

Per E-Mail: rechtsdienst@efv.admin.ch

Vorsteher des Eidgenössischen Finanzdepartements
EFD

Zürich, 15. Juli 2020

Dr. Patrizia Holenstein, LL.M.
Lic. iur. Thomas P. Zemp
Lic. iur. Damiano Brusa, LL.M.
Prof. Dr. Franco Lorandi, LL.M.
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. Mauro Nicoli, LL.M.
Lic. iur. Regina Lehner-Höhener
MLaw Doriana Mazzei
Eingetragen im Anwaltsregister

Vernehmlassung zum VE zum Covid-19-Solidarbürgerschaftsgesetz (SBüG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat Maurer

Gerne nehme ich die Gelegenheit wahr, kurz zum Vorentwurf zu einem Covid-19-SBüG Stellung zu nehmen. Ich beschränke meine Ausführungen auf Art. 8 Abs. 4 VE-Covid-19 SBüG, wonach sich die Bürgerschaftsorganisationen an den Sachwalterkosten in einer Nachlassstundung beteiligen können.

Von ihrer Stossrichtung her ist diese neue Möglichkeit aus praktischer Sicht sehr zu begrüßen. Die Nachlassstundung ist ein hervorragendes Instrument, welches es ausdrücklich (auch) ermöglicht, Unternehmen bei ihren Sanierungsbemühungen zu unterstützen (vgl. Art. 294 Abs. 1, Art. 296a SchKG). Es kommt hinzu, dass im Rahmen einer Nachlassstundung häufig auch "lebende" Betriebe oder Betriebsteile veräussert werden, so dass zumindest diesbezüglich eine Betriebsfortführung (wenn auch mit einem neuen Rechtsträger) gesichert ist und damit eine Teilsanierung erreicht werden kann.

Bisher ist die Anzahl der jährlich bewilligten Nachlassstundungen mit 90 bis 170¹ vor allem deshalb überschaubar, weil deren Kosten, insbesondere die Sachwalterkosten, erheblich sind². Gerade in der aktuellen, wirtschaftlich sehr schwierigen Situation für die Unternehmen darf die Inanspruchnahme eines Gläubigerschutzverfahrens nicht an solchen Kosten scheitern. Aus diesem Grund ist die vorgesehene Kostenbeteiligung (à fonds perdu) durch den Bund von essentieller Bedeutung³.

Die im Vorentwurf vorgeschlagene Regelung ist jedoch in verschiedener Hinsicht und aus nachfolgend genannten Gründen konzeptionell anzupassen und inhaltlich zu verbessern:

¹ Nachweis in meinem Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Justiz vom 31. März 2020, Rz. 31 (<file:///c:/c:/data/HOL/home/hol1010/Downloads/beilage-4-gutachten-lorandi-d.pdf>).

² Gutachten vom 31. März 2020, Rz. 31, Rz. 114.

³ Gutachten vom 31. März 2020, Rz. 114 f.

1. *Entkoppelung von der Inanspruchnahme eines Bürgschaftskredits*

Der Vorentwurf verfolgt den Zweck, Konkursöffnungen zu vermeiden bzw. ein für die Unternehmen sinnvolles Nachlassverfahren nicht bereits in einem frühen Stadium scheitern zu lassen⁴.

Dieser Zweck kann mit Art. 8 Abs. 4 leider schon aus konzeptionellen Gründen nicht erreicht werden. Nach heutiger Konzeption kommt die Bestimmung nämlich nur und erst zur Anwendung, wenn die Kreditforderung auf eine Bürgschaftsorganisation übergegangen ist, weil die Bürgschaft gezogen oder diese vorzeitig honoriert wurde (Art. 8 Abs. 1 VE-SBüG und Randtitel zu Art. 8). Dies ist im Regelfall erst bei Fälligkeit des Kredits *nach fünf Jahren* der Fall (Art. 3 VE-SBüG). Damit kann die vorgesehene Regelung über die Tragung von Sachwalterkosten schon aus zeitlichen Gründen dann gar noch nicht greifen, wann sie notwendig ist, nämlich so bald als möglich, spätestens aber mit Inkrafttreten des SBüG (vgl. dazu unten Ziff. 2).

Weiter macht es keinen Sinn bzw. ist es geradezu kontraproduktiv, dass (wie dies Art. 8 Abs. 4 VE-19 SBüG voraussetzt) einzig solche Unternehmen einen Zuschuss zu den Sachwalterkosten erlangen können, welche einen Bürgschaftskredit beantragt und erhalten haben. Der genannten Zwecksetzung folgend muss diese Möglichkeit, einen Zuschuss an die Sachwalterkosten zu erlangen, allen Unternehmen offenstehen, für welche eine sofortige Konkursöffnung vermieden werden soll. Dieses Bestreben liegt denn auch der von der Finanzkommission des Ständerates eingereichten Motion 20.3170 *Gezielte Unternehmenssanierungen statt Konkurswelle* zugrunde, welche vom Bundesrat (am 27. Mai 2020) zur Annahme empfohlen und nachfolgend von beiden Kammern (am 8. und 11. Juni 2020) angenommen worden ist⁵.

Ob ein Unternehmen einen Bürgschaftskredit beansprucht hat oder nicht, ist deshalb für die Frage der Beteiligung an den Sachwalterkosten kein taugliches Kriterium. Es kommt hinzu, dass es nicht im Interesse des Bundes liegen kann, Unternehmen geradezu dazu zu motivieren, Bürgschaftskredite in Anspruch nehmen und damit das finanzielle Risiko des Bundes zu erhöhen, um in den Genuss der Kostenbeteiligung zu gelangen. Damit würde der Bund die Unternehmen geradezu zu einem unerwünschten Verhalten motivieren.

In zeitlicher Hinsicht kommt hinzu, dass Bürgschaftskredite nur noch bis Ende Juli 2020 beansprucht werden können. Damit können Unternehmen, wenn sie nach Inkrafttreten des SBüG (per Anfang 2021) ein Gesuch um Übernahme der Sachwalterkosten stellen, die in Art. 8 Abs. 4 VE vorgesehene Voraussetzung zeitlich gar nicht mehr erfüllen.

Schliesslich ist der Zuschuss an zwei Bedingungen geknüpft. Eine davon verlangt, dass sich durch die teilweise Übernahme der Sachwalterkosten die finanziellen Risiken für den Bund nicht massgeblich erhöhen (lit. a). Angesichts dessen, dass die Kostenbeteiligung à fonds perdu ist (Art. 15 Abs. 2 VE-SBüG) und die maximale Höhe des Zuschusses in Abs. 4 geregelt wird, ist diese *Voraussetzung sinnentleert* und damit *entbehrlich*. Sie ist zu *streichen*.

Die konzeptionell und sachfremde Verknüpfung der Kostenbeteiligung einerseits mit der Beantragung eines Bürgschaftskredites und andererseits mit der Honorierung der Bürgschaft verfehlt damit

⁴ Erläuternder Bericht zum VE-SBüG, S. 26 dort erster Abs. zu "Absatz 4".

⁵ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20203170>.

das angestrebte Ziel. Die Entkoppelung der Regelung von den Bürgschaftskrediten und der Inanspruchnahme der Bürgschaft macht es allenfalls erforderlich, dass der effektive Geldfluss für den Zuschuss zu den Sachwalterkosten auf anderem Weg bewerkstelligt wird als durch die Bürgschaftsorganisationen.

Eine Entkoppelung würde es geradezu nahelegen, die *Regelung aus dem SBüG herauszulösen* und in die *laufende Überführung der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht* ins ordentliche Recht *zu integrieren* (wo die Regelung auch thematisch hingehört). Die Ergänzung ist marginal, indem die dort vorgesehene Verordnungskompetenz an den Bundesrat (Art. 6 VE-Covid-19-Gesetz) entsprechend erweitert wird. Damit wäre auch gewährleistet, dass die notwendigen Verfahrensfragen für die Beteiligung an den Sachwalterkosten im notwendigen Umfang (im Rahmen der Verordnung des Bundesrates) geregelt werden können.

2. Zeitpunkt des Inkrafttretens

Das SBüG soll per 1. Januar 2021 in Kraft treten⁶. In Bezug auf den Regelungsinhalt der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung vom 25. März 2020 ist dies unproblematisch, da Art. 27 VE SBüG einen nahtlosen Übergang (bzw. eine Verlängerung der Notverordnung bis zum Inkrafttreten des SBüG) gewährleistet.

Für den Zuschuss zu den Sachwalterkosten gemäss Art. 8 Abs. 4 SBüG trifft dies nicht zu, da die Notverordnung keine entsprechende Regelung enthält. Wann die befürchtete Konkurswelle einsetzen wird, welcher mit dem Kostenzuschuss begegnet werden soll, ist zurzeit unklar bzw. unbekannt. Gemäss Medienberichten gehen Wirtschaftsfachleute tendenziell (wenn auch je nach Branche in sehr unterschiedlicher Ausprägung) davon aus, dass sich die wirtschaftliche Krise ab Herbst 2020 weiter zuspitzen wird. Aufgrund dessen ist die *sich abzeichnende zeitliche Lücke*, bis die neue Regelung für die Sachwalterkosten gemäss VE SBüG Anwendung findet, *problematisch*. Die Lücke ist zu schliessen.

Wir regen daher dringend an, entweder das Inkrafttreten der Norm über den Zuschuss an die Sachwalterkosten (unmittelbar nach Verabschiedung des SBüG durch das Parlament) vorzuverlegen oder zumindest vorzusehen, dass (bei Inkrafttreten erst per 1. Januar 2021) der Zuschuss auch rückwirkend beansprucht werden kann.

3. Höhe und Staffelung des Zuschusses an Sachwalterkosten

Der Vorentwurf sieht einen Höchstbetrag von CHF 50'000 vor (Art. 8 Abs. 4 VE-SBüG). Dieser Betrag wird der Realität in der Praxis nicht gerecht -- er ist zu tief.

Vorab ist auf folgendes hinzuweisen: Das Unternehmen (als Nachlassschuldner) ist für die Sachwalterkosten von Anfang an vorschusspflichtig⁷, die Höhe des Vorschusses wird vom Nachlassgericht bestimmt, dieser ist an die Gerichtskasse zu leisten und das Nachlassgericht widerruft die bewilligte Nachlassstundung nachträglich, wenn der Vorschuss nicht fristgemäss bezahlt wird⁸. Ein Missbrauch seitens des Unternehmens in Bezug auf die zu bevorschussenden Sachwalterkosten ist damit konzeptionell ausgeschlossen.

⁶ Art. 29 Abs. 2 VE-SBüG.

⁷ BSK SchKG II-VOLLMAR, Art. 293 N 34; KUKO SchKG HUNKELER, Art. 293a N 20, Art. 295 N 19.

⁸ KUKO SchKG-HUNKELER, Art. 293a N 22.


Eine *provisorische* Nachlassstundung kann für sechs Monate gewährt werden (Art. 293a Abs. 2 SchKG⁹). Daran schliesst sich eine *definitive* Nachlassstundung von weiteren vier bis sechs Monaten an (Art. 294 Abs. 1 SchKG), welche auf zwölf (in besonders komplexen Fällen auf höchstens 24) Monate verlängert werden kann (Art. 295b Abs. 1 SchKG). Angesichts der "regulären" Gesamtdauer von 18 Monaten für die gesamte Nachlassstundung ist der Höchstbetrag von CHF 50'000 aufgrund der Erfahrungen aus der Praxis *substantiell zu tief* angesetzt. Auch wenn der Kostenzuschuss nicht notwendigerweise eine vollständige Kostenübernahme bewirken soll, so muss er dennoch das angestrebte Ziel, nämlich Nachlassverfahren zu ermöglichen und kurzfristige Konkurse zu vermeiden, erreichen können.

Aus den genannten Gründen ist aufgrund der praktischen Erfahrungen der Maximalbetrag auf CHF 100'000 festzusetzen. Es sollte jedoch eine *Etappierung* Platz greifen, indem zunächst ein Zuschuss von höchstens CHF 50'000 beansprucht werden kann, nachfolgend aber im weiteren Verlauf der Nachlassstundung Erhöhungen bis auf maximal CHF 100'000 möglich sind.

Dabei dürfte der voraussichtlich für den Bund anfallende Gesamtbetrag überschaubar bleiben: Geht man bei der Anzahl von jährlichen Nachlassverfahren von einer Bandbreite aus, wie dies in der Vergangenheit der Fall war, dann belaufen sich die Kosten auf ca. CHF 9 Mio. (bei 90 Nachlassverfahren pro Jahr¹⁰) bis CHF 17 Mio. (bei 170 Nachlassverfahren pro Jahr¹¹). Auch wenn davon auszugehen ist, dass sich zufolge des Zuschusses zu den Sachwalterkosten die Anzahl der Nachlassverfahren erhöhen wird (dies ist ja gerade der Zweck der neuen Regelung), so ist angesichts der volkswirtschaftlichen Bedeutung des angestrebten Ziels, Konkurse zu vermeiden, gleichsam von einem sehr überschaubaren Betrag auszugehen.

Abschliessend darf zusammenfassend festgehalten werden, dass der Zuschuss an die Sachwalterkosten mit den genannten Ergänzungen für den Bund (aus volkswirtschaftlicher Sicht) nur überschaubare Kosten verursacht, jedoch einen *ganz wesentlichen Beitrag zur Vermeidung von Konkursen und damit zum Erhalt von Arbeitsplätzen zu leisten* vermag.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Franco Lorandi

⁹ Verlängert durch Art. 4 der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht.

¹⁰ Vgl. vor Fn. 1.

¹¹ Vgl. vor Fn. 1.