

Seit 1992 verlangt das OR im Art. 729b Abs. 2, dass die Revisionsstelle den Konkursrichter über eine offensichtliche Überschuldung benachrichtigt. Im neuen Revisionsgesetz wird die Prüfung der Jahresrechnung je nach Grösse der Unternehmung in eine ordentliche und eine eingeschränkte Revision zweigeteilt. Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle bleibt für beide Fälle unverändert, d. h., sie wurde der unterschiedlichen Informationslage des Revisors nicht angepasst.

RICO A. CAMPONOVO

# ANZEIGE DER OFFENSICHTLICHEN ÜBERSCHULDUNG DURCH DIE REVISIONSSTELLE

## Alte und neue Probleme zu den neuen Art. 728c Abs. 3 bzw. 729c revOR [1]

### 1. PROBLEMATIK

**1.1 Zweck der Anzeigepflicht** [2]. In der Botschaft [3] 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 geartete 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 *Verwaltungsrat* (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 Gläubigerausfall stark vergrössert werde. Der Bundesrat wollte mittels dieser neuen Anzeigepflicht den Gläubigerschutz ausbauen.

Diese Gründe gelten gewiss auch für das neue Revisionsgesetz, auch wenn in der Botschaft [4] dazu nichts erwähnt wurde. Bestätigt wird diese Begründung auch im neusten Vorschlag zur Änderung von Art. 725 OR, der eine Anzeigepflicht neu sogar bei Zahlungsunfähigkeit vorsieht. Die Begründung im Begleitbericht [5] zeigt, dass dieselben Gründe nach wie vor gelten.

**1.2 Ordentliche und eingeschränkte Revision.** Neu wird zwischen ordentlicher und eingeschränkter Revision unterschieden [6]. Der ordentlichen Revision unterliegen grosse Gesellschaften, der eingeschränkten Revision die KMU. Im Vergleich zu heute wird bei den ersteren der Prüfungsaufwand zunehmen, weil neu eine Berichterstattung zum internen Kontrollsystem (IKS) gefordert wird [7]. 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 solle [8].

aufwand 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 solle [8].

**1.3 Anzeige der offensichtlichen Überschuldung bei beiden Revisionsarten.** Bei beiden Revisionsarten lautet die Anzeigepflicht genau gleich [9]. Die Botschaft äussert sich nicht dazu [10]. Die Revisionsstelle besitzt bei der eingeschränkten Revision wesentlich weniger Informationen über den Kunden, sodass es m. E. sogar sachgerecht gewesen wäre, die Anzeigepflicht abzuschaffen.

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

«Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle [11], 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 Verwaltungsrat aus eigenem Antrieb Zwischenbilanzen gemäss Art. 725 OR erstellt hat; trotzdem soll er die Anzeige der offensichtlichen Überschuldung analog zu den anderen Fällen vornehmen [12]. Zu den ungelösten Fragen aus den Änderungen des OR von 1992 kommen neue Unsicherheiten dazu.

**1.4 Weitere offene Fragen zur Überschuldungsanzeige** [13]. Bis heute ist der Begriff «offensichtlich» nicht geklärt. Das gilt insbesondere dann, wenn der Verwaltungsrat mit guten Gründen davon ausgeht, dass die Gesellschaft nicht überschuldet ist und die Revisionsstelle mit ebenso guten anderen Gründen von einer Überschuldung ausgeht. Ist eine solche Situation eine «offensichtliche» Überschuldung? Offen ist auch, ob geplante Zukunftsverluste in die Frage der Offensichtlichkeit einfließen müssen? Dürfen andererseits geplante Zukunftsgewinne für die Frage der Offensichtlichkeit berücksichtigt werden? Unklar ist auch das Ausmass der Quantifizierungspflicht der Revisionsstelle, wenn sie in ihrem Bericht Einschränkungen anbringt. In der Praxis gibt es zudem Risiken, die sind praktisch nicht quantifizierbar.



RICO A. CAMPONOVO,  
RECHTSANWALT,  
LIC. IUR. ET OEC. PUBL.,  
STV. DIREKTOR UND  
LEITER DES FACHTEAMS  
REVISIONSRECHT,  
KPMG LEGAL, ZÜRICH

Ein weiteres Problem ist die Frage, wie die Revisionsstelle vorgehen muss, wenn der VR die Zusammenarbeit verweigert, um die Überschuldungsanzeige zu verhindern und die Revisionsstelle vielleicht sogar abwählt? Was ist, wenn der Prüfer zufällig von der Verschlechterung der Finanzlage des Kunden erfährt? Ein ganz praktisches Problem ergibt sich im

---

*«Bei beiden Revisionsarten lautet die Anzeigepflicht genau gleich.»*

Umgang mit den (Land-)Gerichten. Sie qualifizieren die Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle als Teil eines Zwei-Parteien-Verfahrens, verlangen von der Revisionsstelle in strittigen Fällen eine Duplik und auferlegen ihr bei «Un-terliegen» die Kosten.

## 2. ANTWORTVORSCHLÄGE

**2.1 Grundsatzfragen – Wer bestimmt die Offensichtlichkeit?** Auf den ersten Blick scheint es, dass Offensichtlichkeit objektiv feststellbar sei. «... wenn jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sehe... » – die Worte aus dem Bundesgerichtsentscheid 4C. 117/1999 suggerieren, dass man sich gar nichts überlegen müsse! Auch in der Botschaft zur Einführung des Aktienrechts von 1992 hiess es, dass die Überschuldung erst dann offensichtlich sei, «... wenn die Überschuldung deutlich weiter vorangeschritten ist, wenn sie sich auch bei optimistischer Beurteilung nicht leugnen lässt...» [14].

Praktisch gesehen können aber nur zwei konkrete Personen bzw. Organe (und nicht «jeder») angesprochen sein: VR oder Revisionsstelle [15]. Die entscheidende Frage ist, wer von den beiden bestimmen 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 [16]. Sie darf sich nicht wie ein ahnungsloser Aussenstehender verhalten.

**2.2 Unterschied eingeschränkte Revision – ordentliche Revision.** Bei der unterschiedlichen Informationslage der Revisionsstelle bei eingeschränkter und ordentlicher Revision sollte sich in der Praxis auf jeden Fall ein Unterschied bei der Pflicht zur Überschuldungsanzeige ergeben. Bei der eingeschränkten Revision sollte vor allem der VR zur Entscheidung über das Vorliegen einer offensichtlichen Überschuldung befugt sein. Von der Revisionsstelle kann ein solches – allenfalls vom VR abweichendes – Urteil nur verlangt werden, wenn sie bei der Befragung oder aus der Jahresrechnung selber bereits Hinweise auf eine mögliche Überschuldung erhält. Zwar wird die Revisionsstelle nicht darum herkommen, im kritischen Bereich angemessene und damit auch gegenüber der ordentlichen Revision beschränkte Detailprüfungen vorzunehmen und eine allfällige Überschuldung bzw. eine offensichtliche Überschuldung aufzudecken. Die Praxis wird

zeigen, wo die Unterschiede bei den beiden Revisionsarten für die Revisionsstelle liegen werden [17].

Naturgemäss sollte die Haftung der Revisionsstelle – auch abgesehen von der Frage der Überschuldungsanzeige – zwischen ordentlicher und eingeschränkter Revision erheblich differieren. Die Haftungsbestimmungen sind zwar nicht geändert worden. Das kann nicht bedeuten, dass die Haftung dieselbe sei. Geht man z. B. davon aus, dass bei der ordentlichen Revision grobe Fehler in der Rechnungslegung von der Revisionsstelle in 95% der Fälle und in der eingeschränkten Revision in 50 bis 60% der Fälle entdeckt werden sollten, dann

---

*«Bei der eingeschränkten Revision sollte vor allem der Verwaltungsrat zur Entscheidung über das Vorliegen einer offensichtlichen Überschuldung befugt sein.»*

ist damit zu rechnen, dass der Prüfungsaufwand bei der eingeschränkten Revision zeitlich gesehen nur ca. 1/3 der Zeit für die ordentliche Revision beträgt. Allerdings ergibt sich dazu weder aus der Botschaft noch der Literatur ein Anhaltspunkt.

Wie gross die Differenz zwischen den beiden Revisionsarten ausfallen wird, hängt wesentlich von den Branchenverbänden ab, wie sie die eingeschränkte Revision ausgestalten. Je mehr die Prüfungsintensität betont wird, desto näher rückt die eingeschränkte Revision an die ordentliche Revision heran. Entscheiden sie sich jedoch dafür, die Anforderungen an die Prüfungsintensität bei der eingeschränkten Revision stark zu reduzieren – was durchaus im Sinne des Gesetzgebers sein könnte – dann wird die Informationslage des Prüfers bei der eingeschränkten Revision wesentlich anders sein als bei der ordentlichen Revision. Bei der Haftung müsste sich das z. B. so auswirken, dass der Massstab für Pflichtverletzungen angehoben wird, d. h. dass praktisch nur noch grobe Pflichtverletzungen überhaupt als Pflichtverletzungen gelten können. Möglich wäre eine Haftungsreduktion auch dadurch, dass das Verhalten der Revisionsstelle wesentlich geringer gewichtet wird und sich ihr Schadenanteil entsprechend reduziert. Zudem müsste auch die in Art. 759 OR vorgesehene Solidarität mit dem VR gänzlich entfallen.

**2.3 Unterschiedliche Ansichten zur Überschuldung zwischen VR und Revisionsstelle.** In der Praxis kommt es regelmässig vor, dass der VR eine Überschuldung verneint oder zumindest eine tiefere Überschuldung behauptet als die Revisionsstelle festgestellt hat. Betrachtet man die eingangs erwähnten Versuche, Offensichtlichkeit sprachlich zu fassen («... wenn jeder verständige Mensch sofort sieht...»), dann könnte man hier eine Offensichtlichkeit getrost verneinen. Geht man jedoch davon aus, dass in dieser konkreten Situation nie «jeder verständige Mensch» angesprochen ist, sondern nur VR und Revisionsstelle, dann sieht es anders aus.

Aus der Funktion dieser Anzeigepflicht ergibt sich nämlich, dass wohl das Urteil der Revisionsstelle vorgeht, ist sie doch genau für solche Fälle als unabhängige Dritte zur Meinungsbildung aufgerufen. Es kann nur so sein, dass in solchen Fällen die Meinung der Revisionsstelle vorgeht bzw. die Offensichtlichkeit vorliegt.

**2.4 Offensichtliche Überschuldung inklusive Zukunftsverluste oder Zukunftsgewinne?** In der Praxis tritt häufig folgender Fall auf: Die Überschuldung betrage z. B. im Prüfungszeitpunkt aktuell 100. Das Budget der Gesellschaft zeigt

*«Bei den Zwischenbilanzen sind die Konsequenzen der Quantifizierung dramatisch, denn sie wirft die Frage der Anzeige beim Konkursrichter auf.»*

für das kommende Jahr weitere Verluste von 10 pro Monat. Der VR anerkennt die aktuelle Überschuldungssituation und beschafft einen Rangrücktritt im Umfang von 100. Damit ist die Überschuldung aktuell beseitigt, die Gesellschaft hat jedoch kein Eigenkapitalpolster. Darf die Revisionsstelle mit dieser Lösung zufrieden sein? Oder muss sie analog zur Praxis beim Rangrücktritt für die geplanten Zukunftsverluste für z. B. 12 Monate einen Rangrücktritt von 220 verlangen? Anderenfalls wäre die Gesellschaft bereits ein Monat nach dem Prüfungszeitpunkt wieder mit 10 offensichtlich überschuldet.

Es ist davon auszugehen, dass der VR in einem solchen Falle die Revisionsstelle von der Anzeige nur dann abhalten kann, wenn er auch die geplanten Zukunftsverluste für ein Jahr oder zumindest bis zum nächsten Prüfungszeitpunkt durch Rangrücktritte oder andere geeignete Massnahmen abdeckt, wie es z. B. die neuen Prüfungsstandards – die vom Berufsstand gerade im Hinblick auf diese Probleme überarbeitet wurden – z. B. im PS 290 festhalten [18].

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass der VR die offensichtliche Überschuldung zwar bejaht, aber darauf hinweist, dass die notwendigen Sanierungsmassnahmen getroffen seien und die Gesellschaft wieder gewinnbringend arbeite. Er legt ein Budget vor, gemäss welchem die Gesellschaft in den nächsten z. B. 12 Monaten so viel Gewinn erzielen wird, dass die offensichtliche Überschuldung beseitigt bzw. erheblich reduziert wird. In solchen Fällen muss die Revisionsstelle darauf verweisen, dass Art. 725 OR den Gang zum Richter immer dann verlangt, wenn keine Rangrücktritte im Umfang der Unterdeckung erfolgen oder andere geeignete Sofortmassnahmen zur Beseitigung der Überschuldung ergriffen werden. Günstige Zukunftsaussichten sind kein Grund, den Konkursrichter nicht benachrichtigen zu müssen. Es gilt zu beachten, dass es ein Grundprinzip des Aktienrechts ist, dass überschuldete Gesellschaften am Rechtsverkehr nicht teilnehmen können sollten. Art. 725 Abs. 2 OR ist insofern bereits ein Einbruch in dieses Prinzip, als Gesell-

schaften ohne Eigenkapital (es muss ja nur die Überschuldung abgedeckt werden) am Rechtsverkehr teilnehmen dürfen. Die Revisionsstelle verlangt daher in solchen Fällen regelmässig ein gewisses Eigenkapitalpolster, weil eine aktive Gesellschaft ohne Eigenkapital ein Fremdkörper ist. Es kann nicht sein, dass dieses Prinzip weiter aufgeweicht wird dadurch, dass Gesellschaften, die überschuldet sind, aber günstige Gewinnaussichten haben, am Rechtsverkehr teilnehmen dürfen.

**2.5 Einschränkungen im Revisionsbericht.** Bei der Jahresrevision führt die Revisionsstelle gebotene Quantifizierung der Einschränkungen [19] höchstens dazu, dass die Rechnung zurückgewiesen werden muss, d. h., die Generalversammlung 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 [20]. Wenn der VR sich weigert, gewisse Risiken einzusehen, soll die Revisionsstelle im Sinne des Gläubigerschutzes solche Risiken selber quantifizieren und auf dieser Basis die Offensichtlichkeit beurteilen [21]. 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 Augenzu-Haltung des VR massgebend ist. Die Einschätzung des Risikos durch die Revisionsstelle darf optimistisch [22] sein. In der Zukunft darf sich trotzdem herausstellen, dass sie falsch – zu vorsichtig oder zu aggressiv – war.

**2.6 Behinderung der Revisionsstelle bei der Anzeige.** Hindert der Verwaltungsrat die Revisionsstelle an den Abklärungen zur Offensichtlichkeit der Überschuldung, dann darf sie aus den vorhandenen Zahlen nach bestem Wissen selber darlegen, dass die Überschuldung offensichtlich sein könnte und die Anzeige damit begründen [23]. In diesen Fällen muss sie zudem das Recht haben, die Anzeige sofort zu erstatten, ohne den Ablauf der 60-tägigen Frist abwarten zu müssen. Das-

selbe muss gelten, wenn ihre Honorare deswegen nicht bezahlt werden. Wird sie gar abgewählt, dann soll sie unverzüglich die Anzeige erstatten [24]. In der Praxis setzt sich erfreulicherweise bei immer mehr Gerichten durch, dass eine abgewählte Revisionsstelle für die Anzeige der offensichtlichen Überschuldung aktiv legitimiert bleibt. Die Kunden behaupten zwar regelmässig, dass die Abwahl in diesem kritischen Zeitpunkt keineswegs zwecks Verhinderung der Anzeige erfolgt sei. Es ist aber klar, dass der Kunde mit diesem Manöver mindestens mehrere Monate zusätzliche Zeit gewinnt. Die neue Revisionsstelle hat meistens keine Kenntnis der kritischen Lage und wird sich erst nach einer gewissen Einarbeitungszeit damit konfrontiert sehen, dass der Kunde längst offensichtlich überschuldet ist. Querinformationen zwischen alter und neuer Revisionsstelle kann der Kunde mit Hinweis auf die Geheimhaltungspflicht verhindern. Selbst wenn die neue Revisionsstelle sofort die kritische Situation realisiert, ist sie in einer anderen Lage als die alte Revisionsstelle. Sie hat erstmals von der Situation erfahren und wird mindestens die 60-tägige Frist beanspruchen, um die Überschuldungsanzeige zu erstatten. Die alte Revisionsstelle hätte damit die hier zur Verfügung stehende Frist verpasst.

Die Gerichte treten daher regelmässig auf die entsprechende Anzeige der Revisionsstelle ein, wenn nur schon der Anschein besteht, dass die Abwahl mit der angedrohten Überschuldungsanzeige im Zusammenhang stehen könnte.

**2.7 Zufällige Kenntnisnahme der Verschlechterung der Finanzlage.** Es kommt immer wieder vor, dass der Prüfer Informationen über eine Verschlechterung der Finanzlage seines Kunden zufällig in Erfahrung bringt, sei es aus der

Zeitung, aus dem Bekanntenkreis, vom Kunden selber usw. 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 offensichtlich überschuldet ist, muss sie jederzeit den VR an seine Pflichten mahnen und mit der Anzeige drohen [25].

**2.8 Anzeigepflicht als Information und nicht als Parteilichnahme.** Es gibt immer noch Gerichte, die eine Anzeige durch die Revisionsstelle als Streitiges Verfahren zwischen Revisionsstelle und VR beurteilen und die Revisionsstelle entsprechend zur Duplik auffordern und ihr die Kosten auferlegen, wenn sie «unterliegt».

Bei dieser Anzeigepflicht der Revisionsstelle handelt es sich um eine Ersatzvornahme für den säumigen VR [26]. Die Anzeige der Revisionsstelle ist lediglich eine Vorstellungsäusserung bzw. eine Information. Die Revisionsstelle kann daher nicht in ein Zweiparteienverfahren einbezogen werden [27]. Auch *Forstmoser* geht davon aus, dass kein Zweiparteienverfahren vorliegt, wenn der VR die Anzeige der Revisionsstelle materiell bestreitet [28]. Auch *Krampf/Schuler* verneinen ein Zweiparteienverfahren im vorliegenden Falle [29].

Analog zu einem Konkursöffnungsverfahren ist es Sache des Richters zu entscheiden, ob die Gesellschaft sofort in Konkurs geführt oder unter richterlicher Aufsicht z. B. im Konkursaufschub oder in einer Nachlassstundung saniert wird oder ob der VR noch während eines laufenden Konkursöffnungsverfahrens die Gesellschaft in genügendem Ausmass sanieren kann [30]. Die Revisionsstelle ist aufgrund der ihr

vom Gesetzgeber zugeteilten Aufgabe gehalten, die finanziellen Äusserungen des VR kritisch und vorsichtig zu beurteilen. Deshalb gehen die für Treuhand-Kammer-Mitglieder

*«Eine Reihe von weiteren offenen Fragen im Zusammenhang mit der Überschuldungsanzeige muss in der Praxis noch gelöst werden»*

verbindlichen Grundsätze zur Abschlussprüfung sogar so weit, die Revisionsstelle auf den Grundsatz zu verpflichten: «Lieber zu früh als zu spät» [31].

Ziff. 4.28 des Grundsatzes zur Abschlussprüfung Nr. 15 [32] hält zudem fest, dass in einer solchen Situation die Revisionsstelle vom Mandat nicht zurücktreten darf und eine Abwahl in diesem Moment als rechtsmissbräuchlich einzustufen sei. Die Revisionsstelle hat weder ein Recht noch eine Pflicht, in ein Zweiparteienverfahren einzutreten. Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Revisionsstelle entfallen selbstredend.

Auch der Basler Kommentar geht nicht davon aus, dass es sich bei der Anzeige der Revisionsstelle um ein Zweiparteienverfahren handelt. Allerdings ist die Stelle im Basler Kommentar mehrdeutig formuliert [33]. Im zweiten Satz von N 22 spricht dieser von einem «strittigen Verfahren», erörtert jedoch nicht, ob er sich damit nur auf sein zweites Beispiel (Verwaltung und Gläubiger) bezieht oder nicht. Erst in den nachfolgenden Sätzen präzisiert er, dass in jedem Fall das rechtliche Gehör zu wahren sei, und im anschliessenden Satz geht er immerhin davon aus, dass im speziellen Fall der Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle jedenfalls dem VR Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben sei. Dies lässt – aus rein sprachlicher Sicht – immerhin die Möglichkeit offen, dass er von einem echten strittigen Verfahren nur für den Fall der Gegenüberstellung von VR und Gläubiger ausgeht.

Festgehalten werden kann auf jeden Fall, dass der Basler Kommentar mit seiner eventuellen Ansicht eines Zweiparteienverfahrens bezüglich Revisionsstelle allein dasteht. Zudem fällt auf, dass es im Basler Kommentar an einer Begründung für diese Ansicht fehlt. Eine Begründung wäre jedoch erforderlich, denn sie widerspricht klar der Aufgabe und üblichen Stellung einer Revisionsstelle. Dies zeigt sich auch bei der Begründung von Krampf/Schuler [34], die ihre Ansicht entsprechend begründen. In der Praxis ist zudem ein Zweiparteienverfahren nicht üblich.

Die allgemeine Literatur über Natur und Aufgabe der Revisionsstelle zeigt klar, dass diese kein eigenes Interesse an der finanziellen Lage des Kunden haben kann und darf. Sie hat Schutzfunktionen zu erfüllen und entsprechende Pflichten wahrzunehmen. Streitige Verfahren mit dem VR sind im gesamten Bereich der Revisionsstellentätigkeit nicht vorgesehen. Zweifellos bestehen öfter Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten zwischen VR und Revisionsstelle; sie sind sogar systemimmanent. Diese werden jedoch regelmässig durch einen Entscheid der Revisionsstelle beendet, sei es, dass sie ihren Bericht in einer für den VR nicht genehmen Weise erstattet, sei es, dass sie die Berichtsabgabe verweigert (z. B. bei Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen), sei es, dass sie eine entsprechende Anzeige an den Richter oder die Generalversammlung macht. Konsequenz ist das Gesetz auch darin, dass gegen solche Massnahmen der Revisionsstelle in keinem Fall Rekurse oder ähnliche Rechtsmittel vorgesehen sind.

**2.9 Fazit.** Im neuen Recht ist die Anzeigepflicht der Revisionsstelle bei offensichtlicher Überschuldung für ordentliche und eingeschränkte Revision identisch. Aufgrund der schlechteren Informationslage der Revisionsstelle bei der eingeschränkten Revision ist diese Regelung nicht sinnvoll und sollte durch den Gesetzgeber abgeändert werden. Eine Reihe von weiteren offenen Fragen im Zusammenhang mit der Überschuldungsanzeige muss in der Praxis noch gelöst werden. ■

**Anmerkungen:** 1) Änderungen des Obligationenrechts vom 16. 12. 2005 (GmbH-Recht sowie Anpassung im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht, im folgenden «Revisionsgesetz»). Gesetzesbestimmungen aus diesen Vorlagen werden mit einem «E» gekennzeichnet. 2) 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., im folgenden «Camponovo Benachrichtigung»; Camponovo, Rico A.: Wann ist die Überschuldung offensichtlich? in: ST 1–2/00, S. 67 ff. 3) Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., S. 847, 927 und insb. 932. 4) Botschaft des Bundesrates über die Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3148, im folgenden «Botschaft 2002», und Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie

zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969, im folgenden «Botschaft 2004». 5) Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrecht im Obligationenrecht vom 2. 12. 2005, Ziff. 3.1.43. 6) Art. 727 bzw. 727a revOR. 7) Indirekt auch zur Risikobeurteilung, Art. 728a Abs. 1 und 2 revOR sowie Art. 663b Ziff. 12 revOR. 8) Art. 729a revOR. 9) Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c revOR. 10) Botschaft 2004, S. 4025 und 4028; sie verweist bei beiden Revisionsarten auf das heutige Recht. 11) Wenn sie vom Opting-out profitiert, z. B. Art. 727a Abs. 2 revOR. 12) Botschaft 2004, S. 4038. 13) Vgl. zu dieser Problematik: Camponovo, Rico; Wann ist die offensichtliche Überschuldung offensichtlich? in: ST 8/05, S. 543 ff. 14) Botschaft 2002, S. 3148. 15) Und im Verantwortlichkeitsfall der Richter. 16) Keine Spur von «sich nichts überlegen müssen». 17) Um Klarheit zu schaffen, wäre allerdings eine Gesetzesänderung die richtige Massnahme. Ein Vorstoss in

diese Richtung sollte bei der bereits wieder laufenden Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrecht im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 gemacht werden. 18) Treuhand-Kammer, Schweizer Prüfungsstandards, Pflichten der gesetzlichen Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung, Ausgabe 2004, im folgenden «PS 290», PS 290 GG. 19) Vgl. zur Berichterstattung: Bericht der Revisionsstelle und des Konzernprüfers, Grundsatz zur Abschlussprüfung Nr. 17 der Treuhand-Kammer, Ausgabe 2001, Ziff. 4.3. 20) PS 290 AA. 21) PS 290 KK. 22) Die Einschätzung des Verwaltungsrats müsste realistisch sein. Der Revisionsstelle muss eben ein grösserer Ermessensspielraum zugestanden werden. 23) PS 290 Z. 24) PS 290 NN. 25) PS 290 U. 26) Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, § 15 N 186, im folgenden «Böckli». 27) Camponovo Benachrichtigung, S. 219, mit weiteren Literaturzitate. 28) Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter: Schweizerisches Aktien-

recht, Bern 1996, §33 N 93 FN 44. 29) Krampf, Michael/Schuler, Rolf; in: Aktuelle juristische Praxis, Überschuldungsanzeige und Insolvenz-erklärung, 9/2002, S. 1071, im Folgenden «Krampf/Schuler». 30) Böckli, a. a. O. 31) Grundsätze zur

Abschlussprüfung/Ausgabe 2001, Treuhand-Kammer, 8001 Zürich, Verhalten der Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung, Grundsatz zur Abschlussprüfung Nr. 15, Ziff. 4.25, im Folgenden «GZA». 32) GZA, Ziff. 4.28. 33) Alexander

Brunner, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 1998, N 22 zu Art. 192 SchKG. 34) Krampf/Schuler, S. 1071.

## RESUME

# L'avis de surendettement manifeste par l'organe de révision

## Anciens et nouveaux problèmes en relation avec les nouveaux articles 728c al. 3 et 729c CO rev.

Depuis 1992, l'article 729b al. 2 CO exige qu'en cas de surendettement manifeste, l'organe de révision avise le juge de la faillite si le conseil d'administration omet de le faire. Le nouveau droit de la révision opère, en fonction de la taille de l'entreprise, une distinction entre le contrôle ordinaire et le contrôle restreint des comptes annuels. Pour l'organe de révision, l'obligation d'aviser le juge demeure inchangée dans les deux cas. En d'autres termes, elle n'a pas été adaptée aux différents niveaux d'information du réviseur (art. 728c al. 3 et 729c CO rev.).

Comparé à aujourd'hui, le premier type de révision entraînera une extension des tâches de contrôle car un rapport sur le SCI et sur l'évaluation des risques est désormais exigé. L'ampleur des tâches de contrôle dans les PME devrait en revanche diminuer car il suffit de contrôler que les comptes annuels et la proposition d'utilisation du bénéfice sont conformes à la loi et aux statuts, la révision se limitant à des enquêtes, à des contrôles analytiques et à des vérifications détaillées appropriées.

Avec le contrôle restreint, l'organe de révision dispose de nettement moins d'informations sur le client; il serait par conséquent conforme à cette nouvelle réalité de supprimer l'obligation d'information. Dans le cadre d'un contrôle restreint, c'est essentiellement le conseil d'administration qui devrait être habilité à décider s'il y a, ou non, surendettement manifeste.

## Autres questions restées sans réponse à propos de l'avis de surendettement

A ce jour, la notion de «manifeste» n'a pas encore été clairement définie. Ce flou est particulièrement perceptible lorsque le conseil d'administration a de

bonnes raisons d'estimer que la société n'est pas surendettée et l'organe de révision de tout aussi bonnes raisons de penser qu'elle l'est! Dans ce genre de situation, sommes-nous en présence d'un surendettement «manifeste»? Jusqu'à présent, dans la pratique, le dernier mot appartient à l'organe de révision. Quant à savoir si les pertes prévisibles doivent entrer en ligne de compte dans cette notion de «manifeste», la question n'est pas réglée non plus. On part du principe que les pertes prévisibles doivent être compensées pour un an ou au minimum jusqu'à la prochaine révision, par des postpositions ou autres mesures appropriées.

A l'inverse, les bénéfices prévus doivent-ils être pris en compte pour évaluer le caractère «manifeste»? Les perspectives favorables ne constituent pas un motif suffisant pour lever l'obligation d'aviser le juge de la faillite. Il faut également veiller au respect du principe fondamental du droit des sociétés anonymes, principe selon lequel une société surendettée ne devrait pas pouvoir entretenir de rapports juridiques. Lorsque l'organe de révision émet des réserves dans son rapport, l'ampleur de son obligation de quantification n'est pas non plus clairement définie. En pratique, il existe par ailleurs des risques qui ne sont pratiquement pas quantifiables. Plus encore que dans le cas du rapport annuel, il doit être clair pour le bilan intermédiaire (pour lequel il n'est pas possible d'émettre des réserves ou un renvoi), que la quantification des doutes en matière d'évaluation doit se limiter aux cas clairs. Si le conseil d'administration refuse d'admettre certains risques, l'organe de révision doit pouvoir quantifier lui-même lesdits risques en vertu de la protection des créanciers et évaluer sur cette base le caractère «manifeste» du surendettement.

Autre problème: comment l'organe de révision doit-il procéder si le conseil

d'administration refuse de coopérer, ceci afin d'empêcher l'avis de surendettement. Si le conseil d'administration entrave l'évaluation du caractère manifeste du surendettement par l'organe de révision, celui-ci peut alors, en son âme et conscience et sur la base des éléments dont il dispose, exposer que le surendettement pourrait être manifeste et justifier ainsi son avis de surendettement. Mais que se passe-t-il si le réviseur a par hasard connaissance de la détérioration de la situation financière de son client? En principe, le réviseur n'a à se poser de question sur son obligation d'aviser le juge qu'au moment de la révision annuelle. C'est uniquement lorsque lui sont communiquées des informations claires et pertinentes, émanant d'instances compétentes de l'entreprise (conseil d'administration, CFO) et indiquant le surendettement manifeste de la société, qu'il a le devoir de rappeler, à tout moment, le conseil d'administration à ses obligations et de menacer d'aviser le juge. Un problème pratique surgit parfois dans les rapports avec les tribunaux. Il leur arrive de considérer l'avis de surendettement émis par l'organe de révision comme faisant partie d'une procédure contradictoire entre deux parties, d'exiger, dans les cas litigieux que leur soit remis un double et, si l'organe de révision «perd», de condamner ce dernier aux dépens. Les ouvrages de référence traitant de la nature et de la mission de l'organe de révision disent clairement que celui-ci ne peut et ne doit avoir aucun intérêt propre, lié à la situation financière de son client. L'organe de révision doit assurer une fonction de protection et satisfaire aux obligations qui y sont attachées. L'activité de l'organe de révision ne prévoit en aucune manière des procédures juridiques l'opposant au conseil d'administration. RAC/JA