

Benachrichtigung des Konkursrichters durch die Revisionsstelle

Schaden oder Nutzen für die Gläubiger?

Rückblick, praktische Erfahrungen, Probleme



Rico A. Camponovo, lic. iur., lic. oec. publ. et Bachelor of Arts UZH in Religionswissenschaft, studierte Wirtschafts-, Rechts- und Religionswissenschaft an der Universität Zürich. Nach einem Praktikum am Bezirksgericht Zürich und in der Anwaltskanzlei Henrici, Wicki und Gugisberg erwarb er 1989 das zürcherische Anwaltspatent. Ab 1983 arbeitete er vier Jahre als Revisionsassistent und ein Jahr als Rechtsberater bei der Schweizerischen Treuhandgesellschaft

(heute: PricewaterhouseCoopers), sechs Jahre bei der Visura Treuhandgesellschaft (heute: BDO) als Leiter des Rechtsdienstes und seit 1995 bei KPMG als Leiter des Fachteams Revisionsrecht.

Neben seiner Anwaltstätigkeit publiziert Rico A. Camponovo regelmässig, vor allem auf dem Gebiet des Rechnungslegungs- und des Revisionsrechts. Er ist unter anderem Verfasser zahlreicher Fachbeiträge in treuhänderischen und anderen Periodika. Er ist regelmässig als Referent bei der Akademie der Treuhand-Kammer AG und verschiedenen Weiterbildungsinstituten tätig.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	122
1.1	Vorgeschichte/Revision Aktienrecht 1992 und 2008	122
2.	Praktische Bedeutung	124
2.1	Konkursverfahren/Gläubigerverluste	124
2.2	Häufigkeit Überschuldungsanzeige	125
3.	Frühwarnsysteme des Gesetzes – Minimierung Gläubigerverluste	127
3.1	Massnahmen für alle Gesellschaften	127
3.2	Massnahmen bei Kapitalverlust und Überschuldung i.S.v. Art. 725 OR	127
3.3	Massnahmen Revisionsstelle	128
3.3.1	Meldepflichten	128
3.3.2	Anzeigepflicht Revisionsstelle	128
3.3.2.1	Ausgangslage	128
3.3.2.2	Systembedingte Verspätung	129
3.3.2.3	Systemwidrigkeit	129
4.	Anzeigepflicht der Revisionsstelle in der Rechtsprechung	129
4.1	Zivilrechtliche Entscheidungen	129
4.1.1	Konkretisierung Anzeigepflicht	129
4.1.1.1	Offensichtlichkeitsformel – Zeitpunkt Offensichtlichkeit	129
4.1.1.2	Frist von 60 Tagen	132
4.1.1.3	Quantitative Höhe der Überschuldung	136
4.1.1.4	Laufende Überwachung finanziell angeschlagener Prüfkunden?	136
4.1.1.5	Abwahl Revisionsstelle zwecks Verhinderung der Überschuldungsanzeige?	137
4.1.1.6	Antrag Verwaltungsrat auf Konkursaufschub nicht möglich?	138
4.2	Strafrechtliche Entscheidungen des Bundesgerichtes	139
4.2.1	Strafbarkeit des Prüfers wegen unterlassener Überschuldungsanzeige	139
4.2.1.1	BGE 127 IV 110 vom 9. Mai 2001	139
4.2.1.2	Revisor als «Schuldner» i.S.v. Art. 165 StGB?	140
4.2.2	Strafbarkeit Verwaltungsrat wegen unterlassener Überschuldungsanzeige	141
5.	Schlussfolgerungen	142
6.	Praktische Handhabung der Anzeigepflicht	144
6.1	Ablauf Überschuldungsanzeige – Eintreffen von Informationen	144

6.2	Evaluation Information/Erstes Mahnschreiben.....	146
6.3	Zweites Mahnschreiben.....	148
6.4	Überschuldungsanzeige	149
6.5	Verfahren vor dem Konkursrichter – Revisionsstelle als Prozesspartei?.....	149
7.	Änderungsvorschläge.....	150
7.1	De lege lata.....	150
7.2	De lege ferenda.....	151

1. Einleitung

Vor fast 20 Jahren, am 1. Juli 1992, wurde der Revisionsstelle im Rahmen der damaligen Aktienrechtsrevision eine geschäftsführende Pflicht auferlegt. Sie muss den Konkursrichter über eine offensichtliche Überschuldung der von ihr revidierten Gesellschaft benachrichtigen, sofern der Verwaltungsrat dies unterlässt. Diese Pflicht wurde im Jahre 2008 für Gesellschaften mit Eingeschränkter Revision und solche ohne Revisionsstelle beibehalten. Es ist an der Zeit, Bilanz über diese Anzeigepflicht zu ziehen. Hat sie Gläubigerverluste reduziert? Wie wird sie gehandhabt? Wo liegen ungelöste Probleme?

1.1 Vorgeschichte/Revision Aktienrecht 1992 und 2008

In der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht erschien im Jahre 1996 eine Publikation zur damals vier Jahre alten Pflicht der Revisionsstelle, bei offensichtlicher Überschuldung den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt. Fast 20 Jahre nach der Einführung ist es an der Zeit, Bilanz zu ziehen.¹

In der *Botschaft* über die Revision des *Aktienrechts* schlug der Bundesrat die Einführung des Art. 729b Abs. 2 aOR vor.² Diese neue, besonders geartete Anzeigepflicht der Revisionsstelle solle, so der Bundesrat, Konkursverschleppungen verhindern und die Gläubiger vor neuen Schulden der Gesellschaft und vor Gläubigerbevorzugung schützen. Die Erfahrung habe nämlich gelehrt, dass der Verwaltungsrat alles daran setze, den schweren Gang zum Richter nicht tun zu müssen. Dies führe nicht selten dazu, dass die Konkursöffnung um Monate hinausgeschoben und der Gläubigerausfall stark vergrössert werde. Der Bundesrat wollte die Revisionsstelle als letzten Rettungsanker der Gläubiger einsetzen. An dieser Zielsetzung hat sich bis heute nichts geändert.³

1 Rico Camponovo, Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996, im Folgenden «Camponovo Benachrichtigung», S. 211 ff./Das Gesetz vom 4. Oktober 1991 trat am 1. Juli 1992 in Kraft.

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

3 Peter Böckli, Revisionsstelle und Abschlussprüfung, Zürich Basel Genf 2007, im Folgenden «Böckli Revisionsstelle», N 737 ff./Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, im Folgenden «Böckli», §15 N 736/Claudia Suter, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd 295, Zürich St. Gallen 2010, im Folgenden «Suter»,

Das *Gesetz* wurde in dieser Zeit weit reichend *geändert*. So wurden die Rechnungslegungsvorschriften sowie die Aufgaben der Organe der verschiedenen Gesellschaften verschärft.⁴ Für die Anzeigepflicht wichtig war die Einführung einer rechtsformübergreifenden,⁵ nach Grössenkriterien abgestuften Abschlussprüfung am 1. Januar 2008. Sie führte zu einer Dreiteilung der Revisionspflichten mit erhöhten Anforderungen bei der *Ordentlichen Revision*, dem neuen Institut der *Eingeschränkten Revision* für KMU und einem Verzicht auf Revision für Gesellschaften mit maximal zehn Vollzeitstellen. Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle wurde unverändert für alle drei Gruppen beibehalten.

S. 187 und S. 202/Basler Kommentar, Revisionsrecht, Art. 727–731a und Art. 755 OR, Basel 2011, im Folgenden «BSK Revisionsrecht», Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 728c OR N 8/Tatjana Linder/Hans Caspar von der Crone, Die Revisionsstelle in der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, S. 489 ff., im Folgenden «Linder/von der Crone», S. 490 ff.

- 4 Ohne vollständig sein zu wollen, soll hier an die Reform der Wirtschaftsdelikte im Strafgesetzbuch am 17. Juni 1994, das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003, das Transparenzgesetz bezüglich Vergütungen und Kredite an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung vom 7. Oktober 2005, die Revision des GmbH-Rechtes vom 16. Dezember 2005 mit vielen wichtigen Änderungen für die Aktiengesellschaft und v.a. auch die Revisionsstelle (Inkrafttreten am 1. Januar 2008) und die Schaffung einer Revisionsaufsichtsbehörde RAB durch das Revisionsaufsichtsgesetz (Inkrafttreten am 1. September 2007) erinnert werden.
- 5 Inklusive Genossenschaften, Vereine und Stiftungen.

2. Praktische Bedeutung

2.1 Konkursverfahren/Gläubigerverluste

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Total Konkurse¹	6207	7648	9819	10495	9680	9974	10541	9432	9117	8755	8712	9037	9466	9905	10656	10784	10835	10820	10453	10479	10932
Einstellungen mangels Aktiven/%	1642/ 26	1930/ 25	2909/ 30	3284/ 31	3274/ 34	3926/ 39	4825/ 46	4387/ 47	4093/ 45	3422/ 39	4085/ 47	4672/ 52	5289/ 56	5282/ 53	5620/ 53	5845/ 54	5997/ 55	5949/ 55	5571/ 53	5738/ 55	6152/ 56 ²
Summarische & Ordentliche Verfahren	4565	5718	6910	7211	6406	6048	5716	5045	5024	5333	4627	4365	4177	4623	5036	4939	4838	4871	4882	4741	4780
Gläubigerverluste in Mio. CHF	1400	1596	1310	2467	2843	4017	3872	4313	4382	4326	3955	3724	3666	3553	4698	4453	3040	3364	2555	2249	2062
Gläubigerverluste pro Summar./Ordend. Verfah- ren in CHF	307	279	190	342	444	664	677	855	872	811	855	853	878	769	933	902	628	691	523	474	431
Konkurse wegen Organisationsmängel Art. 731b Abs.1 Ziff. 3 OR⁴																			402	1258	2125

Quelle: Bundesamt für Statistik, Betriebs- und Konkursstatistik

Tabelle 1

- 1 Es gibt keine Statistik zum Anteil der in diesen Zahlen enthaltenen Konkurse natürlicher Personen oder Personengesellschaften.
- 2 Diese Zahl ergibt sich aus der Differenz des Totals der Konkursöffnungen und des Totals der ordentlichen und summarischen Verfahren.
- 3 Gemäss telefonischer Auskunft des Bundesamtes für Statistik gab es im Jahr 2010 452 Konkurswiderufe. Diese sind im Total Konkurse enthalten. Die Zahl der Widerrufungsverfahren in den Vorjahren ist unbekannt.
- 4 Diese Verfahren sind im Total Konkurse nicht enthalten.

Die *Zahl der Konkursöffnungen* hat seit 1990⁶ um ca. zwei Drittel zugenommen. Bedenklich ist, dass die Mehrheit der Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wird. Wurden 1990 noch 26% der Konkurse (1992 30%) eingestellt, so sind es seit 2001 jährlich ca. 55%! Das ist eine Verdoppelung seit 1990. Die Hoffnung, durch die Anzeigepflicht Konkursverschleppungen zu verhindern, hat sich offenbar nicht erfüllt.⁷ Die Zahlen gehen deutlich in die gegenteilige Richtung; mehr als die Hälfte aller Konkursiten haben keine freien Aktiven. Werden Konkursöffnungen ohne Aktiven zum Normalfall?

In dieses Bild passen auch die ausgewiesenen *Gläubigerverluste*. Betrugen diese in den Jahren 1990–1995 durchschnittlich CHF 2,23 Mia. (1992 CHF 1,31 Mia.), so sind sie von 1996–2010 auf durchschnittlich CHF 3,61 Mia. gestiegen. Aussagekräftiger wird dieses Bild, wenn die Gläubigerverluste auf die Anzahl durchgeführter Verfahren umlegt werden.⁸ Der Gläubigerverlust pro Verfahren betrug 1992 noch TCHF 190, um dann stetig bis zum Maximum von TCHF 933 im Jahre 2004 anzusteigen. In den letzten drei Jahren ist dieser Betrag wieder auf ca. TCHF 450 gesunken.⁹ Der Durchschnitt von 1993–2010 beträgt TCHF 666. Auch hier sind keine positiven Auswirkungen der Anzeigepflicht auszumachen¹⁰.

Nicht inbegriffen sind *Verluste*, die Gläubiger bei *Konkurseinstellungen mangels Aktiven* erleiden; in diesen Fällen werden keine Kollokationspläne erstellt. Dasselbe gilt für Gläubigerverluste in freiwilligen Liquidationen.¹¹ Die effektiven jährlichen Gläubigerverluste sind erheblich höher, als statistisch ausgewiesen.

2.2 Häufigkeit Überschuldungsanzeige

Publizierte Statistiken zur Häufigkeit von Überschuldungsanzeigen durch Revisionsstellen sind nicht vorhanden. Eine *Statistik* für diese Verfahren

6 1960 wurden 1305 Konkurse eröffnet (Bundesamt für Statistik). Die Zahl der Konkursöffnungen hat sich bis heute ca. verachtfacht.

7 Die Erweiterung der Anzeigepflicht auf Nicht-AGs ab 1. Januar 2008 ist quantitativ unbedeutend. Bei der GmbH galt sie schon zuvor, wenn sie eine Revisionsstelle hatte.

8 Nur in diesen Fällen werden die Gläubigerverluste ermittelt.

9 Diese Reduktion ist kaum auf die Anzeigepflicht zurückzuführen. Ein Zusammenhang könnte mit dem hohen Anteil an eingestellten Verfahren bestehen. Das Bundesamt für Statistik vermutet, dass ab 2008 keine grösseren Konkursverfahren beendet wurden. Denkbar wäre ein Zusammenhang mit den Konkursen wegen Organisationsmängeln.

10 Auch «indirekt» bewirkt die Anzeigepflicht offenbar nichts, d.h. auch die Exekutivorgane erstatten ihre Überschuldungsanzeigen nicht rechtzeitig als früher.

11 Das betrifft Gläubiger, die auf ihren Forderungen Rangrücktrittserklärungen abgegeben haben.

bei KPMG¹² zeigt für die Zeitspanne vom 1. Juli 2010 bis 30. Juni 2011, dass zwölf Prüfkunden mit der Überschuldungsanzeige gedroht¹³ werden musste. In fünf Fällen sanierte der Verwaltungsrat innert der gewährten Frist von 60 Tagen die Bilanz, in einem Fall deponierte der Verwaltungsrat die Bilanz selber, einmal entfiel die Anzeigepflicht aus anderen Gründen und in fünf Fällen kam es zur Anzeige durch die Revisionsstelle. In zwei dieser fünf Fälle wurde der Konkurs nicht eröffnet, wobei es bis zum Nichteröffnungsentscheid 29 bzw. 28 Tage¹⁴ dauerte. In zwei Fällen dauerte es zwei Monate bis zur Konkurseröffnung, der dritte Fall ist der Drucklegung dieses Manuskriptes (Ende Januar 2012) noch hängig. Eine Zeitspanne von zwei Monaten bis zur Konkurseröffnung ist ein Minimum. Meist dauert es länger.¹⁵ Faktisch hat sich ein *informeller* «Konkursaufschub» eingebürgert, der je nach Aktivität des Verwaltungsrats über ein halbes Jahr dauern kann!

In zehn Fällen wurde die *Überschuldung* bei der Abschlussprüfung *entdeckt*, einmal stellte der Kunde die *Zwischenbilanz* zu, ein Kunde war nicht kontaktierbar. Interessant ist, dass nur in einem einzigen Fall eine Zwischenbilanz erstellt und nie eine geprüft wurde.¹⁶ Zeitdruck, Kosten und Fokussierung auf die Sanierung lassen diese Formalitäten praktisch immer entfallen. Die Sanierungsbemühungen innert der 60-tägigen Frist basieren durchwegs auf provisorischen Zahlen. Der Revisionsstelle bleibt nur übrig, die Überschuldung vorsichtig zu schätzen und eine entsprechend grosse Sanierung zu verlangen. Unwahrscheinlich ist, dass die vielen kleinen Revisionsunternehmen häufiger den Richter benachrichtigen; immerhin verfügten Ende 2010 10 528¹⁷ natürliche Personen und Unternehmen über eine definitive Zulassung der Revisionsaufsichtsbehörde.

12 Die Statistik erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

13 Die meisten überschuldeten Prüfkunden sanieren ihre Bilanz (durch Rangrücktrittsvereinbarungen) proaktiv selber, ohne dass mit Überschuldungsanzeige gedroht werden muss.

14 In beiden Fällen reichte der Prüfkunde dem Gericht betragsmässig ausreichende Rangrücktrittsvereinbarungen ein, sodass das Verfahren schriftlich und ohne Weiterungen abgeschlossen werden konnte.

15 Im Urteil des Tribunal de 1ère Instance Genf vom 14. November 2002 dauerte es sechseinhalb Monate (2. Mai bis 14. November). In ZR 94 (1995) Nr. 50 dauerte es fünf Monate (1. Oktober 1993 bis 1. März 1994). Im Urteil des Bezirksgerichtspräsidiums Maloja vom 3. März 2005 dauerte es drei Monate (1. Dezember 2004 bis 3. März 2005). Im Entscheid des Obergerichtes Zürich vom 3. Juli 2008 dauerte es erstinstanzlich 29 Tage (17. April bis 16. Mai) bzw. zweitinstanzlich (bis 3. Juli) zwei Monate und 16 Tage.

16 Einmal setzte der Richter die gesetzliche Prüfung durch. Der Konkurs wurde genau gleich eröffnet, aber der Gesetzeswortlaut war erfüllt.

17 Tätigkeitsbericht der Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde 2010, S. 7 f. Davon entfallen ca. 300 auf KPMG.

Die zahlenmässige Bedeutung der Anzeigen ist verschwindend klein. Das bestätigt die Statistik des Bezirksgerichts Zürich.¹⁸ Auffällig ist der generelle Rückgang der Überschuldungsanzeigen.

Statistik Bezirksgericht Zürich	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Überschuldungsanzeigen total	55	76	85	51	53	38	29	22	12	22
Überschuldungsanzeigen von Revisionsstellen	3	0	1	0	4	0	1	3	0	1

3. Frühwarnsysteme des Gesetzes – Minimierung Gläubigerverluste

3.1 Massnahmen für alle Gesellschaften

Das Gesetz ist nach wie vor durch die Vorschriften von Art. 662 ff., 725 ff. und 957 ff. OR sowie die persönliche Haftung der Gründer, Verwaltungsräte und Revisoren darauf ausgerichtet, dass Gläubigerschädigungen minimiert bzw. selten Konkursmassen ohne freie Aktiven anzutreffen sind.¹⁹

3.2 Massnahmen bei Kapitalverlust und Überschuldung i.S.v. Art. 725 OR

Art. 725 Abs. 1 OR schreibt dem Verwaltungsrat vor, dass er schon bei *Kapitalverlust* unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen habe. Besteht begründete *Besorgnis einer Überschuldung*, so ist er nach Abs. 2 verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu erstellen und prüfen zu lassen. Ergibt sich daraus eine Überschuldung zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten, muss er den Richter benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten.²⁰ Eine neue Verschärfung dieser Pflicht verlangt unter *Strafandrohung* Bilanzdeponierung innert 60 Tagen.²¹ Art. 725 Abs. 3 OR bestimmt seit dem 1. Januar 2008, dass selbst *Gesellschaften ohne Revisionsstelle* ihre

18 Die Zahlen wurden verdankenswerterweise durch den Konkursrichter Felix Ziltener zur Verfügung gestellt.

19 Art. 752 ff. OR/Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186, 3.A. Basel 2008, im Folgenden «BSK OR II», Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 2.

20 BSK OR II – Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 40a/BSK OR II-Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 728c N 39. Echten Sanierungseffekt haben auch Forderungverzichte und Mittelzuschüsse.

21 Nachfolgend BGer 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010.

Zwischenbilanzen prüfen lassen müssen. Sie haben einzig deswegen einen Revisoren zu bestimmen, den sogar die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle treffen.

3.3 Massnahmen Revisionsstelle

3.3.1 Meldepflichten

Verletzt der Verwaltungsrat seine Pflichten, so muss die Revisionsstelle der *Generalversammlung* sowohl im Falle von Art. 725 Abs. 1 als auch Abs. 2 OR *Meldung* erstatten. Seit dem 1. Januar 2008 gilt dies für die *Ordentliche Revision* gemäss Art. 728c Abs. 1 und 2 OR. Für die *Eingeschränkte Revision* wurde diese Hinweispflicht gemäss Art. 729c OR abgeschafft. In der Praxis hat die Treuhand-Kammer eine *beschränkte Hinweispflicht*, insbesondere für Art. 725 Abs. 1 und 2 OR wieder eingeführt.²²

3.3.2 Anzeigepflicht Revisionsstelle

3.3.2.1 Ausgangslage

Verzögert der Verwaltungsrat bei einer *offensichtlich überschuldeten Gesellschaft* den Gang zum Richter, verlangte der Gesetzgeber in Art. 729b Abs. 2 aOR, dass die Revisionsstelle anstelle des Verwaltungsrats den Richter benachrichtigt. Der Verwaltungsrat hat eine primäre Deponierungspflicht,²³ die Revisionsstelle müsste bei Offensichtlichkeit später anzeigen. Offensichtlich bedeute, so die Botschaft, dass die Überschuldung deutlich weiter vorangeschritten sei, dass sie sich auch bei optimistischer Betrachtungsweise nicht mehr leugnen lasse.²⁴ Am 1. Januar 2008 wurde die *Abschlussprüfung nach Grössenkriterien* abgestuft. Trotz Dreiteilung der Revision mit verändertem Informationsstand und reduzierter Prüfungstiefe wurde die Anzeigepflicht bei der *Eingeschränkten Revision* (Art. 729c OR), ja gar beim *Opting-out* (Art. 725 Abs. 3 OR) unbesehen²⁵ beibehalten. In der Botschaft fehlt dazu eine Kommentierung.

22 Treuhand-Kammer/Schweizerischer Treuhänder-Verband, Standard zur Eingeschränkten Revision, Zürich/Bern 2007, Ziff. 9 Überschuldung, Anhang F Berichterstattung, Beispiel Nr. 7/Treuhand-Kammer, Neues Revisionsrecht, Ausgewählte Fragen und Antworten, Zürich, März/November 2009, Ziff. 3.7/BSK OR II-Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 729c N 4 f./Böckli Revisionsstelle, N 502.

23 BSK OR II-Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 728c N 31.

24 Botschaft, S. 847/BSK OR II-Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 42/BSK OR II-Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 728c N 34/BSK Revisionsrecht – Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 728c OR N 33 ff./Böckli Revisionsstelle, N 740./Böckli, §15 N 740/Treuhand-Kammer, Schweizer Prüfungsstandards, Ausgabe 2010, im Folgenden «PS», PS 290 JJ. Michel Hopf, Die Aufgaben der Revisionsstelle in der finanziellen Krise der AG. Der Schweizer Treuhänder 2008/2, S. 643 ff.

25 Böckli Revisionsstelle, N 504 ff. und 735 ff./Böckli, §15 N 504 ff. und 735 ff./BSK OR II-Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 729c N 10 ff./BSK OR II-Peter Widmer/Dieter Gericke/Stefan Waller, Art. 725 N

3.3.2.2 Systembedingte Verspätung

Die Revisionsstelle hat in der Regel einmal jährlich *Einblick in die Lage der Gesellschaft*. Bei der *Eingeschränkten Revision* beschränkt sich der Kontakt oft auf einen einzigen Tag. Die Wahrnehmung der offensichtlichen Überschuldung kann in der Regel bei einer Abschlussprüfung erwartet werden. Das bedeutet eine systembedingte Verzögerung von bis zu eineinhalb Jahren. Selten wird die Revisionsstelle früher informiert, z.B. wenn der pflichtbewusste Verwaltungsrat aktiv wird. In diesen Fällen fehlt es aber am Handlungsbedarf der Revisionsstelle.

3.3.2.3 Systemwidrigkeit

Die Aufgabe der Revisionsstelle bei der *Prüfung* der Jahresrechnung ist *retrospektiv*. Informationen zur Überschuldung sind daher immer veraltet. Die Anzeigepflicht verlangt aktuelle Daten und während der Sanierungsfrist von 60 Tagen müssen in die Zukunft gerichteten Entscheide gefällt werden. Konträr zu allen anderen Prüfungsaufgaben muss die Revisionsstelle auf das Informationsniveau der Geschäftsführung kommen. Der Gesetzgeber befördert die *Revisionsstelle* zum «*Ober-Verwaltungsrat*» und nimmt einen Eingriff in ihre Unabhängigkeit in Kauf.²⁶

4. Anzeigepflicht der Revisionsstelle in der Rechtsprechung

4.1 Zivilrechtliche Entscheidungen

4.1.1 Konkretisierung Anzeigepflicht

4.1.1.1 Offensichtlichkeitsformel – Zeitpunkt Offensichtlichkeit

*BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999*²⁷:

Im ersten bundesgerichtlichen Entscheid zur Anzeigepflicht erhielt die Revisionsstelle im Februar 1993 einen provisorischen Abschluss per 31. Dezember 1992 mit einer Überschuldung von ca. CHF 100 000.–. Sie erstattete am 10. August 1994 den Revisionsbericht, mehr als 19 Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres. Er bestätigte die Überschuldung von CHF

17 f./BSK Revisionsrecht – Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 729c OR N 9 ff./Suter, S. 203/Urs Bertschinger, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle - Aktuelle Fragen und Perspektiven, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd 124 (2005) II, S. 569 ff., im Folgenden «Bertschinger», S. 585.

26 Art. 728 Abs. 2 Ziff. 1 und 729 OR. Art. 728a Abs. 3 und 729a Abs. 3 OR. Auch Art. 731a Abs. 2 OR.

27 Thierry Luterbacher, Ein wegweisendes Bundesgerichtsurteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, Der Schweizer Treuhänder 2000/11, im Folgenden «Luterbacher», S. 1267 ff.

100 000.– (ca. 1% der Bilanzsumme).²⁸ Der Konkurs wurde am 7. Dezember 1995 eröffnet. Das Bundesgericht stellt zuerst fest, dass die für die Revisionsstelle funktional atypische Anzeigepflicht *primäre Aufgabe des Verwaltungsrats* sei. 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, was heisse, dass sich die Überschuldung bei optimistischer Betrachtungsweise nicht mehr leugnen lasse. Diese Regelung sei deshalb erforderlich, weil die *Revisionsstelle nicht auf Führungsaufgaben* ausgerichtet sei. Die Anzeigepflicht falle daher nur «in extremis» der Revisionsstelle zu.

Mit dieser Formel versucht das Bundesgericht den unbestimmten *Begriff der Offensichtlichkeit* zu konkretisieren.²⁹ Die Formel klingt aus Sicht der Revisoren vorteilhaft, sind diese doch daran interessiert, zeitlich möglichst spät und vor allem erst nach dem Verwaltungsrat zur Anzeige schreiten zu müssen. Die Gerichtspraxis hat den Revisoren jedoch nach und nach einen strengeren Massstab auferlegt.

Für den exakten Zeitpunkt der Kenntnis der *offensichtlichen Überschuldung* hält das Bundesgericht fest, dass der provisorische Abschluss 1992 Zweifel an der Überschuldung erlaubt und die Revisionsstelle auf der Vorlage definitiver Zahlen beharren dürfen. Erst am 10. August 1994 habe sie daher Sicherheit über die bestehende Überschuldung gehabt. Dieser sinnvolle Ansatz wurde von der Gerichtspraxis bis zum heutigen Tag beibehalten.³⁰

Urteil Tribunal de 1ère Instance Genf vom 14. November 2002 (nicht publiziert): Die Revisionsstelle bestätigte im Revisionsstellenbericht ein *intaktes Eigenkapital*, erstattete aber trotzdem Überschuldungsanzeige. Einziges Aktivum der AG war eine Forderung gegenüber der Konzernmutter. Letztere befand sich in finanziellen Schwierigkeiten, sodass das Aktivum

28 Die Immobilienkonsortialaktiven waren mit CHF 6 Mio. bewertet, bis zum Schluss stieg die Überschuldung auf CHF 9 Mio. Ich schätze die Bilanzsumme auf ca. CHF 10 Mio. oder mehr, Luterbacher, S. 1268.

29 Es stützt sich dabei auf die Botschaft, S. 847, und auf Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2.A., Zürich 1996, S. 915 N 1713 f./Luterbacher, S. 1269.

30 Ebenso BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007, E. 2.1/BGer 4A_505/2007 vom 8. Februar 2008, E. 4.1.3/BGer 4A_478/2008 vom 16. Dezember 2008, E. B.b. Die Konstanz in diesem Punkt ist für die Revisionsstellen erfreulich. Sie ist auch erstaunlich. In keinem Fall wurden die z.T. massiven Verspätungen thematisiert (z.B. 13 Monate im BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999).

hätte abgeschrieben werden sollen, was zur Überschuldung geführt hätte. Die Revisionsstelle erhielt trotz mehrfacher Nachfrage nicht genügend Unterlagen, um die Bonität der Mutter beurteilen zu können. Der Verwaltungsrat weigerte sich, die Bilanz zu deponieren. Weil von offensichtlicher Überschuldung keine Rede sein könne, sprach er der Revisionsstelle Anzeigerecht und -pflicht ab und drohte mit Schadenersatzklage. Der Verwaltungsrat musste dem Konkursrichter Unterlagen zur Beurteilung der Bonität der Mutter einreichen. Es zeigte sich, dass die Forderung werthaltig war. Der Richter stellte fest, die AG sei nicht überschuldet. Er hielt aber fest, die Revisionsstelle habe die *Überschuldungsanzeige* unter den vorliegenden Umständen *zu Recht erstattet*.

Dieser Entscheid relativierte erstmals die Offensichtlichkeitsformel. Bei diesem Sachverhalt kann keine Rede davon sein, dass *jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sehe, dass die Aktiven die Schulden ... nicht zu decken vermögen ...*, was heisse, dass sich die *Überschuldung bei optimistischer Betrachtungsweise nicht mehr leugnen lasse*. Das einzige Aktivum deckte die Schulden bei optimistischer Betrachtungsweise bei weitem. Einzige die gut informierte, fachlich qualifizierte und kritische Revisionsstelle konnte eher vermuten denn «sehen», dass eine offensichtliche Überschuldung vorliegen könnte.

Urteil Obergericht Zürich vom 18. März 2002 (nicht publiziert):³¹

Die Revisionsstelle verlangte vom Verwaltungsrat Zwischenbilanzen i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR. Diese zeigten zu Fortführungswerten keine Überschuldung. Die AG war jedoch praktisch illiquid. Die Revisionsstelle argumentierte, bei *Illiquidität* fehle die *Fortführungsbasis*. Aus Gläubigersicht sei daher nur die offensichtlich überschuldete Liquidationsbilanz relevant. Sie drohte mit Überschuldungsanzeige, weil die Liquidität nicht gesichert sei. Der Verwaltungsrat stellte sich entschieden dagegen, weil der Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR ausdrücklich von Überschuldung in beiden Zwischenbilanzen ausgehe. Das Obergericht schloss sich der Ansicht der Revisionsstelle an.³² Die Überschuldungsanzeige muss bei Illiquidität auch bei intak-

31 Rekurs gegen eine Verfügung des Konkursrichters des Bezirkes Zürich vom 3. September 2001.

32 «b) ... Wenn also die Revisionsstelle feststellte, dass die Liquidität nur für weitere zwei Monate gesichert war, was im Übrigen seitens der X-AG unbestritten blieb, konnte nicht ernsthaft von der Fortführung der Gesellschaft gesprochen werden. Die Revisionsstelle ging mithin zutreffend davon aus, dass per 31. Mai 2001 die Überschuldung zu Fortführungswerten nach wie vor begründet war. Entgegen der Vorinstanz ist damit die Liquidationsbilanz, welche eine Überschuldung von CHF -1,14 Mio. aufwies, durchaus zu beachten. Der X-AG gelang es in der Folge wiederum nicht, innert der

tem Eigenkapital erstattet werden. Dieser Entscheid relativierte die Offensichtlichkeitsformel im Blick auf die Liquidität.

*BGE 132 III 564 vom 27. Juni 2006:*³³

Das Bundesgericht wiederholt mit Verweis auf zwei einschlägige Entschiede³⁴ lediglich deren Formulierungen.

*BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007:*³⁵

Die Jahresabschlüsse einer AG zeigten unter Einbezug von Rangrücktritten ein *positives Eigenkapital*. Die AG war daher nach Art. 725 Abs. 2 OR nicht überschuldet. Die Revisionsstelle hat im Bericht Einschränkungen zu fehlenden Abschreibungen und Rückstellungen angebracht. Im Prozess hielt eine Expertise fest, die von der Revisionsstelle gerügten Mängel seien zutreffend gewesen. Sie hätte ihre *Einschränkungen quantifizieren* und sofort vom ausgewiesenen Eigenkapital abziehen müssen. Aus der Nichtüberschuldung wäre eine «offensichtliche Überschuldung» geworden. Mit Selbstverständlichkeit geht das Bundesgericht davon aus, dass die Revisionsstelle diese «Überschuldung» hätte sehen müssen.

Dieser Entscheid relativierte die Offensichtlichkeitsformel erneut, diesmal im Blick auf Einschränkungen. Die Revisionsstellen tun seit diesem Entscheid gut daran, von einer offensichtlichen Überschuldung selbst dann auszugehen, wenn der Verwaltungsrat Eigenkapital ausweist und die Revisionsstelle in Einschränkungen Bedenken anmeldet. Sie muss die Einschränkungen quantifizieren, diese Beträge vom Eigenkapital gedanklich abziehen und bei resultierender «Überschuldung» Frist zur Bilanzdeponierung ansetzen.

4.1.1.2 Frist von 60 Tagen

*BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999:*³⁶

Bis zum heutigen Tag ist die *Länge der Anzeigefrist* nicht klar. Die frühere Praxis des Bundesgerichtes³⁷ erlaubte dem Verwaltungsrat bei unverzüg-

von der Revisionsstelle letztmals angesetzten Frist bis zum 2. Juli 2001 ihre Liquiditätssituation zu verbessern, ebenso wenig deponierte sie bis zu diesem Datum die Bilanz beim Konkursrichter. Unter diesen Umständen ging die Revisionsstelle zu Recht von einer offensichtlichen Überschuldung aus und war damit gemäss Art. 729b Abs. 2 OR verpflichtet, den Richter zu benachrichtigen».

33 E. 5.1/Die Praxis 5/2007 Nr. 57, E. 5.

34 BGE 116 II 533, E. 5a) S. 541 und BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b).

35 Insb. C.

36 Luterbacher, S. 1267 ff.

37 BGE 116 II 533, E. 5a), S. 540 f. Der Entscheid erging 1990 vor Einführung der Überschuldungsanzeige.

licher Sanierung den *Verzicht* auf Bilanzdeponierung *ohne zeitliche Beschränkung*. Jetzt wird für die Revisionsstelle eine Frist von vier bis sechs Wochen ab Erkenntnis der offensichtlichen Überschuldung als angemessen bezeichnet.³⁸ Das Bundesgericht erkennt, dass diese Frist im Widerspruch zu laufenden Sanierungsbemühungen des Verwaltungsrats stehen könne. Die Revisionsstelle dürfe daher unter solchen Umständen auf die Anzeige verzichten. Erstmals hält das Bundesgericht für den Verwaltungsrat fest, dass er nach Feststellung der Überschuldung die finanzielle Sanierung innert einer Frist von maximal 60 Tagen zu erwirken habe.³⁹ Das sind aber nur 18 Tage mehr als die maximalen sechs Wochen für die Revisionsstelle. Das Bundesgericht bestätigt immerhin das Prinzip, dass keinesfalls die Revisionsstelle zeitlich vor dem Verwaltungsrat zur Anzeige schreiten muss. Schon hier stellt sich die Frage, ob das nur gilt, wenn der Verwaltungsrat sanieren will.

Praktisch wurde die Theorie selbst in diesem Fall nicht umgesetzt. Der Revisionsstelle wurde vorgeworfen, sie hätte spätestens Ende September Anzeige beim Richter erstatten müssen. Das sind aber 51 Tage (mehr als sieben Wochen)⁴⁰ nach der Berichtsabgabe vom 10. August.

38 In Anlehnung an Camponovo Benachrichtigung, S. 215/Luterbacher, S. 1270.

39 In Anlehnung an Art. 64 Abs. 2 lit.b des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision vom 29. Juni 1998. Die Art. 64 und 65 lauteten:

«Art. 64 Benachrichtigung des Gerichtes durch das oberste Geschäftsführungsorgan

¹ Ergibt sich aufgrund der Zwischenbilanzen des Einzelabschlusses, dass die Organisation überschuldet ist, oder ist sie zahlungsunfähig, so muss das oberste Geschäftsführungsorgan das Gericht benachrichtigen.

² Das Gericht ist nicht zu benachrichtigen, sofern: a. Gläubiger der Organisation im Ausmass der Unterdeckung zu Fortführungswerten im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden; oder b. konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit innerhalb von 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanzen beziehungsweise seit Feststellung der Zahlungsunfähigkeit behoben wird.

³ ...

Art. 65 Benachrichtigung des Gerichtes durch den Abschlussprüfer:

Nimmt das oberste Geschäftsführungsorgan seine Pflichten nach den Artikeln 63 und 64 nicht wahr, so benachrichtigt bei offensichtlicher Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Abschlussprüfer des Einzelabschlusses oder die fachkundige Person gemäss Artikel 63 Absatz 2 das Gericht».

40 Luterbacher, S. 1270, letzte Spalte. Sechs Wochen wären am 21. September abgelaufen. Es mag sein, dass für die Schadensberechnung eine Monatsende «einfacher» ist. Eine Frist sollte nicht einfach abgeändert werden, nur weil sie «ungünstig» fällt. Anzeigetag und Konkurseröffnungstag weichen immer voneinander ab.

BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001:⁴¹

Nur eineinhalb Jahre später erwähnt das Bundesgericht diese Fristentheorie nicht mehr. Es bezieht sich nur noch auf den erwähnten BGE 116 II 533⁴² und gesteht dem Verwaltungsrat *Verzicht auf Bilanzdeponierung* ohne zeitliche Limite zu, sofern konkrete Aussichten auf Sanierung bestehen. Solange der Verwaltungsrat tue, was von ihm vernünftigerweise erwartet werden dürfe, müsse er den Richter nicht benachrichtigen. Es genüge mithin, wenn die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Art. 725a OR gegeben seien, da die Gläubiger nicht schlechtergestellt werden dürfen, als wenn der Richter benachrichtigt würde.

Es ist widersprüchlich, dass die Frist von 60 Tagen nicht mehr erwähnt wird. Der Sachverhalt war analog zum Entscheid vom 16. November 1999.⁴³ Neu ist die Argumentation bezüglich Konkursaufschubs. Darf der *Verwaltungsrat anstelle des Richters* selber entscheiden, ob die Voraussetzungen erfüllt sind und sich den Aufschub gleich selbst «gewähren»? Materiell gesehen wäre dieser Entscheid in Ergänzung zu BGE 116 II 533 sinnvoll. Der Verwaltungsrat sollte bei realistischen Sanierungsaussichten die nötige Zeit erhalten.

BGE 132 III 564 vom 27. Juni 2006:⁴⁴

Die Frage der Fristen für Verwaltungsrat und Revisionsstelle wird nicht thematisiert.⁴⁵

BGer 4C.436/2006 vom 18. April 2007:⁴⁶

Die Abgabe des Revisionsberichts erfolgte Mitte September 1992. Trotz offensichtlicher Überschuldung geht das Bundesgericht mit der Vorinstanz davon aus, dass die *Revisionsstelle* auf die *Anzeige* jedenfalls solange *verzichten* darf, als eine erfolgreiche Sanierung möglich sei. Der vertrauenswürdige und fachlich versierte Verwaltungsrat sei nämlich keineswegs untätig geblieben und habe u.a. erhebliche finanzielle Mittel zur Sanierung bereitgestellt. Der Konkurs wurde erst am 29. Dezember 1993 eröffnet.⁴⁷

41 Insb. E. 4.b)/Suter, S. 192 f.

42 BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999 wird nicht zitiert. Das gilt auch für BGE 127 IV 110 ff., E. 5a), wo nur BGE 116 II 533 erwähnt wird.

43 BGer 4C.366/2000, E. 2.a) und E. 6. b) bb).

44 Die Praxis 5/2007 Nr. 57.

45 Evtl. weil nur der Verwaltungsrat Beklagter war. Die Sanierungsfrist wurde nicht thematisiert, weil der Verwaltungsrat trotz Überschuldung jahrelang untätig blieb.

46 Insb. E. 4.2. bis 4.5/Linder/von der Crone S. 489 ff.

47 Das Gericht stützt sich diesmal auf BGE 116 II 533, E. 4.1. Die anderen Entscheide werden nicht erwähnt.

BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007:

Die Abgabe des Revisionsberichts erfolgte am 7. November 1996. Eine Auseinandersetzung mit den Ausführungen im Entscheid vom 16. November 1999 (vier bis sechs Wochen für die Revisionsstelle, 60 Tage für den Verwaltungsrat) findet nicht statt.⁴⁸ Das Bundesgericht wiederholt die Äusserungen der Vorinstanz, der hypothetische Konkurs wäre Ende 1996 eingetreten. Das sind nur 54 Tage bis zur Konkurseröffnung! Das ist nicht möglich, wenn man nur schon die Frist für den Verwaltungsrat von 60 Tagen berücksichtigen würde. Auch wenn man sechs Wochen für die Revisionsstelle einsetzt, genügen elf Tage für die Konkurseröffnung nicht. Erstmals und ohne Begründung postuliert das Gericht am Fristende nicht mehr den «Tag der Überschuldungsanzeige», sondern den «Tag der Konkurseröffnung».

BGer 4A_505/2007 vom 8. Februar 2008:

Die Abgabe des Revisionsberichts erfolgte am 14. April 1997. Das Bundesgericht schliesst sich der Vorinstanz an, wonach der Konkurs spätestens am 15. Juni 1997, nach exakt 60 Tagen, eröffnet worden wäre.⁴⁹ Erneut steht am Ende der Frist der Tag der Konkurseröffnung statt der Überschuldungsanzeige.

*BGer 4A_478/2008 vom 16. Dezember 2008:*⁵⁰

Die Abgabe des Revisionsberichts erfolgte am 7. November 1996. Das Bundesgericht schliesst sich der Vorinstanz an, wonach der Konkurs spätestens am 31. Dezember 1996, nach 54 Tagen, hätte eröffnet werden sollen.

48 Der Entscheid wird sogar in E. 2.5 kurz erwähnt, allerdings nur in Bezug auf die Differenztheorie. Auch BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 wird nicht erwähnt. Dies hätte sich umso mehr aufgedrängt, als ein Verwaltungsrat für die verspätete Überschuldungsanzeige mit der Revisionsstelle solidarisch haftbar erklärt wurde. Der Verwaltungsrat hatte allerdings schon den erstinstanzlichen Entscheid akzeptiert.

49 Erstmals 60 Tage für die Revisionsstelle! Es stützt sich diesmal auf BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999, E. C. 4.1.2 und 4.2.1. BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 wird nicht erwähnt/Lutembacher, S. 1267 ff.

50 BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 wird nicht erwähnt.

BGer 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010:^{51 52}

Verwaltungsrat X erfuhr am 27. April 2002 von der *Überschuldung*. Vor Gericht trägt X vor, welche *Sanierungsbemühungen* er bis zum 30. Juli 2002 (Konkureröffnung) unternommen habe. Das Gericht argumentiert, die maximale Frist für Sanierungsbemühungen betrage 60 Tage. Die Dauer von 94 Tagen seit dem 27. April bedeute eine unzulässige und strafbare Fristüberschreitung von 34 Tagen.⁵³ Am Ende der Frist steht wieder der Tag der Überschuldungsanzeige.⁵⁴

4.1.1.3 Quantitative Höhe der Überschuldung

BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999:

Es ist nicht erforderlich, dass die Überschuldung gross ist, um offensichtlich zu sein. Es genügt, dass sie sich klar aus den Umständen ergibt.⁵⁵ Eine *Überschuldung* kann also auch dann offensichtlich sein, wenn sie betragsmässig und prozentual unerheblich ausfällt.

4.1.1.4 Laufende Überwachung finanziell angeschlagener Prüfkunden?

BGE 127 IV 114 vom 9. Mai 2001:⁵⁶

Was muss eine Revisionsstelle tun, wenn sich die finanzielle Situation der geprüften Gesellschaft bis zur Überschuldung verschlechtert, diese bei *optimistischer Betrachtungsweise* jedoch noch nicht offensichtlich ist? Die Revisionsstelle ist nicht verpflichtet, diesen Prüfkunden laufend zu überwachen, um den Tag des Eintritts der Offensichtlichkeit nicht zu verpassen. Das bedeutet, sie kann dem normalen Lauf ihrer Tätigkeit gemäss bis zum nächsten Prüfungszeitpunkt zuwarten.

51 Insb. E. 2.1, E. 1.2 und E. 1.3.1.

52 In BGer 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010 (bzw. 4A_188/2008 vom 9. September 2008) wird die 60-Tagefrist für den Verwaltungsrat nicht thematisiert, obwohl die Überschuldung per 3. September 1991 (E. 2.3) festgestanden habe und der Konkurs erst am 24. März 1999 (A.c) eröffnet wurde, mithin 7,5 Jahre(!) später. Spätestens ab Inkrafttreten des Aktienrechts am 1. Juli 1992 hätte die 60-Tagefrist thematisiert werden können. Auch im BGer 4A_467/2010 vom 5. Januar 2011 wird die 60-Tagefrist nicht erwähnt, obwohl der Verwaltungsrat X die Überschuldung schon am 31. Dezember 1993 gekannt habe (Anzeige beim Richter; zweitletzter Absatz) und der Konkurs erst am 16. September 1998 eröffnet wurde, mithin fast fünf Jahre später. Die Verfehlungen des X als Verwaltungsrat waren aber nur indirekt Thema im Prozess. Im BGer 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 (E. 5.2) wird ausgeführt, dass der Verwaltungsrat «höchstens wenige Wochen» hätte zuwarten dürfen, nachdem die Sanierungsaussichten sich zerschlagen hatten. Der Entscheid setzt sich ausführlich mit der Frage auseinander, unter welchen Bedingungen die Sanierungsaussichten nicht aussichtslos seien.

53 In diesem Entscheid gilt die Frist von 60 Tagenselbst für einen Verwaltungsrat, der intensive Sanierungsbemühungen unternimmt.

54 E. 2.3.1, 4. Absatz. Der Konkurs wurde einen Monat später eröffnet. Erstmals wird BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 in E. 2.2, 4. Absatz wieder erwähnt, aber nur einleitend.

55 Luterbacher, S. 1269.

56 Insb. E. 5 a), S. 114. Analog PS 290 U.

4.1.1.5 Abwahl Revisionsstelle zwecks Verhinderung der Überschuldungsanzeige?

ZR 94 (1995) Nr. 50⁵⁷ und *Entscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Maloja vom 3. März 2005*.⁵⁸

Auf die Überschuldungsanzeige einer Revisionsstelle ist auch dann einzutreten, wenn diese zum Zeitpunkt der Anzeige schon abgewählt ist. Das Gericht in Maloja schreibt: «Es stellt sich somit die Frage, ob eine Revisionsstelle auch dann noch zu einer solchen Anzeige berechtigt ist, wenn sie bereits nicht mehr für die betreffende AG tätig ist. Diese Frage ist zu bejahen, wäre es doch sonst für eine kleine AG [...] ein Leichtes, sich einer drohenden Anzeige zu entledigen, indem sie eine unliebsame Revisionsstelle absetzen würde. Damit würde der Gesetzestext vereitelt, nämlich das Entfernen von bankrotten Unternehmungen aus dem Rechtsverkehr zum Schutz von potentiellen Gläubigern. [...] Auch zum eigenen Schutz der Gesuchstellerin musste eine Anzeige anfangs Dezember 2004 möglich sein[...] denn für die Dauer ihrer Tätigkeit unterliegt sie der aktientrechtlichen Verantwortlichkeit, von der sie sich ganz oder teilweise befreien kann, indem sie durch eine Überschuldungsanzeige auf finanzielle Misstände hinweist».

Entscheid des Obergerichtes Zürich vom 3. Juli 2008.⁵⁹

Die Revisionsstelle einer AG wurde am 4. Februar 2008 vermutlich ohne ihr Wissen abgewählt. Jedenfalls erstattete sie ihren Bericht zum Jahresabschluss 2007 am 29. Februar 2008 und drohte dem Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige. Am 17. April reichte sie diese beim Richter ein. Der Konkurs wurde am 16. Mai 2008 eröffnet. Die AG argumentiert, der Revisionsstelle fehle die *Legitimation zur Anzeige*; sie sei seit dem 4. Februar 2008 abgewählt. Zwar wurde sie im Handelsregister nicht gelöscht, aber dieser Eintrag habe nur deklaratorische Bedeutung. Das Obergericht bejaht die Anzeigelegitimation mit den oben dargelegten Argumenten.⁶⁰ Es fügt hinzu, dies müsse jedenfalls bis zur Löschung im Handelsregister gelten. Diese Ergänzung ist fragwürdig. Es sind Gläubigerschutzgründe, die den Fortbestand der Anzeigelegitimation trotz gültiger Abwahl erforderlich machen. Der Zeitpunkt der *Löschung im Han-*

57 Felix Ziltener, Sanierung – die Sicht eines Richters, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Hrsg. Thomas Sprecher, Europa Institut an der Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 87 ff., im Folgenden «Ziltener», S. 191.

58 Entscheid nicht publiziert. Auslassungen durch den Autor.

59 Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, im Folgenden «BISchK», 2009 Heft 4, S. 148 ff.

60 BISchK, S. 149, E. 4.b)/BSK OR II-Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 42a/BSK OR II-Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 728c N 44/PS 290 NN.

delsregister ändert nichts an diesen Schutzbedürfnissen. Allerdings ist einer abgewählten Revisionsstelle umgehende Vornahme der Anzeige zu empfehlen; zu lange zuzuwarten, könnte ihr als Verzicht ausgelegt werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Frist von 60 Tagen nicht abgelaufen ist. Nach gültiger Abwahl kann sie keine Handlungen als Revisionsstelle mehr vornehmen. In casu waren seit dem 4. Februar bis 17. April lange zweieinhalb Monate verstrichen! Es ist daher einsichtig, dass sich das Gericht zumindest behelfsweise auf den Registereintrag abstützt.

4.1.1.6 Antrag Verwaltungsrat auf Konkursaufschub nicht möglich?

ZR 94 (1995) Nr. 50:

Zeigt die Revisionsstelle die Überschuldung an, sei ein Konkursaufschub auf Antrag des Verwaltungsrat nicht mehr möglich.⁶¹ Ein Verwaltungsrat, der pflichtwidrig die Bilanz nicht deponiere, verdiene kein Vertrauen, wenn er erst nach Anzeige der Revisionsstelle ein Aufschubsbegehren stelle. Solche Gesellschaften müssten zum Schutz der Gläubiger rasch aus dem Verkehr gezogen werden.

Diese Ansicht ist fragwürdig. Das Bezirksgericht stützt sich auf Literatur von 1986⁶² ab, als es die Anzeige der Revisionsstelle noch nicht gab. Aus *Gläubigerschutzgründen* lässt sich gegenteilig argumentieren. Auch ein seriöser Verwaltungsrat kann der Ansicht sein, die Revisionsstelle sei übervorsichtig. Die Frist von vier bis sechs Wochen bzw. 60 Tagen ist für eine Sanierung meistens zu kurz. Zudem verdient ein Verwaltungsrat, der ein gut begründetes Aufschubsbegehren stellt, immer Beachtung. Die Wertvernichtung bei Konkurseröffnung wiegt für die Gläubiger schwer.

61 Ebenso Obergericht Zürich, B1SchK, 2009 Heft 4, S. 150/Alexander Brunner, Kommentar SchKG II, Basel 1998, Art. 192 N 9 f./Ziltener, S. 191./Peter Breitschmid, Der Richter als Sanierer? Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 37 ff., S. 53.

62 Roger Giroud, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2.A., Zürich 1986, § 6 Anm. 137.

4.2 Strafrechtliche Entscheidungen des Bundesgerichtes

4.2.1 Strafbarkeit des Prüfers wegen unterlassener Überschuldungsanzeige

4.2.1.1 BGE 127 IV 110 vom 9. Mai 2001

Ein Revisor wurde wegen *leichtsinnigem Konkurs* nach Art. 165 aStGB⁶³ (neu Misswirtschaft)⁶⁴ mit zehn Tagen Gefängnis bestraft. Die offensichtliche Überschuldung der C SA blieb vom 31. Mai 1993 bis zum 20. Dezember 1994 bzw. 8. Mai 1995 (Konkursöffnung) bestehen. Die Abgabe des Revisionsberichts erfolgte am 31. August 1993. Ab diesem Tag kannte der Revisor die Offensichtlichkeit der Überschuldung. Spätestens Ende Oktober 1993 hätte er Anzeige erstatten müssen. Bis zum Konkurs dauerte es mehr als eineinhalb Jahre. In dieser Zeit fanden Sanierungsbemühungen statt. Es war aber im Voraus klar, dass diese nicht ausreichend sind.⁶⁵ Das Gericht bestätigt, dass die Unterlassung der Überschuldungsanzeige in einem Kausalzusammenhang mit der finanziellen Verschlechterung stand⁶⁶. Damit habe der Revisor i.S.v. Art. 165 aStGB durch grobe Nachlässigkeit in der Ausübung des Berufes «*die Vermögenslage verschlimmert*». Diese Verspätung zeigt zwar eine obligatorienrechtliche Pflichtverletzung; dennoch stellt sich die Frage, ob eine Revisionsstelle überhaupt wegen Misswirtschaft strafbar ist.

63 Der alte Artikel 165 Ziff. 1 StGB lautete: «Leichtsinniger Konkurs und Vermögensverfall 1. Der Schuldner, der durch argen Leichtsin, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen oder grobe Nachlässigkeit in der Ausübung seines Berufes seine Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt oder in Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert hat, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet [...] worden ist, mit Gefängnis bestraft.»

64 Art. 165 Ziff. 1 StGB Misswirtschaft lautet: «Der Schuldner, der in anderer Weise als nach Artikel 164, durch Misswirtschaft, namentlich durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung, seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.»

65 BGE 127 IV 114, E. 5 b/aa), S. 114 f.

66 BGE 127 IV 114, E. 5 b/bb), S. 115.

4.2.1.2 Revisor als «Schuldner» i.S.v. Art. 165 StGB?⁶⁷

Das Strafgesetzbuch sieht keine *Strafe* für das Organ Revisionsstelle bei *Misswirtschaft* des Schuldners bzw. Prüfkunden vor. Der Organbegriff ist ein struktureller Begriff, der zeigt, wie eine Aktiengesellschaft organisiert ist. Die Dreiteilung der Organe widerspiegelt die Machtverteilung. Die Generalversammlung tritt dabei als «Gesetzgeber», der Verwaltungsrat als «Exekutive» und die Revisionsstelle als «Kontrollorgan» auf. Sie haben unterschiedliche Aufgaben und können nicht einfach unbeschadet als «Organ» i.S.v. Art. 29 Abs. 1 lit. a StGB⁶⁸ angesehen werden. Der Organbegriff im StGB fokussiert auf die *Handlungsebene*, der Organbegriff im OR fokussiert u.a. auf eine *strukturelle Ebene*. Bei Art. 29 Abs. 1 lit. a StGB geht es um die Übertragung der «besonderen Pflicht, deren Verletzung die Strafbarkeit begründet oder erhöht», auf eine natürliche Person. Die Revisionsstelle wird manchmal als natürliche, meistens aber als juristische Person gewählt. Art. 29 Abs. 1 lit. a StGB wäre nur in den ersteren Fällen anwendbar, was störend ist. Selbstverständlich gibt es in der juristischen Person Revisionsstelle einen «leitenden Revisor», der wiederum eine natürliche Person ist. Dieser ist nicht automatisch Organ oder Mitglied eines Organs der juristischen Person Revisionsstelle. Man ersieht hieraus, dass Art. 29 Abs. 1 lit. a StGB nicht zur Anwendung auf die Organe Revisionsstelle oder Generalversammlung geschaffen wurde. Art. 29 StGB, der nur die «Vertretungsverhältnisse» regeln will, darf nicht zu einer materiellen Ausweitung des Art. 165 StGB missbraucht werden. Der Auffangtatbestand von Art. 165 StGB wurde zudem sprachlich und sachlich wesentlich weiter gefasst als die Artikel 163 und 164 StGB. Diese Formulierungen laden zu Unrecht dazu ein, den Täterkreis auszuweiten auf Personen, die von Art. 165 StGB gar nicht erfasst werden wollen. «Aufgefangen» werden sollen damit weitere Sachverhaltsvarianten, nicht weitere

67 Rico A. Camponovo, Ist der Revisor «Schuldner» und damit strafbar wegen Misswirtschaft?, Der Schweizer Treuhänder 2009/10, S. 744 ff.

68 Art. 29 StGB lautet: «7. Vertretungsverhältnisse – Eine besondere Pflicht, deren Verletzung die Strafbarkeit begründet oder erhöht, und die nur der juristischen Person, der Gesellschaft oder der Einzelfirma obliegt, wird einer natürlichen Person zugerechnet, wenn diese handelt:

- als Organ oder als Mitglied eines Organs einer juristischen Person;
- als Gesellschafter;
- als Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen in seinem Tätigkeitsbereich einer juristischen Person, einer Gesellschaft oder einer Einzelfirma; oder
- ohne Organ, Mitglied eines Organs, Gesellschafter oder Mitarbeiter zu sein, als tatsächlicher Leiter.»

Personenkreise. Die neuerdings in Mode⁶⁹ kommende Bestrafung von Revisoren wegen Misswirtschaft verstösst gegen Art. 1 StGB.

4.2.2 Strafbarkeit Verwaltungsrat wegen unterlassener Überschuldungsanzeige

BGer 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010.⁷⁰

Die Verletzung der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats nach Art. 717 OR, insbesondere die Unterlassung der Überschuldungsanzeige oder Vernachlässigung der Rechnungslegung, stelle eine nachlässige⁷¹ Berufsausübung und damit Misswirtschaft i.S.v. Art. 165 StGB dar. Die maximale Frist für Sanierungsbemühungen betrage 60 Tage und sei mit 94 Tagen in unzulässiger Weise um 34 Tage überschritten worden. Der Verwaltungsrat wird zu einer bedingten Busse verurteilt.

Das Bundesgericht geht zu schnell davon aus, dass Misswirtschaft vorliege. Es mag richtig sein, dass eine verspätete Überschuldungsanzeige eine nachlässige Berufsausübung darstellt. Für eine solche Verzögerung kann der Verwaltungsrat ja zivilrechtlich haftbar werden. Trotzdem würde man bei einer relativ kurzen Fristüberschreitung kombiniert mit intensiven Sanierungsbemühungen eine eindruckliche Auseinandersetzung mit der Frage der *argen* Nachlässigkeit erwarten. Das Bundesgericht bezieht sich auf frühere Urteile, wo der Verwaltungsrat die Überschuldungsanzeige aber unterlassen hat.⁷² Das ist hier nicht der Fall. Der Entscheid bedeutet eine *Verschärfung der Pflichten* des Verwaltungsrats.

69 Mir ist ein weiterer laufender Fall bekannt. Vgl. auch Medienmitteilung der Staatsanwaltschaft des Kt. Zürich, wonach «untätige Revisoren wegen Misswirtschaft bestraft werden sollen», siehe: Daniel Hunkeler, Projekt «Wegwerfgesellschaften» der Staatsanwaltschaft des Kt. Zürich – strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs von Gesellschaften, Jusletter 14. September 2009/Lukas Imark (Lukas Imark, Der Schweizer Treuhänder 2002/10, S. 901 ff. insb. Ziff. 3) kritisiert die strafrechtliche Qualifikation durch das Bundesgericht ebenfalls. Er vermisst eine eingehende Beurteilung, welche Kriterien für eine *arge* Nachlässigkeit in der Berufsausübung gelten sollen. Er ist der Ansicht, dass eine Strafbarkeit wegen Unterlassung der Überschuldungsanzeige nur in hoffnungslosen Fällen angemessen sei. Zudem vermisst er die Auseinandersetzung mit der Frage, ob Art. 165 StGB überhaupt durch Unterlassen erfüllt werden könne bzw. ob dem Revisor eine Garantenstellung gegenüber den Gläubigern zukomme.

70 Insb. E. 2.2.

71 Das Wort «*arge*» oder «*grobe*» wird nicht erwähnt. In E. 2.3.4.2. schreibt das Gericht, dass die Vorinstanz dem Verwaltungsrat ein *grob* fahrlässiges Handeln vorwerfe. Dieser Ausdruck kommt aus dem Zivilrecht und bedeutet haftungsrechtlich eine gewisse Verschärfung. Das Bundesgericht scheint diese *grobe* Fahrlässigkeit ohne weiteres mit der *argen* Nachlässigkeit des Strafrechts gleichzusetzen.

72 Der zitierte BGer 6S.1/2006 vom 21. März 2006, E. 8.1, betraf immerhin einen Verwaltungsrat, der die Überschuldungsanzeige während drei Jahren(!) unterliess. Das Gericht setzt sich mit diesem erheblichen zeitlichen Unterschied zum vorliegenden Fall nicht auseinander. Zudem war in jenem Entscheid der Verwaltungsrat wegen Veruntreuung und Betrug verurteilt worden. Er hatte ein Interesse, die Überschuldungsanzeige möglichst lange zu verzögern.

5. Schlussfolgerungen

1996 schrieb ich, die *Anzeigepflicht* der Revisionsstelle scheine *wenig durchdacht*. Es werde sich kaum etwas daran ändern, dass die ungesicherten Gläubiger ihre Forderungen auch in Zukunft abschreiben müssen. Die neue Anzeigepflicht werde die nicht funktionierenden Frühwarnsysteme des Zivilrechtes nicht ersetzen.⁷³ Diese *Befürchtungen* haben sich *bewahrheitet*. Hinzugefügt werden muss, dass sie *Sanierungen gar erschwert*, unverständliche Strafurteile provoziert und den *Gläubigern nichts nützt*. Dieser Rückblick zeigt zudem von anderer Seite, was wir schon wissen: Das Sanierungsrecht ist ein wunder Punkt im Schweizerischen Recht.⁷⁴

Gewiss wurde die *Anzeigepflicht* der Revisionsstelle in diesen 20 Jahren *konkretisiert*. So beginnt die Kenntnis der offensichtlichen Überschuldung mit dem Tag der Abgabe des Revisionsberichts. Eine kleine Überschuldung kann eine offensichtliche Überschuldung sein. Abwahl der Revisionsstelle zwecks Verhinderung der Anzeige ist rechtsmissbräuchlich. Wichtige Fragen wie die Sanierungsfrist oder die Konkretisierung der Offensichtlichkeitsformel sind bis heute nicht schlüssig beantwortet.

Es existiert ein «*Fristensalat*». Regelmässig wird die primäre Anzeigepflicht des Verwaltungsrats betont. Es ist aber widersprüchlich, wenn der Revisionsstelle erstens mit vier bis sechs Wochen eine kürzere Frist als dem Verwaltungsrat mit 60 Tagen gewährt wird. Es ist auch keine Lösung, der Revisionsstelle doch 60 Tage zu gewähren, wenn der Verwaltungsrat Sanierungsaussichten hat. In 18 Tagen lässt sich eine solche Frage durch

73 Camponovo Benachrichtigung, S. 215 Ziff. 4.

74 Franco Lorandi, Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht, Blätter für Schuldbetreuung und Konkurs (BlSchK), 2011 Heft 3, S. 95 ff., im Folgenden «Lorandi», S. 96 f. und S. 99 f. Es mag sinnvoll sein, den Konkursaufschub abzuschaffen. Jedes amtliche und damit zwangsvollstreckungsrechtliche Institut ist aber Gift für ein ums Überleben kämpfende Unternehmen. Sinnvoll ist eine private Sanierungsmöglichkeit, sei es durch den Verwaltungsrat allein z.B. in Zwangsbegleitung mit der Revisionsstelle/Illustrativ, Peter Forstmoser, Der Richter als Krisenmanager? Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 263 ff., im Folgenden «Forstmoser Krisenmanager»/Bühler, S. 445/Markus R. Neuhaus/Lukas Imark, Sanierung und Insolvenz – Die Sicht der Revisionsstelle, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Hrsg. Thomas Sprecher, Europa Institut an der Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 87 ff., im Folgenden «Neuhaus/Imark», S. 95/Daniel Hunkeler, Umfassende Revision des Sanierungsrechtes lanciert, Jusletter 13. September 2010/Dominik Gasser/Daniel Hunkeler/Roger König/Tamara Pietsch-Kojan, Entwicklung des Insolvenz- und Sanierungsrechts in den Jahren 2009 und 2010 (Teil I), Anwaltsrevue 9/2011, S. 363 ff., S. 368 f.

die Revisionsstelle⁷⁵ nicht klären. Zweitens schwankt das Gericht hin und her zwischen strenger Fristanwendung und unbeschränkter Zeitgewährung. Für beide Organe ist dies unbefriedigend. Unklar ist drittens, ob bei Ablauf der Frist Anzeige erfolgen oder der Konkurs eröffnet sein muss. Letzteres ist jedenfalls praktisch nicht möglich, mindestens zwei Monate dauert das Verfahren vor dem Richter.

Die *Offensichtlichkeitsformel* wird bis heute in allen Entscheiden und der Literatur «gebetsmühlenartig» repetiert. In der Gerichtspraxis wurde sie ins Gegenteil verkehrt. Offensichtliche Überschuldung liegt schon dann vor, wenn die gut informierte, fachlich qualifizierte und kritische Revisionsstelle vermuten muss,⁷⁶ dass eine offensichtliche Überschuldung vorliegen könnte.

Dazu passt die strafrechtliche Entwicklung. Selbst für den Verwaltungsrat ist *Strafbarkeit wegen Misswirtschaft* bei Überschreiten der Frist um 34 Tage (mit Sanierungsbemühungen!) übertrieben. Bei der Revisionsstelle ist sie noch stossender. Bei ständiger Verschärfung der Anzeigepflicht durch Umpolung der Offensichtlichkeitsformel ins Gegenteil und bei unklarer Lage bezüglich der Fristen ist es materiell unverständlich, der Revisionsstelle Misswirtschaft anzulasten. Juristisch gesehen ist diese Praxis zudem nicht StGB-konform.

Die sinnvolle alte Praxis vor 1992 erlaubte dem Verwaltungsrat *Sanierungen ohne zeitliche Beschränkung*.⁷⁷ Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle kam quer dazu in die Landschaft. Das Bundesgericht schwankt seither zwischen der alten Praxis⁷⁸ und engster Fristanwendung selbst für den sanierungsaktiven Verwaltungsrat.⁷⁹ Nie hat es die alte Praxis klar mit der neuen Anzeigepflicht der Revisionsstelle verknüpft. Heute sind wir an einem Punkt, wo überschuldete Gesellschaften übereilt in den Konkurs geführt werden müssen, ausser ihnen gelingt eine *Blitzsa-*

75 Sie kann beantworten, ob an einem Stichtag eine Überschuldung vorliegt. Ob Sanierungschancen bestehen, ist ein Geschäftsführungsentscheid und der Kompetenz der Revisionsstelle zu Recht entzogen. Müssen beide Organe nach 60 Tagen anzeigen, ist das immer noch keine primäre Pflicht des Verwaltungsrats/Bühler, S. 446 Ziff. 3.2.2.

76 Keine Rede mehr, dass in dieser Situation «jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sehe ...»

77 BGE 116 II 533, E. 5a), S. 540 f./Suter, S. 200 f./BSK OR II-Peter Widmer/Dieter Gericke/Stefan Waller, Art. 754 N 28/BSK Revisionsrecht – Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 728c OR N 38 f.

78 BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 oder BGer 4C.436/2006 vom 18. April 2007.

79 BGer 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010.

nerung.⁸⁰ Sanierungswilligen Gesellschaften wird das Leben unnötig schwer gemacht.⁸¹

Die *Anzeigepflicht* hat ihr praktisches *Ziel*, die Gläubiger besser zu schützen, trotz Verschärfungen der Buchführungs- und Revisionsstellenpflichten *verfehlt*. Die Misere für die Gläubiger zeigt sich nach wie vor in der hohen Zahl von Konkursen ohne Aktiven (55%) und in der starken Zunahme und Höhe der Verluste von TCHF 666 pro durchgeführtes Verfahren. Das liegt nicht an der Anzeigepflicht. Die Frühwarnsysteme des Zivilrechts funktionieren nicht so, wie es sich der Gesetzgeber vorgestellt hat. Die Einführung der Anzeigepflicht der Revisionsstelle hat nichts gebracht ausser Kosten.⁸²

6. Praktische Handhabung der Anzeigepflicht

6.1 Ablauf Überschuldungsanzeige – Eintreffen von Informationen

Die *Bedeutung der Überschuldungsanzeige* in Verantwortlichkeitsklagen⁸³ zwingt die Revisionsstellen zu einer vorsichtigen Umsetzung der Aufgabe.⁸⁴

80 PS 290 GG.

81 Forstmoser Krisenmanager, S. 266 ff. Das Mikron-Beispiel zeigt die Problematik sehr schön auf. Tatsächlich sind komplexe Sanierungen nur in gesetzwidriger Weise möglich (Forstmoser Krisenmanager, S. 268), auch wenn Forstmoser nachzuweisen versucht, dass der Verwaltungsrat nach wie vor die Sanierung in die eigene Hand nehmen dürfe (S. 286). Sein Nachweis wirkt überzeugend, obwohl er sich mit der Rechtsprechung zur Überschuldungsanzeige nicht auseinander setzt. Diese relativiert seinen Ansatz. Selbst im Falle der Mikron war der Verwaltungsrat darauf angewiesen, dass die «besonnene» Revisionsstelle ihre klare Anzeigepflicht auf eigenes Risiko hin unterliess (Forstmoser Krisenmanager, S. 267)/Lorandi, S. 98 B/Neuhaus/Imark, S. 93.

82 Geht der Prüfkunde in Konkurs, werden die Kosten der Revisionsstelle nicht honoriert. Ist die Sanierung erfolgreich, wird sie nur honoriert, wenn der Kunde ihre Leistungen als hilfreich für die Sanierung beurteilt.

83 Es gibt kaum Verantwortlichkeitsklagen ohne den Vorwurf der unterlassenen oder verspäteten Anzeige.

84 Eine Gratwanderung ist es trotzdem, zu streng möchte man nicht sein, weil dies sonst zum Standard werden kann.

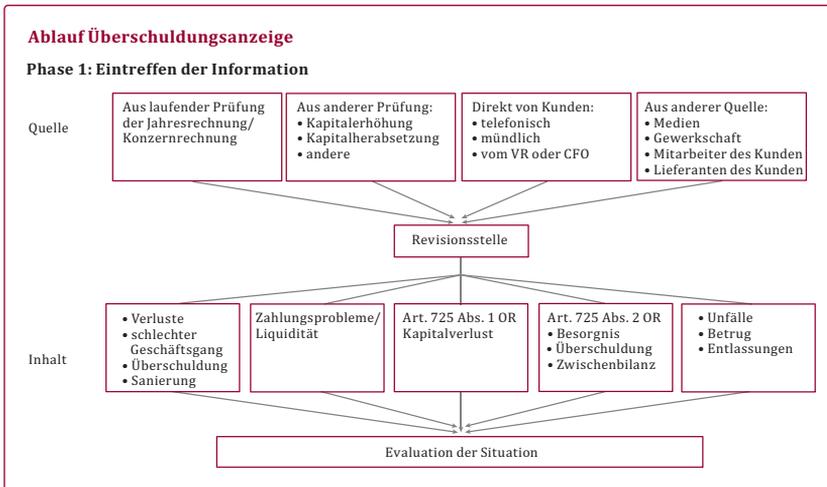


Abbildung 1

Die Revisionsstelle ist nicht ständig im *Kontakt mit dem Prüfkunden*. Das gilt besonders bei der Eingeschränkten Revision. Am häufigsten erhält die Revisionsstelle Informationen über eine eventuelle Überschuldung bei laufender Abschlussrevision. Selten ist dies bei anderen Prüfungshandlungen wie Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, bei telefonischen Kontakten oder von Dritten der Fall (Lieferant des Prüfkunden informiert, weil seine Rechnung nicht bezahlt wurde).

Inhaltlich sind die *Informationen sehr heterogen*. Sie reichen von Bilanzen mit klar ausgewiesenen Überschuldungen bis zu vagen Aussagen «der Geschäftsgang sei schlecht» oder «die Liquidität sei angespannt». Treffen die Informationen aus öffentlich zugänglicher Quelle, von Dritten (Banken oder Lieferanten), von Aktionären oder Mitarbeitern des Prüfkunden ein, so ist die Revisionsstelle nicht verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen. Treffen diese aber von kompetenter Stelle⁸⁵ beim Prüfkunden ein, so muss die Revisionsstelle umgehend aktiv werden.

85 Verwaltungsrat, CFO, Geschäftsführer/PS 290 U.

6.2 Evaluation Information/Erstes Mahnschreiben

Phase 2: Evaluation der Information/Erstes Mahnschreiben

<ol style="list-style-type: none"> 1. Beurteilung der vorhandenen Zahlen 2. Beurteilung der bereits erfolgten Sanierungsschritte 3. Beurteilung der weiteren vorgesehenen Sanierungsschritte 4. Fehlende Abschlüsse 5. Liquidität 6. Fehlende Unterlagen (Verträge, Rangrücktritte, Teilverkäufe etc.) 7. Befolgung der Vorschriften von Art. 725 OR 8. Sanierungsgeneralversammlung 	<ol style="list-style-type: none"> 9. Frage der offensichtlichen Überschuldung 10. 60-Tage-Frist/Vier bis sechs Wochenfrist 11. Finanzielle Führung der Gesellschaft 12. Kontakt neue Investoren? 13. Risikobeurteilung für die Revisionsstelle/ Interdisziplinäres Vorgehen/Mandatsniederlegung 14. Unterscheidung Holding AG/Tochter AG/Konzern 15. Information aller Verwaltungsräte oder nur Präsident? 16. Termine
--	---

Falls mindestens «Besorgnis der Überschuldung» besteht:

Schriftliches Mahnschreiben mit erster Fristansetzung (20–30 Tage) und einem Anforderungskatalog zur Sanierung/ Nachreichung von Dokumenten.

Abbildung 2

Die Revisionsstelle muss die *finanzielle Lage* rasch klären. Das Vorgehen orientiert sich an den 16 in Abb. 2 erwähnten Themen. Zentral sind die ersten sechs Punkte bezüglich zahlenmässiger *Evaluation der Situation*. Selten ist eine zeitnahe und klare zahlenmässige Beurteilung in dieser Phase möglich, z.B. wenn der Verwaltungsrat aus eigener Initiative eine Zwischenbilanz erstellt. Meistens sind nur veraltete Zahlen vorhanden. Findet z.B. die Abschlussprüfung für ein Geschäftsjahr im folgenden Mai statt, sind es die ungeprüften Zahlen per Ende des Geschäftsjahres. Regelmässig liegen die letzten geprüften Zahlen über ein Jahr zurück. Hier muss die Revisionsstelle fehlende Zahlen kurzfristig einverlangen. Häufig treffen Informationen über bereits vollzogene oder geplante Sanierungsmassnahmen ein, wobei meistens die nötigen Dokumentationen zur Prüfung fehlen.

Meist kennen die Verwaltungsräte ihre *Pflichten gemäss Art. 725 OR* nicht genau. Die Revisionsstelle verlangt gemäss Ziff. 7 und 8 umgehende Erstellung einer zeitnahen Zwischenbilanz zwecks kurzfristiger Prüfung und Durchführung der Sanierungsgeneralversammlung. Die Revisionsstelle versucht abzuschätzen, ob aufgrund der vorhandenen Unterlagen von einer offensichtlichen Überschuldung ausgegangen werden muss. Falls dies der Fall ist, hat sie festzulegen, an welchem Tag die 60-tägige Anzeigefrist zu laufen begonnen hat (Ziff. 10).

Die restlichen Punkte betreffen z.B. die *finanzielle Führung* der Gesellschaft (Ziff. 11). Regelmässig sind die Angestellten des Prüfkunden in dieser Situation zeitlich überlastet. Nicht selten ist die finanzielle Füh-

rung gefährdet, weil der Buchhalter bereits gekündigt hat. Neue Investoren nehmen mit der Revisionsstelle Kontakt auf, weil sie sich unabhängige Informationen erhoffen. Wichtig ist, dass die Revisionsstelle von ihrer Funktion her nicht zum Garanten für neu eingeschossene Mittel wird. In *Konzernen* sind die Gesellschaften exakt zu unterscheiden; welche Gesellschaft wird mit welchen Informationen versorgt, welchen finanziellen Zustand hat jede einzelne Gesellschaft unter Berücksichtigung der Verflechtungen. Mahnschreiben der Revisionsstelle können beim Prüfkunden erhebliche Unruhe erzeugen. Es kann der Sanierung dienen, wenn das erste Mahnschreiben nur dem Präsidenten des Verwaltungsrats zugestellt wird. Als Letztes ist die Terminfrage zu klären. Meistens wird dem Prüfkunden eine erste Frist von 20–30 Tagen zur Beibringung der erforderlichen Unterlagen gewährt.

Eine mit dem Richter *drohende*, Fristen setzende, ultimativ Wertkorrekturen verlangende *Revisionsstelle* wird nicht geschätzt. Sie wird als anmassend wahrgenommen, renitente oder schlecht informierte Verwaltungsräte opponieren. Sie bezichtigen den Prüfer der Überängstlichkeit, der Fehleinschätzung der Lage etc., halten Informationen zurück, liefern verlangte Zahlen nicht, ignorieren Vorschussforderungen, bezahlen selbst unbestrittene Honorarausstände nicht, drohen mit sofortiger Abwahl und Schadenersatzklagen, falls der Richter benachrichtigt werde.⁸⁶ Der *Verwaltungsrat* begründet seine *Opposition* meistens ungefähr gleich: Die Sanierung der Gesellschaft sei «kein Problem», sei praktisch «gesichert», Kostensenkungsmassnahmen seien im Gang und wirkten sich bereits aus, neue Partner und Geldgeber seien gefunden, «nur» die Verträge müssten noch unterzeichnet werden, und, falls bekannt werde, dass die Revisionsstelle eine Anzeige einreiche, würden die neuen Investoren abspringen etc.

Umgekehrt kann es sein, wenn der Verwaltungsrat mit allen Mitteln eine Sanierung anstrebt. Dann benutzt er den *Druck der Revisionsstelle* und richtet ihn auf neue (und alte) Investoren, um sie von der Dringlichkeit neuer Zuschüsse zu überzeugen. Die bewertungskritische Haltung der Revisionsstelle schmerzt den Verwaltungsrat u.U. trotzdem, sie kann aber umgekehrt Vertrauen bei den zögernden Investoren schaffen. Die Revi-

86 Erfahrungsgemäss droht der Verwaltungsrat in der Hälfte aller Fälle mit Schadenersatzklage. Bisher wurde nie Klage eingereicht.

sionsstelle tut jedenfalls gut daran, sich nicht in die Interessen der Investoren einbinden zu lassen. Die nachhaltige Beseitigung der offensichtlichen Überschuldung ist keine Garantie, dass das Investment künftig die erwarteten Renditen erzielt.

6.3 Zweites Mahnschreiben

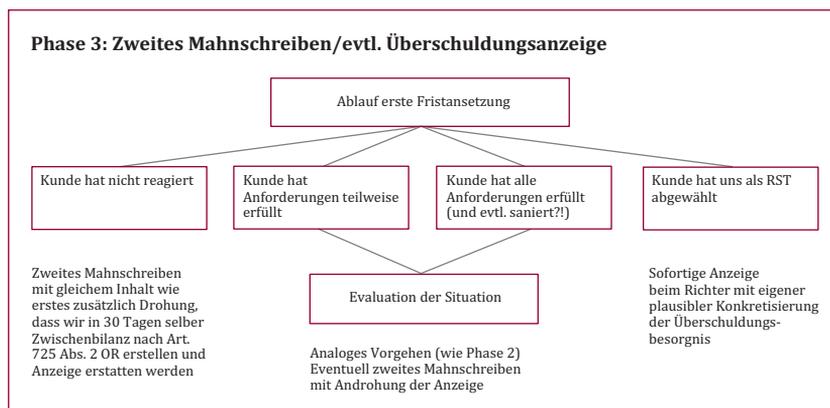


Abbildung 3

Manchmal reagiert der Kunde nicht auf das erste Schreiben. In diesen Fällen wird es ein zweites Mal versandt und mit der Drohung ergänzt, dass bei Nichtantwort von einer *offensichtlichen Überschuldung* ausgegangen werde. Der Nachweis dieser Überschuldung gegenüber dem Richter werde durch eigenhändige⁸⁷ Erstellung einer provisorischen Zwischenbilanz erbracht. Diese werde sich auf die letzten geprüften Zahlen und alle Informationen über die zwischenzeitliche Entwicklung stützen, wobei das Eigenkapital vorsichtig geschätzt werde. Manchmal trifft als Antwort einzig ein Generalversammlungsprotokoll des Prüfkunden ein, man sei als Revisionsstelle abgewählt worden. In diesen Fällen wird ohne Rücksicht auf die laufende 60-Tagefrist umgehend Anzeige beim Richter erstattet.

Reagiert der Prüfkunde materiell auf das erste Schreiben, wird die Situation wiederum entlang den 16 Punkten (Abb. 2) evaluiert. Das zweite Schreiben reicht von der Bestätigung, dass keine Überschuldung bestehe

87 Die Gesellschaft wird nicht benachteiligt, der Verwaltungsrat kann beim Konkursrichter dazu Stellung nehmen.

oder dass sie bereits beseitigt sei, bis zur letzten Fristansetzung von weiteren ca. 30 Tagen mit ergänztem Anforderungskatalog. Die Revisionsstelle kann eine *dritte*, über die 60 Tage hinausreichende *Frist* gewähren, wenn bei Ablauf der 60 Tage ein erheblicher Teil der Überschuldung beseitigt ist und begründete Aussicht auf kurzfristige Deckung der restlichen Überschuldung besteht.⁸⁸

6.4 Überschuldungsanzeige

Die Überschuldungsanzeige besteht in der Regel aus einem Handelsregisterauszug der Gesellschaft, einer kurzen Schilderung der Ereignisse, evtl. unterlegt mit Revisionsberichten und Bilanzen, den Schreiben mit Fristansetzung an den Verwaltungsrat, seinen allfälligen Reaktionen darauf sowie evtl. der revidierten Zwischenbilanz und/oder eigenen Aufstellungen der Revisionsstelle.

6.5 Verfahren vor dem Konkursrichter – Revisionsstelle als Prozesspartei?⁸⁹

Es gibt immer noch Gerichte, die eine Anzeige durch die Revisionsstelle als *streitiges Verfahren* zwischen Revisionsstelle und Verwaltungsrat beurteilen. Die Revisionsstelle wird zur Duplik aufgefordert, Kosten werden auferlegt, wenn sie «unterliegt». Die Anzeige der Revisionsstelle ist lediglich eine *Vorstellungsausserung* bzw. eine Information. Es handelt sich um eine *Ersatzvornahme* an Stelle des säumigen Verwaltungsrats.⁹⁰ Die Revisionsstelle hat weder Recht noch Pflicht, in ein Zweiparteienverfahren einzutreten. Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Revisionsstelle entfallen selbstredend. Natur und Aufgabe der Revisionsstelle zeigen klar, dass diese kein eigenes Interesse an der finanziellen Lage des Prüfkunden haben darf. Sie hat Schutzfunktionen und dazugehörige Pflichten wahrzunehmen. Streitige Verfahren mit dem Verwaltungsrat sind im gesamten Bereich der Revisionsstellentätigkeit nicht vorgesehen. Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle sind systemimmanent. Diese werden jedoch regelmässig durch Entscheid der Revisionsstelle beendet, sei es, dass sie ihren

88 PS 290 HH.

89 Camponovo Benachrichtigung, S. 219 ff. Die Ausführungen sind noch aktuell/Camponovo Anzeige, S. 383/BSK OR II-Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 728c N 41/BSK Revisionsrecht – Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 728c OR N 41 f.

90 Böckli, §15 N 735 f.

Bericht in einer für den Verwaltungsrat nicht genehmen Weise erstattet (Einschränkungen, Hinweise oder Zusätze), sei es, dass sie die Berichtsabgabe verweigert (z.B. bei Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen), sei es, dass sie eine entsprechende Anzeige an Generalversammlung oder Richter macht. Konsequenz ist das Gesetz auch darin, dass gegen solche Massnahmen der Revisionsstelle nie Rechtsmittel vorgesehen sind.

7. Änderungsvorschläge

7.1 De lege lata

Das Bundesgericht sollte sich auf die Praxis der *unbeschränkten Zeitgewährung* bei konkreten Sanierungsaussichten festlegen. Die *Anzeigepflicht* der Revisionsstelle muss es dann allerdings *neu definieren*. Könnte die Revisionsstelle z.B. zu einer gesetzlichen *Sanierungsbegleiterin* werden?

Der *sanierungswillige Verwaltungsrat* müsste die Revisionsstelle im Rahmen seiner Massnahmen von Art. 725 OR davon überzeugen, dass er sowohl die Überschuldung beseitigen als auch die Fortführungsfähigkeit wiederherstellen kann. Die Revisionsstelle sollte dem Verwaltungsrat dafür bis sechs Monate zugestehen dürfen, mit ein- oder zweifacher Verlängerungsmöglichkeit, wenn wesentliche Fortschritte erzielt werden.⁹¹ Die Frist von vier bis sechs Wochen bis zur Überschuldungsanzeige käme erst dann zum Zug, wenn die Revisionsstelle Sanierungschancen verneint.⁹² Der Gesetzgeber hat mit der Anzeigepflicht der Revisionsstelle eine unabhängige Überwachung der Sanierung eingeführt. Seinem Willen kann

91 Neuhaus/Imark, S. 96 weisen in dieselbe Richtung. Denkbar wäre auch eine Kombination dieser neuen Kompetenzen der Revisionsstelle mit den Aufgaben des Konkursrichters. Sie wäre vom Konkursrichter mit gerichtlichen Funktionen ins Aufschubverfahren einzubeziehen. Bauer schlägt einen Sanierungsbeauftragten und ein Sanierungsgericht vor: Thomas Bauer, Nachhaltige Unternehmenssanierung, Der Schweizer Treuhänder 2010/8, S. 455 ff./Zur Sanierungsdauer auch Daniel Hunkeler. Die Sanierungsphase mit Blick auf ein nachfolgendes Insolvenzverfahren, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen Hrsg. Thomas Sprecher, Europa Institut an der Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 19 ff.

92 Zwar würde so das selten benutzte Instrument des Konkursaufschubs weiter relativiert. Es wäre aber für die Gläubiger besser, als den Verwaltungsrat alleine über die Sanierungsaussichten entscheiden zu lassen oder ihm die Funktion des Konkursaufschubsrichters zuzusprechen (BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001). Der Aufsatz von Forstmoser geht materiell in dieselbe Richtung. Ein sinnvolles Sanierungsrecht ermöglicht es dem Verwaltungsrat ohne Zeitdruck und ohne Beteiligung des Richters, alle sinnvollen Chancen für die Sanierung zu packen. Ich denke auch, dass dies ohne Beteiligung der Revisionsstelle möglich sein sollte, sofern die Anzeigepflicht der Revisionsstelle abgeschafft würde. Forstmoser Krisenmanager S. 263 ff./Ziltener, S. 184/Linder/von der Crone S. 492.

mit diesem Vorschlag aber besser entsprochen werden, als durch die un-differenzierte Guillotine einer sehr kurzen Frist. Das revisionsbedürftige Sanierungsrecht würde damit um eine wirkungsvolle Facette ausserhalb des Zwangsvollstreckungsrechts bereichert.

Auch der Gesetzgeber könnte das Verhältnis der Anzeigepflichten von Verwaltungsrat und Revisionsstelle klären. Art. 728c Abs. 3 OR (bzw. Art. 729c OR) könnte lauten: *«Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet und besteht keine Aussicht auf Sanierung, benachrichtigt die Revisionsstelle das Gericht, sofern der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt.»*

Praktisch hat die Anzeigepflicht längst zur Revisionsstelle als Sanierungsbe-gleiterin geführt. In den z.T. hart umkämpften Verhandlungen innert der (zu kurzen) Frist von 60 oder 90 Tagen⁹³ findet dieser Prozess statt. Der *Anschein der Unabhängigkeit* (i.S.v. Art. 728 Abs. 1 OR) ist in dieser Phase dem Gesetz-geber zu Recht nicht wichtig. Die Rettung der Gesellschaft ist wichtiger. Unabhängig agiert sie in dieser Phase selbstverständlich trotzdem.

7.2 De lege ferenda

Könnten die *Gläubigerverluste* im aktuellen Ausmass nicht ein natürli-ches Produkt einer normal funktionierenden Wirtschaft sein? Dominiert vielleicht *Wunschdenken* das Thema Gläubigerschutz? Für Kleinunter-nehmen genügen doch Buchführungsvorschriften und Haftungsnormen als Gläubigerschutz. Für diese Gesellschaften mit Eigenkapitalien um CHF 100 000.–, mit doppelt bis dreimal so grossen Bilanzsummen und Jahresumsätzen sind Fehler sofort existenzbedrohend. Marktuntaugliche Geschäftsideen führen schnell zum Konkurs. Die geringen Aktiven sind rasch verbraucht. Gläubigerverluste mögen dabei zwar gesamthaft gese-hen bei immerhin 5000 bis 6000 mangels Aktiven eingestellten Konkur-sen pro Jahr erheblich sein. Sie werden aber je Gläubiger mit vier- oder fünfstelligen Frankenbeträgen ausfallen und sind offenbar volkwirt-schaftlich verkraftbar. Kleinunternehmen bedürfen folglich keines Gläubigerschutzes i.S. einer Prüfungspflicht (Art. 725 Abs. 2 OR), keiner Pflicht zur Revision der Jahresrechnung und keiner Anzeigepflicht der Revisionsstelle.⁹⁴ Für sie genügt eine Buchführungspflicht, die eine zu-

93 PS 290 HH.

94 Auch die Pflicht für die anderen Revisionsberichte könnte schadlos gestrichen werden. In den USA gibt es keine Revisionspflicht für KMU; diese trifft nur kotierte Gesellschaften. In Deutschland gibt es gemäss § 267 Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz keine Revisionspflicht bei Gesellschaften mit bis zu 50 Mitarbeitern.

verlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage gewährleistet. Schritte in die richtige Richtung waren daher die Einführung der *Möglichkeit des Opting-out* in Art. 727a OR und die Erhöhung der Schwellenwerte für die Ordentliche Revision.⁹⁵ In diesem Sinne könnte auch die *Schwelle* für das Opting-out angehoben und bei Opting-out und Eingeschränkter Revision⁹⁶ die Anzeigepflicht der Revisionsstelle abgeschafft werden. Die Anhebung der *Umsatzschwelle* auf CHF 500 000.– für die Pflicht zur Buchführung gemäss Art. 957 E-OR⁹⁷ wäre auch für juristische Personen zu prüfen.⁹⁸

Der *Trend* weist aber in die andere Richtung. In der momentan penden- ten Aktienrechtsrevision⁹⁹ wird die *Anzeigepflicht* des Revisors sowohl bei der Eingeschränkten Revision wie auch bei Gesellschaften mit Opting-out beibehalten (Art. 725c Abs. 3 E-OR). Zudem wird eine neue Anzeigepflicht der Revisionsstelle bei *Zahlungsunfähigkeit* vorgesehen (Art. 725a E-OR), und zwar wieder für alle Gesellschaften. Auch diese Pflicht wäre auf die Ordentliche Revision zu beschränken.

Art. 725 OR hilft dem Verwaltungsrat bei seiner Aufgabe nicht. *Abs. 1* ist in der Praxis *bedeutungslos* und könnte gestrichen werden.¹⁰⁰ Die meisten Gesellschaften geraten direkt in die Überschuldung, ohne je die Situation von Art. 725 Abs. 1 OR feststellen zu können. Wird die Situation in

95 Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 EOR, Änderung vom 17. Juni 2011, Inkrafttreten 1. Januar 2012.

96 Rico A. Camponovo, Wann ist die offensichtliche Überschuldung offensichtlich? Der Schweizer Treuhänder 2005/8, S. 543 ff., S. 546/Rico A. Camponovo, Anzeige der offensichtlichen Überschuldung durch die Revisionsstelle?, Der Schweizer Treuhänder 2006/5, S. 382 ff., im Folgenden «Camponovo Anzeige», S. 383.

97 Für Einzelunternehmen und Personengesellschaften beschlossen vom Nationalrat am 20. September 2010 und bestätigt vom Ständerat am 16. März 2011. Siehe auch Kurt Schüle, Die Milchbüchleinrechnung ist kein buchhalterischer Freipass, Der Schweizer Treuhänder, 2010/12, S. 856 f./Florian Zihler, Das zukünftige Rechnungslegungsrecht, Der Schweizer Treuhänder, 2011/1-2, S. 40 ff., S. 42 Ziff. 4.2.

98 Für die juristischen Personen wird diese Regelung deshalb abgelehnt, weil deren Eigentümer nur beschränkt haften (vgl. die Debatte im Ständerat am 16. März 2011 zu Art. 957 Abs. 1 Ziff. 1 mit dem Votum von Pankraz Freitag, Amtliches Bulletin, Die Wortprotokolle von Nationalrat und Ständerat, Frühjahrssession 2011, 12. Sitzung vom 16. März 2011). Dieser Zusammenhang ist allerdings nur bedingt relevant. Volle Haftung der Organe könnte auch bei weniger detaillierter Buchführung beibehalten werden und die Eigentümerhaftung faktisch ersetzen. Wenn es in diesen Kleinverhältnissen je zu Verantwortlichkeitsklagen kommt, sollten sich die notwendigen Klagegrundlagen trotz reduzierter Buchhaltung finden lassen.

99 Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Stand am 21. November 2011.

100 Letztlich geht es um die Frage, wie früh der Verwaltungsrat mit der Sanierung beginnen soll. Dies sollte spätestens dann sein, wenn die Gewinne schrumpfen, nicht wenn das Kapital angegriffen ist und schon gar nicht erst bei hälftigem Kapitalverlust/Christoph B. Bühler, Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft, Der Schweizer Treuhänder 2010/8, S. 444 ff., im Folgenden «Bühler», S. 446.

seltenen Fällen aktuell, so wird höchstens formell gehandelt.¹⁰¹ Art. 725 Abs. 2 OR entfaltet seine Wirkung vor allem durch den in der Praxis häufigen *Rangrücktritt*. Der Rest von Abs. 2 wird kaum gelebt. Selten werden *Zwischenbilanzen* erstellt (und wenn, dann nur zu Fortführungswerten), noch seltener werden sie geprüft.¹⁰² Konkursreife Gesellschaften sollten direkt in Konkurs gehen dürfen, d.h. Abs. 2 sollte eine *Prüfpflicht* nur für sanierungswillige, ordentlich revidierte Gesellschaften statuieren.¹⁰³ Für die Liquidationsbilanz sollte die Prüfung freiwillig sein. *Art. 725 Abs. 3 OR* sollte ersatzlos gestrichen werden. Ein Revisor wird sich hüten, ein solches Mandat anzunehmen.¹⁰⁴ Er müsste die über eine Eingeschränkte Revision hinausreichende Prüfungspflicht (höhere Prüfungssicherheit erforderlich) bei einer unbekanntem Gesellschaft (hoher Einarbeitungsbedarf) übernehmen. Dann müsste er den Kunden bei seinen Sanierungsbestrebungen 60 Tage lang begleiten und ggf. Anzeige beim Richter erstatten.¹⁰⁵ Die Kosten betragen mindestens CHF 10 000.–. Zudem wird sich ein die Bilanzdeponierung verschleppender Verwaltungsrat hüten, genau dann einen teuren Überwacher zu mandatieren.¹⁰⁶

Es ist unklar, ob und wie der *Verwaltungsrat* zu *proaktiverer* Bearbeitung von Überschuldungssituationen gebracht werden könnte. Eine *Versicherungspflicht* für Verwaltungsräte erscheint nicht machbar und sie würde kaum etwas bringen.¹⁰⁷ Eine *Ausbildungspflicht* für Verwaltungsräte bezüglich Sanierung und Gläubigerschutz wäre übertrieben. Denkbar wären auf institutioneller Ebene eine Verschärfung der *Eigenmittelvorschriften*, wie es bei den Banken diskutiert wird. Ein solcher Eingriff wäre jedoch massiv.

101 In Memoranden wird festgehalten, welche Sanierungsmassnahmen man ergriffen habe. Eine Sanierungsgeneralversammlung wird nie einberufen, schon gar nicht durch die Revisionsstelle (PS 290 I), auch wenn dies in der Literatur meistens anders geschildert wird (z.B. Böckli Revisionsstelle, N 425 f./Böckli, § 15 N 425 ff. und 720 ff.). Steht sowieso eine Generalversammlung bevor, wird höchstens ein Traktandum «Sanierung» eingefügt, um dem Gesetz Genüge zu tun/Bühler, S. 446 Ziff. 3.2.1.

102 In dieser Richtung PS 290 X und Y.

103 BSK OR II-Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 39b.

104 Art. 725 Abs. 3 OR ist ein Ausrutscher. Ich habe von keinem Fall nach Art. 725 Abs. 3 OR gehört.

105 Böckli Revisionsstelle, N 508 ff., insb. N 512.

106 Kann man den potenziellen Täter verpflichten, vor der Tat den Polizisten zu rufen?

107 Bertschinger, S. 610 f./Rico A. Camponovo, Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur, Der Schweizer Treuhänder 2004/1-2, S. 71 ff., S. 72./Die Risiken aus Verantwortlichkeit sind auch für den Verwaltungsrat zu gross. Daher z.B. der Vorschlag, seine Verantwortlichkeit de lege ferenda auf grobe Fahrlässigkeit zu beschränken. Vgl. Hans Caspar von der Crone/Benjamin Bloch, Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten? S. 83 ff. und Rolf Sethe, Rechtspolitische Überlegungen zur Haftung der Revisionsstelle, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Band 124, Hrsg. Rolf H. Weber und Peter Isler, Europa Institut an der Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 121 ff.

