

Rico A. Camponovo

Aufgaben der aktienrechtlichen Revisionsstelle bei Liquidation oder Sanierung

Freiwillige Liquidation, Konkursaufschub, Nachlass und Konkurs

Gerät eine Unternehmung in finanzielle Turbulenzen und droht gar eine Zwangsvollstreckung, so ist die Revisionsstelle zu erhöhter Aufmerksamkeit verpflichtet. Einerseits erwartet der Kunde von ihr oft rasche und fachlich hochqualifizierte Hilfe und andererseits wird diese mit Blick auf die Haftungsbeschränkung ihre Pflichten besonders korrekt erfüllen. Weder im Revisionshandbuch der Schweiz [1] («RHB») noch in der Literatur werden die Pflichten in diesen nicht alltäglichen Phasen einlässlich behandelt. Dabei unterscheiden sich die Situation und damit die Aufgaben erheblich.

Dieser Aufsatz liefert Hinweise zur Lösung von Spezialfragen in der freiwilligen Liquidation und eine Gesamtübersicht über die Veränderungen der Aufgaben der Revisionsstelle im Konkursaufschub, in der Nachlassstundung sowie im Konkurs.

1. Pflichten der Revisionsstelle einer Aktiengesellschaft im allgemeinen

Einleitend seien die zehn gesetzlichen Pflichten der Revisionsstelle [2] im Rahmen der Abschlussprüfung kurz rekapituliert. Es handelt sich um vier Prüfungspflichten, fünf Melde- und Handlungspflichten und eine Unterlassungspflicht:

Prüfungspflichten

– Entspricht die Buchführung Gesetz und Statuten (Art. 728 Abs. 1 OR)

– Entspricht die Jahresrechnung Gesetz und Statuten (Art. 728 Abs. 1 OR)



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

– Entspricht der Antrag auf Gewinnverwendung Gesetz und Statuten (Art. 728 Abs. 1 OR)

– Zwischenbilanz bei Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR)

Melde- und Handlungspflichten

– Schriftlicher Bericht und Empfehlung zur Abnahme oder Rückweisung der Jahresrechnung an die Generalversammlung (Art. 729 Abs. 1 OR)

– Teilnahme (Art. 729c Abs. 1 OR) und Auskunfterteilung an der Generalversammlung (Art. 697 Abs. 1 OR)

– Schriftliche Mitteilung von Gesetzes- oder Statutenverletzung an Verwaltungsrat oder Generalversammlung (Art. 729b Abs. 1 OR)

– Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung (Art. 729b Abs. 2 OR)

– Einberufung der Generalversammlung (Art. 699 Abs. 1 OR)

Unterlassungspflicht

– Schweigepflicht (Art. 730 OR)

Dieser Aufsatz möchte die Auswirkungen eines freiwilligen Liquidationsverfahrens sowie eines Konkursaufschubs-, Nachlassvertrags- oder Konkursverfahrens auf die Aufgaben der Revisionsstelle und des Konzernprüfers [3] aufzeigen.

Neben den Abschlussprüfungen verlangt das Aktienrecht in einer Reihe von Fällen besondere Prüfungen [4]. Diese müssen hier nicht erörtert werden. Die meisten Fälle sind unter den hier betrachteten Umständen nicht mehr relevant – wie z.B. die Prüfung des Gründerberichtes – oder werfen keine besonderen Fragen auf – wie z.B.

bei der Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung.

2. Pflichten der Revisionsstelle in der freiwilligen Liquidation gemäss Art. 739ff. OR

2.1 Allgemeines

Die normalen Aufgaben der Revisionsstelle in der freiwilligen Liquidation wurden in der gängigen Literatur genügend behandelt und werden hier nicht

fungsbzw. Geschäftsperiode soll in der Liquidation beachtet werden? Soll eine neue jährliche Liquidationsperiode (Abschlüsse immer per 10.11.) eingeführt oder soll wieder zum bisherigen ordentlichen Jahresrhythmus zurückgekehrt werden [11]?

Gewiss wäre es nicht sinnvoll, in der Liquidationsphase zwei jährliche Abschlüsse (per 10.11. und 31.12.) zu verlangen. Ebenfalls ist es nicht empfehlenswert, den Abschluss mitten im Monat beizubehalten. D.h. der Abschlussstermin per 10.11. müsste im Fol-

schluss (zu Fortführungswerten) aus dem Blickwinkel des in der Zwischenzeit erfolgten Liquidationsentscheides nur noch beschränkte Aussagekraft besitzt. Auf diesen Abschluss kann daher ohne Verletzung von Art. 662 OR verzichtet werden.

2.2.2 Rangrücktrittserklärungen und Überschuldung

Art. 725 Abs. 2 OR hat die vor dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts übliche Praxis des Wirtschaftens ohne Eigenkapital gesetzlich sanktioniert. Der Verwaltungsrat muss nämlich trotz Überschuldung den Richter nicht benachrichtigen, sofern Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten.

Im Gegensatz dazu hat der Gesetzgeber jedoch die analoge Bestimmung für die Liquidatoren (Art. 743 Abs. 2 OR) nicht verändert. Letztere müssten daher, sobald sie eine Überschuldung feststellen, den Konkursrichter benachrichtigen. Das würde z.B. bedeuten, dass eine Gesellschaft, die seit Jahren – dank genügender Ausstattung mit Rangrücktritten – ohne Eigenkapital am Wirtschaftsleben teilgenommen hat, infolge eines Auflösungsbeschlusses den Konkursrichter benachrichtigen muss, auch wenn sich die Eigenkapitalsituation nicht verändert hat.

Es ist nicht einzusehen, weshalb in der Liquidation strengere Regeln als bei einer aktiven Gesellschaft gelten sollten. Im Gegenteil ist die Gefährdung der Gläubigerinteressen in der aktiven Gesellschaft grösser, geht sie doch laufend neue Verbindlichkeiten und damit mannigfaltige Geschäftsrisiken ein. In der Liquidationsphase hingegen werden nur wenige zusätzliche Verbindlichkeiten eingegangen und die Geschäftsrisiken sind vermindert. Es handelt sich m.E. um ein Versehen des Gesetzgebers, die Zulässigkeit von Rangrücktritten in Art. 743 Abs. 2 OR nicht vorzusehen.

Die freiwillige Liquidation einer überschuldeten Aktiengesellschaft ist möglich, sofern die Liquidationsbilanz zeigt, dass die vorhandenen Aktiven sämtliche Gläubiger abdecken [12], die

«Es ist nicht einzusehen, weshalb in der Liquidation strengere Regeln als bei einer aktiven Gesellschaft gelten sollten.»

wiederholt [5]. Von den vier gesetzlichen Prüfungspflichten (Ziff. 1 oben) verändert sich die dritte und entfällt die letzterwähnte. So verändert sich die Prüfung des Antrags auf Gewinnverwendung, weil keine Dividenden mehr ausgeschüttet werden dürfen (Art. 745 Abs. 2 OR) [6]. Auch die Prüfung einer Zwischenbilanz bei Überschuldung entfällt, weil Art. 743 Abs. 2 OR dies – im Gegensatz zum analogen Art. 725 Abs. 2 OR – nicht verlangt [7].

2.2 Spezielle Fragen

2.2.1 Prüfungsperiode

Die Liquidationseröffnungsbilanz bezieht sich auf den Tag der Amtsübernahme durch die Liquidatoren [8] (Art. 742 Abs. 1 OR). Bei länger dauernden Liquidationen müssen jährliche Zwischenbilanzen aufgestellt werden [9] (Art. 743 Abs. 5 OR). Alle diese Bilanzen (inkl. Liquidationsschlussbilanz) müssen geprüft werden [10]. Zu diesen Abschlüssen gehören auch Erfolgsrechnung und Anhang.

In der Regel fallen der Tag des Auflösungsbeschlusses (z.B. 10. November) und der letzte Tag des ordentlichen Geschäftsjahres (z.B. 31. Dezember) nicht zusammen. Welche Prü-

gejahr auf den 30.11. oder den 31.10. verschoben werden, wenn man nicht die noch sinnvollere Verschiebung auf ein Quartalsende (30.9. oder 31.12.) in Erwägung ziehen will.

Falls die beiden Termine (z.B. 10.11. und 31.12.) nahe beieinander liegen, ist es das Beste, wenn im Folgejahr wieder zum früheren ordentlichen Jahresrhythmus zurückgekehrt wird. Liegen die Termine weiter auseinander (z.B. 10.6. und 31.12.), ist die Einführung eines neuen Jahresrhythmus (30.6.) möglich. Es ist empfehlenswert (aber m.E. nicht zwingend notwendig), die Dauer des Geschäftsjahres in den Statuten entsprechend anzupassen.

Findet der Auflösungsbeschluss wenige Monate nach dem Ende des ordentlichen Geschäftsjahres, jedoch vor Erstellung und Prüfung des dazugehörigen Jahresabschlusses statt, so stellt sich die Frage, ob dieser dennoch erstellt und geprüft werden müsse. In der Regel stellt sich diese Frage in der Praxis allerdings deswegen nicht, weil beide Abschlüsse mit geringem Mehraufwand gleichzeitig erstellt und geprüft sowie derselben Generalversammlung vorgelegt werden können. Es versteht sich jedoch, dass der Informationsgehalt des ordentlichen Ab-

nicht durch Rangrücktrittserklärungen belastet sind.

2.2.3 Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle

In der neuen Bestimmung von Art. 729b Abs. 2 OR wird der Revisionsstelle die Pflicht auferlegt, bei offensichtlicher Überschuldung den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt. Das Gesetz äussert sich hingegen nicht dazu, ob bei Unterlassung der analogen Pflicht durch die Liquidatoren (Art. 743 Abs. 2 OR) die Revisionsstelle zu derselben Anzeige verpflichtet sei.

Stäubli [13] scheint dies mit der Begründung zu verneinen, dass die Überschuldungsanzeige in der Liquidationsphase nur noch darüber entscheide, ob die Liquidation durch die Liquidatoren oder durch die Konkursverwaltung durchgeführt werde.

Diese Entscheidung ist jedoch keineswegs rein formeller Natur. Für die Gläubiger ist sie im Gegenteil von weitreichender Bedeutung, kommen doch im Zwangsvollstreckungsverfahren differenzierte Vorschriften zur Anwendung, die den Gläubigern je nachdem gewisse Bevorzugungen oder Gleichbehandlungen durch die Zwangsvollstreckungsorgane garantieren. An diese Vorschriften müssen sich andererseits die Liquidatoren nicht halten. Die Interessenlage und die Schutzbedürfnisse der Gläubiger sind daher bei Untätigkeit der Liquidatoren durchaus mit denjenigen des pflichtvergessenen Verwaltungsrates in einer Situation gemäss Art. 725 Abs. 2 OR vergleichbar [14].

Entgegen Stäubli muss daher die Vorschrift von Art. 729b Abs. 2 OR durch die Revisionsstelle analog auch bei Untätigkeit der Liquidatoren in einer Überschuldungssituation im Sinne von Art. 743 Abs. 2 OR eingehalten werden.

2.2.4 Aufgabe des Konzernprüfers

Wird eine Konzerngesellschaft freiwillig liquidiert, so darf sie nicht mehr konsolidiert werden. Die mit der Liquidation einhergehende Zweckänderung

(Versilberung der Aktiven, Aufgabe der konzerntypischen Geschäftstätigkeit) stellt sich i.d.R. einer Konsolidierung entgegen. Ein Einbezug in die Konzernrechnung könnte das wirtschaftliche Bild der Gruppe verfälschen. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wollte man die Gesellschaft in Liquidation als Beteiligung mit vorübergehendem Status betrachten. Diese werden ebenfalls nicht konsolidiert, weil die Absicht besteht, diese nur kurzfristig im Konzernverbund zu behalten [15].

ben, falls Aussicht auf Sanierung besteht. Der Konkursaufschub setzt daher eine formell richtige Überschuldungsanzeige durch den Verwaltungsrat voraus [16]. Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR gehört dazu eine durch die Revisionsstelle geprüfte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten [17].

Auch die Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle gemäss Art. 729b Abs. 2 OR kann zu einem Konkursaufschubsbegehren des Verwaltungsrates

«Scheitern die Sanierungsbemühungen, so kann der Richter – anders als z. B. beim Nachlassverfahren – sofort den Konkurs eröffnen.»

Ist die Gesellschaft in Liquidation jedoch für eine aussagekräftige Ermittlung des Gesamtbildes der Gruppe von Bedeutung, so kann eine Konsolidierung nach der Methode des anteiligen Eigenkapitals (Equity-Methode) in Frage kommen.

Betrifft die freiwillige Liquidation die Konzernobergesellschaft selber und bedeutet dies, dass der ganze Konzern liquidiert wird, so besteht die Konsolidierungspflicht gemäss Art. 663e OR weiter, weil i.d.R. weder die einheitliche Leitung entfällt noch die Grössenkriterien von Abs. 2 Ziff. 1 und 3 dieses Artikels sich sofort zurückbilden. Auch für die möglichst zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage i.S.v. Abs. 3 Ziff. 4 von Art. 663e OR ist eine Konsolidierung nach wie vor erforderlich. Für die Dauer der Liquidation wird diese jedoch auf Veräusserungswerten basieren.

3. Pflichten der Revisionsstelle im Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR

3.1 Allgemeines

Der Konkursrichter kann auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers die Konkurseröffnung aufschie-

ben. Der Richter ist nämlich gehalten, dem Verwaltungsrat ein Recht zur Stellungnahme zu dieser Anzeige einzuräumen [18]. Da diese Anzeige erst erfolgen darf, wenn die Überschuldung weit fortgeschritten ist, sind die Sanierungsaussichten jedoch gering. Dieser Weg wird selten zur Gewährung eines Konkursaufschubs führen.

In beiden Fällen kann daher – auch wenn der Konkursaufschub i.S.v. Art. 725a Abs. 3 OR nicht veröffentlicht werden sollte – davon ausgegangen werden, dass die Revisionsstelle über die kritische Situation orientiert ist und sich aktiv um Informationen über das Schicksal der Klientin bemüht [19].

Der Richter kann einen Sachwalter bestellen und muss die Aufgaben des Sachwalters umschreiben. Er kann dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen [20].

3.2 Veränderung der Prüfungspflichten [21]

Giroud [22] vertritt die Meinung, dass die Aufgabe der Revisionsstelle mit dem Aufschub überflüssig werde, weil das Schicksal der Gesellschaft in den Händen des Richters und gegebenen-

falls des Sachwalters liege. Mit Lanz [23] bin ich der Ansicht, dass diese Meinung einer Grundlage entbehrt.

Wie unten noch zu zeigen sein wird, kann in gewisser Hinsicht die Situation im Konkursaufschub mit der Stundungsphase im Nachlassverfahren verglichen werden. In beiden Fällen setzt der Staat durch den Richter einen Zwangsverwalter (beim Konkursaufschub allerdings fakultativ) für die Gesellschaft ein. Dieser «entmachtet» entsprechend dem Entscheid des Richters

Für die anzuwendenden Bewertungskriterien im Rahmen der Buchführungs- und Abschlussprüfung schlägt Lanz [27] vor, dass dieser Abschluss – entsprechend dem Sanierungsziel des Konkursaufschubes – auf der Basis von Fortführungswerten erstellt wird. Dem kann entgegengehalten werden, dass der Zweck der Rechnungslegung darin liegt, Verwaltung und Aktionären (und im vorliegenden Fall auch dem Sachwalter und dem Richter) eine möglichst zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft zu verschaf-

Gesetzeswortlaut zeigt deutlich, dass diese Pflicht nur subsidiär zur analogen Pflicht des Verwaltungsrates besteht. Das Konkursaufschubverfahren basiert aber auf der Erfüllung gerade dieser Pflicht durch den Verwaltungsrat. Scheitern die Sanierungsbemühungen, so kann der Richter – anders als z.B. beim Nachlassverfahren (Ziff. 4.2.2 unten) – sofort den Konkurs eröffnen.

Es besteht keine Schweigepflicht gegenüber Sachwalter und Richter.

3.4 Aufgabe des Konzernprüfers

Befindet sich eine Konzerngesellschaft in einer Sanierungsphase mit Hilfe eines Konkursaufschubverfahrens so bleibt die Konsolidierungspflicht (Art. 663e Abs. 1 OR) i. d. R. bestehen, weil der dahinter stehende Sanierungswille der Obergesellschaft nach wie vor für Fortführung der Gesellschaft und für die vom Gesetz geforderte einheitliche Leitung spricht.

Daran ändert sich auch nichts, falls dem Verwaltungsrat i. S. v. Art. 725a Abs. 2 OR die Verfügungsbefugnis ganz oder zum Teil entzogen wird. Erstens hat diese Massnahme im Falle eines Sanierungserfolges ja vorübergehenden Charakter. Zweitens muss der Sachwalter sich mit der Konzernobergesellschaft über die anzustrebenden Ziele einigen, weil die Gesellschaft nach erfolgreicher Sanierung im Schosse des Konzerns verbleibt [28].

Solange die Sanierungschancen intakt sind, erfolgt die Konsolidierung zu Fortführungswerten.

4. Pflichten der Revisionsstelle im Nachlassverfahren gemäss Art. 293 ff. SchKG

4.1 Allgemeines

Auch das Nachlassverfahren dient der Sanierung des Schuldners. Das gilt insbesondere für den Stundungs- und den Dividendenvergleich als ordentliche Nachlassvertragsarten. Nur der umfassende Liquidationsvergleich (insb. Art. 317 ff. SchKG) macht hievon eine Aus-

«Solange die Sanierungschancen intakt sind, erfolgt die Konsolidierung zu Fortführungswerten.»

den privatrechtlichen Verwaltungsrat teilweise oder gänzlich. Dennoch übernimmt der Staat – im Gegensatz z. B. zum Konkurs oder zum Liquidationsvergleich – die finanzielle Kontrolle über die Gesellschaft (noch) nicht. Dies gilt sogar dann, wenn der Richter die für den Verwaltungsrat einschneidendste Massnahme – die umfassende Entziehung der Verfügungsbefugnis – anordnet. Es fehlt beim Konkursaufschub zu Recht an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage, wie sie z. B. für den Liquidationsvergleich in Art. 330 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes [24] («SchKG») geschaffen wurde. Dieser Übergang der Vermögensverantwortung ist es aber, der erst die Aufgabe der Revisionsstelle – im Hinblick auf den Gläubiger- und Aktionärsschutz – überflüssig machen würde [25].

Von den vier gesetzlichen Prüfungspflichten entfallen hingegen die zwei letzterwähnten. So entfällt die Prüfung des Antrags auf Gewinnverwendung, weil in dieser Phase regelmässig keine neuen Gewinne erzielt werden, bzw. weil solche vor jeder anderen Verwendungsart zuerst auf den vorhandenen Verlustvortrag angerechnet werden müssen (Art. 675 Abs. 2 OR) [26]. Selbstverständlich entfällt auch die Prüfung einer Zwischenbilanz bei Überschuldung.

fen (Art. 662a Abs. 1 OR). Da der Erfolg der Sanierungsbemühungen meist ungewiss ist, muss der Abschluss daher zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten erstellt werden. Auch der Fortschritt der Sanierungsbemühungen kann so zuverlässiger überwacht werden.

Der Revisionsbericht muss neben dem normalen Wortlaut auf die Konkursaufschubsituation hinweisen und den Grund für die gleichzeitige Verwendung von Fortführungs- und Liquidationswerten erläutern.

3.3 Veränderung der Melde-, Handlungs- und Unterlassungspflichten

Mit Ausnahme der Überschuldungsanzeige – auf die nachfolgend eingegangen wird – ändern sich die Melde- und Handlungspflichten sowie die Unterlassungspflicht (Ziff. 1 oben) nicht wesentlich. Die Mitteilung von Gesetzes- oder Statutenverletzungen muss in dieser Phase allerdings auch an den Sachwalter oder – wenn kein Sachwalter eingesetzt wurde – an den Richter erfolgen. Dasselbe gilt für Bericht und Empfehlungen an die Generalversammlung.

Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle entfällt hingegen vollständig. Der

nahme; seine Wirkungen kommen denjenigen eines Konkurses nahe. Das Nachlassverfahren lässt sich in eine eventuell vorausgehende, höchstens zweimonatige provisorische Nachlassstundung (Art. 293 Abs. 3 SchKG), in die definitive Stundungsphase und die Vollzugsphase unterteilen.

Die provisorische Stundungsphase soll es dem provisorischen Sachwalter ermöglichen, die für den definitiven Stundungsentscheid notwendigen Beurteilungsgrundlagen zu beschaffen [29]. Er muss m.a.W. die Sanierungsaussichten sowie die Vermögens- und Ertragslage des Schuldners abklären. Gemäss Art. 293 Abs. 4 SchKG kann bereits in dieser Phase dem Verwaltungsrat die Geschäftsführungsbefugnis ganz oder teilweise entzogen werden. Im Hinblick auf die Pflichten der Revisionsstelle ergeben sich keine Unterschiede zur definitiven Stundungsphase. Die Ausführungen in der nachfolgenden Ziffer 4.2 gelten daher auch für die provisorische Stundungsphase.

4.2 Die Pflichten in der Stundungsphase

Die definitive Stundungsphase beginnt mit dem Bewilligungsentscheid und endet – nach Gläubigerversammlung und Zustimmung einer Gläubigermehrheit zum Nachlassvertrag – mit dem Bestätigungsentscheid des Richters. Im Gegensatz zum Konkursaufschub ist die Ernennung eines Sachwalters in diesem Verfahrensabschnitt obligatorisch (Art. 295 Abs. 1 SchKG). Wie beim Konkursaufschub kann der Richter dem Verwaltungsrat die Geschäftsführungsbefugnis ganz oder zum Teil entziehen (Art. 298 Abs. 1 SchKG).

Bereits in Ziffer 3.2 ist erwähnt, dass die Situation im Konkursaufschub mit der Stundungsphase im Nachlassverfahren verglichen werden kann. In beiden Fällen setzt der Staat durch den Richter einen Zwangsverwalter ein. Dennoch übernimmt der Staat auch hier die finanzielle Kontrolle über die Gesellschaft nicht. Es fehlt wie beim Konkursaufschub zu Recht an einer entsprechenden gesetzlichen Grund-

lage. Trotz der aussergewöhnlichen Situation müssen demnach die gesetzlichen Organe der Gesellschaft ihre Funktionen weiter wahrnehmen. Würden dem Verwaltungsrat alle Kompetenzen entzogen – was in der Praxis selten der Fall ist – so ist er dennoch verpflichtet, den Sachwalter durch seine Fachkenntnis sowie die Kenntnis der Gesellschaft und ihres Umfeldes tatkräftig zu unterstützen. Oft wird der Sachwalter diesen mit der Vorbereitung seiner Entscheidungen beauftragen. Auch die Rechte und Pflichten der Aktionäre und insbesondere der Generalversammlung bleiben unverändert [30]. Daraus folgt, dass auch die Aufgabe der Revisionsstelle in der Nachlassstundungsphase – im Hinblick auf den Gläubiger- und Aktionärschutz – nicht überflüssig wird [31] [32].

Das neue SchKG hat die Bedeutung dieser Sachlage zudem akzentuiert. So kann die Stundungsphase – die bisher strikte auf eine Dauer von sechs Monaten beschränkt war – gemäss Art. 295 SchKG bis auf 24 Monate verlängert werden [33].

4.2.1 Veränderung der Prüfungspflichten

Welche Modifikationen erfahren nun die in Ziffer 1 erwähnten Pflichten der Revisionsstelle [34]? Von den vier gesetzlichen Prüfungspflichten entfällt – wie beim Konkursaufschub – die Prüfung des Antrags auf Gewinnverwendung, weil in dieser Phase regelmässig keine neuen Gewinne erzielt werden, bzw. weil solche vor jeder anderen Verwendungsart zuerst auf den vorhandenen Verlustvortrag angerechnet werden müssen (Art. 675 Abs. 2 OR) [35].

Im Gegensatz zum Konkursaufschub kann hingegen im Stundungsverfahren die Prüfung einer Zwischenbilanz bei Überschuldung aktuell werden. Es gilt zu beachten, dass ein Nachlassverfahren von Amtes wegen [36], auf Gesuch des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers eingeleitet werden kann. Im Gegensatz zum Konkursaufschubsbegehren (Ziff. 3.1 oben) setzt dies jedoch keine formelle Überschuldungsanzeige und auch keine geprüfte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten voraus [37]. Der Ver-

waltungsrat hat dem Gesuch u. a. lediglich «eine Bilanz» beizulegen (Art. 293 Abs. 1 SchKG). Wird das Verfahren von Amtes wegen oder durch einen Gläubigerantrag eröffnet, so fehlt es i. d. R. sogar daran.

Eröffnet z. B. der Richter von Amtes wegen ein Nachlassverfahren – z. B. im Rahmen eines ordentlichen Konkursbegehrens eines Gläubigers – und belässt er dem Verwaltungsrat neben dem Sachwalter einige Kompetenzen, so kann der Fall eintreten, dass der Verwaltungsrat (eventuell im Widerspruch zum Sachwalter) im Verlaufe der Stundung zur Überzeugung gelangt, dass sich die Sanierungsaussichten zerschlagen haben und dass die Gesellschaft im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet sei. Er wird daher die gemäss diesem Artikel erforderliche Zwischenbilanz erstellen, diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorlegen und sie dem Konkursrichter zwecks Konkursöffnung einreichen.

Für die anzuwendenden Bewertungskriterien im Rahmen der Buchführungs- und Abschlussprüfung gilt – entsprechend den Ausführungen zum Konkursaufschub (Ziff. 3.2 oben) –, dass der Abschluss zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten erstellt wird, weil der Erfolg der Sanierungsbemühungen meist ungewiss ist. Der Fortschritt der Sanierungsbemühungen kann so zuverlässiger überwacht werden.

Der Revisionsbericht muss neben dem normalen Wortlaut auf die Stundungssituation hinweisen und den Grund für die gleichzeitige Verwendung von Fortführungs- und Liquidationswerten erläutern.

4.2.2 Veränderung der Melde-, Handlungs- und Unterlassungspflichten

Die Melde- und Handlungspflichten sowie die Unterlassungspflicht ändern sich nicht wesentlich. Die Mitteilung von Gesetzes- oder Statutenverletzungen muss in dieser Phase allerdings auch an den Sachwalter erfolgen. Dasselbe gilt für den Bericht und die Empfehlungen an die Generalversammlung.

Im Gegensatz zum Konkursaufschub (Ziff. 3.3 oben) entfällt die Anzeigepflicht der Revisionsstelle (Art. 729b Abs. 2 OR) im vorliegenden Falle nicht. So wie für den Verwaltungsrat die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR aktuell bleiben können (Ziff. 4.2.1 oben), verlieren diejenigen der Revisionsstelle aus Art. 729b Abs. 2 OR noch weniger an Aktualität [38]. Diese muss ja erst bei offensichtlicher Überschuldung eingreifen. Es kann durchaus sein, dass am Anfang der Stundungsphase die Überschuldung noch nicht so weit fortgeschritten war.

Zudem basiert das Stundungsverfahren i.d.R. nicht auf einer Überschuldungsanzeige sondern auf einem direkt eingereichten Nachlassgesuch des Verwaltungsrates. Scheitern die Sanierungsbemühungen, so kann der Richter – anders als beim Konkursaufschub – den Konkurs nicht eröffnen. Er kann das Nachlassverfahren lediglich widerrufen (Art. 309 SchKG) und den Gläubigern damit während 20 Tagen die Möglichkeit eröffnen, sofortige Konkurseröffnung zu verlangen. Reicht hingegen der Verwaltungsrat, der Sachwalter oder die Revisionsstelle während laufender Stundungsphase die entsprechende Anzeige ein, so kann der Richter mit dem Widerruf der Stundung nahtlos die Konkurseröffnung aussprechen.

Gegenüber dem Sachwalter besteht keine Schweigepflicht.

4.2.3 Anstreben eines das gesamte Schuldnervermögen umfassenden Liquidationsvergleiches

Die Stundungsphase verläuft für alle drei Nachlassvertragsarten praktisch identisch. Da der Schuldner mit dem Gesuch um Nachlassstundung einen Nachlassvertragsentwurf einreichen muss (Art. 293 Abs. 1 SchKG) ist jedoch von Anbeginn weg klar, welche Art von Vertrag er anstrebt [39]. Im Unterschied zum Anstreben eines ordentlichen Nachlassvertrages (oder eines Liquidationsvergleiches mit teilweiser Vermögensabtretung) bedeutet dies, dass Sanierung und Fortführung der Gesellschaft von Anbeginn weg nicht in Betracht gezogen werden.

Dennoch gelten die Ausführungen und Begründungen zu den Pflichten der Revisionsstelle unter Ziffer 4.2 oben auch in diesem Fall. Anders sieht es beim umfassenden Liquidationsvergleich nur für die anzuwendenden Bewertungskriterien im Rahmen der Buchführungs- und Abschlussprüfung aus. Diese müssen zu Liquidationswerten erstellt werden.

4.2.4 Aufgabe des Konzernprüfers

Befindet sich eine Konzerngesellschaft in einer Sanierungsphase mit Hilfe eines Nachlassverfahrens und strebt sie einen ordentlichen Nachlassvertrag an, so bleibt die Konsolidierungspflicht (Art. 663e Abs. 1 OR) genau wie beim Konkursaufschub (Ziff. 3.4 oben) bestehen, weil der dahinter stehende Sanierungswille der Obergesellschaft nach wie vor für die Fortführung der Gesellschaft und für die vom Gesetz geforderte einheitliche Leitung spricht [40].

Wie beim Konkursaufschub kann sich daran nichts ändern, falls dem Verwaltungsrat i.S.v. Art. 298 Abs. 1 Satz 2 SchKG die Verfügungsbefugnis ganz oder zum Teil entzogen wird. Erstens hat diese Massnahme im Falle eines Sanierungserfolges ja vorübergehenden Charakter. Zweitens muss der Sachwalter sich mit der Konzernobergesellschaft über die anzustrebenden Ziele einigen, weil die Gesellschaft nach erfolgreicher Sanierung im Schosse des Konzerns verbleibt [41].

Solange die Sanierungschancen intakt sind, erfolgt die Konsolidierung zu Fortführungswerten. Strebt sie einen teilweisen Liquidationsvergleich an, so gilt dies immerhin für den sanierungswürdigen Teil der Gesellschaft. Sofern die Stundungsphase nur von kurzer Dauer ist, stellt sich allerdings die Frage der Praktikabilität dieser Unterscheidungen.

Strebt die Konzerngesellschaft mit Hilfe dieses Stundungsverfahrens jedoch einen umfassenden Liquidationsvergleich an, so darf sie nicht mehr konsolidiert werden, weil sie damit ihre typische Geschäftstätigkeit aufgibt (Ziff. 2.2.4 oben) [42].

4.3 Die Pflichten in der Vollzugsphase

4.3.1 Beim ordentlichen Nachlassvertrag

Die Vollzugsphase beim ordentlichen Nachlassvertrag wird vom Schuldner selber betreut und erschöpft sich i.d.R. in der nachlassvertragsgemässen Befriedigung der Gläubiger. Das bedeutet im wesentlichen pünktliche Zahlung der Dividenden. Gemäss Art. 314 Abs. 2 SchKG kann allerdings der ehemalige Sachwalter mit der Durchführung beauftragt werden. Die Aufgaben der Revisionsstelle und des Konzernprüfers sind wieder dieselben, wie bei jeder aufrechtstehenden Gesellschaft.

Die Revisionsstelle muss einzig das Risiko einer verspäteten oder ungenügenden Zahlung der Dividenden im Auge behalten. Verwirklicht sich nämlich dieses Risiko, so erwirbt jeder Gläubiger, der den Schuldner nach Ablauf des im Nachlassvertrag vorgesehenen Zahlungstermins zweimal gemahnt hat, einen Anspruch auf Aufhebung des Nachlasses (Art. 316 SchKG, BGE 110 III 42). Das bedeutet, dass die «sanierte» Gesellschaft plötzlich wieder mit alten Schulden in vollem Umfang konfrontiert wird. Das Risiko wird jedoch dadurch gemildert, dass jeder einzelne Gläubiger für seine Forderung die Aufhebung des Nachlasses beim Nachlassrichter verlangen muss.

4.3.2 Beim Liquidationsvergleich

Beim Liquidationsvergleich hingegen werden in der Vollzugsphase besondere Organe wie Liquidatoren und Gläubigerausschuss ernannt. Diese müssen ähnlich wie in einem Konkursverfahren die Aktiven bereinigen, die Kollokation der Gläubiger durchführen, Anfechtungsansprüche eruieren, das Vermögen verwerten und verteilen. In dieser Phase erlöscht das Verfügungsrecht des Schuldners definitiv und die umfassende Verantwortung für die vom Schuldner abgetretenen Vermögensteile wird auf die Liquidatoren übertragen (Art. 319 Abs. 1 und 3 SchKG).

Die Liquidatoren unterstehen der Aufsicht und Kontrolle des Gläubiger-

ausschusses (Art. 320 SchKG). Beschwerden gegen Verfügungen der Liquidatoren müssen an den Gläubigerausschuss gerichtet werden, solche gegen Verfügungen des Gläubigerausschusses an die Aufsichtsbehörde. Diese Organe mit hoheitlichen [43] Befugnissen übernehmen die Verantwortung für die Gesellschaft. Konsequenterweise bestimmt Art. 330 SchKG, dass die Rechenschaftspflicht der Liquidatoren über das schuldnerische Vermögen sich auf den Gläubigerausschuss und die Aufsichtsbehörde bezieht.

Damit entfallen aber die Aufgaben der bisherigen Organe – Verwaltungsrat, Generalversammlung und Revisionsstelle – der Gesellschaft, und zwar im Zeitpunkt der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrages (Art. 319 und 320 SchKG) [44]. Es empfiehlt sich, mit Schreiben an die Liquidatoren vom Revisionsmandat zurückzutreten und Löschung im Handelsregister i.S.v. Art. 727e Abs. 4 OR zu verlangen.

Für den Konzernprüfer gelten dieselben Überlegungen wie in der Stundungsphase bei Anstreben eines umfassenden Liquidationsvergleiches (Ziff. 4.2.4 oben) [45], d.h. es darf keine Konsolidierung mehr erfolgen [46]. In der Vollzugsphase wird deutlich sichtbar, wie die der Konsolidierung zu Grunde liegende wirtschaftliche Betrachtungs-

weise der juristischen Sicht weichen muss; so wird die betreffende Gesellschaft – Verrechnungen vorbehalten – z.B. konzerninterne Guthaben eintreiben, konzernmässige Verbindlichkeiten jedoch nur noch nach Massgabe des Vollstreckungsergebnisses befriedigen.

5. Pflichten der Revisionsstelle im Konkursverfahren

5.1 Allgemeines

Genau wie beim Liquidationsvergleich (Ziff. 4.3.2 oben) entfallen im Konkurs [47] die Aufgaben der bisherigen Organe – Verwaltungsrat, Generalversammlung und Revisionsstelle – der Gesellschaft, und zwar im Zeitpunkt der Konkurseröffnung (Art. 204, 221 ff. sowie 240f. SchKG) [48]. Es empfiehlt sich, mit Schreiben an die Konkursverwaltung vom Revisionsstellenmandat zurückzutreten und Löschung im Handelsregister i.S.v. Art. 727e Abs. 4 OR zu verlangen. Am Ende des Verfahrens wird die Gesellschaft und damit auch die Revisionsstelle im Handelsregister allerdings von Amtes wegen gelöscht.

Die Aufgaben der Organe werden durch die Konkursverwaltung übernommen. Sie untersteht der Aufsicht und Kontrolle eines eventuellen Gläubigerausschusses (Art. 237 Abs. 3 SchKG). Beschwerden gegen Verfü-

gungen der Konkursverwaltung müssen an die Aufsichtsbehörde gerichtet werden (Art. 17ff. SchKG). Konsequenterweise bestimmt Art. 268 SchKG, dass sich die Rechenschaftspflicht der Konkursverwaltung über das schuldnerische Vermögen auf das Konkursgericht bezieht.

Für den Konzernprüfer gelten dieselben Überlegungen wie in Ziffer 4.3.2 oben [49], d.h. es darf keine Konsolidierung mehr erfolgen.

5.2 Die Pflichten bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG)

Jedes Jahr werden über 30 % aller Konkursöffnungen mangels Aktiven wieder eingestellt [50]. Im Gegensatz zur normalen Durchführung des Konkursverfahrens, wo die Gesellschaft (inkl. Revisionsstelle) am Schluss des Verfahrens im Handelsregister gelöscht wird [51], erfolgt bei der Kurseinstellung mangels Aktiven lediglich ein neuer Zusatzeintrag bezüglich dieser Einstellung, der den Eintrag bezüglich der Konkurseröffnung ersetzt (Art. 65 HRegV). Die Gesellschaft wird also nicht gelöscht.

Die Löschung im Handelsregister erfolgt erst drei Monate nach Publikation dieses neuen Zusatzeintrages, und zwar

Anzeige

Internationale Briefmarken-Auktionen

Wir gehören seit über 25 Jahren zu den bedeutendsten und umsatzgrössten Auktionshäusern der Welt.

Für unsere Briefmarken-Auktionen übernehmen wir laufend wertvolle Sammlungen, Nachlässe, einzelne Raritäten jeder Art zum bestmöglichen treuhänderischen Verkauf.

Sie können Ihre Briefmarken aber auch direkt an uns verkaufen. Wir bieten Ihnen einen attraktiven und fairen Preis.

Gerne orientieren wir Sie über alle Möglichkeiten und Vorzüge der Rapp-Auktionen und senden Ihnen unsere Konditionen, Referenzen und den letzten Auktionskatalog mit Ergebnisbericht.

Peter Rapp AG

Intern. Briefmarken-Auktionen, Toggenburgerstr.139, CH-9500 Wil
Tel. 071/923 77 44, Fax 071/923 92 20, <http://www.rapp-auktionen.ch>

St. Gallen

Im Auftrag des Eigentümers vermieten wir in nächster Nähe des Hauptbahnhofes, im Geschäftshaus «Walhalla» per sofort oder nach Vereinbarung:

Fertig ausgebaute Büros ab 70 m² Total ca. 800 m²

Auch Teilflächen möglich, besonders für Arztpraxen geeignet. Parkplätze im Parkhaus Neumarkt vorhanden.

Besichtigung und Auskunft durch:

Herrn René Vogel, Telefon 052 213 10 51

nur unter der Voraussetzung, dass niemand gegen diese Löschung innert derselben Zeitspanne berechtigten Einspruch erhebt. Wird Einspruch erhoben, so bleibt die Gesellschaft bis zum Abschluss der Liquidation – also u.U. jahrelang – mit dem Zusatz «in Liquidation» eingetragen (Art. 66 Abs. 2 HRegV).

Zu beachten ist, dass die meisten Handelsregisterämter nach der Konkursöffnungsmitteilung die Eintra-

Auflösungszustand tragen – ist daher wenig aussagekräftig.

Für die Revisionsstelle entsteht nun die spezielle Frage – sofern sie bei der Konkursöffnung nicht von ihrem Amt zurückgetreten ist [54] –, ob ihre Pflichten während dieser «Liquidationsphase» wieder aufleben, bzw. ob der nach wie vor im Handelsregister eingetragenen Revisionsstelle – z.B. in einem späteren Konkursverfahren – vorgeworfen werden könnte, sie hätte

ihre übliche Pflichterfüllung auf die besonderen Anforderungen des jeweiligen Verfahrens masszuschneiden. Dadurch passt sie einerseits ihre Dienstleistung optimal an die aktuellen Informationsbedürfnisse der Klientin an und maximiert andererseits gleichzeitig den Gläubigernutzen durch adäquate Wahrnehmung ihrer Kontrollfunktion.

«Die Konkurseinstellung mangels Aktiven führt aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht zur sofortigen Löschung der Gesellschaft.»

Anmerkungen

gungen bezüglich Verwaltungsrat, Zeichnungsberechtigungen, Revisionsstelle usw. nicht mehr à jour halten (Demissionen werden jedoch eingetragen). Erfolgt nun nach der Einstellung mangels Aktiven innert der Dreimonatsfrist eine berechtigte Einsprache und bleibt die Gesellschaft mit dem Zusatz «in Liquidation» eingetragen, so könnten Verwaltungsräte, die nie gelöscht wurden, für die Gesellschaft erneut rechtsverbindliche Verpflichtungen eingehen.

Das kann durchaus sinnvoll sein, müssen doch die trotz Einstellung mangels Aktiven allenfalls vorhandenen Vermögenswerte [52] versilbert werden. Auch im Zusammenhang mit der während zweier Jahre – auch gegen eine Aktiengesellschaft – möglichen Betreuung auf Pfändung (Art. 230 Abs. 3 SchKG)[53] oder den gemäss neuem SchKG wiederauflebenden Betreibungen (Art. 230 Abs. 4 SchKG) können Massnahmen des Verwaltungsrates erforderlich sein.

Unbefriedigend im Hinblick auf mögliche Missbräuche erscheint die Situation jedoch deshalb, weil die Gesellschaft trotz Konkursreife (sie ist nach wie vor überschuldet) wieder ungehindert am Geschäftsverkehr teilnehmen kann. Der Zusatz «in Liquidation» – den auch solvente Gesellschaften im

die Liquidationshandlungen des Verwaltungsrates mindestens insofern überwachen müssen, als sie z.B. wieder jährliche Abschlüsse hätte verlangen und prüfen sollen, bzw. Meldungen an die Generalversammlung oder allenfalls eine Überschuldungsanzeige hätte erstatten müssen.

Die Konkurseinstellung mangels Aktiven führt aus Gründen des Gläubigerschutzes [55] nicht zur sofortigen Löschung der Gesellschaft. Sie berechtigt den Verwaltungsrat in keiner Weise zur Entfaltung einer neuen Geschäftstätigkeit. Die Revisionsstelle muss daher – auch wenn sie nicht zurückgetreten und im Handelsregister nicht gelöscht worden ist – nicht davon ausgehen, dass ihre Pflichten erneut aufleben. Sie tut jedoch gut daran, sofern sie bei Konkursöffnung nicht sofort zurücktritt, die Löschung ihrer konkurssiten Klientinnen sorgfältig zu überwachen und den Rücktritt spätestens dann zu erklären, wenn der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wird [56].

6. Schlussbemerkung

Die verschiedenen rechtlichen Verfahren, die zur Sanierung oder Liquidation einer Aktiengesellschaft führen, verlangen von der Revisionsstelle besondere Aufmerksamkeit. Sie ist gehalten,

1 Treuhand-Kammer, Revisionshandbuch der Schweiz, Zürich 1992, im folgenden «RHB», Ziff. 3.125.

2 RHB, Ziff. 3.125.

3 Zu beachten ist, dass sich diese Aufgaben – mit Ausnahme der Überschuldungsanzeige – durch Verweisung in Art. 731a Abs. 2 OR sinngemäss auch auf die Konzernrechnung erstrecken (vgl. dazu insbesondere: Bertschinger Peter/Zenhäusern Markus: Konzernabschlüsse verstehen, Zürich 1996, S. 680 ff.). Die Prüfung des Antrags auf Gewinnverwendung und die Prüfung der Zwischenbilanz bei Überschuldung entfällt für den Konzernprüfer.

4 Es handelt sich um Prüfungen für den Gründerbericht (Art. 635a OR), bei Kapitalherabsetzung (Art. 732 OR) sowie Kapitalerhöhung (Art. 652d und 652f sowie 653f und 653i), bei nachträglicher Liberierung durch Sacheinlage oder Verrechnung, bei Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen (Art. 670 Abs. 2 OR), bei vorzeitiger Verteilung von Vermögen (Art. 745 Abs. 2 OR) und bei Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft in die Schweiz (Art. 162 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, SR 291).

5 Zum Beispiel RHB, Ziff. 3.42152; Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, im folgenden «Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel», § 56 N 76; Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, im folgenden «Böckli», N 1955v f. und 1957e ff.; Widmer, Mathias: Mandat der Kontrollstelle einer AG in Liquidation, in: Der Schweizer Treuhänder, 4/1980, im folgenden «Widmer», S. 6 ff.

6 Die Prüfung der Verwendung des Bilanzgewinnes i.S.v. Art. 728 Abs. 1 OR bleibt aber dennoch notwendig (z.B. in Bezug auf Art. 671 OR); Ein verbleibender Gewinn wird einem besonderen Liquidationskonto gutgeschrieben, Widmer, S. 8.

7 Böckli, N 1957e.

8 Dieser Tag entspricht meist dem Tag des Auflösungsbeschlusses durch die Generalversammlung (Art. 736 Ziff. 2 OR) oder einem anderen Tag, der sich aus der Anwendung von Art. 736 Ziff. 1, 4 oder 5 ergibt.

9 Für die Erstellung und Präsentation dieser Zwischenabschlüsse an der Generalversammlung verlangt Widmer ohne Begründung (S. 8), dass eine kürzere als den aktiven Gesellschaften eingeräumte Frist von 6 Monaten (Art. 699 Abs. 2 OR) eingehalten wird. Es ist allerdings nicht einzusehen, weshalb diese Frist verkürzt werden muss.

- 10 BGE 123 III 473 ff. hat neu bestimmt, dass die Generalversammlung den eigenen Auflösungsbeschluss so lange widerrufen kann, als die Liquidatoren noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen haben. Diese neue Rechtslage akzentuiert die Pflicht der Revisionsstelle, auf ordnungsgemässer und zeitgerechter Erstellung und Prüfung von jährlichen Zwischenbilanzen zu bestehen. Weil die meisten freiwilligen Liquidationen in der Praxis problemlos verlaufen und kaum länger als ein Jahr dauern, wird auf der Erstellung und Prüfung von Zwischenbilanzen und der Schlussbilanz von seiten der Revisionsstelle oft nicht bestanden. Ja, die Revisionsstelle gerät manchmal in Versuchung, sich nach Kenntnisnahme des Auflösungsbeschlusses und Prüfung der Liquidationsöffnungsbilanz «zurückzuziehen» und das Ende der Gesellschaft quasi vorwegzunehmen. Sie sollte jedoch im Gegenteil die Liquidation im Auge behalten und nach Ablauf eines Jahres – insbesondere wenn sich die Liquidation verzögert – auf Erstellung und Prüfung der Zwischenbilanz bestehen. Wird der Auflösungsbeschluss nach einem oder mehreren Jahren gar widerrufen und ist die Revisionsstelle nie von ihrem Amte zurückgetreten, so steht sie vor der haftungspflichtigen unangenehmen Tatsache, dass seit langer Zeit keine ordentlichen Abschlüsse mehr erstellt und/oder geprüft wurden.
- 11 Stäubli, Christoph: in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1994, im folgenden «Basler Kommentar/Stäubli», zu Art. 743 OR N 21; Widmer, S. 7.
- 12 Böckli bejaht diese Ansicht indirekt in N 1957f, indem er erklärt, dass in der Liquidationsphase neue Rangrücktrittserklärungen kaum erhältlich seien, weil die Gläubiger diese nur in der Hoffnung auf die Vermeidung des Liquidationsverfahrens abgaben. – In Konzernverhältnissen ist allerdings die Abgabe von neuen Rangrücktrittserklärungen zwecks Ermöglichung des freiwilligen Liquidationsverfahrens durchaus möglich; Vgl. z. B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 56 N 117f.; Unzulässig ist es, die Gläubiger gemäss einem Teilzahlungsplan «prozentual gleichmässig» zu befriedigen, wie es Stäubli vorschlägt: Basler Kommentar/Stäubli, zu Art. 743 N 10.
- 13 Basler Kommentar/Stäubli, zu Art. 743 OR N 14; a.M. RHB, Ziff. 3.42152, S. 494; Böckli, N 1955w.
- 14 Vgl. dazu z. B. Camponovo, Rico A.: Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 68. Jahrgang, 1996, Heft 5, im folgenden «Camponovo», S. 211 ff., insb. Ziff. I.1.
- 15 Zenhäusern, Markus/Bertschinger, Peter: Konzernrechnungslegung, Zürich 1993, im folgenden «Konzernrechnungslegung», S. 74f.; Biener, Herbert/Berneck, Wilhelm: Bilanzrichtlinien-Gesetz, Düsseldorf 1986, § 296 Abs. 1 Ziff. 3 HGB; a.M. Zogg, Hans: Der Konzernabschluss in der Schweiz, in: Schriftenreihe der Treuhandkammer, Band 28, Zürich 1978, S. 111.
- 16 Vgl. z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N 223; Basler Kommentar/Wüstiner, zu Art. 725a OR N 5; Böckli, N 1716; Das gilt auch dann, wenn ein Gläubiger den Antrag auf Konkursaufschub stellt. Er kann diesen eben nur im Rahmen des bereits eingeleiteten Konkursöffnungsverfahrens einbringen (vgl. Giroud, Roger: Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. A., in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 50, Zürich 1986, im folgenden «Giroud», § 6 N 5d).
- 17 Die Revisionsstelle ist gut beraten, wenn sie sich ihr Honorar für sämtliche Tätigkeiten im Hinblick auf das Konkursaufschubverfahren (und allenfalls ebenso für die Tätigkeiten während dem Verfahren) bevorschussen lässt. Scheitern die Sanierungsbemühungen nämlich, so muss sie sich im nachfolgenden Nachlass- oder Konkursverfahren mit einer ungesicherten Forderung begnügen. Erbringt sie ihre Leistung gegen Kredit, fakturiert sie anschliessend das Honorar und wird ihr dieses kurz vor dem Scheitern der Sanierungsbemühungen bezahlt, so riskiert sie – als zweifellos gut über die prekäre Finanzlage informierte Gläubigerin – eine paulianische Anfechtung, Rückforderung des Honorares und eine Strafanzeige.
- 18 Camponovo, S. 219, Ziff. V.2.
- 19 Zweifellos wäre es jedoch wichtig, dass der Konkursrichter das Kontrollorgan formell über die Gewährung eines Konkursaufschubs orientiert. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Revisionsstelle ihre Pflichterfüllung dieser veränderten Situation anpassen kann.
- 20 Die Kenntnis der Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Sachwalter ist für die Revisionsstelle wichtig.
- 21 Auch für die besonderen Prüfungen bei Kapitalherabsetzung (Art. 732 OR) sowie Kapitalerhöhung (Art. 652d und 652f sowie 653f und 653j), bei nachträglicher Liberierung durch Sacheinlage oder Verrechnung und bei Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen (Art. 670 Abs. 2 OR) ist eine genaue Kenntnis der Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Sachwalter notwendig.
- 22 Giroud, § 6 N 32b.
- 23 Lanz, Rudolf: Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, in: Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand-Kammer, Band 68, Zürich 1985, im folgenden «Lanz», S. 166f.
- 24 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889/16. Dezember 1994 (SR 281.1).
- 25 Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass der Sachwalter einen Schlussbericht über die Sanierung abgeben muss (Brunner Alexander: Insolvenzen und Überschuldung der Aktiengesellschaft, in: Aktuelle Juristische Praxis 6/92, S. 806ff., S. 820), oder dass seine hoheitliche Tätigkeit z.B. daraus ersichtlich wird, dass Beschwerden gegen seine Tätigkeiten beim ernennenden Richter einzureichen sind (BGE 98 III 42; Basler Kommentar/Wüstiner, zu Art. 725a OR N 12).
- 26 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40 N 31f.
- 27 Lanz, S. 167.
- 28 Dasselbe gilt, wenn der Konkursaufschub die Konzernobergesellschaft selber betrifft. Wird dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entzogen, muss sich der Sachwalter mit dem (eventuell neuen) Management über die Sanierungsziele einigen.
- 29 Amonn, Kurt: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, im folgenden «Amonn», § 54 N 11.
- 30 So könnte die Generalversammlung wohl während laufender Stundungsphase eine Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 SchKG abgeben. Allerdings wird der Konkursrichter diese in analoger Anwendung von Art. 173a SchKG an den Nachlassrichter überweisen und den Konkurs nicht eröffnen, soweit das Nachlassverfahren seinen ordentlichen Gang nimmt.
- 31 Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass der Sachwalter gemäss Art. 304 SchKG einen Stundungsbericht abgeben muss, der i.d.R. auch Ausführungen über die Stundungskosten und die Vermögenslage des Schuldners enthält.
- 32 Wie beim Konkursaufschub ist die Revisionsstelle gut beraten, wenn sie sich ihr Honorar für sämtliche Tätigkeiten im Hinblick auf das Nachlassverfahren bevorschussen lässt. Ansonsten muss sie sich im Nachlass mit einer ungesicherten Forderung begnügen. Erbringt sie ihre Leistung gegen Kredit, fakturiert sie anschliessend das Honorar und wird dieses kurz vor Eröffnung des Stundungsverfahrens bezahlt, so riskiert sie – als zweifellos gut über die prekäre Finanzlage informierte Gläubigerin – eine paulianische Anfechtung, Rückforderung des Honorares und eine Strafanzeige, sofern ein Liquidationsvergleich zustande kommt oder der Konkurs im Anschluss an das gescheiterte Nachlassverfahren eröffnet wird. Weniger prekär ist die Lage für ihre während der Stundung entstehenden Guthaben, sofern diese vom Sachwalter genehmigt wurden. Diese bilden in einem nachfolgenden Konkurs Masseschulden (Art. 310 Abs. 2 SchKG).
- 33 Auch unter dem alten Recht konnte die Stundungsphase faktisch erheblich verlängert werden, indem z. B. ein – die Rechtskraft des Entscheides hinauszögernder – Rechtsstreit über den Bestätigungsentscheid angehoben wurde.
- 34 Das RHB hält pauschal fest, dass der Prozentvergleich keinen Einfluss auf das Amt der Revisionsstelle habe (Ziff. 3.1246, S. 350).
- 35 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40 N 31f.
- 36 So Art. 173a Abs. 2 SchKG, z.B. wenn der Richter über das Konkursbegehren eines Gläubigers zu entscheiden hat.
- 37 Für die Gewährung einer Nachlassstundung ist es nicht Voraussetzung, dass die Gesellschaft überschuldet ist. So kann über eine illiquide Gesellschaft z.B. gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG ohne Überschuldung der Konkurs eröffnet werden. Für diese Gesellschaft wäre z.B. ein Stundungsvergleich ein sinnvolles Hilfsmittel zur Überwindung der Krise.
- 38 Vgl. zu einer ähnlichen Fragestellung, Camponovo, S. 217, Ziff. IV.3. a.E.
- 39 Im Verlaufe des Stundungsverfahrens können jedoch infolge von Inventar und dem Ergebnis des Schuldenrufes Änderungen an diesem Vertragsentwurf notwendig werden. Es kann auch die Nachlassvertragsart geändert werden. (Vgl. Fritzsche, Hans/Walder, Hans Ulrich: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, 3. A., Zürich 1993, im folgenden «Fritzsche/Walder», § 73 N 11.
- 40 A. M. Konzernrechnungslegung, S. 75 Ziff. 4.2.5.

- 41 Dasselbe gilt, wenn die Nachlassstundung die Konzernobergesellschaft selber betrifft. Wird dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entzogen, muss sich der Sachwalter mit dem (eventuell neuen) Management über die Sanierungsziele einigen.
- 42 Strebt die Konzernobergesellschaft selber einen umfassenden Liquidationsvergleich an und ist der Konzern überschuldet – was i. d. R. der Fall sein dürfte, so entfällt eine Konsolidierungspflicht, weil keine einheitliche Leitung mehr besteht. Bei den meisten der Untergesellschaften wird die Leitung nämlich – zwecks Zerschlagung – von gegenseitig unabhängigen Zwangsvollstreckungsorganen übernommen. Existieren überlebensfähige und nicht überschuldete Konzernteile, so ist eine neue Konsolidierungspflicht auf der Stufe der betreffenden Zwischengesellschaften (Art. 663f OR) für die Zeitspanne bis zu deren Veräusserung durch die Liquidatoren der Obergesellschaft denkbar. Diese Konsolidierung erfolgt auf der Basis von Fortführungswerten.
- 43 Amonn, § 54 N 21 und insbesondere § 55 N 23.
- 44 RHB, Ziff. 3.1246, S. 350.
- 45 Gl. M. Konzernrechnungslegung, S. 75 Ziff. 4.2.5.
- 46 Steckt die Konzernobergesellschaft selber im Liquidationsvergleich, gelten analoge Überlegungen wie in Fussnote 41.
- 47 Steckt die Konzernobergesellschaft selber im Konkurs, gelten analoge Überlegungen wie in Fussnote 41.
- 48 RHB, Ziff. 3.1246, S. 350, allerdings wird m.E. das Amt der Revisionsstelle an sich nicht beendet, nur die Aufgaben der Revisionsstelle entfallen. Der Unterschied wirkt sich z.B. bei einem Widerruf des Konkurses insofern aus, als die Revisionsstelle, die nicht vom Amt zurückgetreten ist und im Handelsregister nicht gelöscht wurde, nach wie vor als Revisionsstelle amtet.

RÉSUMÉ

Tâches de l'organe de révision de la société anonyme lors de liquidations ou d'assainissements

Lorsqu'une entreprise se retrouve dans des turbulences financières, le client s'attend souvent à recevoir de la part de l'organe de révision une aide rapide et hautement qualifiée sur le plan professionnel. Ni le Manuel suisse de révision ni la littérature ne décrivent toutefois par le menu les tâches dans ces phases extraordinaires. Et pourtant, les situations divergent beaucoup, de même que les tâches.

En partant des dix obligations légales de l'organe de révision dans le cadre de la révision des comptes, il est prévu pour la période de révision lors d'une liquidation volontaire conformément aux articles 739 ss CO que le rythme annuel ordinaire sera conservé si la date de clôture ordinaire et celle de la décision de liquidation sont proches l'une de l'autre. En ce qui concerne les accords de postposition et le surendettement, il n'est pas évident pourquoi les règles applicables à une société en liquidation devraient être plus sévères (art. 743 al 2 CO) que pour une société active (art. 725 al 2 CO). La liquidation volontaire d'une société anonyme surendettée est possible pour autant que le bilan de liquida-

tion montre que les actifs disponibles couvrent tous les créanciers qui ne sont pas grevés d'accords de postposition. En ce qui concerne l'avis de surendettement par l'organe de révision, la disposition de l'article 729b al 2 CO doit être respectée par l'organe de révision par analogie aussi en cas d'inactivité des liquidateurs dans une situation de surendettement au sens de l'article 743 al 2 CO.

En cas d'ajournement de faillite selon l'article 725a CO, rien ne change aux obligations de l'organe de révision en matière d'obligation de révision des comptes annuels, ni en matière d'obligation d'avis, d'action et de discrétion, dès lors que rien ne change à l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes annuels. Ceci s'applique même dans les cas où le juge ordonne un retrait complet du pouvoir de disposer du Conseil d'administration. Contrairement au cas de la faillite, l'Etat n'assume pas (encore) le contrôle financier de la société. Ce n'est que ce transfert de responsabilité patrimoniale qui rendrait superflue la tâche de l'organe de révision.

Dans la mesure où le succès des efforts d'assainissement est le plus souvent incertain, les comptes doivent être établis sur la base de valeurs de continuation et de liquidation. Il est évident que la révision d'un bilan intermédiaire n'est pas nécessaire en cas de surendettement. Dans cette phase, l'avis d'éventuelles violations de la loi et des statuts doit aussi être communiqué au curateur ou – si aucun curateur n'a été nommé – au juge. Le même principe s'applique au rapport et aux recommandations à l'Assemblée générale.

Aussi dans le cas de la procédure concordataire selon les articles 293 ss LP, la situation relative aux critères d'évaluation applicables et aux devoirs de l'organe de révision se présente de manière similaire à celle de l'ajournement; la tâche de l'organe de révision n'est pas superflue: contrairement à l'ajournement de faillite, la révision d'un bilan intermédiaire en cas de surendettement peut par contre se révéler d'actualité en cas de sursis, parce qu'il ne prévoit pas d'avis formel de surendettement et pas non plus de bilan intermédiaire révisé établi sur la base de valeurs de continuation et de liquidation.

49 Gl. M. Konzernrechnungslegung, S. 75 Ziff. 4.2.5.

50 Camponovo, S. 212, Ziff. I.2.

51 Art. 66 Abs. 2 Satz 1 Handelsregisterverordnung «HRegV».

52 Deren Wert voraussichtlich zur Deckung der Kosten für ein summarisches Verfahren nicht ausgereicht hätte (Art. 230 Abs. 1 SchKG).

53 Fritzsche/Walder, § 45 N 9; Amonn, § 44 N 24 scheint erstens auch die nicht verpfändeten Aktiven einer juristischen Person unter Art. 230a Abs. 2 SchKG subsumieren zu wollen und möchte zweitens sogar den Abs. 3 dieses Artikels (Übernahme der Aktiven durch den

Staat) auf juristische Personen anwenden. Der erste Satz von Abs. 3 zeigt jedoch an, dass die Anwendung von Abs. 3 sich nur auf Abs. 1 (ausgeschlagene Erbschaft) und nicht auf die juristischen Personen des Abs. 2 bezieht. Dasselbe Auslegungsergebnis ergibt sich, wenn man beachtet, dass der neue Art. 230a SchKG aus den bisherigen Art. 133 und 134 VZG (Verordnung des Bundesgerichtes über die Zwangsverwertung von Grundstücken) zusammengesetzt wurde, wo die beiden Bereiche deutlich getrennt waren.

54 Tritt sie nach Konkurseröffnung zurück und wird sie im Handelsregister gelöscht, so bemüht sich z.B. das Handelsregisteramt

Zürich nach der Konkurseinstellung mangels Aktiven und der Einsprache gegen die Löschung nicht um Wiedereintragung der Revisionsstelle, bzw. leitet die in Art. 727f OR vorgesehenen Massnahmen nicht ein.

55 Vgl. zur Geschichte von Art. 230 Abs. 3 SchKG BGE 113 III 118 E. 3a.

56 Sofern nach der Einstellung keine Verwaltungsräte mehr eingetragen sind, muss sie die Löschung direkt beim Register mit dem Hinweis begehren, dass die Gesellschaft keinen Verwaltungsrat mehr habe und keine Generalversammlungen mehr durchführe und daher ein formeller Rücktritt gegenüber der Gesellschaft nicht möglich sei.

RÉSUMÉ

De ce fait, l'obligation d'avis faite à l'organe de révision (art. 729b al 2 CO) reste entière.

Ces explications relatives aux devoirs de l'organe de révision s'appliquent aussi dans le cadre des efforts en vue d'arriver à un concordat par abandon d'actif englobant la totalité du patrimoine du débiteur. Dans le cas d'un concordat par abandon d'actif, il en va différemment seulement en ce qui concerne les critères d'évaluation applicables. Ces derniers doivent se baser sur les valeurs de liquidation.

Les devoirs à assumer pendant la phase d'exécution du concordat ordinaire sont à nouveau les mêmes que pour toute société solvable. L'organe de révision doit simplement veiller plus particulièrement au risque d'un paiement retardé ou incomplet des dividendes. Si ce risque se réalise, chaque créancier acquiert un droit à l'annulation du sursis concordataire (art. 316 LP, ATF 110 III 42).

Dans le cas d'un concordat par abandon d'actif par contre, le droit de disposition du débiteur échoit complètement et la responsabilité intégrale pour les parts patrimoniales cédées par le débiteur est transférée aux liquidateurs (art. 319 al 1 et 3 LP). Les liquidateurs sont subordonnés à la surveillance et au contrôle de la commission des créanciers (art. 320 LP). Ces organes revêtus de droits souverains assument la res-

pensabilité de la société. En conséquence, l'article 330 LP prévoit que le devoir des liquidateurs de présentation des comptes sur le patrimoine débiteur se rapporte à la commission de créanciers et à l'autorité de surveillance. De ce fait, les anciens organes de la société – conseil d'administration, assemblée générale et organe de révision – sont relevés de leurs fonctions, et ce au moment de la confirmation valable du sursis concordataire (art. 319 et 320 LP). Il est recommandé de s'adresser aux liquidateurs par écrit en mettant le mandat de révision à disposition et de demander la radiation au registre du commerce en invoquant l'art. 727e al 4 CO.

De même que dans le cas d'un concordat par abandon d'actif, la faillite fait échoir les tâches des anciens organes de la société, au moment de l'ouverture de la faillite.

Il est recommandé de communiquer par écrit à l'office de la faillite la décision de déposer le mandat d'organe de révision et de demander la radiation au registre du commerce en invoquant l'article 727e al 4 CO. Les tâches des organes sont assumées par l'office. L'obligation de l'office de présenter des comptes sur le patrimoine débiteur est valable par rapport au tribunal des faillites.

Une solution particulière intervient dans le cas de la suspension de la faillite faute d'actifs. Contrairement à l'exécu-

tion normale de la procédure de faillite, à l'issue de laquelle la société (y compris l'organe de révision) est radiée du registre du commerce, la suspension de la faillite faute d'actifs déclenche uniquement une nouvelle inscription relative à cette suspension. La société n'est donc pas radiée. La radiation du registre du commerce n'intervient que trois mois après la publication de cette nouvelle inscription et ce uniquement si pendant ce laps de temps personne ne s'est opposé pour de justes motifs à cette radiation. S'il y a opposition, la société reste inscrite au registre du commerce jusqu'à la fin de la procédure de liquidation – ce qui peut durer des années – avec la mention «en liquidation», ce qui signifie que les administrateurs qui n'ont jamais été radiés peuvent à nouveau engager valablement la société. Cette situation apparaît insatisfaisante sous l'angle d'abus possibles, dès lors que la société quand bien même elle est mûre pour la faillite (son surendettement n'a en rien changé) peut continuer à exercer des activités commerciales sans restriction. L'organe de révision ne doit cependant pas partir du principe – même s'il n'a pas déposé son mandat et n'a pas été radié du registre du commerce – que ses obligations vont refaire surface. Il a cependant tout intérêt à surveiller attentivement la radiation de ses clients en faillite et d'annoncer le dépôt du mandat au plus tard quand la faillite a été suspendue faute d'actifs.

RAC/HJR

Pflicht der aktienrechtlichen Revisionsstelle zur Überschuldungsanzeige

Unabhängigkeitserfordernis des Revisors als Basis

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

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

1. Vorbemerkungen

1.1 Einführung

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

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

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

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



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

1.2 Unabhängigkeit der Revisionsstelle

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

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