

Rico A. Camponovo

Wann ist die offensichtliche Überschuldung offensichtlich?

Konkretisierungsvorschlag zu den neuen Art. 729c bzw. 728c Abs. 3 EOR [1]

Seit 1992 verlangt das OR im Art. 729b Abs. 2, dass die Revisionsstelle den Konkursrichter über eine offensichtliche Überschuldung benachrichtigt, sofern der Verwaltungsrat (VR) dies unterlässt. Trotz 13-jähriger Praxis ist bis heute nicht klar, was «Offensichtlichkeit» bedeutet. Literatur und Judikatur liefern dazu wenig Konkretes. Diese Anzeigepflicht bleibt in den vom Parlament im 2005 beschlossenen Änderungen des OR [2] unangetastet, obwohl neu zwei verschiedene Revisionsarten – ordentliche und eingeschränkte Revision [3] – eingeführt werden, welche sich bezüglich Prüfungsintensität wesentlich unterscheiden. Dieser Beitrag möchte das Kriterium der Offensichtlichkeit konkretisieren.

Anzeigepflicht den Gläubigerschutz ausbauen.

1.2 Umfeld und Vorstufen der Anzeigepflicht

Für das Verständnis dieser Aufgabe soll kurz das Umfeld der Pflicht dargestellt werden. Die Vermeidung einer (offensichtlichen) Überschuldung beginnt bei der gesetzlichen Buchführungspflicht für wirtschaftliche Unternehmungen (Art. 957 ff. OR). Die Bücher müssen nach den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen, wie jenen der Vorsicht, der Stetigkeit, der Wesentlichkeit, der Wahrheit und der Klarheit geführt werden. Für Aktiengesellschaften gelten in den Art. 662 ff. OR zudem verschärfte Bestimmungen. Zusätzlich schreibt Art. 725 Abs. 1 OR [6] dem VR vor, dass er schon bei hälftigem Verlust des Eigenkapitals, wenn also die Fremdkapitalien noch mehr als gedeckt sind, unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmaßnahmen zu beantragen habe [7].

Die nächste Warnstufe wird dann erreicht, wenn der VR begründete Besorgnis hat, dass die Eigenmittel aufgebraucht sein könnten (Art. 725 Abs. 2 OR) [8]. Diese Vermutung verpflichtet ihn, eine Zwischenbilanz zu erstellen und sie von der Revisionsstelle [9] prüfen zu lassen. Ergibt diese Bilanz eine Überschuldung sowohl unter dem Blickwinkel der Unternehmensfortführung als auch unter dem Blickwinkel der Unternehmensliquidation, so ist er verpflichtet, den Konkursrichter zu benachrichtigen. Von dieser Benachrichtigung kann er nur dann absehen, wenn es ihm gelingt, die Bilanz zu sanieren, z. B. indem Gläubiger mit ihren Forderungen auf qualifizierte

1. Revision des Aktienrechts 1992 [4]

1.1 Zweck der Anzeigepflicht

In der Botschaft [5] über die Revision des Aktienrechts von 1992 schlug der Bundesrat die Einführung des neuen Art. 729b Abs. 2 des *Obligationenrechts (OR)* vor. Diese neue, besonders gearbete Anzeigepflicht der Revisionsstelle solle, so der Bundesrat, Konkursverschleppungen verhindern und die Gläubiger vor neuen Schulden der Gesellschaft und vor Gläubigerbevorzugungen schützen. Die Erfahrung habe nämlich gelehrt, dass der VR alles daran setze, den schweren Gang zum Richter nicht tun zu müssen. Dies führe nicht selten dazu, so der Bundesrat, dass die Konkursöffnung um Monate hinausgeschoben und der Gläubiger-

ausfall stark vergrößert werde. Der Bundesrat wollte mittels dieser neuen



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

Weise hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten.

1.3 Anzeigepflicht des Revisors

In dieser prekären Situation – die Gesellschaft ist überschuldet, der VR ist untätig oder verzögert den Gang zum Richter – möchte der Gesetzgeber, dass die Revisionsstelle anstelle des VR den Richter benachrichtigt. Die Revisionsstelle ist aber erst dann zur Anzeige verpflichtet, wenn die Überschuldung «offensichtlich» ist, dies im Gegensatz zur Formulierung für den VR, der bereits bei «normaler» Überschuldung handeln muss. Das heisst, dass die Revisionsstelle erst eingreifen darf und muss, wenn die Überschuldung deutlich weiter vorangeschritten ist, wenn sie sich auch bei optimistischer Beurteilung nicht leugnen lässt, wie sich die Botschaft ausdrückt [10]. Das Bundesgericht [11] hat es so ausgedrückt: Die Revisionsstelle müsse erst dann handeln, wenn jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sehe, dass die Aktiven die Schulden und notwendigen Rückstellungen nicht zu decken vermögen und keine oder keine genügenden Rangrücktritte erfolgt seien (...) Die Anzeigepflicht falle daher nur «in extremis» der Revisionsstelle zu.

Die Formulierungen erscheinen klar und deutlich, in der Praxis haben sie aber viele Fragen offen gelassen.

1.4 Bedeutung der Anzeigepflicht

In der Praxis sind Überschuldungsanzeigen der Revisionsstelle nicht alltäglich [12]. Weil die Anzahl von überschuldeten und trotzdem aktiven [13] Gesellschaften jedoch erheblich ist, stellt sich im Revisionsalltag die Frage der Abgrenzung von normaler und offensichtlicher Überschuldung dennoch häufig. Besonders wichtig ist die Unterscheidung aber in Verantwortlichkeitsprozessen geworden: Keine Klage wird nicht auch damit begründet, die Revisionsstelle habe die offensichtliche Überschuldung zu spät entdeckt. Andererseits verweigert der VR immer häufiger Informationen, Unterlagen und Honorarzahllungen oder wählt

die Revisionsstelle ab, sobald er merkt, dass sie gegen seinen Willen zur Anzeige schreitet. Er ist meist der Ansicht, sie sei zu pessimistisch und zu früh zur Annahme einer Offensichtlichkeit bereit. Klärung des Begriffs der Offensichtlichkeit tut not.

1.5 Heutige Problematik der Anzeigepflicht bzw. des Begriffs «offensichtlich»

1.5.1 In der Literatur

Die Problematik wird weder in der Literatur noch in der Judikatur thematisiert. Im Basler Kommentar [14] wird die Klarheit des Begriffs vorausgesetzt und nur angetönt, dass diese Klarheit durch eventuelle Wertkorrekturen, der Revisionsstelle zur Kenntnis kommende Ereignisse oder durch Überlegungen zur Fortführung fraglich sein kann. Bei Forstmoser [15] wird ebenfalls von der Klarheit des Begriffs ausgegangen und vorgeschlagen, dass in Zweifelsfällen der VR entscheiden solle. Auch Böckli [16] geht – gestützt auf den oben zitierten Wortlaut der Botschaft (1.3.) – davon aus, dass der Begriff klar und nur selten ein echtes Problem sei. Er tönt an, dass die «Cash-Situation» dabei eine Rolle spielen könne und dass die Revisionsstelle in gewissen Fällen selber Bilanz- und Erfolgsrechnung erstellen müsse, um die Offensichtlichkeit feststellen zu können.

1.5.2 In der Judikatur [17]

Die höchstrichterliche Rechtsprechung befasst sich mit dieser Problematik erst seit ca. 1999. Einige Fragen wurden gelöst. Wichtiges jedoch harret der Klärung. In zeitlicher Hinsicht scheint geklärt, dass die Revisionsstelle nach Erkennen der offensichtlichen Überschuldung dem VR eine Frist von 4 bis 6 Wochen bzw. 60 Tagen zur Erfüllung seiner Sanierungs- oder Bilanzdeponierungspflichten einräumen muss [18]. Dieser Entscheid hält zudem fest, dass auch eine betraglich und prozentual kleine Überschuldung eine offensichtliche Überschuldung sein könne [19]. Weiter wird festgehalten, dass wenn die Revisionsstelle erfährt, dass eine Gesellschaft sogar überschuldet – aber noch nicht offensichtlich überschuldet – sei, sie nicht verpflichtet ist, diesen Kunden

laufend zu überwachen, um den Tag des Eintritts der Offensichtlichkeit nicht zu verpassen. Sie darf bis zum nächsten ordentlichen Prüfungszeitpunkt zuwarten [20]. Ein Genfer Entscheid hielt fest, dass die Revisionsstelle auch allenfalls zu früh eine Anzeige machen darf, wenn das vom VR ausgewiesene Eigenkapital bewertungskritisch ist und der VR Unterlagen verspätet und unvollständig stellt [21]. Schliesslich existiert ein Entscheid des Obergerichtes Zürich, der bestätigt, dass ohne ausreichend abgesicherte Liquidität eine Gesellschaft kein Anrecht auf die Erstellung einer Zwischenbilanz zu Fortführungswerten habe. Die Frage der Offensichtlichkeit entscheide sich dann trotz anderem Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR einzig auf der Basis der Liquidationswerte [22].

1.5.3 In der aktuellen Praxis

1.5.3.1 VR geht selber von Überschuldung aus

Am einfachsten ist es mit dem Begriff der Offensichtlichkeit dann, wenn der VR selber von einer Überschuldung ausgeht. Die nachfolgend (1.5.3.2) erörterten Probleme kommen allerdings in gewissen Fällen auch hier zum Tragen, nämlich dann, wenn Uneinigkeit über die betragliche Höhe der Überschuldung oder über die zulässigen Sanierungsmassnahmen besteht. Der VR wird erstens in den ihm zugestandenen 60 Tagen nämlich nur die Sanierung für den von ihm z.B. auf 100 geschätzten Überschuldungsbetrag anstreben, auch wenn die Revisionsstelle der Ansicht ist, dieser betrage eher 400. Nach Ablauf der Frist behauptet der VR, die Überschuldung sei beseitigt, die Revisionsstelle beharrt auf einer offensichtlichen Überschuldung von 300. Reicht zweitens eine Sanierung im Umfang von 400 auch dann aus, wenn das Budget weitere Verluste vorsieht, wenn m.a.W. klar ist, dass ein Tag nach der Sanierung die (offensichtliche) Überschuldung bereits wieder vorhanden ist? Muss die Beseitigung der Offensichtlichkeit auch eine gewisse Abdeckung von Zukunftsverlusten einschliessen? Oder der VR erreicht drittens innert 60 Tagen eine erhebliche Kostenreduktion und weist nach, dass

dadurch innert z.B. 9 Monaten die Überschuldung durch Gewinne beseitigt werden kann. Die Revisionsstelle wird eher der Ansicht sein, dass die Überschuldung offensichtlich geblieben sei, weil künftige Gewinne die momentane Überschuldung nicht berühren.

1.5.3.2 VR bestreitet die Überschuldung/Bilanz weist Eigenkapital aus

a) Einschränkungen zu Bilanzpositionen im Revisionsbericht

In Verantwortlichkeitsklagen wird dem Prüfer regelmässig vorgeworfen, eine Überschuldung sei auch dann offensichtlich, wenn die Jahresrechnung Eigenkapital ausweist [23]! Für die Offensichtlichkeit genüge es nämlich, wenn der Prüfer Einschränkungen anbringe, die – wenn sie umgesetzt würden – zu einer Überschuldung führen. Es geht m. a. W. um Fälle, wo die Revisionsstelle zwar eine Jahresrechnung mit ausgewiesenem Eigenkapital erhält, dem Verwaltungsrat jedoch diverse Vorwürfe bezüglich korrekter Buchführung (meistens geht es um Überbewertungen) machen muss. Die Verantwortlichkeitspraxis reagiert logisch: Sie behauptet, wenn ein Wirtschaftsprüfer Einschränkungen macht und damit unmissverständlich kundtut, dass die Zahlen des Verwaltungsrats falsch seien, so soll er daraus auch die finanziellen Konsequenzen ziehen und die Überschuldungsanzeige erstatten. Den Klägern kommt dabei zustatten, dass das HWP [24] von einer Quantifizierung von Einschränkungen ausdrücklich spricht und z.B. eine Rückweisung der Rechnung verlangt, wenn dadurch die Situation von Art. 725 Abs. 2 eintreten würde.

b) Einschränkungen zur Fortführung (Liquidität) im Revisionsbericht

Problematisch ist die Offensichtlichkeit auch dann, wenn aus Sicht des Prüfers die Fortführung gefährdet ist, sei es wegen fehlendem Fortführungswillen, Marktveränderungen, Prozessniederlagen usw. [25] Weist der Prüfer deshalb die Rechnung zu Fortführungswerten zurück, dann sind die meisten Gesellschaften zu Liquidationswerten überschuldet. Ist diese Überschuldung offensichtlich? Die Botschaft scheint dies zu bejahen [26]. Für den Fall man-

gelnder Liquidität wurde durch den erwähnten Zürcher Entscheid vom 18.3.2002 ein dies bestätigendes Präjudiz geschaffen.

c) VR verweigert die Zusammenarbeit

Nicht selten stoppt der VR die Zusammenarbeit mit der Revisionsstelle, sobald er merkt, dass diese hartnäckig an Schwachstellen bohrt, weitere Informationen und Aufklärung verlangt, um die eventuelle Offensichtlichkeit beurteilen zu können. In diesen Fällen steckt die Revisionsstelle meist noch

Prüfer sich m. a. W. nur anlässlich der Jahresrevision über die Anzeigepflicht Gedanken machen? Beispiele: 1. Der Prüfer erfährt aus der Zeitung vom Konkurs der Firma X. X war im Prüfungszeitpunkt vor wenigen Monaten Hauptdebitor seines Prüfkunden. Falls diese Forderung abgeschrieben werden muss, ist sein Kunde überschuldet. Muss er anrufen und fragen, ob der Betrag noch vor Konkurs eingegangen ist? 2. Der VR-Präsident ruft im November an, um den Prüfungstermin für das nächste Jahr festzulegen. Nebenbei erwähnt er, das laufende Jahr sei schlecht gewesen, die Gesellschaft sei

«Einzig der VR soll zur Entscheidung über eine offensichtliche Überschuldung befugt sein.»

mitten im Entscheidungsprozess, ob sie die Einschätzungen des VR teilen kann oder (inwieweit allenfalls) nicht. Der VR liefert keine weiteren Informationen, versteift sich auf seine eigene Einschätzung, verweigert die Erstellung der angeforderten Zwischenbilanzen nach Art. 725 Abs. 2 OR, bezichtigt die Revisionsstelle der nutzlosen Kostentreiberei, stoppt die Zahlung von Rechnungen oder Akontovorschüssen [27], droht mit Schadenersatzklagen, falls die Überschuldungsanzeige eingereicht werde, und wählt [28] die Revisionsstelle nicht selten in einer Nacht- und Nebelaktion ab. Die Revisionsstelle ist machtlos. Soll sie die Offensichtlichkeit als Vermutung zur Anzeige bringen oder ist das kein Fall von Offensichtlichkeit?

d) Informationen über Verschlechterung der Finanzlage treffen zufällig bei der Revisionsstelle ein

Schlechte Finanzinformationen über Kunden treffen oft, zu beliebigen Zeitpunkten und über verschiedene Kanäle (Banken, Lieferanten, Aktionäre, öffentliche Quellen, Mitarbeiter, CFO, einzelne VR, ehemalige VR) beim Prüfer ein. Darf er diese ignorieren, und zwar auch dann, wenn sie von kompetenter Stelle kommen und klar eine Überschuldung belegen? Muss der

heute überschuldet. Darf der Prüfer dies ignorieren oder muss er sofort die 60-tägige Frist ansetzen?

e) Was muss der VR innert der 60-tägigen Frist tun, damit die Offensichtlichkeit entfällt?

Die Problematik wurde schon unter 1.5.3.1 angeschnitten. Es muss geklärt werden, wie hoch der Sanierungsbetrag in einer andauernden Verlustsituation ausfallen muss, welche Sanierungsmassnahmen v. a. in zeitlicher Hinsicht ausreichend sind. Die Botschaft [29] hält zwar fest, dass die Revisionsstelle nicht darum herumkommen werde, die Wirksamkeit von Sanierungsmassnahmen zu überprüfen; die zeitliche Komponente ist jedoch unklar.

1.5.4 Zusammenfassung

Seit dem Ende der 90er Jahre wird in praktisch allen mir bekannten Verantwortlichkeitsverfahren gerügt, die Überschuldungsanzeige sei zu spät erstattet worden. Trotz der scheinbar klaren Umschreibung der Offensichtlichkeit (1.3) wird entlang der erwähnten Probleme (1.5) argumentiert. Selten kommt es zu Gerichtsentscheiden, wenn immer möglich drängen die Versicherungen auf Vergleichslösungen,

und Klärung der Fragen bleibt aus. Dringlich wären Klarstellungen auch im Alltag des Prüfers, wenn hitzige Diskussionen mit dem (zu) optimistischen VR über die Offensichtlichkeit geführt werden müssen.

2. Aktuelle Gesetzesrevision verschärft die Problematik

2.1 Ordentliche und eingeschränkte Revision [30]

Neu wird zwischen ordentlicher und eingeschränkter Revision unterschieden [31]. Der ordentlichen Revision unterliegen grosse Gesellschaften, der eingeschränkten Revision die KMU. Im Vergleich zu heute wird bei den ersten der Prüfungsaufwand zunehmen, weil neu eine Berichterstattung zum internen Kontrollsystem (IKS) und zur Risikobeurteilung gefordert wird [32]. Der Prüfungsaufwand bei den KMU soll reduziert werden, weil nur geprüft wird, ob Jahresrechnung und Gewinnverwendungsantrag Gesetz und Statuten entsprechen, wobei sich die Revision auf Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfungen beschränken sollte [33].

2.2 Anzeige der offensichtlichen Überschuldung bei beiden Revisionsarten!

Überraschend ist, dass bei beiden Revisionsarten die Anzeigepflicht genau gleich lautet [34]. Die Botschaft äussert sich nicht dazu [35]. Die Revisionsstelle besitzt bei der eingeschränkten Revision wesentlich weniger Informationen über den Kunden, sodass es m.E. sogar sachgerecht wäre, die Anzeigepflicht abzuschaffen.

Zur Problematik passt auch die Formulierung im neuen Art. 725 Abs. 3 EOR:

«Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle [36], so obliegen dem zugelassenen Revisor die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle.»

Dieser zugelassene Revisor kennt den Kunden überhaupt nicht, er wird erst beigezogen, wenn der VR aus eigenem

Antrieb Zwischenbilanzen gemäss Art. 725 OR erstellt hat; trotzdem soll er die Anzeige der offensichtlichen Überschuldung analog zu den anderen Fällen vornehmen [37].

2.3 Zusammenfassung der Problematik

Der eingeschränkt Prüfende wird genau wie der ordentliche Prüfer vor den oben in 1.5 erwähnten Problemen stehen. Mit dem Unterschied, dass der Kunde mit einer tiefen Kostenbelastung rechnet und dem Prüfer die Hände zur Abklärung von Fragen weitgehend gebunden sind. Bsp: Die Bilanz zeigt per 31.12. zuwenig Liquidität. Anlässlich der eingeschränkten Revision

dieselbe. Aber wo muss der Prüfer eingreifen? Klärung tut Not. Bis die Gerichtspraxis dies tut, können Jahrzehnte vergehen. Der Gesetzgeber sollte präzisierend tätig werden.

3. Lösungsvorschläge

3.1 Grundsatzfragen – Wer bestimmt die Offensichtlichkeit?

Die sprachlichen Versuche in 1.3, den Begriff zu konkretisieren, setzen voraus, dass Offensichtlichkeit in gewisser Hinsicht objektiv feststellbar sei («... wenn jeder verständige Mensch sofort sieht...» – die Worte suggerieren,

«Muss die Beseitigung der Offensichtlichkeit auch eine gewisse Abdeckung von Zukunftsverlusten einschliessen?»

im Mai befragt er den VR dazu. Dieser erklärt, die Liquiditätssituation sei heute wieder gut. Soll der Prüfer misstrauisch sein und «angemessene Detailprüfungen» vornehmen? Oder die Bilanz zeigt eine Rückstellung. Der VR teilt auf Frage hin mit, dass sie für einen Prozess gebildet und ausreichend dotiert sei. Genügt dem Prüfer das? Im Schadenfall werden die Gläubiger behaupten, dass Liquidität oder Prozessrückstellungen enorm wichtig seien [38] und unbedingt hätten detailliert geprüft werden müssen; es könne nicht sein, dass dem VR in kritischen Bereichen alles geglaubt werden dürfe, ansonsten die Prüfung zur Farce verkomme. Der Prüfer habe daher die damals vorhandene offensichtliche Überschuldung pflichtwidrig verkannt.

Das Argument des Prüfers, bei der eingeschränkten Revision sei er infolge reduzierter Prüfvorgaben nicht gehalten, sich intensiv um die Frage der Offensichtlichkeit zu kümmern, wird man ihm nicht zugestehen wollen. Die Kläger werden behaupten, die Anzeigepflicht sei bei beiden Revisionsarten

dass man sich gar nichts überlegen müsse!). Praktisch gesehen können aber nur zwei konkrete Personen (und nicht «jeder») angesprochen sein: VR oder Revisionsstelle [39]. Die entscheidende Frage ist, wer von den beiden bestimmen darf/muss, ob Offensichtlichkeit vorliegt.

Die Praxis hat bisher so entschieden, dass das letzte Wort bei der Revisionsstelle liegt. Zudem hat die Praxis – an sich logisch – von der Revisionsstelle verlangt, dass sie dabei ihr ganzes Wissen einfließen lässt [40]. Sie darf sich nicht wie ein ahnungsloser Aussenstehender verhalten. Die Erörterung der Probleme in 1.5.3 zeigen dies schön. Die nachfolgenden Lösungsvorschläge basieren auf diesen Grundüberlegungen und postulieren für die eingeschränkte Revision eine Verschiebung der Verantwortung auf den VR. Die Revisionsstelle wird zur reinen Fristwächterin. Bei der ordentlichen Revision soll hingegen die Verantwortung bei der Revisionsstelle liegen; diverse Probleme sollten dennoch geklärt werden.

3.2 Eingeschränkte Revision

Einzig der VR soll zur Entscheidung über eine offensichtliche Überschuldung befugt sein. Da die Prüfungszeit kurz und die Kosten tief sein müssen, kann die Revisionsstelle die Informationen zur Beurteilung der Frage nicht beschaffen. Eine Überschuldung ist für die Revisionsstelle bei der eingeschränkten Revision nur offensichtlich, wenn sie vom Verwaltungsrat direkt über die Überschuldung informiert wird, sei es, dass er es in der Befragung mitteilt, oder sei es, dass die Jahresrechnung eine Überschuldung ausweist. Im Gesetz oder den Materialien müsste z. B. folgendes festgehalten werden [41]:

Ergibt sich aus der Befragung oder aus der Jahresrechnung, dass die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle den Richter.

Diese Klarstellung bedeutet, dass die Revisionsstelle bei der eingeschränkten Revision reine Fristwächterin für die Bilanzdeponierung durch den VR ist. Erst wenn der VR selber die Überschuldung in der Befragung oder durch die übergebene Bilanz anerkennt, muss die Revisionsstelle die Überschuldungsanzeige (z. B. innert 60 Tagen) androhen. Dadurch wird klar, dass sie keine weiteren Informationen beschaffen oder verwerten muss. Selbst wenn aus anderen Gründen angemessene Detailprüfungen für gewisse Positionen erforderlich sind (und dabei weitere Informationen über die Überschuldung ans Tageslicht kommen) oder wenn sie auf andere Weise von einer möglichen Überschuldung erfährt, wenn sie bei der Plausibilitätsanalyse Zweifel an der Werthaltigkeit gewisser Bilanzpositionen hegt oder wenn allfällige Einschränkungen einen zusätzlichen Einfluss auf die Überschuldungshöhe haben, auch dann muss sie nicht auf eine (höhere) offensichtliche Überschuldung schliessen. Der VR entscheidet *allein*, ob die offensichtliche Überschuldung vorliegt und wie hoch sie ist.

Was geschieht innert der 60-tägigen Frist? Klargestellt sollte werden, dass der VR innert Frist das Bilanzbild gänzlich bereinigen, d. h. die Überschuldung beseitigen muss, wenn er die

Anzeige verhindern will. Die Revisionsstelle prüft, ob der vom VR behauptete Überschuldungsbetrag durch sofort wirksame Sanierungsmassnahmen aufgewogen wird (Rangrücktritt, à fonds perdu Zuschuss, Gläubigerverzicht, Kapitalerhöhung). Ein Beispiel: Die dem Prüfer überreichte Bilanz per 31.12. zeigt eine offensichtliche Überschuldung von 100. Bei der Prüfung im Juni legt der VR einen Rangrücktritt über 50 und eine Zwischenerfolgsrechnung per 31.5. vor. Letztere weist einen Gewinn von 50 aus. Er behauptet, die Überschuldung sei aktuell beseitigt. Die Revisionsstelle wird den Rangrücktritt und die Zwischenrechnung prüfen und die Anzeigepflicht entfällt – falls diese standhalten. Sie überprüft aber nicht, ob erwartete Verluste bis zum nächsten Prüfungszeitpunkt abgedeckt sind. Klargestellt müsste sein, dass mittel- bzw. langfristige Sanierungsmassnahmen für den Verzicht auf die Bilanzdeponierung nicht ausreichen.

Man könnte nun argumentieren, diese Vorschläge bedeuteten eine Abschwächung des Gläubigerschutzes. Dies ist aber eine Konsequenz der eingeschränkten Prüfung, welche an sich den Schutz reduziert. Die heutige Praxis zur Überschuldungsanzeige passt nicht zum neuen Institut der eingeschränkten Prüfung. Sie würde dazu führen, dass auf die Revisionsstellen eine jahrelange Unsicherheit zukommt, bis geklärt wäre, dass die Anzeigepflicht sehr defensiv gemeint sei. Nicht zu reden von den Streitigkeiten mit den Kunden, die aus Kostengründen und mit Verweis auf das Ziel der eingeschränkten Revision vertiefte Prüfungen ablehnen, Bezahlung verweigern und Schadenersatz für den unnützen Gang zum Richter androhen.

3.3 Ordentliche Revision

Hier sollte die Revisionsstelle nicht nur Fristwächterin sein. Sie muss sich auch materiell mit der Frage der offensichtlichen Überschuldung auseinandersetzen. Bei der ordentlichen Revision rechtfertigt sich dies, weil die Revisionsstelle viel mehr Informationen über die Finanzlage besitzt, weil grössere Geldsummen im Spiel sind und

der Gläubigerschutz wesentlicher wird. Wichtig ist es, sich am Problemerkatalog in 1.5.3 zu orientieren.

Bei der Jahresrevision führt die der Revisionsstelle gebotene Quantifizierung der Einschränkungen [42] höchstens dazu, dass die Rechnung zurückgewiesen werden muss, d. h., die *Generalversammlung (GV)* kann beurteilen, ob sie sich diesem Urteil anschliesst oder nicht. Bei den Zwischenbilanzen hingegen sind die Konsequenzen der Quantifizierung dramatisch, denn sie wirft die Frage der Anzeige beim Konkursrichter auf. Die Quantifizierung ist materiell problematisch, denn sie konkretisiert Zukünftiges und ist daher regelmässig willkürlich. Dazu kommt, dass zukünftige Ereignisse in ihrer Unsicherheit stark variieren können. Ein Passivprozess kann z. B. zehn Jahre dauern, und seine Chanceneinschätzung kann von 10 bis 90% schwanken. Der Zwang zur Quantifizierung kann jedoch bedeuten, dass mindestens 10% zurückgestellt werden müssen, was zur offensichtlichen Überschuldung führen kann. Kann das der Sinn der Überschuldungsanzeige sein? Oder die Gesellschaft hält eine Beteiligung in Russland. Der VR ist überzeugt von der Werthaltigkeit dieser Neuinvestition und hat alle aufgelaufenen Kosten aktiviert. Die Revisionsstelle zweifelt, müsste aber für eine seriöse Einschätzung des Wertes Abklärungen in Russland vornehmen, die das Revisionshonorar sprengen. Sie schränkt ihren Bericht ein; wie soll diese Einschränkung quantifiziert werden?

Mehr noch als beim Jahresbericht muss bei den Zwischenbilanzen (wo Einschränkungen, Rückweisung usw. nicht möglich sind) klar sein, dass sich die Quantifizierung von Bewertungszweifeln auf klare Fälle beschränken muss [43]. Wenn der Verwaltungsrat sich weigert, gewisse Risiken einzusehen, soll die Revisionsstelle im Sinne des Gläubigerschutzes solche Risiken selber quantifizieren und auf dieser Basis die Offensichtlichkeit beurteilen [44]. Es geht nicht darum, dass der Revisionsstelle hellseherische Qualitäten zugemutet werden. Im Gegenteil sind Zukunftsprognosen immer willkürlich. Es kann aber nicht sein, dass die noch willkürlichere «Augen zu»-

Haltung des VR massgebend ist. Die Einschätzung des Risikos durch die Revisionsstelle darf optimistisch [45] sein. In der Zukunft darf sich trotzdem herausstellen, dass sie falsch – zu vorsichtig oder zu aggressiv – war.

Offensichtlichkeit kann auch dann vorliegen, wenn die Fortführung gefährdet ist, wobei für die Beurteilung dieser Frage die obenerwähnten Vorbehalte ebenfalls anzubringen sind. Bei der Beurteilung der Zwischenbilanzen kann die Gefährdung der Fortführung [46] nicht eingehend geprüft werden. Einzige Ausnahme ist die Liquidität. Ist sie ungenügend, fehlt es an der Fortführungsbasis. Allerdings gilt es auch hier, auf den Unterschied zur Jahresrevision hinzuweisen, wo diese für zwölf Monate gesichert sein muss. Überschuldete Gesellschaften, die mitten in Sanierungen stecken, können die Liquidität nicht so lange gewährleisten. Oft ist die Sicherstellung der Liquidität

offensichtlich überschuldet ist, muss sie jederzeit den VR an seine Pflichten mahnen und mit der Anzeige drohen [49].

Sinnvoll wäre, dass die kurzfristige Sanierung auch budgetierte Verluste bis zur nächsten ordentlichen GV abdecken muss und dass nur sofort wirksame Sanierungsmassnahmen die Anzeigepflicht beseitigen [50].

3.4 Fazit

Der Begriff der Offensichtlichkeit hat seit seiner Einführung zu grosser Unsicherheit bei den Revisionsstellen und den betroffenen Kunden geführt. Die Haftungsexposition der Revisionsstelle hat deswegen unnötigerweise stark zugenommen, und die Kunden beklagen sich über unnötige Kosten von «zu vorsichtigen» Revisionsstellen. Die Einführung der eingeschränkten Revision

«Der Gesetzgeber sollte präzisierend tätig werden.»

selbst eines der Sanierungsfelder. Eine erhebliche Verkürzung dieser Frist sollte daher für die Bejahung der Fortführungsfähigkeit möglich sein.

Hindert der VR die Revisionsstelle an den Abklärungen zur Offensichtlichkeit, dann darf sie aus den vorhandenen Zahlen nach bestem Wissen selber darlegen, dass die Überschuldung offensichtlich sein könnte und die Anzeige damit begründen [47]. In diesen Fällen muss sie zudem das Recht haben, die Anzeige sofort zu erstatten, ohne den Ablauf der 60-tägigen Frist abwarten zu müssen. Dasselbe muss gelten, wenn ihre Honorare deswegen nicht bezahlt werden. Wird sie gar abgewählt, dann soll sie unverzüglich die Anzeige erstatten [48].

Normalerweise soll der Prüfer sich nur anlässlich der Jahresrevision über die Anzeigepflicht Gedanken machen müssen. Einzig wenn klare und stichhaltige Informationen von kompetenter Stelle aus der Unternehmung (VR, CFO) eintreffen, dass die Gesellschaft

mit einer wesentlich reduzierten Prüfungsaufgabe verschärft diese Problematik zusätzlich, weil sie die Anzeigepflicht nicht angepasst hat. Es ist unerlässlich, die Offensichtlichkeit zu konkretisieren und bei der eingeschränkten Revision allein den VR zur Feststellung der Offensichtlichkeit zu ermächtigen. Die Revisionsstelle wird so zur reinen Fristwächterin. Bei der ordentlichen Revision muss sich die Revisionsstelle mit der Frage materiell befassen.

Anmerkungen

- 1 Botschaft des Bundesrates über die Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148 und Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004, 3969, im Folgenden «Botschaft 2004». Gesetzesbestimmungen aus diesen Vorlagen werden mit einem «E» gekennzeichnet.
- 2 Anm. 1.
- 3 Art. 727 bzw. 727a EOR.

- 4 Zur Handhabung der neuen Pflicht: Camponovo, Rico A.: Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 5/96, S. 211 ff.; Camponovo, Rico A.: Wann ist die Überschuldung offensichtlich? in: ST 1–2/00, S. 67 ff.
- 5 Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., im folgenden «Botschaft 1983», S. 847, 927 und insb. 932.
- 6 Art. 725 Abs. 1 OR bleibt bei den Änderungen des OR unverändert.
- 7 Treuhand-Kammer, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 1998, im folgenden «HWP», Ziff. 3.14, S. 45 ff.
- 8 Art. 725 Abs. 2 OR bleibt diesbezüglich bei den Änderungen des OR unverändert; HWP, Ziff. 3.14, S. 48 ff.
- 9 Neu: einem zugelassenen Revisor, Art. 725 Abs. 2 EOR.
- 10 Botschaft 1983, S. 847.
- 11 BGE 4C.117/1999; vgl. die Darstellung von Luterbacher, Thierry: Ein wegweisendes Bundesgerichtsurteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, in: ST 11/00 (im Folgenden «Luterbacher»), S. 1267 ff.
- 12 Es gibt dazu meines Wissens keine Statistik. In der KPMG ergibt sich pro Monat ca. eine solche Anzeige, wobei dahinter meist zwei bis drei weitere Fälle stehen, wo der VR – veranlasst durch Drohung mit der Anzeige – selber die Bilanz deponiert oder beschleunigt saniert.
- 13 Die Gesellschaften befinden sich z. B. in einer Sanierungsphase, arbeiten mit Rangrücktritten usw.
- 14 Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A. Basel Genf München 2002, Watter, Rolf, Art. 729b N 5 ff.
- 15 Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter; Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 33 N 94.
- 16 Böckli, Peter; Schweizer Aktienrecht, 3. A. Zürich 2004, § 13 N 823 f.
- 17 Camponovo, Rico A.: Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur in: ST 1–2/04, S. 71 ff.
- 18 Luterbacher, S. 1267 ff.
- 19 Luterbacher, S. 1267 ff.
- 20 BGE 127 IV 114; Treuhand-Kammer, Schweizer Prüfungsstandards, im Folgenden «PS», Pflichten der gesetzlichen Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung (PS 290), Ausgabe 2004, im Folgenden «PS 290», U.
- 21 Entscheid Tribunal 1^{ere} Instance Genf vom 14.11.02 (nicht publiziert).
- 22 Entscheid Obergericht ZH vom 18.3.02 (nicht publiziert), Rekurs gegen eine Verfügung des Konkursrichters des Bezirkes Zürich vom 3. September 2001.
- 23 Meistens tritt dieser Fall dann auf, wenn das Eigenkapital knapp ist. Aber andere Fälle sind leider möglich: Bsp. Eine Gesellschaft weist bei einem Aktienkapital von CHF 1 Mio. ein Eigenkapital von CHF 8 Mio. aus. Es erscheint geradezu unmöglich, dass eine solche Gesellschaft «offensichtlich» überschuldet ist! Bei der Prüfung stellt sich heraus, dass ein Prozess gegen die Gesellschaft um Rückerstattung von Wertschriften im aktivierten Wert von CHF 20 Mio. bereits in zwei Instan-

- zen verloren gegangen ist. Zudem beurteilt die Revisionsstelle (im Gegensatz zum VR und seinem Anwalt) die Aussichten, in dritter Instanz zu obsiegen als höchstens 50%. Der VR weigert sich, eine Rückstellung zu machen, die Revisionsstelle bringt eine Einschränkung im Bericht an und empfiehlt Rückweisung der Rechnung. Eine Rückstellung in diesem Umfang würde sofortige Überschuldung der Gesellschaft bedeuten.
- 24 HWP 4.12116. Das war schon vor 1992 so.
- 25 Vgl. zur Fortführungsproblematik: Fortführung der Unternehmenstätigkeit (Going Concern), Grundsatz zur Abschlussprüfung Nr. 13 der Treuhand-Kammer, Ausgabe 2001, im Folgenden «GzA Nr. 13» oder PS 570.
- 26 Botschaft 1983, S. 927.
- 27 In solchen Fällen besteht die Gefahr, dass die Revisionsstelle faktisch gratis arbeitet. Geht der Kunde nämlich unter, wird sowieso nichts mehr bezahlt, überlebt er – meist mit finanziellen Nachbesserungen, die der Konkursrichter verlangt –, dann verrechnet er mit den «unnützen Kosten», die durch überpessimistisches Verhalten der Revisionsstelle ausgelöst worden seien. Die für die Revisionsstellen wichtige Möglichkeit der Vorschussforderung (weil m.E. paulianisch nicht anfechtbar) ist nutzlos, weil der Kunde diesen absichtlich nicht bezahlt, in der Hoffnung, die Revisionsstelle zum Rücktritt zu treiben, bevor sie Anzeige erstattet.
- 28 Oft hat der VR faktisch die Möglichkeit, kurzfristig eine GV einzuberufen. Die Abwahl einer Revisionsstelle ist rechtsmissbräuchlich, wenn sie erfolgt, weil sie bereits Anzeige angedroht hat. Dies wurde zuerst in ZR 94 [1995] Nr. 50 angetönt und seither mehrfach gerichtlich bestätigt.
- 29 Botschaft 1983, S. 932.

RESUME

Quand un surendettement est-il vraiment manifeste?

Depuis 1992, le Code des obligations exige à l'article 729b al. 2 que l'organe de révision avise le juge en cas de surendettement manifeste, si le conseil d'administration omet de le faire. Le but de cette obligation d'annonce était de renforcer la protection des créanciers. Malgré treize années de pratique, la signification du terme «manifeste» est aujourd'hui encore peu claire. En outre, cette obligation d'avis n'a, de manière surprenante, pas été modifiée dans le nouveau droit de la révision bien que deux types de révision, la révision ordinaire et le contrôle restreint, aient été introduits, et que ces deux types de révision prévoient des contrôles d'intensité diverse. Il y a donc nécessité de concrétiser le critère du surendettement «manifeste».

Le Tribunal fédéral n'a traité cette problématique dans sa jurisprudence qu'à partir de 1999. Quelques questions ont été résolues depuis. Une fois qu'il a pris connaissance d'un surendettement manifeste, l'organe de révision doit impartir un délai de 60 jours au conseil d'administration pour procéder à l'assainissement de la société ou à la communication de l'avis au juge. Il est également clair qu'un surendettement peu important, que ce soit en valeur nominale ou en pourcentage du bilan, peut constituer un

cas de surendettement manifeste. L'organe de révision n'est par ailleurs pas contraint de surveiller continuellement le client pour ne pas manquer le jour de l'entrée en situation de surendettement; il peut attendre jusqu'à la prochaine période ordinaire de révision. L'organe de révision a le droit dans tous les cas de procéder à une annonce anticipée lorsque les prétendus fonds propres annoncés par le conseil d'administration ont été évalués de manière discutable et lorsque le conseil d'administration ne met les documents nécessaires à la disposition de l'organe de révision que tardivement et de manière incomplète. En l'absence de liquidités assurées, une société n'a pas le droit d'établir un bilan intermédiaire aux valeurs de continuation.

Où résident les problèmes? La situation est plus simple lorsque le conseil d'administration lui-même considère qu'il y a surendettement. Des problèmes peuvent toutefois exister dans ce cas lorsqu'il y a désaccord avec l'organe de révision sur l'importance du surendettement ou sur les mesures d'assainissement qui peuvent être admises. Dans le délai de 60 jours qui lui aura été imparti, le conseil d'administration ne procédera qu'à la mise en place des mesures d'assainissement de

nature à supprimer le montant du surendettement qu'il reconnaît. Qu'en est-il en outre lorsque le budget fait état de nouvelles pertes, notamment s'il est clair qu'un jour après la période d'assainissement le surendettement (manifeste) sera de nouveau là? La suppression du surendettement manifeste doit-elle également inclure d'éventuelles pertes futures? Ou, troisième cas, le conseil d'administration parvient à réduire les coûts de manière massive durant les 60 jours impartis et démontre que dans les 9 mois qui suivent par exemple, le surendettement pourra être supprimé par le biais de bénéfices. L'organe de révision ne pourra que conclure que le surendettement est resté manifeste dans la mesure où les profits futurs n'ont aucun impact sur le surendettement présent.

Cela devient plus compliqué lorsque le conseil d'administration nie qu'il y a surendettement. Dans les cas de responsabilité, il est souvent opposé aux réviseurs qu'un surendettement peut également être manifeste lorsque les comptes annuels font état de fonds propres mais que le réviseur a émis des réserves qui, dûment quantifiées, peuvent conduire à un surendettement. Cela peut également être problématique lorsque le réviseur conteste que

- | | | |
|--|---|--|
| <p>30 Eine gute Übersicht und Zusammenfassung der Gesetzesvorlage: Sanwald, Reto/Behr, Giorgio: Neuordnung des Revisionsrecht, in: ST 8/04, S. 579ff.</p> <p>31 Art. 727 bzw. 727a EOR.</p> <p>32 Art. 728a Abs. 1 EOR.</p> <p>33 Art. 729a EOR; Ist dieses Ziel erreichbar? Vgl. dazu: Camponovo, Rico A.: Gesetzesentwurf zum neuen Revisionsrecht, in: ST 4/05, S. 221ff.</p> <p>34 Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c EOR.</p> <p>35 Botschaft 2004, S. 4025 und 4028; sie verweist bei beiden Revisionsarten auf das heutige Recht.</p> | <p>36 Wenn sie vom Opting-Out profitiert, z.B. Art. 727a Abs. 2 EOR.</p> <p>37 Botschaft 2004, S. 4038.</p> <p>38 Weil sie rückblickend wissen, dass der Konkursgrund in diesem Bereich lag!</p> <p>39 Und im Verantwortlichkeitsfall der Richter.</p> <p>40 Keine Spur von «sich nichts überlegen müssen».</p> <p>41 Zur Präzisierung von Art. 729c EOR.</p> <p>42 Vgl. zur Berichterstattung: Bericht der Revisionsstelle und des Konzernprüfers, Grundsatz zur Abschlussprüfung Nr. 17 der Treuhand-Kammer, Ausgabe 2001, Ziff. 4.3.</p> | <p>43 PS 290 AA.</p> <p>44 PS 290 KK.</p> <p>45 Die Einschätzung des VR müsste realistisch sein. Der Revisionsstelle muss eben ein grösserer Ermessensspielraum zugestanden werden.</p> <p>46 Viele Faktoren sind für die Fortführung wichtig, vgl. GzA Nr. 13, Ziff. 4.2.</p> <p>47 PS 290 Z.</p> <p>48 PS 290 NN.</p> <p>49 PS 290 U.</p> <p>50 PS 290 GG.</p> |
|--|---|--|

RESUME

la société a la capacité de continuer l'exploitation. De nombreuses sociétés sont surendettées aux valeurs de liquidation. Souvent, le conseil d'administration cesse toute coopération avec l'organe de révision dès qu'il remarque que celui-ci exige de nouvelles informations et explications afin d'être en mesure d'apprécier l'éventuel surendettement manifeste de la société. Le conseil d'administration refuse d'établir les bilans intermédiaires requis, il reproche à l'organe de révision d'engendrer des coûts inutiles, il cesse de payer les factures, il menace d'actions en dommages et intérêts et ne manque pas parfois de révoquer le mandat de l'organe de révision¹. Dans certains cas, des informations sur la péjoration de la situation financière de l'entreprise tombent par hasard entre les mains de l'organe de révision. Celui-ci a-t-il le droit de les ignorer si elles proviennent d'une source fiable et qu'elles démontrent de manière claire l'existence d'un surendettement?

Qui doit décider qu'il y a surendettement manifeste: le conseil d'administration ou l'organe de révision? En pratique, il a été jusqu'à présent établi que le dernier mot appartient à l'organe de révision et il est exigé que celui-ci apporte dans ce domaine toutes ses connaissances. Les propositions de solutions présentées dans le présent article partent du principe que le contrôle restreint déplace la res-

ponsabilité sur les épaules du conseil d'administration. L'organe de révision ne serait dans ce cas qu'un gardien des délais.

Dans le cadre du contrôle restreint, seul le conseil d'administration est compétent pour décider s'il y a surendettement manifeste. Dans la mesure où la période d'audit et les coûts liés à celui-ci doivent être bas, l'organe de révision n'est pas en mesure d'obtenir les informations lui permettant de traiter cette question. Un surendettement ne peut être manifeste pour l'organe de révision dans le cadre d'un contrôle restreint que lorsqu'il en a été directement informé par le conseil d'administration, que ce soit dans le cadre d'une discussion ou dans le cadre de la transmission des comptes annuels. Dans ce contexte, l'organe de révision ne fait qu'examiner si le montant du surendettement avancé par le conseil d'administration peut être supprimé par des mesures d'assainissement immédiates.

Dans le cadre de la révision ordinaire, l'organe de révision doit matériellement se charger de la question du surendettement manifeste. Cela se justifie en raison du fait que l'organe de révision dispose de bien plus d'informations sur la situation financière de la société, qu'en outre des sommes d'argent plus importantes sont en jeu et que dès lors la protection des créanciers passe encore plus au premier

plan. Il convient toutefois de préciser certains points: il peut y avoir surendettement manifeste également lorsque le réviseur émet des réserves dans le cadre de son rapport ou lorsque la continuation de l'exploitation est en péril. Si le conseil d'administration empêche l'organe de révision de procéder à des clarifications, ce dernier est en droit d'exposer la situation de surendettement avec ses propres chiffres et il ne doit pas attendre l'échéance du délai de 60 jours. En dehors de la révision annuelle, l'organe de révision ne doit se faire de souci au sujet de l'avis au juge que lorsque des informations claires et indiscutables lui sont communiquées d'une source autorisée au sein de l'entreprise et que la société est manifestement surendettée selon ces informations. Il doit également être clair que l'assainissement immédiat de la société doit aussi couvrir les pertes budgétées jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire. En outre, seules des mesures d'assainissement immédiatement efficaces peuvent empêcher que l'on procède à l'avis au juge.

RAC

¹Dans les faits, le conseil d'administration a en effet souvent la possibilité de convoquer une assemblée générale à brève échéance. La révocation d'un organe de révision peut constituer un abus de droit si elle est liée au fait que l'organe a menacé de procéder à l'avis au juge. Ceci a été retenu pour la première fois dans ZR 94 «1995» n° 50 et confirmé depuis à plusieurs reprises.