup>1</sup> Vgl. Medienmitteilung der Weltgesundheitsorganisation WHO vom 12.03.2020, <<http://www.euro.who.int/de/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/3/who-announces-covid-19-outbreak-a-pandemic>> (01.06.2020).

<sup>2</sup> SR 281.242 (im Folgenden C19 Vo Inso); vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 16.04.2020, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78793.html> (01.06.2020).

<sup>3</sup> Vgl. zu einer allfälligen Erholung im Jahr 2021 unter Vorbehalt: IWF erwartet globale Rezession, in: FAZ.NET, <<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/mehr-wirtschaft/iwf-erwartet-rezession-der-weltwirtschaft-16700140.html>> (01.06.2020).

2020 wurde ein Konzeptpapier inkl. eines ersten Entwurfs der Verordnung in eine Blitzvernehmlassung geschickt, die nur gerade eineinhalb Tage dauerte.<sup>4</sup> Nach einer Auswertung verschiedenster Rückmeldungen aus Lehre, Wirtschaft und Politik erfolgte eine geringfügige Überarbeitung des Entwurfs, der schliesslich gestützt auf die notrechtliche Kompetenz des Bundesrats als COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht per 20. April 2020 in Kraft gesetzt wurde.<sup>5</sup> Die Verordnung ist für die Dauer von sechs Monaten, mithin bis zum 20. Oktober 2020, gültig.<sup>6</sup>

Unser Freund, Partner und Kanzleikollege Lukas Handschin befasst(e) sich stets auch mit Insolvenzrecht und mit Fragestellungen an der Schnittstelle zum Gesellschafts- und Rechnungslegungsrecht. Daher möchten wir zu seinen Ehren in der vorliegenden Festschrift einen Überblick über den wesentlichen Inhalt der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht geben und diesen einer kritischen Würdigung unterziehen.

## II. Regelung im Überblick

### 1. Lockerung der Pflicht zur Benachrichtigung des Konkursrichters

Die gesetzliche Pflicht von Aktiengesellschaften zur Benachrichtigung des Konkursrichters bei Überschuldung gem. OR 725 (und, worauf nachfolgend grundsätzlich nicht mehr separat eingegangen wird, gem. den analogen Bestimmungen bei GmbHs, Genossenschaften und Stiftungen)<sup>7</sup> wurde gelockert.<sup>8</sup> Soweit eine Aktiengesellschaft per 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war und auch keine Rangrücktritte ausstehend hatte, darf der Verwaltungsrat bei festgestellter Überschuldung auf die *Benachrichtigung* des Konkursgerichts *verzichten*, wenn Aussicht besteht, dass die Überschuldung bis zum 31. Dezember 2020 behoben werden kann. Dabei muss er seinen Entscheid schriftlich begründen und dokumentieren. Bei drohender Überschuldung ist weiterhin eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten zu erstellen. Diese muss aber von der Revisionsstelle (oder von einem zugelassenen Revisor) nicht geprüft werden. Die Revisionsstelle ist grundsätzlich ebenfalls von ihrer gesetzlichen Benachrichtigungspflicht<sup>9</sup> befreit.<sup>10</sup>

### 2. Erleichterungen bei der provisorischen Nachlassstundung

Die gesetzliche Regelung der Nachlassstundung (SchKG 293 ff.) wurde geringfügigen *Einzeländerungen* unterzogen.<sup>11</sup> Bei der Gesuchseinreichung muss der Schuldner dem Nachlassgericht keinen provisorischen Sanierungsplan mehr vorlegen, und dieses soll im Bewilligungsentscheid über die provisorische Nachlassstundung auf die Prüfung der

---

<sup>4</sup> Vgl. Schreiben des Bundesamts für Justiz vom 01.04.2020, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/coronavirus.html>> (01.06.2020).

<sup>5</sup> Vgl. C19 Vo Inso 23 I.

<sup>6</sup> Vgl. C19 Vo Inso 23 II.

<sup>7</sup> Für die GmbH vgl. OR 820 ff., zu Genossenschaften vgl. OR 903 ff. und zu Stiftungen vgl. ZGB 84a ff.

<sup>8</sup> Vgl. C19 Vo Inso 1, 2.

<sup>9</sup> Für Aktiengesellschaften vgl. OR 728c III, 729c.

<sup>10</sup> Vgl. C19 Vo Inso 1 IV.

<sup>11</sup> Vgl. C19 Vo Inso 3 bis 5.

Sanierungsfähigkeit des Schuldners verzichten. Erst ein allfällig eingesetzter provisorischer Sachwalter soll diese Prüfung vornehmen. Die mögliche Gesamtdauer der provisorischen Nachlassstundung wurde (von bisher vier) auf sechs Monate erhöht. Eine vorzeitige Konkursöffnung durch das Nachlassgericht zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens und/oder wegen fehlender Sanierungsaussichten soll nicht vor dem 1. Juni 2020 erfolgen, wenn der Schuldner per 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war oder Rangrücktritte im vollen Umfang der Überschuldung vorlagen.

### 3. Einführung einer COVID-19-Stundung

Mit einem relativ ausführlichen Regelungswerk (15 Verordnungsartikel plus Fristen- und Intertemporalregelung) wurde auf der Grundlage eines vom BJ eingeholten externen Gutachtens eine sog. «COVID-19-Stundung» ins Leben gerufen.<sup>12</sup> Diese versteht sich als «abgespeckte provisorische Nachlassstundung» für einfache Verhältnisse.<sup>13</sup> Sie soll finanziell angeschlagenen Schuldnern eine Stundung von drei Monaten ermöglichen, richterlich verlängerbar auf insgesamt maximal sechs Monate, welche grundsätzlich voraussetzungslos jeder Einzelunternehmung, Personengesellschaft und juristischen Person offen steht, die per Ende 2019 nicht überschuldet war oder über Rangrücktritte im vollen Umfang der Überschuldung verfügte. Publikumsgesellschaften und grosse Unternehmungen können die COVID-19-Stundung nicht beantragen, ebenso wenig wie natürliche Personen.<sup>14</sup>

Der Hauptzweck der COVID-19-Stundung liegt im *Betreibungsschutz* für den Schuldner. Gläubiger von Forderungen der ersten Klasse können immerhin (und abweichend auch von der ordentlichen Nachlassstundung) gleichwohl betreiben, jedoch nur auf Pfändung. Ein Sachwalter soll nur ausnahmsweise eingesetzt werden. Die Bewilligung der COVID-19-Stundung muss in jedem Fall publiziert und allen bekannten Gläubigern schriftlich mitgeteilt werden. Wesentliche Wirkungen der ordentlichen Nachlassstundung gelten nicht, so insbesondere die Möglichkeit einer vorzeitigen Auflösung von Dauerschuldverhältnissen, die Sistierung von Zivil- und Verwaltungsprozessen, der Stopp des Zinsenlaufes sowie die Möglichkeit, Gläubiger über den Abschluss eines Nachlassvertrags zu einem Sanierungsbeitrag zu zwingen. Auch arbeitsrechtliche Spezialregelungen bei Betriebsübertragungen gelangen nicht zur Anwendung.

Gelingt dem Schuldner während der Dauer der COVID-19-Stundung die Sanierung nicht, insbes. aus eigener Kraft oder mittels einvernehmlicher Lösung mit seinen Gläubigern, fällt die Stundung dahin. Es ist entweder ins ordentliche Nachlassverfahren zu wechseln oder über kurz oder lang der Konkurs über den Schuldner zu eröffnen.<sup>15</sup> Anders als bei der

---

<sup>12</sup> Vgl. C19 Vo Inso 6 bis 20. Zu den Materialien inkl. des erwähnten Gutachtens von Prof. Dr. iur. FRANCO LORANDI, Zürich, vgl. den Link unter Fn. 4 hiervor.

<sup>13</sup> So Ziff. 3.1 der dazugehörigen Erläuterungen des Bundesamts für Justiz vom 16. April 2020, abrufbar über den Link in Fn. 4 hiervor; im Folgenden «Erläuterungen».

<sup>14</sup> Vgl. C19 Vo Inso 6 I, II.

<sup>15</sup> Eine Konkursöffnung kann auf Antrag eines Gläubigers zufolge Fortsetzung einer während der COVID-19-Stundung gehemmten Betreibung oder infolge Zahlungseinstellung des Schuldners gem. SchKG 190 erfolgen. Sodann kann sie Folge eines Antrags des Schuldners selbst infolge Zahlungsunfähigkeit (Insolvenzerklärung gem. SchKG 191) oder Überschuldung (Bilanzdeponierung gem. OR 725 I) sein.

gewöhnlichen Nachlassstundung<sup>16</sup> erfolgt bei Beendigung der COVID-19-Stundung grundsätzlich keine Konkureröffnung von Amtes wegen, sondern höchstens ausnahmsweise, wenn dies zum Schutze der Gläubigerinteressen erforderlich ist.<sup>17</sup>

### III. Zusammenfassende Würdigung

Die Regelungen gem. COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht sind angesichts der aktuell ungewissen wirtschaftlichen Entwicklungen in verschiedensten Punkten zu begrüßen. Grundsätzlich positiv erscheinen die *Lockerung der Bilanzdeponierungspflicht* und die *partiellen Änderungen im Nachlassvertragsrecht*. Auch dass notleidenden Schuldern in einfachen Verhältnissen mit der COVID-19-Stundung ein weitgehender Betreuungsschutz gewährt wird, ohne dass sie in eine ordentliche Nachlassstundung müssen, ist zu begrüßen. Bemerkenswert ist dabei auch, wie *rasch* in schwieriger Zeit ein teilweise doch eher komplexes Regelungswerk geschaffen und in Kraft gesetzt wurde.

Teilweise erscheinen uns die Regelungen jedoch mangelhaft oder zumindest unnütz. Von der Lockerung der Bilanzdeponierungspflicht können Gesellschaften, die per 31. Dezember 2019 überschuldet waren, im Umfang der Überschuldung jedoch über *Rangrücktritte* von Gläubigern verfügten, gerade nicht profitieren.<sup>18</sup> Dies ist zu bedauern und sachlich kaum zu rechtfertigen. Der Rangrücktritt ist ein gesetzlich zulässiges und in der Praxis anerkanntes Mittel im Überschuldungsfall (vgl. OR 725 II). Verschiedenste betroffene Unternehmen dürften besonders schutzbedürftig sein, während es für die Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich unerheblich ist, ob per 31. Dezember 2019 das Eigenkapital des Schuldners positiv war oder aber die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger im Umfang der Überschuldung vollumfänglich mittels Rangrücktritten geschützt waren.

Die *COVID-19-Stundung* dürfte in verschiedensten Fällen selbst für einfache Verhältnisse ungeeignet sein. Dies vorab aufgrund der zwingend vorgeschriebenen qualifizierten Publizität der Stundung. Schuldner werden sich zuweilen überlegen müssen, ob sie nicht besser zum Vornherein Schutz unter einer ordentlichen und allenfalls stillen Nachlassstundung suchen wollen, zumal ihnen die COVID-19-Stundung ausser einem weitgehenden Betreuungsschutz kaum Erleichterungen bringt. Dass betroffene Schuldner trotz der amtlichen Publikation alle ihre Gläubiger noch individuell und schriftlich auf ihre missliche Lage aufmerksam machen müssen, dürfte ihre Liquiditätslage häufig noch verschärfen, zumal Gläubiger mit erfolgter Orientierung oftmals nur noch gegen Vorauszahlung leisten werden. Die gesetzliche Regelung ist teilweise auch relativ komplex und wenig «laientauglich». So werden Schuldner zuweilen überfordert sein, wie sie sich in der COVID-19-Stundung zu verhalten haben, insbes. was sie noch tun dürfen und was sie zu unterlassen haben, zumal ein Sachwalter als Sparringpartner im Regelfall gerade nicht zur Verfügung steht.

---

<sup>16</sup> Vgl. SchKG 296b.

<sup>17</sup> Vgl. C19 Vo Inso 13 V.

<sup>18</sup> Dieser Punkt war in der Blitzvernehmlassung besonders umstritten. Vgl. dazu auch Abschnitt IV.

Statt der COVID-19-Stundung hätte (mit vergleichbaren Bewilligungsvoraussetzungen) vielleicht auch einfach die Möglichkeit der behördlichen Bewilligung eines individuellen Rechtsstillstands eingeführt werden können, wie ihn das Gesetz und die Praxis mit sehr einfachen Regelungen bereits für den schwerkranken Schuldner kennen.<sup>19</sup> In Anbetracht der sehr knappen Zeit zur Schaffung von Notrecht blieb eine einlässlichere Prüfung dieser Möglichkeit offenbar aus, obwohl dies in der Vernehmlassung thematisiert worden war, insbes. auch von den Autoren.<sup>20</sup>

#### **IV. Lockerung der Pflicht zur Benachrichtigung des Konkursrichters**

##### **1. Regelung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR**

Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung muss eine Zwischenbilanz erstellt und einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden (vgl. OR 725 II, erster Satz). Ergibt sich aus der Zwischenbilanz eine Überschuldung sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten, ist grundsätzlich das Konkursgericht zu benachrichtigen, allenfalls verbunden mit einem Antrag um Konkursaufschub (i.S.v. OR 725a) oder um Bewilligung einer Nachlassstundung (gem. SchKG 293 ff.). Die Benachrichtigung des Konkursgerichts kann ausnahmsweise unterbleiben, wenn mindestens im Ausmass der Überschuldung gültige Rangrücktritte vorliegen und die Gesellschaft dadurch effektiv saniert werden kann (OR 725 II, zweiter Satz), oder wenn konkrete, realistische Aussichten auf eine Sanierung innerhalb einer kurzen Toleranzfrist von vier bis sechs Wochen bestehen.<sup>21</sup> Sanierung meint in diesem Zusammenhang die Sanierung im engeren Sinn, d.h. die Rettung der juristischen Person als Unternehmensträgerin.<sup>22</sup> Es geht darum, wenn immer möglich den Konkurs zu vermeiden, da er ein Wertevernichter und daher grundsätzlich weder im Interesse der Gesellschaft noch ihrer Gläubiger ist.<sup>23</sup>

Es ist die Pflicht der obersten Unternehmensleitung (bei der Aktiengesellschaft der Verwaltungsrat, vgl. OR 716a I Ziff. 3), die finanzielle Lage der Gesellschaft einschliesslich deren Liquidität laufend zu überwachen.<sup>24</sup> Ob bzw. zu welchem Zeitpunkt

---

<sup>19</sup> Vgl. SchKG 61.

<sup>20</sup> Vgl. Ergebnisse der Blitzvernehmlassung, 85 ff.,

<<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/coronavirus/stgn.pdf>> (01.06.2020).

<sup>21</sup> HAAS ULRICH/STRUB YAEL, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698-726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Hrsg: Handschin Lukas, 3. A., Zürich 2018, OR 725 N 135; WÜSTINER HANSPETER, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-964 OR), Hrsg: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, 5. A., Basel 2016, OR 725 N 40a f. m.w.H.

<sup>22</sup> Eine Sanierung im engeren Sinn ist sowohl mit als auch ohne gerichtlichen Nachlassvertrag möglich. Vgl. MÜLLER LUKAS/WOHL GEORG J., Die Bewilligung der provisorischen Stundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung, ZZZ 2020, S. 146 ff., III.C.1.b); HUNKELER DANIEL, in: Kurzkommentar SchKG, Hrsg: Hunkeler Daniel, 2. A., Basel 2014, N 14 und 15 vor SchKG 293-336.

<sup>23</sup> HAAS/STRUB (Fn. 21), OR 725a N 1.

<sup>24</sup> MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 16 N 593; SIMONIELLO DANIELE, Die Überwachung der Liquidität durch den Verwaltungsrat, SJZ 2017, 541, 542 ff.

eine begründete Besorgnis einer Überschuldung angenommen werden muss, beurteilt sich unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage im Einzelfall, insbes. aufgrund der Eigenkapitalbasis sowie der Liquidität bzw. der «burn rate».<sup>25</sup> Begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht also nicht nur bei einer ausgewiesenen Überschuldung in der Jahresbilanz, sondern kann sich auch aus andauernden Verlusten in Zwischenabschlüssen, ausserordentlichen Ereignissen während des Geschäftsjahrs oder bei Liquiditätsschwierigkeiten ergeben.<sup>26</sup>

Eine Bilanzierung zu Fortführungswerten ist nicht mehr zulässig, wenn die Einstellung der Tätigkeit der Gesellschaft oder von Teilen davon in den nächsten 12 Monaten ab Bilanzstichtag beabsichtigt oder voraussichtlich nicht abwendbar ist.<sup>27</sup> In diesem Fall sind der Rechnungslegung für die betreffenden Unternehmensteile Veräusserungswerte zugrunde zu legen. Droht Illiquidität oder ein Wegfall von zentralen Lizenzrechten oder von wichtigen Verträgen, ist die Bilanzierung zu Fortführungswerten nicht mehr zulässig. Die Fortführungsfähigkeit muss indes nicht für einen Zeitraum von 12 Monaten ab Bilanzstichtag *gesichert* sein.<sup>28</sup> Es ist ausreichend, wenn unter Berücksichtigung der gesamten Umstände wahrscheinlich erscheint, dass der Betrieb fortgeführt werden kann, allenfalls unter Berücksichtigung realistischer Sanierungsmassnahmen.<sup>29</sup> Der Verwaltungsrat hat die Fortführungsfähigkeit basierend auf der sog. Business Judgement Rule zu beurteilen.<sup>30</sup>

Ist die Fortführungsfähigkeit zu verneinen, ist die Rechnungslegung auf Veräusserungswerte umzustellen und sind ausreichend Rückstellungen für die mit der Liquidation verbundenen Kosten zu bilden. Dazu gehören insbes. die Kosten im Zusammenhang mit der Stilllegung des Betriebs und Schadensersatzforderungen von Kunden usw. Bei der Bilanzierung zu Veräusserungswerten sind die Werte massgebend, die ein Unternehmen im Rahmen einer Liquidation oder Zwangsveräusserung ausserhalb der normalen Geschäftstätigkeit und oft unter Zeitdruck erzielen kann.<sup>31</sup> Soweit es nicht um Grundstücke geht, deren Liquidationswerte je nachdem deutlich höher als die entsprechenden Buchwerte auf Basis der Fortführungswerte sein können, haben Aktiven zu Veräusserungswerten regelmässig weniger Wert als zu Fortführungswerten (z.B. Warenlager und Maschinen müssen notverkauft werden, aktivierte Verluste in Form von Projektkosten und angefangene Arbeiten lösen sich in Luft auf usw.). Eine Bilanzierung zu Liquidationswerten führt somit regelmässig zu einer Überschuldung mit den in OR 725 II vorgesehenen Rechtsfolgen.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Vgl. statt vieler: WÜSTINER (Fn. 21), OR 725 N 32.

<sup>26</sup> Vgl. statt vieler: WÜSTINER (Fn. 21), OR 725 N 33.

<sup>27</sup> Vgl. OR 958a II.

<sup>28</sup> GLANZMANN LUKAS, Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, GesKR 2017, 387 ff., 392.

<sup>29</sup> HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. A., Basel 2016, N 306, dort insbes. Fn. 32.

<sup>30</sup> Vgl. dazu sowie zur sog. Business Judgement Rule statt vieler: GLANZMANN (Fn. 28), a.a.O.

<sup>31</sup> NEUHAUS MARKUS R./SUTER DANIEL, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-964 OR), Hrsg: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, 5. A., Basel 2016, OR 958a N 1.

<sup>32</sup> «Fall vom Bewertungssockel»: HANDSCHIN (Fn. 29), N 127.

## 2. Regelung gemäss COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht

### 2.1 Grundsatz

Der Bundesrat befürchtete beim Erlass der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht, dass ohne punktuelle Anpassungen der geltenden Gesetzeslage infolge der Corona-Krise massenhaft Konkurse eröffnet werden müssen. Die COVID-19 Pandemie stellt zweifellos ein ausserordentliches Ereignis dar, welches den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft dazu veranlassen muss, die finanzielle Lage seiner Gesellschaft näher zu prüfen. Insbesondere die weitgehende Stilllegung der Wirtschaft und die dadurch weggebrochenen bzw. teilweise weiter wegbrechenden Umsätze sowie generell eine zu befürchtende Weltwirtschaftskrise können einschneidende Auswirkungen auf die finanzielle Lage und die Liquidität einer Gesellschaft haben, und zwar beispielsweise auch dann, wenn diese etwa im Online-Handel tätig ist und daher während des befristeten Lockdowns von erhöhten Umsätzen profitierte. Schlagartig ansteigende Geschäftsvolumen erfordern meist zusätzliche Investitionen und eine Aufstockung des Personals, was sich allenfalls nach Normalisierung der Geschäftslage nicht mehr lohnt und zu Verlusten führt.

Bei dieser Ausgangslage waren viele schweizerische Aktiengesellschaften bei Ausbruch der Pandemie verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu erstellen, und es bestand die Gefahr, dass bei vielen Gesellschaften, die vor der Pandemie grundsätzlich finanziell gesund waren, plötzlich eine Überschuldung eintritt. Die Pflicht zur Revision der zu erstellenden Zwischenbilanz bei drohender Überschuldung und insbes. die Konkursantragspflicht wurde mit der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht daher bei allen Gesellschaftsformen bis zum 31. Dezember 2020 sistiert (wo gesetzlich vorgesehen und unabhängig von der Gesellschaftsgrösse, d.h. auch bei Publikumsgesellschaften), sofern folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:<sup>33</sup> Erstens, die Gesellschaft war per 31. Dezember 2019 nicht überschuldet. Keine Sistierung erfolgt, wenn zu diesem Zeitpunkt einzig aufgrund von Rangrücktritten keine Pflicht zur Bilanzdeponierung bestanden hat. Zweitens, es besteht Aussicht, dass die Überschuldung bis zum 31. Dezember 2020 behoben werden kann, was von der obersten Unternehmensleitung schriftlich begründet und dokumentiert werden muss.

### 2.2 Keine Überschuldung und keine Rangrücktritte per 31. Dezember 2019

Im Sinne einer unumstösslichen gesetzlichen Vermutung geht die COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht davon aus, dass Gesellschaften, welche per 31. Dezember 2019 nicht überschuldet waren, nunmehr aber in einer finanziellen Notlage sind, Opfer der Corona-Krise wurden.

Bei Gesellschaften, die per 31. Dezember 2019 einzig aufgrund von Rangrücktritten nicht verpflichtet waren, das Konkursgericht zu benachrichtigen, ist eine Zwischenbilanz demgegenüber weiterhin zu revidieren und erfolgt insbes. keine Aussetzung der grundsätzlichen Pflicht zur Bilanzdeponierung. Allerdings besteht in Anwendung von OR 725 II auch nach dem 1. Januar 2020 keine Pflicht zur Bilanzdeponierung, wenn die gesamte Überschuldung durch Rangrücktritte abgedeckt wird.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Vgl. C19 Vo Inso I I.

<sup>34</sup> Vgl. Abschnitt IV.1.



Kann eine Gesellschaft aufgrund unterlassener Buchführung und Rechnungslegung nicht nachweisen, dass sie am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war, soll sie nicht in den Genuss der notrechtlichen Erleichterungen kommen bzw. erfolgen ebenfalls kein Verzicht auf die Revisionspflicht einer Zwischenbilanz und keine Sistierung der Bilanzdeponierungspflicht.<sup>35</sup>

### 2.3 Beseitigung der Überschuldung bis 31. Dezember 2020

War eine Gesellschaft per 31. Dezember 2019 nicht überschuldet, kann auf die Prüfung (nicht hingegen auf die Erstellung) der Zwischenbilanz zu Fortführungs- und allenfalls zu Veräusserungswerten sowie auf die Benachrichtigung des Konkursgerichts verzichtet werden, «sofern Aussicht besteht, dass die Überschuldung bis zum 31. Dezember 2020 behoben werden kann».<sup>36</sup> Die oberste Unternehmensleitung muss ihren Entscheid in einem schriftlichen Protokoll festhalten und begründen. Weiter ist der Entscheid mit den Belegen, auf deren Grundlage er getroffen wurde, zu dokumentieren. Hierzu kann die Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten herangezogen werden. Weiter ist ein schriftlicher Sanierungs- und Liquiditätsplan zu erstellen.<sup>37</sup> Da diese Pläne auf Zukunftserwartungen basieren, sollte – auch um den Anforderungen an die Business Judgement Rule gerecht zu werden bzw. um sich erforderlichenfalls zu gegebener Zeit auf diese berufen zu können<sup>38</sup> – zusätzlich festgehalten werden, gestützt auf welche Fakten und Annahmen die erwarteten Entwicklungen als wahrscheinlich erscheinen (z.B. Vergleichszahlen aus den Vorjahren, von Branchenorganisationen herausgegebene Erfahrungswerte, geplante Reduktion von Kosten, zugesicherte Überbrückungskredite, Aufnahme von neuem Kapital, anstehende Verhandlungen mit Gläubigern, Banken und Investoren, Empfehlungen von Beratern usw.).

Inwiefern die Erwartungen und Ziele in einem Sanierungs- und Liquiditätsplan belastbar, d.h. wahrscheinlich sein müssen, ist nicht ganz klar. Angesichts der aktuellen unsicheren Lage dürfen u.E. keine allzu grossen Anforderungen gestellt werden. Selbst eine unter 50 % liegende Chance, dass die Sanierungsmassnahmen greifen, kann ausreichend sein, sofern die Sanierungsmassnahmen seriös erscheinen und die Unternehmensleitung den Sanierungs- und Liquiditätsplan tatsächlich überwacht und umgehend die Notbremse zieht, wenn sich der Sanierungsplan als unrealistisch herausstellt.<sup>39</sup>

Die Dokumentation und Überwachung der Sanierungsbemühungen sind aus zwei Gründen zentral. Einerseits ist für den Fall vorzusorgen, dass gegenüber Gläubigern und dem Gericht Rechenschaft abzulegen ist, sollte die Sanierung nicht gelingen und der Konkurs eröffnet

---

<sup>35</sup> Vgl. Ziff. 1.1 der Erläuterungen.

<sup>36</sup> Vgl. C19 Vo Inso I I.

<sup>37</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 1.1 der Erläuterungen.

<sup>38</sup> Satt vieler: GERICKE DIETER/WALLER STEFAN, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-964 OR), Hrsg: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, 5. A., Basel 2016, OR 754 N 31 f. m.w.H.

<sup>39</sup> A.A. SCHENKER URS, der mindestens 50% verlangt: Corona-Krise – Teilsuspendierung von Art. 725 OR (Konkursanmeldungspflicht), COVID-19-Stundung und weitere Massnahmen zur Vermeidung von Konkursen, Ziff. 1.2.1., Zürich 2020, <[https://www.walderwyss.com/user\\_assets/publications/Teilsuspendierung-von-Art.-725-OR-und-Covid-19-Stundung.pdf](https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/Teilsuspendierung-von-Art.-725-OR-und-Covid-19-Stundung.pdf)> (01.06.2020).

werden. Sodann muss auch gegenüber einer allfälligen Revisionsstelle jederzeit nachgewiesen werden können, dass keine Pflicht zur Stellung des Konkursantrags besteht. Die Revisionsstelle ist in Abweichung von OR 728c III und OR 729c von ihrer ersatzweisen Benachrichtigungspflicht nur befreit, soweit auch der Verwaltungsrat (gestützt auf C19 Vo Inso 1 I) auf die Bilanzdeponierung verzichten darf.<sup>40</sup>

Der Verzicht auf die Prüfung der bei drohender Überschuldung zu erstellenden Zwischenbilanz durch eine Revisionsstelle wurde damit begründet, dass aufgrund der aktuellen Ausnahmesituation eine grosse Nachfrage nach Revisionsdienstleistungen entstehen könnte, die unter Umständen gar nicht gedeckt werden könnte.<sup>41</sup> Je nachdem kann es sich allerdings empfehlen, die Zwischenbilanz gleichwohl revidieren zu lassen, um auch eine Plausibilitätsprüfung des allfälligen Sanierungskonzepts durch die Revisionsstelle zu erhalten. Sollte sich später herausstellen, dass das Sanierungskonzept nicht funktioniert hat, kann sich die Unternehmensleitung immerhin darauf berufen, dass die Revisionsstelle keine Mängel am Sanierungskonzept entdeckt und dieses auch nicht kritisiert habe. So oder anders lohnt es sich, die allfällige Revisionsstelle in den Entscheidungsprozess miteinzubeziehen, zumal diese erwähntermassen auch aus eigenem Interesse nachvollziehen können muss, ob einstweilen eine Unterlassung der Bilanzdeponierung erfolgen darf oder nicht.

#### 2.4 Situation ab dem 21. Oktober 2020

Die COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht gilt für eine Dauer von sechs Monaten, mithin bis zum 20. Oktober 2020. Vorbehältlich des Falls, dass für die Zeit danach nicht nochmals eine Sonderregelung getroffen werden wird, gilt ab dem 21. Oktober 2020 somit wieder das bisherige (vor dem 20. April 2020 gültige) Regime.<sup>42</sup> Ab diesem Stichtag müsste eine allfällige Überschuldung zu Fortführungs- und Liquidationswerten mithin gegebenenfalls innert einer Frist von vier bis sechs Wochen ab Feststellung der Überschuldung beseitigt bzw. mit ausreichenden Rangrücktritten ausgeglichen sein, soll der Gang zum Konkursgericht unterbleiben.<sup>43</sup> Gleichwohl scheint es uns richtig, dass betroffene Gesellschaften weiterhin auf eine Bilanzdeponierung bis zum 31. Dezember 2020 verzichten dürfen, sofern noch immer Aussicht besteht, dass ihre Überschuldung bis zum 31. Dezember 2020 behoben werden kann. Etwas Anderes würde u.E. wenig Sinn machen, zumal die betroffenen Gesellschaften ja bereits unter dem Notrecht auf eine Bilanzdeponierung bis zum 31. Dezember 2020 verzichten durften, wohlwissend, dass die Verordnung nur eine beschränkte Gültigkeit von sechs Monaten hat.

### 3. Würdigung

Soweit das oft dringlichste Problem, die Sicherung der Liquidität (z.B. auch mithilfe von COVID-19-Notkrediten) gelöst ist, sind die meisten KMU-Produktions- und Handelsbetriebe wohl auch ohne Notrecht befugt, mit einem Konkursantrag einstweilen zuzuwarten. Denn zu Fortführungswerten dürfte in vielen Fällen noch keine Überschuldung

---

<sup>40</sup> Vgl. C19 Vo Inso 1 IV.

<sup>41</sup> Vgl. Ziff. 1.1 der Erläuterungen.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Abschnitt IV.1.

<sup>43</sup> Vgl. dazu Abschnitt IV.1.

vorliegen, zumal COVID-19-Notkredite bis zum 31. März 2022 nicht als Fremdkapital gelten und die Bilanz somit nicht belasten.<sup>44</sup> Bei grundsätzlicher Fortführungsfähigkeit kann weiterhin zu Fortführungswerten bilanziert werden, womit (anders als bei einer Umstellung auf Liquidationswerte) grundsätzlich kein «Fall vom Bewertungssockel»<sup>45</sup> und damit keine Überschuldung droht. Dies gilt zumindest dann, wenn Betriebe vor der Corona-Krise grundsätzlich gut aufgestellt waren. Warenlager, Maschinen, angefangene Arbeiten, aktivierte Projektkosten usw. bleiben werthaltig, und es müssen keine Rückstellungen für eine drohende Betriebsschliessung gebildet werden.<sup>46</sup>

Die notrechtlich eingeführte Sistierung der Konkursantragspflicht hilft somit in denjenigen Fällen, in welchen die Fortführungsfähigkeit einer Gesellschaft zwar gegeben ist, insbes. die erforderliche Liquidität bis zum 31. Dezember 2020 unter Zugrundelegung eines Sanierungsplans (und allenfalls nach Aufnahme eines COVID-19-Notkredits) grundsätzlich gesichert erscheint, aber die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten dennoch eine Überschuldung ausweist und nicht ausreichend Rangrücktritte oder Forderungsverzichte beschafft werden können. Nach bisherigem Recht hätte in dieser Konstellation mit der Benachrichtigung des Konkursrichters bestenfalls während einer kurzen Frist zugewartet werden können, innert der die Überschuldung zu beseitigen gewesen wäre.<sup>47</sup> Bei entsprechender Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung bleibt hierzu neu bis zum 31. Dezember 2020 Zeit, was zu begrüßen ist. In der Praxis wird indes dem Umstand zu wenig Beachtung geschenkt, dass ein Zuwarten mit der Bilanzdeponierung nur bei gegebener Fortführungsfähigkeit möglich ist. In einem ersten Schritt ist somit stets Rechenschaft darüber abzulegen, ob bis zum 31. Dezember 2020 und darüber hinaus die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlich ist. Bestehen diesbezüglich Zweifel, muss der Verwaltungsrat zusätzliche Massnahmen zur Gewährleistung der Liquidität ergreifen.

Bei einer Überschuldung zu Fortführungswerten erscheint es zuweilen fraglich, ob es opportun ist, Unternehmen ohne Eigenkapital im Wettbewerb zu belassen, in der Hoffnung bzw. mit der Aussicht, dass diese bis zum 31. Dezember 2020 genügend Erträge erwirtschaften, um nicht nur die bis dahin entstehenden laufenden Kosten, sondern auch die bereits per Stichtag der Zwischenbilanz bestehenden Schulden zu tilgen (sofern keine Schuldenerlasse oder neuen Rangrücktritte ausgehandelt werden können). Gerade für Branchen mit hohen Fixkosten und niedrigen Margen, z.B. Gastronomie und Hotellerie, stellt dies sicherlich eine grosse Herausforderung dar. Für die Reisebranche sah sich der Bundesrat kürzlich veranlasst, zusätzlich zur teilweisen Sistierung der Konkursantragspflicht auch noch einen Rechtsstillstand anzuordnen.<sup>48</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es uns zwar richtig, dass durch die Corona-Krise hart getroffene Unternehmen eine Chance erhalten und bei der Frage der Aussicht auf Sanierung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.<sup>49</sup> Um keine weiteren Kollateralschäden

---

<sup>44</sup> Vgl. COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung (SR 951.261).

<sup>45</sup> Vgl. Fn. 32 hiavor.

<sup>46</sup> Vgl. dazu Abschnitt IV.1.

<sup>47</sup> Die Zeitspanne beträgt gem. aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichts vier bis sechs Wochen, vgl. Abschnitt IV.1.

<sup>48</sup> Vgl. Verordnung über den Rechtsstillstand nach Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs für die Reisebranche (SR 281.243).

<sup>49</sup> Nach hier vertretener Ansicht kann u.U. sogar eine Wahrscheinlichkeit von einstweilen weniger als 50 % ausreichen, vgl. Abschnitt IV.4.2.3.

und Dominoeffekte zu riskieren, sollte hinsichtlich der fortlaufenden Pflicht zur Überwachung des Sanierungs- und Liquiditätsplans aber ein eher strenger Massstab gelten. Sollten die Chancen einer Sanierung nicht mehr intakt sein, ist rechtzeitig eine Nachlassstundung oder (in aussichtslosen Fällen) die Konkurseröffnung zu beantragen.

Bedauerlich ist (wie schon eingangs erwähnt), dass für per Ende 2019 überschuldete Gesellschaften, die über gültige Rangrücktritte im Umfang der Überschuldung verfügten, die Sistierung der Revisionspflicht von Zwischenbilanzen und insbes. der Konkursantragspflicht nicht gilt. Dem hierfür vom Bundesrat ins Feld geführten Argument der Verhinderung einer weiteren Verschleppung von überfälligen Sanierungsmassnahmen<sup>50</sup> ist zu entgegen, dass der Rangrücktritt ein anerkanntes, in OR 725 II gesetzlich verankertes Institut ist. Auch wenn es in der Tendenz zutreffend sein mag, dass Gesellschaften mit Rangrücktritten wirtschaftlich besonders angeschlagen sind, erscheint es nicht angemessen, sie pauschal zu benachteiligen, weil sie per Ende 2019 mit Rangrücktritten operiert haben. Namentlich Startups sehen oft vor, dass in den ersten Jahren nach der Gründung mit Rangrücktritten operiert wird, was bei einer gesunden Finanzierungsstruktur und einer realistischen Wachstumsstrategie legitim ist. Solche und viele weitere Unternehmen bleiben von der Befreiung von der Revisionspflicht von Zwischenbilanzen und insbes. der Sistierung der Bilanzdeponierungspflicht ausgeschlossen, obwohl es für den Schutz der Gesellschaftsgläubiger nicht relevant ist, ob deren Forderungen durch Eigenkapital oder durch genügend Rangrücktritte anderer Gläubiger geschützt sind. Auch der vom Bundesrat genannte Vorteil der Schaffung einer in vielen Fällen klaren und einfachen Regelung (Bilanzstichtag zahlreicher Gesellschaften am 31. Dezember 2019<sup>51</sup>) wiegt diesen Nachteil nicht auf.

## V. Erleichterungen bei der provisorischen Nachlassstundung

### 1. Ausgangslage

Auch wenn Gesellschaften unter gewissen Voraussetzungen keinen Konkursantrag stellen müssen,<sup>52</sup> kann es sein, dass Gläubiger eine Konkurseröffnung erzwingen, um überfällige Forderungen einzutreiben. Der Bundesrat befürchtete, dass wegen der COVID-19-Pandemie und der damit einhergehenden Wirtschaftskrise insbes. zahlreiche KMU Zahlungsschwierigkeiten haben werden und daher ihre Verbindlichkeiten nicht immer rechtzeitig werden begleichen können.<sup>53</sup>

Eine Gesellschaft, die mit zahlreichen Betreibungen oder sogar mit einem Konkursantrag eines Gläubigers konfrontiert ist oder unter zu grossen Liquiditätsproblemen leidet, hat bereits nach geltendem Recht die Möglichkeit, eine *provisorische Nachlassstundung* von maximal vier Monaten zu beantragen, um sich vor Vollstreckungshandlungen der Gläubiger zu schützen und eine Unternehmenssanierung anzustreben (vgl. SchKG 293 ff.).

---

<sup>50</sup> Vgl. Ziff. 1.1 der Erläuterungen.

<sup>51</sup> Vgl. Ziff. 1.1 der Erläuterungen.

<sup>52</sup> Vgl. Abschnitt IV.

<sup>53</sup> Vgl. Ziff. 2 der Erläuterungen.

Um KMU in dieser Hinsicht noch besser zu unterstützen, wurde die Nachlassstundung für die Gültigkeitsdauer der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht mit wenigen *punktuellen Anpassungen* noch sanierungsfreundlicher ausgestaltet. Dies geschah auch mit der Überlegung, dass die COVID-19-Stundung für komplexere Sanierungsvorhaben wenig geeignet ist und überdies nicht in jedem Fall zur Verfügung steht.<sup>54</sup>

## 2. Die punktuellen Änderungen

### 2.1 Regelung gemäss Art. 293 ff. SchKG

Befindet sich eine Gesellschaft in Insolvenznähe, kann sie beim Nachlassgericht eine provisorische Nachlassstundung von maximal vier Monaten beantragen.<sup>55</sup> Das Gesuch muss vom Nachlassgericht grundsätzlich bewilligt werden, ausser die Sanierung oder der Abschluss eines Nachlassvertrags erscheinen offensichtlich aussichtslos.<sup>56</sup> Der Sanierungsbegriff ist dabei weit und v.a. unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten auszulegen. Sanierung bedeutet nicht nur das Überleben der Gesellschaft als Rechtssubjekt (Sanierung im engeren Sinn; z.B. der AG oder der GmbH),<sup>57</sup> sondern auch den Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung, eine (ganze oder teilweise) Betriebssanierung (z.B. mittels Verkaufs an einen neuen Investor mit oder ohne anschliessenden Nachlassvertrag) oder die kontrollierte Stilllegung des Betriebs zwecks Maximierung des Verwertungserlöses (Sanierung im weiteren Sinne). Dass eine Sanierung in diesem weiteren Sinne auch vorliegt, wenn zum vornherein der Konkurs der Gesellschaft feststeht, ist noch nicht höchstrichterlich geklärt, wird aber von uns und von anderen Autoren bejaht.<sup>58</sup> Die Stundung kann auch als reines Moratorium bewilligt werden, wenn die Gesellschaft nur vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten hat. Die Nachlassstundung kann wieder aufgehoben werden, wenn der Schuldner saniert ist, d.h. nicht mehr überschuldet ist bzw. ausreichend Rangrücktritte organisieren konnte, wieder zahlungsfähig ist und eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann.<sup>59</sup>

Die richterliche Verweigerung der Nachlassstundung ist eher die Ausnahme.<sup>60</sup> Nebst dem Umstand, dass die Bewilligungsvoraussetzungen tief sind, hängt dies auch damit zusammen, dass das Nachlassgericht regelmässig einen Sachwalter einsetzt, der die effektiven Sanierungschancen prüft und dem Gericht Bericht erstattet.<sup>61</sup> Stellt sich heraus,

---

<sup>54</sup> Vgl. Ziff. 2.1 der Erläuterungen sowie Abschnitt VI.

<sup>55</sup> Vgl. SchKG 293a II.

<sup>56</sup> Vgl. SchKG 293a III. Es handelt sich um ein sehr niederschwelliges Verfahren: UMBACH-SPAHN BRIGITTE/KESSELBACH STEPHAN/BURKHALTER ROLAND, in: Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG, Hrsg: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik, 4. A., Zürich 2017, SchKG 293a N 2.

<sup>57</sup> BGer 5A\_495/2016 vom 11. November 2016 E. 3.1.; HUNKELER (Fn. 22), N 15 vor SchKG 293-336.

<sup>58</sup> MÜLLER/WOHL (Fn. 22), III.C.1.c); LORANDI FRANCO, Gutachten vom 31.03.2020 (zu spezifischen Fragen des Insolvenzrechts) zu Händen des Bundesamts für Justiz (vgl. dazu Fn. 4 hiervor), N 16; KÄLIN OLIVER, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für Verwaltungsräte, Zürich/Basel/Genf 2016, N 67.

<sup>59</sup> Vgl. SchKG 296a I. UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER (Fn. 56), SchKG 296a N 4 f.; HUNKELER (Fn. 22), SchKG 296a N 5 f.

<sup>60</sup> HUNKELER (Fn. 22), SchKG 293a N 4 ff. m.w.H.

<sup>61</sup> Vgl. SchKG 295, 298-302, 304. HUNKELER (Fn. 22), SchKG 293 N 19.

dass die Sanierungschancen offensichtlich nicht (mehr) bestehen, oder soweit dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist, wird sofort von Amtes wegen der Konkurs eröffnet.<sup>62</sup> Im Zweifel sind daher Nachlassstundungsgesuche eher zu bewilligen als abzulehnen, zumal im späteren Verfahren immer noch die Notbremse gezogen werden kann.<sup>63</sup>

Eine Gesellschaft, welche um Nachlassstundung ersucht, muss in einem Gesuch mit geeigneten Unterlagen (in der Regel eine Liquiditätsplanung, eine aktuelle Bilanz und Erfolgsrechnung oder zumindest ein Auszug aus der Buchhaltung sowie eine Kreditoren- und Debitorenliste) die aktuelle und zukünftige Vermögens-, Ertrags- und Einkommenslage glaubhaft machen<sup>64</sup> und in einem rudimentären Sanierungsplan die während der provisorischen Stundung beabsichtigten Massnahmen erläutern.<sup>65</sup> Der provisorische Sanierungsplan ist oft nicht ein separates Dokument, sondern eine mehr oder minder weitgehende Umschreibung der geplanten Sanierung im Stundungsgesuch selbst. In der Praxis sind die Anforderungen an ein Stundungsgesuch nach dem Gesagten nicht hoch. Sollte das Stundungsgesuch dennoch ungenügend sein, wird es das Nachlassgericht in aller Regel zur Verbesserung innert Frist zurückweisen und nicht sofort den Konkurs eröffnen.<sup>66</sup>

## 2.2 Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung auch ohne Sanierungsplan

Während der Gültigkeitsdauer der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht ist dem Gesuch um provisorische Nachlassstundung neu *kein provisorischer Sanierungsplan mehr* beizulegen.<sup>67</sup> Das Nachlassgericht hat auch nicht mehr zu prüfen, ob offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder auf den Abschluss eines Nachlassvertrags besteht.<sup>68</sup> Demnach wird das Gesuch bereits bewilligt, wenn geeignete Unterlagen zur aktuellen und zukünftigen Vermögens-, Ertrags- und Einkommenslage eingereicht werden.

Umgekehrt wird das Nachlassgericht u.E. weiterhin prüfen müssen, ob sich der Gesuchsteller finanziell überhaupt in einer angespannten Lage befindet und er daher einer Nachlassstundung bedarf. Eine Missbrauchskontrolle muss wie unter bisherigem Recht zulässig sein.<sup>69</sup>

## 2.3 Verlängerung der provisorischen Nachlassstundung auf sechs Monate

Gemäss C19 Vo Inso 4 kann die provisorische Stundung neu nicht mehr nur für vier, sondern für einen Zeitraum von maximal sechs Monaten bewilligt werden. Für die Dauer der provisorischen Stundung kann die Veröffentlichung im Schweizerischen

---

<sup>62</sup> Vgl. SchKG 296b a und b.

<sup>63</sup> Ist die Sanierung oder der Abschluss eines Nachlassvertrags aussichtslos geworden, eröffnet das Nachlassgericht von Amtes wegen den Konkurs: vgl. SchKG 296b a und b.

<sup>64</sup> SchKG 293 a.

<sup>65</sup> HUNKELER (Fn. 22), SchKG 293 N 14; UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER (Fn. 56), SchKG 293 N 22.

<sup>66</sup> UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER (Fn. 56), SchKG 293a N 7.

<sup>67</sup> Vgl. C19 Vo Inso 3 I.

<sup>68</sup> Vgl. C19 Vo Inso 3 II.

<sup>69</sup> HUNKELER (Fn. 22), SchKG 293 N 9 ff.; UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER (Fn. 56), SchKG 293a N 6.

Handelsamtsblatt und im Handelsregister unterbleiben (sog. stille oder geheime Stundung).<sup>70</sup> Die Maximaldauer von sechs Monaten kann wie unter bisheriger Praxis (in Ausnahmefällen) bereits zu Verfahrensbeginn bewilligt werden oder (im Regelfall) mittels richterlichem Verlängerungsentscheid.

#### 2.4 Keine Konkursöffnungen bis 31. Mai 2020

Bereits vor Ablauf der Stundung kann gem. SchKG 296b a und b von Amtes wegen der Konkurs eröffnet werden, wenn dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist oder wenn offensichtlich keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht. Gemäss C19 Vo Inso 5 wurden diese beiden Bestimmungen bis zum 31. Mai 2020 für nicht anwendbar erklärt, wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war oder zu diesem Zeitpunkt Rangrücktritte im Sinne von OR 725 II im vollen Umfang der Überschuldung vorlagen. Ratio dieses temporären Konkursverbots war die Befürchtung, dass angesichts des beginnenden Wirtschaftseinbruchs und der fehlenden Planungsgrundlage hinsichtlich Umsatz viele Nachlassstundungen zu früh abgebrochen werden müssen.<sup>71</sup>

### 3. Würdigung

Das Nachlassvertragsrecht wurde mit der im Jahr 2014 in Kraft gesetzten Sanierungsrechtsrevision substantiell angepasst, um Unternehmenssanierungen zu fördern.<sup>72</sup> Dieses Ziel wurde insbes. auch im KMU-Sektor grundsätzlich erreicht.<sup>73</sup> Aus Sicht des Praktikers wäre allerdings zu wünschen, dass die Nachlassstundung noch häufiger und v.a. frühzeitiger in Betracht gezogen wird und nicht erst bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit, zumal im letzteren Fall die Möglichkeiten während einer Nachlassstundung begrenzt sind.<sup>74</sup> Da wegen der Corona-Krise und der notrechtlichen Anpassungen im Insolvenzrecht die Nachlassstundung nunmehr häufiger von Unternehmen und ihren Beratern wahrgenommen werden dürfte, ist wohl ein kurzfristiger Anstieg der Nachlassstundungsverfahren zu erwarten.

Auch in der Nachlassstundung ist die Sicherstellung der Liquidität des Schuldners Dreh- und Angelpunkt für das Gelingen einer Sanierung. Dabei sind die zusätzlichen Kosten für das Nachlassgericht und für den Sachwalter regelmässig nicht einmal die entscheidenden Faktoren. Da das Ziel einer Sanierung regelmässig darin besteht, den Betrieb während der provisorischen Nachlassstundung (ganz oder zumindest teilweise) aufrecht zu erhalten, ergibt sich ein teilweise beachtlicher Liquiditätsbedarf. Dieser kann mitunter durch eine

---

<sup>70</sup> Vgl. SchKG 293c II.

<sup>71</sup> Vgl. Ziff. 2.4 der Erläuterungen.

<sup>72</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010 (BBl 2010 6455, 6456); HUNKELER (Fn. 22), N 18 ff. vor SchKG 293-336.

<sup>73</sup> MÜLLER LUKAS/LIND RONJA, Fünf Jahre neues Sanierungsrecht: Erfahrungen, Befunde und Entwicklungen, Expert Focus 2019, 637 ff.; KPMG (Hrsg.), Entwicklungen der Nachlassstundungen unter neuem Sanierungsrecht, Ausgabe 2018, Zürich 2018, 3.

<sup>74</sup> MÜLLER/WOHL (Fn. 22), III.A.

Überbrückungsfinanzierung bzw. durch einen sog. Massekredit gedeckt werden, wofür das Recht der Nachlassstundung besonders geeignete Vorschriften enthält.<sup>75</sup>

Aus Sicht des Praktikers erscheint v.a. die vorübergehende Verlängerung der provisorischen Stundung auf sechs Monate nützlich. Damit besteht noch mehr Zeit, um gegebenenfalls ohne Publikation eine Sanierung im engeren Sinn, d.h. die Rettung des Schuldners selbst, zu versuchen bzw. die Stundung gem. SchKG 296a wieder zu verlassen, ohne dass in der Folge die (zunächst bewilligte und nachträglich wieder aufgehobene) Stundung überhaupt publiziert werden müsste.<sup>76</sup> Eine Refinanzierung kann mit operationellen Restrukturierungsmassnahmen verbunden werden wie z.B. der Verkleinerung des Betriebs mittels vom Gericht bewilligten Anlage- und Betriebsverkäufen.<sup>77</sup> Ist die Rettung des Schuldners als Rechts- und Unternehmensträger nicht mehr möglich, können immerhin Betriebsanierungen durchgeführt werden, indem ein Betrieb oder ein Betriebsteil während der stillen provisorischen Stundung aus dem Unternehmen herausgelöst und mit Zustimmung des Nachlassgerichts an (neue) Übernehmer (bzw. Investoren) verkauft wird. Solche Betriebsverkäufe sind zuweilen überhaupt nur während einer stillen provisorischen Stundung möglich, weil andernfalls der Liquiditätsbedarf des Schuldners exorbitant ansteigt. Auch können sie zuweilen zu besseren Konditionen abgeschlossen und vollzogen werden als bei einer öffentlich bekanntgemachten Stundung, insbes. wenn es gelingt, die Betriebseinstellung zu vermeiden, was Reputationsschäden verringert und sich positiv auf den Verkaufspreis auswirkt.<sup>78</sup>

## VI. Einführung einer COVID-19-Stundung

### 1. Allgemeines

Unter bisherigem Recht existierte die COVID-19-Stundung nicht. Es handelt sich um ein neues und vorübergehendes Verfahren, das im Zuge der Corona-Krise vom Bundesrat mit der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht notrechtlich ins Leben gerufen wurde.<sup>79</sup> Das Ziel der COVID-19-Stundung besteht darin, bedrängten Schuldnern ein einfaches Verfahren zur Verfügung zu stellen, damit sie sich im Rahmen einer zeitlich befristeten Stundung von maximal sechs Monaten reorganisieren und für die Zeit nach der Krise neu aufstellen können.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> Verbindlichkeiten, welche die Nachlassschuldnerin mit Zustimmung des Sachwalters während der Stundung eingeht, sind sog. Masseverbindlichkeiten und geniessen z.B. das sog. Superprivileg. Vgl. SchKG 310 II. Mittlerweile gibt es auch in der Schweiz auf die Finanzierung von Nachlassstundungsverfahren spezialisierte Überbrückungsfinanzierer, vgl. z.B. CETI Bridge Facility (<[www.ceti.ch](http://www.ceti.ch)>).

<sup>76</sup> Vgl. dazu LUGINÜHL TANJA/AFFOLTER MARINO ANJA, «Exit» aus der Nachlassstundung nach erfolgreicher Sanierung – Erste Erkenntnisse zum neuen Art. 296a SchKG, SZW 2019, 252.

<sup>77</sup> Vgl. SchKG 298 II.

<sup>78</sup> MÜLLER/WOHL (Fn. 22), III.C.1.c).

<sup>79</sup> C19 Vo Inso 6 ff.

<sup>80</sup> Vgl. für weitere einführende Ausführungen zur COVID-19-Stundung Ziff. 3.1 der Erläuterungen.



## 2. Aktivlegitimation und Bewilligungsvoraussetzungen

Die COVID-19-Stundung steht grundsätzlich jeder Einzelunternehmung, Personengesellschaft und juristischen Person offen, die per Ende 2019 nicht überschuldet war oder über die Überschuldung abdeckende Rangrücktritte verfügte.<sup>81</sup> Privatpersonen, Publikumsgesellschaften und grosse Unternehmen, die im Jahr 2019 zwei der in OR 727 I 2 OR genannten Grössen überschritten haben, können hingegen keine COVID-19-Stundung beantragen.<sup>82</sup>

Zuständig ist das Nachlassgericht am Sitz des Schuldners. Dieser hat mit dem Gesuch seine Vermögenslage glaubhaft zu machen.<sup>83</sup> Insbesondere sind die fehlende Überschuldung bzw. ausreichende Rangrücktritte per 31. Dezember 2019 darzulegen, wobei dieser Nachweis regelmässig über die Jahresrechnung 2019 erbracht werden kann, die ihrerseits nicht revidiert sein muss. Liegt diese noch nicht vor, können andere geeignete Unterlagen eingereicht werden, wie z.B. ein Auszug aus der Buchhaltung oder eine Vermögens- und Schuldenaufstellung, zusammen mit Bankbelegen und einem Betreibungsregisterauszug usw. Ein Liquiditäts- oder Sanierungsplan ist hingegen nicht erforderlich.<sup>84</sup>

Nach hier vertretener Ansicht muss allerdings eine minimale Missbrauchskontrolle durch das Nachlassgericht gewährleistet sein. Nur so kann dieses überhaupt abschätzen, ob ein Sachwalter einzusetzen ist oder anderweitige sichernde Massnahmen zu treffen sind.<sup>85</sup>

## 3. Wirkungen

### 3.1 Rechte der Gläubiger

Der COVID-19-Stundung unterliegen Forderungen, die vor Bewilligung der Stundung entstanden sind. Solche Forderungen dürfen mit Bewilligung der Stundung nicht mehr bezahlt werden.<sup>86</sup> Forderungen, die danach entstehen, so insbes. im Zusammenhang mit dem fortgeführten Betrieb, darf der Schuldner demgegenüber weiterhin bezahlen, ohne dass dies eine unrechtmässige Ungleichbehandlung der Gläubiger darstellen würde. Aus Sicht des Schuldners besteht die wichtigste Wirkung der COVID-19-Stundung in der Regel darin, dass während deren Dauer für von der Stundung erfasste Forderungen eine Betreuung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden kann.<sup>87</sup> Auch Arreste oder andere Sicherungsmassnahmen sind für solche Forderungen ausgeschlossen. Von diesem Zwangsvollstreckungsverbot gibt es indessen gewichtige Ausnahmen:

---

<sup>81</sup> Vgl. C19 Vo Inso 6 I.

<sup>82</sup> Vgl. C19 Vo Inso 6 II.

<sup>83</sup> Vgl. C19 Vo Inso 6 III.

<sup>84</sup> Vgl. Ziff. 3.2 der Erläuterungen.

<sup>85</sup> Vgl. C19 Vo Inso 6 IV, 9.

<sup>86</sup> Vgl. C19 Vo Inso 11 II.

<sup>87</sup> Vgl. C19 Vo Inso 12 I. Zudem kann sich ein Schuldner mit einer COVID-19-Stundung der von ihm gewährten Globalzessionen von Forderungen entledigen, und eine Veräusserung oder Belastung von Teilen des Anlagevermögens sowie die Bestellung von Pfändern mit Zustimmung des Nachlassgerichts führen dazu, dass die entsprechenden Rechtshandlungen des Schuldners gem. SchKG 285 ff. nicht mehr paulianisch anfechtbar sind (vgl. dazu nachfolgend).

So sind Betreibungen auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen weiterhin möglich. Einzig die Verwertung des Grundpfands bleibt ausgeschlossen.<sup>88</sup> Der Grundpfandgläubiger kann auch verlangen, dass die Pfandhaft auf die Erträge aus der Liegenschaft, z.B. Mietzinse, ausgeweitet wird. Für Immobiliengesellschaften kann das einschneidende Folgen zeitigen und eine Sanierung erheblich erschweren.<sup>89</sup>

Ausgenommen vom oben genannten Zwangsvollstreckungsverbot sind Forderungen der ersten Konkursklasse gem. SchKG 219 IV,<sup>90</sup> d.h. v.a. die Forderungen der Arbeitnehmer auf Zahlung von Lohn, familienrechtliche Unterhaltsforderungen, aber auch Forderungen der Personalvorsorgeeinrichtungen für fällige BVG-Beiträge. Der Schuldner muss diese privilegierten Forderungen nach wie vor bezahlen. Notfalls können die Gläubiger für die genannten Forderungen Vollstreckungshandlungen wie Betreibungen auf Pfändung oder Pfandverwertung und Arreste einleiten.<sup>91</sup> Die Konkurseröffnung gestützt auf SchKG 190 dürfte u.E. aber auch bei den genannten Forderungen unzulässig sein, zumal Hauptzweck der COVID-19 Verordnung Insolvenzrecht die Vermeidung von Corona-Konkursen ist.

Zu beachten ist schliesslich, dass zum Zeitpunkt der Bewilligung der Stundung bereits gepfändetes Bar- oder Buchgeld sowie der Erlös aus schon vollzogenen Verwertungen noch verteilt werden, soweit die Fristen für den Pfändungsanschluss (SchKG 110 f.) abgelaufen sind.<sup>92</sup>

Eine weitere wichtige Wirkung der COVID-19-Stundung besteht darin, dass – gleich wie bei der provisorischen Nachlassstundung – Globalzessionen für künftige Forderungen dahinfallen.<sup>93</sup> Dies ermöglicht dem Schuldner, seine zukünftigen Debitoren neuen Kreditgebern oder Factoring-Gesellschaften als Sicherheit abzutreten und stärkt somit letztlich die Refinanzierungsmöglichkeiten des Schuldners.

Verjährungs- und Verwirkungsfristen stehen für Forderungen, die der Stundung unterliegen, still.<sup>94</sup> Für die Verrechnung gelten sodann SchKG 213 f., wobei an die Stelle der Konkurseröffnung die Bewilligung der COVID-19-Stundung tritt.<sup>95</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Wirkungen der COVID-19-Stundung auf die Rechte der Gläubiger ähnlich wie bei der regulären Nachlassstundung ausgestaltet sind. Ausgenommen sind die in SchKG 297 IV, VII und IX geregelten Tatbestände. Es gilt mithin insbes. kein Zinsenstopp. Die Regelung von SchKG 297a betreffend die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen wurde ebenfalls nicht übernommen. Von grosser Bedeutung für die Sanierungspraxis ist schliesslich auch, dass

---

<sup>88</sup> C19 Vo Inso 12 I.

<sup>89</sup> WOHL GEORG J., Die Sanierung von Immobiliengesellschaften, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII, Zürich/Basel/Genf 2017, 135 ff.

<sup>90</sup> Vgl. C19 Vo Inso 11 II.

<sup>91</sup> Vgl. C19 Vo Inso 12 VII.

<sup>92</sup> Vgl. C19 Vo Inso 12 II i.V.m. SchKG 199 II.

<sup>93</sup> Vgl. C19 Vo Inso 12 IV und SchKG 297 IV.

<sup>94</sup> Vgl. C19 Vo Inso 12 V.

<sup>95</sup> Vgl. C19 Vo Inso 12 VI.

die arbeitsrechtlichen Erleichterungen für Betriebsübergänge bei Insolvenz gem. OR 333b während der COVID-19-Stundung nicht gelten.<sup>96</sup>

### 3.2 *Verfügungsbefugnis des Schuldners und Ausschluss paulianischer Anfechtbarkeit*

Eine zentrale Bestimmung bildet C19 Vo Inso 13 I, gem. welcher der Schuldner seine Geschäftstätigkeit während der COVID-19-Stundung in der Regel fortsetzen kann. Allerdings ist dem Schuldner die Vornahme von Rechtshandlungen verboten, durch welche die berechtigten Interessen der Gläubiger beeinträchtigt oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer begünstigt werden. Gemäss C19 Vo Inso 13 III sind zudem die Veräusserung oder Belastung von Teilen des Anlagevermögens sowie die Bestellung von Pfändern nur mit Zustimmung des Nachlassgerichts zulässig. Liegt allerdings eine solche Zustimmung vor, so ist die Rechtshandlung des Schuldners nicht mehr gem. SchKG 285 ff. anfechtbar. Sofern das Nachlassgericht einer Rechtshandlung zustimmt, ist diese mithin rechtssicher und kann anschliessend nicht mehr angefochten werden. Somit sind zumindest theoretisch rechtssichere Betriebsübertragungen auch während der COVID-19-Stundung denkbar. Das Nachlassgericht dürfte indes regelmässig zunächst einen Sachwalter einsetzen, welcher die Zweckmässigkeit der geplanten Betriebsübertragung bzw. des Verkaufs von Anlagevermögen prüft und gegenüber dem Gericht diesbezüglich eine Empfehlung abgibt bzw. Anträge stellt.

### 3.3 *Sistierung der Pflichten der Organe bei Überschuldung einer juristischen Person*

Mit der Einreichung eines Gesuchs einer juristischen Person um COVID-19-Stundung gelten die gesetzlichen Anzeigepflichten als erfüllt, die den Organen bei Überschuldung obliegen.<sup>97</sup> Genau genommen werden diese Pflichten indessen lediglich für die Dauer der COVID-19-Stundung ausgesetzt. Ist nach deren Ablauf die Überschuldung nicht beseitigt und bestehen auch nicht Rangrücktritte mindestens im Umfang der Überschuldung, lebt die Pflicht zur Bilanzdeponierung wieder auf. Alternativ kann in einem solchen Fall auch ein ordentliches Nachlassverfahren eingeleitet werden.

### 3.4 *Öffentliche Bekanntmachung und individuelle Orientierung der Gläubiger*

Das Nachlassgericht macht die Bewilligung und die Verlängerung der COVID-19-Stundung öffentlich bekannt und teilt sie dem Betreibungs-, dem Handelsregister- und dem Grundbuchamt mit.<sup>98</sup> Zudem muss der Schuldner seine Gläubiger unverzüglich schriftlich oder per E-Mail über die Bewilligung oder Verlängerung der Stundung orientieren.<sup>99</sup>

Im Gegensatz zur Konstellation bei der provisorischen Nachlassstundung ist eine sog. stille COVID-19-Stundung somit nicht möglich. Das kann sich für den Schuldner sehr nachteilig auswirken, zumal Kunden und Geschäftspartner sich abwenden oder auf Vorleistung durch

---

<sup>96</sup> Dies hätte explizit in der C19 Vo Inso geregelt werden müssen, zumal OR 333b lediglich die Nachlassstundung erwähnt.

<sup>97</sup> Vgl. C19 Vo Inso 8.

<sup>98</sup> Vgl. C19 Vo Inso 10 I.

<sup>99</sup> Vgl. C19 Vo Inso 10 II.

den Schuldner bestehen könnten, was die regelmässig bereits knappe Liquidität des Schuldners weiter belasten dürfte.<sup>100</sup> Insofern ist stets genau abzuklären, ob nicht besser zum Vornherein die gewöhnliche (stille) provisorische Nachlassstundung beantragt wird. Eine solche mag zwar etwas komplizierter und wegen der Sachwalterkosten auch etwas teurer sein, und sie läuft auch nicht einfach aus, sondern es muss im Verfahren eine Lösung zwecks Schuldentilgung gefunden werden, ansonsten der Konkurs über den Schuldner eröffnet wird.<sup>101</sup> Im Gegenzug steigen bei einer Geheimhaltung der Stundung die Chancen, den Betrieb mehr oder weniger normal fortführen zu können, was Sanierungen in der Praxis regelmässig begünstigt.<sup>102</sup>

### 3.5 *Behandlung neu eingegangener Verbindlichkeiten in einem anschliessenden Insolvenzverfahren des Schuldners*

Führt der Schuldner seinen Betrieb während der COVID-19-Stundung fort, was dem Regelfall entspricht, ist für die Gläubiger von Interesse, wie ihre *nach* Stundungsbewilligung entstandenen Forderungen während des Verfahrens und in einer allfälligen nachfolgenden Insolvenz des Schuldners behandelt werden. C19 Vo Inso 16 sieht diesbezüglich die gleiche Regelung vor wie bei der Nachlassstundung: Wird ein Sachwalter eingesetzt und stimmt er der Entstehung einer Forderung zu, geniessen solche Forderungen in einem nachfolgenden Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung das Masseprivileg, d.h. sie sind vorab und insbes. vor den gewöhnlichen Konkursforderungen und vor den privilegierten Forderungen zu befriedigen.<sup>103</sup>

Wurde hingegen kein Sachwalter eingesetzt, was bei der COVID-19-Stundung der Normalfall sein soll, haben neue Gläubiger *keine Gewissheit*, dereinst bessergestellt zu sein als übrige Gläubiger, deren Forderungen vor der Bewilligung der COVID-19-Stundung entstanden sind. Dies dürfte die Fortführung des Betriebs während der Stundung erschweren, zumal die meisten Gläubiger für inskünftige Leistungen Sicherheiten oder Vorauskasse verlangen werden. In der gewöhnlichen Nachlassstundung ist dies dann kaum anders, wenn es dem Schuldner nicht gelingt, eine ausreichende Überbrückungsfinanzierung zu organisieren.<sup>104</sup> Dies ist zwar für die COVID-19-Stundung theoretisch ebenfalls möglich, doch werden spezialisierte Überbrückungsinvestoren regelmässig darauf bestehen, dass die provisorische Nachlassstundung durchlaufen wird, zumal diese bei gegebenen Voraussetzungen zunächst geheim durchgeführt werden kann, was den Betrieb schützt.

---

<sup>100</sup> HUNKELER (Fn. 22), SchKG 293c N 11; BAUER THOMAS, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs: Ergänzungsband zur 2. A., Hrsg: Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Basel 2017, SchKG 293c N 7.

<sup>101</sup> Eine solche Lösung kann in der Aufhebung der Nachlassstundung infolge gelungener Sanierung gem. SchKG 296a bestehen oder im Abschluss eines Nachlassvertrages gem. SchKG 305 ff. Zur Konkursöffnung bei erfolglos verlaufener Nachlassstundung vgl. SchKG 296b.

<sup>102</sup> MÜLLER/ WOHL (Fn. 22), III.B.; HUNKELER (Fn. 22), SchKG 293c N 12; UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART (Fn. 56), SchKG 293c N 6.

<sup>103</sup> Vgl. SchKG 310 II; HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J., in: Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG, Hrsg: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik, 4. A., Zürich 2017, SchKG 310 N 10 ff.

<sup>104</sup> Vgl. dazu auch Abschnitt V.2.5.

Rechtlich ist es dem Schuldner zwar erlaubt, während der COVID-19-Stundung neu entstandene Forderungen zu bezahlen, zumal ein Verbot einer Bezahlung von Gläubigerforderungen nur «alte» Forderungen betrifft, mithin solche, die vor Bewilligung der COVID-19-Stundung entstanden sind.<sup>105</sup> Ohne eine Bestellung von Sicherheiten oder ohne Vorkasse können die Gläubiger jedoch nicht sicher sein, dass ihre Forderungen später tatsächlich bezahlt werden. Insbesondere geniessen gem. C19 Vo Inso 16 während der COVID-19-Stundung mit Zustimmung des Sachwalters neu entstandene Forderungen nur «in einem späteren Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung» ein Masseprivileg und gerade nicht bei einem Zustandekommen eines ordentlichen Nachlassvertrags. Das erhöht die Unsicherheit auf Gläubigerseite. Während der COVID-19-Stundung ist für die Gläubiger namentlich regelmässig noch völlig ungewiss, wie eine allfällige spätere Nachlassstundung ausgehen wird. Schliesst der Schuldner mit seinen Gläubigern schlussendlich einen ordentlichen Nachlassvertrag ab, mithin einen Dividendenvergleich oder einen reinen Stundungsvergleich (gem. SchKG 314 bis 316), sollen Gläubiger von «neuen» Forderungen, mithin von solchen, die während der COVID-19-Stundung entstanden sind, gem. Wortlaut der C19 Vo Inso keine bevorzugte Stellung (kein «Masseprivileg») geniessen und insbes. nicht besser gestellt sein als Gläubiger von «alten» Forderungen, d.h. von Forderungen, die vor der Bewilligung der COVID-19-Stundung (oder während der Nachlassstundung ohne Zustimmung des Sachwalters) entstanden sind.

Dies scheint uns ein *Systemfehler* zu sein. Die erwähnte Bestimmung von C19 Vo Inso 16 wurde aus der geltenden Regelung des SchKG 310 II betreffend den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung übernommen.<sup>106</sup> Für den ordentlichen Nachlassvertrag ist eine separate Regelung einer Privilegierung der während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters entstandenen Forderungen grundsätzlich nicht nötig, zumal ein ordentlicher Nachlassvertrag gem. SchKG 306 I 2 ohnehin nur richterlich bestätigt werden darf, wenn grundsätzlich alle während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters entstandenen Forderungen vollumfänglich bezahlt oder sichergestellt sind. Da letztgenannte Bestimmung Forderungen aus einer COVID-19-Stundung nicht erfasst (und auch nicht erfassen kann, weil es solche Forderungen beim Erlass der Bestimmung gar noch nicht gab) und auch C19 Vo Inso 16 keine Privilegierung von während der COVID-19-Stundung entstandenen Forderungen in einem späteren ordentlichen Nachlassvertrag vorsieht, besteht die Gefahr, dass solche Forderungen im Fall eines späteren Zustandekommens eines ordentlichen Nachlassvertrags nicht privilegiert sind.

Angesichts des Zwecks der COVID-19-Stundung, einem Schuldner Schutz vor Betreibungen und Arresten zu bieten, um «sich zu reorganisieren und sich für die Zeit nach der Krise aufzustellen»,<sup>107</sup> handelt es sich wohl um ein Versehen des Ordnungsgebers, dass in C19 Vo Inso 16 keine Klarstellung für den ordentlichen Nachlassvertrag bzw. keine Erwähnung von SchKG 306 I 2 erfolgte. Es dürfte sich gerade nicht um ein qualifiziertes Schweigen handeln, zumal eine Ungleichbehandlung von Gläubigern beim ordentlichen Nachlassvertrag und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung keinen Sinn ergibt. Unseres Erachtens handelt es sich um eine planwidrige Lücke in der Verordnung, welche

---

<sup>105</sup> Vgl. C19 Vo Inso 13 IV sowie Abschnitt VI.3.1.

<sup>106</sup> SchKG 310 II.

<sup>107</sup> Vgl. Ziff. 3.1. der Erläuterungen.

der richterlichen Lückenfüllung zugänglich ist. Basierend auf den Intentionen des Verordnungsgebers sowie unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der COVID-19-Stundung ist C19 Vo Inso 16 u.E. analog auch auf die gerichtliche Bewilligung eines ordentlichen Nachlassvertrags anwendbar. Mithin darf ein ordentlicher Nachlassvertrag u.E. nur genehmigt werden, sofern die während einer COVID-19-Stundung mit Zustimmung eines Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten bezahlt bzw. sichergestellt worden sind. Ob die Gerichte dieser Auslegung folgen werden, erscheint heute allerdings ungewiss, weshalb die Rechtsunsicherheit zu einem höheren Liquiditätsbedarf des Schuldners während der COVID-19-Stundung führen kann (Vorauszahlung an Gläubiger).

### 3.6 *Anpassung von Fristen und sinngemässe Geltung der Bestimmungen über die Insolvenzenschädigung*

Aus Kohärenzgründen werden die Fristen bei der Rangordnung der Gläubiger und bei der Anfechtungsklage angepasst.<sup>108</sup> Schliesslich gelten in Ergänzung von Art. 58 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes dessen Bestimmungen über die Insolvenzenschädigungen bei einer COVID-19-Stundung sinngemäss.<sup>109</sup>

### 3.7 *Dauer*

Gemäss C19 Vo Inso 6 kann die COVID-19-Stundung für eine Dauer von maximal drei Monaten bewilligt werden. C19 Vo Inso 7 I sieht eine einmalige Verlängerungsmöglichkeit um höchstens drei weitere Monate vor.

### 3.8 *Untersuchungsmaxime*

Es gilt die Untersuchungsmaxime, d.h. das Nachlassgericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (ZPO 255 a). Erhält das Gericht einen Hinweis, dass der Schuldner falsche Angaben gemacht hat (z.B. mittels einer entsprechenden Mitteilung durch einen Gläubiger), hat es diesem Hinweis nachzugehen und die Bewilligung der COVID-19-Stundung gegebenenfalls abzulehnen oder post festum zu widerrufen.<sup>110</sup> Handelt der Schuldner der Bestimmung von C19 Vo Inso 13 oder den Weisungen eines allfällig eingesetzten Sachwalters zuwider, kann ihm das Nachlassgericht die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entziehen oder den Konkurs eröffnen. Auch soweit es zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich erscheint, kann der Konkurs von Amtes wegen eröffnet werden.<sup>111</sup>

### 3.9 *Mögliche Einsetzung eines Sachwalters*

Anders als bei der normalen Nachlassstundung soll bei der COVID-19-Stundung in der Regel auf die Einsetzung eines Sachwalters verzichtet werden. In qualifizierten Fällen, z.B. bei grösseren Unternehmen oder bei komplizierten Verhältnissen, kann namentlich zur Unterstützung und Überwachung des Schuldners auch während der COVID-19-Stundung

---

<sup>108</sup> Vgl. C19 Vo Inso 17 f.

<sup>109</sup> Vgl. C19 Vo Inso 19.

<sup>110</sup> Vgl. C19 Vo Inso 7 II.

<sup>111</sup> Vgl. C19 Vo Inso 13 V.

ein Sachwalter bestellt werden.<sup>112</sup> Wird ein solcher eingesetzt, sollen SchKG 5, 8, 10, 11, 14 II sowie 17-19 sinngemäss gelten.<sup>113</sup>

### 3.10 *Rechtsmittel*

Sowohl Schuldner wie auch Gläubiger können den Entscheid des Nachlassgerichts mit Beschwerde anfechten.<sup>114</sup> Der Beschwerde gegen die Bewilligung oder Verlängerung der Stundung kann indessen keine aufschiebende Wirkung erteilt werden.<sup>115</sup> Insoweit ist die COVID-19-Stundung für den Schuldner gegenüber der normalen Nachlassstundung ebenfalls nachteilig, denn gegen den richterlichen Entscheid über die Bewilligung (oder Verlängerung) einer provisorischen Nachlassstundung steht den Gläubigern kein Rechtsmittel zu, soweit nicht die Ernennung des (provisorischen) Sachwalters zur Diskussion steht.

### 3.11 *Gesuch um provisorische Nachlassstundung*

Der Schuldner kann jederzeit ein Gesuch um provisorische Nachlassstundung stellen. C19 Vo Inso 15 sieht vor, dass die maximale Dauer der provisorischen Nachlassstundung im Fall einer richterlichen Bewilligung derselben um die Hälfte der bereits abgelaufenen Dauer der COVID-19-Stundung verkürzt wird.

### 3.12 *Gebühren und Honorare der Organe*

Für die Gebühren und Honorare der Organe, d.h. des Nachlassgerichts und eines allfälligen Sachwalters, gelten GebV SchKG 54 f. sinngemäss.<sup>116</sup>

## 4. Würdigung

Es ist unbestritten, dass wegen der drohenden Zunahme von Insolvenzen zufolge der Coronakrise eine Möglichkeit geschaffen werden musste, v.a. KMU sowie Einzelunternehmer rasch und unkompliziert vor der Zwangsvollstreckung und Konkureröffnung zu schützen. Wir finden es aber problematisch, für eine befristete Zeit basierend auf Notrecht ein neues Stundungsverfahren einzuführen. Die fehlende Praxis für alle Beteiligten, Auslegungsschwierigkeiten und damit einhergehend die Gefährdung der Rechtssicherheit stellen Risiken dar, welche u.E. die Vorteile der verabschiedeten Regelung zumindest teilweise fraglich erscheinen lassen.

Gesetzestechisch und praktisch wäre es wohl einfacher gewesen, in Anlehnung an den Rechtsstillstand für schwerkranke Schuldner (vgl. SchKG 61) einen neuen, zeitlich befristeten Tatbestand eines Rechtsstillstands für solche KMU zu schaffen, die per 31. Dezember 2019 nicht überschuldet waren oder über die Überschuldung deckende Rangrücktritte verfügten. Dem für die Bewilligung zuständigen Nachlassgericht hätte die Möglichkeit eingeräumt werden können, allfällige sichernde Massnahmen anzuordnen. Damit hätte der Hauptzweck der COVID-19-Stundung, ein grundsätzlicher

---

<sup>112</sup> Vgl. C19 Vo Inso 9 I und II sowie C19 Vo Inso 13 II.

<sup>113</sup> Vgl. Ziff. 3.5 der Erläuterungen.

<sup>114</sup> Vgl. C19 Vo Inso 14 I.

<sup>115</sup> Vgl. C19 Vo Inso 14 II.

<sup>116</sup> Vgl. C19 Vo Inso 20.

Zwangsvollstreckungsstopp zu Gunsten des Schuldners unter Wahrung der Gläubigerrechte, ebenfalls erreicht werden können.

Die Gefahr, dass Gläubiger eines sich in COVID-19-Stundung befindlichen Schuldners Vorauszahlung verlangen werden und beispielsweise Banken bestehende Kreditlimiten kürzen, nachdem sie zwingend (und qualifiziert) über das Verfahren orientiert werden müssen, dürfte das Institut der COVID-19-Stundung zusätzlich schwächen. Dasselbe gilt für den Umstand, dass Gläubiger von unbezahlten Forderungen, welche während der COVID-19-Stundung mit Zustimmung eines Sachwalters entstanden sind, bei einem späteren ordentlichen Nachlassvertrag nicht sicher Besserstellung gegenüber Gläubigern von anderen (während oder vor der COVID-19-Stundung entstandenen) Forderungen beanspruchen können. Nicht unproblematisch erscheint auch, dass ein Schuldner das bis zu sechs Monate dauernde Verfahren regelmässig allein, d.h. ohne Unterstützung und Aufsicht eines Sachwalters, durchlaufen soll und er somit letztlich beispielsweise alleine darüber entscheidet, welche Gläubiger er bezahlt und welche nicht.

Als effektives Sanierungsverfahren eignet sich die COVID-19-Stundung nur bedingt – etwas anderes war freilich auch nie ihr Anspruch. So finden nach dem Gesagten insbes. auch die Bestimmungen von SchKG 297a betreffend die vereinfachte Auflösung von Dauerschuldverhältnissen sowie OR 333b im Zusammenhang mit den Erleichterungen von Betriebsübergängen bei Insolvenz keine Anwendung. Jeder Schuldner ist deshalb gut beraten, die Vor- und Nachteile der COVID-19-Stundung gegenüber der gewöhnlichen Nachlassstundung abzuwägen.

Weil während der COVID-19-Stundung sämtliche laufenden Löhne der Arbeitnehmer und die vollen BVG-Beiträge bezahlt werden müssen, ist es während der COVID-19-Stundung im Gegensatz zum normalen Nachlassverfahren auch nicht möglich, Arbeitnehmer freizustellen und deren Lohnkosten liquiditätsmässig einzusparen. Mit Bewilligung der provisorischen Stundung können hingegen sofort Überkapazitäten beim Personal abgebaut werden, um die Liquidität während der Stundung effizienter einzusetzen. So können auch allfällige gerichtlich zu bewilligende Betriebsübertragungen besser vorbereitet werden. Solche dürften während der COVID-19-Stundung kaum praktikabel sein; die Nichtanwendbarkeit von OR 333b führt dazu, dass ein Betriebsübernehmer erhebliche Haftungsrisiken auch gegenüber solchen Arbeitnehmern eingehen würde, die er gar nicht übernehmen möchte (vgl. OR 333 III).

Nach dem Gesagten dürfte die COVID-19-Stundung v.a. dort zur Anwendung gelangen, wo eine reine Stundung von Forderungen gewünscht ist *und* die Bekanntmachung der Stundung für den Schuldner keine allzu negativen Folgen hat. Für solche Fälle ist die COVID-19-Stundung sicher geeignet und hilfreich. In den meisten anderen Fällen dürfte die Nachlassstundung die bessere Option sein.