

Rico A. Camponovo

Aufgaben und Stellung der Revisionsstelle im Umfeld von Art. 725 OR

Neuerungen infolge des neuen Aktienrechts

Zur Berechnung des hälftigen Kapitalverlustes gemäss Art. 725 OR verlangt das neue Aktienrecht neu den Einbezug der gesetzlichen Reserven. Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, genügt es nicht, eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten zu errichten. Neu muss diese auch zu Fortführungswerten erstellt und der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Neu darf der Verwaltungsrat die Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung unterlassen, sofern Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Diese Neuerungen werfen Fragestellungen auf, denen sich die Revisionsstelle nicht entziehen kann [1].

1. Einleitung

Die Grundlagen des Art. 725 OR haben im neuen Aktienrecht keine Veränderung erfahren. Die Begriffe «Bilanzverlust» [2], «Unterbilanz» [3], «Kapitalverlust» [4] und «Überschuldung» [5] werden von verschiedenen Autoren [6] mit verschiedenen Inhalten gebraucht. Auch das Gesetz verwendet die Ausdrücke nicht konsequent. Die von mir als Grundlage dieses Artikels verwendeten Voraussetzungen und Definitionen folgen in Ziffer 2.

2. Voraussetzungen und Definitionen

2.1 Voraussetzungen

Im Normalfall ist die Aktiengesellschaft auf Fortführung gerichtet, womit

ihre Aktiven höchstens zu den Werten gemäss Art. 664ff. OR bewertet wer-



Rico A. Camponovo, Rechtsanwalt,
lic. iur. et lic. oec. publ., Vizedirektor
KPMG, Zürich

den dürfen. Die nachfolgende Definition des Kapitalverlustes geht davon aus, dass diese Bewertungsobergrenzen weder über- noch unterschritten werden. Bei einer Unterschreitung dieser Werte besässe die fragliche Gesellschaft nämlich neben den Zwangsreserven weitere stille Reserven, die die nachfolgenden Berechnungen verfälschen [7]. Die Formeln basieren zudem auf der Annahme, dass das Fremdkapital zu den tiefsten aktienrechtlich zulässigen Werten eingesetzt wird.

Das Eigenkapital setzt sich aus dem für die Berechnung des Kapitalverlustes «gebundenen» und dem «freien» Eigenkapital zusammen. Zum in diesem Sinne gebundenen Eigenkapital gehört das nominelle Aktienkapital, das nominelle Partizipationskapital (Art. 656b Abs. 3 OR) und die gesetzliche Reserve, bestehend aus der allgemeinen Reserve, der Reserve für eigene Aktien und der Aufwertungsreserve.

Beim freien Eigenkapital handelt es sich z.B. um statutarische Reserven, um den Gewinnvortrag und weitere frei verwendbare Reserven. Diese spielen beim hier verwendeten Ansatz für die Berechnung von Kapitalverlust oder Überschuldung keine Rolle.

2.2 Kapitalverlust

Gemäss Art. 725 Abs. 1 OR liegt ein relevanter Kapitalverlust vor, wenn die Hälfte (oder mehr) des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist [8] (Abbildung 1). Mit anderen Worten ist dies der Fall, wenn die Aktiven einerseits das Fremdkapital mindestens egalisieren oder über-

steigen und andererseits letzteres gleichzeitig grösser ist, als die Differenz von Aktiven und der Hälfte des gebundenen Eigenkapitals. Dies kann kurz in der nachfolgenden Formel ausgedrückt werden:

Kapitalverlust i.S.v.Art. 725 Abs. 1 OR [9]

$$A \geq FK > A - \frac{AK_{nom} + PS_{nom} + RA_{llg} + RE_{akt} + RA_{aufw}}{2}$$

Soweit diese Bedingungen erfüllt sind, lautet die Formel für die Berechnung der Höhe des Kapitalverlustes:

Kapitalverlust i.S.v.Art. 725 Abs. 1 OR

$$\text{Kapitalverlust} = A - FK - \frac{AK_{nom} + PS_{nom} + RA_{llg} + RE_{akt} + RA_{aufw}}{2}$$

2.3 Überschuldung

Einfach gesagt, liegt eine Überschuldung dann vor, wenn die Aktiven kleiner als das Fremdkapital sind. Art. 725 Abs. 2 OR verlangt bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten. Für die Berechnung einer Überschuldung muss daher die Bewertung der Aktiven auf zwei verschiedene Weisen durchgeführt und anschliessend bei beiden Werten eine Überschuldung ausgewiesen werden (Abbildung 2). Andernfalls muss, so der Wortlaut von Art. 725 Abs.2 OR, der Verwaltungsrat den Richter noch nicht benachrichtigen. Die Berechnung ergibt sich nach folgender Formel:

Überschuldung [10]

$$AF < FK$$

und

$$ALiq < FK$$

3. Umfang der gesetzlichen Reserven i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR

Zu den gesetzlichen Reserven i.S. von Art. 725 Abs. 1 OR gehören die allgemeine Reserve (Art. 671 OR), die Reserve für eigene Aktien (Art. 671 a OR) und die Aufwertungsreserve (Art. 671 b OR). Dies ist heute, nachdem sich Böckli [11] der Mehrheitsmeinung angeschlossen hat, kaum mehr umstritten. Agiobeträge sind gemäss Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR der allgemeinen Reserve zuzuweisen und daher bei der Ermittlung der Sperrschwelle von Art. 725 Abs. 1 OR mitzuzählen.

Von der Reserve für eigene Aktien hingegen behauptet Homburger [12], sie dürfe für die Berechnung der Sperrziffer nicht berücksichtigt werden, da sowohl die Bildung wie die Auflösung dieser Reserve vom Verwaltungsrat beschlossen werden könne und weil es eine Rolle spiele, ob die in Frage stehende Reserve gemäss Gesetz frei verfügbar oder gesperrt sei. Die Reserve für eigene Aktien unterliege keiner Sperre.

Der Verwaltungsrat kann m.E. aber keineswegs frei über die Auflösung oder Bildung dieser Reserve bestimmen. Er ist im Gegenteil gemäss Art. 659a Abs. 2 OR beim Erwerb von eigenen Aktien zur Bildung dieser Reserve gezwungen. Im übrigen ist der Gesetzeswortlaut von Art. 725 Abs. 1 i.V.m. Art. 671 und 671a OR eindeutig: die Reserve für eigene Aktien gehört zur gesetzlichen Reserve. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese zusätzliche Vorsichtsmassnahme des Gesetzgebers zu Diskussionen Anlass geben kann. Die Berücksichtigung der Reserve für eigene Aktien führt ja gerade zu einem zusätzlichen Schutz für die Gläubiger, wird doch der Zeitpunkt, in dem der Verwaltungsrat Sanierungshandlungen unternehmen muss, dadurch vorver-schoben.

4. Berechnungsweise des hälftigen Kapitalverlustes i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR

Für die Berechnungsweise des Kapitalverlustes bestehen teilweise unter-

Abbildung 1
Kapitalverlust

Aktiven	Fremdkapital
	AK _{nom.} + PS _{nom.}
	RA _{llg.}
	RE _{akt.}
	RA _{aufw.}
	Gewinnvortrag
	freie Reserven

schiedliche Meinungen. Aus der *Abbildung 1* bzw. der obenstehenden Formel ersehen sie sofort, dass es für die Frage, ob ein Kapitalverlust vorliegt oder nicht, eine Rolle spielt, ob man die vorhandenen Bilanzzahlen vor der Berechnung des Kapitalverlustes verändert. Verrechnet man z.B. rein gedanklich die allgemeine Reserve [13] mit dem Bilanzverlust, so verkleinert sich die Bezugsgrösse, die sich aus Aktien-/Partizipations-scheinkapital plus gesetzliche Reserve zusammensetzt. Entsprechend verkleinert sich auch die Hälfte dieser Bezugsgrösse und siehe da, plötzlich ist der Kapitalverlust geschrumpft oder gar verschwunden. Von der Kommission für Revisionspraxis der Treuhänder-Kammer [14] wird gar vorgeschlagen, die Aufwertungsreserve könne gedanklich zur Berechnung des Kapitalverlustes vom Bilanzverlust abgesetzt werden.

Für die Berechnung des aktienrechtlich relevanten Kapitalverlustes sind m.E. keine gedanklichen Verrechnungen möglich [15]. Solche Gedankenspiele sind nur sinnvoll im Hinblick auf ein Sanierungskonzept und auf ent-

SESAM Software...

...alles, was Sie zum Buchen brauchen!

SESAM Software steht für moderne und professionelle Standardlösungen in Sachen Rechnungswesen, Finanzbuchhaltung und elektronischem Zahlungsverkehr. Ob Sie mit Windows 3.1, Windows 95 oder Windows NT arbeiten... mit SESAM Software finden Sie Ihre professionelle und individuelle Lösung!

Zum Beispiel die Finanzbuchhaltung FibuNT Expert: optimal ausgerichtet für den Einsatz in Treuhand- und Revisionsgesellschaften und deren Anforderungen an die Abschluss-, Steuer- und Beratungsaufgaben. Oder das Softwarekonzept der «Begleitenden Buchhaltung» für die direkte Zusammenarbeit zwischen Treuhänder und Mandanten, basierend auf einem einfachen und stets aktuellen Zweiweg-Datenaustausch.

INTUS NT Darauf aufbauend geht INTUS NT einen Schritt weiter und ergänzt SESAM Software zu einer umfassenden Windows-Gesamtlösung für Ihr Treuhandunternehmen – von der richtigen Hardware, über Administrationstools und Dienstleistungsabrechnung bis hin zur Produkteschulung und Hotline.

Springen Sie auf – und ab geht's in eine offene Buchhaltungswelt mit FibuNT, DebiNT, KrediNT, LohnNT und dem elektronischen Zahlungsverkehr DTA, LSV, CIC-Direkt, BESR/VESR, SAD...

...alles, was Sie zum Buchen brauchen!



Vertriebspartner:

datadesign®

Bahnstrasse 25

8603 Schwerzenbach

Tel: 01 825 66 88

Fax: 01 825 20 38

Hersteller:

Softinc Ltd

Oberneuhofstrasse 3

CH-6340 Baar

Tel: 041-769 68 68

Fax: 041-769 68 86

<http://www.sesam.ch>

Besuchen Sie uns!
orbit
Halle 212, Stand G20

SESAM®
S o f t w a r e

sprechende Beschlüsse der Sanierungsgeneralversammlung. Nur die Generalversammlung kann nämlich über die Verwendung der gesetzlichen Reserve entscheiden. Auch die Verwendung von statutarischen Reserven und des Gewinnvortrages fällt ja in die Kompetenz der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Dazu kommt, dass auch die Generalversammlung in der Verwendung dieser Reserven nicht frei ist. Sie kann die allgemeine Reserve jedoch ohne Einschränkung zur Deckung von Verlusten verwenden (Art. 671 Abs. 3 OR). Durch einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss verkleinert sich die Sperrziffer des Art. 725 Abs. 1 OR («Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven») und der Kapitalverlust kann alleine dadurch unter Umständen beseitigt werden. Die Reserve für eigene Aktien hingegen kann nur bei Veräusserung oder Vernichtung von Aktien im Umfang der Anschaffungswerte aufgehoben werden (Art. 671a OR). Die Aufwertungsreserve kann nur durch Umwandlung in Aktienkapital usw. verwendet werden (Art. 671b OR). Weder gedankliche noch be-

schlussmässige Verrechnungen sind hier denkbar.

5. Pflichten von Verwaltungsrat und Revisionsstelle im Umfeld von Art. 725 OR

5.1 Massnahmen des Verwaltungsrates bei Kapitalverlust

Art. 725 Abs. 1 OR schreibt dem Verwaltungsrat vor, dass er bei Kapitalverlust unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und, das ist neu, Sanierungsmassnahmen zu beantragen habe [16]. Nach dem alten Aktienrecht musste der Verwaltungsrat die Generalversammlung lediglich von der Sachlage unterrichten.

Der Verwaltungsrat muss m. E. einen realistischen und mindestens mittelfristigen Sanierungsplan vorlegen, mit dem Ziel, die vollständige Gesundung der Gesellschaft zu erreichen. Glaubt der Verwaltungsrat nicht an die Rettung der Gesellschaft, so soll er der Generalversammlung die Liquidation beantragen.

5.2 Massnahmen des Verwaltungsrates bei Überschuldung

Die nächste Stufe wird dann erreicht, wenn der Verwaltungsrat begründete Besorgnis hat, dass die Eigenmittel aufgebraucht sein könnten (Art. 725 Abs. 2 OR) [17]. 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 Rechtslehre [18] und das Bun-

desgericht (BGE 116 II 541), welche dem Verwaltungsrat den Gang zum Richter ersparen wollen, wenn nur schon Sanierungschancen bestehen. Diese Erleichterung der Verzögerungstaktik widerspricht dem klaren Gesetzeswortlaut, ist angesichts der grossen Gläubigerverluste in den letzten Jahren nicht sachgerecht und muss abgelehnt werden. BGE 116 II 541 erging zudem unter altem Aktienrecht. Heute zeigt sogar der Wortlaut des Gesetzes, dass nur die erwähnten Rangrücktritte des Verwaltungsrates vom Gang zum Konkursrichter entbinden.

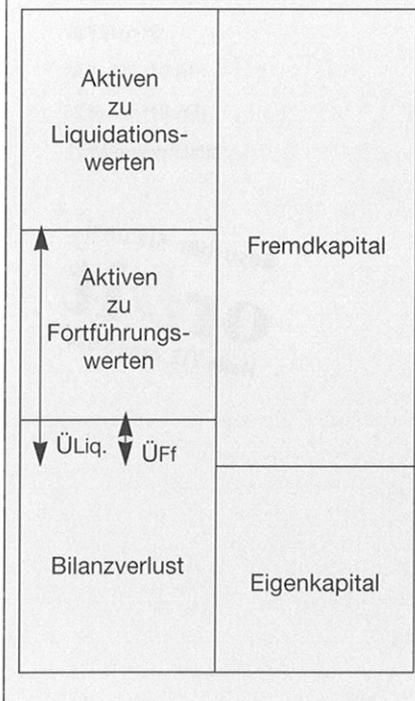
Es ist auffällig, dass der Gesetzgeber im Falle des Kapitalverlustes vom Verwaltungsrat die Einberufung einer Sanierungsgeneralversammlung und die Unterbreitung entsprechender Massnahmen verlangt und andererseits im Falle der Überschuldung keine solche Versammlung vorschreibt, sofern der Verwaltungsrat Rangrücktritte in der erforderlichen Höhe erhältlich machen kann. An sich ist es folgerichtig, dass der Gesetzgeber bei Überschuldung keine Sanierungsgeneralversammlung vorschreibt, geht er doch grundsätzlich davon aus, dass der Verwaltungsrat in diesem Falle die Bilanz deponieren muss und seine Sanierungsvorschläge dem Konkursrichter zu unterbreiten hat (Art. 725a OR). Trotz Fehlens einer entsprechenden Bestimmung muss jedoch m. E. auch bei genügenden Rangrücktritten eine Sanierungsgeneralversammlung einberufen werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Verwaltungsrat vom Gesetz bei Kapitalverlust zu diesem Schritt gezwungen wird und in der prekäreren Situation der Überschuldung die Sanierungsmassnahmen, die neben den Rangrücktritten auf jeden Fall unerlässlich sind, nicht einer Generalversammlung unterbreiten müsste [19].

5.3 Massnahmen der Revisionsstelle

5.3.1 Meldung an die Generalversammlung

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

Abbildung 2
Überschuldung



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 lassen. Die Revisionsstelle kann und darf diese Aufgaben nicht an sich reisen [20].

5.3.2 Prüfung der Zwischenbilanz

Wie erwähnt, muss diese Zwischenbilanz neu zu Fortführungs- und Veräusserungswerten erstellt und von der Revisionsstelle geprüft werden. Für die Form des Prüfberichtes finden wir im Gesetz keine Vorschrift [21]. Wie beim normalen Bericht gemäss Art. 729 OR muss der Bericht m.E. schriftlich abgefasst werden. Er richtet sich jedoch nicht an die Generalversammlung sondern an den Verwaltungsrat.

In der Praxis zeigt sich jedoch, dass sich der Verwaltungsrat im Überschuldungsfalle und wenn er die Sanierungsaussichten als schlecht beurteilt mit diesen Pflichten schwer tut. Oft muss die Revisionsstelle, die den Konkursrichter wegen offensichtlicher Überschuldung benachrichtigt, die Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten provisorisch selber erstellen und beim Konkursrichter einreichen. Manchmal reicht der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz direkt dem Konkursrichter ein, für die Erstellung eines Prüfungsberichtes reicht jedoch das Geld nicht mehr. Glücklicherweise gibt es bereits verschiedene Entscheide [22], die der Meinung von Brunner [23] nicht gefolgt sind, dass der Konkurs nicht eröffnet werden könne, wenn der Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates eine ungeprüfte Bilanz beiliege. M.E. gebietet der Gläubiger- und Aktionärsschutz in solchen Fällen, den Konkurs zu eröffnen. Die Zukunft wird zeigen, ob diese neue Prüfungspflicht in kritischen Fällen nicht zu Makulatur verkommt und praktisch nur dann eingehalten wird, wenn der Verwaltungsrat von der Sanierung überzeugt ist und diese durch einen formellen Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR realisieren will.

5.3.3 Anzeigepflicht der Revisionsstelle an den Richter

In dieser prekären Situation – die Gesellschaft ist überschuldet, der Verwaltungsrat ist untätig oder verzögert den Gang zum Richter – möchte der Gesetzgeber gemäss neuem Aktienrecht (Art. 729b Abs. 2 OR), 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 muss [24].

6. Beurteilung des Rangrücktritts durch die Revisionsstelle

6.1 Einleitung

Rangrücktritte von Gläubigern sind seit Jahrzehnten in der Praxis verbreitet [25]. Ob diese den Verwaltungsrat von der Benachrichtigung des Richters entbinden, war allerdings umstritten (vgl. z.B. ZR 89 [1991] Nr. 94). Im neuen Aktienrecht wurde dieser nun durch das Gesetz anerkannt. Art. 725 Abs. 2 OR gibt dem Verwaltungsrat die Möglichkeit, trotz festgestellter Überschuldung auf die Benachrichtigung des Richters zu verzichten, sofern «Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten».

Allerdings ergeben sich durch die unklare Formulierung auch neue Probleme [26]. Im alten Aktienrecht (Art. 725 Abs. 2 aOR) wurde nur eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten verlangt, im neuen Aktienrecht wie erwähnt hingegen auch eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten. Dazu kommt, dass das Gesetz gemäss seinem klaren Wortlaut nur von einem Rangrücktritt spricht und die für die Wirksamkeit unerlässliche Stundung überhaupt nicht erwähnt. Damit würde es der Gesetzeswortlaut zulassen, dass ein Gläubiger seine Forderung einem Rangrücktritt unterstellt, diese aber sofort nach Fälligkeit eintreiben kann [27].

Weil Rangrücktritte zumeist schriftlich abgefasst werden, ist er bei dieser Forderungseintreibung sogar im Vorteil, besitzt er doch eine Schuldanerkennung und damit einen Rechtsöffnungstitel [28], der ihm eine beschleunigte Realisierung der Forderung – eventuell vor Einleitung einer Zwangsvollstreckung – gestattet. Ich gehe im folgenden davon aus, dass der Gesetzgeber dies nicht beabsichtigt hat, sondern dem Verwaltungsrat den Gang zum Richter nur bei einem umfassenden Rangrücktritt mit Stundung, wie ihn die Praxis definiert hat erlassen will.

Die Prüfungsaufgaben der Revisionsstelle gemäss Art. 728 ff. OR und insbesondere die Anzeigepflichten von Verstössen gegen Gesetz oder Statuten gemäss Art. 729b Abs. 1 OR machen eine eingehende Prüfung der vom Verwaltungsrat vereinbarten Rangrücktrittserklärungen durch die Revisionsstelle erforderlich [29].

6.2 Begriff und Zweck des Rangrücktritts

Art. 725 Abs. 2 OR ist eine Gläubigerschutzbestimmung. Zweck des Rangrücktritts ist es daher, Gläubigerausfälle zu verhindern, indem der im Rang zurücktretende Gläubiger seine Bereitschaft erklärt, im Konkurs- oder Nachlassfalle Verluste der Gläubiger bis zur Höhe seiner Forderung als einziger zu übernehmen. Der überschuldeten Gesellschaft ermöglicht der Rangrücktritt die Weiterführung des Geschäftes und im Zusammenhang mit anderen Massnahmen die Sanierung der Gesellschaft. Das Gesetz sanktioniert mit dieser Bestimmung erstmals, dass ein Geschäft in gewissen Fällen ohne Eigenkapital betrieben werden darf [30].

Heute ist allgemein anerkannt, dass nur ein Rangrücktritt genügt, bei welchem der Gesellschaftsgläubiger unbedingt und unwiderruflich sowohl den Rücktritt im Rang für den Insolvenz- oder Liquidationsfall als auch Stundung der Kapitalforderung, evtl. auch Stundung der Zinsen, erklärt und zwar mindestens so lange als ungedeckte Forderungen gegenüber Dritten bestehen [31]. Auch ein Verrechnungsverbot

gehört dazu, ansonsten könnte der Gläubiger die Forderung auf diesem Weg tilgen [32]. Durch die Stundung fehlt es allerdings sowieso an der für die Verrechnung notwendigen Voraussetzung der Fälligkeit (Art. 120 Abs. 1 OR), im Konkurs wird diese Voraussetzung jedoch erfüllt (Art. 208 Abs. 1 SchKG).

Zweiseitig sollte die Vereinbarung sein, weil auch die Gesellschaft die Forderung nicht tilgen darf. Unwiderprüflich muss der Vertrag deshalb ausgestaltet werden, weil der Gläubiger seinen Verzicht auf vorläufige Tilgung seiner Forderung zu Gunsten der anderen Gläubiger der Gesellschaft ausspricht. Im Zwangsvollstreckungsfalle wird dies z.B. im Kollokationsplan deutlich, weil die anderen Gläubiger durch Kollokationsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG) die Zurückversetzung im Rang gegenüber dem betroffenen Gläubiger durchsetzen können [33]. Nichts anderes kann für den Fall der unerlaubten Rückzahlung ausserhalb des Zwangsvollstreckungsfalles gelten. Jeder Gläubiger hat gemäss Art. 112 OR das Recht, den betreffenden Gläubiger auf Rückleistung an die Gesellschaft zu verklagen [34].

6.3 Höhe des Rangrücktritts

Das Gesetz nimmt leider nicht Stellung zur Frage, ob die Deckungslücke zu Fortführungswerten, jene zu Liquidationswerten oder die Grössere der beiden abgedeckt werden müsse [35]. Aus Art. 725 Abs. 2 OR geht allerdings hervor, dass der Verwaltungsrat den Richter nur benachrichtigen muss, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind. Entsprechend findet sich in der Botschaft zum neuen Aktienrecht (BBl. 1983 II S. 927) der Hinweis, dass, wenn nur die Liquidationsbilanz eine Überschuldung zeige, die Eröffnung des Konkurses jedenfalls dann nicht angezeigt sei, wenn die Fortführung der Gesellschaft in keiner Weise gefährdet sei. In der Botschaft steht dieser Satz allerdings nicht im Zusammenhang mit der Frage, wie hoch ein allfälliger Rangrücktritt sein müsse. Diese Äusserung der Botschaft bezieht sich ganz allge-

mein auf die Anwendbarkeit des Art. 725 OR.

Wenn eine Bilanz zu Fortführungswerten eine Überschuldung zeigt und sich zu Veräusserungswerten eine noch grössere Überschuldung ergibt, stellt sich daher die Frage, ob ein Rangrücktritt im Ausmass der Unterdeckung zu Fortführungswerten genüge. Im Allgemeinen ist wohl davon auszugehen, dass dies dann genügt, wenn die Fortführungsfähigkeit der Unternehmung nach sachgerechter und pflichtgemässer Beurteilung nicht in Frage steht [36]. Keine Zweifel an der Fortführungsfähigkeit bestehen dann, wenn die Gesellschaft durch den Rangrücktritt und vor allem durch die weiteren Sanierungsmassnahmen innert Kürze in der Lage sein wird, wieder gewinnbringend zu arbeiten. Sollte das Sanierungspaket Teilliquidationen der Gesellschaft umfassen, so müssen für diese Aktiven allerdings die Liquidationswerte berücksichtigt werden.

Diese Auslegung von Art. 725 Abs. 2 OR widerspricht dem Gesetzeswortlaut nicht. Sie berücksichtigt zudem, dass es in der Praxis Unternehmungen gibt, die Gewinne erwirtschaften, obwohl ihre Aktiven zu Liquidationswerten die Gläubigerforderungen nicht vollumfänglich abdecken würden. Ich denke dabei nicht nur an Gesellschaften, die erst vor kurzem gegründet wurden, bei diesen liegt der Liquidationswert wohl meistens tiefer als der Fortführungswert, sondern auch z.B. an Immobiliengesellschaften, die in der heutigen Zeit aus gewissen Liegenschaften befriedigende Erträge erarbeiten, bei einer Zwangsliquidation jedoch einen Wertverlust hinnehmen müssten. Diese Überlegungen treffen auch auf andere Gesellschaften zu, die z.B. für spezialisierte Aufgaben massgeschneiderte und teure Anlagen beschaffen mussten und daher einen tiefen Liquidationswert besitzen. Dazu kommt, dass es wohl unbestritten ist, dass ein Forderungsverzicht in der Höhe der Unterdeckung zu Fortführungswerten den Gang zum Richter überflüssig machen würde [37]. Art. 725 Abs. 2 OR wäre nicht anwendbar. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Rangrücktritt in der entsprechenden Höhe nicht genügen sollte.

An sich ist es nicht sinnvoll, die Höhe des Rangrücktritts exakt auf das Ausmass der bestehenden Lücke auszurichten [38]. Dadurch muss die Gesellschaft, wie gesagt, mit einem Eigenkapital von null arbeiten. Es wäre sinnvoller, wenn man sich für die Höhe des Rangrücktritts an Art. 725 Abs. 1 OR orientieren würde. Dieser verlangt vom Verwaltungsrat Sanierungsmassnahmen schon, wenn die Hälfte von Aktienkapital und gesetzlichen Reserven noch vorhanden sind. Weshalb sollte daher im Falle einer Überschuldung, die zu weit grösserer Besorgnis Anlass geben muss, lediglich die Deckung der entsprechenden Lücke genügen? Deckt der Rangrücktritt nur die Überschuldungslücke ab, so muss der Verwaltungsrat zudem gemäss Art. 725 Abs. 1 OR jedes Jahr nach Erstellung der Jahresrechnung eine Sanierungsgeneralversammlung einberufen, und zwar so lange, bis die durch die erfolgreichen Sanierungsmassnahmen erwirtschafteten Erträge die Hälfte des Kapitals wieder decken [39]. Je nach Höhe des nominalen Kapitals – das gesetzliche Minimum liegt ja bei CHF 100 000.– – kann dieser überschüssende Teil des Rangrücktritts daher von CHF 50 000.– bis zu einem viel grösseren Betrag reichen. Bei einem Aktienkapital von CHF 100 000 000.– müsste der die Deckungslücke überschüssende Teil CHF 50 000 000.– betragen. Es ist daher nicht sinnvoll, eine fixe Grösse für diesen überschüssenden Teil anzugeben. Man wird sich im Einzelfall daran orientieren müssen, in welchem Zeitraum die Sanierung von statten geht und den Überschuss entsprechend dotieren.

6.4 Rückzahlung von rangrücktrittsbelasteten Forderungen?

Können Rangrücktritte so ausgestaltet werden, dass sie sich parallel zur während der Sanierung abnehmenden Überschuldung reduzieren? Eine ähnliche Frage stellt sich für Rangrücktritte von verschiedenen Gläubigern, die z.B. infolge weiterer Vergrösserung der Überschuldung nicht zum gleichen Zeitpunkt abgegeben werden. Kann in die Rangrücktrittsvereinbarung mit dem zweiten Gläubiger eine Klausel aufgenommen werden, die besagt, dass der zweite Rangrücktritt nur bis zur

„Mit der Zukunft sicher Schritt halten“

KHK auf der Orbit in Basel
(23.9.-27.9.) Halle 224, Stand P70

Ihr Partner: Sage KHK

Mit dem Zusammenschluss von Sage und KHK ist der weltweit führende Anbieter kaufmännischer Software entstanden. Sage KHK garantiert Ihnen die Sicherheit, Funktionalität und den Service rund um kaufmännische Software, den nur ein internationaler Marktführer bieten kann. Neue Technologien und erweiterte Service- und Supportangebote ergänzen das bewährte Angebot von KHK. Sage KHK bietet heute die wohl grösste Auswahl sowohl bewährter als auch zeitgemässer kaufmännischer Lösungen. Dies reicht von der Finanzbuchhaltung über die Auftragsbearbeitung, das Bestellwesen und die Produktion bis hin zur Lohnbuchhaltung. Programme von Sage KHK sind massgeschneidert für jede Unternehmensgrösse, vom Kleinbetrieb bis hin zum grossen mittelständischen Unternehmen, erhältlich.

sage KHK

„Mit der Zukunft sicher Schritt halten“

KHK Software AG · Schäferweg 18 · 4057 Basel
Tel. 061-639 55 55 · Fax 061-639 55 00
Email: Info@khk.ch

Ihre Software: Office Line SQL Salärabrechnung



Die neue Office Line SQL vereint modernste Technologie mit praxisgerechten Leistungen. Als 32-Bit-Lösung für verschiedene SQL-Server entwickelt, nutzt sie alle Möglichkeiten von Microsoft Windows 95 und Microsoft Office. Die Office Line SQL umfasst Finanz- und Anlagebuchhaltung, Auftragsbearbeitung, Lagerwirtschaft und Einkauf sowie Salärabrechnung. Die neue Salärabrechnung ist als Personalverwaltungssystem konzipiert und geht weit über die üblichen Salärbuchhaltungen hinaus. Verwaltung von Mitarbeiterdaten, innerbetriebliches Bescheinigungswesen sowie ein Personalinformationssystem ergänzen das Programm. Die Office Line SQL Salärabrechnung entspricht allen Vorschriften des Bundes, der Kantone und der SUVA. Qualifizierte Fachhandelspartner vor Ort und direkter Support durch Sage KHK gestalten den Einstieg in die Office Line SQL einfach und sicher.



OLTREU 9/97

Bitte senden Sie mir Informationen über die Office Line SQL

Firma

Name

Strasse

PLZ/Ort

Tel./Fax

Überdeckung dieses zweiten Rangrücktritts dauert und nicht etwa bis das Eigenkapital wieder auf null gestiegen ist [40]?

Verläuft die Sanierung plangemäss, so versteht es sich von selber, dass die Überschuldung abnimmt. Die Sanierung ist aber erst abgeschlossen, wenn das Eigenkapitalkonto wieder auf null gestiegen ist, bzw. es sollte ein erheblicher Teil – im Idealfall das gesamte Eigenkapital – wieder hergestellt sein. Allein aus diesem Grund verbietet es sich, Rangrücktritte mit Degressionsklauseln zu versehen. Die Sanierungsphase ist eine kritische Zeit für die betroffene Unternehmung. Die erfolgreiche Sanierung erfordert alle Kräfte und eine disziplinierte Realisierung der Sanierungsmassnahmen. Auch die Idee einer Kaskade von Rangrücktritten mit verschiedenen Auflösungszeitpunkten widerspricht dieser These.

Es versteht sich, dass in der Praxis Fälle denkbar sind, in denen solche Klauseln nicht a priori ausgeschlossen werden können. Dies gilt z. B. wenn die Rangrücktritte im Rahmen des Sanierungskonzeptes untergeordnete Bedeutung haben oder wenn der zweite Rangrücktritt betragsmässig im Verhältnis zum ersten Rangrücktritt und im Verhältnis zu den anderen Sanierungsmassnahmen unbedeutend ist. Auch in diesen Fällen empfiehlt sich jedoch eine klare vertragliche Regelung und z. B. eine gewisse Wartefrist für die Rückzahlung nach erfolgtem Wegfall bzw. Reduktion des Rangrücktrittes [41].

Manchmal präsentiert sich der Revisionsstelle anlässlich der Abschlussprüfung die Situation, dass die rangrücktrittsbelastete Forderung vertragswidrig teilweise zurückbezahlt worden ist, z. B. in dem Umfang, in dem die Überschuldung im zu prüfenden Geschäftsjahr zurückgegangen ist oder in einem beliebigen anderen Umfang. Es stellt sich die Frage, ob die Revisionsstelle einen Hinweis auf die Rückzahlung in ihren Bericht aufzunehmen hat, auch wenn die Höhe der bestehenden Rangrücktritte nach wie vor genügend ist.

Wie in Ziff. 6.2 oben erwähnt, setzt die vertragswidrige Handlung die Klagemöglichkeit der übrigen Gläubiger

auf Rückerstattung der Zahlung frei. Der Verwaltungsrat und der betreffende Gläubiger haben sich im Vorjahr auf einen Rangrücktritt in der Vorjahreshöhe geeinigt. Die Revisionsstelle hat jenen Rangrücktritt geprüft und gestützt auf die damalige Höhe in ihrem Bericht trotz Überschuldung die Genehmigung der Jahresrechnung empfohlen. Damit waren die gesetzlichen Vorschriften des Art. 725 Abs. 2 OR erfüllt und der Verwaltungsrat war vom Gang zum Richter entbunden. Auch wenn im heutigen Zeitpunkt die Höhe der Rangrücktritte die Überschuldung nach wie vor abdecken, würden Gläubiger und Dritte durch eine erneute vorbehaltlose Absegnung der Bilanz getäuscht. Die vor einem Jahr gemachten Aussagen stimmen aus heutiger Sicht nicht mehr. Die gesetzlichen Vorschriften von Art. 725 Abs. 2 OR werden im Rückblick nicht mehr eingehalten und die Revisionsstelle muss in diesem Jahr einen entsprechenden Hinweis in den Bericht aufnehmen.

6.5 Befristung des Rangrücktritts

Befristungen des Rangrücktritts sind sehr problematisch [42]. Kurze Befristungen können den Zweck gemäss Art. 725 Abs. 2 OR nicht erfüllen. Lange Befristungen, die dem Sanierungsplan der Gesellschaft entsprechen und eine grosszügige zeitliche Sicherheitsmarge beinhalten, müssen von der Revisionsstelle sorgfältig überwacht werden. Jedes Jahr ist die Situation der Gesellschaft und der Fortschritt in den Sanierungsbemühungen im Verhältnis zur noch bevorstehenden zeitlichen Geltungsdauer des Rangrücktrittes zu beurteilen. Zeigt sich, dass der Sanierungsplan nur verzögert eingehalten werden kann, muss sie abwägen, ob die Befristung nicht verlängert werden muss, damit der Rangrücktritt wieder den Vorschriften von Art. 725 Abs. 2 OR genügt. Befristungen sind problematisch, weil sie der Gesellschaft ein Weiterwirtschaften bei einem Eigenkapital von null erlauben, dabei allenfalls die Überschuldung vergrössern und die Gesellschaft dadurch nach Ablauf der Befristung noch schlimmer überschuldet sein könnte als vor dem Rangrücktritt. Der befristete Rangrücktritt birgt demnach die Gefahr, dass das Gegenteil dessen erreicht

wird, was der Gesetzgeber damit in Art. 725 Abs. 2 OR erreichen wollte.

6.6 Erwähnung im Anhang

Gemäss Art. 662a OR muss die Jahresrechnung so aufgestellt werden, dass die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft möglichst zuverlässig beurteilt werden kann. Gestützt auf Art. 663b Ziff. 12 OR müssen Rangrücktritte daher m. E. im Anhang aufgeführt werden. Zur Beurteilung der Lage der Gesellschaft sind die Rangrücktritte in der Regel von eminenter Bedeutung [43].

7. Patronatserklärung

Patronatserklärungen werden in der Regel im Konzern von Muttergesellschaften gegenüber Kreditgebern zu Gunsten ihrer Tochtergesellschaften abgegeben. Es ist hier nicht der Ort, auf den Variantenreichtum dieser Formulierungen einzugehen [44]. Es stellt sich die Frage, ob Patronatserklärungen anstelle von Rangrücktritten i. S. von Art. 725 Abs. 2 OR dieselbe Funktion erfüllen könnten [45].

Patronatserklärungen kommen in der Praxis mit sehr unterschiedlichen Formulierungen vor. Oft ist deren rechtliche Verbindlichkeit entsprechend zweifelhaft. Die Form der Patronatserklärung wird ja gerade deshalb gewählt, weil man die verbindlichen Formen der Garantie oder Bürgschaft vermeiden will. Als Substitut für eine Subordinationserklärung können m. E. allerdings nur rechtlich eindeutig bindende Patronatserklärungen in Frage kommen. Dabei genügt es nicht, wenn der Erklärende nur dem betreffenden Gläubiger verbindliche Zusagen macht, sondern auch der schuldnereischen Gesellschaft gegenüber muss eindeutig und unwiderruflich zugesagt werden, dass der betreffende Gläubiger im Liquidations- oder Zwangsvollstreckungsfalle vollumfänglich befriedigt werde, und dass der Erklärende auf die daraus allfällig erwachsende Regressforderung verzichte oder im Rang hinter alle dannzumaligen Gläubiger zurücktrete. Auf diese Weise ist die schuldnereische Gesellschaft in der Lage, ihre Leistungspflicht gegenüber allen Gläubigern zu erfüllen und die

- EKg (gebundenes EK) = AKnom + PSnom + RAllg + REakt + RAufw
- AKnom = nominelles Aktienkapital
- PSnom = nominelles Partizipationsscheinkapital
- RAllg = Allgemeine Reserve
- REakt = Reserve für eigene Aktien
- RAufw = Aufwertungsreserve
- 10 AFF = Aktiven zu Fortführungswerten
- ALiq = Aktiven zu Liquidationswerten
- ÜFf = Überschuldung zu Fortführungswerten
- ÜLiq = Überschuldung zu Liquidationswerten
- 11 Bockli, N 1681 f.
- 12 Homburger, Art. 725 OR, N 1209.
- 13 Am häufigsten wird die allgemeine Reserve gedanklich mit dem Bilanzverlust verrechnet, kann sie doch gemäss Art. 671 Abs. 3 OR zur Deckung von Verlusten verwendet werden.
- 14 Treuhand-Kammer, Entwurf zum neuen Grundsatz zur Abschlussprüfung Nr. 15, im folgenden «GzA Nr. 15», Verhalten der Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung, in: Der Schweizer Treuhänder 12/95, Kammerorgane Ressort 1: Fachfragen, Vernehmlassung, S. 8ff., Ziff. 4.1.
- 15 Bockli, N 1680a; Dellmann, S. 74.
- 16 RHB, Ziff. 3.47, S. 518ff.; Reinarz, Peter: Die Unternehmens-Sanierung im Lichte des Aktien- und des Steuerrechts, im folgenden «Reinarz», in: Aktuelle Juristische Praxis 4/97, S. 443ff., S. 444, Ziff. B.1.a.; Bockli, N 1678ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N 203; Homburger, Art. 725 OR, N 1215ff.
- 17 RHB, Ziff. 3.47, S. 519ff.
- 18 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N 212 mit weiteren Verweisen; Bockli, N 1697 und 1711; Bär, Rolf: Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht, in: Der Bernische Notar, 1992, S. 391ff., S. 418/419; RHB, Ziff. 3.47, S. 526; Helbling, Carl: Erfahrungen zu den Neuerungen in Rechnungslegung und Revision, in: Der Schweizer Treuhänder 11/94, S. 883ff., S. 886 Ziff. 7 Abs. 3; Homburger, Art. 725 OR, N 1255ff.
- 19 Homburger, Art. 725 OR, N 1269ff.
- 20 Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745ff., 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. 927ff., im folgenden «Brunner», 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; Homburger, Art. 725 OR, N 1230.
- 21 Homburger, Art. 725 OR, N 1249.
- 22 Z.B. ZR 94 (1995) Nr. 49.
- 23 Brunner, S. 928 B.I. Abs. 2.
- 24 Brunner, Alexander: Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, in: Aktuelle Juristische Praxis 6/92, S. 806ff., S. 808

- Ziff. 2 Abs. 2.; Camponovo, Rico A.: Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle, in: «Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 5/96, S. 211ff., S. 215 III, 1.
- 25 Vgl. anstelle vieler: Bockli, S. 908 Anm. 893; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, S. 672 Anm. 85; RHB, Ziff. 2.2., S. 250ff.
- 26 Bockli, N 1699 und N 1707; Fachmitteilung der Treuhand-Kammer Nr. 7, Der Rangrücktritt, im folgenden «Fachmitteilung Nr. 7»; Ziff. 2 Abs. 1.
- 27 Bockli, N 1701; Homburger, Art. 725 OR, N 1265; Honegger, Claude: Gedanken zum Rangrücktritt gemäss OR Art. 725 Abs. 2, im folgenden «Honegger», in: Der Schweizer Treuhänder 5/97, S. 441ff., Ziff. 2. Abs. 2.
- 28 Art. 82 f. SchKG.
- 29 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 7 Abs. 2.
- 30 Bockli, N 1700 und 1704; Homburger, Art. 725 OR, N 1263 f.; Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 2; RHB, Ziff. 2.2, S. 250 f.
- 31 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 3; GzA Nr. 15, Ziff. 4.19; Bockli, N 1703; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N 219.
- 32 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 3 Abs. 4; Bockli, N 1703 und Anm. 900.
- 33 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 4 Abs. 1 Lemma 6.
- 34 Bockli, N 1705a; a.M. Homburger, Art. 725 OR, N 1283.
- 35 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 3 Abs. 6; GzA Nr. 15, Ziff. 4.19; Homburger, S. 443, Ziff. 4; Herzog, Peter: Der Rangrücktritt nach Aktienrecht, im folgenden «Herzog», in: Der Schweizer Treuhänder 12/96, S. 979f.
- 36 Herzog, S. 979 3. Spalte; Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 3 Abs. 6; GzA Nr. 15, Ziff. 4.19; Honegger, S. 443, Ziff. 4; Bockli, N 1705b.
- 37 Bockli, N 1705b; Herzog, S. 979 3. Spalte.
- 38 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 3 Abs. 7; Herzog, S. 980 2. Spalte; Honegger, S. 443, Ziff. 4 Abs. 1; GzA Nr. 15, Ziff. 4.19 Abs. 4; Bockli, N 1705c; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N 218.
- 39 Bockli, N 1705c.
- 40 Honegger, S. 444, Ziff. 5.1; Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 3 Abs. 4.
- 41 Honegger, S. 444, Ziff. 5.1 Abs. 3.
- 42 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 3 Abs. 8; Honegger, S. 444, Ziff. 5.2; RHB, Ziff. 2.2, S. 251 f.; Bockli, N 1705d; Homburger, Art. 725 OR, N 1280; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N 217.
- 43 Bockli, N 1710a; RHB, Ziff. 2.2, S. 251.
- 44 Vgl. dazu z.B.: Altenburger, Peter R.: Die Patronatserklärungen als «unechte» Personal-sicherheiten, Diss. Basel, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht «SSHW», Bd. 40, Zürich 1979; Schnyder, Anton: Patronatserklärungen – Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften? Schweizerische Juristenzeitung 86 (1990), 57 ff.; RHB, Ziff. 2.2, S. 249f.
- 45 Homburger, Art. 725 OR, N 1288ff.; Giroud, Roger: Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, SSHW, Bd. 50, Zürich 1986, § 5 N 98.
- 46 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 3 Abs. 12.
- 47 Homburger, Art. 725 OR, N 1289.
- 48 Homburger, Art. 725 OR, N 1289.

RÉSUMÉ

Attributions et position de l'organe de révision dans le contexte de l'article 725 CO

Pour calculer la perte de moitié du capital selon l'article 725 CO, le droit des sociétés anonymes exige désormais l'intégration des réserves légales. S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, il ne suffit pas d'établir un bilan intermédiaire aux valeurs de liquidation. Un tel bilan doit également être établi aux valeurs d'exploitation et soumis à la vérification de l'organe de révision. Le conseil d'administration n'est plus obligé d'avertir le juge en cas de surendettement aussi longtemps que les créanciers de la société acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de

l'actif. Ces innovations soulèvent des questions auxquelles l'organe de révision ne peut se soustraire.

L'organe de révision dispose des mesures suivantes:

- avis à l'assemblée générale s'il constate que le conseil d'administration ne remplit pas ses obligations;
- vérification du bilan intermédiaire aux valeurs d'exploitation et de liquidation;
- avis obligatoire au juge en cas de surendettement si le conseil d'administration omet de le faire;
- évaluation de la postposition.

RAC/AFB

Forderung des betreffenden Gläubigers kann von der Revisionsstelle analog behandelt werden, wie wenn eine Rangrücktrittserklärung vorliegen würde.

Vorsicht ist geboten, falls die Forderung des betreffenden Gläubigers z.B. pfandgesichert oder i.S. des SchKG privilegiert ist. In diesen Fällen besteht die Gefahr, dass die Patronatserklärung gar nie zum Tragen kommt und die ungesicherten Gläubiger trotzdem Ausfälle erleiden. Für die Dauer der Patronatserklärung bzw. Überschuldung müsste sich der Gläubiger zusätzlich bereit erklären, die Sicherheit nicht geltend zu machen [46].

Vorsicht ist ebenfalls geboten, wenn sich der Erklärende gegenüber dem Gläubiger und der schuldnerischen Gesellschaft verpflichtet, die zur vollen Befriedigung des Gläubigers benötigten finanziellen Mittel der schuldnerischen Gesellschaft zur Verfügung zu stellen [47]. Stellt sich nämlich im Zwangsvollstreckungsverfahren heraus, dass die Aktiven entgegen den Erwartungen nicht zur Deckung der übrigen Gläubiger ausreichen, dann ist es der schuldnerischen Gesellschaft (bzw. der Konkursverwaltung) verwehrt, die erhaltenen Mittel vollumfänglich dem betreffenden Gläubiger auszurichten. Das Gleichbehandlungsprinzip im Konkursverfahren zwingt die Konkursverwaltung, die vorhandenen Mittel auf alle ungesicherten Gläubiger zu verteilen, womit der betreffende Gläu-

biger mit einem Ausfall rechnen muss. In diesen Fällen müsste sich der Erklärende gegenüber dem Gläubiger und der schuldnerischen Gesellschaft verpflichten, diejenigen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen, welche die schuldnerische Gesellschaft zur vollen Befriedigung aller Gläubiger benötigt. Dies läuft allerdings auf eine meist unerwünschte Abdeckung des Gesamtverlustes aus der Zwangsvollstreckung hinaus.

Es zeigt sich, dass auch bei einer Patronatserklärung die Bonität des Erklärenden intakt sein muss, ansonsten kann diese kein valabler Ersatz für einen Rangrücktritt sein [48]. Die Ausführungen zur Höhe, zur Reduktion, zur Befristung und zum Anhang (Ziff. 6.3–6.6 hiervor) gelten m.E. analog auch für die Patronatserklärung.

8. Schlussbemerkung

Das neue Aktienrecht hat der Revisionsstelle ein breites Feld neuer Wirkungsmöglichkeiten und Fragen eröffnet. Es ist zu hoffen, dass diese offenen Fragen in den nächsten Jahren mit zunehmender Erfahrung und weiteren Stellungnahmen in Literatur und Judikatur noch präziser beantwortet werden können. ■■■

Anmerkungen

1 Dieser Aufsatz basiert auf einem Vortrag des Autoren an einer Tagung des Schweizerischen Institutes für Verwaltungskurse,

St.Gallen, mit dem Thema «Gesellschafts- und Unternehmensrecht II: Die Revisionsstelle», vom 12. Juni 1997 im Casino Luzern.

2 Art. 663a Abs. 4 und Art. 670 Abs. 1 OR. Ein Bilanzverlust liegt immer dann vor, wenn die Aktiven kleiner sind als die Passiven. Überschuldung, Kapitalverlust und Unterbilanz wären demnach Spezialfälle von Bilanzverlusten.

3 Art. 670 und Art. 735 OR; Das Gesetz verwendet den Begriff «Unterbilanz» in Art. 735 OR eng gefasst. Verlangt ist nämlich, dass das Aktienkapital/Partizipationskapital nicht mehr voll gedeckt ist. Das Gesetz geht demnach davon aus, dass keine offenen Reserven (mehr) bestehen. Mit der Ausnahme von Zwangsreserven ist auch das Vorhandensein von «stillen Reserven» im Falle von Art. 735 OR nicht denkbar. In Art. 670 OR taucht der Begriff der «Unterbilanz» an anderer Stelle im Gesetz auf. Hier können die gesetzlichen Reserven scheinbar doch wieder berücksichtigt werden.

4 Art. 725 OR Marginale VII.

5 Art. 725 Abs. 2 OR.

6 Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, im folgenden «Böckli», 2. A., Zürich 1996, N 1684; Dellmann, Klaus: Bilanzverluste und deren Folgen im neuen Aktienrecht, im folgenden «Dellmann», in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2/1997, S. 66 ff., S. 74; Homburger, Eric: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, im folgenden «Homburger», Zürich 1997, Art. 725 OR, N 1196 ff. und 1226 ff.; Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, im folgenden «Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel», Bern 1996, § 50 N 187 ff.; Treuhänd-Kammer, Revisionshandbuch der Schweiz, im folgenden «RHB», Zürich 1992, Ziff. 3.47, S. 518 ff. und Ziff 7.13, S. 508 ff.; usw.

7 Zur Berücksichtigung von stillen Reserven vgl. insbesondere: Böckli, N 1680a.

8 Im alten Art. 725 Abs. 1 OR musste die gesetzliche Reserve für die Berechnung des Kapitalverlustes nicht miteinbezogen werden.

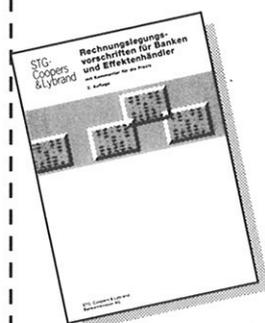
9 A = Aktiven
FK = Fremdkapital
EK = Eigenkapital

Anzeige

Bitte senden Sie mir _____ Exemplar(e) des Buches
(378 Seiten) à CHF 150.- inkl. MWST

Rechnungslegungs- vorschriften für Banken und Effektenhändler

Name und Adresse



STG-
Coopers
& Lybrand

STG-Coopers & Lybrand
Bankenrevision AG
Postfach, 8035 Zürich, Fax 01 361 2777
E-mail:
yvonne_hohaus@ch.coopers.com