

Alexander Brunner

Handlungsalternativen der Revisionsstelle bei Überschuldung

Gesunderhaltung des Unternehmens als primäres Ziel

Der Autor zeigt auf, welche besonderen Aufgaben einer Revisionsstelle bei Gefahr von Vermögensverlust des Unternehmens nach revidiertem Aktienrecht und gemäss Vollstreckungsrecht zukommen. Er erörtert neben den rechtlichen Pflichten bei Überschuldung und der Revisionshaftung vor allem auch allgemeine und besondere Handlungsalternativen der Revisionsstelle bei der Überschuldung einer Aktiengesellschaft, die letztlich im Interesse der Gesamtwirtschaft liegen.

A. Einleitung

Der vorliegende Beitrag [1] befasst sich mit der Rechtstellung der Revisionsstelle bei Insolvenz oder Überschuldung der Aktiengesellschaft. Unternehmenskrisen werden entweder durch *interne und/oder externe*, das heisst durch strukturelle oder konjunkturelle Schwierigkeiten ausgelöst. Sie können eine finanzielle Notlage des Unternehmens bewirken.

Interne Ursachen sind:

- falsche Unternehmungsgrösse (Über- oder Unterkapazität);
- unrationelle Betriebsorganisation;
- unzulängliches Rechnungswesen, insbesondere fehlende oder unzuverlässige Kostenrechnung;
- fehlende oder unzuverlässige Liquiditätsplanung;
- mangelhafter Kapitalaufbau;
- ungünstige Kostenhöhe/-struktur;

Externe Ursachen sind:

- Veränderungen in den Nachfragemärkten, z.B. durch Kaufkraftverschiebungen, Modeströmungen, Erscheinen von Substitutionsgütern;

- Veränderungen in den Angebotsmärkten, z.B. Preiserhöhungen, Änderungen der Lieferkonditionen, Qualitätsverluste;
- finanzielle Schwierigkeiten von Abnehmern;
- staatliche Massnahmen wie Erhöhung fiskalischer Belastungen [2].



Alexander Brunner, Dr. iur., Wahl zum Bezirksrichter 1982 und zum nebenamtlichen Ersatzrichter am Obergericht des Kantons Zürich 1990; Konkursrichter des Bezirkes Zürich

Die finanzielle Notlage des Unternehmens äussert sich in einer «Illiquidität», einer ungenügenden «Rentabilität», einer «Unterbilanz» oder/und einer «Überschuldung». Diese Begriffe stammen aus der Betriebswirtschaftslehre. Insbesondere die «Überschuldung» findet sich aber auch in aktienrechtlichen Bestimmungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7, Art. 725 Abs. 2, 729b Abs. 2 OR). Vorliegend von Bedeutung sind jedoch lediglich die «Unterbilanz» und die «Überschuldung».

Vom *betriebswirtschaftlichen* Standpunkt aus [3] bedeutet eine *Unterbilanz*, dass das Vermögen des Unternehmens infolge des Verlustes die Passiven (Aktien- und Fremdkapital) nicht mehr voll deckt; eine *Überschuldung*, dass das Fremdkapital nicht mehr voll durch das Unternehmungsvermögen gedeckt ist.

Das *Aktienrecht* hingegen versteht [4] unter einer *Unterbilanz*, dass in der letzten Jahresbilanz die Hälfte des Aktienkapitals und die Hälfte der allgemeinen gesetzlichen Reserve nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind (Art. 725 Abs. 1 OR), d.h. wenn der ausgewiesene Bilanzgewinn, die freien Reserven, allfällige Sonderreserven für Aufwertung und eigene Aktien ganz, und die verbleibenden Eigenkapitalposten (Aktienkapital und allfälliges Partizipationskapital, Art. 725 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 656a Abs. 2 OR) und die allgemeine gesetzliche Reserve zur Hälfte nicht mehr durch ordnungsmässig bewertete Aktiven gedeckt sind; dagegen bedeutet *Überschuldung*, dass gemäss einer Zwischenbilanz die Aktiven sowohl zu ihren Fortführungs- als auch Veräusserungswerten die Forderungen sämtlicher Gesellschaftsgläubiger nicht mehr decken (Art. 725 Abs. 2 OR).

Während also betriebswirtschaftlich eine *Unterbilanz* bereits zu dem Zeitpunkt eintritt, da das gesamte Umlauf- und Anlagevermögen die gesamten Passiven (d.h. Fremd- und Eigenkapitalposten) nicht mehr voll decken, tritt die Unterbilanz im aktienrechtlichen Sinn erst später ein, nämlich wenn sowohl die Hälfte des Aktienkapitals (inkl. allfälliges Partizipationskapital) als auch die Hälfte der allgemeinen gesetzlichen Reserve nicht mehr durch Unternehmensaktiven gedeckt sind.

Die begrifflichen Umschreibungen der *Überschuldung* stimmen hingegen überein, wobei jedoch im revidierten Aktienrecht das zusätzliche Erfordernis besteht, dass die Aktiven weder zu ihren Fortführungs- noch zu ihren Liquidationswerten zur Deckung des gesamten Fremdkapitals ausreichen.

Die Beachtung dieser Unterscheidungen ist deshalb von Bedeutung, weil die *rechtlichen Folgen* einer Unterbilanz bzw. Überschuldung an die aktienrechtlichen Begriffe anknüpfen. Es geht hier vor allem um die Einberufung einer Generalversammlung mit Antrag auf Sanierungsmassnahmen sowie die Hinterlegung der Zwischenbilanz und -erfolgsrechnung durch den Verwaltungsrat nach Art. 725 OR.

B. Gesetzliche Aufgaben der Revisionsstelle bei Überschuldung der Aktiengesellschaft

I. Prüfung der Zwischenbilanz (Art. 725 Abs. 2 OR)

Im Rahmen seiner Finanzverantwortung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) obliegt es grundsätzlich dem Verwaltungsrat, die wirtschaftliche, insbesondere die finanzielle Entwicklung und Lage der Aktiengesellschaft stetig zu verfolgen. Wenn sich aufgrund der nunmehr zu erstellenden und zeitgerecht nachzuführenden [5] Geldflussrechnungen und Liquiditätsnachweise [6] dauernd grössere Verluste sowie Anzeichen für einen erhöhten Rückstellungsbedarf einstellen und zu begründeter Besorgnis einer Überschuldung (im aktienrechtlichen Sinn)

Anlass geben, so hat der Verwaltungsrat die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenerfolgsrechnung und einer darauf basierenden *Zwischenbilanz, zunächst zu Fortführungswerten*. Nur wenn sich aus diesem Zwischenabschluss ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr gedeckt sind, muss der Verwaltungsrat einen *Zwischenabschluss auch zu Veräusserungswerten* aufstellen: «Alle Aktiven sind zu dem Wert einzusetzen, den sie nach Abzug der zufolge der Verwertung anfallenden Steuern, Kosten und Folgeaufwendungen auf dem Markt unter den herrschenden Verhältnissen erbringen würden» [7].

Es sind die von der Revisionsstelle nach den Grundsätzen der ordnungsmässigen Rechnungslegung (Art. 662a Abs. 2 OR) *geprüften Zahlen* des Zwischenabschlusses, welche über das *Vorliegen einer Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR* und die Pflicht zur Anzeige an den Richter entscheiden. Es sind dem Richter daher nur die geprüften Zahlen vorzulegen. Falls eine Bilanz eingereicht wird, die nicht revidiert worden ist, kann kein materieller Entscheid ergehen. Das bedeutet, der Konkurs wird nicht eröffnet und es wird auch kein Konkursaufschub gewährt. Vielmehr erfolgt gemäss Zürcher Praxis eine Fristansetzung mit der Auflage, die Konkursakten zu vervollständigen und insbesondere den Revisionsbericht einzureichen. Werden diese Unterlagen nicht ergänzt, wird auf die Anzeige der Überschuldung nicht eingetreten und der Nichteintretensentscheid im Hinblick auf den Gläubigerschutz publiziert. Von diesem Zeitpunkt an sind die Gläubiger darüber informiert, dass die Vermögenslage und die innere Organisation des Unternehmens nicht mehr einwandfrei ist.

II. Anzeigepflicht bei offensichtlicher Überschuldung (Art. 729b Abs. 2 OR)

Liegt eine Überschuldung sowohl zu Fortführungs- als auch Veräusserungswerten vor, fehlt es an rechtlich hinreichend qualifizierten und wirtschaftlich werthaltigen Rangrücktritten von Gläubigern im Ausmass dieser Über-

schuldung, so ist der Verwaltungsrat zur Benachrichtigung des Richters und zur Hinterlegung des Zwischenabschlusses verpflichtet (Art. 725 Abs. 2 OR).

Bei *offensichtlicher* Überschuldung, d.h. wenn sie sich «... auch bei optimistischer Beurteilung nicht leugnen lässt» [8] sowie bei Säumnis des Verwaltungsrates hat die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat zunächst eine Frist für die Anzeige der Überschuldung anzusetzen und bei weiterer Säumnis den Zwischenabschluss im Sinne einer Ersatzvornahme selber zu hinterlegen (Art. 729b Abs. 2 OR). In einer solchen Situation ist die Revisionsstelle direkt in ihre Verantwortlichkeit einbezogen [9].

Für den *Konzernprüfer* entfällt hingegen die vorgenannte Anzeigepflicht [10].

III. Pflicht zur Einreichung von Unterlagen an das Gericht?

Kommt der Verwaltungsrat seiner Benachrichtigungspflicht nicht nach und tritt die Ersatzvornahme durch die Revisionsstelle ein, oder kommt der Verwaltungsrat seiner Pflicht zwar nach, unterlässt jedoch trotz gerichtlicher Ansetzung einer Nachfrist die Einreichung der für den Richter notwendigen Entscheidungsgrundlagen hinsichtlich der finanziellen Situation der Aktiengesellschaft, so stellt sich die Frage, ob die Revisionsstelle zur Einreichung der entsprechenden Unterlagen verpflichtet werden kann. Die Antwort ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber aus Sinn und Zweck der Hinterlegung des Zwischenabschlusses beim Gericht.

Bei Vorliegen einer Unterbilanz (im aktienrechtlichen Sinn) ist der Gang zum Richter noch nicht vorgeschrieben, sondern hat der Verwaltungsrat im Sinne einer Alarmierung der Aktionäre lediglich – aber immerhin – Sanierungsmassnahmen zu beantragen (Art. 725 Abs. 1 OR). Ist der Vermögensverfall der Gesellschaft jedoch bereits so weit fortgeschritten, dass auch die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch das

Gesellschaftsvermögen gedeckt sind, so hat der Richter auf Benachrichtigung hin in der Regel die Konkursöffnung anzuordnen (Art. 725 Abs. 2, Art. 725a Abs. 1 OR). Damit soll verhindert werden, dass zum Schaden der Gesellschaftsgläubiger und letztlich der Allgemeinheit überschuldete juristische Personen im Verkehr bleiben [11].

Da der Entscheid über die Konkursöffnung bzw. die Sanierungsaussichten einzig dem Richter zusteht [12] und da der Revisionsstelle eine subsidiäre Anzeigepflicht zukommt, muss die Revisionsstelle auch zur Einreichung von Entscheidungsgrundlagen verpflichtet werden können. In der Praxis kommt es indessen immer wieder vor, dass die Revisionsstelle den Verwaltungsrat mit Bezug auf die entscheidenden Unterlagen vergeblich gemahnt hat. Zudem ist es der Revisionsstelle nicht zuzumuten, unentgeltlich eine Zwischenbilanz zu revidieren. Sind diese beiden Tatbestände gegeben, so hat die Revisionsstelle mehrere Handlungsalternativen, auf die zurückzukommen ist [13].

IV. Leistung des Kostenvorschusses für die Konkursöffnung bzw. deren Aufschub?

Für die im Verlaufe des Verfahrens anfallenden Kosten kann der Konkursrichter anlässlich der Überschuldungsanzeige angemessene Kostenvorschüsse verlangen (Art. 725a OR in Verbindung mit Art. 194 1. Satz und Art. 169 SchKG). Teilweise umstritten ist die Frage, ob der Konkurs auch zu eröffnen ist, wenn der auferlegte Vorschuss nicht erbracht oder die Konkurskosten nicht anderweitig sichergestellt werden [14].

Es kann nicht Sinn des materiellen Rechtes sein, das von Amtes wegen gebotene Handeln des Richters nach der Überschuldungsanzeige mangels Vorschussleistung zu vereiteln. Der Sinn der Anzeigepflicht liegt darin, bestehende und künftige Gläubiger sowie die Allgemeinheit zu schützen, weil ihnen ja nur das Gesellschaftsvermögen haftet [15]. Es widerspräche daher dem materiellen Recht, die Konkursöffnung von der Leistung

eines Kostenvorschusses abhängig zu machen.

Gleich muss es sich auch verhalten, wenn trotz Antrages des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers auf Aufschub der Konkursöffnung (Art. 725a Abs. 1 OR) die Leistung des Kostenvorschusses unterbleibt. Massgebend für die Befugnis – nicht die Pflicht – des Richters, den Konkurs einstweilen nicht zu eröffnen, ist einzig die begründete Aussicht auf dauerhafte Sanierung der überschuldeten Aktiengesellschaft, nicht das Fehlen eines Kostenvorschusses. Die gesetzlichen Pflichten der Revisionsstelle bestehen ohnehin nicht in der Leistung von Geldzahlungen, sondern in Kontrollaufgaben. Die Leistung von Zahlungen gehört zu den Exekutivaufgaben des Verwaltungsrates bzw. der Geschäftsführung. Das in Revision befindliche Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG) wird denn auch von einer Vorschusspflicht absehen. Der Gläubigerschutz wird höher gewertet als die finanzielle Sicherung des Verfahrens.

C. Die Revisionshaftung (Art. 755 OR)

a) Im Rahmen ihrer *gesetzlichen* Aufgaben haftet die Revisionsstelle als Gesellschaftsorgan für die Verletzung ihrer Pflichten grundsätzlich nach der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 755 OR). Die Aktienrechtsreform hat den sachlichen Haftungsbereich der Revisionsstelle einerseits insofern ausgeweitet, als die Revisoren auch für Tätigkeiten, welche nicht die eigentliche Abschlussprüfung betreffen, der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterworfen werden: der *Organhaftung* unterstellt wird auch der Konzern-, der Gründungs-, der Kapitalerhöhungs- sowie der Kapitalherabsetzungsprüfer; sie alle werden zumindest zum Zweck der Verantwortlichkeit zu Gesellschaftsorganen gemacht [16].

Nach Art. 755 OR haftet daher die Revisionsstelle für jeden in Verletzung von Revisionsgrundsätzen schuldhaft, d.h. fahrlässig oder vorsätzlich verursachten Schaden. Angesichts der heiklen neuen Bereiche der Prüfungstätigkeit ist damit auch der Risikograd der

Prüfung erweitert worden, was erhöhte Anforderungen an die fachliche Qualifikation der Revisoren stellt.

Andererseits ist die bisher absolut geltende, vor allem die Revisoren als Mitbeklagte belastende Solidarhaftung eingeschränkt worden. Im Ergebnis haftet der Revisor dem Kläger (Gesellschaft, Aktionäre, im Konkurs der Gesellschaft auch die Gesellschaftsgläubiger, Art. 755 ff. OR) zwar solidarisch für einen Schaden, den in erster Linie die Exekutivorgane verursacht haben; dies jedoch nur insoweit, als ihm dieser Schaden aufgrund seines eigenen Verschuldens bzw. durch eine fahrlässige Verletzung der eigenen Sorgfaltspflichten bei der Durchführung der Revision und aufgrund der Umstände persönlich zurechenbar ist (Art. 759 Abs. 1 OR; *differenzierte Solidarität*) [17].

Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wirkt innerhalb der Klagfrist von sechs Monaten (Art. 758 Abs. 2 OR) nur beschränkt haftungsbefreiend (Art. 758 Abs. 1 OR). Hinsichtlich der anzuwendenden *Sorgfalt in ihrer Leistung* haften die Revisoren der Gesellschaft aus *Auftragsrecht* [18].

b) Wenn die Befugnisse und Pflichten der Revisionsstelle so erweitert worden sind, dass ihr die Gesellschaftsstatuten oder ein Generalversammlungsbeschluss über die gesetzlichen Funktionen hinausreichende Aufgaben zugewiesen haben (Art. 627 Ziff. 13, Art. 731 Abs. 1 OR), dann findet ebenfalls die aktienrechtliche *Verantwortlichkeit* (Art. 755 OR) Anwendung, da die Revisionsstelle auch hier im Rahmen ihrer spezifischen Organfunktion handelt [19].

Im Rahmen weiterer Aufgaben, die ausserhalb der gesetzlich, statutarisch oder durch Generalversammlungsbeschluss zugewiesenen liegen, beurteilen sich Pflichtverletzungen nach dem Recht des einschlägigen Vertrages, insbesondere nach *Auftragsrecht* [20].

c) Da die Bestimmungen über die Pflichten der Revisionsstelle auch zum Schutze Dritter erlassen worden sind, stellen ihre Pflichtverletzungen auch

eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR dar, weshalb die Bestimmungen des ausservertraglichen Haftpflichtrechts – Art. 41 ff OR – ebenfalls zur Anwendung gelangen können [21].

D. Handlungsalternativen der Revisionsstelle

I. Allgemeine Grundsätze

1. Überblick und Wesen der Handlungsalternativen

Die Prüfung der Gesetzes- und Statutenkonformität der Buchführung, der Jahresrechnung einschliesslich ihres Anhangs sowie des Antrages des Verwaltungsrates über die Verwendung des Bilanzgewinnes sowie die entsprechende Berichterstattung zuhanden der Generalversammlung bleiben die *gesetzlichen* Hauptaufgaben der Revisionsstelle. Sie prüft von Gesetzes wegen nicht die Opportunität der Bilanzierung, nicht die Qualität der Finanzierung; sie berichtet und erteilt Auskunft grundsätzlich (Ausnahme: Art. 729b Abs. 1 OR) nicht über die Geschäftsführung und spezifische Gesellschaftsangelegenheiten. Ihr Prüfungs- und Berichtgegenstand ist daher gesetzlich im Sinne von Mindestaufgaben eingeschränkt. Das schliesst indes nicht aus, dass sich die Revisionsstelle auch ausserhalb dieses eng umschriebenen Rahmens für die Belange und Interessen der Aktiengesellschaft einsetzen kann.

So können ihr zunächst *in den Statuten oder durch einen Generalversammlungsbeschluss* weitere Aufgaben im Bereich ihrer Organfunktion zugewiesen werden; darüber hinaus besteht die Möglichkeit, ihr im Rahmen eines *Auftragsverhältnisses* zusätzliche Funktionen zu übertragen. Aufgrund ihres gesetzlichen Hauptauftrages befasst sich die Revisionsstelle vorab mit der finanzwirksamen Seite der aktiengesellschaftlichen Tätigkeiten. Unter Nutzung ihrer Erfahrung und ihrer Kenntnis der finanziellen Zusammenhänge und Auswirkungen werden sich daher zusätzliche Aufgaben zweckmässigerweise auch auf den finanzbezogenen

Gesellschaftsbereich beziehen. Da jedoch die eigentliche Finanzverantwortung von Gesetzes wegen dem Verwaltungsrat zukommt (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3) und sich die Generalversammlung letztlich auch über Empfehlungen zur Annahme oder Rückweisung von Jahresrechnung und Gewinnverwendungsantrag hinwegsetzen kann [22], werden die Ergebnisse der zusätzlichen Revisorentätigkeiten im wesentlichen nur in – unverbindlichen – Vorschlägen und Empfehlungen finanzspezifischer Art resultieren können.

Sodann bestehen innerhalb der aktienrechtlichen Regelungen weitere *Berechtigungen* der Revisionsstelle, welche ihr insbesondere im Falle von Liquiditätsschwierigkeiten der Gesellschaft Handlungsmöglichkeiten einräumen.

2. Formelle Voraussetzungen für zusätzliche Revisionsstellenaufgaben

2.1 Aufnahme in die Statuten oder Generalversammlungsbeschluss

Eine längerfristige Zuweisung von über den gesetzlichen Rahmen hinausgehenden, zusätzlichen Aufgaben an die Revisionsstelle bedarf zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in die Gesellschaftsstatuten (bedingt notwendiger Statuteninhalt, Art. 627 Ziff. 13 in Verbindung mit Art. 731 Abs. 1, 1. Satz OR). Auch die Aktionäre können der Revisionsstelle zusätzliche Aufgaben übertragen (Art. 731 Abs. 1, 1. Satz OR). Die Revisionsstelle handelt auch in diesem erweiterten Aufgabenbereich in ihrer spezifischen *Organfunktion*.

2.2 Einzelauftrag des Verwaltungsrates

Ebenso kann der Verwaltungsrat der Revisionsstelle zusätzliche Aufgaben übertragen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 3, Abs. 2 OR). Es handelt sich diesfalls um Einzelaufträge im Sinne von Art. 394 ff. OR, bei der die Revisionsstelle nicht als Organ, sondern als *Beauftragte* für getreue und sorgfältige Ausführung des ihr übertragenen Geschäftes tätig wird (Art. 398 OR).

3. Materielle Voraussetzungen für zusätzliche Revisionsstellenaufgaben

3.1 Keine Aufgaben des Verwaltungsrates

Die Statuten und die Generalversammlung dürfen der Revisionsstelle keine Aufgaben des Verwaltungsrates zuteilen (Art. 731 Abs. 1, 2. Satz OR). Hat die Gesellschaft beispielsweise Namenaktien ausgegeben, so ist der Verwaltungsrat zuständig für die Führung des Aktienbuches im Sinne von Art. 686 OR. Diese Aufgabe ist zwar delegierbar, unzulässig wäre jedoch eine Statutenbestimmung oder ein Verwaltungsratsbeschluss, der sie der Revisionsstelle zuweist, weil dadurch deren Unabhängigkeit vom Verwaltungsrat beeinträchtigt werden könnte [23]. Die Einräumung von Pflichten- oder Befugnissen zur Prüfung der Geschäftsführung oder ein «legal compliance audit» (allgemeine Prüfung des Verhaltens der Gesellschaftsorgane auf Gesetzeinhaltung) sind ebenfalls problematisch, «... denn jede Einschaltung des Prüfungsorgans in die Hauptaufgaben des Verwaltungsrates gemäss Art. 716a OR verstösst gegen das Gesetz ...» [24].

Zulässig sind jedoch die Erstattung von Spezialberichten an den Verwaltungsrat oder eine Unternehmensbewertung [25].

3.2 Wahrung der Unabhängigkeit

Die Revisoren müssen vom Verwaltungsrat und von einem Hauptaktionär unabhängig sein, sie dürfen weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft sein noch mit ihrem Prüfungsauftrag unvereinbare zusätzliche Aufgaben übernehmen (Art. 727c Abs. 1, Art. 731 Abs. 1 OR). Die Revisionsstelle darf daher nicht selbst in die laufende Besorgung von administrativen Angelegenheiten der Aktiengesellschaft einbezogen werden, denn solche Aufgaben sind unvereinbar mit ihrem Auftrag zu einer unabhängigen und damit unbefangenen Prüfung [26]. Problematisch und allenfalls nur in engen Grenzen zulässig und sinnvoll wäre die Ernennung der Revisionsstelle als Sachverständige im Sinne von Art. 731 Abs. 2 OR [27]. *Völlig unzulässig*

sig im eigentlichen Sinn ist hingegen die Verbindung der Führung der Buchhaltung mit der Revision [28].

Nicht unter die Unvereinbarkeit fällt hingegen die Beratung in steuerlichen Angelegenheiten, obwohl es eher problematisch ist, wenn der Prüfer auch selber berät [29]. Unzulässig sind sodann auch Aufträge an die Revisoren oder ihnen nahestehende Personen, welche sie bei der Prüfung in Interessenkonflikte bringen können [30]. Hat der Revisor früher mit seinen heutigen Pflichten unvereinbare Aufträge übernommen, so muss er nun insoweit bei der Revision in den Ausstand treten, als der Interessengegensatz noch aktuell ist [31].

II. Die Handlungsalternativen im einzelnen

1. Ausgestaltung der Buchführung

Da der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Finanzverantwortung auch für die Ausgestaltung des Rechnungswesens zu sorgen hat (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR), kann er die Revisionsstelle mit der *Beratung hinsichtlich der rein technischen Seite* des Aufbaus, der Gliederung und des Detaillierungsgrades der *Buchführung, der Erfassung von liquiditätswirksamen Bewegungen, der Jahresrechnung sowie der Bewertungsvorschriften* beauftragen.

2. Zeitpunkt- und zeitraumbezogene Finanzkontrolle

Wird die Buchführung durch die Aktiengesellschaft intern vorgenommen und die Jahresrechnung bzw. der Anhang durch sie erstellt, dann setzt die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung der Revisionsstelle in der Regel erst am Ende eines Geschäftsjahres ein. Es ist also eine rückblickende Betrachtung. Zur Vornahme von Kontrollen während des Jahres ist sie nämlich nicht von Gesetzes wegen verpflichtet [32].

Die Aufrechterhaltung einer optimalen Finanzstruktur ist jedoch nur möglich, wenn Ein- und Auszahlungen lau-

fend überwacht und die Soll-Zahlen der Finanzpläne mit den tatsächlichen Ergebnissen verglichen werden, wie sie aus der Finanzbuchhaltung hervorgehen. Das erfordert einerseits periodische *zeitpunktbezogene* (statische) Kontrollen in Form von *Liquiditätskennzahlen, Kennzahlen über Vermögens- und Kapitalstruktur sowie Deckungsverhältnisse*, andererseits *zeitraumbezogene* (dynamische) Kontrollen wie *Liquiditätsausweise, Bewegungsbilanzen und Kapitalflussrechnungen sowie die verschiedenen Formen der Finanzplanung, insbesondere Cash-Flow-Rechnungen* [33]. Die Prüfungen der Revisionsstelle müssen daher nicht in der Retrospektive verharren, sondern können in einer *begleitenden und vorausschauenden Finanzkontrolle* die Ursachen von Abweichungen zwischen Ist- und Soll-Werten ermitteln, um daraus Massnahmen zur Erreichung der – vom Verwaltungsrat als geschäftsführendem Organ (vgl. Art. 716 – 716b OR) gesetzte – Rentabilitäts- und Liquiditätsziele abzuleiten. Die Tätigkeit der Revisionsstelle nähert sich diesbezüglich derjenigen einer Unternehmensberatung, beschränkt auf den Bereich der finanzwirksamen Seite der aktiengesellschaftlichen Tätigkeiten.

3. Finanzplanung

Die wirtschaftlichen Tätigkeiten einer Gesellschaft beruhen in der Regel auf einer vorausschauenden Beurteilung der Möglichkeiten und Chancen in einem bestimmten Nachfrage- und Anbietermarkt mit einer bestimmten Leistung und innerhalb eines festgesetzten zeitlichen Rahmens (Planung). Die Planung umfasst auch den Entscheid über die dabei einzusetzenden Mittel, sodass vorab in einem Finanzplan die konkreten unternehmerischen Zielsetzungen ihren zahlenmässigen Niederschlag finden. Der Verwaltungsrat ist daher im Rahmen seiner Finanzverantwortung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) auch zu einer vorausschauenden Abschätzung der auf das Unternehmen zukommenden Mittelschöpfungen und Mittelverwendungen und damit insbesondere zur Ausgestaltung der Liquiditätsplanung verpflichtet [34]. Die Finanzplanung umfasst daher insbesondere *die Erfolgsplanung, die*

Investitionsplanung, die Bedarfsplanung, die Beschaffungsplanung sowie die Anlageplanung [35] und geht weiter als die blosser Budgetierung [36].

Ob der Revisionsstelle ähnlich wie im Bereich der Finanzkontrolle auch in der Finanzplanung zusätzliche Aufgaben zugewiesen werden können, ist fraglich. Die Finanzverantwortung gehört zur Kernverantwortung des Verwaltungsrates überhaupt, selbst wenn er als Gremium die Finanzplanung nicht selber zu betreiben hat [37]. Zumindest die Festlegung der zu erreichenden finanziellen Ziele (Erträge, Aufwendungen, Investitionen und Desinvestitionen, Mittelbeschaffung, Anlage der überschüssigen Mittel) muss als spezifisch unternehmerische Entscheidungen beim Verwaltungsrat bleiben. Damit die Revisionsstelle nicht unzulässigerweise Verwaltungsaufgaben oder zu ihrer Unabhängigkeit bzw. ihren gesetzlichen Kontrollaufgaben in Widerspruch stehende Funktionen wahrnimmt, müsste sie sich wohl auf die Beratung in rein technischer Hinsicht sowie auf die rein ausführende Darstellung der einzelnen Finanzteilpläne beschränken.

4. Einsichts- und Auskunftsrecht

Damit die Revisionsstelle ihren gesetzlichen Prüfungspflichten überhaupt genügend nachkommen kann, hat ihr der Verwaltungsrat alle für diese Prüfung *erforderlichen Unterlagen* zu übergeben und ihr die *benötigten Auskünfte* zu erteilen (Art. 728 Abs. 2 OR). Die Revisionsstelle hat als Gesellschaftsorgan ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren (Art. 717 Abs. 1 OR analog). Daher wandelt sich das ihr im Rahmen der gesetzlichen Prüfung zustehende *Informationsrecht* zu einer *Informationspflicht*, der sie mit allem Nachdruck nachzukommen hat.

Die Revisionsstelle dürfte daher *nicht gleich zurücktreten*, sondern hätte einem säumigen Verwaltungsrat vorerst Frist anzusetzen und allenfalls im Rahmen ihrer Berichterstattungspflicht die Generalversammlung zu informieren (Art. 729b Abs. 1 a.E. OR).

5. Rücktrittsrecht und seine Folgen

Verweigert oder erschwert der Verwaltungsrat unbegründeterweise und trotz entsprechender Abmahnung, allenfalls wiederholt, seine Pflichten gegenüber der Revisionsstelle, kann diese ihm – auch während ihrer Amtsdauer – den *begründeten Rücktritt* erklären. Da der Verwaltungsrat diese Rücktrittsgründe der nächsten Generalversammlung mitzuteilen hat (Art. 727e Abs. 2 OR) und der Rücktritt eine Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt auslöst (vgl. Art. 727e Abs. 4 OR), also weiteren Kreisen bekannt wird, sind vorerst die *Aktionäre in ihrer Aufsichtsfunktion gefordert*. Gemäss dem analog anwendbaren Regelungsgedanken von Art. 404 Abs. 2 OR darf der Revisor allerdings nicht zur Unzeit, d.h. nicht in der kritischen Zeitspanne vor der Generalversammlung oder während ihres Verlaufs, zurücktreten [38].

Bei kleineren und mittleren Unternehmen ist indessen häufig von der Identität der Aktionäre und der Verwaltung auszugehen. Die Aufsicht durch die Aktionäre ist in solchen Fällen fraglich. Es besteht die Gefahr, dass die gleichen Gründe, die zum Rücktritt der Revisionsgesellschaft geführt haben, auch die Bestellung einer neuen Revisionsstelle verhindern. Das entsprechende Rechtsproblem ist wie folgt zu lösen.

a) Nach Art. 727e Abs. 4 OR kann die Revisionsstelle selber die Löschung ihrer Organfunktion im Handelsregister anmelden, wenn dies nicht innert 30 Tagen durch den Verwaltungsrat erfolgt. Damit ist vorerst sichergestellt, dass der Handelsregisterführer in jedem Fall Kenntnis davon erhält, dass die AG zur Zeit über keine Revisionsstelle verfügt. Nach Art. 727f OR hat

hernach der *Handelsregisterführer* umgehend der Gesellschaft Frist anzusetzen zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes. Wird auch innert dieser Frist keine Revisionsstelle gewählt, so stellt der Handelsregisterführer dem Richter Antrag auf Ernennung einer Revisionsstelle.

Bei der Ernennung einer Revisionsstelle von Gesetzes wegen tritt der *Entscheid des Richters* an die Stelle der fehlenden Willenserklärung der rechtswidrig organisierten juristischen Person. Das dabei angestrebte Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und der Revisionsstelle scheidet jedoch faktisch stets dann, wenn die dafür benötigten Mittel zugunsten der Revisionsstelle von der Gesellschaft nicht zur Verfügung gestellt werden. *Keine Revisionsstelle wird ohne Entgelt ein Mandat annehmen und die Revisorität aufnehmen*. Für diesen Fall hat der Richter Vorkehrungen zu treffen, damit der zu ernennenden Revisionsstelle für die Entschädigung ihrer Bemühungen genügend Sicherheit geleistet wird. Leistet der Verwaltungsrat den Vorschuss nicht, so hat der Richter die weiteren Massnahmen gemäss Antrag des Handelsregisterführers anzuordnen.

b) Bereits die Fristansetzung des Handelsregisterführers an die säumige Gesellschaft zur Wahl einer Revisionsstelle durch die Generalversammlung ist ein zu beachtendes gesetzliches Zwangsmittel. In der Pflicht stehen Verwaltungsräte und Aktionäre. Bleibt dieses Zwangsmittel erfolglos, so sind schärfere zivilrechtliche Massnahmen angezeigt. Solche Massnahmen sind nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch der Gläubiger und der Allgemeinheit gerechtfertigt. Ohne

Revisionsstelle fehlt der Aktiengesellschaft das *interne Kontrollsystem im Sinne der privatrechtlichen Aufsicht* zur rechtzeitigen Feststellung und kündigung der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens. Unter systematischer Berücksichtigung des *Konkursrechts*, das die zwingende Mitwirkung der Revisionsstelle vorsieht (Art. 725 Abs. 2 OR), rechtfertigt sich daher die schärfste Zwangsmassnahme – die *Auflösung der Gesellschaft* [39].

6. Hinweise auf gesetzliche Pflichten des Verwaltungsrates

Ergibt sich bei der Prüfung der Jahresrechnung eine Unterbilanz im aktienrechtlichen Sinn, weil sowohl die Hälfte des Aktienkapitals als auch der allgemeinen gesetzlichen Reserve nicht mehr durch das Vermögen der Aktiengesellschaft gedeckt sind, kann die Revisionsstelle *den Verwaltungsrat auf seine Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung hinweisen* und ihm allenfalls gleichzeitig konkrete Sanierungsmassnahmen vorschlagen; letztere muss der Verwaltungsrat den Aktionären im Falle einer Unterbilanz ohnehin beantragen (Art. 725 Abs. 1 OR).

Sobald sich in – allenfalls periodischen – Kontrollen zeigt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr gedeckt sind, wird die Revisionsstelle *den Verwaltungsrat auf seine Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz hinweisen*; sie hat diese zu überprüfen und *den Verwaltungsrat allenfalls auf seine Pflicht zur Benachrichtigung des Richters hinzuweisen* (Art. 725 Abs. 2 OR). Bleibt der Verwaltungsrat untätig, ist die Revisionsstelle gegebenenfalls (Art. 729b Abs. 2

Anzeige

- Sie suchen qualifizierte Fachleute für Ihr Unternehmen! **ROLAND NÄPFLIN**
- Sie suchen die berufliche Herausforderung! **PERSONALBERATUNG**
- Ich freue mich auf Ihren Anruf!

Rainer A. Beck, Ressort Bank/Treuhand, Telefon 01 383 25 48, Seefeldstrasse 333, 8008 Zürich

OR) selbst zur Hinterlegung der Zwischenbilanz verpflichtet.

Hält die Revisionsstelle eine Sanierung der überschuldeten Gesellschaft für nicht völlig aussichtslos, kann sie den Verwaltungsrat (oder einen Gläubiger) auf die Möglichkeit hinweisen, dem Konkursrichter einen *Antrag auf Aufschiebung der Konkurseröffnung bei gleichzeitiger Vorlage eines ausgearbeiteten Sanierungsplanes* zu stellen (Art. 725a Abs. 1 OR).

7. Antrag auf Ernennung eines Sachverständigen bzw. Sonderprüfers

Die *Generalversammlung* kann zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner ihrer Teile *Sachverständige ernennen* (Art. 731 Abs. 2 OR). Diese treten neben die Sonderprüfer und nicht an deren Stelle [40].

Jeder *Aktionär* kann sodann der *Generalversammlung* beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung seiner Rechte erforderlich ist und sofern er sein Auskunfts- bzw. Einsichtsrecht bereits ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR). Die *Einsetzung des Sonderprüfers* erfolgt auf Antrag der Gesellschaft, eines Aktionärs oder einer qualifizierten Aktionärsminorität durch den *Richter* (Art. 697a Abs. 2, Art. 697b, Art. 697c OR).

Ein selbständiges Antragsrecht der Revisionsstelle an die *Generalversammlung* sieht das Aktienrecht hingegen nicht ausdrücklich vor. Der Revisionsstelle stehen diesbezüglich dennoch Möglichkeiten offen:

a) Die Revisionsstelle hat der *Generalversammlung* über das Ergebnis ihrer gesetzlichen Prüfungsaufgaben schriftlich Bericht zu erstatten; *im Rahmen ihres Antrages auf Abnahme oder Rückweisung der Jahresrechnung* (Art. 729 Abs. 1 OR) wird sie den Aktionären eine entsprechend begründete Empfehlung aussprechen können, sofern sie bestimmte Sachverhalte als weiter untersuchungsbedürftig erachtet. Erhält ein Aktionär die Auskunft,

die für die Ausübung seiner Aktionärsrechte erforderlich sind, nicht oder nur unzureichend, kann er nun selbst der *Generalversammlung* beantragen, den Sachverhalt mittels einer Sonderprüfung abklären zu lassen (Art. 697a Abs. 1 OR).

b) Stellt die Revisionsstelle bei der Durchführung ihrer Prüfung von Buchführung und Jahresrechnung Gesetzes- oder Statutenverstösse fest, so meldet sie dies schriftlich dem Verwaltungsrat (Art. 729b Abs. 1 OR) und kann ihm auch die Einsetzung eines Sachverständigen oder die Durchführung einer Sonderprüfung beantragen. Eine entsprechende Empfehlung kann auch der Erläuterungsbericht gemäss Art. 729a OR enthalten [41].

Der Verwaltungsrat wird, sofern er dies für notwendig erachtet, im Rahmen seiner Geschäftsführungsfunktion (insbesondere seiner Oberleitung der Gesellschaft sowie seiner Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR) die entsprechenden Massnahmen selber anordnen (vgl. Art. 716a Abs. 2 OR) oder der *Generalversammlung* einen entsprechenden Antrag stellen. Er ist dabei direkt in seiner Organverantwortlichkeit (Art. 754 OR) betroffen. Bei wichtigen Gesetzes- oder Statutenverstössen, d.h., wenn die Gesellschaft oder Aktionäre geschädigt worden sind, kann die Revisionsstelle ihre Empfehlung zur Einsetzung eines Sachverständigen bzw. Sonderprüfers auch an die *Generalversammlung* richten (Art. 729b Abs. 1 OR).

Der *Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung* braucht (wie auch derjenige auf Einberufung einer ausserordentlichen *Generalversammlung*) *nicht notwendig als Verhandlungsgegenstand auf der Traktandenliste* aufgeführt zu sein, damit darüber gültig beschlossen werden kann (Art. 700 Abs. 3, 2. Halbsatz OR).

Das Gesetz schliesst es zwar nicht ausdrücklich aus, die Revisionsstelle selber zum Sonderprüfer zu machen, doch dürfte nur selten so zu entscheiden sein. Normalerweise entwickelt sich im Lauf der Jahre zwischen Ver-

waltungsrat und Revisionsstelle eine Zusammenarbeit, die sich fast notwendigerweise in einer gewissen gegenseitigen Befangenheit niederschlägt. Übernahme nun die Revisionsstelle einen solchen Auftrag, käme sie – auch infolge ihrer eigenen solidarischen Haftung als Organ – rasch in Interessenkonflikte, und das notwendigerweise bestehende Vertrauensverhältnis zum Verwaltungsrat würde allenfalls unnötig belastet [42].

8. Einberufung der Generalversammlung

Durch den Verwaltungsrat wird alljährlich innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres eine ordentliche, je nach Bedürfnis eine ausserordentliche *Generalversammlung* einberufen (Art. 699 Abs. 2 OR); das Einberufungsrecht steht auch einer qualifizierten Aktionärsminorität zu (Art. 699 Abs. 3 1. Satz OR).

Eine *Generalversammlung* kann allerdings auch durch die Revisionsstelle einberufen werden (Art. 699 Abs. 1 OR). Diese Kompetenz stellt nach dem Gesetzeswortlaut («nötigenfalls») *ultima ratio* eine *Einberufungspflicht* dar, welche nicht nur für Fälle von schweren Gesetzes- bzw. Statutenverletzungen (Art. 729b Abs. 1 OR) und Untätigkeit des Verwaltungsrates denkbar ist. Auch wenn der Verwaltungsrat seiner Pflicht auf jährliche Einberufung der ordentlichen (Art. 699 Abs. 2 OR) oder einer ausserordentlichen im Falle einer Unterbilanz (Art. 699 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 725 Abs. 1 OR) nicht nachkommt oder dies unnötig lange hinauszögert, wird die Revisionsstelle die Einberufung der Aktionäre selber vornehmen bzw. müssen [43].

9. Sanierungsplan

Auf die Anzeige des Verwaltungsrates hin hat der Richter bei tatsächlichem Vorliegen einer Überschuldung den Konkurs zu eröffnen (Art. 725a Abs. 1, 1. Satz OR).

Da sich jedoch die Gläubigerinteressen nicht immer mit der Durchführung des Konkurses am besten wahren lassen, ist der Richter ermächtigt, die

Konkurrenzeröffnung aufzuschieben, sofern entweder der Verwaltungsrat oder ein Gläubiger dem Gericht einen formellen Sanierungsantrag stellen, gleichzeitig einen ausgearbeiteten Sanierungsplan einreichen und nach der Beurteilung des Konkursrichters begründete Aussicht auf dauerhafte Sanierung der Gesellschaft innert nützlicher Frist besteht (Art. 725a Abs. 1 2. Satz OR).

Die Revisionsstelle erscheint aufgrund ihrer (zumindest in allgemeiner Hinsicht vorausgesetzten) Befähigung und Erfahrung, aber auch aufgrund ihres Überblicks über die finanziellen Bewegungen, die Vermögenslage und deren Auswirkungen auf die Gesellschaft wie kein anderes Kontroll- und Überwachungsinstrument geeignet, bei der Erstellung eines Sanierungsplanes mitzuwirken, sofern sie selber begründete Aussichten auf eine dauerhafte wirtschaftliche Erholung der Gesellschaft sieht. Die Arbeit der Revisionsstelle wird sich dabei zweckmässigerweise auf die finanzwirksame Seite des Sanierungsplanes beschränken. Die Ausarbeitung allenfalls ebenso dringlicher organisatorischer, struktureller und marktspezifischer Anpassungsmassnahmen der Gesellschaft gehört einerseits zum Aufgabenbereich des Verwaltungsrates (Art. 716a Abs. 1, Art. 731 Abs. 1 OR) oder allenfalls beauftragter Dritter (Art. 716b Abs. 1 OR), andererseits dürften dafür sachverständige Dritte besser in der Lage sein.

Der finanzspezifische Sanierungsplan soll die Gesamtheit aller betriebswirtschaftlichen Massnahmen enthalten, welche auf die Beseitigung vorab der betriebsinternen Ursachen der Finanznotlage gerichtet sind [44]. Er muss möglichst umfassend, detailliert und genügend dokumentiert sein, weil der Richter einen begründbaren Entscheid über den Konkursaufschub und die Sanierungsfähigkeit der überschuldeten Gesellschaft treffen können muss. Die vorgeschlagenen finanziellen Massnahmen müssen geeignet sein, eine dauerhafte Gesundung des Unternehmens herbeizuführen; bloss bilanztechnische Sanierungsmassnahmen, wie sie in den Art. 669f OR geregelt sind, reichen dabei nicht mehr [45].

Der Sanierungsplan kann insbesondere folgende Massnahmen umfassen:

- Liquidation von Eventualverpflichtungen, z.B. Verzicht von Drittgläubigern auf Bürgschaften der Gesellschaft zugunsten von Drittschuldnern;
- teilweiser oder vollständiger Forderungsverzicht von Gesellschaftsgläubigern;
- qualifizierter Rangrücktritt, verbunden mit einer Stundung;
- Aktionärsdarlehen mit Rangrücktritt und Stundung;
- Eintritt von Gläubigern als Aktionäre;
- aussergerichtlicher Nachlassvertrag;
- Stundung von Forderungen;
- Bürgschaften Dritter zugunsten der Gesellschaft;
- Genussscheinausgabe (Art. 657 OR);
- Kapitalherabsetzung und -wiedererhöhung im gleichen Umfang mit voller Liberierung (BGE 102 I b 23, 86 II 78 ff.);
- Erhöhung des Grundkapitals mit Zufluss neuer Mittel (Ausgabe neuer Aktien, Erhöhung des Nennwertes der vorhandenen Aktien);
- Umwandlung in der Struktur des Fremdkapitals (Verringerung der kurzfristigen, Erhöhung der langfristigen Schulden);
- Übernahme durch eine andere Gesellschaft mit Aktiven und Passiven.

Die einzelnen Massnahmen sollten nach Möglichkeit kombiniert in ein Gesamtkonzept integriert sein. Zu den einzelnen Massnahmen und Empfehlungen im Rahmen eines Gesamtkonzeptes gehören auch eine Prioritätenordnung sowie zeitliche Zielvorgaben. Ausdrücklich ist allerdings festzuhalten, dass es nicht die gesetzliche Verantwortung der Revisionsstelle ist, für die Verhinderung von Kapitalverlusten und Überschuldungen besorgt zu sein oder gar Sanierungsmassnahmen selbst durchzuführen. Hier bleibt die Verantwortung ausschliesslich beim Verwaltungsrat. Andererseits wird die Revisionsstelle nicht darum herum kommen, die Wirksamkeit von Sanierungsmassnahmen und die Gültigkeit von Rangrücktrittsvereinbarungen zu prüfen [46].

E. Schlussbetrachtung

Die Revisionsstelle trägt unter dem revidierten Aktienrecht eine noch höhere Verantwortung, will sie nur schon den gesetzlichen Umfang ihres Prüfungsauftrages sorgfältig erfüllen. Von Gesetzes wegen hat sie im wesentlichen eine reine Legalitäts- und Statutenkontrolle sowie verschiedene Auskunft- und Anzeigepflichten zu erfüllen. Daneben könnte sie jedoch ihre Sachkenntnisse und ihr Verständnis für die allgemeinen und gesellschaftsspezifischen finanziellen Zusammenhänge vermehrt in den Dienst der Aktiengesellschaft stellen, in erster Linie im Interesse der Kapitalanleger und der Kreditgeber (Gesellschaftsgläubiger). Nicht ausseracht zu lassen ist aber auch, dass die Tätigkeiten der Revisionsstelle auch den Arbeitnehmern, der Fortführung des Unternehmens und damit letztlich der Gesamtwirtschaft dienen.

Die konjunkturbedingten strukturellen Anpassungsprozesse in zahlreichen Wirtschaftsbereichen, welche vor allem kleinere Gesellschaften einem wachsenden finanziellen Risiko unterwerfen, stellen an die Verantwortung und an die Sachkenntnisse der Revisoren immer grössere Anforderungen. Sie zu erfüllen erfordert neben einem vermehrten Tätigwerden im Interesse der Aktiengesellschaft auch ausserhalb des gesetzlichen Minimalrahmens ein breiteres und vertieftes Fachwissen. Insbesondere Revisoren ohne besonderen Fähigkeitsausweis werden ihre Aus- und Weiterbildung den weittragenden Folgen einer aktienrechtlichen Pflichtverletzung anzupassen haben. Dabei könnten die in der Verordnung über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren vom 15. Juni 1992 umschriebenen Qualifikationen auch für sie richtungsweisend werden (SR 221.302).

Anmerkungen

Der vorliegende Aufsatz nimmt Bezug auf den Vortrag vor der Treuhänder-Kammer vom 20. April 1993. Er referiert in überarbeiteter Fassung die Praxis des Zürcher Konkursrichters 1992-1994 nach Inkrafttreten der Aktienrechtsreform vom 1. Juli 1992. Die vertretenen Rechtsmeinungen sind persönlicher Natur und können nicht der Funktion einer Amtsstelle zugerechnet

werden. Der Autor dankt seinem vormaligen Mitarbeiter F. Schlegel für die Mitarbeit.

- 1 *Literaturübersicht: BEHR G.*, Die Bilanznebel lichten sich, in: *NZZ*, 31. Januar 1992, Nr. 25, S. 39; *BÖCKLI P.*, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992; *BOEMLE M.*, Unternehmensfinanzierung, 9. Aufl., Zürich 1991; *BRUNNER A.*, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, in: *AJP* 6/92, S. 806 ff.; *BÜCHI J.A.*, Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich 1982; *FORSTMOSER P.*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987; *FORSTMOSER P./MEIER-HAYOZ A.*, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3. Aufl., Bern 1983; *GIROUD R.*, Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1986; *HELBLING C.*, Anpassung von Rechnungslegung und Revision an das revidierte Aktienrecht, in: *Der Schweizer Treuhänder* 11/91, S. 563; *MEIER-HAYOZ A./FORSTMOSER P.*, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. Aufl., Bern 1993.
- 2 *Boemle M.*, S.469; *Büchi J.A.*, S.107f.
- 3 *Boemle M.*, S.468.
- 4 *Böckli P.*, N 938 und 1680 ff.
- 5 *Böckli P.*, N 1561.
- 6 *Boemle M.*, S.106ff.

- 7 *Böckli P.*, N 1693.
- 8 Botschaft, S.103.
- 9 *Böckli P.*, N 1714; vgl. dazu auch die Ausführungen unter lit. C dieses Beitrags.
- 10 Art. 731a Abs. 2 a.E. OR; zur konsolidierten Bilanz nach revidiertem Aktienrecht, vgl. *Altenburger P.R.*, *Erweiterte Rechnungslegung und Konsolidierung*, in: *SJZ* 89 (1993), 57-63.
- 11 *Brunner A.*, S.817
- 12 *Giroud R.*, S.121
- 13 Vgl. nachfolgend N. 38-39.
- 14 Vgl. Hinweise bei *Brunner A.*, S.817, Fn 144.
- 15 *Brunner A.*, S.817.
- 16 Botschaft, S.106.
- 17 *Böckli P.*, N 2000.
- 18 Art. 398 Abs. 2 OR; vgl. die Verweisung auf Art. 321e Abs. 2 OR in Art. 398 Abs. 1 OR; vgl. *Böckli P.*, N 1995.
- 19 *Forstmoser P.*, N 589.
- 20 *Forstmoser P.*, N 588.
- 21 BGE 106 II 235; vgl. *Forstmoser P.*, N 853.
- 22 Botschaft, S.102.
- 23 *Böckli P.*, N 1495.
- 24 Art. 731 Abs. 1 OR; *Böckli P.*, N 1810, 1837.
- 25 *Forstmoser P.*, N 587.

- 26 *Böckli P.*, N 1495.
- 27 *Böckli P.*, N 1874.
- 28 BGE 116 IV 31.
- 29 *Böckli P.*, N 1792.
- 30 *Böckli P.*, N 1839.
- 31 *Böckli P.*, N 1791.
- 32 BGE 116 IV 30.
- 33 *Boemle M.*, S.92 ff.
- 34 *Böckli P.*, N 1564.
- 35 *Boemle M.*, S.84 ff.
- 36 Botschaft, S.178.
- 37 *Böckli P.*, N 1564.
- 38 *Böckli P.*, N 1795 und S.489 Fn 49.
- 39 Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Mai 1994 i.S. Kanton Zürich ca. P. AG betreffend Ernennung der Revisionsstelle.
- 40 Botschaft, S.189.
- 41 *Böckli P.*, N 1832ff.
- 42 *Böckli P.*, N 1874f.
- 43 BGE 116 IV 30; vgl. *Forstmoser P./Meier-Hayoz A.*, § 27 N 28 f.
- 44 *Brunner A.*, S.809.
- 45 *Brunner A.*, S.807; *Böckli P.*, N 1688.
- 46 Botschaft, S.188.

RÉSUMÉ

Possibilités de l'organe de révision lors du surendettement d'une société anonyme

L'économie repose sur des entreprises saines. En plus de la réalisation de critères spécifiques à l'économie d'entreprise, cet objectif ne peut être atteint qu'en exigeant le respect de règles normatives, fixées par le législateur. Le législateur, se basant sur l'intérêt légitime de la communauté, doit ainsi créer un contrepois aux puissants intérêts privés, dans le cadre du cycle économique. La forme juridique des entreprises, soit le droit des sociétés anonymes, a donc comme principal objectif de représenter un contrepois aux intérêts économiques légitimes.

Le nouveau droit des SA tient dûment compte de ces considérations. Les nouvelles normes relatives à la présentation des comptes ont amélioré la protection des actionnaires et des créanciers (qu'ils soient investisseurs, fournisseurs ou employés) et ont nota-

blement renforcé les mesures de surveillance de droit privé (révision). Il appartient en pratique aux organes de révision des sociétés anonymes de remplir ce rôle, en raison de leur activité indépendante de la direction de l'entreprise. Ceux-ci remplissent donc une tâche essentielle pour assurer le maintien d'entreprises saines.

Dans cette optique, l'article traite des tâches particulières de l'organe de révision dans le cadre du nouveau droit des SA et de son règlement d'exécution, en cas de menace de perte de patrimoine d'une entreprise. Parallèlement aux obligations légales lors d'un surendettement et à la responsabilité du réviseur, on énumère les possibilités, tant générales que particulières, qui s'offrent à l'organe de révision dans le cas du surendettement d'une société anonyme.

Dans le cadre du nouveau droit des SA, l'organe de révision assume en effet une grande responsabilité, ne serait-ce que dans l'exécution consciencieuse de son mandat légal de contrôle. Du strict point de vue de la loi, il doit en fait assurer un contrôle des dispositions légales et statutaires et remplir, par ailleurs, diverses exigences d'informations et d'annonces. Il devrait cependant mettre, en outre, à la disposition de la société anonyme ses connaissances professionnelles et ses compétences en matière de compréhension des relations financières, tant sur le plan général que sur le plan spécifique de la société, ceci en premier lieu dans l'intérêt des investisseurs et des créanciers, ainsi que des employés, mais aussi, en fin de compte, dans l'intérêt général de l'économie.

AB/HL

AKTIENRECHT DROIT DES SA		
	<i>Peter Forstmoser</i>	
	Zwei Jahre revidiertes Aktienrecht	869
	Le nouveau droit des sociétés anonymes: deux ans déjà (résumé)	874
	<i>Roland Ruedin</i>	
	Le nouveau droit des SA est-il adapté aux besoins?	875
	Genügt das neue Aktienrecht den künftigen Anforderungen? (Zusammenfassung)	878
	<i>Frank Vischer</i>	
	Wenig problematische Umsetzung des neuen Aktienrechts	879
	Application peu problématique du nouveau droit des sociétés anonymes (résumé)	882
	<i>Carl Helbling</i>	
	Erfahrungen zu den Neuerungen in Rechnungslegung und Revision	883
	Présentation des comptes et révision (résumé)	888
	<i>Giorgio Behr</i>	
	Rechnungslegung nach neuem Aktienrecht – Erste Erfahrungen	889
	Premières expériences dans la présentation des comptes selon le nouveau droit des sociétés anonymes (résumé)	894
	<i>Marc Allenspach, Andreas Bürge</i>	
	Aktienrechtliche Rechnungslegungsvorschriften und Konzernabschluss	895
	Le nouveau droit des sociétés anonymes et les comptes consolidés (résumé)	898
	<i>Anne Petitpierre-Sauvain</i>	
	Réforme du droit des sociétés et groupes de sociétés	899
	Reform des Gesellschafts- und Konzernrechts (Zusammenfassung)	904
	<i>Max Boemle</i>	
	Die Gestaltung des Anhangs	905
	La présentation de l'annexe (résumé)	912
	<i>Andreas Müller</i>	
	Aus der Kommission für Revisionspraxis: Die stillen Reserven im neuen Aktienrecht	913
	Commission pour la pratique de la révision: Les réserves latentes dans le droit révisé des sociétés anonymes (traduction)	916
	<i>Rudolf Züger</i>	
	Aus der Kommission für Revisionspraxis: Aufwertungen nach Artikel 670 OR	919
	<i>Viktor Müller</i>	
	Der Rangrücktritt nach neuem Aktienrecht	923
	La postposition selon le nouveau droit des sociétés anonymes (résumé)	926
	<i>Alexander Brunner</i>	
	Handlungsalternativen der Revisionsstelle bei Überschuldung	927
	Possibilités de l'organe de révision lors du surendettement d'une société anonyme (résumé)	936

DER SCHWEIZER TREUHÄNDER

L'EXPERT-COMPTABLE SUISSE

Monatsschrift für Revision und Rechnungswesen, Unternehmens- und Steuerberatung
Revue mensuelle pour la révision des comptes, la fiscalité et le conseil fiduciaire

Spezialnummer
Erfahrungen mit dem neuen
Aktienrecht

Numéro spécial
Expériences avec le nouveau
droit des sociétés anonymes

Zwei Jahre
revidiertes
Aktienrecht

Le nouveau droit
des SA
est-il adapté aux
besoins?

Neuerungen in
Rechnungslegung
und Revision

Die stillen Reserven
im neuen
Aktienrecht

Chancen und
Risiken des Prüfers

Die Steuerfolgen
des neuen
Aktienrechts

La responsabilité
du conseiller fiscal