

Pflicht der aktienrechtlichen Revisionsstelle zur Überschuldungsanzeige

Unabhängigkeitserfordernis des Revisors als Basis

Auf dem Weg ins nächste Jahrtausend sehen sich die Revisoren und die Revisionsstellen mit neuen Herausforderungen konfrontiert, gerade auch im rechtlichen Bereich. Das revidierte Aktienrecht hat die Anforderungen an Revisionsstellen gesteigert, doch viele Fragen bleiben unbeantwortet; gewichtige Probleme ergeben sich etwa im Zusammenhang mit den sog. Überschuldungsanzeigen («Bilanz deponieren»).

1. Vorbemerkungen

1.1 Einführung

Am 1. Juli 1992 trat eine neue aktienrechtliche Ordnung für die Schweiz in Kraft [1]. Dieses revidierte Aktienrecht warf gerade auch im Zusammenhang mit den Revisionsstellen [2] der heute fast 180 000 Aktiengesellschaften (AG) eine Vielzahl von Fragen auf. Bis zum heutigen Zeitpunkt haben sich bereits viele Autoren [3] mit diesen komplexen Themen auseinandergesetzt, und auch das Bundesgericht hat erste Urteile gesprochen, auf die noch einzugehen sein wird.

Eine Problematik sei hier kurz angesprochen, die sich bekanntlich mit dem neuen Recht überhaupt nicht geändert hat, nämlich die (strenge) *Verantwortlichkeit* der Revisionsstellen für denjenigen Schaden, den diese «durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen» [4]. Unbestritten ist nunmehr auch, dass sich nicht bloss eine von der Generalversammlung (GV) gewählte und schliess-

lich im Handelsregister eingetragene, sondern ebenfalls eine bloss *faktische Revisionsstelle* verantwortlich machen kann [5].

Zwei wesentliche Neuerungen, die zudem einen *inneren Zusammenhang* haben, sind indes zu erwähnen und im



Peter V. Kunz, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown University Law Center, Washington, D.C.), Partner bei Beglinger Holenstein Rechtsanwälte, Zürich

Folgenden zu behandeln. Das Aktienrecht unterstreicht und verstärkt nunmehr in Art. 727c OR das Erfordernis der sog. *Unabhängigkeit* der Revisionsstelle vom Verwaltungsrat (VR) [6]. Zudem hat die Revisionsstelle – sozusagen als «verlängerter Arm» ihrer Unabhängigkeit vom VR – das Recht bzw. zur Abwendung ihrer eigenen Verantwortlichkeit sogar die Pflicht, gemäss Art. 729b Abs. 2 OR anstelle des (pflichtvergessenen) VR beim Gericht für die Gesellschaft eine sog. *Überschuldungsanzeige* zu deponieren [7].

1.2 Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Unter dem einprägsamen *Randtitel* «Unabhängigkeit» verlangt Art. 727c Abs. 1 OR: «Die Revisoren müssen vom *Verwaltungsrat* und von einem Aktionär, der über die *Stimmenmehrheit* verfügt, unabhängig sein. Insbesondere dürfen sie *weder Arbeitnehmer* der zu prüfenden Gesellschaft sein *noch Arbeiten* für diese ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind» [8]. Insbesondere der Doppelhinweis auf den VR einerseits und einen möglichen Mehrheitsaktionär andererseits macht ersichtlich, dass diese Regelung gerade auch dem *Aktionärs- und Minderheitenschutz* in der AG dienen soll [9].

Der *Gesetzgeber* selber machte aber bereits klar, dass keine übertriebenen Anforderungen an die Revisoren gestellt werden sollten: «Unabhängigkeit bedeutet Weisungsungebundenheit, Freiheit des Urteils und Selbständigkeit im Entscheid. Der Revisor darf in seinen persönlichen, wirtschaftlichen

und finanziellen Verhältnissen *nicht in solchem Ausmasse* von der Verwaltung oder vom Hauptaktionär abhängig sein, dass er in seiner Entscheidungsfreiheit *wesentlich* eingeschränkt ist [10].».

Die *Treuhand-Kammer* hat allgemeine «Richtlinien zur Unabhängigkeit – 1992» erlassen, an die sich die Revisionsstellen zur eigenen Absicherung – selbst ohne Mitgliedschaft – in jedem Fall halten sollten [11]. Zusätzlich ist aber des weiteren die vom *Eidg. Amt für das Handelsregister* erlassene «Weisung vom 17. August 1994 über die Eintragung von Revisoren ins Handelsregister und über die Unterlagen betreffend deren fachliche Befähigung» zu beachten [12]. Die verschiedenen *Autoren*, die sich bis anhin mit dieser Thematik befasst haben [13], weisen meist auf das Spannungsverhältnis zwischen theoretisch Wünschbarem einerseits und den Bedürfnissen in der Praxis andererseits hin.

Das *Bundesgericht* hat sich bis heute insbesondere in zwei publizierten Entscheidungen mit der Thematik befasst. In *BGE 123 III 31* hielt es fest, dass nicht nur bei «tatsächlicher Voreingenommenheit», sondern bereits beim «*Anschein der Voreingenommenheit*» etwa als Folge einer «wirtschaftlichen Verflechtung» keine Unabhängigkeit der Revisionsstelle mehr gegeben sei [14]. *BGE 123 V 161* – notabene ein Entscheid zur *sozialversicherungsrechtlichen* Beitragspflicht (v.a. AHV) hinsichtlich dem *Entgelt* für nebenamtliche Revisoren [15] – erklärte das Führen der *Buchhaltung* der zu prüfenden Gesellschaft sowie sog. *Klumpenmandate* als unter dem Aspekt der Unabhängigkeit unzulässig [16], liess indes die Frage der Zulässigkeit einer *Beratertätigkeit* mit dem Revisionsmandat (noch) offen [17].

In einem nicht amtlich publizierten Urteil hat das Bundesgericht schliesslich festgehalten, dass die Unabhängigkeit auch durch *familiäre Beziehungen* bedroht sein könne. Im konkreten Fall wurde deshalb die Eintragung des *Schwagers des Delegierten des VR* der zu revidierenden AG nicht zur Eintragung in das Handelsregister zugelassen: «Solche Konstellationen führen

leicht zu Interessenkonflikten und sind insbesondere geeignet, Beeinflussungen der Revisionsstätigkeit durch unsachliche Rücksichtnahmen zu veranlassen [18].».

Bei Verletzung der Unabhängigkeit der Revisionsstelle stehen an sich *vier «Sanktionen»* im Vordergrund: (i) *Nicht-Eintragung* im Handelsregister [19]; (ii) *Klage auf Abberufung* des

Revisionsstelle (Art. 729b Abs. 2 OR) [27]. Zum Stellen solcher Anzeigen sind hingegen *nicht* berechtigt beispielsweise die *Generalversammlungen*, die einzelnen *Aktionäre* und schliesslich die *Gläubiger* der AG [28].

Diese Anzeigen stellen *keine Klagen i. e. S.* dar, sondern gelten als blosse *Vorstellungsaussagen* der Anzeiger, und zwar bei allen drei Typen der

«Die Lehre sowie die Praxis zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle dürften sich in den nächsten Jahren noch wesentlich entwickeln.»

Revisors [20]; (iii) mögliche *Verantwortlichkeit* der Revisionsstelle [21]; sowie u.U. (iv) *standesrechtliches* Eingreifen durch die *Treuhand-Kammer* [22]. Revisoren und Revisionsstellen sollten aus diesen Gründen künftig genau abklären bzw. abklären lassen, welche «Beziehungen» mit den zu revidierenden AG noch zulässig sind, ohne das Revisionsmandat zu gefährden.

Die *Lehre* sowie die *Praxis* zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle dürften sich in den nächsten Jahren noch wesentlich entwickeln. Interessant ist in jedem Fall aber, dass das heutige *Gesetz* eine sozusagen *institutionalisierte Unabhängigkeit* in Gestalt der durch die Revisionsstelle einzureichenden *Überschuldungsanzeige* kennt [23]; bei dieser *eigentlichen Ersatzvornahme* (nämlich «Revisionsstelle ersetzt VR») handelt es sich um eine wesentliche Neuerung des revidierten Aktienrechts im Bereich der Klagen [24].

Überschuldungsanzeigen [29]. Dessen ungeachtet werden durch die Anzeigen *eigentliche Gerichtsverfahren* ausgelöst, die mit *Gutheissung*, *Abweisung* oder *Nichteintreten* abgeschlossen werden können. Da der Anzeiger jeweils das vorliegende Zahlenmaterial der AG, insbesondere deren *Bilanzen* [30], bei Gericht einreicht, wird plastisch etwa auch vom «*Bilanz deponieren*» gesprochen.

Das Einreichen einer *Überschuldungsanzeige* stellt eine *Massnahme der Geschäftsführung* dar. Insofern ist es zumindest systemkonform, dass VR und Liquidatoren *anzeigeberechtigt* sind. Systemwidrig und im Gesetzgebungsverfahren denn auch entsprechend gerügt erscheint indes aus diesem Grund, dass die Revisionsstellen in diesem Bereich nun neu aktiv werden können bzw. sogar müssen [31].

2.2 Verwaltungsrat und Liquidatoren – Erste Konkurrenzfragen

Die *Überschuldungsanzeige* ist gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR eine sog. *unübertragbare Aufgabe* des *Verwaltungsrats*, wobei der *Gesamt-VR* und nicht etwa ein einzelnes Mitglied des VR [32] hierfür zuständig ist [33]. Bevor der VR eine solche Anzeige bei Gericht einreichen muss, hat er jedoch noch verschiedene *Handlungsalternativen* (z.B. Nachweis von ausreichenden

2. Zu den Überschuldungsanzeigen

2.1 Allgemeines

Überschuldungsanzeigen können von verschiedenen Organen der AG eingereicht werden, nämlich entweder vom *Verwaltungsrat* (Art. 725 Abs. 2 OR) [25], vom *Liquidator* (Art. 743 Abs. 2 OR) [26] oder im Sinne einer *Ersatzvornahme* schliesslich von der *Re-*

den Rangrücktritten [34]); auf diese soll hier nicht weiter eingegangen werden [35].

Für eine *aufrechtstehende* AG, also eine Gesellschaft ausserhalb eines Liquidationsverfahrens gemäss Art. 739 ff. OR, ist in erster Linie der VR zur Überschuldungsanzeige legitimiert [36], und zwar gestützt auf Art. 725 Abs. 2 OR. Die *originäre* Pflicht zur Anzeige liegt beim VR, nicht etwa bei der Revisionsstelle, die in diesem Sinn in einer bloss *derivativen* Pflicht steht. Tritt die AG aber schliesslich in die *Liquidationsphase*, so gelangt unter verschiedenen Aspekten ein *anderes Regime*

Sollten schliesslich nicht der VR gemäss Art. 740 Abs. 1 OR, sondern die *Liquidatoren* im Anschluss an die Auflösung einer AG im Rahmen des Liquidationsverfahrens eine Überschuldung der Gesellschaft feststellen, so müssen diese gemäss Art. 743 Abs. 2 OR ebenfalls eine entsprechende Anzeige an den Richter machen [39]. Während ein *Antrag auf Konkursaufschub* gemäss Art. 725a OR in diesem Verfahren nicht mehr in Frage kommen kann [40], ist aber zumindest vom (neuen) Überschuldungsbegriff im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR – d.h. den *Rangrücktritt* ausdrücklich berücksichtigend – auszugehen [41].

hindern und die Gläubiger vor neuen Schulden der Gesellschaft und Gläubigerbevorzungen [zu] schützen» [45]. Oder etwas trivialisiert: Was sowieso dem Tode geweiht ist, soll – wenn schon – zügig sterben und nicht ewig dahinsiechen.

Nur der guten Ordnung halber sei erwähnt, dass die Revisionsstelle statt einer solchen Anzeige auch gewisse *Handlungsalternativen* (Hinweispflicht gegenüber dem VR betreffend Zwischenbilanz, GV-Einberufung, Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung usw.) [46] hat, auf die hier indes nicht näher eingegangen werden soll [47].

*«Noch nicht endgültig ist die Frage
der Konkurrenz zwischen den Überschuldungs-
anzeigen von Revisionsstellen einerseits und
Liquidatoren andererseits entschieden.»*

zur Anwendung, und zwar unbeschrieben davon, ob die Liquidation durch den VR oder durch einen besonderen Liquidatoren durchgeführt wird.

Gemäss Art. 740 Abs. 1 OR kann – und vermutungsweise soll auch – der VR *als Liquidator* bestimmt sein. M.E. gelangt in dieser Situation hinsichtlich der Überschuldungsanzeige auf den VR jedoch nicht etwa Art. 725 Abs. 2 OR (also «AG vor Auflösung»), sondern vielmehr Art. 743 Abs. 2 OR (also «AG nach Auflösung») zur Anwendung. Dies hat für den VR einer zu liquidierenden AG gegenüber dem VR einer aufrechtstehenden AG in erster Linie *zwei praktische Folgen*:

(i) Ein solcher VR kann – obwohl der Wortlaut von Art. 725a Abs. 1 OR einfach von «des Verwaltungsrates» spricht – *keinen Antrag auf Konkursaufschub* stellen [37]. (ii) Die Revisionsstelle muss bzw. darf ausserdem gegenüber einem solchen VR – obwohl der Wortlaut von Art. 729b Abs. 2 OR ebenfalls den «Verwaltungsrat» ohne Einschränkungen erwähnt – hinsichtlich der Überschuldungsanzeige *keine Ersatzvornahme* machen [38].

Bei pflichtwidrigem «Ausfall» eines anzeigeberechtigten bzw. -pflichtigen Organs stellt sich die Frage, ob bzw. wer *an dessen Stelle aktiv* werden kann oder muss (sog. Ersatzvornahme). Hierbei geht es regelmässig um die Stellung der Revisionsstelle [42]. Ähnlich ist indes die Ausgangslage etwa auch bei «Ausfall» des einzigen VR-Mitglieds infolge dessen *Todes*. Sollte das verstorbene Mitglied des VR testamentarisch einen *Willensvollstrecker* (Art. 517 f. ZGB) eingesetzt haben, so ist dieser gemäss einem Zürcher Urteil aber nichtsdestotrotz *nicht* berechtigt (und auch nicht verpflichtet) zur Überschuldungsanzeige [43].

2.3 Revisionsstelle und weitere Konkurrenzfragen

2.3.1 Allgemeine Ausführungen

Das revidierte Aktienrecht brachte viele *Neuerungen im Klagenbereich* mit sich [44], darunter beispielsweise auch die Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle gemäss Art. 729b Abs. 2 OR. Die bundesrätliche Botschaft bezeichnet es als *Zweck* dieser Regelung, «eine Konkursverschleppung (zu) ver-

2.3.2 Verhältnis zum Verwaltungsrat

Die Überschuldungsanzeige ist eine Massnahme der Geschäftsführung [48], so dass es in erster Linie am VR (sowie u.U. am Liquidator) liegt, hier aktiv zu werden. Gemäss Art. 729b Abs. 2 OR kommt die Revisionsstelle nur, aber immerhin unter der doppelten Voraussetzung zum Zug, dass (i) eine sog. *offensichtliche Überschuldung* der AG vorliegt, und dass (ii) der VR *eine Anzeige unterlässt* und gerade damit pflichtwidrig handelt:

Nicht jede Überschuldung, sondern bloss die *offensichtliche* berechtigt und verpflichtet die Revisionsstelle zur Anzeige, womit der Druck auf diese unter dem «Damoklesschwert» der Verantwortlichkeit nicht unerheblich reduziert wurde. Das Kriterium der *Offensichtlichkeit* bedeutet, dass ein Eingreifen erst dann nötig ist, «wenn *kein Zweifel* mehr über die *Überschuldung* besteht, wenn ohne grosse Abklärungen für jeden verständigen Menschen die Überschuldung evident ist» [49].

Um zu entscheiden, ob der VR tatsächlich eine Überschuldungsanzeige *unterlässt*, könnte ihm die Revisionsstelle vorgängig zu ihrer eigenen Anzeige eine *Frist ansetzen*, wobei das Gesetz dies zwar nicht ausdrücklich verlangt, immerhin aber stillschweigend zulässt [50], und auch keine Fristdauer vorschreibt [51]; für die Revisionsstelle besteht allerdings *keine Pflicht* zur Fristansetzung [52], d.h. in einem konkreten Fall kann sie auch ohne vorgängige Ansetzung einer Frist

an der VR sogleich eine Überschuldungsanzeige einreichen [53].

Somit steht also fest, dass die *Handlungspflicht der Revisionsstelle* gegenüber derjenigen des VR bloss *subsidiär* ist, dies zumindest dem Grundsatz nach. In gewissen Situationen kann nun die Frage zur *Konkurrenz* zwischen diesen beiden obligatorischen Organen der AG jedoch etwas komplizierter sein. Unklar und bis zum heutigen Zeitpunkt noch nicht endgültig entschieden erscheint insbesondere, ob die Revisionsstelle eine Überschuldungsanzeige für den Fall nicht (mehr) einreichen muss bzw. kann, dass der VR für die AG bereits ein *Gesuch um Nachlassstundung* gestellt hat [54]:

Eine Lehrmeinung will die Revisionsstelle trotz Einleitung eines entsprechenden gerichtlichen Verfahrens

von dieser Ersatzvornahme-Pflicht *nicht befreien*, weil die «Pflicht zur Anzeige (...) vom Gesetzgeber bedingungslos ausgestaltet worden» sei [55]. Eine andere Ansicht in der Doktrin betrachtet in einer solchen Situation hingegen eine durch die Revisionsstelle

Gläubiger vorab erhalten» bleibt [56]. Eine höchstrichterliche Praxis besteht m.W. bis anhin noch nicht [57].

Das bloss Stellen eines *Nachlassgesuches* hat noch keine Schutzwirkungen für die Gläubiger der AG, so dass

«Das neue Aktienrecht auferlegt der Revisionsstelle im Fall der offensichtlichen Überschuldung der Gesellschaft eine neuartige Pflicht: Sie hat nämlich bei Gericht die *«Bilanz zu deponieren»*.»

eingereichte *Anzeige als «ungültig»*, weil mit dem Begehren bzw. mit der (erteilten) Nachlassstundung das «Haftungssubstrat für die Forderungen der

in diesem Verfahrensstadium die Revisionsstelle weiterhin zum Handeln, d.h. zur Ersatzvornahme berechtigt bzw. verpflichtet ist. Anders sieht es für

Anzeige

KPMG

Jahr 2000
inklusive

Die Beratung von KPMG.
Die Software von Abacus.
Kompetenter geht's nicht.

- Integrierte Rechnungswesenlösung
- Leistungsfähige Auftragsbearbeitung
- Benutzerfreundlich unter Windows95/NT
- Standardlösung für KMU's aller Branchen

Rufen Sie uns an:
01 249 24 24

Beratung von Klein- und Mittelunternehmen

KPMG, Stauffacherstrasse 45, 8026 Zürich
Fax 01 249 30 38, E-Mail hotaba@kpmg.ch

BUSINESS

Berechnen
Sie auf:
01/307 33 33

Rechnungs-/
Treuhandwesen:

Buchhalter/in mit eidg. Fachausweis
Dipl. Buchhalter/Controller/in
Treuhänder/in mit eidg. Fachausweis



Mit der AKAD-Methode lernen Sie neben dem Beruf, wohnortunabhängig und effizient dank dem Verbund von Zu-Hause-Studium und Besuch von Seminaren.

Buchhalter/in mit eidg. Fachausweis: Dauer: 5 Semester. Weg 1: Beginn: jederzeit möglich. Weg 2: Seminarunterricht ab Studienbeginn in Basel, Bern, St. Gallen, Zürich. Beginn: September 98.

Dipl. Buchhalter/Controller/in: Dauer: 5 Semester. Beginn: jederzeit möglich.

Treuhänder/in mit eidg. Fachausweis: Dauer: 5 Semester. Beginn: jederzeit möglich.

AKAD, Jungholzstrasse 43, 8050 Zürich, Tel. 01/307 33 33, Fax 01/307 33 34.
AKAD Online: <http://www.akad.ch>, AKAD E-Mail: info@akad.ch
Weitere Auskunftsstellen: Basel: Minerva Schulen, Tel. 061/28170 30.
Bern: Volkshochschule, Tel. 031/31142 60. Luzern: Frei's Schulen, Tel. 041/410 1137.

AKAD

WER AUFBRICHT, MACHT SCHULE.

den Fall aus, dass das *Nachlassgesuch gutgeheissen* wurde; hier ist auf eine später eingereichte Anzeige der Revisionsstelle *nicht einzutreten*, und eine bereits hängige Überschuldungsanzeige wird *gegenstandslos* und ist entsprechend abzuschreiben [58].

2.3.3 Verhältnis zu den Liquidatoren

Noch nicht endgültig, zumindest aber nicht verbindlich ist die Frage der *Konkurrenz* zwischen den Überschuldungsanzeigen von Revisionsstellen einerseits und Liquidatoren andererseits entschieden. Es geht also um die in der Praxis zentrale Thematik, ob die Revisionsstelle zur ersatzweisen Anzeige berechtigt bzw. verpflichtet ist, wenn die Liquidatoren (oder der VR gemäss Art. 740 Abs. 1 OR) zwar eine *Überschuldung feststellen*, den Richter jedoch *nicht benachrichtigen*.

Das letzte Wort in dieser Angelegenheit dürfte noch nicht gesprochen sein. Immerhin sprach sich das *Bundesgericht* kürzlich in einem sog. *obiter dictum* [59] dahingehend aus, dass – zumindest nach dieser vorläufig geäusserten, höchstrichterlichen Ansicht – von einer *Anzeigepflicht der Revisionsstelle* nicht nur gegenüber dem VR [60], sondern *auch gegenüber dem Liquidator* auszugehen ist:

«Dieser Pflicht [gemäss Art. 729b Abs. 2 OR] *dürfte* [die Revisionsstelle] auch bei der *aufgelösten* Gesellschaft unterstellt sein, und zwar nicht nur, falls die Liquidation in den Händen des *Verwaltungsrates* liegt, sondern auch dann, wenn die Liquidation durch besondere *Liquidatoren* besorgt wird und diese die Überschuldung nicht anzeigen. Die subsidiäre Anzeigepflicht der Revisionsstelle ist bei der (...) aufgelösten Gesellschaft *nicht weniger von Bedeutung* als bei der unaufgelösten, werbenden Gesellschaft [61].»

Diese Ansicht ist allerdings *abzulehnen*, d.h. die Revisionsstelle hat an sich *keine Anzeigepflicht* in Konkurrenz mit den Liquidatoren [62]. Zu diesem Ergebnis führen im Wesentlichen *drei Überlegungen* bzw. Ansatzpunkte einer Auslegung der Gesetzesbestimmung:

(i) Der *Wortlaut* von Art. 729b Abs. 2 OR, von dem zumindest nicht ohne Not abzuweichen ist, spricht klarerweise dafür, dass die Ersatzvornahme der Revisionsstelle exklusiv auf den VR und nicht auf die Liquidatoren bezogen ist [63]. (ii) Das hier vertretene, eher *restriktive* Verständnis zu Art. 729b Abs. 2 OR, das eine Ersatzvornahmepflicht über den Wortlaut hinaus verhindern will, ist des weiteren auch deshalb berechtigt, weil eine solche Anzeige – als Massnahme der Geschäftsführung, nicht der Aufsicht [64] – im Zusammenhang mit der Revisionsstelle *systemwidrig* ist.

Das Argument, das wohl noch am ehesten für die (vermutlich künftige) Praxis des Bundesgerichts spricht, ist das Postulat eines möglichst breiten Gläubigerschutzes [65]. (iii) Doch auch diese Annäherung vermag nicht voll zu überzeugen, wird dabei doch übersehen, dass – zumindest im *idealtypischen Fall* – das *Schutzbedürfnis der Gläubiger* i.d.R. gerade im *Liquidationsverfahren* geringer ist als bei der AG ausserhalb einer Liquidation: Der Liquidator, der gemäss Art. 743 Abs. 1 OR in erster Linie «die laufenden Geschäfte zu beenden» hat, dürfte *sensibilisierter* sein als der ohne entsprechende «Zielorientierung» aktive VR bei der Thematik der Überschuldung [66], so dass es – etwas trivialisiert – die Anzeige der Revisionsstelle eigentlich in diesem Bereich fast nicht «braucht» [67].

2.4 Ausgewählte Sonderfragen

Eine Revisionsstelle, die sich (noch) in «Amt und Würden» befindet, ist ohne Zweifel zur Überschuldungsanzeige legitimiert [68]. Wie es sich allerdings für den Fall verhält, dass die *GV die Revisionsstelle abwählt* (Art. 727e Abs. 3 OR), und zwar noch *bevor* diese zur dem VR angekündigten Ersatzvornahme geschritten ist [69], scheint zur Zeit unklar zu sein:

Hierzu wird jüngst etwa vorgebracht, dass auch eine solche Revisionsstelle *noch immer* zur Anzeige berechtigt und verpflichtet sei [70]. Diese Ansicht ist aber doch wohl *zu streng*, und die Legitimation einer abgewählten Revi-

sionsstelle muss *verneint* werden [71]. Dies gilt zumindest nach deren *Lösung im HR*, kann sich doch unter dem Aspekt des Dritt-Schutzes ein Gläubiger spätestens von diesem Zeitpunkt an sowieso nicht mehr auf die Revisionsstelle verlassen bzw. sein Vertrauen in diese investieren [72].

Abschliessend stellt sich noch die Frage, wie bzw. ob überhaupt die Überschuldungsanzeige durch eine Revisionsstelle *zu sanktionieren* ist. Ein Urteil aus dem Kanton Zürich macht seit kurzem geltend, dass sozusagen als «Strafsanktion» gegen einen pflichtvergesenen Verwaltungsrat einem allfälligen *VR-Antrag auf Konkursaufschub* (Art. 725a Abs. 1 Satz 2 OR) nunmehr *a priori nicht* stattzugeben sei [73].

Diese Ansicht ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen [74], d.h. ein Gericht kann bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen (v.a. «Aussicht auf Sanierung») einen entsprechenden VR-Antrag selbst für den Fall einer vorgängigen Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle *gutheissen*. Es ist davon auszugehen, dass die Regelungen von Art. 729b Abs. 2 OR (Ersatzvornahme) sowie von Art. 725a Abs. 1 OR (Konkursaufschub auf VR-Antrag) dem Gläubigerschutz, sicherlich aber *nicht der Abrechnung mit dem VR* dienen sollen. ▬▬▬

Anmerkungen

- 1 Ausführungen hierzu finden sich beispielsweise in der bundesrätlichen Botschaft zum OR: BBl 1983 II 745–949 (im Folgenden gemäss Sonderdruck zitiert).
- 2 Die Revisionsstelle ist ein obligatorisches Organ jeder AG und muss zwingend im Handelsregister eingetragen werden (Art. 641 Ziff. 10 OR); die Beendigung des Amtes ist dem Handelsregister anzuzeigen (Art. 727e Abs. 4 OR).
- 3 Aktienrechtliche Standardwerke sind heute insbesondere: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht (2. A. Zürich 1996); Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996). Hingewiesen sei aber auch auf zwei Spezialnummern des «Schweizer Treuhänder»: ST 65 (1991) 525–618 sowie ST 71 (1997) 355–494.
- 4 Revisionshaftung: Art. 755 OR. Neuere Literaturauswahl: Irene C. Eggmann, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung (Diss. Zürich 1997); Peter Forstmoser, Die Verantwortlichkeit des Revisors, ST 71 (1997) 389–396; Peter

- Böckli, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle (Zürich 1994); Reto Thomas Ruoss, Zur Haftung der Revisionsstelle für unmittelbaren Schaden eines Investors – Investor aufgrund Art. 755 OR nicht zur Klage gegen Revisionsstelle legitimiert, ST 70 (1996) 559–570.
- 5 Peter V. Kunz, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht (Zürich 1997) 24 sowie 69; des weiteren: Eggmann (FN 4) 29ff. Zur (strittigen) Rechtslage unter dem früheren Aktienrecht: Erich Frey, Regress auf eine faktische Kontrollstelle, ST 65 (1991) 355–357 m.w.H. auf die kantonale Praxis.
 - 6 Vgl. dazu hinten Ziff. 1.2. Auch das frühere Recht verlangte ein Mindestmass an Unabhängigkeit: «Die Revisoren (...) brauchen nicht Aktionäre zu sein. Sie dürfen nicht Mitglieder des Verwaltungsrates oder Angestellte der [zu prüfenden] Gesellschaft sein» (Art. 727 Abs. 2 aOR). Die Aktienrechtsrevision strebte indes eine bewusste Verschärfung an: BGE 123 III 32 Erw. 1. a.
 - 7 Vgl. dazu hinten Ziff. 2.1/Ziff. 2.3. Weil die Revisionsstelle anstelle des VR aktiv werden muss, wird etwa auch von einer Ersatzvornahme gesprochen.
 - 8 Das Unabhängigkeitserfordernis gilt nur, aber immerhin unter gewissen Umständen auch bei Konzern-Tatbeständen (Art. 727c Abs. 2 OR); diese Abschwächung des Unabhängigkeitserfordernisses bei Konzernen ist nur mit dem dort bestehenden «praktischen Bedürfnis» zu rechtfertigen und kann insbesondere nicht etwa als verallgemeinerungsfähig betrachtet werden: BGE 123 III 34 Erw. 3. c.; allg.: Roland von Büren, Der Konzern, SPR VIII/6 (Basel 1997) 110. In jedem Fall gelangt das Erfordernis zudem zur Anwendung bei Handelsgesellschaften (z. B. AG) und Genossenschaften als Revisionsstellen, und zwar sowohl bei den Gesellschaften als solchen als auch bei den natürlichen Personen, welche die Prüfung durchführen (Art. 727d Abs. 3 OR).
 - 9 Es handelt sich m. a. W. um ein gesetzliches Instrumentarium in diesem Schutzbereich; zu dieser Thematik statt vieler: Peter V. Kunz, Der Minderheiten- bzw. Aktionärsschutz in der Schweiz – Ausgewählte Probleme und Lösungsansätze, ST 71 (1997) 415–432. Breiter im Ansatz etwa ZR 94 (1995) Nr. 49, 150 Erw. 2.3.2: «Diese gesetzlichen Vorkehrungen [u. a. die Unabhängigkeit] sollen die Interessen der Gesellschaft selber, namentlich der Aktionäre, wie auch die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Allgemeinheit an intakten Unternehmen wahren».
 - 10 Botschaft zum OR (FN 1) 185.
 - 11 Abgedruckt in: Revisionshandbuch der Schweiz – 1992, Bd. I (Zürich 1992) 378 ff.; zit. als RHB sowie als TK-Richtlinien. Graziano Pedroja/Rolf Watter, Basler Kommentar, in: Obligationenrecht II (Basel 1994) N 3 zu Art. 727c OR kritisieren die TK-Richtlinien zu Unrecht.
 - 12 Diese Weisung (im Folgenden «EHRA-Weisung») behandelt die Unabhängigkeit der Revisoren – obwohl nicht im Weisungs-Titel genannt – im Zusammenhang mit der Prüfungsbefugnis des Handelsregisterführers, nämlich: EHRA-Weisung, III. 2.
 - 13 Genannt seien etwa: Erich Frey, Beziehungsnetze und Unabhängigkeit der Revisoren, ST 71 (1997) 397–398; Lukas Handschin, Zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle (...), SJZ 90 (1994) 344–347; Joseph Küng, Kritische Bemerkungen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle in der Praxis, SJZ 93 (1997) 323–324; Jean Nicolas Druey, Die Unabhängigkeit des Revisors – Was besagt Art. 727c OR?, ST 69 (1995) 703–708; Max Meyer, Thesen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle, ST 70 (1996) 159–162; Pedroja/Watter (FN 11) N 4 ff. zu Art. 727c OR.
 - 14 BGE 123 III 32 Erw. 1. a.; der Entscheid wurde etwa besprochen bei Frey (FN 13) 397 f. Jüngst bestätigt: BGE 123 V 165 Erw. 3. b. cc.
 - 15 U. a. gelangte das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die «generelle Qualifikation der nebenberuflichen Revisionstätigkeit als unselbständige Erwerbstätigkeit» unzulässig sei: BGE 123 V 167 f. Erw. 4. b.
 - 16 Als Klumpenmandat wird ein Revisionsmandat dann bezeichnet, wenn der Honoraranteil eines einzelnen Kunden mehr als 10 Prozent der gesamten Honorareinnahmen des Revisors ausmacht: TK-Richtlinie (FN 11) Ziff. 3.13; vgl. auch: Böckli (FN 3) N 1788d; BGE 123 V 165 Erw. 3. b. cc.
 - 17 BGE 123 V 165 f. Erw. 3. b. cc.
 - 18 Urteil 4A.2/1997 vom 11. Juli 1997; Urteils-passage zit. gemäss NZZ Nr. 187 (1997) 19. Ein identischer Wortlaut findet sich auch in einem amtlich publizierten Urteil: BGE 123 III 33 Erw. 2. Unklar ist, wie der Handelsregisterführer im vorliegenden Fall überhaupt von der Schwagerschaft erfahren hat.
 - 19 BGE 123 III 33 Erw. 1. b.; BGE 123 V 166 Erw. 3. b. dd. Der Handelsregisterführer hat indes eine bloss beschränkte Kognition, indem er nur diejenigen Verletzungen der Unabhängigkeit rügen kann, die ihm «bekannt sind oder die sich ohne weiteres und ohne besondere Abklärungen aus dem Anmeldungstext oder aus den Belegen ergeben»: EHRA-Weisung (FN 12) Ziff. III. 2. a. E.; insbesondere hat er keine Nachforschungs-Kompetenzen.
 - 20 Art. 727e Abs. 3 Satz 2 OR; klageberechtigt ist entweder ein Aktionär oder ein Gläubiger, und die Klage ist gegen die Gesellschaft – nicht etwa gegen die Revisionsstelle – gerichtet. Ausführlicher: Kunz (FN 5) 46; Marc-Antoine Schaub, La révocation du réviseur, ST 66 (1992) 778 ff. Auf diese Möglichkeit hinweisend auch: BGE 123 III 33 Erw. 1. b. sowie BGE 123 V 166 Erw. 3. b. dd.
 - 21 In diesem Sinne: BGE 123 V 166 Erw. 3. b. dd. Anwendbar ist Art. 755 OR: Vgl. hierzu vorne Ziff. 1.1. m.w.H.
 - 22 TK-Richtlinien (FN 11) Ziff. 4 («Verfahren bei Verstoss gegen die Richtlinien zur Unabhängigkeit»).
 - 23 Literaturauswahl zur Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle: Böckli (FN 4) 77 ff.; ders. (FN 3) N 1834a; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 3) § 33 N 90 ff.; Eggmann (FN 4) 156 ff.; Kunz (FN 5) 28 ff. m.w.H.; Rico A. Camponovo, Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle, SZW 68 (1996) 211–221; Pedroja/Watter (FN 11) N 5 ff. zu Art. 729b OR.
 - 24 Übersicht: Kunz (FN 5) 22 ff.
 - 25 Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.
 - 26 Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.
 - 27 Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.1.
 - 28 Hinweise zu weiteren Nicht-Berechtigten bei: Alexander Brunner, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, AJP 1 (1992) 814 FN 102–FN 110 (überholt hinsichtlich der «Kontrollstelle»); Kunz (FN 5) 29 FN 60 m. w. H.
 - 29 Zum VR: Brunner (FN 28) 816; zum Liquidator: Kunz (FN 5) 28 FN 58 a. E.; zur Revisionsstelle: Camponovo (FN 23) 219 und 220.
 - 30 Diese Bilanzen müssen – zumindest bei der Anzeige durch den VR – grundsätzlich durch die Revisionsstelle überprüft werden: ZR 94 (1995) Nr. 49, 149 ff.
 - 31 Die Kritik pragmatisch relativierend: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 3) § 33 N 91.
 - 32 Bei einem Einpersonen-VR genügt natürlich bereits der Entscheid des einzigen Mitglieds des VR: Kunz (FN 5) 29 FN 64 a. E.
 - 33 Es braucht einen entsprechenden VR-Beschluss, wobei nicht Einstimmigkeit erforderlich ist; ein Mehrheitsbeschluss genügt ohne weiteres: ZR 86 (1987) Nr. 44, 102 Erw. 4. b.
 - 34 Hierzu statt vieler: Claude Honegger, Gedanken zum Rangrücktritt gemäss OR Art. 725 Abs. 2, ST 71 (1997) 441–446; Peter Herzog, Der Rangrücktritt nach Aktienrecht, ST 70 (1996) 979–980.
 - 35 Übersicht etwa bei: Alexander Dubach, Handlungsalternativen des Verwaltungsrats bei Überschuldung der AG, ST 71 (1997) 53 ff.
 - 36 Die Literatur hierzu ist so umfangreich, dass einzig verwiesen sei auf: Böckli (FN 3) N 1690 ff. m.w.H.
 - 37 Der Liquidator ist zum Stellen eines Antrags auf Konkursauschub gemäss klarem Wortlaut von Art. 725a Abs. 1 OR nicht berechtigt; nicht anders kann es sich aber für den Fall verhalten, dass der VR gestützt auf Art. 740 Abs. 1 OR als Liquidator fungiert. Art. 725a Abs. 1 OR meint also nur den «VR einer nicht in Liq. befindlichen AG». Keine solche (zumindest explizite) Einschränkung findet sich bei Hanspeter Wüstiner, Basler Kommentar, in: Obligationenrecht II (Basel 1994) N 6 zu Art. 725a OR; dies erstaunt, weist der Autor doch ebenfalls darauf hin, dass Liquidatoren nicht antragsberechtigt sind (a. a. O.).
 - 38 In Art. 729b Abs. 2 OR geht es also einzig um den «VR einer nicht in Liq. befindlichen AG»; diese These beruht indes auf der hier vertretenen und später noch zu begründenden Ansicht, dass die Revisionsstelle gegenüber den Liquidatoren zu keiner Ersatzvornahme berechtigt bzw. verpflichtet sei, was äusserst umstritten ist: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.3.
 - 39 Hierbei handelt es sich nicht etwa um eine Ersatzvornahme, sondern (wie beim VR einer aufrechtstehenden AG) um eine originäre Pflicht der Liquidatoren.
 - 40 Christoph Stäubli, Basler Kommentar, in: Obligationenrecht II (Basel 1994) N 16 zu Art. 743 OR; Wüstiner (FN 37) N 6 zu Art. 725a OR.
 - 41 In diesem Sinne bereits: Stäubli (FN 40) N 15 zu Art. 743 OR.
 - 42 Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.
 - 43 ZR 94 (1995) Nr. 51, 156 f. Erw. 4.3 hält apodiktisch fest: «Eine Überschuldungsanzeige erweist sich sodann als mit den Aufgaben der Willensvollstrecker grundsätzlich nicht vereinbar». Diesem Ergebnis ist zuzustimmen: Die Überschuldungsanzeige stellt nämlich eine übertragbare Aufgabe des VR (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR) dar, und das VR-Mandat ist höchstpersönlich.

- 44 Übersicht hierzu bei: Kunz (FN 5) 22ff.
 45 Botschaft zum OR (FN 1) 188.
 46 Hinweise etwa bei: Alexander Brunner, Handlungsalternativen der Revisionsstelle bei Überschuldung, ST 68 (1994) 927-936, v.a. 932ff.; vgl. auch: Rico A. Camponovo, Aufgaben und Stellung der Revisionsstelle im Umfeld von Art. 725 OR, ST 71 (1997) 765-774; Rudolf Züger, Verhalten der Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung - Gedanken zur Vernehmlassung des Grundsatzes zur Abschlussprüfung Nr. 15, ST 69 (1995) 1069-1070.
 47 Für die diversen Anzeigepflichten der Revisionsstelle: Graziano Pedroja, Anzeigepflichten der Revisionsstellen bei Gesetzesverstößen, ST 71 (1997) 775-778.
 48 Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1. a.E.
 49 Camponovo (FN 23) 215 m.w.H. (Hervorhebungen im Original); vgl. auch: Böckli (FN 4) 78; ders. (FN 3) N 1714a.
 50 Eggmann (FN 4) 160f. Eine generelle Aussage zur Fristansetzung ist unmöglich. Je nach «Dringlichkeit» einer konkreten Situation kann eine Fristansetzung anstelle einer sofortigen Überschuldungsanzeige wohl auch als schuldhafte Pflichtwidrigkeit im Rahmen der Verantwortlichkeit der Revisionsstelle (Art. 755 OR) beurteilt werden.
 51 Gemäss Camponovo (FN 23) 217 sollte die Frist nicht länger als vier bis sechs Wochen sein. Je nach Einzelfall könnte dies jedoch etwas lang sein.
 52 Der VR kann im anschliessenden Gerichtsverfahren die Ersatzvornahme der Revisionsstelle also nicht etwa damit generell in Frage stellen, dass ihm vorgängig keine Frist angesetzt worden sei.
 53 Kunz (FN 5) 30.
 54 Der Schuldner, der sich um einen Nachlassvertrag bemüht, hat ein entsprechendes begründetes Gesuch sowie den Entwurf für einen Nachlassvertrag zusammen mit einer Bilanz, einer Betriebsrechnung oder vergleichbaren Unterlagen dem Nachlassrichter einzureichen (Art. 293 Abs. 1 SchKG). Im vorliegenden Zusammenhang ist wichtig, dass das Nachlassverfahren aber keine ausdrücklich in Art. 725 Abs. 2 OR genannte Sanierungsmassnahme darstellt, deren Einleitung den VR von einer Überschuldungsanzeige entbinden würde.
 55 Camponovo (FN 23) 217.
 56 In diesem Sinne: Jürg A. Koferli, Der Sanierer einer Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1994) 159.
 57 Mit Verfügung vom 7. Februar 1997 trat der Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich auf die Überschuldungsanzeige einer Revisionsstelle nicht ein, weil der AG im konkreten Fall bereits Nachlassstundung gewährt worden war; gemäss einer Erwägung hätte - zumindest nach Ansicht dieses Gerichts - indes bereits das blosses Stellen des Nachlassgesuches durch den VR ausgereicht.
 58 In diesem Sinne bereits: Kunz (FN 5) 31.
 59 D.h. diese Frage war im konkreten Fall an sich überhaupt nicht streitentscheidend und wurde überflüssigerweise «entschieden», womit - gerade unter Berücksichtigung des vom Bundesgericht verwendeten Konjunktivs - die Präjudizwirkung geringer sein dürfte. Tatsächlich ging es in erster Linie um die Problematik des Widerrufs eines Auflösungsbeschlusses durch die GV: BGE 123 III 473.
 60 Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.
 61 BGE 123 III 478f. Erw. 4. a. (Hervorhebungen hinzugefügt). Dieselbe Meinung wird übrigens bereits vertreten in: RHB (FN 11) 494 Ziff. 3.42152 mit Verweisung auf 518ff. Ziff. 3.47, auf das sich auch das Bundesgericht zur Rechtfertigung seiner Stellungnahme beruft.
 62 So bereits: Kunz (FN 5) 31f.; gl.M. zudem: Stäubli (FN 40) N 14 zu Art. 743 OR.
 63 Kunz (FN 5) 31.
 64 Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1 a.E. sowie Ziff. 2.3.2 a.A.
 65 Der entsprechende Ansatz geht also vom sog. teleologischen Element der Auslegung aus.
 66 Beim VR wird die Überschuldung denn auch fast nur «en passant» erwähnt (Art. 725 Abs. 2 OR). Beim Liquidator hingegen ist im expliziten Pflichtenheft des Liquidationsverfahrens festgeschrieben, dass die Überschuldung zu kontrollieren sei (Art. 743 Abs. 1 a.E. OR). Vernachlässigt der Liquidator seine Pflicht, so droht ihm eine Verantwortlichkeit (Art. 754 Abs. 1 OR).
 67 Eine ähnliche Überlegung dürfte vermutlich bei Stäubli (FN 40) N 14 zu Art. 743 OR vorliegen, der die Revisionsstelle ebenfalls gegenüber den Liquidatoren als von einer Anzeige befreit betrachtet und dies als «jedenfalls insofern gerechtfertigt [ansieht], als nicht mehr über die Fortführung einer Unternehmung zu befinden ist».
 68 Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.
 69 U.U. stellt die durch den VR der GV beantragte Abwahl der Revisionsstelle eine «Verteidigungsstrategie» des pflichtvergessenen Organs dar, um den Gang vor Gericht zu vermeiden und seine eigene Pflichtvergessenheit zu kaschieren.
 70 Camponovo (FN 23) 217f. Diese Ansicht vertritt auch ein Zürcher Entscheid; mit richterlicher Verfügung vom 30. Dezember 1993 trat nämlich der Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich auf die Überschuldungsanzeige einer Revisionsstelle vom 1. Oktober 1993 ein, obwohl diese am 23. August 1993 - anscheinend ohne ihr Wissen - bereits abgewählt worden war: ZR 94 (1995) Nr. 50, 151.
 71 Bis zur höchstrichterlichen Entscheidung dieser Frage muss aber den Revisoren geraten werden, trotz Abwahl aus Gründen der eigenen Verantwortlichkeit sozusagen vorsorglich entsprechende Anzeigen zu machen, selbst wenn das zuständige Gericht diese schliesslich mangels Aktivlegitimation mit Kostenfolge zu Lasten der Revisionsstelle abzuweisen hat.
 72 Kunz (FN 5) 30.
 73 ZR 94 (1995) Nr. 50, 152 Erw. 3.1.
 74 Ausführlicher: Kunz (FN 5) 32.

RÉSUMÉ

Obligation de l'organe de révision de déclarer le surendettement

En cas de surendettement manifeste, et si le conseil d'administration omet d'avertir le juge, une nouvelle obligation incombe à l'organe de révision selon le nouveau droit des sociétés anonymes, à savoir le «dépôt de bilan» auprès du juge (art. 729b al.2 CO). La base doctrinale développée dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes est formée par l'exigence renforcée en matière d'indépendance de l'organe de révision (art. 727c CO).

Il existe trois instances de la société habilitées à aviser le juge, le conseil d'administration, les liquidateurs en tant que premiers responsables et l'organe de révision qui intervient, dans le sens d'une mesure de remplacement, comme second responsable. Des questions de concurrence entre les organes sont manifestes. Contrairement aux allusions ressortant d'un récent arrêt du Tribunal fédéral, l'auteur s'exprime en particulier contre l'obligation d'agir à

titre subsidiaire de l'organe de révision, par rapport aux liquidateurs.

En conclusion, des questions essentielles sont traitées, notamment l'avis obligatoire de l'organe de révision dans le cadre de sa révocation ainsi que les conséquences dans le cadre d'une demande d'ajournement de la faillite.

PVK/AFB