

# Die Aufgaben der Revisionsstelle in der finanziellen Krise der AG

## Wichtige Wegmarken für die Prüfer

*Die finanzielle Krise einer Aktiengesellschaft wird durch die rechtlichen Begriffe des Kapitalverlustes, der Überschuldung und zumindest «de lege ferenda» der Zahlungsunfähigkeit [1] geprägt. Sie bezeichnen Wegmarken, die für ihre Revisionsstelle zusätzliche Informations- und Handlungspflichten zur Folge haben und damit zusammenhängend ihr Haftungsrisiko deutlich ansteigen lassen. Dieses kann sie nur durch eine präzise Einhaltung ihrer Pflichten auch und insbesondere gegen den Widerstand des Verwaltungsrates meistern, der in der Unternehmenskrise oft viel Energie dafür aufwendet, um insbesondere seinen Informationspflichten gegenüber den Aktionären und im Terminalstadium gegenüber dem Richter auszuweichen.*

dass die Aufwertungsreserve gemäss Art. 671b OR vollumfänglich an den Bilanzverlust angerechnet werden darf [8]. Diese Auffassung widerspricht jedoch dem Ausnahmecharakter dieser Reserve, die einer Ausschüttungssperre unterliegt, weshalb sie meines Erachtens abzulehnen ist. Gleiches gilt entgegen der Meinung insbesondere von *Homburger* [9] für die Reserve für eigene Aktien [10] und für den 50 % des Aktienkapitals übersteigenden Teils der allgemeinen Reserve [11].

Die übrigen Reserven (ausgewiesene Bilanzgewinne und allfällige statutarische Reserven) werden dem Aktienkapital bei der Ermittlung des hälftigen Kapitalverlustes nicht hinzugerechnet. Diese können somit vollständig vom ausgewiesenen Bilanzverlust kompensiert werden, ohne dass der Alarmmechanismus von Art. 725, Abs. 1 OR eingreift. Im Ergebnis führt dies dazu, dass, je grösser die übrigen Reserven sind, desto mehr als 50 % des in der Bilanz gesamthaft ausgewiesenen Eigenkapitals aufgebraucht sein muss, bevor die Schwelle des Kapitalverlustes erreicht wird und die entsprechende Information der Generalversammlung erfolgen muss. Bei Gesellschaften mit einer schmalen nominellen Eigenkapitalbasis ist somit der Weg vom Kapitalverlust zur Überschuldung mitunter sehr rasch durchschritten.

Massgebend bei der Ermittlung des Kapitalverlustes sind die Fortführungswerte der «letzten Jahresbilanz» [12], sofern sich die Gesellschaft nicht in Liquidation befindet. Aufgrund der Pflicht des Verwaltungsrates zur Finanzkontrolle [13] hat er jedoch immer dann einen Zwischenabschluss zu erstellen, wenn er Grund zur Annahme eines Kapitalverlustes hat [14]. Die gegenteilige Auffassung des HWP 1998 [15] ist abzulehnen, auch wenn

## A. Allgemeines

Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998 (HWP 1998) hält demgegenüber dafür,

### 1. Rechtliche Kernbegriffe

#### 1.1 Kapitalverlust

Ein Kapitalverlust tritt ein, wenn «die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist» [2], wobei das Partizipationskapital dem Aktienkapital zugezählt wird [3]. Die massgebliche Bezugsgrösse ist dabei das nominelle und nicht das einbezahlte Aktienkapital.

Als gesetzliche Reserven gelten nach der überwiegenden Lehrmeinung [4] und nach dem Gesetzeswortlaut, der klar auf die Art. 671–671b OR verweist, die allgemeine Reserve [5], die Reserve für eigene Aktien [6] und die Aufwertungsreserve [7]. Das Schweizerische



sie dem vordergründigen Gesetzeswortlaut entspricht. Ihre Anerkennung hätte zur Folge, dass sie ausgerechnet in dem Zeitpunkt eine Ausnahme von der unübertragbaren Kontrollaufgabe des Verwaltungsrates statuiert, in welchem seine Sorgfalt und Aufmerksamkeit am meisten gefordert wird. Ferner führt sie dazu, dass unter Umständen ein Kapitalverlust bis zu 1½ Jahre lang reaktionslos stehen bleibt, bevor der Alarmmechanismus von Art. 725, Abs. 1 OR Platz greift, was mit dem Gesetzeszweck unvereinbar ist.

*De lege ferenda* soll gemäss Art. 62 VE-RRG «aus Gründen der Vereinfachung (...) der Begriff des Kapitalverlustes wieder auf genau die Hälfte des Grundkapitals beschränkt» [16] werden, so dass die vorstehend skizzierten begrifflichen Unsicherheiten voraussichtlich verschwinden werden.

## 1.2 Überschuldung

Die Überschuldung ist dann erreicht, wenn die gesetzmässig bewerteten Aktiven der Gesellschaft das Fremdkapital nicht mehr vollständig abdecken, wenn also die Gesamtsumme der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger, die notwendigen Rückstellungen und die passiven Rechnungsabgrenzungsposten der Bilanz höher als der Nettowert der Aktiven der Gesellschaft sind.

Da wegen des Imparitätsprinzips eine Gesellschaft hohe Zwangsreserven aufweisen kann, kommt der gesetzliche Überschuldungsmechanismus erst zum Zug, wenn die Aktiven sowohl zu Fortführungswerten als auch zu Veräusserungswerten bewertet eine Unterdeckung ausweisen. Sind jedoch die Voraussetzungen für eine Fortführung der Unternehmenstätigkeit nicht mehr gegeben, stützt sich die Feststellung der Überschuldung einzig auf eine zu Liquidationswerten bewertete Bilanz [17].

Wie beim Kapitalverlust ist auch die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz bei Besorgnis einer Überschuldung nicht mit einem Jahresabschluss verknüpft. Immer dann, wenn der Verwaltungsrat begründeten Anlass hat, eine Überschuldung zu befürchten, hat er zwingend einen Zwischenabschluss

zu erstellen und diesen der Revisionsstelle zur Prüfung vorlegen [18].

## 1.3 Die offensichtliche Überschuldung (Art. 729b, Abs. 2 OR)

In verbaler Umschreibung ist eine Überschuldung im Sinne von Art. 729b, Abs. 2 OR *offensichtlich*, wenn sie sich «auch bei optimistischer Beurteilung nicht leugnen lässt» [19]. Gegenüber der einfachen Überschuldung ist sie somit ein qualitatives Mehr.

Aufgrund der vorhandenen Bewertungsspielräume und Bewertungsunsicherheiten lässt Art. 729b OR der Praxis einen gewissen Ermessensspielraum offen [20]. Auch wenn es nicht möglich ist, eine Begriffsdefinition der «Offensichtlichkeit» zu geben, dank der man formelhaft ihr Vorhandensein aus den vorliegenden Bilanzen herauslesen könnte, ergibt sie sich aus den folgenden Elementen:

- i) Die Zwischenbilanz weist sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten eine Überschuldung aus [21]. Nur für den Fall, dass die Gesellschaft sich bereits in Liquidation befindet oder ihre Fortführungsfähigkeit klar verneint werden muss, ist einzig auf die Veräusserungswerte abzustellen.
- ii) Die für die Bewertung der Aktiven und Passiven vertretbaren Ermessensspielräume dürfen und sollen bei der Prüfung der «Offensichtlichkeit» ausgenutzt werden. Nur wenn bei noch vertretbarer positiver Bewertung der Aktiven und bei entsprechend einschränkender Bewertung der Passiven eine Deckung des Aktienkapitals ausgeschlossen erscheint, ist eine Überschuldung offensichtlich.
- iii) Grundsätzlich ist die «Offensichtlichkeit» der Überschuldung aufgrund einer statischen Betrachtung der Bilanz zu beurteilen [22]. Muss sie so betrachtet bejaht werden, ändert auch ein sich abzeichnender positiver finanzieller Trend am Befund nichts, auch wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung [23] die Zulässigkeit der kapitallosen Sanierung durch den Verwaltungsrat bejaht. Da in diesen

Fällen die finanzielle Situation dermassen desolat ist, könnte sie nur über eine unfreiwillige Finanzierung seitens der Gläubiger der Gesellschaft erfolgen, die das gesamte Risiko zu tragen hätten, was gesetzeswidrig ist. Sind einzelne Gläubiger jedoch bereit, dieses Risiko einzugehen, steht es ihnen frei, mittels Rangrücktritten, Forderungsverzichten oder Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital die beabsichtigte Sanierung zu unterstützen.

- iv) Da die «Offensichtlichkeit» der Überschuldung ein qualitativer und nicht ein quantitativer Begriff ist, ist ihre absolute oder relative Grösse nicht entscheidend. Auch eine im Vergleich zum nominellen Aktienkapital unbedeutende Überschuldung kann *offensichtlich* sein. Dies ist dann der Fall, wenn auch bei einer optimistischen Bewertung der Aktiven und einer zurückhaltenden Bewertung der Passiven eine Überschuldung verbleibt [24]. Andererseits ist eine bei pessimistischer Beurteilung nominell sehr hohe Überschuldung dann nicht *offensichtlich*, wenn diese bei vertretbar optimistischer Beurteilung zum Verschwinden gebracht werden kann. Solche weite Bewertungsspielräume finden sich insbesondere bei Immaterialgüterrechten [25] und bei nicht börsenkotierten Beteiligungen.

Zusammengefasst kann somit die «Offensichtlichkeit» der Überschuldung nicht anhand rein quantitativer Kriterien definiert werden. Sie ist unabhängig von ihrer Höhe stets dann gegeben, wenn auch bei wohlwollender Bewertung der Bilanzposten das Fremdkapital nicht mehr gedeckt ist, und auch keine hinreichenden Rangrücktritte vorliegen, um die Überschuldung auszugleichen. Die hin und wieder geäusserten rein quantitativen Kriterien wie z.B. einer zweifachen Überschuldung [26] verfehlen auch als Faustregeln ihr Ziel.

## 1.4 Insolvenz

Die Zahlungsunfähigkeit ist vom Kapitalverlust und von der Überschuldung zu unterscheiden. Sie ist keine Verhält-

nisgrösse zwischen den Aktiven und Passiven der Bilanz, sondern bezeichnet die dauernde Unfähigkeit der Gesellschaft, ihren fälligen Zahlungsverpflichtungen fristgerecht nachzukommen. Sie kann eine Insolvenzerklärung der Gesellschaft motivieren, die *de lege lata* jedoch ein freiwilliger Konkursgrund ist [27].

Relativierend ist jedoch zu beachten, dass jedes aktive Weiterwirtschaften eine Mindestliquidität erfordert. Lässt sich diese nicht mehr mobilisieren, entfällt die kaufmännisch wichtigste Voraussetzung für die Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit. Infolgedessen beurteilt sich die finanzielle Situation im Fall einer unüberwindbaren Insolvenz einzig aufgrund einer Bilanz zu Veräusserungswerten [28]. Da diese erfahrungsgemäss häufig wesentlich tiefer sind als die entsprechenden Fortführungswerte [29] bewirkt der Bewertungswechsel zumindest bei Gesellschaften mit schmaler Eigenkapitalbasis rasch die begründete Besorgnis einer Überschuldung mit der entsprechenden Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz. In vielen Fällen wird somit zusätzlich zur Insolvenz der gesetzliche Konkursgrund der Überschuldung erfüllt sein, auch wenn diese Parallelität nicht zwingend ist.

## 1.5 Sanierungsmassnahmen

Ein Kapitalverlust hat unter anderem zur Folge, dass der Verwaltungsrat der Generalversammlung unverzüglich Sanierungsmassnahmen beantragen muss [30]. Nach betriebswirtschaftlichem Verständnis umfassen diese alle Vorkehrungen, die geeignet sind, die Ursachen der Unternehmenskrise dauerhaft zu beseitigen und die Ertragslage der Gesellschaft zu verbessern. Der engere bilanzrechtliche Sanierungsbegriff umfasst dagegen die finanzwirtschaftlichen Massnahmen, die eine sofortige Bereinigung der Bilanz und insbesondere die Eliminierung der Überschuldung oder des Kapitalverlustes bewirken [31]. Diese sofort bilanzwirksamen Sanierungsmassnahmen sind:

- A-fonds-perdu-Beiträge der Aktionäre;

- erfolgswirksame Auflösung von stillen Reserven;
- Forderungsverzichte von Gesellschaftsgläubigern;
- Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen [32];
- Vereinfachte Herabsetzung des Aktienkapitals [33] (bei einer Überschuldung zwingend in Kombination mit einer gleichzeitigen Aktienkapitalerhöhung);
- Zuführung von neuem Aktienkapital mittels Aktienkapitalerhöhung (inklusive Umwandlung von Fremdkapital in Aktienkapital mittels Verrechnungsliberierung [34]).

Die in Art. 725 OR angesprochenen Sanierungsmassnahmen sind so lange im betriebswirtschaftlichen und bilanzrechtlichen Sinn zu verstehen, als keine Überschuldung eingetreten ist. Zur Vermeidung der Pflicht zur sofortigen Benachrichtigung des Richters im Fall einer festgestellten Überschuldung sind nebst den Rangrücktritten jedoch nach der hier vertretenen Auffassung zur kapitallosen Sanierung nur die sofort bilanzwirksamen Sanierungsmassnahmen tauglich, auch wenn sie allein ohne zusätzliche betriebswirtschaftliche Massnahmen meist nicht hinreichend sind, um auf Dauer die Gesellschaft zu sanieren.

## 2. Die Frist zur Bilanzdeponierung und die kapitallose Sanierung

### 2.1 Die Frist zur Abgabe der Überschuldungsanzeige

Ist erst einmal die Überschuldung durch den revidierten doppelten Abschluss festgestellt, verbleiben dem Verwaltungsrat nur folgende zwei Alternativen:

- Umsetzung von sofort bilanzwirksamen Sanierungsmassnahmen (Beseitigung der Überschuldung);
- Beibringung von Rangrücktrittserklärungen von Gläubigern im Umfang der Unterdeckung [35].

Ist es dem Verwaltungsrat nicht möglich, zumindest eine dieser beiden Alternativen in genügendem Umfang zu

realisieren, so hat er nach dem Gesetzeswortlaut [36] den Richter zu benachrichtigen und ihm gegebenenfalls einen Antrag auf Konkursaufschub oder auf Nachlassstundung zu unterbreiten.

*Ratio legis* dieser Handlungspflichten ist es, kapitallose Aktiengesellschaften zu verhindern. Sie schützen insbesondere die bestehenden Gläubiger vor noch grösserem Schaden und generell das Publikum, das ohne Kenntnis der prekären finanziellen Situation der Gesellschaft mit ihr in geschäftliche Beziehungen treten und dabei zu Verlust kommen könnte [38]. Die Pflicht zur Überschuldungsanzeige ist somit eine im öffentlichem Interesse erlassene Kapitalschutzbestimmung [39], welche die Überwälzung des unternehmerischen Risikos auf die Fremdkapitalgeber verbietet [40]. Konsequenterweise überlässt das Gesetz den Entscheid über ein allfälliges Weiterwirtschaften trotz Überschuldung bei gegebenen Sanierungsaussichten nicht dem Verwaltungsrat, sondern dem Konkursrichter. Obwohl das schweizerische Aktienrecht, im Unterschied zum deutschen Recht [41] und zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision [42], keine Frist für die Überschuldungsanzeige statuiert, ist im Grundsatz unbestritten, dass der Verwaltungsrat die Bilanz unverzüglich – d. h. innert wenigen Tagen – nach Feststellung der Überschuldung – deponieren und den Entscheid über das weitere Schicksal der Gesellschaft dem Richter überlassen muss [43].

Sind die zur Finanzierung von sofort bilanzwirksamen Sanierungsmassnahmen notwendigen Mittel nicht nur in Aussicht gestellt, sondern verbindlich zugesichert und hinlänglich sichergestellt, kann jedoch m. E. eine kurze Nachfrist toleriert werden, bevor der Richter benachrichtigt werden muss [37]. In Anlehnung an die 20tägige Frist zur Einberufung einer Generalversammlung sollte sie jedoch 30 Tage nicht überschreiten.

*De lege ferenda* soll gemäss Art. 64, Abs. 2 lit. b VE-RRG die Frist für die Benachrichtigung des Gerichtes 60 Tage nach Vorliegen des Zwischenabschlusses betragen, wenn «konkrete



Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit» innert dieser Frist «behooben wird». Für die Revisionsstelle wird diese Neuerung zur Folge haben, dass sie bei einer offensichtlichen Überschuldung respektive Zahlungsunfähigkeit in eigener Verantwortung die Sanierungsaussichten zu beurteilen haben wird. Verneint sie diese, wird sie bei Untätigkeit des obersten Geschäftsführungsorgans den Richter noch vor Fristablauf selbst zu benachrichtigen haben.

## 2.2 Die kapitallose Sanierung

Demgegenüber will ein einflussreicher Teil der neueren Lehre [44] in Anlehnung an BGE 116 II 541 dem Verwaltungsrat noch die Chance einer kapitallosen Sanierung einräumen, indem er die Benachrichtigung des Richters noch ohne Verantwortlichkeitsfolgen unterlassen kann, wenn «echte Sanierungschancen» [45] respektive «erhärtete Aussicht auf eine kurzfristige Sanierung» [46] bestehen oder gar, «wenn feststeht, dass sich die Gesellschaft aus eigener Kraft nicht retten kann, aber wahrscheinlich ist, dass Gesellschafter oder wichtige Gläubiger sich an der Sanierung beteiligen» [47]. Begründet wird diese Auffassung mit der Gefahr eines richterlichen Fehlurteils [48] oder damit, «dass auch bei erfolgter Benachrichtigung der Konkursaufschub infolge bestehender Sanierungsaussicht gewährt worden wäre» [49].

Abgesehen davon, dass mit den beiden letztgenannten Argumenten jede richterliche Genehmigung interpretativ aus der Welt geschafft werden könnte, verkennt diese Auffassung, dass von Gesetzes wegen schon bei einem Kapitalverlust zwingend Sanierungsmassnahmen zu ergreifen sind und zwischen der Erstellung des Zwischenabschlusses bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung und dem Vorliegen des Revisionsberichtes mitunter mehrere Wochen verstreichen, die für die notwendigen Verhandlungen mit den Gläubigern und mit potentiellen Eigenkapitalgebern zur Verfügung stehen. Hinzu kommt, dass in aller Regel die Überschuldung einer Gesellschaft die Folge eines sich zumindest über eine gewisse Zeit hinzie-

henden Erosionsprozesses ist, der mit einer effizienten Finanzkontrolle lange vor dem vollständigen Verzehr des Eigenkapitals durch den Verwaltungsrat bemerkt werden kann und muss. Nur in ganz seltenen Ausnahmefällen wird sie durch einen plötzlichen, unvorhersehbaren Vermögensverlust verursacht.

Auch in rechtlicher Hinsicht vermag die Anerkennung eines «Konkursaufschubes ohne richterliche Mitwirkung» [50] nicht zu befriedigen. Nebst dem Widerspruch zum Gesetzeswortlaut und zur *ratio legis* von Art. 725, Abs. 2 OR verbieten meines Erachtens zwei Haupt Einwände seine Anerkennung:

### a) Aufweichung des haftungsrechtlichen Massstabes

Ohne hinreichende Rechtfertigung führt die Anerkennung der kapitallosen Sanierung ohne Haftungsfolgen für den Verwaltungsrat zu einer Aufweichung der Kriterien zur Beurteilung seiner Verantwortlichkeit [51] in einem Zeitpunkt, der für die Gläubiger ein hohes Schädigungspotential birgt. Sie erschwert auch ihre Beweislage im Verantwortlichkeitsprozess, auch wenn meines Erachtens der Verwaltungsrat die Gründe zu beweisen hat, die ihm erlaubten, auch bei objektivierter Betrachtungsweise von echten, erfolgversprechenden Sanierungschancen auszugehen.

### b) Missachtung der Auswirkungen und Folgen des Konkursaufschubes

Der Konkursaufschub bewirkt nicht nur die Aussetzung der Konkurseröffnung, sondern hat auch materielle Auswirkungen, die dem Schutz der Gläubiger und ihrer Gleichbehandlung dienen. Zu nennen sind insbesondere die Verlängerung der Fristen für die paulianische Anfechtung [52] und für die Geltendmachung der privilegierten Forderungen der Arbeitnehmer [53] um die Dauer des Konkursaufschubes sowie das konkursrechtliche Verrechnungsverbot [54]. Darüber hinaus hat der Richter beim Konkursaufschub die zum Schutz des Gesellschaftsvermögens und der Gleichbehandlung der Gläubiger erforderlichen Sicherungsmassnahmen zu verfügen, was in aller Regel die Ernennung eines Sachwal-

ters erfordert, der zumindest die Geschäftsführung des Verwaltungsrates zu beaufsichtigen hat [55]. Alle diese Sicherungsvorkehrungen zum Schutz der Gläubiger und der Arbeitnehmer der Gesellschaft fehlen vollständig bei der kapitallosen Sanierung. Diese Konsequenz ist umso weniger zu rechtfertigen, als die Gläubiger beim Fehlschlagen der Sanierung den durch die Verzögerung des Konkurses erlittenen Schaden verantwortlichsrechtlich gegenüber dem Verwaltungsrat nicht sollen geltend machen können.

Nachdem das neue Aktienrecht das Weiterwirtschaften so lange ermöglicht, als entweder die Bilanz zu Fortführungswerten oder zu Liquidationswerten keine Überschuldung anzeigt (eine Fortführung der Unternehmenstätigkeit also allein mit stillen Reserven möglich ist), rechtfertigt sich nach der hier vertretenen Auffassung keine Aufweichung der Benachrichtigungspflichten des Verwaltungsrates im Fall einer Überschuldung. Sind hingegen die durch Art. 725 OR geschützten und über die tatsächliche finanzielle Situation informierten Gläubiger der Auffassung, dass eine sofortige Konkurseröffnung zur Wahrung ihrer Interessen inopportun ist, steht es ihnen frei, auf ihren Forderungen Rangrücktritts-erklärungen abzugeben, diese in Aktienkapital umzuwandeln oder sie zu erlassen und schlussendlich bei Untätigkeit des Verwaltungsrates selbst um einen Konkursaufschub oder um eine Nachlassstundung nachzusuchen.

## B. Die Aufgaben der Revisionsstelle beim Kapitalverlust und bei der Überschuldung

### 1. Kapitalverlust

Stellt die Revisionsstelle einen hälftigen Kapitalverlust fest, hat sie die Pflicht

- umgehend den Verwaltungsrat hiervon zu benachrichtigen und ihn aufzufordern, eine Generalversammlung einzuberufen [56];
- darüber zu wachen, dass der Verwaltungsrat die Generalversammlung unverzüglich gemäss Art. 700 OR

- einberuft und ihr Sanierungsmassnahmen beantragt;
- bei Unterlassung der Einberufung der Generalversammlung durch den Verwaltungsrat – nach Fristansetzung – diese selbst einzuberufen [57];
- in ihrem Revisionsbericht auf den Kapitalverlust hinzuweisen [58] und
- bei einer Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen über deren Anschaffungswert hinaus (Art. 670 OR) zu prüfen, ob die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten werden.

### 1.1 Einberufung der Generalversammlung

Ermöglicht der bereits feststehende Zeitpunkt der Generalversammlung ihre rechtzeitige Orientierung, braucht die Revisionsstelle den Verwaltungsrat nicht aufzufordern, diese vorzuerschieben. Trifft dies jedoch nicht zu, wird sie auf der sofortigen Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung bestehen, diese bei Untätigkeit des Verwaltungsrates selbst einberufen und die Aktionäre orientieren [59]. Eine solche Vorverschiebung ist immer dort angezeigt, wo eine rapide Verschlechterung der Situation droht und der vorgesehene Termin der ordentlichen Generalversammlung zu spät erscheint, um noch rechtzeitig das Ruder herumzuwerfen.

Bei der Bemessung der Frist zur Orientierung der Generalversammlung wird die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat jedoch im Normalfall die erforderliche Zeit lassen, damit er seine Sanierungsvorschläge zumindest in den Grundzügen ausarbeiten kann. In einfacheren Fällen dürften 2 bis 3 Wochen hierfür genügend sein. In komplexeren Fällen jedoch, in denen die Ausarbeitung der zu treffenden Sanierungsmassnahmen erheblich mehr Zeit in Anspruch nimmt, empfiehlt sich die Abhaltung einer Orientierungsversammlung der Aktionäre [60] insbesondere dann, wenn nicht alle im Verwaltungsrat vertreten sind.

Unterlässt der Verwaltungsrat innert Frist die Einberufung einer Generalversammlung, ist sie ersatzweise durch die Revisionsstelle einzuberufen. Eine von ihr einberufene Generalversamm-

lung beschränkt sich jedoch auf die Kenntnisnahme des Kapitalverlustes und der Versäumnisse des Verwaltungsrates [61]. Als sekundäres Organ [62] ist die Revisionsstelle nicht befugt, anstelle des Exekutivorgans der Gesellschaft den Aktionären umfassende Sanierungsmassnahmen vorzuschlagen [63].

Die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung ist jedoch dann überflüssig, wenn die Revisionsstelle von einer offensichtlichen Überschuldung ausgeht und direkt den Richter gemäss Art. 729b, Abs. 2 OR benachrichtigt [64]. Umgekehrt hat die Revisionsstelle im Fall der Überschuldung auf der Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zu bestehen, wenn sie einzig durch Rangrücktrittserklärungen aufgefangen wird [65], da diese keine Bilanzsanierung bewirken [66] und mangels gesetzlicher Ausnahmebestimmung den Alarmmechanismus des Kapitalverlustes nicht aufheben.

### 1.2 Aufwertungsprüfung (Art. 670 OR)

Weist die Bilanz einen Kapitalverlust aus, dürfen zur Beseitigung der Unterbilanz Grundstücke oder Beteiligungen über ihre Anschaffungs- oder Herstellungskosten hinaus aufgewertet werden. Da im Umfang des Aufwertungsbetrages gemäss Art. 670, Abs. 1 OR zwingend im Eigenkapital eine eigene Reserve als zusätzliche Sperrzahl gebildet werden muss, kann die Aufwertungsreserve buchmässig nicht mit dem Bilanzverlust saldiert werden [67]. Diese Aufwertungsart bewirkt somit keine Beseitigung des Bilanzverlustes [68].

Oberste Grenze der Aufwertung ist der wirkliche Wert der betreffenden Aktien, wobei eine Einzelbewertung vorzunehmen ist [69]. Sind die betreffenden Anlagegüter für die Fortführung der Gesellschaft notwendig, ist für die Ermittlung des wirklichen Wertes der subjektive Geschäftswert respektive Nutzwert massgebend [70]. Vom Bruttoaufwertungsbetrag sind die durch die Aufwertung ausgelösten Steuern in Abzug zu bringen [71].

Die zweite Höchstgrenze für die Aufwertung bildet der Betrag, der zur «Beseitigung der Unterbilanz» notwendig ist. Auch wenn der gesetzliche Wortlaut zu Interpretationsschwierigkeiten Anlass gibt, ist die herrschende Praxis der richtigen Auffassung, dass eine Aufwertung bis zur Deckung des nominellen Aktienkapitals, des Partizipationskapitals und der gesetzlichen Reserven zulässig ist [72].

Formelle Voraussetzung der Aufwertung gemäss Art. 670 OR ist eine schriftliche Bestätigung der Revisionsstelle, dass die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten sind. Diese hat also folgende Fragen zu beantworten:

- Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, d.h. liegt eine Unterbilanz vor, und dient die Aufwertung der Beseitigung des Kapitalverlustes?
- Übersteigt die Aufwertung nicht den Betrag, der notwendig ist, um die Unterbilanz zu beseitigen?
- Wurde die Aufwertungsreserve in der Bilanz korrekt dargestellt?
- Übersteigt der aufgewertete Wert der Aktiven nicht deren wirklichen Wert?
- In den der Bildung der Aufwertungsreserve folgenden Geschäftsjahren: Wird die Aufwertungsreserve gesetzeskonform dargestellt und wurde sie gegebenenfalls richtig aufgelöst [73]?

## 2. Überschuldung

Ist die Überschuldung eingetreten, obliegen der Revisionsstelle folgende Pflichten:

- Prüfung des vom Verwaltungsrat erstellten Zwischenabschlusses gemäss Art. 725, Abs. 2 OR;
- Prüfung der allenfalls vorliegenden Rangrücktrittserklärungen oder Patronatserklärungen;
- bei sich bestätigender Überschuldung Aufforderung an den Verwaltungsrat, den Richter zu benachrichtigen;
- bei offensichtlicher Überschuldung und Untätigkeit des Verwaltungsrates ersatzweise Benachrichtigung des Richters [74].

## 2.1 Prüfung des Zwischenabschlusses und Berichterstattung durch die Revisionsstelle

Sobald der Verwaltungsrat begründeten Anlass hat, eine Überschuldung zu befürchten, hat er einen Zwischenabschluss zu erstellen und diesen der Revisionsstelle zur Prüfung zu unterbreiten [75]. Diese ausserordentliche Prüfung hat somit auch dann zu erfolgen, wenn der von der Gesellschaft erstellte Abschluss keine Überschuldung ausweist. Sie ist vielmehr immer dann vorzunehmen, wenn die Überschuldung als *möglich* erscheint [76]. Die Revisionsstelle kann somit die Prüfung des ihr vorgelegten Zwischenabschlusses nicht mit der Begründung ablehnen, dass er keine Überschuldung ausweist. Eine solche Verweigerung ist als Pflichtverletzung zu qualifizieren, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die in ihm enthaltenen Bewertungen zu optimistisch waren. Die Prüfung der Zwischenbilanzen hat darüber hinaus umgehend zu erfolgen und darf nicht hinausgeschoben werden [77].

Ziel der Prüfung der Zwischenbilanzen ist es festzustellen, ob die Forderungen der Gläubiger noch gedeckt sind oder nicht. Die abschliessende Feststellung der Überschuldung obliegt einzig der Revisionsstelle und nicht dem Verwaltungsrat [78]. Gleiches gilt, wenn sie verneint oder wenn wie so oft die Unterlagen des Zwischenabschlusses nicht lückenlos und aufbereitet vorliegen.

## 2.2 Prüfung der Rangrücktrittserklärungen

Rangrücktrittserklärungen bewirken keine Bilanzsanierung [79] und bergen etliche Gefahren nicht nur für die Gesellschaftsgläubiger, sondern auch für die Gesellschaft selbst, wenn deren betriebliche Sanierung hinausgeschoben wird. Sie bewirken einzig, dass die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters durch den Verwaltungsrat und subsidiär durch die Revisionsstelle so lange ruht, als deren Bestand und Umfang die Überschuldung rechnerisch ausgleicht. Es ist somit in der Praxis unbestritten, dass sich die Revisionsstelle von ihrem Bestand, ihrer Qualität und ihrem genügenden Umfang zu vergewissern hat [80].

Die Prüfung der Rangrücktrittserklärungen hat unter allen relevanten rechtlichen Aspekten zu erfolgen. Es handelt sich somit zumindest teilweise um ein eigentliches *legal audit*, das folgende Punkte umfasst:

- Schriftlichkeit der Rangrücktrittsvereinbarung;
- Verfügungsberechtigung des Gläubigers über die mit dem Rangrücktritt belastete Forderung;
- rechtsgültige Unterzeichnung durch beide Parteien (Gläubiger und vertretungsberechtigte Organe der überschuldeten Gesellschaft);
- Stundung der Kapitalrückzahlung und der Zinszahlungen inklusive Verrechnungsverbot [81];
- genügender Umfang der rangrücktrittsbelasteten Forderungen, um die Überschuldung rechnerisch aufzufangen [82];
- Rückzahlungsverbot [83];
- Unwiderruflichkeit der Rangrücktrittsvereinbarung für so lange Zeit, als ihre Aufhebung zu einer Überschuldung führen würde [84];
- Bonität des Rangrücktrittsgläubigers;
- kein rechtsmissbräuchlicher Einsatz der Rangrücktrittserklärung.

Fällt die Prüfung auch nur eines dieser Punkte negativ aus, ist die Rangrücktrittsvereinbarung mangelhaft und nicht tauglich, die Folgen der Überschuldung aufzuheben. Deren Mangelhaftigkeit hat die Revisionsstelle in ihrem Prüfbericht zu vermerken und gegebenenfalls den Richter selbst zu benachrichtigen, wenn nicht fristgerecht Abhilfe geschaffen wird und der Verwaltungsrat die Überschuldungsanzeige unterlässt. Angesichts der mit der Überschuldung insbesondere für die Gesellschaftsgläubiger verbundenen Gefahren ist die Nachfrist zur Verbesserung von mangelhaften Rangrücktrittserklärungen sehr kurz anzusetzen.

Rangrücktrittserklärungen stellen nur einen Notbehelf dar, der insbesondere dann von Nutzen ist, wenn die Zeit zwischen dem Eintritt der Überschuldung und dem sichtbaren Erfolg der Sanierung ohne richterliche Einmischung zu überbrücken ist. Werden sie jedoch systematisch eingesetzt, um das fehlende

Aktienkapital einer «moribunden» [85] Gesellschaft zu ersetzen, um diese ohne Sanierung am Leben zu erhalten, liegt ein Rechtsmissbrauch vor [86]. Solchen Rangrücktrittserklärungen hat die Revisionsstelle ihre Anerkennung zu versagen. Bevor sie jedoch in ihrem Bericht die Überschuldung festhält und allenfalls selbst den Richter benachrichtigt, hat sie den Verwaltungsrat aufzufordern, innert Frist vom Gläubiger einen Forderungsverzicht einzuholen oder andere bilanzwirksame Sanierungsmassnahmen durchzuführen.

Ferner unterliegen Rangrücktrittserklärungen der paulianischen Anfechtung [87]. Ein Anfechtungsrisiko ist immer dort gegeben, wo der Rangrücktrittsgeber vermögensmässig nicht in der Lage ist, einen Totalverlust auf seiner Forderung gegenüber der Gesellschaft ohne Gefährdung seiner eigenen Gläubiger zu tragen. Der Rangrücktritt setzt somit eine besondere Bonität des Gläubigers voraus und soll nur abgeschlossen werden, «*wenn der Gläubiger gut steht und seine Existenz in keiner Weise gefährdet erscheint*» [88]. Somit hat also die Revisionsstelle auch die Bonität des Rangrücktrittsgebers zu überprüfen [89]. Auch eine allfällige Bonitätsklausel in der Rangrücktrittsvereinbarung ändert nichts an dieser Prüfungspflicht [90].

Die Bonitätsprüfung setzt jedoch nicht eine umfassende Prüfung des Rangrücktrittsgläubigers voraus [91]. Bei rangrücktrittgebenden Gesellschaften genügt meines Erachtens, dass ihr letzter (revidierter) Jahresabschluss auch nach Abzug der rangrücktrittsbelasteten Forderung zumindest keinen Kapitalverlust ausweist. Werden die Rangrücktritte hingegen durch Privatpersonen abgegeben, ist die Überprüfung heikler. In den meisten Fällen dürfte jedoch die Vorlage einer Kopie der letzten Steuererklärung (inklusive Vermögensausweis und Verzeichnis der Passiven) genügend sein [92]. Ist jedoch die Überprüfung der Vermögensverhältnisse des Rangrücktrittsgläubigers durch die Revisionsstelle nicht möglich oder bestehen berechtigte Zweifel an seiner Bonität, ist sein Rangrücktritt zur Vermeidung der Benachrichtigung des Konkursrichters untauglich.



### 2.3 Berichterstattung und Aufklärung durch die Revisionsstelle

Stellt die Revisionsstelle eine Überschuldung fest, hat sie diese in ihrem Bericht festzuhalten und den Verwaltungsrat auf seine Pflicht zur Benachrichtigung des Richters hinzuweisen. Unterlässt er trotz festgestellter Überschuldung die umgehende Bilanzdeponierung oder die Durchführung von sofort bilanzwirksamen Sanierungsmassnahmen, verstösst er in schwerwiegender Weise gegen seine aktienrechtlichen Pflichten und die Revisionsstelle ist verpflichtet, unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen, um sie über die Unterlassung des Verwaltungsrates zu orientieren. Im Fall einer offensichtlichen Überschuldung hingegen hat die Revisionsstelle nicht die Generalversammlung, sondern direkt den Richter zu benachrichtigen.

Liegt zwar eine Überschuldung vor, die jedoch durch genügende Rangrücktrittserklärungen abgedeckt ist, hat sie die Revisionsstelle in ihrem Bericht dennoch zu vermerken, da jene keine Bilanzsanierung bewirken. Gleichzeitig wird sie darauf hinweisen, dass eine Benachrichtigung des Richters dank der genügenden Rangrücktrittserklärungen unterbleiben kann.

Erfährt die Revisionsstelle auch ausserhalb ihrer eigentlichen Revisionsstätigkeit von einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung der von ihr revidierten Gesellschaft, hat sie bei Untätigkeit des Verwaltungsrates diesen aufzufordern, innert einer von ihr zu setzenden Frist eine Zwischenbilanz gemäss Art. 725 OR zu erstellen und revidieren zu lassen. Kommt er dieser Aufforderung nicht nach, hat sie eine Generalversammlung einzuberufen und diese über das Versäumnis des Verwaltungsrates zu informieren. Lässt auch diese keinen Zwischenabschluss erstellen und ist die Revisionsstelle aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Informationen überzeugt, dass eine offensichtliche Überschuldung vorliegt, hat sie den Richter auch dann zu benachrichtigen [93], wenn sie bei dieser Gelegenheit abgewählt wurde [94].

### 2.4 Die subsidiäre Benachrichtigung des Richters durch die Revisionsstelle

Bei offensichtlicher Überschuldung und Untätigkeit des Verwaltungsrates ist die Revisionsstelle subsidiär verpflichtet, selbst die Überschuldungsanzeige dem Richter einzureichen. Diese Bestimmung bezweckt die Verhinderung der Konkursverschleppung und den Schutz der aktuellen und der potentiellen Gesellschaftsgläubiger [95] und dient mithin dem Publikumschutz. Ihre Existenz verdankt sie der Erfahrungstatsache, dass die Verwaltungsräte überschuldeter Gesellschaften oft alles daran setzen, den Gang zum Richter zu vermeiden.

Art. 65 VE-RRG sieht vor, die subsidiäre Pflicht des Abschlussprüfers zur Bilanzdeponierung auf die Fälle der offensichtlichen Zahlungsunfähigkeit auszudehnen.

#### a) Zuständigkeit zur Feststellung der offensichtlichen Überschuldung

Die Beurteilung der «Offensichtlichkeit» der Überschuldung fällt in die alleinige Kompetenz der Revisionsstelle. Hat sie sich von ihr überzeugt, ist sie verpflichtet, bei Untätigkeit des Verwaltungsrates den Richter selbst zu benachrichtigen – auch dann, wenn zwischenzeitlich aussichtsreich erscheinende Sanierungsmassnahmen durch die Gesellschaft eingeleitet wurden, die nicht sofort bilanzwirksam sind [96]. Nach der Feststellung einer offensichtlichen Überschuldung kann also nur noch die Durchführung von sofort bilanzwirksamen Sanierungsmassnahmen oder die Erteilung von Rangrücktrittserklärungen in genügendem Umfang die Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle verhindern.

#### b) Nachfristansetzung an den Verwaltungsrat

Da die Bilanzdeponierung grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des Verwaltungsrates fällt, hat ihm die Revisionsstelle auch bei der Feststellung einer offensichtlichen Überschuldung eine Nachfrist zu setzen, bevor sie selbst den Richter benachrichtigt. Gelangt sie stattdessen sofort an den

Richter, verunmöglicht sie unter Umständen eine Sanierung im Rahmen eines Konkursaufschubes, da zumindest nach der zürcherischen Rechtsprechung [97] und nach Auffassung einiger Autoren [98] die Voraussetzungen für dieses aktienrechtliche Moratorium auf Antrag des Verwaltungsrates nicht mehr gegeben sind, wenn die Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle erfolgte. Die Nachfrist soll so bemessen sein, dass dem Verwaltungsrat maximal genügend Zeit verbleibt, um noch bei Bedarf eine Generalversammlung vorzubereiten und einzuberufen, die über allfällige bilanzwirksame Veränderungen des Aktienkapitals zu beschliessen hat. In Anbetracht der 20tägigen Frist für ihre Einberufung dürfte eine Nachfrist von maximal 4 Wochen [99] genügend sein, sofern nicht angesichts des Verhaltens des Verwaltungsrates und der Gefährdung der Gläubigerinteressen eine kürzere angezeigt ist.

#### c) Praktisch geringes Haftungsrisiko bei einer voreiligen Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle

Eine Schadenersatzpflicht der Revisionsstelle aufgrund einer voreiligen Überschuldungsanzeige an den Richter ist praktisch ausgeschlossen. Sie ist nur dort denkbar, wo sie in Schädigungsabsicht oder fahrlässig ihren Ermessensspielraum bei der Bewertung der Bilanzposten überschritten hat und in Wirklichkeit nach der Einschätzung des angerufenen Richters überhaupt keine Überschuldung vorliegt. In diesem Fall kann sie verurteilt werden, der Gesellschaft die Gerichtskosten und ihre Beratungskosten zu ersetzen. In denjenigen Fällen jedoch, in denen der Verwaltungsrat nach Ablauf der ihm gesetzten Nachfrist bilanzwirksame Sanierungsmassnahmen durchgeführt oder Rangrücktrittserklärungen im erforderlichen Umfang beigebracht hat, kann sie mangels Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens nicht schadenersatzpflichtig werden.

Im umgekehrten Fall jedoch, in dem die Revisionsstelle trotz der «Offensichtlichkeit» der Überschuldung die Anzeige an den Richter unterlässt, ist ihre Verantwortlichkeit zumindest rechtlich so gut wie sicher. In diesem

Zusammenhang ist zu beachten, dass auch im Konkurs der revidierten Gesellschaft deren Gläubiger ihren unmittelbaren Schaden der Revisionsstelle gegenüber direkt geltend machen können, da ihre subsidiäre Benachrichtigungspflicht einzig dem Gläubigerschutz dient [100].

### 3. Wechsel der Revisionsstelle in der Unternehmenskrise

In finanziellen Krisensituationen entsteht sehr leicht zwischen der Revisionsstelle und zumindest dem Verwaltungsrat der Gesellschaft ein offenes Spannungsverhältnis. Insbesondere die Aufnahme von Vorbehalten im Revisionsbericht, die Androhung oder gar die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, die über die Pflichtverletzungen des Verwaltungsrates orientiert werden soll, und die Androhung der subsidiären Überschuldungsanzeige an den Richter werden häufig als «Verrat» einer Revisionsstelle empfunden, deren oft als einengend oder gar als überflüssig empfundene Tätigkeit unter Umständen jahrelang honoriert wurde und von der infolgedessen auch und gerade in Krisenzeiten eine bedingungslose Loyalität und blinde Unterstützung erwartet wird.

Aus diesem Antagonismus erwachsen zwei nicht unproblematische Versuche: die Abwahl der bisherigen Revisionsstelle oder die Mandatsniederlegung seitens der Revisionsstelle.

#### 3.1 Abwahl der Revisionsstelle

##### a) Kein Kapitalverlust/ keine Überschuldung

In dieser Situation unterliegt die Revisionsstelle keinen besonderen Handlungspflichten. Sie wird infolgedessen die Generalversammlung nur insoweit über die Hintergründe ihrer Abwahl informieren, als sie bei ihren Prüfungen auf «Verstösse gegen Gesetz oder Statuten» [101] gestossen ist, die als gravierend zu qualifizieren sind (Art. 729b, Abs. 1 in fine OR). Als solche wichtige Fälle haben insbesondere Verstösse gegen die Grundsätze der ordnungs-

mässigen Rechnungslegung, gewagte Spekulationen ausserhalb des Geschäftszweckes [102], aufgedeckte Wirtschaftsdelikte und verdeckte Gewinnausschüttungen (Art. 678 OR) zu gelten, die der Verwaltungsrat toleriert oder gar aktiv betreibt. Was letztere angeht sind diese in Anbetracht der beinahe unvermeidlichen Verwicklungen des Verwaltungsrates immer der Generalversammlung zu melden [103, 104].

##### b) Kapitalverlust/ keine Überschuldung

Ist einmal die finanzielle Krise bis zum Kapitalverlust fortgeschritten, obliegen der Revisionsstelle besondere Aufsichts- und subsidiäre Handlungspflichten. Insbesondere hat sie darauf zu achten, dass der Verwaltungsrat die Generalversammlung benachrichtigt und ihr Sanierungsmassnahmen zur Beschlussfassung unterbreitet. Bei Untätigkeit des Verwaltungsrates hat sie selbst die Generalversammlung einzuberufen und zu orientieren.

Will der Verwaltungsrat die Revisionsstelle abwählen lassen, kann er dies nur mittels Beschluss der Generalversammlung erreichen. Diese muss somit einberufen werden. In der Einladung sind sowohl die Wahl eines neuen Revisors als auch die Orientierung über den Kapitalverlust zu traktandieren. Fehlt letztes Traktandum, hat die Revisionsstelle von sich aus die Generalversammlung über den Kapitalverlust und die Unterlassung des Verwaltungsrates zu orientieren.

Hin und wieder kommt es vor, dass die Revisionsstelle erst nachträglich von ihrer Abwahl erfährt. Steht diese im Zusammenhang mit unterschiedlichen Auffassungen darüber, ob ein Kapitalverlust vorliegt oder nicht, muss ein solches Vorgehen des Verwaltungsrates als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden. Da der Rechtsmissbrauch keinen Schutz findet [105], hat die abgewählte Revisionsstelle nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die Generalversammlung über den Kapitalverlust zu orientieren, wenn dies der Verwaltungsrat nicht nachweislich selbst anlässlich der Wahlgeneralversammlung bereits tat. Hiervon hat sie sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten

aktiv zu vergewissern. Im Zweifelsfall hat sie selbst die Generalversammlung einzuberufen und zu orientieren.

Insbesondere dort, wo aufgrund einer Fortschreibung der Erfolgsrechnung auf der Grundlage des letzten revidierten Abschlusses oder aufgrund anderweitig verfügbarer Informationen [106] eine Überschuldung möglich oder gar naheliegend ist, wird sie den Verwaltungsrat trotz Abwahl um aktuelle Informationen angehen und ihn gegebenenfalls auffordern müssen, einen Zwischenabschluss zu erstellen. Seine darauffolgende Untätigkeit ist als gravierende Gesetzesverletzung zu qualifizieren, welche die Revisionsstelle verpflichtet, sie der Generalversammlung zu melden und diese gegebenenfalls selbst einzuberufen [107].

##### c) Bei Überschuldung

Um die Gefahr der Benachrichtigung des Richters durch die Revisionsstelle bei festgestellter Überschuldung zu bannen kommt es hin und wieder vor, dass sie *in extremis* abgewählt wird. Ein solches Vorgehen der Gesellschaft zielt einzig auf die Umgehung der zentralen Gläubigerschutzbestimmung von Art. 725, Abs. 2 OR und dient mithin in aller Regel einzig der Konkursverschleppung, deren Verhinderung Art. 729b OR bezweckt [108]. Als Gesetzesumgehung ist es somit als Rechtsmissbrauch zu qualifizieren [109]. Die Revisionsstelle verliert infolgedessen ihre Aktivlegitimation zur Überschuldungsanzeige durch ihre Abwahl nicht [110]. Sie bleibt vielmehr verpflichtet, subsidiär den Richter zu benachrichtigen. Angesichts des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Verwaltungsrates ist sie auch nicht mehr gehalten, ihm eine Nachfrist für die Überschuldungsanzeige zu setzen oder den Ablauf der von ihr bereits gesetzten Frist abzuwarten. Die auf dem Spiel stehenden Gläubigerinteressen, die der Verwaltungsrat offensichtlich missachtet, gebieten ihr vielmehr, sofort nach ihrer Abwahl den Gang zum Richter anzutreten. Eine gegenteilige Rechtsauffassung [111] hätte zur Folge, dass unter Umständen Monate verstreichen, bis die neue Revisionsstelle überhaupt in der Lage wäre, ihrerseits die Überschuldung festzustellen und entspre-



chend zu handeln. Sie würde auch der Gesellschaft ermöglichen, das Spiel der Abwahl so lange auf Kosten ihrer Gläubiger zu wiederholen, bis die letzte Liquidität definitiv aufgebraucht ist.

### 3.2 Rücktritt der Revisionsstelle

#### a) Rücktritt vor Eintreten eines Kapitalverlustes

Von Gesetzes wegen [112] hat der Revisor dem Verwaltungsrat seinen Rücktritt zu begründen. Dieser wiederum ist verpflichtet, die Gründe des Rücktrittes den Aktionären anlässlich der nächsten Generalversammlung mitzuteilen. In der Revisionspraxis [113] erfolgt die Demission mittels Schreiben an den Präsidenten des Verwaltungsrates, in dem die Gründe für den Rücktritt aufgeführt sind. Bei gravierenden Gesetzesverstössen hat die Revisionsstelle darüber hinaus die Pflicht, umgehend eine Generalversammlung einzuberufen und ihr die Gründe ihres Rücktrittes darzulegen [114].

#### b) Bei Kapitalverlust

Ist die Revisionsstelle im Lauf ihrer Revisionsarbeiten auf einen Kapitalverlust gestossen, hat sie den Verwaltungsrat darüber zu informieren und diesen Befund in ihrem Bericht aufzunehmen. Weiter hat sie zu kontrollieren, ob der Verwaltungsrat die Generalversammlung einberuft, sie über den Kapitalverlust informiert und ihr Sanierungsmassnahmen zur Beschlussfassung unterbreitet. Im Weigerungsfall hat sie selbst die Generalversammlung einzuberufen und sie über die Sachlage zu orientieren, bevor sie demissioniert.

Motivieren die der Revisionsstelle bekannten Tatsachen die Befürchtung einer seit dem letzten Bilanzstichtag eingetretenen Überschuldung, hat sie den Verwaltungsrat aufzufordern, gestützt auf Art. 725, Abs. 2 OR einen Zwischenabschluss zu erstellen und revidieren zu lassen. Weigert sich dieser, hat die Revisionsstelle die Generalversammlung darüber zu orientieren. Anschliessend darf sie zurücktreten, sofern sie aufgrund der ihr verfügbaren Informationen keinen Anlass hat, eine

offensichtliche Überschuldung anzunehmen. Im Zweifelsfall wird die Revisionsstelle jedoch den Richter benachrichtigen, um sich keinem Verantwortlichkeitsrisiko [115] auszusetzen.

#### c) Bei Überschuldung

Ist die Überschuldung der revidierten Gesellschaft eingetreten, welche die Revisionsstelle festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, darf sie erst demissionieren, wenn sie sämtlichen ihren entsprechenden Handlungspflichten nachgekommen ist. Bei einer offensichtlichen Überschuldung hat dies im Ergebnis zur Folge, dass sie bis zum Entscheid des Konkursrichters in ihrem Amt auszuharren hat.

Wird der Gesellschaft auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers ein Konkursaufschub gemäss Art. 725a, Abs. 1 OR gewährt, ist ein Rücktritt der Revisionsstelle in dieser Phase äusserst heikel und birgt das Risiko, die Sanierung wegen des eintretenden Vertrauensverlustes zu vereiteln [116]. Ferner ist es erfahrungsgemäss in diesem Stadium oft schwierig und immer mit erheblichen Kosten verbunden, einen neuen Revisor zu verpflichten, so dass die Mandatsniederlegung der Revisionsstelle zu diesem Zeitpunkt in der Regel zur Unzeit [117] erfolgt.

Zusammengefasst darf somit die Revisionsstelle ihr Mandat nach eingetretener Überschuldung erst niederlegen, nachdem sie ihren sämtlichen Handlungspflichten nachgekommen ist, welche ihr die finanzielle Situation der revidierten Gesellschaft auferlegt.

## C. Schlusswort

Sobald sich eine Unternehmenskrise zu einem Kapitalverlust oder zu einer Überschuldung verdichtet, hat sie eine Vielfalt von zusätzlichen Handlungspflichten für ihre Revisionsstelle zur Folge. Diese verfolgen das Ziel, die Einhaltung der primär dem Verwaltungsrat obliegenden Pflichten zur Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichtes, zur rechtzeitigen Einleitung von Sanierungsmassnahmen und zur Bilanzdeponierung bei ihrem

Scheitern sicherzustellen. Dementsprechend erhöhen sich die Anforderungen an die Revisionsstelle, je weiter die Krise fortschreitet: Die erste Steigerungsstufe ist mit dem Kapitalverlust erreicht, die letzte bei der offensichtlichen Überschuldung, die von ihr die psychologisch belastende Benachrichtigung des Richters abfordert, wenn sie der Verwaltungsrat unterlässt. An diesen gesteigerten Pflichten im Krisenfall zeigt sich deutlich, dass die Revisionsstelle ihre Aufsichtsfunktionen auch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und der Allgemeinheit wahrzunehmen hat. Dazu ist sie jedoch nur in der Lage, wenn sie sich ihre Unabhängigkeit gegenüber der Gesellschaft, ihren Aktionären und ihrem Verwaltungsrat tatsächlich bewahrt hat.

### Anmerkungen

- 1 Die Zahlungsunfähigkeit soll gemäss Art. 66 VE-RRG (Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision) ein gesetzlicher Konkursgrund werden.
- 2 Art. 725, Abs. 1 OR.
- 3 Art. 656b, Abs. 3 OR.
- 4 Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 1681 f., (zit. Böckli, Aktienrecht); Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizer Aktienrecht, Bern 1996, §50, N 196, (zit. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel); Homburger, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 725, N 1208, (zit. ZK-Bearbeiter); Wüstiner, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, herausgegeben von Honsell/Vogt/Watter, Basel 1994, Art. 725, N 18, (zit. OR-Bearbeiter).
- 5 Art 671 OR.
- 6 Art. 671a OR.
- 7 Art. 671b OR.
- 8 HWP 98, Bd. 2, N 3.14, S. 47.
- 9 ZK-Homburger, Art. 725, N 1209; gl. Meinung: HWP 98 Bd. 2, N 3.14, S. 47.
- 10 Gl. Meinung: Böckli, Aktienrecht, N 1681a; Camponovo, Aufgaben und Stellung der Revisionsstelle im Umfeld von Art. 725 OR in: ST 1997, S. 766, (zit. Camponovo, Revisionsstelle).
- 11 Gl. Meinung: Böckli, Aktienrecht, N 1680; Camponovo, Revisionsstelle, S. 768.
- 12 Art. 725, Abs. 1 OR.
- 13 Art. 716a, Ziff. 3 OR.
- 14 Böckli, Aktienrecht, N 1680b; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §50, N 198; Handschin, Die Pflichten und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Sanierungsfall in: ZBJV 136 (2000), S. 443, (zit. Handschin); ZK-Homburger, Art. 725, N 1198; Lanz, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Zürich 1985, S. 96 (zit. Lanz, Kapitalverlust).
- 15 HWP 98 Bd. 2, N 3.14, S. 47.

- 16 Vorentwürfe und Begleitbericht der Expertenkommission «Rechnungslegungsrecht» zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 29. Juni 1998, S. 151.
- 17 Helbling, Bilanz- und Erfolgsanalyse, 10. A., Bern 1997, S. 93. ZK-Homburger, Art. 725, N 1232; OR-Wüstiner, Art. 725, N 37; Grundsätze der Abschlussprüfung, Ausgabe 1996, Herausgeber: Treuhänd-Kammer, Nr. 13 Fortführung der Unternehmenstätigkeit (Going-Concern), Ziff. 1.2. und Nr. 15 Verhalten der Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung, Ziff. 3.3.
- 18 Art. 725, Abs. 2 OR.
- 19 BBl 1983 II, S. 847.
- 20 Camponovo, Wann ist Überschuldung offensichtlich?, ST 2000, S. 68 (zit. Camponovo, Überschuldung).
- 21 Böckli, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Schriften zum neuen Aktienrecht, herausgegeben von Druey/Forstmoser, Zürich 1994, S. 79 (zit. Böckli, Revisionsstelle).
- 22 Camponovo, Überschuldung, S. 68.
- 23 Vgl. nachfolgend, Ziff. 2.
- 24 Camponovo, Überschuldung, S. 71 f.
- 25 Camponovo, Überschuldung, S. 70, erläutert die Problematik anhand der Bewertung eines Patentes mit «schwieriger Bewertung der Zukunftsrealisierung».
- 26 Madörin, Handbuch zur Revision und Buchhaltung (RHB), Basel 1998, S. 104 f.
- 27 Art. 191 SchKG; OR-Wüstiner, Art. 725, N 9.
- 28 Helbling, Bilanz- und Erfolgsanalyse, 10. A., Bern 1997, S. 93; HWP 1998, Bd. 1, 2.25, S. 66; Grundsätze der Abschlussprüfung, Ausgabe 1996, Herausgeber: Treuhänd-Kammer, Nr. 13, Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit (Going-Concern), insbes. Ziff. 1.4.
- 29 Insbesondere auf die Bedürfnisse des Betriebes ausgerichtete Aktiven wie Warenlager, Halbfabrikate, EDV-Anlagen, Produktionsanlagen, Industriegebäude etc. können erfahrungsgemäss – wenn überhaupt – oft nur unter Inkaufnahme eines erheblichen Preisabschlages im Vergleich zu ihren Buchwerten veräussert werden.
- 30 Art. 725, Abs. 1 OR.
- 31 Boemle, Unternehmungsfinanzierung, 12. A., Zürich 1998, S. 582.
- 32 Art. 670 OR; die zwingende Bildung einer Aufwertungsreserve schränkt die Bilanzwirksamkeit dieser Aufwertung erheblich ein.
- 33 Art. 735 OR.
- 34 Vgl. hierzu Camponovo, Aktienkapitalerhöhung durch Verrechnungslibrierung, ST 1999, S. 885 ff.
- 35 Art. 725, Abs. 2 OR.
- 36 Art. 725, Abs. 2 OR.
- 37 So schon BGE 76 I 167; Lanz, Kapitalverlust, S. 153 ff.
- 38 BGE 106 II 232; Brunner, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft in: AJP 1992, S. 811; OR-Wüstiner, Art. 725, N 4 f.
- 39 BGE 122 III 176, 193; 106 II 232, 235; 99 Ia 10,16; 99 Ib 104, 110. Die überwiegende Lehrmeinung teilt diese Auffassung (vgl. zum Stand der Diskussion Forstmoser, Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, Zürich 1997, S. 88 ff.).
- 40 OR-Wüstiner, Art. 725, N 1.
- 41 Gemäss § 92, Abs. 2 AktG beträgt die Frist maximal 3 Wochen.
- 42 Vgl. Art. 64, Abs. 2, lit. b VE-RRG: Die Frist zur Bilanzdeponierung beträgt maximal 60 Tage nach der Feststellung der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit, wenn eine «konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit» innert dieser Frist «behalten wird».
- 43 So schon für das alte Recht ZK-Bürgi, Art. 725, N 11 und Lanz, Kapitalverlust, S. 139; für das neue Aktienrecht, das diesbezüglich keine Änderungen brachte: Camponovo, Revisionsstelle, S. 768; ZK-Homburger, Art. 725, N 1256 ff.; Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 2. A., Zürich 1999, S. 187; Witmer, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1999, in: Schriftenreihe der Treuhänd-Kammer, Band 162, Winterthur 1999, S. 126, (zit. Witmer); OR-Wüstiner, Art. 725, N 40.
- 44 Bertschinger, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 160.; Dubach, Handlungsalternativen des Verwaltungsrates bei Überschuldung der AG, ST 1997 (zit. Dubach, Handlungsalternativen), S. 58; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 50, N 212; Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987, S. 249, N 842 f.; Handschin, S. 446; Krneta, Praxis-Kommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, N 2213.
- 45 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N 212.
- 46 Dubach, Handlungsalternativen, S. 58.
- 47 Handschin, S. 447.
- 48 Handschin, S. 446.
- 49 Gulich, Rechtliche Aspekte bei der Gründung einer Auffanggesellschaft i.w.S., Diss. Zürich 1993, S. 64 ff. (zit. Gulich).
- 50 Gulich, S. 36.
- 51 ZK-Homburger, Art. 725, N 1256 f.
- 52 Art. 288a SchKG.
- 53 Art. 219 Abs. 5 Ziff. 2 SchKG.
- 54 Art. 213 SchKG; BGE 101 III 111; Giroud, Rechtliche Aspekte bei der Gründung einer Auffanggesellschaft i.w.S., Diss. Zürich 1993, S. 143; ZK-Hardmeier, Art. 725a, N 1323.
- 55 Art. 725a, Abs. 2 OR; Böckli, Aktienrecht, N 1718; Dubach, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt in: SJZ 94 (1998), S. 157, (zit. Dubach, Konkursaufschub); BGE 120 II 427.
- 56 Böckli, Aktienrecht, N1834b.
- 57 OR-Dreifuss/Lebrecht, Art. 699, N 5; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23, N 20; BGE 86 II 182 f.; missverständlich Brunner, Handlungsalternativen, S. 933, wonach die Revisionsstelle den Verwaltungsrat auf seine Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung hinweisen «kann».
- 58 HWP 98 Bd. 2, N 4.12, S. 385; Böckli, Aktienrecht, N 1834b.
- 59 Grundsätze zur Abschlussprüfung, Ausgabe 1996, Herausgeber: Treuhänd-Kammer, Nr. 15, Verhalten der Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung, Ziff. 4.4. f.
- 60 Böckli, Aktienrecht, N 1668a.
- 61 HWP 98 Bd. 2, N 3.14, S. 48.
- 62 Böckli, Aktienrecht, N1813a.
- 63 Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechtes vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II, S. 932; Brunner, Handlungsalternativen, S. 935; Camponovo, Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle in: SZW/RSDA 1996, S. 213 (zit. Camponovo, Benachrichtigung).
- 64 Camponovo, Revisionsstelle, S. 769, Fn. 20 in fine; vergleiche hinten Ziff. 2.4.
- 65 ZK-Homburger, Art. 725, N 1269.
- 66 HWP 98 Bd. 2, N 3.14, S. 52.
- 67 Züger, Aufwertung nach Art. 670 OR in: ST 1994, S. 919, (zit. Züger).
- 68 Böckli, Aktienrecht, N 927.
- 69 OR-Neuhaus, Art. 670, N 10.
- 70 HWP 98 Bd. 1, N 2.38431, S. 380; Böckli, Aktienrecht, N 1840s und 1840t.
- 71 HWP 98 Bd. 1, N 2.38431, S. 380.
- 72 HWP 98 Bd. 1, N 2.38431, S. 381; Böckli, Aktienrecht, N 1840v; Züger, S. 921 f.
- 73 Gemäss Art. 671b OR darf die Aufwertungsreserve nur durch Umwandlung in Aktienkapital, durch Wiederabschreibung der aufgewerteten Aktiven oder durch deren Veräusserungen aufgelöst werden.
- 74 Art. 729b, Abs. 2 OR.
- 75 Art. 725, Abs. 2 OR.
- 76 ZK-Homburger, Art. 725, N 39.
- 77 HWP 98 Bd. 2, N 3.14233, S. 51.
- 78 Böckli, Aktienrecht, N1694; HWP 98 Bd. 2, N 3.14233, S. 51.
- 79 OR-Wüstiner, Art. 725, N 47; HWP 98 Bd. 2, N 314233, S. 52.
- 80 Peter Böckli, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Schriften zum neuen Aktienrecht, Zürich 1994, S. 85 ff., (zit. Böckli, Neuerungen); Böckli, Aktienrecht, N 1802; Camponovo, Revisionsstelle, S. 769; ZK-Homburger, Art. 725 N 1248; Witmer, S. 139 ff.; HWP 98 Bd. 2, N 3.14234, S. 52; Grundsätze der Abschlussprüfung, Nr. 15, Verhalten der Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung, Ziff. 4.19.
- 81 Böckli, Aktienrecht, N 1703; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N 219; Witmer, S. 173 ff.
- 82 Das Gesetz schreibt keinen bestimmten Minimalumfang des Rangrücktrittes vor. Damit er jedoch seinen Zweck erfüllen kann ist er so zu bemessen, dass er das für die durchzuführende Sanierung notwendige Kapital zusätzlich einer Reserve für Unvorhergesehenes abdeckt. Da die Schwelle für die Durchführung von Sanierungsmaßnahmen beim Kapitalverlust angesetzt wurde muss meines Erachtens bei Gesellschaften mit einem im Vergleich zur Unternehmenstätigkeit kleinen Aktienkapital im Zweifelsfall die Höhe des Rangrücktrittsbetrages genügend sein, um sie zu unterschreiten (vgl. hierzu insbes. Böckli, Aktienrecht, N 1705c, Camponovo, Revisionsstelle, S. 770, Witmer, S. 178 ff.; HWP 1998, Bd. 2, N 3.14, S. 53).
- 83 Witmer, S 176.
- 84 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N 217; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, N 1705d; ZK-Homburger, Art. 725, N 1279; Witmer, S. 195.
- 85 Urteil des Tribunal du canton de Vaud vom 18.11.1981 in: SAG 1982, S. 7 ff.

- 86 ZK-Homburger, Art. 725, N 1267; OR-Wüstner, Art. 725, N 47. und 725, N 1267.
- 87 Art. 286ff. SchKG.
- 88 Von Greyerz, Zum Rangrücktritt in: SZW (SAG) 55 (1985) S. 28.
- 89 Peter Böckli, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Schriften zum neuen Aktienrecht, Zürich 1994, S. 87; Eggmann, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, Diss. Zürich 1994, Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 176, S. 159 und ausführlich Witmer, S. 140 und 222ff.; HWP 98, Bd. 2, N 3.14234, S. 52.
- 90 Witmer, S. 222ff.
- 91 Witmer, S. 223.
- 92 Zur Beweissicherung sind diese Dokumente zu den Revisionsakten zu nehmen, damit die Revisionsstelle in einem allfälligen späteren Verantwortlichkeitsprozess den Nachweis ihrer aufgewendeten Sorgfalt erbringen kann.
- 93 HWP 1998, Bd. 2, 3.14, S. 50ff.
- 94 Dazu ausführlich unten sub Ziff. 4.1, lit. c.
- 95 BBl 1983 II, S. 847, 927 und 932; OR-Pedroja/Watter, Art. 729b, N 6.
- 96 So auch die Empfehlung von Böckli, Neuerungen, S. 85.
- 97 ZR 1995, S. 152f.
- 98 Brunner, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Basel 1998, Art. 192, N 10; ZK-Hardmeier, Art. 725a, N 1330.
- 99 Eine Spur grosszügiger ist Camponovo, Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die Revisionsstelle in: SZW/RSDA 1996, S. 217, (zit. Camponovo, Benachrichtigung).
- 100 BGE 122 III 176 ff; Forstmoser, Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, Zürich 1997, S. 99, N 329.
- 101 Art. 729b Abs. 1 OR.
- 102 ZK-Bürgi, Art. 729, N 19.
- 103 Watter, Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften: die zivil- und handelsrechtliche Sicht, Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Band 150, Verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 159; etwas zurückhaltender Böckli, Neuerungen, S. 49.
- 104 Besonders heikel sind die verdeckten Gewinnausschüttungen, die nur einzelnen Aktionären oder ihnen nahestehende Personen unter Ausschluss der übrigen gewährt werden. Hierin liegt immer ein Verstoß gegen das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot (Art. 717, Abs. 2 OR; Böckli, Aktienrecht, N 1657; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, N 50).
- 105 Art. 2, Abs. 2 ZGB.
- 106 Zu denken ist insbesondere an die in der Praxis nicht so seltenen Fälle, wo eine Schwestergesellschaft der Revisionsstelle, die in Personalunion mit ihr geführt wird, das Rechnungswesen der betreffenden Gesellschaft betreut.
- 107 Kistler, Perte de capital et surendettement in: ST 1993, S. 213.
- 108 OR-Pedroja/Watter, Art. 729b, N 6.
- 109 Grundsätze zur Abschlussprüfung Nr. 15, Verhalten der Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Überschuldung, Ziff. 4.28.
- 110 Camponovo, Benachrichtigung, S. 151.
- 111 Kunz, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Schriften zum neuen Aktierecht, Zürich 1994, S. 30.
- 112 Art. 727e OR.
- 113 HWP 98, Bd. 2, N 3.12334, S. 30.
- 114 OR-Dreifuss/Lebrecht, Art. 699, N 5; HWP 98 Bd. 2, N 3.12334, S. 30ff.
- 115 Art. 755 OR.
- 116 Im Unterschied zur Konkurseröffnung entfallen mit der Bewilligung des Konkursaufschubes die Aufgaben der Revisionsstelle nicht (Camponovo, Aufgaben der aktienrechtlichen Revisionsstelle bei Liquidation oder Sanierung in: ST 2000, S. 497ff.).
- 117 Art. 404, Abs. 2 OR.

## RESUME

# Les tâches de l'organe de révision de la SA en crise

L'article analyse et détaille les devoirs de l'organe de révision d'une société anonyme faisant face à une crise financière.

Les notions principales régissant une crise financière sont:

- la perte de capital;
- le surendettement;
- le surendettement manifeste (art. 729b CO);
- l'insolvabilité.

Cette dernière n'est cependant pour l'instant pas encore une cause de faillite obligatoire quoiqu'elle oblige la société à évaluer ses actifs selon leur valeur de liquidation ce qui peut provoquer un surendettement.

Se basant sur l'arrêt 116 II 541 du Tribunal fédéral, une partie influente de la doctrine soutient la légalité

d'un assainissement en dehors de toute procédure judiciaire d'une société surendettée. L'auteur est cependant d'avis qu'un tel assainissement sans capital engage la responsabilité des administrateurs et, en cas de surendettement manifeste, celui de l'organe de révision. Toute autre interprétation irait à l'encontre des intérêts légitimes des créanciers que sont censés protéger les dispositions sur l'ajournement de la faillite, selon l'article 725a CO. De toute façon, même la reconnaissance d'un ajournement de faillite sans recours au juge ne libère pas l'organe de révision de son devoir subsidiaire de déposer le bilan en cas de surendettement manifeste, selon l'article 729b CO.

Afin d'éviter l'information de l'assemblée générale sur les difficultés financières de la société par l'organe de révision ou même d'empêcher celui-

ci de déposer subsidiairement le bilan en cas de surendettement manifeste, le conseil d'administration concerné tente parfois de le faire révoquer par l'assemblée générale. Un tel comportement est cependant à qualifier d'abus de droit et l'organe de révision conserve sa légitimation soit d'informer l'assemblée générale, soit de déposer le bilan subsidiairement, même après sa révocation par l'assemblée générale.

Dans le but de protéger les intérêts des créanciers sociaux, il n'est pas non plus permis à l'organe de révision de déposer son mandat avant d'avoir accompli tous les devoirs que lui dicte la situation particulière de la société qu'il lui incombe de réviser. Ceci a pour conséquence qu'en cas de surendettement manifeste, il reste lié à son mandat jusqu'à l'ouverture de la faillite. *MH*