

Den Letzten beißen die Hunde

Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

PETER FORSTMOSER¹

Mit Niklaus Schmid verbindet mich nicht nur die Erinnerung an lehrreiche Seminare zum Thema «Wirtschaftsrecht und Strafrecht», sondern auch das gemeinsame Interesse an bestimmten Problemkreisen: 1988 haben wir – unabhängig voneinander – zum damals neuen Schweizer Insiderrecht publiziert². Und 1996/97 haben wir dasselbe Thema – die *Verantwortlichkeit des Revisors* – in zwei aufeinander abgestimmten Publikationen behandelt, Niklaus Schmid aus strafrechtlicher Sicht³, ich aus der des Aktienrechtlers⁴. Da liegt es nahe, sich im Rahmen einer «FS Schmid» an diesen Themenkreis zu halten.

Eingegangen wird – und dies dürfte Niklaus Schmid entsprechen – auf einen Aspekt von nicht nur theoretischem Interesse, sondern von eminent praktischer Bedeutung: den Umstand nämlich, dass in Verfahren aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit die Revisionsstelle regelmässig einen weit höheren Anteil zur Schadensdeckung beiträgt als es «aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände»⁵ zu erwarten wäre. Auf diese Diskrepanz zwischen begründeter Erwartung und Realität soll – nach einigen Hinweisen auf Recht und Praxis der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Ziff. I.) – eingegangen werden (Ziff. II.). Sodann wird gefragt, ob an der Gerichtspraxis Korrekturen anzubringen sind (Ziff. III.) und ob sich die Revisionsstellen

¹ Meinen Assistierenden, DEA Sc. pol./cand. iur. SALVATORE CAMODECA, RA lic. iur. CHRISTIAN CHRISTEN und RA lic. iur. FIONA FORRER und danke ich für ihre engagierte Unterstützung.

² Vgl. NIKLAUS SCHMID, Schweizerisches Insiderstrafrecht, Bern 1988, und – weit anspruchsloser und kürzer – PETER FORSTMOSER, Das neue schweizerische Insider-Recht, Zürich 1988, sowie Aufsätze zu diesem Thema in SAG 60 (1988) 122 ff und in der deutschen Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 18 (1989) 124 ff.

³ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Revisors (Zürich 1996 = Schriftenreihe der Treuhand-Kammer Band 141).

⁴ Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht (Zürich 1997 = Schriftenreihe der Treuhand-Kammer Band 151).

⁵ So die in OR 759 I vorgesehene Regel.

durch vertragliche Vorkehren oder explizite Vorbehalte besser schützen können (Ziff. IV.). Schliesslich werden Möglichkeiten aufgezeigt, die de lege ferenda zu diskutieren sind (Ziff. V.).

I. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: ein Rechtsgebiet gespickt mit Fragezeichen

a) Das Recht der Verantwortlichkeit von aktienrechtlichen Organen⁶ ist – daran hat auch die Aktienrechtsreform von 1968/1991 trotz einer Reihe von Verbesserungen⁷ nichts geändert – reich an Unebenheiten und Inkonsequenzen.

Bis heute nicht geklärt ist etwa die *Rechtsnatur der Gläubigerklage* im Konkurs, die sich insbesondere im Hinblick auf die möglichen Einreden praktisch auswirkt. Das Bundesgericht hat zwar – unter ausgiebiger Verweisung auf einen vom bundesgerichtlichen Referenten selbst verfassten Aufsatz⁸ – in BGE 117 II 432 ff eine *einheitliche Klage aus dem Recht der Gläubigergesamtheit* angenommen, die den bis zur Konkursöffnung bestehenden Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft ablöse. In der Literatur ist der Entscheid überwiegend auf Kritik gestossen⁹, was zwar das Bundesgericht

⁶ OR 754-760.

⁷ Klargestellt wurde etwa, dass auch diejenigen, die sich eine tatsächlich Organen vorbehalten Aufgabe anmassen, ohne dazu formell gewählt zu sein (sog. *materielle* Organe), dem Verantwortlichkeitsrecht unterstehen: RevOR 754 umschreibt den der Haftung für Geschäftsführung unterstellten Personenkreis als mit der Geschäftsführung «befasste» Personen, während das frühere Recht – zu eng – von «betrauten» Personen sprach.

Korrigiert wurde auch die verfehlte Praxis des Bundesgerichts unter altem Recht, wonach eine Berücksichtigung leichten Verschuldens im Aussenverhältnis bei mehreren solidarisch Haftenden nicht möglich sei. Das revidierte Recht präzisiert, dass jeder Haftpflichtige – trotz Solidarität – nur insoweit haftbar ist, als ihm ein Schaden aufgrund seines *eigenen* Verschuldens persönlich zurechenbar ist. Mit Rücksicht auf diese neue Regelung – die freilich nach Ansicht des Verfassers nur festhält, was schon bisher hätte gelten müssen – hat das Bundesgericht im Nachhinein seine Praxis auch zum alten Aktienrecht geändert, Urteil 4C.147/1995, auszugsweise wiedergegeben SZW 68 (1996) 234 f. (in der Publikation in der Amtlichen Sammlung – BGE 122 III 324 ff – fehlen die entsprechenden Erwägungen).

⁸ ROLF RASCHEIN, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 357 ff.

⁹ Vgl. PETER V. KUNZ, Zur «doppelten Klagegrundlage» des Gläubigers bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SJZ 90 (1994) 5 ff; GEORG RAUBER, Der mittelbare Gläubigerschaden – alte und neue Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: Festschrift für PETER FORSTMOSE, Zürich 1993, 157 ff.; ROLAND RUEDIN, Les actions en responsabilité

bisher nicht von seinem Weg abgebracht hat¹⁰, woraus sich aber doch eine gewisse Unsicherheit ergibt.

Und hinsichtlich der *Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Aktionärs- und Gläubigerschaden* ist die Verunsicherung grösser denn je, seit das Bundesgericht im Entscheid 122 III 176 ff zum Erstaunen der Lehre festgehalten hat, für diese Abgrenzung komme es beim Gläubigerschaden nicht etwa darauf an, welche Vermögensmasse vermindert worden sei, sondern es liege ein unmittelbarer Gläubigerschaden nur vor, «wenn aktienrechtliche Bestimmungen zum ausschliesslichen Gläubigerschutz verletzt» worden seien^{11, 12}. Für die Aktionärsklage müsste eigentlich dasselbe gelten, doch hat das Bundesgericht bezüglich der Klagelegitimation von neuen Aktionären anders entschieden als bei neuen Gläubigern¹³. Ob es sich der Differenzierung bewusst war, ist offen; jedenfalls wird sie in der Lehre zu Recht kritisiert¹⁴.

b) Ein Blick auf die *Rechtswirklichkeit* zeigt – auch noch nach der Aktienrechtsreform – ein zwiespältiges Bild:

- Kommt es nicht zum Konkurs, dann sind Verantwortlichkeitsklagen die seltene Ausnahme¹⁵. Zahlreiche Fälle auch grober Fahrlässigkeit bleiben damit folgenlos.

des actionnaires et des créanciers pour le dommage subi par la société dans le cadre de la faillite de la société (art. 756-768 CO), Recueil de jurisprudence neuchâtoise (1993) 33 f. sowie die kritische Analyse von PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 2018 f.

¹⁰ Vgl. BGE 122 III 168 f, 122 III 189 f, 122 III 201.

¹¹ So die Bestätigung in BGE 125 III 86, wo auf S. 88 erklärt wird, es sei an der bisherigen Praxis festzuhalten, «auch wenn sie in der Literatur teilweise [ein Euphemismus!] auf Kritik gestossen ist». Vgl. auch CONRAD SCHULTHESS in ST 73 (1999) 824 ff.

¹² Kritik v.a. bei: ALAIN HIRSCH, La responsabilité des réviseurs envers les investisseurs, SZW 71 (1999) 48 ff; PATRICK UMBACH, Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen, SZW 69 (1997) 175 ff; ROLF WATTER/ROLAND A. TRUFFER, AJP 5 (1996) 1582 ff; vgl. auch MICHAEL PFEIFER, Übersicht über die Entwicklungen und Tendenzen bei der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit, AJP 9 (2000) 1471 sowie CONRAD SCHULTHESS (FN 11), 825 f.

¹³ Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.13/1997, auszugsweise veröffentlicht in Pra 87 (1998) Nr. 121 S. 680 ff. und die Übersetzung in Semjud 120 (1998) 553 ff.

¹⁴ Vgl. insb. HIRSCH (FN 12), 51 Ziff. 12. sowie DERS. (zit. hinten Anm. 30) Ziff. 5a. Zum genannten Entscheid vgl. auch GLANZMANN, AJP 7 (1998) 1235 ff., HONOLD, ST 72 (1998) 1069 ff., GRONER/VOGT, recht 16 (1998) 257 ff.

¹⁵ Publizität erlangt haben in den letzten drei Jahrzehnten eigentlich nur zwei Fälle: eine Klage gegen den Präsidenten der damaligen Schweiz. Kreditanstalt in den späten Siebzigerjahren und eine solche der BK Vision gegen Verwaltungsratsmitglieder der damaligen Schweiz. Bankgesellschaft in der zweiten Hälfte der Neunzigerjahre. Diskutiert wird im

- Wird dagegen eine AG zahlungsunfähig, dann gehört es mittlerweile zur Routine, für den eingetretenen Schaden Ersatz bei den Mitgliedern des Verwaltungsrates und bei der Revisionsstelle zu suchen. Diejenigen, die es trifft, werden dabei häufig mit ungewöhnlicher Härte verfolgt. Die publizierten Gerichtsentscheide widerspiegeln diese Entwicklung nur unvollkommen, werden doch die weitaus meisten Auseinandersetzungen durch Vergleich erledigt – gelegentlich schon im Vorfeld der Klageeinleitung, häufig nach dem ersten, zweiten oder dritten Schlagabtausch. Auch die schiedsgerichtliche Beurteilung spielt eine bedeutsame Rolle.
- Und schliesslich – und damit befasst sich dieser Aufsatz – scheint es die Regel, dass von den ins Recht gefassten Haftpflichtigen *diejenigen am meisten zur Kasse gebeten werden, welche das geringste Verschulden trifft*, ganz im Gegensatz zur Vorstellung des Gesetzgebers, wonach sich die Höhe der Schadenersatzleistung nach der Grösse des Verschuldens richten sollte¹⁶. Diese dem allgemeinen Rechtsempfinden zuwiderlaufende Realität trifft vor allem die *Revisionsstelle*.

II. Die einen tragen die Verantwortung, die anderen die Konsequenzen: eine typische Fallkonstellation

- a) Durch die Missachtung von Aufgaben durch die Revisionsstelle *allein* wird nie Schaden entstehen: Ungenügende Prüfung oder Berichterstattung führen nur dann zu einem Schaden bzw. seiner Vergrösserung, wenn dadurch die schädigende Pflichtverletzung eines *anderen Organs* nicht oder zu spät aufgedeckt wird. In Verantwortlichkeitsverfahren befindet sich daher die Revisionsstelle stets mit Mitgliedern des Verwaltungsrates und allenfalls der Geschäftsleitung im selben Boot.
- b) Eine *typische Konstellation* zeigt dabei drei Kreise von potentiell Verantwortlichen:
 - Im Zentrum stehen eine oder mehrere Personen – z.B. ein krimineller Direktor, ein omnipotenter Hauptaktionär in der Rolle des Präsidenten oder Delegierten des Verwaltungsrates oder auch als Drahtzieher im Hintergrund –, welche durch ihr strafbares oder zumindest absichtlich regel-

Zeitpunkt der Drucklegung dieser Ausführungen die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen Mitglieder des Verwaltungsrates der SAirGroup.

¹⁶ Vgl. OR 43 I, 759 I.

widriges bzw. grobfahrlässiges Verhalten eine Schädigung der Gesellschaft ausgelöst haben.

- Ein zweiter Kreis wird durch aussenstehende Verwaltungsratsmitglieder gebildet: Sie haben zwar redlich, aber nicht mit genügender Sorgfalt ihres Amtes gewaltet, und sie waren ihm allenfalls nicht gewachsen. Durch ihr fahrlässiges Verhalten wurden die schadensstiftenden Handlungen begünstigt oder zu spät entdeckt.
- Im äussersten Kreis schliesslich findet sich die Revisionsstelle: Sie hat Mängel anlässlich ihrer Prüfung nicht festgestellt oder sich dazu bewegen lassen, trotz ihrer negativen Feststellungen einen vorbehaltlosen Bericht an die Generalversammlung abzugeben, sei es, um ihr Mandat nicht zu verlieren, sei es, um der Gesellschaft in einer schwierigen Situation nicht den Todesstoss zu versetzen.

c) Nach *allgemeinem Gerechtigkeitsempfinden* wie auch nach den vom Gesetzgeber in OR 43 I und 759 I aufgestellten Leitplanken ist klar, *wie der Schaden verteilt werden sollte*:

- Der Löwenanteil sollte den Verantwortlichen des innersten Kreises auferlegt werden. Sie trifft das grösste Verschulden, sie haben den Schaden in erster Linie verursacht.
- Einen kleineren Beitrag sollten die aussenstehenden Mitglieder des Verwaltungsrates zur Schadensdeckung beisteuern. Sie haben die Kausalkette zwar nicht angestossen, doch hätten sie Schaden verhindern oder zumindest limitieren können, wenn sie ihren Auswahl- und Überwachungspflichten¹⁷ korrekt nachgekommen wären, für eine angemessene Organisation gesorgt¹⁸ und die nötigen Weisungen erteilt¹⁹ hätten.
- Am wenigsten sollte bei der Revisionsstelle hängen bleiben: Sie kann – ausser im Extremfall der Überschuldung²⁰ und dann, wenn der Verwaltungsrat es versäumt, die Generalversammlung einzuberufen²¹ – keinerlei Geschäftsführungshandlungen vornehmen²², sondern lediglich *prüfen* und *rapportieren*. Und auch insofern wird sie – zumindest in den wichtigsten Revisionstätigkeiten der Abschluss- und der Konzernprüfung – erst *post*

¹⁷ Vgl. OR 716a I Ziff. 4 und 5.

¹⁸ Vgl. OR 716a I Ziff. 2.

¹⁹ Vgl. OR 716a I Ziff. 1.

²⁰ OR 729b II; Vgl. dazu neuestens Urteil 4C.117/1999 des Bundesgerichts vom 16.11.1999, referiert und kommentiert von THIERRY LUTERBACHER, ST 74 (2000) 1267 ff.

²¹ OR 699 I.

²² Vgl. etwa URS BERTSCHINGER, Aktuelle Fragen der Wirtschaftsprüfung, in: Festschrift für ROGER ZÄCH, Zürich 1999, 477 ff., 482.

festum tätig²³, zeitlich verzögert, allenfalls viele Monate oder gar mehr als ein Jahr nach der ersten schädigenden Handlung oder Unterlassung. Bestenfalls kann sie daher die *Vergrösserung des Schadens verhindern*, nicht aber dessen Eintritt schlechthin.

Anders als Verwaltungsrat und Geschäftsführung übt die Revisionsstelle sodann ihr Mandat nicht laufend aus, sondern grundsätzlich nur einmal jährlich, nach Abschluss des Geschäftsjahres, sowie bei besonderen Umständen wie Kapitalerhöhung oder -herabsetzung.

Und schliesslich ist die Revisionsstelle bei ihrer Arbeit *auf die Vorbereitungshandlungen anderer Organe angewiesen*, darauf, dass ihr vom Verwaltungsrat und von der Geschäftsleitung die erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt werden²⁴.

d) In der *Realität* verhält es sich – dies wird jeder Praktiker mit Erfahrung in Verantwortlichkeitsverfahren bestätigen – meist *genau umgekehrt*:

- Diejenigen, die durch grobfahrlässiges oder absichtliches, allenfalls auch kriminelles Verhalten die Hauptursache setzten, haben sich ins Ausland abgesetzt oder sie sind – zumindest aufgrund ihrer Steuerdeklaration und trotz eines oft flotten Lebensstils – mittellos²⁵. Bei ihnen ist nichts zu holen.
- Die mit der Auswahl, Instruktion und (Ober-) Aufsicht betrauten Verwaltungsratsmitglieder beteiligen sich zwar meist an der Schadensdeckung; sie tun dies aber – unter Berufung auf ihre beschränkten finanziellen Mittel und ihr geringes Verschulden – mit bescheidenen Beträgen, wofür Verständnis aufgebracht wird.
- Bleibt die Revisionsstelle, gegen die regelmässig *besonders hartnäckig vorgegangen* wird: Als juristische Person²⁶ erweckt sie bei Richtern und Sachwaltern *kein Mitleid*. Ihr Fehlverhalten – ein vorbehaltloser Revisionsbericht oder die Unterlassung einer Benachrichtigung des Richters

²³ Anders verhält es sich bei gewissen ausserordentlichen Prüfungen wie Gründungs-, Kapitalerhöhungs-, Kapitalherabsetzungs- und Aufwertungsprüfung.

²⁴ PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle (Zürich 1994 = SnA 8) 13 bezeichnet die Revisionsstelle insofern zutreffend als «Sekundärorgan». Kritisch zu diesem und dem auch etwa verwendeten Begriff «Hilfsorgan» allerdings IRENE EGGMANN: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle..., (Diss. Zürich 1997 = SSHW 176) 15 FN 89, nach welcher Autorin dieser Begriff zu Unrecht eine untergeordnete Funktion vermuten lasse.

²⁵ Früher waren auch privilegierte Forderungen der Ehefrau als Schutzschild beliebt (vgl. Art. 2 Abs. 4 der Schlussbestimmungen zum SchKG; das Frauengutsprivileg gemäss altZGB 211 und 224 spielt jedoch nur noch in seltenen Fällen).

²⁶ Angesichts der Haftungsrisiken werden nur noch besonders Mutige oder Unbedarfte ein Revisionsmandat als natürliche Person ausüben.

trotz angeblich offensichtlicher Überschuldung – lässt sich *leicht nachweisen*. Und schliesslich (und vor allem): Die Aussichten, zu Geld zu kommen, sind bei der Revisionsstelle meist besser als bei einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, da professionelle Revisionsstellen *regelmässig versichert* sind. Da so die Revisionsstelle bei Unternehmenszusammenbrüchen oft «der einzig Habhafte im Kreis der möglichen Verantwortlichen und deshalb auch der lohnendste Beklagte ist»²⁷, werden die Revisoren faktisch «zu *gesetzlichen Ausfallbürgen* für die Haftungsschulden von zahlungsunfähigen Verwaltungsräten»²⁸.

Der Löwenanteil der Schadensdeckung kommt daher oft von der Revisionsstelle, von dem Organ also, das eigentlich gemessen an seinem Verschulden wie auch aufgrund der «Umstände» (nämlich der Möglichkeiten zur Schadensverhinderung oder -begrenzung) im Umzug der Ersatzpflichtigen das Schlusslicht bilden sollte²⁹.

* * *

Diese Zuweisung der Schadenslast umgekehrt proportional zur Intensität von Verschulden und Verursachung ist nicht nur unfair. Sie führt bei den Belasteten auch zu Risiken, die weit höher sind als etwa bei Gutachtern üblich³⁰, die ebenfalls im Wesentlichen prüfen und Bericht erstatten, und sie ist daher ein Fremdkörper im schweizerischen System der Verteilung der Schadenslast. Schliesslich kann das überproportionale Haftungsrisiko auch zu einer suboptimalen Leistung führen, dazu nämlich, dass sich die Revisionsstelle bei ihrer Arbeit nicht primär auf ihre Aufgabe der Prüfung

²⁷ ARTHUR HUNZIKER, Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSW 74) 89 ff., 104.

²⁸ BÖCKLI (FN 24), 16.

²⁹ Auf die im Vergleich zu anderen Organen übermässige Inanspruchnahme der Revisionsstelle ist in der Literatur vielfach hingewiesen worden, vgl. neben den soeben in FN 27 und 28 zitierten Autoren auch etwa URS BERTSCHINGER, Der Wirtschaftsprüfer an der Schwelle des 21. Jahrhunderts, ST 73 (1999) 911 ff., 914; FORSTMOSER (FN 4), N 5, N 130 f., N 245; RUDOLF ZÜGER, Weniger Verantwortlichkeitsklagen dank risikoorientierter Prüfung?, ST 74 (2000) 1255 ff., 1258.

³⁰ Vgl. dazu neben der allgemeinen auftragsrechtlichen Literatur etwa ALAIN HIRSCH, La responsabilité des experts envers les tiers, in: Responsabilité fondée sur la confiance (Genf, erscheint 2001) sowie BEAT SCHÖNENBERGER, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten. Eine rechtsvergleichende Studie (Basel etc. 1999 = Schriftenreihe für Internationales Recht 84). Nach dieser Studie geht die Dritthaftung von Revisoren in der Schweiz auch im internationalen Vergleich besonders weit, vgl. 36 ff., 45.

und Berichterstattung konzentriert, sondern darauf, ihr Risiko zu limitieren^{31, 32}.

Was kann dagegen – unter geltenden Recht oder auch rechtspolitisch – unternommen werden?

III. Mängel der Gerichtspraxis?

Voraussetzung einer Haftung der Revisionsstelle nach aktienrechtlichem Verantwortlichkeitsrecht ist – entsprechend den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen – stets, dass

- ein *Schaden* eingetreten ist,
- die zur Verantwortung gezogenen Personen *plichtwidrig* und *schuldhaft* gehandelt haben und dass
- zwischen Schaden und plichtwidrig schuldhaftem Verhalten ein *adäquater Kausalzusammenhang* besteht.

Wesentlich für den Umfang der Schadenersatzpflicht sind sodann das *Selbstverschulden* des Klägers und allenfalls das *Verhalten von anderen Haftpflichtigen*.

Bei der Beurteilung dieser Elemente – und keineswegs nur hinsichtlich von Pflichtwidrigkeit, Verschulden und Selbstverschulden – kommt den Ge-

³¹ Darauf, dass übermässige Sorgfaltpflichten zu einem unsachgemässen, weil übermässig risikoaversen Verhalten führen können, ist vor allem im Hinblick auf Verwaltungsrat und Geschäftsführung hingewiesen worden, vgl. etwa MARKUS RUFFNER, Sorgfalts- und Treuepflicht und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften – Eine ökonomische Analyse, ZSR NF 119 (2000) 199 ff., insb. 210 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputationen in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaften, ZSR NF 119 (2000) 271 ff., 239 ff. – Für die Revisionsstelle hat JEAN NICOLAS DRUEY (Rechtsstellung und Aufgaben des Abschlussprüfers, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers [Zürich 1980 = Schriftenreihe der Treuhand-Kammer 45] 9 ff., 20) schon vor längerem betont, dass eine allzu strenge Haftung kontraproduktiv sein kann: «Die Gefahr ist, dass zu strenge Verantwortlichkeit, verbunden mit Unbestimmtheit der Verhaltensmassstäbe, das Gegenteil von ihrem Zweck bewirkt, indem man beginnt, *gegen* statt für den Kunden zu arbeiten».

³² Anschaulich kommt die Konzentration auf eine Minimierung des Risikos zum Ausdruck in der Standardfassung des Revisionsberichts, wie sie von der Treuhand-Kammer für ihre Mitglieder vorgeschrieben ist (vgl. Treuhand-Kammer: Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Band 2, 369): Die zum Zwecke der Haftungsbeschränkung formulierten Ausführungen zum Prüfungsumfang nehmen das Fünffache der eigentlichen Prüfungsbestätigung, die in einem Zweizeiler Platz hat, ein.

richten ein *weites Ermessen* zu³³. Ob überhaupt auf eine Schadenersatzklage einzutreten ist, hängt sodann von der *Rechtsnatur* der Verantwortlichkeitsklagen ab und – daraus folgend – von der *Klagelegitimation*.

Drängen sich zu einzelnen dieser Punkte im Hinblick auf die Revisionsstellenhaftung Korrekturen an der Gerichtspraxis auf?

1. Der bundesgerichtliche Schadensbegriff, insbesondere die Abgrenzung von unmittelbarem und mittelbarem Schaden

a) Dass ein *Schaden* vorliegt, gibt in Verantwortlichkeitsverfahren oft nicht viel zu reden: Die Gesellschaft ist – schwer überschuldet – in Konkurs gefallen, ihre Vermögensbasis ist vernichtet, die Aktionäre haben ihre Investition verloren und die Gläubiger erhalten ihre Forderungen nicht bezahlt. Dies ist meist unbestritten; die Auseinandersetzung dreht sich lediglich darum, welche Umstände diese Situation verursacht bzw. mitverursacht haben und wem Pflichtverletzungen vorzuwerfen sind.

b) Problematisch bleibt jedoch die Auffassung des Bundesgerichts zur *Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Gläubigerschaden*³⁴, auch wenn sich das Bundesgericht bisher geweigert hat, auf die dazu geäußerte Kritik einzugehen:

Schaden im Rechtssinne – dies ist wohl unbestritten – «ist eine *Vermögensverminderung*»³⁵. Er besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens eines Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte³⁶.

Legt man diesen – bisher auch vom Bundesgericht nicht revozierten – Schadensbegriff zugrunde, dann muss die Abgrenzung zwischen *unmittelbarem* und *mittelbarem* Gläubigerschaden danach getroffen werden, ob die Vermögensverminderung direkt in der Vermögensmasse des Anspruchsberechtigten, also des Gläubigers, eingetreten ist oder ob dieser nur indirekt geschädigt worden ist, dadurch, dass die schuldnerische AG wegen erlittener Vermögensverluste nicht in der Lage ist, ihren Verpflichtungen gegenüber

³³ Darauf weist zu Recht HIRSCH (FN 12), 51 f. hin.

³⁴ Dazu schon vorm bei FN 11 f.

³⁵ Statt aller: OFTINGER/STARK, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 2 N 4.

³⁶ OFTINGER/STARK (FN 35), § 2 N 9; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, N 153; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, § 1 N 27, alle m.w.H.

dem Gläubiger nachzukommen³⁷. Anders wird dagegen nach der mit BGE 122 III 176 ff initiierten Rechtsprechung abgegrenzt: Das Unterscheidungskriterium ist danach nicht «la masse de biens qui a été affectée directement par le dommage, mais le fondement juridique du devoir de réparer»³⁸. Massgebend soll also nicht der Ort sein, an welchem die Vermögensverminderung stattgefunden hat, sondern «die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht, mithin die Art der Pflichtverletzung, die dem ins Recht gefassten Organ vorgeworfen wird»³⁹. Diese Auffassung ist m.E. nicht haltbar: Die Rechtsgrundlage mag für die Frage der *Klagelegitimation* entscheidend sein, für die Beurteilung der Frage, ob und wo *Schaden* eingetreten ist, kann darauf nichts ankommen.

c) Aus der Optik der Revisionsstelle wird diese neue Praxis freilich grundsätzlich zu begrüßen sein, *schränkt sie doch* – wenn auch mit falscher Begründung – die *Legitimation von Gläubigern zur Klage wegen direkt erlittener Schädigung erheblich ein*⁴⁰.

Doch kann die bundesgerichtliche Abgrenzung in Einzelfällen zu einer *Erweiterung der Klagemöglichkeiten der Konkursmasse* führen, was sich in einem Entscheid des Bundesgerichts vom 31.12.1998⁴¹ zeigt: Die Konkursverwaltung einer AG klagte gegen die Revisionsstelle, weil sie zu Unrecht einen vorbehaltlosen Revisionsbericht abgegeben hatte. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass sich im Zeitraum zwischen der Pflichtverletzung der Revisionsstelle und dem Konkurs der Gesellschaft die Überschuldung derselben von Fr. 22 Mio. auf Fr. 18 Mio. *vermindert* hatte. In dieser Zeitperiode kamen jedoch neue Gläubiger hinzu, deren Forderungen im Konkurs nicht gedeckt waren.

Nach herkömmlicher Auffassung sind bei diesem Sachverhalt durch das Fehlverhalten der Revisionsstelle zwar die Neugläubiger geschädigt worden⁴², nicht aber die AG selbst. Dieser war es vielmehr möglich, in der Galgenfrist, die ihr durch eine Verzögerung des Konkurseintritts gewährt worden war, ihre Schulden abzubauen, mithin ihre *Vermögenslage zu verbessern*.

³⁷ So die herkömmliche Lehre, vgl. statt vieler PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 188 ff.

³⁸ Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.256/1997 vom 31.12.1998, E 4c, vgl. dazu auch nachstehend bei FN 41.

³⁹ BGE 125 III 88.

⁴⁰ Dazu ausführlich FORSTMOSER (FN 4), N 312 ff. In der Regel wird stattdessen freilich die Gläubigergemeinschaft Klage erheben, so dass das Risiko, ins Recht gefasst zu werden, per Saldo dasselbe bleibt.

⁴¹ Urteil 4C.256/1997, referiert von FORSTMOSER/UNTERSANDER, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, SJZ 95 (1999) 470 ff., 471 f. und von PFEIFER (FN 12), 1471.

⁴² Hätte die Revisionsstelle korrekt gehandelt, dann wäre die Gesellschaft früher in Konkurs geraten und es wären die Darlehen der Neugläubiger nicht gewährt worden.

Trotzdem hielt das Bundesgericht die Konkursmasse der AG zur Schadenersatzklage in Höhe der ihr seitens der Neugläubiger zugeflossenen Mittel für klagelegitimiert, unter Berufung auf den Entscheid 122 III 176 ff und mit der Begründung, es sei die AG selbst direkt geschädigt worden, die Neugläubiger dagegen nur indirekt⁴³.

d) Der soeben referierte Entscheid dürfte aber – schon wegen der Ungewöhnlichkeit des Tatbestandes – von geringer praktischer Bedeutung sein, und es bleibt festzuhalten, dass die bundesgerichtliche Praxis zum Schadensbegriff der Revisionsstelle *eher nützt als schadet*.

2. Pflichtwidrigkeit und Verschulden

a) Haftbar für eingetretenen Schaden werden Revisoren nur, wenn sie ihre *Pflichten verletzt* haben und sie dies absichtlich oder fahrlässig, also *schuldhaft* taten. Da die absolut herrschende Lehre⁴⁴ und die einhellige Praxis⁴⁵ von einem *objektivierten Verschuldensmassstab* ausgehen⁴⁶, hängen diese beiden Voraussetzungen eng zusammen und wird, wenn eine Pflichtwidrigkeit feststeht, das Verschulden meist als selbstverständlich vorausgesetzt. Eine Prüfung der Haftungsrisiken der Revisionsstelle kann sich daher auf eine Betrachtung der Pflichten und allfälliger Pflichtwidrigkeiten der Revisionsstelle konzentrieren.

⁴³ Dass die Gesellschaft direkt Schaden erlitten hatte, wird sodann auch treuherzig damit begründet, dieselbe wäre nicht zur Rückzahlung der neu zugeflossenen Kredite verpflichtet gewesen, wenn der Konkurs vorher ausgesprochen worden und die Kredite nicht geflossen wären: Natürlich hatte die Gesellschaft in Höhe der neu erlangten Kredite zusätzliche Verpflichtungen übernommen, was die Passivseite ihrer Bilanz verlängert hat. Im gleichen Umfang flossen ihr aber Mittel zu, wurde also auch die Aktivseite der Bilanz vergrössert, woraus sich rechnerisch ein Nullsummenspiel ergab, das es der Gesellschaft immerhin ermöglichte, noch für einige Zeit aktiv Geschäfte zu tätigen und dies zu nutzen, um Schulden abzubauen und ihre Vermögenslage zu verbessern.

⁴⁴ Vgl. die Hinweise bei FORSTMOSER (FN 37), FN 540; zu neueren abweichenden Ansichten vgl. die Hinweise bei FORSTMOSER (FN 4), FN 96.

⁴⁵ Vgl. statt vieler BGE 112 II 176 E I 2a und SAG 57 (1985) 48.

⁴⁶ Ein Verantwortlicher hat «für jene Fähigkeiten einzustehen..., die der Verkehr bei einer Person voraussetzen darf, welche in einer bestimmten Eigenschaft auftritt» (ROLF BÄR in ZBJV 106 [1970] 457 ff, 463; ähnlich BREHM in Berner Kommentar zu OR 41-61, Bern 1998, Art. 41 N 184). Verbindlich als Massstab für die Revisionsstelle sind daher «die Pflichten eines ordentlichen und sachkundigen Revisors» (ST 59 [1985] 77 mit Hinweisen). – De lege ferenda – im Zuge der Revision des Haftpflichtrechts – wird dagegen eine Subjektivierung des Verschuldensbegriffs postuliert, was von THOMAS KOLLER m.E. zu Recht kritisiert wird (vgl. NZZ vom 16.3.2001 S. 16).

b) Die Revisionsstelle hat im Wesentlichen vier Aufgaben, und mit einer Verletzung einer oder mehrerer dieser Aufgaben wird jeweils ihre Schadenersatzpflicht begründet:

- Sie hat *Prüfungen* vorzunehmen⁴⁷.
- Über das Ergebnis ihrer Prüfungen hat die Revisionsstelle *Bericht zu erstaten*⁴⁸.
- Sodann hat sie – ausnahmsweise – eine Geschäftsführungspflicht: die, den *Richter* bei offensichtlicher Überschuldung *zu benachrichtigen*, wenn der Verwaltungsrat untätig bleibt⁴⁹.
- Endlich hat sie – auch dies eine Geschäftsführungspflicht – nötigenfalls die *Generalversammlung einzuberufen*⁵⁰.

Geht es darum, das Haftungsrisiko der Revisionsstelle abzuschätzen, dann stellen sich zwei Fragen:

- Was folgt im Einzelnen aus diesen Pflichten, wann liegt eine Pflichtverletzung vor? (vgl. lit. c).
- Wer ist bei Pflichtverletzungen zur Klage legitimiert, ist es nur die Gesellschaft oder sind es auch einzelne Aktionäre oder Gläubiger? (vgl. lit. d).

c) Zur *Tragweite dieser Pflichten* hat die Gerichtspraxis etwa Folgendes festgehalten:

- aa) Eine Verletzung der *Prüfungspflicht* wurde registriert, wenn eine Revisionsstelle
- es unterlässt, «die ausgewiesenen Gesellschaftsaktiven auf ihren tatsächlichen Bestand zu überprüfen»⁵¹; dabei erstreckt sich die Prüfungspflicht nicht bloss auf das Anlage- und Umlagevermögen⁵², sondern auch auf die Forderungen⁵³, wobei freilich eine ma-

⁴⁷ Im Vordergrund steht die periodische Abschlussprüfung (OR 728). Daneben kennt das Gesetz eine Reihe von aperiodischen Prüfungsfällen wie Prüfung des Gründungsberichts (OR 635a), Prüfungen im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen (vgl. OR 652f I, 653f I, 653i I) und Kapitalherabsetzungen (vgl. OR 732 II), Prüfungen bei Aufwertungen (vgl. OR 670 II), bei Gefahr der Überschuldung (vgl. OR 725 II) und bei vorzeitiger Verteilung des Liquidationsüberschusses (vgl. OR 745 III).

⁴⁸ Im Vordergrund steht der Bestätigungsbericht an die Generalversammlung (OR 729). Weiter sind der allfällige Erläuterungsbericht an den Verwaltungsrat im Sinne von OR 729a zu erwähnen, ferner die Anzeigepflichten an den Verwaltungsrat und allenfalls die Generalversammlung bei Missständen gemäss OR 729b I. – Entsprechende Berichterstattungs- und Anzeigepflichten bestehen gemäss OR 731a auch im Konzern.

⁴⁹ OR 729b II.

⁵⁰ OR 699 I.

⁵¹ BGE 116 II 541.

⁵² BGE 112 II 462.

- terielle Überprüfung lediglich der wichtigsten Bilanzposition und – bei zahlreichen Einzelposten – eine Stichprobenkontrolle ausreichen muss;
- sich nicht vergewissert, ob die gesetzlich vorgeschriebene Höchstbewertung bei der Bilanzierung der ständigen Anlagen eingehalten und die notwendigen Abschreibungen vorgenommen worden sind⁵⁴ bzw. ob «das Warenlager» (als im konkreten Fall wichtigster Aktivposten) «nach dem in Art. 666 OR niedergelegten Niedrigstwertprinzip bilanziert» ist⁵⁵;
 - es unterlässt, eine konsolidierte Bilanz zu erstellen, obwohl in einem Konzern angesichts der starken Verflechtung und spezifischer Umstände nur aufgrund einer solchen die Prüfungspflicht hätte korrekt wahrgenommen werden können⁵⁶;
 - ein Bewertungsgutachten unhaltbar würdigt⁵⁷;
 - Expertisen über die Bewertung von Immobilien der AG zwar für nicht überzeugend hält und neue Gutachten verlangt, aber die Auswahl und Instruktion der Gutachter der Gesellschaft überlässt⁵⁸.
- bb) Eine Verletzung der *Berichterstattungspflicht* wurde festgestellt bei einer Revisionsstelle, welche
- die Generalversammlung nicht über die kritische finanzielle Lage der Gesellschaft informiert hatte⁵⁹; trotz festgestellter oder vermuteter Bewertungsmängel in der Bilanz der Generalversammlung Antrag auf deren vorbehaltlose Genehmigung gestellt bzw. in ihrem Bericht lediglich auf «unterlassene Abschreibungen» hingewiesen hatte, ohne zu prüfen, ob unter Berücksichtigung eines «angemessenen» Nachholbedarfs an Abschreibungen der buchmässige Aktienüberschuss auch wirklich bestehe⁶⁰;

⁵³ BGE 116 II 541.

⁵⁴ SAG 17 (1944/45) 200 f. und 231 f.

⁵⁵ BGE 93 II 24 ff.

⁵⁶ ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 75 f. = SAG 50 (1978) 26 ff. Die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung ist nun ausdrücklich in OR 663e ff. enthalten; der Entscheid bleibt allenfalls bedeutsam für Gesellschaften, die grundsätzlich von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung ausgenommen sind (vgl. OR 663e II).

⁵⁷ ZR 78 (1979) Nr. 134 S. 306 ff, 309.

⁵⁸ ZR, a.a.O.

⁵⁹ ST 59 (1985) 83; in casu wurde allerdings angenommen, der Hauptaktionär und -gläubiger hätte in dieser Situation eine Rangrücktrittserklärung abgegeben, weshalb die Haftung entfalle.

⁶⁰ BGE 93 II 24 ff, 27 f; vgl. auch BGE 112 II 462.

- trotz erkennbarer Überschuldung ihren Bericht vorbehaltlos abgegeben und nicht auf diesen Umstand und die Pflicht des Verwaltungsrates zur Benachrichtigung des Richters hingewiesen hatte sowie die bei ihrer Tätigkeit wahrgenommenen Mängel nicht den zuständigen Instanzen gemeldet und in ihren Berichten an Generalversammlung und Verwaltungsrat keinen Vorbehalt wegen fragwürdiger Geschäftsführung des Verwaltungsrates angebracht hatte⁶¹;
 - der Generalversammlung nicht mitgeteilt hatte, dass es der Verwaltungsrat trotz Überschuldung der AG unterlassen hatte, den Richter zu benachrichtigen, und ihr keine entsprechende Beschlussfassung beantragt hatte⁶².
- cc) Zu der anlässlich der Aktienrechtsreform neu eingeführten Pflicht zur *Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung* hält das Bundesgericht fest, dass
- diese Anzeigepflicht nicht primär Aufgabe der Revisionsstelle, sondern des Verwaltungsrates ist. Der Revisionsstelle falle diese Pflicht nur «in extremis» zu, dann, «wenn jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sieht, dass die Aktiven die Schulden und notwendigen Rückstellungen nicht zu decken vermögen und keine oder keine genügenden Rangrücktritte erfolgt sind», «wenn sich die Überschuldung auch bei optimistischer Betrachtungsweise nicht mehr leugnen lässt»⁶³, wobei «Offensichtlichkeit» jedoch nicht voraussetzt, dass die Überschuldung «besonders gross ist, sofern sie sich aus den sonstigen Umständen klar ergibt»⁶⁴.
- dd) Zur – ebenfalls subsidiären – Pflicht, eine *Generalversammlung einzuberufen*, führt das Bundesgericht schliesslich aus, dass diese Pflicht verletzt ist, wenn die Revisionsstelle
- die Generalversammlung nicht selbst einberuft, obwohl der Verwaltungsrat dies ohne stichhaltigen Grund unterlässt⁶⁵;
 - oder wenn sie es versäumt, rechtzeitig eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, nachdem der einzige Verwaltungsrat verstorben war⁶⁶.

⁶¹ ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 71, 74 f., 77, ST 50 (1976) Heft 1, 8 f. und Heft 9, 29 ff., ferner SAG 50 (1978) 29 und BGE 4C.117/1999 (zu diesem Entscheid vom FN 20).

⁶² BGE 86 II 182, 93 II 27 f.

⁶³ Entscheid 4C.117/1999 vom 16.11.1999 (vgl. vorn FN 20).

⁶⁴ A.a.O.

⁶⁵ BGE 86 II 179, 183.

⁶⁶ BGE 93 II 28.

Betrachtet man diese Beispiele, dann erscheint der von den Gerichten angelegte *Massstab* insgesamt als *angemessen*. Die Prüfungspflicht wurde wohl da und dort etwas gar extensiv ausgelegt⁶⁷. Dafür erscheint die Praxis des Bundesgerichts hinsichtlich der Pflicht zur Benachrichtigung des Richters – m.E. zu Recht – ausgesprochen restriktiv⁶⁸. Und per Saldo wird man nicht sagen können, das überproportionale Haftungsrisiko der Revisionsstelle rühre daher, dass die Gerichte generell zu hohe Anforderungen an die Pflichterfüllung stellen⁶⁹.

d) Eine Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit setzt voraus, «dass die in Anspruch genommenen Organpersonen *Verhaltensnormen verletzt haben, die nach ihrem Zweck vor Schäden von der Art des eingetretenen schützen sollen*»⁷⁰. Dass die der Revisionsstelle auferlegten Pflichten die Gesellschaft vor Schaden bewahren sollen, ist offenkundig. Weniger eindeutig ist, ob diese Verhaltenspflichten «auch vor unmittelbaren Schädigungen Dritter, die im Vertrauen auf die Berichterstattung der Revisionsstelle Aktien erwerben oder Darlehen gewähren und damit zu Aktionären bzw. Gläubigern werden»⁷¹, schützen sollen.

Dass der Revisionsstelle auch eine *Schutzfunktion zugunsten Dritter*, insbesondere künftiger Aktionäre und Gläubiger, zukommt, ist *nicht unbestritten*⁷². Das Bundesgericht hat dies jedoch in konstanter Praxis bejaht⁷³ und

⁶⁷ So – aufgrund des damaligen Rechts – insbesondere in den in ZR 75 (1976) Nr. 21 und auszugsweise in SAG 50 (1978) 26 ff. sowie in ST 50 (1976) Heft 1 S. 4 ff. und Heft 9 S. 24 ff. wiedergegebenen Entscheiden des Zürcher Handelsgerichts und des Bundesgerichts.

⁶⁸ Vgl. vorn bei FN 63.

⁶⁹ Am Rande sei darauf hingewiesen, dass wegen der verschärften und detaillierteren Ordnung der Rechnungslegung im revidierten Aktienrecht wie auch der präziseren Umschreibung der Revisionsaufgaben und ihrer Konkretisierung in Fachrichtlinien sich das *Pflichtenheft des Revisors* in den letzten Jahren deutlich erweitert hat, womit auch das *Risiko von Pflichtverletzungen gestiegen* ist. Hierauf hat insb. PETER BÖCKLI (FN 24), 37 ff. überzeugend hingewiesen. – An die Gerichtspraxis ergeht in diesem Zusammenhang die Forderung, die heute – nicht zuletzt wegen der vom Berufsstand der Revisoren selbst gesetzten hohen Standards – sehr weit gehenden Pflichten der Revisionsstelle nicht durch eine extensive Auslegung noch weiter auszudehnen.

⁷⁰ Pra 87 (1998) Nr. 121 S. 681 E 4a, Hervorhebung hinzugefügt.

⁷¹ Pra, a.a.O.

⁷² Vgl. die ausführliche Zusammenstellung von Lehre und Praxis bei FORSTMOSER (FN 4), N 268 ff.

⁷³ Vgl. die Hinweise bei FORSTMOSER (FN 4), N 278 ff. und neuestens Entscheid 4C.13/1997 (hierzu vorn FN 14). Im letztgenannten Entscheid erklärt das Bundesgericht, die Revisionsstelle erfülle ihre Aufgaben ganz allgemein «auch zugunsten der Allgemeinheit» (a.a.O. 682). Diese Aussage dürfte zu weit gefasst sein, und sie geht auch über das hinaus, was sich aus den bisherigen Präjudizien ergibt, wie HIRSCH (FN 12) S. 50 Ziff. 11 nachweist.

erklärt, die Pflichten der Revisionsstelle seien «auch zum Schutze Dritter erlassen worden»⁷⁴, und in der Lehre wird die Ansicht des Bundesgerichts mehrheitlich geteilt. Auch der Verfasser hat sich ihr bisher angeschlossen⁷⁵. Aufgrund einer genaueren Betrachtung drängt sich jedoch eine *Differenzierung* auf und sind die in Frage stehenden Pflichten unterschiedlich zu qualifizieren:

- aa) Die *Prüfungspflicht* besteht – als Grundlage für die übrigen Pflichten des Revisors – nicht nur im Interesse der Gesellschaft, sondern auch in demjenigen von Dritten, die als (künftige) Gläubiger oder Aktionäre mit der Gesellschaft in Verbindung treten.
- bb) Anders die Pflicht zur *Berichterstattung*: Zumindest die beiden wichtigsten Berichte richten sich – wie das Gesetz explizit festhält – ausschliesslich an Gesellschaftsorgane, der Revisionsbericht an die Generalversammlung⁷⁶, der allfällige Erläuterungsbericht an den Verwaltungsrat⁷⁷. Und diese Berichte sind auch nur als Grundlage für gesellschaftsinterne Entscheidungen oder Massnahmen konzipiert, der Revisionsbericht etwa für die beiden Entscheide der Aktionäre betreffend die Genehmigung der Rechnung und die Verwendung des Gewinns⁷⁸. Insoweit erscheint der Entscheid des Bundesgerichts vom 19.12.1997⁷⁹ problematisch, in welchem die Klagelegitimation eines Investors bejaht wird, der seinen Entscheid zum Erwerb sämtlicher Aktien einer Gesellschaft auf einen fehlerhaften Revisionsbericht gestützt haben will⁸⁰.

Das heisst nicht, dass Klagen von Investoren, die geltend machen, sie hätten auf vorbehaltlose Revisionsberichte vertraut, gänzlich ausgeschlossen werden sollten:

- Eine Klage kommt etwa in Betracht, «wenn der Anleger durch das *rechtswidrige Zusammenspiel* zwischen einem pflichtvergessenen Verwaltungsrat und einem gewisse Bewertungsfehler wissentlich durchlassenden Revisor *getäuscht* wurde»⁸¹.
- Ganz generell – und in Anlehnung an die vom Bundesgericht in anderen Zusammenhängen in neuerer Zeit wiederholt angerufene

⁷⁴ BGE 106 II 235.

⁷⁵ Vgl. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (FN 37), N 853 sowie Verantwortlichkeit des Revisors (FN 4), N 308 ff.

⁷⁶ OR 729 I.

⁷⁷ OR 729a.

⁷⁸ BÖCKLI (FN 24), 35.

⁷⁹ Vgl. dazu FN 13.

⁸⁰ Vgl. die zutreffende Kritik von HIRSCH (FN 12), insb. S. 50 Ziff. 11.

⁸¹ BÖCKLI (FN 24), 36 f.

*Vertrauenshaftung*⁸² – können Dritte sodann m.E. aus einer fehlerhaften Berichterstattung der Revisionsstelle Ersatzansprüche herleiten, wenn sie sich *in guten Treuen auf einen Revisionsbericht verlassen* durften⁸³. Dies ist etwa dann anzunehmen, wenn sich die Revisionsstelle der Bedeutung ihres Berichts für einen potentiellen Investor bewusst ist, weil sich dieser *direkt an sie gewendet* hat und die Revisionsstelle darauf nicht reagiert hat⁸⁴.

Dagegen wird man aus dem Umstand, dass der Revisionsbericht von Gesellschaften, deren Aktien kotiert sind oder die Anleiheobligationen ausstehend haben, allgemein zugänglich ist⁸⁵ und wonach auch bei den übrigen Gesellschaften Gläubiger, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in die Revisionsberichte nehmen können⁸⁶, nicht schon auf eine Berichterstattung zugunsten Dritter schliessen können: Den Einsicht nehmenden Gläubigern ist aus der Berichterstattung selbst klar, dass der Bericht nicht an sie gerichtet und auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten ist.

Die hier geforderte Einschränkung ist freilich von begrenzter praktischer Bedeutung: Das Bundesgericht lässt nämlich eine Klage des *Gläubigers* aufgrund des von ihm direkt erlittenen Schadens nur zu, wenn sich dieser auf eine Norm stützen kann, die *ausschliesslich* dem Gläubigerschutz dient⁸⁷. Dagegen ist die Klage eines einzelnen Gläubigers nach neuer Bundesgerichtspraxis ab Konkurseröffnung ausgeschlossen bei einem «Verstoss gegen Bestimmungen, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft als

⁸² Dazu grundlegend HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132 (1996) 273 ff.

⁸³ Vgl. in diesem Zusammenhang WOLFGANG WIEGAND, Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in: Festschrift für CHAPUIS, Zürich 1998), 143 ff., 162 f., der die Haftung für den Emissionsprospekt gemäss OR 752 als Vertrauenshaftung qualifiziert. – Eine Fruchtbarmachung der Grundsätze der Vertrauenshaftung als Mittel zur Begrenzung der Haftung der Revisoren gegenüber Investoren ist insb. von HIRSCH (FN 12), 52 f. angeregt worden. Ähnlich URS BERTSCHINGER, Aktuelle Fragen der Wirtschaftsprüfung, in: Festschrift für ROGER ZÄCH, Zürich 1999, 477 ff., 479.

⁸⁴ So verhielt es sich im Sachverhalt, der BGE 4C.13/1997 zugrunde lag: Der Erwerber der Gesamtheit der Aktien einer AG hatte sich vor dem Kaufentscheid schriftlich an die Revisionsstelle gewendet und sie ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass die Bilanz – mangels der üblichen Garantien des Verkäufers – einen wesentlichen Teil des Kaufvertrages bilden würde. Die Revisionsstelle hatte auf das entsprechende Schreiben nicht reagiert (vgl. den Hinweis von HIRSCH [FN 12], S. 48 Ziff. 2.). Für das Bundesgericht war dieser Umstand jedoch nicht von Belang, wird er doch im bundesgerichtlichen Entscheid nicht erwähnt.

⁸⁵ Vgl. OR 697h I, wonach solche Gesellschaften den Revisionsbericht entweder im Schweiz. Handelsamtsblatt zu veröffentlichen oder aber jedermann auf Begehren hin zustellen haben.

⁸⁶ Vgl. OR 697h II.

⁸⁷ BGE 122 III 192.

auch dem Schutz der Gläubiger dienen»⁸⁸, und dass die Berichterstattungspflicht den Interessen der Gesellschaft dient, ist offenkundig. In aller Regel ist daher der einzelne Gläubiger nach der Praxis des Bundesgerichts *ohnehin nicht zur Klage legitimiert*.

Relevant bleibt die Einschränkung aber hinsichtlich von *Investoren*, die gestützt auf einen mangelhaften Revisionsbericht *Aktien erworben* haben wollen⁸⁹, da – wie erwähnt⁹⁰ – aufgrund der Bundesgerichtspraxis neue Aktionäre, die ihre Aktien aufgrund einer revidierten falschen Bilanz erworben haben, klageberechtigt sein sollen.

- cc) Die *Pflicht zur Benachrichtigung des Richters* im Falle einer offensichtlichen Überschuldung besteht zweifellos (auch) im Interesse (künftiger) Gläubiger, was auch von den Autoren anerkannt wird, die einer Inpflichtnahme der Revisionsstelle zugunsten von Dritten kritisch gegenüberstehen⁹¹.
- dd) Umgekehrt dürfte unbestritten sein, dass die Pflicht zur *Einberufung einer Generalversammlung* ausschliesslich von gesellschaftsinterner Bedeutung ist, da die Generalversammlung nicht verpflichtet ist, irgendwelche Massnahmen zugunsten der Gläubiger zu ergreifen.
- e) Nachzutragen ist, dass das revidierte Aktienrecht nun explizit festhält, dass eine *Berufung auf leichtes Verschulden* auch dann zulässig ist, wenn ein Haftpflichtiger gemeinsam mit anderen solidarisch haftet⁹², was sich tendenziell haftungsmildernd auswirken sollte.
- f) Als *Ergebnis* ist zweierlei festzuhalten:
 - Die *Prüfungspflichten* der Revisionsstelle sollten – nicht zuletzt auch im Hinblick auf ihre Verschärfung durch die Aktienrechtsreform und die durch die Berufsorganisation der Revisoren gesetzten Standards – im Hinblick auf die Verantwortlichkeit nicht zu streng interpretiert werden. Auch der Revisionsstelle ist bei der Ausübung ihrer Tätigkeit ein *Ermessensspielraum* einzuräumen, wie er für geschäftsführende Organe⁹³ als selbstverständlich erscheint.

⁸⁸ BGE 122 III 194.

⁸⁹ So der Tatbestand des Entscheides 4C.13/1997, zit. vorn FN 13.

⁹⁰ Vorn bei FN 79.

⁹¹ Vgl. insb. RETO T. RUOSS, Zur Haftung der Revisionsstelle für unmittelbaren Schaden eines Investors, ST 70 (1996) 559 ff., 564 f.

⁹² OR 759 I; vgl. dazu vorn FN 7, 2. Abs. und hinten bei Anm. 105 f.

⁹³ Zu Letzteren vgl. FORSTMOSER (FN 37), N 698. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 31.

- Einer Klage von (neuen) Aktionären, die ihren Investitionsentscheid aufgrund eines zu Unrecht vorbehaltlosen Revisionsberichts getroffen haben wollen, sollte nur bei besonderen Umständen – namentlich im Falle eines qualifizierten Vertrauens – stattgegeben werden.

3. Kausalität

a) Charakteristisch für Tätigkeit und Pflichtverletzungen der Revisionsstelle ist zweierlei:

- Im Zeitpunkt, in welchem die Revisionsstelle – jedenfalls in ihrer Hauptaufgabe als Abschlussprüferin – die Arena betritt, ist zumindest ein Teil des Schadens *bereits eingetreten* und oft nicht mehr rückgängig zu machen. Der Schaden, den sie durch ihr allenfalls pflichtwidriges Verhalten (mit-) verursacht hat, ist daher regelmässig kleiner als der von Exekutivorganen zu verantwortende Gesamtschaden.
- Pflichtwidrigkeiten der Revisionsstelle bestehen sodann meist in *Unterlassungen*⁹⁴, weshalb der Kausalzusammenhang aufgrund einer *Hypothese* beurteilt werden muss⁹⁵.

b) In der älteren Judikatur wurde diesen Umständen gelegentlich zu wenig Rechnung getragen und die Frage der Kausalität allzu pauschal abgehandelt. So begnügte sich das Bundesgericht in einem Verfahren gegen eine Revisionsstelle mit der Feststellung, die Pflichtverletzungen der Beklagten seien «allgemein geeignet [gewesen], zur Vergrösserung des Schadens beizutragen»⁹⁶. Und in einem anderen Entscheid wird gar erklärt, es habe «in Fällen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit... der Richter... nicht einen strengen, absoluten Beweis des Kausalzusammenhangs zu fordern»⁹⁷.

In neueren und neuesten kantonalen und höchstrichterlichen Entscheidungen zeigt sich dagegen eine erfreuliche *Differenzierung in der Beurteilung der Kausalität*⁹⁸. Zu begrüssen ist insbesondere die Tendenz, die Frage der *hypothetischen Kausalität* nicht einfach aufgrund pauschaler Wertungen zu

⁹⁴ Vgl. etwa EGMANN (FN 24), 186 ff sowie FORSTMOSER (FN 4) N 126 und die dort N 82 ff. aufgeführten Beispiele aus der Rechtspraxis.

⁹⁵ Vgl. dazu etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1998, N 2716; REY (FN 36), N 591 ff.; HONSELL (FN 36), § 3 N 32 ff.; BGE 115 II 447.

⁹⁶ BGE 93 II 29.

⁹⁷ ST 59 (1985) 75 ff., 78 E 4 2a; vgl. auch Semjud 106 (1984) 169 ff. Nr. 10 = SAG 57 (1985) 186 Nr. 19.

⁹⁸ Vgl. etwa die Übersichten bei FORSTMOSER (FN 4), N 135 ff., 156 ff.

entscheiden, sondern anhand einer *Berücksichtigung aller konkreten Umstände*.

Illustrativ für die in der Gerichtspraxis vollzogene Entwicklung sind zwei Entscheide des Bundesgerichts in Fällen, in welchen die Revisionsstelle bei einer Einpersonen-AG ihrer Benachrichtigungspflicht bei Gesetzeswidrigkeiten nicht nachgekommen war:

- In seiner früheren Praxis⁹⁹ hielt das Bundesgericht fest, eine Revisionsstelle, die trotz Überschuldung der Gesellschaft passiv geblieben sei, könne sich «nicht entlasten mit dem Hinweis darauf, dass bei einer Einmann-Gesellschaft eine Aufforderung an die Verwaltung, die Generalversammlung zu benachrichtigen, sinnlos sei, weil ja Verwaltung und Generalversammlung in ein und derselben Person vereinigt seien und diese den Stand des Unternehmens selber am besten kenne». Die Unterlassungen der Revisionsstelle wurden daher als schadensbegründend qualifiziert.
- In einem neueren Entscheid¹⁰⁰ berücksichtigt das Bundesgericht dagegen die besonderen Umstände der Einpersonengesellschaft und stellt – in einem obiter dictum – fest, es sei anzunehmen, dass sich Verwaltungsrat und Generalversammlung nicht von einem kritischen Revisionsbericht beeinflussen liessen, wenn eine der kritisierten Personen Alleinaktionärin sei¹⁰¹.

Diese Entwicklung zu einer differenzierten, auf den Einzelfall zugeschnittenen Betrachtungsweise ist zu begrüßen¹⁰², und es ist an der heute vorherrschenden Praxis nichts auszusetzen.

4. Solidarität und Berücksichtigung des Verhaltens der Geschädigten

a) Unter den aktienrechtlichen Organen kommt der Revisionsstelle – wie erwähnt¹⁰³ – eine Sonderstellung zu, die sie deutlich von den Exekutivorganen – Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Liquidatoren – unterscheidet.

Im Zuge der Aktienrechtsreform wurde aus diesem Grunde von Vertretern des Standes der Revisoren postuliert, es sei die Solidarität zwischen

⁹⁹ BGE 86 II 183 f.

¹⁰⁰ BGE 119 II 255 ff, 259.

¹⁰¹ Vgl. dazu auch ERICH FREY in ST 68 (1994) 294.

¹⁰² So auch EGGMANN (FN 24), 187 ff.

¹⁰³ Vgl. vorn bei FN 20-23.

der Revisionsstelle und den Exekutivorganen aufzuheben¹⁰⁴. Diese Forderung ist jedoch nicht durchgedrungen.

Das revidierte Aktienrecht sieht daher nach wie vor *Solidarität zwischen allen Verantwortlichen* – den Mitgliedern des Verwaltungsrates sowie der Geschäftsführung einerseits und der Revisionsstelle auf der anderen Seite – vor. Immerhin bekennt es sich ausdrücklich zu einer sogenannt *differenzierten Solidarität*¹⁰⁵, dazu, dass der einzelne solidarisch Mithaftende sich auch im Aussenverhältnis *auf sein allenfalls leichtes Verschulden berufen* kann: Eine ersatzpflichtige Organperson haftet «insoweit mit den anderen solidarisch..., als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens... persönlich zurechenbar ist»¹⁰⁶.

Insofern schliesst das revidierte Recht – entgegen der früheren Bundesgerichtspraxis – aus, dass ein Ersatzpflichtiger dann, wenn neben ihm noch weitere Personen haften, mehr zu leisten hat als bei alleiniger Verantwortlichkeit. Diese Korrektur kommt vor allem der Revisionsstelle zugut, deren Verschulden oft geringer ist als das der Exekutivorgane und der auch aufgrund der «Umstände» der Schaden in geringerem Ausmass zurechenbar ist.

Trotzdem ist es auch unter revidiertem Recht dabei geblieben, dass die Revisionsstelle sehr oft einen weit überproportionalen Anteil am Schadenersatz zu tragen hat, weshalb de lege ferenda die Frage der Angemessenheit einer solidarischen Haftung erneut zu stellen ist¹⁰⁷.

b) Das *Mitverschulden* eines *solidarisch Haftpflichtigen* bildet in aller Regel keinen Reduktionsgrund¹⁰⁸, ebenso wenig ein *Drittverschulden*¹⁰⁹. Wohl aber ist das *Selbstverschulden des Klägers* zu berücksichtigen. So ist es einem Kreditgeber oder Investor als *Selbstverschulden* anzurechnen, wenn er sich ausschliesslich auf die offizielle Jahresrechnung einer Gesellschaft und den vorbehaltlosen Bestätigungsbericht der Revisionsstelle verlassen¹¹⁰ und er sich überdies nicht durch Garantien oder andere angemessene Sicherheitsleistungen abgesichert hat.

¹⁰⁴ Vgl. die Hinweise bei BÖCKLI (FN 24), 15 f., der dazu erklärt, «dass eine Solidarhaftung des Prüfers für die Fehler des Geprüften methodisch ein Unsinn ist». Kritisch zu letzterer Aussage EGGMANN (FN 24), 232.

¹⁰⁵ Vgl. dazu ZÄCH/TRIEBOLD, Zur differenzierten Solidarhaftung des Verwaltungsrates, in: Festschrift für BÄR, Bern 1998, 421 ff.

¹⁰⁶ OR 759 I.

¹⁰⁷ Dazu hinten bei FN 141.

¹⁰⁸ Vgl. BGE 89 II 123, 93 II 322.

¹⁰⁹ Dazu allgemein OFTINGER/STARK (FN 35), § 7 N 40; BREHM (FN 46), Art. 43 N 81 ff und REY (FN 36), N 414.

¹¹⁰ Ähnlich EGGMANN (FN 24), 194 f.

c) Dies ist in der Gerichtspraxis anerkannt. Meines Erachtens sollte aber in der Beschränkung der Schadenersatzpflicht der Revisionsstelle wegen ungenügender Berichterstattung *ein Schritt weiter gegangen* werden:

Es ist nochmals daran zu erinnern, dass die Berichterstattung der Revisionsstelle sich ausschliesslich an Gesellschaftsorgane und nicht an Aussenstehende richtet¹¹¹. Und zu ergänzen ist, dass die Aussagekraft der Berichterstattung sich aus dem – *beschränkten* – *Prüfungsauftrag* ergibt: Bei der Abschlussprüfung hat die Revisionsstelle lediglich abzuklären, «ob die Buchführung und die Jahresrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes Gesetz und Statuten entsprechen»¹¹². Zusätzlich wird die Aussagekraft der Berichte dadurch eingeschränkt, dass auch bei ordnungsgemässer Prüfung Mängel in der Buchführung und der Erstellung der Jahresrechnung keineswegs ohne weiteres feststellbar sind¹¹³.

Die Berichterstattung der Revisionsstelle und insbesondere der kurze Bestätigungsbericht an die Generalversammlung¹¹⁴ sind daher *denkbar schlecht geeignet*, um als Basis für Investitions- und Kreditentscheide zu dienen:

- Die Prüfung der Revisionsstelle «befasst sich ausschliesslich mit den Büchern und dem Jahresabschluss; sie prüft diese Gegenstände einzig unter dem Gesichtspunkt der Legalität»¹¹⁵.
- Über diese Prüfung wird (summarisch) Bericht erstattet, verbunden mit einer Stellungnahme zur Gesetzes- und Statutenkonformität von Buchführung und Jahresrechnung¹¹⁶.
- Soweit nicht die Gefahr einer Überschuldung besteht, braucht die Revisionsstelle *kein Urteil über die finanzielle Lage der Gesellschaft* abzugeben und ebenso wenig die Vermögensstruktur – etwa hinsichtlich der Liquidität oder des Verhältnisses von Eigen- und Fremdkapital bzw. von Anlage- und Umlaufvermögen – zu analysieren¹¹⁷.
- Der Revisionsstelle obliegt sodann *keine allgemeine Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung*¹¹⁸, und über deren Leistungen hat sie sich nicht zu äussern.

¹¹¹ Dazu vorn bei FN 78.

¹¹² OR 728.

¹¹³ Zu den limitierten Funktionen der Revisionsstelle vgl. neuestens JEAN NICOLAS DRUEY, Das Recht der Abschlussprüfung, in: GAUCH/SCHMID, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, 493 ff., 495 ff.

¹¹⁴ OR 729.

¹¹⁵ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, Separatdruck 99; ähnlich das in ST 59 (1985) 75 ff. referierte Urteil, vgl. S. 77.

¹¹⁶ Vgl. OR 729 I: Berichterstattung «über das Ergebnis ihrer Prüfung».

¹¹⁷ Vgl. auch hierzu den in ST 59 (1985) 77 referierten Entscheid.

¹¹⁸ BGE 65 II 20, ST 59 (1985) 77.

- Und schliesslich ist die Abschlussprüfung *vergangenheitsorientiert*, befasst sie sich mit der Situation des *letzten* Geschäftsjahres, weshalb der Bestätigungsbericht allenfalls nicht aktuell ist¹¹⁹ und jedenfalls keine Aussagen zur Zukunft enthält.

Aus all dem folgt, dass aus dem Bericht der Revisionsstelle «nicht auf die Gesundheit des Unternehmens oder auf die Qualität der Geschäftsführung geschlossen»¹²⁰ werden kann, und schon gar nicht auf die Zukunftschancen einer Gesellschaft. Zu den Kriterien, die den Investor und den Kreditgeber in erster Linie interessieren, nimmt die Revisionsstelle daher gerade *nicht Stellung*.

Dies wird von Investoren und Gläubigern häufig verkannt, und es ist denn auch zu Recht festgehalten worden, dass «die Crux der Revisionshaftung» vor allem «in einer Verkennung des in Art. 728 OR bewusst eingegrenzten Aufgabenbereichs der Kontrollstelle¹²¹, in einer darauf beruhenden Verkennung der entsprechend eingegrenzten Aussagetragweite des Kontrollstellberichtes und als weitere Folge davon in einer Überdehnung des Begriffes der Adäquanz» liegt¹²².

Auf diesen *Expectation Gap* ist in der betriebswirtschaftlichen wie auch der juristischen Literatur immer wieder hingewiesen worden¹²³, was aber falsche Erwartungen bisher offenbar nicht beseitigen konnte.

Nach den Erfahrungen des Verfassers herrschen auch bei den Gerichten noch immer nicht selten falsche Vorstellungen über die Tragweite der Prüfung und die Aussagekraft der Berichterstattung, und in diesem Punkt sind *Korrekturen angebracht*: Es geht nicht an, das Verhalten der Revisionsstelle aufgrund von «*expectations*» zu beurteilen, die nach der gesetzlichen Ordnung nicht gerechtfertigt sind, selbst wenn solche Erwartungen in guten Treuen gehegt wurden. Eine objektiv nicht gerechtfertigte Erwartungshaltung ist nicht bloss als Selbstverschulden zu berücksichtigen, sondern sie schliesst

¹¹⁹ Vgl. auch den Hinweis vorn vor FN 94.

¹²⁰ Botschaft (FN 115), 99.

¹²¹ Terminologie nach früherem Aktienrecht.

¹²² HUNZIKER (FN 27), 104.

¹²³ Grundlegend etwa ANDRÉ ZÜND, «Expectation Gap» – Die Revision im Clinch von Erwartung und Auftrag, ST 66 (1992) 371 ff.; vgl. sodann auch GIORGIO BEHR, Expectation Gap – Rolle der Rechnungslegung, ST 70 (1996) 539 ff.; BERTSCHINGER (FN 29), 911 f.; BARBARA DESAX, Die Behandlung von Leistungsbeziehungen zu unangemessenen Bedingungen... im Rahmen der risikoorientierten Abschlussprüfung (Diss. oec. St. Gallen 2000 = Schriftenreihe der Treuhand-Kammer 167) 160 ff; FORSTMOSER (FN 4), N 336 ff.; CARL HELBLING, Falsche Erwartungen in die Revisionsstelle, ST 70 (1996) 181 ff.; DRUEY (FN 113), 495.

das Recht auf Ersatz von Schaden aus falschen Anlage- oder Gläubigerentscheiden schlechthin aus¹²⁴.

5. Rechtsnatur der Klage und Klagelegitimation

a) Auf die bundesgerichtliche Praxis zur Abgrenzung von *mittelbarem und unmittelbarem Gläubigerschaden* und deren Konsequenzen für die Klagelegitimation ist bereits wiederholt hingewiesen worden. Es wurde auch gezeigt, dass sich daraus – von Ausnahmefällen abgesehen – keine Verschärfung der Haftungsrisiken der Revisionsstelle ergibt.

b) Nur – aber immerhin – in besonderen Konstellationen nachteilig dürfte auch die vom Bundesgericht eingeführte *einheitliche Klage aus dem Recht der Gläubigergesamtheit* im Konkurs¹²⁵ sein: Sie führt – was hier nicht näher ausgeführt werden kann – dazu, dass Abtretungsgläubiger «the best of both worlds» für sich in Anspruch nehmen können:

- Sie können den gesamten Gesellschaftsschaden, der ihre eigene Vermögensverminderung allenfalls übersteigt, geltend machen.
- Und gleichzeitig ist es den Beklagten verwehrt, sich auf Einreden zu berufen, die ihnen gegen den oder die klagenden Gläubiger persönlich zustehen würden¹²⁶.

c) Problematisch – und das Risiko verschärfend – ist sodann der Umstand, dass das Bundesgericht den einmal kollozierten Gläubiger zur Klage zulässt, ohne eine Überprüfung der – im Kollokationsverfahren nur summarisch überprüften – materiellen Berechtigung zu gestatten¹²⁷. Wiederum dürfte sich aber eine Benachteiligung nur in Einzelfällen ergeben.

¹²⁴ Eine Ausnahme wird man wiederum dann machen müssen, wenn sich eine Revisionsstelle bewusst ist, dass potentielle Gläubiger oder Aktionäre sich auf ihre Berichterstattung abstützen und sie dagegen nicht remonstriert, in Fällen der *Vertrauenshaftung* also.

¹²⁵ Vgl. vorn bei FN 9.

¹²⁶ Vgl. dazu die Kritik von GEORG RAUBER, Der mittelbare Gläubigerschaden – alte und neue Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: Festschrift für PETER FORSTMOSER, Zürich 1993, 157 ff, 168 f.

¹²⁷ Dazu kritisch KLAUS HÜTTE, Zu Unrecht kolloziert und dennoch (deshalb) voll befriedigt, ST 60 (1986) 100 ff., DERS, Entscheidungen, AJP 1 (1992) 516 ff, 520.

6. Ergebnis

Eine Durchsicht der Gerichtspraxis hat eine Reihe von Unebenheiten gezeigt, die – nicht nur, aber auch – im Interesse der Revisionsstellen korrigiert werden sollten. Ein Kurswechsel zur Korrektur des eingangs geschilderten unbefriedigenden Befundes wird sich daraus aber nicht ergeben.

IV. Risikominderung durch Massnahmen der Revisionsstelle?

Lässt sich aus Berichtigungen der Gerichtspraxis nicht viel erwarten, dann fragt es sich, ob die Revisionsstellen selbst Massnahmen treffen können, um ihr Haftungsrisiko zu vermindern.

Dass sorgfältige Pflichterfüllung noch immer der beste Schutz vor Verantwortlichkeit ist, versteht sich von selbst. Dazu gehören insbesondere Hartnäckigkeit in der Klärung fragwürdiger Bilanzpositionen und der Mut, in der Berichterstattung auf Mängel hinzuweisen¹²⁸. Zu prüfen ist, ob Revisionsstellen darüber hinaus ihr Risiko durch vertragliche Abmachungen oder die Durchsetzung entsprechender statutarischer Bestimmungen (dazu Ziff. 1.) oder aber durch einseitige Erklärungen in der Berichterstattung (dazu Ziff. 2.) beschränken können.

1. Möglichkeit einer vertraglichen oder statutarischen Haftungsbegrenzung?

a) Die Revisionsstelle steht als Organ in einem *mandatsähnlichen Verhältnis* zur Gesellschaft¹²⁹. Es fragt sich, ob sie im Rahmen dieser Beziehung ihr Risiko vertraglich einschränken kann, sei es durch eine Eingrenzung ihrer Aufgaben oder eine Minderung der geschuldeten Sorgfalt, sei es durch die Einräumung eines Rechts auf Schadloshaltung.

¹²⁸ Der Verfasser hat freilich den Eindruck, dass Revisionsstellen – aus Furcht vor Verantwortlichkeit – diesbezüglich oft eher zuviel des Guten tun, zum Nachteil von Gesellschaften, die sich ohnehin schon in einer schwierigen Lage befinden und deren Position durch Vorbehalte im Revisionsbericht noch erschwert wird.

¹²⁹ Vgl. PEDROJA/WATTER in Basler Kommentar zu OR 530-1186, Basel 1994, 727 N 9, die von einem Rechtsverhältnis, das «auftragsähnlichen Charakter hat», sprechen.

Denkbar wären auch entsprechende statutarische Klauseln¹³⁰.

b) Es ist offenkundig, dass eine solche *Abschwächung* der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen durch Vertrag oder Statuten *nicht möglich* ist, gegenüber Dritten schon deshalb nicht, weil zu ihnen keine vertragliche bzw. vertragsähnliche Beziehung besteht und die Haftung ex lege gegeben ist, aber auch nicht gegenüber der Gesellschaft selbst, da die gesetzlichen Regeln als zwingende Minimalstandards zu verstehen sind¹³¹. Auch für den Schweizer Revisor gilt daher, was in § 323 IV des deutschen HGB für den Abschlussprüfer ausdrücklich festgehalten wird: «Die Ersatzpflicht... kann durch Vertrag weder ausgeschlossen noch über die gesetzlichen Vorschriften hinaus eingeschränkt werden.»¹³².

Ebenso wäre eine statutarische Bestimmung oder vertragliche Vereinbarung *nichtig*, wonach die Gesellschaft für den Fall, dass die Revisionsstelle schadenersatzpflichtig werden sollte, dieser volle oder teilweise *Rückerstattung* zu leisten hat¹³³.

c) Möglich wäre dagegen meines Erachtens, dass die geprüfte Gesellschaft für die Revisionsstelle einen angemessenen *Versicherungsschutz* bereitstellt – entsprechend der in der Schweiz bei grösseren Unternehmen mehr und mehr üblichen Directors and Officers (D&O) Liability-Versicherung¹³⁴. Dass in der Schweiz – soweit ersichtlich – entsprechende Schutzvorkehrungen zugunsten der Revisionsstelle bisher nicht vorgesehen worden sind, dürfte daran liegen, dass sich die grösseren, professionell tätigen Revisionsgesell-

¹³⁰ So lässt etwa die Delaware Legislation, die zahlreichen anderen Staaten als regulatorisches Vorbild gedient hat, zugunsten des Verwaltungsrates ein statutarisches Opting-Out von der Sorgfaltspflicht zu, mit Ausnahme von Fällen eines absichtlichen Missbrauchs, ungerechtfertigter Dividendenzahlungen, eines ungerechtfertigten Kaufs oder Verkaufs von Aktien und im Falle von Transaktionen, bei denen Verwaltungsräte einen ungerechtfertigten persönlichen Vorteil erzielt haben. Vgl. dazu RUFFNER (FN 31), 225.

¹³¹ Vgl. dazu ausführlich KURT U. BLICKENSTORFER, Die genossenschaftsrechtliche Verantwortlichkeit (Diss. Zürich 1987 = SSHW 91) N 262 ff.; FORSTMOSER, (FN 37), N 593; ROSMARIE ABOLFATHIAN-HAMMER, Das Verhältnis von Revisionsstelle und Revisor zur Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1992 = BBSW 5) 74.

¹³² Dazu etwa WESSEL HEUKAMP, Abschlussprüfer und Haftung, Köln u.a. 2000, 335.

¹³³ BLICKENSTORFER (FN 131), N 274.

¹³⁴ Zu dieser vgl. insb. DANIEL BANDLE, L'assurance D&O (Diss. Lausanne 1999 = SSHW 191); ferner Herbert G. BUFF, Compliance (Diss. Zürich 2000 = SSHW 199) 126 ff.; STEPHAN FUHRER, Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (Diss. Basel 1988 = SSHW 108); KLAUS HÜTTE, Fragen rund um die Versicherbarkeit aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP 7 (1998) 1294 ff.; PAUL WOLLNY, Die Directors' and Officers' Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (Frankfurt u.a. 1993 = Versicherungsrechtliche Studien 26).

schaften selbst versichern und sich weniger professionelle Revisoren ihres Risikos nicht bewusst sind.

2. Wirksamkeit von Enthftungserklärungen im Revisionsbericht?

a) In der Berichterstattung von international tätigen Unternehmen sind heute *Disclaimers*, durch die eine falsche Erwartungshaltung ausgeschlossen werden soll, üblich. Da – wie gezeigt – Investoren und künftige Gläubiger oft falsche Vorstellungen von der Aussagekraft des Revisionsberichts haben¹³⁵, fragt es sich, ob die Revisionsstelle durch einschränkende Hinweise im Bericht ihre Stellung in Verantwortlichkeitsverfahren verbessern könnte.

b) Dazu ist vorab festzuhalten, dass dies *schon heute ausgiebig gemacht* wird: Im von der Treuhand-Kammer für ihre Mitglieder vorgeschriebenen Standardtext für den Bestätigungsbericht nehmen die Hinweise darauf, was vom Revisionsbericht erwartet und – vor allem – was von ihm nicht erwartet werden darf, den grössten Raum ein¹³⁶.

Auch wenn man solcher «Boiler plate» grundsätzlich zurückhaltend gegenüberstehen mag, könnte es doch sinnvoll sein, im Hinblick auf allfällige Klagen von Investoren zusätzlich darauf hinzuweisen, dass sich der *Revisionsbericht nicht als Grundlage für Investitionsentscheide* eignet und dass die Revisionsstelle diesbezüglich – soweit sie nicht direkt kontaktiert und durch die Gesellschaft von ihrer Schweigepflicht entbunden worden ist – keinerlei Aussagen machen will. Damit könnte der *expectation gap* allenfalls (gerichts-) wirksam vermindert werden.

Auch von dieser Massnahme ist aber nicht allzu viel zu erwarten, zumal sie sich nur gegen einen begrenzten Kreis von potentiellen Klägern – nämlich die künftigen Aktionäre – richtet.

3. Ergebnis

Sieht man vom Versicherungsschutz ab, sind daher keine Vorkehren ersichtlich, durch welche die Revisionsstelle ihr Haftungsrisiko wesentlich vermindern könnte.

¹³⁵ Vgl. dazu vorn bei FN 123.

¹³⁶ Vgl. vom FN 32.

V. Massnahmen de lege ferenda

a) Korrekturen in der Gerichtspraxis und Massnahmen der Revisionsstelle können – so hat sich gezeigt – das übermässige Haftungsrisiko der Revisionsstelle nur begrenzt vermindern. Dieser Befund weckt den *Ruf nach dem Gesetzgeber*, und in der Tat mehrten sich die Stimmen, die eine Neuregelung des Verantwortlichkeitsrechts und insbesondere der Verantwortlichkeit der Revisionsstelle anregen¹³⁷.

b) Eine Neuordnung sollte zwei Ziele anstreben:

- Zum einen sollte ein Konzept gefunden werden, bei welchem die Höhe der Schadenersatzleistung *besser mit der Intensität von Verschulden und Verursachung korreliert*.
- Und zum Zweiten sollte der Verantwortlichkeitsklage ihr *aleatorischer Charakter genommen* werden: Die Kosten, die heute durch Verantwortlichkeitsprozesse verursacht werden, stehen oft in keinem vernünftigen Verhältnis zum Ertrag, der schliesslich für die Geschädigten herauschaut. Zwar wird die Grosszahl von Verfahren durch Vergleich abgeschlossen, aber häufig nach einem jahre- und gelegentlich jahrzehntelangen kostspieligen Tauziehen. Ein Hauptgrund dafür ist die Ungewissheit über den Sinn der gesetzlichen Bestimmungen und ihre Anwendung durch die Gerichte. Eindeutige und klar handhabbare Regeln könnten viel dazu beitragen, dass Vergleiche im Interesse aller Beteiligten frühzeitig abgeschlossen werden.

c) Wie die Haftung des Revisors künftig aussehen sollte, kann hier nicht näher ausgeführt werden. Ich beschränke mich auf einige stichwortartige Hinweise¹³⁸ zu Vorschlägen, die einer näheren Prüfung zu unterziehen wären, ohne dazu im Einzelnen Stellung zu nehmen.

¹³⁷ Vgl. etwa BERTSCHINGER (FN 22), 480 ff.; DERS. ST (73) 1999 911 ff.; WERNER EBKE, Die Internationalisierung der Rechnungslegung, Revision und Publizität und die Schweiz, ZSR 134 I (2000) 39 ff., 90.

¹³⁸ Die folgenden Ausführungen beruhen zum Teil auf Überlegungen, die Prof. ALAIN HIRSCH (Genf) und der Verfasser gemeinsam angestellt haben.

1. Dogmatische Neuordnung: Unterstellung der Revisionsstelle unter Mandatsrecht?

a) Die im Vergleich mit anderen Verantwortlichen übermässigen Haftungskonsequenzen für die Revisionsstelle rühren – wie eingangs gezeigt – vor allem daher, dass diese jeweils nach den gleichen Regeln und im selben Verfahren wie die übrigen Organe beurteilt wird, obwohl zwischen den Tätigkeiten von Exekutivorganen und denen der Revisionsstelle grundlegende qualitative Unterschiede¹³⁹ bestehen. Eine Besserstellung könnte in einem künftigen Recht allenfalls erreicht werden, wenn die Revisionsstelle *aus dem Kontext der Organverantwortlichkeit herausgelöst* und *allein dem Auftragsrecht unterstellt* würde.

Eine Entlassung aus einer organspezifischen Haftung würde sich im Übrigen vor allem auch dann aufdrängen, wenn die Revisionshaftung unabhängig von der Rechtsform der revidierten Organisation einheitlich geregelt werden sollte¹⁴⁰.

b) Freilich würde es sich um ein *Mandat sui generis* handeln, für das besondere Regeln zu gelten hätten, die etwa den Umständen Rechnung tragen, dass der Revision auch eine Drittschutzfunktion zukommt, die aufgrund zwingenden Rechts zu erfüllen ist, und dass die Revisionsstelle in Abweichung von allgemeinem Mandatsrecht nicht an Weisungen des Auftraggebers gebunden ist.

c) An der solidarischen Haftung würde sich durch eine Aufhebung der Organqualität nur insofern etwas ändern, als an die Stelle der echten Solidarität nach OR 50 eine unechte Solidarität gemäss OR 51 treten würde¹⁴¹, was praktisch kaum von Bedeutung ist. Ergänzend müsste man sich daher haftungsbegrenzende Regeln überlegen:

2. Gesetzliche Haftungsbeschränkungen?

In der Literatur wird zur Diskussion gestellt, die Haftung des Revisors – zumindest in seiner Funktion als Abschlussprüfer – gesetzlich auf *Absicht und*

¹³⁹ Dazu vorn bei FN 22.

¹⁴⁰ Zu diesem Postulat vgl. nachstehend bei FN 150.

¹⁴¹ Dazu REY (FN 36), N 1477 ff.

Grobfahrlässigkeit zu beschränken¹⁴². Denkbar wäre sodann auch eine *summenmässige Begrenzung*, sei es in *absoluter Höhe*, wie etwa in Deutschland bei einfacher Fahrlässigkeit¹⁴³, sei es, indem die Haftung auf ein *Vielfaches des Honorars* limitiert wird.

Als allgemeine Regel scheint mir eine solche gesetzlich vorgegebene Eingrenzung problematisch. Für prüfenswert dagegen halte ich eine Begrenzung in Teilbereichen:

- Eine Haftung nur für Grobfahrlässigkeit könnte etwa hinsichtlich der Verantwortung der Revisionsstelle direkt gegenüber Aktionären und – vor allem – Gläubigern ins Auge gefasst werden.
- Oder es könnte für die Haftung gegenüber Aktionären und Gläubigern auch eine *summenmässige Begrenzung* (vorbehältlich grobfahrlässigen oder absichtlichen Verhaltens) erwogen werden.

3. Vertragliche oder statutarische Haftungsbeschränkungen?

a) Im Übrigen dürfte es sinnvoll sein, allfällige Haftungsbeschränkungen – soweit man sie überhaupt zulassen will – der *privatautONOMEN Regelung* zu überlassen¹⁴⁴, wobei durch zwingendes Recht gewisse *minimale Standards* sicherzustellen wären:

- So sollte – entsprechend OR 100 I – ein Ausschluss der Haftung für Absicht oder Grobfahrlässigkeit nicht möglich sein.
- Und im Gesetz wären wohl nach der Grösse der Gesellschaft (oder allenfalls dem Honorarvolumen) abgestufte *minimale Haftungssummen* vorzusehen.

b) Wollte man vertragliche Haftungsbeschränkungen zulassen, dann müsste der Gesetzgeber für *angemessene Publizität* sorgen. Sinnvoll dürfte es sein, für die Einschränkungen eine *statutarische Basis* zu verlangen, womit die Offenlegung sichergestellt wäre.

¹⁴² So von BERTSCHINGER (FN 29), 920, mit Hinweis auf entsprechende – gescheiterte – Anstrengungen für eine Limitierung der Geschäftsführungshaftung anlässlich der Aktienrechtsreform.

¹⁴³ Grundsätzlich DM 2 Mio., bei kotierten Gesellschaften DM 8 Mio.; dazu – und allgemein und kritisch zur Haftungsbeschränkung – HEUKAMP (FN 132), 319 ff., m.w.H. Vgl. auch neuestens die rechtsvergleichenden Hinweise von WERNER EBKE, Die Haftung des gesetzlichen Abschlussprüfers in der EV, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 100 (2001) 62 ff., 71 ff.

¹⁴⁴ Zu entsprechenden Tendenzen im amerikanischen Recht vgl. vorn FN 130.

4. Versicherungsobligatorium?

Bereits eingangs¹⁴⁵ ist darauf hingewiesen worden, dass die Hartnäckigkeit, mit welcher tatsächliche oder vermeintliche Verantwortlichkeitsansprüche gegen Revisionsgesellschaften verfolgt werden, sich zu einem guten Teil daraus erklärt, dass Versicherungsschutz erwartet wird und oft auch besteht. Der Gesetzgeber könnte daraus die Konsequenzen ziehen und für die Revisionsstätigkeit generell eine Versicherungsdeckung verlangen^{145a}. Eintretende Schäden würden damit gewissermassen sozialisiert.

Eine solche Lösung könnte vor allem im Verbund mit einer summenmässigen Limitierung der Schadenersatzpflicht bei bloss leicht fahrlässigem Verhalten in Betracht kommen¹⁴⁶. Eine Kombination von Haftungsbegrenzung und Versicherungsschutz würde wohl die bei der Abwicklung von Haftungsfällen beschleunigen und die anfallenden Kosten erheblich vermindern¹⁴⁷.

5. Verminderung des «expectation gap»; Beschränkung von Aktionärs- und Gläubigerklagen wegen direkter Schädigung auf Vertrauenshaftung

Im Hinblick auf die falschen Erwartungen, die an die Tätigkeit der Revisionsstelle und insbesondere die Aussagekraft ihrer Berichterstattung von Investoren und Gläubigern¹⁴⁸, aber auch gesellschaftsintern gestellt werden, könnte es sinnvoll sein, den Umfang der Prüfungstätigkeit und – vor allem – die Aussagekraft der Berichterstattung gesetzlich *präziser zu umschreiben*.

Gleichzeitig wäre die Haftung direkt gegenüber Investoren und Gläubigern auf eine *Vertrauenshaftung* zu beschränken, also nur dann vorzusehen,

¹⁴⁵ Vgl. vorn bei FN 16.

^{145a} In den EU-Mitgliedstaaten ist die Versicherungspflicht für Wirtschaftsprüfer verbreitet, vgl. EBKE (FN 143), 74 f.

¹⁴⁶ In Deutschland wird denn auch die summenmässige Begrenzung (dazu vorn FN 143), unter anderem damit begründet, es solle ermöglicht werden, eine Versicherung zu angemessenen Konditionen abzuschliessen (HEUKAMP [FN 132], 319).

¹⁴⁷ Das heutige System der jahrelangen gerichtlichen und aussergerichtlichen Auseinandersetzungen in jedem einzelnen Verantwortlichkeitsfall ist volkswirtschaftlich betrachtet äusserst ineffizient; vgl. dazu auch schon vorn vor FN 138

¹⁴⁸ Dazu vorn bei FN 123.

wenn *besondere Umstände* es als gerechtfertigt erscheinen lassen, dass sich Geldgeber auf die Berichterstattung der Revisionsstelle verlassen¹⁴⁹.

6. Neuordnung der Klagerechte

Nicht nur, aber auch im Interesse der Revisionsstelle wäre es sodann, wenn die Verirrungen von Lehre und Praxis hinsichtlich der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklagen und der Klagelegitimation durch einen «Federstrich des Gesetzgebers» beseitigt würden.

7. Das BG über die Rechnungslegung und Revision (RRG) als passender Ort für eine Neuordnung der Revisionshaftung

In der Schweiz ist zur Zeit ein Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) in Bearbeitung¹⁵⁰. Es drängt sich auf, in diesem Gesetz – was bisher nicht vorgesehen worden ist (auch die Revisionshaftung – oder zumindest die Haftung für die Abschlussprüfung) festzulegen¹⁵¹. Zum einen ist es sinnvoll, die Pflichten der Revisionsstelle und die Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen in ein und demselben Erlass zu regeln. Zum Zweiten drängt sich eine Ordnung im RRG auch deshalb auf, weil Rechnungslegung und Revision künftig rechtsformunabhängig einheitlich normiert werden

¹⁴⁹ Vgl. dazu schon vorn bei FN 83. Im Ergebnis würde man sich damit der deutschen Praxis annähern: Nach HGB 323 I Satz 3 haftet der Abschlussprüfer bei Pflichtverletzungen gegenüber der auftraggebenden Kapitalgesellschaft und mit dieser allenfalls verbundenen Unternehmen. Angesichts dieser Bestimmung verneint die herrschende Lehre eine Haftung gegenüber Dritten (vgl. HEUKAMP [FN 132], 288 ff.). Doch hat sich der Bundesgerichtshof in einem Entscheid vom 2.4.1998 (vgl. ZIP 19 [1998] 826 ff. sowie die Besprechungen in JZ 53 [1998] 991 ff. und ZGR 28 [1999] 583 ff.) zwar im Grundsatz der herrschenden Lehre angeschlossen, aber festgehalten, dass es dann, wenn die Vertragsparteien bei Auftragserteilung übereinstimmend davon ausgingen, dass die Prüfung auch im Interesse eines bestimmten Dritten durchgeführt werde und das Ergebnis diesem Dritten als Entscheidungsgrundlage dienen solle, Grund gebe, dem Dritten Ansprüche gegenüber dem Prüfer zu gewähren.

¹⁵⁰ Vgl.: Revision des Rechnungslegungsrechtes: Vorentwürfe und Begleitbericht zu einem BG über die Rechnungslegung und Revision (RRG) und zu einer Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA) vom 29. Juni 1998 (abrufbar unter www.admin.ch) sowie die Zusammenstellung der Vernehmlassungen in einer Publikation des EDMZ, Bern 2000.

¹⁵¹ Gl.M. BERTSCHINGER (FN 29), 919.

sollen. Dies ruft nach einer Vereinheitlichung auch der Bestimmungen über die rechtlichen Konsequenzen bei Fehlverhalten.

Dem Gesetzgeber bietet sich so die Chance, nicht nur die Rechnungslegung auf eine moderne Basis zu stellen¹⁵², sondern bei dieser Gelegenheit auch das aus dem Ruder gelaufene Verantwortlichkeitsrecht zumindest im Hinblick auf die Revisionsstelle wieder auf Kurs zu bringen.

¹⁵² Ob er diese Chance nutzen wird, ist freilich zur Zeit angesichts der gespaltenen Reaktionen auf den Vorentwurf in den Vernehmlassungen ungewiss.

Sonderdruck aus:

Wirtschaft und Strafrecht

Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag

Herausgeber: Jürg-Beat Ackermann / Andreas Donatsch / Jörg Rehberg

PETER FORSTMOSER

Den Letzten beissen die Hunde

Zur Haftung der Revisionsstelle aus
aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Schulthess **§** Zürich 2001