

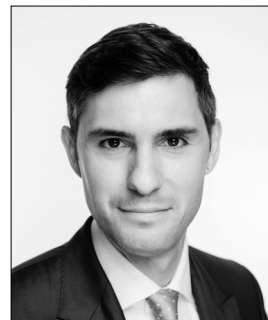


Überschuldungsprüfung – durch wen?

Zur Zulässigkeit der Prüfung der Zwischenabschlüsse durch die doppelmandatierte Revisionsstelle

ANDREAS BINDER*

ROMAN S. GUTZWILLER**



Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung der Aktiengesellschaft hat der Verwaltungsrat Zwischenabschlüsse zu erstellen und der Revisionsstelle zur Prüfung vorzulegen (Art. 725b Abs. 1 und 2 OR). Bislang ist ungeklärt, ob die Revisionsstelle einer der eingeschränkten Revision unterliegenden Aktiengesellschaft die Prüfung der Zwischenabschlüsse auch dann vornehmen kann, wenn sie in Anwendung von Art. 729 Abs. 2 OR bei der Buchführung mitgewirkt oder für die betreffende Gesellschaft andere Dienstleistungen erbracht hat, soweit sie mittels organisatorischer und personeller Massnahmen die Verlässlichkeit der Prüfung sicherstellt. Eine Auslegung der massgebenden Gesetzesbestimmungen anhand der vier klassischen Auslegungselemente führt zur Bejahung dieser Rechtsfrage. Entscheidend sind dabei insbesondere das Zusammenspiel von Art. 725b Abs. 2 OR mit der Pflicht der Revisionsstelle zur Überschuldungsanzeige bei Untätigkeit des Verwaltungsrates (Art. 729c OR) sowie teleologische Gesichtspunkte, gerade in Bezug auf die Qualität und Geschwindigkeit der Prüfung.

S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société anonyme est surendettée, le conseil d'administration doit établir des comptes intermédiaires et les faire vérifier par l'organe de révision (art. 725b al. 1 et 2 CO). Jusqu'à présent, la question de savoir si l'organe de révision d'une société anonyme soumise au contrôle restreint peut également procéder à la vérification des comptes intermédiaires lorsque, en application de l'art. 729 al. 2 CO, il a collaboré à la tenue de la comptabilité ou fourni d'autres prestations à la société concernée, pour autant qu'elle garantisse la fiabilité de l'audit par la mise en place de mesures sur le plan de l'organisation et du personnel, n'a pas été tranchée. Une interprétation des dispositions légales applicables au moyen des quatre approches usuelles permet de répondre par l'affirmative à cette question. Les éléments déterminants résident dans l'interaction entre les art. 725b al. 2 et 729c CO, qui obligent l'organe de révision à effectuer un avis de surendettement en cas d'inaction du conseil d'administration, et ressortent d'aspects de nature téléologique, notamment en ce qui concerne la qualité et la rapidité de la vérification.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsprechung zum Untersuchungsgegenstand
 - A. Allgemeiner Befund
 - B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7872/2015 vom 21. April 2016
 1. Sachverhalt und Erwägungen
 2. Nichtanwendbarkeit des Urteils auf die hier untersuchte Fragestellung
 3. Aufhebung des Urteils durch das Bundesgericht
- III. Stellungnahmen in der Literatur zum Untersuchungsgegenstand
 - A. Prüfungshandlungen und Prüfungsumfang bei der Prüfung der Zwischenabschlüsse
 - B. Zuständigkeit für die Prüfung der Zwischenabschlüsse
 - C. Anforderungen zur Unabhängigkeit bei Vornahme von Spezialprüfungen, insbesondere bei der Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR
- IV. Auslegung der relevanten Gesetzesbestimmungen
 - A. Grammatikalische Auslegung
 1. Art. 725b OR
 2. Art. 728 und 729 OR
 3. Zwischenfazit

B. Systematische Auslegung

1. Verhältnis und Zusammenspiel von Art. 725b Abs. 2 OR zu bzw. mit Art. 728 und 729 OR
2. Verhältnis und Zusammenspiel von Art. 725b Abs. 2 OR zu bzw. mit Art. 725b Abs. 5 und Art. 729c OR
3. Zwischenfazit

C. Historische Auslegung

1. Anforderungen an die Unabhängigkeit der Revisionsstelle
2. Zuständigkeit für die Prüfung der Zwischenabschlüsse im Falle der begründeten Besorgnis einer Überschuldung
3. Zwischenfazit

D. Teleologische Auslegung

1. Qualität und Geschwindigkeit der Prüfung der Zwischenabschlüsse
2. Missbrauchspotenzial bei Übergehung der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle
3. Potenzielle Schwierigkeit, zeitnah einen zugelassenen Revisor zu finden, der bereit ist, das Prüfmandat zu übernehmen
4. Tendenziell höhere Kosten der Prüfung durch einen ad hoc beigezogenen Prüfer
5. Zwischenfazit

V. Fazit

I. Einleitung

Damit die Revisionsstelle als gesetzlich vorgesehenes Gesellschaftsorgan im System der Aktiengesellschaft die ihr zugeschriebene Funktion korrekt erfüllen kann, muss sie unabhängig sein. Die Anforderungen an die Unabhängig-

* ANDREAS BINDER, Prof. em. Dr. iur. et lic. oec. HSG, Rechtsanwalt, Binder Rechtsanwälte KLG, emeritierter Honorarprofessor an der Universität St. Gallen.

** ROMAN S. GUTZWILLER, Dr. iur. HSG, MBA (HEC Paris), Rechtsanwalt, Binder Rechtsanwälte KLG, Lehrbeauftragter und Habilitand an der Universität St. Gallen. Die Autoren haben im Jahr 2022 für EXPERTsuisse, TREUHAND SUISSE und veb.ch ein Rechtsgutachten zu dieser Rechtsfrage erstellt.

keit der Revisionsstelle unterscheiden sich je nachdem, ob die Aktiengesellschaft der ordentlichen oder der eingeschränkten Revision unterliegt. Art. 728 OR enthält eine strenge Regelung der Unabhängigkeit der Revisionsstelle von Aktiengesellschaften, die ihre Jahresrechnung und gegebenenfalls ihre Konzernrechnung ordentlich prüfen lassen müssen; bei der ordentlichen Revision nicht mit der Unabhängigkeit der Revisionsstelle vereinbar ist insbesondere das Mitwirken bei der Buchführung sowie das Erbringen anderer Dienstleistungen, durch die das Risiko entsteht, als Revisionsstelle eigene Arbeiten überprüfen zu müssen (Art. 728 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Anders verhält es sich bei der eingeschränkten Revision: Gemäss Art. 729 Abs. 2 OR ist es der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle gestattet, bei der Buchführung der zu prüfenden Gesellschaft mitzuwirken oder für die zu prüfende Gesellschaft andere Dienstleistungen zu erbringen, sofern dort, wo das Risiko der Überprüfung eigener Arbeiten besteht, durch geeignete organisatorische und personelle Massnahmen eine verlässliche Prüfung sichergestellt wird.

Kommt bei einer Aktiengesellschaft die begründete Besorgnis einer Überschuldung auf, so ist der Verwaltungsrat nach Art. 725b Abs. 1 OR verpflichtet, unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und zu Veräusserungswerten zu erstellen. Gestützt auf Art. 725b Abs. 2 OR muss der Verwaltungsrat die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen. Unterliegt die betreffende Gesellschaft der eingeschränkten Revision, so hat die Revisionsstelle, die nun die aufgrund begründeter Besorgnis einer Überschuldung erstellten Zwischenabschlüsse prüfen soll, gegebenenfalls an der Buchführung mitgewirkt oder andere Dienstleistungen für die Gesellschaft erbracht.

In Bezug auf die Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR stellt sich die Frage, ob es zulässig ist, bei Aktiengesellschaften, die der eingeschränkten Revision unterliegen, im Falle der begründeten Besorgnis einer Überschuldung die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse zu beauftragen, wenn die Revisionsstelle in Anwendung von Art. 729 Abs. 2 OR bei der Buchführung mitgewirkt oder andere Dienstleistungen für die betreffende Gesellschaft erbracht hat, sofern durch geeignete organisatorische und personelle Massnahmen eine verlässliche Prüfung sichergestellt wird. Während EXPERTsuisse, der Expertenverband für Wirtschaftsprüfung, Steuern und Treuhand, dies in den aktuellen Richtlinien zur Unabhängigkeit (RzU) bejaht (Art. 151 Satz 1 RzU), vertritt die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde in ihren im

Jahr 2023 publizierten FAQ zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei punktuellen Dienstleistungen die Auffassung, dass die im Kontext der begründeten Besorgnis einer Überschuldung erstellten Zwischenabschlüsse nicht durch die Revisionsstelle geprüft werden können, falls diese bei der Buchführung mitgewirkt oder andere Dienstleistungen mit dem Risiko einer Selbstprüfung erbracht hat. Als Begründung bringt die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde vor, dass die Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR «sowohl im Prüfziel als auch in der Prüfungsmethodik der ordentlichen Revision und nicht der eingeschränkten Revision» entspreche, womit die Unabhängigkeitsregeln von Art. 728 OR heranzuziehen seien.¹

Die Rechtsfrage nach der Vereinbarkeit der Prüfung der im Rahmen der begründeten Besorgnis einer Überschuldung erstellten Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle mit deren Mitwirkung bei der Buchführung bzw. deren Erbringen von anderen Dienstleistungen bildet Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Hierfür wird zunächst auf die Rechtsprechung (Kap. II.) und die Literatur (Kap. III.) zum Untersuchungsgegenstand eingegangen. Sodann erfolgt eine Auslegung der relevanten Gesetzesbestimmungen anhand der klassischen Auslegungselemente (Kap. IV.). Der Aufsatz endet mit einem Fazit und der Beantwortung der zu untersuchenden Rechtsfrage (Kap. V.).

II. Rechtsprechung zum Untersuchungsgegenstand

A. Allgemeiner Befund

Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches gemäss Art. 31 f. und Art. 33 lit. e VGG i.V.m. Art. 28 Abs. 2 RAG als Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde amtiert, und jener des Bundesgerichts zeigt, dass die einleitend erwähnte Rechtsfrage weder vom Bundesverwaltungsgericht noch vom Bundesgericht geklärt wurde.

Zwar hatte das Bundesverwaltungsgericht verschiedene Beschwerden zu beurteilen, die sich gegen Verfügungen der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde richteten, durch welche den Betroffenen aufgrund eines

¹ Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde, Darf ein Revisionsunternehmen gesetzlich vorgeschriebene punktuelle Revisionsdienstleistungen (auch: Prüfung besonderer Vorgänge) für ein Unternehmen erbringen, bei dem es auch bei der Buchführung mitwirkt oder andere Dienstleistungen erbringt, bei denen das Risiko der Überprüfung eigener Arbeiten entsteht?, Bern 2023, Internet: <https://www.rab-asr.ch/#/page/102/1698> (Abruf 20.5.2024).

Verstosses gegen die Unabhängigkeitsbestimmungen und des resultierenden Wegfalls der Zulassungsvoraussetzung des unbescholtenen Leumundes i.S.v. Art. 4 Abs. 1 RAG die Zulassung als Revisor bzw. Revisionsexperte befristet oder dauerhaft entzogen worden war;² soweit ersichtlich ging es dabei aber nie um die Durchführung einer Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle, die in Anwendung von Art. 729 Abs. 2 OR an der Buchführung mitgewirkt oder andere Dienstleistungen für die betreffende Gesellschaft erbracht hatte.

B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7872/2015 vom 21. April 2016

Dies gilt, wie im Folgenden dargelegt wird, auch für das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7872/2015 vom 21. April 2016, welches in der Praxis für Aufsehen gesorgt hat.

1. Sachverhalt und Erwägungen

Im erwähnten Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde gegen den auf die Dauer von zwei Jahren befristeten Entzug der persönlichen Zulassung und der Zulassung des Einzelunternehmens als Revisionsexperten aufgrund des Verstosses gegen die Unabhängigkeitsregeln abgewiesen. Beschwerdeführer war ein zugelassener Revisionsexperte, der über sein ebenfalls als Revisionsexperte zugelassenes Einzelunternehmen die Gründungsprüfung i.S.v. Art. 635a OR für eine Aktiengesellschaft durchführte, welche mittels Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag das Geschäft einer einfachen Gesellschaft mit allen Aktiven und Passiven übernommen hatte.

Das Bundesverwaltungsgericht wies dabei auf drei wesentliche Sachverhaltsfeststellungen hin, die dem als Beschwerdeführer auftretenden Revisionsexperten von der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde zum Vorwurf gemacht wurden:

- Der Revisionsexperte war als Mitgründer der besagten Aktiengesellschaft aufgetreten und hielt Aktien im Umfang von 5 % des Aktienkapitals.
- Er pflegte enge geschäftliche Beziehungen zu den Mitgründern, bedeutenden Aktionären und Verwaltungsratsmitgliedern der Gesellschaft.

- Er wurde an der Gründungsversammlung der Aktiengesellschaft in den Verwaltungsrat gewählt.

Das Bundesverwaltungsgericht kam wie die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde zum Schluss, dass der Revisionsexperte in mehrfacher Hinsicht gegen die Unabhängigkeitsbestimmungen verstossen habe, wodurch sich ein befristeter Entzug der Zulassung als Revisionsexperte rechtfertige. Im Rahmen seiner Erwägungen schützte das Bundesverwaltungsgericht dabei die Ausführungen der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde, wonach «die Gründungsprüfung sowohl im Prüfziel als auch in der Prüfmethodik der ordentlichen Revision entspreche, da letztlich eine positive Prüfaussage (sog. positive assurance) erfolge», so dass «bei der Gründungsprüfung die Unabhängigkeitsbestimmungen von Art. 728 OR bezüglich der ordentlichen Revision einschlägig sind» und dass bei der Gründungsprüfung «mehr Parallelen zur ordentlichen Revision bestehen als zur eingeschränkten».³

2. Nichtanwendbarkeit des Urteils auf die hier untersuchte Fragestellung

Nach unserem Dafürhalten lässt sich aus diesem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts für die hier untersuchte Fragestellung nichts ableiten:

Erstens betrifft das Urteil eine andere gesetzliche Spezialprüfung: Im dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um eine Gründungsprüfung, d.h. um die Prüfung, ob der Gründungsbericht vollständig und richtig ist, und um die Abgabe einer schriftlichen Bestätigung (Art. 635a OR). Im Gegensatz dazu befasst sich der vorliegende Aufsatz mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse i.S.v. Art. 725b Abs. 2 OR, welche bei Aufkommen der begründeten Besorgnis einer Überschuldung durch den Verwaltungsrat zu erstellen sind. Bei der Prüfung der Zwischenabschlüsse stellt sich die Frage, ob diese durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle – quasi in Fortsetzung ihres Mandates zur (eingeschränkten oder ordentlichen) Revision der Jahresrechnung – durchgeführt werden kann oder muss, während es bei der Gründungsprüfung aus sachlogischen Gründen noch gar keine von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle geben kann.

Zweitens liegen dem Urteil klare Verstösse gegen die Unabhängigkeit zugrunde: Der als Beschwerdeführer auftretende Revisionsexperte war Mitgründer der besagten Aktiengesellschaft, pflegte enge geschäftliche Beziehungen zu den anderen Mitgründern, zu bedeutenden

² Vgl. z.B. BVGer, B-3781/2018, 8.6.2020; B-2332/2018, 11.3.2020; B-3972/2016, 5.6.2018; B-3409/2016, 26.3.2018; B-456/2016, 19.7.2017; B-4117/2015, 16.1.2017; B-5317/2014, 14.7.2016; B-5434/2014, 14.7.2016; B-6791/2015, 27.4.2016.

³ BVGer, B-7872/2015, 21.4.2016, E. 3.5.6.

Aktionären und zu den Verwaltungsratsmitgliedern und wurde an der Gründungsversammlung der Aktiengesellschaft in den Verwaltungsrat gewählt. Bei der vorliegend zu diskutierenden Rechtsfrage geht es hingegen um die Mitwirkung bei der Buchhaltung (oder das Erbringen anderer Dienstleistungen) durch die doppelmandatierte Revisionsstelle bei Gesellschaften, die der eingeschränkten Revision unterliegen, für welche aufgrund der Ausnahmebestimmung von Art. 729 Abs. 2 OR hinsichtlich der Unabhängigkeit der Revisionsstelle besondere Regeln gelten.

Schliesslich handelt es sich bei der Wiedergabe der in Kap. II.B.1. aufgeführten Erwägung der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde durch das Bundesverwaltungsgericht um nicht entscheidungsrelevante Gesichtspunkte (sog. obiter dicta), da es sich beim inkriminierten Verhalten des Revisionsexperten klarerweise um Verstösse gegen die Unabhängigkeitsregeln handelt, unabhängig davon, ob man die gesetzliche Unabhängigkeitsbestimmung zur ordentlichen Revision (Art. 728 OR) oder jene zur eingeschränkten Revision (Art. 729 OR) als Beurteilungsmassstab heranzieht. Wie das Bundesverwaltungsgericht – unter Hinweis auf die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung – selbst betont, sind die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision und bei der eingeschränkten Revision grundsätzlich dieselben, freilich unter Ausnahme von den in Art. 729 Abs. 2 OR genannten Tätigkeiten.⁴ Ein mehrfacher Verstoß gegen die Unabhängigkeit wäre folglich vom Bundesverwaltungsgericht auch dann festgestellt worden, wenn es nicht die Unabhängigkeitsbestimmung von Art. 728 OR, sondern diejenige von Art. 729 OR herangezogen hätte. Die in Kap. II.B.1. zitierten Ausführungen der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde bzw. des Bundesverwaltungsgerichts hatten somit keinen Einfluss auf das Ergebnis des Urteils.

3. Aufhebung des Urteils durch das Bundesgericht

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wurde im Rahmen einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom Bundesgericht mit Urteil 2C_487/2016 vom 23. November 2016 aufgehoben.

Entscheidend für die Gutheissung der Beschwerde war der Umstand, dass – unter Berücksichtigung aller Sachverhaltselemente – der befristete Entzug der Zulassung des Revisionsexperten nach bundesgerichtlicher

Auffassung als eine unverhältnismässige Sanktion zu qualifizieren sei und ein schriftlicher Verweis die angezeigte Sanktion darstelle; die Unverhältnismässigkeit des befristeten Zulassungsentzuges ergebe sich aus dem konkreten Verhalten des Revisionsexperten, wobei dem Revisionsexperten namentlich zugutezuhalten sei, dass er sich in seiner beruflichen Laufbahn keine anderen Pflichtverletzungen habe zuschulden kommen lassen und nach Bekanntgabe des Sachverhaltes an die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde von sich aus unverzüglich sämtliche zur Wiederherstellung des Publikumsschutzes notwendigen Massnahmen ergriffen habe.⁵

Im Rahmen seiner Erwägungen führte das Bundesgericht – ohne nähere Begründung – aus, dass der Revisionsexperte «nicht gegen die (die ordentliche Revision betreffende) Bestimmung von Art. 728 Abs. 1 OR, aber gegen die Zulassungsvoraussetzung des guten Leumundes verstossen» habe.⁶

Warum das Bundesgericht, anders als das Bundesverwaltungsgericht, einen Verstoß gegen Art. 728 Abs. 1 OR verneint, wird nicht dargelegt. Insbesondere äussert sich das Bundesgericht nicht dazu, ob Art. 728 OR, der sich aufgrund seiner systematischen Stellung im Obligationenrecht auf die ordentliche Revision der Jahresrechnung bezieht, überhaupt auf die für eine Gründungsprüfung geforderte Unabhängigkeit Anwendung findet oder nicht.

III. Stellungnahmen in der Literatur zum Untersuchungsgegenstand

Im Schrifttum erfolgt vor allem eine Diskussion darüber, von welchen Prüfungshandlungen und welchem Prüfungsumfang bei der Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR (bzw. bei der Prüfung der Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 aOR) auszugehen ist (Kap. III.A.) und inwieweit bei Gesellschaften, die einer Revisionspflicht unterliegen, diese Prüfung von der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle vorzunehmen ist (Kap. III.B.). Deutlich weniger Stellungnahmen finden sich zur einleitend dargelegten und im vorliegenden Aufsatz untersuchten Rechtsfrage, zu der sich, soweit ersichtlich, noch keine herrschende Meinung etabliert hat (Kap. III.C.).

⁴ BVGer, B-7872/2015, 21.4.2016, E. 3.5.7.

⁵ BGer, 2C_487/2016, 23.11.2016, E. 2.5.

⁶ BGer, 2C_487/2016, 23.11.2016, E. 2.4.

A. Prüfungshandlungen und Prüfungsumfang bei der Prüfung der Zwischenabschlüsse

Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung, so hat der Verwaltungsrat unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und Veräusserungswerten zu erstellen (Art. 725b Abs. 1 OR) und diese der Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen (Art. 725b Abs. 2 OR). Das Gesetz äussert sich indes nicht zu den vorzunehmenden Prüfungshandlungen und zum Prüfungsumfang.

In der juristischen Lehre wird betont, dass die Zwischenabschlüsse auf ihre Angemessenheit und Vertretbarkeit zu überprüfen sind.⁷ Im Fokus steht die Bestätigung der Überschuldung, wobei das genaue Ausmass der Überschuldung von untergeordneter Bedeutung ist.⁸ Die Prüfung der Zwischenabschlüsse ist «auf jeden Fall methodisch abgekürzt und zeitlich gerafft»,⁹ denn «es ist so gut wie undenkbar, dass das ganze Paket von Prüfungshandlungen abläuft, das einen heutigen *full audit* eines Jahresabschlusses nach den Prüfungsstandards kennzeichnet».¹⁰ Die Prüfung der Zwischenabschlüsse folgt daher eigenen Regeln,¹¹ die nicht auf dem Anforderungsniveau eines *full audit*, sondern näher bei der Methodik einer eingeschränkten Revision liegen.¹²

Insbesondere dann, wenn eine offensichtliche Überschuldung besteht und der Verwaltungsrat sich zu einer Überschuldungsanzeige durchgerungen hat, wird das Erfordernis der Prüfung der Zwischenabschlüsse als eine «unnötige Formalität» angesehen, «die Kosten verursacht und eine gebotene Konkursöffnung zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger verzögert, was letztlich niemandem dient».¹³ Die Kritiker weisen deshalb darauf hin, dass die Konkursöffnung «nicht zum Schaden der Gläubiger und der Allgemeinheit von allzu strengen Anforderungen an eine formelle Prüfung» abhängig gemacht werden soll;¹⁴ gewisse Autoren wollen in klaren Fällen sogar eine reine Plausibilitätsprüfung¹⁵ bzw. summarische Prüfung¹⁶ genügen lassen.

Auch nach dem Schweizer Prüfungsstandard PS-CH 290 (2023) ist es vertretbar, bei Zwischenabschlüssen, die im Rahmen einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung erstellt werden, dann Vereinfachungen bei der Bewertung und Darstellung bei deren Erstellung sowie bei deren Prüfung vorzunehmen, wenn die Überschuldung offensichtlich und erheblich und eine Sanierung der Gesellschaft nicht möglich oder nicht beabsichtigt ist (PS-CH 290 [2023], Tz. A9). Die Prüfungshandlungen dürfen sich in einer solchen Konstellation auf Prüfungshandlungen beschränken, die darauf ausgelegt sind, festzustellen, ob die Überschuldung zu Veräusserungswerten offensichtlich und erheblich ist (PH 10 [2023], Musterbericht 18). Ansonsten ist die Prüfung so zu planen und durchzuführen, dass hinreichende Sicherheit darüber erlangt wird, dass die Zwischenabschlüsse zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten als Ganzes frei von wesentlichen falschen Darstellungen aufgrund von dolosen Handlungen oder Irrtümern sind (PS-CH 700 [2022],

⁷ BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER, Art. 725b N 31, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), *Obligationenrecht II*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2024 (zit. BSK OR II-Verfasser); ähnlich PETER BÖCKLI, *Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht*, Zürich 2007, N 741, der darauf hinweist, dass im Sinne der Prüfungsstandards «die Revisionsstelle in ihrer Beurteilung der umstrittenen Positionen der Bilanz und Erfolgsrechnung, in denen ein Ermessensspielraum besteht, eine noch vertretbare *optimistische* Variante» zu unterstellen habe.

⁸ LUKAS HANDSCHIN, in: Lukas Handschin (Hrsg.), *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. ZK-HANDSCHIN), Art. 725 OR N 91; BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 31.

⁹ BÖCKLI (FN 7), N 731.

¹⁰ BÖCKLI (FN 7), N 731 (Hervorhebung des Originals weggelassen); vgl. auch BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 31.

¹¹ PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 5. A., Zürich/Genf 2022, § 13 N 578; BÖCKLI (FN 7), N 733; BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 31; KARL RENGGLI/RAPHAEL KISSLING/RICO A. CAMPONOVO/TOBIAS HONOLD/THOMAS KEEL, *Die eingeschränkte Revision*, 3. A., Zürich 2023, 312 und 315 ff.; DANIELA SALKIM, *SER 2022: Wichtige Änderungen im Überblick*, TREX 2022, 338 ff., 338; PATRICK SCHACHER/PATRIZIA PABST, *Schweizer Standard zur eingeschränkten Revision: Fit für das neue Aktienrecht*, EF 2022, 400 ff., 403 und 405.

¹² BÖCKLI (FN 7), N 733, der darauf hinweist, dass Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfungen

erforderlich und hinreichend sind; in diesem Sinne auch BÖCKLI (FN 11), § 11 N 201; ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 91; BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 31.

¹³ BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 30, die – mittels teleologischer Reduktion des Gesetzeswortlautes von Art. 725b Abs. 2 OR – in denjenigen Situationen, in denen der Verwaltungsrat «rasch vorgehen will», sogar eine Konkursanmeldung durch den Verwaltungsrat ohne Prüfung der Zwischenabschlüsse zulassen wollen; vgl. auch LUKAS GLANZMANN, *Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen*, in: Vito Roberto (Hrsg.), *Sanierung der AG: Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis*, 2. A., Zürich 2003, 20 ff., 67; URS SCHENKER, *Anzeigepflichten des Verwaltungsrates* (Art. 725–725d E-OR), *GesKR Sondernummer* 2008, 138 ff., 142; ähnlich ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 91.

¹⁴ BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 30.

¹⁵ GLANZMANN (FN 13), 67; ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 91; BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 30.

¹⁶ BÖCKLI (FN 11), § 11 N 201; ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 91.

Tz. 11, bzw. ISA-CH 700 [2022], Tz. 11; PH 10 [2023], Musterbericht 17).

Aus den gemäss juristischer Lehre angezeigten Prüfungshandlungen und dem erforderlichen Prüfungsumfang lässt sich keine Aussage zur einleitend aufgeworfenen Rechtsfrage herleiten, da die Frage nach den vorzunehmenden Handlungen und dem einzuhaltenden Umfang der Prüfung keinen Bezug zur Unabhängigkeit des Prüfers hat. Immerhin lässt sich aber sagen, dass dort, wo eine Überschuldung durch den Prüfer zu bestätigen ist, die Geschwindigkeit der Prüfung der Zwischenabschlüsse als wichtiger als die Genauigkeit der Prüfung betrachtet wird,¹⁷ was im Rahmen der teleologischen Auslegung von Art. 725b Abs. 2 OR (vgl. dazu Kap. IV.D.) zu berücksichtigen sein wird. Umgekehrt ist eine Schwerpunktsetzung auf die Prüfgeschwindigkeit zulasten der Prüfqualität dann nicht angezeigt, wenn der Verwaltungsrat im Rahmen der Erstellung der Zwischenabschlüsse zum Schluss gelangt, dass die Gesellschaft nicht überschuldet ist und mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse eine Bestätigung des Nichtvorliegens einer Überschuldung angestrebt wird.

B. Zuständigkeit für die Prüfung der Zwischenabschlüsse

Zur Frage der Zuständigkeit für die Prüfung der im Kontext der begründeten Besorgnis einer Überschuldung erstellten Zwischenabschlüsse finden sich im Schrifttum verschiedenartige Stellungnahmen.

Einigkeit besteht insoweit, als die Prüfung der Zwischenabschlüsse grundsätzlich durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle vorgenommen werden *darf*, jedenfalls sofern es sich bei ihr zumindest um einen zugelassenen Revisor handelt.¹⁸ Die vorliegend entscheidende Frage, ob dieser Grundsatz allgemein gilt oder nur dann, wenn die Revisionsstelle nicht in Anwendung von Art. 729 Abs. 2 OR bei der Buchführung mitgewirkt oder für die zu prüfende Gesellschaft andere Dienstleistungen erbracht hat, wird – mit einzelnen Ausnahmen (vgl. Kap. III.C.) – indes gerade nicht diskutiert.

Uneinig ist sich die Lehre in der Frage, ob die Prüfung der Zwischenabschlüsse grundsätzlich durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle vorgenommen werden *muss* oder ob es dem Verwaltungsrat

freisteht, anstelle der Revisionsstelle einen anderen Prüfer, der zumindest ein zugelassener Revisor ist (Art. 725b Abs. 2 OR bzw. Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR), mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse zu beauftragen.

Ein gewichtiger Teil der Lehre hält die Zuständigkeit der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle für zwingend,¹⁹ wobei vor allem systematische Argumente (namentlich die Anzeigepflicht der Revisionsstelle nach Art. 729c OR) und teleologische Argumente (insbesondere die höhere Prüfqualität und Prüfgeschwindigkeit bei der Prüfung durch die Revisionsstelle) ins Feld geführt werden, auf welche weiter unten (vgl. Kap. IV.B.2. und IV.D.1.) zurückzukommen ist. Das Übergehen der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle durch Beizug eines ad hoc bestimmten Prüfers, der mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse beauftragt wird, ist nach dieser Ansicht höchstens zulässig, wenn sachliche Gründe gegen die Mandatierung der Revisionsstelle sprechen.²⁰

¹⁹ RICO A. CAMPONOVO/MONIQUE VON GRAFFENRIED-ALBRECHT, Neues Revisionsrecht – offene juristische Fragen: Präziserungs- und Auslegungsbedarf im neuen Recht, ST 2008, 204 ff., 209; ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 97; BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 33; THORSTEN KLEIBOLD/BEAT RÜFENACHT, Das revidierte Aktienrecht aus Sicht der Wirtschaftsprüfung: Tour d'Horizon über die künftigen Kapital- und Gläubigerschutzbestimmungen, EF 2021, 248 ff., 256; KUKO OR-SUNARIC, Art. 725 N 7, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2014 (zit. KUKO OR-Verfasser). Vgl. auch PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022, Art. 725b OR N 14, die aufgrund des klaren Wortlautes von Art. 725b Abs. 2 OR im derzeit geltenden Recht von einer zwingenden Zuständigkeit der Revisionsstelle für die Prüfung der Zwischenabschlüsse ausgehen, die Frage, wie es sich im früheren Recht (vgl. Art. 725 Abs. 2 aOR) verhielt, jedoch offenlassen; für eine zwingende Kompetenz der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle unter revidiertem Aktienrecht wohl auch BÖCKLI (FN 11), § 11 N 199 und § 13 N 578.

²⁰ Vgl. zur früher geltenden Regelung nach Art. 725 Abs. 2 aOR HANSPETER WÜSTINER, Art. 725 N 39d, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II [5. A.]-Verfasser), der verlangt, dass für den Beizug eines ad hoc bestimmten Prüfers, der mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse beauftragt wird, (1) seitens des Verwaltungsrates sachliche Gründe vorliegen, die gewählte Revisionsstelle (bzw. die Generalversammlung) zu übergehen, und (2) der Beizug dieses Prüfers nicht zu zeitlichen Verzögerungen bezüglich der Prüfung der Zwischenabschlüsse (namentlich wegen Einarbeitungsarbeiten, Mandatsverhandlungen etc.) oder zu einem Gefälligkeitsurteil führt. Vgl. ferner BEAT RÜFENACHT, Standards zur Abschlussprüfung: PS-CH 290, EF 2022, 298 ff., 299, wonach die Zuständigkeit der Revisionsstelle für die Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR als «Grundsatz» gilt.

¹⁷ ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 91.

¹⁸ Gesellschaften, die zur eingeschränkten Revision verpflichtet sind, müssen aufgrund von Art. 727c OR zumindest einen zugelassenen Revisor nach den Vorschriften des RAG als Revisionsstelle bezeichnen.

Andere Autoren gehen (oder gingen) von einem generellen Wahlrecht des Verwaltungsrates aus, d.h. von der Zulässigkeit, einen Prüfer ad hoc zu bestimmen und mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse zu beauftragen (und insofern die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle ohne Vorliegen sachlicher Gründe zu übergehen).²¹ Der Teil der Lehre, der sich für die freie Wahlmöglichkeit ausspricht, argumentiert insbesondere mit der Botschaft OR 2004, worin der Bundesrat ausführt, dass bei einer Gesellschaft, die über eine Revisionsstelle verfügt, die Prüfung der Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle vorgenommen werden «kann»;²²

«Auch Absatz 2 muss der Tatsache angepasst werden, dass eine Aktiengesellschaft nach dem Entwurf nicht in jedem Fall über eine Revisionsstelle verfügt [...]. Es wird daher vorgesehen, dass die Gesellschaft die Zwischenbilanz in jedem Fall durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor prüfen lassen muss. Verfügt die Gesellschaft über eine entsprechend ausgestaltete Revisionsstelle, kann – wie bisher – diese die Revision vornehmen.»²³

Anzumerken ist, dass ein Teil der hier zitierten Stellungnahmen sich auf die vor Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision 2020 geltende Regelung bezieht, in welcher der Gesetzestext – anders als die heutige Bestimmung von Art. 725b Abs. 2 OR – ausschliesslich von «einem zugelassenen Revisor» spricht und die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle unerwähnt lässt (vgl. Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR). Ob mit dem im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 eingeführten neuen Art. 725b Abs. 2 OR, wonach die Prüfung der Zwischenabschlüsse «durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor» zu erfolgen hat, eine materielle Rechtsänderung bezweckt wurde oder ob die massgebende Bestimmung inhaltlich unverändert beibehalten, aber sprachlich präzisiert werden sollte, geht aus den Materialien nicht hervor; unseres Erachtens handelt es sich lediglich um eine sprachliche Präzisierung (vgl. Kap. IV.C.2.).

C. Anforderungen zur Unabhängigkeit bei Vornahme von Spezialprüfungen, insbesondere bei der Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR

Zur Frage, ob bei Aktiengesellschaften, die der eingeschränkten Revision unterliegen, die Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle erfolgen darf, wenn diese an der Buchführung mitgewirkt oder für die zu prüfende Gesellschaft andere Dienstleistungen erbracht hat (sofern die notwendigen organisatorischen und personellen Massnahmen zur Sicherstellung der Verlässlichkeit der Prüfung getroffen werden), hat sich soweit ersichtlich bis heute noch keine herrschende Meinung etabliert.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf einen Aufsatz von KLEIBOLD/NAY. In ihrem Aufsatz fordern die Autoren eine gesetzliche Klarstellung, «dass die aktienrechtlich definierten Spezialprüfungen durchführbar bleiben, auch wenn der Revisor ein Doppelmandat hält, d.h. bei seinem Revisionskunden neben der eingeschränkten Revision in gesetzlichem Rahmen bei der Buchführung mitwirkt», weil die «an sich konsequente Umsetzung der Doppelmandate [...] durch die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung in Zweifel gezogen [wurde] und [...] jüngst für Verunsicherung im Berufsstand gesorgt» hat.²⁴ Die beiden Autoren postulieren, dass Spezialprüfungen auch bei Mitwirkung der Revisionsstelle an der Buchführung mit den Unabhängigkeitsanforderungen, die an die Revisionsstelle gestellt werden, kompatibel sind, «wenn die doppelmandatierte Revisionsstelle im Rahmen der Spezialprüfung einen Prüfungsgegenstand zu testen hat, mit dem sie vorab anlässlich der Mitwirkung bei der Buchführung nicht inhaltlich befasst war (also keine Selbstprüfung vorliegt)».²⁵ Ferner sollte das Vorliegen eines Doppelmandates die Durchführung von Spezialprüfungen dort nicht verunmöglichen, wo «der Gesetzgeber (implizit) davon ausgeht, dass die Revisionsstelle die Spezialprüfung – quasi in Fortsetzung ihres Mandats als Revisionsstelle – vornimmt, so etwa die Prüfung der Zwischenbilanz bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 [a]OR) oder die Prüfung auf

²¹ BÖCKLI (FN 7), N 730 (vgl. aber für die Regelung nach Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision 2020 BÖCKLI [FN 11], § 11 N 199 und § 13 N 578); RETO EBERLE/DANIEL LENGAUER, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 727–731a OR, Die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZK-EBERLE/LENGAUER), Art. 727–727c OR N 66 und Art. 729c OR N 11.

²² Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBl 2004 3969 ff. (zit. Botschaft OR 2004), 4038.

²³ Botschaft OR 2004 (FN 22), 4038 (Hervorhebung des Originals weggelassen).

²⁴ THORSTEN KLEIBOLD/MARTIN NAY, Gesetzgeberischer Handlungsbedarf in Revisionsrecht und Revisionsaufsicht?, EF 2018, 123 ff., 124.

²⁵ KLEIBOLD/NAY (FN 24), 124.

Zulässigkeit einer Aufwertung im Kontext eines hälftigen Kapitalverlusts (Art. 670 Abs. 2 [a]OR)».²⁶

Auch ARNET/SCHACHER halten dafür, dass die mit der eingeschränkten Revision betraute Revisionsstelle unter gewissen Umständen auch dann eine gesetzliche Spezialprüfung durchführen dürfe, wenn sie ein Doppelmandat habe. Wie KLEIBOLD/NAY sehen auch ARNET/SCHACHER die ausschlaggebenden Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Vornahme einer gesetzlichen Spezialprüfung durch eine doppelmandatierte Revisionsstelle in der Abwesenheit einer inhaltlichen Befassung mit dem Prüfgegenstand im Rahmen der Mitwirkung an der Buchführung bzw., alternativ, im impliziten gesetzgeberischen Entscheid, dass die Spezialprüfung von der Revisionsstelle als eine Art Fortsetzungsmandat vorzunehmen sei.²⁷ Für die beiden Autoren ist dabei die Frage der Unabhängigkeit immer auch eine Frage des konkreten Einzelfalles, wobei sich nach ihrem Dafürhalten immerhin gewisse Kategorisierungen vornehmen lassen;²⁸ die Prüfung der Zwischenabschlüsse bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung durch eine doppelmandatierte Revisionsstelle wird von den beiden Autoren ausdrücklich als zulässig bezeichnet.²⁹

Nach Meinung von RUFENACHT ist implizit klagestellt, dass die Mitwirkung der Revisionsstelle bei der Buchführung bzw. das Erbringen anderer Dienstleistungen für die zu prüfende Gesellschaft i.S.v. Art. 729 Abs. 2 OR die Durchführung zumindest der Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR und der Aufwertungsprüfung nach Art. 725c Abs. 2 OR nicht verunmöglicht.³⁰ Als Begründung führt er an, dass die gegenteilige Auffassung zu einem «unhaltbaren Auseinanderfallen von Prüfpflichten und Anzeigepflichten» führen würde (vgl. dazu Kap. IV.B.2.).³¹

Schliesslich ist auf RENGGLI/KISSLING/CAMPOUNOVO/HONOLD/KEEL hinzuweisen, welche sich auf den Standpunkt stellen, bei Gesellschaften, die der eingeschränkten Revision unterliegen, sei Art. 729 OR auf sämtliche Spezialprüfungen (und folglich auch auf die Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR) anwendbar.³²

Gegenpol dazu bilden Autoren, die – allerdings ohne nähere Begründung – den Anwendungsbereich der Unabhängigkeitsbestimmungen zur eingeschränkten Revision (also Art. 729 OR) strikt auf die eingeschränkte Prüfung der Jahresrechnung beschränken und im Übrigen generell die Unabhängigkeitsbestimmungen zur ordentlichen Revision (also Art. 728 OR) heranziehen wollen. Zu nennen ist namentlich VON DER CRONE, der wie folgt argumentiert:

«Unklar ist die Handhabung der Unabhängigkeitsanforderungen im Bereich der ausserordentlichen Prüfungen. Die Unabhängigkeit wird mit Ausnahme des staatlich beaufsichtigten Unternehmens nicht parallel zu den fachlichen Anforderungen geregelt, sondern je nachdem, ob eine ordentliche oder eingeschränkte Prüfung erfolgt. Ausserhalb der Jahresrechnung kommt diese Unterscheidung jedoch nicht zum Tragen, da sich die Vorschriften der eingeschränkten Revision ausschliesslich auf die Jahresrechnung beziehen. Es fragt sich deshalb, ob immer die strengeren Anforderungen von Art. 728 revOR zur Anwendung kommen oder ob, wenn das Gesetz für die jeweilige ausserordentliche Prüfung bloss einen zugelassenen Revisor verlangt, die Unabhängigkeitsanforderung nach Art. 729 revOR anwendbar ist. Da die Vorschriften zur eingeschränkten Revision nur für die Jahresrechnung zur Anwendung kommen, müssten streng genommen ausserordentliche Prüfungen immer die strikten Unabhängigkeitsforderungen nach Art. 728 revOR befolgen. Dies ist wohl auch sachlich gerechtfertigt, da es nur Prüfungen im Einzelfall sind und folglich die Kosten für einen separaten Revisor nicht so stark ins Gewicht fallen.»³³

In die gleiche Richtung gehen EBERLE/LENGAUER in ihrer Kommentierung von Art. 729 OR, allerdings bezogen auf «Dienstleistungen im Rahmen der Gründung, Kapitalveränderung und Anpassung der Strukturen nach Fusionsgesetz»:

«Die Unabhängigkeitsvorschriften nach Art. 729 [OR] gelten nur für die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung. Nicht anwendbar sind sie auf die übrigen Revisionsdienstleistungen, die durch einen zugelassenen Revisor erbracht werden. Damit gibt es bei Spezialprüfungen keinen Raum für ein Mitwirken des Revisors und das Erbringen anderer Dienstleistungen im Rahmen der Gründung, Kapitalveränderung und Anpassung der Strukturen nach Fusionsgesetz im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 729 Abs. 2 [OR]. Die Unzulässigkeit der Mitwirkung kann auch nicht durch Offenlegung des Sachverhaltes im Prüfbericht der Spezialprüfung geheilt werden. Die Bestätigungen aufgrund der sog. «Spezialprüfungen» enthalten wie von den gesetzlichen Bestimmungen verlangt, eine Schlussfolgerung in positiver Form [...]. Für kleine und mittlere Unternehmen bestehen diverse Erleichterungen, wobei davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber diese abschliessend geregelt hat.»³⁴

Diese Argumentation krankt freilich daran, als sie nicht zu erklären vermag, warum auf die gesetzlichen Spezialprüfungen gerade die Unabhängigkeitsbestimmungen zur

²⁶ KLEIBOLD/NAY (FN 24), 125.

²⁷ MARC ARNET/PATRICK SCHACHER, Prüfung besonderer Vorgänge im Lichte der Unabhängigkeit: Grenzen und Möglichkeiten bei gesetzlichen Spezialprüfungen, EF 2020, 825 ff., 827.

²⁸ ARNET/SCHACHER (FN 27), 827.

²⁹ ARNET/SCHACHER (FN 27), 830.

³⁰ RUFENACHT (FN 20), 302; vgl. auch BEAT RUFENACHT, Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, EF 2023, 350 f., 351.

³¹ RUFENACHT (FN 20), 302 Fn 23.

³² RENGGLI/KISSLING/CAMPOUNOVO/HONOLD/KEEL (FN 11), 605.

³³ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020, N 1726.

³⁴ ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 21), Art. 729 OR N 7.

ordentlichen Revision (also Art. 728 OR) Anwendung finden sollen, die nach Gesetzeswortlaut in Bezug zur ordentlichen Prüfung der Jahresrechnung (und nicht in Bezug zu den Spezialprüfungen) stehen. Sowohl Art. 728 OR als auch Art. 729 OR beziehen sich auf die Revision der Jahresrechnung (bzw. Konzernrechnung) mit dem gesetzlich festgelegten Umfang (vgl. Art. 728a OR für die ordentliche Revision und Art. 729a OR für die eingeschränkte Revision) und nicht auf Spezialprüfungen (vgl. dazu Kap. IV.B.1.).

IV. Auslegung der relevanten Gesetzesbestimmungen

Angeichts der bestehenden Rechtsunsicherheit soll im Folgenden die hier aufgeworfene Rechtsfrage auf der Grundlage des im schweizerischen Recht verwendeten Auslegungskanons beantwortet werden. Nach diesem erfolgt die Auslegung von Rechtsnormen anhand der vier klassischen Auslegungselemente: der sprachlich-grammatikalischen Auslegung, der systematischen Auslegung, der historischen Auslegung und der teleologischen Auslegung.³⁵ Das Bundesgericht verfolgt dabei einen «pragmatischen Methodenpluralismus», gemäss welchem es keine Hierarchie der einzelnen Auslegungsmethoden gibt.³⁶

Zusammenfassend können Vorgang und Ziel der Auslegung rechtlicher Normen wie folgt umschrieben werden:

«Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an den Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Der Auslegungsvorgang soll zu einem vernünftigen, praktikablen und befriedigenden Ergebnis führen, das dem Problemlösungsbedarf Rechnung trägt, ohne die Wertungsentscheidungen des geschichtlichen Normsetzers zu missachten [...]. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus; es lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente hierarchisch zu ordnen [...]»³⁷

A. Grammatikalische Auslegung

Die *grammatikalische Auslegung* fokussiert auf den Wortlaut des Normtextes der auszulegenden Norm und bildet den Ausgangspunkt der Auslegung.³⁸

1. Art. 725b OR

Die Pflicht des Verwaltungsrates, bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung der Gesellschaft die Zwischenabschlüsse zu erstellen und diese prüfen zu lassen, ist seit dem 1. Januar 2023 in Art. 725b Abs. 1 und 2 OR normiert:

Art. 725b OR

¹ Besteht begründete Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, so erstellt der Verwaltungsrat unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und Veräusserungswerten. Auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist. Ist die Annahme der Fortführung nicht gegeben, so genügt ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten.

² Der Verwaltungsrat lässt die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor prüfen; er ernennt den zugelassenen Revisor.

[...]

⁵ Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, so obliegen dem zugelassenen Revisor die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle.

⁶ Der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle oder der zugelassene Revisor handeln mit der gebotenen Eile.

Bis Ende 2022 war diese Pflicht zur Erstellung von Zwischenabschlüssen bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung und dessen Vorlage zur Prüfung in Art. 725 Abs. 2 aOR geregelt. Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR hielt fest, dass bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellt und «diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt» werden muss. Ob dabei die Prüfung der Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 aOR durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle erfolgen muss, ob sie durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle erfolgen darf (aber nicht muss) oder ob sie durch jemand anderen als die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle zu erfolgen hat, ging aus dem Normtext nicht hervor; Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR besagte lediglich, dass für die Prüfung die fachliche Mindestqualifikation des zugelassenen Revisors erforderlich ist, so dass ein Laienrevisor, der über keine Zulassung verfügt, für die Prüfung der

³⁵ ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. A., München/Wien/Bern 2019, 66 ff.

³⁶ Vgl. z.B. BGE 141 II 262 E. 4.1; 140 III 206 E. 3.5.4; 137 V 434 E. 3.2; 136 III 23 E. 6.6.2.1.

³⁷ BGE 141 II 262 E. 4.1.

³⁸ BGE 131 II 697 E. 4.1.

Zwischenbilanz nicht infrage kommt. Gemäss Art. 727c OR müssen Gesellschaften, die zur eingeschränkten Revision verpflichtet sind, als Revisionsstelle einen zugelassenen Revisor nach den Vorschriften des Revisionsaufsichtsgesetzes³⁹ bestimmen, wobei nach dem Grundsatz a minore ad maius auch Revisionsexpertinnen und Revisionsexperten sowie staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen als Revisionsstelle gewählt werden können;⁴⁰ im Gegensatz dazu kommen nicht zugelassene Revisoren (Laienrevisoren) als Revisionsstelle von zur eingeschränkten Revision verpflichteten Aktiengesellschaften nicht in Betracht. Aus dem Zusammenspiel von Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR mit Art. 727c OR ergab sich folglich, dass bei den zur eingeschränkten Revision verpflichteten Aktiengesellschaften die Prüfung der Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR durch die von der Generalversammlung rechtskonform gewählte Revisionsstelle hinsichtlich der erforderlichen fachlichen Mindestqualifikation rechtsgenügend ist, da es sich bei dieser Revisionsstelle auf jeden Fall zumindest um einen zugelassenen Revisor handelt. Aus dem Wortlaut des Normtextes von Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR liess sich aber nicht herleiten, in welchen Fällen die Zwischenabschlüsse aufgrund besonderer Umstände – beispielsweise aufgrund fehlender Unabhängigkeit – nicht durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle geprüft werden dürfen.

Art. 725b Abs. 2 OR enthält – im Vergleich zu Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR – eine Klarstellung, dass die Prüfung der Zwischenabschlüsse «durch die Revisionsstelle» und dann, «wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor» zu erfolgen hat, wobei in letzterem Fall der mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse beauftragte zugelassene Revisor durch den Verwaltungsrat bestimmt wird. Gemäss dem Wortlaut des Normtextes von Art. 725b Abs. 2 OR ist entsprechend wie folgt zu unterscheiden:

- Verfügt die Gesellschaft über eine Revisionsstelle, so beauftragt der Verwaltungsrat die Revisionsstelle mit der Prüfung der von ihm nach Art. 725b Abs. 1 OR erstellten Zwischenabschlüsse.
- Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, so ernennt der Verwaltungsrat einen zugelassenen Revi-

sor, den er mit der Prüfung der von ihm nach Art. 725b Abs. 1 OR erstellten Zwischenabschlüsse beauftragt. Dies muss u.E. auch dann gelten, wenn die Gesellschaft infolge eines Opting-downs zwar über eine Revisionsstelle verfügt, diese aber den Anforderungen von Art. 727c OR nicht genügt.

Art. 725b Abs. 2 OR sieht damit einen grundsätzlichen Vorrang der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle vor.

Aus dem Wortlaut von Art. 725b Abs. 2 OR allein ergibt sich nicht, ob dieser Grundsatz allgemein gilt oder ob Art. 725b Abs. 2 OR teleologisch zu reduzieren ist, etwa in dem Sinne, dass die Prüfung der Zwischenabschlüsse durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle nur möglich ist, soweit die Revisionsstelle nicht bei der Buchführung mitgewirkt oder für die zu prüfende Gesellschaft andere Dienstleistungen erbracht hat.

In Art. 725b Abs. 6 OR wird schliesslich festgehalten, dass der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle bzw. der zugelassene Revisor «mit der gebotenen Eile» handeln. Das Gesetz bringt damit die Dringlichkeit des Handelns klar und unmissverständlich zum Ausdruck. Diesem Wertungsgesichtspunkt gilt es insbesondere bei der teleologischen Auslegung von Art. 725b Abs. 2 OR Rechnung zu tragen (vgl. Kap. IV.D.).

2. Art. 728 und 729 OR

In Art. 728 und 729 OR wird die gesetzlich geforderte Unabhängigkeit der Revisionsstelle umschrieben, wobei sich Art. 728 OR auf die ordentliche Revision und Art. 729 OR auf die eingeschränkte Revision bezieht.

Art. 728 und 729 OR umschreiben Unabhängigkeitsanforderungen, die an die Revisionsstelle gestellt werden, und äussern sich nicht zu Spezialprüfungen und insbesondere nicht zur Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR. Aus ihrer systematischen Stellung ergibt sich (vgl. dazu Kap. IV.B.1.), dass die Unabhängigkeitsanforderungen für die ordentliche Revision (Art. 728 OR) und für die eingeschränkte Revision (Art. 729 OR) in Bezug auf die mit der ordentlichen bzw. eingeschränkten Revision zusammenhängenden Aufgaben der Revisionsstelle geregelt werden.

3. Zwischenfazit

Während Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR hinsichtlich der Frage der Zuständigkeit für die Durchführung der Prüfung der Zwischenabschlüsse noch offen formuliert war, wurde mit Inkrafttreten von Art. 725b Abs. 2 OR die primäre Zuständigkeit der von der Generalversammlung gewählten

³⁹ Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz; RAG; SR 221.302).

⁴⁰ Vgl. BSK OR II-WATTER/BÄNZIGER (FN 7), Art. 727b/727c N 32 («zumindest einen zugelassenen Revisor nach den Vorschriften von Art. 5 f. RAG» [Hervorhebung des Originals weggelassen]); so auch KUKO OR-KIRCHSCHLÄGER/WIRTH (FN 19), Art. 727b/727c N 12.

Revisionsstelle für diese Prüfung und die bloss subsidiäre Zuständigkeit eines ad hoc hinzugezogenen zugelassenen Revisors (nämlich bei Fehlen einer rechtsgenügenden Revisionsstelle) klar normiert. Ob dort, wo die Revisionsstelle bereits an der Buchführung mitgewirkt oder andere Dienstleistungen für die betreffende Gesellschaft erbracht hat, Abweichendes gelten soll oder ob die Regel des Vorrangs der Revisionsstelle absolut zu verstehen ist, lässt sich dem Wortlaut von Art. 725b Abs. 2 OR nicht entnehmen.

Aus Art. 725b Abs. 2 OR ergeben sich keine Hinweise zur Beantwortung von Unabhängigkeitsfragen der Revisionsstelle betreffend die Prüfung der Zwischenabschlüsse im Falle der begründeten Besorgnis einer Überschuldung: Weder enthält Art. 725b Abs. 2 OR eine Regelung der Unabhängigkeit für die Prüfung der Zwischenabschlüsse noch wird diesbezüglich auf Art. 728 bzw. 729 OR verwiesen. Umgekehrt nehmen Art. 728 und 729 OR lediglich auf die ordentliche (Art. 728 OR) bzw. auf die eingeschränkte Revision (Art. 729 OR), nicht jedoch auf die Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR Bezug.

B. Systematische Auslegung

Bei der *systematischen Auslegung* wird die auszulegende Rechtsnorm in den Kontext zu anderen Rechtsnormen gesetzt⁴¹ und hinsichtlich ihrer systematischen Stellung «im Gefüge des Gesetzesganzen, eines Teilgebietes des Rechts, ja der Rechtsordnung insgesamt» analysiert.⁴²

Zu untersuchen sind vorliegend einerseits das Verhältnis und Zusammenspiel von Art. 725b Abs. 2 OR zu bzw. mit Art. 728 und 729 OR, wo Regeln zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der ordentlichen und bei der eingeschränkten Revision normiert sind (Kap. IV.B.1.), und andererseits das Verhältnis und Zusammenspiel von Art. 725b Abs. 2 OR zu bzw. mit Art. 725b Abs. 5 und Art. 729c OR, wonach bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft und Untätigkeit des Verwaltungsrates die Revisionsstelle bzw. – bei deren Fehlen – der mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse betraute zugelassene Revisor der Pflicht unterliegt, dem zuständigen Gericht die Überschuldung der Gesellschaft anzuzeigen (Kap. IV.B.2.).

1. Verhältnis und Zusammenspiel von Art. 725b Abs. 2 OR zu bzw. mit Art. 728 und 729 OR

Wie bereits oben (vgl. Kap. IV.A.2. und IV.A.3.) dargelegt wurde, enthalten die Art. 728 und 729 OR Regeln zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle, die sich allerdings, wie sich aus der systematischen Stellung der beiden Normen ergibt, auf die ordentliche Revision (Art. 728 OR) und auf die eingeschränkte Revision (Art. 729 OR) beziehen, ohne in irgendeiner Weise Bezug auf die gesetzlichen Spezialprüfungen (darunter insbesondere die Prüfung der Zwischenabschlüsse bei Vorliegen einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung) zu nehmen. Prima facie lässt sich daher nicht herleiten, ob Art. 728 OR oder Art. 729 OR auf die Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR Anwendung findet.

In der Lehre wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass Art. 728 OR umfassende Geltung beanspruchen müsse und damit auch bei gesetzlichen Spezialprüfungen die massgebende Unabhängigkeitsbestimmung darstelle, weil sich Art. 729 OR auf den Fall der eingeschränkten Revision beschränke.⁴³ Vor dem Hintergrund des Umstandes, dass sich sowohl Art. 728 OR als auch Art. 729 OR in keiner Weise zu den Spezialprüfungen äussern, sondern Unabhängigkeitsregelungen für die ordentliche bzw. eingeschränkte Revision der Jahresrechnung (bzw. Konzernrechnung) festhalten, überzeugt diese Auffassung nicht. So ist der diesbezügliche Hinweis von der CRONES, dass «die Vorschriften zur eingeschränkten Revision nur für die Jahresrechnung zur Anwendung kommen»,⁴⁴ zwar zutreffend; allerdings ist anzumerken, dass gleichermassen auch die Unabhängigkeitsvorschriften zur ordentlichen Revision (d.h. Art. 728 OR) einen eingeschränkten Anwendungsbereich haben, da sich Art. 728 OR auf die ordentliche Revision der Jahresrechnung bzw. Konzernrechnung (mit dem in Art. 728a OR normierten Prüfungsgegenstand und -umfang) bezieht. Daher drängt sich von der CRONES Schlussfolgerung, dass «streng genommen ausserordentliche Prüfungen immer die strikten Unabhängigkeitsforderungen nach Art. 728 revOR befolgen» müssen,⁴⁵ gerade nicht auf.

Wenn nun aber sowohl Art. 728 OR als auch Art. 729 OR Unabhängigkeitsvorschriften für jeweils einen spezifischen Prüfungsfall (nämlich: die ordentliche Prüfung der Jahresrechnung bzw. Konzernrechnung im Fall von

⁴¹ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2020, N 97.

⁴² KRAMER (FN 35), 99.

⁴³ Vgl. etwa ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 21), Art. 729 OR N 7; von der CRONE (FN 33), N 1726.

⁴⁴ von der CRONE (FN 33), N 1726.

⁴⁵ von der CRONE (FN 33), N 1726.

Art. 728 OR und die eingeschränkte Prüfung der Jahresrechnung im Fall von Art. 729 OR) bereithalten, so lässt sich nicht sagen, dass eine der beiden Normen allgemeine Gültigkeit und damit Gültigkeit auch in Bezug auf die gesetzlichen Spezialprüfungen beanspruchen würde. Auch aus der Bezeichnung der einen Revisionsart als «ordentliche» und der anderen als «eingeschränkte» lässt sich diesbezüglich nichts ableiten, da die Revision der Jahresrechnung (bzw. Konzernrechnung) in gegenständlicher Hinsicht nichts mit den gesetzlichen Spezialprüfungen zu tun hat. Im Übrigen ist zu beachten, dass die ordentliche Revision von Gesetzes wegen nur ausnahmsweise verlangt wird, nämlich dann, wenn eine der in Art. 727 Abs. 1 OR genannten Konstellationen vorliegt, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, dies verlangen (Art. 727 Abs. 2 OR) oder wenn eine ordentliche Revision statutarisch oder durch Generalversammlungsbeschluss angeordnet wird (Art. 727 Abs. 3 OR); wann immer eine solche zur ordentlichen Revision verpflichtende Konstellation fehlt, muss die Gesellschaft ihre Jahresrechnung bloss eingeschränkt prüfen lassen (Art. 727a Abs. 1 OR).

Die ordentliche Revision und die eingeschränkte Revision unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich des gesetzlichen Anwendungsbereichs (vgl. Art. 727 und 727a OR), der Qualifikations- und Unabhängigkeitsanforderungen, die an die Revisionsstelle gestellt werden (vgl. Art. 727b und 727c OR sowie Art. 728 und 729 OR), und der jeweiligen Prüf-, Berichts- und Anzeigepflichten, die der Revisionsstelle obliegen (vgl. Art. 728a–728c und 729a–729c OR), sondern auch darin, dass die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision eine positive Prüfaussage (sog. positive assurance), bei der eingeschränkten Revision hingegen lediglich eine negative Prüfaussage (sog. negative assurance) macht. Vor diesem Hintergrund ist das oben (vgl. Kap. II.B.) erwähnte und diskutierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7872/2015 vom 21. April 2016 zu verstehen, in welchem insinuiert wird, Art. 728 OR sei auf Prüfungen mit positiver Prüfaussage und Art. 729 OR auf Prüfungen mit negativer Prüfaussage zugeschnitten.⁴⁶ Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich nicht, dass das Bundesgericht dieser Auffassung folgen würde.⁴⁷ Nach unserem Dafürhalten

ist die Unterscheidung zwischen positiver Prüfaussage und negativer Prüfaussage jedenfalls kein massgebender Gesichtspunkt, der bei der Bestimmung der Unabhängigkeitsvoraussetzungen zu berücksichtigen wäre: Der Grund hierfür liegt darin, dass die Art der Prüfaussage (positiv oder negativ) nicht Definitionskriterium für konkrete Unabhängigkeitsanforderungen ist, sondern Folge einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung bezüglich der erforderlichen Prüfungsqualität bzw. -tiefe. Wir erachten deshalb das Argument, dass überall dort, wo mehr als nur eine negative Prüfaussage verlangt wird, immer die Unabhängigkeitsregeln, die für die ordentliche Revision in Art. 728 OR normiert sind, zur Anwendung gelangen müssten (sei es direkt, sei es per analogiam), als nicht überzeugend.

2. Verhältnis und Zusammenspiel von Art. 725b Abs. 2 OR zu bzw. mit Art. 725b Abs. 5 und Art. 729c OR

Art. 729c OR sieht für die eingeschränkt prüfende Revisionsstelle die Pflicht vor, das Gericht zu benachrichtigen, wenn die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist und der Verwaltungsrat es unterlässt, die erforderliche Überschuldungsanzeige zu machen. Art. 728c Abs. 3 OR normiert eine identische Anzeigepflicht für die ordentlich prüfende Revisionsstelle.

Es gibt allerdings Fallkonstellationen, in welchen eine Aktiengesellschaft über keine ordentlich oder eingeschränkt prüfende Revisionsstelle verfügt (etwa infolge eines Opting-outs bzw. Opting-downs). Für diesen Fall auferlegt Art. 725b Abs. 5 OR die Pflicht zur gerichtlichen Anzeige der Überschuldung bei Untätigbleiben des Verwaltungsrates dem ad hoc hinzugezogenen und mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse beauftragten zugelassenen Revisor.⁴⁸

Die Regelung von Art. 725b Abs. 5 OR ergibt deshalb Sinn, weil mangels Vorhandenseins einer anzeigepflichtigen Revisionsstelle die Anzeige der Überschuldung beim zuständigen Gericht im Falle eines Untätigbleibens des Verwaltungsrates trotz festgestellter und bestätigter Überschuldung unterbleiben würde, wenn nicht der ad hoc beigezogene Prüfer die Überschuldung beim Gericht anzeigt. Die Regelung beschränkt sich aber strikt auf den Fall, in

⁴⁶ Vgl. BVGer, B-7872/2015, 21.4.2016, E. 3.5.6.

⁴⁷ Vgl. etwa den bereits oben (Kap. II.B.3.) erwähnten BGer, 2C_487/2016, 23.11.2016, E. 2.4, wo das Bundesgericht festhält, der beschwerdeführende Revisionsexperte habe mit der Vornahme der Gründungsprüfung, die er trotz des Auftretens als Mitgründer, des Unterhalts enger geschäftlicher Beziehungen zu den Mitgründern, bedeutenden Aktionären und Verwaltungsratsmitgliedern und der anschliessenden Wahl in den Verwaltungsrat durch die Gründungs-

versammlung durchgeführt hatte, «nicht gegen die (die ordentliche Revision betreffende) Bestimmung von Art. 728 Abs. 1 OR» verstossen (wohl aber «gegen die Zulassungsvoraussetzung des guten Leumundes»).

⁴⁸ Eine inhaltlich identische Regelung fand sich bis Ende 2022 in Art. 725 Abs. 3 aOR.

welchem die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt – womit zugleich klar ist, dass es ausschliesslich um Konstellationen geht, in welchen die Prüfung der Zwischenabschlüsse nicht durch die Revisionsstelle erfolgen kann, sondern durch einen ad hoc hinzugezogenen und mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse beauftragten zugelassenen Revisor erfolgen muss.

Für den vorliegenden Aufsatz interessiert indes ausschliesslich die Konstellation, in welcher die Gesellschaft über eine eingeschränkt prüfende Revisionsstelle verfügt. In dieser Konstellation bleibt die Revisionsstelle aufgrund der klaren Bestimmung von Art. 729c OR für die Überschuldungsanzeige zuständig, solange sie als Revisionsstelle im Amt ist; dies gilt nach der h.L. auch dann, wenn die Prüfung der Zwischenabschlüsse – aus welchem Grund auch immer – durch einen (anderen) zugelassenen Revisor erfolgt.⁴⁹

Der Umstand, dass die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle ihre Anzeigepflicht während der gesamten Amtsdauer behält, legt nahe, dass es für gewöhnlich die Revisionsstelle sein muss, welche bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung die Zwischenabschlüsse prüft.⁵⁰ Würde nämlich die Prüfung der Zwischenabschlüsse nicht durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle, sondern durch einen (anderen) zugelassenen Revisor erfolgen, wäre es für die Revisionsstelle viel schwieriger, die gegebenenfalls notwendig werdende Überschuldungsanzeige vorzunehmen, hat die Revisionsstelle selbst mangels Mitwirkung an der Prüfungshandlung doch keine Kenntnis der Zwischenabschlüsse.⁵¹ Und wenn sie durch eine entsprechende Mitteilung des hinzugezogenen zugelassenen Revisors oder

durch die Gesellschaft Kenntnis von der Prüfung der Zwischenabschlüsse erhielte, würde sie – aus Diligenzgründen – vor dem Stellen der Überschuldungsanzeige eine eigene Prüfung der Zwischenabschlüsse vornehmen, was unvermeidlich zu entsprechenden Kosten und zeitlichen Verzögerungen führen würde,⁵² die vom Gesetz so nicht gewollt sein können. Zudem drohen widersprüchliche Beurteilungen, wenn die vom Verwaltungsrat aufgrund einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung erstellten Zwischenabschlüsse von einem ad hoc beigezogenen Prüfer geprüft, aber auch von der der Anzeigepflicht gemäss Art. 729c OR unterliegenden Revisionsstelle begutachtet werden.⁵³ Insoweit ist systembedingt nur eine Schlussfolgerung möglich: Prüfungshandlung und Anzeigepflicht müssen stets Hand in Hand gehen.⁵⁴

Denkbar wäre immerhin, den Anwendungsbereich von Art. 725b Abs. 5 OR teleologisch so zu erweitern, dass die Pflicht zur Überschuldungsanzeige nicht nur dann dem ad hoc hinzugezogenen und mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse beauftragten zugelassenen Revisor obliegt, wenn die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt, sondern auch dann, wenn diese – beispielsweise aufgrund einer fehlenden Unabhängigkeit – nicht für die Prüfung der Zwischenabschlüsse infrage kommt;⁵⁵ hierdurch wäre ein Gleichlauf von Prüfungshandlung und Anzeigepflicht generell hergestellt, namentlich auch für diejenigen Konstellationen, in denen die Gesellschaft über eine Revisionsstelle verfügt, die Prüfung der Zwischenabschlüsse aber durch einen (anderen) zugelassenen Revisor erfolgt. Allein: Eine derartige Interpretation von Art. 725b Abs. 5 OR mithilfe einer teleologischen Erweiterung scheint uns nicht angebracht und würde gegen das Gebot der Rechtssicherheit verstossen: Welche Revisionsstelle würde es wagen, gestützt auf eine solche extensive, vom Wortlaut der Bestimmung nicht abgedeckte Auslegung auf die Überschuldungsanzeige an das Gericht zu verzichten mit dem Risiko, sich einem unabschätzbaren Haftungsrisiko

⁴⁹ ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 21), Art. 727b–727c OR N 66; ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 97; BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTNER (FN 7), Art. 725b N 33; RÜFENACHT (FN 20), 302 Fn 23; BSK OR II [5. A.]-WATTER/MAIZAR (FN 20), Art. 729c N 6a. Eine andere, von der h.L. abweichende Ansicht vertritt die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (FN 1): «Der Gesetzgeber macht keine explizite Aussage dazu, ob die Revisionsstelle während dieser Drittprüfung [gemeint ist die Prüfung der Zwischenabschlüsse nach Art. 725b Abs. 2 OR durch einen Drittprüfer statt durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle] einer Anzeigepflicht unterliegt. Es macht aber sachlich Sinn, dass Prüfung und allfällige Anzeige beim Gericht ausschliessliche Aufgabe des Drittprüfers bilden. Stellt dieser keine Überschuldung fest, ist sein Mandat abgeschlossen, und die Anzeigepflicht «lebt» wieder bei der Revisionsstelle auf. Stellt der Drittprüfer eine Überschuldung fest und bleibt der VR untätig, entscheidet auf seine Anzeige hin das Gericht. Bei unterschiedlichen Einschätzungen geht die Einschätzung des unabhängigen Drittprüfers vor.»

⁵⁰ So auch BSK OR II [5. A.]-WÜSTNER (FN 20), Art. 725 N 39c.

⁵¹ ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 21), Art. 727b–727c OR N 66; ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 97.

⁵² Zudem können sich Weiterungen ergeben, wenn die Revisionsstelle und der zugelassene Revisor – und gegebenenfalls der Verwaltungsrat – zu unterschiedlichen Beurteilungen gelangen.

⁵³ BSK OR II [5. A.]-WÜSTNER (FN 20), Art. 725 N 39c.

⁵⁴ So auch RÜFENACHT (FN 20), 302 Fn 23. Vgl. diesbezüglich ferner CAMPONOVO/VON GRAFFENRIED-ALBRECHT (FN 19), 209: «Eine Funktionsspaltung in diesem zeitkritischen Moment wäre nicht im Sinne des Gesetzgebers.»

⁵⁵ Art. 725b Abs. 5 OR wäre mit anderen Worten wie folgt zu verstehen: «Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle oder kann die Revisionsstelle aus Gründen der fehlenden Unabhängigkeit die Prüfung der Zwischenabschlüsse gemäss Absatz 2 nicht vornehmen, so obliegen dem zugelassenen Revisor die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle.»

auszusetzen?⁵⁶ Es würde nach unserem Dafürhalten dem Gesetzgeber obliegen, Art. 725b Abs. 5 OR gegebenenfalls entsprechend anzupassen.

Nach dem Dargelegten kann sich die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle einer zur eingeschränkten Revision verpflichteten Gesellschaft ihrer Anzeigepflicht nicht entledigen, solange die Revisionsstelle als solche im Amt ist. Zugleich setzt das System der Aktiengesellschaft einen Gleichlauf von Prüfungshandlung und Anzeigepflicht voraus, weil das Auseinanderbrechen dieses Gleichlaufes mit erheblichen Problemen verbunden wäre. Daher kann es aus systemimmanenten Gründen nicht die Meinung von Art. 725b Abs. 2 OR sein, dass die Prüfung der Zwischenabschlüsse von einem ad hoc beigezogenen Prüfer vorgenommen wird, solange die Gesellschaft über eine von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle verfügt, jedenfalls solange es im betreffenden Einzelfall keine zwingenden Gründe gibt, von diesem Grundsatz abzuweichen.⁵⁷ Ohne solchen zwingenden Grund muss es die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle, die der Anzeigepflicht von Art. 729c OR unterliegt, sein, welche im Falle der begründeten Besorgnis einer Überschuldung die Zwischenabschlüsse prüft, damit der Gleichlauf von Prüfungshandlung und Anzeigepflicht gewahrt bleibt.

Der alleinige Umstand, dass die eingeschränkt prüfende Revisionsstelle an der Buchführung mitgewirkt hat, qualifiziert nach der hier vertretenen Ansicht nicht als ein solcher zwingender Grund, der den Gleichlauf von Prüfungshandlung und Anzeigepflicht zu durchbrechen vermag:

- Zum einen ist nicht einzusehen, weshalb die eingeschränkt prüfende Revisionsstelle, die an der Buchführung mitgewirkt oder andere Dienstleistungen erbracht hat und die mit Blick auf das Risiko der Überprüfung eigener Arbeiten geeignete organisatorische und personelle Massnahmen trifft, um eine verlässliche Prüfung sicherzustellen, für die Prüfung der Jahresrechnung genügend unabhängig sein soll, die gleiche Revisionsstelle unter Anwendung gleicher Massnahmen aber dann nicht mehr genügend unabhängig sein soll, wenn es darum geht, im Falle einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung die

Zwischenabschlüsse zu prüfen. Die fehlende Schlüssigkeit dieser Argumentationslinie zeigt sich darin, dass sich die Frage der genügenden Unabhängigkeit gar nicht erst stellt, wenn die eingeschränkt prüfende Revisionsstelle, die an der Buchführung mitgewirkt oder andere Dienstleistungen erbracht hat, im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses – und nicht eines Zwischenabschlusses – zum Schluss gelangt, die Gesellschaft sei nicht überschuldet bzw. sei offensichtlich überschuldet. Niemand käme hier auf die Idee, den Jahresabschluss noch einmal und zusätzlich durch einen Drittprüfer prüfen zu lassen mit der Begründung, der Revisionsstelle mangle es an einer genügenden Unabhängigkeit.

- Zum anderen ist aufgrund des Umstandes, dass die subsidiäre Pflicht zur Anzeige der Überschuldung bei der Revisionsstelle verbleibt und nicht beim Drittprüfer liegt, nichts gewonnen, wenn der Verwaltungsrat untätig bleibt und die Revisionsstelle zu einem anderen Ergebnis gelangt als der Drittprüfer; am Schluss entscheidet eben doch die Revisionsstelle und nicht der ad hoc beigezogene und mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse beauftragte zugelassene Revisor, ob im Falle eines Untätigbleibens des Verwaltungsrates eine Überschuldungsanzeige gemacht wird oder ob eine solche Anzeige mangels Vorliegens einer offensichtlichen Überschuldung unterbleiben kann.

3. Zwischenfazit

Nach dem Dargelegten lässt sich aus einer systematischen Betrachtung nicht herleiten, ob die Unabhängigkeitsbestimmung von Art. 728 OR oder diejenige von Art. 729 OR besser auf die Prüfung der bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung erstellten Zwischenabschlüsse passt, da sowohl Art. 728 OR wie auch Art. 729 OR keinen Bezug zu den gesetzlichen Spezialprüfungen herstellen (vgl. Kap. IV.B.1.).

Indes ergibt sich aus dem Verhältnis und Zusammenspiel von Art. 725b Abs. 2 OR zu bzw. mit Art. 725b Abs. 5 und Art. 729c OR, dass die Prüfung der Zwischenabschlüsse sinnvollerweise durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle erfolgt, weil gemäss Art. 729c i.V.m. Art. 725b Abs. 5 OR die Pflicht zur Überschuldungsanzeige bei Untätigbleiben des Verwaltungsrates der Revisionsstelle und nicht einem anderen Prüfer obliegt, solange die Revisionsstelle im Amt ist, und ein Auseinanderfallen von Prüfpflicht und Anzeigepflicht möglichst vermieden werden sollte (vgl. Kap. IV.B.2.). Dies legt nahe, dass es der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle auch dann gestattet sein soll,

⁵⁶ Das Haftungsrisiko im Zusammenhang mit dem sog. Fortsetzungs- oder Konkursverschleppungsschaden ist in der Realität bekanntlich eines der grössten Haftungsrisiken der Organe.

⁵⁷ Zu denken ist beispielsweise an das Auftreten eines Ereignisses, das es der Revisionsstelle im massgebenden Zeitpunkt verunmöglicht, die Prüfung der Zwischenabschlüsse in der erforderlichen Qualität und Geschwindigkeit vorzunehmen.

bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung die Zwischenabschlüsse zu prüfen, wenn sie in Anwendung von Art. 729 Abs. 2 OR bei der Buchführung mitgewirkt oder für die zu prüfende Gesellschaft andere Dienstleistungen erbracht hat, sofern durch geeignete organisatorische und personelle Massnahmen eine verlässliche Prüfung sichergestellt wird. Schliesslich gilt nichts anderes, wenn die Revisionsstelle im Rahmen der Prüfung des Jahres- statt des Zwischenabschlusses beurteilen muss, ob die Gesellschaft überschuldet ist oder nicht.

C. Historische Auslegung

Die *historische Auslegung* berücksichtigt die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der auszulegenden Rechtsnorm und zieht insbesondere den historischen Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, bei.⁵⁸

1. Anforderungen an die Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Die historische Auslegung des Revisionsrechts macht sichtbar, dass mit der Aktienrechtsrevision 1991 erstmals überhaupt und in relativ zurückhaltender Weise Unabhängigkeitsregeln für die Revisionsstelle eingeführt wurden (vgl. Art. 727c aOR [in der Fassung vom 1. Juli 1992]).⁵⁹ Mit dieser Einführung von Unabhängigkeitsregeln konnte es gemäss Botschaft des Bundesrates indes «nicht darum gehen, ausführliche Vorschriften über die Unabhängigkeit zu erlassen»;⁶⁰ nach damaliger Ansicht sollte «die Statuierung eines Grundsatzes, verbunden mit Publizitätspflichten und einem Verfahren zur Überprüfung», genügen.⁶¹ Entsprechend schlug der Bundesrat im Jahr 1983 folgende Bestimmung zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle vor:

Art. 727c E-OR 1983

¹ Die Revisoren müssen vom Verwaltungsrat und von einem Aktionär, der über die Stimmenmehrheit verfügt, unabhängig sein.

² Sie müssen auch von Gesellschaften, die dem gleichen Konzern angehören, unabhängig sein, sofern ein Aktionär oder ein Gläubiger dies verlangt.

Der 1992 in Kraft getretene Art. 727c aOR war gegenüber der vom Bundesrat im Jahre 1983 vorgeschlagenen Fas-

sung etwas spezifischer, indem klargestellt wurde, dass die Revisoren weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft sein noch Arbeiten, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind, für diese ausführen dürfen:

Art. 727c aOR (in der Fassung vom 1. Juli 1992)

¹ Die Revisoren müssen vom Verwaltungsrat und von einem Aktionär, der über die Stimmenmehrheit verfügt, unabhängig sein. Insbesondere dürfen sie weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft sein noch Arbeiten für diese ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind.

² Sie müssen auch von Gesellschaften, die dem gleichen Konzern angehören, unabhängig sein, sofern ein Aktionär oder ein Gläubiger dies verlangt.

Wie der heutige Art. 725b Abs. 2 OR enthielt auch der Art. 725 Abs. 2 aOR in der ab 1. Juli 1992 geltenden Fassung keine Bestimmung zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der Prüfung der Zwischenabschlüsse im Falle der begründeten Besorgnis einer Überschuldung.

Im Rahmen der Neuregelung des Revisionsrechts wurden Verschärfungen betreffend die Unabhängigkeit der Revisionsstelle beschlossen, die per 1. Januar 2008 in Kraft traten. Die Verschärfungen rückten insbesondere vor dem Hintergrund verschiedener Bilanzskandale in den USA in den Fokus. Im Mittelpunkt der Anpassung des Revisionsrechts lagen daher Grossunternehmen sowie Publikumsgesellschaften. Der Bundesrat hielt in der Botschaft hierzu fest: «Das erhebliche öffentliche Interesse an einer verlässlichen Revision rechtfertigt für die ordentliche Revision strenge Anforderungen an die Unabhängigkeit. Aus der gesetzlichen Regelung ergibt sich für die Beurteilung der Unabhängigkeit daher auch für nicht ausdrücklich aufgeführte Tatbestände ein strenger Massstab.»⁶²

Für kleine und mittlere Unternehmen hingegen sollte das neue Revisionsrecht mit der Unterscheidung von eingeschränkter Revision, Opting-out und Opting-down eine adäquatere Regelung als nach bisherigem Recht – welches für alle Aktiengesellschaften dieselben gesetzlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit enthielt⁶³ – bereitstellen, was der Bundesrat in der Botschaft im Kapitel «KMU-Verträglichkeit» explizit als «wichtige Erleichterungen» bezeichnete.⁶⁴

Dass mit der Unterscheidung zwischen ordentlicher Revision und eingeschränkter Revision eine differenzierte Regelung eingeführt werden sollte, die insbesondere

⁵⁸ Vgl. beispielsweise HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 41), N 101 ff.

⁵⁹ Vgl. dazu Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht 1983), 845 f. und 929.

⁶⁰ Botschaft Aktienrecht 1983 (FN 59), 845.

⁶¹ Botschaft Aktienrecht 1983 (FN 59), 845.

⁶² Botschaft OR 2004 (FN 22), 3999.

⁶³ Botschaft OR 2004 (FN 22), 3999.

⁶⁴ Botschaft OR 2004 (FN 22), 4099; vgl. dazu auch RICO A. CAMPO-NOVO/SARA R. CAMPONOVO, Anschein der Unabhängigkeit bei eingeschränkter Revision: Der Konkretisierungsauftrag des Gesetzgebers, AJP 2014, 627 ff., 628 und 629.

der Situation und den Bedürfnissen von KMU gebührend Rechnung trägt, ergibt sich auch aus verschiedenen Voten, die im National- und Ständerat während der parlamentarischen Debatte fielen.⁶⁵ Besonderes Augenmerk lag auf dem Wunsch der KMU nach einer finanziellen Entlastung betreffend die Kosten der Revision, welchem mit der Aufteilung der Revision in eine (aufwendige und damit kostspielige) ordentliche Revision und eine (einfachere und damit kostengünstigere) eingeschränkte Revision nachgekommen werden soll:

«Neu wird die Revision in zwei Kategorien aufgeteilt – Sie haben es gehört –, in eine ordentliche und in eine eingeschränkte Revision; das ist neu. Letztere bietet besonders hinsichtlich Prüfungsumfang, Prüfungsschärfe und fachlicher Anforderung an die Revisionsstellen verschiedene Entlastungen gegenüber der ordentlichen Revision. Ganz wesentlich ist die Einsparung der Kosten.»⁶⁶

«Die Möglichkeit der eingeschränkten Revision entspricht einem Wunsch der KMU nach finanzieller Entlastung. Die Kosten einer eingeschränkten Revision sind wesentlich tiefer als diejenigen einer ordentlichen. Folgende Erleichterungen sind vorgesehen: 1. Beschränkung des Prüfungsumfanges und der Prüfungsintensität. 2. Weniger weit gehende Anforderungen an die Revisionsstelle betreffend die fachlichen Voraussetzungen, das heisst die Fachkompetenz. 3. Weniger Anforderungen an die Revisionsstelle betreffend Unabhängigkeit.»⁶⁷

Es erklärt sich vor dem spezifischen Hintergrund der «Bedürfnisse der KMU nach Dienstleistungen «aus einer Hand»»,⁶⁸ dass der Gesetzgeber – quasi als «Kompromiss im Interesse der Praktikabilität»⁶⁹ – es der eingeschränkt

prüfenden Revisionsstelle gestattet, an der Buchführung der geprüften Gesellschaft mitzuwirken oder für diese andere Dienstleistungen zu erbringen, soweit die zur Sicherstellung einer verlässlichen Prüfung notwendigen organisatorischen und personellen Massnahmen getroffen werden. Dass damit «weniger strenge Anforderungen an die Unabhängigkeit» der Revisionsstelle einhergehen, wird vom Gesetzgeber explizit akzeptiert:⁷⁰

«Was das Schweizer Gesetz mit dem embedded audit für KMU eingeführt hat, ist ein auf die effektiven Vorgänge und Bedürfnisse kleinerer Unternehmen zugeschnittenes Konzept einer Drittberatung durch Fachleute des Rechnungswesens und der Revision mit einer einzigen Anlaufstelle. Es ist der den KMU angepasste Kompromiss, der Doppelspurigkeiten vermeiden und den KMU eine grosse Kostenersparnis erlauben soll. Die daraus resultierende Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Revisionsstelle wird gesetzlich ausdrücklich in Kauf genommen.»⁷¹

Im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 und der damit einhergehenden Anpassung der Sanierungsbestimmungen im Aktienrecht wurde die im vorliegenden Aufsatz behandelte Rechtsfrage nicht thematisiert.⁷²

2. Zuständigkeit für die Prüfung der Zwischenabschlüsse im Falle der begründeten Besorgnis einer Überschuldung

Ein Blick auf die Entwicklungsgeschichte von Art. 725b Abs. 2 OR und Art. 725 Abs. 2 aOR erhellt, dass bis Ende 2007 vor dem Hintergrund des eindeutigen Wortlautes des damaligen Normtextes die Pflicht zur Prüfung der Zwischenabschlüsse im Falle der begründeten Besorgnis

⁶⁵ Vgl. etwa Votum Huber, AB 2005 N 64: «Die Unterscheidung in ordentliche und eingeschränkte Revision erachten wir als sachgerecht und sinnvoll. Insbesondere die Möglichkeit der eingeschränkten Revision liegt im Interesse der KMU, gestattet sie doch hinsichtlich Prüfungsauftrag und Prüfungsschärfe sowie hinsichtlich der fachlichen Anforderungen an die Revisionsstellen wesentliche Entlastungen gegenüber der ordentlichen Revision.» Vgl. ferner Votum Aeschbacher, AB 2005 N 65: «Gleichzeitig wird aber auch den Anliegen der kleinen Unternehmungen Rechnung getragen, indem je nach Grösse und Bedeutung unterschieden wird zwischen der ordentlichen und einer eingeschränkten Revision, die weniger hohe Ansprüche stellt und finanziell ganz andere Prämissen hat.»

⁶⁶ Votum Baumann, AB 2005 N 67.

⁶⁷ Votum Thanei, AB 2005 N 74.

⁶⁸ Botschaft OR 2004 (FN 22), 4026; vgl. auch Urs BERTSCHINGER, Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der eingeschränkten und ordentlichen Revision – Gleichlauf und Differenz, AJP 2012, 1221 ff., 1233.

⁶⁹ ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 21), Art. 729 OR N 85 (Hervorhebung des Originals weggelassen); in diesem Sinne auch MARTIN BÖCKLI, Die Revisionsstelle in der eingeschränkten Revision: An KMU-Verhältnisse angepasste Anforderungen an die Unabhängigkeit, ST 2014, 1083 ff., 1084; CHRISTIAN HAAS/PATRICK SCHACHER, Unabhängigkeit der Revisionsstelle: Kompass und Orientierung in der KMU-Prüfer-Landschaft, ST 2014, 1060 ff., 1061; BSK OR II-WATTER/RAMPINI (FN 7), Art. 729 N 6; vgl. ferner CHRISTIAN NUSS-

BAUMER/CHRISTIAN FELLER, Unabhängigkeit – kritische Würdigung aus der Sicht der Praxis: Unterschiedliche Handhabung der Unabhängigkeitsvorschriften, ST 2014, 1105 ff., 1106.

⁷⁰ Botschaft OR 2004 (FN 22), 4026; vgl. auch BÖCKLI (FN 69), 1084; BSK OR II-WATTER/RAMPINI (FN 7), Art. 729 N 6 («eine vom Gesetz gewollte Erleichterung der Unabhängigkeitsanforderungen für die eingeschränkte Revision»).

⁷¹ BÖCKLI (FN 69), 1084 (Hervorhebungen des Originals weggelassen).

⁷² Vgl. insbesondere Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589 ff., 1691 f.; Erläuternder Bericht des Bundesrates vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), 41 ff., 138 ff., 143 und 144; Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft OR 2016), 462 ff., 573 ff., 582 und 583. In der Botschaft vom 5. Dezember 2008 zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2009 299 ff., wird das Thema der Sanierung im Aktienrecht nicht angesprochen.

einer Überschuldung der Gesellschaft ausdrücklich der Revisionsstelle zugewiesen war (vgl. Art. 725 Abs. 2 aOR [in der Fassung vom 1. Juli 1992]):⁷³

Art. 725 aOR (in der Fassung vom 1. Juli 1992)

¹ [...]

² Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.

Erst mit der Änderung des Revisionsrechts und ausschliesslich aufgrund der dadurch eingeführten Möglichkeit eines Opting-outs (bzw. eines Opting-downs) von der Revisionspflicht wurde der besagten Norm in Abs. 2 Satz 1 der von Anfang 2008 bis Ende 2022 geltende – unspezifische – Wortlaut («Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden.») gegeben. Notwendig wurde diese Anpassung von Abs. 2 Satz 1 deshalb, weil durch das Opting-out (bzw. das Opting-down) von der Revisionspflicht Sachverhalte geschaffen werden können, in denen die Gesellschaft über keine (bzw. keine rechtsgenügend ausgestaltete) Revisionsstelle verfügt, welche die Zwischenabschlüsse prüfen könnte;⁷⁴ in einer solchen Konstellation muss sachnotwendigerweise ein zugelassener Revisor ad hoc beigezogen und mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse beauftragt werden:

«Auch Absatz 2 muss der Tatsache angepasst werden, dass eine Aktiengesellschaft nach dem Entwurf nicht in jedem Fall über eine Revisionsstelle verfügt [...]. Es wird daher vorgesehen, dass die Gesellschaft die Zwischenbilanz in jedem Fall durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor prüfen lassen muss.»⁷⁵

Die Materialien äussern sich nicht dazu, ob der Beizug eines ad hoc herbeizuziehenden Prüfers auf diejenigen

Konstellationen beschränkt bleiben soll, in welchen eine Revisionsstelle fehlt (oder in welchen die Revisionsstelle die fachliche Mindestqualifikation des zugelassenen Revisors nicht erreicht). Für diese Interpretation spricht die in der bundesrätlichen Botschaft vorgebrachte Begründung betreffend die Notwendigkeit der Anpassung von Art. 725 Abs. 2 aOR (in der Fassung vom 1. Juli 1992), die darlegt, dass mit der angepassten Formulierung darauf abgezielt wird, sicherzustellen, dass die Prüfung der Zwischenabschlüsse auch bei Fehlen einer entsprechend ausgestalteten Revisionsstelle durch einen zugelassenen Revisor erfolgt. Gegen diese Interpretation spricht, dass die Botschaft im Anschluss an diese Begründung festhält, dass die Revisionsstelle die Prüfung der Zwischenbilanz vornehmen «kann», wenn die Gesellschaft über eine Revisionsstelle verfügt, die den Anforderungen, welche bei der eingeschränkten Revision an die Revisionsstelle gestellt werden, genügt:

«Verfügt die Gesellschaft über eine entsprechend ausgestaltete Revisionsstelle, kann – wie bisher – diese die Revision [gemeint: die Prüfung der Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 aOR] vornehmen.»⁷⁶

Es ist allerdings unklar, ob der Verwendung dieser «Kann-Formulierung» (anstelle einer «Muss-Formulierung») insoweit Bedeutung zuzumessen war, als seitens des Gesetzgebers ein bewusster Entscheid für ein entsprechendes Wahlrecht des Verwaltungsrates getroffen wurde. Wie weiter unten noch darzulegen ist, ergibt die teleologische Auslegung von Art. 725b Abs. 2 OR und damit auch von Art. 725 aOR, dass der gesetzgeberisch anvisierte Schutzzweck dieser Regelung besser erreicht werden kann, wenn die Prüfung der Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle vorgenommen wird, solange nicht zwingende Gründe gegen die Mandatierung der Revisionsstelle für die Prüfung der Zwischenabschlüsse sprechen (vgl. Kap. IV.B.2.).

Seit Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision 2020 ist die Prüfpflicht in Art. 725b Abs. 2 OR geregelt, wobei die verwendete Formulierung (vgl. hierzu Kap. IV.A.1.) sprachlich genauer ist und an die bis Ende 2007 verwendete Formulierung anknüpft, nämlich, dass die Prüfung der Zwischenabschlüsse durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle erfolgen soll, neu ergänzt um die (notwendige) Präzisierung, dass bei Fehlen einer Revisionsstelle ein zugelassener Revisor zur Prüfung der Zwischenabschlüsse beigezogen werden muss.

Warum für Art. 725b Abs. 2 OR der präzipierte Wortlaut gewählt wurde, geht aus den Materialien – wie bereits

⁷³ Vgl. auch bereits Botschaft Aktienrecht 1983 (FN 59), 927.

⁷⁴ Botschaft OR 2004 (FN 22), 4038; ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 95; vgl. auch ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 21), Art. 727b–727c OR N 66, die allerdings davon ausgehen, dass mit der Anpassung von Art. 725 Abs. 2 aOR per 1. Januar 2008 ein generelles Wahlrecht des Verwaltungsrates besteht, entweder die eigene Revisionsstelle mit der Prüfung der Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 aOR zu beauftragen oder einen anderen Prüfer (der mindestens ein zugelassener Revisor ist) für diese Prüfung herbeizuziehen (vgl. hierzu Kap. III.B.).

⁷⁵ Botschaft OR 2004 (FN 22), 4038 (Hervorhebung des Originals weggelassen).

⁷⁶ Botschaft OR 2004 (FN 22), 4038.

erwähnt – nicht hervor.⁷⁷ Das Fehlen jeglicher Begründung für die diesbezügliche Anpassung des Normtextes dürfte ein Indiz dafür sein, dass es – ungeachtet der fraglichen Formulierung in der Botschaft OR 2004, wonach immer dann, wenn die Gesellschaft über eine Revisionsstelle verfügt, die Revisionsstelle die Prüfung der Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 aOR vornehmen «kann» – immer schon die Meinung gewesen ist, dass es primär die (rechtsgenügend aufgestellte) Revisionsstelle sein soll, die bei Vorliegen einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung die Zwischenabschlüsse prüft. Vor diesem Hintergrund ist u.E. davon auszugehen, dass mit Art. 725b Abs. 2 OR keine materielle Rechtsänderung, sondern einfach eine sprachliche Präzisierung angestrebt wurde; die verwendete Formulierung im Normtext von Art. 725b Abs. 2 OR ist daher als blosser Klarstellung zu verstehen, die keine Änderung der Rechtslage herbeiführte.⁷⁸ Soweit man entgegen der hier vertretenen Meinung aus dem bis Ende 2022 geltenden Art. 725 Abs. 2 aOR ein uneingeschränktes Wahlrecht des Verwaltungsrates herauslesen wollte, wäre dieses jedenfalls mit Art. 725b Abs. 2 OR nicht mehr vereinbar und mit Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision 2020 weggefallen.

3. Zwischenfazit

Aus der historischen Auslegung von Art. 725b Abs. 2 OR bzw. Art. 725 Abs. 2 aOR ist nicht ableitbar, dass die Revisionsstelle einer zur eingeschränkten Revision verpflichteten Aktiengesellschaft aus Unabhängigkeitsgründen nicht zur Prüfung der Zwischenabschlüsse befugt ist, wenn sie in Anwendung von Art. 729 Abs. 2 OR bei der Buchführung mitgewirkt oder für die zu prüfende Gesellschaft andere Dienstleistungen erbracht hat (und sie durch geeignete organisatorische und personelle Massnahmen eine verlässliche Prüfung sicherstellen könnte).

Deutlich sichtbar wird indessen das gesetzgeberische Anliegen, im Zusammenhang mit der eingeschränkten Revision Erleichterungen für KMU vorzusehen, damit Dienstleistungen kostengünstig, praktikabel und möglichst «aus einer Hand» bezogen werden können, selbst

wenn damit Abstriche bezüglich der Unabhängigkeit der Revisionsstelle verbunden sind. Diese Wertungsgesichtspunkte des Gesetzgebers können freilich nicht eins zu eins von der eingeschränkten Revision auf die gesetzlichen Spezialprüfungen (wie insbesondere die Prüfung der Zwischenabschlüsse im Falle einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung) übertragen werden, sind aber im Rahmen der hier interessierenden Auslegung von Art. 725b Abs. 2 OR immerhin mitzuberücksichtigen.

Nach unserem Dafürhalten ergibt sich aus der historischen Auslegung auch, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse stets die Revisionsstelle als primäre Prüfbeauftragte im Fokus hatte und den Hinweis auf die Prüfvornahme durch einen zugelassenen Revisor ausschliesslich für den Fall, dass eine (rechtsgenügend aufgestellte) Revisionsstelle fehlt, in den Normtext von Art. 725 Abs. 2 aOR (in der Fassung vom 1. Januar 2008) aufgenommen hatte. Mit Inkrafttreten von Art. 725b Abs. 2 OR wurde jedenfalls klargestellt, dass der Einsatz eines ad hoc herbeizuziehenden Prüfers bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung dann – und grundsätzlich nur dann⁷⁹ – angezeigt ist, wenn eine Revisionsstelle fehlt.

D. Teleologische Auslegung

Die *teleologische Auslegung* fragt nach der Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist (sog. *ratio legis*).⁸⁰

Art. 725b Abs. 2 OR bezweckt die Sicherstellung, dass die vom Verwaltungsrat erstellten Zwischenabschlüsse von dritter, unabhängiger Stelle geprüft werden, und zwar – wie in Art. 725b Abs. 6 OR klargestellt wird – «mit der gebotenen Eile».

Der Schutzzweck der gesetzlichen Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung umfasst generell den Schutz der Allgemeinheit, der Gläubiger, der Aktionäre und der Gesellschaft.⁸¹ Die Bestimmungen zum Vorgehen bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung dienen unmittelbar dem Gläubigerschutz⁸² und sollen eine gleichmässige Befriedigung der

⁷⁷ Der angepasste Wortlaut war im Entwurf des Bundesrates vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (E-OR 2016) bereits enthalten (vgl. Art. 725b Abs. 2 E-OR 2016), jedoch noch nicht im Vorentwurf des Bundesrates vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (VE-OR 2014), wonach der Verwaltungsrat «die Zwischenbilanz durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen» muss (Art. 725b Abs. 2 VE-OR 2014).

⁷⁸ So auch BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 10 und 33.

⁷⁹ FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 19), Art. 725b OR N 14; BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 33.

⁸⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 41), N 120; KRAMER (FN 35), 171 f.

⁸¹ BÖCKLI (FN 11), § 11 N 38.

⁸² BGE 121 III 420 E. 3a; BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 4; vgl. auch PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 55 N 37.

Gläubiger sicherstellen;⁸³ darüber hinaus erfolgt die Überschuldungsanzeige zum Schutz der Allgemeinheit und der zukünftigen Kreditgeber und anderer Geschäftspartner.⁸⁴ Was die Prüfung der bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung erstellten Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle im Besonderen angeht, dient diese gesetzliche Prüfpflicht dazu, den Verwaltungsrat zu sorgfältiger Arbeit zu veranlassen.⁸⁵

1. Qualität und Geschwindigkeit der Prüfung der Zwischenabschlüsse

Unter teleologischen Gesichtspunkten ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Prüfung der Zwischenabschlüsse bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung nur dann dem Schutzzweck von Art. 725b Abs. 2 OR gerecht werden kann, wenn sie in qualitativer Hinsicht überzeugt und zeitlich genügend schnell erfolgt. Die Qualität und die Geschwindigkeit der Prüfung der Zwischenabschlüsse sind folglich wesentliche Erfolgskriterien für die Erreichung des Schutzzweckes; dies gilt es bei der Auslegung von Art. 725b Abs. 2 OR zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass im Normalfall die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle bezüglich Qualität und Geschwindigkeit der Prüfung der Zwischenabschlüsse eine qualitativ bessere und zeitlich schnellere Prüfungsleistung zu erbringen vermag als ein zugelassener Revisor, der eigens für die Prüfung der Zwischenabschlüsse hinzugezogen wird.⁸⁶

Der Grund liegt darin, dass die Revisionsstelle, anders als ein ad hoc beigezogener Prüfer, der sich noch nie mit der Gesellschaft befasst hat, die Gesellschaft bereits kennt und ohne grossen Aufwand die von ihr erstellten Vorakten für die Prüfung der Zwischenabschlüsse konsultieren kann.⁸⁷ Die Revisionsstelle kann somit bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung sofort mit der Prüfung der vom Verwaltungsrat erstellten Zwischenabschlüsse beginnen. Im Gegensatz dazu fallen für einen ad hoc beigezogenen zugelassenen Revisor aufwendige Einarbeitungsarbeiten an, die wertvolle Zeit beanspruchen und gegebenenfalls zu einer Verzögerung der Über-

schuldungsanzeige der Gesellschaft führen, was nicht im Sinne von Art. 725b Abs. 2 OR ist.

Auch ist die Revisionsstelle aufgrund ihrer oftmals längerfristigen Prüfbeziehung mit der Gesellschaft viel besser in der Lage als ein anderer Prüfer, die Zwischenabschlüsse durch einen Abgleich mit eigenen – auch die Vorjahre betreffenden – Unterlagen richtig zu beurteilen und mögliche Manipulationsversuche des Verwaltungsrates zu erkennen.⁸⁸

In der Literatur wird der Beizug eines zugelassenen Revisors für die Prüfung der Zwischenabschlüsse mangels Kenntnis der Gesellschaft und aufgrund fehlenden Zugriffs auf die Vorakten denn auch als sehr anspruchsvoll bezeichnet.⁸⁹

2. Missbrauchspotenzial bei Übergehung der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle

Die Revisionsstelle wird von der Generalversammlung für die Dauer von einem bis drei Jahren gewählt (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2, Art. 730 Abs. 1 und Art. 730a Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat kann (und muss) der Generalversammlung eine bestimmte Revisionsstelle vorschlagen, die endgültige Wahl obliegt aber den Aktionären.

Die Aktionäre haben auch die Möglichkeit, die Revisionsstelle mittels eines entsprechenden Generalversammlungsbeschlusses abzuberufen.⁹⁰ Mit Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision 2020 wurde die Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung durch die Generalversammlung allerdings insoweit eingeschränkt, als die Abberufung nur noch aus wichtigen Gründen möglich ist (Art. 730a Abs. 4 OR). Damit soll es Mehrheitsaktionären verunmöglicht werden, insbesondere bei Vorliegen einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung eine unbequeme Revisionsstelle an einer ausserordentlichen Generalversammlung rasch loszuwerden oder sie durch die Inaussichtstellung einer potenziellen Abberufung gefügiger zu machen.⁹¹

⁸³ BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 4; vgl. auch ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 7.

⁸⁴ BSK OR II-KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER (FN 7), Art. 725b N 5.

⁸⁵ BÖCKLI (FN 11), § 11 N 201.

⁸⁶ ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 21), Art. 727b–727c OR N 66; ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 97 f.; BSK OR II [5. A.]-WÜSTINER (FN 20), Art. 725 N 39c.

⁸⁷ ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 21), Art. 727b–727c OR N 66; ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 98; BSK OR II [5. A.]-WÜSTINER (FN 20), Art. 725 N 39c.

⁸⁸ ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 97; ähnlich CAMPONOVO/VON GRAFFENRIED-ALBRECHT (FN 19), 209.

⁸⁹ ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 96; BSK OR II [5. A.]-WÜSTINER (FN 20), Art. 725 N 39c; BÖCKLI (FN 11), § 13 N 391, räumt ein, dass sich ein ad hoc für die Prüfung der Zwischenabschlüsse beigezogener zugelassener Revisor im Vergleich zur von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle in einer «schwierigeren Lage» befindet.

⁹⁰ Vgl. ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 21), Art. 730a OR N 34 ff.; CHK OR-HÄNNI/LJUBICIC, Art. 730a N 15 ff., in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2023; BSK OR II-REUTTER (FN 7), Art. 730a N 20 ff.

⁹¹ Botschaft OR 2016 (FN 72), 583.

Das Gesetz will damit bewusst eine gewisse institutionelle Unabhängigkeit der Revisionsstelle sicherstellen.

Soll oder kann die Prüfung der Zwischenabschlüsse nicht durch die Revisionsstelle erfolgen, muss diese Prüfung einem (anderen) zugelassenen Revisor zugewiesen werden. Zuständig für die Wahl und Mandatierung dieses ad hoc herbeizuziehenden Prüfers ist der Verwaltungsrat (vgl. die Klarstellung in Art. 725b Abs. 2 OR). Wenn aber der Verwaltungsrat bestimmt, wer die von ihm erstellten Zwischenabschlüsse prüft, geht damit immer die Möglichkeit eines Missbrauchs einher, denn es lässt sich nicht verhindern, dass der Verwaltungsrat sich angesichts der Notsituation der Gesellschaft anschickt, einen Prüfer zu mandatorieren, der ihm besonders genehm ist und mit einer eher unkritischen Geisteshaltung an die Prüfungsaufgabe herantritt.⁹²

Gewiss: In denjenigen Fällen, in denen die notleidende Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt, gibt es aufgrund der Notwendigkeit eines raschen Vorgehens keine andere realistische Lösung, als das Recht zur Bestimmung des Prüfers in die Hände des Verwaltungsrates zu legen; für die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung und Einholung eines Wahlbeschlusses der Generalversammlung bleibt angesichts der finanziellen Notlage schlicht keine Zeit.

Indes ist nicht ersichtlich, weshalb in denjenigen Fällen, in denen die notleidende Gesellschaft über eine von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle verfügt, die Prüfung der Zwischenabschlüsse bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung nicht durch denjenigen Prüfer erfolgen soll, der mittels Wahl als Revisionsstelle das generelle Vertrauen der Aktionäre bereits zugesprochen erhalten hat. Wäre es – umgekehrt – gemeinhin zulässig, von der Mandatierung der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle abzusehen und einen anderen zugelassenen Revisor mit der Prüfung der Zwischenabschlüsse zu beauftragen, würde dem Verwaltungsrat unnötigerweise die soeben beschriebene Möglichkeit eines Missbrauches eröffnet. Und selbst wenn der Verwaltungsrat keinerlei Missbrauchsgedanken hegt, würde mit der Mandatierung eines anderen Prüfers immerhin der Wille der Generalversammlung, die sich für eine bestimmte Revisionsstelle ausgesprochen hat, übersteuert.⁹³

Von diesem Gesichtspunkt her betrachtet darf die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle

höchstens dann durch Mandatierung eines ad hoc beigezogenen zugelassenen Revisors übergangen werden, wenn zwingende Gründe ein solches Vorgehen nahelegen (vgl. Kap. IV.B.2.). Nach unserem Dafürhalten kann der Umstand, dass die Revisionsstelle bei der Buchführung mitgewirkt oder für die Gesellschaft andere Dienstleistungen erbracht hat, nicht als ein solcher zwingender Grund betrachtet werden, zumal das Gesetz in Art. 729 Abs. 2 OR die Mitwirkung der Revisionsstelle bei der Buchführung bzw. die Erbringung anderer Dienstleistungen bei denjenigen Gesellschaften, die der eingeschränkten Revision unterliegen, ausdrücklich als zulässig qualifiziert, solange geeignete organisatorische und personelle Massnahmen getroffen werden, welche die Verlässlichkeit der Prüfung sicherstellen. Die Schlussfolgerung, dass das Mitwirken an der Buchführung bzw. das Erbringen von anderen Dienstleistungen trotz gleichzeitiger Umsetzung der erforderlichen organisatorischen und personellen Massnahmen nach Sinn und Zweck des Gesetzes keinen Anlass darstellen kann, der Revisionsstelle die Befugnis zur Prüfung der Zwischenabschlüsse abzusprechen, folgt auch aus der Überlegung, dass die gegenteilige Ansicht dem Verwaltungsrat die Möglichkeit einräumen würde, die – aus Sicht des Verwaltungsrates möglicherweise etwas unbequeme – Revisionsstelle mit einer (relativ unbedeutenden) Mitwirkungsarbeit bei der Buchführung zu mandatorieren, um sich ihrer Prüfungstätigkeit im Rahmen der Prüfung der Zwischenabschlüsse entziehen zu können; damit würde sich wiederum ein entsprechendes Missbrauchspotenzial eröffnen, was so von Art. 725b Abs. 2 OR nicht gewollt sein kann.

3. Potenzielle Schwierigkeit, zeitnah einen zugelassenen Revisor zu finden, der bereit ist, das Prüfmandat zu übernehmen

Ferner ist zu berücksichtigen, dass es sich für eine notleidende Gesellschaft als schwierig herausstellen kann, zeitnah einen (anderen) zugelassenen Revisor zu finden, der bereit ist, das Mandat zur Prüfung der vom Verwaltungsrat aufgrund begründeter Besorgnis einer Überschuldung erstellten Zwischenabschlüsse zu übernehmen.⁹⁴

Der Grund hierfür geht auf Kosten-Nutzen-Überlegungen zurück, die sich potenzielle Kandidaten anstellen: Bei der Prüfung der Zwischenabschlüsse bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung handelt es sich um ein verhältnismässig kleines Mandat, dessen Ausführung entsprechend zu relativ bescheidenem Umsatz führt. Hin-

⁹² ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 21), Art. 727b–727c OR N 66; ZK-HANDSCHIN (FN 8), Art. 725 OR N 98; BSK OR II [5. A.]-WÜSTINER (FN 20), Art. 725 N 39c.

⁹³ So auch BSK OR II [5. A.]-WÜSTINER (FN 20), Art. 725 N 39c.

⁹⁴ In diesem Sinne auch RENGGLI/KISSLING/CAMPONOVO/HONOLD/KEEL (FN 11), 316.

zu kommt, dass nach absolvierter Prüfung der Zwischenabschlüsse keine potenziell lukrativen Folgemandate in Aussicht stehen: Zum einen verfügt die Gesellschaft bereits über eine Revisionsstelle, zum anderen besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Gesellschaft tatsächlich überschuldet ist und deshalb der Konkurs über sie eröffnet wird. Der Nutzen der Übernahme eines Mandates zur Prüfung der Zwischenabschlüsse ist deshalb vergleichsweise gering, was dazu führt, dass potenzielle Kandidaten regelmässig nicht bereit sein dürften, das aus der Prüfung der Zwischenabschlüsse resultierende Haftungsrisiko zu tragen.

4. Tendenziell höhere Kosten der Prüfung durch einen ad hoc beigezogenen Prüfer

Müssen die Zwischenabschlüsse durch einen ad hoc beigezogenen Prüfer statt durch die Revisionsstelle geprüft werden, ist davon auszugehen, dass die Kosten dieser Dienstleistung vermutlich deutlich höher sein dürften, als wenn die Revisionsstelle die Prüfung vornehmen würde, was mit der historischen Absicht des Gesetzgebers, die Prüfungskosten bei KMU möglichst tief zu halten (vgl. Kap. IV.C.1.), unvereinbar erscheint. Mit höheren Kosten ist aus zwei Gründen zu rechnen:

- Erstens hat der ad hoc beigezogene Revisor einen nicht unbeträchtlichen Einarbeitungsaufwand, welcher bei der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle nicht anfällt, sowie einen höheren Prüfaufwand als die Revisionsstelle (vgl. Kap. IV.D.1.).
- Zweitens wird sich der ad hoc beigezogene zugelassene Revisor infolge der für ihn nicht besonders attraktiven Kosten-Nutzen-Situation (vgl. Kap. IV.D.3.) seine Dienstleistungen möglicherweise teurer als üblich entschädigen lassen wollen.

5. Zwischenfazit

Eine Analyse von Art. 725b Abs. 2 OR unter teleologischen Gesichtspunkten spricht klar dafür, dass die mit der gebotenen Eile vorzunehmende Prüfung der Zwischenabschlüsse im Falle einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung durch die von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle durchgeführt wird, wenn die Gesellschaft über eine solche verfügt, und zwar auch dann, wenn die Revisionsstelle in Anwendung von Art. 729 Abs. 2 OR bei der Buchführung mitgewirkt oder für die zu prüfende Gesellschaft andere Dienstleistungen erbracht hat. Normalerweise wird die Revisionsstelle – konstellationsbedingt – eine qualitativ bessere und zeitlich schnellere Prüfungsleistung erbringen können als ein

anderer Prüfer, der nur für die Prüfung der Zwischenabschlüsse beigezogen wird (vgl. Kap. IV.D.1.). Zum anderen besteht ein gewisses Missbrauchspotenzial, wenn der Verwaltungsrat bestimmen kann, wer die Prüfung der von ihm erstellten Zwischenabschlüsse durchführt, weshalb dem Verwaltungsrat ein solches Bestimmungsrecht nur dann eingeräumt werden soll, wenn die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt oder wenn andere zwingende Gründe hierfür sprechen (vgl. Kap. IV.B.2.). Auch die potenzielle Schwierigkeit, zeitnah einen zugelassenen Revisor zu finden, der bereit ist, das Mandat zur Prüfung der Zwischenabschlüsse zu übernehmen (vgl. Kap. IV.D.3.), und die potenziell höheren Prüfkosten bei Vornahme der Prüfung durch einen Drittprüfer (vgl. Kap. IV.D.4.) zeigen, dass ein praktikables Ergebnis nicht darin bestehen kann, dass die notleidende Gesellschaft dazu gezwungen wird, im Rahmen der Prüfung der Zwischenabschlüsse auf die Dienste der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle zu verzichten, bloss weil diese bei der Buchführung mitgewirkt oder andere Dienstleistungen erbracht hat, wenn sie die zur Sicherstellung der Prüfungsverlässlichkeit angezeigten organisatorischen und personellen Massnahmen trifft.

V. Fazit

Zur diesem Aufsatz zugrundeliegenden Frage, ob es zulässig ist, bei Aktiengesellschaften, die der eingeschränkten Revision unterliegen, die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle auch dann mit der Prüfung der im Zusammenhang mit einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung erstellten Zwischenabschlüsse zu beauftragen, wenn die Revisionsstelle in Anwendung von Art. 729 Abs. 2 OR bei der Buchführung mitgewirkt oder für die zu prüfende Gesellschaft andere Dienstleistungen erbracht hat (angenommen, eine verlässliche Prüfung ist durch geeignete organisatorische und personelle Massnahmen sichergestellt), gibt es bisher – soweit ersichtlich – keine Rechtsprechung, und auch in der Lehre hat sich noch keine herrschende Meinung gebildet. Um bei dieser Rechtsfrage zu einer Antwort zu gelangen, ist es erforderlich, eine Auslegung von Art. 725b Abs. 2 OR anhand der vier klassischen Auslegungselemente vorzunehmen.

Allein aus dem Normtext von Art. 725b Abs. 2 OR lässt sich diese Frage nicht beantworten. Immerhin wird durch die in Art. 725b Abs. 2 OR verwendete Neuformulierung im Vergleich zu Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR klargestellt, dass die bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung zu erstellenden und zu prüfenden Zwi-

schenabschlüsse primär von der Revisionsstelle der betroffenen Gesellschaft geprüft und ein anderer Prüfer nur dann beigezogen werden soll, wenn die Gesellschaft über keine (bzw. keine rechtsgenügende) Revisionsstelle verfügt; normiert wird damit ein grundsätzlicher Vorrang der von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle zur Prüfung der Zwischenabschlüsse. Ob diese Regel aber absolut zu verstehen ist, d.h. der Normtext von Art. 725b Abs. 2 OR vollständig ist oder ob ausnahmsweise Abweichendes gilt – gerade in der hier interessierenden Konstellation, in welcher die Revisionsstelle an der Buchführung mitgewirkt oder andere Dienstleistungen erbracht hat –, kann allein mit der grammatikalischen Auslegung nicht beantwortet werden.

Ein Blick auf die übrigen Auslegungselemente legt indes nahe, dass die Prüfung der Zwischenabschlüsse auch dann von der Revisionsstelle durchgeführt werden soll, wenn diese in Anwendung von Art. 729 Abs. 2 OR an der Buchführung mitgewirkt oder andere Dienstleistungen erbracht hat, sofern ein verlässliches Prüfergebnis gewährleistet ist. Diesbezüglich sei auf die entsprechenden Ausführungen in Kap. IV.B., IV.C. und IV.D. verwiesen.

Wir gelangen deshalb zum Schluss, dass es einer von der Generalversammlung gewählten Revisionsstelle, die bei der Buchführung mitgewirkt oder für die betreffende Gesellschaft andere Dienstleistungen erbracht hat, bei der eingeschränkten Revision unterliegenden Aktiengesellschaften grundsätzlich gestattet sein muss, die im Falle einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung gesetzlich vorgesehene Prüfung der Zwischenabschlüsse vorzunehmen. Erforderlich ist freilich, dass diejenigen organisatorischen und personellen Massnahmen getroffen werden, die erforderlich sind, um die Verlässlichkeit der Prüfung sicherzustellen.

Im Weiteren folgt aus der Auslegung des Art. 725b OR, dass die Prüfung der Zwischenabschlüsse grundsätzlich durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle vorgenommen werden muss und dem Verwaltungsrat unter neuem Recht klarerweise kein Auswahlermessen zusteht.