

Rico A. Camponovo

# Kapitalerhöhungsprüfung contra Unabhängigkeit der Revisionsstelle

## Zwei Revisoren für dieselbe Aktiengesellschaft?

*Eine grosse Revisionsgesellschaft musste von einem Mandat eines global tätigen Kunden zurücktreten, weil die amerikanische Securities and Exchange Commission (im folgenden SEC) ihr mit dem Lizenzentzug drohte. Auslöser war eine Aktienkapitalerhöhung mit Sacheinlage in einer schweizerischen Tochtergesellschaft des weltweit operierenden Kunden. Die Revisionsstelle habe – so die SEC – die in den USA gültigen Unabhängigkeitsvorschriften durch Abgabe der Prüfbestätigung zum Kapitalerhöhungsbericht verletzt. Die darin enthaltene Bewertung des Sacheinlageobjektes verstosse gegen das Verbot, bei Kaufs- oder Verkaufsgeschäften Bewertungen für die Mandantin vorzunehmen.*

### I. Kapitalerhöhungsprüfung durch die Revisionsstelle

Bei einer Kapitalerhöhung [1] gemäss Art. 652f OR muss eine Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle vorliegen. Die Revisionsstelle muss dabei den Kapitalerhöhungsbericht des Verwaltungsrates bestätigen und schriftlich feststellen, dass dieser vollständig und richtig ist. Keine Prüfungsbestätigung ist erforderlich, wenn die Einlage auf das neue Aktienkapital in Geld erfolgt, das Aktienkapital nicht zur Vornahme einer Sachübernahme erhöht wird und die Bezugsrechte nicht eingeschränkt oder aufgehoben werden (Art. 652f Abs. 2 OR).

In dieser Bestätigung der Richtigkeit des Kapitalerhöhungsberichtes ist auch



Rico A. Camponovo, Rechtsanwalt, lic. iur. et lic. oec. publ., Stellvertretender Direktor und Leiter des Fachteams Revisionsrecht, KPMG Fides, Zürich

eine Bestätigung der «Richtigkeit» bzw. Vertretbarkeit der Bewertung der eingelegten Sache enthalten. Die Revisionsstelle muss m.a.W. gemäss dem schweizerischen Recht zwingend zur Bewertung des eingelegten Gutes Stellung nehmen [2].

### II. Rechtliche Ausgangslage

#### 1. In den USA

##### 1.1 Vorschriften der SEC

Die SEC ist eine weitgehend unabhängige Behörde der amerikanischen Regierung. Deren Hauptaufgabe besteht in der Überwachung des Wertschriftenhandels der USA. Die SEC überwacht rund 12000 registrierte Gesellschaften. Davon ist nur ein Teil kotiert. Hauptaufgabe der SEC ist die Sicherstellung klarer und vollständiger Offenlegung der finanziellen und juristischen Informationen der registrierten Gesellschaften.

Nach Ansicht der SEC wird die Unabhängigkeit u.a. dann verletzt, wenn die Revisionsstelle eine der folgenden Dienstleistungen für aktuell oder künftig der SEC-Überwachung unterliegende Kunden (im folgenden «SEC-Gesellschaft») erbringt [3]:

«Any appraisal service, valuation service, or any service involving a fairness opinion for an audit client, where it is reasonably likely that the results of these services, individually or in the aggregate, would be material to the financial statements, or where the results of these services will be audited by the

accountant during an audit of the audit client's financial statements.»

Die SEC listet hier nicht revisionsbezogene Dienstleistungen auf, die nach deren Ansicht die Unabhängigkeit des Prüfers gefährden können. Der Kunde darf also u.a. weder in seinen Kauf- noch Verkaufsabsichten bei der Preisfestlegung unterstützt werden [4]. Die in der Schweiz gesetzlich vorgeschriebene Prüfung des Kapitalerhöhungsberichtes [5] wird von der SEC als Verstoß gegen diese Vorschriften und damit als Verletzung der Unabhängigkeit interpretiert. Die SEC betrachtet dabei die weltweit tätigen Prüfgesellschaften als Einheit, auch wenn diese rechtlich z.B. gar keine gesellschaftliche Struktur aufweisen.

## 1.2 Konsequenzen für Schweizer Gesellschaften

### 1.2.1 Allgemeines

In der Zukunft muss für jede qualifizierte Kapitalerhöhung/Gründung einer schweizerischen Tochtergesellschaft überprüft werden, ob im Konzernverbund eine SEC-Gesellschaft, d.h. eine in den USA der Aufsicht der SEC unterstehende Gesellschaft existiert oder in naher Zukunft existieren wird. In diesen Fällen muss von der Prüfbestätigung in der Schweiz meist Abstand genommen werden. Dasselbe gilt für andere Bewertungshandlungen der Revisionsstelle für vom Kunden geplante Käufe oder Verkäufe.

### 1.2.2 Spezielle Fragen zur Anwendbarkeit

Mangels praktischer Erfahrung im heutigen Zeitpunkt sind gewisse Fragen offen [6].

Dazu gehört die Frage des «Verwandtschaftsgrades» [7] der betroffenen Gesellschaften. Gelten die Regeln nur, wenn die Schweizer Gesellschaft eine Untergesellschaft der SEC-Gesellschaft ist? Was ist, wenn sie Mutter- oder Schwestergesellschaft der SEC-Gesellschaft ist? Mit grösster Wahrscheinlichkeit richtet die SEC ihren beaufsichtigenden Blick auf die Jahresrechnung der von ihr überwachten Einheit und will sicherstellen, dass bei

der Konsolidierung der Untergesellschaften keine Bewertungen in die Jahresrechnung einfließen, die durch den Prüfer bestätigt wurden. Diesfalls würde die hier diskutierte Problematik dann entfallen, wenn die Schweizer Gesellschaft in Bezug auf die SEC-Gesellschaft Obergesellschaft oder Schwestergesellschaft ist [8].

Eine andere offene Frage ist diejenige nach der Herkunft der eingebrachten Güter. Sofern diese nämlich rein konzernintern, und zwar innerhalb des Konsolidierungskreises der SEC-Gesellschaft verschoben werden, entfallen diese Werte bei der nächsten Konsolidierung wieder. Der Prüfbericht bzw. die darin enthaltene Bewertung des Sacheinlagegutes hat daher keinen Einfluss auf die ausgewiesenen Zahlen der SEC-Gesellschaft. In solchen Fällen könnte daher die normale Revisionsstelle den Prüfbericht wie gewohnt erstellen.

Ein anderer Punkt ist die Form der Gesellschaft in der Schweiz. Bisher war von Aktiengesellschaften die Rede. Nimmt der Prüfer bei einer GmbH, einer Genossenschaft oder einer anderen wirtschaftlichen Einheit Bewertungshandlungen vor und wird diese Einheit in eine SEC-Gesellschaft konsolidiert, so kann sich dieselbe Problemsituation ergeben.

Unklar ist auch die zeitliche Tragweite der Bestimmung, dass unter diese Vorschriften auch Verbindungen zu einer SEC-Gesellschaft gehören, die «in naher Zukunft» entstehen könnten. Wenn die Revisionsstelle keine Kenntnisse von solchen Plänen hat, sollte dies für die Wahrung der Unabhängigkeit genügen. Die vorsichtige Revisionsstelle wird allerdings aus eigenem Interesse vom Management ihrer Klientin und von demjenigen der Obergesellschaft eine ausdrückliche Erklärung verlangen, dass keine solchen Pläne existieren [9].

Auch wenn keinerlei Verbindung zu einer SEC-Gesellschaft existiert oder geplant ist, kann allerdings das Problem – wie kürzlich in Deutschland geschehen – plötzlich aktuell werden. Wie in der Schweiz werden auch in Deutschland vom Prüfer von Gesetzes

wegen Bewertungsbestätigungen bei Sacheinlagen verlangt, die von der SEC als unabhängigkeitsverletzend eingestuft werden. Die Prüfgesellschaft P hat in diesem Fall solche Bestätigungen bedenkenlos abliefern können, weil die deutsche Gruppe keinerlei Beziehung zu einer SEC-Gesellschaft unterhielt oder plante. Unerwartet wurde die Gruppe von einem britischen Konzern (mit der Prüfgesellschaft Q) übernommen, der seinerseits bereits Verbindungen zu einer SEC-Gesellschaft plante. Bei der Konsolidierung der deutschen Gruppe in den Abschluss der SEC-Gesellschaft stellte sich die SEC auf den Standpunkt, dass die Prüfberichte von P (aus der Zeit vor der Übernahme) die Unabhängigkeitsregeln verletzen und dass daher diese Berichte auf mehrere Jahre zurück neu erstellt werden müssten (und zwar nicht durch Q).

Es stellt sich hier natürlich die Frage, wie die SEC reagiert hätte, wenn der britische Konzern seinerseits (zufälligerweise) auch von P geprüft worden wäre. Hätte sie dann der P den Rücktritt vom Gesamtmandat nahegelegt? Oder hätte sie sich damit begnügt, die Nachprüfung der fraglichen deutschen Prüfberichte durch einen Dritten zu verlangen? Diese in gewisser Weise nicht mehr kontrollierbare Problematik könnte so gelöst werden, dass immer ein Drittprüfer für die problematischen Berichte beigezogen wird, auch wenn kein SEC-Konnex existiert oder geplant ist.

## 2. In der Schweiz

### 2.1 Ausgangslage

Obligationenrechtlich gesehen bedeutet die qualifizierte Kapitalerhöhung und Gründung nichts anderes als ein Kaufgeschäft, wobei die Gegenleistung für das zur Liberierung eingelegte Sachgut in Form von Aktien erbracht wird. Nach schweizerischem Recht darf auf die Prüfbestätigung nicht verzichtet werden. Eine Revisionsstelle, die in der Schweiz die gesetzlich vorgeschriebenen Prüfpflichten erfüllt, verletzt damit gleichzeitig die Unabhängigkeitsvorschriften in den USA und riskiert, dass ihrer Partnergesellschaft in den USA der Entzug der Lizenz angedroht wird.

## 2.2 Gründungsprüfung

Für den Gründungsprüfer verwendet das Gesetz in Art. 635a OR die Bezeichnung «ein Revisor». Die entsprechende Terminologie für den Kapitalerhöhungsprüfer in Art. 652f Abs. 1 OR lautet die «Revisionsstelle». Tatsächlich hält die Botschaft [10] fest, dass der Gründungsrevisor nicht Mitglied der (späteren) Revisionsstelle sein müsse.

## 2.3 Kapitalerhöhungsprüfung

### 2.3.1 Allgemeines

Anders ist es bei der Kapitalerhöhung, weil das Gesetz diese Prüfung der Revisionsstelle zuschreibt. In der Lehre herrscht die Meinung vor, dass nur die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle diese Prüfung durchführen könne [11].

### 2.3.2 Zwei Revisoren – eine Revisionsstelle?

Gemäss Art. 727 Abs. 1 OR wählt die Generalversammlung einen oder mehrere Revisoren als Revisionsstelle. Der Gesetzeswortlaut selber lässt also die Wahl mehrerer Revisoren zu. Diese können natürliche oder juristische [12] Personen sein.

### 2.3.3 Aufgabenteilung innerhalb der Revisionsstelle?

Art. 731 OR bestimmt, dass Statuten und Generalversammlung die Organisation der Revisionsstelle eingehender

regeln und deren Aufgaben erweitern können.

In der Literatur wird zur Aufgabenerweiterung v.a. betont, dass damit der Revisionsstelle weder die Unabhängigkeit beeinträchtigende Aufgaben, noch solche des Verwaltungsrates zugeteilt werden dürfen [13]. Erlaubt seien z.B. die Erweiterung der Prüfungspflichten auf Zwischenrevisionen [14] oder die Vornahme selbständiger Bewertungen über die vom Gesetz verlangten Stichproben bzw. über die Beurteilung von Hauptaktiven hinaus [15]. Denkbar sei auch eine über das Rechnungswesen hinausgehende allgemeine Prüfung der umfassenden Rechtmässigkeit der gesellschaftlichen Tätigkeit («legal compliance audit») [16].

Unter die Möglichkeit, die Organisation der Revisionsstelle eingehender zu regeln fällt z.B. eine Bestimmung, dass bei mehreren Revisoren jeder für ein Geschäftsjahr die Prüfung leitet [17].

## III. Lösungsvorschlag

### 1. Für die Gründungsprüfung

Der hier thematisierte Widerspruch zwischen den Unabhängigkeitsvorschriften der SEC und der Gründungsprüfung lässt sich ohne weitere Umstände vermeiden. Es muss lediglich darauf geachtet werden, dass der Gründungsprüfer nicht zur nachmaligen Revisionsstelle gehört.

Auch bei der Eintragung der Gründung ins Handelsregister ergeben sich dabei keine Probleme. Weder wird der Gründungsprüfer ins Register eingetragen, noch wird die Anmeldung zurückgewiesen [18], wenn der Gründungsprüfer nicht identisch mit der bei der Gründung einzutragenden Revisionsstelle ist.

## 2. Für die Kapitalerhöhungsprüfung

### 2.1 Ausgangslage

Unter den obenerwähnten gesetzlichen Voraussetzungen kann die Frage bejaht werden, ob eine Aufgabenteilung unter den Revisoren [19] dergestalt möglich sei, dass der eine – der Spezialrevisor [20] – ausschliesslich für Kapitalerhöhungen, der andere – der ordentliche Revisor – hingegen für alle anderen Pflichten zuständig wird.

### 2.2 Wortlaut der Statutenbestimmung/Eintragung im Handelsregister

Voraussetzung für die Aufgabenteilung ist ein statutenergänzender Beschluss der Generalversammlung. Dieser neue Artikel kann z.B. lauten:

«Die Generalversammlung kann für eine Amtsdauer von drei Jahren einen Spezialrevisoren wählen, welcher die bei Kapitalerhöhungen verlangten Prüfungsbestätigungen (gemäss Art. 652f, 653f und 653i OR) [21] abgibt.»

## Anzeige

Zwei junge dynamische Treuhänder **suchen** in der Region «Zürichsee» ein

### kleines bis mittleres Treuhandbüro,

mit attraktivem Kundenstamm, welches infolge Nachfolgeregelung zum Verkauf steht.

Interessenten melden sich bitte unter Chiffre Y049-722762, an Publimag AG, Postfach, 8152 Glattbrugg

## Kooperation/Verkauf

Bestens eingeführte KMU Treuhandgesellschaft mit Sitz in der Ostschweiz sucht eine Kooperation oder den Verkauf an eine mittelständische oder grosse Treuhandgesellschaft.

Anfragen bitte unter Chiffre E049-722537, an Publimag AG, Postfach, 8152 Glattbrugg

Im Handelsregister werden sowohl der ordentliche wie auch der Spezialrevisor mit ihrem Namen bzw. der Firma eingetragen. Beim Spezialrevisoren wird zudem die Aufgabenbeschränkung auf Kapitalerhöhungen ausdrücklich vermerkt.

Die vorliegende Problematik wird meist erst dann entdeckt, wenn bereits eine Kapitalerhöhung geplant und der Generalversammlungstermin feststeht. Die Wahl des Spezialrevisoren muss aber durch die Generalversammlung erfolgen und verlangt eine vorgängige Statutenänderung. Im Kanton Zürich entstehen daraus keine zeitlichen Probleme, weil die Praxis des Handelsregisteramtes Zürich es erlaubt, in der fraglichen Generalversammlung sowohl die Statuten zu ändern, den Spezialrevisoren zu wählen und die Kapitalerhöhung zu beschliessen, diese Beschlüsse und die Wahl gleichzeitig zur Eintragung anzumelden und dabei ebenfalls gleichzeitig die Prüfungsbestätigung des Spezialrevisoren vorzulegen.

Sollte sich diese Praxis in der Schweiz durchsetzen, so könnte darauf verzichtet werden, die entsprechende Statutenbestimmung routinemässig bereits bei der Gründung einer Aktiengesellschaft vorzusehen und bei jeder Generalversammlung vorsorglich einen Spezialrevisoren zu bestimmen. Spätestens bei der Schaffung von genehmigtem Kapital (Art. 651 ff. OR) müssen diese Änderungen und die Wahl jedoch erfolgen, weil bei der eigentlichen Erhöhung keine Generalversammlung erforderlich ist.

## 2.3 Befähigung des Spezialrevisoren

Grundsätzlich schreibt das Gesetz – wie bereits erwähnt – vor, dass die Kapitalerhöhungsprüfung durch die Revisionsstelle vorgenommen werde. Welcher Art die Befähigung der Revisionsstelle sein müsse hängt u.a. von der Grösse der zu prüfenden Gesellschaft ab (Art. 727b OR). Damit hat es der Gesetzgeber in Kauf genommen, dass Kapitalerhöhungen bei kleinen Gesellschaften von nicht besonders befähigten Revisionsstellen geprüft werden.

Bei der Bestimmung des Spezialrevisoren empfiehlt es sich, generell einen besonders befähigten Revisoren zu bestimmen. Zwingend ist dies m.E. dann, wenn die Kriterien von Art. 727b OR erfüllt sind. Werden diese nicht erreicht, ist dies dann zwingend, wenn die Revisionsstelle besonders befähigt ist.

## 2.4 Haftungsbeschränkung – Organisationsreglement?

Zusätzlich stellt sich die Frage, ob aus verantwortlichkeitsrechtlicher Sicht eine der Aufgabenteilung entsprechende Beschränkung der Haftung möglich ist. Es darf nicht geschehen, dass bei Pflichtverletzungen – insbesondere durch Unterlassung – Unklarheit darüber besteht, welcher Revisor zur Verantwortung gezogen werden kann und welcher nicht.

Auch die Solidarität des Art. 759 OR sollte zwischen den beiden Revisoren nicht zum Tragen kommen, und zwar auch dann nicht, wenn beide grobfahrlässig gehandelt haben. Es ist nicht einzusehen, weshalb im Aussenverhältnis z.B. der ordentliche Revisor, der trotz grobfahrlässiger Pflichtverletzung [22] z.B. nur einen kleinen Schaden angerichtet hat, solidarisch mit dem Spezialrevisor für den von letzterem angerichteten grossen Schaden haften soll. Ansonsten entstünde die widersprüchliche Situation, dass zwar aus Unabhängigkeitsgründen ein Spezialrevisor gewählt wurde, dass dieser zwar tatsächlich unabhängig geprüft hat, dass dann aber der andere Revisor für dessen Verfehlungen trotzdem einstehen müsste [23]!

Damit wird hier die Frage aufgeworfen, ob analog zur Regelung beim Verwaltungsrat (Art. 716b OR) die Statuten bzw. die Generalversammlung die Revisionsstelle ermächtigen können, die Revisionsstätigkeit nach Massgabe eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder der Revisionsstelle zu übertragen. Diese Vorsichtsmassnahme ist m.E. überflüssig, weil nicht die beiden Revisoren die interne Kompetenzabgrenzung vereinbaren. Es ist die Generalversammlung, welche die Aufgaben zu teilt. Insofern ist diese Analogie zur

Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat unzutreffend. Es zeigt sich jedoch, dass die organisatorische Aufteilung in den Statuten genügend präzise vorgenommen werden muss. Dann erübrigt sich der Erlass eines Organisationsreglementes.

Weil es sich um Neuland handelt, kann sich im Zweifelsfalle eine detaillierte Bestätigung der Kompetenzabgrenzungen zwischen den Prüfern in einem Organisationsreglement empfehlen.

## IV. Zwei Revisionsstellen?

Könnte die Wahl von zwei Revisionsstellen (anstelle von zwei Revisoren) durch die Generalversammlung mit entsprechender Aufgabenabgrenzung eine andere Lösungsvariante des Problems bedeuten?

In der Praxis sieht man die Terminologie «Spezialrevisionsstelle» (anstatt Spezialrevisor) neben der «ordentlichen» Revisionsstelle [24]. Dennoch kann m.E. davon ausgegangen werden, dass die Wahl von zwei Revisionsstellen in der Schweiz gesetzlich nicht vorgesehen ist. Das Gesetz lässt die Wahl von verschiedenen Revisoren mit unterschiedlichen Aufgaben zu und hat daher die Wahl von mehreren Revisionsstellen nicht vorgesehen. Unklar wäre auch, ob diese Variante für die Haftungsbeschränkung Vorteile bieten könnte oder ob sich nicht genau dieselben Abgrenzungsfragen stellen.

## V. Revisionsstelle neben besonders befähigtem Kapitalerhöhungsprüfer?

### 1. Ausgangslage

Wie bereits eingangs erwähnt schreibt das Gesetz bei der Kapitalerhöhung die Prüfung durch die Revisionsstelle vor und in der Lehre herrscht die Meinung vor, dass nur die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle diese Prüfung durchführen könne [25].

Trotz der Komplexität von qualifizierten Kapitalerhöhungen hat es der Ge-

setzgeber unterlassen, für diese Prüfung die besondere Befähigung vorzuschreiben. Einzig wenn die kapitalerhöhende Gesellschaft unter die Grössenkriterien von Art. 727b OR fällt muss deren Revisionsstelle besonders befähigt sein. Einleuchtend ist daher die Kritik von Forstmoser [26] und Böckli [27], die es bei kleineren Gesellschaften für sinnvoll erachten würden, wenn ein besonders befähigter Revisor, der nicht zur Revisionsstelle gehört, die Kapitalerhöhungsprüfung durchführt. Er könnte – so Böckli – für sein Mandat direkt im Kapitalerhöhungsbeschluss ermächtigt werden. Allerdings hält Böckli fest, dass der klare Wortlaut des Gesetzes solche Lösungen nicht zulasse.

## 2. Zulässigkeit der Wahl eines besonders befähigten Revisors

Es ist zwar richtig, dass das Gesetz in Art. 652f von der «Revisionsstelle» spricht. Unklar ist jedoch, weshalb darin ein klares Verbot zur Übertragung dieser Prüfung auf einen von der Revisionsstelle verschiedenen, besonders befähigten Revisoren erblickt werden soll.

Erstens weicht das Gesetz selber bereits in Art. 653f sowie Art. 653i OR bei der bedingten Kapitalerhöhung davon ab und verlangt für diese Prüfungsbestätigung auch bei kleinen Gesellschaften einen besonders befähigten Revisoren. Wichtiger noch ist jedoch, dass auch bei der ordentlichen bzw. genehmigten Kapitalerhöhung nur ein besonders befähigter Revisor Revisionsstelle sein darf, wenn die Gesellschaft den Grössenkriterien von Art. 727b OR genügt. Dahinter steckt der Gedanke des Aktionärs- und Gläubigerschutzes, der bei grösseren Gesell-

schaften eine besondere fachliche Befähigung verlangt.

Es ist nicht einzusehen, weshalb dieser Schutzzweck des Gesetzgebers bei kleinen Gesellschaften nicht freiwillig verstärkt werden darf, und zwar durch Wahl eines besonders befähigten Revisors für die Kapitalerhöhungsprüfung anstelle der normal befähigten (Art. 727a OR) Revisionsstelle. Von hier ist es nur noch ein kleiner gedanklicher Schritt zur Bejahung der Wahl eines besonders befähigten Revisors, auch wenn die Revisionsstelle selbst die besondere Befähigung aufweist.

Wie es Böckli [28] oben vorschlägt, könnte dieser Prüfer für sein Mandat direkt im Erhöhungsbeschluss ermächtigt werden. Damit würde sich eine statutarische Grundlage für diesen Spezialrevisor erübrigen. Ob die Handelsregisterämter Erhöhungen mit einem Prüfbericht von einem anderen Prüfer als der Revisionsstelle eintragen müssten, muss allerdings offen bleiben. Bis zum heutigen Zeitpunkt lehnt das Handelsregisteramt Zürich jedenfalls solche Anmeldungen ab.

Vereinfacht wäre diesfalls eventuell die Frage der Haftungsabgrenzung, weil dieser besonders befähigte Revisor nicht zum Organ Revisionsstelle gehört [29]. Immerhin würde er jedoch der Haftungsnorm von Art. 755 OR unterliegen.

## VI. Schlussfolgerungen

Die SEC sieht in der Abgabe der in der Schweiz gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungsbestätigung durch die Revisionsstelle bei Kapitalerhöhungen eine Verletzung der Unabhängigkeit, wenn es sich dabei um eine Gesellschaft im Konzernverbund mit einer der SEC-

Aufsicht unterstehenden Gesellschaft handelt. Erfährt sie von diesem Sachverhalt, beurteilt sie insbesondere auch die US-Partnersgesellschaft als abhängig und verlangt den Rücktritt vom Mandat. Das daraus resultierende Risiko eines Mandatsverlustes kann durch Einführung einer neuen Statutenbestimmung, durch Wahl eines Spezialrevisoren für diese Prüfungen und durch Eintragung ins Handelsregister gelöst werden. ≡

### Anmerkungen

- 1 Dasselbe gilt für die Gründung gemäss Art. 635a OR, wobei hier nicht die Revisionsstelle, sondern «ein Revisor» die Prüfbestätigung abgeben kann.
- 2 Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter; Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, im folgenden «Forstmoser», § 15 N 50ff.; Böckli, Peter; Schweizer Aktienrecht, 2. A. Zürich 1996, im folgenden «Böckli», N 84ff.; Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 1998, Ziff. 7.1514ff. (S. 13ff.) und Ziff. 7.242 (S. 39); BBl 1983 II, S. 114 und S. 122.
- 3 SEC Final Rule: Revision of the Commissions' Auditor Independence Requirements, Parts 210 and 240, p. 114, im folgenden «SEC Final Rule» [s. unter <http://www.sec.gov/rules/final/33-7919.htm>].
- 4 Die SEC hat erwogen, generell auch rechtliche Dienstleistungen von Prüfern als Beeinträchtigung der Unabhängigkeit zu qualifizieren. Nachdem die SEC ihre Vorschriften zu den «legal services» nun liberaler interpretiert entfällt das Risiko, das diese Prüfberichte aus diesem Blickwinkel als unabhängigkeitsverletzend qualifiziert werden.
- 5 Bei einer Barkapitalerhöhung im Festübernahmeverfahren ist ein Prüfbericht erforderlich, weil formell das Bezugsrecht entzogen wird. Allerdings enthält der Bericht des Verwaltungsrates keine Bewertungsaussagen; damit ist dieser Prüfbericht unproblematisch.
- 6 SEC Final Rule, p. 55; Offen ist auch, ob Einzelfallprüfungen bei der SEC innert kurzer Frist möglich wären.
- 7 Offen ist auch die Frage, ob diese Vorschriften auch bei «Joint Ventures» oder ähnlichen vertraglichen Bindungen zur Anwendung kommen.
- 8 Auch wenn die Gesellschaft in der Schweiz nicht eine 100%-Beteiligung oder gar eine

### Anzeige



**Individual-Ferien  
in Australien.**

**4WD und Offroad-Tours  
Resorts / Apartments  
Dive+Bike-Adventure-Tours  
4WD und Motor-Bike-Miete**

[www.diveandbike.com](http://www.diveandbike.com)

- Minderheitsbeteiligung ist, könnte die Frage davon abhängen, ob diese konsolidiert wird. Mit abnehmendem Anteil fällt die Beteiligung allerdings irgendwann unter die Wesentlichkeitsgrenze.
- 9 Es besteht die Gefahr, dass die SEC bis drei Jahre vor Unterstellung unter ihre Aufsicht als kritische Periode betrachtet. Die drei Jahre entsprechen der üblichen Zeitspanne, für die beim Aufnahmegesuch finanzielle Daten eingereicht werden müssen.
  - 10 BBl 1983 II S. 858 f.
  - 11 Forstmoser, § 52 N 158 mit Fussnote 61; Bockli, N 212 mit Fussnote 263.
  - 12 Art. 727d OR.
  - 13 Bockli, N 1837 und N 1837a; Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 1994 Basel und Frankfurt am Main, im folgenden «Basler Kommentar», Kommentar zu Art. 731 OR N 4f.; Forstmoser, § 33 N 97 und N 103f.
  - 14 Forstmoser, § 33 N 99; Basler Kommentar zu Art. 731 OR N 3.
  - 15 Forstmoser, § 33 N 99.
  - 16 Forstmoser, § 33 N 100; Bockli, N 1837; Basler Kommentar zu Art. 731 OR N 3.
  - 17 Basler Kommentar zu Art. 731 OR N 6.
  - 18 Dies entspricht jedenfalls der Praxis des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich.
  - 19 Es handelt sich nicht um eine spezielle Revisionsstelle, wie es im Antrag an die Generalversammlung der UBS vom 7.9.2000 unter Traktandum 3 formuliert wurde (NZZ Nr. 179 vom 4.8.2000, S. 20), sondern um einen speziellen Revisoren (von gesamthaft zwei) in der einen Revisionsstelle der Gesellschaft.
  - 20 Man könnte diesen auch «besonderen Revisor» nennen. Allerdings würden dann terminologische Verwechslungen mit dem Begriff des «besonders befähigten Revisors» häufiger.
  - 21 Die drei Artikel müssen in den Statuten nicht erwähnt werden. Jedenfalls verlangt das Gesetz bei den Art. 653f und 653i OR nicht die Revisionsstelle, sondern einen besonders befähigten Revisor als Kapitalerhöhungsprüfer. In diesen Fällen könnte daher m.E. auch ohne entsprechende statutarische Grundlage ein anderer Prüfer als die Revisionsstelle beauftragt werden. Dies ist dann ein Muss, wenn letztere die besondere Befähigung nicht aufweist. Die Prüfungen nach Art. 653f und 653i enthalten im übrigen m.E. keine Bewertungselemente, sodass der ordentliche Revisor diese Prüfungen durchführen dürfen sollte. Dies gilt m.E. auch dann, wenn bei der bedingten Kapitalerhöhung durch Verrechnung liberiert wird (Art. 653 Abs. 2 OR).
  - 22 Eine Pflichtverletzung in seinen Prüfungsbereich hat in der Regel keinen Zusammen-
- hang zu Pflichtverletzungen bei Kapitalerhöhung.
- 23 Dies müsste selbst für folgenden Fall gelten: Der Spezialrevisor übersehe eine Überbewertung des Sacheinlagegutes und begehe damit eine grobe Pflichtverletzung. Der ordentliche Revisor übersehe seinerseits bei der nächsten Jahresprüfung diese Überbewertung ebenfalls und begehe damit ebenfalls eine grobe Pflichtverletzung, weil es sich z.B. um das Hauptaktivum der Gesellschaft handle (an sich sind ja die Prüfungsanforderungen bei der Kapitalerhöhung strenger). Die beiden Revisoren dürfen selbst in diesem Fall nicht solidarisch für den gesamten daraus entstandenen Schaden haftbar gemacht werden, weil sonst der eine Prüfer für die Pflichten des anderen haften würde. Jeder haftet demnach im Aussen- wie im Innenverhältnis nach seinem persönlichen Anteil am Schaden.
  - 24 Z.B. Neue Zürcher Zeitung Nr. 179 vom 4. August 2000, S. 20, Traktandum 3.
  - 25 Forstmoser, § 52 N 158 mit Fussnote 61; Bockli, N 212 mit Fussnote 263.
  - 26 Forstmoser § 52 N 158 und Fussnote 61.
  - 27 Bockli, N 212 mit Fussnote 263.
  - 28 Bockli, N 212 mit Fussnote 263.
  - 29 Er ist nicht «ein Revisor» i.S.v. Art. 727 Abs. 1 OR und gehört daher nicht zur Revisionsstelle.

## RESUME

# Contrôle de l'augmentation de capital contre indépendance de l'organe de révision

Une grande société d'audit a dû refuser un mandat d'un client actif globalement parce que la Securities and Exchange Commission (ci-après «SEC») américaine la menaçait d'un retrait de licence. La raison était une augmentation du capital-actions avec apport en nature dans une société affiliée suisse du client opérant au niveau mondial. Selon la SEC, l'organe de révision avait contrevenu aux prescriptions d'indépendance valables aux Etats-Unis par la remise de la confirmation de l'audit pour le rapport d'augmentation de capital. L'évaluation de l'apport en nature contenue dans ce rapport violait l'interdiction pour le mandant d'effectuer des évaluations lors de l'achat ou de la vente de sociétés.

Selon l'article 652 f CO, une confirmation du contrôle doit être présentée

par l'organe de révision lors d'une augmentation de capital. L'organe doit donc confirmer le rapport d'augmentation de capital du conseil d'administration et constater par écrit que celui-ci est complet et correct. Aucune confirmation de contrôle n'est exigée lorsque l'apport au nouveau capital-actions est effectué en espèces, que le capital-actions n'est pas augmenté par suite de la mise en œuvre d'une reprise d'éléments corporels et que les droits de souscription ne sont pas limités ni supprimés (art. 652 f al. 2 CO).

Cette confirmation de l'exactitude du rapport d'augmentation de capital, contient également une confirmation de l'«exactitude» et/ou de la conformité de l'évaluation des biens apportés. Conformément au droit suisse, l'organe de révision doit obligatoirement

prendre position sur l'évaluation du bien apporté.

La SEC voit dans la remise par l'organe de révision lors d'augmentations de capital de cette confirmation de contrôle, prescrite légalement en Suisse, une violation du principe d'indépendance lorsqu'il s'agit d'une société dans l'environnement d'un groupe comportant une société soumise à la surveillance de la SEC. Si celle-ci a connaissance d'un tel état de fait, elle considère cette société et en particulier la société partenaire américaine comme dépendantes, et exige le refus du mandat. Le risque de perte de mandat qui en résulte peut être évité par l'introduction d'une nouvelle disposition statutaire, par le choix d'un expert-comptable spécialement pour les contrôles et par l'inscription au Registre du commerce. *RAC/JPM*