



**Pascal Montavon**

Dr. iur.  
AMC Alpha Conseils SA, Lausanne  
pascalmontavon@romandie.com

# Die Anzeige- und Einberufungspflichten der Revisionsstelle

Die Anzeigepflichten der Revisionsstelle gegenüber dem Verwaltungsrat und der Generalversammlung haben durch das neue Revisionsrecht einige Ergänzungen und Erleichterungen erfahren. Eine systematische Abhandlung über die ordentliche und die eingeschränkte Revision mit einer Empfehlung zur Anzeige für gewisse Situationen im Rahmen der eingeschränkten Revision.

## I. Allgemeines

Das Obligationenrecht auferlegt der Revisionsstelle der einer ordentlichen Revision unterstehenden Gesellschaft die Pflicht zur schriftlichen Benachrichtigung des Verwaltungsrates (VR) und – in schwerwiegenden Fällen – der Generalversammlung (GV), falls sie im Verlaufe ihrer Prüfung Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement feststellt. Ebenso hat sie die Generalversammlung zu benachrichtigen, wenn Anzeigen über Unregelmässigkeiten an den Verwaltungsrat ohne angemessene Korrekturmassnahmen geblieben sind (Art. 728c OR). In Bezug auf die Revisionsstelle der eingeschränkten Revision unterstellten Gesellschaften sieht das Gesetz keine derartige Anzeigepflichten vor (vgl. Art. 729c OR); diese können indes eingeführt werden (Art. 731a OR). Sowohl im Rahmen eines Auftrags zur ordentlichen Revision wie auch eines Mandats zur eingeschränkten Revision hat die Revisionsstelle eine Pflicht zur Unterrichtung des Richters im Falle offensichtlicher Überschuldung und falls der Verwaltungsrat die diesbezügliche Benachrichtigung des Richters unterlässt (Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR).

Im Übrigen muss die Revisionsstelle in gewissen Fällen die Generalversammlung einberufen (Art. 699 Abs. 1 OR).

## II. Die Anzeigen an den VR und an die GV bei Verstössen gegen Gesetz, Statuten oder Organisationsreglement im Rahmen einer ordentlichen Revision

### 1. Anzeige an den VR

Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten und das Organisationsreglement müssen de lege lata von der Revisionsstelle an den Verwaltungsrat angezeigt werden (1.1). Hingegen bedürfen Verstösse gegen das Verwaltungsreglement keiner solchen Anzeige; deren Beurteilung drängt sich jedoch auf, denn eine Benachrichtigung kann zweckdienlich sein (1.2).

#### 1.1 Verstösse gegen Gesetz, Statuten und Organisationsreglement

Gemäss Art. 728c Abs. 1 OR muss der Revisor den Verwaltungsrat auf jeden anlässlich der ordentlichen Revision festgestellten Verstoß gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organi-

sationsreglement hinweisen. Unter Verstoß gegen das Gesetz sind sämtliche Verstösse gegen die Rechtsordnung im weiteren Sinne ungeachtet der Natur der verletzen Norm zu verstehen<sup>1</sup> – so zum Beispiel das Fehlen einer Konzernrechnung, wenn das Gesetz sie zur Pflicht macht (Art. 663e OR), die Ausschüttung einer Dividende für das laufende Geschäftsjahr (Art. 675 Abs. 2 OR), Leistungen der Gesellschaft, die in einem Missverhältnis zu den empfangenen Gegenleistungen stehen (Art. 678 Abs. 2 OR), die Rückzahlung des Betrags der gezeichneten Aktien an die Aktionäre (Art. 680 Abs. 2 OR), der Verstoß gegen die Offenlegungspflichten (Art. 697h OR), die Nichtausführung eines Beschlusses der Generalversammlung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR), die unterlassene Einberufung einer ausserordentlichen Versammlung bei Kapitalverlust (Art. 725 Abs. 1 OR).<sup>2</sup> Die strafrechtlichen oder administrativen Delikte sind ebenfalls betroffen.<sup>3</sup> Allenfalls sollte auf Verstösse gegen das Datenschutzgesetz, gegen das Kartellgesetz und gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb hingewiesen werden, obschon sich die Revisionsstelle bei dieser Art von Verstössen sehr zurückhalten sollte, um nicht über ihren

Auftrag zur Rechnungsrevision, der nicht polizeilicher Art ist, hinauszugehen. Unter Verstoss gegen die Statuten sind sämtliche Abweichungen von den Statuten und insbesondere diejenigen, welche die Interessen der Aktionäre und der Inhaber von Partizipations- oder Genussscheinen direkt oder indirekt schädigen, zu verstehen. Zusätzlich zu den Verstössen gegen die Statuten ist auf diejenigen gegen das Organisationsreglement im Sinne von Art. 716b Abs. 1 OR hinzuweisen. Betroffen sind hauptsächlich die Verstösse namentlich betreffend die Grundsätze der Corporate Governance und allenfalls die durch die SIX Swiss Exchange eingerichteten Governance-Prinzipien.<sup>4</sup> Es ist ebenfalls auf weitere Verstösse gegen allfällige durch die Gesellschaft erlassene Anwendungsnormen des Organisationsreglements hinzuweisen, welche Auswirkungen auf die finanziellen Verhältnisse und die Rechte der Aktionäre haben. Die Pflicht zur Anzeige von festgestellten Verstössen gegen das durch die Generalversammlung verabschiedete Organisationsreglement stellt eine Neuheit dar, welche durch die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Revision eingeführt wurde. Die Anzeigepflicht ist nicht Teil der Kontrolle der Compliance der Geschäftsführung mit der gesamten Gesetzgebung. Sie stellt einzig die Pflicht dar, auf Verstösse, die anlässlich des Mandats zur ordentlichen Revision oder «per Zufall» entdeckt wurden, hinzuweisen.<sup>5</sup>

### 1.2 Verstösse gegen das Verwaltungsreglement

Die Frage, ob auf festgestellte Verstösse gegen das Verwaltungsreglement (das sich vom Organisationsreglement unterscheidet) hinzuweisen ist, wird in der Lehre diskutiert, denn dieses Reglement stammt vom Verwaltungsrat und wird nicht durch die Generalversammlung gebilligt.<sup>6</sup> Meines Erachtens ist auf einen Verstoss gegen Normen hinzuweisen, welche die Rechte der Mitglieder des Verwaltungsrates, zu einer guten Kenntnis der Tätigkeit der Gesellschaft zu gelangen, einschränken – zum Beispiel auf durch das Verwaltungsreglement vorgesehene fehlende Geschäftszwischenberichte, damit die Verwaltung formell darauf verzichtet oder deren Notwendigkeit bestätigt. Dagegen ist es nicht Sache der Revisionsstelle, Unregelmässigkeiten hervorzuheben – zum Beispiel betreffend die Sitzungsprotokolle des Verwaltungsrates, die Modalitäten zur Übermittlung von Informationen an die Mitglieder des Verwaltungsrates und zwischen ihnen, und zwar auch dann, wenn sich dies auf die Qualität der Verwaltung auswirken kann.

Anzumerken ist, dass bei zahlreichen Gesellschaften das Organisations- und Verwaltungsreglement in einem einzigen Dokument zusammengefasst sind. In Anbetracht des neuen Art.

728c OR wird sich somit die Frage stellen müssen, ob die beiden Reglemente zu unterscheiden sind.

### 1.3 Art der Benachrichtigung

Hinweise über Unregelmässigkeiten erfolgen in schriftlicher Form an den Verwaltungsrat. Eine Unterrichtung der Direktion oder gar der betroffenen administrativen Einheit entspricht nicht der durch Art. 728c Abs. 1 OR eingeführten Pflicht. Die Revisionsstelle kann ihre Aufgabe mit Hilfe eines Schreibens, eines Berichts oder eines Vermerks in ihrem ausführlichen Bericht zur ordentlichen Revision an den Verwaltungsrat erfüllen. Es gehört zu ihrem Zuständigkeitsbereich, unter Berücksichtigung der Bedeutung der angegebenen Verstösse das angemessene Mittel zu definieren.

## 2. Unterrichtung der GV

Wesentliche Verstösse gegen das Gesetz und die Statuten müssen de lege lata den Gegenstand einer Anzeige der Revisionsstelle an die Generalversammlung bilden (2.1). Hingegen bedürfen Verstösse gegen das Organisationsreglement keiner solchen Anzeige; deren Beurteilung drängt sich jedoch auf, denn eine Benachrichtigung kann zweckdienlich sein (2.2), so wie es eine Anzeige wegen anderer wiederholter Verstösse gegen Sonderregeln trotz – folgenlos gebliebener – Benachrichtigung an den Verwaltungsrat sein könnte (2.3).

### 2.1 Wesentliche Verstösse gegen Gesetz und Statuten

Gemäss Art. 728c Abs. 2 OR muss der Revisor die Generalversammlung über wesentliche Verstösse gegen das Gesetz oder die Statuten (Ziff. 1) sowie über Fälle direkt informieren, in denen der Verwaltungsrat – obschon dieser in schriftlicher Form über die Feststellung von Verstössen unterrichtet wurde – es unterlassen hat, die angemessenen Massnahmen zu deren Abhilfe zu ergreifen (Ziff. 2). Wesentliche Verstösse gegen das Gesetz oder die Statuten sind namentlich diejenigen, welche den wirtschaftlichen Bestand der Gesellschaft beeinträchtigen können, sowie diejenigen, welche die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Mitwirkungsrechte der Aktionäre und der Inhaber von Partizipations- und Genussscheinen schädigen sowie materielle Auswirkungen auf die finanziellen Verhältnisse und folglich auf das Prüfungsurteil haben.<sup>7</sup> Wiederholte Verstösse gegen das Gesetz oder die Statuten von geringerer Bedeutung können in ihrer Gesamtheit als wesentlich qualifiziert werden, denn sie deuten auf eine Funktionsstörung in der Geschäftsführung hin.<sup>8</sup>

Aus Art. 728c Abs. 2 Ziff. 2 OR, der auf das Unterlassen von angemessenen Massnahmen Bezug nimmt, ergibt sich, dass die Revisionsstelle eine Pflicht zur Nachverfolgung der angezeigten Unregelmässigkeiten und der durch den Verwaltungsrat dagegen ergriffenen Massnahmen hat.<sup>9</sup>

### 2.2 Verstösse gegen das Organisationsreglement

Wie die Botschaft des Bundesrats hervorhebt, sieht das Gesetz – im Gegensatz zur Anzeigepflicht der Revisionsstelle gegenüber dem Verwaltungsrat – keine Unterrichtung der Generalversammlung über Verstösse gegen das Organisationsreglement vor.<sup>10</sup> Liest man Art. 728c Abs. 2 OR, so ist dies effektiv der Fall. Allerdings ist auf Verstösse gegen die Statuten und das Gesetz hinzuweisen, und es kann sich als heikel erweisen zu wissen, ob eine Norm des Organisationsreglements, die verletzt wäre, nicht der Auslegung der Anwendung des Gesetzes oder der Statuten unterliegt. Dass auf einen Verstoss gegen das Organisationsreglement nicht hinzuweisen ist, wird somit nur insoweit als zutreffend betrachtet, als der festgestellte Verstoss die wesentlichen Rechte der Aktionäre, der Inhaber von Partizipationsscheinen und gar der Inhaber von Genussscheinen nicht beeinträchtigt. Ebenso kann vorgebracht werden, dass ein Verstoss gegen Normen der Corporate Governance, die in einem Organisationsreglement enthalten sind, anzuzeigen ist,<sup>11</sup> denn die verletzte Grundsätze fallen formell in den Bereich des Organisationsreglements, aber materiell in den Bereich des Aktienrechts und der Statuten des betroffenen Gebildes.

### 2.3 Dem VR angezeigte, ohne Korrekturmassnahmen verbliebene Verstösse gegen weitere Normen

Die Unterrichtung der Generalversammlung über Fälle, in denen der Verwaltungsrat – obschon dieser in schriftlicher Form über die Feststellung von Verstössen unterrichtet wurde – es unterlassen hat, angemessene Massnahmen zu deren Abhilfe zu ergreifen, stellt eine Neuheit im Revisionsrecht dar. Die Pflicht hat zum Zweck, den Verwaltungsrat auf seine Pflichten zur sorgfältigen Geschäftsführung und zur allfälligen Unterrichtung der Generalversammlung über Versäumnisse seinerseits aufmerksam zu machen.

### 2.4 Art der Benachrichtigung

Der Beschluss zur Unterrichtung der Generalversammlung ist für die Revisionsstelle von schwerwiegender Art, denn das Vorgehen kann sowohl für die Gesellschaft wie auch für die Revisionsstelle selbst nachteilig sein.<sup>12</sup> Es wird ihre Sache sein einzuschätzen, ob die Anzeige

mündlich anlässlich der Generalversammlung erfolgen kann oder ob eine im Revisionsbericht verfasste Mitteilung notwendig ist, um sich gegen ihre Haftpflicht zu schützen, falls ihr das Unterlassen einer Anzeige vorgeworfen würde, welche die Begrenzung eines allfälligen Schadens erlaubt hätte.

Die Anzeigen an die Generalversammlung bedürfen keiner Voranzeige an den Verwaltungsrat, aber eine solche vorgängige Unterrichtung drängt sich auf, damit die Revisionsstelle den Standpunkt des Verwaltungsrates anhören und ihr weiteres Vorgehen zur Benachrichtigung der Generalversammlung begründen oder zu Recht allenfalls darauf verzichten kann.<sup>13</sup> Im Falle der Wiederherstellung der Ordnungsmässigkeit durch den Verwaltungsrat hat dies nicht zur Folge, dass eine Anzeige an die Generalversammlung nicht mehr notwendig ist, denn die Aktionäre müssen von einer früheren schwerwiegenden Funktionsstörung Kenntnis haben, auch wenn diese in Ordnung gebracht wurde.<sup>14</sup> Hindert der Verwaltungsrat den Revisor daran, seine Anzeigepflicht wahrzunehmen, so kann und muss Letzterer in Anwendung von Art. 699 Abs. 1 OR die Generalversammlung direkt einberufen.

Die Form der Anzeige besteht in einer Erwähnung im Jahresbericht zu Händen der Generalversammlung. Die Anzeige kann ebenfalls Gegenstand eines Ad-hoc-Berichts sein. Art. 728c Abs. 2 OR schliesst in seiner Formulierung eine mündliche Information nicht aus. Meines Erachtens kann diese einzig insofern gültig sein, als die offengelegten Tatsachen – obschon sie eine gewisse Schwere aufweisen – nicht bedeutend sind, die Tagesordnung der Versammlung eine Mitteilung der Revisionsstelle mit ausreichender Klarheit in Bezug auf deren Gegenstand angekündigt hat und das Protokoll der Generalversammlung zumindest in grossen Zügen über die Mitteilung der Revisionsstelle berichtet, wobei anzumerken sein wird, dass keine schriftliche Mitteilung erfolgt ist.

### III. Anzeigen an den VR und die GV bei Verstössen gegen Gesetz, Statuten oder Organisationsreglement im Rahmen einer eingeschränkten Revision

#### 1. Grundsätze

Art. 729c OR sieht bei Verstössen gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement, welche die Revisionsstelle im Verlauf ihrer Prüfung festgestellt hat, keine Anzeige an den Verwaltungsrat oder an die Generalversammlung vor. Die fragliche Bestimmung hat im Parlament zu keinen Debatten Anlass gegeben,<sup>15</sup> obschon der durch das Gesetz übernommene Grundsatz

äusserst bestreitbar ist. Meines Erachtens ist dies bedauernd, denn die fragliche, durch das OR im Rahmen einer ordentlichen Revision vorgesehene Pflicht setzt keine Kontrolle der Compliance mit der Rechtsordnung voraus, sondern einzig eine Pflicht, auf Unregelmässigkeiten hinzuweisen, welche anlässlich der Ausführung der Revision oder «per Zufall» entdeckt wurden.<sup>16</sup> Anzumerken ist, dass – wenn das Gesetz die Revisionsstelle nicht dazu verpflichtet, bei wesentlichen, zufälligerweise festgestellten Unregelmässigkeiten Anzeigen an den Verwaltungsrat oder gar an die Generalversammlung zu richten – nichts dagegen spricht, dass sie solche Anzeigen vornimmt, falls sie es als notwendig erachtet. Somit würde es zweckdienlich erscheinen, dass die Revisionsstelle, die mit einer eingeschränkten Revision einer Gesellschaft beauftragt ist, deren wirtschaftlichen Inhaber aufgrund eines allgemeinen Geschäftsführungsauftrags einen Überblick über die indirekte Geschäftsführung haben, über angezeigte und festgestellte wesentliche oder wiederkehrende Unregelmässigkeiten – wie zum Beispiel durch ein Mitglied des Verwaltungsrates unterzeichnete Zahlungsaufträge in einem gewissen Betrag, während das Organisations- oder das Verwaltungsreglement eine Kollektivunterschrift verlangen würde – unterrichtet wird.

#### 2. Anzeigepflichten durch Erweiterung des Auftrags der Revisionsstelle

In Anwendung von Art. 731a OR kann der Auftrag der Revisionsstelle auf Aufträge ausgedehnt werden, welche mit ihrem Revisionsauftrag vereinbar bleiben. Ein Pflicht zur Anzeige von Verstössen gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement sowohl an den Verwaltungsrat wie auch an die Generalversammlung im Sinne von Art. 728c OR im Rahmen einer eingeschränkten Revision ist vereinbar und kann sich als sehr nützlich erweisen. Sie ist in jedem Fall eines allgemeinen Auftrags zur Geschäftsführung einer Gesellschaft, welcher treuhänderisch handelnden Verwaltungsräte anvertraut wird, sogar wünschenswert. Der Beschluss zur Erweiterung des Mandats der Revisionsstelle kann über eine Änderung der Statuten, aber auch punktuell mit einfachem Beschluss der Generalversammlung erfolgen.<sup>17</sup>

## IV. Die Anzeigen bei offensichtlicher Überschuldung im Falle der ordentlichen und der eingeschränkten Revision

### 1. Grundsätze

Falls die Entwicklung des Unternehmens aufzeigt, dass eine Überschuldung sehr wahrscheinlich ist, schreibt Art. 725 Abs. 2 OR vor, dass eine Zwischenbilanz erstellt wird, welche einer zugelassenen Revisionsstelle zur Prüfung vorzulegen ist. Verfügt die Gesellschaft in ihrer Organisation über keine zugelassene Revisionsstelle (Gesellschaft, die sich für ein Opting out oder ein Opting down mit nicht zugelassenem Revisor entschieden hat), so ist sie dazu verpflichtet, ihre Bilanz durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen. Untersteht die Gesellschaft der ordentlichen Revision, so ist die Prüfung der Zwischenbilanz einem zugelassenen Revisionsexperten vorzulegen. Ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen kann selbstredend die Revision der vorgenannten Bilanz vornehmen. Auf alle Fälle hat eine Gesellschaft, welche durch ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen geprüft werden muss, ihre Zwischenbilanz durch ein solches Revisionsunternehmen prüfen zu lassen.

Die gesetzlichen Pflichten von Art. 725 Abs. 2 OR betreffend den Verlust der Gesamtheit der Eigenmittel – was eine Überschuldung zur Folge hat – zielen auf den Schutz der Gläubiger und der Allgemeinheit ab. Die Situation ist von derjenigen des Art. 725 Abs. 1 OR zu unterscheiden; dessen diesbezüglichen Pflichten streben in erster Linie den Schutz der Gesellschaft und ihrer Aktionäre in einer Phase des qualifizierten Verlusts von Gesellschaftsaktiven in der Höhe der Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven oder darüber an.<sup>18</sup>

### 2. Bericht der Revisionsstelle

Die Revisionsstelle erstattet dem Verwaltungsrat einen Bericht über das Ergebnis ihrer Prüfung. Sie muss mitteilen, ob die Aktiven die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger sowohl zu Fortführungswerten wie auch zu Veräusserungswerten decken oder nicht. Allenfalls wird ihr Bericht vorweg diejenigen Wertberichtigungen enthalten, welche sie als notwendig erachtet, und zwar zum Zwecke der Förderlichkeit und des Schutzes der Gesellschaftsgläubiger.<sup>19</sup>

Die Erstellung einer Zwischenbilanz aufgrund der Befürchtung einer Überschuldung ergibt erst dann einen Sinn, wenn die Voraussetzungen der Fortführung des Unternehmens erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, muss einzig eine Bilanz zu Veräusserungswerten erstellt werden.<sup>20</sup>

### 3. Pflicht des VR zur Benachrichtigung des Richters

Die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung ist Sache des Verwaltungsrates (Art. 725 Abs. 2 OR). Eine Überschuldung besteht dann, wenn aus der Bilanz hervorgeht, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind. Die Unterrichtung des Richters ist nicht notwendig, sofern Gläubiger der AG im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 OR) oder wenn kurzfristig umsetzbare Sanierungsmassnahmen, wie ein Forderungsverzicht, ergriffen werden.

Die Benachrichtigung des Richters erfordert einen entsprechenden Ratsbeschluss,<sup>21</sup> ist dieser einmal gefasst, kann der Verwaltungsrat eines seiner Mitglieder mit der Unterrichtung beauftragen. Grundsätzlich kann ein Mitglied des Verwaltungsrates nicht alleine über diese Mitteilung entscheiden, und zwar auch dann, wenn er über die Einzelunterschriftsberechtigung verfügt.<sup>22</sup> Der Richter eröffnet auf die Benachrichtigung des Verwaltungsrates hin den Konkurs. Er kann diesen auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung der Gesellschaft besteht (Art. 725a Abs. 1 OR) oder wenn im Falle einer GmbH ausstehende Nachschüsse unverzüglich einbezahlt werden und Aussicht auf Sanierung der Gesellschaft besteht (Art. 820 Abs. 2 OR). Die Revisionsstelle muss auch – namentlich in einem Konzern, aufgrund der Tatsache, dass die Informationen ihr zur Verfügung stehen – die Zahlungsfähigkeit der Gläubiger, deren Forderungen im Rang nachgehen, beurteilen. Der vollumfängliche Verlust der Forderung eines im Rang zurücktretenden Gläubigers muss erträglich sein, ohne das Risiko zu bergen, eine eigene Überschuldung zu verursachen. Reichen die Rangrücktritte nicht aus oder bestehen andere Gründe, die deren Ungültigkeit nach sich ziehen, hat die Revisionsstelle den Verwaltungsrat darüber zu informieren und ihn darauf hinzuweisen, dass er dennoch gemäss Art. 725 Abs. 2 OR den Richter benachrichtigen muss. Zum Begriff der Überschuldung im Unterschied zum qualifizierten Kapitalverlust siehe nachstehend VI.

### 4. Anzeigepflichten der Revisionsstelle gegenüber dem Richter im Falle offensichtlicher Überschuldung und unterlassener Benachrichtigung des Richters durch den VR

#### 4.1 Grundsätze

Nach Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR hat der Revisor den Richter direkt über eine offensichtliche Überschuldung zu unterrichten,

wenn der Verwaltungsrat dies unterlässt. Die Überschuldung ist die durch Art. 725 Abs. 2 OR anvisierte Situation, d.h. wenn die Netto-Aktiven der Gesellschaft die Fremdmittel und die Schulden sowohl zu ihren Fortführungs- wie auch zu ihren Veräusserungswerten nicht mehr decken, was den Verlust der Eigenmittel miteinbezieht.<sup>23</sup> Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle (im Falle von Gesellschaften, die ein Opting out vorgenommen haben) oder über keine zugelassene Revisionsstelle (im Falle von Gesellschaften, die ein Opting out gefolgt von einem Opting down mit Rückgriff auf die Dienstleistungen eines nicht zugelassenen Revisors durchgeführt haben), so obliegt es gemäss Art. 725 Abs. 3 OR dem zugelassenen Revisor (er muss mindestens zugelassen sein), dem die Revision der Zwischenbilanz anvertraut worden ist, die Anzeigepflichten zu erfüllen, welche Sache der mit der eingeschränkten Prüfung beauftragten Revisionsstelle sind. Art. 725 Abs. 3 OR nimmt Bezug auf Anzeigepflichten in der Pluralform; es handelt sich dabei um ein irrtümliches Plural, denn die eingeschränkte Revision – die eine solche wäre, wenn das Opting out oder das Opting down nicht erfolgt wären – sieht in diesem Rahmen, wie es Art. 729c OR angibt, nur eine einzige Anzeigepflicht vor, nämlich diejenige gegenüber dem Richter im Falle der Überschuldung.<sup>24</sup>

#### 4.2 Begriff der offensichtlichen Überschuldung

Die Überschuldung ist offensichtlich, wenn sie jeder urteilsfähigen Person als offenkundig erscheint. Der Begriff «offensichtlich überschuldet» ist somit restriktiv auszulegen,<sup>25</sup> die Überschuldung ist jedoch anzunehmen, wenn ihre Verneinung über die Grenzen eines normalen Ermessensspielraums geht.<sup>26</sup> Sie betrifft eine augenscheinlichere – nämlich offensichtliche – Situation als die «begründete Besorgnis [des Bestehens] einer Überschuldung» von Art. 725 Abs. 2 OR.<sup>27</sup> Folglich ist die Überschuldung offensichtlich, wenn keine Zweifel mehr bestehen, dass die Aktiven die Verbindlichkeiten nicht decken können und dass die gewährten Rangrücktritte nicht ausreichen. Die Effizienz der Rangrücktritte ist durch die Revisionsstelle unter dem Blickwinkel ihres Ausreichens und ihrer Rechtmässigkeit namentlich unter Beachtung der *actiones paulianae* der Art. 285 ff. SchKG zu kontrollieren.<sup>28</sup> Die Revisionsstelle muss den Richter nicht unterrichten, wenn in Bezug auf die Überschuldung eine vernünftige Meinungsverschiedenheit besteht.<sup>29</sup>

#### 4.3 Vorrangige Pflicht, den VR auf seine Pflichten hinzuweisen

Die Revisionsstelle, die feststellt, dass die begründete Besorgnis einer offensichtlichen Über-

schuldung besteht, muss zuerst den Verwaltungsrat auf diese Tatsache sowie auf dessen Pflicht zur Benachrichtigung des Richters aufmerksam machen.<sup>30</sup> Erst wenn dieser keine Sanierungsmassnahme vorschlägt und die Unterrichtung des Richters, wie es das Gesetz verlangt, unterlässt, obliegt es der Revisionsstelle, sich an diesen zu wenden. Wie es Stoffel<sup>31</sup> und Böckli<sup>32</sup> hervorheben, wird die Revisionsstelle in diesem Fall dazu veranlasst, eine Geschäftsführungsaufgabe zu erfüllen, was normalerweise nicht zu ihren Befugnissen gehört. Es obliegt der Revisionsstelle nicht, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen oder Kapitalverluste zu vermeiden. Sie muss dem Verwaltungsrat in schriftlicher Form eine Frist ansetzen. Ab diesem Zeitpunkt muss sie die durch ihn ergriffenen Massnahmen aufmerksam überwachen, um falls notwendig den Richter benachrichtigen zu können. Bestehen keine Aussichten auf eine Sanierung, so ist Art. 725 Abs. 2 OR anwendbar. Die Revisionsstelle besteht nicht, um den Verwaltungsrat zu beaufsichtigen, sondern um sich zu vergewissern, dass Gesetz und Statuten eingehalten werden. Das Unterlassen einer Benachrichtigung des Richters im Falle einer offensichtlichen Überschuldung bildet einen schwerwiegenden Verstoss gegen das Gesetz. Im Anschluss an die Anzeige der Revisionsstelle lädt der Richter den Verwaltungsrat vor, bevor er sich äussert.

#### 4.4 Situation im Falle ernsthafter Aussichten auf Sanierung

Gemäss Bundesgericht sollte die Revisionsstelle davon absehen, den Richter im Falle einer offensichtlichen Überschuldung zu unterrichten, wenn die Aussichten auf Sanierung konkret sind und die Mitglieder der Leitung in diesem Sinne hinarbeiten.<sup>33</sup> Diese Enthaltung muss sich aus einer ernsthaften, sachlichen und vertieften Analyse ergeben.<sup>34</sup> Für das Bundesgericht müssen die Mitglieder der Leitung innerhalb einer Frist von 60 Tagen ab der Feststellung der Überschuldung zu einer Sanierung gelangen. Nach Ablauf dieser Frist sollte sich die Revisionsstelle, die das Scheitern der Sanierungsmassnahmen feststellt, an den Richter wenden.<sup>35</sup> Für bestimmte Autoren ist diese Frist zu kurz, denn sie würde es in manchen Fällen nicht erlauben, trotz der unternommenen Bemühungen, die durch die Aktionäre weiterverfolgt werden können, zu einer Sanierung zu gelangen.<sup>36</sup> Meines Erachtens ist diese Frist, die einen Aufschub der Benachrichtigung des Richters ermöglicht, unter Vorbehalt einer ausweglosen Situation, die eine sofortige Unterrichtung des Richters erfordert, als angemessen zu betrachten. Es ist nämlich nicht Sache der Mitglieder der Leitung einer Gesellschaft, mittels Privatabmachung einen Konkurs aufzuschie-

ben.<sup>37</sup> Der Konkursaufschub oder eine Nachlassstundung müssen die rechtlichen Mittel zur Rettung einer Gesellschaft bleiben, welche innerhalb einer dem freien Ermessen überlassenen Frist von höchstens zwei Monaten nicht zu diesem Ziel gelangen konnte.

Nach erfolgter Benachrichtigung kann die Anzeige über die Überschuldung nicht zurückgezogen werden, solange diese besteht.<sup>38</sup>

## V. Pflichten zur Einberufung der GV

### 1. Einberufung der ordentlichen GV

Nach Art. 699 Abs. 1 OR<sup>39</sup> kann und muss die Revisionsstelle nötigenfalls selbst die Generalversammlung einberufen. Dies ist gewöhnlich der Fall, wenn der Verwaltungsrat die ordentliche Generalversammlung nicht innerhalb von sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres einberuft (Art. 699 Abs. 2 OR). Die sechsmonatige Frist hat zum Zweck, eine missbräuchliche Verschiebung der Generalversammlung zu vermeiden; diese Frist ist eine Ordnungsvorschrift.<sup>40</sup> Hat die Revisionsstelle zufolge dieser Frist von der Leitung der Gesellschaft keine Nachricht und im Falle eines bestätigten Schweigens derselben übernimmt sie die Verantwortung im Sinne von Art. 755 OR, wenn sie die Generalversammlung nicht einberuft. Besteht die Revisionsstelle aus mehreren Revisoren, so kann jeder von ihnen sein Recht zur Einberufung ausüben.<sup>41</sup> Art. 699 Abs. 1 OR ist eine wichtige Ausnahme vom Grundsatz, wonach die Revisionsstelle nicht in die Geschäftsführung der Gesellschaft eingreifen soll.<sup>42</sup> Das Recht zur Einberufung ist somit subsidiärer Natur und wird nur bei offensichtlicher Notwendigkeit ausgeübt.

### 2. Einberufung von ausserordentlichen Versammlungen

In bestimmten Situationen muss die Revisionsstelle ebenfalls eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen, etwa dann, wenn der Verwaltungsrat dazu nicht mehr in der Lage ist, zum Beispiel falls das alleinige Mitglied des Verwaltungsrates krank oder verstorben ist oder kein Lebenszeichen mehr gibt,<sup>43</sup> wenn die Mitglieder des Verwaltungsrates allesamt zurückgetreten sind und kundgetan haben, dass sie nicht mehr für die Gesellschaft handeln wollen (im Gegensatz zu ihren Pflichten, die Übertragung der Befugnisse sicherzustellen), wenn die Revisionsstelle es als notwendig erachtet, die Gründe ihres Verzichts auf das Revisionsmandat vorzulegen. Stellt die mit einer ordentlichen Revision beauftragte Revisionsstelle wesentliche Verstösse fest, wodurch sie es als notwendig erachtet, sie kurzfristig der Generalversammlung vorzulegen, so ist sie frei, in Anwendung von Art. 728c OR eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, wenn der Verwaltungs-

rat dies unterlässt, obschon es ihm obliegt. Im Falle einer eingeschränkten Revision sieht Art. 729c OR diese Pflicht nicht vor, aber diese Bestimmung verbietet sie auch nicht, wobei es der Revisionsstelle überlassen bleibt, die Erheblichkeit einer Information zu beurteilen.

### 3. Art der Einberufung

Die Einberufung hat nach den ordentlichen Modalitäten zu erfolgen, jedoch vorzugsweise mit eingeschriebenem Brief. Erscheint kein Aktionär an der Versammlung (was bei einer kleinen AG, in der sämtliche Aktionäre Mitglieder des Verwaltungsrates sind, der Fall sein kann), so hat der Revisor ein Einberufungs- und Abwesenheitsprotokoll zu erstellen und sollte zurücktreten oder gar – wenn die Interessen Dritter in Gefahr sind – den Fall beim Richter zur Anzeige bringen.

## VI. Prüfung des Kapitalverlusts und der Überschuldung

Es gilt, im Rahmen dieses Beitrags den qualifizierten Kapitalverlust (1) sowie die Überschuldung (2) näher zu definieren und zu unterscheiden, um klarzustellen, wann die Revisionsstelle im Falle einer Überschuldung handeln muss, wenn der Verwaltungsrat untätig bleibt.

### 1. Begriff des qualifizierten Kapitalverlusts und damit verbundenes Verfahren

#### 1.1 Begriffsbestimmung

Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr durch die Aktiven der AG gedeckt ist, so hat der Verwaltungsrat kraft Art. 725 Abs. 1 OR unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen. Diese Bestimmung strebt danach, in erster Linie die Interessen der Aktionäre der AG zu schützen<sup>44</sup> und nicht unmittelbar diejenigen der Gläubiger, während im Falle einer Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR) der Rechtsschutz vor allem auf Letztere abzielt.<sup>45</sup> Das Gesetz fordert zu einer sofortigen Einberufung auf; es wird jedoch eine gewisse Lockerung der Unmittelbarkeit zum Zwecke einer besseren Analyse und Vorbereitung der Versammlung mit konkreten und umsetzbaren Anträgen empfohlen.<sup>46</sup> Hingegen versteht es sich von selbst, dass eine

sofortige Einberufung zu einer «Orientierungsversammlung» über die Situation und die möglichen Sanierungsmassnahmen angebracht ist.<sup>47</sup> Anlässlich dieser Versammlung kann der Revisor der Gesellschaft verschiedene Anträge zur Sanierung stellen; es steht ihm jedoch nicht zu, die zu ergreifenden Massnahmen anzugeben.<sup>48</sup> Art. 725 Abs. 1 OR nimmt auf die letzte Jahresbilanz Bezug. Es gilt, den Text im Sinne der letzten jährlichen Zwischenbilanz zu Fortführungswerten zu verstehen, deren Erstellung die Mitglieder der Leitung in Anbetracht ihres Verdachts auf einen qualifizierten Kapitalverlust und ohne die Erstellung der Bilanz zum Jahresende abzuwarten als nützlich erachtet haben.<sup>49</sup>

### 1.2 Bestimmung der Referenz-Eigenmittel

Die Referenz-Eigenmittel sind das Aktienkapital, das Partizipationskapital (vgl. Art. 656a Abs. 2 OR) und die gesetzlichen Reserven. Diese umfassen:<sup>50</sup>

- die allgemeine Reserve (Art. 671 OR) und, allenfalls,
- die Reserve für eigene Aktien (Art. 671a OR) sowie
- die Aufwertungsreserve (Art. 671b OR).

Gemäss dem eindeutigen Wortlaut von Art. 725 Abs. 1 OR und der einfachen Auslegung sind das Aktienkapital, das Partizipationskapital, der gesamte Betrag der allgemeinen Reserve (auch wenn er allenfalls höher als die Hälfte des Aktienkapitals ist), die Reserve für eigene Aktien und die Aufwertungsreserve aus der letzten Jahres- oder Zwischenbilanz zusammenzuzählen und durch zwei zu dividieren. Sind die Aktiven in der Bilanz unter Abzug der Fremdmittel tiefer als die Hälfte des Referenzbetrags, besteht ein qualifizierter Kapitalverlust im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR.<sup>51</sup>

### 1.3 Anträge zur Sanierung

Die Anträge zur Sanierung können organisatorischer und struktureller Natur (Umstrukturierung, Aufgabe von defizitären Betriebsbereichen, Fusion, Spaltung usw.) oder finanzieller Art (Auflösung von statutarischen Reserven, Kapitalherabsetzung, Rekapitalisierung, Kapitalerhöhung, Rangrücktritt, Forderungsverzicht, Umwandlung von Forderungen in Kapital<sup>52</sup>, Verwertung von stillen Reserven durch den Verkauf von bestimmten Aktiven, Aufwertung von Aktiven...)<sup>53</sup> sein. Unter Sanierungsmassnahme ist somit jeglicher Eingriff zu verstehen, welcher dazu geeignet ist, Verhältnisse wiederherzustellen, in denen die durch Art. 725 Abs. 1 OR festgesetzte Grenze nicht mehr überschritten wird.<sup>54</sup> In diesem kritischen Stadium der finanziellen Verhältnisse der AG muss der Verwaltungsrat der Generalversammlung

einzig Massnahmen zum Zwecke der Sanierung der Gesellschaft in Anbetracht des Kapitalverlusts und des Überschuldungsrisikos beantragen. Der Verwaltungsrat muss den Richter über den Kapitalverlust der Gesellschaft nicht benachrichtigen, denn die Aktiven decken die Fremdmittel und die Schulden vollumfänglich, und einzig das Aktienkapital, das Partizipationskapital und die gesetzlichen Reserven sind nur zu weniger als 50% (qualifizierte Unterbilanz) gedeckt. Können sich die Aktionäre über die zu ergreifenden Massnahmen nicht verständigen und gelingt es ihnen nicht, anlässlich der Sanierungsversammlung konkrete Massnahmen zu verabschieden, welche dazu geeignet sind, den qualifizierten Kapitalverlust zu beheben, ist es Sache des Verwaltungsrates, die Aktionäre über die Risiken eines relativ kurzfristigen Konkurses der Gesellschaft – im Allgemeinen wegen deren kommenden Zahlungsunfähigkeit und weil diese in Kenntnis der künftigen Zahlungsunfähigkeit die Interessen der Gläubiger nicht beeinträchtigen dürfen – zu informieren.

#### 1.4 Anzeige des Kapitalverlusts an die GV

Die Generalversammlung ist auf alle Fälle im Anschluss an die Feststellung des sich aus der letzten erstellten Bilanz ergebenden Kapitalverlusts einzuberufen. Der Verwaltungsrat kann sich nicht damit begnügen, die nächste ordentliche Generalversammlung abzuwarten, es sei denn, diese stehe unmittelbar bevor.<sup>55</sup> Im Falle der Untätigkeit des Verwaltungsrates (allenfalls der Liquidatoren) sollte die Revisionsstelle – in Kenntnis des qualifizierten Kapitalverlusts – nötigenfalls nach ihrem Ermessen die Generalversammlung einberufen (Art. 699 Abs. 1 OR).<sup>56</sup> Die Einberufung erfolgt ordentlich, es sei denn, eine Universalversammlung könne abgehalten werden. Die der Einberufung beigelegte Tagesordnung hat die Anzeige über den Kapitalverlust – genauer dessen Höhe – sowie die Anträge des Verwaltungsrates zu dessen Behebung zu enthalten.<sup>57</sup> Wie vorstehend dargelegt, kann in einer ersten Phase eine Orientierungsversammlung namentlich dann einberufen werden, wenn Sanierungslösungen nicht rasch gefunden werden können (namentlich im Falle einer grossen Anzahl von Aktionären ohne bedeutende wirtschaftliche Aktionäre). Musste die Sanierungsversammlung aufgrund der Untätigkeit des Verwaltungsrates durch das Revisionsorgan einberufen werden, so steht es ihm nicht zu, Sanierungsmassnahmen zu beantragen.<sup>58</sup> Beantragt der Verwaltungsrat der Generalversammlung (Sanierungsversammlung) keine konkreten Sanierungsmassnahmen, so ist er dazu verpflichtet, vollständig und eingehend zu erklären, wie die künftigen Ergebnisse den Ka-

pitalverlust korrigieren und die Finanzierungsmassnahmen, die seines Erachtens nicht zu ergreifen wären, abwenden werden.<sup>59</sup>

#### 1.5 Sanierungsmassnahmen

Es ist Sache des Verwaltungsrates, den in der Generalversammlung beschlossenen Sanierungsmassnahmen Folge zu leisten. Die Revisionsstelle sollte über den qualifizierten Kapitalverlust und die durch die Generalversammlung beschlossenen Massnahmen informiert werden. Es trifft jedoch zu, dass de lege lata die Revisionsstelle von dieser Situation ferngehalten werden kann. Der Verwaltungsrat wird es dann allenfalls auf sich nehmen müssen, dass er darauf verzichtet, bei ihr Rat einzuholen. Die verabschiedeten Massnahmen sind kurzfristig oder in bestimmten, als angemessen beurteilten Fristen umzusetzen (welche zum Beispiel sechs Monate betragen könnten). Wurde die Revisionsstelle über die Lage informiert, so steht es ihr zu, einerseits die ergriffenen Massnahmen nachzuverfolgen und andererseits – falls sie an der ausserordentlichen Versammlung anwesend war, welche die Sanierungsmassnahmen beschlossen hat, und somit das weitere Vorgehen sicherstellt – die Generalversammlung einzuberufen und zu informieren, wenn es ihr erscheint, dass die Massnahmen nicht innert kürzester Frist und gemäss den Beschlüssen ergriffen werden.

### 2. Begriff der Überschuldung

#### 2.1 Begriffsbestimmung

Eine Überschuldung besteht dann, wenn die Aktiven weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungswerten die Fremdmittel decken (Art. 725 Abs. 2 OR).<sup>60</sup> Wie dargelegt, ist der Verwaltungsrat dazu verpflichtet – falls begründete Besorgnis zur Annahme einer allfälligen Überschuldung der AG besteht – eine Zwischenbilanz zu erstellen, in welcher er das Vermögen zu ihrem Fortführungswert (dynamische Bilanz) und, falls sich daraus eine Überschuldung ergibt, zu ihrem Veräusserungswert (statische Bilanz) beurteilt. Bei begründeter Besorgnis kann ausser der Einsicht in eine hohe Verluste aufzeigende Zwischenbilanz auf die Voraussage von gegenwärtigen und künftigen chronischen Verlusten, den Verlust von wichtigen Märkten, das aktuelle und voraussehbare mittelfristige Fehlen von Liquiditäten oder die Notwendigkeit einer bedeutenden Rückstellung hingewiesen werden.<sup>61</sup> In dieser letzten Bilanz können die Vorräte und die Produktionsmittel eine bedeutende Abwertung erfahren, während die stillen Reserven zum Vorschein kommen. Diese Zwischenbilanz muss auf der Passivseite die voraussehbaren Kosten aufführen, welche die Liquidation der Gesellschaft nach sich ziehen wird (ohne die Entschädigungen des So-

zialplans zu vergessen). Da die Norm danach strebt, eine Zunahme der Verluste zu vermeiden, besteht ihr Ziel im Schutz der jetzigen wie auch der künftigen Gläubiger.<sup>62</sup> Eine Überschuldung besteht einzig dann, wenn die eine und die andere Bilanz hervorheben, dass die Schulden der Gesellschaft auch unter Berücksichtigung der konjunkturellen Entwicklung oder der Änderung der Grundlagen zur Bewertung der Aktiven nicht mehr gedeckt sind.<sup>63</sup> Anzumerken ist, dass wenn die Bilanz der Gesellschaft gemäss einem Referenzrahmen erstellt wurde, wie SWISS GAAP FER, IFRS oder US GAAP, die Bilanz zu Fortführungswerten im Prinzip einer Liquidationsbilanz sehr nahe kommt, da diese Referenzrahmen die latenten Werte, die sich aus freien Ermessensbeurteilungen des Verwaltungsrates ergeben, verbieten. Allerdings können immaterielle Werte in der Liquidationsbilanz wichtig sein, zum Beispiel im Falle einer Vermarktung von Patenten, der eine Liquidation der Gesellschaft folgen würde.

#### 2.2 Unterscheidungen

Eine uneigentliche oder buchhalterische Überschuldung besteht dann, wenn das Eigenkapital einzig auf der buchhalterischen Ebene verloren ist und die Gesellschaft unter Berücksichtigung von objektiven stillen Reserven wirtschaftlich in bonis ist.<sup>64</sup> Obschon die Zahlungsunfähigkeit ein Zeichen von Überschuldung sein kann, sind diese Begriffe nicht identisch. Eine Gesellschaft kann wegen eines Mangels an Liquidität zahlungsunfähig, aber aufgrund von bestehenden wesentlichen, jedoch nicht leicht flüssigen Werten nicht überschuldet sein.<sup>65</sup> Die Zahlungsunfähigkeit ohne Überschuldung verpflichtet die Mitglieder der Leitung nicht dazu, den Richter zu benachrichtigen; die Zahlungsunfähigkeit kann jedoch zu einem freiwilligen Konkurs ohne vorherige Betreuung Anlass geben.

#### 2.3 Prüfung der Überschuldung

Die Zwischenbilanz und implizit die Gewinn- und Verlustzwischenrechnung, ohne die die Zwischenbilanz nicht erstellt werden könnte, werden einer zugelassenen Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt (Art. 725 Abs. 2 OR, unter Vorbehalt der Kontrolle durch einen zugelassenen Revisionsexperten oder ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen). Art. 725 Abs. 2 OR macht diese Prüfung zur Pflicht. Die Bezeichnung eines zugelassenen Revisors – falls die Gesellschaft aufgrund ihrer Statuten infolge eines Opting out oder eines Opting down über keinen solchen verfügt – gehört mit einfacher Mehrheit in den Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsrates. Im Falle einer Unstimmigkeit und der Unmöglichkeit für den Verwaltungsrat, einen Beschluss mit einfacher Mehrheit zu fassen, sind die Mitglieder des Verwaltungsrates

einzelnen dafür verantwortlich, den Richter über die allfällige Überschuldung der Gesellschaft und die Unmöglichkeit, eine Revisionsstelle zu bezeichnen, zu unterrichten. Eine Prüfung könnte nur im Falle einer Rangrücktrittserklärung nicht unternommen werden, deren Betrag jegliches Risiko für die Gläubiger offensichtlich abwenden würde.

## 2.4 Überschuldungsanzeige oder Sanierungsmassnahmen

Wird ersichtlich, dass die Gesellschaft überschuldet ist, so muss der Verwaltungsrat den Richter benachrichtigen. Erscheint es, dass die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist und dass der Verwaltungsrat sich nicht dazu entschliesst, den Richter zu unterrichten, so hat die Revisionsstelle für dessen Untätigkeit Abhilfe zu schaffen (vgl. vorstehend IV.4.). Im Falle der Überschuldung hat die Revisionsstelle grundsätzlich von der Lage der Gesellschaft Kenntnis. Beschliesst die Generalversammlung, die Gesellschaft mit Sanierungsmassnahmen zu retten, steht es der Revisionsstelle zu, diese in Bezug auf die Modalitäten und auf die effektive Umsetzung der Massnahmen genau nachzuverfolgen. Sie sollte allenfalls auf der Grundlage ihrer Einschätzung aller Umstände die Generalversammlung einberufen, falls Sanierungsmassnahmen beschlossen wurden und diese nicht ausgeführt werden und wenn der Verwaltungsrat nicht selbst die Generalversammlung einberuft, um ihr in Ermangelung von sofortigen effektiven Sanierungsmassnahmen eine bevorstehende Einreichung der Bilanz anzukündigen.

## 2.5 Entwurf zur Revision des Rechnungslegungsrechts

Der Entwurf des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Revision des Rechnungslegungsrechts verpflichtet den Verwaltungsrat dazu, bereits im Falle einer Zahlungsunfähigkeit sofort einen Liquiditätsplan, der den aktuellen Bestand der flüssigen Mittel feststellt und eine Aufstellung der zu erwartenden Ein- und Auszahlungen in den nächsten zwölf Monaten enthält, zu erstellen. Dieser Liquiditätsplan ist von einem zugelassenen Revisor zu prüfen. Wird ersichtlich, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, so hat der Verwaltungsrat ohne Verzug die Generalversammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen.<sup>66</sup> Mit dieser Gesetzesänderung berücksichtigt das OR die Tatsache, dass das Entscheidende nicht so sehr die Bilanz der Gesellschaft sowie der qualifizierte Kapitalverlust und die Überschuldung im Rahmen einer retrospektiven Analyse sind, sondern die Rechnung über die Finanzflüsse in einer prospektiven Analyse der Zahlungsfähigkeit.<sup>67</sup>

## 2.6 Verantwortlichkeit der Revisionsstelle in Bezug auf die Feststellung der Überschuldung

Das Unterlassen einer Benachrichtigung des Richters durch die Revisionsstelle, obschon es die Situation erfordert hätte, zieht deren Verantwortung im Sinne von Art. 755 OR nach sich. Sie haftet für den Schaden, welcher der Verschlimmerung der Verhältnisse wegen ihres Schweigens entspricht.<sup>68</sup> Allerdings ist die Unterrichtung des Richters eine ultima ratio,<sup>69</sup> in Anbetracht der Schwierigkeit, die Lage zu beurteilen, wenn die Revisionsstelle der Meinung ist, dass der Richter benachrichtigt werden muss, während der Verwaltungsrat aufgrund einer abweichenden Einschätzung der Geschäftsaktivitäten untätig bleibt.<sup>70</sup>

Der mit einer eingeschränkten Revision beauftragten Revisionsstelle steht betreffend ihre Pflicht zur Unterrichtung des Richters im Falle einer Überschuldung, die festgestellt wurde oder in Bezug auf eine mit einer ordentlichen Revision beauftragten Revisionsstelle hätte festgestellt werden müssen, keine geringere Verantwortung zu, wenn das vollziehende Organ der Gesellschaft nicht handelt. Wegen der angemessenen Detailprüfungen, welche die Revisionsstelle im Rahmen einer eingeschränkten Revision durchzuführen hat (Art. 729a Abs. 2 OR), muss nämlich jede Risikosituation unabhängig von den zusätzlichen Honoraren, die dies erzeugen kann, ausführlich und angemessen geprüft werden. Das Gesetz validiert keine begrenzte Beurteilung im Falle von im Rahmen einer eingeschränkten Revision festgestellten oder in Betracht gezogenen Problemen. Jedes erfasste grössere Problem ist vollständig zu analysieren. Angesichts der Pflicht zu angemessenen Detailprüfungen gilt der begrenzte Charakter der Prüfung im Rahmen einer eingeschränkten Revision einzig für Verhältnisse, die anscheinend gesund sind und als solche hätten beurteilt werden können.

## Fazit

Das neue Revisionsrecht hat die Anzeige- und Einberufungspflichten der mit einer ordentlichen Revision beauftragten Revisionsstelle nicht empfindlich verändert. Die wesentlichen Neuheiten sind einerseits die Anzeigepflicht gegenüber dem Verwaltungsrat im Falle eines Verstosses gegen das Organisationsreglement und andererseits die Benachrichtigung der Generalversammlung bei Fällen, in denen der Verwaltungsrat – obschon er in schriftlicher Form über die Feststellung von Verstössen informiert wurde – die Ergreifung geeigneter Massnahmen zu deren Abhilfe unterlassen hat.

Was die mit einer eingeschränkten Revision beauftragte Revisionsstelle anbelangt, so ist die

durch das neue Recht hervorgebrachte Änderung empfindlich. Ihre Anzeigepflicht wird auf eine Benachrichtigung des Richters im Falle einer offensichtlichen Überschuldung und einer Untätigkeit des Verwaltungsrates begrenzt. Hingegen kann ihr die Generalversammlung mittels einer Ausdehnung ihres Mandats eine Anzeigepflicht dem Verwaltungsrat und ihr gegenüber im Falle eines Verstosses gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement sowie eine Anzeigepflicht gegenüber dem Verwaltungsrat im Falle der Feststellung von Verstössen, auf die hingewiesen wurde und ohne Massnahmen zu deren Behebung verblieben sind, übertragen. Die Erweiterung ist besonders im Falle von vollständigen Verwaltungsaufträgen, die treuhänderisch handelnden Verwaltungsräten anvertraut werden, zweckdienlich. Schliesslich ist anzumerken, dass der Entwurf zur Revision des Rechnungslegungsrechts neue Pflichten der Revisionsstelle bereits im Falle einer Zahlungsunfähigkeit – einer Situation, die von derjenigen einer Überschuldung zu unterscheiden ist – vorsieht. ■

<sup>1</sup> Böckli, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Zürich 2007 (zit. Revisionsstelle), N. 405; Basler Kommentar-Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II Art. 530 – 1186 OR, 3. A., Basel 2008 (zit. BSK-Autor, Art. N. ), insb. BSK-Watter/Maizar, Art. 728c N. 17.

<sup>2</sup> Siehe auch BSK-Watter/Maizar, Art. 728c N. 17; Bühlmann/Zemp, Erweiterte Anzeigepflicht gegenüber Verwaltungsrat und Generalversammlung, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2008, S. 924.

<sup>3</sup> Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, in: Bundesblatt 2004 (zit. BBI 2004 S. ), insb. BBI 2004 S. 4025.

<sup>4</sup> Vgl. Commentaire romand-Tercier/Amstutz (Hrsg.), Code des Obligations II Art. 530 – 1186 CO, Basel 2008 (zit. CRCO-Autor, Art. N. ), insb. CRCO-Peter/Cavadini/Dunant, Art. 728c N. 4; Bühlmann/Zemp, in: ST 2008 S. 921.

<sup>5</sup> BBI 2004 S. 4025; Böckli, Revisionsstelle, N. 399 ff.; BSK-Watter/Maizar, Art. 728c N. 10.

<sup>6</sup> CRCO-Peter/Cavadini/Dunant, Art. 728c N. 5; Ehret/Tzaud, Avis obligatoires élargis, in: ST 2008, S. 928.

<sup>7</sup> Ehret/Tzaud, in: ST 2008, S. 928.

<sup>8</sup> CRCO-Peter/Cavadini/Dunant, Art. 728c N. 9; siehe auch BSK-Watter/Maizar, Art. 728c N. 24.

<sup>9</sup> BSK-Watter/Maizar, Art. 728c N. 25.

<sup>10</sup> BBI 2004 S. 4025.

<sup>11</sup> CRCO-Peter/Cavadini/Dunant, Art. 728c N. 12; Böckli, Revisionsstelle, N. 408.

<sup>12</sup> Vgl. Bühlmann/Zemp, in: ST 2008, S. 925.

<sup>13</sup> Siehe auch BSK-Watter/Maizar, Art. 728c N. 26; Böckli, Revisionsstelle, N. 415.

<sup>14</sup> CRCO-Peter/Cavadini/Dunant, Art. 728c N. 11.

<sup>15</sup> BSK-Watter/Maizar, Art. 729c N. 1.

<sup>16</sup> BBI 2004 S. 4025.

<sup>17</sup> Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004 (zit. Böckli), § 1 N. 319 und § 15 N. 190; CRCO-Peter/Cavadini/Dunant, Art. 731a N. 2.

<sup>18</sup> CRCO-Peter/Cavadini, Art. 725 N. 4 f.; BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 3 f.

<sup>19</sup> Vouilloz, Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de la faillite, in: ST 2004, S. 315.

<sup>20</sup> Vgl. Treuhänder-Kammer, Schweizer Prüfungsstandards, Zürich 2004, PS 290-K.

<sup>21</sup> Böckli, § 13 N. 818; BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 41.

<sup>22</sup> Venturi/Bauen, Le conseil d'administration, Zürich 2007, N. 648.

<sup>23</sup> Siehe nachstehend VI.

<sup>24</sup> CRCO-Peter/Cavadini/Dunant, Art. 725 N. 54.

- <sup>25</sup> Vouilloz, in: ST 2004, S. 316; BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 42; BSK-Watter/Maizar, Art. 728c N. 34; BGE 4C.117/1999.
- <sup>26</sup> BGE 127 IV 110.
- <sup>27</sup> Kistler, Perte de capital et surendettement, in: ST 1993, S. 103 ff. und S. 209 ff., insb. S. 215; Camponovo, Wann ist die Überschuldung offensichtlich? in: ST 2000, S. 67 ff.; Hopf, Die Aufgaben der Revisionsstelle in der finanziellen Krise der AG, in: ST, 2002 S. 643 ff.
- <sup>28</sup> BSK-Watter/Maizar, Art. 728c N. 34; BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 48; BGE 4C.436/2006; BGE 129 III 131.
- <sup>29</sup> BGer., in: SJ 2001 S. 438; CRCO-Peter/Cavadini/Dunant, Art. 725 N. 47.
- <sup>30</sup> Camponovo, Aufgaben und Stellung der Revisionsstelle im Umfeld von Art. 725 OR, Neuerungen infolge des neuen Aktienrechts, in: ST 1997, S. 765 ff.
- <sup>31</sup> Stoffel, La société anonyme, la dissolution, la liquidation, le surendettement, Genf 1995, in: Schweizerische Juristische Kartothek (SJK) N. 403, S. 16.
- <sup>32</sup> Böckli, Revisionsstelle, N. 423.
- <sup>33</sup> BGE 4C.117/1999.
- <sup>34</sup> Garbarski, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 177.
- <sup>35</sup> BGE 4C.117/1999; 4C.46/2006; Böckli, Revisionsstelle, N. 734; BSK-Watter/Maizar, Art. 728c N. 38.
- <sup>36</sup> Garbarski, S. 178.
- <sup>37</sup> Siehe auch zu Gunsten dieser zweimonatigen Frist: Böckli, § 13 N. 777; Venturi/Bauen, N. 658.
- <sup>38</sup> Zürcher Kommentar/Die Aktiengesellschaft, Art. 698-730, Zürich 1969, insb. ZK-Bürgi, Art. 725 N. 15; Vouilloz, in ST: 2004, S. 316; BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 44.
- <sup>39</sup> GmbH: Art. 805 Abs. 1 OR; Genossenschaft: Art. 881 OR.
- <sup>40</sup> Vgl. BGE 116 IV 26, JdT 1992 IV 147, insb. 150; BGE 86 II 171, JdT 1961 I 38, insb. 44.
- <sup>41</sup> CRCO-Peter/Cavadini, Art. 699 N. 13.
- <sup>42</sup> Patry, Précis de droit suisse des sociétés, Bd. II, Bern 1977, S. 256; BSK-Dubs/Truffer, Art. 699 N. 3.
- <sup>43</sup> BGE 93 II 22.
- <sup>44</sup> BGE 121 III 420, 425.
- <sup>45</sup> BGE 116 II 320, 324; BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 1 ff.; Vouilloz, in: ST 2004, S. 312; CRCO-Peter/Cavadini, Art. 725 N. 4 f.
- <sup>46</sup> Handschin/Truniger, Die neue GmbH, 2. A., Zürich 2006, § 8 N. 40.
- <sup>47</sup> Böckli, § 13 N. 753 f.; Garbarski, S. 162.
- <sup>48</sup> Böckli, Revisionsstelle, N. 723.
- <sup>49</sup> Böckli, § 13 N. 722; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 2006, § 50 N. 198; BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 21; Garbarski, S. 161; CRCO-Peter/Cavadini, Art. 725 N. 21.
- <sup>50</sup> Vgl. PS 290-O.
- <sup>51</sup> Vgl. PS 290-O; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N. 196; Böckli, § 13 N. 723 ff.; CRCO-Peter/Cavadini, Art. 725 N. 16 ff.; Montavon, Droit Suisse de la SARL, Lausanne 2008 (zit. SARL), S. 356 f., wobei die Betrachtungen in Droit Suisse de la SA, 3. A., Lausanne 2004, S. 424 ff., nicht mehr übernommen werden.
- <sup>52</sup> Die Umwandlung von Forderungen in Kapital ist in der Lehre umstritten, wenn die umgewandelten Forderungen in den Aktiven der Bilanz keinen Gegenwert haben. Es ist das Problem der «Werthaltigkeit» der Forderungen, welche gewisse Autoren verlangen und andere nicht. Siehe dazu Forstmoser/Vogt, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft? In: ZSR 2003 I 531 ff.; BSK-Zindel/Isler, Art. 652c N. 4; Camponovo, in: ST 1999, S. 885; Bahar, Les créanciers dans l'assainissement: abandon, subordination et conversion de créances, in: ZSR 2005 I 473, 493 ff.; Böckli, § 2 N. 124 ff.; 149 ff.; Montavon, SARL, S. 165 ff.
- <sup>53</sup> PS 290-H; siehe das praktische Beispiel beschrieben in Apothéloz/Stettler/Dousse, Maîtriser l'information comptable, Bd. III, 3. A., Lausanne 2005, S. 207 ff.
- <sup>54</sup> CRCO-Peter/Cavadini, Art. 725 N. 28.
- <sup>55</sup> Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N. 201; BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 24.
- <sup>56</sup> Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N. 202; Böckli, § 15 N. 187 ff.; PS 290-Q-U.
- <sup>57</sup> Vouilloz, in: ST 2004, S. 313.
- <sup>58</sup> Vouilloz, a.a.O.
- <sup>59</sup> BBI 1983 S. 198; BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 28; CRCO-Peter/Cavadini, Art. 725 N. 28.
- <sup>60</sup> Zum Begriff vgl. namentlich Apothéloz/Stettler/Dousse, Maîtriser l'information comptable, Bd. II, 3. A., Lausanne 2005, S. 211 ff.; Helbling, L'analyse du bilan et du résultat, 7. A., Bern 1996, S. 86 ff.; CRCO-Peter/Cavadini, Art. 725 N. 31 ff.; Venturi/Bauen, N. 648.
- <sup>61</sup> Siehe auch Böckli, § 13 N. 768.
- <sup>62</sup> Böckli, § 13 N. 766; Garbarski, S. 165.
- <sup>63</sup> Vouilloz, in: ST 2004 S. 315.
- <sup>64</sup> Venturi/Bauen, N. 649; BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 30.
- <sup>65</sup> BSK-Wüstiner, Art. 725 N. 9; Garbarski, S. 166.
- <sup>66</sup> Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschaft-, Handelsregister- sowie Firmenrecht); Art. 725a E-OR.
- <sup>67</sup> Siehe auch Peter, La réforme du régime de la responsabilité des organes selon l'Avant-projet du 2 décembre 2005, in: Michel (Hrsg.), La révision du droit de la société anonyme, Lausanne 2008, S. 163, 174 ff.
- <sup>68</sup> Vgl. BGE 116 IV 26; BGE 86 II 171.
- <sup>69</sup> Stoffel, Le conseil d'administration et la responsabilité des administrateurs et réviseurs, in: Ciocca (Hrsg.), Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne 1993, S. 204; BSK-Watter/Maizar, Art. 728c N. 31.
- <sup>70</sup> Siehe auch Camponovo, Anzeige der offensichtlichen Überschuldung durch die Revisionsstelle, Alte und neue Probleme zu den neuen Art. 728c Abs. 3 bzw. 729c revOR, in: ST 2006 S. 382 ff.; Böckli, Revisionsstelle, N. 735 ff.