



Direktion für Inneres und Justiz

Münstergasse 2
Postfach
3000 Bern 8
+41 31 633 76 76
dij@be.ch
www.be.ch/dij

Öffentliche Konsultation «Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen»: Stellungnahme Kanton Bern

Vorbemerkungen

Die Erfahrung der Konkursämter zeigt, dass in vielen Fällen, in denen KMUs schlussendlich in Konkursen landen, die Verhältnisse nicht so einfach sind, wie sie im Gutachten dargestellt werden. Oft fehlt es gerade in Kleinstbetrieben an seriös geführter Buchhaltung und Organisation. Ob diese in der Lage sein werden, sich im Rahmen eines besonderen COVID-19-Nachlasses ausreichend neu zu organisieren, muss bezweifelt werden.

Zu den Fragen

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Ja. Es besteht klarer Handlungsbedarf, damit eine unnötige Welle von Konkursen und damit nachhaltige Schäden in der Wirtschaft vermieden werden können.

Der Kanton Bern hält es aber auch für wichtig, dass — wie in Kapitel 2.14 der Konsultationsbeilage 3 vorgeschlagen — die Bestimmungen zur Insolvenzenschädigung gemäss Artikel 58 AVIG auch für die COVID-19-Notstundung gelten. Damit kann sichergestellt werden, dass betroffene Arbeitnehmende durch die Arbeitslosenstellen eine adäquate Unterstützung erhalten.

Bund und Kantone haben sich bereits grosszügig gezeigt im Zusammenhang mit Stundungen von Steuern und Gebühren. Mit dem Nachlassrecht wird vieles an Bedürfnissen bereits abgedeckt. Auch im Rahmen von Konkursverfahren sind durchaus „Sanierungen“ möglich. Das Konkursverfahren wird in der Regel rascher abgewickelt als ein Nachlass. Übertragungen beispielsweise an Auffanggesellschaften sind auch im Konkurs im Rahmen von Notverkäufen bei gewissen Voraussetzungen möglich. Gleiches gilt für Kündigungen von Dauerschuldverhältnissen. Will eine Unternehmung also eine Art Neustart wagen, bietet der Konkurs gegenüber dem Nachlass gewisse Vorteile, insbesondere ist das Konkursverfahren wesentlich kostengünstiger als der Nachlass.

Nichtsdestotrotz ist das Instrument einer speziellen COVID-19-Stundung als zusätzliche Möglichkeit zu begrüssen. Aus Sicht der Betreibungs- und Konkursämter ist ein Handlungsbedarf grundsätzlich erkennbar, die Risiken des Missbrauchs, insbesondere im Falle einer Ausgestaltung nach dem Gutachten, sind aber gegenüber dem Nutzen ebenfalls zu berücksichtigen.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Der Kanton Bern stimmt dem Vorschlag zu. Es stellt sich die Frage, wie im Hinblick auf die Frage 3 ein Vorgehen beispielsweise von Einzelfirmen, die bewusst nicht von den Ausführungen zu Art. 725 Abs. 2 OR betroffen sind, festgelegt werden kann.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Anpassungen Nachlassrecht

Ziff. 1.1: Unter der Annahme, dass diese Anpassungen nur temporär sind, erscheint der erleichterte Zugang zu einer Nachlassstundung als sinnvoll. Eine Konkursöffnung nach Einreichung des Gesuches soll vermieden werden. Entsprechend können die Nachlassgerichte rascher über die Stundung entscheiden. Es wird hier jedoch nicht abgegrenzt, ob das Gesuch infolge von COVID-19 notwendig geworden ist oder nicht. Die Erleichterung sollte jedoch zur Vermeidung von Missbräuchen nur für solche Fälle gelten. Eine Anpassung des Nachlassrechts birgt das Risiko, dass Arbeit unnötigerweise teuren Sachwaltern zugewiesen wird, was Gelder verschlingt, die anders besser für die Gesamtwirtschaft verwendet werden können.

Ziff. 1.2: Auch die verlängerte Frist nach Art. 293a Abs. 2 SchKG dürfte nur für Schuldner gelten, welche infolge von COVID-19 sich zu einer Stundung gezwungen sahen.

Einführung COVID-19-Stundung

Der Kanton Bern sieht in der COVID-19-Stundung ein für die Unterstützung der Schuldner gangbares Instrument. Nicht vernachlässigt werden dürfen bei der Entscheidung über die Einführung dieses Instruments gegenüber der Aktivierung der Notstundung aber, dass nicht nur die Rechte der Schuldner, sondern insbesondere auch die Rechte der Gläubiger betroffen sind.

In der Notstundung wird spätestens bei der Bewilligung die Aufnahme eines Güterverzeichnisses angeordnet. Es wird also behördlich festgestellt, was zu Beginn des Verfahrens vorhanden ist. Zudem können die Gläubiger ihre Guthaben gegenüber dem Schuldner zumindest bis zur Pfändung (bzw. Konkursandrohung) auf dem Betreibungsweg geltend machen. Die Gläubigerrechte werden auch mit behördlicher Hilfe gewahrt. Schliesslich kommen auch die Sicherungsmassnahmen des Arrestes und der Retention bei Bedarf zum Einsatz. Im Gegenzug dazu ist die COVID-19-Stundung vor allem auf die Unterstützung des Schuldners ausgerichtet. Betreibungen sollen gar nicht möglich sein, ausgeschlossen werden sollen auch der Arrest und die Retention. Eine verbindliche Darstellung, was zu Beginn des Verfahrens an Vermögenswerten vorhanden ist, ist auch nicht vorgesehen. Das alles schwächt die Position des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, der sich im Normalfall selbstständig und ohne Sachwalterunterstützung soll organisieren können.

Wird dieser Problematik ausreichend Beachtung geschenkt und kommt der Bundesrat zum Schluss, die COVID-19-Stundung sei der für alle Parteien bessere Weg als die Notstundung, sollten folgende Fragen und Themenkreise vorgängig geklärt werden.

a) Welches sollen die genauen Hürden für eine COVID-19-Stundung sein? Die finanzielle Situation per 31.12.2019 ist sicher ein guter Ansatz. Auch der Überlegung, die Unternehmensführung müsse die zukünftigen Szenarien erklären können, ist zuzustimmen. Wenn das gesamte Verfahren inkl. Gesuch vereinfacht werden soll, **so regen wir an, auch durch den Nachlassrichter zu prüfende – und darum mit dem Gesuch einzureichende – Unterlagen (Jahresabschluss, Betreibungsregistrauszug etc.) festzulegen**, damit auch die Nachlassgerichte die Gesuche effizient abarbeiten können.

b) Wenn das Verfahren zur COVID-19-Stundung ein einfaches Verfahren sein soll und die Verhältnisse selbst nach Annahme des Gutachters in den allermeisten Fällen übersichtlich sind, sollte bei der COVID-19-Stundung vom Grundsatz her auf die Bestellung eines Sachwalters verzichtet werden. Der wirtschaftliche Fortbestand einer KMU hängt auch in normalen Zeiten wesentlich von den Fähigkeiten der Führung ab, Herausforderungen rechtzeitig zu erkennen, einen Überblick über Guthaben und Verbindlichkeiten zu behalten und das Unternehmen aktiv zu führen. Nur wer in normalen Zeiten dazu in der Lage ist, wird langfristig auf dem Markt bestehen. Wer dazu aber in normalen Zeiten in der Lage ist, dem muss auch zugemutet werden können, die anfallenden Aufgaben während der Stundung ohne teure fremde Hilfe so wahrzunehmen, dass eine selbstständige Rückkehr in den üblichen Betriebsmodus nach der COVID-19-Stundung in Verbindung mit den übrigen COVID-19-Massnahmen möglich ist. **Der Beizug eines Sachwalters ist auf klar zu definierende Fälle zu beschränken.** Ist die Eigentümerschaft einer KMU nicht in der Lage, mit allen Massnahmen auf die Beine zu kommen, so befindet sie sich genau in der Situation, die nach einem normalen Nachlassverfahren oder einer Konkursöffnung ruft.

c) Falls der Beizug von Sachwaltern beabsichtigt ist, stellt sich die Frage nach den Kosten, für die nach dem Vorschlag die öffentliche Hand und damit die Steuerzahler vollumfänglich aufkommen sollen, ohne auch nur einen Anhaltspunkt hinsichtlich des Kostenumfanges zu haben.

Systembedingt beziehen Sachwalter und Liquidatoren für ihre Arbeit im Rahmen von Nachlassverfahren oft hohe Honorare. Die von ihnen begleiteten oder selbst ausgeführten Arbeiten unterscheiden sich nicht von Handlungen der Konkursämter zu Betriebsübernahmen, Verwertungen und Verteilungen. Wo Unternehmen in einem normalen wirtschaftlichen Umfeld eine gewisse Wahl haben und sich bewusst für das teure Nachlassverfahren entscheiden können, haben sie das in der aktuellen Situation weniger bis gar nicht.

Wir stimmen mit dem Gutachten überein, wonach es sich in den meisten Fällen um überschaubare Verfahren handeln, in denen entsprechend unseren Ausführungen zu b) kein Sachwalter nötig ist. **Wir regen daher an, für den COVID-19-Nachlass die Kosten auf die Kostenstruktur, die in Konkursverfahren gilt, zu beschränken und Art. 55 GebV SchKG für COVID-19-Stundungen als nicht anwendbar zu erklären.** So könnte für die überschaubaren Verfahren ein fairer und den Rahmenbedingungen angemessener Kostenrahmen bestimmt werden.

Nebeneffekt: Die Konkursämter stellen sich auf eine Flut an Konkursverfahren ein. Sie sind mit der Aufnahme von Inventaren, mit Verhandlungen mit Gläubigern und Partnern der Schuldner aus ihrer täglichen Arbeit vertraut. Sie könnten das System allenfalls im Rahmen der Übernahme von Sachwaltermandaten entlasten, zumal der Gutachter selbst ausführt, es würde an ausreichend qualifizierten Sachwaltern fehlen.

d) In begründeten Fällen soll auf die öffentliche Bekanntmachung der COVID-19-Stundung verzichtet werden. Demensprechend soll Art. 293c Abs. 2 Bst. a-c SchKG sinngemäss gelten. Gemäss Art. 293c Abs. 2 Bst. a SchKG entfällt somit die Mitteilung an die Ämter. Demnach würde eine Mitteilung an das Betreibungsamt ausbleiben. **In Anbetracht der möglichen Vielzahl an Verfahren wäre es zwingend, das Betreibungsamt in jedem Fall zu avisieren.** Ansonsten besteht die Gefahr, dass ungültige Betreibungshandlungen (vgl. Ziff. 2.7, Beilage 3) vorgenommen werden. Daraus entstehen administrative Mehraufwände, die es zu vermeiden gilt.

Bemerkungen zur Notstundung:

Die Notstundung ist bezüglich Schuldner- und Gläubigerrechte ausgewogener ausgestaltet als die mögliche COVID-19-Stundung. So können die Gläubiger ihre Rechte auf dem Wege der Zwangsvollstreckung in Anwendung von Art. 343 SchKG zumindest sichern. Unzweifelhaft würden die Gerichte und auch die Betreibungsämter (Aufnahme Güterverzeichnis, Art. 341 SchKG) stärker beansprucht. Weiter stünde nach aktueller Rechtslage die Notstundung allen Schuldnern offen. Allenfalls wäre der Kreis der legitimierten Schuldner entsprechend auf KMU einzugrenzen. Eine Verkürzung oder gar ein Verzicht der

„Sperrfrist“ nach Art. 349 Abs. 2 SchKG zumindest für eine nachgelagerte Nachlassstundung wäre denkbar. In Bezug auf die Haftungsgründe kann Rechtssicherheit geschaffen werden, indem eine entsprechende Regelung ebenfalls verordnet wird (vgl. Ausführungen zu Gutachten Lorandi, Rz. 99).

Weitere Bemerkungen

Die Beilage 3 enthält ein paar Bestimmungen, die sich negativ auf die Wirtschaft auswirken können. So soll die Stundung gemäss den Ziffern 2.6 und 2.7 von Beilage 3 sämtliche Forderungen gegen den Schuldner umfassen, welche vor der Bewilligung der Stundung bzw. bis zum 30. Mai 2020 entstanden sind. Damit wird das Problem der fehlenden Gelder von denjenigen Unternehmen, die sich für eine COVID-19-Stundung entscheiden, auf ihre Gläubiger abgewälzt. Diese können ihre schon vor den COVID-19-Massnahmen bestehenden und allenfalls schon fälligen Guthaben bei ihren Kundinnen und Kunden über etliche Monate nicht eintreiben. Das wiederum birgt die hohe Gefahr, dass auch diese Gläubiger noch mehr in finanzielle Engpässe geraten und dass eine COVID-19-Stundungs-Lawine losgetreten wird. Im Endergebnis würde in Bezug auf KMU faktisch nichts anderes als ein verschärfter Rechtsstillstand auf unbestimmte Zeit geschaffen. Es sollen selbst die minimalsten Rechte der Gläubiger zur Sicherung ihrer Guthaben, beispielsweise der Arrest, ausgeschlossen werden, die im Rahmen des Rechtsstillstandes den Gläubigern immerhin noch zur Verfügung stehen. Es müssten darum mindestens Szenarien bedacht werden, wie eine solche Spirale im Falle ihres Eintreffens durchbrochen werden soll. **Für Schulden, welche bereits vor den zweifellos einschneidenden Massnahmen des Bundes bestanden, sollten die Wirkungen der COVID-19-Stundung nicht zur Anwendung kommen.** Somit stünde den Gläubigern zumindest für diese Forderungen der Weg der Zwangsvollstreckung offen. Eine solche zeitliche Einschränkung dürfte einem allfälligen Missbrauch entgegenwirken.

Ziffer 3.2 der Beilage 3 schliesst die paulianische Anfechtung von Handlungen in Bezug auf die Verwendung von Geldmitteln, welche der Schuldner unter der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erlangt hat, aus. Die Geldmittel werden in der Regel durch Gutschrift auf einem Konto des Schuldners zur Verfügung gestellt. Damit vermischen sich die Geldmittel mit den übrigen auf dem Konto befindlichen und inskünftig hinzukommenden Geldern. Die in Ziffer 3.2 der Beilage 3 vorgesehene Bestimmung führt faktisch dazu, dass die paulianischen Anfechtungsmöglichkeiten in einem nachfolgenden Konkursverfahren ausgehebelt werden. Durch die Vermischung der Gelder kann nie bestimmt werden, welche Gelder für die entsprechende Handlung verwendet worden sind. **Hier müsste eine Klärung erfolgen, ansonsten paulianische Anfechtungsbestrebungen zu Gunsten der Gläubiger im Keim erstickt werden.**



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 80 54
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz

per E-Mail an:
michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch

Basel, 3. April 2020

Regierungsratsbeschluss vom 8. April 2020

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. April 2020 haben Sie uns über die KKJPD die Unterlagen der öffentlichen Konsultation zur weiteren Massnahmen zu Gunsten von Unternehmen, die von der Corona-Pandemie betroffen sind, zukommen lassen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und beantworten Ihnen nachstehend die gestellten Fragen.

Für allfällige künftige Konsultationen in dieser ausserordentlichen Lage regen wir an, dass die Kantone zusätzlich direkt elektronisch über den üblichen Weg mit den Unterlagen bedient werden.

1. Zum Grundsatz

Wir sehen Handlungsbedarf und begrüssen eine Anschlusslösung an den angeordneten befristeten Rechtsstillstand und die daran anschliessenden Betreibungsferien, die bis am 19. April 2020 dauern.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung

Die vorgeschlagene befristete Aussetzung der Pflichten des Verwaltungsrates erscheint uns kohärent und in sich schlüssig.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht

Unter der Zielsetzung, dass für eine Vielzahl von Unternehmen eine möglichst administrativ schlanke Lösung geschaffen werden soll, ist die temporäre Einführung einer «Nachlassstundung light» (sog. COVID-19-Stundung) zu begrüssen und erscheint auch geeignet, die gewünschte Wirkung zu erzielen. Es geht darum weitere Zeit zu gewinnen, in der die Unternehmen sich auf

die veränderte Situation einstellen können. Dennoch ist zu bedenken, dass durch die gewollt grosszügige Lösung auch ein ungewollter Kollateralschaden entstehen könnte. Dieser muss aus volkswirtschaftlichen Gründen möglichst klein gehalten werden. Der Verzicht auf die Vorlegung eines provisorischen Sanierungsplans bei der Gesuchstellung des Schuldners, wie der Verzicht des generellen Beizugs eines Sachwalters ist in der vorliegenden Situation bei Einzelunternehmen und KMU plausibel und notwendig, um die Zielsetzung zu erfüllen. Dies erscheint uns bei Unternehmen mit ca. 200 Vollzeitstellen nicht so offensichtlich bzw. das Potential die Gläubiger schädigen zu können, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Stundung nicht zum Ziel geführt hat und sich das Unternehmen nicht erholt, da vorgängig keine objektive Beurteilung durch einen Sachwalter stattgefunden hat, ist ungleich höher wie bei Einzelunternehmen. Daher sind die Massnahmen laufend zu prüfen, um notfalls Korrekturen anzubringen. Zudem wird bei den mit diesen Covid-19-Stundungen befassten kantonalen Gerichten ein erheblicher Mehraufwand entstehen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Antworten.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Elisabeth Ackermann
Präsidentin



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



DDE - SG
Case postale 3962
1211 Genève 3

Office fédéral de la justice (OFJ)
Département fédéral de justice et police
(DFJP)

Genève, le 3 avril 2020

Réponse de la République et canton de Genève à la consultation publique: *devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite*

- **Remarques générales**

Nous saluons le fait, d'une part, que les mesures proposées le soient en complément des aides transitoires apportées aux entreprises et des indemnités délivrées aux dirigeants de ces mêmes entreprises et, d'autre part, qu'elles le soient par le truchement d'exigences légales et administratives simplifiées. Nous constatons ainsi que ces mesures visent spécifiquement les besoins liés à la crise Covid-19, en conservant la ligne prévalant à ce jour et qui dispose qu'elles ne sont destinées qu'à corriger une situation générée par la pandémie et non préexistante à cette dernière. Nous relevons par ailleurs que les organes des sociétés sont maintenus dans la responsabilité qui est la leur tant au niveau de l'appréciation de la situation effective de l'entreprise (bilan d'exploitation, capacité d'assainissement à moyen terme) que de l'obligation de requérir les mesures que la réalité imposerait (demande de sursis Covid-19 ou concordataire).

- **Suspension partielle de l'art 725, al. 1 CO**

Il nous apparaît qu'une possible mécompréhension pourrait découler du texte proposé pour la modification de l'art. 725 al.1 CO qui mentionne in fine "lorsqu'il existe une perspective raisonnable de remédier au surendettement, dans un délai de 6 mois suivant la fin des mesures selon la section 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020¹ uniquement". Etant entendu que le texte ne spécifie pas à quel type de surendettement l'article fait allusion, nous estimons qu'une confusion pourrait exister entre la référence au surendettement généré par le confinement Covid-19 et le surendettement créé par l'apport de capitaux étrangers sous la forme de prêts cautionnés par la Confédération. Or, si le premier devrait bénéficier de six mois pour être assaini, le second pourrait quant à lui compter sur un délai de non prise en compte au titre de capitaux de tiers prévu à l'échéance maximale du 31 mars 2022. Afin d'éviter une possible confusion liée à la rédaction telle que proposée actuellement, nous suggérons que le texte du projet d'article de l'ordonnance modifiant l'art. 725 CO al. 1 soit amendé dans le sens suivant : "

¹ Si le débiteur n'était pas surendetté au 31 décembre 2019, il peut être renoncé à l'avis au juge conformément à l'article 725 alinéa 2 CO¹, lorsqu'il existe une perspective raisonnable de remédier au surendettement **non lié à l'octroi d'un cautionnement solidaire au sens de l'art 3 de l'Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 du 25 mars 2020**, dans un délai de 6 mois suivant la fin des mesures selon la section 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020².

- **Délai de carence pour ouverture de la faillite**

Sachant que la fin du confinement est pour l'heure prévue pour le 19 avril 2020 et que le délai de carence pour demander une mise en faillite est quant à lui fixé au 31 mai 2020, nous estimons que cette période ne suffira pas d'une part, à ce que l'appareil judiciaire instruisse une nouvelle requête de prononcé de faillite et la notifie formellement au débiteur potentiel et, d'autre part, au débiteur de déposer une demande de sursis Covid-19 en toute connaissance de sa situation financière et des capacités d'assainissement effectives. Partant, il nous apparaît que le délai de carence devrait être fixé au 30 juin 2020 ou, ad minima, porter échéance à deux mois après la fin du confinement.

- **Montant maximal du cautionnement solidaire au sens de l'art 3 de l'Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 du 25 mars 2020**

En lien avec les éléments inhérents à la présente consultation, nous relevons que les pertes causées aux entreprises sont présentement évaluées à hauteur des effets négatifs sur le chiffre d'affaires générés par la pandémie depuis le début 2020, y compris la durée du confinement, soit à environ deux mois de chiffre d'affaires. Si l'on y ajoute un nouvel endettement potentiel équivalant à 10% maximum du chiffres d'affaires selon les règles d'octroi des prêts cautionnés par la Confédération, nous sommes amenés à ajouter l'équivalent d'un mois au manco considéré. Quand bien même les entreprises peuvent dans certains cas compter sur quelques fonds propres pour mitiger l'impact de ces pertes et les affecter à leurs coûts de fonctionnement, il nous semble que le montant maximal d'aide transitoire garanti par la Confédération devrait s'approcher au plus près du manco considéré. En ce sens, l'aide transitoire à laquelle les entreprises pourraient souscrire auprès des banques de la place devrait à notre sens plutôt correspondre à maximum 25% du chiffres d'affaires (en lieu et place des maximums 10% actuels).

Von: Arpad.Baranyi@gl.ch
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: Andrea.Bettiga@gl.ch; info@kkjpd.ch
Betreff: STN Kt. GL 03.04.2020 Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen
Datum: Freitag, 3. April 2020 11:05:47
Anlagen: [image002.png](#)

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf die untenstehende Mailkorrespondenz lasse ich Ihnen im Auftrag von Landammann Andrea Bettiga nachfolgende Rückmeldung zu den gestellten Fragen zukommen:

Frage 1: Der notrechtliche Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht wird bejaht. Der Kanton Glarus verzeichnete im letzten Jahr bereits eine Verdoppelung des langjährigen Konkursdurchschnitts. Aufgrund der gegenwärtigen Lage droht eine Konkurswelle, von der eine Vielzahl von Unternehmen, auch Traditionsbetriebe, erfasst werden könnten. Dem ist unbedingt und entschieden entgegen zu wirken.

Frage 2: Die teilweise Aussetzung von Art. 725 Abs. 2 OR für die vorgeschlagene Dauer von sechs Monaten ist eine zweckdienliche und einfache Massnahme, um den Unternehmen etwas Luft und Zeit zu verschaffen.

Frage 3: Der Vorschlag ist begründet und wird sehr begrüsst. Die Einführung der vereinfachten COVID-19-Stundung als neues, massgeschneidertes Sanierungsinstrument dürfte zahlreichen KMU das Überleben ermöglichen. Dem Verzicht auf die Ausrufung der Notstundung als wohl überholtes und in der gegenwärtigen Lage nicht sachdienliches Instrument wird beigeplant.

Freundliche Grüsse

Arpad Baranyi, Departementssekretär

Von: [Hunger Regula](#)
An: [Schöll Michael BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#)
Cc: [Peyer Peter](#); [Hartmann Claudia \(DJSG\)](#)
Betreff: STN Kt. GR 03.04.2020 Öffentliche Konsultation: Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens
Datum: Freitag, 3. April 2020 15:54:28

Guten Tag

Besten Dank für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Aufgrund der sehr kurzen Frist ist es uns leider nicht möglich, eine seriöse Antwort zu geben, weshalb wir auf eine Stellungnahme verzichten.

Freundliche Grüsse
Regula Hunger

Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit Graubünden
Departement da giustia, segirezza e sanadad Grischun
Dipartimento di giustizia, sicurezza e sanità Grigioni

RA Dr. Regula Hunger
Departementssekretärin Justiz und Sicherheit
Hofgraben 5, 7001 Chur
Tel.: +41 81 257 25 11
regula.hunger@djsg.gr.ch
www.djsg.gr.ch



Von: [Paupe Véronique](#)
An: [Schöll Michael BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#); [Rüetschi David BJ](#)
Cc: info@kkjpd.ch
Betreff: STN Kt. JU 03.04.2020 Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen
Datum: Freitag, 3. April 2020 08:56:54
Anlagen: [image002.png](#)
[image003.png](#)
[image004.png](#)
[image005.png](#)
[image006.png](#)
[image007.png](#)

Mesdames, Messieurs,

Dans les délais très brefs à disposition, notre Canton a mené une brève analyse des documents soumis, au terme de laquelle il se positionne comme suit, en réponse aux trois questions posées :

1. **Sur le principe :** Voyez-vous un besoin d'intervention basé sur le droit de nécessité en matière de droit des sociétés et de droit des poursuites ?

- *Oui.*
2. **En ce qui concerne la proposition en cas de surendettement imminent :** Comment évaluez-vous la proposition de suspendre partiellement les obligations découlant de l'article 725, alinéa 2 du Code des obligations pour la durée des mesures prévues à l'article 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 ? ([Annexe 2](#))

- *Cette proposition de suspension nous paraît nécessaire et cohérente.*
3. **En ce qui concerne la proposition en droit des poursuites :** Comment évaluez-vous la proposition visant à modifier la procédure concordataire dans la LP et à introduire une procédure simplifiée d'ajournement pour les PME ? (Annexes 3 et 4)

- *Proposition 1 relative au contrat concordataire : nous sommes d'accord.*

- *Proposition 2 relative à l'instauration d'un nouveau sursis COVID-19 : nous sommes également d'accord.*

- *Pour les deux aspects, il nous semble important de rendre la matière compréhensible pour les personnes qui ne sont pas versées dans le domaine.*

Nous vous remercions de nous avoir consultés à ce propos et saluons les efforts entrepris par l'Administration fédérale dans le but de soutenir l'économie dans la crise actuelle.

Veuillez croire, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de notre parfaite considération.

Nathalie Barthoulot
Ministre de l'intérieur

Département de l'intérieur

Véronique Paupe

Secrétaire de ministre

Capucins 20

CH-2800 Delémont

T +41 32 420 5103

veronique.paupe@jura.ch





Kantonsgericht
Geschäftsleitung
Hirschengraben 16
Postfach 3569
6002 Luzern
Telefon 041 228 62 00
www.gerichte.lu.ch
Postkonto 60-806-3

Per Mail

Justiz- und Sicherheitsdepartement
Simone Colombo
Wissenschaftliche Mitarbeiterin
Bahnhofstrasse 15
Postfach 3768
6002 Luzern

Luzern, 3. April 2020

VN 20 6: Vernehmlassungsverfahren zur Konsultation Stärkung der Krisen-
resistenz der Unternehmen

Sehr geehrte Frau Colombo
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zum obgenannten Geschäft Stellung nehmen zu können

Die vom Bundesamt für Justiz unterbreiteten Fragen können wir nach einer summarischen Überprüfung der zur Verfügung stehenden Unterlagen wie folgt beantworten:

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Es ist zu befürchten, dass viele Gesellschaften infolge der COVID-19-Massnahmen trotz der bundesrätlichen Unterstützungsmassnahmen in absehbarer Zeit in finanzielle Schwierigkeiten geraten werden. Grundsätzlich besteht somit Handlungsbedarf sowohl im Gesellschafts- als auch im Betreibungsrecht. Mit den neu vorgesehenen Massnahmen im Gesellschafts- und Betreibungsrecht lassen sich Konkurse möglicherweise zumindest teilweise verhindern. Zudem sind die Massnahmen als Ersatz für den Rechtsstillstand gedacht. Wir erachten die Notwendigkeit für den Erlass notrechtlicher Massnahmen für gegeben und begrüssen den Vorschlag des Bundesamtes für Justiz.

Die Regeln über die Notstundung (Art. 337 ff. SchKG) erachten wir als ungeeignet.

2. Zum Vorschlag zur drohenden Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Mit dem Vorschlag (Beilage 2) wird der aktuell sehr speziellen wirtschaftlichen Situation Rechnung getragen. Er gibt jedoch zu folgenden Bemerkungen Anlass:

- Anstelle 3. Abschnitt müsste es wohl 3. Kapitel heissen.
- Unklar ist, was mit der Formulierung "nach Ende der Massnahmen ..." gemeint ist. Gemäss Kommentar muss das Ende der Massnahmen nicht zwingend die vollständige Aufhebung der Verordnung sein, sondern es ist auch eine schrittweise Aufhebung denkbar (Beilage 2 S. 2). Für eine klare Verpflichtung des Verwaltungsrates zur Prognosestellung und im Hinblick auf später in Frage stehende Verantwortlichkeiten sollte im Verordnungstext konkretisiert werden, was mit "Ende der Massnahmen" gemeint ist.
- Entfallen der Revisionspflicht: Sofern grössere Unternehmen (mit vielen Mitarbeitenden) trotz der vorgesehenen Erleichterungen entscheiden, dass sie die Bilanz deponieren müssen, wäre daran festzuhalten, dass die Unternehmen dem Gericht eine revidierte Zwischenbilanz einreichen müssen. Bei grösseren Unternehmen geht es um viel, meistens ist noch genügend finanzielle Mittel für eine Revision vorhanden und – da die Gerichte die Bilanzwahrheit bei grossen, komplexeren Fällen kaum selber kontrollieren können – braucht es die Kontrolle des Revisors.
- Wegfallen der Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts, wenn begründete Aussicht auf eine nachträgliche Beseitigung der Überschuldung besteht: Der Verordnungstext sieht eine zeitliche Begrenzung vor. Danach muss Aussicht bestehen, dass die Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt (recte wohl 3. Kapitel) der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann. Eine klare zeitliche Begrenzung erscheint sinnvoll, wobei sich nicht abschätzen lässt, ob sechs Monate ausreichen werden.

Es ist nicht ersichtlich, ob mit der zeitlichen Beschränkung Art. 12 Abs. 3 der COVID-19-Verordnung vom 13. März 2020 gemeint ist. Nach dieser Bestimmung könnten die Massnahmen längstens während sechs Monaten seit Inkrafttreten der Verordnung dauern, d.h. bis 13. September 2020. Unklar ist folglich, ob der Verordnungstext so zu verstehen ist, dass das Wegfallen der Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts somit längstens bis sechs Monate nach dem 13. September 2020 dauern würde.

- Aus Sicht der Gerichte und Justizbehörden ist trotz dieser Massnahme mit einer erheblichen Zunahme der Geschäftslast in den nächsten Monaten zu rechnen. Wird die Massnahme umgesetzt, ist zudem mit gewisser zeitlicher Verzögerung mit einer Zunahme der Verantwortlichkeits- und Strafverfahren im Zusammenhang mit dem Vorwurf, der Verwaltungsrat habe zu Unrecht das Vorliegen einer "begründeten Aussicht" bejaht, zu rechnen.

3. Zum Vorschlag einer Anpassung im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Der Vorschlag (Beilage 3), das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen, wird grundsätzlich als sinnvoll erachtet, gibt jedoch zu folgenden Bemerkungen Anlass:

- Im Gutachten Lorandi wird empfohlen, die Kosten für die COVID-19-Stundung den Bund tragen zu lassen. Im Vorlagentext ist diesbezüglich nichts festgehalten. Unklar ist damit, ob die gesuchstellende Partei diese Kosten zu tragen hat.
- Aufgrund des Vorlagentextes ist davon auszugehen, dass auch für dieses spezielle Stundungsverfahren Art. 54 f. GebV SchKG gelten. Wenn dem so ist, sollte dies in der Verordnung explizit erwähnt werden (Legalitätsprinzip).
- Sofern es sich um ein kostenloses Verfahren handelt, ist sicherzustellen, dass die Kosten nicht auf den Kanton (Gerichte) abgewälzt werden, sondern vom Bund zu tragen sind.
- Im Gutachten Lorandi (Rz. 84 und 95) wird vorgeschlagen, dass die COVID-19-Stundung ohne richterliche Prüfung und ohne Entscheid des Gerichts ausläuft. Aus dem Vorlagentext geht dies indes nicht klar hervor. Eine explizite Regelung wäre zu begrüssen.
- Da es sich um eine Notmassnahme handelt, sind die Rechtsmittelmöglichkeiten gegen die Gewährung einer COVID-19-Stundung einzuschränken. So schlägt Prof. Lorandi die analoge Anwendung von Art. 293d SchKG vor (Die Bewilligung der Stundung und die Einsetzung des Sachwalters sind nicht anfechtbar). Dies erscheint sachgerecht.

Abzulehnen ist der Vorschlag des Bundesamts für Justiz in Beilage 3 Ziff. 2.10, welcher die umfassenden Rechtsmittelmöglichkeiten von Art. 295c SchKG einführen will.

- Nicht eindeutig ist, wie es sich mit dem Ablauf der Stundung verhält. Läuft die Stundung aus, ohne dass eine richterliche Prüfung stattfindet, dürfte die Stundung – wenn keine Verlängerung beantragt oder die Maximaldauer bereits erfüllt ist und keine Überführung in ein ordentliches Nachlassverfahren verlangt wird – in dem Sinn auslaufen, dass der Schuldner nun wieder betrieben werden kann. Aus den Vernehmlassungsunterlagen ergibt sich zumindest nicht, dass in jedem Fall eine automatische Konkurseröffnung drohen würde, wie das in Art. 296b SchKG vorgesehen ist. Eine Präzisierung wäre wünschenswert.
- Gemäss Gutachten Lorandi (Rz. 97) eröffnet das Nachlassgericht lediglich von Amtes wegen den Konkurs, wenn dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist, der Schuldner Art. 298 SchKG zuwiderhandelt oder er Verbindlichkeiten bezahlt, welche er während der COVID-19-Stundung nicht bezahlen darf. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die Richterin oder der Richter feststellen kann, wenn die Stundung grundsätzlich ohne richterliche Prüfung ausläuft.
- Bei der Möglichkeit zur Verlängerung der Stundung sollte ausdrücklich erwähnt werden, dass das Gesuch um Verlängerung vor Ablauf der Stundung beim Gericht gestellt werden muss.

Das Kantonsgericht stimmt den vorgeschlagenen Massnahmen des Bundesamtes für Justiz betreffend die Ablehnung von Notstundung und den Nachlassrechtsanpassungen zu.

Sofern diese vorliegenden Massnahmen vom Bundesrat verordnet werden, ist zu beachten, dass diese dem Zielpublikum breit gefächert und verständlich kommuniziert werden. Vor allem ist das vorgeschlagene Massenverfahren "COVID-19-Stundung" extensiv zu kommunizieren. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die vorgeschlagenen Massnahmen keine Wirkung entfalten können.

Mit der Bitte um Kenntnisnahme und Weiterleitung an das Bundesamt für Justiz.

Freundliche Grüsse

Barbara Koch
Generalsekretärin

DÉPARTEMENT DE LA JUSTICE,
DE LA SÉCURITÉ ET DE LA CULTURE
LE CONSEILLER D'ÉTAT
CHEF DE DÉPARTEMENT

***Envoi par courriel aux
destinataires mentionnés***

Office fédéral de la justice
M. Michael Schöll
Sous-directeur
Bundesrain 20
3003 Berne

Neuchâtel, le 3 avril 2020

Consultation publique : devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite

Monsieur,

Nous avons bien reçu votre correspondance du 1^{er} avril 2020 et ses annexes qui ont retenu notre meilleure attention.

Vous trouverez ci-dessous la prise de position du Conseil d'État de la République et canton de Neuchâtel, après consultation des Autorités judiciaires et du Service des poursuites et des faillites.

1. Sur le principe : Voyez-vous un besoin d'intervention basé sur le droit de nécessité en matière de droit des sociétés et de droit des poursuites ?

Nous saluons les démarches déjà entreprises par les autorités fédérales pour le soutien à l'économie, mais il s'avère effectivement indispensable de mettre en place de nouveaux outils législatifs dans le domaine des poursuites et faillites, tout en prenant garde, dans la mesure du possible au vu de l'urgence de la situation, de n'appliquer les mesures exceptionnelles qui seront prises qu'aux entreprises qui étaient saines avant le COVID-19.

La prolongation de la suspension (art. 62 LP) au-delà de l'échéance des fêtes ordinaires le 19 avril prochain n'est pas souhaitable. Cette mesure a été opportune dans l'immédiat, afin de permettre à tous les intervenants de s'organiser par rapport aux mesures urgentes qui ont dû être prises par le Gouvernement en raison de la pandémie, mais elle n'a que peu d'impact sur la situation des débiteurs à moyen terme, ne faisant que repousser des notifications d'actes inéluctables ; sur la durée, elle est en revanche susceptible de compromettre la situation économique des créanciers.

Nous relevons toutefois que, si la prolongation de la suspension de l'article 62 LP devait être levée, cela remettrait la machine en route pour toutes les poursuites en cours et déjà notifiées, mais, en revanche, la notification des nouveaux commandements de payer devra être de facto suspendue, tant et aussi longtemps que les mesures de distance sociale ne seront pas levées, puisqu'elles empêchent notre office, la Poste et les administrations communales de notifier les commandements de payer, empêchant ainsi le dépôt des réquisitions de continuer la poursuite par les créanciers.

2. En ce qui concerne la proposition en cas de surendettement imminent : *Comment évaluez-vous la proposition de suspendre partiellement les obligations découlant de l'article 725, alinéa 2 du Code des obligations pour la durée des mesures prévues à l'article 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 ?*

L'article X proposé est une bonne base qui suscite néanmoins quelques interrogations quant à son application.

Concernant la notion de « *perspective raisonnable* », le commentaire de l'article l'explique comme suit : le Conseil d'administration doit être en mesure de « *démontrer de manière crédible son pronostic favorable* ». Ceci suscite les questions suivantes :

- A qui, comment et sous quelle forme doit-il le démontrer ?
- Ce qui est crédible pour une société en difficulté ne l'est pas forcément pour ses potentiels créanciers. Où et comment fixer la limite ?
- Des perspectives de bilan sans bénéfice ni pertes suffisent-elles pour juger d'un pronostic favorable, au risque que les commandes escomptées ne suivent pas et que la situation se détériore rapidement ? Comment un Conseil d'administration peut-il évaluer, de façon la plus réaliste possible, la reprise de son activité ?

Concernant le délai de six mois, plus longtemps l'activité sera arrêtée et plus ce délai sera difficile à tenir. À ce jour, si une société a demandé un prêt pour faire face à ses obligations mensuelles, elle devra réitérer sa demande le mois suivant.

Ne serait-il pas envisageable d'adapter le délai au temps de confinement imposé ?

Malgré les interrogations soulevées, il est indispensable de tenir compte du caractère urgent de la situation et soutenir un maximum de sociétés, ainsi que de tenter, par cascade, de sauver un maximum d'emplois dans cette passe critique.

3. En ce qui concerne la proposition en droit des poursuites : *comment évaluez-vous la proposition visant à modifier la procédure concordataire dans la LP et à introduire une procédure simplifiée d'ajournement pour les PME ?*

3.1 Adaptation du droit du concordat

- Avec les propositions formulées, l'accès au concordat est facilité. On peut toutefois se demander si la charge, habituellement répartie entre les tribunaux et les commissaires, ne sera pas trop lourde pour ces derniers, étant donné qu'il leur appartiendra d'établir le plan d'assainissement à la place du débiteur.
- En l'état actuel, les sociétés sont peu nombreuses à requérir des concordats. Bien qu'allégée, cette nouvelle procédure saura-t-elle convaincre les responsables d'y avoir recours ? La question est ouverte.
- La dérogation à l'application de l'article 296b, lettre a, LP, pour les sociétés qui n'étaient pas surendettées au 31 décembre 2019 (délai de carence), permettrait aux entrepreneurs les moins scrupuleux de transférer leur patrimoine à une nouvelle société en formation, et ce sans aucune protection des créanciers. Passé la date butoir du 30 mai 2020, la faillite serait prononcée et, vraisemblablement, suspendue faute d'actif. Le créancier devrait alors avancer les frais pour obtenir une liquidation par voie sommaire, ainsi que les fonds nécessaires à une action en justice pour s'opposer à ce type de transfert des biens.
- S'agissant enfin de la possibilité pour le débiteur de dénoncer en tout temps, un contrat de durée, nous relevons que si cette possibilité est favorable aux débiteurs, elle l'est beaucoup moins pour leurs cocontractants. La question se pose de savoir quelles seront les répercussions financières sur ces derniers qui sont peut-être eux-mêmes des sociétés en difficulté financière et pour qui ces contrats sont une source de revenus.

En conclusion, ces propositions de modifications du concordat protègent le débiteur au détriment de ses créanciers. Le concordat, tel qu'il est connu aujourd'hui, observe un juste équilibre entre l'intérêt du débiteur à sauver son entreprise et l'intérêt des créanciers à être désintéressés. Avec les nouvelles dispositions, cet équilibre est mis à mal.

3.2 Procédure simplifiée d'ajournement pour les PME

En ces temps exceptionnels, il convient d'appliquer des mesures tout aussi exceptionnelles. L'introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement est judicieuse et apparaît comme le pendant de l'article 62 LP. Ce sursis spécial COVID-19 permettra aux PME de bénéficier d'un filet de protection leur permettant de remettre leur activité en route, sans devoir être confrontées aux règles drastiques de la faillite. Ses effets (pas de poursuites, suspension des procès, etc.) permettront aux administrateurs de repenser, même provisoirement, leur budget et leur mode de fonctionnement et de voir comment la situation évoluera, notamment au niveau des commandes.

Le seul bémol de ce projet consiste dans le fait que les dettes contractées pendant le sursis, avec l'assentiment du commissaire, constituent des dettes de la masse dans une faillite subséquente. Quid s'il n'y a pas de commissaire ? Quid s'il n'existe plus d'actifs au jour du prononcé de faillite ? Appartiendra-t-il alors à l'Etat de couvrir ces dépenses ? Dans sa globalité, ce projet semble répondre aux besoins actuels des PME, en proposant une alternative moins douloureuse et moins lourde que le concordat ou la faillite.

3.3 Adaptation de la LACI et de l'Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19

Nous sommes d'avis que ces adaptations répondent aux besoins actuels des PME et peuvent s'inscrire dans la réflexion globale visant à éviter un trop grand nombre de faillites au cours des prochains mois.

De manière générale et à ce stade, il est extrêmement difficile d'évaluer concrètement l'impact des mesures proposées. Il conviendra peut-être de les adapter après quelques mois, si cette situation problématique devait perdurer.

Pour les raisons évoquées ci-dessus, notre canton rejoint les autorités fédérales dans leur volonté de venir en aide, par des mesures exceptionnelles, aux PME qui se trouveront en difficultés conséquemment à la pandémie du COVID-19. Ces mesures étant prises dans des conditions d'urgence, ce régime devra rester limité dans le temps et, en aucun cas, réinstauré pour n'importe quelle situation de crise économique.

En vous remerciant de nous avoir associés à cette consultation, nous vous prions de croire, Monsieur, à l'expression de notre considération distinguée.

Alain Ribaux



Conseiller d'Etat

Destinataires@

- Michael.Schoell@bj.admin.ch
- David.rueetschi@bj.admin.ch
- Nicholas.turin@bj.admin.ch
- Samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
- Caroline.widmer@bj.admin.ch
- Sibyll.walter@bj.admin.ch

Copies :

CCDJP, par M. Roger Schneeberger



KANTON
NIDWALDEN

VOLKSWIRTSCHAFTSDIREKTION

Stansstadterstrasse 54, Postfach 1251, 6371 Stans
Telefon 041 618 76 54, www.nw.ch

CH-6371 Stans, Stansstadterstrasse 54, Postfach 1251 VD

PER E-MAIL

Bundesamt für Justiz
Herr Michael Schöll
Bundesrain 20
3003 Bern

Othmar Filliger
Landesstatthalter
Telefon 041 618 76 50
othmar.filliger@nw.ch
Stans, 3. April 2020

**Notrecht Sanierungsrecht – Vernehmlassung des BJ;
Vernehmlassungsantwort Kanton Nidwalden**

Sehr geehrter Herr Schöll

Wir danken für die Möglichkeit, zur im Betreff erwähnten Vernehmlassung Stellung nehmen zu können. Für die sehr knapp anberaumte Vernehmlassungsfrist haben wir in Anbetracht der grossen Dringlichkeit Verständnis. Sie erlaubt uns aber nur eine summarische Stellungnahme.

Zu den einzelnen Artikeln nehmen wir wie folgt summarisch Stellung:

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlich notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Eine Hilfestellung für Gesellschaften, die aufgrund der COVID-19-Pandemie Ertragsausfälle und damit Liquiditätsprobleme haben, ist angezeigt.

Mit dem befristeten Rechtsstillstand nach Art. 62 SchKG wurde in einem ersten Schritt adäquat auf die Situation reagiert. Diese umfassende Stundung ist jedoch nicht geeignet, längere Zeit in Kraft zu bleiben, zumal nicht nur die von der COVID-19-Pandemie betroffenen Schuldner davon profitieren. Eine zeitlich begrenzte Verlängerung wäre jedoch vertretbar und wahrscheinlich auch sinnvoll, sind doch durch die Auswirkungen nicht nur Unternehmen, sondern auch viele natürliche Personen betroffen.

Die COVID-19-Solidarbürgschaften als weitere Hilfestellung wurden unbürokratisch und rasch ausbezahlt. Gemäss der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung sind anspruchsberechtigt jene Unternehmen, die sich im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren oder in Liquidation befinden und aufgrund der COVID-19-Pandemie namentlich hinsichtlich ihres Umsatzes wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt sind. Dass trotz Rechtsstillstand seit Inkraftsetzung der Notverordnung vermehrt Konkursforderungen beglichen werden, weist darauf hin, dass Unternehmen missbräuchlich Voraussetzungen für die finanziellen Massnahmenpakete schaffen möchten. Es muss daher zwingend der Missbrauch im Auge behalten werden. Es sollen nur Unternehmungen Unterstützung erhalten, die tatsächlich und ursächlich durch den Ausbruch der COVID-19-Pandemie und dessen Auswirkungen

in einen existenzgefährdenden Liquiditätsengpass geraten sind und ohne Ausbruch der Pandemie finanziell überlebensfähig wären.

Um eine Konkurswelle zu verhindern, scheint es angezeigt, für tatsächlich betroffene Gesellschaften Massnahmen auf Stufe des Gesellschaftsrechts sowie im Vollstreckungsrecht zu ergreifen.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Unternehmen mit pandemiebedingter Überschuldung, die Aussicht auf Wiedererlangung ihrer Zahlungsfähigkeit haben, sollen von der "Anzeigepflicht" befreit werden. Zur Beweissicherung der ursächlichen pandemiebedingten Überschuldung bzw. zur Absicherung der Unternehmen in straf- und haftungsrechtlicher Hinsicht, müsste die Erstellung einer Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationszwecken mindestens per Stichtag Ende 2019 vorausgesetzt sein (besser Ende Februar 2020), ansonsten die Gefahr der Konkursverschleppung gross ist. Diese Zwischenbilanz darf noch keine Überschuldung aufweisen. Der Verzicht auf eine Revision ist zweckmässig. Die Aussicht auf Wiedererlangung der Zahlungsfähigkeit müsste zum Schutz der Gläubiger mit einem groben Liquiditätsplan glaubhaft gemacht werden. Die Befreiung der Anzeigepflicht wäre zeitlich zu begrenzen.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

3.1. Anpassungen im Nachlassrecht

Die Notstundung gemäss den Artikeln 337 bis 350 SchKG ist maximal für zehn Monate möglich, wenn die Aussicht besteht, dass der Schuldner danach seine Gläubiger voll befriedigen kann. Zudem ist für den Schuldner nach der Notstundung während sechs Monaten keine reguläre Nachlassstundung mehr möglich. Bei der Gewährung der Notstundung muss zwingend eine Verhandlung gemacht werden, zu der sämtliche Gläubiger grundsätzlich durch öffentliche Bekanntmachung eingeladen werden. Diese Bestimmungen sind in der jetzigen Situation nicht zielführend und für die Gerichte nicht umsetzbar.

In der geltenden Rechtslage ist die reguläre Nachlassstundung als Sanierungsinstrument der Notstundung klar vorzuziehen. Die provisorische Nachlassstundung bis max. 4 Monate kann ohne grosse Hürden auf schriftlichem Weg bewilligt werden. Die definitive Nachlassstundung (mit Verhandlung) kann bis max. 24 Monate dauern. Folgende mögliche Covid-19-Anpassungen der bestehenden provisorischen Nachlassstundung könnten zielbringend sein:

- Eine Ausdehnung der Maximalfrist nach Art. 293a Abs. 2 SchKG von 4 auf 6 Monate
- Eine mögliche Sicherstellung der Kosten für die provisorische Nachlassstundung (Gerichts- und Sachwalterkosten Art. 54 und Art. 55 GebV SchKG) durch den Staat, sofern nicht genügend liquide Mittel vorhanden sind. Für ein durchschnittliches Nachlassverfahren wird i.d.R. ein Kostenvorschuss von mindestens Fr. 10'000.00 erhoben. Für die Phase der provisorischen Nachlassstundung reduziert sich verständlicherweise der Kostenvorschuss.
- Keine Sachwalterpflicht bei ganz einfachen Fällen (Bereits im geltenden Nachlassrecht muss nicht zwingend ein Sachwalter bestellt werden (Art. 293 Abs. 2 SchKG); gleiches könnte für die stille provisorische Nachlassstundung umgesetzt werden (Anpassung von Art. 293c Abs. 2 lit. d SchKG). Es bleibt zu bedenken, dass ein Sachwalter aber eine wichtige Stellung in einem Sanierungsverfahren einnimmt (Hilfestellung bei der Sanierung, Schutz der Gläubigerinteressen, Schutz vor Missbrauch).

3.2. Einführung COVID-19-Stundung als standardisiertes Massenverfahren

Die COVID-19-Stundung scheint nicht schlüssig zu sein. Die Abgrenzung der Antragsteller ist nicht klar, bzw. schwer zu ermitteln. Im Regelfall soll kein Sachwalter ernannt werden, womit auch die Überprüfung der Sanierung schwierig wird. Die Stundung läuft aus, ohne dass eine richterliche Prüfung stattfindet. Im Vordergrund der COVID-19-Stundung steht damit ein Zahlungsaufschub und weniger eine eigentliche Sanierung. Die Gläubigerinteressen können ohne einen Überprüfungsmechanismus nicht adäquat gewahrt werden und ein Missbrauch ist kaum überprüfbar.

4. Weiterführende Bemerkungen

Es ist zu prüfen, ob eine Kombination von verlängertem bzw. angeordnetem Rechtsstillstand gemäss Art. 62 SchKG bis Ende Juni 2020 mit einem modifizierten provisorischen Nachlassverfahren der Situation nicht besser Rechnung tragen kann, als ein paralleles neues und nicht erprobtes Kompaktnachlassverfahren, das aus zeitlichen Gründen nicht angemessen durchdacht werden kann. **Gemäss Art. 62 SchKG kann der Bundesrat auch nur für bestimmte Teile der Bevölkerung den Rechtsstillstand beschliessen. Der Rechtsstillstand könnte für KMU nach individuellen Kriterien (z.B. Schuldner, die 31.12.2019 nicht schon überschuldet waren und die zusätzlich Aussichten haben, Ihre Schulden später zu tilgen) gemäss einem beschränkten Rechtsstillstand nach Art. 62 SchKG oder einem neuen Rechtsstillstand analog Art. 61 SchKG erfolgen.** Zu prüfen wäre dann die Frage, ob die Gerichte oder Betreibungsämter diesen neuen Rechtsstillstand bewilligen sollen. Dies wäre eine für den Staat kostengünstigere Hilfestellung und die Gerichte würden nicht übermässig in Anspruch genommen. Wenn einzig das Ziel der Stundung für Gesellschaften, die aufgrund der COVID-19-Pandemie Ertragsausfälle und damit Liquiditätsprobleme haben, verfolgt werden soll, wäre ein eingegrenzter Rechtsstillstand wohl geeignet.

Freundliche Grüsse
VOLKSWIRTSCHAFTSDIREKTION



Othmar Filliger
Landesstatthalter

Geht per E-Mail an:

michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch



CH-6061 Sarnen, St. Antonistrasse 4, VD

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ

Direktionsbereich Privatrecht

Per E-Mail:

michael.schoell@bj.admin.ch

david.rueetschi@bj.admin.ch

nicholas.turin@bj.admin.ch

samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch

caroline.widmer@bj.admin.ch

sibyll.walter@bj.admin.ch

Sarnen, 3. April 2020

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. April 2020 haben Sie uns zur Stellungnahme bezüglich Eingangs erwähntem Geschäft eingeladen. Dafür danken wir Ihnen bestens. Wir erlauben uns folgende Anmerkungen vorzubringen:

Die vorliegende Covid-19-Stundung hat nicht das Ziel, einen Nachlassvertrag abzuschliessen, sondern den Unternehmen Zeit für eine Reorganisation zu verschaffen. Es ist daher damit zu rechnen, dass die Massnahme die Konkurse von nichtüberlebensfähigen Unternehmen lediglich hinausschiebt.

Das Gewicht der Massnahmen ist allerdings erheblich, obwohl es vor allem um eine technische Rechtsanpassung geht. Insbesondere dürften auch zusätzliche personelle Ressourcen für die Bewältigung der (modifizierten) Nachlassverfahren notwendig sein (Nachlassgericht, evtl. Sachwalter). Mit punktuellen Anpassungen in einzelnen Gesetzesbereichen wird die Rechtssicherheit geschwächt, es werden Sonderbestimmungen für einzelne Organe, Unternehmungen etc. geschaffen, was wir als gravierenden Nachteil ansehen und welche auch weitere Begehrlichkeiten schaffen werden.

Bei den Anpassungen im SchKG (vgl. Ziff. 3 der vorgeschlagenen Massnahmen) geht es um ein (je nach Unternehmen modifiziertes) Nachlassverfahren. Die Stundung bewirkt zudem, dass bestimmte SchKG-Handlungen (durch die ABK) nicht umgesetzt werden können; auf die ABK haben die Massnahmen im Moment eher eine erleichternde Wirkung. Hingegen hat insbesondere das Nachlassgericht (Kantonsgerichtspräsidium [Art. 75 Abs. 1 GOG]) und dessen Rechtsmittelinstanz eine zentrale Funktion im Nachlassverfahren. Ob die Ressourcen dieser Gerichte für die Umsetzung der Massnahmen ausreicht, ist zu bezweifeln.

Aus diesen Überlegungen **lehnen wir die vorgeschlagenen Massnahmen zu möglichen Erleichterungen für Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen im Betreibungsrecht ab.**

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



Daniel Wyler
Regierungsrat

Kopie an:

- Kantonale Mitglieder des eidgenössischen Parlaments
- Staatskanzlei
- Sicherheits- und Justizdepartement



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

1. Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Die Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie haben verschiedene Zweige der Wirtschaft hart getroffen. Der Wirtschaftskreislauf ist in verschiedenen Bereichen zum Erliegen gekommen. Mit der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung vom 25. März 2020 sollen diese Folgen finanziell abgefedert werden. Damit sich die Massnahmen gemäss der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung nachhaltig entfalten können, müssen alle gesetzlichen Bestimmungen des Gesellschafts- und Betreibungsrechtes, welche diesen Absichten zuwiderlaufen, entschärft werden. Diese regulatorischen Massnahmen müssen jedoch gut abgewogen werden, um am Ende nicht kontraproduktiv zu wirken. Der Erlass von notrechtlichen Regelungen im Gesellschafts- und Betreibungsrecht wird daher begrüsst. Es ist notwendig, der Vielzahl von betroffenen Unternehmen Erleichterung zur Reorganisation zu verschaffen und Konkurse zu verhindern. Die bestehenden Institute wie Notstundung und Nachlassverfahren in der bestehenden Form werden der besonderen Situation nicht gerecht.

Ebenfalls wird begrüsst, dass nach Ablauf der Betreibungsferien kein neuer Rechtsstillstand gemäss Art. 62 SchKG angeordnet wird. Voraussetzung ist die Schaffung eines anderen Systems, wie es nun mit der COVID-19-Stundung vorgeschlagen wird, welches die durch die Corona-Krise bzw. die Massnahmen des Bundes betroffenen Unternehmen entlastet und Schutz bietet.

Ebenfalls wird begrüsst, dass die Notstundung gemäss Art. 337 ff. SchKG nicht für anwendbar erklärt wird, da dieses kein taugliches Institut für die aktuelle Situation darstellt.

2. Vorschlag der Anpassung von Art. 725 Abs. 2 OR

Der Vorschlag zielt in die richtige Richtung. Es muss verhindert werden, dass ein Unternehmen, welches einen Überbrückungskredit im Rahmen der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erhalten hat, als überschuldet gilt und die Bilanz deponieren muss. Allerdings erscheint die Frist von sechs Monaten als zu kurz. In vielen Branchen ist die Wertschöpfung nicht gross genug, um einen Ausfall der Erträge von mehreren Monaten innerhalb von sechs Monaten auszugleichen. Viele Unternehmen werden nach sechs Monaten noch lange nicht «über den Berg» sein. Diese kurze Frist wirkt eher kontraproduktiv. Es sollte daher über eine längere Frist nachgedacht werden, was allenfalls auch eine Teilsistierung von **Art. 728c Abs. 3 OR** nach sich ziehen würde. So wie der Verwaltungsrat nicht verpflichtet ist, im Fall der Überschuldung den Richter zu benachrichtigen, müsste auch die Revisionsstelle von dieser Pflicht entbunden werden. Es muss damit gerechnet werden, dass bei vielen KMU die Bilanz 2020 eine Überschuldung ausweisen wird, womit die Revisionsstelle 2021 zum Handeln gezwungen wäre. Damit ist u.E. auch etwa ein vernünftiger Zeithorizont abgesteckt: Die Frist sollte auf mindestens ein Jahr verlängert werden.



3. Anpassungen im Betreibungsrecht

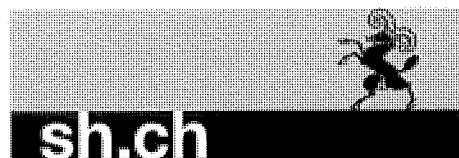
Die Einführung einer zeitlich befristeten COVID-19-Stundung erscheint ein sachgerechtes Institut, der Vielzahl von betroffenen Unternehmen Erleichterung zu verschaffen, Arbeitsplätze zu erhalten und Konkurse zu verhindern. Ein solches Institut ist im Interesse der betroffenen Unternehmen, der Arbeitnehmer sowie der Gläubiger. Wenn auf diese Weise Konkurse verhindert werden können, ist dies somit im Interesse aller. Aufgrund der Wirkungen der Stundung ist den Gläubigern die betreibungsrechtliche Geltendmachung der von der Stundung erfassten Forderungen, entzogen, was als Nachteil gesehen werden kann. Im Konkurs des Unternehmens besteht für die meisten Gläubiger keine Aussicht auf Konkursdividende. Sie würden daher ohne Stundung und Ergreifung der betreibungsrechtlichen Möglichkeiten nicht besser gestellt sein. Wie beim Vorgehen zur Gewährung von Überbrückungskrediten dürfen die Hürden für die Gewährung der Stundung nicht hoch gesetzt werden.

Eine eigentliche Konkurswelle würde die Konkursämter stark be- bzw. überlasten. Die Kapazitäten der Konkursämter sind nicht auf eine massive Zunahme von Konkursen ausgerichtet und vorbereitet. Eine Konkurswelle wäre daher wohl kaum zu bewältigen. Auch aus dieser Sicht ist eine Verhinderung von Konkursen angezeigt.

Kanton Schaffhausen
Finanzdepartement

J. J. Wepfer-Strasse 6
CH-8200 Schaffhausen
www.sh.ch

T +41 52 632 72 50
F +41 52 632 77 09
cornelia.stammhurter@ktsh.ch



Finanzdepartement

Bundesamt für Justiz BJ

Per E-Mail:
michael.schoell@bj.admin.ch

Schaffhausen, 3. April 2020

Öffentliche Konsultation betreffend Massnahmen zur Stärkung der Krisenresistenz von Unternehmen; Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. April 2020 haben Sie die Kantone eingeladen, in vorerwähnter Angelegenheit Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit.

Es geht um Anschlussmassnahmen zu den direkten Unterstützungsmassnahmen, welche der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV mit der Verordnung vom 25. März 2020 zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung) beschlossen hat. Diese neuen Massnahmen bestehen gemäss dem Konzeptpapier in Erleichterungen im Hinblick auf die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 OR sowie im Verweis auf das geltende Nachlassverfahren gemäss SchKG und in der Einführung eines besonderen Stundungsverfahrens für kleinere Unternehmen (sog. COVID-19-Stundung). Konkret werden zur Vorlage für eine "Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR" und "Anpassungen im SchKG" drei Fragen gestellt, welche im Folgenden nach Einsicht in die Stellungnahmen des Obergerichts des Kantons Schaffhausen sowie des Betreibungs- und Konkursamtes Schaffhausen beantwortet werden:

Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Die Frage kann bejaht werden, jedoch nur soweit nicht schon das geltende Recht, allenfalls leicht modifiziert, sinnvolle und praktikable Lösungen bereithält. Dazu ist vorweg festhalten, dass wir Bedenken haben gegen die vorgeschlagene Regelung betreffend die "Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens

und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens". Insbesondere sind wir entgegen den Ausführungen im Konzeptpapier und dem Gutachten Lorandi der Auffassung, dass die Bestimmungen zum Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG) und zur Notstundung (Art. 337 ff. SchKG) mit punktuellen Anpassungen eine gute und genügende Grundlage bilden, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Im Übrigen kann es nicht darum gehen, letztlich unvermeidliche Firmenkongresse zu Lasten und zum Schaden Dritter hinauszuzögern. Der Gläubigerschutz kann nicht beliebig weit aufgegeben werden. Es ist zu berücksichtigen, dass auch nicht überschuldete Gläubiger sich häufig in einer schwierigen finanziellen Lage befinden wie die Unternehmen, die durch die Notmassnahmen unterstützt werden sollen.

Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Der Beantwortung dieser Frage ist vorzuschicken, dass im Kontext wohl das 3. Kapitel der COVID-19-Verordnung 2 (Art. 5-8 "Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen") gemeint ist (und nicht der 3. Abschnitt [2. Kapitel]). Nach Art. 12 Abs. 6 dieser Verordnung gelten die Massnahmen nach dem 3. Kapitel bis zum 19. April 2020.

Eine (vorübergehende) Aufhebung der Pflichten des Verwaltungsrats zur Anrufung des Richters bei aufgrund der Zwischenbilanz ausgewiesener Überschuldung ist nicht unproblematisch, da durch die Weiterführung des Unternehmens Gläubigerinteressen massiv beeinträchtigt werden können. Die Umschreibung „begründete Aussicht“ in Art. X Abs. 1 erscheint zu vage. Gemäss den Erläuterungen (in der Beilage 2) wird zwar verlangt, dass der Verwaltungsrat in der Lage sein muss, seine günstige Prognose zu begründen. Gegenüber wem und in welchem Zeitpunkt er das tun können muss, bleibt offen. Ein allfälliger Haftungsprozess nach Art. 754 OR hilft jedenfalls niemandem. Der Verzicht auf die Überschuldungsanzeige müsste zumindest von einer klaren und überprüfbaren Sanierungsstrategie und Sanierungsplanung abhängig gemacht werden. Letztlich müssten die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Art. 725a Abs. 1 Satz 2 OR erfüllt sein. Das setzt aber eine *geprüfte* Zwischenbilanz und einen Sanierungsplan voraus.

Der Vorschlag in der jetzigen Form ist daher u.E. abzulehnen. Damit würde dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet. Wichtig wäre aber, dass sich aus dem Gesetz oder der Auslegung (Botschaft dazu) klar ergibt, dass der Verwaltungsrat nicht nur mit der Überschuldungsanzeige an den Konkursrichter, sondern auch mit einem Nachlassstundungs- oder Notstundungsgesuch seiner Anzeigepflicht nach Art. 725 Abs. 2 OR nachgekommen ist.

Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Die Revision des Sanierungsrechts, in Kraft seit 1. Januar 2014, war stark auf grosse Unternehmen ausgerichtet (Swissair-Debakel), gleichwohl gilt das Nachlassrecht für alle Unternehmen. Mit der blossen Stundung wurde zudem ein Instrument geschaffen, das allen Unternehmen bei Liquiditätsengpässen helfen kann. Die Notstundung kam bisher selten zum Einsatz und wurde auch im Rahmen der Revisionen des Nachlassrechts nicht gross mitberücksichtigt. Sie wurde etwas stiefmütterlich behandelt und weist tatsächlich einige Unzulänglichkeiten auf. Daraus kann u.E. jedoch nicht geschlossen werden, dass ein neues Rechtsinstitut wie die Covid-19-Stundung geschaffen werden müsse.

Das SchKG von 1889 sieht mit der Notstundung eben gerade Regeln vor, wie in Notlagen vorzugehen ist. Einzelne Unzulänglichkeiten im Notstundungsrecht können durch eine (notrechtliche) Revision beseitigt werden. Es erscheint sinnvoller, durch eine notrechtliche Revision die Notstundung anzupassen, anstatt eine zusätzliche COVID-19-Stundung einzuführen, zumal deren Voraussetzungen und deren Abgrenzung zur Nachlassstundung und zur Notstundung nur neue Fragen aufwerfen. Zudem ist die COVID-19-Stundungsverordnung in sich nicht wirklich klar. Durch die vorgeschlagene COVID-19-Stundung wird die Rechtsunsicherheit, die bei neuem Recht immer besteht, nicht reduziert, sondern erhöht. Eine Anpassung des genau für solche ausserordentlichen Fälle konzipierten Notstundungsrechts lässt sich auch einfacher kommunizieren als etwas gänzlich Neues.

Eine voraussetzungslose Stundung, wie sie die Covid-19-Stundung vorsieht, ist rechtsstaatlich zudem problematisch. Damit werden keine Probleme gelöst, sondern diese vom Schuldner auf die Gläubiger verlagert und dem Missbrauch Vorschub geleistet.

Die Notstundung (Art. 337 ff. SchKG) gibt dem Schuldner Luft, wenn „Aussicht“ besteht, dass er die Gläubiger in 6 Monaten wird befriedigen können. Damit wird ein guter Ausgleich zwischen den Schuldner- und den Gläubigerinteressen getroffen. Die Anforderungen sind eher niedrig. Will man die formellen Anforderungen reduzieren und der aktuellen Zeit anpassen, könnte Art. 338 SchKG revidiert werden. Für das Gesuch könnte ein Formular kreiert werden mit Hinweis auf die einzureichenden notwendigen Beilagen (Formulargesuch). Das Nachlassgericht prüft das Gesuch und gewährt die Notstundung, dies zum Schutze der Gläubiger. Das Notstundungsrecht ist genau auf Krisenlagen ausgerichtet. Deshalb fallen Erstklassforderungen (und Miniforderungen unter Fr. 100) nicht unter die Stundung und bleiben Betreibungen (allerdings nur auf Pfändung) grundsätzlich möglich. Das ist kein Mangel der Notstundung, sondern der Sinn, nur überlebensfähigen Unternehmen, welche den wichtigsten laufenden Verbindlichkeiten

nachkommen können, auf diesem Wege zu helfen. Einen Sachwalter braucht es in der Regel nicht. Die Notstundung hat zudem einen weiteren Vorteil. Sie ist durch Zeitablauf ohne Gerichtsentscheid nach 6 Monaten (oder einer Verlängerung von weiteren 4 Monaten) beendet. Die Notstundung ist kein Sanierungsinstrument. Für die Sanierung gibt es neben privatrechtlichen Lösungen (Forderungsverzichte) das Nachlassrecht gemäss Art. 293 ff. SchKG. Dieses ist nicht nur für grosse, sondern für alle Unternehmen vorgesehen. Auch die Notstundung kann aber in einen Nachlassvertrag münden. Das ist indessen der Ausnahmefall und nicht der Zweck der Notstundung (vgl. Art. 349 Abs. 1 SchKG), dies im Gegensatz zum Nachlassrecht.

Art. 337 SchKG kann einfach ergänzt werden um eine Kompetenz des Bundes. Die Art. 338 ff. SchKG können punktuell revidiert werden (z.B. Art. 338 f. Gesuch und Verfahren, ev. neue Regelung für Dauerschuldverhältnisse, Schnittstelle bzw. Übergang zum Nachlassvertrag in Art. 349 SchKG). Dann könnte das Notstundungsrecht in Kraft gesetzt werden.

Zusammenfassend macht es wenig Sinn und es ist rechtsstaatlich fragwürdig, auf ein bestehendes gesetzliches Instrument wie die Notstundung (ev. mit punktuellen Anpassungen) zu verzichten und stattdessen notrechtlich innert Kürze ein neues Rechtsinstitut (die Covid-19-Stundung) zu schaffen, das unklar ist und neue Rechtsunsicherheit schafft.

Abgesehen davon wären unseres Erachtens die Verfahrenskosten entgegen der Meinung des Gutachters Lorandi für die Nachlassverfahren, welche aufgrund ihrer Grösse (Bilanzsumme von CHF 20 Mio. Franken und/oder Umsatzerlös CHF 40 Millionen Franken) nicht eine COVID-19-Stundung einreichen können, nicht aus der Bundeskasse zu finanzieren. Solche Unternehmungen weisen in der Regel eine genügend grosse Nachlassmasse auf, um aus dieser die Verfahrenskosten des Nachlassverfahrens zu decken. Im Übrigen werden im Konkursverfahren die Konkurskosten auch aus der Konkursmasse, dem Konkursiten oder einem Gläubiger finanziert.

Zu den notrechtlichen Anpassungen des Nachlassrechts

Die Verlängerung der Stundungsdauer gem. Art. 293a Abs. 2 SchKG erscheint sinnvoll. Auf die Prüfung der Sanierungsfähigkeit kann – zum Schutze der Gläubiger – u.E. aber nicht verzichtet werden. So oder anders rechtfertigt sich die (vorübergehende) Aufhebung von Art. 293a Abs. 3 SchKG nicht. Auch ohne Sanierungsplan kann "offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages" bestehen. Schliesslich dürfte in Ziff. 1.3 (Übergang zum Konkurs nach Ablauf einer Karenzfrist) Art. 296b Bst. a (und nicht b) SchKG gemeint sein.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse
Finanzdepartement

i.A. Josef Fuster

Dr. iur. Cornelia Stamm Hurter
Regierungsrätin

Rathaus, Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
Telefon 032 627 20 57
finanzdepartement@fd.so.ch
so.ch

Roland Heim
Regierungsrat

per E-Mail an:
Bundesamt für Justiz

3. April 2020

**Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen -
Öffentliche Konsultation: Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender
Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines
einfachen Stundungsverfahrens**

Sehr geehrter Herrr Schöll, sehr geehrte Damen und Herren

Vielen Dank für die uns gebotene Gelegenheit, zu den vom Bundesrat vorgeschlagenen Massnahmen zu Gunsten von Unternehmen als Folge der Corona-Pandemie Stellung nehmen zu können.

1. Grundsätzliches

Die aktuelle Lage im Zusammenhang mit der Corona-Krise stellt viele Unternehmen, insbesondere KMU, vor erhebliche Probleme. Sie leiden unter behördlich angeordneten (Schliessung von Geschäften) oder indirekten (fehlende Kundschaft aufgrund der Abstandsregeln) Umsatzeinbussen. Damit ist die Liquidität sowie die Kostenstruktur der betroffenen Betriebe arg in Mitleidenschaft gezogen. Es gibt zwar Ausgleichsmassnahmen (z. B. Kurzarbeitsentschädigung), ein wesentlicher Teil der Fixkosten kann jedoch nicht abgedeckt werden. Abhängig von der Dauer dieser Krise, bestehen aber berechnete Hoffnungen, dass ein wesentlicher Teil, der nun unter Umsatzeinbussen und Liquiditätsengpässen leidenden Betriebe, sich nachher wieder auffangen können und ihr Fortbestehen gesichert sein wird. In einigen Branchen darf sogar von einem Nachholbedarf ausgegangen werden. Es besteht nun die grosse Herausforderung überlebensfähige KMU's zu unterstützen, um die gesamtwirtschaftlichen Folgen der Krise zu minimieren. Gleichzeitig darf aber der Gläubigerschutz nicht vernachlässigt werden. Es wäre fatal, wenn nun die Rechnungen nicht mehr bezahlt würden, resp. nicht gutgläubige Schuldner geschützt würden. Die Vollstreckung von geldwerten Ansprüchen muss gesichert bleiben, um nicht den Rechtsstaat und damit auch die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft sowie die Sicherheit zu gefährden.

Die vorgeschlagenen Massnahmen scheinen insgesamt geeignet zu sein, dem dargelegten Zielkonflikt mit Augenmass und unter möglicher Verhinderung von Kollateralschäden zu begegnen. Mit Ausnahme eines Punktes (2.8 Wirkungen der Stundung auf die Verfügungsbefugnis des Schuldners) unterstützen wir die vorgeschlagenen Regelungen vollumfänglich.

2. vorgeschlagene Massnahmen

2.1. Erleichterungen im Hinblick auf die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 OR

Durch die Tatsache, dass der Verwaltungsrat in der Lage sein muss, in einem zu protokollierenden Entscheid seine Prognose zu begründen, wonach die Überschuldung innert sechs Monaten behoben werden kann und verbunden mit den sonstigen festgelegten Voraussetzungen können wir dem vorübergehenden Aussetzen der Pflicht zur Überschuldungsanzeige zustimmen.

2.2. Anpassung des Nachlassvertragsrechts

Dem Verzicht auf einen provisorischen Sanierungsplan bei der Einreichung des Gesuchs um provisorische Stundung (Art. 293 Bst. a SchKG) und damit auf die grundsätzliche Prüfung der Aussichtslosigkeit einer Sanierung durch das Nachlassgericht (Art. 293a Abs. 3 SchKG) kann unter der Berücksichtigung, dass der provisorische Sachwalter die Aussicht auf Sanierung näher prüfen muss, zugestimmt werden. Dies obwohl Bedenken hinsichtlich des Wegfalls einer gesetzlich vorgesehenen behördlichen Prüfung/Kontrolle bestehen.

Zuzustimmen ist auch der Verlängerung der maximalen Dauer der provisorischen Nachlassstundung auf sechs Monate (Art. 293a Abs. 2 SchKG) zum Zwecke der direkten Sanierung sowie den Abweichungen von Art. 296b Bst. a SchKG (Konkurs vor Ablauf der Stundung) und Art. 297a SchKG (Auflösung von Drittschuldverhältnissen).

2.3. Einführung einer neuen COVID-19-Stundung

Eine Covid-19-Stundung erachten wir als grundsätzlich sinnvolles Mittel.

3. Beantwortung der Fragen

3.1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im f Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Ja.

3.2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Der Aussetzung der Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR für die Dauer der Massnahmen stimmen wir zu.

3.3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Das vorgeschlagene standardisierte Massenverfahren (COVID-19-Stundung) scheint ein taugliches Instrument zu sein. Es stellt für KMU ein einfaches Verfahren dar, um sich neu zu organisieren, sich den Verhältnissen anzupassen und hoffentlich nach der Krise wieder erfolgreich weiterzubestehen. Die zeitliche Begrenzung dient dazu falsche Anreize für nicht Gutgläubige zu verhindern. Zu Punkt 2.8 Wirkungen der Stundung auf die Verfügungsbefugnis des Schuldners

Absatz 2: Es wird zu Recht festgehalten, dass ohne Ermächtigung des Nachlassgerichts u. a. keine Bürgschaften mehr eingegangen werden können. Damit wird der betreffende Betrieb, falls er es nicht vorher getan hat, von den direkten Unterstützungsmassnahmen des Bundes (Solidarbürgschaften) ausgeschlossen, resp. muss die Einwilligung des Nachlassgerichts einholen. Allenfalls kann aber gerade die Beanspruchung solcher Bürgschaften zur Sanierung und Sicherung des Betriebes wesentlich beitragen. Natürlich könnte das Nachlassgericht dazu eine Einwilligung erteilen. Das stellt aber wieder einen gewissen administrativen Aufwand mit zeitlicher Verzögerung dar. Wir schlagen deshalb vor, dass hier ergänzt wird: "Ausgenommen davon sind Unterstützungsmassnahmen des Bundes und der Kantone".

Freundliche Grüsse



Roland Heim
Regierungsrat

DJS, 8510 Frauenfeld

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Herr Michael Schöll
Vizedirektor
Bundesrain 20
3003 Bern

(per Mail an:
michael.schoell@bj.admin.ch und weitere)

+41 58 345 61 23, cornelia.komposch@tg.ch
Frauenfeld, 2. April 2020

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

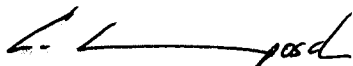
Sehr geehrter Herr Vizedirektor

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 1. April 2020 in obgenannter Angelegenheit und danken Ihnen für die eingeräumte Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme dazu. Die von Ihnen aufgeworfenen Fragen beantworten wir gerne wie folgt:

1. Angesichts der im Moment herrschenden ausserordentlichen Lage erachten wir das Ergreifen von notrechtlichen Massnahmen im Gesellschafts- und Betreibungsrecht als sinnvoll und angezeigt.
2. Wir unterstützen den von Ihnen unterbreiteten Vorschlag, die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 des Obligationenrechtes für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen.
3. Wir unterstützen den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen.

Freundliche Grüsse

Departement für Justiz und Sicherheit
Die Departementschefin



Cornelia Komposch

Von: [Andreotti Frida](#)
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); caroline.wirdmer@bj.admin.ch; [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: info@kkjpd.ch; [Gobbi Norman](#); [di-dg](#)
Betreff: STN Kt. TI 03.04.2020 Consultazione pubblica - FRAGEN 1 und 2
Datum: Freitag, 3. April 2020 11:58:46
Dringlichkeit: Hoch

Egregio Signor Scholl,
Gentili Signore, Egregi Signori,

Il Canton Ticino ringrazia l'Ufficio federale di giustizia per la possibilità data di esprimersi in merito alle modifiche legislative proposte e **saluta positivamente le modifiche legislative da voi proposte in ambito di diritto esecutivo e societario**, in quanto le stesse vanno a sostegno del tessuto economico e sociale, duramente colpito dalla pandemia in corso. Il nostro territorio risulta infatti tra i più colpiti dall'emergenza sanitaria, che senza i correttivi proposti rischia di tramutarsi in un'emergenza economica e sociale. Lo stato di necessità decretato dal Consiglio di Stato del Canton Ticino l'11 marzo 2020 e la conseguente chiusura di tutte le attività economiche e produttive, a tutela della salute pubblica, ha messo in serie difficoltà molti cittadini ticinesi, siano essi dipendenti, titolari di aziende o di commerci colpiti dalle misure restrittive in atto.

In questo primo e-mail, vi trasmettiamo la presa di posizione ai quesiti 1 e 2. Segue entro un'ora, la presa di posizione al quesito 3..

Alla presente hanno collaborato, responsabili del settore esecutivo e fallimentare e dei registri, nonché di vari magistrati attivi in ambito esecutivo e societario nel Canton Ticino.

- 1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?** La chiusura delle attività economiche ordinata dal Consiglio di Stato del Canton Ticino per la tutela della salute pubblica ha avuto e continua ad avere un impatto significativo sulle piccole e medie imprese (PMI) che in Ticino sono circa 23'000 (www.infopmi.ch). Per questo motivo, **le modifiche proposte vanno nella direzione auspicata dal Cantone Ticino**. In particolare, l'introduzione di una nuova moratoria Covid-19 permetterà di rispondere con la necessaria flessibilità alla difficile situazione economica, cosa che non è possibile secondo le regole attuali.
- 2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?** Per evitare un'ondata di fallimenti nei prossimi tempi derivante dall'applicazione dei parametri attuali dell'art. 725 cpv. 2 CO, **reputiamo più che auspicabile un'agevolazione per gli organi di quelle società fino a poche settimane fa economicamente "sane" ma che sono entrate in una situazione di sovraindebitamento in quest'ultimo periodo a seguito delle situazioni create dalla pandemia**. Riteniamo la misura proposta proporzionata, poiché da un lato agevola il consiglio d'amministrazione di società con concrete prospettive di risanamento entro i 6 mesi, e dall'altro protegge comunque i creditori, i quali si potranno semmai rivalersi sui membri del consiglio di amministrazione (azione di responsabilità) qualora questi ultimi eseguano un'analisi errata della situazione. Inoltre sarebbe solo controproducente per i creditori far fallire una società che si trova in una fase di indebitamento solo a causa del coronavirus e che si potrebbe poi riprendere (se la società fallisce adesso i creditori avrebbero un danno, mentre se ha la possibilità di andare avanti dopo la pandemia dovrebbe riprendersi e avere di nuovo la liquidità necessaria per pagare i propri creditori).
Annotiamo infine un aspetto sul quale il nostro Cantone è molto sensibile, sottolineando

Quanto alla formulazione della norma proposta, facciamo notare quanto segue: in primo luogo l'articolo proposto prevede il riferimento a un "debitore", quando invece l'articolo 725 CO si riferisce alla società anonima. Anche per una questione di uniformità, reputiamo che anche nella nuova norma si debba ritenere la società. Inoltre il capoverso 3 rinvia l'applicazione della norma per analogia anche alle altre forme societarie, così come già l'art. 725 CO. Il rinvio viene fatto indicando i capoversi 2 e 3. Questo rinvio è però incomprensibile e probabilmente erroneo, disponendo la norma di soli due capoversi ai quali rinviare.

Frida Andreotti

6501 Bellinzona

A collection of horizontal lines of varying lengths and positions, scattered across the page. The lines are blue and appear to be randomly placed, with some overlapping and others isolated. They vary in length from short segments to lines spanning most of the page width.

Von: [Andreotti Frida](#)
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: info@kkjpd.ch; [Gobbi Norman](#); [di-dg](#)
Betreff: STN Kt. TI 03.04.2020 URGENTE Consultazione pubblica - FRAGE 3
Datum: Freitag, 3. April 2020 13:16:24

Egregio Signor Scholl,
Gentili Signore, Egregi Signori,

Come indicatovi nella mia precedente comunicazione, di seguito la nostra presa di posizione quanto al quesito n. 3.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Le proposte di adeguamento della procedura concordataria sono accolte favorevolmente, con le seguenti osservazioni:

- Seguendo il parere della Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale di appello del Canton Ticino, condividiamo che la semplificazione puntuale della procedura concordataria e l'introduzione di una "moratoria Covid-19" offrono una **soluzione temporanea valida per limitare i fallimenti** di quelle società che si trovano in difficoltà in ragione dell'attuale situazione legata all'emergenza epidemiologica. Tuttavia, anche se la concessione delle moratorie concordatarie sarà facilitata, presuppone comunque per il richiedente di produrre un bilancio aggiornato, un conto economico e un piano di liquidità o altri documenti attestanti il loro stato patrimoniale e reddituale attuale e futuro e per il giudice quello di verificare la completezza della documentazione, di adottare i provvedimenti necessari a preservare il patrimonio del debitore e a designare, di principio, un commissario (art. 293a cpv. 1 e 293b cpv. 1 LEF). Parimenti, anche se la concessione della "moratoria Covid-19" sarà quasi automatica, essa presuppone comunque per le PMI l'obbligo di produrre i documenti giustificativi della propria situazione patrimoniale e reddituale e la lista dei loro creditori e per i tribunali di esaminare se la richiedente non presentava già un'eccedenza di debito il 31 dicembre 2019. **In una situazione di forte limitazione degli spostamenti e delle attività fuori casa, l'attuazione di tale soluzione appare oggi problematica soprattutto nel Canton Ticino dove sono in vigore delle norme restrittive anche in ambito economico, che hanno imposto delle limitazioni importanti alle attività economiche, come pure a quelle fornite dallo Stato. Ritenuto che le domande di moratoria dovrebbero essere trattate in un tempo breve per essere efficace, occorre non solo che i Tribunali del Canton Ticino siano organizzati per farvi fronte (e così sarà), ma che anche le società possano ottenere da terzi tutta la documentazione necessaria per le richieste.**
- **In sunto, il Canton Ticino reputa che per il nostro territorio le modifiche legislative proposte devono entrare in vigore nel nostro Cantone contemporaneamente a un allentamento delle misure di restrizione delle**

attività economiche e amministrative e degli spostamenti, stabilite e autorizzate dal Consiglio federale (cfr. Ordinanza COVID-19 2 – art. 7e).
Contestualmente a ciò, intendiamo postulare nuovamente al Consiglio federale l'autorizzazione alla sospensione ex art. 62 LEF.

- Tornando alle norme proposte, reputiamo che al fine di una certa unità di applicazione della norma a livello svizzero da parte del giudice, è auspicabile, nei materiali di accompagnamento, prevedere una spiegazione delle nozioni di “indispensabile” di cui al punto 1.3, Annexe 3, e “indebitamento” di cui al punto 2.1, Annexe 3. A nostro avviso, la nozione di indebitamento dovrebbe comprendere i debitori nei confronti dei quali è già stata spiccata una comminatoria di fallimento e quindi sarebbero stati colpiti da una procedura di fallimento indipendentemente dalla esplosione della pandemia.
- Per chiarezza andrebbe modificato l'**art. 285 cpv. 3 LEF** per **includere tra gli atti non revocabili i pagamenti di nuovi debiti** (successivi alla concessione della moratoria) da parte del debitore (cfr. Annexe 3 ad 2.8).

A disposizione telefonicamente per tutti i chiarimenti del caso.
Con i nostri migliori saluti.

Frida Andreotti

Direttrice della Divisione della giustizia

Dipartimento delle istituzioni

Divisione della giustizia

Residenza governativa

6501 Bellinzona

tel 091/814.32.20

fax 091/814.47.72

Da: Andreotti Frida

Inviato: venerdì, 3 aprile 2020 11:59

A: 'Michael.Schoell@bj.admin.ch' <Michael.Schoell@bj.admin.ch>;
'david.rueetschi@bj.admin.ch' <david.rueetschi@bj.admin.ch>; 'nicholas.turin@bj.admin.ch'
<nicholas.turin@bj.admin.ch>; 'samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch'
<samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch>; 'caroline.wirdmer@bj.admin.ch'
<caroline.wirdmer@bj.admin.ch>; 'sibyll.walter@bj.admin.ch' <sibyll.walter@bj.admin.ch>

Cc: 'info@kkjpd.ch' <info@kkjpd.ch>; Gobbi Norman <norman.gobbi@ti.ch>; 'di-dg@ti.ch' <di-dg@ti.ch>

Oggetto: R: DRINGEND: URGENTE Consultazione pubblica - FRAGEN 1 und 2

Priorità: Alta

Egregio Signor Scholl,
Gentili Signore, Egregi Signori,

Il Canton Ticino ringrazia l'Ufficio federale di giustizia per la possibilità data di esprimersi in merito alle modifiche legislative proposte e **saluta positivamente le modifiche legislative da voi proposte in ambito di diritto esecutivo e societario**, in quanto le stesse vanno a sostegno del tessuto economico e sociale, duramente colpito dalla pandemia in corso. Il nostro territorio risulta infatti tra i più colpiti dall'emergenza sanitaria, che senza i correttivi proposti rischia di tramutarsi in un'emergenza economica e sociale. Lo stato di necessità decretato dal Consiglio di Stato del Canton Ticino l'11 marzo 2020 e la conseguente chiusura di tutte le attività economiche e produttive, a tutela della salute pubblica, ha messo in serie difficoltà molti cittadini ticinesi, siano essi dipendenti, titolari di aziende o di commerci colpiti dalle

misure restrittive in atto.

In questo primo e-mail, vi trasmettiamo la presa di posizione ai quesiti 1 e 2. Segue entro un'ora, la presa di posizione al quesito 3..

Alla presente hanno collaborato, responsabili del settore esecutivo e fallimentare e dei registri, nonché di vari magistrati attivi in ambito esecutivo e societario nel Canton Ticino.

1. **Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im**

Gesellschafts- und Betreibungsrecht? La chiusura delle attività economiche ordinata dal Consiglio di Stato del Canton Ticino per la tutela della salute pubblica ha avuto e continua ad avere un impatto significativo sulle piccole e medie imprese (PMI) che in Ticino sono circa 23'000 (www.infopmi.ch). Per questo motivo, **le modifiche proposte vanno nella direzione auspicata dal Cantone Ticino**. In particolare, l'introduzione di una nuova moratoria Covid-19 permetterà di rispondere con la necessaria flessibilità alla difficile situazione economica, cosa che non è possibile secondo le regole attuali.

2. **Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der**

Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? Per evitare un'ondata di fallimenti nei prossimi tempi derivante dall'applicazione dei parametri attuali dell'art. 725 cpv. 2 CO, **reputiamo più che auspicabile un'agevolazione per gli organi di quelle società fino a poche settimane fa economicamente "sane" ma che sono entrate in una situazione di sovra-indebitamento in quest'ultimo periodo a seguito delle situazioni create dalla pandemia**. Riteniamo la misura proposta proporzionata, poiché da un lato agevola il consiglio d'amministrazione di società con concrete prospettive di risanamento entro i 6 mesi, e dall'altro protegge comunque i creditori, i quali si potranno semmai rivalersi sui membri del consiglio di amministrazione (azione di responsabilità) qualora questi ultimi eseguano un'analisi errata della situazione. Inoltre sarebbe solo controproducente per i creditori far fallire una società che si trova in una fase di indebitamento solo a causa del coronavirus e che si potrebbe poi riprendere (se la società fallisce adesso i creditori avrebbero un danno, mentre se ha la possibilità di andare avanti dopo la pandemia dovrebbe riprendersi e avere di nuovo la liquidità necessaria per pagare i propri creditori).

Annotiamo infine un aspetto sul quale il nostro Cantone è molto sensibile, sottolineando che ben comprendiamo che la norma proposta ha lo scopo di aiutare i debitori virtuosi e non quelli già in procinto di fallire (e che fallirebbero in ogni caso e per il quali un allentamento degli obblighi costituisce un regalo inaspettato, anche se solo temporaneo): nell'attuazione della nuova norma reputiamo possano sorgere delle difficoltà per la verifica di eventuali abusi, che sarebbero favoriti dalla sospensione della responsabilità degli amministratori durante il periodo 1 gennaio 2020 fino alla revoca delle misure, rispettivamente ancora nei sei mesi successivi. Su questo punto particolare, il nostro Cantone sarà particolarmente attento.

Quanto alla formulazione della norma proposta, facciamo notare quanto segue: in primo luogo l'articolo proposto prevede il riferimento a un "debitore", quando invece l'articolo 725 CO si riferisce alla società anonima. Anche per una questione di uniformità, reputiamo che anche nella nuova norma si debba ritenere la società. Inoltre il capoverso 3 rinvia l'applicazione della norma per analogia anche alle altre forme societarie, così come già l'art. 725 CO. Il rinvio viene fatto indicando i capoversi 2 e 3. Questo rinvio è però incomprensibile e probabilmente erroneo, disponendo la norma di soli due

Come detto, entro un'ora vi trasmetteremo la nostra presa di posizione al quesito n. 3.
Vi ringrazio,
Frida Andreotti

6501 Bellinzona

This image shows a single sheet of white paper with horizontal blue lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are approximately 20 lines visible. The paper is slightly off-center against a black background.

Von: [ayoub Catherine](#)
An: [Walter Sibyll B.J](#)
Cc: [Métraux Béatrice](#); [Roger Schneeberger \(roger.schneeberger@kkjpd.ch\)](#); [Blaise Pequignot \(Blaise.Pequignot@fr.ch\)](#)
Betreff: STN Kt. VD 03.04.2020 Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen
Datum: Freitag, 3. April 2020 13:46:02

Chère Madame,

Nous vous remercions d'avoir consulté le canton de Vaud via la CCDJP.

Vous trouverez ci-dessous nos déterminations sur ce sujet :

La proposition de suspendre partiellement les obligations découlant de l'art. 725 CO paraît adaptée à la situation particulière liée au COVID 19.

Toutefois, la modification de la procédure concordataire dans la LP et l'introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement pour les PME nous paraît être des mesures pouvant entraîner des difficultés.

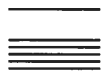
En effet, la procédure concordataire est particulièrement lourde et complexe. Même sous une forme simplifiée, elle risque d'engorger les tribunaux qui auraient la charge de suivre ces procédures. Le nouveau texte de loi prévoit qu'en principe, il n'y aurait pas lieu de nommer un commissaire. Au vu de la complexité de la procédure, nous émettons des doutes sur le fait qu'un "simple" administrateur ou directeur soit à même d'appréhender les particularités pratiques et juridiques d'une telle procédure. Peut-être que ces difficultés conduiront à une utilisation très restreinte de cette nouvelle procédure.

Nous émettons également des doutes quant à la question des dettes nées durant le sursis car elles seront considérées comme des dettes de la masse dans une éventuelle faillite subséquente.

En vous remerciant de prendre note de ce qui précède, je vous adresse mes meilleurs messages



Catherine Ayoub - Secrétaire générale adjointe
Département de l'environnement et de la sécurité (DES)
Secrétariat général
Château cantonal - 1014 Lausanne
Tel. : +41 21 316 40 08
catherine.ayoub@vd.ch - www.vd.ch/dis



Sicherheitsdirektion, Postfach, 6301 Zug

Nur per E-Mail

Bundesamt für Justiz
Direktionbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

T direkt +41 41 728 50 23
michael.siegrist@zg.ch
Zug, 3. April 2020 SIMC
SD SDS 7.11 / 263

**Stellungnahme der Sicherheitsdirektion des Kantons Zug zur öffentlichen Konsultation:
Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit E-Mail vom 1. April 2020 an die KKJPD haben Sie die Kantone zur Stellungnahme in rubrizierter Angelegenheit bis 3. April 2020, 12.00 Uhr, eingeladen. Nach Durchführung eines internen Mitberichtsverfahrens beim Obergericht und der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zug machen wir von dieser Möglichkeit gerne Gebrauch.

Sie unterbreiten uns drei Fragen, zu welchen wir uns wie folgt äussern:

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Angesichts des Ausmasses der negativen Auswirkungen der Coronakrise auf die Wirtschaft ist zu befürchten, dass in absehbarer Zeit über tausende Unternehmen der Konkurs eröffnet werden müsste. Die gesamtwirtschaftlichen Folgen wären gravierend: Gläubiger müssten sehr hohe Forderungsverluste hinnehmen, die Arbeitslosigkeit würde stark ansteigen, Produktionsketten könnten ins Stocken geraten, weil gewisse Produkte nicht mehr hergestellt würden, und ganze Wirtschaftsbereiche wären bedroht.

Die derzeitigen Instrumente im Gesellschafts- und Konkursrecht waren bis anhin grundsätzlich sehr gut und genügend. Diese Instrumente genügen jedoch in der derzeitigen ausserordentlichen Situation nicht, um Unternehmen davor zu schützen, in eine Konkursituation zu geraten. Es ist daher dringend angezeigt und sehr zu begrüßen, dass im Sinne von Notrecht im Gesellschaftsrecht Anpassungen vorgenommen werden sollen. Auch Anpassungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht können unseres Erachtens sinnvoll sein. Die konkret vorgeschlagenen Anpassungen lehnen wir indes ab, wie wir nachfolgend darlegen.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung teilweise auszusetzen?

Wir unterstützen den Vorschlag, die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung teilweise auszusetzen. Der Vorschlag berücksichtigt unseres Erachtens sowohl die Interessen der in Schwierigkeiten geratenen Unternehmen als auch die Interessen der Gläubiger.

Zusätzlich stellen wir folgenden Antrag:

Alle Unternehmen, denen ein Darlehen für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung gewährt wurde, werden für einen Zeitraum von drei Monaten ab dem Zeitpunkt der Gewährung des Darlehens von den Verpflichtungen gemäss Art. 725 Abs. 2 OR entbunden.

Begründung:

Die COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung hat zum Ziel, dass Unternehmen und Selbständigerwerbende nicht infolge Corona-bedingter Liquiditätsengpässe in den Konkurs getrieben werden. Mit den gewährten Krediten sollen gemäss den Erläuterungen zur COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung die Fixkosten eines Unternehmens von etwas mehr als drei Monaten finanziert werden können. Mit dem Antrag zur Kreditgewährung müssen die Unternehmen diverse Voraussetzungen erfüllen, die auch im Zusammenhang mit der Sistierung des Art. 725 Abs. 2 OR gefordert sind. Es darf zudem nach Treu und Glauben angenommen werden, dass diese Unternehmen davon ausgehen, dass sie nach der Coronakrise wieder finanziell gesunden. Somit erfüllen diese Unternehmen, die einen COVID-19-Kredit erhalten, alle Kriterien gemäss Art. 725 Abs. 2 OR. Werden für diese Gesellschaften die Pflichten von Art. 725 Abs. 2 OR sistiert, so geht nichts verloren. Die Unternehmen gewinnen aber an Sicherheit und sie werden von administrativem Aufwand entlastet.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Antrag:

Auf die Anpassung des Nachlassverfahrens im SchKG und auf die Einführung eines zusätzlichen einfachen Stundungsverfahrens für KMU ist zu verzichten.

Begründung:

Unseres Erachtens sind die Vorschläge gemäss Beilage 3 vom 1. April 2020 unausgegoren und schaffen weit mehr Probleme als sie lösen. Im Nachlassrecht geht es nicht nur um Schuldnerschutz, sondern insbesondere auch um Gläubigerschutz. Dieser ist mit den vorgeschlagenen

nen Anpassungen nicht gewährleistet. Folgende Gründe sprechen gegen die vorgeschlagenen Anpassungen:

1. Das bestehende Institut der Nachlassstundung nach Art. 293 ff. SchKG hat sich bewährt. Es ist niederschwellig ausgestaltet und eignet sich auch für KMU. Die provisorische Stundung wird nur dann nicht bewilligt, wenn offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht.
2. Der vorgesehene Verzicht auf die Prüfung der Sanierungsfähigkeit des Schuldners führt nicht zu einer nennenswerten Entlastung der Gerichte. Eine Verlängerung der Dauer der provisorischen Stundung auf sechs Monate ist nicht erforderlich. Die vorgesehene Auflösung von Dauerschuldverhältnissen beeinträchtigt die Rechtssicherheit. Es stellt sich auch die Frage, wie die Höhe der Entschädigung der Gegenpartei bestimmt werden soll.
3. Die Ansicht, dass anders als bei der Nachlassstundung (Art. 293b Abs. 1 und Art. 295 SchKG) bei der COVID-19-Stundung grundsätzlich auf die Bestellung eines Sachwalters zu verzichten ist, ist realitätsfremd. Nachlassstundungen funktionieren ohne Sachwalter nicht. In aller Regel ist auch aus Gründen des Gläubigerschutzes ein Sachwalter zu bestellen. Es besteht ansonsten ein nicht zu vernachlässigendes Missbrauchspotential. Wenn aber eine grosse Anzahl KMU die COVID-19-Stundung beanspruchen würden, ist fraglich, ob die Verhältnisse bei diesen KMU «überschaubar» sind. Diese Annahme des Gutachters RA Lorandi (vgl. Beilage 4 RZ 6 und 78) ist spekulativ.
4. Es wird ausgeführt, das Verfahren und die Anforderungen an die Stundung seien bewusst sehr einfach gehalten, damit eine möglichst grosse Zahl von Unternehmen davon Gebrauch machen könnten. Da wie erwähnt praxisgemäss in jeder Stundung ein Sachwalter einzusetzen ist, werden genügend qualifizierte Personen für die Übernahme eines Sachwaltermandates fehlen.
5. Weitere Schwierigkeiten bereiten dürfte in der Praxis auch die Prüfung der Voraussetzung, dass das gesuchstellende Unternehmen «am 31. Dezember 2019 nicht bereits überschuldet war». Die Erfahrung zeigt, dass Klein- und Kleinstunternehmen, für welche diese COVID-19-Stundung auch vorgesehen sein soll, oftmals bloss über «handgestrickte» bzw. rudimentäre Buchhaltungen verfügen, weshalb eine zuverlässige Beurteilung der Überschuldung per 31. Dezember 2019 aufwändig werden kann.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Anträge und Bemerkungen.

Freundliche Grüsse
Sicherheitsdirektion



Beat Villiger
Regierungsrat

Verteiler per E-Mail:

- Michael Schöll (michael.schoell@bj.admin.ch)
- David Rüetschi (david.rueetschi@bj.admin.ch)
- Nicholas Turin (nicholas.turin@bj.admin.ch)
- Samuel Krähenbühl (samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch)
- Caroline Widmer (caroline.widmer@bj.admin.ch)
- Sibyll Walter (sibyll.walter@bj.admin.ch)
- Obergericht des Kantons Zug (felix.ulrich@zg.ch)
- Volkswirtschaftsdirektion (info.vd@zg.ch)

Von: pia.vonwartburg@ji.zh.ch
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: jacqueline.fehr@ji.zh.ch; susanna.staehelin@ji.zh.ch; lukas.geissmann@ds.zh.ch; beat.kaempfen@gerichte-zh.ch
Betreff: STN Kt. ZH 03.04.2020 Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen
Datum: Freitag, 3. April 2020 11:47:27
Anlagen: [Stellungnahme Obergericht.doc](#)
[KRIPO_Vnl_Erleichterungen_für_bedrohte_Unternehmen.pdf](#)
[Stellungnahme_Konsultationsschreiben_STA.ZH_02042020.pdf](#)
Dringlichkeit: Hoch

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihre Email vom 1. April 2020 in oben erwähnter Angelegenheit. Namens und im Auftrag von Regierungsrätin Jacqueline Fehr, können wir zu den einzelnen Fragen grundsätzlich wie folgt Stellung nehmen:

1. Zum Grundsatz. Sehen Sie grundsätzlich notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht? Die Notwendigkeit zur Ergreifung entsprechender Massnahmen wird anerkannt und die vorgeschlagenen Massnahmen werden im Grundsatz begrüsst. Allerdings gilt es auch, Missbrauch wenn möglich zu verhindern bzw. potenzielle Konkursmissbrauchsunternehmungen herauszufiltern.

Richtig ist sodann u.E., dass nur ein kurzer Rechtsstillstand bis 19.4.2020 (inkl. ordentliche Oster-Betreibungsferien) vertretbar ist. *Ab dem 19.4. braucht es gezielte Massnahmen und der Verzicht auf einen weiterführenden Rechtsstillstand ist somit zu begrüssen.*

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19 Verordnung 2 teilweise auszusetzen? Dem Bestreben, nur die wirtschaftlichen Corona-Opfer und nicht die Schuldner insgesamt zu entlasten, ist uneingeschränkt zuzustimmen. Weiter ist die Grundidee richtig, Unternehmungen, die pandemiebedingt insolvent wurden, temporär von der Bilanzdeponierungspflicht zu entlasten (als Filterkriterium bietet sich z.B. an, zu prüfen, ob eine Unternehmung am Stichtag über Sozialversicherungs-Ausstände verfügte). Es fragt sich allerdings, ob zur Verhinderung von Missbrauchsfällen nicht an der Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz sowie der Revision der Zwischenbilanz bei einer Überschuldung festgehalten werden soll.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? Das Bestreben, ein für die aktuelle Situation spezielles Instrument zu schaffen, ist im Grundsatz zu begrüssen. Die vorgeschlagenen Anpassungen im SchKG erscheinen zur temporären Konkursverhinderungen angezeigt und sind auch aus strafrechtlicher Sicht vertretbar. Da es aber, wie im Konzeptpapier festgehalten wird, kaum möglich sein wird, ex ante schutzwürdige von schutzunwürdigen Unternehmungen zu unterscheiden, führt dies unter vollstreckungsrechtlichen Aspekten zu einem faktischen Verzicht, pandemiebedingte Liquiditätsengpässe von sonstigen Unternehmenskrisen abzugrenzen.

FAZIT: Die Stossrichtung der Vorlage wird grundsätzlich begrüsst. Unseres Erachtens mangelt es aber an einer wirksamen Abgrenzung von schutzwürdigen und schutzunwürdigen Unternehmen. Und festzuhalten ist auch, dass für die schnelle Bearbeitung der vielen neuen COVID-19-Stundungsverfahren voraussichtlich entsprechende zusätzliche Personalressourcen (RichterInnen, GerichtsschreiberInnen, kaufmännisches Personal) zur Verfügung gestellt werden müssen.

Angesichts der äusserst kurz bemessenen Frist war eine weitergehende Konsolidierung nicht möglich, weshalb wir im Einzelnen auch auf die Stellungnahmen des Obergerichts des Kantons Zürich, der Staatsanwaltschaften des Kantons Zürich, sowie der Kantonspolizei des Kantons Zürich verweisen (vgl. Anhang).

Freundliche Grüsse
Pia von Wartburg

Kanton Zürich
Direktion der Justiz und des Innern
Generalsekretariat
Stabs- und Rechtsdienst
Abteilung Justiz

Pia von Wartburg
lic. iur. et lic. phil. I, Rechtsanwältin
Juristische Sekretärin mbA
Neumühlequai 10
8090 Zürich
Telefon +41 43 259 25 33
pia.vonwartburg@ji.zh.ch
www.ji.zh.ch

Obergericht des Kantons Zürich

Präsidium



Hirschengraben 13/15
Postfach, 8021 Zürich
Telefon 044 257 91 91

Direktion der Justiz des Kantons
Zürich
Neumühlequai 10
Postfach
8090 Zürich

Zürich, den 2. April 2020

Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen

Sehr geehrte Frau Regierungsrätin

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns in dieser Sache äussern zu können, und nehmen dazu gerne wie folgt Stellung.

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Aufgrund der sich abzeichnenden grossen finanziellen Schwierigkeiten verschiedener Unternehmen infolge der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus, erachten wir den notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht als gegeben. Die im Gutachten und im Konzeptpapier dargelegten Vorschläge sind aus gerichtlicher Sicht durchdacht und erscheinen sinnvoll.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

a) Zwei Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Überschuldung sollen sistiert werden: Die Prüfung der Zwischenbilanz durch einen zugelassenen Revisor einerseits und die Benachrichtigung des Richters (wenn sich aus der Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind) andererseits. Zweiteres, die Benachrichtigung des Richters kann nach dem vorgeschlagenen Art. X Abs. 1 der Verordnung unterbleiben, wenn die Gesellschaft am 31.12.2019 noch nicht überschuldet war und wenn begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert 6 Monaten nach der Aufhebung der Massnahmen gemäss COVID-Verordnung behoben werden kann.

b) Für die Sistierung der Pflicht, die Zwischenbilanz durch den Revisor prüfen zu lassen, sollten wohl dieselben Voraussetzungen gelten. Das könnte der Klarheit halber in Abs. 2 eingefügt werden.

c) Eine weitere Unklarheit ergibt sich aus dem Kommentar zu dieser Bestimmung, wonach unter "Aufhebung der Massnahmen gemäss COVID-Verordnung" auch die schrittweise Aufhebung fällt. Hier könnte es zu Unklarheiten kommen und man kann sich fragen, welche Schritte gemeint sind und welcher Zeitpunkt - sinnvollerweise braucht es den Bezug der Lockerungsschritte zur konkreten Unternehmung, d.h. es muss darum gehen, dass die Überschuldung sich beseitigen lässt, wenn die Unternehmung ein halbes Jahr ohne wesentliche Einschränkungen ihrer Geschäftstätigkeit nachgehen kann.

Es könnte daher präzisiert werden, dass sich die 6 Monate ab dem Zeitpunkt verstehen, ab welchem die (teilweise oder vollständige) Aufhebung der Einschränkungen aufgrund der COVID-19-Erlasse die Geschäftstätigkeit "im Wesentlichen" wieder zulässt.

Auch eine solche Formulierung wird in der Praxis allerdings zu heiklen Abgrenzungsfragen führen, wie es sich etwa verhält, wenn der Geschäftsbetrieb ab einem Zeitpunkt mit Einschränkungen wieder aufgenommen werden kann, z.B. in der Gastronomie, wenn Lokale wieder öffnen dürfen, aber Abstandsvorschriften und Beschränkungen der Besucherzahl gelten. Es fragt sich daher, ob die Angabe eines fixen Datums (wie in anderen COVID-19-Massnahmen) praktikabler wäre. Nötigenfalls könnte man die Regelung (wie etwa bei der Stundungsdauer, vgl. Beilage 3, Ziff. 2.2) zu einem späteren Zeitpunkt anpassen. Geht man davon aus, dass die Massnahmen nach dem 30. Mai 2020 weitgehend gelockert werden können, könnte man als Datum den 30. November 2020 angeben und Abs. 1 so formulieren:

"(...) wenn begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung bis am 30. November 2020 behoben werden kann."

d) Die Benachrichtigung des Richters kann unterbleiben, wenn begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann. Beim Terminus "begründete Aussicht" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher in der Praxis - insbesondere auch bei den von der persönlichen Haftung betroffenen Organen - zu einer Rechtsunsicherheit führt, da nicht abgeschätzt werden kann, ob die vom Organ vorgenommene, günstige Prognose einer gerichtlichen Überprüfung standhalten würde. Dieser Umstand wird wohl dazu führen, dass ein Grossteil der betroffenen Unternehmen - unabhängig davon, ob sie eine Stundung effektiv benötigen - die neue COVID-19 Stundung beantragen werden, um dadurch - ohne die Unsicherheit der begründeten Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung - ihre Pflichten gemäss Art 725 Abs. 2 OR zu erfüllen und der persönlichen Haftung zu entgehen (vgl. Beilage 3, Ziff. 2.3). Falls man dies vermeiden möchte, müsste der Begriff aus Abs. 1 gestrichen werden, womit die Benachrichtigung des Richters im Falle einer Überschuldung auch ohne begründete Aussicht auf deren Behebung unterbleiben könnte.

e) In Art. X Abs. 3 dürfte sich ein Versehen eingeschlichen haben. Korrekt müsste es heissen:

"³Die Absätze 1 und 2 (statt 2 und 3) gelten sinngemäss für alle Rechtsformen, die einer gesetzlichen Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und bei Überschuldung unterstehen."

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

3.1. Vorbemerkungen

a) Beizupflichten ist der Feststellung, dass der Rechtsstillstand nicht verlängert bzw. ab dem 20. April 2020 nicht erneut angeordnet werden sollte.

b) Den Feststellungen zu den Nachteilen der Notstundung im Gutachten Lorandi ist vollumfänglich zuzustimmen (S. 14 ff.). Als weiterer Nachteil ist zu erwähnen, dass bei einer Notstundung das Gericht zwingend eine Verhandlung durchzuführen hat und dazu die Gläubiger i.d.R. öffentlich vorzuladen sind (Art. 339 SchKG). Dies im Gegensatz zur Gewährung der provisorischen Nachlassstundung bzw. der COVID-19-Stundung, bei welcher keine Verhandlung gesetzlich vorgesehen ist. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb in Krisenzeiten das rechtliche Gehör der Gläubiger erweitert wird. Dies führt zu einer nicht unwesentlichen Verzögerung und Verkomplizierung des Verfahrens. Die provisorische Nachlassstundung wird in der Praxis innert weniger Tage nach Eingang des Gesuchs bewilligt.

c) Ebenfalls zuzustimmen ist der Schaffung eines einfachen Verfahrens, mit welchem eine zeitlich befristete Stundung herbeigeführt werden kann. Die vorgeschlagenen Anpassungen sind daher in dieser besonderen Situation im Wesentlichen zu begrüßen.

3.2. Zu Beilage 3, Ziffer 1.1

Die hier thematisierte Entlastung der Gerichte durch den Verzicht auf die Prüfung der Sanierungsfähigkeit erscheint nicht als notwendig. Ein (wie auch unter geltendem Recht) rudimentärer Sanierungsplan reicht aus und kann vom Gericht auch rasch geprüft werden. Insbesondere bei grösseren Unternehmungen ist ein Sanierungsplan weiterhin angezeigt.

3.3. Zu Beilage 3, Ziffer 1.2

Die Verlängerung der Dauer der provisorischen Nachlassstundung wird begrüsst.

3.4. Zu Beilage 3, Ziffer 1.3

a) Richtigerweise ist Art. 296b Buchstabe a SchKG entsprechend zu ergänzen (vgl. auch Gutachten Lorandi, Rz. 110).

b) Die COVID-19-Stundung, wie das Gutachten Lorandi sie empfiehlt, sieht eine Karenzfrist "nach hinten" vor, gemäss welcher auch Forderungen, die nach Bewilligung der Stundung, aber vor dem 30. Mai 2020 entstehen, von der Stundung umfasst sind (vgl. Gutachten Lorandi, Rz. 91, sowie die nachfolgenden Bemerkungen zu Ziff. 2.6). Aus unserer Sicht ist unklar, wieso auf eine entsprechende Anpassung auch für das modifizierte allgemeine Nachlassverfahren verzichtet worden ist.

3.5. Zu Beilage 3, Ziffer 1.4

Es fragt sich, ob diese Erleichterung erforderlich ist, und sie ist mit dem erheblichen Eingriff abzuwägen, den sie für die Vertragspartner darstellt. Die Begründung in Rz. 111 des Gutachtens Lorandi mit dem Hinweis auf die Botschaft aus dem Jahr 2020 ist nicht zwingend. Es ist fraglich, ob die aktuelle Ausnahmesituation begründeten Anlass gibt, die entsprechende parlamentarische Ergänzung rückgängig zu machen.

3.6. Zu Beilage 3, Ziffer 2.1

a) Abs. 1: Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Stundung nur auf die der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner begrenzt wird. Was ist z.B. mit dem Coiffeur, der nicht im Handelsregister eingetragen ist? Was ist mit den sog. freien Berufen? Es sollten alle Schuldner, welche im weitesten Sinne ein Geschäft betreiben, von der Stundung Gebrauch machen dürfen. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, die COVID-19-Stundung auf die konkursfähigen Schuldner zu begrenzen. Hinzu kommt, dass es in der Praxis auch viele kleine Unternehmen gibt, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, obwohl sie dazu verpflichtet wären. Auch diese Unternehmen wären in Anwendung von Art. 39 SchKG von der COVID-19-Stundung ausgeschlossen.

b) Abs. 1: Das Gutachten Lorandi (N 86) spricht davon, dass der Schuldner plausibel machen müsse, dass er vorgängig rentabel bzw. nicht überschuldet gewesen sei. Zur Präzisierung sollte im Kommentar festgehalten werden, dass das Gericht nur prüfen muss, dass der Schuldner per 31.12.2019 nicht überschuldet war.

c) Abs. 2: Da der Schuldner nachweisen muss, dass er per 31.12.2019 nicht überschuldet war, ist mit dem Stundungsgesuch zwingend eine Bilanz per Ende 2019 einzureichen. Dies sollte hier explizit festgehalten werden. Es kann nicht Sache der Nachlassgerichte sein, anhand anderer Unterlagen zu prüfen, ob der Schuldner per 31.12. 2019 überschuldet war. Abs. 2 ist daher wie folgt anzupassen:

"²Der Schuldner hat mit einem Gesuch die Bilanz per 31. Dezember 2019 sowie die erforderlichen Nachweise über seine aktuelle Vermögenslage zu erbringen und ein Verzeichnis seiner Gläubiger einzureichen."

d) Abs. 4 (recte wohl 3): Korrekt wäre wohl Abs. 3 statt Abs. 4. Zudem kann es nicht Aufgabe des Nachlassgerichtes sein zu prüfen, ob die genannten Schwellenwerte nicht erfüllt sind. Die Schuldner müssen verpflichtet werden, die erforderlichen Nachweise zusammen mit dem Gesuch einzureichen.

3.7. Zu Beilage 3, Ziffer 2.2

Abs. 1 ist dahingehend zu ergänzen, dass eine Verlängerung der Stundung nur auf Antrag hin erfolgen kann:

"¹Das Gericht kann die Stundung auf Antrag einmalig um höchstens weitere drei Monate verlängern"

3.8. Zu Beilage 3, Ziffer 2.4

a) Aus Sicht des Nachlassgerichts ist es wichtig, dass die Einsetzung eines Sachwalters die Ausnahme bleibt. Einerseits verteuern diese das Verfahren deutlich und andererseits ist damit für das Gericht ein deutlicher Mehraufwand verbunden (Auswahl, Prüfung der Eignung, Genehmigung Honorar).

b) Die Empfehlungen aus dem Gutachten Lorandi betreffend die Gerichts- und Sachwalterkosten wurden nicht übernommen (Gutachten N 114 ff.). Es wäre sinnvoll, dass der Bund die Kosten übernimmt oder jedenfalls dafür bürgt. Wichtig ist, dass das Nachlassgericht rasch entscheiden kann und keinen Vorschuss für die Gerichts- und allfälligen Sachwalterkosten verlangen muss.

3.9. Zu Beilage 3, Ziffer 2.5

a) Aus dem Publikationstext muss ersichtlich sein, dass es sich um eine COVID-19-Stundung handelt. Das SHAB hat eine entsprechende "Maske" zur Verfügung zu stellen.

b) Die Entscheide über den Verzicht auf die Publikation verkomplizieren die Verfahren. Es wäre daher zu begrüßen, wenn alle Bewilligungen von COVID-19-Stundungen publiziert werden müssten. In der momentanen Zeit ist es ohnehin notorisch, dass die meisten Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten sind, so dass eine Publikation mit keinen erheblichen Nachteilen verbunden wäre.

Falls dennoch am Verzicht auf die Publikation in begründeten Fällen festgehalten wird, sollten die Gerichte entsprechende Auslegungshilfen erhalten, da davon

auszugehen ist, dass die meisten Schuldner einen entsprechenden Antrag stellen dürften.

3.10. Zu Beilage 3, Ziffer 2.6

a) Im Grundsatz erfasst die Stundung nur die vor ihrer Bewilligung entstandenen Forderungen. Als Erleichterung soll demgegenüber die COVID-19-Stundung, wie das Gutachten Lorandi sie vorschlägt, auch Forderungen erfassen, die nach der Bewilligung der Stundung, aber bis zum 30. Mai 2020 entstehen (Gutachten Lorandi, Rz. 91). Das stellt keine Karenzfrist dar, um das Verfahren einzuleiten, sondern (wie schon erwähnt) eher eine Karenzfrist "nach hinten", in dem Sinn, dass auch nach der Stundung entstehende Forderungen bis zum erwähnten Zeitpunkt auch noch von ihr erfasst sind, wenn die Stundung vor dem 30. Mai 2020 erfolgt.

Der Klarheit halber könnte die Bestimmung etwa wie folgt angepasst werden:

"Die Wirkungen der Stundung erfassen sämtliche Forderungen gegen den Schuldner, welche vor der Bewilligung der Stundung entstanden sind, sowie – wenn die Stundung vor dem 30. Mai 2020 bewilligt wird – die bis zu diesem Datum noch entstehenden Forderungen."

Die Angaben auf S. 6 des Konzeptpapiers und im Kommentar zu Ziff. 2.8 wären dahingehend zu ergänzen, dass Forderungen, die vor Bewilligung der Stundung entstanden, sowie (allenfalls) Forderungen, die danach, aber noch vor dem 30. Mai 2020 entstehen, von der Stundung umfasst sind.

b) Da der Mai 31 Tage hat, ist für uns nicht ersichtlich, warum nur Forderungen, welche bis zum 30. Mai 2020 entstanden sind, von der Stundung erfasst werden sollen.

3.11. Zu Beilage 3, Ziffer 2.10

Aufgrund des Verweises auf das Gutachten Lorandi, Rz. 94, fragt sich, ob hier ein Versehen vorliegt. Das Gutachten Lorandi empfiehlt zu Recht an der zitierten Stelle, die Rechtsmittelordnung an Art. 293d SchKG zur provisorischen Stundung

anzulehnen, so dass die Bewilligung der Stundung nicht anfechtbar wäre (sondern nur deren Verweigerung).

3.12. Zu Beilage 3, Ziffer 2.12

a) Es könnte eine Verdeutlichung Sinn machen, wie es sich mit den während der Stundung eingegangenen Verpflichtungen allgemein verhält, wenn kein Sachwalter bestellt wird. Das sollte gemäss Ziff. 2.4 und dem Kommentar dazu die Regel sein. Es ist anzunehmen, dass die COVID-19-Stundung als niederschwellige Stundung für KMU's diese Wirkung in der Regel (d.h. ohne Sachwalter) nicht hat. In diesem Fall hat die Frage, ob die Forderung vor oder nach der Bewilligung der Stundung entstand, für die Ansprüche im Nachlassvertrag und im Konkurs keine Wirkung. Das würde mit der Angabe im Konzeptpapier übereinstimmen, dass die COVID-19-Stundung (anders als die Nachlassstundung im Allgemeinen) nicht das Ziel eines Nachlassvertrags hat.

b) Die Unterscheidung (COVID-19-Stundung mit oder ohne Sachwalter) erscheint uns problematisch. Die Übernahme dieser Bestimmung aus dem gewöhnlichen Stundungsrecht (Art. 310 Abs. 2 SchKG) könnte dazu führen, dass viele Schuldner den Antrag stellen, es sei ein Sachwalter zu bestellen bzw. dass sie von Gläubigerseite zu einem entsprechenden Antrag gedrängt werden, damit die neuen Verpflichtungen als Massenverbindlichkeiten gelten. Wie unter Ziffer 2.4 ausgeführt sollte aber gerade verhindert werden, dass Sachwalter eingesetzt werden. Daher ist diese Bestimmung zu streichen.

3.13. Zu Beilage 3, Ziffer 3.2

Die Angabe im Kommentar "passt" direkt auf die Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG. Sollen dennoch auch alle anderen Anfechtungstatbestände ausgeschlossen sein? An die Stelle der Schenkungsanfechtung nach Art. 286 SchKG tritt wohl die Haftung für zweckwidrige Verwendung des Darlehens nach Ziff. 3.1, und dasselbe könnte auch für den Tatbestand der Überschuldungsanfechtung nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG gelten. Allerdings besteht die Haftung für zweckwidrige Verwendung des Darlehens (anders als die aktienrechtliche Ver-

antwortlichkeit) den Aktionären gegenüber nicht. Man kann sich fragen, ob es richtig ist, den Aktionären diesen Schutz gänzlich zu entziehen (auch wenn sie durch die zweckwidrige Verwendung der Darlehen nicht direkt geschädigt werden).

Wir bitten Sie höflich um Berücksichtigung dieser Ausführungen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Obergericht des Kantons Zürich
Der Obergerichtspräsident:

Der Generalsekretär-Stv.:

lic. iur. M. Burger

lic. iur. B. Kämpfen

Kommandant

2. April 2020

An Generalsekretariat DS

Vernehmlassung zu vom Bundesrat geprüften Massnahmen für im Zuge der Corona-Pandemie betroffene Unternehmen

Die vorliegende Stellungnahme erfolgt im Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich.

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Grundsätzliche Überlegungen zu den vorgeschlagenen Massnahmen:

Die Notwendigkeit zur Ergreifung entsprechender Massnahmen wird anerkannt und die Bestrebungen im Grundsatz begrüsst. Die nachfolgenden Hinweise beziehen sich ausschliesslich darauf, Missbrauch wenn möglich zu verhindern.

Adressaten: Ausdrücklich zu begrüssen ist, dass die Konzeptpapiere mehrfach klar auf die Adressaten der Massnahmen hinweisen, nämlich auf bisher gesunde Unternehmen, die aufgrund von Corona-Massnahmen Schwierigkeiten haben. Dieser Einschränkung des Adressatenkreises ist uneingeschränkt zuzustimmen. Dadurch dürfte der grösste Teil der Konkursmissbrauchs-Unternehmen wegfallen. Damit man diese jedoch erkennen kann, ist eine entsprechende Überprüfung – die wir dringend anregen – Voraussetzung, um genau solche Konkursmissbrauchs-Unternehmen herauszufiltern.

Generelle Bedenken zu den Massnahmen: Es wird dringend die Herausfilterung von potenziellen Konkursmissbrauchsunternehmungen empfohlen und deshalb von zu weitgehenden Erleichterungen und Wegfall von Kontrollen abgeraten. Mit Blick auf die im Missbrauchsfall vorgesehen Bussen von CHF 100'000 ist zu befürchten, dass diese zufolge eines Firmenkonkurses häufig nicht eintreibbar sein dürften, weshalb sie ihre Wirkung verfehlen.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilagen 1 und 2)

- Richtig ist, dass nur ein kurzer Rechtsstillstand bis 19.04.2020 (inkl. ordentliche Oster-Betriebsferien) vertretbar ist. Ab dem 19.04. braucht es gezielte Massnahmen. Der Verzicht auf einen weiterführenden Rechtsstillstand ist somit zu begrüssen. Der Hinweis, mit einem generellen Rechtsstillstand die Wirtschaft als solche zu beeinträchtigen (Gläubiger, die im Falle eines Rechtsstillstands die Folgen zu tragen hätten), ist richtig.
- Berechnung der Überschuldung: Durch die geplanten Regelungen sollen die vom Bund garantierten Darlehen, obwohl sie in der Bilanz als Fremdkapital erfasst werden, bei der Prüfung einer Überschuldung nach Artikel 725 Absatz 2 OR ausgeklammert werden. Diese Massnahme ist zu unterstützen.
- Sehr unglücklich ist indessen der Verzicht auf die Revision der Zwischenbilanz bei Überschuldungsverdacht. Für den Fall, dass trotz Ausklammerung einer COVID-19-Solidarbürgschaft in der Bilanz als Fremdkapital eine Überschuldungsbesorgnis gemäss Art. 725 Abs. OR besteht, ist die Einführung eines coronavirus-spezifischen vereinfachten, aber effizienten Revisionsverfahrens zu postulieren. Gerade bei Kleinunternehmen sind die Verwaltungsräte fachlich kaum in der Lage, selbst zu beurteilen, ob der Eintritt der Überschuldung auf finanzielle- und vermögensrechtliche Engpässen zufolge der Coronavirus-Pandemie oder auf anderweitige geschäftliche, finanzielle Umstände zurückzuführen ist. Die Beantwortung dieser zentralen und je nach Konstellation hochkomplexen Frage sowie die im Verordnungstext

geforderte, begründete Sanierungsaussicht, die eine professionelle Lageanalyse erforderlich macht, ist ohne Beizug eines Revisors nicht zuverlässig möglich.

Anzuführen ist, dass das Erfordernis der begründeten Aussicht auf Bebung der Überschuldung innert sechs Monaten nach Beendigung der Massnahmen sehr unbestimmt und daher stark auslegungsbedürftig erscheint. Sinnvoll wäre stattdessen, die Sanierungsaussicht anhand der vergangenen Jahreszahlen im Voraus zu prognostizieren.

- Sanierung der Gesellschaft: Es gibt keine Sanierung ohne professionelle Lageanalyse. Auch dazu braucht es den Revisor. Die Frage, die sich hier stellt: Wie kann die begründete Sanierungsaussicht ohne Revision wirksam geprüft werden?
- 3. **Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? (Beilagen 3 und 4)**

- Das Bestreben, ein für die aktuelle Situation spezielles Instrument zu schaffen, ist im Grundsatz zu begrüssen.
- Die vorgeschlagenen Anpassungen im SchKG erscheinen zur temporären Konkursverhinderung angezeigt und sind auch aus strafrechtlicher Sicht vertretbar. Da es aber, wie im Konzeptpapier festgehalten wird, kaum möglich sein wird, ex ante schutzwürdige von schutzunwürdigen Unternehmungen zu unterscheiden, führt dies unter vollstreckungsrechtlichen Aspekten zu einem faktischen Verzicht, pandemiebedingte Liquiditätsengpässe von sonstigen Unternehmenskrisen abzugrenzen.

4. **Gesamtfazit:**

- Die Stossrichtung der Vorlage ist in der gegenwärtigen Lage nachvollziehbar und verständlich. Es mangelt jedoch an einer wirksamen Abgrenzung von schutzwürdigen und schutzunwürdigen Unternehmen. Damit ist die Gefahr gross, dass im Ergebnis die zurecht als schädlich erkannten Wirkungen eines langanhaltenden Rechtsstillstandes eintreten, obwohl mit voraussichtlich grossem Verwaltungsaufwand versucht wird, einen Missbrauch der Erleichterungen zu verhindern.

- Lösungsansatz:

Der Kreis der Personen bzw. Unternehmen, die die vorgeschlagenen Erleichterungen in Anspruch nehmen dürfen, kann anhand einfacher Kriterien eingeschränkt werden. Gemäss den einschlägigen Erfahrungen von Polizei und Justiz begleichen Firmen, die Konkursmissbrauch betreiben, regelmässig die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge nicht oder nicht vollständig. Dieser einfach festzustellende Umstand ist ein wichtiges Warnsignal für mutmasslichen Missbrauch. Zudem sind Personen bzw. Unternehmen von den Erleichterungen auszuschliessen, die im relevanten Zeitpunkt Betreibungs- und Handelsregistereinträge haben, die einschlägige Missbrauchsindikatoren aufweisen. Daraus ergeben sich folgende Massnahmen:

- Einbezug der Sozialversicherungsanstalten zur Prüfung, ob die betreffende Unternehmung - die allenfalls auch um eine COVID-19-Solidarbürgschaft ersucht hat - per Stichtag z.B. per 31. Januar oder 29. Februar 2020 geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge für die geltend gemachten Mitarbeitenden effektiv beglichen hat. Nur eine trotz bis anhin beglichener Sozialversicherungsabgaben eingetretene Liquiditätsverschlechterung bzw. der Eintritt der Überschuldungssituation legt die Vermutung nahe, dass diese Umstände tatsächlich pandemiebedingt eingetreten sind.
- Vorlage eines Betreibungs- und Handelsregisterauszugs per Stichtag zur Darlegung, dass keine der Missbrauchsindikatoren darin enthalten sind:
 - kürzlich erfolgter Sitz- oder Organwechsel

- Vorliegen mehrerer Betreibungs- oder Verlustscheine
 - einschlägig bekannte Kreditsuchende
 - kürzlich erfolgte höhere Überweisung (durch die Banken selber feststellbar), die den Umsatz für die Höhe eines Überbrückungskredites suggerieren soll
 - Verpflichtung der Banken zur Kreditprüfung, wenn das Kreditbegehren nicht einwandfrei als berechtigt erkennbar ist
-
- Verbot und Verhinderung interner Umschuldungen
 - Betr. die für den Missbrauchsfall vorgesehene Busse von CHF 100'000 ist absehbar, dass diese zufolge eines Firmenkonkurses i.d.R. nicht eintreibbar sind, eine subsidiäre persönliche Haftung des Organs ist deshalb naheliegend.

Thomas Würzler
Kommandant





Kanton Zürich
Direktion der Justiz und des Innern
Generalsekretariat
Stabs- und Rechtsdienst
Abteilung Justiz
Frau RA lic.iur. S. Stählin
Stv. Generalsekretärin
Neumühlequai 10
8090 Zürich



Kanton Zürich
Staatsanwaltschaft III
Qualifizierte Wirtschaftskriminalität
und internationale Rechtshilfe

Weststrasse 70
Postfach
8036 Zürich
Paketadresse:
Weststrasse 70
8003 Zürich
Telefon +41 43 258 25 00
www.staatsanwaltschaften.zh.ch
Postkonto 80-3481-8
IBAN CH64 0900 0000 8000 3481 8

lic.iur. P. Pellegrini
Leitender Staatsanwalt
Direktwahl +41 43 258 25 01
peter.pellegrini@ji.zh.ch

ref 1/2020/10010629
Zürich, 2. April 2020

Öffentliche Konsultation: Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens – Stellungnahme der Staatsanwaltschaft Kanton Zürich

Sehr geehrte Frau Kollegin

Gerne nimmt die Staatsanwaltschaft Kanton Zürich im Einvernehmen mit der Kantonspolizei Zürich wie folgt Stellung zur im Konsultationsschreiben vom 1. April 2020 aufgeworfenen Fragestellung:

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlich notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Die Staatsanwaltschaft Kanton Zürich erkennt den Handlungsbedarf der Liquiditätszuführung für Gesellschaften, die aufgrund der durch die Coronavirus-Pandemie verursachten Ertragsausfälle in finanzielle Schwierigkeiten geraten würden. Damit nicht trotz den unbürokratisch und rasch ausbezahlten COVID-19-Solidarbürgschaften des Bundes aufgrund der gesetzlichen Regelung in Art. 725 Abs. 2 OR betreffend Anzeigepflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung eine ungewollte Konkurswelle bewirkt wird, ist die temporär vorgesehene Anpassung mit der vorgeschlagenen Erleichterung im Hinblick auf die Benachrichtigungspflicht des Richters (mit Erstattung einer Überschuldungsanzeige) folgerichtig. Auch die Massnahmen im Vollstreckungsrecht mit der Einführung eines besonderen Stundungsverfahrens für kleinere Unternehmungen erscheinen unausweichlich.



Obschon im Rahmen dieser Kurzvernehmlassung nicht verkannt wird, dass die vorgeschlagenen Erleichterungsmassnahmen nicht auf den Auszahlungsmodus der COVID-19-Solidarbürgschaften fokussieren, ist an dieser Stelle dennoch festzuhalten, dass das vorgeschlagene Vorgehen zufolge des temporären Wegfalls der Bilanzdeponierungspflicht ungewollt zu Erleichterungen für die volkswirtschaftlich schädliche Konkursreiterei führen könnte. Daher wird an dieser Stelle dringend die Herausfilterung von potenziellen Konkursmissbrauchsunternehmungen angeregt, wozu zumindest bei nicht einwandfrei erkennbar berechtigten Kreditbegehren vor der Kreditauszahlung folgende Schritte empfohlen werden:

- Einbezug der Sozialversicherungsanstalten zur Prüfung der Frage, ob die um eine COVID-19-Solidarbürgschaft ersuchende Unternehmung die per Stichtag z.B. per 31. Januar 2020 oder 29. Februar 2020 geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge für die geltend gemachten Mitarbeitenden effektiv beglichen hat. Gemäss den einschlägigen Erfahrungen von Polizei und Justiz werden von Firmen, die Konkursmissbrauch betreiben, regelmässig diese Beiträge nicht oder nicht vollständig beglichen, so dass unbezahlte Sozialversicherungsabgaben ein unter diesem Aspekt sehr ernst zu nehmendes Warnsignal darstellen. Eine trotz bis anhin beglichener Sozialversicherungsabgaben eingetretene Liquiditätsverschlechterung bzw. der Eintritt der Überschuldungssituation legt andererseits die Vermutung nahe, dass diese Umstände tatsächlich pandemiebedingt eingetreten sind.
- Beizug eines Betreibungs- und Handelsregistrauszugs zur Prüfung folgender Missbrauchsindikatoren:
 - kürzlich erfolgter Sitz- oder Organwechsel
 - Vorliegen mehrerer Betreibungs- oder Verlustscheine
 - einschlägig bekannte Kreditsuchende
 - kürzlich erfolgte höhere Überweisung (durch die Banken selber feststellbar), die den Umsatz für die Höhe eines Überbrückungskredites suggerieren soll
- Verpflichtung der Banken zur Kreditprüfung, wenn das Kreditbegehren nicht einwandfrei als berechtigt erkennbar ist
- Verbot und Verhinderung interner Umschuldungen

Mit Blick auf die im Missbrauchsfall vorgesehenen Bussen von CHF 100'000.– ist zu befürchten, dass diese zufolge eines Firmenkonkurses häufig nicht eintreibbar sein dürften, was eine subsidiäre persönliche Haftung des Organs nahelegt.



2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilage 2)

Dem Bestreben, nur die wirtschaftlichen Corona-Opfer und nicht die Schuldner insgesamt zu entlasten, ist uneingeschränkt zuzustimmen. Weiter ist die Grundidee richtig, Unternehmungen, die pandemiebedingt insolvent wurden, temporär von der Bilanzdeponierungspflicht zu entlasten. Für diese Entlastungsmassnahme würde sich als Filterkriterium anbieten zu prüfen, ob eine Unternehmung am Stichtag über Sozialversicherungs-Ausstände verfügte. Firmen, bei denen keine derartigen Ausstände zu verzeichnen waren, könnten bei während der Coronazeit auftretenden Überschuldungssignalen von den Pflichten befreit werden, die Zwischenbilanz revidieren zu lassen und den Richter anzurufen. Unternehmen mit derartigen Ausständen wären demgegenüber nicht von diesen Pflichten befreit. Zu unterstützen ist weiter die Massnahme, dass die COVID-19-Solidarbürgschaften bei der Prüfung der Überschuldungsfrage befristet ausgeklammert werden. Für die Abgrenzung von Insolvenzen zufolge der Coronavirus-Pandemie von gewöhnlichen Überschuldungssituationen ist das Abstellen auf den Stichtag per 31. Dezember 2019 zu begrüssen, wobei auch die Verknüpfung mit einer längerfristigen Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung in jedem Fall zu unterstützen ist.

Zur Verhinderung von Missbrauchsfällen ist es wichtig, dass die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten weiterhin bestehen bleibt, zumal der Verwaltungsrat angesichts der pandemiebedingten geschäftlichen Einschränkungen in zahlreichen Fällen ohnehin über zusätzliche zeitliche Ressourcen verfügen dürfte, sich mit dieser Aufgabe zu beschäftigen. Die Beibehaltung der Zwischenbilanzierungspflicht mit der richtigerweise nicht ausgesetzten Buchführungspflicht wird in Bezug auf die volkswirtschaftlich schädlichen Konkursreitereifälle die Strafverfolgung bei Missbrauchsfällen weiterhin ermöglichen, denn die Erfahrung hat gezeigt, dass der diesbezügliche Täterkreis gewöhnlich diesen gesetzlichen Pflichten zuwiderhandelt. Zur Klarstellung dieses Umstands könnte der Verordnungstext dahingehend ergänzt werden, dass, wer die Voraussetzungen objektiv nicht erfüllt (vorbestandene Überschuldungssituation per 31. Dezember 2019, keine Aussicht auf nachträgliche Beseitigung der Überschuldung innert sechs Monaten nach Beendigung der Massnahmen) und sich wissentlich zu Unrecht auf diese Entlastungsmassnahme beruft, sich der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 StGB strafbar machen kann.

Für den Fall, dass trotz Ausklammerung einer COVID-19-Solidarbürgschaft in der Bilanz als Fremdkapital eine Überschuldungsbesorgnis gemäss Art. 725 Abs. OR besteht, ist die Einführung eines coronavirusspezifischen vereinfachten, aber effizienten Revisionsverfahrens zu postulieren. Gerade bei Kleinunternehmen dürften die Verwaltungsräte fachlich häufig nicht in der Lage sein die Frage, ob der Eintritt der



Überschuldung auf finanzielle- und vermögensrechtliche Engpässen zufolge der Coronavirus-Pandemie oder auf anderweitige geschäftliche finanzielle Umstände zurückzuführen ist, zu beantworten. Die Bewältigung dieser zentralen und je nach Konstellation hochkomplexen Fragestellung sowie die im Verordnungstext zusätzlich geforderte begründete Sanierungsaussicht, die eine professionelle Lageanalyse erforderlich macht, dürfte ohne Beizug eines Revisors nicht zuverlässig umsetzbar sein. Anzuführen ist, dass das Erfordernis der begründeten Aussicht auf Behebung der Überschuldung innert sechs Monaten nach Beendigung der Massnahmen als zu unbestimmt formuliert und daher stark auslegungsbedürftig erscheint. Zur Schaffung von Klarheit könnte der Verwaltungsrat verpflichtet werden, die Sanierungsaussicht anhand der vergangenen Jahreszahlen im Voraus zu prognostizieren.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? (Beilagen 3 und 4)

Die vorgeschlagenen Anpassungen im SchKG erscheinen zur temporären Konkursverhinderung angezeigt und sind auch aus strafrechtlicher Sicht vertretbar. Da es aber, wie im Konzeptpapier festgehalten wird, kaum möglich sein wird, ex ante schutzwürdige von schutzunwürdigen Unternehmungen zu unterscheiden, führt dies unter vollstreckungsrechtlichen Aspekten zu einem faktischen Verzicht, pandemiebedingte Liquiditätsengpässe von sonstigen Unternehmenskrisen abzugrenzen.

Freundliche Grüsse

Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

Qualifizierte Wirtschaftskriminalität und internationale Rechtshilfe

lic.iur. P. Pellegrini

Leitender Staatsanwalt

Von: [Claudio Marti](#)
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: [Marti Min Li](#)
Betreff: STN SP-RK-Delegation öffentliche Konsultation BJ Drohende Überschuldung von Unternehmen aufgrund der Coronakrise
Datum: Freitag, 3. April 2020 11:11:27

Sehr geehrter Herr Schöll, sehr geehrter Turin, lieber David, sehr geehrte Damen und Herren,

Namens und im Auftrag der Leiterin der SP-RK-N-Delegation, Frau Nationalrätin Min Li Marti, sende ich Ihnen unten stehend die Rückmeldung der SP-RK-Delegation zur öffentlichen Konsultation des BJ zu den Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens.

Ich danke Ihnen im Voraus herzlich für Ihre Kenntnisnahme.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen,

Claudio Marti

**Sozialdemokratische Partei
der Schweiz**

Claudio Marti
Politischer Fachsekretär Rechts- und Staatspolitik
Theaterplatz 4, 3011 Bern
T 031 329 69 61
M 079 485 78 30
claudio.marti@spschweiz.ch



XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

1. *Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?*

Ja. Wir begrüssen es im Grundsatz, dass der Bundesrat Möglichkeiten prüft, um Unternehmen und v.a. deren Arbeitsplätze, die durch die COVID-19 Pandemie gefährdet werden, besser zu schützen. Unternehmen dürfen jedoch nicht zum Nachteil der Rechte der Arbeitnehmer/innengläubiger geschützt werden.

2. *Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?*

Wir unterstützen den Vorschlag des Bundesrates zur teilweisen Aussetzung der Pflicht zur Überschuldungsanzeige für die Dauer der bundesrätlichen Notmassnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung, um unnötige Konkurse von Unternehmen und damit

zusammenhängend den Verlust von Arbeitsplätzen zu vermeiden.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Wir unterstützen diese Vorschläge des Bundesrates im Grundsatz.

Dabei ist für uns zentral, dass eine neue COVID-19-Stundung nicht zu einer Sanierung der Unternehmen zum Nachteil der Arbeitnehmer/innen führt. Die vorgeschlagene Änderung vom Art. 58 AVIG, dass die Bestimmungen über die Insolvenzenschädigung auch auf die COVID-19-Stundung anwendbar sind, ist deshalb wichtig. Auch darf eine neue COVID-19-Stundung im Vergleich zum bestehenden Nachlassverfahren mit keinen Nachteilen für die Arbeitnehmer/innen verbunden sein. Deshalb ist es wichtig, dass Kündigungen von Arbeitsverträgen nur unter allen heute geltenden Bestimmungen des OR vorgenommen werden dürfen, incl. der integralen Bestimmungen zur Massenentlassung und der Sozialplanpflicht, die in Zeiten der Krise besonders wichtig sind.

Zur vorgeschlagenen Regelung der Einleitung einer COVID-19-Stundung: Zu Abs. 1: Eine Stundung von 6 statt wie vorgeschlagen 3 Monate wäre unserer Ansicht nach wirksamer. Diese längere Frist würde den Unternehmen eine echte Chance zu Sanierung eröffnen und die Gerichte nicht mit Verlängerungsgesuchen belasten. Diese längere Frist von 6 Monaten würde dem Gericht mehr Handlungsspielraum geben, um je nach der Situation des antragstellenden Unternehmens einzelfallgerecht zu entscheiden. In Abs. 2 wäre es sinnvoll, als zusätzlichen Nachweis der Gläubigererklärung eine Bescheinigung über die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge beizufügen. Das Unternehmen ist mit der Zahlung dieser nämlich möglicherweise im Verzug. Das könnte für die Festlegung der in Absatz 1 vorgesehenen Frist wichtig sein. Zu Abs. 4 lit. a: Bei der Bemessung der Bilanzsumme sollten Immobilienvermögen der Unternehmen nicht miteingerechnet werden. Andernfalls würden Unternehmen mit eigenen Räumlichkeiten und Hotelleriebetriebe benachteiligt.

XX

Office fédéral de la Justice
M. Michael Scholl
M. David Rueetschi
M. Nicholas Turin
M. Samuel Kraehenbuhl
Mme Carline Widmer
Mme Sibyll.Walter

Lausanne, le 3 avril 2020

Consultation publique COVID-19

Numéro du dossier : 237.1-3233/7/3

Consultation publique : devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite

Mesdames, Messieurs,

En notre qualité d'association des agents d'affaires brevetés du canton de Vaud, nous nous permettons de vous faire part de nos réflexions dans le cadre de la consultation publique que vous avez initiée et relative aux modifications et adaptations législatives envisagées liées à la situation sanitaire actuelle.

En effet, les membres de notre association pratiquent quotidiennement le droit de l'assainissement.

Nos réflexions sont les suivantes :

- 1) S'agissant de la prolongation de la suspension des poursuites, notre association est d'avis qu'il y a lieu de se rallier à l'avis du département et de **ne pas** prolonger cette suspension au-delà des fêtes judiciaires (19 avril 2020) pour ne pas créer un effet d'aubaine qui risquerait de pénaliser de nombreux créanciers titulaires de créances datant d'avant la pandémie et qui en sont encore au stade de rappels.

De surcroît, la majorité des comminations de faillites qui ont été délivrées récemment et qui concernent donc des créances antérieures à la pandémie doivent permettre le dépôt de la procédure de faillite sur la base du principe justement retenu que « *l'exécution des créances pécuniaires compte au nombre des fonctions fondamentales de l'Etat de droit et de l'ordre économique* ».

- 2) S'agissant des mesures envisagées en relation avec l'article 725 CO, il paraît effectivement judicieux de libérer temporairement le CA « *de l'obligation de faire vérifier le bilan intermédiaire par un réviseur agréé* » visant à assouplir quelque peu ce régime.

L'on se pose toutefois la question de l'opportunité de supprimer l'obligation d'aviser le Tribunal en cas de surendettement avéré. En effet, dès lors que l'accès à la procédure de sursis concordataire a été considérablement allégé par la suppression de l'obligation de présenter un plan s'assainissement et que, de surcroît, l'on instaure un régime spécial « *sursis COVID-19* », il apparaît que ces procédures devraient obligatoirement être utilisées par les entreprises se trouvant en surendettement lié au COVID-19 (en ce sens la réflexion liée à la problématique de la causalité ayant abouti à exclure les entreprises déjà surendettées avant le 31.12.2019 de ces procédures paraît judicieuse).

Par ailleurs, l'on pourrait également se poser la question de limiter cette possibilité aux PME, à l'instar de ce qui est prévu pour le « *sursis COVID-19* ».

Si toutefois, cette obligation d'aviser le Tribunal devait être maintenue, il nous apparaît que la notion de « *perspective raisonnable* » figurant dans le texte du projet d'ordonnance est trop vague dans la mesure où le commentaire de cet article explique que : « *le conseil d'administration puisse démontrer de manière crédible son pronostic favorable* ».

Il nous paraîtrait judicieux d'être aussi précis dans l'ordonnance que l'est le commentaire et de compléter « *lorsqu'il existe une perspective raisonnable de remédier au surendettement documentée de façon crédible par le CA* ».

En effet, bien que cela puisse paraître plus contraignant, il s'agit, d'une part, de protéger les intérêts des créanciers et, d'autre part, de permettre à l'entreprise surendettée de comprendre aisément et par la simple lecture de l'ordonnance (sans avoir à s'en référer à une interprétation téléologique) les mesures à entreprendre (rappelons que cette ordonnance s'adressera en grande partie à des PME qui n'ont pas forcément de service juridique).

- 3) S'agissant des modifications liées à la procédure concordataire actuelle, la facilitation de son accès par la suppression de l'obligation de présenter un plan s'assainissement paraît une bonne chose.

La question de la modification de l'article 297a LP paraît toutefois devoir se discuter. En effet, si l'on comprend bien la nécessité de permettre un allègement des charges de la sursitaire, il ne faut toutefois pas perdre de vue les intérêts (tout aussi légitimes) du co-contractant.

Dans ce sens, la suppression de l'obligation de démontrer l'impossibilité de l'assainissement en cas de maintien du contrat de durée devrait être en quelque sorte contrebalancée par l'ajout d'un délai minimal de résiliation dudit contrat (1 mois, 2 mois, plus ? pour la fin d'un mois ?) ceci dans la mesure où la sursitaire peut unilatéralement et en tout temps mettre un terme à ce contrat à sa convenance. Cela permettrait d'éviter au co-contractant d'être « mis devant le fait accompli ».

A titre d'exemple, le droit du bail prévoit déjà à son article 266 g CO une telle possibilité (la situation de pandémie actuelle pouvant être assimilée à de justes motifs) mais impose néanmoins le respect du délai légal. Qu'en sera-t-il en cas d'entrée en vigueur de la modification précitée ? Il y aura conflit entre ces dispositions.

- 4) S'agissant de l'instauration d'un nouveau sursis COVID-19, cela paraît une bonne chose dans la mesure où effectivement les dispositions relatives au sursis extraordinaire ne semblent pas adaptées à la situation, en particulier les alinéas 2 et 3 de l'article 349 LP, comme mentionné à juste titre.

Dans le commentaire, cette procédure est présentée comme une « *procédure simplifiée d'ajournement de la faillite* ».

Les conditions d'octroi mentionnent notamment que cette procédure est ouverte à « *tout débiteur en poursuite par voie de faillite qui n'était pas déjà en surendettement le 31 décembre 2019 ...* ».

L'on en déduit dès lors, à la lecture du commentaire et de la disposition légale telle que rédigée, que la procédure est uniquement ouverte à la société en état de surendettement. Il semble toutefois que l'objectif recherché est de permettre également l'accès à cette procédure à toute société en état de manque de liquidité passager mais qui n'est pas en état de surendettement.

Il s'agirait alors de préciser la disposition légale dans ce sens.

Par ailleurs, alors que le commentaire explique, à juste titre, que la procédure doit être souple et peu contraignante de sorte que la nomination d'un Commissaire ne devrait pas être la règle, il nous semble que les dispositions légales envisagées font trop référence à la situation d'un sursis dans le cadre duquel un Commissaire a été nommé.

En particulier, une réflexion paraît encore nécessaire au sujet de la conservation de l'actif et de la protection des créanciers en cours de procédure, dès lors qu'aucun Commissaire n'est nommé.

S'agissant de la conservation de l'actif, aucune mesure n'a été envisagée dans la mesure où il n'est pas prévu l'établissement d'un inventaire en début de procédure.

S'agissant de la protection des créanciers, l'article 2.12 fait référence aux dettes contractées en cours de concordat qui constitueraient des dettes de la masse en cas de faillite ou concordat par abandon d'actif subséquent à la condition qu'il s'agisse de dettes ayant fait l'objet de l'assentiment du Commissaire. Or, comme indiqué, ce sursis a été prévu pour être mené, dans la plus grande majorité des cas, sans nomination d'un Commissaire.

L'on propose, à l'instar de ce qui est mentionné au chiffre 2.9 « *Le débiteur n'est pas autorisé à payer les dettes qui font l'objet du sursis.* » d'y ajouter un alinéa 3 dont la teneur pourrait être : « **Le débiteur est tenu de préserver l'actif de la société et de s'acquitter des charges courantes et de toutes les dettes contractées pendant la procédure de sursis** ». L'objectif recherché par cet ajout étant le même que celui déjà mentionné ci-dessus, à savoir que cette ordonnance s'adressera en grande partie à des PME qui n'ont pas forcément de service juridique.

S'agissant de la possibilité de prolongation de la procédure de sursis, il n'y a aucune mention des conditions auxquelles cette prolongation peut être octroyée. Il serait peut-être judicieux d'en esquisser les grandes lignes.

S'agissant de la fin du « sursis COVID-19 », rien n'est mentionné. L'on comprend toutefois qu'il ne s'agit pas d'un concordat.

Si l'on part du principe qu'il s'agit d'une « *procédure simplifiée d'ajournement de la faillite* », alors la sursitaire pourra s'adresser au Juge qui mettra un terme au sursis si la sursitaire démontre qu'elle est sortie du surendettement (à l'instar de la procédure d'ajournement de la faillite).

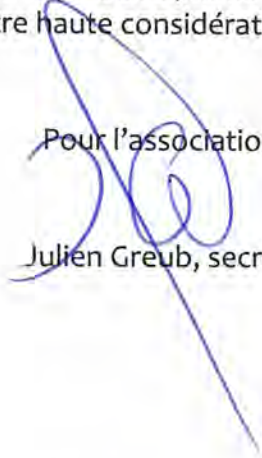
S'agira-t-il de produire des comptes audités par un réviseur agréé ? Que se passe-t-il si la sursitaire n'est pas sortie du surendettement et ne requiert pas de procédure concordataire, la faillite est-elle prononcée (il semble que cela ne soit pas prévu).

Par ailleurs, si l'on envisage de permettre l'accès à cette procédure à des sociétés en manque de liquidités passager, comme suggéré ci-dessus, il s'agirait alors de préciser les modalités permettant de mettre un terme à la procédure (par une simple déclaration au Juge, par un examen du Juge de la capacité financière et des liquidités retrouvées, ... ?).

- 5) Une dernière remarque concerne la notion de « *sociétés ouvertes au public* ». Doit-on comprendre qu'il s'agit de sociétés cotées en bourse ?

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de notre haute considération.

Pour l'association :


Julien Greub, secrétaire

Postfach 1548 | CH-8027 Zürich

BÄR
& KARRER

Per E-Mail

Bundesamt für Justiz BJ

michael.schoell@bj.admin.ch

david.rueetschi@bj.admin.ch

nicholas.turin@bj.admin.ch

samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch

caroline.widmer@bj.admin.ch

sibyll.walter@bj.admin.ch

Zürich, 3. April 2020

bk/9086824v2

Öffentliche Konsultation zur geplanten Anpassung der Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie zu den geplanten Anpassungen des Nachlassverfahrens und der Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die Einladung des Bundesamtes für Justiz ("BJ"), zu folgenden Vorschlägen des BJ vom 1. April 2020 Stellung zu nehmen: (i) Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Abs. 2 OR für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Kapitel der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen, und (ii) Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen, und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen. Wir danken Ihnen für die Einräumung dieser Gelegenheit und reichen Ihnen hiermit fristgerecht unsere Stellungnahme ein.

Bär & Karrer AG berät Klienten unter anderem Schuldner wie auch Gläubiger in Restrukturierungs- sowie Insolvenzsituationen. Unsere Stellungnahme erfolgt somit insbesondere aus der Perspektive des beratenden Praktikers, ohne dass wir spezifisch Schuldner- oder Gläubigerinteressen wahrnehmen. Wir äussern uns unabhängig von bestehenden Mandatsbindungen.

Für Rückfragen können Sie sich jederzeit gerne an die unterzeichnenden Partner unserer Kanzlei wenden.

I Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- 1 Aufgrund der aussergewöhnlichen Umstände und der gravierenden Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die wirtschaftliche Gesundheit der Unternehmen sehen wir grundsätzlich notrechtlichen Anpassungsbedarf sowohl in Bezug auf Art. 725 OR als auch teilweise in Bezug auf die im SchKG diesen Unternehmen zur Verfügung stehenden Verfahren. Die Stossrichtung der vorgeschlagenen Anpassungen ist unseres Erachtens richtig, wobei wir Ihnen jedoch nachfolgend gewisse Ergänzungen vorschlagen.

II Zu den einzelnen Bestimmungen

- 2 Nachfolgend nehmen wir zu einzelnen Vorschlägen im Rahmen der geplanten Anpassung der Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie zu den geplanten Anpassungen des Nachlassverfahrens und der Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens Stellung. Vollständigkeit wird nicht angestrebt; namentlich erwähnen wir nicht besonders, wenn uns eine Bestimmung sachgerecht und klar erscheint.

1 Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR

- 3 Den Vorschlag, bei Art. 725 Abs. 2 OR Erleichterungen vorzusehen, begrüssen wir unter den aussergewöhnlichen Umständen der Corona-Epidemie sehr. Andernfalls könnten zahlreiche Unternehmer gezwungen sein, die Bilanz zu deponieren.
- 4 Allerdings schlagen wir folgende Änderung in **Abs. 1** vor:

"War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet oder sind ihm Rangrücktritte im Umfang der Überschuldung per 31. Dezember 2019 gewährt, so kann die Benachrichtigung des Richters nach Artikel 725 Absatz 2 OR unterbleiben, wenn nicht offensichtlich ausgeschlossen ist begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert zwölf sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. ~~Kapitel~~ Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann."

- 5 Des Weiteren sollte Art. 24 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung wie folgt ergänzt werden:

"Art. 24 Kapitalverlust und Überschuldung

Für die Berechnung der Deckung von Kapital und Reserven nach Artikel 725 Absatz 1 des Obligationenrechts (OR) und für die Berechnung einer Überschuldung nach Artikel 725 Absatz 2 OR werden Kredite, welche gestützt auf Artikel 3 verbürgt

*werden, bis zum 31. März 2022 nicht als Fremdkapital berücksichtigt. **Dasselbe gilt für [bis am 30. Juni 2020 2020] zu Überbrückungs- oder Sanierungszwecken gewährte Kredite, welche aufgrund einer branchenüblichen Kreditprüfung gewährt wurden (insb. Kredite gemäss Artikel 4). Dies gilt sinngemäss für alle Rechtsformen, die einer gesetzlichen Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und bei Überschuldung unterstehen.***

- 6 *Begründung:* Gemäss dem Vorschlag kann der Verwaltungsrat nun davon absehen, wenn "begründete Aussicht besteht", dass die Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen behoben werden kann (Behebungsprognose). Ob der Vorschlag greift, hängt entscheidend davon ab, dass keine zu hohen Anforderungen an die Behebungsprognose gestellt werden.
- 7 Der Massstab der "begründeten Aussicht" droht u.E., die geplanten Erleichterungen wieder weitgehend zu vereiteln. Denn zuerst muss überhaupt erst eine Zwischenbilanz erstellt werden, wenn "begründete Besorgnis einer Überschuldung" besteht. Zeigt die Zwischenbilanz dann eine Überschuldung, kann nun neu vom Gang zum Richter davon abgesehen werden, wenn "begründete Aussicht auf eine Behebung der Überschuldung" besteht. Da bei der Frage, ob zu Fortführungswerten bilanziert werden darf (was in der Praxis regelmässig ausschlaggebend für das Schicksal der Unternehmung ist), ohnehin eine Prognose über die den Geschäftsgang und insbesondere die Liquidität erforderlich ist (Going Concern, Art. 958a OR), wird u.E. in der Praxis keine wirkliche Erleichterung eintreffen, wenn der Standard für die Behebungsprognose nicht bewusst tief angesetzt wird. Es ist daran zu denken, dass man im Fall eines anschliessenden Konkurses immer "schlauer" sein wird und die Gefahr besteht, dass angesichts des Resultates auf die mangelnde Aussicht geschlossen wird (Rückschaufehler, "hindsight bias"). Zudem besteht heute eine so grosse Ungewissheit über die Dauer der COVID-Massnahmen (welche für viele Unternehmen von entscheidender Bedeutung für ihre Finanzlage ist) und die Dauer, bis sich die Wirtschaft nach Aufhebung der Massnahmen erholt, dass eine ernsthafte Prognose gar nicht möglich ist. Mit dem Vorschlag wird Missbräuchen genügend ein Riegel geschoben.
- 8 *Zur Verlängerung der Prognosefrist:* 6 Monate zur Behebung einer Überschuldung sind darüber hinaus zu kurz. Es bedarf einer angemessenen Dauer, um Verluste wieder durch Gewinne nach der Krise wettzumachen. Zu denken ist erstens daran, dass die Verluste in der Krise praktisch immer deutlich höher sind als die nachfolgenden Gewinne, da die fixen Kosten weiterlaufen – sonst gäbe es über das Jahr gar keine wirtschaftliche Einbusse. Zudem ist die Länge der Krise derzeit noch nicht absehbar, was den kurzen Horizont von sechs Monaten illusorisch macht. Des Weiteren ist unser Verständnis, dass die Prognose sich immer auf das im Prognosezeitpunkt aktuell geltende Ende der Massnahmen gemäss COVID-19-Verordnung 2 bezieht (Stand heute also 19. April 2020 plus die betreffende Anzahl Monate). M.a.W. müssen keine Szenarienberechnungen angestellt werden, was im Falle einer allfälligen Verlängerung der Massnahmen geschieht. Wir regen an, dies *im Begleitbericht klarzustellen*.

- 9 *Zur vorgeschlagenen Änderung der Art. 24 COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung:* Zurzeit werden nur die vom Bund vollständig garantierten Darlehen bis CHF 500'000 nicht in die Berechnung einbezogen werden. Diese Regelung sollte auch dann gelten, wenn eine Überschuldung (verursacht durch Verluste in der jetzigen Krise) durch andere Kredite überbrückt wird, was primär für grössere KMUs bedeutsam ist. Als Missbrauchsschutz wird vorgeschlagen, dass eine Kreditprüfung erfolgt sein muss (wie in Art. 4 COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung vorgeschrieben). Damit ist sichergestellt, dass das Darlehen nur gewährt wird, weil Sanierungsaussichten bestehen. Ohne diese Regelung drohen, dass viele Unternehmen bald nach der Krise die Bilanzen deponieren müssen, da die Verluste oft nicht genügend schnell durch Gewinne wieder kompensiert werden können (siehe oben). Darüber hinaus wird aufgrund dieser Sachlage die Behebungsprognose bereits deutlich häufiger negativ ausfallen, was die Lockerung von Art. 725 OR wesentlich unterminieren würde.
- 10 Bei Abs. 3 des VO-Vorschlags ist sodann der Verweis anzupassen (Richtig: Verweis auf "Absätze 1 und 2").

2 Anpassungen im SchKG

2.1 Generelle Bemerkung

- 11 Wir begrüssen den Vorschlag, nicht die Notstundung gemäss Art. 337 ff. SchKG als Lösung vorzusehen, sondern einerseits partielle Änderungen im bestehenden Nachlassvertragsrecht vorzunehmen, sowie andererseits ein neues Stundungsverfahren für KMU einzuführen.

2.2 Anpassungen des Nachlassvertragsrechts

- 12 **Zu 1.4:** Die für Art. 297a SchKG vorgesehene Erleichterung halten wir für einen gefährlichen Eingriff in das Prinzip "pacta sunt servanda", zumal der nun gestrichene Teilsatz in der parlamentarischen Beratung in das Gesetz eingefügt wurde. Die Erleichterung birgt die Gefahr, dass nun auch sonst solide Schuldner eine temporäre Schieflage in der COVID-Krise missbrauchen könnten, um sich missliebiger langfristiger Verträge zu entledigen. Mit Zustimmung des Sachwalters kann jeder langfristige Vertrag gekündigt werden; wenn gekündigt, hat der Vertragspartner zwar eine Ersatzforderung, doch bloss in der Form einer Nachlassforderung, so dass der Vertragspartner faktisch gezwungen ist, einem Prozentvergleich zuzustimmen.

2.3 Einführung einer neuen COVID-19-Stundung

- 13 **Zu 2.8:** Wir verstehen die Ausführungen zur Anfechtung im Kommentar des BJ dergestalt, dass Zahlungen neuer Forderungen (die während der COVID-19-Stundung entstanden sind) nicht mit dem Argument angefochten werden können sollen, dass dies eine Ungleichbehandlung der Alt-Gläubiger darstellt (da diesen gegenüber ein Zahlungsverbot statuiert wird). Eine Anfechtung von Schenkungen, von

Zahlungen nicht fälliger neuer Schulden oder von Gläubigerschädigung unter Neu-Gläubigern soll bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen nach wie vor anfechtbar sein.

- 14 Die Auswirkungen der COVID-19-Stundung auf die Anfechtung sollte in der Verordnung geregelt werden, um Rechtssicherheit zu schaffen. Dabei ist eine einfache, einheitliche Regelung für die COVID-19-Krise vorzuziehen (siehe auch Rz. 20 unten). Wir schlagen vor, eine generelle Änderung bzw. Klarstellung betreffend Art. 288 SchKG vorzunehmen, wonach die Zahlung fälliger Forderungen des (und im) ordentlichen Geschäftsverlaufs (unter COVID-Umständen) generell bis zum 30. Juni 2020 und für Schuldner, die sich in einer COVID-19-Stundung befinden, bis zu deren späteren Beendigung nicht gemäss Art. 288 SchKG anfechtbar sind. Art. 286 und 287 SchKG blieben unberührt.
- 15 **Zu 2.6/2.9:** Der Entwurf sieht vor, dass nicht nur Forderungen, die vor der Bewilligung der COVID-19-Stundung entstanden sind, sondern auch auf Forderungen, die nach einer Bewilligung (während einer COVID-19-Stundung) bis zum 30. Mai 2020 entstanden sind, der Stundung unterliegen und während der Dauer der COVID-19-Stundung nicht bezahlt werden dürfen. In der Zeit bis zum 30. Mai 2020 müssten somit Lieferanten von Kunden, die sich in einer COVID-19-Stundung befinden, ihre Leistungen im Wissen erbringen, dass sie dafür während Monaten nicht bezahlt würden und im Falle eines Konkurses (oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung) auch nicht als Massegläubiger privilegiert wären. Es besteht somit eine erhebliche Gefahr, dass bis zum 30. Mai 2020 nur die wenigsten Geschäftspartner eines sich in der COVID-19-Stundung befindlichen Schuldners bereit sein werden, Geschäfte mit diesem Schuldner abzuschliessen, was sich negativ auf den Schuldner auswirkt. In der Praxis würden Lieferanten in dieser Zeit allenfalls noch auf Vorkasse leisten, was die Frage aufwirft, ob eine Vorauszahlung durch den sich in Stundung befindenden Schuldner zulässig ist.
- 16 U.E. ist deshalb zu befürchten, dass die mit der Stundungsunterstellung sämtlicher Forderungen bis zum 30. Mai 2020 bezweckte Hilfe für die Schuldner, die bereits vorher eine COVID-19-Stundung erhalten, sich gegenteilig auf die Sanierung auswirken kann und Rechtsunsicherheit schafft. Wir schlagen deshalb vor, die Stundung nur auf Forderungen, die bis zur Bewilligung der COVID-19-Stundung entstanden sind, anzuwenden.
- 17 **Zu 2.7, Absatz 4:** Unseres Erachtens wäre klarzustellen, dass die Wirkung einer Abtretung künftiger Forderung nur während der Dauer der Stundung entfällt. Die COVID-19 Stundung ist zwingend zeitlich beschränkt, soll dem Schuldner eine Verschnaufpause geben, aber nicht für alle Zukunft in Rechtsverhältnisse eingreifen.

2.4 Ergänzung der COVID-19 Solidarbürgschaftsverordnung

- 18 **Zu 3.1:** Wenn eine persönliche Haftung der geschäftsführenden Organe eingeführt wird, sollten folgende bestehenden Rechtsunsicherheiten betreffend ausgeschlossener Verwendung der COVID-19-Kredite beseitigt werden:

- i) COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung Art. 6 Abs. 3: Klarstellung, ob die Handlungen nur im Umfang verboten sind, als sie mit (Mitteln aus) COVID-19-Krediten vorgenommen werden (wie es in Ziffer 4.1d) des Bürgschaftsvertrages (Anhang 3 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung) vorgesehen ist); d.h. ob, wenn eine Segregierung möglich ist, andere Mittel für diese Zwecke verwendet werden können.
 - ii) COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung Art. 6 Abs. 3 lit. b: Klarstellung, ob nur Refinanzierung von Aktiv-Darlehen verboten ist (da die "Ausnahme" betreffend Kontoüberzügen Passiv-Darlehen betrifft und daher Unsicherheit hinsichtlich des Anwendungsbereichs von lit. b schafft).
- 19 Des Weiteren sollten die Haftungsvoraussetzungen dieser persönlichen Haftung ausdrücklich genannt werden (Haftung für kausal verursachten Schaden).
- 20 **Zu 3.2:** U.E. erscheint die Klausel einerseits zu breit formuliert, indem z.B. auch die Anfechtung von mit diesen Mitteln ausgerichteten Schenkungen (Art. 286 SchKG) ausgeschlossen wäre. Andererseits erscheint die Handhabung in der Praxis schwierig und mit erheblicher Rechtsunsicherheit belastet: Erhält ein Schuldner beispielsweise einen COVID-19-Kredit in Höhe von CHF 100'000 auf ein Konto und macht in der Folge aus dem Kredit und weiteren Mitteln auf diesem Konto Zahlungen in Höhe von insgesamt CHF 200'000, welche somit grundsätzlich nur in Höhe von CHF 100'000 anfechtbar sind, wird eine Zuordnung praktisch sehr schwierig sein und zu einem gewissen Grad wäre es zufällig, welche Gläubiger vor einer Anfechtung geschützt sind. Vorzuziehen wäre eine generelle Regelung bzw. Klarstellung betreffend Art. 288 SchKG, siehe oben Rz. 14.

* * * * *

Die Verfasser der vorliegenden Eingabe stehen im Rahmen des weiteren Prozesses gerne zur Verfügung, um die gesetzgebenden Behörden zu unterstützen.

Mit freundlichen Grüssen

Gez.

Prof. Dr. Rolf Watter

Dr. Ralph Malacrida

Dr. Corrado Rampini

Dr. Christoph Neeracher

Thomas Rohde

Dr. Luca Jagmetti

Dr. Urs Kägi

Dr. Thomas Bauer
Hölzliweg 12
4106 Therwil

Per e-mail
Bundesamt für Justiz
Herrn Dr. Michael Schöll
Bundesrain 20
3003 Bern

Therwil, den 3. April 2020

Öffentliche Konsultation vom 1. April 2020: Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens.

Sehr geehrter Herr Dr. Schöll,

sehr geehrte Damen und Herren,

ich danke Ihnen für die Zusendung Ihres Schreibens vom 1. April 2020. Von der Einladung zur Stellungnahme mache ich sehr gerne Gebrauch. Ihre Überlegungen und Fragen würden eine gründlichere Reflexion verdienen, eine Anforderung, der ich angesichts der engen zeitlichen Verhältnisse nicht im gewünschten Ausmasse nachzukommen vermag. Ich halte mich deshalb kurz.

I. Zusammenfassende Beantwortung der Fragen

Frage 1 zum Grundsatz: Besteht grundsätzlicher Handlungsbedarf a) im Gesellschaftsrecht b) im Betreibungsrecht?

Zu a) Ja.

Zu b) Nein.

Frage 2 zum Vorschlag bei drohender Überschuldung.

Art. X ist geeignet, ex ante Rechtssicherheit zu schaffen.

Frage 3 zum Vorschlag betreffend Anpassungen im Betreibungsrecht – Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens für KMU?

Von der Einführung eines neuen Verfahrens ist zur Gänze abzusehen.

II. Ueberlegungen im Einzelnen

A. Ad Frage 1 (Handlungsbedarf)?

s. nachfolgende Ueberlegungen.

B. Ad Frage 2: zum Vorschlag betr. Art. 725 OR bei drohender Überschuldung

Hier stellt sich die Frage, ob Handlungsbedarf dafür besteht, notrechtlich vom Gesetz abzuweichen oder ob das geltende Gesetz ausreichend flexibel ist, der besonderen Sachlage der Zeit und den akuten Bedürfnissen der Wirtschaft Rechnung zu tragen.

Konkret setzt die Frage bei drei Kriterien an, die das geltende Recht regelt: 1) Wann ist eine Ueberschuldung anzunehmen?; 2) Wann ist eine Anzeigepflicht gegeben?; 3) Wie entscheidet der Richter (Nichteintreten, Konkursöffnung oder Stundung)?.

Für die Fragen 1) und 2) ist auf die jüngste Verlautbarung zum internationalen Standard IFRS 9 hinzuweisen¹. Dieser Standard betrifft zwar in erster Linie Finanzinstrumente und gilt in erster Linie für die Kreditbücher solcher Banken, die nach IFRS Rechnung legen, doch lässt sich die der Verlautbarung zugrundeliegende Ueberlegung sehr wohl verallgemeinern. Danach ist bei der Beantwortung der Frage, ob eine Überschuldung gegeben ist, auch der Umstand in Bedacht zu nehmen, dass die Staaten und Zentralbanken beispiellose Anstrengungen unternehmen, um den Unternehmen das Überleben im Gefolge des behördlich angeordneten "lock-down" zu ermöglichen. Solche makroökonomischen Massnahmen können demnach bei der Frage, wie vorbestehende Kredite zu bewerten sind, gewissermassen "eingepreist" werden, so dass trotz der aktuellen Marktverwerfungen und der damit einhergehenden –und vorübergehenden– Verschlechterung der finanziellen Lage der Schuldner gläubigerseits nicht zwangsläufig eine Verschlechterung der Kreditqualität errechnet werden muss. Mit dieser Betrachtung soll das Eigenkapital der Banken von übermässigen und gefährlichen Belastungen verschont werden.

Die Überlegung, der stichtagsbezogenen Betrachtungsweise eine vorausschauende Annahme beizustellen, ist dem geltenden Recht ja nicht fremd (nämlich bei der Beurteilung der schulderspezifischen Sanierungsaussicht, Art. 725 f. OR sowie im Nachlassverfahren). Sie könnte *mutatis mutandis* makroökonomisch ausgeweitet und ganz generell auf die Realwirtschaft und das einzelne Unternehmen Anwendung finden. Damit ist bei der Beurteilung und Bewertung der Aktiven mit Blick auf die staatlichen Stützungsprogramme trotz der aktuellen Unsicherheit die nachhaltige Erholung der Wirtschaft, der Kunden, der Auftragslage und der Debitoren zu unterstellen, wobei selbstverständlich die ohnehin geltende Sorgfaltspflicht einzuhalten, in Einzelpositionen Korrekturen vorzunehmen und die Nachvollziehbarkeit der Überlegungen sicherzustellen ist. Von einer Anzeige an den Richter kann demzufolge abgesehen werden, wenn *als Folge* der behördlich angeordneten Stilllegung der wirtschaftlichen Aktivitäten ein vorübergehender Ertragseinbruch ausgelöst wird, der zwar kurzfristig eine technische Überschuldung bewirkt, eine mittelfristige Fortführung des Unternehmens aber gestützt auf die staatlichen Förderungsmassnahmen dennoch in guten Treuen angenommen werden kann².

Den gleichen Gedanken auf der Passivseite der Bilanz fortzuschreiben, ist schwieriger. Auch das aus Anlass der Corona-Krise aufgenommene Fremdkapital ist Fremdkapital. Die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters kann nur durch eine Rangrücktrittserklärung des Gläubigers (z.B. beim Aktionärsdarlehen) oder durch eine gesetzlich angeordnete nachrangige Behandlung (Art. 24 der Notverordnung vom 25. März 2020) suspendiert werden. Eine befristete Ausweitung dieser Regelung auf alle Kredite, wie sie in Art. X des Entwurfs vorgeschlagen wird, ist deshalb sinnvoll. Die vorgeschlagene Regelung wirkt sich vom Konzept her auf die gesamte Bilanz aus und erfasst

¹ <https://www.ifrs.org/news-and-events/2020/03/application-of-ifrs-9-in-the-light-of-the-coronavirus-uncertainty/>

² Damit ist m.E. auch der Kritik an der Notstundung der Boden entzogen, die in Ziff. 65 des Kurzgutachtens von Prof. Lorandi wiedergegeben ist.

insbesondere passivseitig einerseits Kredite, die aus Anlass der Corona-Krise aufgenommen werden, die aber nicht vom Bund verbürgt sind, andererseits auch Altkredite. Für die vom Bund verbürgten Kredite besteht bereits eine Sonderregelung, an welche der Entwurf sinnvollerweise anknüpft.

Der vorgeschlagene Art. X schafft Rechtssicherheit bei der Beurteilung der Aktiven und schafft eine zeitlich beschränkte Sonderregelung bezüglich Fremdkapital. Unschön, aus praktischen Gründen aber nicht zu vermeiden ist wohl, dass auf den Stichtag 31. Dezember 2019 abgestellt wird, und nicht auf Mitte März 2020, dem eigentlichen Ausbruch der Krise. Die Regelung hilft damit auch jenen nicht lebensfähigen Unternehmen, welche per Ende 2019 technisch noch nicht überschuldet, aber bereits sanierungsbedürftig waren.

Besondere Herausforderungen dürften sich stellen im Hinblick auf das Auslaufen der in Art. X vorgesehenen Befristung. Diese sollten frühzeitig erkannt und umsichtig behandelt werden. Im Hinblick darauf wäre es hilfreich, statistische Angaben über die Handhabung des Art. X zu erheben.

C. Ad Frage 3. zum Vorschlag betreffend Anpassungen im Betreibungsrecht – Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens für KMU?

1. Zum Gutachten von Prof. Dr. Fanco Lorandi

Hier sei nur sehr selektiv auf einzelne Elemente eingegangen.

- (a) Die Schnittstelle zum Gesellschaftsrecht sei von "erheblicher Rechtsunsicherheit" geprägt (Rz. 69).

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Sie ist zumindest auf der Grundlage der Ausführungen im Kurzgutachten in Frage zu stellen.

- (b) Negativ ausfallender Vergleich von Notstundung und Nachlassstundung (Rz. 70)

Das Ziel der aktuell anzustrebenden Schonfrist ist es ja nicht, einem aus *unternehmerischen Gründen* veranlassten Sanierungsbedarf gerecht zu werden, sondern einem allgemeinen Notstand Rechnung zu tragen, der es auch –oder gerade dem gesunden Unternehmen nicht gestattet- eine Fortführung vorbehaltlos anzunehmen. Für Liquiditätsengpässe und Kurzarbeit sehen andere Instrumente des Bundes Hilfestellungen vor, so dass für das Gesamtsystem davon auszugehen ist, dass nach dem Unterbruch die normale wirtschaftliche Tätigkeit wieder aufgenommen werden kann. Die Annahme, die Gläubiger werden nach Beendigung der Notstundung befriedigt werden können, erweist sich unter diesen Umständen *dem Grundsatz nach* als gerechtfertigt (entgegen der Kritik, die im Kurzgutachten in Ziff. 65 wiedergegeben ist). Wo dies im Einzelfall nicht der Fall sein sollte, steht dem Schuldner der Weg in die Nachlassstundung offen.

Es fehlt aus der Sicht des Unterzeichners an einer sachlogischen Begründung dafür, dass auf dem Wege des Notrechts dauerhaft in die materiellen Rechtsverhältnisse eingegriffen werden soll, wie dies im 6. Punkt von Rz 70 postuliert wird. Solche Eingriffe mögen im Falle eines *per se* sanierungsbedürftigen Unternehmens gerechtfertigt sein (6. Punkt in Rz 70 des Kurzgutachtens), sind es aber nicht in Rahmen einer Aussetzung von Verfahrensvorschriften und der Benachrichtigungspflichten im Rahmen eines allgemeinen Notstands.

Dass bei der Notstundung wenig praktische Erfahrung besteht und dass die Wissenschaft noch nicht alle dunklen Ecken ausgeleuchtet hat, bildet keinen Grund, das Institut der Notstundung für untauglich zu erklären, nachdem dieses ja auch schon einzelne Härtefälle bestanden hat, ohne grösseren Schaden zu nehmen. Die Notstundung so schlecht nicht wie sie im Kurzgutachten dargestellt wird. Sie erlaubt den Kantonen, eine ihren Verhältnissen zugeschnittene Lösung vorzusehen, d.h. nach

*Branchen und Gegenden zu differenzieren*³. Dem entspricht auch die *schuldnergerechte* Regelung des Art. 338⁴. Es ist somit von der Tauglichkeit der Notstundung als zusätzliches Instrument der Krisenbewältigung auszugehen (s. auch unten Ziff. 2).

Ein neues "Corona-Nachlassverfahren" braucht es nicht. Allein die Abgrenzung von Schuldnern, welche das neue Verfahren "verdienen" und welche nicht, bildet Anlass zu Fragen, für deren Klärung aktuell die Musse fehlt. Die Grenzbeträge, die in Ziff. 2.1 der Vorlage genannt sind, sind jedenfalls willkürlich. Zudem fehlt eine dem E-Art. X zu betr. Art. 725 OR entsprechende Bestimmung zur Frage, ob das neuartige Verfahren für bereits überschuldete Unternehmen zur Verfügung steht oder nicht. Eine "sinnfällige Abgrenzung" (Rz. 106 des Kurzgutachtens) kann m.a.W. weder versprochen noch formuliert werden.

Darüber hinaus ist auf die Flexibilisierung des Nachlassverfahrensrechts in der Revision 2010 hinzuweisen, die genug Freiraum lässt, um eine Gerichtspraxis zu entwickeln, welche den praktischen Bedürfnissen der gegenwärtigen, ausserordentlichen Situation gerecht wird. Es fehlt im Gutachten jede Begründung, weshalb diesem Verfahren ein weiteres zur Seite gestellt werden soll. Das Kurzgutachten von Prof. F. Lorandi befasst sich ja nur mit dem angeblichen Ungenügen der Notstundung. Schliesslich ist an die Komplexitäten zu erinnern, welche durch "aufgepfropfte" KMU-Sonderregelungen entstehen, und deren Rechnung zu einem späteren Zeitpunkt in Form von legalistischen Exkursen präsentiert werden wird. Die Verwirrung, welche kommunikativ durch eine kaum zu vermittelnde Erläuterung über das Nebeneinander von gesetzlich eingespielter Nachlassstundung und "Corona-19-Stundung" entstehen wird, wird der Sache eher schaden als dienen.

Falls es sich erweist, dass der gegenwärtigen besonderen Lage bei der Anwendung des bestehenden Rechts, bei der Setzung von Akzenten und der Bildung einer Praxis eine *guidance* wünschbar wird, könnte das Bundesamt für Justiz –gegebenenfalls durch Beizug externer Experten, Empfehlungen / Wegleitungen zuhanden der kantonalen Gerichte und Behörden abgeben.

2. Zu den einzelnen vorgeschlagenen Bestimmungen (Beilage 3)

Aus den vorgenannten Gründen ist von der ins Auge gefasste Einführung eines "Corona-Nachlassverfahrens" abzusehen.

Die vorgesehenen einzelnen Bestimmungen sind angesichts der Flexibilität des geltenden Rechts nicht mit einem Gewinn oder einer materiellen Besserstellung der KMU verbunden. Allfällige Vorteile werden den Nachteil der (mit der Einführung einer weiteren Verfahrensart) zwangsläufig entstehenden Rechtsunsicherheit mehr als übersteuert.

Der Schuldner muss die volle unternehmerische Freiheit behalten, das überlebensfähige Unternehmen durch die Krise zu bringen. Eine Stundung von Forderungen, verbunden mit einem Zahlungsverbot, ist hier kontraproduktiv (Ziff. 3.3). Es geht darum, die Unternehmer in diesen Wochen und Monaten von den Gerichten fernzuhalten und ihnen im Nachhinein Rückendeckung zu geben, wenn sie in guten Treuen an der Überwindung der Krise gearbeitet haben. Ein Zahlungsverbot (Entwurf Ziff. 2.9) hilft ihnen dabei nicht, zumal (gemäss Entwurf Ziff. 3.2) bei der Verwendung der

³ "...für die von diesen Verhältnissen in Mitleidenschaft gezogenen Schuldner eines bestimmten Gebietes und auf eine bestimmte Dauer..." (Art. 337 SchKG)

⁴ "Ein Schuldner, der ohne sein Verschulden infolge der in Artikel 337 genannten Verhältnisse ausserstande ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, kann vom Nachlassgericht eine Notstundung von höchstens sechs Monaten verlangen, sofern die Aussicht besteht, dass er nach Ablauf dieser Stundung seine Gläubiger voll wird befriedigen können." (Art. 338 Abs. 1 SchKG)

vom Bund verbürgten Corona – Kredite die Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG wieder ausgeschlossen werden soll⁵.

Für die Überwindung der Krise braucht der Unternehmer kein neues Verfahren, und dafür braucht er auch keine neuartige Form der Absolution, wie sie in Ziff. 2.3 des Vorschlags "klarstellend" versprochen wird.

Im Uebrigen ist auf die Hinweise im vorangehenden Abschnitt verwiesen, die sich auch auf einzelne der entworfenen Bestimmungen beziehen.

Sehr wohl verdienten die einzelnen Vorschläge noch eine vertiefte kritische Beleuchtung, doch angesichts der besonderen zeitlichen Vorgaben bleibt es bei der Beschränkung auf das Gesagte.

Ich danke Ihnen jedenfalls sehr für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Thomas Bauer

⁵ ...dies unabhängig davon, ob die Verwendung der erlangten Geldmittel dem Sinn und Geist der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung entspricht oder nicht.

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

Per E-Mail an:
michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
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 fortauern (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-Betreibungsferien 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 Betreibungs- 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-Betreibungsstopp.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-minutigen 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).¹

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

¹ 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 Konkursbetreibung 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 Konkurseröffnung) 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 (Start-ups) 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 Massaverbindlichkeiten 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 Massaverbindlichkeiten 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 ggfalls 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).
- 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 Dauer-schuldverhältnissen 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)

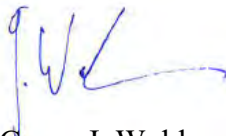
Dass die Notstundung gem. Art. 337 ff. SchKG ein veraltetes Institut ist, das gegenüber dem Nachlassverfahren zahlreiche Nachteile aufweist, insbesondere auch, dass es für Schuldner in eine gefährliche Sackgasse führen kann, und dass es deshalb nicht aktiviert werden sollte, hatte der Linksunterzeichnete 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

Von: Paul.Tschuemperlin@bger.ch (d)
An: [Schöll Michael BJ](#)
Cc: [Andrea Lanz](#); [Ingrid Walther](#)
Betreff: STN Bundesgericht 01.04.2020 Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen
Datum: Mittwoch, 1. April 2020 15:05:10
Anlagen: [Logo_BGer.png](#)

Sehr geehrter Herr Vizedirektor

Ich danke Ihnen für die Zustellung der Unterlagen zur beabsichtigten Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen mit Frist zur Stellungnahme bis diesen Freitag, 12:00 Uhr.

Das Bundesgericht verzichtet im Rahmen der öffentlichen Konsultation auf Stellungnahme zu den vorgeschlagenen Covid-Massnahmen bei drohender Überschuldung und betreffend Anpassungen im Betreibungsrecht.

Freundliche Grüsse

Dr. iur. Paul Tschümpelin
Generalsekretär



Schweizerisches Bundesgericht
Av. du Tribunal-fédéral 29
CH-1000 Lausanne 14
Telefon: +41 (0)21 318 91 02
E-Mail: paul.tschuemperlin@bger.ch

Am 01.04.2020 um 14:28 schrieb Direktion@bger.ch:

----- Message transféré -----

Sujet :DRINGEND: Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen

Date :Wed, 1 Apr 2020 11:24:59 +0000

De :Michael.Schoell@bj.admin.ch

Pour :Michael.Schoell@bj.admin.ch

Sehr geehrte Damen und Herren
Mesdames, Messieurs

Beiliegend erhalten Sie eine Konsultation des Bundesamtes für Justiz zu möglichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus. Gerne erwarten wir Ihre Stellungnahme bis **Freitag, 3. April 2020, mittags**.
Veillez trouver ci-après une consultation de l'office fédéral de la justice par rapport à des mesures potentielles dans le contexte du coronavirus. Nous vous saurions gré de bien vouloir nous faire parvenir votre prise de position d'ici vendredi, 3 avril 2020, midi.

Schreiben BJ / Lettre OFJ

Beilage 01: Konzeptpapier / Annexe 1: Document de réflexion

Beilage 02: Vorschlag "Teilsistierung von Art. 725 OR" / Annexe 02: Proposition "Suspension partielle de l'art. 725 CO"

**Beilage 03: Vorschlag "Anpassungen im SchKG" / Annexe 03:
Proposition "Adaptations de la LP"
Beilage 04 (nur auf Deutsch): Gutachten Lorandi zum
Anpassungsbedarf im SchKG vom 31. März 2020**

Diese Dokumente werden in Kürze auf der Webseite des BJ publiziert.
Sous peu ces documents seront disponibles sur le site de l'OFJ.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüssen
*En vous remerciant de votre collaboration, nous vous prions d'agréer,
Mesdames, Messieurs, nos salutations les meilleures.*

Michael Schöll | Vizedirektor | Chef Direktionsbereich Privatrecht | Eidg. Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ | Bundesrain 20 | CH-3003 Bern | Tel +41 58 462 4175 | Mobile +41 79
372 7117 | michael.schoell@bj.admin.ch



Das Gerichtspräsidium

Postfach, 9023 St. Gallen
Telefon +41 58 465 27 27
Registratur-Nummer: 024.2

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Privatrecht
Herr Michael Schöll
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Email an:

michel.schoell@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nichlas.turin@bj.admin.ch
samel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch

St. Gallen, 3. April 2020 / rmh

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

Sehr geehrter Vizedirektor
Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Stellungnahme vom 1. April 2020 im Rahmen der eingangs erwähnten öffentlichen Konsultation danken wir Ihnen bestens. Wir haben die Vorschläge mit Interesse zur Kenntnis genommen.

In der vorliegenden Angelegenheit verzichtet das Bundesverwaltungsgericht auf eine Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Marianne Ryter
Präsidentin

Stephanie Rielle
Generalsekretärin

Kopie an:

- Bundesgericht
- Bundesstraßgericht
- Bundespatentgericht

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Privatrecht
zHv Herrn Michael Schöll, Vizedirektor
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 03.04.2020

I/Aktenzeichen: 237.1-3233/7/3
I/Zeichen: bj-scmi
u/Zeichen: 603A / 237
Betrifft: Öffentliche Konsultation

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

Sehr geehrter Herr Schöll

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 01.04.2020 in obgenannter Angelegenheit und erlauben uns, im Rahmen Ihrer öffentlichen Konsultation folgende indikativen Lösungsideen zu unterbreiten:

1. Zum Grundsatz: Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

- Der Handlungsbedarf ist klar ausgewiesen.
- Jegliche Anpassungen im OR oder im SchKG dürfen nicht dazu führen, dass Gerichte organisatorisch überlastet werden, wie es bei den Verwaltungsbehörden der Fall ist (Kurzarbeitsentschädigung).
- Idealerweise sollte ein Lösung gefunden werden, welche:
 - möglichst wenig Gerichts- und Verwaltungsbehörden involviert;
 - möglichst wenig vom gewohnten Prozedere abweicht.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung

- Prämissen, welche beim Notrecht zwingend zu berücksichtigen sind:
 - Keine Beeinträchtigung der gewohnten Zahlungsströme, weder durch Rechtsstillstände, noch durch Stundungen.
 - Keine Beeinträchtigung der Warenströme.

RA Urs Bürgi¹
Präsident des Zürcher Anwaltsvereins
RA Dr. Caterina Nägeli¹
Gudrun Bürgi-Schneider²
RA Jens Marguerat-Meyer³
RA Agnes Schneider-Allemann⁴
RA Anna Schuler-Scheurer⁵
RA Carlos Bonilla⁶
Notenamtlicher Bericht
RA Konrad Moor⁷
RA Marc Peyer¹
Erziehungs- und Jugendamt
RA Adrian Jünger¹
RA
RA Tiziana Zemp¹
RA Carole Vollenweider⁸
RA Yvonne Maurer¹
RA Dr. Fylen Coput

*(Mitgliedschaften im
Schlichtungsausschuss des Anwaltsvereins)
Eingetragene im Zürcher Anwalts-
verzeichnis
und als Anwalts-Anwältin (angestellter
Einkaufs- und Anwaltsgehilfe)
im Zürcher Anwaltsverzeichnis*

Martin F. Kiesel
Dipl. Architekt ETH/ETH - MBA - MScAD
Schlichtungsstelle

Martin Lienhard
Eingetrag. Anwaltsgehilfe
MBA/LLM
Eingetrag. Anwaltsgehilfe/Anwältin

Daniel Huber
Beauftragter mit öffentl. Auftrag

Dr. Daniel Imfeld
Selbständiger Berater für
Risiko- und Finanzmanagement

Grossmünsterplatz 9
CH-8001 Zürich
Fon +41 (0)44 268 40 00
Fax +41 (0)44 268 40 05

www.bnlawyers.ch
info@bnlawyers.ch

- iii. Kein Ausfall von Marktplayern (Domino-Effekt verhindern). Es sollen möglichst viele Player auf dem Markt bleiben.

b. Lösungsvorschlag:

- i. Der Vorschlag, die Pflichten gemäss OR 725 Abs. 2 für die Dauer der Massnahmen ... teilweise auszusetzen, ist zu befürworten.
- ii. Die Teilsistierung von OR 725 Abs. 2 für den „Covid-19-Schuldenberg“ sollte bis 31.12.2021 dauern.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht

- a. Der Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen, ist u.E. zu kompliziert, zu aufwändig und zu kostenintensiv.
- b. Lösungsvorschlag, welcher die Zahlungs- und Warenströme sowie die Existenz der Marktteilnehmer schützt:
 - i. Befristete, partielle Ausserkraftsetzung des Konkursrechts (*Generallexekution*) und Anwendung der Betreibung auf Pfändung (*Speziallexekution*)
 - 1. Keine Covid-19-verursachten, drittangestossenen Konkursöffnungen bis 31.12.2021 (vorbehalten bleibt die Konkursöffnung auf Antrag der Schuldnerin nach SchKG 191, d.h. auf eigenes Verlangen);
 - 2. Forderungen,
 - a. für welche bis zum 15.03.2020 noch keine zwangsvollstreckungsrechtlichen Massnahmen ergriffen wurden oder
 - b. die während der Dauer des Kontakt-Dienstleistungsverbotes entstanden oder fällig geworden sind oder
 - c. die während einer Frist von 6 Monaten nach Ablauf des Kontakt-Dienstleistungsverbotes entstanden oder fällig geworden sind,kann bis 31.12.2021 der Konkurs nicht eröffnet werden („Covid-19-Schuldenberg“).
 - 3. Dilatorische Einredemöglichkeit des Schuldners („Covid-19-Einrede“), ähnlich z.B. der

Einrede des mangelnden, neuen Vermögens
etc.

- ii. Nach Ablauf der Frist gilt das gewohnte Recht, ausser die Frist werde per Notrecht hinausgeschoben.

Gerne stehen wir Ihnen für Ihre allfälligen Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Urs Bürgi

Inhaber des Zürch,
Notar-, Grundbuch- und
Konkursverwalter-Patentes
Rechtsanwalt / Attorney at Law



Adrian Lienert

LL.M.
Rechtsanwalt / Attorney at Law

Vorab per e-mail:

michael.schoell@bj.admin.ch

sibyll.walter@bj.admin.ch

david.rueetschi@bj.admin.ch

nicholas.turin@bj.admin.ch

samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch

caroline.widmer@bj.admin.ch

Par courrier électronique

Office fédéral de la justice OFJ
michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch

Paudex, le 3 avril 2020
JHB/dv

Devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de faillite : Réponse à la consultation urgente

Mesdames, Messieurs,

Nous donnons suite à votre envoi électronique du 1^{er} avril dernier et vous prions de trouver ci-joint nos remarques et commentaires sur les trois questions posées. Vu la brièveté des délais, notre réponse sera elle aussi concise.

1. Sur le principe

Afin de faire face à la crise générée par le COVID-19, nous considérons qu'il existe un besoin de prendre des mesures en matière de droit des sociétés et de droit des poursuites, complémentaires à celles déjà prises par le Conseil fédéral. Dès lors, nous accueillons favorablement l'idée d'une intervention de nature à éviter des mises en faillite indésirables.

2. Proposition en cas de surendettement imminent

Nous souscrivons à la proposition de suspendre partiellement les obligations découlant de l'article 725 al. 2 CO. En effet, le risque n'est pas négligeable que des entreprises qui n'étaient pas en situation de surendettement en fin d'année dernière se trouvent surendettées du fait de la crise actuelle, ce qui pourrait précipiter une mise en faillite alors qu'il existe, moyennant des délais supplémentaires, une possibilité de poursuite de l'activité. Dès lors, la mesure semble apte à préserver le tissu économique et les emplois contre des mesures précipitées.

Nous observons cependant que l'on ne sait pas à l'heure actuelle quand et quelles seront les conditions de sortie de crise. Sans être outre mesure pessimiste, nous relevons qu'il faudra assurément du temps pour retrouver, selon les branches, un volume d'affaires suffisant. Dès lors, le délai de 6 mois suivant la fin des mesures selon la section 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020 nous paraît insuffisant. Nous préconisons que soit prévu un délai de 12 mois, mieux à même de permettre d'appréhender la situation.

Texte proposé : Art X al.1 :

Si le débiteur n'était pas surendetté au 31 décembre 2019, il peut être renoncé à l'avis au juge conformément à l'article 725 alinéa 2 CO, lorsqu'il existe une perspective raisonnable de remédier au surendettement, dans un délai de **12 mois** suivant la fin des mesures selon la section 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020.

3. Propositions en droit des poursuites

Nous ne partageons en revanche pas l'approche proposée qui, au lieu d'appliquer les règles existantes du sursis extraordinaire (art. 337 ss. LP), souhaite introduire un nouveau sursis COVID-19. En effet, le sursis extraordinaire, bien que peu appliqué jusqu'ici, est justement à disposition des autorités cantonales dans des circonstances extraordinaires. Ainsi, le gouvernement cantonal peut, avec l'assentiment de la Confédération, déclarer applicables les dispositions du sursis extraordinaire, pour une durée déterminée, aux débiteurs d'un certain territoire qui sont touchés par ces circonstances. Nous y voyons les avantages suivants :

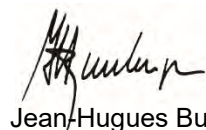
Tout d'abord, le fait que les cantons soient maîtres du déclenchement de la mesure permet de coller aux réalités du terrain. Nul doute que celles-ci seront différentes entre le Tessin et Glaris ou Appenzell Rhodes intérieures. L'assentiment de la Confédération permet au demeurant d'éviter des démarches intempestives.

Sur le plan des délais, le sursis extraordinaire peut être accordé pour une première période de 6 mois (art. 338 LP) et prolongé de 4 mois (art. 347 LP), soit au total 10 mois. Cette durée est supérieure à celle prévue dans le nouveau sursis COVID-19, qui limite sa durée à 3 mois, prolongeable de 3 mois au plus. Compte tenu de la situation engendrée par le COVID-19, de tels délais nous paraissent très, voire trop courts pour permettre de recouvrer une situation apte à permettre la poursuite de l'activité. S'il fallait modifier les dispositions du sursis extraordinaire, nous proposons même de porter le délai global à 12 mois, soit un premier sursis de 6 mois prolongeable une fois pour une même durée. Ainsi, il serait possible d'estimer sur un an la capacité de l'entreprise de retrouver un volume d'affaires suffisant pour garantir sa survie à long terme. Il y aurait ainsi lieu de **modifier l'article 347 LP en prévoyant un délai de prolongation unique de 6 mois**.

Les autres dispositions proposées sous chiffre 1.1 à 1.4 n'appellent de notre part pas de commentaire particulier.

Nous vous remercions de l'attention que vous aurez prêtée à nos lignes et vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations les meilleures.

Centre Patronal



Jean-Hugues Busslinger



Office fédéral de la justice OFJ
Domaine de direction Droit privé

michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch

Neuchâtel, le 3 avril 2020

Réponse à la consultation publique sur les devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite

Mesdames, Messieurs,

Nous donnons suite à votre envoi électronique du 1er avril dernier et vous faisons part de notre appréciation.

Pour faire face à la crise du coronavirus, il importe d'intervenir pour prévenir les mises en faillites évitables. En ce qui concerne les cas de surendettements imminents, nous sommes favorables aux propositions de suspendre partiellement les obligations découlant de l'article 725 al. 2 CO. La situation financière de certaines entreprises venant de subitement se dégrader, il peut en découler de nouveaux surendettements, qui seraient à l'origine de mises en faillites potentielles. Des délais supplémentaires pourraient permettre à ces entreprises surendettées de venir à meilleure fortune. La mesure proposée peut préserver le tissu économique et les emplois. Le délai proposé de 6 mois, devrait être prolongeable de 2 fois « 3 mois ». Cela permettrait de s'adapter à l'évolution de la situation économique.

Nous sommes favorables à l'introduction d'un sursis COVID-19 de 6 mois. Une fois ce dernier passé, il appartiendrait de le prolonger de 2 fois 3 mois, en harmonie avec les mesures prises plus haut. La possibilité de déléguer cette compétence aux cantons (sursis extraordinaires) peut être étudiée. L'introduction de cette mesure aurait alors le mérite d'encore plus coller à la réalité économique des cantons.

Nous profitons aussi de la présente consultation pour vous rendre attentifs à la situation dramatique des indépendants. Nous vous invitons à ne pas perdre de vue la réalité économique de ces derniers, qui se trouvent notamment dans des formes juridiques comme la raison individuelle. Les mesures envisagées ci-haut ne devraient pas se retourner contre eux, en cette période de fort ralentissement économique.



Pour toute information complémentaire, nous nous tenons à votre entière disposition.

En espérant que nos demandes seront considérées, nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations les meilleures.

Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie

Florian Némethi
Directeur

Charles Constantin
Membre de la Direction

Von: [Hunsperger, Reto](#)
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: [Jenny, Daniel](#); [Zemp, Raphael](#)
Betreff: STN CMS von Erlach Poncet AG 03.04.2020 Stellungnahme zur öffentlichen Konsultation Anpassung OR und SchKG [CMS-CH.FID282130]
Datum: Freitag, 3. April 2020 11:45:52

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit der Stellungnahme zu den Vorentwürfen betreffend (i) die Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie (ii) die Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens. Gerne nehmen wir dazu wie folgt Stellung:

I. ALLGEMEINE ANMERKUNGEN

Allgemein begrüßen wir die Bestrebungen, Gesellschaften, deren finanzielle Situation sich aufgrund der COVID-19 Pandemie verschlechtert hat, zu unterstützen. Durch die Anpassungen der Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie des Nachlassverfahrens und die Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens kombiniert mit den weiteren Hilfspaketen lassen sich unerwünschte Härtefälle und Konkurse von an sich gesunden oder wenigstens sanierungswürdigen Gesellschaften vermeiden. Trotzdem erlauben wir uns, im Rahmen der Vernehmlassung einige kurze Anmerkungen und Anpassungsvorschläge zu den Entwürfen vorzutragen.

II. ZUM VORSCHLAG "TEILSISTIERUNG VON ART. 725 ABS. 2 OR"

Der Verordnungstext sieht eine Teilsistierung der Pflichten des Verwaltungsrates nach Art. 725 Abs. 2 OR vor, wenn die Gesellschaft am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war. Der Verordnungstext äussert sich jedoch nicht zur Situation von Gesellschaften, die am 31. Dezember 2019 zwar eine Überschuldung aufwiesen, in diesem Umfang aber Erklärungen von Gesellschaftsgläubigern vorlegen können, die im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurückgetreten sind, so dass die Benachrichtigung des Richters deshalb ausbleiben konnte (Art. 725 Abs. 2 am Ende). Ein solcher Rangrücktritt beseitigt nicht die Überschuldung, sondern es entfällt lediglich die Verpflichtung zur Bilanzdeponierung (*Handschin Lukas*, Art. 725 OR N. 120, in: Tanner, et al (Hrsg.), Zürcher Kommentar zu Art. 698-726 und 731b OR, Zürich 3. Aufl. 2018; *Wüstiner Hanspeter*, Art. 725 N. 47, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, OR-II, Basel 5. Aufl. 2016). Streng nach dem Wortlaut sind diese Fälle nicht vom vorgeschlagenen Verordnungstext erfasst, obwohl die Gesellschaft im Zeitpunkt des Stichtages (31. Dezember 2019) keine Pflicht zur Bilanzdeponierung traf.

Wir gehen jedoch davon aus, dass aufgrund einer teleologischen Auslegung des Verordnungstextes auch diese Fälle erfasst sein müssen. Sinn der Teilsistierung ist es doch, Gesellschaften nicht zur Benachrichtigung des Richters zu verpflichten, wenn sich die Finanzlage als Folge der COVID-19 Pandemie verschlechtert. Die aktuelle Pandemie trifft alle Gesellschaften finanziell stark, auch diejenigen, die am 31. Dezember 2019 überschuldet waren, aber Rangrücktritte in der Höhe der Überschuldung nachweisen konnten. Diese Gesellschaften befinden sich in einem Sanierungsprozess und eine weitere, unverschuldete Verschlechterung der finanziellen Lage durch die COVID-19 Pandemie sollte nicht dazu führen, dass der Richter gem. 725 Abs. 2 OR benachrichtigt werden muss und alleine aufgrund der ausserordentlichen Lage erfolgsversprechende Sanierungsmassnahmen scheitern. Der entsprechende Vorbehalt im Verordnungstext soll nach unserem Verständnis nur sicherstellen, dass nicht Gesellschaften, die bereits am 31. Dezember 2019 verpflichtet gewesen wären, die Bilanz zu deponieren, nachträglich infolge der COVID-19 Pandemie ungerechtfertigt für ihr pflichtwidriges Verhalten belohnt werden. Deshalb müssen auch am 31.

Dezember 2019 überschuldete Gesellschaften mit ausreichenden Rangrücktritten von der Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR erfasst werden, um unverhältnismässige Härtefälle zu vermeiden.

Schliesslich waren im Falle eines (ausreichenden) Rangrücktritts alle Forderungen der nicht zurückgetretenen Gläubiger am Stichtag des 31. Dezember 2019 gedeckt. Die nicht zurücktretenden Gläubiger von überschuldeten Gesellschaften mit Rangrücktritten sind somit denjenigen von Gesellschaften ohne Überschuldung gleichgestellt. Die im Verordnungstext vorgesehene Voraussetzung, dass eine Aussicht bestehen muss, dass die Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen vom 13. März 2020 behoben werden kann, bleibt auch für diese Gesellschaften bestehen und sichert somit sämtliche Gläubigerrechte. Die Risiken der Gläubiger werden minimiert, die Sanierungsaussichten für überschuldete Gesellschaften mit Rangrücktritten jedoch beträchtlich gesteigert. Würden diese Gesellschaften vom Verordnungstext nicht erfasst, würden sie durch die aktuelle Wirtschaftslage unverschuldet in unverhältnismässigem Masse getroffen, da ihnen eine erfolgreiche Sanierung verunmöglicht wird.

Aus diesen Gründen und zur Schaffung der notwendigen Rechtssicherheit sollten somit im Wortlaut des Verordnungstextes zur Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldete Gesellschaft, die am Stichtag des 31. Dezembers 2019 über hinreichende Rangrücktritte verfügten, ebenfalls explizit genannt werden.

Unser **Vorschlag zur Ergänzung des Absatz 1 des Verordnungstextes** lautet deshalb:

¹ *War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet oder sind bei einer Überschuldung im Ausmass dieser Unterdeckung Gesellschaftsgläubiger mit Wirkung auf den 31. Dezember 2019 im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurückgetreten, so kann die Benachrichtigung des Richters nach Artikel 725 Absatz 2 OR unterbleiben, wenn begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung, die nicht durch Rangrücktritte gedeckt ist, innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann.*

III. ZUM VORSCHLAG "ANPASSUNGEN IM SCHKG"

A. Einleitung der COVID-19-Stundung

Auch bei der Einleitung der COVID-19-Stundung knüpft Absatz 1 an die Voraussetzung, dass der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht bereits überschuldet war. Die Situation ist identisch, wie unter II dargestellt. Entsprechend sollte die COVID-19-Stundung auch Gesellschaften offenstehen, die zum Stichtag des 31. Dezember 2019 zwar überschuldet waren, aber ausreichend hohe Rangrücktritte vorweisen können.

Entsprechend sollte Abs. 1 des Verordnungstextes zur Einleitung der COVID-19-Stundung wie folgt angepasst werden:

¹ *Ein Schuldner, der der Konkursbetreibung unterliegt (Art. 39 SchKG), kann vom Nachlassgericht eine Stundung von höchstens drei Monaten verlangen (COVID-19-Stundung), sofern er am ~~am~~ 31. Dezember 2019 nicht bereits überschuldet war oder sofern bei einer Überschuldung im Ausmass dieser Unterdeckung Gesellschaftsgläubiger mit Wirkung auf den 31. Dezember 2019 im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurückgetreten sind.*

B. Anpassungen des Nachlassvertragsrechts

In der "Beilage 3: Anpassungen im SchKG" wird unter Ziffer 1.1. ausgeführt, dass dem Gesuch des Schuldners zur Einleitung des Nachlassverfahrens kein provisorischer Sanierungsplan mehr beizulegen ist, und somit auch die Sanierungsfähigkeit nicht durch das Nachlassgericht überprüft wird. Diese Anpassung begrüssen wir, wird doch dadurch sowohl der Schuldner als auch das Nachlassgericht wesentlich entlastet.

Gemäss Vorschlag zur Abweichung von Art. 293 lit. a SchKG muss der Schuldner dem Gesuch zur

Einleitung des Nachlassverfahrens eine aktuelle Bilanz beilegen (und wohl auch eine aktuelle Erfolgsrechnung, wobei sprachlich nicht klar ist, ob sich "aktuell" auch auf die Erfolgsrechnung bezieht). Wir schlagen vor, dass alternativ zu einer "aktuellen" Bilanz auch eine Bilanz per Stichtag 31. Dezember 2019 eingereicht werden kann (bzw. dass eine solche Bilanz als "aktuell" qualifiziert). Alternativ könnte die Regelung dahingehend umformuliert werden, dass eine Bilanz, die nicht älter als 5 Monate ist, einzureichen ist.

Praxisgemäss erstellen die meisten Gesellschaften ihren Jahresabschluss per 31. Dezember 2019. Für die Einleitung des Nachlassverfahrens eine neue Jahresrechnung erstellen zu müssen, dürfte für viele Gesellschaften mit einem grossen Aufwand verbunden sein. Aufgrund der aktuellen Lage ist es aber im Interesse aller Beteiligten, dass die Gesellschaften, falls nötig, innert kürzester Frist ein Gesuch um Nachlassstundung stellen können. Dieses Ergebnis wäre mit dem Verzicht auf eine aktuelle Bilanz erreicht. Es könnte in diesem Sinne in den Erläuterungen, oder sogar im Verordnungstext selbst, klargestellt werden, dass eine Jahresrechnung per 31. Dezember 2019 genügt.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme und die geschätzte Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Anmerkungen.

Mit freundlichen Grüssen

Reto Hunsperger / Dr. Daniel Jenny

Reto Hunsperger, LL.M.
Rechtsanwalt - Partner

T +41 44 285 11 11
F +41 44 285 11 22
M +41 79 421 13 78
E reto.hunsperger@cms-vep.com



CMS von Erlach Poncet AG
Dreikönigstrasse 7 | Postfach | 8022 Zürich | Schweiz
cms.law

This e-mail and any attachments are intended solely for the named addressee and may contain legally privileged information. The copying thereof or the dissemination of any information they contain, by anyone other than the addressee, is prohibited. If you have received this message in error, please let us know by replying to this e-mail. Thank you.

Von: Salome.Hofer@coop.ch
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: Maurizio.Randazzo@coop.ch; chiara@coop.ch
Betreff: STN Coop 03.04.2020 Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen
Datum: Freitag, 3. April 2020 12:24:29
Anlagen: [Lettre OFJ Consultation publique 20200401 FR-sig.pdf](#)
[Schreiben BJ Öffentliche Konsultation 20200401 DE-sig.pdf](#)
[Beilage 04 Gutachten Lorandi.pdf](#)
[Beilage 01 Konzeptpapier Pflichten der Organe DE.pdf](#)
[Beilage 01 Konzeptpapier Pflichten der Organe FR.pdf](#)
[Beilage 02 Teilsistierung von Art. 725 OR DE.pdf](#)
[Beilage 02 Teilsistierung von Art. 725 OR FR.pdf](#)
[Beilage 03 Anpassungen im SchKG DE.pdf](#)
[Beilage 03 Anpassungen im SchKG FR.pdf](#)

Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Gelegenheit, zu den beiliegenden geplanten Anpassungen Stellung nehmen zu können. Coop hat die untenstehenden Antworten zu den drei Fragestellungen innerhalb der IG Detailhandel abgesprochen, da die drei Mitgliedsunternehmen gleichermaßen betroffen sind, resp. eine gleichlautende Haltung in dieser Sache vertreten.

Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Der Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht wird als gegeben betrachtet. Coop profitiert als Grossunternehmen von diesen Massnahmen nicht direkt, befürwortet aber als Wirtschaftsteilnehmerin Massnahmen zur Unterstützung von durch die aktuelle Krise in ihrer Existenz bedrohten Unternehmen, zumal diese auch Geschäftspartner von Coop und/oder ihren Divisionen und Tochterunternehmen sein können.

Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilage 2):

Die Änderung und teilweise Aussetzung des Artikel 725 Absatz 2 OR macht in jedem Fall Sinn. Trotz der Massnahme der COVID-19-Solidarbürgschafts-Verordnung, welche das Ausklammern der Überbrückungskredite bei der Prüfung der Überschuldung vorsieht, kann ein an sich «gesundes» Unternehmen bei einer rein statischen Bilanz-Betrachtung aktuell wg. der Corona-Krise überschuldet sein. Es ist daher im Interesse der kleineren Unternehmen als auch der Wirtschaft, mit der obigen Massnahme die gesetzliche Pflicht der Verwaltungsräte, den Richter anzurufen, für eine begrenzte Zeit auszusetzen.

Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Die Anpassung und Vereinfachung des Nachlassverfahrens erachten wir als sinnvoll und zielführend, um volkswirtschaftlich schädliche und auch für den Gläubiger nachteilige Konkurse von Unternehmen zu verhindern, welche durch die Corona-Krise in ihrer Existenz bedroht sind. Diese Massnahme ist aus Sicht von Coop in diesem Massnahmenpaket die entscheidende. Die zusätzliche Einführung einer COVID-19-Stundung als Massenerfahren wird dagegen eher skeptisch und als leicht überschüssend betrachtet.

Besten Dank für ihre Kenntnissnahme und die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Beste Grüsse und bleiben sie gesund,

Salome Hofer

Freundliche Grüsse

Coop

Salome Hofer
Leiterin Nachhaltigkeit/Wirtschaftspolitik
Hauptsitz
Thiersteinallee 12
Postfach 2550
4002 Basel
Telefon +41 61 336 59 98
Mobile +41 79 741 16 26
Salome.Hofer@coop.ch

www.taten-statt-worte.ch

Anfang der weitergeleiteten Nachricht:

Von: <Michael.Schoell@bj.admin.ch>

Betreff: **DRINGEND: Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen**

Datum: 1. April 2020 um 13:24:59 MESZ

An: <Michael.Schoell@bj.admin.ch>

Sehr geehrte Damen und Herren
Mesdames, Messieurs

Beiliegend erhalten Sie eine Konsultation des Bundesamtes für Justiz zu möglichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus. Gerne erwarten wir Ihre Stellungnahme bis **Freitag, 3. April 2020, mittags**.
Veuillez trouver ci-après une consultation de l'office fédéral de la justice par rapport à des mesures potentielles dans le contexte du coronavirus. Nous vous saurions gré de bien vouloir nous faire parvenir votre prise de position d'ici vendredi, 3 avril 2020, midi.

Schreiben BJ / Lettre OFJ

Beilage 01: Konzeptpapier / Annexe 1: Document de réflexion

Beilage 02: Vorschlag "Teilsistierung von Art. 725 OR" / Annexe 02: Proposition "Suspension partielle de l'art. 725 CO"

Beilage 03: Vorschlag "Anpassungen im SchKG" / Annexe 03: Proposition "Adaptations de la LP"

Beilage 04 (nur auf Deutsch): Gutachten Lorandi zum Anpassungsbedarf im SchKG vom 31. März 2020

Diese Dokumente werden in Kürze auf der Webseite des BJ publiziert.
Sous peu ces documents seront disponibles sur le site de l'OFJ.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüssen
En vous remerciant de votre collaboration, nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations les meilleures.

Michael Schöll | Vizedirektor | Chef Direktionsbereich Privatrecht | Eidg. Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ | Bundesrain 20 | CH-3003 Bern | Tel +41 58 462 4175 | Mobile +41 79

**Schweiz. Verband Creditreform
(Genossenschaft)**

Teufener Strasse 36
CH-9000 St. Gallen
T +41 71 221 11 80
info@creditreform.ch
www.creditreform.ch

Bundesamt für Justiz BJ
Bundesrain 20
3003 Bern

michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch

9000 St. Gallen, 3. April 2020

Öffentliche Konsultation:

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

Sehr geehrter Herr Schöll
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Möglichkeit zur Stellungnahme und beantworten gerne Ihre Fragen.

Der Schweizerische Verband Creditreform ist als Genossenschaft mit rund 12'000 Mitgliedern und Kunden sowie 7 Kreisbüros die grösste schweizerische Gläubigervereinigung für Kredit-schutz. Zu seiner Tätigkeit gehört u.a. die Erteilung von Bonitätsauskünften. Mit diesem Instru-ment wird das Risiko von Forderungsausfällen bei Lieferanten und Kreditgebern vermindert und ein wichtiger Beitrag zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit von Firmen, Selbständig erwer-benden und Privatpersonen geleistet. Creditreform verhindert u.a. auch aktiv unnötige Ver-schuldung von Privatpersonen.

Wie unsere mehr als 130-jährige Erfahrung zeigt, lösen unbezahlte Rechnungen regelmässig Dominoeffekte aus. Unternehmen und Private, deren Forderungen nicht beglichen werden, geraten häufig selbst in Schwierigkeiten oder gehen Konkurs. Insolvenzen und fruchtlose Pfän-dungen beschern den schweizerischen Unternehmen und Privatpersonen dabei Jahr für Jahr Verluste von schätzungsweise CHF 11 Milliarden.

Gerade in der aktuellen Zeit spielt die Wahrung der Gläubigerinteressen eine zentrale Rolle, denn nur wenn diese auch angemessen gewahrt werden, kann ein Dominoeffekt minimiert werden.

1. Grundsatz

Der aktuelle Entwurf zieht einschneidende Massnahmen für Gläubiger nach sich. Angesichts der aktuellen Situation unterstützen wir aber die vorgeschlagenen Massnahmen im Grundsatz. Wir bitten Sie folgende Änderungen aufzunehmen:

2. Drohende Überschuldung

Art. 725 Abs. 2 OR

In Art. X Abs. 2 ist aufzunehmen, dass wenn der «Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war», auf die Prüfung der Zwischenbilanz verzichtet werden kann. Zudem ist aufzunehmen, dass die Anzeigepflicht der Revisionsstelle nach Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR zu entfallen hat. Ansonsten könnte es vorkommen, dass die Revisionsstelle eine Überschuldungsanzeige stellen muss, was in dieser Situation gerade nicht beabsichtigt ist, da die Anzeigepflicht für den Schuldner selbst entfällt.

Zudem ist zu klären, wie mit überschuldeten Gesellschaften umzugehen ist, wenn in ausreichendem Umfang Rangrücktritte seitens der Aktionäre vorliegen.

3. Anpassung im Betreibungsrecht

SchKG: 2.5 öffentliche Bekanntmachungen

Der Entwurf sieht bei der COVID-19-Stundung, wie auch bei der Nachlassstundung (Art. 293c SchKG) vor, dass in begründeten Fällen auf die öffentliche Bekanntmachung bis zur Beendigung der provisorischen Stundung verzichtet werden kann, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt.

Wir beantragen diese «Stille Stundung» bei der COVID-19-Stundung ersatzlos zu streichen. Damit werden die Gläubiger übermässig benachteiligt. Es geht ja gerade darum ein Verfahren einzuführen, das Massentauglich ist. Kann ein Schuldner die stille Stundung begründen, so hat er den Weg der normalen Nachlassstundung zu beschreiten und gerade nicht nach der COVID-19-Stundung.

¹ Die Bewilligung der Stundung wird durch das Nachlassgericht öffentlich bekannt gemacht und dem Betreibungs-, dem Handelsregister- und dem Grundbuchamt unverzüglich mitgeteilt.

² ~~In begründeten Fällen kann auf die öffentliche Bekanntmachung verzichtet werden, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt. Art. 293c Abs. 2 Bst. a-e SchKG gelten sinngemäss.~~

SchKG: Allgemeine Anmerkung zu den Bekanntmachungen

Wir weisen auf die Notwendigkeit hin, den Ämtern klare Vorgaben zu geben, dass diese neue Stundungs-Art schweizweit einheitlich zu publizieren ist und dass die Bezeichnung des Verfahrens zwingend einheitlich zu sein hat.

SchKG: 3.2 Ausschluss der paulianischen Anfechtung

Der Ausschluss der paulianischen Anfechtung erachten wir als einen zu starken Eingriff in die Gläubigerrechte. Wir beantragen die Streichung dieses Ausschlusses, da in der Praxis eine Einschränkung auf Geldmittel, welche der Schuldner unter der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erlangt hat als nicht praxistauglich erachtet werden muss.

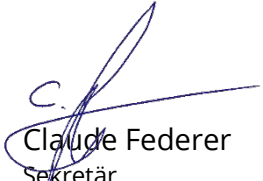
Wir wären Ihnen sehr verbunden, wenn Sie unsere Anregung im Rahmen der weiteren Gesetzgebungsarbeit aufnehmen würden und stehen für weiterführende Gespräche jederzeit zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

**Schweiz. Verband Creditreform
(Genossenschaft)**

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "R. Egeli".

Raoul Egeli
Präsident

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "C. Federer".

Claude Federer
Sekretär

Herr
Michael Schöll
Bundesamt für Justiz BJ
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Per E-Mail an:

michael.schoell@bj.admin.ch; david.rueetschi@bj.admin.ch; nicholas.turin@bj.admin.ch;
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch; caroline.widmer@bj.admin.ch; sibyll.walter@bj.admin.ch

3. April 2020

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns eingeladen, zu den vom Bundesamt für Justiz in die Konsultation gebrachten Vorschlägen zu einem verbesserten Schuldnerschutz in oben genannter Sache Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr.

economiesuisse nimmt gestützt auf eine kurzfristig einberaumte Konsultation bei unseren Mitgliedern, in unserer Rechtskommission und den hauptbetroffenen Arbeitsgruppen aus einer übergeordneten, gesamtwirtschaftlichen Sicht zu den drei zentralen Fragen wie folgt Stellung:

Zusammenfassung

Die COVID-19-Bekämpfung und die in diesem Zusammenhang vom Bund ausgesprochenen weitgehenden Massnahmen und Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit haben für die Unternehmen in der Schweiz teils drastische Konsequenzen bis hin zur Bedrohung ihrer Existenz. Die Notpakete des Bundes zur Dämpfung der Folgen der COVID-19-Krise für die Wirtschaft verfolgen im Kern zwei Ziele: i) die Vermeidung einer Entlassungswelle und ii) die Vermeidung einer Konkurswelle. Die dazu gewählten Instrumente sind dabei teils angepasste Regeln für Kurzarbeitsentschädigung und für Erwerbsersatzleistungen einerseits und schnell verfügbare Liquiditätshilfen für die Unternehmen andererseits. Die vom Bundesamt für Justiz nun vorgeschlagenen weitergehenden Anpassungen am materiellen Recht werden als ein zusätzliches Element dieses Dispositivs präsentiert.

Die Rückmeldungen zu den vorgeschlagenen Anpassungen aus den Kreisen unserer Mitglieder sind teilweise unterschiedlich ausgefallen:

- **Mehrheitlich unterstützen die Unternehmen und Verbände die vorgesehenen Anpassungen in den wesentlichen Punkten. Anpassungswünsche bringen sie aber in Bezug auf technische Punkte vor.**

— **Einzelne Unternehmen und Verbände dagegen äussern bis hin zu erheblichen Bedenken oder lehnen die Anpassungen in wesentlichen Punkten oder sogar gesamthaft ab.**

Angesichts der – verständlicherweise - kurzen Vernehmlassungsfrist ist es nicht möglich, diese unterschiedlichen Auffassungen zusammenzuführen und in einer konsolidierten Position der Wirtschaft aufzulösen. Aus Sicht der Gesamtwirtschaft sollte primär auf Basis der bereits bestehenden Instrumente, darunter insbesondere durch die in den Markt geführte Liquidität, auch weiterhin angestrebt werden, die obgenannten Ziele i) und ii) zu erreichen. Gleichwohl ist gerade im Rahmen des Notrechtes erforderlich, sich abzeichnende Härten und bedrohliche Effekte rechtzeitig abzufangen. Dies rechtfertigt daher die vorgeschlagenen Massnahmen im Grundsatz.

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlich notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Ja, mit Vorbehalten (Erläuterungen unten, Ziff. 1).

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Der Vorschlag kann mit Vorbehalten unterstützt werden. Die Erleichterungen sollen nebst dem Verwaltungsrat aber zusätzlich auch die Revisoren erfassen (Erläuterungen unten, Ziff. 2).

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Der Vorschlag kann zur Verhinderung schädlicherer Eingriffe wie beispielsweise ein Rechtsstillstand mit Vorbehalten unterstützt werden. Es besteht aber Anpassungsbedarf, darunter ist die Möglichkeit, Dauerschuldverhältnisse auf einen beliebigen Zeitpunkt zu kündigen abzulehnen; allgemein müssen Missbrauchsmöglichkeiten der Anpassungen stärker eingedämmt werden (Erläuterungen unten, Ziff. 3).

1 Zum Grundsatz

Die Schweiz hat ein in der Regel langsames, dafür präzises und austariertes Gesetzgebungsverfahren. Vernehmlassungen mit Einbezug aller Anspruchsgruppen und ein intensiver parlamentarischer Prozess führen dazu, dass die am Ende verabschiedeten Gesetze das Ergebnis einer Konsenssuche darstellen und auf unerwünschte oder nicht erwartete Auswirkungen bei Anpassungen am materiellen Recht von Seiten der unmittelbar Betroffenen hingewiesen werden konnte. Diese wichtigen Kontrollaufgaben im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens sind im Rahmen des Notrechtes nicht gewährleistet. Entsprechend hoch ist der Anspruch an Präzision und Zurückhaltung bei Eingriffen ins materielle Recht an den im Rahmen des Notrechtes operierenden Bundesrat.

Angesichts der besonderen und herausfordernden Lage unterstützen wir punktuelle notrechtliche Massnahmen auch im Bereich des Gesellschafts- und Betreibungsrechts. Dabei muss aber mit höchster Genauigkeit vorgegangen werden und es ist zu verhindern, dass solche Massnahmen zu Missbrauch führen. Ebenfalls sind alle Eingriffe klar zu befristen und, das „Ausstiegsszenario“ muss bereits durchdacht werden. Schliesslich müssen die Auswirkungen auf die Rechte der Gläubiger auf das Notwendigste beschränkt werden.

2 Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung

Eine Mehrheit der Mitglieder und Unternehmen erachtet die vorgeschlagene Erleichterung für den Verwaltungsrat in Art. 725 OR als wünschenswert. Von denjenigen, die sich unterstützend äussern, wünschen sich aber mehrere, dass diese Erleichterungen auch explizit für Revisionsstellen gelten. Es wird moniert, dass es im Sinne eines in sich stimmigen Gesamtkonzepts erforderlich ist, dieselben Erleichterungen auch den Revisionsstellen zu gewähren, da diese denselben Pflichten wie der Verwaltungsrat unterliegen. Anders als in der Vernehmlassungsdokumentation dargestellt, kann es Fälle geben, bei denen die Revisionsstelle effektiv Kenntnis einer Überschuldung erhält, beispielsweise dann, wenn die Revisionsstelle im entscheidenden Zeitraum aus irgendwelchen Gründen tatsächlich eine ordentliche Revision durchgeführt oder auch eine Zwischenbilanz geprüft hat.

Ein weiterer Punkt betrifft die Prüfung einer Ergänzung zu Art. 725 OR, dass die Unsicherheiten und Verluste, die aufgrund der COVID-19-Krise eingetreten sind, die Unternehmen nicht dazu verpflichten, von der Bilanzierung zu Fortführungswerten auf Liquidationswerte überzugehen. Die Frage, ob ein Unternehmen in der Coronavirus-Krise noch langfristig finanziert werden kann (das Kriterium für die Verwendung der Fortführungswerte), ist bei vielen Unternehmen aktuell offen, da nicht bekannt ist, wie lange ihre Geschäftsaktivitäten durch die Massnahmen des Bundes behindert werden, noch ob sie neben den vom Bund verbürgten Krediten auch weitere Kredite von dritter Seite erhalten können (Befürchtung eines generellen «Credit Crunch»). Es sollte durch eine klare Regelung verhindert werden, dass Unternehmen allein aufgrund dieser Unsicherheit zu Liquidationswerten bilanzieren und ihre Revisionsstellen entsprechende Vorbehalte machen müssen.

Einzelne Mitglieder äussern demgegenüber grundsätzliche Bedenken an den vorgeschlagenen Anpassungen. Sie führen aus, dass die Vorschrift von Art. 725 OR welche verlangt, dass bei Feststehen der Überschuldung der Gesellschaft der Richter zu benachrichtigen ist, dem Gläubigerschutz dient und diese so davor bewahrt werden, mit einer nicht ausreichend liquiden Gesellschaft Geschäfte abzuschliessen. Die für die Anrufung des Richters definierten Voraussetzungen seien in der Schweiz etabliert und das Management der Unternehmen habe gelernt, sich auch in Krisensituationen mit diesen Voraussetzungen auseinanderzusetzen.

Falls man nun diese Voraussetzungen lockert, so führte dies zwar zu einer Entlastung des Verwaltungsrates des betroffenen Unternehmens. Gleichwohl würde aber über die finanzielle Gesundheit dieses Unternehmens in der Öffentlichkeit ein falscher Eindruck entstehen mit dem Risiko, dass alte wie auch neue Gläubiger geschädigt werden. Man sieht die Gefahr, dass das Schwinden des Vertrauens in Angaben zur finanziellen Gesundheit aller Unternehmen auch dazu führen könnte, dass alle Unternehmen im Geschäftsverkehr einander nur noch mit erhöhter Vorsicht begegnen und nicht mehr oder zu wesentlich schlechteren Konditionen beliefern. Dies würde gerade diejenigen Unternehmen mit geringer Kapitaldecke, die man mit den Anpassungen eigentlich schützen wollte, mit überdurchschnittlicher Härte treffen. Das Ziel des langfristigen Überlebens von Unternehmen und damit die Vermeidung von Konkursen auf Grund Überschuldung könnte damit nicht erreicht werden.

3 Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht

Der Schaffung eines vereinfachten Stundungsverfahrens (COVID-19-Stundung), wie vorgeschlagen, ist im Grundsatz zuzustimmen. Dies insbesondere, wenn man dieser Lösung die Alternative, eine „Notstundung“ gemäss bestehendem Recht, die auf Regelungen aus dem Jahr 1949 basiert, gegenüberstellt. Dieses gesetzlich vorgesehene „Notrecht auf Vorrat“ wurde gesamtschweizerisch noch nie angewendet und dürfte der realen Notsituation nicht gerecht werden. Weitgehend und breit unterstützt wird die Verlängerung der Frist für die provisorische Nachlassstundung. Die übrigen vorgeschlagenen Änderungen werden teilweise unterstützt, teilweise aber auch stark kritisiert.

Es sind daher wichtige Anpassungen am vorgeschlagenen Dispositiv notwendig:

- A) Die Vorschläge sind sehr „niederschwellig“ und es besteht dadurch die Gefahr, dass Schuldner vom Instrument Gebrauch machen, welche dieses gar nicht benötigen (z.B. aus Vorsichts- oder anderen Liquiditätsüberlegungen). Dies würde zu ähnlich unerwünschten Wirkungen wie ein Rechtsstillstand führen und eingespielte Lieferketten gefährden. Instrumente, Missbräuche zu erschweren wären u.a., i) die Verfahrenskosten zumindest teilweise dem Schuldner zu überlassen oder die Verfahrenskostenübernahme des Staates an Bedingungen zu knüpfen, ii) die Summari-sche Prüfung des COVID-19 Stundungsantrages durch das Gericht oder iii) die Erhöhung der Reputationskosten für stundungswillige KMU bei restriktiver Handhabung der stillen Stundung (z.B. Einverständnis der Gläubiger oder einer Mehrheit der Gläubiger erforderlich).
- B) Der vollständige Ausschluss der paulianischen Anfechtung im gegenwärtigen Kontext ist nicht verhältnismässig und birgt Missbrauchsrisiko. Insbesondere etwa bei Schenkungen sollten Rückforde-rungen bei bevorzugten Gläubigern nach wie vor weiterhin möglich sein.
- C) Die Bedingungen für eine vorzeitige Auflösung von Dauerschuldverhältnissen gemäss Art. 297a SchKG sind nicht zu lockern. Die Voraussetzung einer Vereitelung des Sanierungszwecks für die fristlose Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses ist ein wirksamer Schutz des Gläubigers vor Missbrauch und wurde in der letzten SchKG-Revision entgegen dem damaligen Vorschlag des Bundesrates und der Expertenkommission eingeführt. Auch wenn es hier der Zustimmung des Sachwalters braucht, können dabei erhebliche Nachteile für die Gläubiger entstehen. So könnten z.B. Lizenzverträge einfach gekündigt werden.
- D) Schliesslich ist auch die Änderung von Art. 297 Abs. 4 SchKG, wonach eine Abtretung künftiger Forderungen keine Wirkung entfalten soll, zu überdenken. Die Abtretung künftiger Forderungen erfolgt regelmässig im Zusammenhang mit der Finanzierung eines Unternehmens, aus dessen Tätig-keit die künftigen Forderungen entstehen oder (im Falle von Dauerschuldverhältnissen) über die Zeit fällig werden. Soll nun die gleiche Regelung gelten wie im Falle eines Konkurses oder einer Nachlassstundung, so fällt dies auf den Kreditgeber des schuldnerischen Unternehmens zurück. Dieser kann wegen Wegfalls der Besicherung einen Kredit so unter Umständen fällig stellen müs-sen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Position und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse



Erich Herzog
Mitglied der Geschäftsleitung



Sandrine Rudolf von Rohr
Stv. Leiterin Wettbewerb & Regulatorisches

Bundesamt für Justiz BJ
Michael Schöll
Vizedirektor
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Email

An Verteiler gem. Schreiben BJ vom 1. April 2020

3. April 2020

**Stellungnahme «Massnahmen zur Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen»
(Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des
Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens)**

Sehr geehrter Herr Vizedirektor
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 1. April 2020, mit welchen Sie uns zur Stellungnahme zu Massnahmen zur Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen einladen.

Wir antworten nachstehend direkt auf die von Ihnen gestellten Fragen, wobei unser Schwerpunkt auf dem **Vorschlag betreffend Anpassungen von Art. 725 Abs. 2 OR** liegt, **den wir mit folgender Begründung ablehnen:**

- Ein Moratorium für Art. 725 Abs. 2 OR ist eine Güterabwägung, stellt aber letztlich einen erheblichen Eingriff in das bestehende Gläubigerschutzsystem dar.
- In einem allfälligen Moratorium müsste neben der Anzeigepflicht für den Verwaltungsrat auch diejenige für die Revisionsstelle entfallen. Andernfalls kann die beabsichtigte Wirkung des Moratoriums nicht erzielt werden, da die Revisionsstelle unter gewissen Bedingungen zur ersatzweisen Anzeige der Überschuldung vor Gericht gezwungen sein kann.

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Im Kontext der bisherigen Rettungsmassnahmen des Bundes besteht grundsätzlich weiterer Handlungsbedarf. Der per Notrecht angedachte Eingriff in das bestehende Gläubigerschutzsystem ist jedoch gut zu bedenken. So stellt sich vornehmlich die Frage, ob die befristete Aufgabe der Gläubigerschutzbestimmungen nach Art. 725 Abs. 2 OR nicht als Eingriff in die Eigentumsgarantie der Gläubiger betrachtet werden müsste (bereits bestehende Forderungen von Gläubigern drohen durch diesen Eingriff zusätzlich an Wert zu verlieren, mit anderen Worten: bei Moratoriums-Fällen, die dennoch im Konkurs enden, tragen die Gläubiger die Kosten in Form einer tieferen Konkursdividende im Vergleich zu einer früher erfolgten Konkursöffnung).

Letztlich stellt sich die Frage, welche Interessen in der gegenwärtigen ausserordentlichen Lage Vorrang haben sollen; es besteht ein Zielkonflikt zwischen Gläubigerschutz und Schutz des Unternehmens (Güterabwägung).

Wie wir unter 2. darstellen, ergeben sich neben der Frage der Güterabwägung vielfältige Rechtsfragen, weshalb wir empfehlen folgende alternative Massnahmen zu prüfen und insbesondere auf eine Anpassung von Art. 725 OR zu verzichten:

- Ein erster Ansatz zur Lösung des Problems der «Corona-bedingten» Überschuldung besteht bereits mit Art. 24 COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung. Es wäre zielführend diese Vorschrift auf sämtliche COVID-19-Kredite auszuweiten (Kredite nach Art. 4 COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung evtl. nur im Umfang von 85%).
- Ferner besteht im geltenden Recht die Möglichkeit, dass der Richter Konkursaufschub gewähren kann (Art. 725a OR). Ggf. könnte diese Vorschrift ergänzt und der gegenwärtigen Lage insofern angepasst werden, als dort für die Sanierung eine längere Frist berücksichtigt werden kann.
- Die Rechtsprechung und Lehre gehen heute für die Konkursanzeige von einer Sanierungsfrist von grundsätzlich ca. 4-6 Wochen aus, wobei Abweichungen durchaus möglich sind. Hier wäre ggf. ein Ansatzpunkt diese grundsätzliche Frist auf Verordnungsstufe zu erstrecken (z.B. auf 12-16 Wochen). Dies würde in der gegenwärtig besonderen Situation für mehr Rechtssicherheit sorgen.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilage 2)

Wie oben erwähnt, empfehlen wir, auf eine Anpassung von Art. 725 OR zu verzichten. Falls doch eine Anpassung vorgenommen wird, sollten dringend mindestens folgende Punkte aufgenommen werden:

a. Persönlicher Anwendungsbereich

Der neue Art. X soll nur auf Gesellschaften Anwendung finden, die am 31. Dezember 2019 nicht bereits überschuldet waren. Dies erachten wir grundsätzlich als richtig. In diesem Kontext wäre aber klarzustellen, was unter «am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet» zu verstehen ist. Geht es hier um das in der Handelsbilanz ausgewiesene Eigenkapital? Wenn ja, kann dieses auch negativ sein, sofern genügend **Rangrücktritte** bestehen? Oder ist hier letztlich eine Überschuldungsbilanz gemeint? Es gibt eine erhebliche Anzahl an Gesellschaften, die bereits über längere Zeit überschuldet sind, aber aufgrund von ausreichenden Rangrücktritten seitens von Aktionären problemlos weiter bestehen. Es ist unklar, ob die neue Verordnungsbestimmung auch auf derartige überschuldete, aber durch Rangrücktritte abgesicherte Gesellschaften Anwendung findet. Diese Frage sollte in der Verordnung oder zumindest in den Erläuterungen rechtssicher geklärt werden.

b. Anzeigepflichten

Um das angestrebte Ziel (Stärkung der Krisenresistenz, Vermeiden der Überschuldungsanzeige für im Prinzip überlebensfähige Gesellschaften) zu erreichen, muss im Moratorium bzw. bei den durch das Moratorium begünstigten Gesellschaften nicht nur die **Anzeigepflicht** für den Verwaltungsrat, sondern auch diejenige **für die Revisionsstelle entfallen**. Insoweit sind im Moratorium die Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR ebenfalls auszusetzen.

Die in Beilage 2 gemachte Aussage («Da keine Pflicht besteht, die Zwischenbilanzen prüfen zu lassen, erhält eine allfällige Revisionsstelle allerdings gar keine Kenntnis einer Überschuldung.») ist so nicht zutreffend. Vielerorts werden gerade aktuell die Abschlussprüfungen durchgeführt. Dabei werden auch die sogenannten „Ereignisse nach dem Bilanzstichtag“ thematisiert im Hinblick auf die Frage, ob die Jahresabschlüsse nach der Going concern-Prämisse (Art. 958a OR) erstellt werden können bzw. welche Sachverhalte im Anhang zur Jahresrechnung (Art. 958c Abs. 2 Ziff. 13 OR) offenzulegen sind. Dabei hat die Revisionsstelle

gute Kenntnis über die aktuelle Liquiditäts- und Vermögenssituation und kann dabei durchaus begründete Besorgnis einer offensichtlichen Überschuldung haben, ohne dass sie mit der Prüfung einer Zwischenbilanz betraut wird. In diesem Zusammenhang sei auch der Fall erwähnt, in dem eine Überschuldung bereits eingetreten ist, aufgrund genügender Rangrücktritte bislang jedoch von einer »Bilanzdeponierung« abgesehen werden konnte (siehe hierzu bereits unter a.). Aufgrund der Corona-Situation werden die gewährten Rangrücktritte nunmehr ggf. nicht länger ausreichen, was die Revisionsstelle im Rahmen der Prüfung der Ereignisse nach dem Bilanzstichtag feststellen wird und diese dazu zwingt ihrer Benachrichtigungspflicht gem. Art. 728c Abs. 3 bzw. 729c OR nachzukommen, was somit das angestrebte Moratorium verunmöglichen würde. Zudem ist es denkbar bzw. in der Praxis immer wieder auch der Fall, dass die Revisionsstelle klare und stichhaltige Informationen von kompetenter Stelle aus der Unternehmung erhält, wonach diese offensichtlich überschuldet ist, was die Revisionsstelle nunmehr zwingen kann die Überschuldungsanzeige zu erstatten.

Lässt man die Benachrichtigungspflicht der Revisionsstelle nach Art. 728c Abs. 3 und 729c OR unverändert bestehen, wird die Revisionsstelle in zahlreichen Fällen zu einer Überschuldungsanzeige gedrängt sein, auch innerhalb der neu gewährten Schonfrist für eine Sanierung. Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle übersteuert dann gleichsam die unter Umständen ausgesetzte oder aufgeschobene Anzeigepflicht des Verwaltungsrates. Dies läuft den Absichten der Verordnung entgegen.

Wir empfehlen Ihnen daher dringend eine Anpassung des Verordnungstextes im Sinne des nachstehenden Vorschlags:

Art. X

1 [...]

2 War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet, kann die ~~Die~~ Prüfung der Zwischenbilanz durch einen zugelassenen Revisor nach Artikel 725 Absatz 2 OR ~~kann~~ unterbleiben und die Anzeigepflicht der Revisionsstelle nach Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR entfällt.

3 Die Absätze 1 und 2 gelten sinngemäss für alle Rechtsformen, die einer gesetzlichen Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und bei Überschuldung unterstehen.

c. Befristung

Gemäss Art. X Abs. 1 kann die Überschuldungsanzeige unterbleiben, wenn begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-Verordnung 2 behoben werden kann. Gestützt auf Art. 12 Abs. 3 COVID-Verordnung 2 gilt die Verordnung im Grundsatz so lange wie nötig, höchstens jedoch für die Dauer von sechs Monaten ab Inkrafttreten. Der Bundesrat hebt sie ganz oder teilweise auf, sobald die Massnahmen nicht mehr nötig sind. Art. 12 Abs. 6 COVID-Verordnung 2 hält fest, dass die Massnahmen nach Artikel 5 - 9 bis am 19. April 2020 gelten. Dies bedeutet zum jetzigen Zeitpunkt, dass die (Corona-bedingte) Überschuldung bis zum 19. Oktober 2020 beseitigt sein muss. Dies erscheint uns unter den aktuellen Umständen nicht in jedem Fall als realistisch.

Falls die Massnahmen aber (evtl. sogar mehrmals) verlängert werden, würde dies dazu führen, dass der Verwaltungsrat im Zeitpunkt, in dem er die Prognose abzugeben hat, nicht mit hinreichender Sicherheit weiss, auf welchen Endzeitpunkt die Prognose auszurichten ist. Aus Optik der Rechtssicherheit erscheint es uns daher sinnvoll einen klar definierten Referenzzeitpunkt festzulegen, z.B. "dass eine Überschuldung bis zum nächsten Bilanzstichtag (alternativ: 31. Dezember 2020) behoben werden kann."

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? (Beilagen 3 und 4)

Wir erachten den vollständigen Ausschluss der paulianischen Anfechtung im gegenwärtigen Kontext als nicht verhältnismässig. Insbesondere etwa bei Schenkungen sollten Rückforderungen bei bevorzugten Gläubigern weiterhin möglich sein.

Der Entwurf sieht bei der COVID-19-Stundung in begründeten Fällen vor, auf die öffentliche Bekanntmachung bis zur Beendigung der provisorischen Stundung zu verzichten, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt. Um den Gläubiger nicht zu stark zu benachteiligen, sollte diese «stille Stundung» gestrichen werden. Dem Schuldner bleibt als Alternative immer noch der Weg der normalen Nachlassstundung, bei der ein entsprechender Antrag gestellt werden kann.

Abschliessend danken wir Ihnen für die Berücksichtigung unserer Überlegungen und Vorschläge. Für weitere vertiefende Gespräche stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
EXPERTsuisse



Peter Ritter
Präsident des Vorstands



Martin Nay
Präsident Fachbereich Wirtschaftsprüfung

Département fédéral de justice et
police DFJP
Office fédéral de la justice
3003 Bern

Par courriel à

michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch

Lausanne, le 3 avril 2020

Consultation publique : devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite

Mesdames et Messieurs,

La Fédération romande des consommateurs (FRC) saisit cette opportunité pour prendre position sur les mesures proposées par le Conseil fédéral dans sa consultation publique du 1^{er} avril dernier.

La Suisse fait face à une situation d'urgence extraordinaire qui nécessite un soutien à l'économie afin de lui permettre de se relever après cette crise. Des mesures exceptionnelles doivent être prises de manière temporaire, ce qu'ont déjà fait les autorités avec une rapidité et une efficacité à saluer.

Sur le principe (**question 1**), il nous paraît important que des mesures supplémentaires soient prises pour soutenir l'économie. Celles-ci peuvent être prises sur la base du droit des sociétés et des poursuites. Il est surtout primordial que ces dispositions n'aient pas pour effet d'abaisser le niveau de protection des créanciers et des consommateurs sans que des mesures correspondantes soient prises pour garantir leurs droits. Par ailleurs, des mesures doivent également être pensées pour venir en aide aux ménages en difficultés.

La suspension prolongée des délais de poursuite est une mesure exceptionnelle qui doit permettre à l'Etat de s'organiser dans une situation de crise. Force est de constater que les mesures actuellement mises en place et envisagées ne sont pas suffisantes en l'état et que la reprise des délais engendrerait des effets graves non seulement pour les indépendants n'ayant pas encore reçu d'aide (env. 270'000) mais aussi pour les ménages rencontrant déjà des difficultés financières. Ceux-ci devraient donc être prolongés au-delà du 19 avril, de manière à trouver des solutions complémentaires qui intégreront également d'autres pans de l'économie et non pas uniquement l'aide aux entreprises.

La proposition relative à la suspension partielle des obligations découlant de l'art. 725, al. 2 CO (**question 2**) est une mesure dangereuse à laquelle notre association s'oppose en l'état.

En effet, il ressort des annexes que toutes les sociétés ayant souscrit aux prêts garantis par la Confédération bénéficient déjà d'une première exception car ces dettes ne sont pas prises en compte pour l'avis de surendettement. Dans ces circonstances, des sociétés déjà surendettées bénéficieraient en réalité d'une exception supplémentaire mettant gravement en danger leur santé économique. Ensuite, cette mesure fait appel à une notion juridique indéterminée large (« *une perspective raisonnable de remédier au surendettement* ») derrière laquelle chaque conseil d'administration pourra facilement se cacher pour déclinier toute responsabilité. Enfin, l'affaiblissement de la protection des créanciers risque de créer un sentiment d'insécurité qui ne sera pas favorable à l'économie.

Les règles actuellement applicables ont pour but de garantir aux créanciers d'être désintéressés au maximum et nous craignons que la proposition relative à l'art. 725, al. 2 CO n'ait pour seul effet de repousser la faillite certaine d'une société surendettée. Or, les faillites prononcées trop tardivement conduisent le plus souvent à une suspension faute d'actifs et les créanciers ne sont jamais indemnisés.

Une réflexion identique vaut pour l'absence absolue d'examen de la capacité d'assainissement (**question 3**). On comprend que le but recherché est d'alléger le travail des tribunaux, mais le risque de prolonger des situations économiquement non viables est trop important et risque de léser les créanciers.

Il n'est pas tolérable que les risques inhérents à ce nouveau paquet de mesure soient supportés par les créanciers seuls ; des mesures doivent également être prises pour les soutenir. Cette remarque s'applique également aux mesures envisagées pour la prolongation de la suspension des poursuites pour la branche des agences de voyage, évoquées par le Conseil fédéral lors de sa conférence de presse du 1^{er} avril dernier, lesquelles doivent être accompagnées d'un filet de sécurité pour le créancier.

En ce sens, la FRC soutient la création d'un fond de garantie. Celui-ci permettrait d'assurer que les consommateurs s'étant montrés solidaires avec l'économie (en acceptant un avoir à la place d'un remboursement ou en souscrivant maintenant de nouvelles prestations par exemple), ne se retrouvent lésés dans l'éventualité où le prestataire ne résisterait pas à la crise actuelle. Cette mesure aurait un effet bénéfique pour l'économie car elle encouragerait les consommateurs à trouver des solutions amiables avec différents partenaires contractuels et à soutenir activement l'économie sans crainte d'être lésé.

Le système d'exécution forcée doit également être repensé en fonction de cette situation exceptionnelle. En effet, le système actuel couplé avec cette crise peut faire plonger un ménage endetté dans le surendettement et un ménage à bas revenus dans l'endettement. La levée de la suspension des poursuites doit être accompagnée de mesures de stabilisation pour les ménages leur permettant, dès le début des saisies, de reprendre le paiement des charges courantes (primes, pensions alimentaires, loyers, impôts). Une relance économique ne pourra en effet se concrétiser qu'au travers la consommation des ménages.

Nous vous saurions gré d'impliquer activement la FRC dans les discussions se rapportant aux mesures économiques envisagées et qui pourraient avoir un impact sur les consommateurs.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à notre prise de position et restons à votre disposition toute demande complémentaire.

Avec nos meilleures salutations,



Sophie Michaud Gigon

Secrétaire générale



Marine Stücklin

Responsable Droit et Politique



Beat Flach
Nationalrat
MLaw/SIA
Im Fahr 18
5105 Auenstein
062 897 07 03
079 402 91 12
sekretariat@beatflach.ch
www.beatflach.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Michael Schöll
Bundesrain 20
3003 Bern

Auenstein, 3. April 2020

Öffentliche Konsultation betr. Massnahmen zu Gunsten von Unternehmen, die von der Corona-Pandemie betroffen sind im Bereich Überschuldung und Betreibungsrecht

Sehr geehrter Herr Vizedirektor
Lieber Michael

Zu Gunsten von Unternehmen, die von der Corona-Pandemie bedroht sind, prüft der Bundesrat Massnahmen für Unternehmen bei drohender Überschuldung und im Betreibungsrecht und hat dazu am 1. April 2020 eine Konsultation eröffnet, welche bis zum 3. April 2020 12:00 Uhr dauert. Danke für die Einladung und Gelegenheit, an dieser Konsultation teilnehmen zu dürfen.

Die kurze Frist ist auf Grund der Dringlichkeit verständlich und angemessen und ich danke der Departementschefin und dem Direktionsbereich Privatrecht für die rasche Erarbeitung und Vorstellung dieses Massnahmenpakets. Gleichwohl wird es für eine Vielzahl von Organisationen schwer sein, innerhalb der kurzen Frist eine konsolidierte Antwort auf die komplexen gestellten Fragen zu verabschieden und einzureichen, da verbandsinterne Abläufe nicht darauf ausgelegt sind, so rasch auf diese – doch weitreichenden Vorschläge – zu antworten.

Ich nehme daher die Gelegenheit wahr und antworte als Mitglied der Rechtskommission des Nationalrats und als Baujurist mit jahrzehntelanger Erfahrung in der Bauwirtschaft und nicht namens des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins, für den ich seit 12 Jahren im Rechtsdienst tätig bin auf die gestellten Fragen.

1. **Zum Grundsatz:** Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Ja. Eine Vielzahl von kleinen und mittelgrossen Unternehmen, bei denen Ende 2019 noch keine Überschuldung bestand, ist von Arbeitsunterbrüchen oder Verzögerungen

betroffen, die sie in finanzielle Schieflage bringen. Dies obwohl sie volle Auftragsbücher haben und zu erwarten ist, dass der Grossteil der vereinbarten Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen nach dem pandemiebedingten Lockdown erbracht – und damit ordentlich abgerechnet – werden können. Besonders im Baubereich sind von dieser Situation viele kleine und mittelgrosse, spezialisierte Unternehmen betroffen und eine Kettenreaktion von Konkursen wie bei der Immobilien- und Bankenkrise 1991/92 kann heute verhindert werden, wenn die entsprechenden Massnahmen sie schützen. Ein ausgewogenes Mass zwischen den Ansprüchen der Gläubiger und der Schuldner in dieser ausserordentlichen Situation zu finden, ist nicht einfach. Jeder staatliche Eingriff in laufende privatrechtliche Vertragsverhältnisse ist auch ein Eingriff in das allgemeine Wirtschaftsrecht und in die Grundrechte der betroffenen Vertragspartner. Änderungen an diesem Verhältnis können zu schwerwiegenden Anspruchsverlusten führen und den «Falschen» treffen. Aus diesem Grund sind die Auswirkungen wie auch das Missbrauchsrisiko genau zu untersuchen und die Massnahmen sind zeitlich zu begrenzen und allfällig notwendige gesetzliche Anpassungen für die Zeit nach der Notverordnungsphase zu berücksichtigen; nicht zuletzt, um nicht neue «Ungerechtigkeiten» zu schaffen.

2. **Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung:** Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilage 2)

Positiv. Die Möglichkeit ein Unternehmen vor dem Gang zum Konkursrichter zu bewahren, wenn es noch gerettet werden kann macht Sinn. Gerade im Baubereich – wo lange Liefer- resp. Auftragsketten bestehen – kann die Überschuldung wegen eines buchhalterisch nötigen Wechsels von der Bilanzierungs- zur Fortführungsbewertung entstehen, obwohl der dies verursachende, zahlungsunfähige Schuldner mit grosser Wahrscheinlichkeit durch einen anderen ersetzt werden wird, um das Projekt zu vollenden. Es ist wichtig, dass dieser Weg nur für Unternehmer offensteht, die für Ende 2019 eine rechtsgenügende Bilanz erstellt haben, welche aufzeigt, dass die Überschuldung damals noch nicht bestand. Dass diese und die – richtigerweise geforderte – Zwischenbilanz nicht von einem Revisor geprüft wird, macht in Folge der begrenzten Kapazitäten der Treuhandbüros und der betroffenen Kleinunternehmen (welche häufig das Opt-out-Modell gewählt haben) Sinn. Es ist aber anzustreben, dass dies nicht zu Missbräuchen führt, die den Gläubigerschutz gefährden. Die ersten Erfahrungen mit den COVID19-Bürgschaftskrediten haben gezeigt, dass dieses Missbrauchsrisiko leider real ist. Es braucht daher möglichst klare Bestimmungen als Leitlinien für die Organe der Gesellschaften, um den Entscheid, Art. 725a Absatz 2 OR in der COVID19-Form anzuwenden.

3. **Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht:** Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? (Beilagen 3 und 4)

Positiv. Im Gutachten Lorandi wird vorgeschlagen, sowohl das Verfahren der COVID19-Stundung als auch die modifizierte provisorische Nachlassstundung kostenlos auszugestalten. Im Entwurf des BJ wird das nicht aufgenommen und auch nicht begründet. Wenn die Unternehmen auf die Verfahren verzichten, weil sie die Kosten

scheuen würde dies Sinn machen. Allenfalls könnte man zumindest die COVID19-Stundung ganz oder teilweise (oder als «Sondertarif») von den Kosten befreien, da es hier um KMU geht.

Besten Dank für die freundliche Entgegennahme dieser Stellungnahme. Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung.

Herzliche Grüsse und gute
Gesundheit

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'B. Flach', with a long horizontal stroke extending to the right.

Beat Flach
NR, MLaw/SIA

Von: [Pally Ursina](#)
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: [Schlup Jürg](#); [Herzog-Zwitter Iris](#); taddei@arbeitgeber.ch; bischof@law-firm.ch
Betreff: STN FMH 03.04.2020 Stellungnahme öffentliche Konsultation: Pflichten der Organe von Unternehmen, Anpassung des Nachlassverfahrens und einfaches Stundungsverfahren
Datum: Freitag, 3. April 2020 11:27:21
Anlagen: [image001.png](#)
[Beilage 01 Konzeptpapier Pflichten der Organe_DE.pdf](#)
[Beilage 01 Konzeptpapier Pflichten der Organe_FR.pdf](#)
[Beilage 02 Teilsistierung von Art. 725 OR_DE.pdf](#)
[Beilage 02 Teilsistierung von Art. 725 OR_FR.pdf](#)
[Beilage 03 Anpassungen im SchKG_DE.pdf](#)
[Beilage 03 Anpassungen im SchKG_FR.pdf](#)
[Beilage 04 Gutachten Lorandi.pdf](#)
[Lettre OFJ Consultation publique 20200401_FR-sig.pdf](#)
[Schreiben BJ Öffentliche Konsultation 20200401_DE-sig.pdf](#)
[Beilage 03 Anpassungen im SchKG_FR.pdf](#)

Sehr geehrter Herr Scholl

Vielen Dank für die Gelegenheit, zu den geplanten Massnahmen von Unternehmen, die von der Corona-Pandemie bedroht sind, Stellung zu nehmen.

Gerne beantworten wir Ihre Fragen folgendermassen:

1. Wir erachten die vorgeschlagenen Anpassungen in den erwähnten Verfahren als notwendig und sinnvoll.
2. Diese Massnahme erscheint uns unabdingbar, damit sich die Entscheidungsträger der COVID-19-Stundung ohne Vorbehalte wegen einer allfälligen haftungsrechtlichen Verantwortung unterwerfen können.
3. Die Anpassung des Nachlassverfahrens ist sowohl wünschenswert als auch grundsätzlich in der vorgeschlagenen Form zu begrüssen. Wir erlauben uns dennoch, einige wenige Punkte zur Anpassung vorzuschlagen:
 - a. Es wäre hilfreich, wenn die praktische Umsetzung erleichtert werden könnten, indem klargestellt wird, wohin sich der Unternehmer wenden kann, sofern er die COVID-19-Stundung beantragen möchte.
 - b. Der Unternehmer würde weiter von mehr Rechtssicherheit profitieren, indem die Kriterien für die Abgrenzung der einzelnen Instrumente – prov. Nachlassstundung bzw. COVID-19-Stundung – deutlicher herausgearbeitet würden.
 - c. Wir würden es begrüssen, wenn in begründeten Ausnahmefällen die Dauer von 6 Monaten um max. 3 Monate verlängert werden könnte.

Wir bedanken uns für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und die wohlwollende Prüfung unserer Vorschläge.

Freundliche Grüsse

Dr. iur. Ursina Pally Hofmann
Rechtsanwältin
Generalsekretärin / Leiterin Abteilung Rechtsdienst



FMH · Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte
Fédération des médecins suisses
Elfenstrasse 18 · Postfach 300 · 3000 Bern 15
Telefon +41 31 359 11 11 · Fax +41 31 359 11 12
ursina.pally@fmh.ch · www.fmh.ch

Von: [Eugen Fritschi](#)
An: [Rüetschi David B.J.](#); [Schöll Michael B.J.](#)
Cc: [Hunkeler Daniel](#)
Betreff: STN Fritschi Eugen, Rechtsanwalt 02.04.2020 Corona-Krise: öffentliche Konsultation des Bundesamtes für Justiz betr. Massnahmen bei drohender Überschuldung und Anpassungen im Betreibungsrecht
Datum: Donnerstag, 2. April 2020 16:50:33

Sehr geehrte Herren Kollegen

Innert der angesetzten Konsultationsfrist bis am Freitag, den 3. April 2020, nehme ich wie folgt Stellung zu den beabsichtigten Änderungen des Bundesamtes für Justiz betreffend Massnahmen bei drohender Überschuldung und Anpassungen im Betreibungsrecht:

1. Ich befürworte die Anpassungen an Art. 725 Abs. 2 OR, wenn dargetan wird, dass begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann. Voraussetzung ist, dass die Unternehmung per Stichtag 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war. Diese Voraussetzung ist mit der Einreichung des letzten Jahresabschlusses leicht nachzuweisen. Würden diese Änderungen nicht umgesetzt, werden die Gerichte voraussichtlich ab Ende April 2020 mit Überschuldungsanzeigen überrannt. Auf diese Weise kann eine Vielzahl von Überschuldungsanzeigen verhindert respektive können diese zumindest verzögert werden. Meines Erachtens ist es zielführend, wenn nun in naher Zukunft alternativ vermehrt Nachlassstundungsverfahren durchgeführt werden.
2. Aus diesem Grunde werden die beabsichtigten Änderungen in Bezug auf das Nachlassstundungsverfahren sowie das von Prof. Lorandi vorgeschlagene neue COVID-19-Stundungsverfahren für KMU ebenfalls befürwortet. Sachdienlich erscheint vor allem der Umstand, dass für das COVID-19-Stundungsverfahren und für das provisorische Nachlassstundungsverfahren die Sachwalterkosten vom Bund übernommen werden sollen respektive zumindest vorfinanziert werden. Der volkswirtschaftliche Schaden einer Vielzahl von Konkursen im Rahmen der Covid19-Krise würde meines Erachtens die vom Bund zu tragenden Sachwalterkosten übersteigen. Ausserdem können auf diese Weise mit Sicherheit vermehrt Firmen und damit Arbeitsplätze gerettet werden.
3. Wichtig erscheint mir insbesondere der Vorschlag von Prof. Lorandi, dass im Rahmen der Nachlassstundung die ausserordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnisses ausgeweitet werden soll und der Passus „*sofern andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde*“ ist in Art. 297a SchKG (meines Erachtens dauerhaft) zu streichen. Auf diese Weise wird Rechtssicherheit geschaffen, dass Dauerschuldverhältnisse mit Zustimmung des Sachwalters unter Entschädigung der Gegenpartei auf einen beliebigen Zeitpunkt hin gekündigt werden können, ohne dass noch weitere Voraussetzungen erfüllt werden müssen, was wiederum eine erhöhte Rechtssicherheit schafft.
4. Der Verzicht auf den Rückgriff auf das in der Praxis weitgehend unbekannte Notstundungsrecht gemäss Art. 337 ff. SchKG erscheint mir ebenfalls plausibel und sinnvoll.

Ich bitte Sie um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen und kollegialen Grüssen

Eugen Fritschi

BÜHLMANN & FRITSCHI RECHTSANWÄLTE

Dr. Eugen Fritschi
Talacker 50, 8001 Zürich
T +41 44 212 27 40
F +41 44 212 27 66
www.b-law.ch
eugen.fritschi@b-law.ch

Vertraulichkeit und Anwaltsgeheimnis sind bei E-Mail Korrespondenz nicht gewährleistet. Bei der Verwendung des Mediums E-Mail wird von der Kenntnis der Nichtgewährleistbarkeit dieser Vertraulichkeit ausgegangen. Jede Haftung wird ausgeschlossen.

Confidentiality and attorney-client privilege can not be guaranteed when corresponding by e-mail. Therefore the recognition of this omitted guarantee is assumed and any liability is excluded.

Von: Veuskens Sarah [mailto:Sarah.Veuskens@bhlaw.ch] **Im Auftrag von** Hunkeler Daniel

Gesendet: Donnerstag, 2. April 2020 08:58

Betreff: WG: Corona-Krise: öffentliche Konsultation des Bundesamtes für Justiz betr. Massnahmen bei drohender Überschuldung und Anpassungen im Betreibungsrecht

Liebe Kolleginnen und Kollegen

Mit untenstehender Email hatte ich Sie gestern auf die öffentliche Konsultation des Bundesamtes für Justiz und auf die damit verbundene sehr kurze Konsultationsfrist hingewiesen.

Auf der Webseite des BJ, deren Link ich Ihnen gestern ebenfalls übermittelt hatte (vgl. unten), fehlt(e) beiliegendes Schreiben des BJ vom 1. April 2020.

Dieses Schreiben übermittle ich Ihnen hiermit daher noch separat. Sie finden dort auch die Email-Adressen der Personen im BJ, an welche Sie Ihre allfällige Konsultation schicken können, ebenso wie den Hinweis darauf, dass die **Konsultationsfrist** bereits morgen **Freitag, 3. April 2020, 12.00 Uhr, endet**.

Freundliche Grüsse

Daniel Hunkeler

Dr. Daniel Hunkeler
Rechtsanwalt, LL.M.
Attorney at law
Partner

BAUR HÜRLIMANN AG
RECHTSANWÄLTE - ATTORNEYS-AT-LAW
Bahnhofplatz 9, Postfach 1175, CH-8021 Zürich 1
Telephone +41 44 218 77 77 Fax +41 44 218 77 70
<http://www.bhlaw.ch>
Daniel.Hunkeler@bhlaw.ch



<https://www.bestlawyers.com/current-edition/Switzerland>

<http://whoswholegal.com/firms/7875/baur-hurlimann-ag/>

This e-mail message contains confidential information
which is for the use of the addressee(s) only. Please
notify the sender by return e-mail or call us immediately
if you erroneously received this e-mail.

Von: Veuskens Sarah **Im Auftrag von** Hunkeler Daniel

Gesendet: Mittwoch, 1. April 2020 17:14

Betreff: Corona-Krise: öffentliche Konsultation des Bundesamtes für Justiz betr. Massnahmen bei drohender Überschuldung und Anpassungen im Betreibungsrecht

Liebe Kolleginnen und Kollegen

In meiner Eigenschaft als Leiter der Fachgruppe SchKG des ZAV möchte ich Sie gerne auf Folgendes hinweisen:

Der Bundesrat prüft gegenwärtig weitere Massnahmen zu Gunsten von Unternehmen, die von der Corona-Pandemie bedroht sind. Vor diesem Hintergrund führt das Bundesamt für Justiz eine öffentliche Konsultation durch. Gegenstand sind mögliche Erleichterungen für Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen im Betreibungsrecht.

Einzelheiten zum heute eingeleiteten Konsultationsverfahren finden Sie über den folgenden Link:
<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/coronavirus.html>

Allfällige Meinungsäusserungen sind infolge der sehr kurzen Fristen bitte direkt an das BJ zu richten, wobei mich Ihre allfälligen Meinungsäusserung natürlich auch interessieren würde und Sie mich somit gerne auf den Verteiler Ihrer allfälligen Email an das BJ nehmen dürfen, falls Sie möchten.

Freundliche kollegiale Grüsse - und bleiben Sie gesund!

Daniel Hunkeler

Dr. Daniel Hunkeler
Rechtsanwalt, LL.M.

Attorney at law
Partner

BAUR HÜRLIMANN AG
RECHTSANWÄLTE - ATTORNEYS-AT-LAW
Bahnhofplatz 9, Postfach 1175, CH-8021 Zürich 1
Telephone +41 44 218 77 77 Fax +41 44 218 77 70
<http://www.bhlaw.ch>
Daniel.Hunkeler@bhlaw.ch



<https://www.bestlawyers.com/current-edition/Switzerland>

<http://whoswholegal.com/firms/7875/baur-hurlimann-ag/>

This e-mail message contains confidential information
which is for the use of the addressee(s) only. Please
notify the sender by return e-mail or call us immediately
if you erroneously received this e-mail.

Von: [Graf Ursula](#)
An: [Schöll Michael B1](#)
Betreff: STN Graf Ursula 02.04.2020 öffentliche Konsultation / 237.1-3233/7/3
Datum: Donnerstag, 2. April 2020 16:56:35

Sehr geehrter Herr Schoell

Die vorgeschlagenen Massnahmen sind nicht genügend.

Mikro-1-Mann/Frau-Einzelunternehmungen, deren Unternehmer ca. 1 Jahr vor der Pensionierung stehen, haben keine Möglichkeit mehr sich in einigen Monaten durch Neu - Aquirierung und/oder Restrukturierungen vom Schaden, der seit Mitte März bereits entstanden ist und noch weiter entsteht wieder zu erholen bzw. zu sanieren.

Diesen selbständigen Einzelunternehmern ist durch Erwerbsausfall-Entschädigung zu helfen. Es darf nicht sein, dass solche Selbständigerwerbende in den Privatkonkurs getrieben werden und gezwungen sind den Betrieb vorzeitig ganz aufzugeben, weil sie die Bedingungen für ein Nachlassverfahren nicht erfüllen.

Allfälliges Privatvermögen, das nicht im Betrieb investiert ist, wird für die Altersvorsorge benötigt. (Die AHV reicht dafür bekanntlich nicht aus. Ein vorzeitiger AHV-Rentenbezug führt zu lebenslänglichen Renteneinbussen.)

Es fehlen auch Massnahmen für Einzelunternehmer/innen, die zwar noch nicht 65-jährig sind, aber trotzdem zur Risikogruppe gehören und zu Hause bleiben müssen. Wer nicht die nötige Infrastruktur zum Home-Office hat, bleibt auf der Strecke.

Freundliche Grüsse
Ursula Graf, Wetzikon

Von: [Kaufmann Christian](#)
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: [Jaussi Oswald Andrea](#)
Betreff: STN Helsana 03.04.2020 Öffentliche Konsultation: Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens
Datum: Freitag, 3. April 2020 11:47:03

Sehr geehrte Damen und Herren

Als Gläubiger mit rund 80'000 Beteiligungen pro Jahr nehmen wir die Gelegenheit gerne wahr, unsere Meinung und Erfahrung einfließen zu lassen.

Fristgerecht unsere Antworten auf die öffentliche Konsultation

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Beteiligungsrecht?

Grundsätzlich nein. Die vorgeschlagenen Mittel sind im Gesetz bereits verankert. Allenfalls sind die Umsetzungen anzupassen, wobei vor allem formalistische Vereinfachungen genügen dürften um die Einleitung der Verfahren zu beschleunigen.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilage 2)

Die Pflicht zur Bilanzdeponierung durch die Organe der Gesellschaft sollte aus unserer Sicht beibehalten werden, jedoch nicht automatisch zur Konkurseröffnung führen. Die Bilanzdeponierung sollte hier zur Eröffnung einer Nachlassstundung führen, um die Möglichkeiten einer Rettung des Unternehmens zu prüfen.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Beteiligungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? (Beilagen 3 und 4)

Anpassungen im Nachlassverfahren

Die Anpassungen des Nachlassverfahrens dienen einer Zunahme von Flexibilität, wie der Möglichkeit zur Verlängerung der Stundung. Weitaus wichtiger ist aus unserer Sicht, die möglichst frühzeitige Einleitung dieser Verfahren. Damit die Nachlassstundung nicht dem zusätzlichen vereinfachten Stundungsverfahren gleichkommt, sollte auf die Vorlage eines Sanierungsplanes nicht verzichtet werden. Allenfalls sollten für die Gutheissung der Nachlassstundung die gerichtlichen Messlatten gesenkt werden.

Zusätzliches einfaches Stundungsverfahren

Das vereinfachte Stundungsverfahren wird die Lage der KMUs kaum verbessern. Es besteht die Gefahr, dass mit weiteren Stundungsmassnahmen die nach der Krise noch eher stabilen Wirtschaftszweige auch in Schieflage geraten könnten und dadurch der wirtschaftliche Schaden ein noch grösseres Ausmass annehmen wird.

Neuer Vorschlag (Ergänzung):

Verzicht auf öffentliche Bekanntmachung von Nachlassstundungen im Handelsregister (Art. 296 SchKG)

Für Nachlassstundungen infolge von COVID-19 sollte aus unserer Sicht, um spätere wirtschaftliche Hemmgründe zu verhindern, auf Art. 296 SchKG (Publikation im Handelsregister) verzichtet werden. Gläubiger erfahren von der Nachlassstundung, wenn sie eine Beteiligung einleiten wollen. Werden Beteiligungen aufgrund laufender Nachlassstundung zurückgewiesen, erhebt das Beteiligungsamt hierfür keine Gebühren.

Neuer Vorschlag (Ergänzung):

Ausschluss von Beteiligungen für KVG Prämien- und Leistungsabrechnungen aus der Konkursbeteiligung (Art. 43 SchKG)

Prämien- und Leistungsabrechnungen aus der obligatorischen Krankenversicherung (KVG) werden bei im Handelsregister eingetragenen Schuldnern auf dem Wege der Konkursbetreibung eingefordert. Dabei geraten Selbstständigerwerbende in Konkurs, weil sie Privatschulden nicht beglichen haben, welche nichts mit ihren Geschäftsschulden zu tun haben. Mit einer Anpassung von Art. 43 SchKG, indem Prämien und Kostenbeteiligungen nach KVG von der Konkursbetreibung ausgenommen werden, könnte der Schuldner in dem Sinne entlastet werden, dass er für öffentlich-rechtlich begründete Forderungen nicht der Generalabrechnung und damit der allgemeinen Liquidation seines Vermögens unterliegt. Mit Anpassung dieser Bestimmung (eine bundesrätliche Verordnung dürfte hier genügen) könnte bereits eine Vielzahl von Konkursen abgewendet werden.

Bei Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Christian Kaufmann

Christian Kaufmann

Leiter
Debitorenmanagement

Telefon 058 340 69 68
Telefax 058 340 02 46
christian.kaufmann@helsana.ch

Helsana Versicherungen AG
Postfach, 8081 Zürich
www.helsana.ch

Helsana-Standort:
Zürichstrasse 130
8600 Dübendorf
(beim Bahnhof Stettbach)

Zur Helsana-Gruppe gehören Helsana Versicherungen AG, Helsana Zusatzversicherungen AG, Helsana Unfall AG und Progrès Versicherungen AG.

Per E-Mail

Bundesamt für Justiz BJ
Herrn Michael Schöll
Vizedirektor
Bundesrain 20
3003 Bern

Benedikt Maurenbrecher
Dr. iur., MBA, Rechtsanwalt

Stefan Kramer
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

Homburger AG
Prime Tower
Hardstrasse 201
CH-8005 Zürich

T +41 43 222 10 00
F +41 43 222 15 00
benedikt.maurenbrecher@homburger.ch
stefan.kramer@homburger.ch

3. April 2020

P1075571v1

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

Sehr geehrter Herr Vizedirektor
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 1. April 2020 in o.a. Angelegenheit und danken Ihnen für die Gelegenheit, zu den vom Bundesrat in Erwägung gezogenen Erleichterungen für Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie zu den geplanten Anpassungen im Betreibungsrecht Stellung nehmen zu können.

Gerne äussern wir uns wie folgt zu den im Rahmen der öffentlichen Konsultation aufgeworfenen Fragen:

I. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung

Grundsätzlich ist eine Erleichterung für durch die COVID-19-Krise bedrängte Schuldner zu begrüssen. Der Vorschlag verlangt vom Schuldner eine aber Prüfung der Lage, während die COVID-19-Massnahmen andauern und insbesondere deren Ende nicht absehbar ist. Es ist nicht ersichtlich, wie der Schuldner ohne Kenntnis der weiteren Entwicklung der Lage zur begründeten Aussicht kommen soll, innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen die Überschuldung beheben zu können. Zu diesem Zeitpunkt kennt der Schuldner weder das Ausmass seiner Überschuldung noch kann er abschätzen, wie sich die Märkte nach Massnahmenende entwickeln werden. Für den Verwaltungsrat wird es deshalb häufig schwierig sein, seine Prognose in einer Form zu begründen, die der Überprüfung in einer nachträglichen Insolvenz standhalten wird. Die Bestimmung begründet deshalb u.E. ein erhebliches Haftungsrisiko für den Verwaltungsrat und verschafft dem Schuldner in der vorgeschlagenen Form daher wenig Erleichterung.

Unser Vorschlag geht darum dahin, dass der Schuldner diese Beurteilung erst innert einer Frist von drei Monaten vornehmen muss, nachdem die Massnahmen beendet wurden. An der Frist von sechs Monaten zur Beseitigung der Überschuldung ändert sich nichts. Wir schlagen die folgende Formulierung vor:

"¹ War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet, kann die Benachrichtigung des Richters nach Art. 725 Abs. 2 OR bis zur vollständigen Aufhebung der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 unterbleiben.

"² Der Schuldner hat innert 3 Monaten nach vollständiger Aufhebung der Massnahmen zu prüfen, ob begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert 6 Monaten seit vollständiger Aufhebung der Massnahmen behoben werden kann. Verläuft diese Prüfung negativ, hat der Schuldner umgehend den Richter zu benachrichtigen oder eine Nachlassstundung zu beantragen."

II. Zu den vorgeschlagenen Anpassungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Wir begrüssen die vom Bundesrat in Erwägung gezogenen Anpassungen und halten die vorgeschlagenen Massnahmen grundsätzlich für angemessen und sinnvoll. Im Folgenden erlauben wir uns, auf einige ausgewählte Bestimmungen näher einzugehen. Wir richten uns dabei nach der Gliederung gemäss Beilage 3 zu Ihrem Schreiben vom 1. April 2020.

1. Anpassung des Nachlassvertragsrechts

1.3 Übergang zum Konkurs nach Ablauf einer Karenzfrist

Entwurf: *"In Abweichung von Artikel 296b Buchstabe b SchKG ist der Konkurs vor Ablauf der Stundung von Amtes wegen zu eröffnen, wenn dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist, wobei dies bis zum 30. Mai 2020 nicht gilt, wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war."*

Stellungnahme: Gemäss Artikel 296b Buchstabe b SchKG wird vor Ablauf der Stundung der Konkurs von Amtes wegen eröffnet, wenn offensichtlich keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht. Eine Änderung dieser Bestimmung erachten wir als problematisch. Wenn offensichtlich keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht, sollte weiterhin zum Schutz der Gläubiger von Amtes wegen der Konkurs eröffnet werden (so auch Gutachten Lorandi, Rz. 108, zweitletzter und letzter Satz).

Richtig und von der Sache her angemessen wäre ein Verweis auf Artikel 296b Buchstabe a SchKG (siehe auch Gutachten Lorandi, Rz. 110). Wir gehen davon aus, dass es sich bei der Verweisung auf Artikel 296b Buchstabe b SchKG um ein Versehen handelt.

1.4 Auflösung von Dauerschuldverhältnissen

Entwurf: *"In Abweichung von Artikel 297a SchKG kann der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters ein Dauerschuldverhältnis unter Entschädigung der Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen; für die Kündigung wird nicht verlangt, dass andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde; die Entschädigung gilt als Nachlassforderung. Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen über die Auflösung von Arbeitsverträgen."*

Stellungnahme: In Abweichung von Artikel 297a SchKG soll für die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen durch den Schuldner nicht mehr vorausgesetzt werden, dass andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde.

Diese Änderung lehnen wir ab. Sie stellt einen überschüssenden Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, der durch den Zweck der geplanten Änderungen nicht gerechtfertigt ist. Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen hat vor allem Wirkung *pro futuro* (nach der Stundung), d.h. in einem Zeitpunkt, in dem der Schuldner wieder überlebensfähig sein sollte. Eine Kündigung von Dauerschuldverhältnissen sollte daher unseres Erachtens weiterhin nur dann zulässig sein, wenn im Falle eines Weiterbestehens des fraglichen Dauerschuldverhältnisses der Sanierungszweck vereitelt würde.

2. Einführung einer COVID-19-Stundung

2.1 Einleitung der COVID-19-Stundung

Entwurf: *"¹ Ein Schuldner, der der Konkursbetreibung unterliegt (Art. 39 SchKG) kann vom Nachlassgericht eine Stundung von höchstens drei Monaten verlangen (COVID-19-Stundung), sofern er am 31. Dezember 2019 nicht bereits überschuldet war.*

² Der Schuldner hat mit seinem Gesuch die erforderlichen Nachweise über seine Vermögenslage zu erbringen und ein Verzeichnis seiner Gläubiger einzureichen.

⁴ Publikumsgesellschaften sowie Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten, steht die COVID-19-Stundung nicht offen:

- a. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken,*
- b. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken,*
- c. 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt,"*

Stellungnahme: In redaktioneller Hinsicht regen wir die folgenden Änderungen an:

- (i) In Absatz 1 sollte vor "31. Dezember 2019" eines der zwei "am" gestrichen werden.

- (ii) Die Nummerierung der Absätze sollte angepasst werden. Gemäss dem vorgeschlagenen Entwurf folgt auf Absatz 2 ein Absatz 4; der Absatz 3 fehlt.
- (iii) In Absatz 4 sollte unter Buchstabe c der Strichpunkt durch einen Punkt ersetzt werden.

In inhaltlicher Hinsicht regen wir eine Anpassung von Absatz 2 an. Aufgrund der Materialien ist unklar, wie der Nachweis der fehlenden Überschuldung am 31. Dezember 2019 erbracht werden soll. Gemäss Absatz 2 der Bestimmung hat der Schuldner die *"erforderlichen Nachweise über seine Vermögenslage"* zu erbringen, was ein erhöhtes Beweismass impliziert, wohingegen gemäss dem Gutachten Lorandi (Rz. 86) lediglich eine Plausibilisierung erforderlich sein soll. Um eine schweizweit einheitliche Anwendung dieses Instruments zu gewährleisten, sollte Klarheit über die Art der erforderlichen Unterlagen geschaffen werden.

Wir schlagen diesbezüglich in Anlehnung an den Wortlaut von Artikel 293 Buchstabe a SchKG die folgende Formulierung vor:

"² Der Schuldner hat mit seinem Gesuch die Unterlagen einzureichen, aus denen seine derzeitige und künftige Vermögens- sowie Ertrags- oder Einkommenslage ersichtlich ist, sowie ein Verzeichnis seiner Gläubiger vorzulegen."

2.2 Verlängerung und Widerruf der Stundung

Entwurf: *"¹ Das Gericht kann die Stundung einmalig um höchstens weitere drei Monate verlängern.*
² Hat der Schuldner gegenüber dem Gericht falsche Angaben gemacht, kann dieses die Stundung jederzeit von Amtes wegen widerrufen."

Stellungnahme: Grundsätzlich begrüssen wir die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit, die COVID-19-Stundung einmalig um höchstens drei Monate zu verlängern. Im Einklang mit dem Gutachten Lorandi (Rz. 87) regen wir aber an, dass in Absatz 1 der Bestimmung klargestellt wird, dass eine solche Verlängerung ein entsprechendes Gesuch des Schuldners voraussetzt, in welchem der Schuldner seine aktuelle finanzielle Lage durch entsprechende Unterlagen darzulegen hat.

Zudem sollte in Absatz 1 einheitlich der Begriff *"Nachlassgericht"* (statt *"Gericht"*) verwendet werden.

Wir schlagen daher vor, die folgende Formulierung von Absatz 1 wie folgt anzupassen:

"¹ Das Nachlassgericht kann die Stundung auf Gesuch des Schuldners einmalig um höchstens weitere drei Monate verlängern. Im Gesuch hat der Schuldner seine

aktuelle finanzielle Lage durch Unterlagen über seine Vermögens- sowie Ertrags- oder Einkommenslage darzulegen."

2.5 Öffentliche Bekanntmachung

Entwurf: *"¹ Die Bewilligung der Stundung wird durch das Nachlassgericht öffentlich bekannt gemacht und dem Betreibungs-, dem Handelsregister- und dem Grundbuchamt unverzüglich mitgeteilt.*

² In begründeten Fällen kann auf die öffentliche Bekanntmachung verzichtet werden, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt. Art. 293c Abs. 2 Bst. a-c SchKG gelten sinngemäss."

Stellungnahme: Wir lehnen die Möglichkeit, in begründeten Fällen auf eine öffentliche Bekanntmachung der COVID-19-Stundung zu verzichten, ab und regen eine ersatzlose Streichung von Absatz 2 an. Die öffentliche Bekanntmachung der COVID-19-Stundung ist erforderlich, damit auch die Gläubiger gegen die Bewilligung der COVID-19-Stundung Beschwerde einlegen können (siehe dazu Ziffer 2.10 von Beilage 3). Anders verhält es sich bei der provisorischen Stundung nach geltendem Recht. Da diese nicht angefochten werden kann (Artikel 293d SchKG), stellt sich das Problem dort nicht. Wird hingegen bei der COVID-19-Stundung auf die öffentliche Bekanntmachung verzichtet, ist der in Ziffer 2.10 vorgesehene Rechtsweg illusorisch. Es ist unklar, wie der Schutz Dritter auf andere Weise gewährleistet werden kann als durch öffentliche Bekanntmachung.

2.9 Verbot der Zahlung der gestundeten Forderungen

Entwurf: *"¹ Der Schuldner darf die Forderungen, welche der Stundung unterliegen, nicht bezahlen.*

² Geschieht dies dennoch, so kann das Nachlassgericht von Amtes wegen den Konkurs eröffnen."

Stellungnahme: Unter Ziffer 2.13 stellt der Entwurf klar, die Dauer einer COVID-19-Stundung bei der Berechnung der Pauliana-Fristen nicht einberechnet wird. Damit ist gleichzeitig klar gestellt, dass auch Zahlungen während einer COVID-19-Stundung der paulianischen Anfechtung unterliegen, sofern sie zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Gläubiger führen. Ein darüber hinausgehendes Zahlungsverbot ist u.E. nicht nötig und überschüssend. Einerseits würde ein Verbot, bestehende Forderungen zu bezahlen, einen singulären Eingriff in das Obligationenrecht darstellen. Dementsprechend kennt auch die ordentliche Nachlassstundung kein entsprechendes Verbot. Andererseits würde das Verbot auch gerechtfertigte Zahlungen unterbinden und wäre deshalb volkswirtschaftlich schädlich. Wenn viele Unternehmen die COVID-19-Stundung in Anspruch nehmen und keines die vorbestehenden Forderungen der anderen mehr bezahlt, droht eine Kettenreaktion und eine verbreitete Umstellung auf ein System der Vorauskasse, welche die Liquidität der Unternehmen zusätzlich strapaziert und damit die Lage verschlimmert.

3. Ergänzung der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung

3.2 Ausschluss der paulianischen Anfechtung

Entwurf: *"In Bezug auf die Verwendung von Geldmittel, welche der Schuldner unter der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erlangt hat, ist die Anfechtung gemäss den Art. 285 ff. SchKG ausgeschlossen."*

Stellungnahme: Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass die korrekte Mittelverwendung paulianisch angefochten wird. Grundsätzlich begrüssen wir diese Stossrichtung, halten die vorgeschlagene Formulierung aber für unvollständig. Werden Mittel, die der Schuldner unter der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erlangt hat, zweckentfremdet, sollte eine paulianische Anfechtung der fraglichen Geschäfte möglich bleiben.

Wir regen daher an, dass diese Bestimmung wie folgt ergänzt wird:

"In Bezug auf die Verwendung von Geldmittel, welche der Schuldner unter der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erlangt hat, ist die Anfechtung gemäss den Art. 285 ff. SchKG ausgeschlossen, soweit diese Mittel in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung verwendet wurden."

Mit freundlichen Grüssen

Benedikt Maurenbrecher

Stefan Kramer

Per E-Mail an:

- michael.schoell@bj.admin.ch
- david.rueetschi@bj.admin.ch
- nicholas.turin@bj.admin.ch
- samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
- caroline.widmer@bj.admin.ch
- sibyll.walter@bj.admin.ch

Anticipé par email à:
michael.schoell@bj.admin.ch

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 BERNE

A l'attention de Monsieur
Michael Schoell
Sous-directeur

Genève, le 3 avril 2020

Concerne : Consultation publique -devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite (bj-scmi)

Monsieur le Sous-directeur,

Je m'en viens faire quelques brèves observations en relation avec l'objet cité en marge:

1. Sur le principe, on ne peut que confirmer le besoin urgent d'intervention s'agissant du droit des sociétés et du droit des poursuites et faillites.
2. A cet égard, je partage l'opinion développée par le Prof. FRANCO LORANDI quant au caractère inadapté des art. 337ss. LP et de leur inadéquation à répondre efficacement à la présente problématique. Il est clairement plus efficace de rattacher une réglementation spécifique propre au CODIV-19 aux nouvelles dispositions concordataires issues du droit de l'assainissement révisé entré en vigueur au 1^{er} janvier 2014 plutôt que de vouloir "ressusciter" le sursis extraordinaire auquel personne ne s'est intéressé depuis sa création (ni même à l'occasion de la réforme du droit de l'assainissement précitée).
3. Dans les grandes lignes, je souscris aux lignes directrices exposées par LORANDI, lesquelles permettent d'ancrer les spécificités du sursis COVID dans les dispositions propres au sursis concordataire. On peut se demander – compte tenu des circonstances actuelles – s'il est justifié d'exclure les grandes entreprises du champ d'application du sursis COVID compte tenu des objectifs poursuivis par ces dispositions d'urgence qui, soit dit en passant, concernent tout autant ce type d'entreprises que d'autres au vu du caractère mondial de cette pandémie.

4. Ne devrait-on pas saisir l'occasion de préciser expressément – la doctrine n'est pas unanime sur ce sujet dont l'acuité s'accroît au vu des circonstances – que le conseil d'administration qui requiert un sursis COVID est en tout état de cause considéré comme ayant de la sorte donné l'avis au juge au sens de l'art. 725 al. 2 CO (dont la portée est en outre provisoirement modifiée au vu des nouvelles dispositions envisagées, ce qu'il conviendrait sans doute aussi de préciser) ?
5. L'exigence quant à l'absence de surendettement au 31 décembre 2019 ne me semble pas opportune, à commencer du fait que son examen – d'office – par le juge nécessiterait des investigations allant dans le sens contraire de l'esprit des dispositions d'exception envisagées qui visent à la fois (i) à protéger efficacement les entreprises et leurs créanciers en leur offrant une protection judiciaire provisoire adaptée et (ii) à ne pas surcharger les tribunaux en charge d'octroyer un sursis COVID. A cela s'ajoute que ce critère statique (photographie d'une situation au 31 décembre 2019) ne prend pas en compte le cas de sociétés qui, en difficulté au 31 décembre, auraient été assainies depuis (par ex. du fait d'une postposition de créances ou d'apport en capital) mais qui par la suite, à cause du COVID-19, se retrouveraient à nouveau en situation de surendettement. Dès lors, la "perspective raisonnable" retenue dans le texte me semble constituer un critère suffisant à cet égard.

En réponse aux trois questions formulées, (i) il existe un besoin d'intervention, (ii) je soutiens la proposition en cas de surendettement imminent telle que formulée (iii) tout comme la proposition en droit des poursuites, avec les tempéraments exprimés *supra*.

Je vous remercie de votre attention et vous prie de trouver ici, Monsieur le Sous-directeur, l'expression de mes sentiments distingués.



Prof Dr Nicolas Jeandin

24/ms/NJ100272.00538180

Von: [Jositsch Daniel](#)
An: [Schöll Michael BJ](#)
Betreff: STN Jositsch Daniel, Ständerat 01.04.2020 Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen
Datum: Mittwoch, 1. April 2020 16:47:22

Sehr geehrter Herr Schoell

Gerne beantworte ich Ihre Fragen:

Gerne unterbreiten wir Ihnen dazu folgende Fragen:

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht? Antwort: Ja
2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung teilweise auszusetzen? (Beilage 2) Antwort: Ja
3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? (Beilagen 3 und 4) Antwort: Ja

Freundliche Grüsse

D. Jositsch

Daniel Jositsch

Ständerat
Präsident des Kaufmännischen Verbands Schweiz
Büroadresse:
Rämistrasse 74/25
8001 Zürich
Tel. 044/634 44 45
sekretariat@jositsch.ch

Von: Sibyll.Walter@BJ.admin.ch [<mailto:Sibyll.Walter@BJ.admin.ch>] **Im Auftrag von**
Michael.Schoell@bj.admin.ch

Gesendet: Mittwoch, 1. April 2020 13:25

An: Schöll Michael BJ <Michael.Schoell@bj.admin.ch>

Betreff: DRINGEND: Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen

Sehr geehrte Damen und Herren
Mesdames, Messieurs

Beiliegend erhalten Sie eine Konsultation des Bundesamtes für Justiz zu möglichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus. Gerne erwarten wir Ihre Stellungnahme bis **Freitag, 3. April 2020, mittags**.

*Veuillez trouver ci-après une consultation de l'office fédéral de la justice par rapport à des mesures potentielles dans le contexte du coronavirus. Nous vous saurions gré de bien vouloir nous faire parvenir votre prise de position d'ici **vendredi, 3 avril 2020, midi**.*

Schreiben BJ / Lettre OFJ

Beilage 01: Konzeptpapier / Annexe 1: Document de réflexion

**Beilage 02: Vorschlag "Teilsistierung von Art. 725 OR" / Annexe 02: Proposition
"Suspension partielle de l'art. 725 CO"**

**Beilage 03: Vorschlag "Anpassungen im SchKG" / Annexe 03: Proposition
"Adaptations de la LP"**

**Beilage 04 (nur auf Deutsch): Gutachten Lorandi zum Anpassungsbedarf im
SchKG vom 31. März 2020**

Diese Dokumente werden in Kürze auf der Webseite des BJ publiziert.
Sous peu ces documents seront disponibles sur le site de l'OFJ.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüssen
*En vous remerciant de votre collaboration, nous vous prions d'agréer, Mesdames,
Messieurs, nos salutations les meilleures.*

Michael Schöll | Vizedirektor | Chef Direktionsbereich Privatrecht | Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ | Bundesrain 20 | CH-3003 Bern | Tel +41 58 462 4175 | Mobile +41 79 372 7117
| michael.schoell@bj.admin.ch

Betreibungs- und Konkursamt, Engelbergstrasse 34, 6371 Stans
Bundesamt für Justiz

Adressen: michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch

6371 Stans, 3. April 2020

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

Sehr geehrter Herr Dr. Schoell, sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen bestens für Ihre Einladung, uns zu den vorgeschlagenen Massnahmen zu Gunsten von Unternehmen vernehmen zu lassen, die von der Corona-Pandemie bedroht sind. Leider ist es unter dem herrschenden Zeitdruck nicht gelungen, eine vollständig konsolidierte Stellungnahme einzureichen.

Zu den drei gestellten Fragen äussern wir uns wie folgt:

1. Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Ob und vor allem welcher Handlungsbedarf besteht, ist einerseits davon abhängig, welche pandemiebedingten Lasten letztendlich von den Unternehmen zu tragen sind. Dies ist heute schwer abschätzbar, weil insbesondere die Dauer (und der Umfang) der Einschränkungen durch die Massnahmen des Bundes heute nicht bekannt ist und die Abfederungs- und Stützungsmassnahmen des Bundes und der Kantone laufend Änderungen erfahren.

Andererseits ist nicht zu übersehen, dass spätestens seit der Änderung der COVID-19-Verordnung 2 vom 16. März 2020 und damit seit Art. 6 am 17. März 2020 in Kraft getreten ist, die Einnahmequellen einer schweizweit sehr grossen Anzahl kleiner und mittlerer Unternehmen offensichtlich stark zurückgegangen oder komplett versiegt sind. Viele Verpflichtungen, insbesondere aus Arbeits-, Miet- und Kreditverhältnissen sind aber weiterhin zu erfüllen. Ein Grossteil dieser Unternehmen dürfte über keine Reserven verfügen, welche ihnen erlauben würden, die noch bevorstehende Durststrecke durchzustehen.

Auch teilen wir die Einschätzung des Gutachters, dass ein weiterer allgemeiner Rechtsstillstand im Anschluss an die Oster-Betreibungsferien gefährlich wäre. Hinzu kommt, dass er für die Unternehmen verschiedener Branchen auch nicht angebracht wäre, da diese durch die Massnahmen entweder zu wenig beeinträchtigt sind oder wie etwa der Online-Handel davon enorm profitieren.

Klar scheint sodann, dass die Anordnung einer Notstundung nach Art. 337 ff. SchKG sinnlos ist, da das revidierte Nachlassrecht bessere Möglichkeiten anbietet.

Es ist selbstverständlich, dass die zu ergreifenden Massnahmen darauf abzielen müssen, nur Unternehmen zu stützen und zu retten, die bis zum Beginn der Corona-Pandemie gesund, das heisst rentabel und nicht überschuldet waren. Nicht in den Genuss von Erleichterungen sollen diejenigen Unternehmen kommen, die bereits zuvor in Schieflage waren. Bekanntlich hat der Weiterbestand solcher Betriebe in den allermeisten Fällen nur grösseren Schaden zu Lasten der Gläubiger und der Wirtschaft als Ganzes zur Folge.

2. Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Abs. 1 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Der Vorschlag, Art. 725 Abs. 2 OR für Unternehmen, welche am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet waren, unter bestimmten Voraussetzungen vorübergehend zu modifizieren, erscheint grundsätzlich richtig.

Die Crux dürfte aber im Detail liegen. In Unternehmen, in welchen der Buchführung nicht die erforderliche Beachtung geschenkt wird und/oder bei solchen, welche ihr Geschäftsjahr nicht Ende Kalenderjahr abschliessen, dürfte die Klärung der finanziellen Situation nicht ganz einfach sein.

Wie in Kreisen der Strafverfolgungsbehörden festgestellt wurden und wie es auch klar unserer Erfahrung entspricht, bezahlen Unternehmen, welche sich in finanziellen Nöten befinden, praktisch immer ihre Sozialversicherungsbeiträge nicht bzw. viel zu spät. Es ist deshalb zu fordern, dass nur solche Unternehmen von der Pflicht befreit werden, ihre Zwischenbilanz (im Sinne einer Erleichterung nur zu Fortsetzungswerten) von einem zugelassenen Revisor prüfen zu lassen, die ihre bis 31. Dezember 2019 fällig gewordenen Sozialversicherungsabgaben innert der Zahlungsfrist bzw. vor dem 29. Februar 2020 beglichen haben.

Im Weiteren enthält die neue Bestimmung mit der "begründeten Aussicht" innert 6 Monaten nach Ende der "Corona-Pandemie-Massnahmen" ein äusserst schwammiges Kriterium. Der Kommentar zu diesem Entwurf geht davon aus, dass der Verwaltungsrat seine günstige Prognose begründen und dokumentieren müsse. Der Klarheit halber, nicht zuletzt auch gegenüber den Adressaten dieser Bestimmung, sollte zunächst diese Begründungs- und Dokumentationsverpflichtung direkt in die Verordnungsbestimmung aufgenommen werden. Zudem ist offensichtlich, dass heute bestenfalls sehr grob abschätzbar ist, wann die "Corona-Pandemie-Massnahmen" werden aufgehoben werden können. Unter diesen Umständen ist unbedingt zu fordern, dass zumindest die Fortschreibung der letzten Jahresrechnung, welche nicht vor dem 30. Juni 2019 liegen darf, eine solche günstige Prognose erlaubt. Alle anderen Unternehmen sind zu verpflichten, einen Revisor beizuziehen.

Schliesslich scheint es auch nicht richtig, Unternehmen jedwelcher Grössenordnung vom Beizug eines Revisors zu befreien. Einerseits müssen grössere Unternehmen sowohl finanziell wie administrativ jederzeit in der Lage sein, ihre Zwischenbilanzen innert nützlicher Frist zu erstellen und durch einen Revisor prüfen zu lassen und andererseits erscheint der Mehraufwand angesichts des möglichen Schadens durch eine Konkursverschleppung bei solchen Unternehmen auch gerechtfertigt. Für die Abgrenzung kämen aus unserer Sicht die Kennzahlen nach Art. 69b Abs. 1 ZGB in Frage. Gemäss der Erhebung des Bundesamts für Statistik "Anzahl Unternehmen und Beschäftigte von Unternehmensgruppen nach Art der Gruppe, Grössenklasse und Branchen"

(<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/stagreg.assetdetail.10787668.html>) kämen damit immer noch 80% aller Unternehmen in den Genuss dieser Erleichterung.

3. Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Dass zumindest Modifikationen des geltenden Rechts nötig sind, ist klar. Ob allerdings das Instrument einer "COVID-10-Stundung" zum Erfolg führt, erscheint eher zweifelhaft.

Das Nachlassverfahren des SchKG beruht auf dem Gedanken, dass Unternehmen, die hauptsächlich durch Verluste in der Vergangenheit belastet sind, durch eine teilweise Befreiung von der Schuldenlast zu retten sind. Die ab Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung eingegangenen Verpflichtungen müssen dagegen als Masseverpflichtung vollumfänglich erfüllt und können nicht in die Sanierung einbezogen werden.

Bis anhin rentable Unternehmen, die aufgrund COVID-19-Massnahmen ihren Betrieb einstellen oder einschränken mussten, sind dagegen damit konfrontiert, dass zwar keine "Altschulden" vorhanden sind, aber in der Gegenwart und in naher Zukunft Verluste entstehen, die möglicherweise nicht aus eigenen Mitteln gedeckt werden können. In dieser Situation bringt die Nachlassstundung keine Hilfe. Sie würde bewirken, dass der Schuldner zwar sich von einem Teil der (möglicherweise gar nicht vorhandenen) bestehenden Schulden befreien kann, aber die während der andauernden Pandemie-Situation anfallenden Verluste vollumfänglich aus der Nachlassmasse zu decken hätte. Das Nachlassverfahren kann daher nur zum Erfolg führen, wenn es erst zum Zeitpunkt eingeleitet wird, in dem sich die wirtschaftliche Situation normalisiert hat. Der Vorschlag versucht, das Problem zu lösen, indem die Wirkungen der vorgeschlagenen "COVID-19-Stundung" auf alle Forderungen, die bis zum 30. (wieso nicht 31.?) Mai 2020 entstanden sind, erstreckt werden. Ob dies der richtige Zeitpunkt ist, ab dem eine wirtschaftliche Erholung eintritt, wird sich erst noch weisen müssen und dürfte eine Frage der individuellen Verhältnisse der jeweiligen Unternehmen sein.

Zu klären wäre sodann die Schnittstelle zur provisorischen Nachlassstundung. Während offenbar davon ausgegangen wird, dass die "COVID-19-Stundung" zum Zweck des Abschlusses eines Nachlassvertrags nahtlos in eine provisorische Nachlassstundung überführt werden kann, fragt sich, auf welchen Zeitpunkt die Stundungswirkungen eintreten bzw. zurückbezogen werden, wenn die provisorische Nachlassstundung erst beantragt wird, nachdem die "COVID-19-Stundung" durch Zeitablauf geendet hat. Problematisch ist in diesem Zusammenhang sodann das absolute Zahlungsverbot. In dieser Form besteht ein solches nicht einmal im Konkurs, wo die Möglichkeit des Eintritts der Konkursverwaltung in zweiseitige Verträge besteht (Art. 211 Abs. 2 und 211a SchKG). Das Zahlungsverbot kann dazu führen, dass das Unternehmen betriebsnotwendige Gegenleistungen nicht mehr erhält, weil die Gegenpartei die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt.

Es fragt sich daher, ob die Erleichterungen, die mit der "COVID-19-Stundung" vorgeschlagen werden, zum gewünschten Ziel führen. Möglicherweise wäre als Überbrückungsmassnahme für die Dauer der Pandemie eine Lösung vorzuziehen, gemäss welcher betroffene Unternehmen entweder um eine Form von individuellem Rechtsstillstand ersuchen könnten (nach sehr einfachen, vom Betreibungsamt zu prüfenden Kriterien wie z.B. der fehlenden Ausstände bei den Sozialversicherungen und den Steuerverwaltungen per 31.12.2019) oder der allgemein den Unternehmen gewährt würde, welche zu den von den ergriffenen Massnahmen direkt betroffenen Branchen gehören (stationärer Handel, Gastronomie und Hotellerie, sonstige Veranstaltungsunternehmen usw.). Denkbar wäre auch, dass die Vollstreckung ganz oder zu einem festgesetzten Prozentsatz gehemmt wird, ohne dass die übrigen Folgen der Nachlassstundung eintreten. Als Vorbild könnte hier der "Rechtsvorschlag mangels neuem Vermögen" gemäss Art. 75 SchKG dienen.

Die COVID-19-Stundung scheint mehr auf einen Zahlungsaufschub ausgerichtet, als auf eine Sanierung. Da in der Regel kein Sachwalter ernannt werden soll, wird die Überprüfung der Sanierung nahezu verunmöglicht, zumal sie ohnehin ohne richterliche Prüfung enden soll. Eine Wahrung der Gläubigerinteressen ist unter diesen Umständen kaum möglich. Die Kombination eines Rechtsstillstands für ein einzelnes Unternehmen oder ganzer Gruppen mit einem modifizierten Nachlassverfahren könnte das Ziel der Rettung angeschlagener Unternehmen vermutlich besser erreichen.

Es ist mit grosser Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass eine gegenüber normalen Zeiten sehr grosse Anzahl Unternehmen während oder nach der derzeitigen Krisensituation eine Nachlassstundung wird beantragen müssen. Es ist sehr fraglich, ob die Gerichte in der Lage wären, all die zu erwartenden Verfahren innert nützlicher Frist abzuwickeln, da sie auch in anderen Rechtsgebieten mit einer starken Fallzunahme zu rechnen haben.

Zu 1.1. Das zu Recht angestrebte standardisierte Massenverfahren einer COVID-19-Stundung muss primär für die Gerichte (da hier der Flaschenhals liegt) und nur sekundär für die Unternehmen einfach zu handhaben sein. Es ist deshalb nicht nötig, dass dem Gesuch möglichst wenige Unterlagen beizulegen sind. Vielmehr müssen diese möglichst einfach zu prüfen sein. In der entsprechenden Verordnungsbestimmung werden eine aktuelle Bilanz, eine Erfolgsrechnung, eine Liquiditätsplanung bzw. Unterlagen, aus welche die derzeitige und künftige Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenssituation des Unternehmens ersichtlich ist, verlangt. Um die Erfolgsaussichten einer Stundung einschätzen zu können, ist auf jeden Fall zusätzlich die Einreichung der letzten Jahresrechnung und eines Betreibungsregisterauszugs zu verlangen. Das Gericht wird dann wohl auch ein Blick ins frei zugängliche Handelsregister werfen. Bezüglich der erforderlichen Nachweise über die Vermögenslage wäre den Gerichten voraussichtlich gedient, wenn Beispiele aufgezählt würden (Inventar der Fahrnis, Kontoauszüge, Debitorenliste etc.).

Sodann hat das oberste Leitungsorgan der Gesuchstellerin in ihrer Eingabe auch hier zu erklären, dass die per 31. Dezember 2019 fällig gewesenen Sozialversicherungsbeiträge innert der Zahlungsfrist bzw. bis Ende Februar 2020 bezahlt worden sind.

Ob die vorgeschlagenen Grössenkriterien für das COVID-19-Stundungsgesuch richtig sind, ist diskutabel. Dem Gutachter erschienen die Kriterien nach Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR zu hoch angesetzt. Gemäss der oben erwähnten Statistik könnten in diesem Fall 95,5% aller Unternehmen die vereinfachte Stundung beantragen. Uns erscheint dies angesichts der drohenden Schäden übertrieben. Wir plädieren deshalb für die Kriterien nach Art. 69b Abs. 1 ZGB, womit die Stundungsgesuche von noch immer rund 80% aller Unternehmen nach den neuen Regeln abgewickelt werden könnten.

Zu 2.1. Sinnvollerweise müssten je nach Fall gleich 6 Monate gewährt werden können. Anderes führt nur zu unnötigen Leerläufen. Das Verfahren ist nach Art. 251 lit. a ZPO summarisch. Festzuhalten wäre, dass es ohne Verhandlung entschieden werden kann.

Bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit sollte der Konkurs weiterhin eröffnet werden können, um weiteren Schaden zu verhüten.

Zu 2.2. Absatz 1 müsste entsprechend angepasst werden.

Zu. 2.3. Hier müsste es zwecks Vermeidung von Missbrauch heissen: Mit dem *berechtigten* Gesuch (...).

Zu 2.5. Absatz 2 sollte gestrichen werden. Es wird keine "stille" Stundungen brauchen, da der Grund öffentlich bekannt und wohl auch akzeptiert ist. Zumindest müssten aber die Betreibungsämter benachrichtigt werden, um unnötigen Leerlauf zu vermeiden.

Zu 2.6./2.9. Bei Inhabern von Einzelfirmen müssten wohl Unterhaltsforderungen ausgenommen werden.

Zu 2.7. Insbesondere in Bezug auf Inhaber von Einzelfirmen fragt sich, ob Unterhaltsbeiträge wirklich vom Betreibungsverbot ausgeschlossen werden sollten.

Zu 2.8. Absatz 4 steht in einem gewissen Widerspruch zu 2.2. Abs. 2.

Zu 2.9. Ob sich Abs. 1 für die Zeit zwischen Gewährung der Stundung und dem 30. Mai 2020 wird durchsetzen lassen, ist fraglich. Vermutlich hat diese Frist zur Folge, dass alle (schlaueren) Unternehmen zumindest während dieser Zeitspanne Vorauskasse bzw. Barzahlung verlangen werden.

Zu 2.12. Warum wird hier der ordentliche Nachlassvertrag ausgenommen?

3.3. Zudem hat der Schuldner zumindest zu erklären, dass gegen ihn auch keine Pfändungsverlustscheine bestehen (für Sozialversicherungsbeiträge, Steuern etc.).

Ist es wirklich gerechtfertigt, nach einer COVID-19-Stundung keine Solidarbürgschaft mehr zu gewähren?

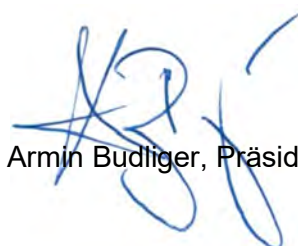
Es ist nicht auszuschliessen, dass die Gewährung von solchen Stundungen in grosser Zahl den normalen Geldfluss, welcher bekanntlich als Schmiermittel der Wirtschaft gilt, stark beeinträchtigen könnte. Der Gläubiger, der von seinem Schuldner sein Geld nicht erhält, ist ja anderen gegenüber auch Schuldner. Der zu beobachtende Reservenabbau in den Unternehmen während der letzten drei Jahrzehnte, kann deshalb durchaus dazu führen, dass Gläubiger durch die gewährten Stundungen selbst in Existenznöte geraten. Für den Fall, dass eine solche Situation eintritt, müsste wohl entsprechende Massnahmen vorbereitet werden.

Mit freundlichen Grüssen

Konferenz der Betreibungs- und
Konkursbeamten der Schweiz



Gerhard Kuhn, Sekretär



Armin Budliger, Präsident

Von: [Maire Sonja BJ](#)
An: [Walter Sibyll BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#)
Betreff: STN Konferenz der Stadtammänner von Zürich (KdSZ) 03.04.2020 Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen
Datum: Freitag, 3. April 2020 10:40:01
Anlagen: [image002.png](#)

Von: de Mestral Yves (B03) <Yves.deMestral@zuerich.ch>

Gesendet: Freitag, 3. April 2020 10:32

An: Maire Sonja BJ <Sonja.Maire@bj.admin.ch>

Betreff: AW: DRINGEND: Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen

Sehr geehrte Frau Maire

Bezug nehmend auf Ihre Einladung zur Stellungnahme zu den Massnahmen "Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen". Gerne lasse ich Ihnen einen Input aus Zürich zukommen, welcher mir seitens der Staatsanwaltschaft zur Bekämpfung der Qualifizierten Wirtschaftskriminalität zugetragen worden ist.

Betr. Unterscheidung, zwischen Unternehmungen, welche Corona-bedingt in die Krise gerutscht sind und denjenigen, welche ohnehin seit längerem in Zahlungsschwierigkeiten stecken:

Wie wäre es, wenn bspw. gerade betr. Lockerungen der Vorschriften von OR 725 II mittels eines Schnelltests wie folgt differenziert würde. Dieser würde wie folgt aussehen:

Ausstände bei der SVA für den Zeitraum 31.09.2019-31.12.2019:

- **Unternehmen ohne SVA-Ausstände ("SVA-Zahler") an diesem Stichtag gelten als Corona-Opfer und kommen ohne weiteres in den Genuss der Erleichterungen gemäss den aktuellen Konsultationsunterlagen (Entlastung von der Revisions- und Bilanzdeponierungspflicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR; SchKG-Erleichterungen etc.).**
- **Für Unternehmen mit SVA-Ausständen ("SVA-Schuldner") am Stichtag gelten die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR weiter. Sie müssen die Bilanz revidieren und ggf. deponieren. Der Konkurs wird nicht eröffnet, wenn das Unternehmen dem Konkursgericht eine ordnungsgemässe und revidierte Buchführung sowie einen plausiblen Sanierungsplan präsentiert.**

Gemäss den Erfahrungen der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich und der Ermittlungsabteilung Wirtschaftskriminalität der Kantonspolizei Zürich haben Unternehmen, die zur Konkursreiterei neigen, stets SVA-Ausstände.

Damit könnten sehr effizient und zielführend nicht nur die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise gemildert, sondern ausserdem noch Missbrauch verhindert und der damit einhergehende Verwaltungsaufwand in engen Grenzen gehalten werden - ohne den richtigen Corona-Opfern den Zugang zu den Erleichterungen zu erschweren.

Besten Dank für die Berücksichtigung des von mir eingebrachten Anliegens.

Freundliche Grüsse
Yves de Mestral, RA lic.iur.
Stadtammann Zürich 3

Präsident der Konferenz der Stadtammänner von Zürich (KdSZ)

Die KdSZ setzt sich zusammen aus den AmtsvorsteherInnen der
Stadtammann- & Betreibungsämter Zürich 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11 & 12

Direktwahl +41 44 412 01 80

yves.demestral@zuerich.ch

Sihlfeldstrasse 10
8003 Zürich

Telefon +41 44 412 02 00
Fax +41 44 412 02 01
www.stadt-zuerich.ch/basta

Diese E-Mail ist vertraulich und ausschliesslich für diejenige Person oder Organisation bestimmt, an welche sie adressiert ist. Jede Durchsicht, nochmalige Uebertragung, Verbreitung oder anderer Gebrauch dieser Information durch andere Personen oder Organisationen als der beabsichtigte Empfänger ist verboten. Sollten Sie diese E-Mail fälschlicherweise empfangen, teilen Sie dies bitte umgehend dem Absender per E-Mail mit und löschen Sie die Mitteilung mit allen Anhängen sowie allfälligen Kopien aus allen Computern, in denen diese gespeichert sein könnte.

Von: Sonja.Maire@bj.admin.ch <Sonja.Maire@bj.admin.ch>

Gesendet: Donnerstag, 2. April 2020 08:44

An: tanja.domej@rwi.uzh.ch; Matthias.Haeuptli@bs.ch; markus.hess@hesslegal.ch;
isaak.meier@rwi.uzh.ch; administration@schulden.ch; Daniel.Staehelin@kellerhals-carrard.ch;
ingrid.jent@famjent.ch; de Mestral Yves (B03) <Yves.deMestral@zuerich.ch>

Cc: David.Rueetschi@bj.admin.ch; philipp.weber@bj.admin.ch

Betreff: WG: DRINGEND: Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen

Sehr geehrte Damen und Herren

Wie Sie möglicherweise bereits erfahren haben, hat das Bundesamt für Justiz eine öffentliche Konsultation über weitere Massnahmen im Bereich Schuldbetreibungs- und Konkursrecht eröffnet, die ich Ihnen zur Kenntnis/zur Stellungnahme ebenfalls weiterleite. Sie finden die dazugehörigen Unterlagen im untenstehenden Mail. Bitte beachten Sie die notgedrungen kurze Frist bis morgen Freitag, 3. April 2020, mittags.

Mit freundlichen Grüssen
Sonja Maire

Von: Walter Sibyll BJ <Sibyll.Walter@BJ.admin.ch> **Im Auftrag von** Schöll Michael BJ

Gesendet: Mittwoch, 1. April 2020 13:25

An: Schöll Michael BJ <Michael.Schoell@bj.admin.ch>

Betreff: DRINGEND: Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen

Sehr geehrte Damen und Herren
Mesdames, Messieurs

Beiliegend erhalten Sie eine Konsultation des Bundesamtes für Justiz zu möglichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus. Gerne erwarten wir Ihre Stellungnahme bis **Freitag, 3. April 2020, mittags**.

*Veillez trouver ci-après une consultation de l'office fédéral de la justice par rapport à des mesures potentielles dans le contexte du coronavirus. Nous vous saurions gré de bien vouloir nous faire parvenir votre prise de position d'ici **vendredi, 3 avril 2020, midi**.*

Schreiben BJ / Lettre OFJ

Beilage 01: Konzeptpapier / Annexe 1: Document de réflexion

Beilage 02: Vorschlag "Teilsistierung von Art. 725 OR" / Annexe 02: Proposition "Suspension partielle de l'art. 725 CO"

Beilage 03: Vorschlag "Anpassungen im SchKG" / Annexe 03: Proposition "Adaptations de la LP"

Beilage 04 (nur auf Deutsch): Gutachten Lorandi zum Anpassungsbedarf im SchKG vom 31. März 2020

Diese Dokumente werden in Kürze auf der Webseite des BJ publiziert.
Sous peu ces documents seront disponibles sur le site de l'OFJ.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüssen
En vous remerciant de votre collaboration, nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations les meilleures.

Michael Schöll | Vizedirektor | Chef Direktionsbereich Privatrecht | Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ | Bundesrain 20 | CH-3003 Bern | Tel +41 58 462 4175 | Mobile +41 79 372 7117
| michael.schoell@bj.admin.ch



Dr. Matthias Häuptli
Bäumleingasse 5, Postfach 1432
CH-4001 Basel

PER E-MAIL
Bundesamt für Justiz

Tel.: +41 61 267 83 76
Fax: +41 61 267 83 37
E-Mail: matthias.haeuptli@bs.ch
Web: www.bka.bs.ch
BIC: POFICHBEXXX (PostFinance)
IBAN: CH12 0900 0000 4056 8099 3

Basel, 3. April 2020

Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen

Sehr geehrter Herr Dr. Schöll

Besten Dank für die Einladung zur obigen Konsultation, die mir als Mitglied der Expertengruppe «Sanierungsverfahren für Privatpersonen» weitergeleitet worden ist.

1. Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Der Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht ist davon abhängig, welche pandemiebedingten Lasten letztlich von den Unternehmen zu tragen sind und nicht durch die Abfederungs- und Stützungsmaßnahmen des Bundes und der Kantone aufgefangen werden. Dies ist derzeit schwierig abzuschätzen.

Die Gefahr besteht, dass notrechtlich getroffene Massnahmen über das Ziel hinausschiessen, nicht die richtigen Problemfelder angehen oder kurzfristig erneut angepasst werden müssen.

2. Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Die Problematik scheint hier in erster Linie darin zu bestehen, dass bei Verdacht auf Überschuldung eine **Bilanz zu Liquidationswerten** erstellt werden muss. Es wäre daher sicher zielführend, temporär (nur) die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz zu Liquidationswerten auszusetzen.

Weiter ist auf die bestehenden Instrumente hinzuweisen, namentlich die Möglichkeit des **Konkursaufschubs** nach Art. 725a Abs. 1 OR sowie die Ausklammerung von COVID-19-Darlehen auf der Passivseite der Bilanz.

Eine weitergehende Dispensierung von Art. 725 OR könnte einen falschen **Anreiz zur Passivität** der Organe setzen, zumal die aus dieser Bestimmung fliessenden Pflichten bei Gesellschaften mit opting-out ohnehin oft unzureichend beachtet werden.

3. Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Das Nachlassverfahren des SchKG beruht auf dem Gedanken, dass Unternehmen, die hauptsächlich durch **Verluste in der Vergangenheit** belastet sind, durch eine teilweise Befreiung von der Schuldenlast zu retten sind. Die ab Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung eingegangenen Verpflichtungen müssen dagegen als Masseverpflichtung vollumfänglich erfüllt und können nicht in die Sanierung einbezogen werden.

«Gesunde» Unternehmen, die aufgrund COVID-19-Massnahmen ihren Betrieb einstellen oder einschränken müssen, sind dagegen damit konfrontiert, dass zwar keine «Altschulden» vorhanden sind, aber **in der Gegenwart und in naher Zukunft** Verluste entstehen, die möglicherweise nicht aus eigenen Mitteln gedeckt werden können. In dieser Situation bringt die provisorische oder definitive Nachlassstundung keine Hilfe. Sie würde bewirken, dass der Schuldner zwar sich von einem Teil der (möglicherweise gar nicht vorhandenen) bestehenden Schulden befreien kann, aber die während der andauernden Pandemie-Situation anfallenden Verluste vollumfänglich aus der Nachlassmasse zu decken hätte.

Das Nachlassverfahren kann daher nur zum Erfolg führen, wenn es **erst zum Zeitpunkt eingeleitet wird, in dem sich die wirtschaftliche Situation normalisiert hat**. Der Vorschlag versucht das Problem zu lösen, indem die Wirkungen der vorgeschlagenen «COVID-19-Stundung» auf alle Forderungen, die bis zum 30. Mai 2020 entstanden sind, erstreckt werden. Ob dies der richtige Zeitpunkt ist, ab dem eine wirtschaftliche Erholung eintritt, wird sich erst noch weisen müssen und dürfte eine Frage der individuellen Verhältnisse der jeweiligen Unternehmen sein.

Zu klären wäre sodann die **Schnittstelle zur provisorischen Nachlassstundung**. Während offenbar davon ausgegangen wird, dass die «COVID-19-Stundung» zum Zweck des Abschlusses eines Nachlassvertrags nahtlos in eine provisorische Nachlassstundung überführt werden kann, fragt sich, auf welchen Zeitpunkt die Stundungswirkungen eintreten bzw. zurückbezogen werden, wenn die provisorische Nachlassstundung erst beantragt wird, nachdem die «COVID-19-Stundung» durch Zeitablauf geendet hat.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang sodann das **absolute Zahlungsverbot**. In dieser Form besteht ein solches nicht einmal im Konkurs, wo die Möglichkeit des Eintritts der Konkursverwaltung in zweiseitige Verträge besteht (Art. 211 Abs. 2 und 211a SchKG). Das Zahlungsverbot kann dazu führen, dass das Unternehmen betriebsnotwendige Gegenleistungen nicht mehr erhält, weil die Gegenpartei die Einrede des nicht erfüllten Vertrags oder der Zahlungsunfähigkeit (Art. 82/83 OR) erhebt.

Es fragt sich daher, ob die Erleichterungen, die mit der «COVID-19-Stundung» vorgeschlagen werden, zum gewünschten Ziel führen. Obwohl eine Vielzahl von Unternehmen von der Pandemiesituation wirtschaftlich betroffen ist, unterscheiden sich Art und Umfang der Betroffenheit erheblich. Es wird daher kaum möglich sein, eine wirksame Massnahme als Massengeschäft nach dem Prinzip «one size fits all» zu konzipieren, ohne dass mit erheblichen unerwünschten Nebenwirkungen zu rechnen ist.

Als denkbare geeignete Überbrückungsmassnahmen für die Dauer der Pandemie – d. h. bis gegebenenfalls eine ordentliche Sanierung über das Nachlassverfahren angestrebt werden kann – sieht der Unterzeichnete eher die folgenden Instrumente:

- **Individueller Rechtsstillstand** in Analogie zu Art. 61 SchKG, durch den die Vollstreckung gehemmt wird, ohne dass die übrigen Folgen der Nachlassstundung eintreten;
- ein Instrument, das die Vollstreckung nur zu einem **gerichtlich festzulegenden Prozentsatz** hemmt; als Vorbild könnte hier der «Rechtsvorschlag mangels neuem Vermögen» gemäss Art. 75 SchKG dienen;
- Einführung eines vom Unternehmen zu entwerfenden, gerichtlich zu genehmigenden **Liquiditätsplans**, welcher festlegt, welche Arten von Verpflichtungen während der Pandemie zu erfüllen sind und welche (ggf. nur zu einem bestimmten Prozentsatz) gestundet werden.

Ich danke für die Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüssen



Dr. Matthias Häuptli
Leiter Konkurse



Konsumfinanzierung Schweiz
Financement à la consommation Suisse
Finanziamento al consumo Svizzera
Swiss Consumer Finance

Bundesamt für Justiz
Direktion Bereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

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

Zürich, 3. April 2020

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne äussern wir uns im Rahmen der oben genannten öffentlichen Konsultation. Unser Verband vertritt die Interessen von Teilen der Konsumkreditbranche. Unsere Mitglieder repräsentieren nach unserer Einschätzung etwa 80 Prozent der Bar-, Kontokorrent-, Fest- und Überziehungskredite sowie Teilzahlungsverträge mit Privaten in der Schweiz.

Gerne beantworten wir vorab die gestellten Fragen im Sinne einer Zusammenfassung wie folgt:

1. *Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?*

Wir befürworten punktuelle notrechtliche Massnahmen auch im Bereich des Gesellschafts- und Betreibungsrechts. Es ist jedoch Sorge zu tragen dass diese Massnahmen nicht zu Missbrauch führen können, zeitlich befristet und in ihren Auswirkungen auf die Rechte der Gläubiger auf das Notwendigste beschränkt sind.

2. *Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilage 2)*

Diese Regelung begrüssen wir ausdrücklich. Sie entlastet die Organe von Gesellschaften massgeblich und zielgerichtet. Im nachfolgenden Text verzichten wir auf eine vertiefte Würdigung dieser Massnahme.

3. *Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? (Beilagen 3 und 4)*

Das Nachlassverfahren im SchKG sollte keinesfalls angepasst werden mit Ausnahme einer Verlängerung der Frist für die provisorische Nachlassstundung. Die übrigen vorgeschlagenen Änderungen überzeugen nicht als Massnahmen, welche durch die gegenwärtige Krise bedingt wären. Insbesondere besteht keinerlei Anlass, die Bedingungen für eine vorzeitige Auflösung der Dauerschuldverhältnisse gemäss Art. 297a SchKG zu lockern.

Die Einführung eines speziellen Stundungsverfahrens erscheint als überschüssende Massnahme und nicht ausgewogen. Insbesondere sind die Voraussetzungen zu deren Inanspruchnahme viel zu wenig restriktiv, um Missbräuche zu verhindern. Die geplanten Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Gläubiger, insbesondere der Zessionskreditgeber, sind zu weitgehend und unbedacht der weitergehenden Folgen in dieser Form unnötig.

Gerne begründen wir unsere Ansichten zum Grundsatz, den vorgeschlagenen Massnahmen im Betreibungsrecht und den Ergänzungen der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung im Einzelnen wie folgt:

1. Zum Grundsatz

Notverordnungen des Bundesrates sollen sich auf das absolut Notwendige beschränken und verhältnismässig sein. Bei allem Verständnis für den politischen Druck, dem der Bundesrat und die Bundesverwaltung ausgesetzt sind, dürfen notrechtliche Massnahmen nicht zu Missbräuchen einladen. Sie sind sodann zeitlich zu befristen. Die Vorlage schiesst in weiten Teilen über dieses Ziel hinaus, vor allem wenn das Nachlassvertragsrecht in Teilen geändert werden soll, die nicht strikte durch die heutige Krisensituation bedingt sind. Es besteht die Gefahr, dass eine solche, mit der gebotenen Eile erlassene, Regelung weit über das Ziel hinausgehende Folgen auslöst und nachträglich als gut gemeinter Schnellschuss kritisiert wird. Die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der vorgeschlagenen Massnahmen im Betreibungsrecht sind entgegen der Zielsetzung des Erläuterungsberichts nicht «auf das Unerlässliche beschränkt».

Unseres Erachtens muss streng darauf geachtet werden, dass Missbräuche möglichst verhindert werden, keine über die Dauer der ausserordentlichen Lage andauernden Eingriffe in die Rechte der Gläubiger vorgenommen werden und das geltende Nachlassrecht nicht ohne Not dauernd geändert wird.

2. Zu den Massnahmen im Betreibungsrecht

2.1. Zu den Änderungen im Nachlassvertragsrecht

Einzig eine Verlängerung der Frist der provisorischen Nachlassstundung erscheint vor dem geschilderten Hintergrund als sinnvolle Massnahme, wobei auch diese Regelung zu befristen ist. Hingegen besteht kein Anlass, die Schwelle zur Erreichung einer provisorischen Nachlassstundung zu senken und dies mit der neu vorgeschlagenen COVID-19-Stundung zu verknüpfen. Letztere ist als befristete Notmassnahme gedacht, welche nicht zu einem Nachlassvertrag führen, sondern die Weiterführung des schuldnerischen Betriebs sichern soll. Ob ein Schuldner nachlasswürdig ist und in den Genuss der Rechtswohltat eines Nachlassvertrages kommen soll, ist eine ganz andere Fragestellung.

Gänzlich abzulehnen ist eine Änderung von Art. 297a SchKG. Die Voraussetzung einer Vereitelung des Sanierungszwecks für die fristlose Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses ist ein wirksamer Schutz des Gläubigers vor Missbrauch und wurde in der letzten SchKG-Revision entgegen dem damaligen Vorschlag des Bundesrates und der Expertenkommission eingeführt. Der Erläuterungsbericht und auch das Gutachten von Prof. Dr. Lorandi enthalten keine Begründung, inwiefern die heutige Situation hier eine Änderung bedingt. Zudem soll diese offenbar unbefristet eingeführt werden, was den Grundsätzen einer Notverordnung auf jeden Fall widerspricht.

2.2. Zur COVID-19-Stundung

Die Vorlage lädt zu Missbräuchen geradezu ein: So kann ein Betrieb sehr leicht einen «Gratis-Kredit» beanspruchen und ist dennoch nicht daran gehindert, danach eine COVID-19-Stundung zu beantragen. Wenn er dann auch noch die abgetretenen künftigen Forderungen wieder selbst einkassieren kann, so kann der Betrieb schnell einmal überliquid werden und seine Gläubiger haben dennoch das Nachsehen. Solche unerwünschten Folgen sind jedenfalls auszuschliessen.

Zu einzelnen vorgeschlagenen Massnahmen:

- Zu beachten ist vor dem soeben genannten Hintergrund, dass in der Praxis kaum ein Betrieb je von einem *Sachwalter* beaufsichtigt wird. Selbst wenn die Gläubiger das Recht haben, die *Einsetzung eines Sachwalters* zu verlangen, so wären alle Nachlassgerichte sofort überlastet und würden kaum genügend und geeignete Sachwalter rekrutiert werden können. Dies in der Annahme, dass sehr viele Unternehmen eine solche Stundung in Anspruch nehmen würden. Davon gehen zu Recht sowohl der Gutachter als auch das Bundesamt für Justiz aus. Werden sodann noch Beschwerden geführt, wird eine zeitgerechte Einsetzung eines Sachwalters vollends illusorisch, auch wenn der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen wird. Denn es macht ja keinen Sinn, einen Sachwalter wirken zu lassen resp. als solcher zu wirken, wenn er eventuell wieder abberufen wird. Konsequenter wäre es, wenigstens den Beschwerdeweg auszuschliessen, um schnell Klarheit zu haben.
- Die *Voraussetzungen für eine COVID-19-Stundung* sind zu erhöhen. Unternehmen, die einen Notkredit beanspruchen sind auszuschliessen oder müssten mindestens aufzeigen müssen, wofür sie diesen verwendet haben und dass sie dennoch Gläubigerschutz benötigen. Zu begrüssen ist sicher die persönliche Haftung der geschäftsführenden Organe für eine zweckwidrige Verwendung des Darlehens. Eine solche Haftung hätte allerdings schon längst Bestandteil der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung sein sollen und hat mit der COVID-19-Stundung keinen sachlichen Zusammenhang. Wir unterstützen allerdings diese Massnahme nachdrücklich und fordern hiermit eine griffige Prüfung der soeben verlangten erhöhten Voraussetzungen für die Gewährung der COVID-19-Stundung (vgl. zudem die Ausführungen unter Ziffer 3. Nachstehend).
- Die *Abtretungen künftiger Forderungen* erfolgen normalerweise in Zusammenhang mit der Finanzierung eines Unternehmens, aus dessen Tätigkeit die künftigen Forderungen entstehen oder (im Falle von Dauerschuldverhältnissen) über die Zeit fällig werden. Soll nun die gleiche Regelung gelten, wie im Falle eines Konkurses oder einer Nachlassstundung, so fällt dies auf den Kreditgeber des schulnerischen Unternehmens zurück, welcher sich seinerseits genötigt sehen kann, den Kredit wegen Wegfalls der Besicherung fällig zu stellen. Dies dient weder dem Kreditgeber noch dem Schuldner wirklich, denn nach Ablauf der Stundung ist der Kredit zurückzuführen, wenn dies dem Schuldner überhaupt möglich ist. Zudem soll dem Wortlaut nach diese Wirkung der COVID-19-Stundung nicht befristet sein. Der Kreditgeber kann also nicht davon ausgehen, nach dem Ablauf der Stundung wieder Gläubiger eines besicherten Kredits zu sein. Die Wirkungen der vorgesehenen Massnahme gehen damit weit über das Notwendige hinaus und sind abzulehnen. Gerade wenn es darum geht, den schulnerischen Betrieb aufrecht zu erhalten, ist diese Massnahme nicht nötig. Die nötige Liquidität kann sich der Schuldner über die Notkredite beschaffen.
- Wie bereits oben ausgeführt, sollte dem Schuldner nicht die Möglichkeit eröffnet werden, jederzeit eine *provisorische Nachlassstundung* anzubeglehen, wenn dort gleichzeitig die heutigen Voraussetzungen dafür wegfallen sollen. Sonst kann ein Schuldner, welcher nicht nachlasswürdig ist, einfach zuerst die COVID-19-Stundung und danach die provisorische Nachlassstundung beantragen. Dies widerspricht der Zielsetzung der COVID-19-Stundung, welche gemäss

Erläuterungsbericht ja gerade nicht zu einem Nachlassvertrag, sondern zu einer Weiterführung des schuldnerischen Betriebs führen soll.

3. Ergänzungen der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung

Wir begrüssen die vorgeschlagenen Ergänzungen der Verordnung und erlauben uns die Bemerkung, dass diese unabhängig von einer allfälligen Einführung einer COVID-19-Stundung umgesetzt werden sollten. Inhaltlich und sachlich haben sie mit den vorgeschlagenen Massnahmen im Betreibungsrecht keinen Zusammenhang.

Wir danken für eine Berücksichtigung unserer vorstehenden Ausführungen. Angesichts des äusserst anspruchsvollen Zeitrahmens mussten wir darauf verzichten, zu einzelnen Massnahmen detaillierte Gegenvorschläge auszuarbeiten. Wir stehen aber jederzeit gerne für Rückfragen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

sig. Dr. Markus Hess
Geschäftsführer

Planzer Agnes

Von: Planzer Agnes
Gesendet: Dienstag, 7. April 2020 07:29
An: 'Sibyll.walter@bj.admin.ch'
Betreff: WG: DRINGEND: Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen [secure]
Anlagen: Lettre OFJ Consultation publique 20200401 FR-sig.pdf; Schreiben BJ Öffentliche Konsultation 20200401 DE-sig.pdf; Beilage 04 Gutachten Lorandi.pdf; Beilage 01 Konzeptpapier Pflichten der Organe_DE.pdf; Beilage 01 Konzeptpapier Pflichten der Organe_FR.pdf; Beilage 02 Teilsistierung von Art. 725 OR_DE.pdf; Beilage 02 Teilsistierung von Art. 725 OR_FR.pdf; Beilage 03 Anpassungen im SchKG_DE.pdf; Beilage 03 Anpassungen im SchKG_FR.pdf
Vertraulichkeit: Vertraulich

Sehr geehrte Frau Walter

Wir haben die Unterlagen erst gestern erhalten. Trotzdem erlaube ich mir die Fragen wie folgt zu beantworten:
Frage 1: Ja.

Frage 2: Die teilweise Aussetzung der Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ist eine angemessene Massnahme in der ausserordentlichen Situation.

Frage 3: Auch diese Massnahme scheint uns angezeigt.

Freundliche Grüsse

Landgericht Uri
Agnes H. Planzer Stüssi
Präsidentin I
Rathausplatz 2
6460 Altdorf

Telefon +41 41 875 2266
E-Mail: agnes.planzer@ur.ch
Internet: www.ur.ch

Von: Strub Emanuel <Emanuel.Strub@ur.ch>
Gesendet: Montag, 6. April 2020 10:13
An: Planzer Agnes <Agnes.Planzer@ur.ch>; Dittli Rolf <Rolf.Dittli@ur.ch>
Cc: Zraggen Heidi <Heidi.Zraggen@ur.ch>
Betreff: WG: DRINGEND: Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen [secure]
Vertraulichkeit: Vertraulich

Lieber Rolf
Liebe Agnes

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

Per e-mail an: Michael Schöll (michael.schoell@bj.admin.ch)
David Rüetschi (david.rueetschi@bj.admin.ch)
Nicholas Turin (nicholas.turin@bj.admin.ch)
Samuel Kraehenbuehl (samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch)
Caroline Widmer (caroline.widmer@bj.admin.ch)
Sibyll Walter (sibyll.walter@bj.admin.ch)

Zürich, 3. April 2020
I2.1292399_1 / LUGIT / FISCR

Öffentliche Konsultation zur geplanten Änderung in Bezug auf Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung

Im Namen von Lenz & Staehelin danken wir Ihnen für die Gelegenheit, an der Konsultation teilzunehmen, und unterbreiten Ihnen unsere Kurzstellungnahme zum Vorschlag, in der COVID-19-Verordnung 2 die Pflichten gemäss Artikel 725 Abs. 2 Obligationenrecht teilweise auszusetzen. Wir beschränken uns in dieser Stellungnahme auf diesen Aspekt. Wie aus dem Gutachten Lorandi ersichtlich, sind unsere Überlegungen zur COVID-19 Stundung anderweitig eingeflossen.

Die temporäre Aussetzung der Pflichten von Artikel 725 Abs. 2 Obligationenrecht begrüssen wir im Grundsatz. Eine Regelung ist erforderlich, um bestehende Unsicherheiten zu adressieren und eine grosse Anzahl von Konkursen ausgelöst durch drohende Haftungsrisiken zu vermeiden. Auch im internationalen Vergleich sind viele ähnliche Gesetzgebungsprojekte in Planung oder bereits umgesetzt. Ein Alleingang der Schweiz droht damit nicht. Das ist auch vor dem Hintergrund internationaler Konzernrealitäten wichtig.

Partner Zürich: Patrick Hünerrwadel · Stefan Breitenstein · Matthias Oertle · Martin Burkhardt · Heini Rüdisühli · Marcel Meinhardt · Patrick Schleiffer · Thierry Calame · Beat Kühni · Lukas Morscher · Tanja Luginbühl · Prof. Jürg Simon · Matthias Wolf · Hans-Jakob Diem · Prof. Pascal Hinny · Harold Frey · Marcel Tranchet · Tino Gaberthüel · Astrid Waser · Stephan Erni · Dominique Müller · Alexander Greter · Peter Ling
Genf: Shelby R. du Pasquier · Guy Vermeil · Mark Barmes* · François Rayroux · Jean-Blaise Eckert · Daniel Tunik · Olivier Stahler · Andreas Rötheli · Xavier Favre-Bulle · Benoît Merkt · David Ledermann · Jacques Ifland · Daniel Schafer · Miguel Oural · Fedor Poskriakov · Frédéric Neukomm · Cécile Berger Meyer · Rayan Houdrouge · Florian Ponce
Lausanne: Lucien Masmejan

Die konkrete Ausgestaltung hat unseres Erachtens verschiedene Defizite, die es zu korrigieren gilt. Namentlich sollten folgende Punkte berücksichtigt werden:

- Die Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR setzt voraus, dass der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war. Hierfür gilt das allgemeine Beweismass. Es ist aktuell aber umstritten, ob bzw. inwiefern die COVID-19 Pandemie im Jahresabschluss 2019 berücksichtigt werden darf bzw. allenfalls sogar berücksichtigt werden muss. Für die Zwecke der Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR muss aber klar sein, dass die COVID-19 Pandemie im betreffenden Abschluss 2019 nicht berücksichtigt werden muss (keine Rückstellungspflicht; kein Umstellungsbedarf auf Liquidationswerte infolge Unsicherheiten über die Fortführungsannahme; kein Wertberichtigungsbedarf bei Aktivpositionen).
- Es wäre u.E. hilfreich, in den Erläuterungen klarzustellen, dass ausreichende Rangrücktritte (die eine Überschuldung bilanztechnisch nicht beheben) ebenfalls ausreichend sind, um die Voraussetzung der "Nicht-Überschuldung" per 31. Dezember 2019 zu erfüllen.
- Die Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR setzt weiter eine begründete Aussicht voraus, dass die Überschuldung behoben werden kann. Der vorgeschlagene Verordnungstext sieht dabei eine (scheinbar präzise) Fristigkeit vor, die aber nach unserer Einschätzung in der Praxis nicht praktikabel ist. Die Organe können weder den Beginn der sechsmonatigen Frist noch deren Ende antizipieren. Dies nicht zuletzt infolge der Vorgabe im Kommentar, dass auch eine Teilaufhebung massgeblich sein könne. Beginn und Ende der Frist sind aber relevant für die Zukunftsprognose. Damit wird es für die Organe kaum möglich sein, pflichtgemäss zu handeln bzw. es verbleibt erhebliche Rechtsunsicherheit und es drohen Haftungsrisiken. Damit ist fraglich, ob die Teilsistierung tatsächlich in Anspruch genommen wird und die Ziele erreicht werden können.

Um dieses Problem zu adressieren könnte in der COVID-19-Verordnung 2 der Zeitpunkt verbindlich festgelegt werden, bis zu dem die zuständigen Organe auf eine Bilanzdeponierung verzichten dürfen. Bei Bedarf kann der Zeitpunkt über eine Änderung der Verordnung nach hinten verschoben werden. Im Sinne einer Gegenausnahme könnten die Organe wiederum zum Handeln verpflichtet werden, wenn infolge der Umstände davon auszugehen ist, dass die Überschuldung innert einer Frist (z.B. die vorgeschlagenen sechs Monate) nach dem in der Verordnung angesetzten Zeitpunkt nicht behoben werden kann. Diese Lösung hat den Vorteil, dass die Fristigkeit klar ist. Die Organe haben daher einen eindeutigen Planungshorizont. Entsprechend wird es ihnen erleichtert, die Zukunftsprognose pflichtgemäss vorzunehmen. Dies ist kein einmaliger, sondern ein fortlaufender Prozess.

- Eine Regelung in der Verordnung, welche die Revisionsstelle ausklammert, ist verfehlt. Es müssen einheitliche Regeln für alle Organe gelten. Sonst gelten unterschiedliche Spielregeln für Unternehmen je nachdem, ob der Abschluss per Ende 2019 schon geprüft vorliegt oder

nicht. Zudem verunmöglicht der aktuelle Vorschlag, dass sich der Verwaltungsrat hinsichtlich der Zukunftsprognose mit der Revisionsstelle abspricht. Das ist nicht zielführend.

Es bleibt Erwartung an die Gerichte, bei der Beurteilung der Handlungen bzw. Unterlassungen von Organen im Zusammenhang mit der Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR die Grundsätze der *Business Judgment Rule* zur Anwendung zu bringen und dabei den Unsicherheiten und Unwägbarkeiten der COVID-19 Pandemie gebührend Rechnung zu tragen. Das setzt im Gegenzug bei den betroffenen Organen einen ordnungsgemässen Entscheidungsprozess voraus auf der Basis ausreichender Informationen. Interessenkonflikte sind zu vermeiden.

Wir würden uns über eine Berücksichtigung dieser Überlegungen freuen.

Freundliche Grüsse



Tanja Luginbühl



Roland Fischer

Dr. Patrizia Holenstein, LL.M.
Prof. Dr. Franco Lorandi, LL.M.
Lic. iur. Thomas P. Zemp
Lic. iur. Marc R. Büttler, LL.M.
Dr. Jurij Benn, dipl. Steuerexperte
Prof. Dr. Jean-Marc Schaller
Dr. Alexander M. Glutz von Blotzheim
Lic. iur. Regina Lehner-Höhener
MLaw Doriana Mazzei

Holenstein Rechtsanwälte AG
Utoquai 29 / 31
CH-8008 Zürich
Tel. +41 44 257 20 00
Fax +41 44 251 84 09
E-Mail: admin@hol-law.ch
<http://www.hol-law.ch>

Eingetragen im Anwaltsregister

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 3. April 2020

Kurzstellungnahme im Rahmen der öffentlichen Konsultation

Sehr geehrte Damen und Herren
Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen

Bezug nehmend auf Ihr im Schreiben vom 1. April 2020 adressierten hiermit die von Ihnen gestellten Fragen wie folgt:

1. Grundsatz

Es besteht notrechtlicher Handlungsbedarf sowohl im Gesellschafts- als auch im Insolvenzrecht.

2. Vorschlag bei drohender Überschuldung (Beilage 2)

Da in der Praxis Unsicherheit zu dieser Frage besteht, ist es sehr zu begrüßen, dass in Bezug auf Art. 725 Abs. 2 OR eine klärende Regelung getroffen wird.

Hinsichtlich des Aufgreifkriteriums "nicht überschuldet" ist klarzustellen, dass dem gleichgestellt ist, wenn zwar eine Überschuldung bestand, diese aber *vollumfänglich durch Rangrücktritt i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR abgedeckt* war. Beides sind gesellschaftsrechtlich konforme Situationen.

Entgegen den Ausführungen in Beilage 2 ist m.E. eine analoge Regelung in Bezug auf Art. 728c Abs. 3 (ordentliche Revision) und Art. 729c OR (eingeschränkte Revision) unerlässlich, da ansonsten die *Revisionsgesellschaften* nicht wissen, ob bzw. wann sie ihrer gesetzlichen Anzeigepflicht gleichsam nachkommen müssen, womit mit der Ausnahme für die Exekutivorgane nichts gewonnen wäre.

3. Anpassungen des Vollstreckungsrechts (Beilage 3)

Als Verfasser des Gutachtens vom 31. März 2020 bin ich qualifiziert befangen. Gleichsam erlaube ich mir die folgenden Hinweise und Anregungen:

A. *Anpassung des Nachlassvertragsrechts*

Zu Ziff. 1.1:

Wie die anderen temporären Ausnahmen bzw. Karenzfristen (vgl. Ziff. 1.3 und Ziff. 2.6) sollte m.E. auch diese aus Gründen der Transparenz und der Rechtssicherheit *datumsmässig festgesetzt werden* (sie kann später den Entwicklungen angepasst werden).

B. *Einführung einer neuen COVID-19-Stundung*

Zu Ziff. 2.1:

In Abs. 1 ist (gleich wie in Bezug auf Art. 725 Abs. 2 OR) klarzustellen, dass dem Aufgreifkriterium "nicht bereits überschuldet" gleichgestellt ist, wenn zwar eine Überschuldung bestand, diese aber *vollumfänglich durch Rangrücktritt i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR abgedeckt* war. Beides sind gesellschaftsrechtlich konforme Situationen.

Abs. 2 und (neu) 3 würde ich wie folgt fassen, um die formellen Anforderungen (für den Schuldner und das Gericht) erkennbar tief zu halten:

² Der Schuldner hat mit dem Gesuch seine Vermögenslage glaubhaft darzutun und so gut als möglich zu belegen.

³ Das Nachlassgericht bewilligt unverzüglich die Stundung und trifft die erforderlichen Massnahmen.

⁴ Publikumsgesellschaften sowie Gesellschaften, die im Jahr 2019 zwei der nachstehenden Grössen überschritten haben, steht die COVID-19-Stundung nicht offen:

Da der Einstieg in die COVID-19-Stundung einfach gehalten werden soll, kann vom Schuldner nur das Notwendigste und vom Nachlassgericht keine eigentliche Prüfung verlangt werden. So muss es m.E. genügen, wenn der Schuldner seine finanzielle Lage per Ende 2019 darlegen kann, ohne einen formellen (geschweige denn einen testierten) Abschluss 2019 vorlegen zu müssen. Es wird den meisten KMU im jetzigen Zeitpunkt auch rein praktisch gar nicht möglich sein, einen Abschluss 2019 vorzulegen. Dieses *grosszügige Verständnis* muss z.B. im Begleitbericht oder in den Vorlagen zum Gesuch (vgl. Gutachten, Rz. 118) *zum Ausdruck gebracht werden*, damit sich die KMU bei der Gesuchstellung darauf verlassen und sich die Gerichte bei der Gesuchbehandlung darauf abstützen können.

Zu Ziff. 2.3:

Die Verweisteknik, um die anderen Gesellschaftsformen als die AG zu erfassen, ist in Abs. 3 des Verordnungstextes zu Art. 725 Abs. 2 OR eleganter (und umfassender) und wäre auch in Ziff. 2.3. (schon aus Gründen der Einheitlichkeit) vorzuziehen.

Zu Ziff. 2.5:

Die Bewilligung einer COVID-19-Stundung führt zu Einträgen im Handelsregister (und allenfalls im Grundbuch). Es ist eine *Mechanik* vorzusehen, wie diese *Einträge* nach Ablauf der Stundung wieder *gelöscht werden*.

Aus Gründen der Transparenz scheint es angezeigt, den Schuldner (im Bewilligungsentscheid) zu verpflichten, seine bekannten Gläubiger individuell über die Gewährung der Stundung zu informieren. Aus praktischer Sicht kann er damit auch gleich den Kontakt bzw. das Gespräch mit seinen Gläubigern aufnehmen. Am Ende von *Abs. 1* ist deshalb folgende Regelung hinzufügen:

"Das Nachlassgericht weist den Schuldner im Bewilligungsentscheid an, unverzüglich sämtliche bekannten Gläubiger schriftlich über die Stundungsbewilligung zu informieren."

Sofern man eine COVID-19-Stundung auch als stille Stundung zulassen will, muss m.E. zwingend ein Sachwalter eingesetzt werden. Demzufolge muss *Abs. 2 Satz 2* wie folgt lauten: "Art. 293c Abs. 2 gilt sinngemäss."

Zu Ziff. 2.6./Ziff. 2.9.:

Diese Regelungen behandeln alle dieselbe Kategorie von Forderungen, weshalb diese systematisch an einem Ort unter dem Titel von Ziff. 2.6. konsolidiert werden sollten.

Zu Ziff. 2.6.:

Meine Vorschläge beinhalten an drei Orten Suspendierungszeiträume bzw. Karenzfristen (Ziff. 1.1, Ziff. 1.3 und Ziff. 2.6). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Unternehmen, welches zu einem Zeitpunkt um eine (Nachlass- oder COVID-19-) Stundung nachsucht, *bevor* es seine Geschäftstätigkeit (in wesentlichem Ausmass) wiederaufnehmen konnte, gar nicht in der Lage ist, die neuen (ab Bewilligung der Stundung entstehenden) Verbindlichkeiten voll zu bezahlen. Die Suspendierungszeiträume in Ziff. 1.1. und Ziff. 1.3. in Bezug auf die Nachlassstundung scheinen diesbezüglich nicht problematisch.

Das Datum in Ziff. 2.6 zur COVID-19-Stundung ist jedoch bedeutend "heikler". Bei neuerlicher Betrachtung scheint es im Sinne einer Interessenabwägung sinnfällig und gerechtfertigt, dieses Risiko beim Schuldner zu belassen. Er hat in der Hand, ob und wann er ein Gesuch um eine COVID-19-Stundung stellen will. Zudem wird kein Vertragspartner in der Karenzfrist (d.h. zwischen der Bewilligung und dem 30. Mai 2020) mit dem Schuldner kontrahieren, wenn dieser keine Zahlungen leisten darf. Aufgrund dessen ist der Passus "bzw. bis zum 30. Mai 2020" zu streichen, was die Regelung auch vereinfacht.

Zu Ziff. 2.8.:

Am Ende von *Abs. 2* sollte zur Klärung folgender Satz angefügt werden: "Art. 285 Abs. 3 SchKG gilt sinngemäss."

Hier oder an einem anderen geeigneten Ort sollte in Bezug auf das Zahlungsverbot (gemäss Ziff. 2.9 Abs. 1) die andere Seite derselben Medaille ausdrücklich geregelt werden nämlich, dass der Schuldner Forderungen, welche nicht der Stundung unterliegen, im ordentlichen Geschäftsbetrieb bezahlen darf. Erst durch diese ausdrückliche *Reglung in der Verordnung* erhält der Ausschluss der Anfechtbarkeit gemäss Art. 285 ff. SchKG (i.S.v. einer positivrechtlichen Bevorzugung von neuen vor alten Verbindlichkeiten; vgl. Kommentar zu Ziff. 2.8 in Beilage 3) m.E. eine genügende rechtliche Grundlage.

Zu Ziff. 2.13.:

"In Abweichung von Artikel 219 Absatz 5 Ziffer 1 werden ..."

4. Ergänzung der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung (Beilage 3)

Zu Ziff. 3.3.:

Art. 3 Abs. 1 lit. d der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung verlangt in der *heute geltenden Fassung*, dass der Kreditnehmer erklärt, sich im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren oder in Liquidation zu befinden. In Bezug auf den *Konkurs* und die *Liquidation* macht dies Sinn und ist so zu belassen.

In Bezug auf ein *Nachlassverfahren* macht dies keinen Sinn, da während der Nachlassstundung unverändert die Möglichkeit (und Hoffnung) besteht, dass sich (best case) das ganze Unternehmen oder (second best) dieses zumindest seinen Betrieb retten kann. Es kommt hinzu, dass während der Nachlassstundung der Sachwalter sehr genau prüfen wird, ob ein Unternehmen einen Kredit beziehen soll, weshalb ein Ausschluss von Unternehmen im Nachlassverfahren überschüssend ist. Dagegen ist ein Ausschluss nach Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (welcher weitgehend einem Konkurs entspricht) gerechtfertigt.

Der nun neu unter Ziff. 3.3. beabsichtige *Ausschluss der COVID-19-Stundung* ist qualifiziert ungerechtfertigt. Diese wird gerade deshalb gewährt, weil den Unternehmen die Möglichkeit gewährt werden soll, sich bzw. ihren Betrieb zu sanieren. Aus dem gleichen Grund werden ihnen seit Kurzem die Bürgschaftskredite zur Verfügung gestellt. Es ist für ein Unternehmen schlicht nicht nachvollziehbar und in der Sache auch nicht gerechtfertigt, dabei nur die eine zeitliche Abfolge (zuerst Kredit und erst dann COVID-19-Stundung) zuzulassen und die andere nicht. Dies widerspricht auch der gemeinsamen Stossrichtung der Bürgschaftskredite und der COVID-19-Stundung. Der beabsichtige Ausschluss der COVID-19-Stundung kommt geradezu einer *Fussangel* für die Unternehmen gleich.

Aufgrund dessen ist die Anforderung an die Erklärung unter Art. 3 Abs. 1 lit. d der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung wie folgt neu zu fassen:

"... muss der Gesuchsteller erklären, dass er sich im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht in einem Konkurs oder in Liquidation befindet bzw. über ihn nicht ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt worden ist."

Ohne diese Anpassungen besteht die reale Gefahr, dass in einer Vielzahl von Fällen die berechtigten Erwartungen der KMU jäh enttäuscht werden und es aus diesem Grund zu deren kurzfristigen Konkurs kommt. Dies ist zu vermeiden.

Abschliessend bedanke ich mich bei dieser Gelegenheit bestens für die exzellente Zusammenarbeit mit dem BJ in der vorliegenden Angelegenheit!

Beste kollegiale Grüsse

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'F' followed by a horizontal line and a curved flourish.

Franco Lorandi

Rückmeldung zur öffentlichen Konsultation: „Pflicht der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens“ vom 1. April 2020

Prof. Dr. iur. Isaak Meier, RA lic. iur. Felix Rutschmann, Prof. Dr. iur. Ingrid Jent-Sørensen

Wir gestatten uns im Rahmen des genannten Konsultationsverfahrens eine gemeinsame Rückmeldung abzugeben und beantworten die gestellten Fragen wie folgt:

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlich notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht

Wie sehen einen notrechtlichen Handlungsbedarf in einer Ergänzung von Art. 725 OR (siehe 2.) und einer punktuellen Anpassung des Nachlassverfahrens (siehe unter 3.).

Wir halten jedoch eine voraussetzungslose Covid-19-Stundung für sehr problematisch. Eine Stundung darf unabhängig davon, ob sie in Rahmen eines neu zu schaffenden vereinfachten Stundungsverfahrens oder eines angepassten Nachlassverfahren erfolgt, nur bewilligt werden, wenn die in Gesetz oder Notverordnung festgelegten bzw. festzulegenden Voraussetzungen vom Nachlassgericht überprüft und bejaht worden sind. Beim Nachlassverfahren müssen die Voraussetzungen nach Art. 293 ff. SchKG gegeben sein (siehe 3.3.2.). Beim COVID-19-Stundungsverfahren muss u.E. glaubhaft gemacht werden, dass der Schuldner hierauf zur Weiterführung des Geschäftes angewiesen ist (siehe 3.3.1.).

Die Unterzeichneten lehnen sodann verschiedene Einzelbestimmungen ab, wie namentlich die vorgeschlagene erleichterte Auflösung von Dauerschuldverhältnisse, den Ausschluss der paulianischen Anfechtung hinsichtlich der Verwendung der COVID-19-Kredite und wie gesagt der Verzicht auf die Prüfung der Sanierungsfähigkeit beim Nachlassverfahren (hierzu 3.3.2.). Sie begrüßen jedoch ausdrücklich, dass nach dem Vorschlag des BJ die geschäftsführenden Organe für die zweckwidrige Verwendung der vom Bund gesicherten Darlehen haften sollen (hierzu 4.).

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Anpassung von Art. 725 OR

Vorschlag für die Formulierung einer Ergänzung von Art. 725 OR betreffend die Aussetzung der Pflichten gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung für die Dauer der COVID-19-Massnahmen:

„War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet, so kann die Benachrichtigung des Richters nach Art. 725 Abs. 2 OR unterbleiben, wenn begründete Annahmen bestehen, dass die Überschuldung eine Folge der COVID 19 Pandemie ist und eine Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann.

Für die weiteren Absätze siehe Vorschlag BJ vom 1. April 2020.“

Die Unterzeichneten sind mit dem BJ der Ansicht, dass betreffend die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichtes Handlungsbedarf besteht.

Wichtig ist jedoch, dass diese Benachrichtigungspflicht lediglich dann aufgehoben wird, wenn begründete Annahmen bestehen, dass die Überschuldung tatsächlich eine Folge der COVID-19-Pandemie ist. Beim Vorschlag des BJ, in dem lediglich verlangt wird, dass *„eine begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann“*, besteht die Gefahr, dass aus anderen Gründen nach dem 31.12.2019 überschuldete Unternehmen auf den COVID 19 Zug aufspringen und sich für berechtigt erachten, von der Benachrichtigung des Gerichtes mit der Begründung abzusehen, dass das Unternehmen aus welchen Gründen auch immer in diesem weiten Zeitrahmen gerettet werden könne.

3. Anpassung der Nachlassstundung

3.1. Vorschläge für eine Anpassung des geltenden Rechts

Nach unserer Einschätzung sind folgende Anpassungen der Nachlassstundung nach geltendem Recht zur Rettung von Unternehmen, welche infolge der COVID 19 Pandemie in finanzielle Schwierigkeiten geraten sind, notwendig und sinnvoll:

- Das BJ schlägt vor, die Dauer der provisorischen Nachlassstundung auf sechs Monate zu verlängern (1.2.). U.E. ist dies zu begrüssen. *Zusätzlich sollte jedoch vorgesehen werden, dass die Dauer der provisorischen Nachlassstundung auf Antrag um weiter X Monate verlängert werden kann, wenn glaubhaft ist, dass die Einleitung der Nachlassstundung infolge der COVID-19-Pandemie notwendig wurde und eine direkte Sanierung des Unternehmens in der beantragten zu verlängernden Frist möglich ist.*
- Für Unternehmen, welche infolge der COVID-19-Pandemie in finanzielle Schwierigkeiten geraten sind, sollte sodann in der Notverordnung festgehalten werden, dass im Regelfall kein Sachwalter eingesetzt wird.
- Schliesslich sollte Art. 296 SchKG betreffend die öffentliche Bekanntmachung der Stundung wie folgt ergänzt werden: *„Ist glaubhaft, dass die Einleitung der Nachlassstundung infolge der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 notwendig wurde, kann die Publikation der provisorischen Nachlassstundung mit dem Vermerk: „Nachlassstundung infolge COVID-19-Anordnungen“ versehen werden.“*

3.2. Begründung

U.E. können die sich aus der derzeitigen COVID-19-Pandemie ergebenden insolvenzrechtlichen Probleme weitgehend über eine leicht modifizierte verlängerte provisorische Nachlassstundung gelöst werden, welche ja schon heute sehr niederschwellig bewilligt werden kann. Eine weitere Erleichterung, wie sie das BJ vorschlägt, ist weder notwendig noch sinnvoll (hierzu 3.3.2.a).

Die grosse Mehrzahl der Unternehmungen, welche infolge der COVID-19-Pandemie in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind, sollten sich dann wieder „direkt“ wirtschaftliche sanieren können, wenn sie nach Aufhebung der Restriktionen ihre Produkte wieder verkaufen und/oder ihre Dienstleistungen wieder anbieten und erbringen können. D.h. die COVID-19-Insolvenzen betreffend in

der grossen Mehrheit Unternehmen, bei denen eine wirtschaftliche Sanierung ohne Einschränkung der Gläubigerrechte möglich sein sollte.

Genau für solche Fälle ist heute das Nachlassverfahren seit der letzten Revision eingerichtet: In Art. 296a Abs. 2 SchKG ist vorgesehen, dass die Nachlassstundung von Amtes wegen aufgehoben werden kann, wenn die Sanierung vor Ablauf der Stundung gelingt. Zur Vermeidung bzw. Verminderung von Aufwand, Kosten und Reputationsschäden ist es dabei wichtig, dass eine solche direkte Sanierung bereits in der provisorischen Nachlassstundung gelingt.

U.E. sollte deshalb in der Notverordnung die provisorische Nachlassstundung von heute maximal 4 Monate wesentlich verlängert werden. Grundsätzlich sollte dem Nachlassgericht in den COVID-19-Insolvenzen gestattet werden, die provisorische Nachlassstundung bis zu dem Zeitpunkt zu verlängern, in dem in der betreffenden Branche wieder die normale Geschäftstätigkeit aufgenommen werden kann, sodass das Unternehmen in der Lage ist, sich selber ohne Einschränkung der Gläubigerrechte zu sanieren. D.h. eine generelle Verlängerung der provisorischen Nachlassstundung auf 6 Monate wäre u.E. nicht genügend. Vielmehr müsste eine flexible Lösung, wie sie hier vorgeschlagen wird, getroffen werden.

In der Notverordnung müsste u.E. sodann vorgesehen werden, dass in den von COVID-19 verursachten Nachlassverfahren für die provisorische Nachlassstundung im Regelfall kein Sachwalter eingesetzt wird. Im geltenden Recht ist der Verzicht auf die Einsetzung eines Sachwalters lediglich als Ausnahmefall vorgesehen (Art. 293b SchKG).

Zur Verminderung des Stigmas der Einleitung eines Nachlassverfahrens könnte schliesslich die Publikation auf Antrag mit dem Zusatz: „*Nachlassstundung infolge COVID-19-Anordnungen*“ versehen werden, wenn dieser Grund für die Einleitung des Nachlassverfahrens als glaubhaft erscheint.

Es ist zwar damit zu rechnen, dass die Begehren um Nachlassstundungen wesentlich zunehmen werden. U.E. ist es jedoch für die für die Nachlassverfahren zuständigen Gerichte ohne weiteres zumutbar und auch machbar, für die gehäuften Begehren um Nachlassstundung eine „Task Force“ zu bilden, um die vermehrten Gesuche zu bewältigen.

Es wäre ohne Zweifel völlig verfehlt, auf die erforderlich seriöse Prüfung von Nachlassgesuchen deshalb zu verzichten, weil man befürchtet, dass die Gerichte hierzu aus zeitlichen und personellen Gründen nicht in der Lage wären.

3.3. Abzulehnende Vorschläge

3.3.1. Schaffung einer voraussetzungslosen COVID-19-Nachlassstundung

Falls eine flexible provisorische Nachlassstundung eingeführt würde, wie sie gerade beschrieben worden ist, wäre es u. E. nicht notwendig, zusätzlich noch eine besondere COVID-19 Nachlassstundung einzuführen.

Falls man diese jedoch, um nichts zu versäumen trotzdem als nötig erachtet, dürfte auf jeden Fall die COVID-19-Nachlassstundung nicht voraussetzungslos gewährt werden.

Es erscheint als höchst ungerecht und unbefriedigend, die Verlängerung eines Rechtsstillstandes zugunsten aller Schuldner abzulehnen, um dann handkehrum, sämtlichen Unternehmen zu ermöglichen, voraussetzungslos einen insgesamt halbjährigen „Zahlungsaufschub“ zu erlangen. Es ist

keine Frage, dass viele Unternehmen dieses „Geschenk“ gerne entgegennehmen, auch wenn sie nicht unbedingt darauf angewiesen sind. Damit ist man schlussendlich etwa gleich weit wie bei der zu Recht abgelehnten Verlängerung des allgemeinen Rechtsstillstandes, welcher die ebenfalls schützenswerten Interessen der Gläubiger unberücksichtigt lässt (vgl. hierzu die überzeugenden Ausführungen im Gutachten Lorandi, Rz 18 ff.).

Eine COVID-19-Nachlassstundung darf u.E. lediglich gewährt werden, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass diese zur Weiterführung des Geschäftes notwendig ist und auch keine andere Möglichkeit besteht, den finanziellen Engpass zu überbrücken.

Diese Voraussetzung stellt sicher, dass die Unternehmen eine solche Nachlassstundung wirklich nur dann zu verlangen, wenn sie sie nachvollziehbar begründet können.

Die Gerichte sind und wären auch ohne weiteres in der Lage, diese Voraussetzungen fristgerecht zu prüfen. Wie schon gesagt, wäre es verfehlt, allein deshalb auf unerlässliche Voraussetzungen zur Verhinderung von Missbrauch zu verzichten, weil man glaubt, der damit verbundene Aufwand sei den Gerichten nicht zuzumuten!

3.3.2. Ablehnung von vom BJ vorgeschlagenen Einzelbestimmungen

a) Verzicht auf die Prüfung der Sanierungsfähigkeit durch das Nachlassgericht bei Stellung des Gesuchs um Nachlassstundung (BJ 1.1.)

U.E. ist es nicht notwendig, auf die ohnehin lediglich summarische Prüfung der Sanierungsfähigkeit durch das Nachlassgericht zu verzichten. Im Gegenteil ist es wichtig, dass gerade eine minimale Prüfung der Gesuche auch in Krisenzeiten aufrechterhalten wird. Der Verzicht auf die Prüfung kann auch nicht damit begründet werden, dass diese dem Sachwalter während der provisorischen Nachlassstundung überlassen werden könne (vgl. die Beilage 3 des BJ, unter 1.2.). U.E. sollte – wie auch nach der Ansicht des BJ (vgl. die Beilage 3 des BJ, unter 2.4.) -im Regelfall ja auf die Bestellung eines Sachwalters verzichtet werden können (hierzu 3.2.).

Es kann hier nur erneut noch einmal hervorgehoben werden, dass eine solche Voraussetzung die Antragsteller selber dazu bringt, solche Gesuche nur zu stellen, wenn sie wirklich Sinn machen. Im Weiteren steht ausser Zweifel, dass die Gerichte auch heute trotz der andauernden Pandemie eine entsprechende Prüfung vornehmen können.

b) Voraussetzungslose Auflösung von Dauerschuldverhältnissen (BJ1.4.)

Nach dem Vorschlag 1.4. soll während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters ein Dauerschuldverhältnis voraussetzungslos aufgelöst werden können. Insbesondere soll es nach dem Vorschlag nicht notwendig sein, dass die Vertragsauflösung für die Sanierung unerlässlich ist.

U.E. ist auch eine solche problematische Sondernorm auch in COVID 19 Zeiten nicht notwendig. Der Nachweis der sonstigen Vereitelung des Sanierungszwecks war in der bisherigen Praxis keine relevante Hürde. Problematisch ist in der Nachlassstundung in COVID-19 Zeiten eher, dass für den betroffenen Betrieb wichtige Dauerschuldverhältnisse wegen Zahlungsausständen von der Gegenseite gekündigt werden können. Dem wurde im Mietrecht mit der Verlängerung der Frist von Art. 257d OR von 30 Tagen auf vorübergehend 90 Tage zumindest etwas Rechnung getragen.

c) Ausschluss der paulianischen Anfechtung (BJ 3.2.)

Das BJ schlägt vor, ebenfalls eine Bestimmung mit folgendem Inhalt einzuführen (3.2.): „*In Bezug auf die Verwendung der Geldmittel, welche der Schuldner unter der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erlangt hat, ist die Anfechtung gemäss den Art. 285 ff. SchKG ausgeschlossen*“.

U.E. ist diese Bestimmung klar abzulehnen, öffnet sie doch dem Missbrauch Tür und Tor. Damit könnte der Schuldner etwa, ohne Gefahr der Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG, ihm nahestehende Personen bevorzugen.

In Betracht ziehen könnte man höchstens, die Anfechtung für einzelne Handlungen, insbesondere die Rückzahlung dieses Kredites an die Bank auszuschliessen, da ja bekanntlich nach der Gerichtspraxis die Rückzahlung von Sanierungsdarlehen kurz vor Konkursöffnung nur unter engeren Voraussetzungen von der Anfechtung ausgenommen ist. Eine solche Bestimmung wäre allerdings ebenfalls sehr problematisch, da sie letztlich zulasten der übrigen Gläubiger geht, welche ebenfalls unter der COVID-19-Pandemie leiden.

4. Begrüssenswerter Vorschlag zur Haftung für zweckwidrige Verwendung der vom Bund gesicherten Darlehens (BJ 3.1.)

Die Verfasser begrüssen es sehr, dass die geschäftsführenden Organe für die zweckwidrige Verwendung der vom Bund gesicherten Darlehen haften sollen und das Verschulden vermutet wird. Damit wird bei den weitgehend ungeprüft vergebenen Krediten eine wichtige Lücke, zwar etwas spät, gefüllt.

Fraglich wird allerdings sein, ob und inwiefern diese Bestimmung rückwirkend für die bereits vergebenen Krediten Anwendung finden kann.

Unklar ist den Unterzeichneten ist im Übrigen auch die Formulierung in Art. 6 Abs. 3 lit. b der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung, wonach die «*Refinanzierung von als Aktivdarlehen ausgestalteten Privat – oder Aktionärsdarlehen*» ausgeschlossen sein soll. Aus Sicht der Gesellschaft (Kreditnehmerin) sollten das unseres Erachtens Passivdarlehen sein.

Zürich, den 3. April 2020

Prof. Dr. iur. Isaak Meier

RA lic. iur. Felix Rutschmann

Prof. Dr. iur. Ingrid Jent - Sørensen

Per E-Mail

Bundesamt für Justiz BJ
michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch

Dr. Alexander Vogel, LL.M.
Rechtsanwalt, Partner
alexander.vogel@mll-legal.com

Urs Boller, lic.iur., LL.M.
Rechtsanwalt, Partner
urs.boller@mll-legal.com

Zürich, 3. April 2020

237.1-3233/7/3

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Rahmen der Prüfung von weiteren Massnahmen zu Gunsten von durch die Corona-Pandemie gefährdete Unternehmen wurde die Öffentlichkeit am 1. April 2020 durch das Bundesamt für Justiz zur Stellungnahme betreffend die anvisierten Massnahmen sowie weiteren allfälligen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht eingeladen.

Dazu wurden der Öffentlichkeit die folgenden Fragen unterbreitet:

1. **Zum Grundsatz:** Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?
2. **Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung:** Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilage 2 zum Schreiben vom 1. April 2020)
3. **Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht:** Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? (Beilagen 3 und 4 zum Schreiben vom 1. April 2020)

Hiermit reichen wir nachfolgende Stellungnahme zu den obengenannten Fragen ein:

Meyerlustenberger Lachenal AG
Rechtsanwälte | Attorneys at Law
Schiffbaustrasse 2 | Postfach 1765 | 8031 Zürich | Schweiz
T +41 44 396 91 91 | F +41 44 396 91 92 | www.mll-legal.com
zurich@mll-legal.com

Die als Rechtsanwälte bezeichneten Personen sind in den zuständigen Anwaltsregistern der Schweiz und/oder der EU eingetragen.

1. Vorbemerkungen

Angesichts der sehr kurz angesetzten Frist ist es nicht möglich, im Detail auf alle Punkte der vorgeschlagenen Lösung einzugehen. In der nachfolgenden Stellungnahme gehen wir deshalb lediglich auf ausgewählte Punkte ein, die für uns von besonderem Interesse sind. Dabei wird, sofern erforderlich, auf das geltende Recht, die bereits getroffenen Massnahmen und schliesslich die nun vorgeschlagenen Lösungen Bezug genommen.

2. Zu "1. Grundsätzlicher notrechtlicher Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht": Subsidiäre Organhaftung nach Art. 52 AHVG

Mit der Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit dem Corona-Virus zur Kurzarbeitsentschädigung und zur Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge vom 20. März 2020 verordnete der Bundesrat die Änderung von Art. 41^{bis} Abs. 1^{bis} AHVV dahingehend, dass den von der Krise betroffenen Unternehmen von den AHV-Ausgleichskassen ein vorübergehender, zinsloser Zahlungsaufschub für die Beiträge an die Sozialversicherungen (AHV/IV/EO/ALV) gewährt werden kann.

Der Wortlaut von Art. 41^{bis} Abs. 1^{bis} AHVV lautet in Folge der Änderung durch obengenannte Verordnung:

"Auf Beiträgen, für die in direktem Zusammenhang mit der Verbreitung des Coronavirus (COVID-19) ein Zahlungsaufschub nach Artikel 34b gewährt wird, sind ab dem Zahlungsaufschub bis zum keine Verzugszinsen zu bezahlen."

Dies scheint *prima vista* eine gute Möglichkeit für mit Liquiditätsengpässen konfrontierte Unternehmen zu sein und ist in dieser Hinsicht unseres Erachtens auch begrüssenswert.

Allerdings hat sich der Bundesrat unseres Wissens bisher nicht zur Thematik der subsidiären Organhaftung für fehlende Sozialversicherungsbeiträge nach Art. 52 Abs. 2 AHVG geäussert. Gemäss dieser Bestimmung steht der Vorsorgeeinrichtung eine subsidiäre Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe der Gesellschaft (z.B. Geschäftsführer, Verwaltungsräte, faktische Organe) zu, wenn ihr ein Schaden aus fehlenden Sozialversicherungsbeiträgen entsteht. Ein solcher Schaden entsteht, wenn die Forderungen der Ausgleichskasse aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr eingetrieben werden können. Dies ist beispielsweise bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft/des Arbeitgebers regelmässig der Fall, wobei die Höhe des Schadens dem Umfang der ungedeckten Beitragsforderung entspricht.

Durch die derzeitige "Corona-Krise" ist es leider durchaus denkbar, dass Unternehmen, die einen solchen Zahlungsaufschub beantragen, dennoch später den Konkurs anmelden müssen und dass es in der Folge zu einem Schaden bei den Sozialversicherungen kommt. Die Verordnung des Bundesrates äussert sich u.E. nicht zu diesem Problem, welches insbesondere im Lichte der strengen Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche in der Praxis Art. 52 AHVG zu einer faktischen Kausalhaftung umgestaltet hat, für viele Verwaltungsräte und Geschäftsführer von krisengebeutelten Unternehmen zum Verhängnis werden könnte. Diese würden dann mit ihrem privaten Vermögen für

die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge haften. Für uns – einerseits in beratender Funktion und andererseits in Organfunktionen – ist es unter Berücksichtigung dieses Umstands entsprechend heikel, einem Unternehmen zur Beantragung eines solchen Zahlungsaufschubs zu raten.

Aus den genannten Gründen befürworten wir daher eine vorübergehende Anpassung von Art. 52 AHVG, welcher dieser Problematik der subsidiären Organhaftung für Schäden der Sozialversicherungen Rechnung trägt.

Eine Aufhebung oder Suspendierung dieser subsidiären Organhaftung würde dem Ziel der bereits zur Unterstützung von durch die Corona-Pandemie bedrohten Unternehmen eingeführten Massnahmen entsprechen, da ansonsten die mit der Änderung von Art. 41^{bis} Abs. 1^{bis} AHVV anvisierten Massnahmen mit Blick auf das dadurch heraufbeschworene Damoklesschwert über dem Haupt der Führungsorgane unter Umständen nicht in Anspruch genommen werden könnten, was jedoch genau gefördert werden soll.

3. Zu "2. Vorschlag bei drohender Überschuldung"

Der Bundesrat hat beschlossen, notleidenden Unternehmen Soforthilfe mittels verbürgten COVID-19 Überbrückungskrediten zur Abfederung von kurzfristigen Liquiditätsengpässen zu gewähren. Es ist sinnvoll, dass in diesem Rahmen auch die Thematik Überschuldung adressiert wird. Umsatzeinbrüche führen bei nur beschränkter Anpassungsfähigkeit der Kapazität immer wegen Überkapazität zu Ertragseinbrüchen und – falls das nicht durch eine sehr hohe Marge aufgefangen werden kann – zwangsläufig zu Verlusten (parallel zur Liquiditätsknappheit). Verluste führen zu Eigenkapitalverzehr => Unterbilanz => Überschuldung. Im Falle der erstellten Überschuldung (zu Fortführungs- und Liquidationswerten) ist der Verwaltungsrat grundsätzlich verpflichtet, die Überschuldungsanzeige ans Gericht zu erstatten. Unterlässt er dies, haften seine Mitglieder mit ihrem privaten Vermögen für die während der "Konkursverschleppung" zusätzlich aufgelaufenen Schulden (und ggf. einen weiteren Wertzerfall der Aktiven). Mit der Regelung in Art. 24 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung hat der Bundesrat zurecht neben den kurzfristigen Liquiditätsspritzen gemäss Art. 3 (und 4) der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung, mit welchen nur das Thema Liquiditätsknappheit kurzfristig teilremediert wird, mit der Regelung in Art. 24 auch die Thematik Verluste/Überschuldung/Haftung/Konkursaufschub zumindest teilweise adressiert. Zurecht soll jetzt die Problematik der Überschuldung bzw. der damit verbundenen Pflichten des Verwaltungsrats (bzw. der Geschäftsführer bei der GmbH) noch umfassender adressiert werden, was aus den oben erwähnten Gründen sehr zu begrüssen ist. Die Problematik wird noch akzentuiert dadurch, dass bei fehlender Voraussehbarkeit des Geschäftsverlaufs die Fortführung des Unternehmens regelmässig als gefährdet einzustufen ist, weshalb der Verwaltungsrat bei der Beurteilung der Eigenkapitalsituation auf Liquidationswerte (statt Fortführungswerte) abstellen muss, was oft die negative Entwicklung der Eigenkapitalsituation stark beschleunigt.

Der Verwaltungsrat ist gehalten, eine Liquiditätsplanung vorzunehmen bzw. bei der Geschäftsleitung die Erstellung und deren regelmässige Aufdatierung zu verlangen. Es versteht sich von selbst, dass in der gegenwärtigen Krisenlage die Voraussehbarkeit der Geschäftsentwicklung äusserst schwierig ist, weil sie sehr stark von exogenen Faktoren – namentlich öffentlich-rechtlichen Einschränkungen hinsichtlich der Bewegungsfreiheit von Kunden und Mitarbeitern sowie der Möglichkeit, überhaupt eine Geschäftstätigkeit auszuüben, abhängt. Ein möglicher Wiederaufschwung der

Konjunktur auf regionaler, nationaler und internationaler Ebene sowie des Tagesgeschäfts für das konkrete Unternehmen nach Aufhebung der öffentlich-rechtlichen Einschränkungen ist ebenso schwierig abzusehen, insbesondere auch, weil der Zeitpunkt deren Aufhebung nicht absehbar ist und die Schwierigkeiten der Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit auch insbesondere von der zeitlichen Dauer des Unterbruchs abhängen werden. Zudem ist für viele Unternehmen nicht nur die regionale oder nationale Lage in der Schweiz, sondern (auch) in ihren entsprechenden Hauptabatzmärkten und/oder Produktionsstandorten entscheidend. Entsprechend ist auf die Einführung einer Bedingung, dass eine begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt¹ der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020² behoben werden kann, unseres Erachtens zu verzichten. Die geforderte "begründete Aussicht", dass die Überschuldung innert einer sechsmonatigen Frist behoben werden kann, soll (auch) bzw. ganz primär dem Schutz der Gläubiger dienen. Entsprechend verlangt Abs. 1 der vorgeschlagenen Bestimmung, dass der Verwaltungsrat in der Lage sein müsse, seine günstige Prognose zu begründen. Dieser Vorschlag bewirkt im Resultat eine Verlagerung des Risikos auf den Verwaltungsrat, der de facto gezwungen wird, mit einer sehr unklaren Informationslage eine sehr weitgehende Beurteilung des voraussichtlichen Geschäftsverlaufs im unmittelbaren Nachgang zum heute noch unbekannten (und auch nicht mit vernünftiger Sicherheit abschätzbaren) Zeitpunkt der Aufhebung der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 vorzunehmen. Der Beurteilungszeitraum für die Einschätzung des Verwaltungsrates muss sich daher im Minimum auf 24 Monate ab dem Zeitpunkt der Aufhebung dieser Massnahmen beziehen dürfen. Wichtig ist auch, dass die Pflicht, die Bilanz der betroffenen Gesellschaft zu deponieren, konsequenterweise auch erst 24 Monate nach dem Zeitpunkt der Aufhebung dieser Massnahmen wieder eintritt, um zu vermeiden, dass ein sorgfältiger Verwaltungsrat de facto gar nicht von der Regelung Gebrauch machen kann.

Zu überlegen ist im Weiteren, ob der Equity-Buffer, welcher der Bundesrat zu Recht mit Art. 24 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung eingeführt hat, nicht (ggf. auf entsprechenden begründeten Antrag hin) auf die durch den Bund garantierten Teil der COVID-19 Kredite gemäss Art. 4 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung ausgedehnt werden kann, um auch mittelgrosse Unternehmen wirksam gegen das Überschuldungsrisiko abzusichern. Wesentlich ist zudem, dass für den Zeitraum der Fälligkeit der COVID-19 Kredite (auch derjenigen gemäss Art. 3 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung) ein sinnvolles Regime gefunden wird, um mit grosser Wahrscheinlichkeit bis zu diesem Zeitpunkt nach wie vor bestehende Equity-Defizite auszugleichen, um eine plötzliche Überschuldung nach Wegfall dieser Kredite zu vermeiden.

Die Kommentierung weist im Weiteren darauf hin, dass, sofern der Verwaltungsrat – wohl im Zeitraum der Geltung der COVID-19-Verordnungen – durch sein Verhalten den Tatbestand von Konkursdelikten erfüllt, eine erlaubte Handlung gemäss Artikel 14 StGB vorliege. Dieser Vorschlag ist grundsätzlich richtig, muss aber auch die paulianischen Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 ff. SchKG einbeziehen, um eine Kollision mit den sonst anwendbaren Normen des SchKGs zu vermeiden und damit Widersprüche innerhalb der Rechtsordnung zu vermeiden. Dies gilt umso mehr, als gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung paulianische Ansprüche gestützt auf Art. 285 ff.

¹ Aufgrund der Anpassung der Covid-19-Verordnung 2 per 2. April 2020 müsste der Wortlaut dieser Bedingung angepasst werden, ("gemäss dem 3. **Kapitel**" statt "gemäss dem 3. Abschnitt"), sofern an der Bedingung festgehalten wird.

SchKG kongruent auch zu entsprechenden Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen den Verwaltungsrat (bzw. die Geschäftsführer bei der GmbH) führen. Angesichts der Tragweite dieser Ausnahmen ist unbedingt zu empfehlen, diese in den Wortlaut der Verordnung aufzunehmen.

4. Zu "3. Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht"

Wir teilen die Auffassung, dass die im Gesetz beinhaltete Notstundung (Art. 337 ff. SchKG) für aufgrund der Corona-Krise gefährdete Unternehmen keinen geeigneten Schutz bietet. Dies insbesondere deshalb, da die Notstundung gewichtige Nachteile mit sich bringt: Insbesondere bietet eine Notstundung einerseits keinen umfassenden Schutz vor Betreibungen und andererseits werden zum Teil wesentliche Forderungen von der Notstundung gar nicht erfasst. Die unseres Erachtens gravierendsten Nachteile sind bei der Notstundung jedoch, dass in der Praxis weder Behörden noch Sachwaltern fundierte Erfahrung mit diesem Instrument haben (da in der Praxis beinahe toter Buchstabe) und dass während eines halben Jahres nach Ablauf einer Notstundung weder eine weitere Notstundung noch eine Nachlassstundung beantragt werden kann (Art. 349 Abs. 2 SchKG). Im Gegensatz dazu bringt die bereits im Gesetz verankerte – und in den letzten Jahren immer mehr Anwendung findende – Nachlassstundung verschiedenste Erleichterungen für den Schuldner, die in der Notstundung nicht vorgesehen sind. Zudem bietet die Nachlassstundung diverse Möglichkeiten, um Unternehmen in Schieflage eine Sanierung zu erleichtern (u.a. die Kündigungsmöglichkeit von Dauerschuldverhältnissen mit Zustimmung des Sachwalters gemäss Art. 297a OR). Was die Gegenüberstellung von Notstundung zur Nachlassstundung betrifft, wird auf Rz. 70-75 des Gutachtens Lorandi verwiesen, was wir vollumfänglich als zutreffend erachten.

Zuzustimmen ist auch der Tatsache, dass eine Weiterführung des Rechtsstillstandes längerfristig kein geeignetes Instrument ist, um die Corona-bedingten Probleme von Unternehmen zu beseitigen. Vielmehr sind Regelungen erforderlich, die den betroffenen Unternehmen eine Sanierung ermöglichen und nicht einzig den Zweck haben, den Insolvenzzzeitpunkt nach hinten zu verschieben. Die beabsichtigten Modifikationen im Nachlassstundungsrecht und insbesondere die Einführung einer COVID-19-Stundung für Unternehmen, welche gewissen Schwellenwerte nicht überschreiten, gehen deshalb unseres Erachtens in die richtige Richtung.

Da die meisten Unternehmen, für welche eine Nachlassstundung aufgrund der Corona-Krise in Betracht kommen wird, finanziell bereits stark angeschlagen sein werden, scheint es uns aber besonders wichtig, dass eine solche Massnahme relativ einfach und ohne erhebliche Kostenfolgen möglich ist. Die beabsichtigte COVID-19-Stundung erachten wir für kleinere Unternehmen grundsätzlich als geeignetes Mittel dazu.

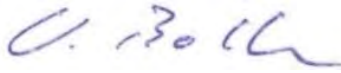
Aufgrund der Tatsache, dass die mit der Eröffnung eines Nachlassstundungsverfahrens für ein Unternehmen entstehenden Kosten schnell sehr hoch sein können und somit auch für viele betroffene grössere Unternehmen eine Hemmschwelle für die Einleitung eines Nachlassstundungsverfahrens darstellen könnten, sind aus unserer Sicht – zumindest auf vorübergehender Basis – weitere Anpassungen zu treffen, welche die Einleitung und den Zugang zu Nachlassstundungsverfahren auch für grössere Unternehmen erleichtern. In Betracht käme hier beispielsweise eine Änderung von Art. 293b SchKG und zwar insofern, als die Einsetzung eines Sachwalters während der provisorischen Nachlassstundung nicht mehr den Standardfall darstellt, sondern nur dann, wenn dies im Interesse

der Gläubiger als zwingend erforderlich erscheint. Betreffend dem in der Praxis für die meisten Schuldner nachteiligen Kostenpunkt einer Nachlassstundung verweisen wir auf Empfehlung 4 des Gutachtens Lorandi (Rz. 115), wonach die Kosten einer COVID-19-Stundung bzw. einer provisorischen Nachlassstundung vom Bund getragen bzw. (à fonds perdu) finanziert werden sollen. Soweit ersichtlich, hat das Bundesamt für Justiz diese Empfehlung bislang nicht aufgegriffen. Wir sind der Auffassung, dass diese Empfehlung zwingend umgesetzt werden müsste; andernfalls würde in zahlreichen Fällen die Sanierung von an sich rentablen (grösseren) Unternehmen aus Kostengründen gefährdet oder verunmöglicht.

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Vogel'.

Dr. Alexander Vogel

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'U. Boller'.

Urs Boller

Von: [Michel Cédric Laurent \(PJ\)](#)
An: [Schöll Michael BJ](#)
Betreff: consultation publique covid 19
Datum: Freitag, 3. April 2020 09:32:58

Monsieur le sous-Directeur,

Cher Monsieur,

Je fais suite à la procédure de consultation entamée par votre Office, qui m'a été transmise, et vous informe partager entièrement l'analyse effectuée par lui quant aux mesures proposées.

La suspension des poursuites est effectivement une mesure d'urgence à court terme, dont les effets à plus long terme sont dévastateurs pour le système économique. Dans cette mesure, une limitation à une période courte de cette suspension est justifiée.

De même, la proposition en cas de surendettement imminent paraît parfaitement adaptée à une situation comme la situation actuelle. L'idée étant simplement de donner aux organes un peu de temps pour assainir la situation après la fin de la période critique, elle paraît frappée au coin du bon sens, adéquate et proportionnée aux intérêts de tous.

Enfin, et pour les motifs exposés par votre Office, il apparaît tout à fait opportun de modifier la procédure concordataire ordinaire de la LP, en lieu et place de l'adaptation compliquée des règles sur le sursis extraordinaire, dont les inconvénients en l'état sont patents.

En résumé, je salue toutes ces propositions, prévues pour un temps limité et au vu d'une situation d'exception.

Je vous prie de recevoir, Monsieur le sous-Directeur, cher Monsieur, mes meilleures salutations.

C-L. Michel, juge à la Cour



MV
ASLOCA
ASI

Mieterinnen- und Mieterverband Schweiz
Association suisse des locataires
Associazione Svizzera Inquilini

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Par courriel à michael.schoell@bj.admin.ch; david.rueetschi@bj.admin.ch; nicholas.turin@bj.admin.ch; samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch; caroline.widmer@bj.admin.ch; sibyll.walter@bj.admin.ch

Berne, le 3 avril 2020

Consultation publique : devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite

Cher Monsieur Schöll,

Vous trouverez à la page suivante de ce courrier la prise de position de l'Association suisse des locataires (ASLOCA) au sujet de l'objet cité en titre.

Avec nos meilleures salutations,

Natalie Imboden
Secrétaire générale

A titre liminaire nous voudrions ajouter qu'en plus des dispositions proposées, la Confédération doit songer à un système de suspension des poursuites pour tous les locataires touchés par la crise actuelle. En effet, dans le contexte actuel, beaucoup de locataires seront dans de grandes difficultés pour payer leur loyer et leur mise aux poursuites les entravera dans toutes leurs activités économiques futures. Or, nous prions la Confédération de réfléchir à un système qui permettrait à ces locataires de ne pas être insolvable à long terme en raison des effets d'une crise dont ils ne sont manifestement pas responsables.

Réponses aux questions posées :

1. Sur le principe : Voyez-vous un besoin d'intervention basé sur le droit de nécessité en matière de droit des sociétés et de droit des poursuites ?

Oui, sur le principe nous pensons important que la Confédération intervienne dans ce domaine afin de protéger notamment les commerçants locataires. La crise sans précédent que nombre de petites et moyennes entreprises va traverser implique une intervention accrue du Conseil fédéral dans tous les domaines.

2. En ce qui concerne la proposition en cas de surendettement imminent : Comment évaluez-vous la proposition de suspendre partiellement les obligations découlant de l'article 725, alinéa 2 du Code des obligations pour la durée des mesures prévues à l'article 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 ? (Annexe 2)

Nous y sommes globalement favorables. Ce sursis pourra éviter un certain nombre de dépôts de bilan et évite d'engager la responsabilité de Conseils d'administration de PME, dont une grande partie est locataire.

3. En ce qui concerne la proposition en droit des poursuites : Comment évaluez-vous la proposition visant à modifier la procédure concordataire dans la LP et à introduire une procédure simplifiée d'ajournement pour les PME ? (Annexes 3 et 4)

Nous y sommes majoritairement favorables. Cela évitera une partie des faillites d'entreprises locataires. Ce mécanisme nous semble globalement satisfaisant. Toutefois, il est regrettable qu'aucune réflexion ne soit menée au sujet des poursuites contre des locataires qui seraient en difficulté de payer leur loyer en raison de la crise sanitaire actuelle. En effet, beaucoup d'acteurs économiques, au titre principal duquel les indépendants, se trouve aujourd'hui dans une situation économique très difficile et risquerait de ne pouvoir s'acquitter de leurs charges, et notamment leur loyer. Si aucune mesure n'est prise, il est possible que la crise économique entraîne une crise sociale suite à la perte du logement de ces personnes.

Von: [Moser, Andrea-MGB](#)
An: [Schöll Michael BJ](#)
Cc: [Neukom, Markus-MGB](#)
Betreff: AW: Dringende Konsultation durch Bundesamt für Justiz i.S. Corona-Krise / Beantwortung bis Freitag, 3. April 2020, mittags
Datum: Freitag, 3. April 2020 12:03:32
Anlagen: [image001.png](#)

Sehr geehrter Herr Schoell

Gerne nehmen wir zu den uns unterbreiteten Fragen wie folgt Stellung:

Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Der Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht wird als gegeben betrachtet. Die Migros wird zwar als Grosskonzern von diesen Massnahmen nicht direkt profitieren, befürwortet aber als Wirtschaftsteilnehmerin Massnahmen zur Unterstützung von durch die aktuelle Krise in ihrer Existenz bedrohten Unternehmen, zumal diese auch Geschäftspartner der Migros Unternehmen sein können.

Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilage 2):
Die Änderung und teilweise Aussetzung des Artikel 725 Absatz 2 OR macht in jedem Fall Sinn. Trotz der Massnahme der COVID-19-Solidarbürgschafts-Verordnung, welche das Ausklammern der Überbrückungskredite bei der Prüfung der Überschuldung vorsieht, kann ein an sich «gesundes» Unternehmen bei einer rein statischen Bilanz-Betrachtung aktuell wg. der Corona-Krise überschuldet sein. Es ist daher im Interesse der kleineren Unternehmen als auch der Wirtschaft, mit der obigen Massnahme die gesetzliche Pflicht der Verwaltungsräte, den Richter anzurufen, für eine begrenzte Zeit auszusetzen.

Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?
Die Anpassung und Vereinfachung des Nachlassverfahrens erachten wir als sinnvoll und zielführend, um volkswirtschaftlich schädliche und auch für den Gläubiger nachteilige Konkurse von Unternehmen zu verhindern, welche durch die Corona-Krise in ihrer Existenz bedroht sind. Die zusätzliche Einführung einer COVID-19-Stundung als Massenerfahren wird dagegen eher skeptisch und als leicht überschüssend betrachtet.

Besten Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Andrea Moser
Leiterin Direktion Legal & Compliance

Migros-Genossenschafts-Bund | Direktion Legal & Compliance | Limmatstrasse 152 | Postfach | CH-8031 Zürich

Direktwahl +41 58 570 2460 | **Zentrale** +41 44 277 2111 |

Fax +41 44 277 2141

Andrea.Moser@mgb.ch

www.migros.ch | www.migipedia.ch | www.migros-gruppe.jobs

[Twitter](#) | [Facebook](#) | [XING](#) | [LinkedIn](#)

MIGROS
Ein M besser.

Wenn Sie diese E-Mail nicht ausdrucken, schonen Sie die Umwelt
für die Generation von morgen. Mehr auf generation-m.ch

FACULTE DE DROIT

Département de droit privé
Chaire de droit privé et de droit romain

Professeur PASCAL PICHONNAZ
Avenue Beauregard 11
1700 Fribourg
Suisse

T +41 26 300 80 29
F +41 26 300 96 91
pascal.pichonnaz@unifr.ch
www.unifr.ch/ius/pichonnaz

Office fédéral de la justice

michael.schoell@bj.admin.ch;
sibyll.walter@bj.admin.ch;
david.rueetschi@bj.admin.ch;
nicholas.turin@bj.admin.ch;
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch;
caroline.widmer@bj.admin.ch

Fribourg, le 2 avril 2020

Consultation publique : devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite

Monsieur le vice-directeur de l'OFJ,
Mesdames et Messieurs,

Nous faisons suite à la consultation publique que vous nous avez adressée en date du 1^{er} avril 2020 sur l'objet sous rubrique. C'est avec plaisir que nous y donnons suite, tout en précisant que nous ne sommes pas un spécialiste de la poursuite pour dettes et la faillite, ni du droit de la société anonyme. Toutefois, nous avons considéré que vous nous aviez transmis cette demande de prise de position compte tenu de certaines de nos compétences. Nous nous déterminons sur chacune des trois questions de la manière suivante :

1. Sur le principe : *Voyez-vous un besoin d'intervention basé sur le droit de nécessité en matière de droit des sociétés et de droit des poursuites ?*

Une intervention fondée sur le droit de nécessité **est impérative**. Les mesures proposées nous semblent **ciblées et mesurées** ; elles devraient permettre d'atteindre le but recherché. Nous proposons toutefois **une mesure supplémentaire** (pt. 3° *infra*).

1° Le tissu économique suisse est marqué par un très grand nombre de PME dont les activités ont, pour nombre d'entre elles, été brusquement arrêtées, les plaçant pour la plupart d'entre elles dans une situation grave **de manque de liquidités** sans relation avec les perspectives économiques intrinsèques de la branche ou de l'entreprise. Laisser agir les forces habituelles du marché dans une situation tout à fait extraordinaire risque d'entraîner des conséquences dramatiques sur l'ensemble de l'économie suisse.

Comme l'expliquent de manière convaincante tant le document de réflexion de l'OFJ du 1^{er} avril 2020 (Annexe 1) que l'expertise Lorandi du 31 mars 2020 (Annexe 4), il serait fatal pour de nombreuses PME si le Conseil fédéral s'abstenait **d'intervenir de façon ciblée pour régler les problèmes systémiques** produits par le manque de liquidités dus à la crise du COVID-19. Le droit ordinaire qui s'appliquera dès la levée (même partielle) des mesures prises par l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020 n'a pas été prévu pour cette situation et les mesures doivent pouvoir

s'appliquer dès la levée des mesures prévues pour avoir une chance d'éviter un phénomène de faillites pour manque de liquidités en cascade.

2° Les consommateurs ont eu aussi tout à gagner de mesures qui ont pour but de maintenir à flot les entreprises PME qui assurent la diversité de la production suisse en produits et services. Les mesures proposées sont mesurées et ciblées ; elles évitent une approche de l'arrosoir, ce qui garantit une certaine équité sociale, tout en permettant des conséquences économiques dramatiques qui se reporteraient aussi sur les consommateurs et leurs capacités à s'approvisionner.

3° Nous proposons toutefois **de prévoir une règle particulière pour tous les délais de prescription** (et de péremption) afin que ceux-ci soient suspendus durant la période de validité des mesures de la Section 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020. La disposition doit avoir la teneur suivante :

Article x [134a] CO – Suspension extraordinaire des délais de prescription

¹ Tous les délais de prescription, qui n'étaient pas échus au 15 mars 2020, mais qui échoient jusqu'au 30 juin 2020 y compris, sont suspendus dès le 15 mars 2020 jusqu'*au 15 mai 2020*.

² La suspension des délais de l'alinéa 1^{er} s'applique également à tout délai de péremption légal ou conventionnel.

Commentaire : L'art. 134 al. 1 ch. 6 CO prévoit la suspension des délais de prescription lorsqu'il est « impossible, pour des raisons objectives, de faire valoir la créance devant un tribunal ». Durant la validité des mesures de la section 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020, il était peut-être encore techniquement possible d'interrompre le cours de certains délais de prescription par l'envoi d'une réquisition de poursuite ou l'envoi de requêtes aux fins de conciliation. Toutefois, la réduction des heures d'ouverture ou la fermeture des offices de poursuites, ainsi que des greffes de tribunaux, mais aussi l'exigence d'un confinement strict pour les personnes à risque ont bien souvent empêché les créanciers de prendre les mesures nécessaires pour interrompre les délais de prescription qui arrivaient à échéance. Or, cet empêchement n'était soit pas équivalent à une impossibilité au sens de l'art. 134 al. 1 ch. 6 CO, soit fondé sur des critères plutôt subjectifs, ce qui *a priori* rend difficile d'admettre une suspension des délais de prescription des créances. Cette solution est inéquitable et peut toucher potentiellement un grand nombre de créanciers.

Il paraît dès lors juste d'éviter tout équivoque pour les créanciers dont les délais de prescription sont échus durant la période des mesures prises par la section 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020 ou qui échoiront peu après leur levée. C'est la raison pour laquelle il est important de prévoir une solution simple et claire, comme cela doit être le cas en matière de prescription. **Une prolongation de deux mois** de tous les délais de prescription qui devraient échoir d'ici au 30 juin 2020. En termes techniques, cela suppose que les délais de prescription sont **suspendus de manière extraordinaire jusqu'au 15 mai 2020 (2 mois)**, en partant du principe que les mesures seront levées le 19 avril 2020.

Si les mesures devaient être prolongées, il faudrait **adapter le délai de suspension extraordinaire**, en tenant compte du fait que **(a)** la période de prolongation doit être facile à calculer (si possible donc une suspension portant sur des mois pleins) et **(b)** que la suspension doit s'étendre jusqu'à quelques semaines (au moins un mois) au-delà de la fin de la période des mesures de la section 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020, afin de permettre au créancier de mettre en œuvre des moyens d'interruption de la prescription (réquisition de poursuite, ouverture d'action).

Certes, le sursis COVID-19 suspend les délais de prescription ou de péremption, mais cela ne vaut que pour les créances couvertes par un tel sursis, et non pour toutes les créances des créanciers ayant demandé le sursis COVID-19, ni pour les autres créanciers, qui seront toutefois dans des difficultés pratiques similaires.

Même si **les délais de péremption** ne peuvent en principe pas être suspendus, la situation extraordinaire justifie qu'ils le soient, y compris pour les délais d'avis en matière de garantie pour les défauts notamment. L'alinéa 2 précise dès lors cela, comme c'est d'ailleurs le cas également en matière de sursis COVID-19 (cf. toutefois le point ci-dessous).

2. En ce qui concerne la proposition en cas de surendettement imminent : *Comment évaluez-vous la proposition de suspendre partiellement les obligations découlant de l'article 725, alinéa 2 du Code des obligations pour la durée des mesures prévues à l'article 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 ? (Annexe 2)*

La proposition nous paraît tout à fait convaincante et le commentaire satisfaisant. **Toutefois**, il faut **adapter la formulation de la disposition** pour clarifier le destinataire de la mesure (i.e. le conseil d'administration). Nous proposons dès lors la formulation suivante (en gras le texte modifié) :

Art. X

¹ Si **la société** n'était pas surendettée au 31 décembre 2019, **le conseil d'administration n'a pas à aviser** le juge conformément à l'article 725 alinéa 2 CO, lorsqu'il existe une perspective raisonnable de remédier au surendettement, dans un délai de 6 mois suivant la fin des mesures selon la section 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020.

² **De même, la société peut renoncer à soumettre pour vérification** un bilan intermédiaire à un réviseur agréé selon l'article 725 alinéa 2 CO.

³ *inchangé comme dans la proposition.*

La formulation choisie (une formule active) permet de souligner que c'est bien le conseil d'administration qui est visé, conformément à ce qui découle de l'art. 725 CO. L'alinéa 3 implique que dans les autres formes de société (Sàrl, Scoop, fondation), ce soit l'organe spécifique qui est concerné.

3. En ce qui concerne la proposition en droit des poursuites : *Comment évaluez-vous la proposition visant à modifier la procédure concordataire dans la LP et à introduire une procédure simplifiée d'ajournement pour les PME ? (Annexes 3 et 4)*

Comme l'indique très clairement le document de réflexion de l'OFJ du 1^{er} avril 2020 (Annexe 1) ainsi que l'expertise Lorandi du 31 mars 2020 (Annexe 4), le régime de sursis extraordinaire n'est pas (plus) adapté et celui du sursis concordataire est trop lourd ou inapproprié pour les situations systémiques de défauts de liquidités passagers dus aux mesures liées à la situation du COVID-19. **On doit saluer** vivement les propositions faites qui nous semblent atteindre le but recherché de manière proportionnée et satisfaisante.

Cela n'appelle que **quatre remarques ou modifications** :

1° Le délai de carence pour l'ouverture de la faillite (pt. 1.3). Il nous semble qu'un **délai au 30 juin 2020** serait plus approprié pour tenir compte des difficultés auxquelles les PME, notamment les très petites PME, seront confrontées lors de

la reprise de leur activité. En partant du principe que les mesures prendront fin au 19 avril 2020, il semble que le délai au 30 mai 2020 demeure une période très courte, compte tenu du fait que l'économie prendra certainement quelques semaines pour se remettre à fonctionner presque normalement. Il serait dommage que l'ensemble des mesures envisagées soient annihilées par le fait que des faillites soient prononcées d'office quelques semaines après la reprise graduelle des activités, alors que la situation pourrait encore évoluer très rapidement dès que l'économie aura repris. La proposition faite par l'expertise Lorandi de porter le délai au 30 juin 2020 (para. 110) nous paraît dès lors plus judicieuse.

2° La prolongation et révocation du sursis (pt. 2.2). Il semble nécessaire d'ajouter une phrase au 1er alinéa de la disposition, qui disposerait ainsi ceci (modifications en gras) :

¹ Le juge du concordat peut prolonger le sursis une seule fois, de trois mois au plus. **Si la situation économique l'exige, le Conseil fédéral peut décider par ordonnance d'autoriser les juges à octroyer des prolongations supplémentaires de trois mois.**

Il règne une incertitude sur la manière dont l'économie va évoluer. Il semble approprié que même après la période des pouvoirs d'urgence, le Conseil fédéral puisse par ordonnance autoriser les juges à renouveler les prolongations de trois mois supplémentaires, si la situation économique générale l'exige.

3° Créances faisant l'objet du sursis COVID-19 (pt. 2.6). Il n'est pas clair de savoir pour quelle raison la date du 30 mai 2020 a été choisie comme terme *a quo* permettant de définir les créances objet du sursis. Ne serait-il pas plus approprié de fixer une **échéance formulée en termes relatifs** sous la forme suivante : « 30 jours après la levée des mesures prévues la section 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020 » ?

4° Effets du sursis sur les droits des créanciers (pt. 2.7). Il paraît plus judicieux d'utiliser les termes techniques à l'alinéa 6 pour désigner la suspension du délai de prescription ou de péremption en formulant la disposition ainsi (modifications en gras) :

⁶ Les délais de prescription ou de péremption **sont suspendus.**

Nous vous remercions pour l'opportunité de nous déterminer et espérons que cette prise de position pourra être prise en compte afin d'affiner quelques points des mesures envisagées. La proposition de l'OFJ nous apparaît toutefois excellente, tout à la fois nécessaire, bien ciblée et mesurée.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Vice-directeur, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de nos sentiments distingués.



Prof. Pascal Pichonnaz
 Professeur ordinaire
 Président de la CFC



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE
POUVOIR JUDICIAIRE
Le secrétaire général

Genève, le 3 avril 2020

POUVOIR JUDICIAIRE
Secrétariat général
Place du Bourg-de-Four 1
Case postale 3966
CH - 1211 Genève 3

Monsieur Michael Schöll
Sous-directeur
Office fédéral de la justice

Par courriel

Devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite

Monsieur le Sous-directeur,

Donnant suite à la consultation publique lancée le 1^{er} avril dernier par l'office fédéral de la justice, la Commission de gestion du Pouvoir judiciaire genevois prend position comme suit, après avoir recueilli les observations des juridictions civiles de première et de seconde instance.

Question n° 1 : opportunité des mesures proposées

Comme relevé dans l'exposé du concept, les pertes de revenus induites par la situation actuelle auront pour effet, au-delà des difficultés de liquidités pour lesquelles des mesures ont d'ores et déjà été prises, de déséquilibrer le bilan des entreprises. Les mesures proposées paraissent nécessaires pour éviter une vague de dépôts de bilan à court terme.

Question n° 2 : adaptation de l'article 725 CO en cas de surendettement imminent

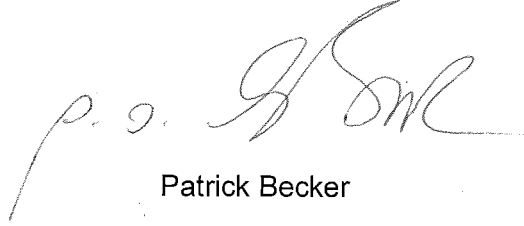
Le Pouvoir judiciaire genevois est favorable à la mesure proposée, qui paraît le seul moyen, au-delà de l'injection massive de capital propre dans les sociétés fragilisées, d'éviter une vague de dépôts de bilan.

Question n° 3 : mesures du droit de l'exécution forcée

Le Pouvoir judiciaire genevois est favorable à la proposition de l'office fédéral de la justice qui permet de simplifier la procédure concordataire, la rend plus accessible aux entreprises et prévoit une durée inférieure au sursis définitif prévu par la loi actuelle.

La Commission de gestion du Pouvoir judiciaire remercie l'office fédéral de la justice de l'attention prêtée à ses observations.

Je vous prie de croire, Monsieur le Sous-directeur, à l'assurance de mes sentiments distingués.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'P. O. Becker', is written above the printed name.

Patrick Becker

Copie :

M. Mauro Poggia, conseiller d'Etat en charge du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé

Von: roland.schegg@ch.pwc.com
An: [Schöll Michael BJ](#)
Betreff: STN PwC, Roland Schegg 03.04.2020 Öffentliche Konsultation Art. 725 OR
Datum: Freitag, 3. April 2020 09:21:18

Sehr geehrter Herr Schöll

Ich bin seit bald 25 Jahren für KMU tätig - die ersten 12 Jahre als Wirtschaftsprüfer, seit über 10 Jahren als Consultant. Dabei darf ich immer wieder auch sehr spannende Sanierungsfälle begleiten (schon seit über 20 Jahren, bekannt zB Fall Rimuss oder Hochgebirgsklinik Davos). Art. 725 OR ist nach meiner Erfahrung im Gefüge von der Rechnungslegung nach OR ein brillanter Artikel, zumal er sehr klar regelt, was zu tun ist. In der Praxis besteht auch zeitlich etwas Raum, wenn Aussicht auf Sanierung besteht. Zudem gibt es die bekannten Optionen eines Konkursaufschubes oder das Nachlassstundungsverfahren. **Nach meiner Erfahrung ist es wichtig, dass der Druck zur Sanierung hoch ist, damit VR und Management tatsächlich zeitgerecht handeln. Teils wird eine nötige Sanierung schlichtweg zu lange verdrängt mit dem Prinzip "Hoffnung".**

Mit den Überbrückungskrediten wurde eine spannende, sehr kurzfristig umsetzbare Lösung geschaffen, um die Zahlungsfähigkeit zu erhalten (was neben der Überschuldung die **zentrale Fortführungsprämisse** darstellt). Weiter werden gemäss der zugehörigen Verordnung diese **Überbrückungssdarlehen in Bezug auf Art. 725 OR wie ein nachrangiges Darlehen behandelt**. Auch das ist eigentlich in der aktuellen Situation eine **ausgezeichnete Überlegung** - gibt es dem VR und Management doch Raum auch in Bezug auf das Eigenkapital (und das gilt bis Ende 2022, was mE eine genügende Frist darstellt zur Sanierung). Zudem gibt es dann auch noch das Instrument der **Kurzarbeit**.

Aus meiner Sicht sind nun gute Instrumente geschaffen, zumal wer einen Notkredit beantragt und erhält, der kann sich diesen auch im Eigenkapital quasi anrechnen. **Ich würde hier nicht weitergehen, denn nach Ablauf allfälliger "Aussetzungsfristen" würden dann die Konkurse einfach anfallen** - ggf. mit zusätzlichem Schaden für die Gläubiger (was ja auch KMU sein können). Ein gewisser Druck sollte mE beibehalten werden - und unser Wirtschaftssystem ist ja (leider) auch kein Selbstbedienungsshop... Wichtiger Gedanke zum Schluss: Es gab vor der Krise verschiedenste Unternehmen, die teils stark angeschlagen schon waren (ohne COVID-19). Die Wirkung dort ist auch zu überlegen in Bezug auf das Gesamtsystem.

Wichtiger Hinweis: Dies ist meine persönliche Meinung und nicht die von PwC.

Beste Grüsse

Roland Schegg

PwC | Director | Consulting Familienunternehmen, KMU & Public
Mobile: +41 79 215 29 31 | Mobile: +41 79 215 2931 | Main: +41 58 792 7200
Email: roland.schegg@ch.pwc.com
PricewaterhouseCoopers AG
www.pwc.ch/kmu-consulting
<http://www.pwc.ch>

The information transmitted is intended only for the person or entity to which it is addressed and may contain confidential and/or privileged material. Any review, retransmission, dissemination or other use of, or taking of any action in reliance upon, this information by persons or entities other than the intended recipient is prohibited. If you received this in error, please contact the sender and delete the material from any computer.

The preservation of your privacy and the protection of your personal information is our priority. You can find out more about how PwC processes your personal data in our privacy policy at <https://www.pwc.ch/en/site-information/privacy-statement.html>

Von: [Noemi Emmenegger](#)
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: [Hilmar Gernet](#)
Betreff: STN Raiffeisen Schweiz Genossenschaft 03.04.2020 Öffentliche Konsultation: Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens
Datum: Freitag, 3. April 2020 10:31:10
Anlagen: [image001.png](#)
[Schreiben BJ Öffentliche Konsultation 20200401 DE-sig.pdf](#)

Sehr geehrter Herr Schöll
Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf die öffentliche Konsultation zu den Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens, welche am 1. April 2020 eröffnet wurde (Einladungsschreiben vgl. Beilage), stelle ich Ihnen hiermit gemäss Rücksprache mit economiesuisse die Stellungnahme von Raiffeisen Schweiz zu.

Raiffeisen Schweiz hat in einem breiten Konsultationsverfahren und in enger Zusammenarbeit mit der Geschäftsleitung die untenstehenden Positionen zu Ihren aufgeworfenen Fragen erarbeitet. Gerne geben wir Ihnen wie folgt Rückmeldung:

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Antwort: Ja

Wir möchten anmerken, dass

- der Schaffung eines vereinfachten Stundungsverfahrens (Covid-19-Stundung), wie vom Bundesamt für Justiz vorgeschlagen, zuzustimmen ist. Die Alternative, eine „Notstundung“, die auf Regelungen aus dem Jahr 1949 basiert, ist der gegenwärtigen Situation nicht angemessen. Damals wurde versucht „Notrecht auf Vorrat“ zu schaffen, was der je realen Notsituation nie gerecht werden kann. Zudem ist die Nachkriegsregelung gesamtschweizerisch noch nie angewendet worden. Die Corona-Virus-Krise ist nicht die Zeit für rechtliche Experimente
- die vorgeschlagenen Massnahmen für KMU praxistauglich, unkompliziert und leicht zugänglich sein müssen.
- die KMU kurze, knappe, für Laien verständliche Erläuterungen sowie Mustervorlagen / -eingaben zum vereinfachten Verfahren Covid-19-Stundung benötigen. Idealerweise werden die Erläuterungen und Vorlagen auf der Webseite des Bundes zu den „Überbrückungskrediten“ in den Landessprachen zugänglich gemacht.
- die Gläubiger, die selber vielleicht auch ein Liquiditäts- und Debitorenproblem haben, beeinträchtigt. Es wird für viele Unternehmen problematischer werden, Guthaben einzutreiben (vgl. Antworten zu Frage 3).
- nach Bewältigung der Corona-Krise zu prüfen ist, ob Vereinfachungen aus dem Notstands-Modell ‚Covid-19-Stundung‘ in die ordentliche Gesetzgebung überführt werden sollten. Zumal die heutige Gesetzesgrundlage aus dem Jahr 1949 nicht mehr tauglich erscheint für eine heutige bzw. künftige gesamtschweizerische vom Bundesrat ausgerufenen „ausserordentlichen Lage“.

Die Dringlichkeit der Thematik wird bejaht. Wir möchten darauf hinweisen, dass im einfachen Nachlassverfahren primär die COVID-Kredite des Bundes gefährdet sind.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilage 2)

Antwort: Einverstanden.

Vorbehalt in Bezug auf den letzten Satz in Beilage 2 „Sofern der Verwaltungsrat in diesem Zusammenhang mit seinen Handlungen den Tatbestand von Konkursdelikten erfüllt, liegt eine erlaubte Handlung gemäss Artikel 14 StGB vor“. Dieser Wortlaut (im Kommentar) ist sehr weit gefasst. Er sollte sich darauf beschränken, dass der Verwaltungsrat vorübergehend von der Pflicht befreit ist, eine Zwischenbilanz (bzw. zwei Zwischenbilanzen) durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen. Sodann auf die entfallende Pflicht, das Gericht bei einer festgestellten Überschuldung zu benachrichtigen. (Tatbestand von Konkursdelikten); in der Kürze der Zeit konnten wir die Wirkung und Bedeutung der Thematik nicht erfassen. Generell sollten u.E. deliktische Handlungen im Zusammenhang mit der COVID-Krise bzw. COVID-Krediten stark geahndet werden.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? (Beilagen 3 und 4)

Antwort: Einverstanden, aber....:

Es gibt diverse **Vorbehalte und Unklarheiten** aus Sicht einer Bank als potenziell betroffener Gläubiger:

- Anregung der Möglichkeit einer Einführung von **Massakrediten** seitens des Bundes in einem laufenden Nachlassverfahren zur Sicherstellung des Going Concerns/Liquidität während des Nachlasses (ggf. in separater Verordnung).
- Unklarheiten bezüglich der **Auswirkungen des Ausschlusses der paulianischen Anfechtung in Bezug auf COVID-19-Kredite** (in Bezug auf die Verwendung von Geldmitteln, welche der Schuldner unter der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erlangt hat, ist die Anfechtung gemäss den Art. 285 ff. SchKG ausgeschlossen): Es ist uns nicht klar, wie das in der Praxis abgegrenzt werden kann (d.h. Verwendung der Mittel, welche aus einem COVID-19 Kredit stammen versus Verwendung von Mitteln, welche von anderen Gläubigern stammen). Diese Schutzmassnahme zugunsten der Gläubiger muss erhalten bleiben, absichtlicher Missbrauch soll zwingend vermieden und geahndet werden.
- **Exzessive „Niederschwelligkeit“:** Wir befürchten, dass Schuldner vom Instrument Gebrauch machen, welche dieses gar nicht benötigen (z.B. aus Vorsichts- oder anderen Liquiditätsüberlegungen). Dies hätte ähnlich dann unerwünschte Wirkungen wie ein Rechtsstillstand und würde eingespielte Lieferketten gefährden, wenn die Wirtschaft wieder anfährt. Es gäbe hier verschiedene Möglichkeiten, Missbräuche zu erschweren:
 - Verfahrenskosten bleiben zumindest teilweise beim Schuldner, oder die Verfahrenskostenübernahme des Staates ist an Bedingungen zu knüpfen
 - Summarische Prüfung des COVID-19 Stundungsantrages durch das Gericht
 - Erhöhung der Reputationskosten für stundungswillige KMUs bei restriktiver Handhabung der stillen Stundung (z.B. Einverständnis der Gläubiger oder eine Mehrheit der Gläubiger erforderlich)
- **Möglichkeit des „Signalling“ von guter Bonität:** Die Information, welche

Unternehmen (noch oder wieder) zahlungsfähig sind, ist wichtig für die Aufrechterhaltung eingespielter Lieferbeziehungen. Solvente und liquide Unternehmen sollen einfach den Beweis antreten, dass sie nicht einer Stundung unterliegen (z.B. Handelsregister/SHAB). Stille Stundungen sind auf ein Minimum zu beschränken oder ganz zu verbieten zum Schutze der vermuteten Kreditwürdigkeit der guten Betriebe. Eine Aufhebung der Stundung ist ebenfalls zu publizieren.

- Unklarheit der **Gläubigerrechte** im COVID-19-Stundungsverfahren: Gewisse Informationsrechte müssen gewahrt bleiben, damit ausgewogene Verhandlungslösungen mit dem Schuldner überhaupt erreicht werden können und sich die Gläubiger koordinieren können. Zumindest sollte die Rechte der Gläubiger im Stundungsverfahren in einem kurzen Kapitel zusammengefasst werden.
- Auflösung **Dauerschuldverhältnisse** (in Abweichung von Artikel 297a SchKG kann der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters ein Dauerschuldverhältnis unter Entschädigung der Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen; für die Kündigung wird nicht verlangt, dass andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde; die Entschädigung gilt als Nachlassforderung). Vorschlag: evtl. Vermerk anbringen, dass dies nicht für Kreditverhältnisse gelten soll (Darlehen und somit Kreditverträge generell zählen gemäss Legal zu den Dauerschuldverhältnissen).

Für die Möglichkeit zur Mitwirkung in diesen aktuellen Fragestellungen danken wir Ihnen bestens. Gerne stehen Ihnen bei Rückfragen und für weiterführende Informationen Herr Dr. Hilmar Gernet, Delegierter für Politik, Genossenschaft und Geschichte (Tel. 079 750 77 29, hilmar.gernet@raiffeisen.ch) sowie ich (Tel. 071 424 12 05, noemi.emmenegger@raiffeisen.ch) zur Verfügung.

Wir danken Ihnen bestens für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Dr. Hilmar Gernet
Delegierter für Politik, Genossenschaft
und Geschichte

Noëmi Emmenegger
Mitarbeiterin Politik

Noëmi Emmenegger
Mitarbeiterin Politik



Raiffeisen Schweiz Genossenschaft

Raiffeisen Forum
Schauplatzgasse 11
3011 Bern

Telefon 071 424 12 05

www.raiffeisen.ch

noemi.emmenegger@raiffeisen.ch

This e-mail may contain confidential material. It is intended only for the person or entity which it is addressed to. In case you should not be supposed to get this e-mail we ask you to delete it without taking notice of its content. Any views or opinions expressed in this e-

mail are those of the sender and do not necessarily coincide with those of The Swiss Raiffeisen Group. Therefore this e-mail does not represent a binding agreement nor an offer to deal. E-Mail transmission can be insecure and can contain errors. Information could be intercepted, corrupted, lost, destroyed, incomplete or may contain viruses. Neither The Swiss Raiffeisen Group nor the sender can accept any liability for any kind of damage as the result of viruses or transmission errors.

Effingerstrasse 34
3008 Bern
Telefon 031 635 46 66
Fax 031 635 46 17
regionalgericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/regionalgerichte

david.rueetschi@bj.admin.ch

Bern, 3. April 2020

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



Sehr geehrte Dame, sehr geehrter Herr

Mit Interesse haben wir von den geplanten Änderungen und Neuerungen Kenntnis genommen und äussern uns im Rahmen des öffentlichen Konsultationsverfahrens gerne.

Als erstinstanzliches Nachlassgericht befassen wir uns u.a. auch mit Nachlassstundungen und Bilanzdeponierungen.

Grundsätzlich begrüssen wir die vorgesehenen Massnahmen, wie sie im Konzeptpapier dargestellt sind, sehr, und erachten solche auch als nötig und sinnvoll. Die Stossrichtung stimmt.

Zu den **Anpassungen im SchKG (Beilage 3)** erlauben wir uns folgende Bemerkungen:

Einer (vorübergehenden) Anpassung des Nachlassvertragsrechts (Ziff. 1) stehen wir eher skeptisch gegenüber. Solche erscheinen uns, angesichts der Einführung einer neuen COVID-19 Stundung (Ziff. 2) als nicht nötig.

Zu den Anpassungen des Nachlassvertragsrechts (Ziff. 1)

Sollten solche Anpassungen vorgenommen werden, müsste klar definiert werden, ab wann diese in Kraft treten, für wie lange diese gelten und für welche Verfahren dies gelten soll (was ist mit den bereits hängigen?). Die **Übergangsbestimmungen** müssten klar sein.

Zu Ziff. 1.1.: Eine Suspendierung von Art. 293a Abs. 3 SchKG sollte nicht erfolgen. Sie eröffnet Tür und Tor auch für missbräuchliche Stundungsbegehren. Wer tatsächlich infolge Corona in Not geraten ist, wird auf die COVID-19 Stundung verwiesen und die danach immer noch folgende Möglichkeit, eine normale Stundung anzufügen. Vom Gebrauch von Art. 293a Abs. 3 SchKG wird ohnehin nur sehr selten Gebrauch gemacht. Eine provisorische Nachlassstundung wird in unserer Praxis grosszügig gewährt.

Zu Ziff. 1.3: Wir verstehen dieses Anliegen nicht ganz. Ist die Meinung, dass der Konkurs (wohl ausser in den Fällen von lit. c) nur dann eröffnet werden soll, wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 bereits überschuldet war oder bezieht sich die neue Einschränkung tatsächlich nur auf lit. a? Wir schlagen eine andere Formulierung vor, es ist ein zusätzlicher Absatz einzufügen, lautend wie folgt: «Gestützt auf Art. 296b Bst. a und b SchKG darf der Konkurs vor dem 30. Mai 2020 nur dann eröffnet werden, wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 bereits überschuldet war. »

Zur Einführung einer neuen COVID-19 Stundung

Die geplante Einführung der COVID-19 Stundung begrüssen wir.

Als weder sachgerecht noch notwendig betrachten wir jedoch, dass diese auch still gewährt werden kann (Ziff. 2.6). Für die Gewährung einer stillen Stundung besteht in diesen Fällen keinerlei Notwendigkeit. Wenn schon, sollte klarer definiert werden, unter welchen (sehr eingeschränkten) Umständen diese denn möglich sein soll. Die einfach gehaltene COVID-19 Stundung sollte nicht unnötigerweise durch die in der Praxis häufig Probleme und Kopfzerbrechen schaffende Möglichkeit der stillen Stundung verkompliziert werden. Zudem dürfte die Gefahr einer Stigmatisierung des Schuldners durch die gewährte COVID-19 Stundung eher klein sein, so dass kaum ein redliches Bedürfnis auf Gewährung einer stillen Stundung besteht. Die Bekanntmachung der Stundung dürfte evt. sogar Vorteile bieten, indem diese durch Gläubiger zur Kenntnis genommen werden kann und sie deshalb auf die Einleitung oder Fortführung einer Betreibung von sich aus verzichten.

Für die Kenntnisnahme unserer Bemerkungen und Ihre geschätzten Bemühungen danken wir.

Freundliche Grüsse

Simone Mühlethaler
Gerichtspräsidentin

michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyl.walter@bj.admin.ch

Vincent Jeanneret
Partner / Attorney at Law
vincent.jeanneret@swlegal.ch

Prof. Dr. Olivier Hari
Of Counsel / Attorney at Law
olivier.hari@swlegal.ch

Benno Strub
Counsel / Attorney at Law, LL.M.
D +41 44 215 5286
benno.strub@swlegal.ch

Listed in the
Cantonal Attorney Registry

MEMORANDUM

To Office fédéral de la justice
Date 3 avril 2020
Reference 051396/SW-05904683/

Concerne : procédure de consultation rapide en lien avec les devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, les adaptations de la procédure concordataire et l'introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite ("Covid 19 et Insolvabilité/surendettement").

I. INTRODUCTION

L'Office fédéral de la Justice a ouvert le 1^{er} avril 2020 (!) une procédure de consultation rapide Covid 19 et Insolvabilité/surendettement dans le but de permettre au public de prendre position sur un nouveau train de mesures relatives au droit de l'insolvabilité.

Sont en particulier visés, après le premier train de mesures relatives à l'art. 62 LP, (a) l'art. 725 CO afin d'éviter des avis au juge massifs et autant de procédures de faillite (b) les règles régissant le sursis concordataire, afin de faciliter son octroi et le déroulement de la procédure en découlant et (c) l'introduction d'une nouvelle forme de sursis pour les PME.

Nous nous efforcerons de répondre brièvement mais concrètement aux trois questions que vous posez dans le délai imparti du 3 avril à midi.

L'étude Schellenberg Wittmer SA est pour le surplus familière des problématiques soumises à consultation et se sent dès lors autorisée à émettre un avis dans le cadre de la procédure de consultation¹.

II. PRISE DE POSITION

1. Question n°1

Sur le principe : voyez-vous un besoin d'intervention basé sur le droit de nécessité en matière de droit des sociétés et de droit des poursuites ?

D'un point de vue général, nous précisons être **très favorables** à ce nouveau train de mesures qui répondent à un besoin effectif et urgent, au vu notamment de la situation économique extrêmement préoccupante créée par la pandémie dite Covid-19 et les mesures adoptées pour contrer cette menace, pour les raisons explicitées ci-après.

Nous constatons déjà dans notre pratique quotidienne que les problèmes que vise à résoudre les trois catégories de mesures précitées font l'objet actuellement de questions récurrentes à ce sujet en Suisse.

Ces questions se posent *a fortiori* également pour des entreprises suisses ayant des filiales à l'étranger, dans des juridictions où des modifications sur des questions identiques ou similaires pourraient être adoptées ou semblent l'avoir déjà été.

L'on notera également que même si les prêts cautionnés ne sont pas pris en compte dans le calcul du surendettement, la question du surendettement reste d'actualité pour nombre de sociétés. De même, l'apport de trésorerie que peuvent permettre ces prêts, limités en fonction du chiffre d'affaire de l'entreprise requérante, ne résout pas non plus tout problème de liquidité.

2. Question n°2

En ce qui concerne la proposition en cas de surendettement imminent : Comment évaluez-vous la proposition de suspendre partiellement les obligations découlant de l'article 725, alinéa 2 du Code des obligations pour la durée des mesures prévues à l'article 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 ?

2.1 Sur le principe de la suspension de l'art. 725 al. 2 CO

L'art 725 CO est une disposition cardinale de notre droit positif. Cet article est à la frontière du droit des sociétés et du droit de l'insolvabilité, incarné par la Loi sur la poursuite pour dettes et faillite ("LP").

Cette disposition doit être prise en compte par tout conseil d'administration, qui a le devoir d'aviser le juge de son surendettement lorsque plusieurs conditions sont réunies. Sur le fondement de cet avis, le juge doit soit prononcer la faillite, soit prononcer un

¹ Me Vincent Jeanneret et Prof. Olivier Hari remercient chaleureusement Me Benno Strub de sa relecture critique et de son apport à la discussion,

ajournement de faillite ou prononcer un jugement octroyant un sursis concordataire provisoire.

Peu de personnes saisissent et comprennent les véritables enjeux en lien avec le mécanisme de cette norme qui constitue un véritable aiguillage entre la poursuite de l'activité (*going concern*), le sauvetage extra-judiciaire/judiciaire ou la "mort" (liquidation forcée) des sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, etc.

De notre point de vue, le gouvernement, dans le cadre du droit d'urgence, doit en effet suspendre le mécanisme rigide et quasi automatique de l'art. 725 al. 2 CO, qui pourrait avoir pour conséquence la mort programmée d'une partie importante du tissu économique Suisse, si rien n'est fait. Ce constat est indépendant de la question des liquidités qui a déjà été résolu en grande partie par un autre train de mesures (cf. l'Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19).

En effet, il y a lieu de prévoir que les membres des conseils d'administration ne prendront pas le risque d'engager leur responsabilité personnelle, tant au niveau civil qu'éventuellement pénal, si cette disposition pivot du droit commercial ne devait pas être modifiée, temporairement.

Dans le contexte actuel, le risque est élevé qu'un grand nombre de sociétés soient d'ores et déjà surendettées : il suffit en effet que des provisions (et non des pertes) passées sur certains actifs (participations, stocks, débiteurs etc...) soient comptabilisées en nombre suffisant pour que la situation mise en évidence au niveau du bilan doive conduire à l'avis au juge (art. 725 al. 2 CO).

On peut dès lors craindre un effet domino très important, car beaucoup d'entreprises en Suisse sont fortement interdépendantes les unes des autres. L'insolvabilité (à distinguer du surendettement) ou la faillite d'une ou plusieurs relations d'affaires (fournisseur, sous-traitant, client, débiteur etc..) aura forcément des répercussions sur le bilan de toute société initialement saine du fait des provisions qui devront être passées.

En risquant une comparaison peut-être audacieuse, la proposition de modification de l'art. 725 al. 2 CO revient à instaurer une forme de "geste barrière" qui préviendrait un effet pandémique possible au sein de notre économie.

2.2 Commentaire des diverses conditions de la suspension

2.2.1 Surendettement consécutif ou non à l'épidémie Covid-19

Le projet prévoit que seule une société non surendettée au 31.12.2019 est en droit de bénéficier de la nouvelle disposition.

Le but poursuivi est apparemment de ne donner cette faculté qu'aux sociétés dont le bilan n'a été déséquilibré qu'ensuite de l'arrivée courant février début mars de la pandémie en Suisse.

Cette proposition est parfaitement compréhensible et soutenable.

Toutefois, c'est ignorer deux principes comptables, celui dit de la prudence et de l'imparité. En fonction de ceux-ci, tout élément postérieur à la clôture du bilan mais qui devrait impacter négativement ce dernier (notamment remettre en cause la continuité de l'exploitation) devrait être intégré dans les comptes déjà bouclés, respectivement mentionnés dans l'annexe (art. 959a al. 2 ch. 13 CO). Il y aurait dès lors lieu de craindre que certaines sociétés aient déjà été surendettées parce qu'elles auraient passé en février/mars 2020 des provisions importantes prenant en compte de faits postérieurs au 31.12.2019, par exemple l'insolvabilité d'un important débiteur survenant en raison du COVID-19.

La problématique de la prise en compte d'évènements postérieurs à la clôture du bilan et ses effets sur le surendettement au 31.12 2019 devrait être approfondie par l'OFJ, par exemple en sollicitant l'avis de la chambre fiduciaire ou tout autre organisme représentatif. Le cas échéant il y aurait lieu de compléter la limitation en excluant ce type de surendettement consécutif à des écritures post-bouclément. A tout le moins de mentionner cette précision dans le commentaire.

2.2.2 Perspective raisonnable de remédier au surendettement

Le projet prévoit que le conseil d'administration devra estimer s'il existe des chances raisonnables de remédier au surendettement dans un délai venant à échéance 6 mois après la fin des mesures d'urgence selon la section 3 de l'Ordonnance 2 Covid-19 du 13 mars 2020.

Ce ne serait donc que si cette perspective raisonnable existe dans le délai indiqué, que le conseil d'administration pourra renoncer à faire l'avis de surendettement.

Nous sommes plutôt enclins à penser que ce type de formulation est source d'incertitude et donc d'insécurité juridique, dans les circonstances actuelles.

Elle pourrait amener le juge civil, appelé à trancher la responsabilité des administrateurs, à devoir estimer *a posteriori* si la perspective d'élimination du surendettement était ou non raisonnablement appréciée, en particulier dans le délai mentionné. Or, à ce jour, l'incertitude est très grande, dès lors que l'on ne sait même pas si les mesures d'urgence ordonnées par le Conseil fédéral prendront fin à bref ou moyen terme. Dans ces conditions la fiabilité du pronostic paraît délicate, et le caractère raisonnable tout autant.

Le délai de six mois à compter de la fin des mesures peut par ailleurs être une "moving target", si les mesures venaient à être raccourcies, voire prolongées avec l'accord du parlement.

L'art 12 al.3 de l'Ordonnance 2 Covid est également source d'incertitude. Comment déterminer si une appréciation est "raisonnable" alors que le *dies ad quem* du délai n'est pas clairement fixé et est susceptible d'évoluer dans le temps?

Une date fixe paraîtrait en tout état de cause préférable à une date relative et modifiable à l'avenir, dans un sens ou dans l'autre.

Par ailleurs, si cette suppression du surendettement dépend par exemple d'une augmentation de capital, il paraît très difficile de prévoir si une telle augmentation pourra intervenir dans un futur proche ou relativement proche, vu l'état des marchés financiers et de l'économie.

Cette condition et le caractère flou de l'ensemble pourraient amener les administrateurs à ne pas vouloir prendre le risque de voir leur appréciation "raisonnable" de la situation être ensuite revisitée par le juge appelé à décider de leur responsabilité, après coup.

L'effet bénéfique attendu de la mesure temporaire serait donc perdu à cause de l'insécurité juridique qui semble en découler.

Nous préconisons dès lors de supprimer purement et simplement la condition du caractère raisonnable de l'appréciation.

2.2.3 Extension aux autres formes juridiques.

A juste titre, le projet prévoit de s'appliquer à toutes les formes juridiques pour lesquelles la loi prévoit un devoir d'annonce au sens de 725 CO. Nous pensons que cette inclusion est souhaitable et que l'ordonnance doit exhaustivement mentionner les formes juridiques concernées.

2.2.4 Les réviseurs ne sont pas dispensés.

De manière surprenante le commentaire indique que "l'obligation d'aviser le Tribunal en cas de surendettement avéré ne s'applique pas". Or cette partie du commentaire ne s'appliquerait à lire le projet que pour le conseil d'administration, mais pas pour le réviseur.

A notre sens, il y a là un risque d'incohérence. Si le conseil d'administration décide de ne pas avertir le juge, il faut, logiquement, donner la même faculté au réviseur, ce d'autant plus si les comptes au 31.12.2019 reflètent une situation postérieure à la clôture ayant un impact significatif et que la société est donc déjà surendettée au 31.12.2019.

A défaut, les réviseurs qui ont une obligation découlant de par la loi d'avertir le juge serraient d'obliger d'y procéder, sans être tenus par la décision du conseil d'administration, notamment si le surendettement est manifeste. En effet, si le devoir d'annonce des réviseurs n'était pas suspendu également, ceux-ci seraient toujours obligés de procéder à l'annonce en cas de surendettement manifeste et d'inaction du Conseil d'administration. Ce serait par exemple le cas si les réviseurs en ont connaissance par un membre du conseil d'administration p.ex. (et ce même si le bilan intermédiaire selon l'art. 725 al. 2 CO ne doit plus obligatoirement être révisé selon le projet d'ordonnance). D'ailleurs, ce n'est pas parce que le conseil d'administration ne solliciterait par hypothèse pas le réviseur pour auditer un bilan intermédiaire que ce

dernier serait libéré de ses devoirs, en particulier de ceux découlant des articles 728c et 729c CO.

Il y aurait alors une dichotomie entre le droit d'urgence et le droit ordinaire, dans lequel les réviseurs pourraient être tenus responsables, alors que les administrateurs ne le seraient pas, en cas de surendettement manifeste.

Nous sommes dès lors d'avis de suspendre également purement et simplement les devoirs des réviseurs relatifs à tout éventuel surendettement avéré, pour cette même période.

2.2.5 Non suspension de l'art. 958a CO

C'est à juste titre que le projet distingue l'art.958a CO de celui de l'article 725 CO. Nous soutenons ce parti pris. Les obligations prévues par l'art. 958a CO gardent tout leur sens notamment parce qu'elles permettent à l'entreprise d'avoir une vision comptable réaliste de sa situation.

2.2.6 Responsabilité pénale

A juste titre, le commentaire exclut la responsabilité pénale des dirigeants ayant agi conformément aux nouvelles obligations définies dans ces nouvelles dispositions. Il est ainsi renvoyé à l'art 14 CP. Nous pensons que cette mention de l'art. 14 CP permet d'exclure l'application par exemple des art. 163 et ss CP, notamment 165 et 167 CP.

Là également, il existe malgré tout un risque concret. Si le caractère raisonnable de l'appréciation de la perspective qu'il sera remédié au surendettement dans le délai (dont le *dies ad quem* est flou) est remis en cause par une autorité pénale, le dirigeant pourrait tomber sous le coup de la loi pénale. C'est un élément de plus qui milite clairement en faveur de la suppression de cette condition, comme développé supra sous chiffre 2.2.2 ci-dessus.

2.3 Synthèse sur la mesure temporaire relative à l'art 725 CO.

Nous sommes favorables au mécanisme de suspension de l'article 725 al.2 CO, comme déjà expliqué à votre office par notre prise de position rapide du 26 mars 2020.

En revanche, nous pensons que des améliorations devraient être apportées sur des points susceptibles d'entraîner de l'insécurité juridique.

Or l'incertitude actuelle est telle qu'il ne faut pas, à notre sens, adopter des mesures provisoires susceptibles d'ajouter à l'incertitude et à l'insécurité qui prévaut actuellement. Nous sommes donc favorables à une solution plus tranchée qui aurait le mérite de davantage de clarté et permettrait d'éviter des inconvénients potentiels aux administrateurs et aux réviseurs.

3. Question n° 3

En ce qui concerne la proposition en droit des poursuites : Comment évaluez-vous la proposition visant à modifier la procédure concordataire dans la LP et à introduire une procédure simplifiée d'ajournement pour les PME ?

3.1 Non application du sursis extraordinaire

La mise en œuvre du sursis extraordinaire (art. 337ss LP) a été abandonnée. En lieu et place, un allègement de la procédure concordataire, et un nouveau sursis COVID-19 pour PME est prévu. A notre avis, dans la mesure où le Conseil fédéral est habilité par légiférer par voie d'ordonnance en la matière et n'est donc pas contraint d'utiliser les outils juridiques déjà existants, c'est à juste titre qu'il est proposé de ne pas faire usage du sursis extraordinaire. L'on notera que le sursis COVID-19 s'inspire du sursis extraordinaire, tout en supprimant les défauts de cette institution un peu trop ancienne.

3.2 Allègements des certaines exigences de la procédure concordataire actuelle

3.2.1 Suppression du test de la capacité d'assainissement

Dans le cadre de la révision de la LP (2014), le droit de la procédure concordataire – censé à terme constituer l'unique voie permettant l'assainissement d'un débiteur, à la suite de l'abrogation (prévue) de l'ajournement de la faillite – a été modernisé, et son accès facilité. Il a en particulier été prévu que le sursis provisoire devait être quasiment automatiquement octroyé, ne serait-ce que pour une durée courte (un mois).

Néanmoins, l'exigence relative à l'existence de perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat subsiste:

- En lien avec le sursis provisoire (art. 293a al. 3 LP): Le juge du concordat prononce d'office la faillite s'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (exigence faible, de par l'utilisation du terme "manifestement").
- En lien avec le sursis définitif (art. 294 al. 1 LP) : Si, durant le sursis provisoire, des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent, le juge du concordat octroie définitivement un sursis (exigence forte, condition *sine qua non*).

C'est donc à juste titre qu'il est prévu d'abandonner le test relatif à la capacité d'assainissement (ou d'homologation d'un concordat). Vu la situation actuelle, il est tout simplement impossible pour un débiteur en difficulté (surendettement ou *cashflow* négatif) de déterminer si des perspectives d'amélioration existent, et dans quel délai.

Toutefois, il y a lieu de rappeler que le sursis provisoire (même prolongé à six mois), est ensuite remplacé par un sursis définitif, dont l'octroi dépend de l'existence de perspectives d'assainissement. Il y a lieu de se demander si un allègement ne devrait pas

intervenir aussi à cet égard, par exemple par l'ajout du terme "vraisemblable" après "perspectives": Si, durant le sursis provisoire, des perspectives vraisemblables d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent (...).

3.2.2 Prolongation de la durée du sursis provisoire (4 à 6 mois)

La durée du sursis provisoire a fait l'objet de débats dans le cadre de la révision du droit de la procédure concordataire, censé remplacer l'ajournement de la faillite, qui n'est pas limité dans le temps. Il avait été noté que la durée du sursis provisoire de quatre mois, comparée à celle de l'ajournement de faillite, était trop courte, ce d'autant plus qu'après le sursis provisoire (qui peut ne pas être publié), vient le sursis définitif (obligatoirement publié), ne laissant pas assez de temps au débiteur pour mener à bien un assainissement confidentiel.

Ce constat est d'autant plus valable dans le cadre de la pandémie dite du COVID-19 et ses effets sur l'économie. Il est donc judicieux de prolonger la durée maximale du sursis provisoire afin d'adapter la procédure aux conséquences en grande partie imprévisibles du COVID-19.

3.2.3 Pas d'ouverture d'office de la faillite en cas d'aggravation de la situation du débiteur

En l'état du droit actuel, la situation financière du débiteur en sursis concordataire ne doit pas s'aggraver pendant le sursis. Le projet d'ordonnance vise à supprimer cette exigence, au motif que pendant la pandémie du COVID-19, les autorités fédérales et cantonales ont adopté des mesures entravant significativement, voire totalement, l'activité économique, en ordonnant par exemple la fermeture des commerces non essentiels.

Cet allègement est justifié. Les entraves à la liberté économique et les interdictions de déployer une activité ne sont pas maîtrisées par le débiteur, mais décidés unilatéralement par l'Etat. Il serait donc injuste de sanctionner le débiteur pour des comportements du marché et des décisions des autorités qui se situent hors de sa sphère d'influence.

Le fait de réserver cet allègement aux seuls débiteurs qui n'étaient pas surendettés au 31.12 n'est cependant pas justifiée. L'aggravation d'une situation financière découlant directement ou indirectement de décisions de l'Etat (facteurs extrinsèques) est la même pour tous. D'autre part, le fait de ne prendre en compte que le surendettement au 31.12, et pas l'insolvabilité au 31.12, constitue une inégalité de traitement entre débiteurs. Finalement, un débiteur prévoyant (c'est-à-dire qui a provisionné ses débiteurs douteux, post-clôture en raison de l'arrivée du COVID-19 en application du principe de prudence et d'imparité), était surendetté au 31.12 (cf. 2.2.1 ci-dessus).

Il est donc recommandé de supprimer la condition de l'absence de surendettement au 31.12 ou de la remplacer par une référence générique à l'absence de difficultés financières mettant en péril la continuité de l'exploitation au 31.12.

3.2.4 Dénonciation facilitée des contrats de durée

Le projet d'ordonnance prévoit une dénonciation facilitée des contrats de durée avec l'accord du commissaire au sursis, en supprimant l'exigence relative à la preuve de l'impossibilité d'atteindre un assainissement sans résiliation.

La résiliation des contrats de durée ici prévue vise principalement les contrats de bail dont on a beaucoup parlé, les contrats de travail étant exclus du champ d'application de la loi. La question est délicate, pour plusieurs raisons. Premièrement, la LP consacre déjà une entorse importante aux dispositions matérielles (CO, et autonomie privée); l'élargir n'est pas anodin. Par ailleurs, le sort de l'indemnisation en cas de sursis-assainissement (et non sursis en vue d'un concordat) n'est pas réglé. Le Message (FF 2019, 5903) indique que l'indemnisation constitue une créance concordataire, et ne précise pas ce qu'il advient de la créance dans l'hypothèse où seul un assainissement, sans concordat, est visé.

Nous ne sommes pas favorables à cet élargissement du droit de résiliation facilité, et proposons de ne pas le prévoir.

3.3 Sursis PME COVID-19

3.3.1 Remarques générales

Le projet d'ordonnance consacre l'introduction d'une forme d'ajournement de faillite réservé aux PME (sursis PME COVID-19). Plus précisément, il est prévu d'offrir à tout débiteur, non surendetté au 31.12, et dont la poursuite se continue par voie de faillite (art. 39 LP) un pur moratoire, comparable à l'ajournement de faillite (art. 725a CO), et dans une certaine mesure au sursis extraordinaire (art. 337ss LP).

Cette proposition, qui revient *de facto* à moderniser le sursis extraordinaire, doit selon nous être suivie. Il y aurait d'ailleurs lieu de se demander si un tel outil ne devrait pas purement et simplement être adopté dans le droit positif en lieu et place de l'ajournement de faillite, voué à disparaître, moyennant renforcement de certaines exigences en cas de pérennisation dans le droit positif.

3.3.2 Octroi du sursis COVID-19

Le projet d'ordonnance prévoit que tout débiteur, non surendetté au 31.12, et dont la poursuite se continue par voie de faillite (art. 39 LP), peut profiter du moratoire.

Comme précisé à titre liminaire, le fait d'offrir ce moratoire aux sociétés et aux chefs de raisons individuelles s'avérera salutaire. Cette proposition est soutenue sans réserve.

En revanche, l'exigence de l'absence de surendettement n'est pas opportune. C'est d'abord omettre que des difficultés financières peuvent découler du surendettement ou de l'insolvabilité.

Ensuite, comme mentionné sous chiffre 2.2.1 et 3.2.3, un débiteur prévoyant (c'est-à-dire qui a provisionné ses débiteurs douteux, post-clôture en raison de l'arrivée du COVID-19 en application du principe de prudence et d'imparité), était probablement surendetté au 31.12 et serait paradoxalement non éligible au sursis PME COVID-19.

Finalement, il est rappelé que la notion de surendettement ne s'applique qu'à certaines formes de sociétés; le renvoi à cette notion amène une confusion et reviendrait à priver certains débiteurs, dont la poursuite se continue par voie de faillite, du sursis PME COVID-19.

Nous préconisons donc l'abandon de cette condition, ou son remplacement par une référence générique à l'absence de difficultés financières mettant en péril la continuité de l'exploitation au 31.12.

3.3.3 Durée du sursis et révocation

La durée prévue (3 mois, prolongeable à raison de 3 mois supplémentaires) paraît opportune, quoi que peut-être un peu insuffisante. 8 mois paraissent préférables.

Les conséquences juridiques de la révocation pour cause de faux renseignements ne sont pas claires. Si, comme le précise l'article suivant, la requête de sursis PME COVID-19 équivaut à un avis au juge, la conséquence serait donc la faillite immédiate (cf. cependant commentaire 3.3.4 infra)

Il conviendrait de clarifier les conséquences de la révocation du sursis PME COVID-19.

3.3.4 Devoirs du conseil d'administration

Le texte français manque de clarté. Notre compréhension est que la requête (et non demande, puisque la procédure sommaire s'applique) de sursis équivaut à un avis au juge.

Cette mention est discutable. En effet, comme déjà mentionné, la source de difficultés financières peut être le surendettement ou l'insolvabilité. Il est selon nous nécessaire de faire référence aux deux notions.

Si cette proposition est suivie, le texte du projet d'ordonnance devra être modifié comme suit: *En cas de surendettement, la requête de sursis tient lieu d'avis au juge par les organes de la société au sens de l'art. 725, al. 2 CO.*

3.3.5 Possibilité de désigner un commissaire

La possibilité de désigner un commissaire doit être soutenue. Idéalement, elle serait réservée aux cas complexes, aux cas où le requérant semble inexpérimenté et aux cas douteux.

Nous comprenons que l'art. 293c, al. 2, let. a à c (et non d) LP s'appliquerait par analogie, avec pour corollaire la suppression de l'obligation de désigner un commissaire lorsque le sursis n'est pas rendu public. Cette proposition est sur le principe défendable, pour des questions de coûts, de simplicité de la procédure, et pour éviter une pénurie de commissaires. Il convient cependant de ne pas perdre de vue que l'absence de publication est susceptible de faire courir des risques aux créanciers; il reviendra d'apprécier ce risque.

Il est recommandé de prévoir également par voie d'ordonnance que tout requérant obtenant un sursis PME COVID-19, qu'il s'agisse d'un entrepreneur en raison individuelle ou d'une société, doit pouvoir bénéficier d'une aide financière, à l'image de ce que prévoient les mécanismes cantonaux relatifs à l'assistance juridique (réservés en l'état aux personnes physiques), mais à un niveau fédéral. Ce financement, qui pourrait n'être que partiellement remboursable par le débiteur, doit être suffisant pour couvrir les frais de procédure et émoluments de décision, la rémunération d'un avocat et la rémunération du commissaire. Un financement total à fonds perdus par la Confédération ne constitue pas une solution adéquate et aurait pour conséquence une déresponsabilisation des débiteurs.

3.3.6 Effets du sursis PME COVID-19

Les dispositions relatives aux effets du sursis PME COVID-19, largement similaires à ceux du sursis concordataire appellent les deux commentaires suivants.

Le projet d'ordonnance prévoit que la faillite peut être prononcée d'office si cette mesure est indispensable pour préserver le patrimoine du débiteur. Or, dans le cadre de l'allègement de la procédure concordataire, il est proposé de renoncer à la faillite pendant un certain temps. Selon nous, il y a lieu d'harmoniser les deux dispositions, et supprimer la possibilité d'ouvrir la faillite dans les deux cas, pendant une période limitée.

Le projet d'ordonnance prévoit par ailleurs que le sursis déploie ses effets sur toutes les créances contre le débiteur qui sont nées avant l'octroi du sursis, ou avant le 30 mai 2020. Selon notre compréhension, le choix d'une date indépendante de celle de l'octroi du sursis revient à donner une qualification de dettes de masse à toutes les créances nées après le 30 mai 2020. C'est une décision politique lourde, mais qui favoriserait la reprise de l'économie en ce qu'elle privilégierait les nouveaux créanciers par rapport aux anciens, d'une manière généralisée, et ce quelle que soit la date de l'octroi du sursis concordataire. Le privilège nous paraît toutefois limité dans le temps puisqu'à lire le

projet, il tomberait si aucun sursis COVID-19 est octroyé avant l'échéance de l'ordonnance.

Finalement, nous sommes favorables à la mention en toute lettre, dans l'ordonnance, de l'interdiction de payer.

La conséquence d'un paiement interdit devrait être traitée de manière analogue à celui intervenant après l'ouverture d'une faillite (art. 204 LP). Cette interdiction pourrait d'ailleurs utilement être intégrée dans la LP.

Par ailleurs, cette interdiction est indirectement visée par l'art. 167 CP (au niveau de l'instigation pour les créanciers). Le commentaire pourrait utilement le rappeler, ce d'autant plus qu'il met l'accès uniquement sur la sanction du débiteur et non celle du créancier.

4. Action révocatoire

Il nous paraît justifié d'immuniser les créanciers bénéficiaires de l'utilisation des prêts cautionnés COVID-19. En pratique, il risque d'être difficile d'opérer une distinction si les fonds ainsi reçus n'ont pas été ségrégués d'emblée avant d'être utilisés pour payer des dettes.

Pour conclure, et en résumé, nous soutenons le train de mesures proposées, avec les commentaires et tempéraments mentionnés ci-dessus.

Il nous paraît essentiel que l'ordonnance y relative soit adoptée très rapidement, afin de rassurer les entreprises et entrepreneurs en raison individuelle.

Il va de soi que nous restons à votre entière disposition pour tout renseignement ou avis complémentaire.

Vous souhaitant bonne réception de la présente, nous vous prions de croire, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de notre haute considération.

Vincent Jeanneret

Olivier Hari

Von: [Martin Schmid](#)
An: [Schöll Michael BJ](#)
Betreff: STN Martin Schmid, Rechtsanwalt und Ständerat 03.04.2020 Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen
Datum: Freitag, 3. April 2020 08:01:54

Lieber Michael

Vielen Dank. Ich bin nicht sicher, ob das wirklich notwendig und der richtige und zielführende Ansatz ist. Nachdem jetzt die COVID-Hilfen gesprochen worden sind, würde ich sicher nicht jetzt die Regeln ändern, sondern beobachten, ob bei den Konkursämtern sich schon Tendenzen abzeichnen. Da habe ich meine Zweifel, ob das so ist, aber ich weiss es nicht.

Richtig finde ich die Ueberbrückungshilfen, aber alle weiteren OR-Massnahmen – und die gelten ja nur für Aktiengesellschaften/GmbH und die vielen Einzelfirmen nicht – haben immer gesamtwirtschaftliche Folgen. Und da bin ich nicht sicher, ob der Fokus auf das schuldnerische Unternehmen der richtige ist, oder ob nicht vielmehr auf die Gläubiger zu schauen ist, dass diese nicht noch zusätzlich in Mitleidenschaft gezogen werden. Denn viele Unternehmen – die jetzt davon profitieren würden - sind schon in Schieflage gewesen, bevor die Corona-Krise gekommen ist!

M.E. wäre es viel wichtiger, in jedem Fall zu regeln, dass in einem Konkursfall oder einer anderen SchKG-Massnahme die COVID-1 Kredite nachrangig sind und als erste vollständig „gestrichen“ werden. Das würde viel mehr helfen. Zudem werden diese Kredite ja gar nicht bei der FK-Prüfung einbezogen (was auch richtig ist). Sonst werden dann nämlich die anderen Gläubiger noch benachteiligt, und das darf einfach nicht sein. M.E. darf es nicht sein, dass die Gläubiger benachteiligt werden, wenn die Gesellschaft noch länger am Leben gehalten wird und es wäre aus Sicht der Gläubiger besser, wenn die Gesellschaft heute Konkurs ginge und nicht nachdem sie noch einen Bundessolidarkredit aufgenommen hat und dann noch länger gewurstet hat!

Hier sehe ich zentralen Handlungsbedarf, dass klar gestellt wird, dass die COVID-Kredite nachrangig sind und somit die anderen Gläubiger geschützt werden. In Bezug auf das SchKG sehe ich noch keinen Handlungsbedarf, aber vielleicht bin ich zu weit weg.

Freundliche Grüsse

Martin Schmid

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Dr. iur. Martin Schmid
Rechtsanwalt und Ständerat
T +41 81 286 05 04
F +41 81 286 05 10
martin.schmid@kunzschmid.ch

Kunz Schmid
Gäuggelistrasse 1
Postfach 341
CH-7001 Chur
www.kunzschmid.ch

Diese Nachricht ist vertraulich und nur für den Adressaten bestimmt. Sollten Sie diese E-Mail versehentlich erhalten haben, bitten wir Sie höflich um Ihre Mitteilung.

This message contains confidential information intended only for the person(s) named above. If you have received this

message in error, please accept our apologies and notify us immediately.

Sehr geehrte Damen und Herren
Mesdames, Messieurs

Beiliegend erhalten Sie eine Konsultation des Bundesamtes für Justiz zu möglichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus. Gerne erwarten wir Ihre Stellungnahme bis **Freitag, 3. April 2020, mittags**.

*Veillez trouver ci-après une consultation de l'office fédéral de la justice par rapport à des mesures potentielles dans le contexte du coronavirus. Nous vous saurions gré de bien vouloir nous faire parvenir votre prise de position d'ici **vendredi, 3 avril 2020, midi**.*

Schreiben BJ / Lettre OFJ

Beilage 01: Konzeptpapier / Annexe 1: Document de réflexion

Beilage 02: Vorschlag "Teilsistierung von Art. 725 OR" / Annexe 02: Proposition "Suspension partielle de l'art. 725 CO"

Beilage 03: Vorschlag "Anpassungen im SchKG" / Annexe 03: Proposition "Adaptations de la LP"

Beilage 04 (nur auf Deutsch): Gutachten Lorandi zum Anpassungsbedarf im SchKG vom 31. März 2020

Diese Dokumente werden in Kürze auf der Webseite des BJ publiziert.

Sous peu ces documents seront disponibles sur le site de l'OFJ.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüssen

En vous remerciant de votre collaboration, nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations les meilleures.

Michael Schöll | Vizedirektor | Chef Direktionsbereich Privatrecht | Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ | Bundesrain 20 | CH-3003 Bern | Tel +41 58 462 4175 | Mobile +41 79 372 7117
| michael.schoell@bj.admin.ch

Nationalrat

Conseil national

Consiglio nazionale

Cussegl naziunal



Daniela Schneeberger
Langackerstr. 25
4441 Thürnen
daniela.schneeberger@parl.ch
d.schneeberger@treuhand-s.ch

Per E-Mail an:

Michael.schoell@bj.admin.ch
David.rueetschi@bj.admin.ch
Nicholas.turin@bj.admin.ch
Samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
Caroline.widmer@bj.admin.ch
Sibyll.walter@bj.admin.ch

Thürnen, 3. April 2020

Sehr geehrte Damen und Herren

Vom Sekretariat der Rechtskommission wurden ich als Mitglied der Rechtskommission zur Konsultation eingeladen. Hier meine Bemerkungen in Stichworten, welche sich aus der Praxis als Treuhänderin und Revisorin insbesondere von KMU ergeben:

Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR

Der Vorschlag ist ohne Zweifel gut gemeint und würde die Verwaltungsräte, Geschäftsführungen, Stiftungsräten und Vorständen von AGs, GmbHs, Stiftungen und Genossenschaften erheblich entlasten.

Der Verordnungsentwurf impliziert, dass sich das Problem der Überschuldung, bis zum nächsten Jahresabschluss 2020 lösen würde. Die Verantwortlichen wäre damit lediglich von der Kausalhaftung für die Folgeschäden im Jahre 2020 entlastet. Das bringt jedoch keine substantiellen Effekte. Bei KMU sind die Klagehürden für Verantwortlichkeitsklagen ziemlich hoch, weil sich die Prozesskostenrisiken meistens nicht rechtfertigen, weil die Schadenssummen zu klein sind und die leitenden Personen (Beklagte) oftmals über zu wenig Vermögen verfügen, als dass eine Deckung des Schadens annähernd sicher ist. Also werden die meisten Verantwortlichkeitsklagen gegen versicherte Revisionsstellen geführt. Die Aussetzung des Verantwortlichkeitsrisiken für diese kurze Dauer erzielt daher keinen krisenrelevanten Effekt.

Die Frist von sechs Monaten nach Beendigung der Massnahmen COVID-19 ist zu kurz für eine Beseitigung der Überschuldung. Die Frist müsste meines Erachtens mindestens bis 31.12.2021 ausgedehnt werden.

Die Frist ist m.E. aus rechtlichen Gründen und aus ökonomischen Gründen unrealistisch. Die Chancen einer Gesundung von Unternehmen hängt sehr stark von der Entwicklung der Pandemie weltweit ab und nicht nur von jener in der Schweiz. Dauert die Krise zu lange, so entsteht eine ernsthafte und langandauernde Weltwirtschaftskrise, welche eine rasche Erholung und damit auch eine rasche Beseitigung der Bilanzverluste verunmöglicht. Bereits jetzt ist damit zu rechnen, dass die Rückkehr zum Normalbetrieb schrittweise erfolgen muss und dass eine Erholung der Gesamtwirtschaft nur langsam wird erfolgen können. Entscheidend für eine



Vermeidung von Gläubigerschäden ist nicht das Eigenkapital, sondern die Liquidität. Solange diese für die Unternehmen vorhanden ist, kommen keine Gläubiger zu Schaden. Für die Krisenbewältigung ist entscheidend, dass die Unternehmen möglichst lange am Wirtschaftskreislauf teilnehmen und gleichzeitig ihre Verpflichtungen erfüllen können. Damit werden Mittel im wirtschaftlichen Kreislauf gehalten. Es werden Stellen erhalten und Vermögen vor der Zerschlagung geschützt. Massgebend für eine Krisenbewältigung bis zur Konjunkturerholung sind also ausreichende Cash-Flows und nicht zwingend ein handelsrechtlich ausgewiesenes Eigenkapital. Ein Verzicht auf eine Deponierung der Bilanz beim Gericht rechtfertigt sich aus diesem Krisenblickwinkel unter Notrecht für eine längere Zeitdauer. Die Nachwehen der Krise werden ebenso getragen werden müssen, wie die direkten Folgen.

Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle gemäss OR 728c Abs. 3 ist in die Regelung einzubeziehen.

Dabei muss die Revisionsstelle von jeglicher Prüfungs- und Plausibilisierungspflicht befreit werden, unter vollständiger Haftungsbefreiung, bis zu jenem Jahresabschluss, ab dessen Erstellung die Anzeigepflicht wieder gelten soll.

Die Begründung im Kommentar Ziffer 2. Absatz 7 vermag nicht zu überzeugen. Sie ist praxisfremd. Die Regelung wird in erster Linie für KMU gemacht, welche einer eingeschränkten Revision gemäss OR Art. 727a unterliegen. In diesen Fällen erlaubt das Gesetz ausdrücklich, dass die Revisoren im Zusammenhang mit der Buchführung und anderen Dienstleistungen für die geprüfte Gesellschaft tätig sein darf (OR Art. 729 Abs. 2). Es trifft also in der überwiegenden Anzahl der Fälle kaum zu, dass die Revisionsstelle keine Kenntnis einer Überschuldung erhält. Auch wenn das Gesetz verlangt, die Unabhängigkeit müsse durch organisatorische und personelle Massnahmen gewährleistet sein, so dass keine eigenen Arbeiten überprüft werden, so kann, darf und muss m.E. davon ausgegangen werden, dass eine Überschuldung, welche dem beratenden Mitarbeitenden der Revisionsstelle bekannt ist, auch als der Revisionsstelle selbst bekannt gilt.

Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle ist eine objektive Anzeigepflicht, die sich ausdrücklich auf die «offensichtliche Überschuldung» bezieht und dann greift, wenn der Verwaltungsrat es unterlässt, das Gericht zu benachrichtigen. Diese «objektivierte» Anzeigepflicht führt dazu, dass die Revisionsstelle in Kenntnis einer Überschuldung gehalten wäre, zu prüfen, ob die Voraussetzung für einen Verzicht der Anzeige beim Gericht erfüllt sind, wenn sie nicht vollständig aus diesem Entscheid rausgehalten wird. Sie müsste ansonsten prüfen, ob die Gesellschaft in der Lage sein wird, innert sechs Monaten nach Ende der notrechtlichen Massnahmen die Überschuldung zu beseitigen. Dies wiederum erforderte die Feststellung der tatsächlichen Überschuldung und eine Plausibilisierung der Unternehmensplanung mit ihren Auswirkungen auf die Bilanz der Gesellschaft. Und dies zusätzlich in einer Phase, in der noch nicht bekannt ist, um welchen Beurteilungszeitraum es sich eigentlich handeln wird. Decken sich die Auffassungen bezüglich der Kriterienerfüllung von Verwaltungsrat und Revisionsstelle nicht, stellt sich für die Revisionsstelle gleichwohl die Frage, ob sie nicht verpflichtet wäre, eine Anzeige beim Gericht zu machen.



Eine Möglichkeit, die Überschuldungsproblematik abzdämmen, bestünde darin, wenn der Bund für die von ihm garantierten Überbrückungskredite gleichsam einen Rangrücktritt 30.06.2022 für den Fall der Überschuldung einer Gesellschaft verordnen würde. Sobald eine Gesellschaft in Überschuldung gerät, stehen die Kredite im Rang zurück, wodurch die Anzeige beim Gericht bereits unter dem bestehenden Recht unterbleiben kann (OR Art. 725 Abs. 2), sofern die Kredite die Überschuldung decken. Eine zusätzliche Sistierung der Anzeigepflicht wäre dann nur noch angezeigt, wenn die Überschuldung grösser ist, als der Kreditumfang, m.a.W. 10% des Jahresumsatzes.

Mit den Rangrücktrittserklärungen erhalten die Kredite Eigenkapitalcharakter. Die Risiken sind aus der Sicht der Banken und des Bundes im Rahmen der vom Bund garantierten Kreditsummen identisch. Die Banken tragen keine Risiken und der Bund das gesamte Ausfallrisiko. Gleich fällt die Risikoverteilung aus, wenn die Unternehmen in Konkurs fallen. Die Gläubigerschutzbestimmungen von OR Art. 725 erzielen möglicherweise, aber häufig auch dann nicht, wenn die Wirtschaft normal läuft. In wirtschaftlich schwierigen Zeiten werden die Konkursdividenden immer kleiner, weil die Nachfrage nach jenen Gütern, welche durch die Konkursverwertungen auf den Markt gelangen ebenfalls kleiner werden. Das Verwertungsrisiko ist je grösser, desto schlechter die wirtschaftliche Gesamtsituation ist. Mit einem generellen Rangrücktritt für die durch den Bund garantierten Kredite werden die Unternehmen juristisch zusätzlich gestärkt, ohne das Risiko des Bundes substantiell zu erhöhen. Damit wäre den Unternehmen und der Gesamtwirtschaft in jedem Falle mehr gedient, als mit der vorgeschlagenen kurzfristigen Sistierung der Anzeigepflicht bei Überschuldung.

Ich danke Ihnen für die Berücksichtigung dieser Punkte.

Mit freundlichen Grüssen

Daniela Schneeberger
Nationalrätin
Mitglied der Rechtskommission und WAK
Treuhanderin und zugelassene Revisorin

Par e-mail

Office fédéral de la Justice
Domaine de direction droit privé
A l'att. de M. M. Schöll et al.
3003 Berne

Grenchen, le 3 avril 2020

Consultation publique : devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite – Prise de position de Dettes Conseils Suisse

Mesdames, Messieurs,

Dettes Conseils Suisse est la faîtière des services de désendettement à but non lucratif soutenus par des cantons et communes de Suisse. Certains de nos membres soutiennent également des indépendants ou entreprises individuelles dans leurs processus de désendettement. Nous nous sentons ainsi également concernés par la présente procédure de consultation.

Conclusions

1° Tant que l'ensemble des mesures de soutien direct en faveur de l'économie ne sont pas effectives, tant que des professions sont interdites par l'ordonnance 2 et tant que des mesures de santé publique seront nécessaires, la prolongation de la suspension des poursuites sera la seule mesure apte à réduire les faillites en masse.

2° Les propositions de modification de la LP et du CO pourront permettre d'adoucir les effets de la levée de la suspension des poursuites lorsque la prolongation de la suspension des poursuites ne sera plus nécessaire. A l'heure actuelle, ce projet n'est, dans les faits, pas praticable. De plus, le projet actuel n'est pas encore mûr, il comprend trop d'incohérences et de défauts.

3° Des mesures de stabilisation seront nécessaires pour les ménages rencontrant des difficultés financières liées à la crise sanitaire et économique actuelle. La relance économique en dépend.

Avant de répondre de manière plus détaillée à vos questions, rendues quelques peu restreintes par la procédure d'urgence et le manque de recul sur la réalité actuelle, nous nous permettrons quelques remarques générales.

1. Remarques générales

Les mesures proposées sont intéressantes, mais elles mériteraient, à notre sens, d'être plus mûrement réfléchies. Leur cohérence avec les autres mesures d'urgence (tant les mesures de santé publique – distanciation sociale, protection des groupes à risques – que les mesures de soutien financier aux entreprises et aux indépendant-e-s) prises par le Conseil fédéral doit être plus profondément examinée. Nous considérons les mesures proposées comme des mesures d'accompagnement au « déconfinement » devant permettre d'adoucir les règles en vigueur. De telles mesures d'accompagnement nous semblent effectivement nécessaires, **tant pour les entreprises que pour les particuliers !** En effet, il nous paraît tout à fait illusoire de relancer notre économie tout en enfermant un nombre important de consommateur-trice-s dans le système délétère des saisies (nous y reviendrons). Enfin, nous sommes particulièrement désappointés de remarquer que les considérations de santé publique ont été ignorées, considérant que,

vraisemblablement, plus de 30% des personnes vivant en Suisse appartiennent à l'un ou l'autre groupe à risque au sens de l'art. 10 b al. 2 de l'ordonnance 2 de lutte contre les épidémies (ci-après, ordonnance 2)¹. Ensuite, de l'aveu même de M. le Conseiller fédéral Guy Parmelin², les lacunes des mesures de soutien direct sont importantes (270'000 indépendants souffrent de la crise et n'ont pour l'instant aucune possibilité d'obtenir du soutien ; les salariés les plus précaires travaillant sur appel ou dans l'économie domestique ont été oubliés ; le montant des garanties de crédit devra être augmenté, de nombreuses demandes de crédit sont rejetées pour des raisons formelles³) et d'autres mesures devront être présentées ce mercredi 8 avril 2020 pour tenter de les combler. **Il nous semble donc plus que précipité de lever la suspension des poursuites au sens de l'art. 62 LP ce 19 avril 2020.**

2. Réponses aux questions posées

2.1. Sur le principe : Voyez-vous un besoin d'intervention basé sur le droit de nécessité en matière de droit des sociétés et de droit des poursuites ?

Des mesures d'accompagnement suite à la levée de la suspension des poursuites au sens de l'art. 62 LP seront nécessaires, **tant pour les entreprises que pour les particuliers ! Ce que nous contestons, par contre, c'est la pertinence de la levée de la suspension des poursuites ce 19 avril 2020 !**

Il est en effet essentiel que les entreprises viables qui ne sont que momentanément touchées par la crise sanitaire et économique puissent survivre. Il est également essentiel que les consommateur-trice-s puissent soutenir la relance économique et, par conséquent, on doit éviter que les ménages ayant rencontré des difficultés momentanées mais surmontables ne soient prises au piège du système des saisies.

Cohérence vis-à-vis des mesures de santé publique

Personnes vulnérables (art. 10b al. 1 de l'ordonnance 2)

Plus de 30% de la population appartient à un des groupes à risque et est invitée à rester à la maison. En feront partie, des personnes gérant une entreprise, des indépendant-e-s et des particuliers. Comment pourrions-nous les aider à préserver leur santé alors que, très souvent en cas de saisie, les personnes sont convoquées aux offices de poursuites ? Que se passera-t-il si des personnes à risque renoncent à donner suite à ces convocations car elles veulent préserver leur santé ? Est-ce que les offices devront également demander des certificats médicaux, au risque de surcharger inutilement le système de santé ? Est-ce que la police sera appelée à notifier des actes de poursuites ? Est-ce qu'elle aura les moyens de faire face à ces demandes ? Enfin, que penser de la cohérence des messages de santé publique, lorsqu'on dit à ces personnes de rester le plus possible chez elle, qu'elles ne peuvent travailler qu'à des conditions très strictes... mais que ces mesures ne sont pas valables lorsqu'elles doivent se rendre à un office des poursuites ? Nous constatons qu'un certain nombre de réflexions pratiques doivent être menées avant de lever la suspension des poursuites.

Activités professionnelles interdites (art. 6 de l'ordonnance 2)

Les mesures proposées s'articulent autour d'un seul élément technique, à savoir le recours à des sursis individuels de droit des poursuites. Est-il censé de proposer une telle mesure alors que 60'000 indépendant-e-s⁴ et un nombre inconnu de microentreprises ne peuvent aujourd'hui pas reprendre leur activité ? N'est-ce pas ouvrir une boîte de Pandore ? Est-ce que les mesures proposées peuvent être effectivement mises en pratique alors que ces entreprises ne pourront vraisemblablement pas reprendre leur activité ce 20 avril⁵ ? Est-il vraiment imaginable pour un entrepreneur de demander un

¹ <https://www.obsan.admin.ch/fr/indicateurs/coronavirus-maladies-risque-et-groupe-risque-age-15>

² M. Le Conseiller fédéral Guy Parmelin - Conférence de presse du 1er avril 2020

³ <https://www.srf.ch/news/wirtschaft/corona-kredite-fuer-kmu-zkb-muss-jeden-vierten-kreditantrag-ablehnen>

⁴ M. Le Conseiller fédéral Guy Parmelin - Conférence de presse du 1er avril 2020

⁵ Traduction libre: Nous n'avons pas encore atteint le pic épidémique, il est encore trop tôt pour alléger les mesures de santé publique. M. Daniel Koch, responsable de la division Maladies transmissibles, OFSP, conférence de presse du 2 avril 2020

sursis alors que sa survie personnelle n'est pas forcément assurée ? Est-ce que cela sert vraiment à quelque chose ?

Disponibilité de la justice

Le passage d'une protection globale (suspension des poursuites au sens de l'art. 62 LP) à une protection individuelle (demande de sursis) pourrait bien conduire à une surcharge extraordinaire des tribunaux. En effet, Mme Kuster a précisé ce 2 avril lors de la conférence de presse⁶ que bien que « beaucoup » de tribunaux avaient trouvés des solutions pour continuer leurs activités, il restait un certain nombre de problèmes pratiques et juridiques à régler.

Mais d'autres éléments nous laissent penser que le nombre de contestations de poursuites prendra l'ascenseur. En font partie certaines mesures prises par la poste suite aux difficultés qu'elle rencontre et la problématique des loyers commerciaux. Nous y reviendrons ci-après. D'autres éléments pourraient bien également engorger les tribunaux, tels que les recours contre des refus de prestations (allocations de perte de gain, chômage partiel, autres mesures à venir).

Les adaptations de la Poste suisse

La Poste suisse et ses employés sont aujourd'hui particulièrement sous pression⁷. Considérant que les commandements de payer sont notifiés, dans de nombreux cantons, par la Poste, on doit se demander si celle-ci pourra y faire face. Y aura-t-il assez de désinfectant pour les employés ? Comment prendre soin de leur santé ? Ne courons-nous pas le risque de multiplier les erreurs (oubli de prise en compte d'une opposition, par exemple). La fermeture ou les modifications d'horaire des bureaux de poste ne risque-t-elle pas d'être problématique ?

En sus, les mesures prises, à juste titre, par la Poste pour protéger ses employés (l'employé-e postal-e peut signer lui/elle-même pour la notification d'un recommandé⁸) ne saurait être mise en œuvre pour des actes de poursuites ni pour des actes judiciaires.

Il est fort vraisemblable que de nombreuses contestations judiciaires liées à ces problèmes pratiques viennent encore encombrer les tribunaux.

Cohérence vis-à-vis des mesures de soutien économique

Risques systémiques

Il est tout à fait vraisemblable que le risque systémique de la crise sanitaire et économique actuelle repose principalement sur les petites entreprises et les entreprises individuelles⁹ qui n'ont pas les capacités financières de faire face aux problèmes financiers causés par la crise actuelle et/ou par les mesures de lutte adoptées. Les entreprises de moins de 10 personnes emploient, en Suisse, environ 1'160'000 personnes¹⁰.

Mise en place des mesures d'aide et lacunes

Selon M. Scheidegger¹¹, environ 1'200'000 personnes sont aujourd'hui concernées par des préavis de demande de chômage partiel. Ce nombre augmente considérablement à chaque conférence de presse et ces préavis n'ont pas tous pu être traités. **Par conséquent, un nombre important d'entreprises**

⁶ Conférence de presse du 2 avril 2020, Mme S. Kuster, directrice adjointe de l'office fédéral de la justice

⁷ <https://www.rts.ch/info/suisse/11211691-la-poste-traite-un-volume-de-paquets-comparable-a-la-periode-avant-noel-.html>

⁸ <https://www.post.ch/fr/pages/corona>

⁹ <https://www.rts.ch/play/tv/emission/t-t-c-toutes-taxes-comprises?id=14235> (émission T.T.C. du lundi 30 mars 2020)

¹⁰ *Idem*

¹¹ M. Eric Scheidegger, chef de la Direction de la politique économique, conférence de presse du 2 avril 2020.

attend de savoir si, effectivement, elles remplissent les conditions nécessaires pour obtenir le soutien du chômage partiel. Et elles ne le sauront pas toutes avant le 19 avril 2020.

Selon M. le Conseiller fédéral Parmelin¹², le nombre d'indépendant-e-s qui ont potentiellement droit à des aides des allocations perte de gain Covid-19 sont près de 60'000. Selon différents messages des caisses de compensation de ce 20 mars 2020, il était précisé qu'aucun versement n'interviendrait avant la mi-avril¹³. Le site de la Confédération informe que ces aides (les premières) seront versées dans le courant du mois d'avril¹⁴. **Par conséquent, ces personnes ne savent pas encore si, effectivement, elles auront droit à des indemnités ni l'étendue de leurs potentielles indemnités. Et elles ne le sauront pas toutes avant le 19 avril 2020.**

Selon M. le Conseiller fédéral Parmelin¹⁵, le nombre d'indépendant-e-s qui n'ont aujourd'hui droit à aucunes indemnités s'élève à environ 270'000. De nouvelles aides **devraient** être proposées ce mercredi 8 avril 2020. Elles ne sont toutefois pas encore décidées. **Par conséquent, ces personnes ne savent pas encore si, effectivement, elles auront droit à un soutien financier ni l'étendue de cet éventuel soutien. Et elles ne le sauront très certainement pas avant le 19 avril 2020.**

Les prêts « à 0% » remboursables sur une durée de « 5 à 7 ans » garantis par la Confédération annoncés par M. le Conseiller fédéral Maurer¹⁶, ont suscité beaucoup d'espoir, mais également de déception. De plus, il est à craindre que, dans certains cas, ils produisent également des difficultés, en raison d'imprécisions importantes de communication¹⁷. Il serait d'ailleurs judicieux de prévoir la possibilité pour les banques de se prononcer sur des propositions concordataires ou des règlements amiables en cas de défaut de paiement, l'ordonnance fédérale est en effet désespérément muette sur ce point. Si les banques ont fait des efforts à saluer, M. le Conseiller fédéral Parmelin a très clairement précisés qu'ils étaient aujourd'hui insuffisants¹⁸. **Par conséquent, les effets positifs attendus sont encore très incertains.**

Un/e entrepreneur-euse a besoin d'un minimum de prévisibilité. Et, malgré les annonces faites et les mesures mises en place, l'incertitude qui repose aujourd'hui sur les indépendant-e-s et les petites entreprises est ingérable. Il leur est ainsi tout à fait impossible de savoir si cela vaut la peine d'investir les quelques centaines de francs que coûteront les requêtes à l'octroi de sursis... pour autant qu'ils aient les liquidités nécessaires. Partant, il est beaucoup trop tôt pour remplacer les mesures de suspension des poursuites au profit des mesures proposées.

La problématique des loyers commerciaux

Le Conseil fédéral a institué une Task Force¹⁹ sur la question, lancinante, des loyers commerciaux. Sont-ils dus par les débiteurs dont l'activité professionnelle est interdite durant les mesures ou non ? Il ne nous appartient pas de répondre à cette question, mais, suivant la réponse que les tribunaux y donneront, pour autant qu'il y ait une unanimité, nous pourrions bien être confrontés à une multitude de poursuites abusives... Il apparaît ainsi nécessaire de laisser du temps à ladite task force pour atteindre des résultats avant de lever la suspension des poursuites.

¹² M. Le Conseiller fédéral Guy Parmelin - Conférence de presse du 1er avril 2020

¹³ <https://www.akso.ch/ihre-ausgangslage/informationen/corona/> (consulté le 3 avril 2020)

¹⁴ Disponible uniquement en allemand: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/eo-msv/grundlagen-und-gesetze/eo-corona.html> (consulté le 3 avril 2020)

¹⁵ M. Le Conseiller fédéral Guy Parmelin - Conférence de presse du 1er avril 2020

¹⁶ M. Le Conseiller fédéral Ueli Maurer – Conférence de presse du 25 mars 2020

¹⁷ Emission Kassensturz du 31 mars : <https://www.srf.ch/play/tv/sendung/kassensturz?id=78a6014e-8058-4bdd-88aa-824f846ca6f0>

¹⁸ M. Le Conseiller fédéral Guy Parmelin - Conférence de presse du 1er avril 2020

¹⁹ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78605.html>

L'économie suisse est très fortement liée à l'étranger. Que ce soit pour ses exportations ou l'importation de matières premières. A l'heure actuelle, près de la moitié de la population mondiale est en confinement. Est-il véritablement opportun de lever la suspension des poursuites actuellement ? Ne risque-t-on pas de condamner des entreprises qui auraient les moyens de se redresser ?

- 2.2. En ce qui concerne la proposition en cas de surendettement imminent :** Comment évaluez-vous la proposition de suspendre partiellement les obligations découlant de l'article 725, alinéa 2 du Code des obligations pour la durée des mesures prévues à l'article 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 ?

Cette mesure est, d'une certaine manière, cohérente avec les modifications de la LP proposée et l'introduction d'un « sursis Covid ». Nous relevons néanmoins, non sans ironie, une incohérence quant à l'applicabilité temporelle de cette mesure. En effet, il serait cohérent de lier la temporalité de cette mesure non pas à la levée des mesures de la section 3 de l'ordonnance 2, mais à la levée de la suspension des poursuites. Ainsi, cette mesure serait cohérente avec les mesures LP et le « sursis Covid »...

Ou devons-nous comprendre que la levée de la suspension des poursuites connaîtra d'autres exceptions... que cette surprenante exception pour les agences de voyage²⁰ ? Un catalogue d'exceptions nous semble non seulement impraticable, mais également difficilement justifiable. Bien qu'une exception pour les entreprises interdites par l'art. 6 de l'ordonnance 2 soit plus facile à justifier qu'une exception pour les agences de voyage.

Toutefois, il faut véritablement veiller à ce que cette mesure soit limitée dans le temps (2.3 de l'annexe 3) offre une garantie intéressante pour ces entreprises. Mais il faut également à veiller aux droits de leurs créanciers présents et futurs.

- 2.3. En ce qui concerne la proposition en droit des poursuites :** Comment évaluez-vous la proposition visant à modifier la procédure concordataire dans la LP et à introduire une procédure simplifiée d'ajournement pour les PME ?

Au vu de l'extraordinaire brièveté de la présente procédure de consultation, nous ne pourrions livrer une analyse complète des mesures proposées. Nous nous contenterons donc de quelques remarques générales, et de nous prononcer sur quelques détails des mesures, notamment sur certaines incohérences, dues vraisemblablement au manque de temps nécessaire à mûrir une réflexion.

Généralités

A l'heure actuelle et au vu des dramatiques incertitudes quant à l'effectivité des mesures de soutien aux indépendants et aux entreprises, seule la prolongation de la suspension des poursuites permettra de favoriser la survie d'un maximum d'entreprises et de limiter les dommages économiques.

Les mesures proposées, notamment l'instauration d'un « sursis Covid » pourront se révéler utiles, une fois que les mesures de limitation des activités professionnelles de l'art. 6 de l'ordonnance 2 auront été levées et que les mesures de soutien décidées par la Confédération auront pu commencer à porter leurs fruits.

Simplification des mesures

Les statistiques de Dettes Conseils Suisse sur les causes du surendettement nous montrent qu'environ 10-12% des historiques de surendettement sont liés à l'échec d'une activité indépendante. Un cinquième de ces situations de surendettement sont également liées à une insuffisance de compétences administratives. Il est donc particulièrement important que les mesures proposées soient

²⁰ M. Le Conseiller fédéral Guy Parmelin - Conférence de presse du 1er avril 2020

simples pour éviter que des situations de surendettement ne soient dues qu'aux difficultés administratives et judiciaires. Les possibilités de soutien direct sont déjà suffisamment difficiles à comprendre pour le citoyen lambda, il faut éviter d'en rajouter.

Notons également que les entrepreneur-euse-s ont aujourd'hui peur pour leur santé, peur pour la santé de leurs proches, peur de ne pas pouvoir subvenir à leurs besoins propres, peur de ne plus pouvoir continuer leur activité, etc. Ils sont donc dans une situation de stress extrême qui ne leur permet pas de mobiliser toutes leurs compétences²¹.

Nous saluons ainsi les efforts de simplification, notamment pour le « sursis Covid », mais des efforts supplémentaires seraient les bienvenus. En effet, il est à craindre que la levée de la suspension des poursuites et le maintien potentiel de mesures de politique sanitaire conduisent à des difficultés à obtenir le soutien de professionnels compétents (avocat-e-s, fiduciaires, services de désendettement, etc.).

Modifications de la procédure concordataire (1.1.ss)

Nous soutenons globalement les modifications proposées. Nous nous demandons toutefois si

- l'absence d'examen de la capacité d'assainissement est effectivement utile. Elle permet certes de faciliter les demandes de sursis concordataire, mais elle nuit à la volonté de trier les situations qui pourront survivre à la crise de celles qui ne pourront éviter la faillite. Certes, cela aidera les tribunaux à affronter des demandes « en masse », mais la plupart de celles-ci seront vraisemblablement des entreprises qui pourront solliciter un « sursis Covid ». N'y a-t-il pas un risque de dommages supplémentaires ?

- le délai de carence au 30 mai a, effectivement, une utilité. La probabilité qu'une situation désespérée se rétablisse en l'espace d'un mois apparaît particulièrement faible. Ou devons-nous comprendre que cette modification s'applique durant l'entier du sursis provisoire pour autant que la demande de sursis provisoire soit intervenue jusqu'au 30 mai ?

- la modification de l'art. 297a LP n'ouvrira pas la voie à des abus

Octroi du « sursis Covid » (2.1)

Nous partageons l'avis que ce sursis doit être réservé aux PME et aux entreprises individuelles. Néanmoins, l'alinéa 1 nous semble trop restrictif. Nous oublions souvent, en Suisse, que de nombreux petits indépendants ne sont pas inscrits au registre du commerce. Partant, de compléter l'alinéa 1 de cette disposition afin d'y remédier.

Délai de carence du « sursis Covid » (2.6)

Cette disposition est pour le moins surprenante et entre en contradiction fondamentale avec l'esprit du droit de l'assainissement. Elle est ainsi d'une légalité douteuse.

Nous en déduisons que les auteurs du projet reconnaissent en fait que la levée de la suspension des poursuites est plus que précipitée ou prématurée et qu'ils essaient ainsi de donner un peu de temps aux débiteur-trice-s...

La question que nous devons nous poser est : Ce délai de carence est-il effectivement de nature à aider les débiteur-trice-s à continuer leur activité professionnelle ? Nous répondons par la négative. En effet,

²¹ Scarcity : Why Having Too Little Means so much, Sendhil Mullainathan & Eldar Shafir, Ed. Henry Holt & Company, 2013

un-e partenaire contractuel-le aura tout à fait intérêt à ne conclure aucun contrat, à ne fournir aucune livraison, etc. entre l'octroi du sursis et le 30 mai 2020, sans quoi, il/elle courra le risque de ne pas obtenir ou de n'obtenir qu'une fraction de la contreprestation due. Cette disposition semble plus empêcher la poursuite de l'activité que la soutenir.

Effets du « sursis Covid » sur les droits des créanciers (point 2.7)

Nous ne comprenons pas vraiment pourquoi les créances continuent à produire des intérêts. L'avis de droit Lorandi n'est pas particulièrement loquace sur cette question. Le « sursis Covid » est avant tout pensé comme une mesure de stabilisation, considérant que le/la débiteur-trice ne peut rembourser ses dettes tant et aussi longtemps que dure le sursis (point 2.9).

Le sursis débouchera donc inexorablement sur une négociation amiable, un concordat judiciaire ou une faillite. Le blocage des intérêts est une mesure qui peut limiter la charge du remboursement et qui permet une meilleure application du principe d'égalité de traitement entre les créanciers (taux d'intérêts potentiellement différents). A notre sens, il faudrait également reprendre l'alinéa 7 de l'art. 297 LP.

Effets du sursis dans la perspective d'une faillite ou d'un concordat (2.12)

Nous partageons pleinement le souci des auteurs de vouloir régler le sort des créances impayées durant le sursis (dettes contractées pendant la durée du sursis) en cas d'exécution générale subséquente. Toutefois, la lettre de cette disposition entre en contradiction avec le principe même du « sursis Covid ». En effet, si le principe, notamment pour des raisons d'allègement des coûts de la procédure, est de ne pas nommer de commissaire, ne prévoir que le sort dévolu aux créances nées durant le sursis « avec l'assentiment du commissaire » revient à ne rien prévoir du tout.

La radiation des poursuites pour le « sursis Covid »

Entre la levée de la suspension des poursuites et le temps nécessaire à l'octroi des « sursis Covid », de nombreuses entreprises auront reçu des poursuites. L'objectif de désendettement doit également se concrétiser par la radiation des poursuites. En effet, un extrait vierge permettra au/à la débiteur-trice de poursuivre son activité avec plus de facilité (confiance des futurs partenaires contractuels).

Dans une situation idéale, le « sursis Covid » devrait donc aboutir à la stabilisation de l'entreprise et à déboucher sur un plan de désendettement amiable, afin de limiter les frais judiciaires et les honoraires d'un-e commissaire au concordat.

Nous savons d'expérience que les créanciers ne sont que rarement enclin à retirer les poursuites, et qu'il arrive régulièrement qu'ils abusent de la situation pour obtenir des avantages financiers. Tout indépendant n'aura pas forcément prévu, dans l'arrangement qu'il aura négocié avec ses créanciers, que les poursuites soient retirées. Afin d'éviter des difficultés, il serait bien de modifier l'art. 8a LP, pour qu'un-e débiteur-trice puisse demander la radiation des poursuites qui ont été payées suite à un « sursis Covid ».

Interprétation de la notion « qui n'était pas surendetté le 31 décembre 2019 »

Diverses dispositions du « sursis Covid » et une modification proposée de la procédure concordataire font appel à la notion « qui n'était pas surendetté le 31 décembre 2019 ». Cette notion nous paraît difficile à interpréter et risque de conduire à des inégalités de traitement. Il serait bien soit de la préciser, soit de se référer à une notion plus objective. En effet, les dettes font partie de la notion « d'investissement » entrepreneurial, et il serait dommage que cette notion soit interprétée trop restrictivement. Cela risquerait de vider ces dispositions de leur sens.

3. Des mesures nécessaires en faveur des particuliers

La crise actuelle est une véritable bombe à retardement quant au surendettement des ménages

Les statistiques de Dettes Conseils Suisse démontrent que les principales causes « objectives » du surendettement sont :

- Le chômage
Un chômage, même de courte durée, peut conduire au surendettement. Le chômage intervient dans plus de 25% des historiques de surendettement²². Les chiffres du chômage partiel et des nouvelles inscriptions au chômage ne cessent d'augmenter. En date du 2 avril, la crise actuelle a conduit environ 1'200'000 personnes au chômage partiel et au licenciement d'environ 26'000 personnes²³. N'oublions pas également que les personnes travaillant sur appel ou dans l'économie domestique ne reçoivent actuellement aucune aide.
- Les problèmes de santé (maladie, accident, etc.)
Les problèmes de santé interviennent également dans près de 25% des historiques de surendettement²⁴. Le surendettement induit par les problèmes de santé est souvent dû à la perte de gain subséquente à une maladie de moyenne à longue durée. Néanmoins, des ménages à petit revenu peuvent se retrouver pris au piège en raison, uniquement, des frais de santé liés à la maladie. Ils sont en effet nombreux à choisir des franchises élevées afin de faire des économies et à ne pas pouvoir faire face aux coûts d'une hospitalisation. D'après le rapport concernant la situation épidémiologique délivrée par l'OFSP²⁵, au 2 avril, au moins 1909 personnes ont été hospitalisées en raison de problèmes liés au nouveau coronavirus en Suisse. Ce chiffre augmente également tous les jours.
- Les séparations et les divorces
Plus de 25% des historiques de surendettement²⁶ sont liés à des séparations ou à des divorces. Les mesures de confinement et les tensions qui en découlent conduiront potentiellement à une augmentation des séparations et divorces²⁷.

En considérant également l'augmentation certaine des situations de surendettement des indépendants, il apparaît évident que le surendettement des ménages augmentera considérablement en raison de la crise actuelle.

Le système d'exécution forcée empêche toute stabilisation

Notre système de saisie empêche toute stabilisation :

- Selon la jurisprudence constante du tribunal fédéral, les impôts courants ne sont pas intégrés dans le calcul de minimum vital. Partant, un ménage faisant l'objet d'une saisie ne peut plus payer ses impôts courants.
- Selon la jurisprudence constante du tribunal fédéral, les charges indispensable au/à la débiteur-trice et à sa famille ne sont prises en compte que si elles sont effectivement payées. Parmi ces charges figurent les pensions alimentaires, les primes d'assurance-maladie et le loyer.

²² Statistique de Dettes Conseils Suisse, causes cumulables (un historique de surendettement comprend généralement plusieurs causes), 2018 : 26% ; 2017 : 27% ; 2016 : 25% ; 2015 : 27%

²³ M. Eric Scheidegger, chef de la Direction de la politique économique, conférence de presse du 2 avril 2020

²⁴ Statistiques de Dettes Conseils Suisse, idem, 2018 : 25% ; 2017 : 24% ; 2016 : 24% ; 2015 : 23%

²⁵ OFSP, Maladie à Coronavirus 2019 (Covid-19), Rapport sur la situation épidémiologique en Suisse et dans la Principauté du Liechtenstein, 2 avril 2020 à 8h00.

²⁶ Statistiques de Dettes Conseils Suisse, idem, 2018 : 26% ; 2017 : 26% ; 2016 : 27% ; 2015 : 27%

²⁷ <https://www.24heures.ch/suisse/coronavirus/quarantaines-exploser-nombre-divorces-chine/story/28270000>

Partant, le système actuel peut faire plonger un ménage endetté dans le surendettement, peut conduire un ménage à être expulsé de son logement ou à ne plus recevoir de soins, sauf cas d'urgence vitale (dans les cantons connaissant une liste noire²⁸). Pour les ménages à bas revenus, cela peut se concrétiser par une vie entière au minimum vital, sans possibilités de désendettement. Mais cela peut également avoir des conséquences financières importantes pour des tiers (non-paiement des pensions alimentaires).

Un frein à la relance économique et des conséquences financières pour les cantons

Une levée de la suspension des poursuites sans mesures de stabilisation pour les ménages freinera la relance économique. En effet, celle-ci ne pourra se concrétiser qu'au travers de la consommation des ménages. Plus le nombre de personnes saisies augmente, plus lente et difficile sera la reprise économique.

Pour les cantons, les coûts seront également particulièrement importants. Ils se traduiront notamment en pertes fiscales à moyen-long terme, en rachat d'actes de défaut de biens des assureurs-maladie et en avances de pensions alimentaires. Les finances cantonales souffriront déjà énormément de la crise (mesures de soutien aux entreprises, financement des coûts hospitaliers, diminution du substrat fiscal des entreprises, etc.), il est inutile d'en rajouter.

Les ménages en difficultés aussi ont besoin de pouvoir se stabiliser !

Ce qui est vrai pour les indépendant-e-s et pour les entreprises l'est également pour les ménages. Des mesures de stabilisation peuvent limiter les dégâts et éviter à des ménages qui se seront endettés en raison de la crise de plonger dans le surendettement. Pour ce faire, il sera nécessaire :

- De modifier la pratique des offices des poursuites
Les ménages qui rencontrent des difficultés financières passagères et qui feraient l'objet de poursuites doivent pouvoir se stabiliser. On doit leur permettre, dès le début des saisies, de reprendre le paiement des charges courantes telles que les primes d'assurance-maladie, les pensions alimentaires, leur loyer ET leurs impôts courants. Il sera toutefois nécessaire d'agir de manière différenciée. Comme pour les entreprises, il y aura des ménages qui n'auront pas les moyens nécessaires à se stabiliser.
- De suspendre les frais de recouvrement des créanciers
Seront notamment suspendus, les art. 106 du code des obligations et 105b al. 2 de la loi sur l'assurance-maladie. En effet, les abus sont trop importants dans ces domaines et il serait inacceptable que ces créanciers se fassent une fortune sur le dos des victimes de la crise.
- De créer un fonds de solidarité
Certains ménages ne pourront faire face à leurs arriérés de paiement tout en restant stables. A l'instar de la SKS²⁹, nous considérons qu'un fonds permettant des aides directes est nécessaire pour permettre à certains ménages, stables économiquement mais ayant des moyens limités, de faire face à leurs arriérés. Nous invitons la confédération et les cantons à mettre sur pied un tel fonds offrant des soutiens à fonds perdu. La collaboration est nécessaire pour éviter d'être confronté à divers fonds répondants à des besoins trop spécifiques et ainsi limiter le risque de multiplier les lacunes et de laisser trop de ménages sur le côté.

En vous remerciant de la considération que vous aurez accordée à la présente prise de position, nous vous prions de recevoir, Mesdames, Messieurs, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

Sébastien Mercier



Secrétaire général

²⁸ <https://www.gdk-cds.ch/fr/assurance-maladie/primes-impayees/arrieres-de-primes>

²⁹ <https://www.konsumentenschutz.ch/medienmitteilungen/2020/03/auffangnetz-auch-fuer-die-konsumenten-spannen/>

Par courriel

Monsieur
Michael Schöll
Sous-directeur
Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

AN/AK

341

Berne, le 3 avril 2020

Consultation publique : devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite

Cher Monsieur,

Au nom de la Fédération suisse des avocats, nous vous remercions de votre consultation du 1^{er} avril. Dans le délai imparti, nous vous faisons part de nos déterminations.

1. **Sur le principe** : Voyez-vous un besoin d'intervention basé sur le droit de nécessité en matière de droit des sociétés et de droit des poursuites ?

La FSA est d'avis qu'une intervention du législateur est justifiée et que les mesures proposées par l'OFJ sont raisonnables.

Il est toutefois indispensable que ces mesures soient limitées dans le temps (comme c'est le cas de la suspension de l'art. 62 LP) et de veiller à ce qu'elles n'aient pas l'effet inverse à celui qui est recherché, en ce sens qu'elles augmenteraient le risque de manque de liquidités en « encourageant » en quelque sorte les cessations de paiement et leurs effets « domino ». Les obligations doivent continuer à être exécutées autant que possible pour que le système économique fonctionne.

2. **En ce qui concerne la proposition en cas de surendettement imminent** : Comment évaluez-vous la proposition de suspendre partiellement les obligations découlant de l'article 725, alinéa 2 du Code des obligations pour la durée des mesures prévues à l'article 3 de l'Ordonnance 2 COVID-19 ? (Annexe 2)?

La FSA approuve cette proposition de mesure qui lui paraît opportune.

3. **En ce qui concerne la proposition en droit des poursuites** : Comment évaluez-vous la proposition visant à modifier la procédure concordataire dans la LP et à introduire une procédure simplifiée d'ajournement pour les PME ? (Annexes 3 et 4)

Les mesures proposées peuvent être approuvées sous les réserves suivantes :

Ad 1 Adaptation du droit du sursis concordataire :

Prolongation de la durée du sursis provisoire (ch. 1.2) : pour la raison évoquée sous ch. 1 ci-dessus, on peut être partagé sur l'opportunité de porter la durée totale possible du sursis provisoire de quatre à six mois. Alternativement, la disposition projetée pourrait être modifiée comme suit : « En dérogation à l'art. 293a, al. 2 LP la durée totale du sursis provisoire peut, dans des cas exceptionnels dûment motivés, dépasser de deux mois au plus la durée totale de quatre mois » « In Abweichung von Artikel 293a Absatz 2 SchKG darf die provisorische Nachlassstundung in begründeten Ausnahmefällen die Gesamtdauer von vier Monaten um höchstens zwei Monate überschreiten ».

Il conviendrait en outre de préciser la durée de la suspension de l'art. 293a al. 3 LP. A ce propos, on relève que le risque existe que des entreprises sollicitent un peu à la légère un sursis provisoire (plutôt que d'opter par exemple pour des discussions directes avec leurs créanciers), sans se rendre compte qu'elles courent à la faillite « d'office » à l'échéance d'un délai de quatre ou six mois.

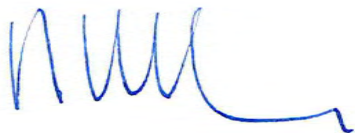
Ad 2 Instauration d'un nouveau sursis COVID-19 :

Ici également, il est à craindre que la possibilité donnée à tout débiteur soumis à la faillite de requérir un sursis de trois mois au plus ait l'effet contreproductif mentionné sous chiffre 1.

Nous sommes à votre disposition.

En vous remerciant de votre collaboration, nous vous prions de croire, cher Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

Pour le Conseil de la Fédération Suisse des Avocats



Albert Nussbaumer
Président



Amédée Kasser
Membre du Conseil

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

per E-Mail an:

michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch

Bern, 3. April 2020 sgv-KI/ds

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99.8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit dem Schreiben vom 1. April 2020 lädt das Bundesamt für Justiz ein, sich zur Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens zu äussern. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Zusammenfassung

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt die vorgeschlagenen Änderungen mit folgenden Hinweisen:

- Art. 725 Abs. 1 OR: Die Pflicht zur Generalversammlung ist zu streichen, was eine weitere Vereinfachung bedeuten würde.
- OR 728c Abs. 3: Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle ist in die Regelung einzubeziehen. Dabei muss die Revisionsstelle von jeglicher Prüfungs- und Plausibilisierungspflicht befreit werden.
- Art. 293a Abs. 2 SchKG: Die Verlängerung der Frist von 4 auf 6 Monate ist zu kurz. Die Frist müsste bis 31. Dezember 2021 ausgedehnt werden. Die Chancen einer Gesundung von Unternehmen hängt sehr stark von der Entwicklung der Pandemie weltweit ab und nicht nur von jener in der Schweiz.

- Art. 293c SchKG: Da es bei der COVID-Stundung darum geht, ein massentaugliches und unkompliziertes Verfahren zu wählen, soll auf die stille Stundung in COVID-19 Fällen verzichtet werden.
- Kein Ausschluss der paulianischen Anfechtung: Der Ausschluss der paulianischen Anfechtung erachtet der sgv als zu starken Eingriff in die Gläubigerrechte.
- Mit Blick auf die Publikation sind den Ämtern klare Vorgaben zu machen, dass die neue Stundungsart einheitlich und in der gleichen Art zu erfolgen hat. Auch die Bezeichnung des Verfahrens ist einheitlich handzuhaben.

Gerne nehmen wir zu den gestellten Fragen wie folgt Stellung:

Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

KMU sind sowohl Gläubiger als auch Schuldner. Das Gesamtsystem innerhalb der Wertschöpfungskette muss stabil bleiben. Wenn das SchKG einseitig zugunsten der Schuldner angepasst wird, wird das auf der Seite der Gläubiger zu grösseren Zahlungsverzögerungen und damit auch zu Liquiditätsproblemen führen. Der sgv fordert hingegen Kulanz beim Staat, bei den Gemeinden, den Kantonen und dem Bund und bei den Unternehmen im Besitz des Staates. Sie sollen von KMU gestellte Rechnungen für erbrachte Leistungen umgehend begleichen. Kulanz fordert der sgv auch bei der Bezahlung von Leistungen durch die KMU an den Staat. Hier soll eine längere Zahlungsfrist gegeben werden.

Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19 Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt diesen Vorschlag. War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet und hängt die Überschuldung mit den Folgen aus der Coronakrise zusammen, so soll die Pflicht entfallen, bei Überschuldung die Bilanz zu deponieren. Es entfällt nicht aber die Pflicht, die Szenarien zu erarbeiten und die Sanierung einzuleiten. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv kann sich zudem vorstellen, die GV-Pflicht gemäss OR 725 Abs. 1 zu streichen. Dies würde eine weitere Vereinfachung bedeuten. Dass Sanierungsmassnahmen zu treffen sind, ist für den sgv unbestritten.

Der Verordnungsentwurf impliziert allerdings, dass sich das Problem der Überschuldung bis zum nächsten Jahresabschluss 2020 lösen würde. Die Verantwortlichen wären damit lediglich von der Kausalhaftung für die Folgeschäden im Jahre 2020 entlastet. Das bringt jedoch keine substantiellen Effekte. Bei KMU sind die Klagehürden für Verantwortlichkeitsklagen ziemlich hoch, weil sich die Prozesskostenrisiken meistens nicht rechtfertigen, weil die Schadenssummen zu klein sind und die leitenden Personen (Beklagte) oftmals über zu wenig Vermögen verfügen, als dass eine Deckung des Schadens annähernd sicher ist. Also werden die meisten Verantwortlichkeitsklagen gegen versicherte Revisionsstellen geführt. Die Aussetzung der Verantwortlichkeitsrisiken für diese kurze Dauer erzielt daher keinen krisenrelevanten Effekt.

Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle gemäss OR 728c Abs. 3 ist in die Regelung einzubeziehen. Dabei muss die Revisionsstelle von jeglicher Prüfungs- und Plausibilisierungspflicht befreit werden, unter vollständiger Haftungsbefreiung, bis zu jenem Jahresabschluss, ab dessen Erstellung die Anzeigepflicht wieder gelten soll. Die Begründung im Kommentar Ziffer 2. Absatz 7 vermag nicht zu überzeugen. Sie ist praxisfremd. Die Regelung wird in erster Linie für KMU gemacht, welche einer eingeschränkten Revision gemäss OR Art. 727a unterliegen. In diesen Fällen erlaubt das Gesetz ausdrücklich, dass die Revisoren im Zusammenhang mit der Buchführung und anderen Dienstleistungen für die geprüfte Gesellschaft tätig sein darf (OR Art. 729 Abs. 2). Es trifft also in der überwiegenden Anzahl der Fälle kaum zu, dass die Revisionsstelle keine Kenntnis einer Überschuldung erhält. Auch wenn das Gesetz verlangt, die Unab-

hängigkeit müsse durch organisatorische und personelle Massnahmen gewährleistet sein, so dass keine eigene Arbeiten überprüft werden, so kann, darf und muss u. E. davon ausgegangen werden, dass eine Überschuldung, welche dem beratenden Mitarbeitenden der Revisionsstelle bekannt ist, auch der Revisionsstelle selbst bekannt gilt.

Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle ist eine objektive Anzeigepflicht, die sich ausdrücklich auf die «offensichtliche Überschuldung» bezieht und dann greift, wenn der Verwaltungsrat es unterlässt, das Gericht zu benachrichtigen. Diese «objektivierte» Anzeigepflicht führt dazu, dass die Revisionsstelle in Kenntnis einer Überschuldung gehalten wäre, zu prüfen, ob die Voraussetzung für einen Verzicht der Anzeige beim Gericht erfüllt sind, wenn sie nicht vollständig aus diesem Entscheid rausgehalten wird. Sie müsste ansonsten prüfen, ob die Gesellschaft in der Lage sein wird, innert sechs Monaten nach Ende der notrechtlichen Massnahmen die Überschuldung zu beseitigen. Dies wiederum erfordert die Feststellung der tatsächlichen Überschuldung und eine Plausibilisierung der Unternehmensplanung mit ihren Auswirkungen auf die Bilanz der Gesellschaft. Und dies zusätzlich in einer Phase, in der noch nicht bekannt ist, um welchen Beurteilungszeitraum es sich eigentlich handeln wird. Decken sich die Auffassungen bezüglich der Kriterienerfüllung von Verwaltungsrat und Revisionsstelle nicht, stellt sich für die Revisionsstelle gleichwohl die Frage, ob sie nicht verpflichtet wäre, eine Anzeige beim Gericht zu machen.

Eine Möglichkeit, die Überschuldungsproblematik abzdämmen, bestünde darin, wenn der Bund für die von ihm garantierten Überbrückungskredite gleichsam einen Rangrücktritt per 30. Juni 2022 für den Fall der Überschuldung einer Gesellschaft verordnen würde. Sobald eine Gesellschaft in Überschuldung gerät, stehen die Kredite im Rang zurück, wodurch die Anzeige beim Gericht bereits unter dem bestehenden Recht unterbleiben kann (OR Art. 725 Abs. 2), sofern die Kredite die Überschuldung decken. Eine zusätzliche Sistierung der Anzeigepflicht wäre dann nur noch angezeigt, wenn die Überschuldung grösser ist als der Kreditumfang, m. a. W. 10 % des Jahresumsatzes.

Mit den Rangrücktrittserklärungen erhalten die Kredite Eigenkapitalcharakter. Die Risiken sind aus der Sicht der Banken und des Bundes im Rahmen der vom Bund garantierten Kreditsummen identisch. Die Banken tragen keine Risiken und der Bund das gesamte Ausfallrisiko. Gleich fällt die Risikoverteilung aus, wenn die Unternehmen in Konkurs fallen. Die Gläubigerschutzbestimmungen von OR Art. 725 erzielen möglicherweise, aber häufig auch dann nicht, wenn die Wirtschaft normal läuft. In wirtschaftlich schwierigen Zeiten werden die Konkursdividenden immer kleiner, weil die Nachfrage nach jenen Gütern, welche durch die Konkursverwertungen auf den Markt gelangen, ebenfalls kleiner werden. Das Verwertungsrisiko ist je grösser, desto schlechter die wirtschaftliche Gesamtsituation ist. Mit einem generellen Rangrücktritt für die durch den Bund garantierten Kredite werden die Unternehmen juristisch zusätzlich gestärkt, ohne das Risiko des Bundes substantiell zu erhöhen. Damit wäre den Unternehmen und der Gesamtwirtschaft in jedem Falle mehr gedient als mit der vorgeschlagenen kurzfristigen Sistierung der Anzeigepflicht bei Überschuldung.

Zum Vorschlag betreffend die Anpassung im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren im KMU einzuführen?

Der Schweizerische Gewerbeverband sgV unterstützt den Vorschlag, den befristeten Rechtsstillstand nach Art. 62 SchKG nicht mehr weiter anzuwenden, sondern die Möglichkeit einer vereinfachten Nachlassstundung vorzusehen. Die Wirkungen des Rechtsstillstandes nach Art. 62 SchKG sind die gleichen wie diejenigen der Betreibungsferien. Allen Schuldner wird eine umfassende Stundung gewährt. Dies hat zur Folge, dass die Liquiditätsprobleme sich von den Schuldnern auf die Gläubiger überwälzen und den Kreis der Schuldner unnötigerweise erweitert. Bereits jetzt haben wir Rückmeldungen, dass einige grosse Industrie- und Handelsbetriebe die Rechnungen für gelieferte Waren und Produkte ihrer Zulieferer aus KMU-Kreisen nicht mehr innert 30, sondern neu erst innert 60 Tagen begleichen wollen. Ein solches Zahlungsverhalten kritisiert der sgV.

Zur vereinfachten Nachlassstundung nehmen wir wie folgt Stellung:

Verzicht auf Prüfung der Sanierungsfähigkeit durch das Nachlassgericht (Art. 293 lit. a SchKG)

Der Schweizerische Gewerbeverband sgV unterstützt den Verzicht auf Prüfung der Sanierungsfähigkeit durch das Nachlassgericht.

Verlängerung der Dauer der provisorischen Nachlassstundung (Art. 293a Abs. 2 SchKG)

Der Schweizerische Gewerbeverband sgV unterstützt die Verlängerung der provisorischen Nachlassstundung. Die Frist von sechs Monaten nach Beendigung der Massnahmen COVID-19 ist zu kurz für eine Beseitigung der Überschuldung. Die Frist müsste bis 31. Dezember 2021 ausgedehnt werden. Die Chancen einer Gesundung von Unternehmen hängt sehr stark von der Entwicklung der Pandemie weltweit ab und nicht nur von jener in der Schweiz. Dauert die Krise zu lange, so entsteht eine ernsthafte und langandauernde Weltwirtschaftskrise, welche eine rasche Erholung und damit auch eine rasche Beseitigung der Bilanzverluste verunmöglicht. Bereits jetzt ist damit zu rechnen, dass die Rückkehr zum Normalbetrieb schrittweise erfolgen muss und dass eine Erholung der Gesamtwirtschaft nur langsam wird erfolgen können. Entscheidend für eine Vermeidung von Gläubigerschäden ist nicht das Eigenkapital, sondern die Liquidität. Solange diese für die Unternehmen vorhanden ist, kommen keine Gläubiger zu Schaden. Für die Krisenbewältigung ist entscheidend, dass die Unternehmen möglichst lange am Wirtschaftskreislauf teilnehmen und gleichzeitig ihre Verpflichtungen erfüllen können. Damit werden Mittel im wirtschaftlichen Kreislauf gehalten. Es werden Stellen erhalten und Vermögen vor der Zerschlagung geschützt. Massgebend für eine Krisenbewältigung bis zur Konjunkturerholung sind ausreichende Cash-Flows und nicht zwingend ein handelsrechtlich ausgewiesenes Eigenkapital. Ein Verzicht auf eine Deponierung der Bilanz beim Gericht rechtfertigt sich aus diesem Krisenblickwinkel unter Notrecht für eine längere Zeitdauer. Die Nachwehen der Krise werden ebenso getragen werden müssen, wie die direkten Folgen.

Verzicht auf öffentliche Bekanntmachung (Art. 293c SchKG)

Der Entwurf der Verordnung sieht vor, dass auch bei der COVID-19-Stundung – analog der Nachlassstundung gemäss Art. 293c SchKG – in begründeten Fällen auf die öffentliche Bekanntmachung bis zur Beendigung der provisorischen Stundung verzichtet werden kann, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt. Der sgV fordert, diese «stille Stundung» bei der COVID-19-Stundung ersatzlos zu streichen. Damit werden die Gläubiger zu stark benachteiligt. Bei der COVID-Stundung geht es ja gerade darum, ein massentaugliches und unkompliziertes Verfahren zu wählen. Kann ein Schuldner die stille Stundung begründen, so soll er den Weg der normalen Nachlassstundung beschreiten und gerade nicht denjenigen der COVID-19-Stundung.

Übergang zum Konkurs nach Ablauf einer Karenzfrist (Art. 296 lit. b SchKG)

Wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war, sondern seine Zahlungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Coronakrise zu sehen sind, gilt bis Ende Mai 2020 eine Karenzfrist. Der Schweizerische Gewerbeverband sgV unterstützt eine solche Karenzfrist bis Ende Mai 2020.

Auflösung von Dauerschuldverhältnissen (Art. 297 lit. a SchKG)

Dauerschuldverhältnisse sollen einfacher aufgelöst werden können. Die Gegenpartei erhält dafür eine Entschädigung. Die Voraussetzung, dass «andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde», wird gestrichen. Der sgV unterstützt diese Massnahme.

COVID-19 Stundung

Mit einer zeitlich befristeten Stundung sollen sich bedrängte Unternehmen reorganisieren und sich für die Zeit nach der Krise neu aufstellen können. Der Schweizerische Gewerbeverband sgV unterstützt die Punkte 2.1 bis 2.14 wie in der Vernehmlassungsvorlage vorgesehen.

Ausschluss der paulianischen Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG)

Der Ausschluss der paulianischen Anfechtung erachtet der sgv hingegen als einen zu starken Eingriff in die Gläubigerrechte. Der sgv fordert die Streichung dieses Ausschlusses, da in der Praxis eine Einschränkung auf Geldmittel, welche der Schuldner unter der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erlangt hat, als nicht praxistauglich erachtet werden muss.

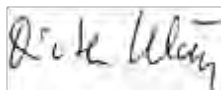
Wir danken für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv



Hans-Ulrich Bigler
Direktor



Dieter Kläy
Ressortleiter

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht

Per Email an:

michael.schoell@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch

Bern, 3. April 2020

Dringende öffentliche Konsultation: Drohende Überschuldung/Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens in Zeiten von COVID-19

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir wie folgt Stellung zu den von Ihnen in die öffentliche Konsultation geschickten Fragestellungen.

1. Zum Grundsatz: Der SGB sieht notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht und begrüsst, dass der Bundesrat Möglichkeiten evaluiert, um Unternehmen und Arbeitsplätze, die durch die COVID-19 Pandemie gefährdet werden, zu schützen.

Unternehmen dürfen jedoch nicht auf dem Buckel der Rechte der Arbeitnehmenden-Gläubiger geschützt werden. Auch ist der Schutz der Arbeitnehmenden vor missbräuchlichen Konkursen auszubauen: aus diesem Grund verlangen wir zeitgleich die Umsetzung der vom SGB geforderten Massnahmen zur Umsetzung der Motion Hess 11.3925.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Der SGB begrüsst den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen.
3. Verhältnis von Sozialplänen und Kurzarbeitsentschädigung (KAE): Heute besteht der Anspruch auf KAE nur bis zum Beginn der vertraglichen Kündigungsfrist. Kurzarbeitsentschädigung ist keine Sozialversicherungsmassnahme, die in einem Sozialplan verhandelt werden kann. Zusätzlich zu den Vorschlägen des Bundesrats ist deshalb eine Anpassung zu prüfen, wonach die Bestimmungen über die Kurzarbeitsentschädigung auch bei Sozialplänen gelten. Zumal die Bestimmungen über Massenentlassungen auch in Insolvenzverfahren gelten, könnte eine Zulassung der Kurzarbeitsentschädigung als Sozialversicherungsmassnahme im Sozialplan die Insolvenzenschädigung ergänzen und die Interessen der Arbeitnehmenden so besser schützen.

4. zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht:

Allgemeines:

Für den SGB ist zentral, dass eine neue COVID-19-Stundung nicht zu einer Sanierung der Unternehmen auf dem Buckel der Arbeitnehmer führt. Die Ergänzung von Art. 58 AVIG dahingehend, dass die Bestimmungen über die Insolvenzenschädigung auch auf die COVID-19-Stundung zur Anwendung gelangen ist deshalb unabdingbar. Selbiges betrifft die Anwendbarkeit von Art. 333 und Art. 333a OR. Eine neue COVID-19-Stundung darf im Vergleich zum bestehenden Nachlassverfahren mit keinen Nachteilen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verbunden sein. Gerade die vorliegende Krise darf nicht dazu gebraucht werden, missbräuchliche Kündigungen und Konkursreiterei weiter zu betreiben: Wir weisen deshalb auf die Forderungen des SGB im Rahmen der längst überfälligen Umsetzung der Motion Hess 11.3925 hin:

- SchKG-Verfahren sollte für Arbeitnehmenden/Lohnforderungen grundsätzlich kostenlos sein.
- Handelsregister-Moratorium für notorische Konkursiten
- Regelmässige und systematische Anzeige durch Behörden/Ausgleichskassen/SUVA, etc. an die zuständigen Staatsanwaltschaften bei Verdacht auf Konkursdelikte

Spezifisches:

Zum Punkt 1.4. Auflösung von Dauerschuldverhältnissen:

Der SGB kann sich mit dieser Bestimmung nur einverstanden erklären, wenn Art. 297a SchKG dahingehend modifiziert wird, dass Arbeitsverträge nicht tangiert werden. Kündigungen von Arbeitsverhältnissen dürfen nur unter allen heute geltenden Bestimmungen des OR gemacht werden, inkl. der integralen Bestimmungen zur Massenentlassung und der Sozialplanpflicht, die in Zeiten dieser Krise besonders wichtig ist.

Zum Punkt 2.1 Einleitung der COVID-Stundung:

Abs. 1: Eine Stundung von 6 Monate wäre vorzuziehen. Dies würde den Unternehmen eine echte Chance zu Sanierung eröffnen und die Gerichte nicht mit Verlängerungsgesuchen belasten. Diese 6 Monaten wären ein Maximum und der Richter entscheidet je nach der Situation des antragstellenden Unternehmens.

Abs. 2: Hier wäre es sinnvoll, der Gläubigererklärung eine Bescheinigung über die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge beizufügen. Das Unternehmen ist mit der Zahlung dieser nämlich möglicherweise im Verzug. Dies könnte für die Festlegung der in Absatz 1 vorgesehenen Frist wichtig sein. Grundsätzlich sollte der Bund das Risiko übernehmen für Sozialversicherungslücken, die im Rahmen der COVID-19-Stundung entstehen.

Abs. 4 lit. a: Die 20 Millionen sind so zu verstehen, dass Immobilienvermögen ausgeschlossen ist (andernfalls, z.B. für die Hotellerie oder wenn das Unternehmen eigene Räumlichkeiten besitzt, wäre es im Nachteil)

Zum Punkt 2.14: Die Ergänzung von Art. 58 AVIG betreffend Insolvenzenschädigung auch im Rahmen einer neuen COVID-19-Stundung ist unabdingbar.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND



Pierre-Yves Maillard
Präsident



Luca Cirigliano
Zentralsekretär

Bundesamt für Justiz
Direktion Bereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

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

Zürich, 3. April 2020

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Leasingverband (SLV) vertritt die Interessen der Schweizer Leasinggesellschaften. Gerne äussern wir uns im Rahmen der oben genannten öffentlichen Anhörung.

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Wir begrüssen punktuelle, zeitlich befristete Massnahmen auch im Bereich des Gesellschafts- und Betreibungsrechts. Den Auswirkungen auf die Rechte der Gläubiger ist jedoch grösseres Gewicht beizumessen.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Diese Regelung begrüssen wir, weil sie die Organe von Gesellschaften massgeblich und zielgerichtet entlastet.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Provisorische Nachlassstundung

Eine Verlängerung der Frist für die provisorische Nachlassstundung begrüssen wir. Die übrigen vorgeschlagenen Änderungen lehnen wir hingegen ab. **Insbesondere besteht keinerlei Anlass, die Bedingungen für eine vorzeitige Auflösung der Dauerschuldverhältnisse gemäss Art. 297a SchKG zu lockern.** Die Voraussetzung einer Vereitelung des Sanierungszwecks für die fristlose Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses ist ein wirksamer Schutz des

Gläubigers vor Missbrauch und wurde in der letzten SchKG-Revision entgegen dem damaligen Vorschlag des Bundesrates und der Expertenkommission eingeführt. Der Erläuterungsbericht und auch das Gutachten von Prof. Dr. Lorandi enthalten keine Begründung, inwiefern die heutige Situation hier eine Änderung bedingt. Zudem soll diese offenbar unbefristet eingeführt werden, was den Grundsätzen einer Notverordnung auf jeden Fall widerspricht.

COVID-19-Stundung

Die Einführung eines speziellen Stundungsverfahrens ist unseres Erachtens nicht ausgewogen. Die geplanten Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Gläubiger, insbesondere der Zessionskreditgeber, sind zu weitgehend und in dieser Form unnötig. **Inbesondere die Änderung von Art. 297 Abs. 4 SchKG, wonach eine Abtretung künftiger Forderungen keine Wirkung entfalten soll, lehnen wir explizit ab.**

Die Abtretungen künftiger Forderungen erfolgen normalerweise in Zusammenhang mit der Finanzierung eines Unternehmens, aus dessen Tätigkeit die künftigen Forderungen entstehen oder (im Falle von Dauerschuldverhältnissen) über die Zeit fällig werden. Soll nun die gleiche Regelung gelten, wie im Falle eines Konkurses oder einer Nachlassstundung, so fällt dies auf den Kreditgeber des schuldnerischen Unternehmens zurück, welcher sich seinerseits genötigt sehen kann, den Kredit wegen Wegfalls der Besicherung fällig zu stellen. Dies dient weder dem Kreditgeber noch dem Schuldner wirklich, denn nach Ablauf der Stundung ist der Kredit zurückzuführen, wenn dies dem Schuldner überhaupt möglich ist. Zudem soll dem Wortlaut nach diese Wirkung der COVID-19-Stundung nicht befristet sein. Der Kreditgeber kann also nicht davon ausgehen, nach dem Ablauf der Stundung wieder Gläubiger eines besicherten Kredits zu sein. Die Wirkungen der vorgesehenen Massnahme gehen damit weit über das Notwendige hinaus und sind abzulehnen. Gerade wenn es darum geht, den schuldnerischen Betrieb aufrecht zu erhalten, die diese Massnahme nicht nötig. Die nötige Liquidität kann sich der Schuldner über die Notkredite beschaffen.

Wir danken für eine Berücksichtigung unserer vorstehenden Ausführungen und stehen gerne für Rückfragen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Sig. Prof. Dr. Cornelia Stengel
Geschäftsführerin

Sig. Luca Stäuble
Stv. Geschäftsführer

Von: [Granwehr Jürg](#)
An: [Schöll Michael BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#)
Betreff: STN scienceindustries 03.04.2020 Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen
Datum: Freitag, 3. April 2020 11:58:26

Sehr geehrte Damen und Herren

scienceindustries, der Wirtschaftsverband Chemie Pharma Life Sciences nutzt die Möglichkeit, in dieser Sache Stellung nehmen zu können. Aufgrund der kurzen Frist ist es uns nur möglich, uns sehr summarisch zu äussern.

Es ist unseren Mitgliedern bewusst, dass die aktuelle Situation im Zusammenhang mit den beschlossenen Massnahmen rund um das Coronavirus sehr herausfordernd ist, wobei die Betroffenheit zum aktuellen Zeitpunkt nicht gleichmässig verteilt sein dürfte. Viele vermutlich stärker betroffene KMU sind eine wesentliche Stütze unserer Wirtschaft und es ist auch in unserem Sinne, wenn diesen Betrieben in der aktuellen Situation nach Kräften geholfen wird.

Vor diesem Hintergrund mögen einige vorliegende Vorschläge Sinn machen, müssen aber – wie vorgesehen - befristet bleiben. Dennoch sind wir der Ansicht, dass mit Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung und die Kreditvergabe wichtige Massnahmen beschlossen wurden, die zu einer Entlastung führen müssten. Insofern würde es nun an sich einer Logik entsprechen, wenn man diese Massnahmen greifen lassen könnte, bevor mittels Notrecht Eingriffe in ein etabliertes Rechtssystem vorgenommen werden, deren Auswirkungen nicht abschätzbar sind.

Erachtet man in dieser schwierigen Abwägung einen solchen Eingriff bereits jetzt als unverzichtbar, so unterstützen wir im Grundsatz die Stellungnahme von economiesuisse. Sehr kritisch sehen wir indes die Regelung, dass ein Dauerschuldverhältnis unter Entschädigung der Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt gekündigt werden kann (Abweichung von Art. 297a SchKG). Auch wenn es hier die Zustimmung des Sachwalters braucht, befürchten wir (entgegen Gutachten Lorandi) mitunter einschneidende Nachteile für die Gläubiger. So könnten z.B. Lizenzverträge einfach gekündigt werden. Das darf nicht sein. Wer von den Erleichterungen profitiert, sollte nicht auch noch gleichzeitig aus solch wesentlichen Vertragsverhältnissen aussteigen können. Rechtssicherheit und Unternehmensplanung ist unter diesen Umständen nicht mehr zu wahren. Mindestens Vertragsverhältnisse von derart umfassender Bedeutung, wie bspw. Lizenzverträge, müssten aus unserer Sicht von dieser Regelung ausgenommen werden.

Wir danken Ihnen für wohlwollende Prüfung unserer Vorbringen.

Freundliche Grüsse
Jürg Granwehr

Jürg Granwehr, lic. iur. Rechtsanwalt
Leiter Pharma
scienceindustries
Wirtschaftsverband Chemie Pharma Life Sciences
Nordstrasse 15 Postfach CH-8021 Zürich
Tel. +41 44 368 17 28
Fax +41 44 368 17 70

juerg.granwehr@scienceindustries.ch
www.scienceindustries.ch

Folgen Sie uns: [Twitter](#) - [Facebook](#) - [LinkedIn](#)

From: Sibyll.Walter@BJ.admin.ch <Sibyll.Walter@BJ.admin.ch> **On Behalf Of**
Michael.Schoell@bj.admin.ch
Sent: Mittwoch, 1. April 2020 13:25
To: Michael.Schoell@bj.admin.ch
Subject: DRINGEND: Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen

Sehr geehrte Damen und Herren
Mesdames, Messieurs

Beiliegend erhalten Sie eine Konsultation des Bundesamtes für Justiz zu möglichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus. Gerne erwarten wir Ihre Stellungnahme bis **Freitag, 3. April 2020, mittags**.
*Veuillez trouver ci-après une consultation de l'office fédéral de la justice par rapport à des mesures potentielles dans le contexte du coronavirus. Nous vous saurions gré de bien vouloir nous faire parvenir votre prise de position d'ici **vendredi, 3 avril 2020, midi**.*

Schreiben BJ / Lettre OFJ

Beilage 01: Konzeptpapier / Annexe 1: Document de réflexion

Beilage 02: Vorschlag "Teilsistierung von Art. 725 OR" / Annexe 02: Proposition "Suspension partielle de l'art. 725 CO"

Beilage 03: Vorschlag "Anpassungen im SchKG" / Annexe 03: Proposition "Adaptations de la LP"

Beilage 04 (nur auf Deutsch): Gutachten Lorandi zum Anpassungsbedarf im SchKG vom 31. März 2020

Diese Dokumente werden in Kürze auf der Webseite des BJ publiziert.
Sous peu ces documents seront disponibles sur le site de l'OFJ.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüssen
En vous remerciant de votre collaboration, nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations les meilleures.

Michael Schöll | Vizedirektor | Chef Direktionsbereich Privatrecht | Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ | Bundesrain 20 | CH-3003 Bern | Tel +41 58 462 4175 | Mobile +41 79 372 7117
| michael.schoell@bj.admin.ch

Von: [Sikander](#)
An: [Schöll Michael BJ](#)
Betreff: Corona / Konsultation wg. Art. 725 OR
Datum: Freitag, 3. April 2020 11:55:50

Guten Tag Hr Schöll

Gemäss Art. 24 der Covid-19 Solidarbürgschaftsverordnung soll ein Kredit in einem Art. 725 Abs. 1 Fall oder einem Art. 725 Abs. 2 OR Fall bis zum 31. März 2022 nicht wie Fremdkapital betrachtet werden dürfen. Dies entspricht sozusagen einem befristeten Rangrücktritt. Ein normales Darlehen mit Rangrücktritt würde jedoch weiterhin als Fremdkapital bezeichnet werden.

In der laufenden Konsultation über die Auswirkungen auf den Art. 725 Abs. 2 wird im Artikel X der Art. 725 Abs. 1 nicht genannt, d.h. nur auf diesen Artikel X bezogen würde, anders als gemäss Art. 24 der Verordnung, im Falle von Art. 725 Abs. 1, die Berechnung der Sanierungs-GV-Schwelle wie bis anhin vorgenommen.

Gemäss Art. 24 der Verordnung, ist der Kredit auch im Falle von Art. 725 Abs. 1 nicht mehr als Fremdkapital zu betrachten. Da der Kredit nicht als Fremdkapital zu berücksichtigen ist, gehört er im Umkehrschluss somit für die Berechnungen im Zusammenhang mit Art. 725 zum Eigenkapital. Aufgrund von Art. 24 wäre es notwendig festzulegen, wie dieses durch den Kredit geschaffene Eigenkapital zu behandeln ist. Um festzustellen, ob ein Unternehmen eine Sanierungs-GV einberufen muss ist es wichtig zu wissen, als welche Art von Eigenkapital dieser Kredit betrachtet werden soll. Wird der Kredit dem Grundkapital oder einer gesetzlichen Reserve gleichgestellt, ist er bei der Berechnung anders zu behandeln, als wenn er wie freie Reserven oder Bilanzgewinn betrachtet würde. Im ersten Fall ist die Sanierungs-GV früher einzuberufen. Einem Organ, welches die Sanierungs-GV nicht rechtzeitig einplant, kann ein fehlerhaftes Verhalten vorgeworfen werden. Es ist deshalb m.E. wichtig, hier Klarheit zu schaffen und entweder den Art. 725 Abs. 1 im bestehenden Art. 24 der Verordnung nicht mehr aufzuführen, oder in diesem neuen Art. X eine Ergänzung vorzunehmen, welcher Art von Eigenkapital dieser Kredit zugeordnet werden soll.

Im Zusammenhang mit den Ausführungen auf Beilage 3 und Ergänzung der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung unter Ziff. 3.1 wäre es ggf. sinnvoll die Revisionsstellen darauf hinzuweisen, dass bei der Bestätigung wonach der geprüfte Abschluss und die Gewinnverwendung Gesetz und Statuten entsprechen, auch die Prüfung über die korrekte Verwendung eines Corona-Kredits mit dazu gehört. Es wäre m.E. auch vorzusehen, dass ein Unternehmen welches von einem Opting Out Gebrauch macht verpflichtet werden sollte, einen zugelassenen Revisor (ggf. auch nur einen Treuhänder oder Buchhalter mit Mindestqualifikation Fachausweis) zu bezeichnen, welcher den Abschluss lediglich mit Bezug auf die korrekte Verwendung eines Corona-Kredites prüfen muss (ähnlich wie wenn jemand eingeschränkt geprüft wird und zusätzlich noch eine IKS-Prüfung für die ordentlich zu revidierende Muttergesellschaft benötigt). Die Bestätigung wäre der Bank einzureichen. Damit würde die aktuelle Diskussion über die möglichen Missbräuche wegfallen oder zumindest reduziert. Die Unternehmen hätten sozusagen statt Zinsen die Revisionskosten zu tragen. Wer dem Revisor eine saubere Dokumentation über die Begründung für den Kreditantrag vorlegt, zusätzlich im laufende Betrieb z.B. den Kredit analog eines zweckbestimmten Baukredites behandelt, wird keine grosse Rechnung für

diese Prüfung erhalten. Es könnte auch mit einer entsprechend erweiterten Geldflussrechnung schnell geprüft werden, ob hier korrekt gehandelt wurde. So wie eine Bank in einem Kreditvertrag einen geprüften Abschluss innert kurzer Frist verlangen kann, sollte dies auch hier möglich sein. Je besser jemand seine Buchführung und Rechnungslegung organisiert hat, desto günstiger ist die Revision.

Freundlichen Gruss
Sikander von Bhicknapahari

(Ich bin Jurist, dipl. Experte in Rechnungslegung&Controlling und zugelassener Revisionsexperte. Als Mitautor im Kommentar zum OR-Rechnungslegungsrecht interessieren mich diese Themen auch im praktischen Berufsleben und meiner Referententätigkeit)

--

von portabel
mobile ++41 79 400 82 78 <http://www.sikander.net>

--

Diese E-Mail wurde von Avast Antivirus-Software auf Viren geprüft.
<https://www.avast.com/antivirus>



Daniel Staehelin

Prof. Dr. iur., Advokat und Notar
eingetragen im Anwaltsregister

daniel.staehelin@kellerhals-carrard.ch

Basel, 2. April 2020

lau/B9701828

**Öffentliche Konsultation: Pflichten der Organe von Unternehmen
bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlass-
verfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens**

Liebe Kolleginnen und Kollegen

Gerne beantworte ich Ihre Fragen in oben genannter Angelegenheit wie folgt:

Frage 1

1. Ich sehe grundsätzlich notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betriebsrecht.
2. Die vorliegende Situation ist in wirtschaftlicher Hinsicht vergleichbar mit einer Generalmobilmachung, wo ein Teil der Betriebe schliessen mussten, da ihre Inhaber oder Mitarbeiter im Militär waren. Für diesen Fall sieht das Gesetz in den Art. 337 ff. SchKG die Notstundung vor, die jedoch nicht an die Revision des Sanierungsrechts angepasst wurde und daher veraltet ist
3. Es gilt zu verhindern, dass all die von der Krise stark betroffenen Betriebe in Konkurs gehen, was Produktionsmittel in grossem Umfange vernichten wird, wo auch die Gläubiger zu Schaden kommen werden, da die konkursmässig zu liquidieren Aktiven in diesem Umfeld keinen Wert haben und was zu grosser Arbeitslosigkeit mit all ihren Konsequenzen führt. Daher sind zusätzliche Massnahmen erforderlich.
4. Die Massnahmen betreffen die Gläubiger, da sie für einen gewissen Zeitraum gewisse Forderungen nicht mehr geltend machen können. Daher können sie selbst in Liquiditätsschwierigkeiten kommen und ihre Refinanzierungskosten nicht mehr begleichen. Dies könnte wiederum die kreditgebenden Banken unter Druck bringen. Andererseits wird der Ausfall, der im Massenkursfall zu tragen sein wird, weit höher sein, womit die vorgeschlagenen Massnahmen grundsätzlich gerechtfertigt sind.
5. Die vorgeschlagenen Massnahmen sind verhältnismässig:
 - Sie sehen bloss eine Stundung und keinen Schuldenschnitt vor.

- Sie sind zeitlich begrenzt.
- Der jetzt geltende allgemeine Rechtsstillstand wird aufgehoben.
- Die COVID-19-Stundung betrifft nur die bis zu einem gewissen Zeitpunkt entstandenen Schulden. Neue Schulden müssen bezahlt werden, was sicherstellt, dass der Wirtschaftskreislauf wieder, resp. weiterhin funktioniert.

Frage 2

6. Der Grundsatz ist richtig. Massenkurse müssen verhindert werden (s. oben Ziff. 3). Der Gesamtschaden im Falle von Massenkursen ist höher, als der Schaden, der dadurch entsteht, dass einzelne konkursreife Betriebe noch für eine gewisse Zeit fortgeführt werden.
7. Der zeitliche Rahmen mit *„innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2“* ist unklar definiert, da anzunehmen ist, dass diese Massnahmen gestaffelt aufgehoben werden.
8. M. E. ist auch die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz zu sistieren, denn dies belastet einerseits den Betrieb (namentlich bei KMUs) und ist andererseits überflüssig, da sie bloss einen Momentaufnahme enthält und keine Handlungspflichten darauf abstellen. Wichtig für den Verwaltungsrat ist vor allem die Liquiditätsplanung.
9. Es ist richtig, die Pflicht der Revisionsstelle, das Gericht zu benachrichtigen, nicht auszusetzen. Die Begründung hierfür, dass dies nicht erforderlich sei, weil eine allfällige Revisionsstelle gar keine Kenntnis der Überschuldung erhält, ist indes falsch. Richtigerweise entfällt die Pflicht der Revisionsstelle zur Anzeige, da der Verwaltungsrat den Tatbestand von Art. 728c Abs. 3 OR (*„... und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige ...“*) nicht erfüllt.

Frage 3

10. (ad 1.1) Die Änderung von Art. 293 lit. a und 293a Abs. 3 SchKG scheint mir richtig zu sein. Obwohl nunmehr ein unbedingter Anspruch auf eine provisorische Nachlassstundung bestehen soll, müssen die übrigen Unterlagen gemäss Art. 293 lit. a SchKG eingereicht werden, damit das Gericht bei seiner Entscheidung darüber, ob die Stundung publiziert werden soll, ob eine Sachwalter einzusetzen ist, welche Befugnisse dieser hat und ob ein Gläubigerausschuss einzusetzen ist, über ein Grundlage verfügt.
11. (ad 1.3) Die Karenzfrist bis 20. Mai 2020 ist zu kurz, richtiger scheint mir eine Karenzfrist bis mindestens Ende Juli 2020 zu sein.
12. (ad 2.1.-2.2.) Die Einführung einer COVID-19-Stundung wird sehr begrüsst. Sie ersetzt in sinnvoller Weise die veraltete Notstundung des SchKG. Sie ist verhältnismässig (vgl. oben Ziff. 5). Zwecks Klarstellung für den Nichtfachmann sollte erwähnt werden, dass diese Bestimmungen für alle natürlichen und juristischen Personen gelten.

13. (ad 2.3) Da Art. 725 OR für 6 Monate modifiziert werden soll, betrifft die vorliegende Bestimmung der COVID-19-Stundung nur noch (die von mir abgelehnte, vgl. oben Ziff. 4) Pflicht, eine Zwischenbilanz zu erstellen und ist daher überflüssig.

14. (ad 2.4.-2.5.) Einverstanden.

15. (ad 2.6.) Unklar ist der zeitliche Anwendungsbereich: Bis wann kann diese Stundung beantragt werden?

Im Gegensatz zur Nachlass- und Notstundung werden auch alle privilegierten Forderungen gestundet. Dies ist heikel. Alimentenforderungen müssen auch während der Stundung bezahlt werden. Bezüglich der Arbeitnehmerforderungen erhält der Arbeitgeber Kurzarbeitsentschädigung und muss dem Arbeitnehmenden 80% des Lohnes zahlen. Auch diese Forderung darf nicht gestundet werden.

16. (ad 2.7) Die Aufhebung der Abtretung künftiger Forderungen (Debitorenzession) entspricht der Regelung in der Nachlassstundung. Wenn nun viele Betriebe von der COVID-19-Stundung Gebrauch machen, verlieren die Banken die entsprechenden Sicherheiten. Es muss abgeklärt werden, ob dies eine Auswirkung auf die Stabilität des Finanzmarktes hat.

Abs. 2 sollte um folgenden Satz ergänzt werden: *Ebenfalls ausgeschlossen ist die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses gemäss Art. 283 SchKG.*

17. (ad 2.8) Die der normalen Nachlassstundung entsprechende Bestimmung von Abs. 2, wonach während der Stundung ohne Ermächtigung des Nachlassgerichts keine Teile des Anlagevermögens veräussert oder Pfänder bestellt werden dürfen, wird die Gerichte überlasten. Die entsprechenden Ermächtigungen werden zu spät eintreffen, was es den Betrieben verunmöglicht, sich auf dem Finanzmarkt zu refinanzieren. Da die COVID-19-Stundung nur wenige Monate dauern soll, ist darauf zu verzichten.

Allenfalls ist in Absatz 1 Satz 1 folgendes zu ergänzen: Der Schuldner kann seine Geschäftstätigkeit fortsetzen; *doch darf er während der Dauer der Stundung keine Rechtshandlungen vornehmen, durch welche die berechtigten Interessen der Gläubiger beeinträchtigt oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer begünstigt werden.*

18. (ad 2.9-2.14) Keine Bemerkungen.

Mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Daniel Staehelin

Per E-Mail

michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch

Dr. Marc Bernheim | Rechtsanwalt
marc.bernheim@staiger.law

Gaudenz Geiger | Rechtsanwalt
gaudenz.geiger@staiger.law

Zürich, 03. April 2020

Öffentliche Konsultation (Aktenzeichen: 237.1-3233/7/3)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 1. April 2020 betreffend öffentliche Konsultation zu den Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens. Infolge der sehr kurzen Konsultationsfrist erlauben wir uns, Ihnen unsere Überlegungen ebenfalls in aller Kürze darzulegen.

Frage 1: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Ja. Die derzeitige wirtschaftliche Situation erfordert solche Massnahmen. Es ist zu begrüssen, dass Massnahmen sowohl im Gesellschafts- wie im Betreibungsrecht geplant werden. Ein Ansatz, der sich nur mit einem der beiden genannten Rechtsgebiete befasst, wäre unvollständig und im Ergebnis untauglich.

Frage 2: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR für die Dauer der Massnahme gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Wir begrüssen den Vorschlag. In der Kommunikation ist hervorzuheben, dass es sich um eine zeitlich befristete Massnahme handelt. Das Abstellen auf den Bilanzstichtag 31. Dezember 2019

ist u.E. einfach und praktikabel. Der Klarheit und Praktikabilität wegen wäre es u.E. wünschenswert, wenn auch Revisionsstellen von den Pflichten gemäss Art. 725 OR entbunden werden. Der jetzige Ansatz, wonach Revisionsstellen nicht von der Meldepflicht ausgenommen werden müssen, weil sie infolge der fehlenden Pflicht zur Prüfung der Zwischenbilanz von der Überschuldung keine Kenntnis erhält, greift u.E. zu kurz (und dürfte in der Praxis vielfach auch nicht zutreffend sein).

Frage 3: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Die beiden Vorschläge erscheinen uns in der gegebenen Situation tauglich.

Bei der Regelung der COVID-19-Stundung bedarf u.E. die Regelung zur Wirkung der Stundung auf die Verfügungsbefugnis des Schuldners (Beilage 3, Ziff. 2.9) einer Konkretisierung. Die Nichtanfechtbarkeit von Zahlungen aus dem laufenden Geschäftsbetrieb wird – soweit ersichtlich – damit begründet, dass es sich um Masseverbindlichkeiten handelt (Beilage 4, Rz. 93). Die analoge Anwendung von Art. 310 Abs. 2 SchKG ist u.E. aber problematisch, da in der COVID-19-Stundung regelmässig auf die Einsetzung eines Sachwalters verzichtet wird, und auch Art. 285 Abs. 3 SchKG regelmässig nicht Einschlägig sein dürfte.

Für grössere bzw. komplexere Fälle ist weiterhin die Durchführung einer «ordentlichen» Nachlassstundung vorgesehen. Dies ist zu begrüssen. Eine nachhaltige Sanierung von Unternehmen dürfte u.E. insbesondere über ordentliche Nachlassverträge, d.h. den Dividendenvergleich erreicht werden können. U.E. wäre es überlegenswert, die Schranken zum Abschluss eines Dividendenvergleichs für den Zeitraum der Corona-bedingten wirtschaftlichen Verwerfungen zu senken. Dies könnte sehr einfach über eine Anpassung der Annahme-Quoren gemäss Art. 305 SchKG erreicht werden.

Besten Dank für Ihre Kenntnisnahme.

STAIGER Rechtsanwälte AG


Dr. Marc Bernheim


Gaudenz Geiger

Von: [raffael steger](#)
An: [Schöll Michael B1](#)
Betreff: STN Steger Raffael 02.04.2020 Konsultation
Datum: Donnerstag, 2. April 2020 22:46:23

Guten Tag Herr Schöll

In dieser kurzen Zeit (Beginn Mittwoch, 01.04.2020 - Ende 03.04.2020) eine vernünftige Auseinandersetzung mit dieser Thematik, den Folgen und allfälligen Alternativen zu bewerkstelligen, ist weder möglich noch seriös, sondern schlichtweg fahrlässig. Es gibt keinen Grund, derart überhastet etwas durchzuboxen. Diejenigen Unternehmen, die 3 Wochen ohne Einnahmen nicht überleben können, sollten sich ernsthaft mit der Frage beschäftigen, ob deren Geschäftskonzept überhaupt wirtschaftlich ist und - auch wenn es hart klingen mag - in den Konkurs geschickt zu werden.

Mit einer solchen kurzen Frist werden unnötigerweise grundlegende Rechte der Allgemeinheit beschnitten.

Freundliche Grüsse
Raffael Steger

Faculté de droit
Chaire de droit économique et
Droit international privé
Prof. Walter Stoffel
Avenue de Beauregard 13
CH-1700 Fribourg

T +41 26 300 80 62
F +41 26 300 77 22
walter.stoffel@unifr.ch
www.unifr.ch/ius/stoffel

Bundesamt für Justiz
EJPD
Direktion Privatrecht
3001 Bern

Fribourg, 3. April, 2020

Konsultation Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich danke für die Zustellung des Verordnungsentwurfes und nehme gerne dazu wie folgt Stellung.

Vorschlag: neuer Absatz 2 und zusätzlicher Absatz 3:

Abs. 2

Die Beurteilung der Frage, ob eine begründete Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung in nützlicher Frist besteht, gilt in verantwortlichsrechtlicher Hinsicht als Geschäftsentscheid des Verwaltungsrates.

Variante: Die Beurteilung der Frage, ob eine begründete Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung innert dieser Frist besteht, gilt als Geschäftsentscheid des Verwaltungsrates, für welchen dieser nicht haftet, wenn er vernünftigerweise annehmen durfte, dass er aufgrund angemessener Informationen im Interesse der Gesellschaft handelte.

Abs. 3

Die Pflicht der Revisionsstelle zur Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung ruht während der 6-monatigen Frist nach Ende der Massnahmen.

Begründung

Die Vorschläge sind insgesamt sinnvoll. Sie stellen weitgehend ab auf das Instrumentarium der Stundung nach SchKG. Dies setzt immer ein Tätigwerden der Gerichte voraus. Es ist anzunehmen, dass viele Gerichte überlastet sein werden und die Verfahren nicht mit der nötigen Dringlichkeit behandeln werden. Damit erhalten die Massnahmen, welche die Gesellschaft alleine treffen kann, besondere Bedeutung. Die vorstehend formulierten Vorschläge beziehen sich auf diese Massnahmen, nämlich auf die Teilsistierung der Überschuldungsregel von Art. 725 Abs. 2 OR.

I.

Grundsätzlich unterstütze ich die vorgeschlagene Teilsistierung der Überschuldungsregel.

Man kann sich fragen, ob Festlegung der Fristlänge auf sechs Monaten befriedigend ist. In der Sache geht es um eine *nützliche Frist*, die in der Regel einen Zeitraum von sechs bis neun Monaten nicht überschreiten sollte. Eine Bemessung in Monaten hat immer etwas Willkürliches an sich, aber sie liegt im Interesse der Rechtssicherheit. Eine Frist von neun Monaten wäre auch vertretbar. Der Vorschlag von sechs Monaten liegt eher an der unteren Grenze.

Da einerseits die vom Bund garantieren Darlehen schon aufgrund der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung (Art. 24) bei der Berechnung der Überschuldung nicht berücksichtigt werden müssen und da andererseits nach Ablauf der Frist immer noch die konkursrechtlichen Instrumente offenstehen, ist eine 6-monatige Frist wohl insgesamt sinnvoll.

II.

Sie betreffen einerseits die verantwortlichkeitsrechtlichen Konsequenzen des Entscheides des Verwaltungsrates, den Richter trotz Überschuldung nicht zu benachrichtigen. Die Frage, ob eine Überschuldung i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR vorliegt, ist ein rechtlicher Entscheid, kein Geschäftsentscheid, auf welchen die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur *business judgment rule* zur Anwendung kommt. Dagegen bildet die Beurteilung der Sanierungsaussichten ein m.E. einen Geschäftsentscheid (vgl. Walter Stoffel, Leuchttürme und Untiefen, SZW 2017 650-660, 659).

Der Entscheid betrifft eine Einschätzung zukünftiger Entwicklungen und enthält eine Risikoabwägung. Es ist daher sinnvoll, auf diesen Entscheid die *business judgment rule* zur Anwendung zu bringen. Das würde ein Doppeltes bedeuten:

- Es würde vorerst bedeuten, dass der Verwaltungsrat seinen Aufschiebungsentscheid aufgrund einer genügenden Informationsbasis gefasst haben muss. Es würde eine implizite eine minimale Dokumentationspflicht und eine gewisse Formalisierung des Entscheides mit sich bringen. Dies wäre dem Ernst der Sache angemessen.
- Es würde andererseits den Verwaltungsrat vor einer späteren *ex nunc*-Beurteilung in einem allfälligen Verantwortlichkeitsverfahren schützen, was einem Schutz des pflichtgemäss handelnden Verwaltungsrates gleichkäme. Das würde für den Verwaltungsrat das Risiko überblickbarer machen und damit die Rechtssicherheit erhöhen. Auch das wäre angemessen.

Die Praxis des Bundesgerichts zur *business judgment rule* kann heute als gefestigt bezeichnet werden. Ein implizierter Verweis auf sie durch die vorgeschlagene Formulierung würde daher genügen.

Denkbar wäre allerdings auch explizitere Formulierung in Sinner der Variante. Sie umschreibt die *business judgment rule* inhaltlich (in Anlehnung an das deutsche Recht; § 93 (1) Satz 2 AktG). Der Vorteil läge in einer besseren Verständlichkeit der neuen Regel. Einen Nachteil könnte man in der punktuellen Einführung der *business judgment rule* in das Gesetzestext erblicken.

III.

Der Vorschlag betrifft alsdann die Dispensierung von der normalerweise bestehenden Pflicht, eine Prüfung der Überschuldungsbilanz durch einen zugelassenen Revisor einzuholen (Art. 725 Abs. 1, 1. Satz). Sie ist meines Erachtens nicht geglückt. Der Dispens geht gleichzeitig zu wenig weit und zu weit.

Zu wenig weit geht er, weil er die Revisionsstelle in der Pflicht belässt, bei offensichtlicher Überschuldung direkt den Richter zu benachrichtigen (Art. 728c Abs. 3, Art. 729c OR). Es kann nicht angehen, dass die Revisionsstelle für eine verspätete Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung geradstehen muss, wenn der Verwaltungsrat seinerseits die Benachrichtigung gemäss Vorschlag aufschieben darf. Die Hoffnung, dass der Revisor wegen der Dispensierung von der Überschuldung keine Kenntnis erhält und dass er deswegen geschützt sein wird, dürfte jedoch oft trügerisch sein. Man sollte in dieser wichtigen Frage Klarheit schaffen.

Zu weit geht die Dispensierung vom Prüfungsattest, weil der Aufschub einen Entscheid von erheblicher Tragweite darstellt. Wenn es sich herausstellen sollte, dass die Überschuldung doch nicht beseitigt werden kann, sind die Gläubiger die Benachteiligten. Die Einbindung der Revisionsstelle in das Entscheidungsverfahren ist daher sinnvoll. Sicher kann die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat den Entscheid über die begründete Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung innert Frist nicht abnehmen. Aber sie kann sicherstellen, dass wenigstens die Ausgangslage – das Ausmass der Überschuldung – richtig erkannt und in den Entscheid einbezogen wird.

Es erscheint daher angebracht, einerseits auf die Dispensierung von der Prüfungspflicht zu verzichten und andererseits die Revisionsstelle ausdrücklich von der Benachrichtigungspflicht zu entbinden.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Prof. Walter Stoffel

Per E-Mail

Herrn Vizedirektor
Dr. Michael Schöll
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

St. Gallen / Zürich, den 3. April 2020

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

Sehr geehrter Herr Dr. Schöll

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Nachricht vom 1. April 2020 haben Sie uns Gelegenheit eingeräumt, uns im Rahmen einer öffentlichen Konsultation bis heute, 12:00 Uhr, zu möglichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus zu äussern. Wir bedanken uns für diese Möglichkeit zur Stellungnahme und machen davon hiermit gerne innert Frist Gebrauch.

Im Sinne einer Vorbemerkung erlauben wir uns den Hinweis, dass aufgrund der sehr kurzen Frist eine vertiefte Auseinandersetzung nur beschränkt möglich war. Es kommt hinzu, dass es sich bei den Verfahren nach Art. 725 Abs. 2 OR wie auch den Nachlassverfahren um nicht-kontradiktorisch geführte Verfahren (sog. freiwillige Gerichtsbarkeit) handelt, in welchen nur selten Rechtsmittel ergriffen werden, weswegen hierzu keine reichhaltige Rechtsprechung vorliegt. Vor diesem Hintergrund beschränken wir uns nachfolgend auf einige wenige Bemerkungen, welche in der Gerichtspraxis allenfalls zu Unklarheiten führen könnten.

1. Zum Grundsatz

Aus Sicht der Schweizerischen Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR-ASM) erscheinen die vorgeschlagenen Massnahmen sowohl zur Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR wie auch zu den Anpassungen im SchKG in der gegenwärtigen Ausnahmesituation als sinnvoll und angemessen. Weiteren notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht sehen wir – jedenfalls derzeit – aus gerichtlicher Perspektive nicht.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung

Die SVR-ASM begrüsst den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Abs. 2 OR für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen. Folgende Punkte könnten allenfalls zu Unklarheiten führen:

Der Verordnungstext spricht in Abs. 1 vom "Ende der Massnahmen". Im Kommentar dazu wird erwähnt, dass das Ende der Massnahme nicht zwingend die vollständige Aufhebung der Verordnung sein müsse, sondern auch eine schrittweise Aufhebung denkbar sei. In der Praxis wird sich die Frage stellen, ab wann im konkreten Fall die in Abs. 1 erwähnten sechs Monate zu laufen beginnen. Dieser Zeitpunkt ist unseres Erachtens im Verordnungstext zu unklar und bietet Streitpotential. Es erscheint uns entsprechend eine Präzisierung angezeigt, sei es durch eine Konkretisierung (im Verordnungstext oder Kommentar) oder aber durch die Nennung eines konkreten Datums. In Anlehnung an die Regelung bei der Nachlassstundung könnte dies allenfalls auch der 30. Mai 2020 sein, was zu folgendem Wortlaut führen könnte: *"(...) wenn begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung bis am 30. November 2020 behoben werden kann."*

Sodann ist aufgrund des Wortlautes der Verordnung allenfalls unklar, ob für den Wegfall der Prüfung durch einen zugelassenen Revisor gemäss Abs. 2 (wie in Abs. 1) auch vorausgesetzt ist, dass der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht

Die SVR-ASM begrüsst den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen, grundsätzlich. Bezugnehmend auf die Beilage 3 (Anpassungen im SchKG) erlauben wir uns die folgenden wenigen Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen:

Ziff. 1.3: *Übergang zum Konkurs nach Ablauf einer Karenzfrist*

Hier liegt möglicherweise ein Verschieb vor: Es dürfte Art. 296b Buchstabe **a** gemeint sein (vgl. Verweis auf das Gutachten von Prof. Lorandi, Rz 110). Sinnvoll erschiene allenfalls zudem, Art. 296b Buchstabe b vorübergehend zu suspendieren.

Ziff. 1.4: *Auflösung von Dauerschuldverhältnissen*

Die Begründung für den Wegfall der Voraussetzung ("*...dass andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde;...*") gemäss Gutachten Lorandi lässt es jedenfalls nicht als zwingend erscheinen, dass die aktuelle Ausnahmesituation begründeten Anlass gibt, die entsprechende parlamentarische Ergänzung rückgängig zu machen.

Ziff. 2.6: *Der Stundung unterliegende Forderungen*

Im Grundsatz erfasst die Stundung nur die *vor* ihrer Bewilligung entstandenen Forderungen. Als Erleichterung soll demgegenüber die COVID-19-Stundung auch Forderungen erfassen, die nach der Bewilligung der Stundung, aber bis zum 30. Mai 2020 entstehen. Es stellt sich die Frage ob dies mit der gewählten Formulierung "*...bzw. bis zum 30. Mai 2020 entstanden sind*" genügend klar zum Ausdruck kommt. Wir regen deshalb an, eine Anpassung des Wortlautes im nachfolgenden Sinn zu prüfen: "*Die Wirkungen der Stundung erfassen sämtliche Forderungen gegen den Schuldner, welche vor der Bewilligung der Stundung entstanden sind, sowie – wenn die Stundung vor dem 30. Mai 2020 bewilligt wird – die bis zu diesem Datum noch entstehenden Forderungen.*" Fragen liesse sich, ob eine entsprechende Anpassung auch für das modifizierte allgemeine Nachlassverfahren sinnvoll erschiene.

Ziff. 2.10: *Rechtsmittel*

Der Entwurf entspricht dem geltenden Art. 295c SchKG. Dies erscheint sachgerecht, zumal sich nach der COVID-19-Stundung im Gegensatz zur provisorischen Stundung gemäss Art. 293a SchKG keine Weiterungen ergeben sollten.

Ziff. 2.12: *Wirkungen im Hinblick auf einen späteren Konkurs oder Nachlassvertrag*

Es könnte bei der vorgeschlagenen Formulierung eine Unsicherheit darüber entstehen, wie es sich mit den während der Stundung eingegangenen Verpflichtungen allgemein verhält, wenn *kein* Sachwalter bestellt wird, was gemäss

Intention der COVID-19-Stundung der Regelfall sein sollte.

Ziff. 3.2: Ausschluss der paulianischen Anfechtung

Gemäss Kommentar zielt die Bestimmung auf die Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG. Es stellt sich die Frage, ob es die vorgesehene "Haftung für zweckwidrige Verwendung des Darlehens" (gemäss Ziff. 3.1 der Beilage 3) rechtfertigt, *auch alle anderen* Anfechtungstatbestände auszuschliessen.

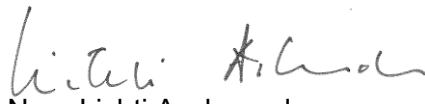
Wir hoffen, Ihnen mit den vorstehenden Überlegungen gedient zu haben. Für allfällige Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Vorstandes



Prof. Dr. Patrick Guidon
Präsident SVR-ASM



Nora Lichti Aschwanden
Vorstandsmitglied SVR-ASM

Bundesamt für Justiz BJ
3003 Bern

Per E-Mail an:

michael.schoell@bj.admin.ch

david.rueetschi@bj.admin.ch

nicholas.turin@bj.admin.ch

samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch

caroline.widmer@bj.admin.ch

sibyll.walter@bj.admin.ch

Zürich, 2. April 2020

Konsultation: Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens – Stellungnahme Swico

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 1. April ist Ihre Konsultation zu den Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens eröffnet worden. Seitens Swico als Wirtschaftsverband der ICT- und Online-Branche danken wir Ihnen für die Einladung und Möglichkeit zur Stellungnahme.

Gerne beantworten wir Ihre Fragestellungen wie folgt:

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Die bis anhin getroffenen Massnahmen erachten wir als sinnvoll und zielführend. Die weitere Entwicklung und Auswirkungen der Corona Krise sind jedoch zu beobachten, um mit weiteren Anpassungen gezielt reagieren zu können.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Der Vorschlag einer Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR für die Dauer der Massnahmen gemäss COVID-19-Verordnung 2 ist grundsätzlich zu begrüßen. Damit würde der Verwaltungsrat vorübergehend von der Pflicht bereit, eine Zwischenbilanz durch den zugelassenen Revisor prüfen zu lassen. Zusätzlich ist vorgesehen, dass die Pflicht des Verwaltungsrates, bei einer festgestellten Überschuldung das Gericht zu benachrichtigen entfällt. Dem Verwaltungsrat als oberstes Exekutivorgan der Gesellschaft würde damit für beschränkte Zeit die Möglichkeit und mehr Spielraum für die Wahrnehmung seiner Aufgaben und strategische Leitung der Gesellschaft eingeräumt. In zeitlicher Hinsicht wird vom Bundesamt für Justiz

vorgeschlagen, dass Gesellschaften, die bereits am 31.12.2019 überschuldet waren, dem bisherigen Recht unterstehen sollen. Der 31.12.2019 als Deadline ist aus unserer Sicht hier nicht nachvollziehbar. Einerseits hatte der Coronavirus anfangs Jahr noch keine wirtschaftlichen Auswirkungen. Andererseits wurde der Lockdown durch den Bundesrat erst Mitte März verordnet. Daher ist aus unserer Sicht nicht der 31.12.2019, sondern der 29.2.2020 als Deadline festzulegen.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Eine Anpassung des Nachlassverfahrens im SchKG und die Einführung der COVID-19-Stundung ist zielführend. So wird den KMU mehr Zeit gegeben, um sich auf die veränderte Situation einstellen zu können. Betreffend Deadline verhält es sich gleich wie in Frage 2: der 29.2.2020 (und nicht wie vorgeschlagen der 31.12.2019). KMU, welche schon vorher vor dem Konkurs standen, sollten nicht von der Lockerung profitieren können und ihre Bilanz ordentlich deponieren.

Wir danken Ihnen im Namen unserer Mitglieder für eine Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse
Swico



Judith Bellaiche
Geschäftsführerin



Christa Hofmann
Head Legal & Public Affairs

Per Email:

michael.schoell@bj.admin.ch;

david.rueetschi@bj.admin.ch;

nicholas.turin@bj.admin.ch;

samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch;

caroline.widmer@bj.admin.ch;

sibyll.walter@bj.admin.ch

Kurzeingabe zur Öffentliche Konsultation des Bundesamts für Justiz: Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens

1. Einleitende Bemerkungen

Swiss Retail ist der Verband der mittelständischen Detailhandelsunternehmen (stationär und online) in der Schweiz. Unter unseren Mitgliedern sind Warenhäuser, Fachmärkte und Fachgeschäfte, Verbraucher- und Abholmärkte, selbstständige Detaillisten, Food-Fachhändler und Kioske.

Die in Betracht gezogenen weiteren Massnahmen im Zusammenhang mit möglichen Erleichterungen für Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie die ins Auge gefassten Anpassungen im Betreibungsrecht werden grundsätzlich begrüsst. Auch das vorgeschlagene Konzept mit einem mehrstufigen Modell (wobei die einzelnen Unternehmen grundsätzlich einer Einzelfallbetrachtung unterworfen werden sollen) anstelle eines undifferenzierten Rechtsstillstandes erachten wir vom Prinzip her als zielführend und in die richtige Richtung gehend. Dennoch gibt es einzelne Punkte, welche für unsere Verbandsmitglieder in der Tendenz zu wenig weit gehen. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den vorgeschlagenen konkreten Anpassungen ist in Anbetracht der sehr kurz angesetzten Frist nicht möglich, weshalb wir uns darauf beschränken, einzelne, für unsere Mitglieder besonders wichtige Punkte hervorzuheben.

Vom Grundsatz her stimmen wir den geplanten Anpassungen gemäss Beilage 2 (Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR) sowie Beilage 3 (Anpassungen im SchKG) jedoch zu und begrüssen die entsprechenden Bestrebungen.

2. Zu den einzelnen Fragen

2.1. Zum Grundsatz: *Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?*

Ja.

Aus Sicht unserer Verbandsmitglieder ist es zwingend erforderlich, dass sowohl im Gesellschafts- als auch im Betreibungsrecht aufgrund der Corona-Krise entsprechende Massnahmen zum Schutz der Unternehmen (und somit letztlich auch zum Schutz von Arbeitsplätzen und der gesamten Volkswirtschaft) getroffen werden. Ebenfalls zwingend erforderlich sind Massnahmen zum haftungsrechtlichen Schutz der Führungsorgane betroffener Unternehmen.

Zu verhindern ist u.E. insbesondere, dass einzelne Unternehmen aufgrund der ausserordentlichen Lage – ev. trotz Liquiditätshilfen – mittelfristig in finanzielle Schwierigkeiten geraten und dadurch der mittel- bis langfristige Bestand dieser Unternehmen in Gefahr gerät.

2.2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: *Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt¹ der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?*

Die bestehenden gesetzlichen Regelungen führen dazu, dass ein Übergang von der Bilanzierung zu Fortführungswerten zur Bilanzierung zu Liquidationswerten praktisch immer zum sofortigen Konkurs einer Gesellschaft führt. Die derzeitige Lage bringt es mit sich, dass sehr viele der von den Massnahmen betroffenen Unternehmen, welche unter normalen Bedingungen nicht überschuldet wären, **aufgrund durch die Krise resultierender Liquiditätsengpässen und Wertverminderungen der Aktiven durch die bestehenden gesetzlichen Regelungen gezwungen sind, ein Konkursverfahren einzuleiten**. Wie im Konzeptpapier zutreffend ausgeführt wird, führt dies im Resultat dazu, dass ein gewissenhafter Verwaltungsrat in solchen Fällen unter Umständen sofort die Bilanz deponieren muss, um einem Haftungsrisiko zu entgehen. Dies führt im Resultat auch zum Verlust von diversen Arbeitsstellen, was auch volkswirtschaftlich nicht zielführend ist.

Um diese umfangreichen negativen Effekten auszuschalten, ist es aus Sicht unserer Verbandsmitglieder entscheidend, dass *im Resultat* die Verantwortungen der Organe in gewissen Fällen ausgesetzt werden und eine Bilanzdeponierung/Überschuldungsanzeige aufgeschoben werden können soll.

¹ Wir gehen davon aus, dass es entsprechend der angepassten COVID-19-Verordnung 2 per 2. April 2020 neu "für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Kapitel" statt "[...] gemäss dem 3. Abschnitt" heissen müsste.

Die beabsichtigte Lösung geht in unseren Augen in die richtige Richtung. Trotzdem geht sie zu wenig weit. Für viele unserer Verbandsmitglieder wird der **gewählte Zeithorizont** (6 Monate), innert welcher eine Überschuldung behoben werden können muss, um den Richter nicht benachrichtigen zu müssen, zu kurz sein. Es wird deshalb dringend beantragt, **diesen Zeithorizont auf mindestens 8-10 Monate zu verlängern**. Zu berücksichtigen ist hier insbesondere die Tatsache, dass diverse unserer Verbandsmitglieder sehr saisonale Sortimente/Kollektionen anbieten, welche auch eine längerfristige Planung erfordern. Aufgrund der derzeitigen Situation stehen zudem diverse Planungen still oder sind ungewiss. In vielen Fällen wird es deshalb nicht möglich sein nach Aufhebung der Massnahmen umsatzmässig an die Zeiten vor der Corona-Krise anzuknüpfen. Es ist zu befürchten, dass die negativen Folgen der corona-bedingten Massnahmen (insbesondere die Ladenschliessungen) eine längere Phase der Erholung erforderlich machen, während welcher der Fortbestand des Unternehmens als ungesichert erscheint. Die Kundenfrequenzen werden sich sehr langsam auf ein «normales» Niveau einpendeln. Eine entstandene Überschuldung wird bei unseren Verbandsmitgliedern in vielen Fällen deshalb nicht innerhalb eines halben Jahres behoben werden können und auch die 8-10 Monate werden nicht ausreichen. Es ist deshalb zusätzlich eine **Härtefall-Regelung** zu erlassen, die es in bestimmten Fällen ermöglicht, den Zeithorizont realistisch zu setzen, nämlich bis Ende 2021.

Sofern der Zeitraum nicht länger als 6 Monate festgesetzt wird, regen wir dringend an, ausdrücklich eine Verlängerungsmöglichkeit vorzusehen, wie dies anscheinend vom deutschen Gesetzgeber vorgesehen ist.

Im Zusammenhang mit der beabsichtigten COVID-19-Stundung ist im Hinblick auf die Pflichten nach Art. 725 Abs. 2 OR zwingend nötig, dass die gesellschaftlichen Leitungsorgane ihren Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR bereits dadurch nachkommen, indem sie gegebenenfalls ein Gesuch um COVID-19-Stundung oder ein Gesuch um Nachlassstundung gemäss geltendem Recht stellen.²

2.3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: *Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?*

Wir teilen die Auffassung, dass die im Gesetz beinhaltete Notstundung (Art. 337 ff. SchKG) für aufgrund der Corona-Krise gefährdeten Unternehmen keinen geeigneten Schutz bietet. Dies insbesondere deshalb, da die Notstundung gewichtige Nachteile mit sich bringt.

Zuzustimmen ist auch der Tatsache, dass eine Weiterführung des Rechtsstillstandes längerfristig kein geeignetes Instrument ist, um die corona-bedingten Probleme von Unternehmen zu beseitigen. Vielmehr sind **Regelungen erforderlich, um den betroffenen Unternehmen eine Sanierung zu ermöglichen und nicht einzig den Zweck haben, den Insolvenzeitpunkt nach hinten zu verschieben**. Die beabsichtigten Modifikationen im Nachlassstundungsrecht und insbesondere die Einführung einer COVID-19-Stundung für Unternehmen, welche gewisse Kriterien erfüllen, zielen unseres Erachtens somit in die richtige Richtung.

² Was gemäss dem Gutachten Lorandi in der Praxis etabliert ist (Rz. 48).

Zentral ist insbesondere, den betroffenen Unternehmen eine Massnahme in die Hände zu geben, welche es diesen erlaubt, **unbürokratisch** und **standardisiert** die mit einer Nachlassstundung verbundenen Wirkungen zu erwirken. Da die meisten Unternehmen, für welche eine Nachlassstundung aufgrund der Corona-Krise in Betracht kommen wird, finanziell bereits stark angeschlagen sein werden, ist es darüber hinaus zudem besonders wichtig, dass eine solche Massnahme **ohne erhebliche Kostenfolgen** möglich ist. Die beabsichtigte COVID-19-Stundung scheint dazu vom Grundsatz her ein geeignetes Mittel.

Der Kreis derjenigen Unternehmen, welchen die COVID-19-Stundung zur Verfügung steht, ist jedoch für viele unserer Verbandsmitglieder zu eng definiert. **Es wird deshalb gefordert, diese Schwelle stark zu erhöhen.**

Aufgrund der Tatsache, dass die mit der Eröffnung eines Nachlassstundungsverfahrens für ein Unternehmen entstehenden Kosten schnell sehr hoch sein können (und somit auch für viele betroffene grössere Unternehmen eine Hemmschwelle für die Einleitung eines Nachlassstundungsverfahrens darstellen könnten), sollen alternativ zur Erhöhung der erwähnten Schwelle Lösungen gesucht werden, welche die **Einleitung und den Zugang zu Nachlassstundungsverfahren** – zumindest während der Dauer einer bestimmten Frist – **auch für grössere Unternehmen erleichtern**. In Betracht käme hier beispielsweise eine Änderung von Art. 293b SchKG und zwar insofern, als die Einsetzung eines Sachwalters während der provisorischen Nachlassstundung nicht mehr den Standardfall darstellt, sondern nur dann, wenn dies im Interesse der Gläubiger als zwingend erforderlich erscheint.

Abschliessend weisen wir auf Empfehlung 4 des Gutachtens Lorandi hin (Rz. 115), wonach die **Kosten einer COVID-19-Stundung bzw. einer provisorischen Nachlassstundung vom Bund getragen bzw. (à fonds perdu) finanziert werden sollen**. Soweit ersichtlich ist, hat das Bundesamt für Justiz diese Empfehlung bislang nicht aufgegriffen. Wir sind der Auffassung, dass diese Empfehlung zwingend umgesetzt werden müsste; andernfalls würde in zahlreichen Fällen die Sanierung von an sich rentablen Unternehmen aus Kostengründen gefährdet oder verunmöglicht.

Den Empfehlungen zu unterstützenden Massnahmen wird vollumfassend zugestimmt (Empfehlungen 5-7 des Gutachtens Lorandi (Rz. 116-118): Aufklärung der Unternehmen über die zur Verfügung stehenden Massnahmen, dauerhaft abrufbare Informationen z.B. in der Form von Erläuterungen, Mustereingaben).

Wir hoffen, dass Sie unsere Stellungnahme berücksichtigen.

Freundliche Grüsse,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dagmar Jenni', with a long horizontal line extending from the bottom of the signature.

Dagmar Jenni, Geschäftsführerin

Bundesamt für Jusiz
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Per Mail an:

michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch

Bern, 3. April 2020

Stellungnahme SwissHoldings betreffend «Öffentliche Konsultation: Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens»

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung, im Rahmen der oben genannten öffentlichen Konsultation Stellung zu nehmen. Gerne äussern wir uns dazu wie folgt.

SwissHoldings unterstützt die Bestrebungen des Bundes, die KMU als wichtigen Teil der Schweizer Wirtschaft in der gegenwärtigen Situation zu unterstützen. Die Wirtschaft ist Garant des Wohlstandes in der Schweiz. Auch begrüsst SwissHoldings die Bestrebungen, dass der Rechtsstillstand aufgehoben werden soll. **Vor diesem Hintergrund dürften die Vorschläge als zeitlich begrenzte begrüssenswerte Massnahmen Sinn machen.**

Gleichzeitig ist aus unserer Sicht zu beachten, dass ein Missbrauchspotential sowie die Gefahr einer Gläubigerschädigung bestehen. Hier ist unseres Erachtens auch zu berücksichtigen, dass KMU's nicht nur die Schuldnerseite, sondern auch die Gläubigerseite repräsentieren. Bestimmungen, wie Art. 725 OR oder die SchKG Bestimmungen dienen dem Gläubigerschutz. Durch Art. 725 OR zum Beispiel sollen die Gläubiger und auch die KMU-Gläubiger davor bewahrt werden, mit einer nicht ausreichend liquiden Gesellschaft Geschäfte abzuschliessen. Die vorgeschlagenen Modifikationen an den gesetzlichen Bestimmungen müssen aus unserer Sicht entsprechend unbedingt vorsichtig und kritisch geprüft werden.



Auch sind wir der Ansicht, dass mit Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung und die Kreditvergabe wichtige Massnahmen beschlossen wurden, die an sich zu einer Entlastung führen müssten. Insofern würde es nun an sich einer Logik folgen, wenn man nun diese Massnahmen greifen lassen könnte, bevor mittels Notrecht Eingriffe in ein etabliertes Rechtssystem vorgenommen werden, deren Auswirkungen nicht abschätzbar sind. Wir würden es vor diesem Hintergrund als sinnvoll erachten; wenn man prüfen würde, ob die Covid-19-Stundung nicht von den Voraussetzungen abhängig gemacht werden soll, dass eine drohende Insolvenz sowie die vollständige Ausschöpfung der Möglichkeit der COVID-Notkredite glaubhaft gemacht wird.

Auf alle Fälle ist aber die Möglichkeit der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen in Art. 297a SchKG abzulehnen. Das muss unseres Erachtens unbedingt verhindert werden. Es könnten so z.B. Lizenzverträge einfach gekündigt werden. Wer von den Erleichterungen profitiert, sollte sich nicht auch noch unliebsamen Verträgen entledigen können, die einzuhalten sind. Pacta sunt servanda, auch während einer Pandemie.

Freundliche Grüsse
SwissHoldings Geschäftsstelle



Dr. Gabriel Rumo
Direktor



Dr. Manuela Baeriswyl
Leiterin Recht



Bundesamt für Justiz BJ
Herr Michael Schöll
Herr David Rüetschi
Herr Nicolas Turin
Herr Samuel Krähenbühl
Frau Caroline Widmer
Frau Sibyll Walter

Dr. Stefan Brupbacher
Direktor

Pfingstweidstrasse 102
Postfach
CH-8037 Zürich
Tel. +41 44 384 42 11

www.swissmem.ch
s.brupbacher@swissmem.ch

Zürich, 3. April 2020

Stellungnahme zu den Anpassungen betr. Überschuldung, Nachlass- und Stundungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen bestens für die Möglichkeit zur Stellungnahme in der öffentlichen Konsultation betr. Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens.

Gerne nehmen wir zu den drei Fragen wie folgt kurz Stellung:

- 1.) Ja, es gilt zu verhindern, dass viele Unternehmen in Konkurs geraten und die Wirtschaft dadurch noch mehr ins Stocken gerät. Ein Dominoeffekt muss verhindert werden.
- 2.) Wir erachten dies als eine geeignete und mit Augenmass getroffene Massnahme, welche die Anliegen von Gläubigern, Schuldern und der Gesamtwirtschaft gleichermaßen berücksichtigt.
- 3.) Inhaltlich können wir zu dieser Thematik nicht viel beitragen. Die beschriebenen Überlegungen erscheinen uns plausibel und die damit zu erreichenden Ziele sind ebenfalls unterstützenswürdig.

Vielen Dank für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Stefan Brupbacher
Direktor



Urs Meier
Ressortleiter Recht

Zentralsekretariat
Monbijoustrasse 20
Postfach
3001 Bern
Tel. 031 380 64 30
Fax 031 380 64 31

TREUHAND|SUISSE, Postfach, 3001 Bern
Bundesamt für Justiz BJ
Bundesrain 20
3003 Bern

Vorab per Email an: michael.schoell@bj.admin.ch

Bern, 3. April 2020

Stellungnahme der TREUHAND|SUISSE zum Vorschlag des Bundesamtes für Justiz, Direktionsbereich Privatrecht zu den Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens (Konzeptpapier)

Begrüssung des 725-Moratoriums sowie des vereinfachten Stundungsverfahrens

Sehr geehrte Damen und Herren

TREUHAND|SUISSE begrüsst den Vorschlag, weitere Massnahmen zu Gunsten von Unternehmen zu treffen, um welche von der Corona-Pandemie betroffen sind. Die Massnahmen sollen primär zur wirtschaftlichen Überbrückung dieser für unsere KMU schwierige Zeit dienen. Dazu gehören die vom Bundesrat eingeleiteten Überbrückungskredite als auch alle diejenigen Massnahmen, die dazu dienen, einen plötzlichen Konkurs aufgrund der Corona-Pandemie zu vermeiden. Zu dieser letztgenannten Kategorie gehören das 725-Moratorium als auch die Vereinfachung des Stundungsverfahrens.

Gleichstellung in Bezug auf die Organe

In Bezug auf das 725-Moratorium ist es von wirtschaftlicher und rechtlicher Bedeutung, die Organe gleichzustellen. Dies bedeutet insbesondere, dass – sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind- nicht nur der Verwaltungsrat, sondern auch die Revisionsstelle

von der Anzeigepflicht befreit werden soll. Der jetzige Vorschlag fokussiert sich auf die Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrates während der Corona-Krise und nimmt zu wenig Rücksicht auf die Rolle der Revisionsstelle im Zusammenhang mit Überschuldungskonstellationen.

Aus der Sicht von TREUHAND|SUISSE soll im vorgeschlagenen Artikel explizit darauf hingewiesen werden, dass nicht nur die Anzeigepflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR sondern auch diejenigen nach Art. 728c abs. 3 und 729c OR entfallen.

Eine ungleiche Behandlung der beiden Organe würde zu einer Reihe von Rechtsfragen privatrechtlicher Natur führen, die prädestiniert wären, die Judikative nach der Einkehr der Normalität zu belasten.

Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle ist eine objektive Anzeigepflicht, die sich ausdrücklich auf die *«offensichtliche Überschuldung»* bezieht und dann greift, wenn der Verwaltungsrat es unterlässt, das Gericht zu benachrichtigen. Diese «objektivierte» Anzeigepflicht führt dazu, dass die Revisionsstelle in Kenntnis einer Überschuldung gehalten wäre, zu prüfen, ob die Voraussetzung für einen Verzicht der Anzeige beim Gericht erfüllt sind. Sie müsste ansonsten prüfen, ob die Gesellschaft in der Lage sein wird, innert sechs Monaten nach Ende der notrechtlichen Massnahmen die Überschuldung zu beseitigen. Dies wiederum erfordert die Feststellung der tatsächlichen Überschuldung und eine Plausibilisierung der Unternehmensplanung mit ihren Auswirkungen auf die Bilanz der Gesellschaft. Und dies zusätzlich in einer Phase, in der noch nicht bekannt ist, um welchen Beurteilungszeitraum es sich eigentlich handeln wird. Decken sich die Auffassungen bezüglich der Kriterienerfüllung von Verwaltungsrat und Revisionsstelle nicht, stellt sich für die Revisionsstelle gleichwohl die Frage, ob sie nicht verpflichtet wäre, eine Anzeige beim Gericht zu machen. Je nachdem wie es entschieden wird und wie sich die Verhältnisse effektiv entwickeln werden, können Rechtsstreitigkeiten entstehen (insbesondere in Bezug auf allfällige haftrechtlichen Fragen), welche die zuständigen Gerichte sowie – wirtschaftlich gesehenen – die involvierten Parteien belasten würden.

Keine Berücksichtigung allfälliger bestehenden Rangrücktrittserklärungen

Der Vorschlag des eidg. Justizdepartementes knüpft die Entlastung des Verwaltungsrates in Bezug auf die Anzeigepflicht sowie auf die Prüfung einer Zwischenbilanz am Zustand des Unternehmens per Ende 2019 und setzt voraus, dass der Schuldner nicht überschuldet war. Richtigerweise sollte die Vorlage in Bezug auf allfällige per Ende Jahr vorhandene Rangrücktrittserklärungen ergänzt werden. Denn es kann durchaus sein, dass ein Unternehmen überschuldet ist, jedoch genügende Rangrücktritte vorliegen, sodass eine Überschuldungsanzeige nicht erstattet werden soll.

Behebung der Überschuldung innert 6 Monaten nach Ende der Massnahmen

Aufgrund der bestehenden Unsicherheit in Bezug auf die Dauer der eingeleiteten Massnahmen, ist es aus der praktischer und rechtlicher zielführender, die Aussichtdauer aufgrund des Bilanzstichtages im Folgejahr nach Beendigung der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2022 zu definieren. Eine Frist von 6 Monaten ist

aus ökonomischen Gründen höchstwahrscheinlich als unrealistisch einzustufen. In diesem Zusammenhang soll nicht vergessen werden, dass aufgrund der Struktur der Schweizerischen Wirtschaft, die Chancen einer Gesundung von Unternehmen sehr stark von der globalen Entwicklung der Corona-Pandemie und nicht nur von derjenigen in der Schweiz ab. Dauert die Krise zu lange, so entsteht eine ernsthafte und langandauernde Weltwirtschaftskrise, welche eine rasche Erholung und damit auch eine rasche Beseitigung der Bilanzverluste verunmöglicht. Bereits jetzt ist damit zu rechnen, dass die Rückkehr zum Normalbetrieb schrittweise erfolgen muss und dass eine Erholung der Gesamtwirtschaft nur langsam wird erfolgen können. Entscheidend für eine Vermeidung von Gläubigerschäden ist nicht das Eigenkapital, sondern die Liquidität. Solange diese für die Unternehmen vorhanden ist, kommen höchstwahrscheinlich keine Gläubiger zu Schaden. Für die Krisenbewältigung ist entscheidend, dass die Unternehmen möglichst lange am Wirtschaftskreislauf teilnehmen und gleichzeitig ihre Verpflichtungen erfüllen können. Damit werden Mittel im wirtschaftlichen Kreislauf gehalten. Es werden Stellen erhalten und Vermögen vor der Zerschlagung geschützt. Massgebend für eine Krisenbewältigung bis zur Konjunkturerholung sind also ausreichende Cash-Flows und nicht zwingend ein handelsrechtlich ausgewiesenes Eigenkapital. Ein Verzicht auf eine Deponierung der Bilanz beim Gericht rechtfertigt sich aus diesem Krisenblickwinkel unter Notrecht für eine längere Zeitdauer. Die Nachwehen der Krise werden ebenso getragen werden müssen, wie die direkten Folgen.

Vereinfachung des Stundungsverfahrens

Der aktuelle Entwurf zieht einschneidende Massnahmen für Gläubiger nach sich. Angesichts der aktuellen Situation unterstützen wir aber die vorgeschlagenen Massnahmen im Grundsatz, bitten jedoch folgende Änderung aufzunehmen:

Der Entwurf sieht vor auch bei der COVID-19-Stundung, wie bei der Nachlassstundung (Art. 293c SchKG), in begründeten Fällen auf die öffentliche Bekanntmachung bis zur Beendigung der provisorischen Stundung zu verzichten, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt.

Wir beantragen diese «stille Stundung» bei der COVID-19-Stundung ersatzlos zu streichen. Damit werden die Gläubiger zu stark benachteiligt. Es geht ja gerade um ein Verfahren das Massentauglich sein soll. Kann ein Schuldner die stille Stundung begründen, so hat der den Weg der normalen Nachlassstundung zu beschreiten und gerade nicht den der COVID-19-Stundung.

Zudem weisen wir darauf hin, dass den Ämtern klare Vorgaben zu geben sind, dass diese neue Stundungs-Art einheitlich in der gleichen Art und Weise zu publizieren haben und dass die Bezeichnung des Verfahrens zwingend einheitlich zu sein hat.

Startup werden nicht berücksichtigt

Der jetzige Vorschlag des eidg. Justizdepartementes stellt auf die Mehrstufigkeit der vom Bundesrat eingeleiteten Massnahmen zur Unterstützung unserer Wirtschaft, bzw. der schweizerischen KMU. Eine der wichtigsten Massnahmen sind die Überbrückungskredite, welche in die-

ser schwierigen Phase unkompliziert und zinsfrei beansprucht werden können. Die Überbrückungskredite knüpfen an den Jahresumsatz 2019 (oder 2018), denn die maximale Kreditlimite beträgt max. 10% des Jahresumsatzes. Diese Regelung führt dazu, dass Startups, welche sich – wirtschaftlich gesehen - in einer embryonalen Phase befinden, durch diese Unterstützungsmassnahme nicht genügend geschützt werden. Entsprechend wird das 725-Moratorium (als Teil des mehrstufigen Mechanismus) bei Startups keinen positiven Einfluss haben.

Aufgrund dieser Ausführungen empfiehlt TREUHAND|SUISSE

- a) Die «stille Stundung» bei der COVID-19-Stundung ersatzlos zu streichen,
- b) auch für Startups geeignete Massnahmen einzuleiten und
- c) den Text in Bezug auf das 725-Moratorium, wie folgt anzupassen:

Art. X

*1 War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet **oder – falls überschuldet – lagen Rangrücktrittserklärungen im Umfang der Überschuldung vor**, so kann die Benachrichtigung des Richters nach **Artikel 725 Absatz 2, Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR** unterbleiben, wenn begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung **bis spätestens zum nächsten Bilanzstichtag nach Ende der Massnahmen** gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann.*

2 Die Die Prüfung der Zwischenbilanz durch einen zugelassenen Revisor nach Artikel 725 Absatz 2 OR kann unterbleiben.

3 Die Absätze 1 und 2 gelten sinngemäss für alle Rechtsformen, die einer gesetzlichen Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und bei Überschuldung unterstehen.

Freundliche Grüsse

TREUHAND|SUISSE Schweizerischer Treuhänderverband



Nationalrätin Daniela Schneeberger
Zentralpräsidentin



RA lic. iur. Federico Domenghini
Mitglied des Schweizerischen Institut für
die eingeschränkte Revision



Henry Peter

Ligne directe: 022 379 85 11

Henry.peter@unige.ch

michael.schoell@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch

Genève, le 3 avril 2020

Consultation publique: devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée d'ajournement de la faillite / Numéro du dossier: 237.1-3233/7/3 / Votre référence: bj-scmi

Mesdames et Messieurs,

Me référant à votre lettre du 1er avril 2020 dans la procédure de consultation publique susdite, permettez-moi de vous faire part synthétiquement de ma position comme suit:

1. CO et LP: d'une manière générale, je suis très favorable aux interventions que vous proposez d'effectuer tant dans le champ d'application du CO, que dans celui de la LP (ces deux champs étant d'ailleurs complémentaires et se recoupant partiellement).
2. CO et Ordonnance: concept de surendettement au 31 décembre 2019 (ce commentaire concerne tant le CO (Art. X) et la LP (diverses dispositions)): il convient de préciser s'il s'agit d'un surendettement sur la base d'un bilan "going concern" (continuation de l'activité) ou de liquidation. Cela n'est pas clair en l'état de vos propositions. Conformément à l'art. 958a al. 1 CO les entreprises établissent en principe seulement un bilan basé sur la continuité de l'exploitation.
3. CO et Ordonnance: art. X CO, al. 1: vous prévoyez que le pronostic de remédiation au surendettement doit se faire avec une perspective temporelle de 6 mois. Je pense que cela est trop court. Il convient plutôt de reprendre la perspective temporelle de 12 mois prévue à l'art. 958a al. 2 CO, qui correspond d'ailleurs au principe généralement applicable en matière de comptabilité (voir notamment IAS I).
4. CO: assimilation à des fonds propres des crédits garantis par un cautionnement solidaire de la Confédération: en l'état actuel du texte de l'art. 24 de l'Ordonnance du 25 mars 2020, seuls les prêts garantis selon l'art. 3 ne sont pas considérés comme des fonds étrangers dans la perspective du calcul de l'art. 725 CO. Il convient d'étendre cette mesure aux prêts garantis selon l'art. 4 (dans ce cas à concurrence de 85% de ces prêts).

5. CO: vous prévoyez de ne pas suspendre l'obligation de l'organe de révision d'aviser le tribunal en cas de surendettement manifeste (art. 729c CO). Il convient à mon avis au contraire de suspendre cette obligation (de même que celle prévue à l'art. 728c al. 2 CO). En effet, la justification que vous donnez "*l'organe de révision n'aura même pas connaissance d'un éventuel surendettement*" n'est pas convaincante. Si l'obligation existe (tant celle de 728c al. 2 CO que celle de 729c CO) les organes de révision seront incités à faire leur travail proactivement (il en va de leur responsabilité découlant de l'art. 755 CO).
6. CO: vous prévoyez de ne pas suspendre les effets de l'art. 958a CO. C'est correct, mais votre justification (art. 725 al. 2 CO) n'est pas convaincante. Les deux articles coexistent. Si les exigences de 725 al. 2 CO sont suspendues, alors celles de 958a al. 2 CO le sont également.
7. LP: à propos de la dérogation à l'art. 296b, let. a LP (point 1.3 de votre Annexe 3), j'ai deux remarques:
 - le critère de ce qui est "*indispensable pour préserver le patrimoine du débiteur*" n'est pas adéquat car il sera assez généralement possible de prétendre (d'une façon qui sera a priori souvent défendable dans une perspective un peu formaliste) que la faillite immédiate est plus (mehr) susceptible de préserver le patrimoine du débiteur que la continuation de l'activité (qui actuellement, dans la plupart des cas, consomme (c'est-à-dire réduit) le patrimoine du débiteur) et qui donc permettra de "*préserver le patrimoine du débiteur*";
 - le délai du 20 mai 2020 me semble (beaucoup) trop proche. Il est préférable de prévoir le 30 septembre 2020.
8. LP: octroi du sursis COVID-19, al. 3 (point 2.1 de votre Annexe 3): vous prévoyez de ne pas permettre aux sociétés ouvertes au public ou aux grandes entreprises de bénéficier du sursis COVID-19. Je ne suis pas tout à fait convaincu que cela soit justifié au vu des raisons pour lesquelles vous avez prévu d'instaurer le "sursis COVID-19", raisons qui valent tout autant pour les grandes entreprises.
9. LP/CO: vous avez prévu, dans un point 2.3 de votre Annexe 3 (devoirs du conseil d'administration) que les organes de la société doivent s'être conformés à leurs devoirs "*au sens de l'art. 725 al. 2 CO*". Cela me paraît juste, mais il convient de préciser "*tel que modifié par les ordonnances ...*" (que vous émettez en ce moment),
10. LP: vous prévoyez, au point 3.2 de votre Annexe 3 (exclusion de l'action paulienne) que "*l'action révocatoire au sens des artt. 285ss LP est exclue ...*". Je me demande si cette exclusion n'est pas trop large? En particulier, le cas de l'art. 288 LP (dol) ne devrait-il pas rester applicable?

Bien cordialement,

Prof. Henry Peter



Herrn
Dr. Michael Schöll
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Zürich, 3. April 2020

Stellungnahme zum Vorschlag einer Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR

Sehr geehrter Herr Kollege

Ich beziehe mich auf Ihre E-Mail vom 1. April 2020 und nehme wie folgt Stellung zum Vorschlag einer Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR.

Die COVID-19-Krise wird sich voraussichtlich massiv auf die Vermögens- und Ertragslage der meisten Unternehmen auswirken. Gerade bei kleineren Unternehmen kann dabei rasch der Tatbestand der Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR eintreten. Die konsequente Anwendung dieser Bestimmung könnte deshalb eine eigentliche Konkurswelle nach sich ziehen, die sich – so ist zu hoffen – vermeiden oder jedenfalls deutlich reduzieren lässt, wenn den Unternehmen der notwendige zeitliche Spielraum für die Suche nach Sanierungsmassnahmen eingeräumt wird. Deshalb begrüsse ich eine temporäre Sistierung von Art. 725 Abs. 2 OR.

Die vorgesehene Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR orientiert sich am geltenden Recht, an der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frist, innert derer der Richter zu benachrichtigen ist, und an den einschlägigen Neuerungen, die mit der Aktienrechtsrevision eingeführt werden sollen. Der Vorschlag schafft also nicht Sonderrecht, wie das beispielsweise für Deutschland geschehen ist, sondern es wird das bestehende Recht den besonderen Umständen angepasst. Dies ist zu begrüßen. Gerade unter aussergewöhnlichen Umständen sollen sich die Rechtsanwender, im konkreten Fall insbesondere auch die kleineren Treuhand- und Revisionsgesellschaften, am Bekannten orientieren können.

Der Verordnungsentwurf beschränkt das Recht, die Benachrichtigung des Richters aufzuschieben, nicht auf Gesellschaften, die spezifisch aufgrund von COVID-19 in Schwierigkeiten geraten sind. Entscheidend und genügend ist vielmehr, dass das Unternehmen am 31. Dezember 2019 noch nicht überschuldet war. Das ist doppelt zweckmässig. Einerseits muss auf das Jahresende ohnehin ein Abschluss erstellt werden, was den Nachweis erleichtert. Andererseits wird sich COVID-19 bei der weitaus überwiegenden Zahl der Unternehmen negativ auswirken und so in jedem Fall zumindest eine Teilursache für die Überschuldung bilden, so dass eine Differenzierung nach allgemeinen und COVID-19-bedingten Problemen keinen praktischen Nutzen brächte.

Zweckmässig ist weiter, dass an der Pflicht zur Erstellung eines Zwischenabschlusses zu Fortführungs- und Liquidationswerten festgehalten und gleichzeitig auf eine Prüfung durch einen Revisor verzichtet



wird. Ohne Zwischenabschluss lassen sich die Sanierungsaussichten nicht abschätzen. Eine Revision umgekehrt wäre der potentiell grossen Zahl betroffener Gesellschaften, von denen viele aktuell gar keine Revisionsstelle haben, flächendeckend nicht durchführbar und muss daher ausser Betracht fallen.

Der Schutz der Gläubiger, denen mit dem Überleben der Gesellschaft in aller Regel besser gedient ist als mit einem Konkurs, wird mit der vorgeschlagenen Regelung weiterhin gewährleistet. Es wird so trotz temporärer Sistierung von Art. 725 Abs. 2 OR immer noch Aufgabe des Verwaltungsrats sein, in Ausübung seiner Sorgfaltspflicht zu entscheiden, ob im Einzelfall die Voraussetzungen für einen Aufschub der Benachrichtigung des Richters gegeben sind.

Insgesamt vermag also die vorgesehene Teilsistierung von Art. 725 OR vollumfänglich zu überzeugen. Sie fügt eine angemessene Schonfrist für Gesellschaften, die wegen COVID-19 in eine Überschuldung geraten, harmonisch in das bestehende Recht ein, ohne die berechtigten Interessen der Gläubiger zu vernachlässigen.

Freundliche Grüsse

Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone
Ordinarius



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern
per E-Mail

Zürich, 3. April 2020

Konsultation zu Massnahmen im Insolvenzrecht im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie

Sehr geehrte Damen und Herren

Vielen Dank für die Übermittlung der Unterlagen für die öffentliche Konsultation betreffend die Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen. Gerne nehme ich dazu wie folgt Stellung.

Vorbemerkung

Es ist anzuerkennen, dass es für den Bundesrat eine grosse Herausforderung ist, innert kürzester Zeit ausreichend griffige und zugleich nicht überschüssende notrechtliche Vorschriften zu entwickeln. Auch aus der Perspektive der Wissenschaft ist die Prognose, welche Auswirkungen die in Aussicht genommenen notrechtlichen Regelungen hätten, äusserst unsicher.

Die mehrstufige Strategie bzw. die Kombination von Stützungsmassnahmen mit flankierenden Regelungen im Bereich des Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrechts ist begrüssenswert. Der Erfolg der Strategie dürfte massgeblich davon abhängen, dass der Grossteil der wirtschaftlichen Nachteile, die durch die Pandemie entstehen, mit den Stützungsmassnahmen abgefedert werden kann und der Anwendungsbereich der geplanten insolvenzrechtlichen Regelungen auf ein Minimum beschränkt bleibt.

Das gilt insbesondere für jene Institute, bei denen schon während der laufenden Pandemie Verfahrenshandlungen (insbesondere gerichtliche Einzelfallprüfungen) erforderlich sind. Selbst wenn der Verfahrensablauf stark standardisiert wird und die zu prüfenden Voraussetzungen herabgesetzt werden, droht sonst ein Kollaps der Gerichte. Soweit Massnahmen, welche die Sanierung von Unternehmen erleichtern sollen, mit massiven und dauerhaften Eingriffen in Rechte Dritter verbunden sind, ist sodann eine besonders sorgfältige Risikoabwägung erforderlich. Das gilt insbesondere für Massnahmen, bei denen rasche (und erst recht rückwirkende) Korrekturen nicht ohne weiteres möglich sind.

Generell ist zu bemerken, dass die bestehenden Schwierigkeiten im Bereich der Rechtsdurchsetzung in der Pandemiesituation durch die mangelnde generelle Möglichkeit der digitalen Verfahrensabwicklung verschärft werden. Das gilt auch (wenngleich bei weitem nicht nur) für insolvenzrechtliche Verfahren, die sich aus den geplanten Massnahmen ergäben. Der Rückstand bei der Digitalisierung



dürfte sich während der Akutphase dieser pandemischen Welle nicht umfassend beheben lassen. Die Forcierung des Ausbaus der digitalen Infrastruktur der Gerichte sollte gleichwohl jetzt dringend vorangetrieben werden, zumal mit einer langen Dauer der Pandemie, die in mehreren Wellen ablaufen dürfte, zu rechnen ist. Die öffentliche Infrastruktur einschliesslich der Justizinfrastruktur muss hierauf besser vorbereitet werden als es derzeit der Fall ist.

Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR

Die vorgeschlagene Regelung scheint insgesamt einleuchtend und ausgewogen. Ein heikler Punkt könnte die fehlende Aussetzung der Benachrichtigungspflicht der Revisionsstelle bzw. des Revisors sein. Damit werden Gesellschaften, die ihre Zwischenbilanz prüfen lassen – was prinzipiell ja begrüssenswert erscheint – pönalisiert. Daher wäre zu erwägen, auch diese Benachrichtigungspflichten zu sistieren.

Anpassung des Nachlassvertragsrechts

Der Wegfall der Prüfung der Sanierungsfähigkeit (Beilage 3, 1.1) scheint nicht unproblematisch. Sofern sie zur Bewältigung der erwarteten Verfahren für unerlässlich gehalten wird, könnte auch hier die Suspendierung auf Schuldner beschränkt werden, die am 31. Dezember 2019 nicht insolvent waren.

Eine Aussetzung des Übergangs zum Konkurs selbst in Fällen, in denen dieser zum Erhalt des Vermögens erforderlich ist (Beilage 3, 1.3), ist eine problematische Massnahme. Falls sie gleichwohl gesetzt wird, könnte daran gedacht werden, zusätzlich eine positive Sanierungsprognose zu fordern. Freilich wäre dies wiederum mit Unsicherheit und Verfahrensaufwand verbunden, so dass die vorgeschlagene Lösung insgesamt die beste aller schlechten sein könnte. Entscheidet man sich für dieses Vorgehen, so dürfte sich die Karenzfrist bis zum 30. Mai 2020 freilich als zu kurz erweisen, da derzeit kein Grund zur Annahme besteht, dass auch nur der Höhepunkt der Krise und speziell ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen bis zu diesem Zeitpunkt überschritten sein könnte.

Der ersatzlose Entfall der Voraussetzung, dass sonst der Sanierungszweck vereitelt würde, bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (Beilage 3, 1.4) scheint äusserst problematisch. Ob das angestrebte Ziel, Sanierungen zusätzlich zu erleichtern, dies rechtfertigt, muss hinterfragt werden. Gehäufte Kündigungen von Dauerschuldverhältnissen könnten noch weiter dazu beitragen, dass weitere Unternehmen in wirtschaftliche Schieflagen geraten und so ein Dominoeffekt hinsichtlich der Sanierungsbedürftigkeit ausgelöst wird. Zu bedenken ist dabei auch, dass für viele Unternehmen und Privatpersonen gerade der Schutz bestehender Dauerschuldverhältnisse massgeblich sein dürfte, um die Krise überstehen zu können. Von der Schaffung einer solchen Regelung ist mindestens vorläufig abzuraten, solange keine stichhaltige Evidenz (etwa durch ökonomische Modellrechnungen) dafür vorliegt, dass sie zur Abwendung gesamtwirtschaftlichen Schadens beitrüge.

Covid-19-Stundung

Die Ermöglichung einer Atempause für KMU unter vereinfachten Bedingungen ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Argumentation bezüglich der mangelnden praktischen Eignung der Notstundung



überzeugt. Insofern leuchtet die Idee der Schaffung einer „Nachlassstundung light“ für die gegenwärtige Krisensituation ein. Allerdings muss man sich dessen bewusst sein, dass die blossе Stundung der bestehenden Forderungen, für die zudem Zinsen anfallen, nur beschränkten Erfolg verspricht – zumal ein Bedarf nach einer Covid-19-Stundung primär bei Unternehmen auftreten dürfte, die ohnehin schon etwas schwächer aufgestellt sind und für welche die allgemeinen Stützungsmaßnahmen daher nicht ausreichen. Es stellt sich somit die Frage, ob die geplante Covid-19-Stundung realistischweise erhoffen lässt, dass die Unternehmen daraus gestärkt und nicht bloss mit einer erhöhten Schuldenlast hervorgehen.

Fraglich ist ferner, ob die vorgesehene Etappierung der Stundungsphase (zweimal drei Monate) praktikabel ist, zumal jedes Mal ein gerichtlicher Akt erforderlich wäre. Nachdem die Verlängerung der Stundung nach dem vorliegenden Vorschlag (Beilage 3, 2.2) offenbar voraussetzungslos möglich sein soll (vgl. hingegen Gutachten Lorandi Rz. 86), ist es umso fragwürdiger, sie von einer Bewilligung abhängig zu machen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Kapazitäten vorhanden sind, um die Erst- und Verlängerungsanträge zeitnah abzuarbeiten. Andernfalls droht womöglich die Situation, dass die erste Dreimonatsperiode abläuft, bevor über den Verlängerungsantrag entschieden wird.

Als Alternativmodell könnte angedacht werden, die Covid-19-Stundung schon durch Erklärung eintreten und bis zu einem durch den Bundesrat festzulegenden Datum, das je nach Entwicklung der Situation nach hinten verlegt werden könnte, wirken zu lassen (statt drei oder sechs Monate seit Bewilligung des Antrags). Dem Schuldner könnte dabei die Möglichkeit gegeben werden, durch Erklärung die Beendigung der Stundung zu bewirken, falls er zum Schluss kommt, dass diese nicht mehr nötig sei.

Dabei ist jedoch nicht zu verkennen, dass die erleichterte Möglichkeit der Covid-19-Stundung Gläubiger davon abhalten könnte, potenziell betroffenen Schuldnern noch Kredit einzuräumen, weil sie jederzeit damit rechnen müssen, nicht mehr bzw. nur verspätet befriedigt zu werden. Je leichter die Stundung erwirkt werden kann, desto gravierender dürfte sich das auswirken – bis zu dem Punkt, an dem kein grosser wirtschaftlicher Unterschied mehr zwischen einer Einzelfallregelung und einem generellen Schuldenmoratorium besteht.

Die Bedeutung der Regelung, dass die Stundung Forderungen erfasst, die „vor der Bewilligung der Stundung bzw. bis zum 30. Mai 2020 entstanden sind“, scheint nicht klar. Soll das bedeuten, dass auch nach der Bewilligung der Nachlassstundung entstandene Forderungen von der Stundung betroffen sein sollen? Das lässt es schwer vorstellbar erscheinen, dass Gläubiger gewillt sein werden, einem in Covid-19-Stundung befindlichen Schuldner Kredit einzuräumen. Eine solche Regelung scheint folglich nicht ratsam.

Ein generelles Verbot der Bezahlung gestundeter Forderungen im Fall einer Covid-19-Stundung (Beilage 3, 2.9) scheint überschüssend und potenziell kontraproduktiv. Massgeblich sollte sein, ob die Begleichung von Altschulden zu einer Ungleichbehandlung der von der Stundung betroffenen Gläubiger führt.

Es ist zweifellos sinnvoll, bei einer Covid-19-Stundung grundsätzlich auf die Bestellung eines Sachwalters zu verzichten. Wenn jedoch das Vorhandensein eines Sachwalters Voraussetzung dafür ist, dass die während der Stundung eingegangenen Verbindlichkeiten in einem späteren Konkurs als



Masseverbindlichkeiten gelten (Beilage 3, 2.12), dürften es Unternehmen in Covid-19-Stundung ohne Sachwalter schwer haben, Kredit zu erhalten.

Sodann ist zu reflektieren, ob der Anfechtungsschutz im Hinblick auf Zwischen- und Überbrückungsfinanzierungen, auf die viele Unternehmen (wohl auch abseits der Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung) angewiesen sein werden, mit den vorgeschlagenen Regelungen hinreichend sichergestellt ist.

Mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Tanja Domej

**vsi Verband Schweizerischer
Inkassotreuhandinstitute**
Schwarztorstrasse 26
3007 Bern
www.inkassoverband.ch
Tel. +41 71 221 11 07
Kornel.tinquely@lausanne.creditreform.ch



Bundesamt für Justiz BJ
Herrn Michael Schöll
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 3. April 2020

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

Sehr geehrte Damen und Herren,

Der vsi, Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute, ist die Nummer 1 der Schweizer Inkassobranche. Die im Verband organisierten Unternehmungen sind für das Inkasso von über 10 Milliarden Franken zuständig. Jährlich kommen über 700 Millionen Franken dazu. Ohne die Tätigkeit der Verbandsmitglieder würde die schweizerische Volkswirtschaft unter massiven Zahlungsausfällen leiden. Deshalb setzt sich der Verband für ein unternehmensfreundliches Umfeld und optimale wirtschaftliche Rahmenbedingungen ein.

Deshalb erlauben wir uns zu obiger genannter öffentliche Konsultation Stellung zu nehmen:

Gerade in der aktuellen Zeit spielt die Wahrung der Gläubigerinteressen im speziellen für KMU's eine zentrale Rolle, denn nur wenn diese auch angemessen gewahrt werden, kann ein Dominoeffekt minimiert werden und Arbeitsplätze erhalten bleiben.

Der aktuelle Entwurf zieht einschneidende Massnahmen für Gläubiger nach sich. Angesichts der aktuellen Situation unterstützen wir aber die vorgeschlagenen Massnahmen im Grundsatz. Wir bitten Sie folgende Änderungen aufzunehmen:

SchKG: 2.5 öffentliche Bekanntmachungen

Der Entwurf sieht bei der COVID-19-Stundung, wie auch bei der Nachlassstundung (Art. 293c SchKG) vor, dass in begründeten Fällen auf die öffentliche Bekanntmachung bis zur Beendigung der provisorischen Stundung verzichtet werden kann, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt.

Wir beantragen diese «Stille Stundung» bei der COVID-19-Stundung ersatzlos zu streichen. Damit werden die Gläubiger übermässig benachteiligt. Es geht ja gerade darum ein Verfahren einzuführen, das Massentauglich ist. Kann ein Schuldner die stille Stundung begründen, so hat er den Weg der normalen Nachlassstundung zu beschreiten und gerade nicht nach der COVID-19-Stundung.



¹ Die Bewilligung der Stundung wird durch das Nachlassgericht öffentlich bekannt gemacht und dem Betreibungs-, dem Handelsregister- und dem Grundbuchamt unverzüglich mitgeteilt.

~~² In begründeten Fällen kann auf die öffentliche Bekanntmachung verzichtet werden, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt. Art. 293e Abs. 2 Bst. a-c SchKG gelten sinngemäss.~~

SchKG: Allgemeine Anmerkung zu den Bekanntmachungen

Zudem weisen wir auf die Notwendigkeit hin, den Ämtern klare Vorgaben zu geben, dass diese neue Stundungs-Art schweizweit einheitlich zu publizieren ist und dass die Bezeichnung des Verfahrens zwingend einheitlich zu sein hat.

SchKG: 3.2 Ausschluss der paulianischen Anfechtung

Der Ausschluss der paulianischen Anfechtung erachten wir als einen zu starken Eingriff in die Gläubigerrechte. Wir beantragen die Streichung dieses Ausschlusses, da in der Praxis eine Einschränkung auf Geldmittel, welche der Schuldner unter der COVID-19-Solidarbürgschafts-verordnung erlangt hat als nicht praxistauglich erachtet werden muss.

Freundliche Grüsse

Kornel Tinguely
Vize -Präsident
**vsi Verband Schweizerischer
Inkassotreuhandinstitute**

Geschäftsstelle

Wallstrasse 8
Postfach
CH-4002 Basel

Telefon 061 206 66 66
Telefax 061 206 66 67
E-Mail vskb@vskb.ch



Verband Schweizerischer Kantonalbanken
Union des Banques Cantionales Suisses
Unione delle Banche Cantionali Svizzere

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch

Datum	3. April 2020
Kontaktperson	Thomas Rauch
Direktwahl	061 206 66 22
E-Mail	t.rauch@vskb.ch

Stellungnahme des VSKB zur Stärkung der Krisenresistenz der Unternehmen

Sehr geehrter Herr Schöll
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 1. April 2020 hat das Bundesamt für Justiz die öffentliche Konsultation betreffend die «Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens» eröffnet. Experten aus unserer Bankengruppe haben die Vorlage geprüft. Gerne nutzen wir die Gelegenheit, unsere Positionen und Anliegen einzubringen.

1. Allgemeines

Der VSKB begrüsst und unterstützt die Absicht des Bundesamtes für Justiz, die aufgrund des Corona-Virus und der Massnahmen des Bundesrates aufgetretenen finanziellen Schwierigkeiten der Unternehmen mit geeigneten Mitteln abzufedern. Neben den Massnahmen zur Stützung der Liquidität erachten wir auch Massnahmen im Bereich des Gesellschafts- und Betreibungsrechts als notwendig. Es ist aus volkswirtschaftlicher Sicht unabdingbar, dass umgreifende Konkurse aufgrund von lediglich vorübergehenden Liquiditätsengpässen abgewendet werden, sofern es sich um Unternehmen handelt, die tatsächlich sanierungsfähig sind.

2. Stellungnahme zu den gestellten Fragen

2.1 Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Wir sind überzeugt, dass der momentane Rechtsstillstand im Betreibungsverfahren keine mittel- oder langfristige Lösung ist. Er löst die anstehenden Probleme nicht und gibt die fehlende Liquidität lediglich an Drittgläubiger weiter. Es ist deshalb richtig, jetzt Handlungsalternativen zu prüfen, die den Prozess der Rechtsdurchsetzung aufrechterhalten. Die Massnahmen müssen unseres Erachtens schnell eingeführt werden, was den ordentlichen Gesetzgebungsprozess ausschliesst. Aus unserer Sicht ist ein Handeln im Notrecht folglich gerechtfertigt unter der Voraussetzung, dass dieses so bald wie möglich durch einen ordentlichen Erlass der Bundesversammlung ersetzt wird (vgl. Art. 7d des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes).

2.2 Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen?

Der Vorschlag ist in Anbetracht der Situation angemessen. Es greift unseres Erachtens aber zu kurz, die Erleichterungen nur zu Gunsten des Verwaltungsrats zu schaffen. Erleichterungen müssen auch den Revisionsstellen gewährt werden, zumal die Revisionsstellen denselben Pflichten wie der Verwaltungsrat unterliegen. Dies gilt umso mehr, als es entgegen den Ausführungen in Beilage 2, Seite 2, Konstellationen gibt, bei welchen die Revisionsstelle effektiv Kenntnis einer Überschuldung erhält. Dies etwa dann, wenn sie im entscheidenden Zeitraum eine ordentliche Revision durchgeführt oder eine Zwischenbilanz geprüft hat.

2.3 Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen?

Wir sind grundsätzlich mit den vorgeschlagenen Anpassungen im SchKG einverstanden, haben aber zu einzelnen Punkten Anmerkungen. Die nachfolgenden Ziffernverweise beziehen sich auf Beilage 3.

2.3.1 Korrektur eines falschen SchKG-Zitats (Ziff. 1.3)

Bei der zitierten Bestimmung handelt sich korrekterweise um Art. 296b Bst. a SchKG (statt Bst. b).

2.3.2 Zusatzvoraussetzung für die COVID-19-Stundung: Plausibilisierung (Ziff. 2.1)

Mit den geplanten Massnahmen zu Art. 725 Abs. 2 OR und im SchKG soll möglichst allen unterstützungswürdigen Unternehmen rasche Hilfe in der Krise zuteilwerden. Das Konzeptpa-

pier legt überzeugend dar, dass die Sicherstellung dieses Regulierungsziels einer Pauschalierung mit dem Risiko eines gewissen «Überschiessens» bedarf (vgl. Beilage 1, S. 6 oben). Gleichwohl macht es Sinn, dieses Risiko einzugrenzen.

Die Grundvoraussetzung, dass der Schuldner per 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war, greift zu kurz. Das Fehlen einer Überschuldung ermöglicht keine ausreichende Einschätzung, dass tatsächlich ein erfolgreiches Geschäftsmodell vorliegt. Wir sehen es deshalb als notwendig an, dass der Schuldner vor dem Nachlassrichter plausibel macht, dass er vorgängig rentabel gearbeitet hat und lediglich wegen der COVID-19-Pandemie bzw. der Massnahmen des Bundesrates zu dessen Bekämpfung wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt ist. Dies fordert auch das Gutachten von Prof. Dr. Franco Lorandi (Beilage 4, S. 17, Rz 86). Eine solche Zusatzanforderung ist jedem Gesuchsteller zumutbar und kann einfach und effizient, z.B. durch Vorlage der Steuerrechnungen der letzten zwei bis drei Jahre, erfüllt werden. Ohne diese Voraussetzung besteht ein hohes Risiko, dass viele COVID-19-Stundungen zu Unrecht «überschiessend» gewährt werden. Daraus entstünden dieselben Nachteile, welche das Konzeptpapier zu Recht mit Bezug auf den Rechtsstillstand aufführt, namentlich die Überwälzung der Liquiditätsprobleme der Schuldner auf die Gläubiger sowie ein letztlich untaugliches Hinausschieben des Insolvenzzeitpunkts (vgl. Beilage 1, S. 2).

2.3.3 Festschreibung der öffentlichen Bekanntmachung als Regel, welche nur ausnahmsweise durchbrochen werden darf (Ziff. 2.5)

Die Bewilligung der COVID-19-Stundung ist im Interesse der Gläubiger und im Interesse funktionierender Marktverhältnisse zu publizieren. Eine Ausnahme davon muss äusserst restriktiv gehandhabt werden und darf aus unserer Sicht ausdrücklich nur «in Ausnahmefällen» und sofern ein Sachwalter ernannt wird, geschehen. Andernfalls ergäben sich auch hier die unerwünschten und kontraproduktiven Rechtsfolgen, welche das Konzeptpapier gegen einen allgemeinen Rechtsstillstand ins Feld führt (vgl. Beilage 1, S. 2 sowie vorstehend Ziff. 2.3.2).

2.3.4 Präzisierung der Forderungen, die der COVID-19-Stundung unterliegen (Ziff. 2.6)

Der COVID-19-Stundung sollen nur Forderungen unterliegen, welche vor der Bewilligung der Stundung entstanden sind. Diese Regelung ist hinsichtlich des besonderen Zwecks der COVID-19-Stundung notwendig, aber auch hinreichend (so ausdrücklich S. 5 oben als Kommentar zu Ziff. 2.8). Aus unserer Sicht ist es deshalb unverständlich, dass auch Forderungen «bis zum 30. Mai 2020» erfasst sein sollen. Auch im Gutachten fehlt dafür eine plausible Begründung (vgl. Beilage 4, S. 18, Rz 91).

Einen spezifischen Zeitraum zu definieren, in welchem sich der Schuldner neu organisieren kann, ist nicht zielführend. Es besteht dafür schon heute die Notwendigkeit, auch ohne gesetzliche Regelung. Des Weiteren ist die Zusatzregelung systemfremd, weil sie Forderungen der Stundung unterstellt, welche aus einer Zeitperiode nach deren Bewilligung entstanden sind. Diese Ergänzung wirkt sich überdies kontraproduktiv aus, weil sie Schuldner in Versuchung führen kann, in der Phase zwischen Stundungsbewilligung bis zum 30. Mai 2020 besonders viele neue Verbindlichkeiten einzugehen. Dadurch könnten sich einmal mehr die im

Konzeptpapier für den Rechtsstillstand aufgezeigten Nachteile realisieren (Beilage 1, S. 2 sowie oben Ziff. 2.3.2). Es bestünde aber auch das ungewollte gegenteilige Risiko, dass sich potentielle Vertragspartner trotz bewilligter Stundung weigern, mit dem Schuldner bis zum 30. Mai 2020 Verträge einzugehen.

Der Satzteil «bzw. bis zum 30. Mai 2020» ist infolgedessen zu streichen.

2.3.5 Präzisierung der Stundungswirkungen auf die Rechte der Gläubiger (Ziff. 2.7)

Absatz 4 ist unglücklich formuliert. Die Abtretung von Forderungen, die nach Bewilligung einer COVID-19-Stundung entstehen, soll nur unwirksam sein, solange die Stundung besteht und soweit Forderungen während dieser Stundung entstehen. Die Wirkungen einer der Stundungsbewilligung vorangehenden Zession (Global- bzw. Debitorenzession) müssen nach Beendigung der COVID-19-Stundung reaktiviert werden. Dies gilt besonders für Forderungen, die erst nach Beendigung der COVID-19-Stundung entstanden sind, ohne dass es hierfür des Abschlusses einer neuen Zession bedarf. Absatz 4 ist entsprechend anzupassen.

Im Gesetzestext sollte klar und unmissverständlich formuliert sein, dass Zinsforderungen von der COVID-19-Stundung nicht betroffen sind. Derzeit ist dies nur dadurch berücksichtigt, dass sie nicht im Katalog von Ziff. 2.7 als gestundete Forderungen figurieren (vergleiche den Wortlaut von Ziff. 2.7 mit Art. 297 Ziff. Abs. 7 SchKG).

2.3.6 Präzisierung des Verbots der Zahlung der gestundeten Forderungen (Ziff. 2.9)

Absatz 1 formuliert ein absolutes, zeitlich nicht limitiertes Zahlungsverbot. Richtigerweise muss das Verbot auf die Stundungsdauer beschränkt sein, weshalb der Passus «solange die Stundung andauert» zu ergänzen ist.

2.3.7 Korrektur eines falschen SchKG-Zitats (Ziff. 2.13)

Bei der zitierten Bestimmung handelt sich korrekterweise um Art. 219 Abs. 5 Ziff. 1 SchKG (statt Bst. a).

2.3.8 Anregung, inwieweit COVID-19-Kredite von der COVID-19-Stundung erfasst sein sollen

COVID-19-Kredite sollten nur bis längstens 31. Dezember 2020 von gegebenenfalls erstreckten COVID-19-Stundungen erfasst sein. Bei Eintritt eines ausserordentlichen Kündigungsgrundes müssen solche Kredite auch während einer COVID-19-Stundung zurückgefordert werden können. Dies namentlich dann, wenn der Schuldner seine Vertragspflichten nicht mehr erfüllt, z.B. bei festgestellten Vertragsverletzungen, bei nachweislich falschen Selbstdeklarationen oder aus regulatorischen Gründen. Dies entspricht auch der vorgeschlagenen Rechtslage zur COVID-19-Stundung (vgl. die Regelung gemäss Ziff. 2.2 Abs. 2).

Wir fordern die Aufnahme einer entsprechenden Ausnahme.

3. Bemerkungen zur Ergänzung der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung

Die nachfolgenden Ziffernverweise beziehen sich auf Beilage 3.

3.1 Hinweis zur Haftung für zweckwidrige Verwendung des Darlehens (Ziff. 3.1)

Die Statuierung dieser Haftung ist begrüssenswert. Wir sind allerdings skeptisch, ob die Haftungsbestimmung in dieser Form erfolgsversprechend ist. Dies insbesondere, weil Banken keiner Überprüfungspflicht betreffend Einhaltung des Kreditzwecks unterstehen, was mit Blick auf die Masse gesprochener COVID-19-Kredite de facto auch gar nicht möglich wäre.

3.2 Präzisierung beim Ausschluss der paulianischen Anfechtung (Ziff. 3.2)

Ein gänzlicher Ausschluss der paulianischen Anfechtung ist aus unserer Sicht nicht zielführend, zumindest die Schenkungspauliana nach Art. 286 SchKG sollte vorbehalten bleiben. Andernfalls würde eine weitere Möglichkeit eröffnet, Kreditbeträge auf unlautere Weise beiseite zu schaffen statt sie geschäftlich zu verwenden. Auch bestünden weiterhin die Risiken, die es gemäss Konzeptpapier zu verhindern gilt (vgl. Beilage 1, S. 2 und oben Ziff. 2.3.2).

Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen. Für allfällige Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Verband Schweizerischer Kantonalbanken



Dr. Adrian Steiner
Vizedirektor
Leiter Public & Regulatory Affairs



Michele Vono
Projektleiter Public Affairs



Vereinigung der Privaten Aktiengesellschaften
Association des sociétés anonymes privées
The Swiss Association of Privately Held Companies

Bundesamt für Justiz BJ
michael.schoell@bj.admin.ch
david.rueetschi@bj.admin.ch
nicholas.turin@bj.admin.ch
samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch
caroline.widmer@bj.admin.ch
sibyll.walter@bj.admin.ch)

Basel, den 3. April 2020
christophe.sarasin@vpag.ch

ÖFFENTLICHE KONSULTATION: PFLICHTEN DER ORGANE VON UNTERNEHMEN BEI DROHENDER ÜBERSCHULDUNG SOWIE ANPASSUNGEN DES NACHLASS- VERFAHRENS UND EINFÜHRUNG EINES EINFACHEN STUNDUNGSVERFAHRENS

Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Möglichkeit zu einer Stellungnahme danken wir Ihnen bestens. Zu den von Ihnen unterbreiteten Fragen nimmt die VPAG wie folgt Stellung:

1. Zum Grundsatz: Sehen Sie grundsätzlichen notrechtlichen Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Betreibungsrecht?

Die VPAG begrüsst alle Massnahmen, die die von der Corona-Pandemie betroffenen Unternehmen entlasten und ihnen hilft weiter zu existieren. Dies ist von grosser Bedeutung, sollen doch dadurch Arbeitsplätze erhalten werden und diese Unternehmen nach der Krise so rasch als Möglich wieder Gewinne erwirtschaften, um Investitionen tätigen und Steuern bezahlen zu können. Die durch die Corona-Pandemie verursachten Kosten müssen ja später wieder finanziert werden.

2. Zum Vorschlag bei drohender Überschuldung: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 Obligationenrecht für die Dauer der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 teilweise auszusetzen? (Beilage 2)

Die VPAG begrüsst den Vorschlag. Wir haben dazu folgende Bemerkungen:

1. Im Verordnungstext in Abs. 1 müsste es wohl heissen:
 "War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet, so kann die Benachrichtigung des Richters nach Artikel 725 Absatz 2 OR1 unterbleiben, wenn begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. **Kapitel Abschnitt** der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann."
2. In der Situation einer (möglichen) Überschuldung einer Gesellschaft muss der Verwaltungsrat beurteilen, ob nach der Corona-Pandemie genügend Gewinn erwirtschaftet werden kann, um innert nützlicher Frist die Überschuldung beheben zu können. Die Überschuldung dürfte in den meisten Fällen durch Umsatzeinbussen, aber auch durch notwendig gewordene Abschreibungen verursacht werden. Eine Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR verhindert nicht, dass ein Unternehmen wegen mangelnder Liquidität in Konkurs fällt. Eine Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR dürfte somit bei Unternehmen Anwendung finden, die trotz Corona-Krise-bedingter Überschuldung noch Gläubiger finden oder deren Aktiven infolge der Corona-Krise tiefer bewertet werden müssen.
3. Je länger die Krise dauert, desto höher dürfte die Überschuldung werden, da die Fixkosten ja weiter bezahlt werden müssen. Das heisst, dass zur Deckung der Unterbilanz mit wachsender Dauer der Krise nachher umso mehr Gewinn erwirtschaftet werden muss, um die Unterbilanz zu decken. Der Gewinn kann dann u.a. durch Reduktion von Investition, Lohnkürzungen etc. beeinflusst werden. Diese Massnahmen sind aber unerwünscht, weil sie das Wachstum bremsen und das langfristige Überleben erschweren. Zudem sind Gewinne vor Rückzahlung von Schulden durch die Gesellschaft zu versteuern.
4. Schafft es ein überschuldetes Unternehmen nicht, die Überschuldung fristgerecht zu beheben, hat der Verwaltungsrat (bzw. die Revisionsstelle) die Bilanz zu deponieren. Für den infolge der verspäteten Deponierung der Bilanz entstandenen Schaden haftet der Verwaltungsrat. Es muss sichergestellt werden, dass in Fällen des Konkurses nach begründetem Gebrauch der Teilsistierung durch den Verwaltungsrat auch die Haftung für (Corona-Krise-bedingte) nicht bezahlte Sozialversicherungsabgaben und Steuern angepasst bzw. ausgeschlossen wird.

5. Ein Verwaltungsrat ist also, wenn er aufgrund einer Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR die Bilanzdeponierung unterlässt, gut beraten, seinen Entscheid eingehend zu begründen und zu dokumentieren. Ev. wäre es prüfenswert, die Begründungspflicht des Verwaltungsrates in den Verordnungstext aufzunehmen (z.B.: "Der Verwaltungsrat muss seinen Entscheid schriftlich festhalten."). Dies würde in allfälligen Verantwortlichkeitsprozessen den Nachweis der Begründetheit der "Corona-Krise-bedingten" Unterlassung der Deponierung der Bilanz vereinfachen.

6. Die Dauer der Corona-Epidemie bzw. der Massnahmen gemäss dem 3. Kapitel der COVID-19-Verordnung 2 ist unbestimmt. Zudem ist die Beseitigung einer Unterbilanz nach der Krise nicht einfach. Es ist nicht damit zu rechnen, dass nach einer Aufhebung dieser Massnahmen eine spontane Kompensation des nicht stattgefundenen Geschäftslebens bzw. des nicht erfolgten Konsums erfolgt. Vielmehr dürfte das Geschäftsleben bzw. der Konsum langsam und Schrittweise wieder das (hoffentlich) bisherige Ausmass erreichen. Gemäss Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung sind aus diesen Gründen die nach dieser Verordnung gewährten Kredite innerhalb von fünf Jahren zu amortisieren (Art. 13 Abs. 1), bei erheblicher Härte und Zustimmung der Bürgschaftsorganisation und der teilnehmenden Bank innerhalb von sieben Jahren (Art. 13 Abs. 2). Unter diesen Aspekten ist die VPAG der Auffassung, dass die sechsmonatige Frist zu kurz ist und auf ein Jahr oder mehr verlängert werden sollte. Dies würde es den betroffenen Unternehmen ermöglichen zu zeigen, dass sie tatsächlich mit Gewinnen die Unterbilanz wieder beseitigen und mit ihren Gläubigern eventuell notwendige Anpassungen der Kreditverträge vornehmen können. Auch würde eine längere Frist diesen Unternehmen sinnvolle Investitionen und die Erhaltung der Arbeitsplätze erleichtern.

7. Die VPAG regt an, die Pflicht der Revisionsstelle, das Gericht zu benachrichtigen, auszusetzen. Dies (u.a.) aus folgenden Gründen:
 - Es gibt zahlreiche Gesellschaften, die das Geschäftsjahr nicht am 31. Dezember abschliessen (so z.B. am 30. Juni). In diesen Fällen wäre die Revisionsstelle verpflichtet, den Richter zu benachrichtigen, um nicht selbst haftpflichtig zu werden.

 - Niemand weiss, wie lange die Krise dauert. Es ist durchaus möglich, dass Massnahmen gemäss der COVID-19-Verordnung 2 am 31. Dezember noch in Kraft sind.

 - Viele Gesellschaften mit einem Abschluss des Geschäftsjahres per 31. Dezember sind in diesen Tagen am Erstellen des Jahresabschluss 2019. Diese Jahresrechnungen werden durch die Revisionsstellen geprüft. Gemäss Art. 959c Abs. 2 Ziff. 13 OR sind wesentliche, nach dem

Bilanzstichtag eingetretene Ereignisse im Anhang aufzuführen. Das heisst, dass die Revisionsstellen von einer ev. bereits eingetretenen bzw. bevorstehenden Überschuldung Kenntnis haben.

3. Zum Vorschlag betreffend die Anpassungen im Betreibungsrecht: Wie beurteilen Sie den Vorschlag, das Nachlassverfahren im SchKG anzupassen und zusätzlich ein einfaches Stundungsverfahren für KMU einzuführen? (Beilagen 3 und 4)

Die VPAG unterstützt die vorgeschlagenen Massnahmen. Allerdings wäre es aus unserer Sicht und auch im Sinne der oben gemachten Ausführungen zu überlegen,

- die Dauer der provisorischen Nachlassstundung auf z.B. neun Monate oder ein Jahr und
- die Dauer der COVID-19-Stundung auf sechs Monate zu verlängern.

Wir danken Ihnen nochmals zur Möglichkeit der Stellungnahme und hoffen, dass unsere Anregungen in Ihre Überlegungen einfließen.

Mit freundlichen Grüssen
VEREINIGUNG DER PRIVATEN
AKTIENGESELLSCHAFTEN



Christophe Sarasin
Dr. iur., Advokat
Geschäftsführer

Von: jana.essebier@vischer.com
An: [Schöll Michael BJ](#); [Rüetschi David BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#)
Cc: DJenny@vischer.com
Betreff: STN VISCHER AG 03.04.2020 Öffentliche Konsultation: Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens
Datum: Freitag, 3. April 2020 10:09:59

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir an der öffentlichen Konsultation zu den geplanten Massnahmen teil.

1. Wir teilen die Auffassung, dass der Rechtstillstand nach Art. 62 SchKG nicht für eine längere Periode geeignet ist. Dennoch regen wir an, den Rechtsstillstand bis mindestens Ende April zu verlängern. Dies aus folgenden Überlegungen: Die Geschäftstätigkeit der Schweizer Unternehmen ist in erheblichen Masse vom Ausland abhängig. Erst gegen Ende April dürfte sich abzeichnen, ob und in welchem Umfang andere Länder den Lock-/Shutdown zurückfahren. Zugleich würde eine solche Verlängerung den Unternehmen erlauben, sich auf die neuen Massnahmen einzustellen und sich damit vertraut zu machen.

2. Wir teilen die Auffassung, dass Handlungsbedarf besteht. Dies betrifft insbesondere Änderungen des geltenden Rechts betreffend Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie die Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens.

3. Wir teilen die Auffassung, dass die Notstundung ungeeignet ist.

4. Wir begrüssen die vorgeschlagenen Anpassungen am normalen Nachlassstundungsverfahren. Wir teilen die Auffassung, dass das "normale" Nachlassstundungsverfahren für die meisten KMU ungeeignet ist.

5. Wir teilen die Auffassung, dass ein stark vereinfachtes Nachlassstundungsverfahren ohne Sachwalter für kleine Unternehmen eine vertretbare Lösung ist. Aufgrund der Kürze der Zeit können wir zu den im Detail vorgeschlagenen Bestimmungen keine Stellung nehmen. Richtig erscheint es uns, dass die Einführung von einer Informationskampagne begleitet werden sollte sowie dass die Unternehmer durch zwischen den Kantonen abgestimmte zentrale Webportale bei der Eingabe unterstützt werden. Darüber hinaus regen wir an, dass der Begriff der Publikumsgesellschaft ausdrücklich auf die entsprechende OR-Norm Bezug nimmt, um für Rechtssicherheit zu sorgen.

6. Wir begrüssen grundsätzlich den Vorschlag, Art. 725 Abs. 2 OR anzupassen. Der Vorschlag sieht vor, dass eine Benachrichtigung des Richters dann unterbleiben kann, "wenn begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann". Damit wird die Begründungs- und Beweislast auf die Verwaltungsräte übertragen. Wir regen an, dass Regel-Ausnahme-Verhältnis umzukehren. Dies aus folgenden Überlegungen: Die aktuelle Situation zeichnet sich gerade dadurch aus, dass wohl niemand absehen kann, wie es weitergehen wird. An die "begründete Aussicht" dürften daher keine hohen Anforderungen gestellt werden. Es ist jedoch aus heutiger Sicht nicht absehbar, wie im Nachhinein Gerichte diese Norm anwenden würden. Dem Missbrauchsrisiko könnte auch dadurch begegnet werden, dass jedenfalls der Nachweis möglich ist, dass ein Verwaltungsrat zu Unrecht von der Ausnahme Gebrauch gemacht hat. Wir regen daher an, dass die Benachrichtigung des Richters unterbleiben kann, "es sei denn, es ist offensichtlich, dass eine Überschuldung nicht behoben werden kann".

Aufgrund des Erläuterungsberichtes ist für uns unklar, wann ein "Ende der Massnahmen" angenommen werden wird. Im Sinne der Rechtssicherheit sollte auf das Ende aller Massnahmen in diesem Abschnitt abgestellt werden.

7. Wir sind der Auffassung, dass auch die Sistierung der Notifizierungspflicht der Revisionsstelle ausdrücklich zu regeln ist. Dies vor allem darum, weil für viele Gesellschaften die Revisionsarbeiten für das Geschäftsjahr 2019 noch nicht beendet sind und Revisionsgesellschaften oft auch ausserhalb der Jahresendrevison Informationen über Gesellschaften erhalten.

8. Ergänzung der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung - Haftung für zweckwidrige Verwendung des Darlehens

Die COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung bestimmt, für welche Zwecke der Kredit nicht verwendet werden darf. In der Praxis zeigen sich nun bereits erhebliche Auslegungsschwierigkeiten. Dies umso mehr, als der Wortlaut der Verordnung und der Erläuterungsbericht im Detail voneinander abweichen. Es ist daher zu befürchten, dass die geplante Norm dazu führen wird, dass viele Unternehmen davor scheuen werden, es in Anspruch zu nehmen. Damit wird der Sinn und Zweck des Programms unterlaufen. Unseres Erachtens sollte es daher bei den strafrechtlichen Sanktionen und den üblichen Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats und Haftungsbestimmungen belassen bleiben.

Auch wenn in der aktuellen Situation Konsultationen kurzfristig angesetzt werden müssen, so sind wir doch überrascht, dass für solche einschneidenden Massnahmen die Konsultation nicht früher eingeleitet wurde. Dies umso mehr, als bereits mit Erlass des Rechtsstillstandes bekannt war, dass Anschlussmassnahmen nötig sein werden und dass Handlungsbedarf im Bereich der Organhaftung besteht. Für uns ist daher nicht erkennbar, warum diese Konsultation nicht hätte zweistufig durchgeführt werden können, d.h. in einer ersten Stufe die generellen Fragen zum Rechtsstillstand, zu Art. 725 Abs. 2 OR und zum Institut der Notstundung und Nachlassstundung und in einer zweiten Stufe die spezifischen Normen für ein vereinfachtes Stundungsverfahren. Darüber hinaus regen wir an, die Information über die Durchführung einer öffentlichen Konsultation zukünftig breiter zu streuen. Dies gilt umso mehr, wenn die Frist so kurz ist.

Wir danken Ihnen im Voraus für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Mit freundlichen Grüssen

Dr. Jana Essebier und Dr. David Jenny

VISCHER AG

Per E-Mail (michael.schoell@bj.admin.ch und weitere)

Bundesamt für Justiz BJ
Michael Schöll
Bundesrain 20
3003 Bern

Alex Nikitine
Partner
Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt
Direkt +41 58 658 56 32
alex.nikitine@walderwyss.com

Dominik Hohler
Partner
lic. iur., LL.M.
Rechtsanwalt
Direkt +41 58 658 56 25
dominik.hohler@walderwyss.com

Zürich, 3. April 2020

ANI / DHH / mla

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

Sehr geehrter Herr Schöll
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne erlauben wir uns, Ihnen hiermit unsere Stellungnahme zur vorgesehenen Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR und zu den spezifischen Anpassungen im SchKG im Lichte der aktuellen «Corona-Krise» einzureichen. Für Ihre wohlwollende Entgegennahme bedanken wir uns im Voraus.

Die nachfolgenden Ausführungen geben nicht die offizielle Meinung der Walder Wyss AG wieder, sondern entsprechen in erster Linie den Ansichten der Verfasser. Sie reflektieren jedoch auch Gespräche mit Partnern und Anwälten der Walder Wyss AG und anderen praktizierenden Spezialisten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts und des Insolvenzrechts.

Für Ihren grossen Arbeitsaufwand und Ihre Bemühungen, die notwendigen Anpassungen der Rechtsgrundlagen an die gegenwärtige wirtschaftliche Realität sehr rasch zu schaffen, möchten wir vorab bestens danken. Ihre ausserordentliche Leistung verdient Anerkennung.

Nach Sichtung der Entwürfe möchten wir zentrale Änderungsvorschläge aufgreifen sowie die Entwürfe gerne wie folgt kommentieren:

Ad Art. 725 Abs. 2 OR bzw. Textvorschlag Verordnungstext

A. Allgemeines

Vorab ist zu begrüssen, dass der Bundesrat weitere Massnahmen zu Gunsten von Unternehmen erwägt, welche infolge pandemiebedingter Liquiditätsengpässe und Wertverminderungen der Aktiven demnächst gezwungen wären, den Richter gemäss Art. 725 Abs. 2 OR zu benachrichtigen.

Mit Artikel 24 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung vom 25. März 2020 (**COVID-19 Verordnung**) hat der Bundesrat die bilanzielle Berücksichtigung der vom Bund garantierten Darlehen im Rahmen von Art. 725 Abs. 1 und von Abs. 2 OR ausgeschlossen. Dieser erste Schritt war wichtig und richtig. Dass Kredite, welche gestützt auf Art. 4 COVID-19 Verordnung (also über CHF 500'000) gewährt werden, *nicht* unter die Sonderregelung in Art. 24 COVID-19 Verordnung fallen, ist politisch nachvollziehbar, schwächt aber die Bilanz der betroffenen Unternehmen und damit auch den Druck auf die entsprechenden Organe.

B. Konkrete Anpassungsvorschläge

Konkret schlagen wir folgende Änderungen vor (vgl. Hervorhebungen):

¹ Für die Berechnung der Deckung von Kapital und Reserven nach Artikel 725 Absatz 1 des Obligationenrechts (OR) und für die Berechnung einer Überschuldung nach Artikel 725 Absatz 2 OR werden Kredite, welche gestützt auf Artikel 3 und Artikel 4 verbürgt werden, bis zum 31. März 2022 nicht als Fremdkapital berücksichtigt.

²⁴ War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet, so kann die Benachrichtigung des Richters nach Artikel 725 Absatz 2, Artikel 728c Absatz 3 und Artikel 729c OR unterbleiben, wenn begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert sechs bis drei Monate nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt Kapitel der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020, spätestens bis 30. September 2020, unterbleiben behoben werden kann.

³² [Alternativvorschlag zur Änderung im Absatz oben (1, neu 2): Die Bilanzierung zu Veräusserungswerten und d)[D]ie Prüfung der Zwischenbilanz durch einen zugelassenen Revisor nach Artikel 725 Absatz 2 OR [kann][können] unterbleiben. Dieser Absatz [3] findet mit Ablauf der Frist gemäss Absatz [2] keine Anwendung.

⁴³ Die Absätze 1–3 2 und 3 gelten sinngemäss für alle Rechtsformen, die einer gesetzlichen Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und bei Überschuldung unterstehen.

Unseren Änderungsvorschlägen liegen folgende Überlegungen zugrunde:

- Art. 24 als neuer Absatz 1: Wie oben vermerkt schlagen wir vor, die neuen Bestimmungen in Art. 24 COVID-19 Verordnung einzubetten. Systematisch wäre es nahelegend, den aktuellen Text von **Art. 24 als neuen Abs. 1 aufzuführen**. Aufgrund der Tatsache, dass die Sonderregelung in Art. 24 COVID-19 Verordnung befristet ist (bis

31. März 2021), sollten **alle unter der COVID-19 Verordnung gewährten Kredite berücksichtigt werden**, d.h. auch jene in Art. 4 COVID-19 Verordnung. Allein diese vorgeschlagene Erweiterung auf alle Kredite würde eine (vorübergehende) Entspannung bringen.

- Normative Sistierung ohne Überschuldungsanalyse: Der vorgeschlagene Verordnungstext sieht vor, dass die Sistierung nur dann möglich ist, wenn «*begründete Aussicht besteht, dass eine Überschuldung innert sechs Monaten nach Ende der Massnahmen gemäss dem 3. Abschnitt der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 behoben werden kann*». **Aufgrund der Corona-Krise sind verlässliche Prognosen zum Geschäftsverlauf bzw. zu Sanierungsmassnahmen im besten Fall schwierig, in vielen Fällen schlichtweg unmöglich.** Ein Schweizer Unternehmen wird aktuell keine verlässliche Schätzung machen können, ob und wie schnell geplante Sanierungsmassnahmen umgesetzt werden können oder wie sich Umsätze entwickeln, um eine drohende Überschuldung (bzw. Zahlungsunfähigkeit) zu beheben. Diese hängen von zahlreichen, momentan nicht voraussehbaren Faktoren ab: Dauer der aktuell angeordneten Massnahmen, Dauer neu angeordneter Massnahmen (welche für die Schweiz vermutlich nach dem 19. April 2020 angekündigt werden), finanzielle Implikationen bei den Geschäftspartnern, volkswirtschaftliche Dimension der Krise etc. Viele Unternehmen müssten diese Analysen nicht nur für die Schweiz, sondern unter Einbezug anderer Länder vornehmen, sofern (wie so oft der Fall) ökonomische Interdependenzen bestehen. Vor diesem Hintergrund machen wir eine **einfache, pragmatische Lösung** beliebt: **Die Sistierung wird generell für eine bestimmte Dauer gewährt.** Der Stichtag kann sich hierbei an das Ende der Massnahmen gemäss 3. Kapitel der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 anknüpfen.¹ Wir schlagen vor, dass diese Frist aber auf drei Monate gekürzt und ein Enddatum (30. September 2020) vorgesehen wird. Die Änderungsvorschläge führen auch dazu, dass auf diese Weise das Haftungsrisiko für den Verwaltungsrat reduziert werden kann. Der Verwaltungsrat muss aber weiterhin die finanzielle Situation der Gesellschaft im Griff haben. Art. 725 Abs. 1 OR bleibt – zu Recht – aufrecht; der Verwaltungsrat muss die betreffenden Aufgaben (insbesondere die Sanierung!) wahrnehmen. Hinzu kommen die Pflichten gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR (Finanzkontrolle). Diese wichtigen Leitlinien sorgen dafür, dass die auf dem Spiel stehenden Gläubigerinteressen trotz vorübergehender Sistierung der Anzeigepflicht(en) gebührend berücksichtigt werden. Der Bundesrat kann das Enddatum verschieben.

¹ Hinweis: Die COVID-19 Verordnung hat sich am 1. April 2020 erneut geändert (in Kraft seit 2. April 2020). Der 3. Abschnitt der COVID-19 Verordnung 2 behandelt «Ausfuhrkontrolle für Schutzausrüstung». Gemeint wäre vermutlich das «3. Kapitel: Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen».

- Analoge Sistierung von Art. 728c Abs. 3 bzw. Art. 729c OR: In der «Beilage 2: Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR», Seite 2, steht der Hinweis, wonach die Pflicht der Revisionsstelle, das Gericht zu benachrichtigen, nicht ausgesetzt werde. Begründet wird dies mit der Erklärung, dass keine Pflicht bestehe, die Zwischenbilanzen prüfen zu lassen (aufgrund des vorgeschlagenen Abs. 2), weshalb eine allfällige Revisionsstelle allerdings «gar keine Kenntnis einer Überschuldung» hat. Dieser Aussage ist nicht nachvollziehbar, zumal Art. 728c Abs. 3 bzw. Art. 729c OR nicht an das Vorhandensein (geprüfter) Zwischenbilanzen anknüpfen und die Revisionsstelle die Anzeige im Falle einer (offensichtlichen) Überschuldung vornehmen muss, ungeachtet der Frage, wie die Revisionsstelle an die relevanten Berechnungen herangekommen ist. **Zur Vermeidung von unnötigen Missverständnissen müssten Art. 728c Abs. 3 bzw. Art. 729c OR entsprechend sistiert werden.** Im Interesse einer Rechtssicherheit sollte sich dieser Punkt nicht erst auch den Erläuterungen ergeben, sondern explizit in der COVID-19 Verordnung stehen.
- Befristung der Regelung in Absatz 2 (neu Absatz 3): Der aktuelle Abs. 2 (in unserem Vorschlag neu Abs. 3) müsste nach unserem Dafürhalten befristet sein. Naheliegend wäre, dass die **gleiche Frist** gilt.
- Alternativvorschlag (Keine Bilanzierung zu Veräusserungswerten): Eine Kompromisslösung könnte darin bestehen, dass **auf die Bilanzierung zu Veräusserungswerten verzichtet wird. Diesfalls könnte man unseres Erachtens den vom Bundesrat vorgeschlagenen Abs. 1 (neu 2) so belassen** (Ausnahme: Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR sollten unseres Erachtens auf jeden Fall aufgehoben werden). – Dieser Alternativvorschlag gründet im Umstand, dass es meist genauer dieser entscheidende Schritt ist (Übergang Bilanzierung von Fortführungswerten auf Bilanzierung zu Liquidationswerten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR), der bei vielen Unternehmen eine Unterbilanz oder Überschuldung auslöst. Aktuell dürften die Liquidationswerte zahlreicher Unternehmen massiv tiefer sein als noch vor zwei Monaten. Wir haben diesen Alternativvorschlag in Abs. 2 (neu Absatz 3) eingebaut. Auch hier gilt die Befristung.
- Anpassung der Nummerierung (bzw. Querverweise innerhalb der Bestimmungen): Diese Änderungen ergeben sich auf dem Vorstehenden bzw. aus dem Umstand, dass von uns ein neuer Abs. 1 vorgeschlagen wird.

Ad SchKG (Nachlassverfahren / COVID-19 Stundung) bzw. Textvorschlag Verordnungstext

A. Allgemeines

Der Vorschlag, sich nicht auf die veralteten Regelungen der Notstundung abzustützen, sondern – auch im Hinblick auf die bestehende Praxis und damit verbundene

Rechtssicherheit – auf das modernisierte Nachlassverfahren zu fokussieren, ist zu begrüßen. Es ist Franco Lorandi dahingehend beizupflichten, dass allerdings auch das revidierte Nachlassverfahren nicht umfassend geeignet ist, die grosse Anzahl von Unternehmen, welche in der aktuellen Krise betroffen sind, zu schützen. Eine Anpassung des bestehenden Nachlassverfahrens auf die gegenwärtige Ausnahmesituation sowie die Einführung eines COVID-19 Stundungsverfahrens scheint uns daher sinnvoll.

B. Konkrete Anpassungsvorschläge Nachlassverfahren (296b Abs. 2)

Konkret schlagen wir folgende Änderungen vor (vgl. Hervorhebungen):

In Abweichung von Artikel 296b Buchstabe b SchKG ist der Konkurs vor Ablauf der Stundung von Amtes wegen zu eröffnen, wenn dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist, wobei dies bis zum 30. Mai 2020 nicht gilt, wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war oder über Rangrücktritte i.S. Artikel 725 Absatz 2 OR im Umfang der Überschuldung verfügte.

- Berücksichtigung Rangrücktritt: Unternehmen, welche bereits vor dem 31. Dezember 2019 zwar überschuldet waren, aber erste Massnahmen ergriffen haben, sollten nicht schlechter gestellt werden als Unternehmen, die am 31. Dezember 2019 gerade knapp noch keine Überschuldung aufwiesen.

C. Konkrete Anpassungsvorschläge COVID-19 Stundung

Ad 2.1 – Einleitung

Konkret schlagen wir folgende Änderungen vor (vgl. Hervorhebungen):

¹ Ein Schuldner, der der Konkursbetreibung unterliegt (Artikel 39 SchKG) kann vom Nachlassgericht eine Stundung von höchstens sechs ~~drei~~ Monaten verlangen (COVID-19- Stundung), sofern er am 31. Dezember 2019 nicht bereits überschuldet war oder über Rangrücktritte im Sinne von Artikel 725 Absatz 2 OR im Umfang der Überschuldung verfügte.

- Frist: In Anbetracht des Umfangs der COVID-19 Krise scheinen drei Monate als zu wenig; gerade kleinere Unternehmen sollten nicht durch unnötige administrative Massnahmen für eine von vornherein absehbare Verlängerung (Aufwand, Kosten) belastet werden.
- Rangrücktritte: Unternehmen, welche bereits vor dem 31. Dezember 2019 zwar überschuldet waren, aber erste Massnahmen ergriffen haben, sollten nicht schlechter gestellt werden als Unternehmen, die am 31. Dezember 2019 gerade knapp noch keine Überschuldung aufwiesen. Gerade kleinere Unternehmen und

Gesellschaften im Start-up Bereich, die häufig mit Rangrücktritten als erste Massnahme operieren, bliebe die COVID-19 Stundung ansonsten verwehrt.

Ad 2.2. – Verlängerung und Widerruf der Stundung

Konkret schlagen wir folgende Änderungen vor (vgl. Hervorhebungen):

² Hat der Schuldner gegenüber dem Gericht falsche Angaben gemacht oder handelte er rechtsmissbräuchlich, kann dieses die Stundung jederzeit von Amtes wegen widerrufen.

- Rechtsmissbrauch: Mögliche Missbrauchsfälle sollten effizient bekämpft werden können.

Ad 2.5 – Öffentliche Bekanntmachung

Anmerkung: Es sollte in den Erläuterungen zur Verordnung klargestellt werden, dass das «stille Verfahren» nur in Ausnahmefällen und bei Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger zur Anwendung gelangt. Die Publikation eines COVID-19 Stundungsverfahrens dürfte aufgrund der gegenwärtigen Situation nicht die gleichen «Brandmarkung» mit sich bringen wie ein übliches Nachlassverfahren zu Zeiten vor COVID-19.

Ad 2.6 – Der Stundung unterliegende Forderungen

Konkret schlagen wir folgende Änderungen vor (vgl. Hervorhebungen):

Die Wirkungen der Stundung erfasst sämtliche Forderungen gegen den Schuldner, welche vor der Bewilligung der Stundung bzw. aufgrund bestehender Dauerschuldverhältnisse bis zum [30. Mai] 2020 entstanden sind.

- Dauerschuldverhältnisse: Betroffen sollten nur Forderungen sein, die vor Eröffnung des COVID-Stundungsverfahrens entstanden oder durch vorbestehende Dauerschuldverhältnisse während einer Karenzfrist begründet werden. Ansonsten würde kein Dritter während der Karenzfrist an die Gesellschaft mehr liefern bzw. mit ihr Verträge schliessen.

Ad 2.9 – Verbot der Zahlung der gestundeten Forderungen

Konkret schlagen wir folgende Änderungen vor (vgl. Hervorhebungen):

Der Schuldner darf die Forderungen, welche der Stundung unterliegen, während der COVID-19 Stundung nicht bezahlen.

- Zeitraum: Es muss klar sein, dass die Forderungen nach Ablauf der Stundung (ohne Übergang in den Konkurs oder Nachlassverfahren) normal bezahlt werden müssen.

Zusätzlich: Verfahrenskosten / Kosten des Sachwalters

Anmerkung: Die Eröffnung des COVID-19 Stundungsverfahrens sollte durch die Staatskasse getragen werden (oder wenigstens nicht bevorschusst werden müssen); die Kosten eines Sachwalters (der nur auf Antrag und in begründeten Fällen zum Einsatz kommt) ist durch die Gesellschaft zu tragen. Die Kosten für den Sachwalter sind durch die gesuchstellende Partei zu bevorschussen. Die Mittel aus den Krediten der Solidarbürgschaft sollten zur Bevorschussung und Bezahlung von Sachwalterkosten verwendet werden dürfen.

Wir hoffen, Ihnen mit der vorstehenden Kommentierung und den konkreten Formulierungsvorschlägen einen nützlichen Beitrag leisten zu können. Deren Berücksichtigung in der geplanten Anpassung würde insbesondere dem Wunsch nach einer umgehenden Erleichterung für Unternehmen bei drohender Überschuldung und der erhöhten Rechtssicherheit auf Seiten der betroffenen Organe nachkommen.

Gerne stehen Ihnen Alex Nikitine (alex.nikitine@walderwyss.com) und Dominik Hohler (dominik.hohler@walderwyss.com) für die Beantwortung allfälliger Fragen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Alex Nikitine



Dominik Hohler

Von: [Umbach-Spahn Brigitte](#)
An: [Rüetschi David BJ](#)
Cc: [Schöll Michael BJ](#); [Turin Nicholas BJ](#); [Krähenbühl Samuel BJ](#); [Widmer Caroline BJ](#); [Walter Sibyll BJ](#); [Wüthrich Karl](#); [Kesselbach Stephan](#)
Betreff: STN Wenger Plattner, Brigitte Umbach-Spahn 03.04.2020 Vernehmlassung i.S. Notrecht COVID 19 Stundung
Datum: Freitag, 3. April 2020 09:49:37

Sehr geehrter Herr Rüetschi

Wir begrüssen, dass der Bundesrat in Betracht zieht, die Regelungen der Nachlassstundung mit Bezug auf die Situation der Corona Krise zu optimieren.

An dieser Stelle erlauben wir uns, zu einem Teilaspekt der Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens für KMU (sog. COVID 19 Stundung) im Rahmen der öffentlichen Konsultation kurz Stellung zu nehmen:

Für die COVID 19 Stundung ist vorgesehen, dass diese im Regelfall öffentlich bekannt gemacht (2.5 des Vorschlages zur Anpassungen im SchKG; nachfolgend Entwurf COVID 19 Stundung) und grundsätzlich auf die Einsetzung eines Sachwalters verzichtet wird (Ziff. 2.4 . Entwurf COVID 19 Stundung). Forderungen, welche der betreffende Schuldner nach Bewilligung einer COVID 19 Stundung aber vor 30. Mai 2020 eingeht, sollen der Stundung unterliegen und dürfen nicht bezahlt werden (2.6 und 2.9 Entwurf COVID 19 Stundung). Soweit kein Sachwalter eingesetzt wird (was gemäss der angedachten Anpassung der Regelfall sein soll), bilden diese Schulden in einem späteren Konkurs oder Nachlassvertrag keine Masseverbindlichkeiten (vgl. 2.12 Entwurf COVID 19 Stundung).

Diese Regelung scheint uns aus folgendem Grund sehr problematisch: Ein Geschäftspartner eines Schuldners, welchem eine COVID 19 Stundung (ohne Sachwalter) gewährt wurde, läuft Gefahr, dass er ein sehr grosses Inkassorisiko für seine Leistungen trägt, welche er diesem Schuldner im Zeitraum zwischen Gewährung der Stundung und Ende Mai 2020 erbringt: Gelingt eine vollständige Sanierung des betreffenden Schuldners, so muss der Geschäftspartner bis zum Ablauf der Stundung auf seine Zahlung warten, gelingt die Sanierung des Schuldners nicht, riskiert er einen Totalverlust. Dies könnte zu folgendem Resultat führen: Ein Lieferant oder sonstiger Dienstleistungserbringer wird dem betreffenden Schuldner im Zeitraum zwischen Bewilligung der COVID 19 Stundung und Ende Mai 2020 entweder keine Leistungen mehr erbringen oder aber - sofern dies denn gemäss Ziff. 2.9 Entwurf COVID 19 Stundung überhaupt erlaubt sein sollte - [was aufgrund des Wortlautes u.E. nicht klar ist] – nur gegen Vorschuss. Im letzteren Fall hätte dies einen stark erhöhten Liquiditätsbedarf zu Beginn der COVID 19 Stundung zur Folge.

Um das Ziel einer COVID 19 Stundung nicht zu gefährden, schlagen wir deshalb folgende Änderungen zu den angedachten Regelungen vor:

- Schulden, welche ein Schuldner nach Gewährung der COVID 19 Stundung eingeht, unterliegen nicht der Stundung und dürfen bezahlt werden.
- Zudem sollen diese Schulden im Sinne der Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr Masseverbindlichkeiten bilden, soweit und sofern sie vom Schuldner im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes nach Bewilligung einer COVID 19 Stundung eingegangen werden (und zwar unabhängig davon, ob ein Sachwalter eingesetzt wird oder nicht).

Für allfällige Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Brigitte Umbach-Spahn

WENGERPLATTNER

Brigitte Umbach-Spahn, lic.iur., LL.M.

Rechtsanwältin | Attorney at Law

Seestrasse 39 | Postfach | CH-8700 Küsnacht-Zürich

T +41 43 222 38 00 | F +41 43 222 38 01

brigitte.umbach@wenger-plattner.ch | www.wenger-plattner.ch

This e-mail has been sent by a law firm. It is confidential and may be legally privileged. Only the intended recipient may read, copy and otherwise use it. If you have received this e-mail in error, please notify us immediately by reply e-mail and then delete this message from your system. Thank you for your cooperation.

Von: [Rothenbuehler Fritz](#)
An: ["david.rueetschi@bj.admin.ch"](#)
Cc: ["michael.schoell@bj.admin.ch"](#); ["nicholas.turin@bj.admin.ch"](#); ["samuel.kraehenbuehl@bj.admin.ch"](#); ["caroline.widmer@bj.admin.ch"](#); ["sibyll.walter@bj.admin.ch"](#); [Duc Pablo](#); [Umbach-Spahn Brigitte](#)
Betreff: STN Wenger Plattner, Fritz Röthenbühler 03.04.2020 Vernehmlassung i.S. COVID-Notrecht OR und SchKG
Datum: Freitag, 3. April 2020 13:59:04

Sehr geehrter Herr Rüetschi
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir begrüßen grundsätzlich die Überlegungen des Bundes für COVID-Massnahmen im Bereich SchKG und OR.

Zu den einzelnen Themenfeldern gestatten wir uns die folgenden Überlegungen:

1. **Betreibungsverbot**

In Anbetracht der aktuellen Corona-Lage und der damit verursachten Wirtschaftskrise erachten wir es als zwingend, dass der Bundesrat den Betreibungsstopp über den 19.4.2020 hinaus verlängert.

2. **COVID-Teilsistierung von Art. 725 OR**

Wir befürworten die Vorschläge für die Sistierung von Art. 725 OR. Ohne diese Massnahme wären viele Unternehmen, welche für die Beseitigung ihrer durch die Corona-Krise verursachten akuten Liquiditätsprobleme die gemäss Notverordnung des Bundesrats geschaffenen Kredite mit Solidarbürgschaft des Bundes in Anspruch nehmen und in eine Überschuldungssituation geraten, gezwungen, ihre Bilanz zu deponieren oder ein Nachlassstundungsverfahren einzuleiten.

Dies würde die angestrebte Wirkung dieser Überbrückungskredite grundlegend in Frage stellen.

Die zur Abwehr dieser Gefahr gewählte Lösung der Teilsistierung von Art. 725 OR ist angemessen, wenig invasiv und zeitlich limitiert. Sie ist der akuten Krise angepasst und schafft ohne grossen gesetzgeberischen Eingriff die gewünschte Wirkung in der Krise und unmittelbar danach.

3. **Anpassungen im SchKG**

Kritisch sehen wir dagegen die vorgeschlagenen Anpassungen im SchKG. Getreu dem Grundsatz «Hard cases make weak laws» finden wir, dass eine Krise nicht zum Anlass genommen werden sollte, unter Zeitdruck und ohne breit abgestützte Vernehmlassung grundlegende Eingriffe in geltende Gesetze zu tätigen, welche über die Krise hinaus Geltung haben sollen.

Insbesondere sehen wir keine Notwendigkeit, eine neue COVID-Stundung einzuführen. Bereits im geltenden Recht kann – seit der letzten Revision – mit einfachen Mitteln eine prov. Nachlassstundung beantragt und erreicht werden. Es ist deshalb u.E. nicht geboten, nun noch eine durch die aktuelle Krise bedingte Sonder-Nachlassstundung einzuführen.

Wenn die vorgeschlagenen Massnahmen der Teilsistierung von Art. 725 OR ergriffen werden, dann kann von einer Nachlassstundung abgesehen werden in Fällen, wo die finanzielle Notlage auf die Corona-Krise zurückgeht.

Es braucht somit keine besondere COVID-Stundung. Finanzielle Probleme aus anderen Gründen können dann ganz normal mittels prov. Nachlassstundung abgewickelt werden.

Dazu kommt, dass die vorgeschlagene COVID-Stundung in vielerlei Hinsicht problematische Regeln enthält. Siehe dazu z.B. die heutige Vernehmlassung unserer Bürokollegin Brigitte

Umbach-Spahn.

Allerdings könnte auch für das geltende Nachlassverfahren überlegt werden, insbesondere während der Phase der prov. Nachlassstundung eine Exitmöglichkeit für die Schuldner analog zur vorgeschlagenen COVID-Stundung vorzusehen. Dies müsste allerdings noch genau geprüft werden.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Hinweisen zu dienen, und stehen für Rückfragen sehr gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse,

Fritz Rothenbühler

Pablo Duc

WENGERPLATTNER

Dr. Fritz Rothenbühler
Rechtsanwalt | Attorney at Law

[Jungfraustrasse 1 | CH-3000 Bern 6](#)
T [+41 31 357 00 00](#) | F [+41 31 357 00 01](#)
fritz.rothenbuehler@wenger-plattner.ch | www.wenger-plattner.ch

This e-mail has been sent by a law firm. It is confidential and may be legally privileged. Only the intended recipient may read, copy and otherwise use it. If you have received this e-mail in error, please notify us immediately by reply e-mail and then delete this message from your system. Thank you for your cooperation.

Präsident ZNK: Beat Franz, Notariat Bülach
beat.franz@deinnotar.ch
Telefon: 044 859 28 02

Küsnacht, 3. April 2020

Präsident gns: Jan Rohner, Notariat Küsnacht
jan.rohner@deinnotar.ch
Telefon: 044 947 57 02

Per E-Mail

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Privatrecht

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

Aktenzeichen: 237.1-3233/7/3

Sehr geehrter Herr Schöll
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne lassen wir uns in erwähnter Angelegenheit wie folgt vernehmen:

Vorab ist den Feststellungen und Empfehlungen von Prof. Dr. Lorandi in seinem bemerkenswerten Gutachten vom 31.03.2020 ganz klar beizupflichten. Dies betrifft sowohl die zutreffend erkannte Problematik, dass der verfügte Rechtsstillstand über eine längere Zeit die wirtschaftlichen Probleme nicht zu lösen vermag, wie auch die Empfehlungen, von der Notstundung abzusehen und stattdessen ein duales System mit einer neuen COVID-19-Stundung für KMU und punktuellen Ergänzungen im Nachlassvertragsrecht für die grösseren Gesellschaften vorzusehen.

Als Konkursverwalter auf den Konkursämtern des Kantons Zürich beschränken wir uns in der Folge auf verfahrensrechtliche Erwägungen und überlassen die Einschätzung, welche Massnahmen der Wirtschaft in dieser schwierigen Zeit am ehesten helfen könnten, den Fachleuten auf diesem Gebiet.

Ihre Frage 1 zum Grundsatz können wir mit JA beantworten. Ein solcher notrechtlicher Handlungsbedarf ist gegeben. Wir werden in dieser Stellungnahme später noch ausführen, wo allenfalls zusätzlicher Handlungsbedarf erkannt wird.

Zur Frage 2: Auch dem Vorschlag des Verordnungstextes für die Teilsistierung von Art. 725 Abs. 2 OR kann aus unserer Sicht beigespflichtet werden. Als besonders wichtig erachten wir dabei die geplante Hürde, dass die Benachrichtigung nur dann unterbleiben kann, wenn per 31.12.2019 keine Überschuldung vorlag.

Zur Frage 3: Wie schon oben ausgeführt, kann auch den geplanten Anpassungen im SchKG grundsätzlich zugestimmt werden. Prof. Lorandi führt in seinem Gutachten einleuchtend aus, weshalb das heutige Nachlassvertragsrecht kaum von KMU in Anspruch genommen werden kann und deshalb gerade auch für diese Unternehmungen (welche wahrscheinlich am meisten von der Krise betroffen sein werden) ein taugliches Instrument für eine breite Masse

solcher Firmen zur Verfügung gestellt werden muss. Folgende Ergänzungen möchten wir in dieser Sache anbringen:

1. In all jenen Fällen, in denen trotz gewährtem Kredit und/oder Stundung letztendlich der Konkurs über die betreffende Gesellschaft eröffnet werden muss, haben die Konkursämter ein immenses Interesse an einer möglichst sauber nachgeführten Grundlage, um die aktuelle Vermögenssituation der betreffenden Gesellschaft zu erfassen, Aktiven zu sichern und zu verwalten etc. Wir befürchten trotz aller Bemühungen der Regierung eine deutliche Zunahme der Fallzahlen in näherer Zukunft. Alleine schon zur raschen Beurteilung, ob ein Konkursverfahren durchgeführt oder mangels Aktiven eingestellt werden muss, sind aktuelle Bilanzen und Belege für die Vermögenslage unerlässlich. Gleiches gilt natürlich auch für verschiedene Erhebungen und Verfahrensschritte, die die Konkursverwaltung zu unternehmen hat.

Wir verstehen, dass mit der COVID-19-Stundung die Schwelle möglichst tief gehalten werden soll, um einer möglichst grossen Zahl von Unternehmungen den Gebrauch dieses Instruments zu ermöglichen. Wir regen jedoch an, unbedingt auch für die KMU festzulegen, dass in Ziff. 2.1 Ihrer Beilage 3 als Nachweise über die Vermögenslage des Schuldners eine aktuelle Bilanz (Stichtag 31.12.2019 oder jünger), Debitorenlisten und Kontenblätter zu den jeweiligen Aktiven gemäss Bilanz beigebracht werden müssen. Ein Kompromiss könnte dabei so aussehen, dass dem Schuldner eine Frist angesetzt wird, in der er diese Belege nachreichen muss; sicherlich vor einer allfälligen Verlängerung der Stundung um weitere drei Monate. Das betreffende Gericht soll bzw. muss sodann den Konkursämtern diese Auflistungen des Schuldners mit dem Konkursdekret zustellen, sofern es dazu kommen sollte. Dies würde unsere Arbeit zumindest in diesem Punkt vereinfachen und wäre eine grosse Hilfe, um die wohl zunehmende Arbeit effizient zu bewältigen.

2. Es ist klar erkennbar, dass mit Erlassen wie der Beschränkung, solche Massnahmen nur für Gesellschaften mit einer per 31.12.2019 noch nicht bestehenden Überschuldung anzubieten, oder der Ergänzung der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung (persönliche Haftung bei zweckwidriger Verwendung) ein Missbrauch möglichst vermieden werden soll. Besonders die persönliche Haftung der geschäftsführenden Organe im eindeutigen Missbrauchsfall wird ausdrücklich befürwortet.

Wir regen jedoch an, zumindest mit ausgewiesenen Fachleuten im Strafrecht und auch mit Vertretern der Strafuntersuchungs- und -verfolgungsbehörden zu klären, wie weit das heute bestehende Strafrecht ausreicht, um Zuwiderhandlungen gegen diese speziell geschaffenen Massnahmen hinreichend zu sanktionieren. Zu denken ist dabei an Fälle, in denen geschäftsführende Organe wider besseren Wissens (oder mangels nachgeführter Buchhaltung) erklären, per 31.12.2019 nicht überschuldet gewesen zu sein, Verstoss gegen das Verbot zur Zahlung gestundeter Forderungen etc.

Soweit solche Verstösse heute schon geahndet werden können, würden wir die Empfehlung von Prof. Dr. Lorandi in Ziff. 118 seines Gutachtens dahingehend ergänzen, dass mit den begrüssenswerten Mustereingaben auch Hinweise auf strafrechtliche Sanktionen im Missbrauchsfall verbreitet und abgegeben werden.

Andernfalls erachten wir es als unerlässlich, mit dem gleichen Notrecht auch die Normen des Strafgesetzes entsprechend zu ergänzen oder zu verschärfen. Wer diese Krisenzeit und die gewaltigen Hilfsmassnahmen des Bundes (und letztendlich auch der Steuerzahler) vorsätzlich und nachweislich missbraucht, um eine auch ohne die Krise bestehende Überschuldung weiter zu verschleppen oder Kredite zweckwidrig verwendet (im Unterschied zu den zahllosen Unternehmern, die alles Erdenkliche und Mögliche tun und grosse Entbehrungen erbringen, um ihre Firmen zu retten), der soll und muss bestraft werden.

Auch hier wird es (wie zuvor beim Thema Konkursreiterei) eine gute und klar strukturierte Zusammenarbeit zwischen den Konkursämtern und den Staatsanwaltschaften brauchen. Diese kann aber nur funktionieren, wenn die gesetzlichen Grundlagen auch für die neu zu schaffenden Instrumente anwendbar sind.

3. Zum Schluss möchten wir noch einen Besorgnis Ausdruck verleihen. So viele KMU sich während der COVID-Stundung auch sortieren, neu ordnen und sanieren mögen: wir befürchten trotzdem eine massive Zunahme von Konkursöffnungen, spätestens nach Ablauf der Stundung(en). Wir Konkursämter als Vollzugsbehörden werden dann aber mit den heutigen Gesetzen und Verordnungen diese Arbeiten zu erledigen haben. Besagte Instrumente sind ebenfalls nicht oder nur sehr beschränkt auf Massenerledigung ausgerichtet, genau wie auch das heutige Nachlassvertragsrecht, welches der speziellen Situation angepasst wird.

Wir vermissen Überlegungen, wie auch den Vollzugsbehörden zumindest in den speziellen COVID-Konkursfällen Instrumente zur Verfügung gestellt werden, mit denen sie diese wohl unausweichliche Welle von Konkursverfahren effizienter abarbeiten können. Zu prüfen wären beispielsweise Verzicht auf oder mündliche Einvernahmen (zumindest wo vorher mit einer sauberen Dokumentation Stundung verlangt wurde), Verkürzung von Fristen, vereinfachtes Verfahren "Spez.-Liq." bei Einstellung mangels Aktiven, Einvernahmen zu Inventar/Eingabeverzeichnis auf elektronischem Weg etc. Selbstverständlich muss auch hier eine Balance zwischen der Garantie der Verfahrensrechte besonders der geschädigten Gläubiger und einer möglichst effizienten Verfahrenserledigung gefunden werden. Umgekehrt sehen wir aber genau diese Rechte auch als gefährdet an, wenn die Konkursämter derart eingedeckt werden, dass kaum mehr Verfahren erledigt werden können.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme. Der unterzeichnete Jan Rohner steht Ihnen bei Bedarf selbstverständlich weiterhin zur Verfügung.

Zürcherisches Notaren-Kollegium



Beat Franz, Präsident

**Gesellschaft der Notar-Stellvertreter
des Kantons Zürich**



Jan Rohner, Präsident