

Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle

Grundlagen, praktische Erfahrungen, Probleme

von Rico A. Camponovo, lic. oec. publ., Rechtsanwalt, Vizedirektor bei der KPMG, Zürich

Auf den 1. Juli 1992 ist das neue Aktienrecht in Kraft getreten. Erstmals seit Bestehen dieses Gesetzes wird der Revisionsstelle eine Art geschäftsführende Pflicht auferlegt. Sie muss den Konkursrichter über eine offensichtliche Überschuldung der von ihr revidierten Gesellschaft benachrichtigen, sofern der Verwaltungsrat dies unterlässt. Vor dem Hintergrund der massiven Zunahme von Gläubigerverlusten ist diese zusätzliche Schutzmassnahme zu begrüßen. Die Wirksamkeit dieser systemwidrigen neuen Aufgabe ist aber zweifelhaft und die praktische Handhabung ist teilweise noch unklar.

Le nouveau droit des sociétés anonymes est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1992. Il institue pour les réviseurs une obligation s'apparentant à un devoir de gestion. Ils doivent en effet informer le juge lorsque ce dernier n'est pas saisi par le conseil d'administration en cas de surendettement manifeste. Au vu de l'augmentation massive des pertes subies par les créanciers, cette innovation est bienvenue. On peut cependant douter de son efficacité au vu de son caractère atypique et sa concrétisation pratique n'est pas encore clairement déterminée.

The Revised Company Act entered into force on July 1, 1992. Auditors now have a new obligation that resembles a management duty. Indeed, should the board fail to inform the judge that the company is clearly excessively indebted, the auditors have to step in and do so. Given the massive increase in creditors' losses, such innovation is welcome. However, the effectiveness of this new and dysfunctional duty is uncertain and its practical implementation remains partly unclear.

Inhaltsübersicht

I. Vorgeschichte

1. Revision des Aktienrechts
2. Konkurs- und Nachlassverfahren / Gläubigerverluste

II. Stufenfolge der bisherigen Frühwarnsysteme

1. Buchführungspflicht
2. Massnahmen bei Kapitalverlust
3. Massnahmen bei Überschuldung
4. Massnahmen der Revisionsstelle

III. Anzeigepflicht der Revisionsstelle

1. Rettung der nicht funktionierenden Frühwarnsysteme?
2. Systembedingte Verspätung der Anzeige
3. Systemwidrigkeit der Anzeige
4. Schlussfolgerungen

IV. Praktische Handhabung der neuen Pflicht

1. Nachweis der Offensichtlichkeit der Überschuldung
2. Rangrücktritte und andere Sanierungsmassnahmen
3. Fristansetzung für den säumigen Verwaltungsrat
4. Abwahl der Revisionsstelle
5. Rücktritt der Revisionsstelle
6. Form der Überschuldungsanzeige
7. Weitere Pflichten der Revisionsstelle?

V. Verfahren vor dem Konkursrichter

1. Die Überschuldungsanzeige ist kein Konkursgrund
2. Recht des Verwaltungsrates auf Stellungnahme
3. Kostenvorschuss
4. Zusammenfassung

VI. Schlussfolgerungen

I. Vorgeschichte

1. Revision des Aktienrechts

Zwei wichtige Ziele der vor über vier Jahren erfolgten Teilrevision des Aktienrechts waren die Verbesserung des *Aktionärsschutzes* und des *Schutzes vor Missbräuchen* mit Aktiengesellschaften. Implizit enthalten diese Ziele auch die Idee, den *Gläubigerschutz* auszubauen. Man muss sich aber vor Augen halten, dass die Verbesserung des Gläubigerschutzes kein ausdrücklich anvisiertes Ziel der Aktienrechtsrevision war. Die vorliegend diskutierte neue Aufgabe der Revisionsstelle ist eine Ausnahme.

In der Botschaft über die Revision des Aktienrechts schlug der Bundesrat die Einführung des neuen Art. 729b Abs. 2 des Obligationenrechts vor¹. Diese neue, besonders geartete Anzeigepflicht der Revisionsstelle solle, so der Bundesrat, Konkursverschleppungen verhindern und die Gläubiger vor neuen Schulden der Gesellschaft und vor Gläubigerbevorzugungen schützen. Die Erfahrung habe nämlich gelehrt, dass der Verwaltungsrat alles daran setze, den schweren Gang zum Richter nicht tun zu müssen. Dies führe nicht selten

¹ Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., im folgenden «Botschaft», S. 847, 927 und insb. 932.

Entwicklung Konkursöffnungen und Gläubigerverluste (alle Gesellschaftsformen und natürl. Personen)									
	1960	1970	1980	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Einstellung mangels Aktiven	479	554	905	1642	1930	2909	3284	3236	3514
Summarische Verfahren	585	875	1885	4187	5317	6381	6727	6232	5864
Ordentliche Verfahren	241	271	290	378	401	529	48	212	596
Total Konkurse	1305	1700	3080	6207	7648	9819	10495	9680	9974
Gläubigerverluste Mio Fr.		221	727	1400	1596	1310	2467	2843	4017
Gerichtlich bestätigte Nachlassverfahren	201	152	112	58	88	134	160	167	147

Quelle: Bundesamt für Statistik, Sektion Unternehmen und Beschäftigung
Anmerkung: Für Aktiengesellschaften alleine gibt es keine Statistiken

dazu, fährt der Bundesrat weiter, dass die Konkursöffnung um Monate hinausgeschoben und der Gläubigerausfall stark vergrössert werde. Der Bundesrat, so scheint es, möchte die Revisionsstelle als letzten Rettungsanker der Gläubiger einsetzen.

2. Konkurs- und Nachlassverfahren / Gläubigerverluste

Ein Blick auf die *Konkurs- und Gläubigerverluststatistiken* (s. oben) zeigt, dass der Bundesrat allen Grund zu diesen für die Verwaltungsräte wenig schmeichelhaften Worten hatte.

Die Zahl der Konkursöffnungen hat sich seit 1960 mehr als versiebenfacht. Bedenklich ist dabei, dass diese Konkursverfahren regelmässig nicht im ordentlichen Verfahren durchgeführt werden können. Wurden 1960 noch 18% der Konkurse im ordentlichen Verfahren abgewickelt, so waren es im Durchschnitt der Jahre 1990–1995 nur noch 4.8%! Das heisst nichts anderes, als dass in diesem Zeitraum in über 95% der Konkursfälle die noch vorhandenen freien Aktiven nicht einmal für die Durchführung des normalen Konkursverfahrens ausreichen. In über 35% der Fälle (1995) wurde der Konkurs eingestellt, weil keine oder praktisch keine freien Aktiven mehr vorhanden waren.

In dieses Bild passen auch die ausgewiesenen *Gläubigerverluste* von durchschnittlich Fr. 2.23 Mia. in den letzten 6 Jahren. In dieser Zahl nicht inbegriffen sind die Verluste, die Gläubiger bei den Konkurseinstellungen mangels Aktiven erleiden, werden in diesen Fällen doch keine Kollokationspläne erstellt. Auch die Gläubigerverluste durch Nichteröffnung des Konkurses, z.B. mangels Kostenvorschuss, sind nicht eingerechnet und es gibt keine statistischen Angaben dazu.

Die jährlichen Gläubigerverluste könnten Fr. 4–5 Mia. betragen². Diese Schätzung aus dem Jahre 1991 muss für 1995 wohl erheblich nach oben korrigiert werden.

Diese drastischen Zahlen zeigen, dass praktisch nur noch die *pfandgesicherten Gläubiger* mit der Rückzahlung ihrer Forderungen rechnen können. Es handelt sich hier um ein eigentliches Malaise. In dieser Situation versteht es sich von selber, dass das Instrument des *Nachlassvertrages*, das eher die Sanierung als die Liquidation des Schuldners im Auge hat, kaum Anwendung findet.

II. Stufenfolge der bisherigen Frühwarnsysteme

Die Misere für die Gläubiger zeigt sich erst im Insolvenzfall. Das soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die eigentlichen *Schwachstellen* in den Frühwarnsystemen des Zivilrechts liegen. Die Befolgung der Vorschriften von Art. 662 ff. und 725 OR und die scharfe persönliche Haftung der Verwaltungsräte müssten gewährleisten, dass nur selten Konkursmassen ohne freie Aktiven und mit hohen Passiven anzutreffen sind. Dem ist aber nicht so. Es wäre *Aufgabe des Zivilrechts*, die rechtzeitige Konkursanmeldung sicherzustellen. Diese Sicherungssysteme scheinen je länger je mehr zu versagen.

² Vgl. z.B. die Schätzung von L. Krauskopf in: «Neue Zürcher Zeitung» vom 5.11.1991, S. 21.

1. Buchführungspflicht

Es beginnt bei der *gesetzlichen Buchführungspflicht* für wirtschaftliche Unternehmungen (Art. 957 ff. OR). Die Bücher müssen nach den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen, wie jenen der Vorsicht, der Stetigkeit, der Wesentlichkeit, der Wahrheit und der Klarheit, geführt werden. Für Aktiengesellschaften gelten gemäss den Art. 662 ff. OR zudem verschärfte Bestimmungen.

2. Massnahmen bei Kapitalverlust

Zusätzlich schreibt Art. 725 Abs. 1 OR dem Verwaltungsrat vor, dass er schon bei *häufigem Verlust des Eigenkapitals*, wenn also die Fremdkapitalien noch mehr als gedeckt sind, unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen habe³.

3. Massnahmen bei Überschuldung

Die nächste Warnstufe wird dann erreicht, wenn der Verwaltungsrat *begründete Besorgnis* hat, dass die *Eigenmittel aufgebraucht* sein könnten (Art. 725 Abs. 2 OR)⁴. Diese Vermutung verpflichtet ihn, eine *Zwischenbilanz* zu erstellen und, dies wurde unter dem neuen Aktienrecht eingefügt, sie von der Revisionsstelle prüfen zu lassen. Ergibt diese Bilanz eine Überschuldung sowohl unter dem Blickwinkel der Unternehmensfortführung als auch unter dem Blickwinkel der Unternehmensliquidation, so ist er verpflichtet, den Konkursrichter zu benachrichtigen. Von dieser Benachrichtigung kann er nur dann absehen, auch dies ist eine Errungenschaft des neuen Aktienrechts, wenn es ihm sofort gelingt, die Bilanz zu sanieren, indem Gläubiger mit ihren Forderungen auf qualifizierte Weise hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten. Erstaunlich ist die neuere Rechtslehre⁵ und das Bundesgericht (BGE 116 II 541), wel-

che dem Verwaltungsrat den Gang zum Richter ersparen wollen, wenn nur schon Sanierungschancen bestehen. Diese Erleichterung der Verzögerungstaktik widerspricht dem klaren Gesetzeswortlaut, ist angesichts der eingangs geschilderten Gläubigerverluste nicht sachgerecht und muss abgelehnt werden⁶.

4. Massnahmen der Revisionsstelle

Verletzt der Verwaltungsrat seine Pflichten, so muss die *Revisionsstelle* der Generalversammlung sowohl im Falle von Art. 725 Abs. 1 als auch Abs. 2 OR *Meldung* erstatten (Art. 729b Abs. 1 i.V. mit Art. 699 Abs. 1 OR). An dieser Generalversammlung kann die Revisionsstelle die Aktionäre lediglich darüber informieren, dass der Verwaltungsrat es unterlassen habe, diese einzuberufen und ihr Sanierungsvorschläge zu unterbreiten, bzw. eine Zwischenbilanz zu erstellen und prüfen zu lassen. Die Revisionsstelle kann und darf diese Aufgaben nicht an sich reissen⁷.

Vor diesem Hintergrund werden die eingangs erwähnten Worte des Bundesrates verständlich. Die *Schlüsselfigur Verwaltungsrat* verhält sich, aus welchen Gründen auch immer, anders als sie sollte. Nur nebenbei sei erwähnt, dass er von einer verspäteten Konkursanmeldung sogar persönlich profitieren kann.

nungslegung und Revision, in: Der Schweizer Treuhänder 11/94, im folgenden «*Helbling*», S. 883 ff., S. 886 Ziff. 7 Abs. 3.

⁶ BGE 116 II 541 erging noch unter altem Aktienrecht. Der Wortlaut des neuen Aktienrechts ist in Art. 725 Abs. 2 OR noch klarer geworden. Nur die erwähnten Rangrücktritte entbinden den Verwaltungsrat vom Gang zum Konkursrichter. Sofort wirksame Sanierungsmassnahmen können m.E. die Überschuldungsanzeige ebenfalls erübrigen. Dasselbe gilt, wenn der Verwaltungsrat ein Nachlassstundungsgesuch einreicht (s. auch Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1994, N 40 zu Art. 725 OR); Verhalten der Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung, Grundsatz zur Abschlussprüfung Nr. 15 der Treuhand-Kammer, in: Der Schweizer Treuhänder 12/95, Kammerorgane Ressort 1: Fachfragen, Vernehmlassung, S. 8 ff., im folgenden «GzA Nr. 15», Ziff. 4.17 und 4.20.

⁷ Botschaft, S. 932 letzter Absatz; GzA Nr. 15, Ziff. 4.6 und 4.10; Brunner Alexander, Handlungsalternativen der Revisionsstelle bei Überschuldung, in: Der Schweizer Treuhänder 11/94, S. 927 ff., im folgenden «*Brunner, ST*», S. 935 D. II, Ziff. 9 letzter Absatz. Im Falle einer Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR durch den Verwaltungsrat erübrigt sich die Information der Generalversammlung durch die Revisionsstelle allerdings dann, wenn diese von einer bereits offensichtlichen Überschuldung ausgeht und direkt Anzeige im Sinne von Art. 729b Abs. 2 OR erstattet.

³ Treuhand-Kammer, Revisionshandbuch der Schweiz, Zürich 1992, im folgenden «*RHB*», S. 518 ff.

⁴ RHB, S. 519 ff.

⁵ Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, im folgenden «*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*», § 50 N 212 mit weiteren Verweisen; Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 2. A. Zürich 1996, im folgenden «*Böckli*», N 1697 und 1711; Bär Rolf, Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht, in: Der Bernische Notar, 1992, S. 391 ff., S. 418/419; RHB, S. 526; Helbling Carl, Erfahrungen zu den Neuerungen in Rech-

Sind nämlich keine Aktiven für die Durchführung des Konkurses vorhanden, so muss er auch nicht mit der Geltendmachung seiner Haftung rechnen; der Konkursmasse fehlen dann die Mittel, diesen Anspruch zu verfolgen. Dazu kommt, dass die meisten kantonalen Prozessordnungen hohe, weil streitwertabhängige *Kostenvorschüsse* für die Geltendmachung des Anspruches verlangen⁸. Eine groteske Situation, sehen doch die Gesetze einerseits die Haftung des Verwaltungsrates vor und verlangen andererseits hohe Kostenvorschüsse, damit gegen die Säumigen überhaupt nur vorgegangen werden darf.

III. Anzeigepflicht der Revisionsstelle

1. Rettung der nicht funktionierenden Frühwarnsysteme?

In dieser prekären Situation – die Gesellschaft ist überschuldet, der Verwaltungsrat ist untätig oder verzögert den Gang zum Richter – möchte der Gesetzgeber, dass die *Revisionsstelle anstelle des Verwaltungsrates den Richter benachrichtigt*. Die Revisionsstelle ist aber erst dann zur Anzeige verpflichtet, wenn die *Überschuldung «offensichtlich»* ist, dies im Gegensatz zur Formulierung für den Verwaltungsrat, der bereits bei «normaler» Überschuldung handeln muss⁹. Das heisst, dass die Revisionsstelle erst eingreifen darf und muss, wenn die Überschuldung deutlich weiter vangeschritten ist, wenn sie sich auch bei optimistischer Betrachtungsweise nicht mehr leugnen lässt, wie sich die Botschaft ausdrückt¹⁰. Es kommt der Verdacht auf, dass dieser Rettungsanker schon von seiner Konzeption her keiner sein kann; was nützt es denn, einen Anker zu werfen, wenn das Schiff schon gesunken ist?

2. Systembedingte Verspätung der Anzeige

Die Revisionsstelle hat in der Regel nur einmal jährlich überhaupt Einblick in die Lage der Gesellschaft. Sie erfährt von der offensichtlichen Überschuldung in aller Regel erst bei der *jährlichen Abschlussprüfung*, was eine Verzögerung von theoretisch bis zu 1½ Jahren bedeuten kann¹¹. Von einem *engen zeitlichen Zusammenhang* zwischen der jährlichen *Abschlussprüfung* und der neuen *Anzeigepflicht* geht offensichtlich auch der Gesetzgeber aus. So hat er die neue Verpflichtung in Abs. 2 von Art. 729b OR direkt an die normalen jährlichen Aufgaben der Revisionsstelle in Abs. 1 desselben Artikels angeschlossen. Im alten Aktienrecht war die Pflicht zur Meldung der wahrgenommenen Mängel in Abs. 3 von Art. 729 aOR noch mit anderen jährlichen Aufgaben in einem Zuge in demselben Gesetzesartikel genannt worden. Diese neue Systematik zeigt, dass die Wahrnehmung der Anzeigepflicht in der Regel nur im Rahmen einer Abschlussprüfung erwartet werden kann.

Manchmal wird sie früher informiert, z.B. wenn der pflichtbewusste Verwaltungsrat sie um Prüfung der Zwischenbilanz angeht. In diesen Fällen liegt aber meist kein Handlungsbedarf durch die Revisionsstelle vor, zeigt der Verwaltungsrat durch die Erstellung der Zwischenbilanz ja gerade, dass er seinen Pflichten nachkommt. Häufig trifft die *Information* über eine Verschlechterung der Geschäftslage allerdings in weniger präziser Form ein. Der Verwaltungsrat oder der Finanzchef erkundigt sich z.B., welches die gesetzeskonforme Verbuchung eines aussergewöhnlichen Geschäftsfalles sei, oder Grossgläubiger wollen über ihre Schuldnerin bei der Revisionsstelle Erkundigungen einholen und informieren diese über Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin. In solchen und ähnlichen Fällen stellt sich die Frage, wie weit die Anzeigepflicht der Revisionsstelle reicht.

⁸ Vgl. z.B. für den Kanton Zürich § 73 Ziff. 7 oder für den Kanton Schwyz § 68 Ziff. 6 der Zivilprozessordnung.

⁹ Brunner Alexander, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, in: Aktuelle Juristische Praxis 6/92, S. 806 ff., im folgenden «Brunner, AJP», S. 808 Ziff. 2 Abs. 2.

¹⁰ Botschaft, S. 847; GzA Nr. 15, Ziffer 2.3; Böckli Peter, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Zürich 1994, Schriften zum neuen Aktienrecht, im folgenden «Böckli, Verantwortlichkeitsrecht», S. 78 lit c).

¹¹ Die Revisionsstelle ist ein denkbar ungeeignetes Instrument, um den gesetzlichen Anspruch der Gläubiger auf rechtzeitige Konkursöffnung zu gewährleisten. Dazu: Böckli, N 1713 f.; RHB, S. 525 Ziff. 3. 4735; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 33 N 90 f.; Pennone Robert, La Révision, in: Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne 1993, chapitre 13, S. 406 f.

3. Systemwidrigkeit der Anzeige

Die Aufgabe der Revisionsstelle ist retrospektiv und enthält keine geschäftsführenden Aspekte. Nach der neuen Anzeigepflicht soll die Revisionsstelle aber aufgrund von aktuellen Daten in die Zukunft gerichtete Entscheide treffen. Wer liefert ihr diese Informationen? Vielleicht der Verwaltungsrat, der selber nichts unternimmt, der mit übertriebenem Optimismus an die Sanierung aus eigener Kraft glaubt und nicht bemerkt, dass er längst die Bilanz hätte deponieren müssen? Die Erfahrung zeigt, dass der Verwaltungsrat keineswegs die Revisionsstelle auf eine offensichtliche Überschuldung aufmerksam macht. Zeigt die Zwischenbilanz eine Überschuldung, aber noch keine offensichtliche Überschuldung an, so kann von der Revisionsstelle nicht erwartet werden, dass sie laufend Einblick in die Buchhaltung verlangt, um den Tag nicht zu verpassen, an dem die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist. Die Revisionsstelle kann die zu prüfende Gesellschaft nicht dauernd überwachen. Undenkbar ist es, von der Revisionsstelle zu verlangen, sie müsse öffentlich zugängliche Informationen (Tages- und Wirtschaftspresse, Währungs-, Konjunktur- und Börsenschwankungen, Krisenfälle bei Beteiligungsgesellschaften und wichtigen Debitoren etc.) bezüglich ihrer Klienten verarbeiten und die Überschuldungssituation fortlaufend überwachen¹².

Es ist wichtig, dass die Revisionsstelle nicht in die Geschäftsführung eingebunden werden kann, könnte sie doch sonst ihre Prüfungspflichten nicht mehr unabhängig ausführen. Die Geschäftsführung ist und bleibt einzig Domäne des Verwaltungsrates, und er ist dafür nur der Generalversammlung verantwortlich; mit gutem Grund hat die Revisionsstelle kein Recht und keine Pflicht, dessen Geschäftsführungsentscheide zu kontrollieren¹³.

¹² RHB, Ziff. 5. 525, Ziff. 3. 4735 Abs. 2; GzA Nr. 15, Ziff. 4.9; Böckli, Verantwortlichkeitsrecht, S. 77/78 lit. a), aus Böcklis Formulierung wird nicht klar, wieviel konkretes Engagement er von der Revisionsstelle verlangt.

¹³ Vgl. Art. 728 Abs. 1 OR mit der eindeutig anderen Regelung für die genossenschaftliche Kontrollstelle in Art. 906 Abs. 1 OR; Botschaft, S. 932 zu Art. 729b Anzeigepflichten, 1. Abs.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 33 N 87 ff.; Kistler Bruno, Perte de capital et surendettement, in: Der Schweizer Treuhänder, 4/93, S. 209 ff., im folgenden «Kistler», S. 215 Ziff. 3b; abzulehnen ist Brunners Hinweis auf periodische Kontrollen durch die Revisionsstelle in ST, S. 933 D. II. Ziff. 6 Abs. 2.

4. Schlussfolgerungen

Diese neue Pflicht der Revisionsstelle scheint wenig durchdacht. Das Kriterium der Offensichtlichkeit bewirkt, dass die Revisionsstelle erst sehr spät handeln muss und darf; womit sich kaum etwas an der Tatsache ändern wird, dass die ungesicherten Gläubiger ihre Forderungen wohl auch in Zukunft abschreiben müssen. Andererseits ist es gar nicht möglich, die Handlungspflicht der Revisionsstelle zu verschärfen; ihr Umfeld, ihre Aufgabe, ihre Informationsinstrumente und die Idee ihrer Funktion verbieten dies. Die Revisionsstelle kann unmöglich die Aufgaben des Verwaltungsrates wahrnehmen. Diese neue Anzeigepflicht widerspricht der Aufgabenteilung zwischen den Organen und wird die nicht funktionsfähigen Frühwarnsysteme des Zivilrechts nicht ersetzen können.

IV. Praktische Handhabung der neuen Pflicht

1. Nachweis der Offensichtlichkeit der Überschuldung

Die neue Verpflichtung ist nun aber Gesetz geworden¹⁴. Deren Handhabung soll daher möglichst pragmatisch angegangen werden. Das Kriterium der Offensichtlichkeit erleichtert die Aufgabe der Revisoren. Diese müssen noch nicht eingreifen, wenn die Gesellschaft überschuldet erscheint, sondern erst, wenn kein Zweifel mehr über die Überschuldung besteht, wenn ohne grosse Abklärungen für jeden verständigen Menschen die Überschuldung evident ist und wenn auch bei Ausschöpfung des ganzen Ermessensspielraums zugunsten der Gesellschaft klar ist, dass diese überschuldet ist¹⁵.

Die Feststellung dieser Überschuldung wird vereinfacht, wenn aktuelle Bilanzen zur Verfügung stehen. Die Revisionsstelle gelangt darauf aufbauend auf relativ einfache Weise zu einer Bilanz, aus der die offensichtliche Überschuldung ersichtlich ist. Es besteht zwar keine gesetzliche Pflicht, diese mit selber erstellten Bilanzen zu belegen. Dennoch empfiehlt es sich, die Anzeige damit zu begründen. Der Konkursrichter braucht eine Grundlage für das nachfolgende Gespräch mit dem säumigen Verwaltungsrat.

¹⁴ Zur Bedeutung: Helbling, S. 886 Ziff. 7 Abs. 2.

¹⁵ Böckli, N 1714a; RHB, S. 525 Ziff. 3. 4735; Kistler, S. 215 3.b.

Was ist aber, wenn *keine Bilanzen und keine verlässlichen Zahlen zur Verfügung* stehen? Die Revisionsstelle hat ja im Normalfall keinen Zugriff auf die Buchhaltung der Gesellschaft, zudem wird ihr der renitente Verwaltungsrat die wichtigsten neuen Informationen vorenthalten. Auch in diesem Fall empfiehlt es sich, wenn immer möglich eine Bilanz zu erstellen, auch wenn auf veraltetem Zahlenmaterial aufgebaut werden muss¹⁶. Die Gesellschaft wird dabei nicht benachteiligt, kann der Verwaltungsrat vor dem Konkursrichter dazu doch Stellung nehmen.

2. Rangrücktritte und andere Sanierungsmassnahmen

Schon nach dem alten Aktienrecht hatte der Verwaltungsrat nach dem Wortlaut des Gesetzes bei normaler Überschuldung keine Alternative zur Bilanzdeponierung. Insbesondere waren allfällige *Sanierungsbemühungen* zuerst dem Konkursrichter zu unterbreiten und unter seiner Aufsicht oder derjenigen eines Sachwalters vorzunehmen. Auch nach dem neuen Aktienrecht präsentiert sich der Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung (Art. 725 Abs. 2 OR) gleich, mit der einzigen Ausnahme, dass der Verwaltungsrat die Möglichkeit erhält, die *Überschuldung durch Rangrücktritte* von Gläubigern vollständig zu *beseitigen*. Gelingt ihm dies, so kann er trotz Überschuldung von einer Benachrichtigung des Richters absehen. Andere Sanierungsmassnahmen müssen demnach auch nach dem neuen Aktienrecht vor Inangriffnahme dem Konkursrichter unterbreitet werden. Es ist hier nicht der Ort, auf die umstrittene Praxis zum alten Aktienrecht einzugehen. Diese gewährte dem Verwaltungsrat entgegen dem Gesetzeswortlaut die Möglichkeit, ohne Benachrichtigung des Richters praktisch alle sinnvollen Sanierungsmöglichkeiten zu versuchen. Es ist zu hoffen, dass diese Praxis nach dem neuen Aktienrecht restriktiver gehandhabt wird. Wie dem auch sei, für die Revisionsstelle stellt sich diese Frage nicht: liegt eine offensichtliche Überschuldung vor, so hat sie ihre Anzeige vorzunehmen. Sie hat keine Kompetenzen, dem Verwaltungsrat Zeit für weitere Sanierungsbemühungen einzuräumen.

Dem *Verwaltungsrat* verbleibt aber ein gewisser *Spielraum*, um die Revisionsstelle von der Anzeige ab-

zuhalten. Dieser besteht darin, dass er die offensichtliche Überschuldung innert Frist sofort und definitiv beseitigt. Es kann sich dabei aber nicht darum handeln, die Revisionsstelle von den hohen Erfolgchancen beabsichtigter Sanierungsmassnahmen zu überzeugen. Es geht nur noch um sofort *durchgeführte Sanierungsmassnahmen*, die das Bilanzbild direkt verbessern, z.B. qualifizierte Rangrücktrittserklärungen¹⁷. Die Revisionsstelle wird diese Rücktritte überprüfen müssen. So muss das *Ausmass der Rücktritte* die sich bei der Bewertung zu Fortführungswerten ergebende Überschuldung deutlich und unzweifelhaft beseitigen. Soweit die Fortführung der Gesellschaft in Frage gestellt ist, ist auch die Lücke der Liquidationsbewertung abzudecken¹⁸. Diese Rangrücktrittserklärungen müssen auch unwiderruflich und unbefristet sein, neben dem Rücktritt für den Insolvenzfall eine Stundung des Kapitals, der Zinsen und ein Rückzahlungsverbot enthalten. Das ist aber noch nicht genug. Auch die Bonität des zurücktretenden Gläubigers muss geprüft werden. Dieser muss nämlich den faktischen Verlust seiner Forderung verkräften können, ansonsten das Risiko besteht, dass seine Gläubiger im Zwangsvollstreckungsfalle den Rangrücktritt anfechten könnten. *Weitere Sanierungsmassnahmen* innert dieser kurzen Frist könnten Forderungsverzichte, *à fonds perdu* Zahlungen u.a.m. sein. In diesen Fällen wird die Revisionsstelle von der Überschuldungsanzeige absehen können, ja absehen müssen, weil die offensichtliche Überschuldung weggefallen ist.

3. Fristansetzung für den säumigen Verwaltungsrat

Ist die Revisionsstelle überzeugt, dass die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist, so empfiehlt es sich, dies dem Verwaltungsrat unter *Ansetzung einer Frist*¹⁹ zur Prüfung und anschliessenden Deponierung der Bilanz unverzüglich mitzuteilen. Die Fristansetzung gibt dem Verwaltungsrat die Möglichkeit, seine vergeblichen Bemühungen in eigener Regie durch

¹⁶ Ebenso Böckli, Verantwortlichkeitsrecht, S. 78 lit b).

¹⁷ Viktor Müller, in: Der Schweizer Treuhänder 11/94, S. 923 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N 214 ff. mit Literaturhinweisen in Fussnote 85; GzA Nr. 15, Ziffern 4.18 und 4.19.

¹⁸ GzA Nr. 15, Ziff. 4.19.

¹⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 33 N 93; RHB, S. 525 Ziff. 3, 4735; GzA Nr. 15, Ziff. 4.21; Brunner ST, S. 928 B. II., Abs. 2; Böckli, Verantwortlichkeitsrecht, S. 79 lit. e).

Bilanzdeponierung abzuschliessen. Die Fristansetzung ermahnt ihn auch, seine Pflichten endlich wahrzunehmen oder die Sanierungsbemühungen, sofern er nach wie vor daran glaubt, mit *Genehmigung des Richters* weiterzuführen. Diese Frist wird sinnvollerweise nicht mehr als 4–6 Wochen betragen. Es ist auch möglich, dass eine Mitteilung an den Verwaltungsrat und damit eine Fristansetzung ganz entfallen, weil z.B. feststeht, dass der Verwaltungsrat nicht handeln will oder kann.

Immer wieder kommt es vor, dass der Verwaltungsrat in dieser Phase versucht, die Revisionsstelle von einer Überschuldungsanzeige abzuhalten, oder wenigstens eine *Verlängerung* der angesetzten Frist zu erreichen. Die Revisionsstelle steht hier in der Regel vor einer heiklen Aufgabe, die einer Gratwanderung gleichkommt. Sie wird einerseits die gesetzliche Pflicht konsequent – nicht zuletzt im Hinblick auf ihre Verantwortlichkeit – durchsetzen wollen, kann sich aber andererseits während der laufenden Frist erfolgreich abgeschlossenen Sanierungsbemühungen des Verwaltungsrates nicht verschliessen.

Auf die *Fristansetzung* durch die Revisionsstelle reagieren die Verantwortlichen oft heftig und werfen der Revisionsstelle eine falsche Einschätzung der Lage vor. Meist heisst es, sie torpediere laufende und kurz vor dem erfolgreichen Abschluss stehende Sanierungsmassnahmen. Zudem schreke die allfällige *Publikation des Konkursaufschubes* die noch ahnungslosen Lieferanten und anderen Gläubiger der Gesellschaft auf, was zum raschen Zusammenbruch der Sanierungsverhandlungen führen würde. Manchmal wird sogar angedroht, dass die Revisionsstelle noch während der laufenden Frist durch eine eiligst zusammengerufene Generalversammlung abgewählt werde.

Die Revisionsstelle braucht über ihre Meinung der offensichtlichen Überschuldung nicht zu diskutieren²⁰; der Verwaltungsrat hat die Möglichkeit, seine Gegenargumente vor dem *Konkursrichter* vorzubringen. Es ist weiter nicht Aufgabe der Revisionsstelle, zu entscheiden, welche Wirkungen eine *Publikation* auf die Sanierungsbemühungen haben könnte. Der Gesetzgeber hat diese Kompetenz ausdrücklich dem Konkursrichter (Art. 725a Abs. 3 OR) zugesprochen, der eine *Publikation* aussetzen kann.

Was geschieht, wenn der Verwaltungsrat während laufender Frist mitteilt, er habe ein *Gesuch um Nach-*

lassstundung eingereicht? Soll die Revisionsstelle auf der Einhaltung der gesetzten Frist beharren? Dies ist zu bejahen. Die Pflicht zur Anzeige ist vom Gesetzgeber bedingungslos ausgestaltet worden. Bis zur Gewährung der Nachlassstundung können Monate vergehen und es ist keineswegs garantiert, dass der Nachlassrichter die Stundung gewährt. Dazu kommt, dass das Konkursrecht in Art. 173a SchKG (bzw. Art. 173a rev. SchKG) vorsieht, dass der Schuldner beim Konkursrichter mit dem Hinweis auf ein hängiges Nachlassstundungsgesuch die *Aussetzung des Konkurserkennnisses* beantragen kann.

4. Abwahl der Revisionsstelle

Was geschieht, wenn die *Revisionsstelle* noch während der laufenden Frist von der Generalversammlung zwecks Verhinderung der Überschuldungsanzeige *abgewählt* wird und daher nicht mehr legitimiert ist, die Überschuldungsanzeige zu erstatten? In kleineren und mittleren Unternehmen ist dies ohne weiteres möglich, sind Aktionäre und Verwaltung doch häufig identisch. Zudem kann die Revisionsstelle in der Schweiz jederzeit und voraussetzungslos abgewählt werden (Art. 727e Abs. 3 OR)²¹. Die Generalversammlung darf im vorliegenden Fall ihr Abberufungsrecht nicht dazu missbrauchen, die Revisionsstelle an ihrer Pflichtausübung zu hindern (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Wie eingangs erwähnt hat der Bundesrat diese neue Pflicht genau für diesen entscheidenden Moment vorgeschlagen. Das Recht und die Pflicht zur Überschuldungsanzeige werden daher durch die Abwahl nicht berührt, der Konkursrichter wird auf die Überschuldungsanzeige eintreten müssen²². So hat auch der Konkursrichter des Bezirkes Zürich in einem Entscheid vom 1. März 1994 ent-

²⁰ GzA Nr. 15, Ziff. 4.23 bis 4.25.

²¹ Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann der Revisor jederzeit zurücktreten. Daran hat auch Art. 727e Abs. 2 OR des revidierten Aktienrechts nichts geändert, obwohl dieser vorschreibt, dass die Gründe für den Rücktritt dem Verwaltungsrat mitzuteilen seien; gl.M.: *Schaub Marc-Antoine*, La démission du réviseur, in: Der Schweizer Treuhänder, Nr. 1–2/93, S. 21.

²² Eine Abberufung der Revisionsstelle in diesem heiklen Moment kann daher die Revisionsstelle nicht von der Pflicht gemäss Art. 729b Abs. 2 OR befreien. Sie kann sich nicht auf den rein formellen Aspekt der entfallenden Organstellung berufen, um ihrer wichtigen Funktion im Dienste des Gläubigerschutzes im entscheidenden Moment zu entsagen. Die Abberufung muss im Gegenteil in der Regel als weiteres Indiz für die fortgesetzte Untätigkeit des Verwaltungsrates gewertet werden; GzA Nr. 15, Ziff. 4.28.

schieden (ZR 94 [1995] Nr. 50). Die Überschuldungsanzeige markiert in einem späteren Verantwortlichkeitsfall auch den Zeitpunkt, in dem die Revisionsstelle ihrer Anzeigepflicht nachgekommen ist.

Selbstverständlich ist die Abwahl der Revisionsstelle ansonsten rechtsgültig. Die Revisionsstelle wird daher den Ablauf der gesetzten Frist nicht mehr abwarten und die Anzeige sofort erstatten. Sie wäre nicht mehr legitimiert, allfällig ergriffene Sofortsanierungsmassnahmen zu beurteilen.

Die Abwahl in diesem Zeitpunkt bedeutet aber auch eine gewisse *Versuchung für die Revisionsstelle*. Sie könnte sich erleichtert auf den Standpunkt stellen, sie sei zur Anzeige nicht mehr legitimiert. Damit könnte sie sich einer risikoreichen Aufgabe elegant entledigen, die zudem meistens nicht mehr honoriert wird. Besonders gross ist diese Versuchung, wenn gleichzeitig eine *neue Revisionsstelle bestellt* wurde und diese dem abgewählten Organ als seriös bekannt ist. Die abgewählte Revisionsstelle tut aber gut daran, sich nicht in Versuchung führen zu lassen²³. Sie kann nicht ihre Pflicht und schon gar nicht ihre Haftung auf die neue Revisionsstelle übertragen, indem sie diese z.B. darauf hinweist, dass eine offensichtliche Überschuldung bestehe, oder von dieser eine Erklärung verlangt, sie werde die Überschuldungsanzeige sofort vornehmen.

5. Rücktritt der Revisionsstelle

Die Revisionsstelle könnte auch versucht sein, *aus eigenem Antrieb zurückzutreten*. Ist die Überschuldung offensichtlich, hat sie dem Verwaltungsrat gar schon Frist angesetzt, so müsste ein Rücktritt als unzeitig und damit unzulässig im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR qualifiziert werden. Dieser Rücktritt käme einer Pflichtverletzung gleich. Auch wenn die Revisionsstelle trotz offensichtlicher Überschuldung seit längerer Zeit auf eigenes Risiko mit der Anzeige zugewartet hat, ist sie schlecht bedient, wenn sie zurücktritt. Da hilft nur eine *rasche Nachholung der verpassten Pflicht*. Denkbar wäre hingegen ein sofortiger Rücktritt im Anschluss an die Erstattung der Überschuldungsanzeige.

6. Form der Überschuldungsanzeige

Die Überschuldungsanzeige besteht in der Regel aus einem Handelsregisterauszug der Gesellschaft,

woraus sich auch die Organstellung der Revisionsstelle ergibt, einer kurzen Schilderung der Ereignisse, eventuell unterlegt mit Revisionsberichten und Bilanzen vorhergehender Jahre, dem Schreiben mit Fristansetzung an den Verwaltungsrat, dessen allfälligen Reaktionen darauf sowie der revidierten Zwischenbilanz²⁴ (sofern vorhanden) und/oder eigenen Aufstellungen der Revisionsstelle, die die offensichtliche Überschuldung belegen.

7. Weitere Pflichten der Revisionsstelle?

Manchmal verpflichtet der Richter die Revisionsstelle zur *Einreichung weiterer Unterlagen*. Diese Pflicht ist fraglich und ergibt sich jedenfalls nicht aus dem Gesetz²⁵. Oftmals fehlt es aber auch dieser an den wichtigsten Unterlagen, weil sie diese trotz mehrfacher Mahnung des Verwaltungsrates nie erhalten hat. Aus dem Sinn der Überschuldungsanzeige könnte eine solche Pflicht in bezug auf Unterlagen, die sich im Besitze der Revisionsstelle befinden, wohl bejaht werden. Sicher kann der Richter der Revisionsstelle keine weiteren Pflichten, wie die Erstellung oder die unentgeltliche Prüfung²⁶ von Zwischenbilanzen, die Beschaf-

²⁴ Dieser Zwischenbilanz muss im Gegensatz zu ZR 94 (1995) Nr. 49 E II./2. und 2.1 weder eine Zwischenerfolgsrechnung noch ein Anhang gemäss Art. 662 Abs. 2 OR beigelegt werden. Das ergibt sich aus dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 662 OR, der die Jahresrechnung als Bestandteil des jährlichen Geschäftsberichtes bezeichnet und in Abs. 2 die Jahresrechnung in drei Teile gliedert: Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang. Art. 725 Abs. 2 OR verlangt lediglich eine Zwischenbilanz. Nicht korrekt ist die Bemerkung im zitierten Entscheid, dass die Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 OR sich von der ordentlichen Jahresrechnung nur dadurch unterscheidet, dass jene einen kleineren Zeitraum erfasse. Bilanzen sind zeitpunkt- und nicht zeitraumbezogen. Es versteht sich von selber, dass eine Zwischenerfolgsrechnung und ein aktueller Anhang wertvolle weitere Informationen liefern, die im Falle eines Antrags auf Konkursaufschub unerlässlich sein können. Für ein Nachlassgesuch kann wohl ein kompletter Geschäftsbericht i.S.v. Art. 662 ff. OR verlangt werden (Art. 293 SchKG und mit extensiverer Formulierung Art. 293 rev. SchKG).

²⁵ Brunner, ST, S. 928/930 B. III.

²⁶ Dennoch ist die Meinung von Brunner in ST, S. 928 B. I. Abs. 2, dass der Konkurs nicht eröffnet werden könne, wenn der Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates eine ungeprüfte Bilanz beiliege, abzulehnen. Sie ist nicht sachgerecht, weil der Gläubiger- und Aktionärsschutz in solchen Fällen gebieten, den Konkurs zu eröffnen. Sie ist zudem widersprüchlich, weil Brunner den Nichteintretensentscheid

²³ GzA Nr. 15, Ziff. 4.28.

fung weiterer Informationen etc., auferlegen. Sie kann nur dazu angehalten werden, wozu sie als Organ sowieso verpflichtet wäre.

Wer beurteilt sofort wirksame Sanierungsmassnahmen, wenn diese erst bei der Verhandlung über die Konkurseröffnung vorgelegt werden? Der Richter versucht oft, der Revisionsstelle die Pflicht zur Überprüfung der neu vorgelegten Sanierungsmassnahmen aufzuerlegen. Er begründet dies damit, es sei Aufgabe des Kontrollorgans festzustellen, ob die Gesellschaft offensichtlich überschuldet sei. Das kann aber nicht richtig sein. Ist das Verfahren einmal beim Konkursrichter angelangt, so trägt er auch die volle Verantwortung für die richtige Weiterführung. Sicherlich kann er die Revisionsstelle damit beauftragen, die neuen Sanierungsmassnahmen zu beurteilen. Diese Aufgabe kann aber nur auf der Basis normalen Auftragsrechts erteilt werden²⁷.

V. Verfahren vor dem Konkursrichter

1. Die Überschuldungsanzeige ist kein Konkursgrund

Als das Aktienrecht geändert wurde (1.7.1992), wurde trotz Einführung des Art. 729b Abs. 2 OR das SchKG (insbesondere Art. 192) nicht geändert. Auch das revidierte SchKG, das am 1.1.1997 in Kraft treten wird (z.B. Art. 192 rev. SchKG), erwähnt die Anzeige der Revisionsstelle nicht. Es kann sich hier m.E. nicht um ein Versehen des Gesetzgebers handeln. Die *Anzeige der Revisionsstelle* ist nach altem und neuem SchKG kein Konkursgrund.

Die Anzeige der Revisionsstelle ist eine *Vorstellungsausserung*²⁸, als solche kann sie richtig oder falsch sein. *Böckli*²⁹ bezeichnet die Anzeige der Revisionsstelle als *Ersatzvornahme* für den säumigen Verwaltungsrat,

auf das Konkurseröffnungsbegehren zwecks Gläubigerschutz publizieren will. Vom Publikationszeitpunkt an seien gemäss Brunner die Gläubiger orientiert, dass die Vermögenslage der Gesellschaft nicht mehr einwandfrei sei. Einerseits will er die Gläubiger über die dubiose Vermögenslage orientieren, andererseits zweifelt er mangels revidierter Bilanz daran; richtig ZR 94 (1995) Nr. 49.

²⁷ Brunner, ST, S. 935 D. II. Ziff. 9 Abs. 3 und 6.

²⁸ *Bürgi/Wolfhart*, Zürcher Kommentar zu Art. 725 OR, im folgenden «*Bürgi*», N 15; Brunner, AJP, S. 816 Ziff. 2.1 Abs. 2.

²⁹ *Böckli*, N 1834a; ebenso Brunner, ST, S. 928 B. II. Abs. 2.

den nach wie vor die eigentliche Anzeigepflicht treffe. *Forstmoser*³⁰ spricht von der Benachrichtigungspflicht der Revisionsstelle als ultima ratio. Er vermutet, dass der Richter im Sinne von Art. 725 f. OR zu entscheiden habe, wenn sich der Verwaltungsrat der Anzeige durch die Revisionsstelle widersetze. *Kistler*³¹ beruft sich auf *Bürgi*³² und ist der Meinung, dass der Richter den Verwaltungsrat auf die Anzeige der Revisionsstelle hin zur Stellungnahme einladen müsse.

2. Recht des Verwaltungsrates auf Stellungnahme

Wie soll der Konkursrichter auf die Anzeige der Revisionsstelle auf gesetzeskonforme und zweckmässige Art reagieren? Zur Beantwortung dieser Frage empfiehlt es sich, die heutige und künftige gesetzliche Regelung zur Konkurseröffnung Revue passieren zu lassen.

Für die *ordentliche Konkursbetreibung* schreibt das SchKG in Art. 168 dem Konkursrichter die Vorladung der Parteien (Gläubiger und Schuldner) vor. Diese Ordnung wurde auch unter dem revidierten SchKG in Art. 168 rev. SchKG beibehalten. In der *Wechselbetreibung* wird gemäss Art. 189 SchKG die Konkurseröffnung innert 3 Tagen nach Anbringen des Konkursbegehrens ohne Parteiverhandlung ausgesprochen. In der Praxis erfolgt aber trotzdem oft zumindest die Anzeige der Verhandlung an die Parteien, damit diese teilnehmen können. Dem stehen die kantonalen Zivilprozessordnungen in der Regel auch nicht entgegen. So sieht die zürcherische ZPO für das summarische Verfahren in der Regel eine mündliche Verhandlung vor (§ 206 ff. i.V.m. § 213 Ziffer 5 ZPO ZH). In Art. 189 rev. SchKG wird das Gericht neu verpflichtet, den Parteien Ort, Tag und Stunde der Konkursverhandlung anzuzeigen. Sie sollen der Verhandlung beiwohnen können.

In den Fällen der *Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung auf Gläubigerantrag* wird der Schuldner, wenn er in der Schweiz wohnt oder in der Schweiz einen Vertreter hat, vor Gericht geladen und einvernommen (Art. 190 Abs. 2 SchKG und Art. 190 Abs. 2 rev. SchKG). Bei der *Insolvenzerklärung* (Art. 191 SchKG) und im *Konkurs gegen Aktiengesellschaften*

³⁰ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 33 N 92 f. und Fussnote 44.

³¹ *Kistler*, S. 215 a.E. Ziff. 3c.

³² *Bürgi*, Art. 725 OR N 16.

und Genossenschaften im Falle der Überschuldung (Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725 und 903 OR) wird in Art. 194 SchKG die Vorladung zur Konkursverhandlung (Art. 168 SchKG) nicht vorgeschrieben³³. Wie bereits erwähnt (für Zürich, ZPO § 206 ff.), kann der Richter eine Verhandlung im Sinne von Art. 168 SchKG ansetzen und Schuldner oder Verwaltung anhören.

Der Richter muss sich vom Vorhandensein der Überschuldung überzeugen³⁴. Praktisch unvermeidlich wird eine Verhandlung, wenn der Verwaltungsrat oder ein Gläubiger einen *Antrag auf Konkursaufschub* stellt (Art. 725a OR). Dasselbe gilt für die *Insolvenzerklärung* im revidierten SchKG (Art. 191 rev. SchKG), wo der Schuldner den Konkurs nur noch beantragen und nicht mehr «bewirken» kann, wie es unter dem alten Recht möglich war. Wenn bei natürlichen Personen Aussicht auf *private Schuldenbereinigung* besteht (Art. 333 ff. rev. SchKG), kann der Konkurs nicht eröffnet werden.

Macht ein *Gläubiger* von seinem neuen Recht auf *Antrag für eine Nachlassstundung* Gebrauch (Art. 293 Abs. 2 rev. SchKG) oder will der Konkursrichter gar von Amtes wegen ein Nachlassverfahren einleiten (Art. 173a Abs. 2 rev. SchKG), so drängt sich eine Verhandlung ebenfalls auf.

Es zeigt sich, dass heute nur in den Fällen der *Insolvenzerklärung*³⁵ und einer *begründeten Überschuldungsanzeige* des Verwaltungsrates³⁶, bei der keine Sanierungsaussichten mehr bestehen, sofort der Konkurs eröffnet werden kann. Im neuen SchKG wird die direkte Konkurseröffnung weiter erschwert. Dennoch bleibt die Konkurseröffnung ohne Parteiverhandlung möglich, sofern in den Fällen von Art. 192 rev. SchKG keine Sanierungsaussichten bestehen und weder Gläubiger noch Verwaltung entsprechende Anträge stellen.

Wie kann die neue Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle nun am besten in dieses Schema eingeordnet werden? Der Konkursrichter soll den pflichtvergessenen Verwaltungsrat auffordern, zur Anzeige Stellung zu nehmen, sofern er dieser etwas entgegenzusetzen hat. Andernfalls soll er den Verwaltungsrat auffordern, endlich die Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 OR (ev. in Verbindung mit einem Konkursaufschub- oder einem Nachlassgesuch) einzureichen.

Weiter kann der Richter dem Verwaltungsrat androhen, er werde bei Säumnis auf Grund der Akten entscheiden (z.B. ZPO ZH § 207) und er gehe diesfalls davon aus, dass die Überschuldung entsprechend der Anzeige der Revisionsstelle ausgewiesen sei. Anschliessend werde er den Konkurs über die Gesellschaft eröffnen.

3. Kostenvorschuss

Die Überschuldungsanzeige nach Art. 729b Abs. 2 OR ist im SchKG – wie erwähnt – nicht vorgesehen (vgl. Art. 192 SchKG und Art. 192 rev. SchKG). Vereinzelt ist es vorgekommen, dass der Konkursrichter gar der Revisionsstelle einen Kostenvorschuss auferlegen wollte. Dies entbehrt jeder Grundlage. Die Pflichten der Revisionsstelle sind ausschliesslich kontrollierender und nie finanzierender Natur³⁷.

Tritt der Richter auf die Anzeige der Revisionsstelle ein, so wird er den *Verwaltungsrat* zur *Stellungnahme* einladen und ihm für diejenigen Fälle einen Kostenvorschuss auferlegen, in welchen dieser eine eigene Überschuldungsanzeige und/oder ein Gesuch um Konkursaufschub einreichen will. Teilweise umstritten ist, ob der Gesellschaft in jedem Fall ein *Vorschuss* auferlegt werden kann. Im neuen SchKG ist dies nicht mehr möglich (Art. 192 i.V.m. Art. 194 rev. SchKG). Auch unter dem alten Recht kann m.E. ein Vorschuss nicht verlangt werden³⁸. Oder soll der renitente Verwaltungsrat die Überschuldungsanzeige durch simple Verweigerung des Kostenvorschusses doch noch unwirksam machen können? Das kann wahrlich nicht Sinn dieser Vorschrift sein; der Konkurs muss auch ohne Kostenvorschuss eröffnet werden. Anders sieht es aus, wenn der Verwaltungsrat sein Recht auf Stellungnahme wahrnehmen oder einen Konkursaufschub verlangen will.

4. Zusammenfassung

Damit präsentiert sich die Anzeige der Revisionsstelle als reine *Vorstellungsausserung*, die erst durch das Schweigen oder durch eine ungenügende Entgegnung der Verwaltung zur *gesetzlichen Fiktion* führt, der Verwaltungsrat sei mit der Lagebeurteilung der Revisionsstelle einverstanden. Der Richter muss dem Ver-

³³ *Bürgi*, Art. 725 OR N 16 mit weiteren Literaturhinweisen.

³⁴ *Brunner*, AJP, S. 812 C.I. Abs. 1.

³⁵ *Brunner*, AJP, S. 811 B.I. Abs. 1.

³⁶ *Brunner*, AJP, S. 812 III. 1.

³⁷ *Brunner*, ST, S. 930 B. IV. Abs. 3.

³⁸ *Brunner*, ST, S. 930 B. IV. Abs. 2.

waltungsrat Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen. Das Verfahren nimmt danach von Amtes wegen³⁹ seinen Verlauf, wie wenn der Verwaltungsrat seine Anzeige gemäss Art. 725 OR erstattet hätte. Es zeigt sich daher, dass die Revisionsstelle aus Haftungsgründen ihr Augenmerk vor allem darauf richten muss, die Anzeige der offensichtlichen Überschuldung nicht zu spät einzureichen. Weniger problematisch ist die Anzeige, die eher zu früh erfolgt⁴⁰. Der Verwaltungsrat erhält immer Gelegenheit nachzuweisen, dass keine Überschuldung existiert.

VI. Schlussfolgerungen

Dieser neuen Pflicht der Revisionsstelle *fehlt es an Wirksamkeit*. Das Kriterium der Offensichtlichkeit bewirkt einerseits, dass die Revisionsstelle erst sehr spät handeln muss und darf; womit sich kaum etwas an der Tatsache ändern wird, dass die ungesicherten Gläubiger ihre Forderungen bei Zahlungsunfähigkeit auch in

Zukunft abschreiben müssen. Andererseits ist es gar nicht möglich, die Handlungspflicht der Revisionsstelle zu verschärfen; ihr Umfeld, ihre Aufgabe, ihre Informationsinstrumente und die Idee ihrer Funktion verbieten dies. Sie kann unmöglich die Aufgaben des Verwaltungsrates wahrnehmen. Diese neue Anzeigepflicht wird die nicht mehr funktionsfähigen Frühwarnsysteme des Zivilrechts nicht ersetzen können. Dieses Problem könnte nur der Gesetzgeber lösen. Dabei müsste er neue Wege gehen, und z.B. ab einer bestimmten Grösse für alle Unternehmungen *Eigenmittelvorschriften* erlassen oder für Verwaltungsräte eine *Versicherungspflicht für Liquidationsmassen* müsste ersatzlos gestrichen werden. In dieser Hinsicht ist aber auf gesetzgeberischer Ebene nichts im Gespräch. Auch die Gerichtsinstanzen könnten etwas dazu beitragen, indem sie die *Verantwortlichkeitsprozesse* gegen Verwaltungsräte konsequenter anpacken und die endlos ausufernden Prozesse zeitlich straffer durchführen würden.

³⁹ Brunner, AJP, S. 816 Ziff. 2.1 Abs. 2; Brunner, ST, S. 930 IV. Abs. 2.

⁴⁰ Was vor allem dann der Fall sein wird, wenn der renitente Verwaltungsrat der Revisionsstelle keine Informationen mehr zukommen lässt.