

Briefing April 2020

Übersicht Nachlass- und Insolvenzverfahren

Krisensituationen erfordern ein rasches und entschiedenes – aber dennoch umsichtiges – Handeln des Verwaltungsrates. Der Hauptfokus ist bekanntlich auf die Liquiditätssicherung zu legen (z.B. "COVID-Darlehen", Kurzarbeit, Lohnverhandlungen, Verbesserung der Debitorenbewirtschaftung, Verschiebung von Investitionen, Kündigung nicht betriebsnotweniger Verträge etc.). Daneben sind operative Sanierungsmassnahmen sowie Bilanzsanierungen zu prüfen. Zeigt sich, dass eine privatrechtliche Sanierung trotz ergriffener Massnahmen nicht mehr möglich ist, **stehen dem Verwaltungsrat** grundsätzlich **drei Nachlass- und Insolvenzverfahren zur Verfügung**. Falls die Gesellschaft überschuldet ist, hat der Verwaltungsrat zudem unter Umständen die **Pflicht**, ein solches Verfahren einzuleiten. Die Wahl des passenden Verfahrens hängt primär davon ab, ob von einer "V"-förmigen Geschäftsentwicklung (COVID-19 Stundung), einer "U"-förmigen Geschäftsentwicklung (Nachlassstundung) oder einer "L"-förmigen Geschäftsentwicklung (Konkursverfahren) ausgegangen wird.

1. Die sog. **"COVID-19 Stundung"** bewirkt eine maximal sechsmonatige Stundung bisheriger Forderungen (ausser Löhne). Sie steht KMU zur Verfügung, die aufgrund der Zahlen 2019 nicht zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind, und wird voraussetzungslos gewährt. Der Vorteil der COVID-19 Stundung liegt in einer unbürokratischen Stundung i.d.R. ohne Einsetzung eines Sachwalters. Da nach Ablauf der COVID-19 Stundung die gestundeten Forderungen beglichen werden müssen (die COVID-19 Stundung ist nicht auf den Abschluss eines Nachlassvertrages ausgerichtet), eignet sie sich u.E. primär dann, wenn von einer "V"-förmigen Geschäftsentwicklung ausgegangen wird.
2. Beim **Nachlassverfahren** führt die Gesellschaft ihre Tätigkeit unter Aufsicht eines Sachwalters fort; es endet entweder in einer erfolgreichen Sanierung oder einer Liquidation der Gesellschaft. Anders als z.B. unter US Chapter 11 kommt es zu einer Kompetenzverschiebung vom Verwaltungsrat zum Sachwalter, weshalb die Auswahl des Sachwalters (welcher i.d.R. von der Gesellschaft vorgeschlagen wird) zentral ist. Auch das Nachlassverfahren wird aufgrund der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht derzeit voraussetzungslos gewährt. Da ein Nachlassverfahren mit Kosten verbunden ist (allein die Kosten für den

Sachwalter betragen in einfacheren Fällen erfahrungsgemäss CHF 10'000 bis CHF 30'000), sollte das Nachlassverfahren trotz der aktuellen Erleichterung u.E. nur dann gewählt werden, wenn eine gewisse Aussicht auf Sanierung (allenfalls auch mittels eines Verkaufs eines Teils des Unternehmens; sog. Prepack) oder die Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht (also zumindest für einen Teil des Unternehmens von einer "U"-förmigen Geschäftsentwicklung ausgegangen wird).

3. Das **Konkursverfahren** führt zur Liquidation der Gesellschaft. Es sollte daher dann gewählt werden, wenn keine Aussicht auf Sanierung oder die Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht (also von einer "L"-förmigen Geschäftsentwicklung ausgegangen wird).

Aus Sicht der Aktionäre führt der Konkurs zum Totalverlust. Beim Nachlassverfahren besteht die Möglichkeit, dass die Gesellschaft saniert und somit Werte teilweise bewahrt werden können, wobei der Aktionär für ein solches Resultat einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten oder vor Einleitung geleistet haben muss (z.B. Forderungsverzichte, Rangrücktritte, Gewährung neuer Darlehen, Lohnverzicht, falls der Aktionär gleichzeitig Arbeitnehmer ist, etc.).

COVID-19 Stundung

Zweck und Voraussetzungen

Mit Wirkung per 20. April 2020 wurde ein zusätzliches, vereinfachtes Stundungsverfahren für KMU eingeführt (COVID-19 Stundung). Es handelt sich um eine befristete Stundung, welche den Unternehmen erlauben soll, sich zu reorganisieren und für die Zeit nach der Krise aufzustellen. Ihre Wirkung gleicht der Stundung beim Nachlassverfahren; anders als bei diesem gibt es jedoch keine zweite Phase mit Nachlassvertrag – das einzige Ziel der COVID-19 Stundung ist die direkte Sanierung während ihrer Dauer.

Die COVID-19 Stundung ist **nicht möglich** für Gesellschaften, die **kotiert** sind oder im Jahr 2019 zwei der nachfolgenden Grössen **überschritten** haben: (i) Bilanzsumme von CHF 20 Millionen, (ii) Umsatzerlös von CHF 40 Millionen, (iii) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Eine COVID-19 Stundung ist sodann ausgeschlossen, wenn das KMU am **31. Dezember 2019** bereits **überschuldet** war und keine Rangrück-

tritte im Umfang der Überschuldung vorliegen.

Verfahrenseinleitung

Eine Gesellschaft kann die COVID-19 Stundung einleiten, indem sie beim Gericht ein **Gesuch** einreicht, mit welchem sie ihre Vermögenslage glaubhaft darlegt und so gut wie möglich belegt (i.d.R. durch Bilanz und Erfolgsrechnung 2019).

Das Gericht gewährt die COVID-19 Stundung für 3 Monate (um weitere 3 Monate verlängerbar), ohne eine Prüfung der Sanierungsfähigkeit vorzunehmen, und **publiziert** diese. Die Gesellschaft muss Gläubiger schriftlich oder per Email informieren. Ein **Sachwalter** wird **nur ausnahmsweise** eingesetzt, sofern dies aufgrund der Umstände erforderlich ist.

Ein **Vorschuss** für Verfahrenskosten wird deutlich tiefer ausfallen als beim Nachlassverfahren, da i.d.R. kein Sachwalter eingesetzt wird.

Wirkungen der COVID-19 Stundung

Die COVID-19 Stundung **entfaltet Wirkung** für sämtliche Forderungen gegenüber der Gesellschaft, welche vor ihrer Bewilligung entstanden sind, mit Ausnahme von Forderungen der ersten Konkursklasse (Löhne). Die Wirkungen der COVID-19 Stundung sind dabei insbesondere:

- Es ist der Gesellschaft untersagt, Forderungen, die der Stundung unterliegen, zu bezahlen. Löhne und neue Forderungen dagegen dürfen beglichen werden.
- Für Forderungen, die von der Stundung erfasst sind, können Beteiligungen weder eingeleitet noch fortgesetzt werden. Für Löhne kann auf Pfändung betrieben, aber keine Konkursöffnung verlangt werden.
- Die Gesellschaft darf keine Rechtshandlungen vornehmen, durch welche die berechtigten Interessen der Gläubiger beeinträchtigt oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer begünstigt werden. Im Falle eines späteren Konkurses birgt diese vage Regelung Risiken, wenn Gläubiger nicht gleichmässig befriedigt wurden.
- Ohne Ermächtigung des Gerichts können keine Teile des Anlagevermögens veräussert oder Sicherheiten gewährt werden. Wurde die Ermächtigung erteilt, ist andererseits die Handlung nicht paulianisch anfechtbar.

Verfahrensende

Mit Auslaufen der COVID-19 Stundung fallen deren Wirkungen automatisch dahin und die Gläubiger der Altforderungen können wieder Beteiligungs Schritte vornehmen. Die Gesellschaft kann jederzeit ein reguläres Nachlassverfahren einleiten, falls dessen weitergehender Schutz oder ein Nachlassvertrag angestrebt werden.

Nachlassverfahren

Verfahrenseinleitung

Im Kontext der Corona Pandemie hat der Bundesrat punktuelle temporäre Änderungen zum Nachlass-

verfahren beschlossen, um den Zugang zu diesem zu erleichtern und dessen Sanierungswirkung zu verbessern. Insbesondere wird nicht mehr geprüft, ob "offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht".

Das Nachlassverfahren wird durch ein **Gesuch** der Gesellschaft (oder eines Gläubigers, der berechtigt wäre, ein Konkursbegehren zu stellen) eingeleitet, dem eine aktuelle Bilanz, Erfolgsrechnung und ein Liquiditätsplan beiliegen muss. Die Gesellschaft hat i.d.R. einen **Vorschuss** für die erwarteten Verfahrenskosten (insb. das Sachwalterhonorar) zu bezahlen.

Das Gericht gewährt – ohne Prüfung der Sanierungsfähigkeit – eine **provisorische Nachlassstundung** von bis zu 6 Monaten, **publiziert** diese und ernennt i.d.R. einen **Sachwalter**. Die Publizität kann sich negativ auf die Geschäftstätigkeit auswirken; auf Antrag kann auf die öffentliche Bekanntmachung verzichtet werden, in welchem Fall zwingend ein Sachwalter eingesetzt wird. Die Person des Sachwalters wird oft von der Gesellschaft selber vorgeschlagen. Er muss unabhängig sein und sollte einschlägige Erfahrung vorweisen; häufig werden Anwälte oder Treuhänder eingesetzt. Aufgrund der zentralen Rolle des Sachwalters im Nachlassverfahren (und der damit zusammenhängenden Kosten) ist bei der Auswahl darauf zu achten, dass der Sachwalter pragmatisch und betriebswirtschaftlich handelt.

Phase I – Nachlassstundung

Die provisorische (und später die definitive) Stundung hat insb. die folgenden **Wirkungen**:

- Beteiligungen können weder eingeleitet noch fortgesetzt werden (insb. keine Konkursöffnung).
- Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren sistiert.
- Mit Zustimmung des Sachwalters können Dauerschuldverhältnisse gekündigt werden sofern andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde.
- Das Gericht kann anordnen, dass gewisse Handlungen nur unter Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können, oder es kann den

Sachwalter ermächtigen, die Geschäftsführung zu übernehmen.

- Ohne Ermächtigung des Gerichts oder des Gläubigerausschusses können keine Teile des Anlagevermögens veräussert oder Sicherheiten gewährt werden.
- Handlungen, welche vom Gericht oder Gläubigerausschuss genehmigt wurden, sind nicht paulianisch anfechtbar.

Nach Gewährung der provisorischen Stundung nimmt der Sachwalter ein **Inventar** auf und macht einen **Schuldenruf**. Er beurteilt die Sanierungsaussichten und erstattet dem Gericht Bericht hierüber.

Besteht **Aussicht auf Sanierung** oder **Bestätigung eines Nachlassvertrages** (d.h. Zustimmung Gläubigerquorum und Gericht; vgl. dazu unten), gewährt das Gericht eine **definitive Nachlassstundung** für weitere 4–6 Monate (verlängerbar auf 12–24 Monate). Andernfalls wird der Konkurs eröffnet. Die definitive Stundung wird publiziert und ein Sachwalter eingesetzt bzw. bestätigt (beides zwingend).

Besteht zu irgendeinem Zeitpunkt offensichtlich keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages, wird der Konkurs eröffnet – allerdings nicht vor dem 31. Mai 2020, sofern die Gesellschaft am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war oder Rangrücktritte im Umfang der Überschuldung vorliegen.

Phase II – Ausgang des Verfahrens / Nachlassvertrag

Der Ausgang des Nachlassverfahrens ist offen und kann zu folgenden Resultaten führen:

- Die **Sanierung** gelingt **vor Ablauf der Stundung** und die Nachlassstundung wird aufgehoben.
- Es wird ein **ordentlicher Nachlassvertrag** angenommen: In diesem verzichten die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen und/oder stunden diese. Die Gesellschaft bleibt bestehen und führt ihre Tätigkeit fort.

- Es wird ein **Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung** angenommen: Die Gesellschaft wird in einer "milderen" Form des Konkurses liquidiert und aufgelöst. Der Nachlassvertrag hält fest, wie die Liquidation erfolgt.

– Konkurs.

Sofern nicht eine direkte Sanierung während der Stundung gelingt, entwirft der Sachwalter einen **Nachlassvertrag** und legt diesen den Gläubigern und dem Gericht vor. Der Nachlassvertrag bedarf der Zustimmung des folgenden **Quorums** der **Drittklassgläubiger** (privilegierte und pfandgesicherte Forderungen im Ausmass der geschätzten Pfanddeckung werden nicht mitgezählt):

- Mehrheit der Gläubiger, die mindestens $\frac{2}{3}$ des Gesamtbetrags vertreten, oder
- $\frac{1}{4}$ der Gläubiger, die mindestens $\frac{3}{4}$ des Gesamtbetrags vertreten.

Ein so angenommener Nachlassvertrag bedarf zudem der Bestätigung des **Gerichts**, welche an folgende Bedingungen geknüpft ist:

- Der Wert der durch die Gesellschaft angebotenen Leistungen muss im richtigen Verhältnis zu ihren Möglichkeiten stehen.
- Die vollständige Befriedigung (i) der privilegierten und (ii) der während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten.
- Beim ordentlichen Nachlassvertrag müssen die Aktionäre einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten.

Falls die Gläubiger den Nachlassvertrag ablehnen, wird der Konkurs eröffnet. Das Gericht kann einen von den Gläubigern angenommenen ungenügenden Nachlassvertrag ergänzen.

Verkauf eines Unternehmensteils ("Prepack")

Wenn die konkrete Absicht besteht, im Rahmen der Sanierungsmassnahmen einen Unternehmensteil zu veräussern, kann es u.U. sinnvoll sein, ein Nachlass-

verfahren (oder allenfalls eine COVID-19 Stundung) einzuleiten. Da ein Verkauf im Rahmen eines Nachlassverfahrens (bzw. COVID-19 Stundung) mit Zustimmung des Gerichts oder des Gläubigerausschusses eine paulianische Anfechtung ausschliesst (wobei keine Sicherheit besteht, dass eine Zustimmung erfolgt), können Anfechtungs- bzw. diesbezügliche persönliche Haftungsrisiken des Verwaltungsrates (Vorwurf eines zu tiefen Verkaufspreises) weitgehend eliminiert werden.

Konkurs

Wenn der **Verwaltungsrat** die Bilanz deponiert, eröffnet das Gericht den Konkurs. Daneben kann die Gesellschaft selber eine Konkurseröffnung beantragen, wenn sie zahlungsunfähig ist (auch ohne Überschuldung). Sodann kann eine Konkurseröffnung auch von einem **Gläubiger** verlangt werden, wenn seine anerkannte oder gerichtlich festgestellte Forderung trotz Betreuung unbezahlt bleibt oder wenn die Gesellschaft generell ihre Zahlungen eingestellt hat (aufgrund Illiquidität).

Das Konkursamt schliesst i.d.R. sogleich den Betrieb und vertritt künftig die Konkursmasse. Nach erfolgtem Schuldenruf werden geltend gemachte Forderungen in einer von drei Konkursklassen zugelassen oder abgewiesen. Die Vermögenswerte werden verwertet und der Nettoerlös unter den Gläubigern nach Klassen verteilt.

Über die Schweizer Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens kann – auch ohne Konkurs des Hauptunternehmens – ein eigenständiger sog. **Niederlassungskonkurs** eröffnet werden. Wenn das ausländische Unternehmen in Konkurs fällt, kann nach dessen Anerkennung für die Schweizerische Zweigniederlassung ein Hilfskonkurs durchgeführt werden.

Pflicht zur Bilanzdeponierung und COVID-19 Erleichterung

Hat der Verwaltungsrat begründete Besorgnis einer Überschuldung (Fremdkapital ist nicht mehr durch Aktiven gedeckt), muss er eine **Zwischenbilanz** zu Fortführungs- sowie Liquidationswerten erstellen und die-

se durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen. Falls beide Zwischenbilanzen eine Überschuldung zeigen, muss der Verwaltungsrat beim Gericht den Konkurs anmelden (Bilanzdeponierung; OR 725 II). Bis März 2022 zählen staatlich besicherte **COVID-19 Kredite** bis zu CHF 500'000 nicht als Fremdkapital bei der Beurteilung, ob eine Überschuldung i.S.v. OR 725 II vorliegt.

Falls eine Einstellung der Geschäftstätigkeit in den nächsten 12 Monaten voraussichtlich nicht abwendbar ist (kein **Going Concern**; insb. mangels Liquidität), muss bei der Rechnungslegung auf – üblicherweise deutlich tiefere – Liquidationswerte umgestellt werden (OR 958a II); und der Verwaltungsrat muss Konkurs anmelden, wenn die Bilanz zu Liquidationswerten eine Überschuldung aufweist. Illiquidität führt daher oft zu einer Überschuldung, welche die Pflicht des Verwaltungsrates zur Bilanzdeponierung auslöst.

Von einer Konkursanmeldung kann **abgesehen** werden, falls Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung Rangrücktritte abgeben oder wenn der Verwaltungsrat stattdessen ein Nachlassverfahren oder eine COVID-19-Stundung einleitet. Sodann ist gemäss Rechtsprechung ein **kurzzeitiges Zuwarten** (max. 4–6 Wochen) statthaft, wenn der Verwaltungsrat unverzüglich konkrete Sanierungsmassnahmen ergreift und ernsthafte Aussicht auf eine dauerhafte Sanierung besteht. Wenn der Verwaltungsrat seiner Bilanzdeponierungspflicht nicht nachkommt und eine offensichtliche Überschuldung vorliegt, ist die **Revisi-onstelle** verpflichtet, den Konkurs anzumelden.

Mit der am 20. April 2020 in Kraft tretenden COVID-19 Verordnung Insolvenzrecht ist die Bilanzdeponierungspflicht des Verwaltungsrates eingeschränkt worden, sofern die Gesellschaft am 31. Dezember 2019 noch nicht überschuldet war (allenfalls vorhandene Rangrücktritte bewirken keine Erleichterung): Während der Verwaltungsrat verpflichtet bleibt, eine Zwischenbilanz zu erstellen, muss er diese **nicht** durch einen Revisor **prüfen** lassen. Im Falle einer Überschuldung kann der Verwaltungsrat von einer **Konkursanmeldung absehen**, wenn Aussicht besteht, dass die Überschuldung bis am 31. Dezember 2020 behoben werden kann.

Hauptkontakte



Dr. Christoph Neeracher
Partner, Leiter Sanierungen und
Insolvenzverfahren
M: +41 58 262 52 64
christoph.neeracher@baerkarrer.ch



Dr. Luca Jagmetti
Partner
M: +41 58 262 52 62
luca.jagmetti@baerkarrer.ch



Thomas Rohde
Partner
M: +41 58 262 52 31
thomas.rohde@baerkarrer.ch



Dr. Philippe Seiler
Partner
M: +41 58 262 56 48
philippe.seiler@baerkarrer.ch



Raphael Annasohn
Partner
M: +41 58 262 52 65
raphael.annasohn@baerkarrer.ch

Bär & Karrer Ltd.

Brandschenkestrasse 90
CH-8002 Zürich
Telefon: +41 58 261 50 00
Fax: +41 58 261 50 01
zurich@baerkarrer.ch

Quai de la Poste 12
CH-1211 Genf
Telefon: +41 58 261 57 00
Fax: +41 58 261 57 01
geneva@baerkarrer.ch

baerkarrer.ch
Zürich, Genf, Lugano, Zug

