

Briefing November 2020 (Update)

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. Kurzarbeit, Lohnverhandlungen, Verbesserung der Debitorenbewirtschaftung, Verschiebung von Investitionen, Kündigung nicht betriebsnotweniger Verträge etc.). Daneben sind operative Sanierungsmassnahmen sowie eine Bilanzsanierung zu prüfen. Zeigt sich, dass eine privatrechtliche Sanierung trotz ergriffener Massnahmen nicht mehr möglich ist, **stehen dem Verwaltungsrat** grundsätzlich **zwei 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 "U"-förmigen Geschäftsentwicklung (Nachlassstundung) oder einer "L"-förmigen Geschäftsentwicklung (Konkursverfahren) ausgegangen wird.

1. 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. 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 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).
2. 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.).

Die seit April 2020 geltenden **COVID-19 Spezialregeln** im Bereich des Insolvenzrechts (Moratorium Bilanzdeponierung, COVID-19 Stundung, Erleichterungen im Nachlassverfahren) sind per 20. Oktober 2020 weggefallen und es gelten grundsätzlich wieder die bisherigen – unten näher ausgeführten – Bestimmungen.

Änderungen per 20. Oktober 2020

Wegfall der COVID-19 Spezialregeln

Der Bundesrat hat beschlossen, die seit 20. April 2020 geltenden COVID-19 Spezialregeln im Bereich des Insolvenzrechts *nicht* zu verlängern. Somit ist am 20. Oktober 2020 die – unter gewissen Bedingungen gewährte – Befreiung von der Pflicht zur Überschuldungsanzeige weggefallen; d.h. der Verwaltungsrat ist bei Überschuldung wieder zur Bilanzdeponierung verpflichtet. Immerhin zählen COVID-19 Kredite bis CHF 500'000 bis März 2022 weiterhin nicht als Fremdkapital bei der Beurteilung, ob eine Überschuldung vorliegt. Sodann wurde das neu geschaffene Insolvenzverfahren für KMUs, die sog. COVID-19 Stundung wieder abgeschafft. Ebenso entfallen die punktuell gewährten Erleichterungen beim Nachlassverfahren; mit der Ausnahme, dass die Maximaldauer der provisorischen Nachlassstundung auf 8 Monate verlängert wurde.

Nachlassverfahren

Verfahrenseinleitung

Das Nachlassverfahren wird durch ein **Gesuch** der Gesellschaft (oder eines Gläubigers, der berechtigt wäre, ein Konkursbegehren zu stellen) eingeleitet, dem eine aktuelle Bilanz, Erfolgsrechnung, ein Liquiditätsplan sowie ein provisorischer Sanierungsplan bei-

liegen muss. Die Gesellschaft hat i.d.R. einen **Vorschuss** für die erwarteten Verfahrenskosten (insb. das Sachwalterhonorar) zu bezahlen.

Das Gericht gewährt eine **provisorische Nachlassstundung** von bis zu 4 Monaten (die neu um bis zu 4 Monate verlängert werden kann), **ausser** es besteht **offensichtlich keine Aussicht** auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages. Als Regelfall wird die provisorische Nachlassstundung **publiziert** und das Gericht ernennt 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**:

- Betreibungen können weder eingeleitet noch fortgesetzt werden (insb. keine Konkurseröffnung).

- Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren sistiert.
- Mit Zustimmung des Sachwalters können Dauer-schuldverhältnisse 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.

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 Nachlassverfahren einzuleiten. Da ein Verkauf im Rahmen eines Nachlassverfahrens 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 Konkursöffnung beantragen, wenn sie zahlungsunfähig ist (auch ohne Überschuldung). Sodann kann eine Konkursöffnung 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

Hat der Verwaltungsrat begründete Besorgnis einer Überschuldung (Fremdkapital ist nicht mehr durch Aktiven gedeckt), muss er eine **Zwischenbilanz** zu Fortführungs- sowie Liquidationswerten erstellen und diese 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 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 **Revisionsstelle** verpflichtet, den Konkurs anzumelden.

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

